

VERTRAGSARZTRECHT

Die gesetzliche Krankenversicherung nach dem GKV-Modernisierungsgesetz –

Zehn Thesen zur Gesundheitsreform

Prof. Dr. Helge Sodan, Berlin

Nach der jüngsten Gesundheitsreform aus dem Jahr 2003 wird die nächste Umgestaltung des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung bereits als unvermeidlich angesehen. Dabei hat die Bewältigung der Folgen des GKV-Modernisierungsgesetzes, welches Regelungen in Bezug auf insgesamt 34 Parlamentsgesetze und Rechtsverordnungen umfasst, gerade erst begonnen. Der nachfolgende Beitrag erörtert anhand von zehn Thesen ausgewählte Rechtsprobleme. Die diesbezüglichen Erörterungen bringen nicht nur Kritik zum Ausdruck, sondern zeigen auch Alternativen auf.

I. Einleitung

„Die gesetzliche Krankenversicherung ist pleite.“ Diese Feststellung traf im Januar 2004 der Vorstandsvorsitzende der Deutschen BKK, *Ralf Sjuts*. Er wies darauf hin, dass diese Sozialversicherung derzeit Verbindlichkeiten von zwölf Milliarden Euro hätte, welche sich aus drei Milliarden Euro Defizit aus dem Jahr 2003, sechs Milliarden Euro Krediten und drei Milliarden Euro für das Auffüllen von Rücklagen sowie Betriebsmitteln summieren. Die Beitragssätze würden 2004 deutlich über 14 Prozent bleiben; zum Jahresende sei angesichts der Finanzsituation sogar ein Anstieg auf 15 Prozent zu erwarten.¹

▷ Prof. Dr. Helge Sodan, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Sozialrecht, Freie Universität Berlin; Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin. Der Beitrag beruht auf Vorträgen, die der Verfasser am 8.11.2003 im Rahmen des 7. Symposiums des Teltower Kreises „Umbau der Sozialsysteme“ in Dresden, am 6.12.2003 im Rahmen der Abschlussveranstaltung des 2. Studienganges der Akademie für freiberufliche Selbstverwaltung und Praxismanagement in Münster sowie am 11.3.2004 im Rahmen der 7. Marburger Gespräche zum Pharmarecht an der Philipps-Universität Marburg gehalten hat.

1 S. den Bericht in „AS aktuell“ Nr. 3/2004 vom 4.2.2004, S. 7.

2 RGBL., S. 73.

3 Vom 14.11.2003, BGBl. I, 2190.

4 *Hiddemann/Muckel*, Das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung, NJW 2004, 7 (13).

Seit den Ursprüngen der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) in dem wesentlich durch *Otto von Bismarck* beeinflussten Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.6.1883² sind etwas mehr als 120 Jahre vergangen. Die immer noch in Äußerungen vieler Sozialpolitiker und Sozialrechtler zum Ausdruck kommende Sozialromantik steht in diametralem Gegensatz zu den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, denen sich Deutschland derzeit ausgesetzt sieht. Wirtschaftskrise, Massenarbeitslosigkeit und eben *nicht* modernisierte, chronisch defizitäre Sozialversicherungssysteme lähmen unser Land. Von der Aufbruchstimmung der Nachkriegsgeneration, die Deutschland in eine wirtschaftliche Spitzenposition geführt hat, ist gegenwärtig wenig zu spüren. Der im Jahr 1997 vom damaligen Bundespräsidenten *Roman Herzog* in einer Grundsatzrede angemahnte Ruck, der durch unser Land gehen müsse, ist – gerade im Sozialrecht – nachweislich ausgeblieben.

Dies gilt auch für die jüngste sog. Gesundheitsreform. Entgegen dem Gesetzestitel „Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG)“³ ist die notwendige tief greifende Modernisierung der GKV ausgeblieben. Sie vermag auch der Vorstandsvorsitzende der Deutschen BKK im GMG nicht zu erkennen. Daher lässt sich unschwer prognostizieren: „Die nächste Reform wird nicht lange auf sich warten lassen.“⁴

Aus der großen Fülle von Rechtsproblemen, die sich gerade nach dem GMG stellen, werden nachfolgend einige besonders wesentlich erscheinende Fragen herausgegriffen. Die diesbezüglichen Erörterungen zu zehn Thesen werden nicht nur Kritik zum Ausdruck bringen, sondern auch Alternativen aufzeigen.

II. Zehn Thesen zur Gesundheitsreform

1. These: Das gegenwärtige Regelungsinstrumentarium der GKV ist gescheitert und muss durch ein einfaches und überschaubares System ersetzt werden, das diesen

GKV-Modernisierungsgesetz

Namen verdient und auf den Prinzipien von Eigenverantwortung sowie Wettbewerb gründet.

Allein seit 1977 hat der Gesetzgeber die GKV durch über 50 größere Gesetze mit deutlich über 7000 Einzelbestimmungen zu sanieren versucht – jedoch ohne dauerhaften Erfolg und mit erheblichen Belastungen der Leistungserbringer. Vor allem in den letzten Jahren schlug sich die Novellierungswut des Gesetzgebers in sog. Reformwerken nieder, ohne dass ein Systemwechsel insbesondere zu mehr Marktlichkeit im Gesundheitswesen auch nur im Ansatz erkennbar wurde. Dies gilt gerade auch für das GMG, welches Regelungen in Bezug auf insgesamt 34 Parlamentsgesetze und Rechtsverordnungen umfasst. Allein das für die GKV zentrale Fünfte Buch des Sozialgesetzbuches (SGB V) wurde durch Änderungen, Aufhebungen und Einfügungen von insgesamt über 200 Paragraphen reformiert, wobei diese teilweise mehrere Absätze umfassen und sehr umfangreich sind. Der österreichische Schriftsteller und Übersetzer *Kurt Frieberger* schrieb einmal: „Karl der Große erließ in der Zeit seiner Herrschaft hundertzwanzig Gesetze. Ein so armseliges Ergebnis kostet eine gesetzgeberische Versammlung unserer Tage nur ein Auflachen.“⁵

Schon seit langem ist im Recht der GKV keine Systematik mehr erkennbar; denn ein System verlangt eine gedankliche Geschlossenheit, insbesondere Widerspruchsfreiheit. Stattdessen existiert ein Regelungschaos, das durch das GMG noch erheblich verstärkt wird. Die gleich nach dessen In-Kraft-Treten zu Beginn des Jahres 2004 in Bezug auf die sog. Praxisgebühr aufgetretenen Turbulenzen belegen plastisch die zunehmende Chaotisierung des Rechts der GKV.

Freuen können sich über das GMG insbesondere Juristen; denn für diese ist das Gesetz geradezu ein Beschäftigungsprogramm. Dies ist in Zeiten der Massenarbeitslosigkeit ja von einer nicht zu unterschätzenden Bedeutung.

Mit dem GMG wurde nicht nur die große Chance zur Deregulierung und Liberalisierung des Krankenversicherungsrechts erneut vertan. Das Gesetz ist vielmehr auch ein weiterer großer Schritt in ein planwirtschaftliches Gesundheitssystem. An der Gesundheitsgesetzgebung zeigt sich ein Grundproblem unseres Gemeinwesens: die fehlende Fähigkeit, die Sozialstaatlichkeit den veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen anzupassen.

2. These: Politische „Konsensrunden“, welche sich faktisch Entscheidungsbefugnisse anmaßen, entbehren jeder verfassungsrechtlichen Grundlage.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist nachdrücklich daran zu erinnern, dass für die Gesetzgebung nicht irgendwelche „Konsensrunden“ zuständig sind, die jeder verfassungsrechtlichen Grundlage entbehren, sondern auf Bundesebene die Verfassungsorgane Deutscher Bundestag und Bundesrat. Dort und nirgendwo anders sind die wesentlichen Entscheidungen zu treffen. Wie viele Bundestagsabgeordnete haben eigentlich den fast 500 Seiten umfassenden Entwurf des GMG überhaupt vor ihrer Stimmabgabe im Bundestag gelesen? Und wenn sie ihn tatsächlich gelesen haben sollten, konnten sie alle Konsequenzen dieses Gesetzgebungswerkes, zu deren vollständiger Durchdringung Experten noch lange benötigen werden, in der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit auch nur annähernd nachvollziehen? *Otto von Bismarck* hat einmal gesagt: „Mit Gesetzen ist es wie mit Würstchen. Es ist besser, wenn man nicht sieht, wie sie gemacht werden.“⁶

Dies alles führt letztlich zu einem Grundproblem: Gesundheitspolitik ist zu einer Domäne weniger Spezialis-

ten und leider auch einiger eitler Selbstdarsteller geworden, obwohl sie doch prinzipiell jeden Menschen betrifft.

3. These: Mit der Verabsolutierung der „Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit“ der GKV werden die Grundrechte der Leistungserbringer – insbesondere deren Berufsfreiheit – bis zur Unwirksamkeit relativiert. Dies führt faktisch zur Sozialisierung der Gesundheitsleistungen.

In neueren Entscheidungen aus dem Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts findet sich die Formel von der „Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit“ der GKV als einem „Gemeinwohlbelang von hinreichendem Gewicht“.⁷ Diese stereotyp wiederholte, nie näher begründete Formel diente zur Rechtfertigung erheblicher Grundrechtseingriffe zulasten von Leistungserbringern. Ob es – um nur zwei Beispiele zu nennen – um die Rechtfertigung einer Altersgrenze für den Zugang zur vertragsärztlichen Tätigkeit⁸ oder die vom Gesetzgeber wieder eingeführten Zulassungsbeschränkungen für Vertragsärzte wegen vermeintlicher Überversorgung⁹ ging – stets zogen die bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen die Sicherung der finanziellen Stabilität der GKV als entscheidendes Argument für die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Vorschriften heran. Manche die Leistungserbringer benachteiligende Regelung im GMG hätte der Gesetzgeber wohl kaum gewagt, wenn er nicht um den Wandel der Rechtsprechung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts und die darin zum Ausdruck kommende massive Relativierung des in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Grundrechts der Berufsfreiheit wüsste.¹⁰ Mit der Zuerkennung eines Vorrangs gegenüber insbesondere dem Grundrecht der Berufsfreiheit von Leistungserbringern wird der GKV faktisch ein Verfassungsrang zuerkannt. Dieser aber besteht eindeutig nicht. Auch nach Ansicht der Bundesverfassungsrichterin *Renate Jaeger*, die als Berichterstatterin für Fragen des Berufsrechts über viele Jahre wesentlich die Rechtsprechung des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts beeinflusst hat, schützt das Grundgesetz kein System der GKV; diese „ist kein Institut mit Verfassungsrang“.¹¹

Diese Feststellung entspricht einer allgemeinen rechtswissenschaftlichen Auffassung. Daraus folgt aber zugleich, dass das gegenwärtige System der GKV zwar zu der Verwirklichung des sog. Sozialstaatsprinzips beiträgt, aber letztlich doch nur eine *einfachgesetzliche* Absicherung hat, d.h. auf Rechtsvorschriften beruht, die im Rang *unterhalb* der Normen des Grundgesetzes und damit der Verfassung stehen. Das Sozialstaatsprinzip befreit den Gesetzgeber keinesfalls von der im Grundgesetz festge-

5 Zitiert nach *Zimmermann*, Zimmermanns Zitatelexikon für Juristen, 1998, S. 93.

6 Zitiert nach *Zimmermann*, Zimmermanns Zitatelexikon für Juristen, 1998, S. 94.

7 BVerfG, Beschl. v. 20.3.2001 – 1 BvL 491/96, BVerfGE 103, 172 (184); BVerfG (Kammerbeschluss), Beschl. v. 27.4.2001 – 1 BvR 1282/99, DVBl. 2002, 400 (401). Vgl. auch bereits etwa BVerfG, Beschl. v. 31.10.1984 – 1 BvR 35/82, 1 BvR 356/82, 1 BvR 794/82, BVerfGE 68, 193 (218).

8 S. BVerfG, Beschl. v. 20.3.2001 – 1 BvL 491/96, BVerfGE 103, 172 (184 ff.).

9 S. BVerfG (Kammerbeschluss), Beschl. v. 27.4.2001 – 1 BvR 1282/99, DVBl. 2002, 400 (401).

10 S. dazu näher *Sodan*, Verfassungsrechtsprechung im Wandel – am Beispiel der Berufsfreiheit, NJW 2003, 257 ff.

11 *Jaeger*, Welches System der gesetzlichen Krankenversicherung wird durch das Grundgesetz geschützt?, in Emptner/Sodan (Hrsg.), Markt und Regulierung. Rechtliche Perspektiven für eine Reform der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, S. 15.

GKV-Modernisierungsgesetz

legten strikten Bindung an die Grundrechte, also auch der Berufsfreiheit.

Friedhelm Hufen stellte vor kurzem zutreffend fest: „Betrachtet man die Summe der schon eingetretenen Belastungen für die Leistungserbringer im Gesundheitswesen und ihre Unvereinbarkeit mit den bei der Interpretation der Berufsfreiheit in anderen Bereichen maßgeblichen Kriterien, dann wird deutlich, dass – auch verfassungsrechtlich gesehen – der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zur Durchführung weiterer 'systemerhaltender' und rein kostenorientierter Reformmaßnahmen geringer ist als durch die Rechtsprechung des *BVerfG* konzidiert. Würde dasselbe *BVerfG* seine Rechtsprechung zu anderen Bereichen der Berufsfreiheit auf die gesetzliche Krankenversicherung anwenden, dann wären viele der ergriffenen Maßnahmen verfassungswidrig.“¹² In diesem Sinne konstatierte *Eberhard Schmidt-Aßmann*: „Von der kontinuierlichen Liberalisierung, die die Grundrechtsrechtsprechung in andere Teile der Wirtschafts- und Sozialordnung hineingetragen hat, ist das Gesundheitsrecht ausgespart geblieben. Die vielfältig beobachtete hohe 'Grundrechtssensibilität' des *BVerfG* sucht man hier vergebens.“¹³

4. These: Entgegen der Rechtsprechung des 6. Senats des Bundessozialgerichts besteht ein Rechtsanspruch des einzelnen Arztes und Zahnarztes auf eine angemessene Vergütung seiner vertrags(zahn)ärztlichen Tätigkeit.

Gemäß § 72 Abs. 2 SGB V ist die vertragsärztliche Versorgung im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses durch schriftliche Verträge der Kassenärztlichen Vereinigungen mit den Verbänden der Krankenkassen u.a. so zu regeln, dass die *ärztlichen Leistungen angemessen vergütet* werden. Diese Regelung gilt für Vertragszahnärzte entsprechend (vgl. § 72 Abs. 1 S. 2 SGB V).

In Auslegung dieser einfachgesetzlichen Vorschrift und bei gleichzeitiger Verkennung des Grundrechts der Berufsfreiheit geht der 6. Senat des Bundessozialgerichts in ständiger Rechtsprechung davon aus, ein Vertrags(zahn)arzt habe (regelmäßig) keinen Rechtsanspruch auf eine angemessene Vergütung seiner Tätigkeit, sondern nur

einen Anspruch auf eine angemessene Teilhabe an der Verteilung der Gesamtvergütung.¹⁴ Damit wird die Konsequenz in Kauf genommen, dass bei einer unangemessenen niedrigen Gesamtvergütung und einer immerhin angemessenen Teilhabe an der Verteilung dieser Gesamtvergütung – mit anderen Worten: bei der Verteilung des Mangels – kein Rechtsanspruch von Vertragsärzten und -zahnärzten auf eine angemessene Vergütung der *einzelnen Leistungen* besteht. Das Bundesverfassungsgericht stellte aber bereits im Jahre 1993 fest, die grundrechtlich geschützte Freiheit, einen Beruf auszuüben, sei „untrennbar verbunden mit der Freiheit, eine angemessene Vergütung zu fordern“; gesetzliche Vergütungsregelungen seien „daher am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen“.¹⁵

Dem trägt die Gesetzgebung bereits seit Jahren nicht hinreichend Rechnung. Beispielhaft zu nennen sind die zahlreichen und langjährigen Budgetierungen der Gesamtvergütungen, der stete Verfall der Punktwerte für die vertragsärztlichen und -zahnärztlichen Leistungen sowie die in Art. 5 des sog. Beitragssatzsicherungsgesetzes vom 23.12.2002¹⁶ festgelegten „Nullrunden“ bei den vertragsärztlichen und -zahnärztlichen Vergütungen.¹⁷

Verschiedene Beeinträchtigungen eines Grundrechtsträgers können so kumulieren, dass insgesamt eine nicht mehr zumutbare und damit unverhältnismäßige *Gesamtbelastung* entsteht.¹⁸ Der Gesetzgeber besitzt keine „Blankovollmacht“ zur beliebigen Einschränkung etwa der Berufsfreiheit. Die GKV „sozialisiert“ nicht die vertragsärztlichen und -zahnärztlichen Vergütungen – erst recht nicht bis an die Selbstkostengrenze oder darunter.

5. These: Der Risikostrukturausgleich (RSA) in der GKV bedarf – sofern er als solcher überhaupt verfassungsgemäß sein sollte – einer tief greifenden Reform; die Regelung von Belastungsgrenzen für die Zahlerkassen ist dabei aus verfassungsrechtlichen Gründen unerlässlich.

Das GMG entzieht sich der dringend benötigten Reform des RSA. Durch dieses Instrument werden mittlerweile jährlich etwa 15 Mrd. Euro unter den Krankenkassen umverteilt; davon profitieren insbesondere Allgemeine Ortskrankenkassen.¹⁹ Es gibt Empfängerkassen, die niedrigere Beitragssätze haben als Zahlerkassen. Der Gesetzgeber hat für die Krankenkassen, die mit teilweise bis zu 70 Prozent ihres Beitragsaufkommens den RSA finanzieren, keine Belastungsgrenzen vorgesehen. Sogar einige besonders wirtschaftliche Krankenkassen befinden sich infolge ihrer sich aus den Regelungen des RSA ergebenden Zahlungspflichten mittlerweile in existenziellen Schwierigkeiten. Als vom Gesetzgeber zu regelnde Belastungsgrenzen kommen das Verbot der Umkehr der Finanzkraftreihenfolge und das Nivellierungsverbot in Betracht. Dabei handelt es sich um Maßstäbe, welche vom Bundesverfassungsgericht für den Finanzausgleich der *Länder* entwickelt wurden²⁰ und die auf den durchaus vergleichbaren Finanzausgleich der *Krankenkassen* sinngemäß übertragen werden können. Danach ist vor allem die Nivellierung der Finanzkraft öffentlich-rechtlicher Körperschaften durch Umverteilungen verboten.

Bei einer Reform des RSA sollten die deutlichen Anregungen des 12. Senats des Bundessozialgerichts aus dessen Urteilen vom 24.1.2003 aufgegriffen werden.²¹

Unabhängig davon wird das Bundesverfassungsgericht demnächst über die Verfassungsmäßigkeit des RSA als solchen aufgrund eines Normenkontrollverfahrens der Länder Baden-Württemberg, Bayern und Hessen zu entscheiden haben.

12 *Hufen*, Grundrechtsschutz der Leistungserbringer und privaten Versicherer in Zeiten der Gesundheitsreform, NJW 2004, 14 (18).

13 *Schmidt-Aßmann*, Verfassungsfragen der Gesundheitsreform, NJW 2004, 1689 (1690).

14 S. etwa BSG, Urt. v. 12.10.1994 – 6 RKA 5/94, BSGE 75, 187 (189 ff.); Urt. v. 7.2.1996 – 6 RKA 61/94, BSGE 77, 279 (288); BSG SozR 3-2500 § 85 Nr. 12 S. 82; Urt. v. 20.1.1999 – B 6 KA 46/97 R, BSGE 83, 205 (217).

15 BVerfG, Beschl. v. 30.3.1993 – 1 BvR 1045/89, 1 BvR 1381/90, 1 BvL 11/90, BVerfGE 88, 145 (159) = MDR 1993, 753; vgl. auch bereits Urt. v. 1.7.1980 – 1 BvR 349/75, 1 BvR 378/76, BVerfGE 54, 251 (271) = MDR 1980, 995; Beschl. v. 31.10.1984 – 1 BvR 35/82, 1 BvR 356/82, 1 BvR 794/82, BVerfGE 68, 193 (218); Beschl. v. 17.10.1990 – 1 BvR 283/85, BVerfGE 83, 1 (13).

16 BGBl. I, 4637.

17 S. dazu näher *Sodan*, Das Beitragssatzsicherungsgesetz auf dem Prüfstand des Grundgesetzes, NJW 2003, 1761 (1763 f.).

18 Vgl. zum Kumulationseffekt *Sodan*, Wirtschaftslenkung im Recht der Arzneimittelversorgung, in *Peter/Rhein* (Hrsg.), Wirtschaft und Recht, 1989, S. 69 (94 ff.).

19 S. zu den sich daraus ergebenden Rechtsproblemen im Einzelnen *Sodan/Gast*, Der Risikostrukturausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung als Verfassungsproblem, NZS 1999, S. 265 ff.; *Sodan/Gast*, Umverteilung durch „Risikostrukturausgleich“. Verfassungs- und europarechtliche Probleme des Finanztransfers in der Gesetzlichen Krankenversicherung, 2002.

20 S. BVerfG, Beschl. v. 11.11.1999 – 2 BvF 2/98, 2 BvF 3/98, 2 BvF 1/99, 2 BvF 3/99, BVerfGE 101, 158 (221 ff.).

21 S. dazu näher BSG, Urt. v. 24.1.2003 – B 12 KR 19/01 R, BSGE 90, 231 (259 f.).

GKV-Modernisierungsgesetz

6. These: Die im GMG geregelte einseitige Steuerfinanzierung sog. krankenversicherungsfremder Leistungen zugunsten der GKV verstößt gegen Grundrechte privater Krankenversicherungsunternehmen: den allgemeinen Gleichheitssatz in Verbindung mit dem Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit.

Durch das GMG wurde ein neuer § 221 in das SGB V eingefügt; dessen Absatz 1 bestimmt, dass der Bund zur pauschalen Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen für das Jahr 2004 eine Milliarde Euro, für 2005 2,5 Milliarden Euro und ab 2006 4,2 Milliarden Euro jeweils am 1. Mai und 1. November zur Hälfte über das Bundesversicherungsamt an die gesetzlichen Krankenkassen leistet. Die vom Jahre 2006 an vorgesehene Höhe der Zahlungen entspricht etwa 20 Prozent der gegenwärtigen Jahresumsätze der *privaten* Krankenversicherungsunternehmen.

Die einseitige Steuerfinanzierung sog. krankenversicherungsfremder Leistungen zugunsten der GKV stößt jedoch auf erhebliche verfassungsrechtliche Einwände. Diese lassen sich insbesondere aus dem in Art. 3 Abs. 1 GG gewährleisteten allgemeinen Gleichheitssatz in Verbindung mit dem durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit herleiten. Zwar bestehen zwischen der auf dem Umlageverfahren beruhenden GKV und der kapitalgedeckten privaten Krankenversicherung (PKV) Unterschiede in der Grundkonzeption. Andererseits betreffen die Ausgabensteigerungen aufgrund etwa des Morbiditätswachstums und des gestiegenen medizinisch-technischen Fortschritts auch die privaten Krankenversicherungsunternehmen. Deren Versicherte bilden ebenfalls eine Solidargemeinschaft. Verbleibende Unterschiede zwischen der GKV und der PKV rechtfertigen jedenfalls keine einseitigen Bundeszuschüsse mit der Folge wettbewerbsrelevanter Verwerfungen der Beitragssätze.²² Dass insoweit ein echter Krankenversicherungsmarkt besteht, lässt sich zumindest im Hinblick auf diejenigen Mitglieder einer gesetzlichen Krankenkasse begründen, deren Beitritt auf einer *freiwilligen* Versicherung nach § 9 SGB V beruht. Von einem solchen Wettbewerb geht auch der Generalanwalt des Europäischen Gerichtshofs *Francis G. Jacobs* aus; in seinen Schlussanträgen vom 22.5.2003 in einem Verfahren, das sich auf die Regelungen der Festbeträge für Arzneimittel durch § 35 SGB V bezieht, führte er aus, dass die gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland nicht nur untereinander, sondern auch mit den privaten Krankenversicherungsunternehmen konkurrierten und angesichts eines solchen Wettbewerbs die Wettbewerbsvorschriften des europäischen Gemeinschaftsrechts und damit die Art. 81 ff. des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft anwendbar sein sollten.²³

Der Europäische Gerichtshof vertrat in seinem Urteil vom 16.3.2004 die Auffassung, die Krankenkassen konkurrierten „weder miteinander noch mit den privaten Einrichtungen hinsichtlich der Erbringung der im Bereich der Behandlung oder der Arzneimittel gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen, die ihre Hauptaufgabe“ darstelle; er sprach aber von einem „Spielraum, über den die Krankenkassen“ verfügten, „um ihre Beitragssätze festzulegen und einander einen gewissen Wettbewerb um Mitglieder zu liefern“.²⁴ Dieses Urteil betrifft ausdrücklich nur das Verhältnis der deutschen gesetzlichen Krankenkassen zu den *Leistungserbringern*. Die Krankenkassen werden insoweit als Nachfrager auf dem Markt der Gesundheitsleistungen tätig. Über die Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen im Verhältnis zu den *privaten* Krankenversicherungsunternehmen hat-

te der Europäische Gerichtshof in dieser Entscheidung jedoch nicht zu befinden. Die Rechtsbeziehungen zu den Leistungserbringern sind von dem Versicherungsbereich als solchem zu trennen. In diesem Versicherungsbereich treten die gesetzlichen Krankenkassen als *Anbieter* auf, indem sie auf dem Markt für Versicherungen tätig werden. Insoweit ist ein unmittelbarer Wettbewerb gegeben zwischen sozialer und privater Krankenversicherung.

7. These: Die im GMG enthaltenen Regelungen zur künftigen Absicherung des Zahnersatzrisikos führen zu einer Verzerrung des Wettbewerbs zwischen GKV und PKV.

Nach diesem Gesetz erfolgt die Ausgliederung des Zahnersatzes aus dem Leistungskatalog der GKV²⁵ ab dem Jahr 2005 (vgl. Art. 1 Nr. 17 in Verbindung mit Art. 37 Abs. 8 GMG). Gesetzliche Krankenkassen müssen ihren Versicherten dann eine Zahnersatzversicherung als obligatorische Satzungsleistung anbieten, welche die Mitglieder allein zu finanzieren haben (siehe dazu näher § 55 SGB V in der ab 1.1.2005 geltenden Fassung). Gesetzlich Versicherte erhalten eine Wahlmöglichkeit zur PKV, wenn ein der GKV vergleichbarer Versicherungsschutz für Zahnersatz vorliegt. Es ist jedoch sehr zweifelhaft, ob in Bezug auf die Versorgung mit Zahnersatz ein fairer Wettbewerb zwischen GKV und PKV stattfinden wird. Insoweit ist vor allem auf die soeben genannte massive einseitige Steuerfinanzierung krankenversicherungsfremder Leistungen zugunsten der GKV hinzuweisen.

Diese Steuerfinanzierung führt zur Gefahr der „Quersubventionierung“: Es wäre ein erheblicher Verfassungsverstoß, wenn die Steuermittel durch gesetzliche Krankenkassen auch dazu verwendet würden, für die Versorgung mit Zahnersatz niedrigere Beiträge zu erheben, als es privaten Krankenversicherungsunternehmen möglich wäre. Diese Quersubventionierung ist jedoch programmiert, weil am Ende des Jahres aufgrund von Fehlkalkulationen entstandene Defizite in der Versorgung mit Zahnersatz durch finanzielle Mittel aus der GKV ausgeglichen werden müssen.

8. These: Die Einführung einer „Bürgerzwangsversicherung“ als umfassende GKV-Pflichtversicherung wäre verfassungswidrig.

Die wettbewerbsferne, unwirtschaftliche Einheits-Krankenversicherung wäre vollendet, wenn die *gesamte* Bevölkerung in Deutschland in die GKV einbezogen würde. Dies liefe der Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der GKV gerade zuwider. Zu bedenken ist insoweit vor allem, dass viele Beamte mit relativ niedrigen Einkommen nicht gerade hohe Beiträge zur GKV leisten könnten; dies gilt in wirtschaftlichen Krisenzeiten auch für nicht wenige Selbständige. Ökonomisch unsinnig aber wäre es vor allem, die wirtschaftlich funktionierende PKV und damit einen wichtigen Wirtschaftszweig in Deutschland zu ruinieren. Allein vom Abschluss von Zusatzversicherungen dürften die privaten Krankenversicherungsunternehmen kaum leben können; sie wären daher existenziell gefährdet.

22 *Sodan*, „Gesundheitsreform“ ohne Systemwechsel – wie lange noch?, NJW 2003, 2581 (2582).

23 Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs*, Verbundene Rechtssachen C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01 – AOK-Bundesverband u.a./Ichthyol-Gesellschaft Cordes u.a., Rz. 37 ff.

24 EuGH, Urt. v. 16.3.2004 – Rs. C-264, 306, 354, 355/01, GesR 2004, 190 = DVBl. 2004, 555 (556). S. zur vollständigen Veröffentlichung des Urteils www.curia.eu.int.

25 Vgl. dazu *Sodan*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Ausgliederung von Leistungsbereichen aus der gesetzlichen Krankenversicherung. Dargestellt am Beispiel der Versorgung mit Zahnersatz, NZS 2003, 393 ff.

GKV-Modernisierungsgesetz

Gegen eine „Bürgerzwangsversicherung“ ergäben sich vor allem schwerwiegende verfassungsrechtliche Einwände. Die mit einer solchen umfassenden gesetzlichen Zwangs-Krankenversicherung verbundenen Eingriffe in das Grundrecht der nicht sozial schutzbedürftigen Zwangsvereinigten auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG und die zumindest mittelbaren Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit privater Krankenversicherungsunternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG wären nicht zu rechtfertigen.²⁶ „Die private Konkurrenz im Versicherungswesen steht nicht zur Disposition, nur um den staatlichen Konkurrenten besser zu finanzieren.“²⁷

Ob diese Auffassung gegebenenfalls auch vom Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts geteilt würde, lässt sich derzeit allerdings nicht prognostizieren. In einem Beschluss vom 4.2.2004 rechtfertigte die 2. Kammer des Ersten Senats die deutliche Anhebung der Versicherungspflichtgrenze durch das sog. Beitragssatzsicherungsgesetz vom 23.12.2002²⁸ mit der üblichen Formel von der „Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit“ der GKV als besonders wichtigem Gemeinschaftsgut; weiterhin heißt es in diesem Kammerbeschluss:

„Die Stabilität des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung ist kein Selbstzweck. Die gesetzliche Krankenversicherung dient der Absicherung der als sozial schutzbedürftig angesehenen Versicherten vor den finanziellen Risiken einer Erkrankung. Dabei findet ein umfassender Ausgleich zwischen Gesunden und Kranken, vor allem aber zwischen Versicherten mit niedrigem Einkommen und solchen mit höherem Einkommen sowie zwischen Alleinstehenden und Personen mit unterhaltsberechtigten Familienangehörigen statt. Um dies zu gewährleisten, kann der Gesetzgeber den Mitgliederkreis von Pflichtversicherungen so abgrenzen, wie es für die Begründung einer leistungsfähigen Solidargemeinschaft erforderlich ist.“²⁹

Der Kammerbeschluss weist allerdings an anderer Stelle darauf hin, dass die Erhöhung der Versicherungspflichtgrenze „das duale Krankenversicherungssystem nicht grundsätzlich“ verändere und „der Geschäftsbereich der privaten Krankenversicherung der Beamten und Selbständigen“ unangetastet bleibe.³⁰

9. These: In einer Rückbesinnung auf die Ursprünge der deutschen GKV sollte der Versichertenkreis auf die wirklich sozial Schutzbedürftigen reduziert werden.

Sinnvoll wäre im Vergleich zu einer „Bürgerzwangsversicherung“ genau der umgekehrte Weg: eine deutliche Reduzierung des Versichertenkreises in der GKV auf die wirklich sozial Schutzbedürftigen und damit eine Rückbesinnung auf die Ursprünge der deutschen GKV.³¹ Das Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.6.1883 bezog in diese Sozialversicherung nur die

Arbeiter mit den niedrigsten Löhnen ein und konzentrierte den Versicherungsschutz damit auf einen tatsächlich schutzbedürftigen Personenkreis, sodass der Krankenversicherung der Arbeiter seinerzeit lediglich etwa zehn Prozent der Bevölkerung im damaligen Deutschen Reich angehörten. Etwas über 120 Jahre später sind – in Zeiten eines etwa 30-mal höheren Bruttosozialprodukts pro Kopf – in den Versicherungsschutz der GKV über 90 Prozent der Bevölkerung einbezogen.

Gewiss lässt sich darüber streiten, welche Personen als sozial schutzbedürftig angesehen werden können. Eine genaue Grenze kann der Verfassung natürlich nicht entnommen werden. Der Gesetzgeber besitzt hier einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Bereits ein „Durchschnittsverdiener“ dürfte aber nicht zum Kreis derer gehören, die in den Schutz einer Sozialversicherung einbezogen werden müssen. Im Vergleich zum Jahr 1883 ist das durchschnittliche Einkommen in Deutschland jedenfalls um ein Vielfaches gestiegen und damit auch die Möglichkeit zu einer eigenverantwortlichen Absicherung des Krankheitsrisikos. Einem Menschen, der sich wochenlange Urlaubsreisen zu leisten vermag, kann auch die private Absicherung seines Krankheitsrisikos zugemutet werden.

Eine auf die wirklich sozial Schutzbedürftigen reduzierte, erheblich „abgespeckte“ und auf diese Weise finanzierbarere GKV könnte dann – nach Wegfall eines Konkurrenzverhältnisses zur PKV – aus Steuermitteln gemäß Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG unterstützt werden. Im Übrigen aber und damit ganz überwiegend wäre die Krankenversicherung den wirtschaftlicheren Strukturen der PKV anzuvertrauen. Darin würde ein echter Systemwechsel liegen, vor dem der Gesetzgeber aber – noch – zurückscheut.

10. These: Beim Umbau der Sozialsysteme muss das für das Grundgesetz zentrale Prinzip der Freiheit der Bürger wegweisend sein.

Im Rahmen der Diskussion des GMG, aber auch generell zur Rechtfertigung massiver Freiheitseingriffe durch sozialrechtliche Regelungen wird häufig das Schlagwort von der „sozialen Gerechtigkeit“ verwendet. Taktisch durchaus geschickt wird es geradezu als „Totschlagsargument“ eingesetzt – nach dem Motto: Wer wäre nicht auch für Gerechtigkeit, und wer könnte es sich erlauben, nicht sozial zu sein? Was aber eigentlich ist „soziale Gerechtigkeit“? Angesichts der diffusen Begrifflichkeit besteht bis heute keine Klarheit. Eine Leistungsgerechtigkeit meint „soziale Gerechtigkeit“ ersichtlich nicht. Letztlich dient dieser schillernde Begriff als Allzweckwaffe für jedwede Umverteilung, die politisch interessierten Kreisen als opportun erscheint.

Es ist bezeichnend, dass die Debatte um eine vermeintliche soziale Gerechtigkeit längst die Diskussion über den Wert der *Freiheit* in unserem Land verdrängt hat. Nach wie vor wird in Verfassungsrechtsprechung und -lehre die primäre Funktion der Grundrechte darin gesehen, als Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat individuelle Freiheit zu sichern. Das auch heute noch dominierende klassisch-liberale Grundrechtsverständnis geht vom „fundamentalen Verteilungsprinzip des bürgerlichen Rechtsstaates“ aus: Danach ist „die Freiheit des Einzelnen *prinzipiell unbegrenzt*, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre *prinzipiell begrenzt* ist.“³² „Hier also die ursprungshafte, nicht rechtfertigungsbedürftige, grundsätzlich umfassende Freiheit des Individuums – dort die notwendig rechtlich gebundene und beschränkte, auf Rechtfertigung verwiesene Staatsgewalt.“³³

26 S. dazu näher Sodan, Das Beitragssatzsicherungsgesetz auf dem Prüfstand des Grundgesetzes, NJW 2003, 1761 (1765 f.).

27 Kirchhof, Verfassungsrechtliche Probleme einer umfassenden Kranken- und Renten-„Bürgerversicherung“, NZS 2004, 1 (4).

28 S. dazu Sodan, Das Beitragssatzsicherungsgesetz auf dem Prüfstand des Grundgesetzes, NJW 2003, 1761 (1764 ff.).

29 BVerfG, Beschl. v. 4.2.2004 – 1 BvR 1103/03, Rz. 24 f., veröffentlicht in: www.bverfg.de.

30 S. BVerfG, Beschl. v. 4.2.2004 – 1 BvR 1103/03, Rz. 21, veröffentlicht in: www.bverfg.de.

31 S. im Einzelnen Sodan, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. Ein verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Beitrag zum Umbau des Sozialstaates, 1997, S. 328 ff.

32 Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 126.

33 Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der

Leitlinien und Standard

Bereits *Immanuel Kant* bezeichnete unter den Regierungen die „väterliche (regimen paternale) als die am meisten despotische unter allen (Bürger als Kinder zu behandeln)“;³⁴ sie wäre „der größte denkbare Despotismus (Verfassung, die alle Freiheit der Untertanen, die alsdann gar keine Rechte haben, aufhebt)“.³⁵ In diesem Sinne formulierte speziell in Bezug auf den Sozialstaat vor kurzem *Meinhard Miegel*: „Die sozialstaatliche Bevormundung und Gängelung der Bürger ist ein feudalistisches Relikt, das in freiheitlichen Gemeinwesen einen Fremdkörper bildet. Der Sozialstaat gerade deutscher Prägung wurzelt in vordemokratischen Zeiten und hat die Entwicklung einer Bürgergesellschaft lange behindert.“³⁶

Ganz bewusst hat der Verfassungsgeber den Grundrechtskatalog an die Spitze des Grundgesetzes gestellt. Bereits in Art. 1 Abs. 3 GG heißt es, dass die nachfolgenden Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht bin-

den. Von einem sozialen Bundesstaat bzw. sozialen Rechtsstaat ist erst in Art. 20 und 28 GG die Rede. Das sog. Sozialstaatsprinzip steht nicht *über* den Grundrechten, sondern es entfaltet sich im Rahmen und damit unter Wahrung der Grundrechtsordnung.

Dringend geboten sind also – gerade nach den Regelungen im GMG – eine Renaissance der Freiheit und eine Rückbesinnung auf das durch die Verfassung geschützte Grundrecht der Berufsfreiheit.

Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 111 Rz. 7; *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. Ein verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Beitrag zum Umbau des Sozialstates, 1997, S. 50.

34 *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 1797/98, in *Werke* in zehn Bänden, hrsg. von Weischedel, Bd. 7, 1983, S. 435.

35 *Kant*, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, in *Werke* in zehn Bänden, hrsg. von Weischedel, Bd. 9, 1983, S. 146.

36 *Miegel*, *Die deformierte Gesellschaft*, 2. Aufl. 2003, S. 261.