

Eberhard Schmidt-Aßmann

Verfassungsrechtliche Eckpunkte der Gesundheitsreform

(Akademievorlesung am 15. Januar 2004)

Das Gesundheitsrecht sollte stärker von den Freiheitsgrundrechten als von institutionellen Zwängen bestimmt sein. Auch dann sind bestimmte staatliche Vorgaben zwar unvermeidbar, aber sie können individuellen Präferenzentscheidungen mehr Raum lassen. Gegenüber dem bisherigen GKV-System mit seinen undurchsichtigen Entscheidungszügen vorzugswürdig ist eine Anbieterpluralität unter staatlicher Gewährleistungsaufsicht.

A Das Grundgesetz als Rahmenordnung

In der konkreten Ausgestaltung ist die Gesundheitsreform ein Projekt der Politik. In ihren grundlegenden Orientierungen aber ist sie zugleich ein Projekt der Medizin, der Ethik, der Ökonomie und des Rechts, und im Recht wiederum besonders des Verfassungsrechts¹. Verfassungsrecht ist bekanntermaßen durch seinen hohen Bindungsanspruch einerseits und seinen Rahmencharakter andererseits gekennzeichnet. Der Bindungsanspruch erfaßt auch den parlamentarischen Gesetzgeber, dem Grenzen gesetzt und Aufträge erteilt werden. Der Rahmencharakter erinnert daran, daß das Verfassungsrecht neben Vorschriften mit einem relativ eindeutigen Gehalt in besonders großem Umfang Normen erkennt, die nur in einer engeren Zone eindeutig, darüber hinaus aber auf Konkretisierung angewiesen sind.

¹ Der vorliegende Text, der in etwas gekürzter Fassung auch in Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2004, Heft 24 veröffentlicht wurde, nimmt Gedanken auf, die ich in meiner Schrift Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen (2001) entwickelt habe. Wesentliche Anregungen haben in der Folgezeit die Beratungen der Interdisziplinären Arbeitsgruppe „Gesundheitsstandards“ der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften gegeben. Die Untersuchungen der Arbeitsgruppe sind unter Carl Friedrich Gethmann et al.: Gesundheit nach Maß?, 2004 erschienen. Die Nachweise geben im wesentlichen den Stand vom Frühjahr 2004 wieder; die verfassungsgerichtliche Judikatur ist aktualisiert.

I Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts

Bindungsanspruch und Rahmencharakter sind die Basis für die herausragende Position dessen, der über Auslegung und Anwendung des grundgesetzlichen Verfassungsrechts verbindlich entscheidet, das heißt des Bundesverfassungsgerichts. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts haben über Jahrzehnte hin die Entwicklung des Gesundheitsrechts beeinflusst. Allein aus jüngerer Zeit sind hier die Entscheidungen zur Krankenversicherung der Rentner², zur Altersgrenze für die Zulassung von Vertragsärzten³, zur Mindestbemessungsgrenze für Beiträge freiwillig Versicherter⁴, zur Festsetzung von Arzneimittelfestbeträgen⁵ zu nennen⁶. Besonders wichtige Erkenntnisse sind den vier Entscheidungen vom 03.04.2001 zur Pflegeversicherung und dem Urteil vom 18.07.2005 zum Risikostrukturausgleich zwischen gesetzlichen Krankenkassen⁷ zu entnehmen⁸. Einen neuen Akzent im Blick auf Individualansprüche der Versicherten setzt der Beschluß vom 06.12.2005⁹. Zum weiteren Umfeld gehören die Beschlüsse des 2. Senats zur Beihilfefähigkeit bestimmter Krankheitsaufwendungen der Beamten¹⁰.

Die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen betreffen Einzelfragen, insbesondere solche aus dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. Sie verdeutlichen die Vielfalt und die Gegensätzlichkeiten der betroffenen Interessen. Ein System eines Gesundheitsrechts zeigen sie nicht auf. Systembildung ist in diesem Punkte auch nicht Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung. Es lassen sich jedoch gewisse Tendenzen beobachten: Das Verfassungsgericht respektiert die Rolle des Gesetzgebers. Ihm wird regelmäßig eine „weite Gestaltungsfreiheit“ zuerkannt¹¹. Es bleibt ihm weitgehend überlassen, die Regelungseingriffe festzulegen¹². Die verfassungsgerichtliche Prüfung bewegt sich *innerhalb* des Systems. Dessen Funktionsfähigkeit, zu der vor allem die Finanzierbarkeit gehört, wird immer wieder als ein überragend wichtiger Gemeinschaftsbelang bezeichnet¹³. Mögliche Alternativen zu den gesetz-

² Bundesverfassungsgericht/Entscheidungssammlung (BVerfGE) 102, S. 68ff.

³ BVerfGE 103, 172ff.

⁴ BVerfGE 103, 392ff.

⁵ BVerfGE 106, 275ff.

⁶ Vgl. die umfassende Darstellung von Jaeger, Renate: Die Reformen in der gesetzlichen Sozialversicherung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2003, S. 225ff.

⁷ BVerfGE 113, 167ff.

⁸ BVerfGE 103, 197ff., 225ff., 242ff. und 271ff.

⁹ BVerfG NJW 2006, S. 81ff.

¹⁰ BVerfGE 106, 225ff. und 244ff.

¹¹ BVerfGE 113, 167 (215, 218, 222).

¹² Jaeger: Reformen (Anm. 6), S. 228.

¹³ BVerfGE 103, 172 (184f.).

geberisch vorgenommenen Regelungseingriffen werden dagegen selten erörtert¹⁴. Die deutlich institutionell geprägte Sicht des Verfassungsgerichts will es vermeiden, die unterschiedlichen Interessenpositionen in ihren grundrechtlichen Verankerungen einzeln zu bewerten. Sie betrachtet sie von vorneherein als in ein überkommenes System eingebunden¹⁵. Der überragend wichtige Gemeinwohlbelang des Systemerhalts erweist sich als „argumentatives Einfallstor“ (Jaeger), mit dem sich praktisch jede Einschränkung rechtfertigen läßt, die nach den Vorstellungen des Gesetzgebers der Funktionsfähigkeit des GKV-Systems nützt. Art. 3 I GG hat die Freiheitsgrundrechte als Prüfungsmaßstäbe in den Hintergrund gedrängt. Der darin liegende schleichende Freiheitsverlust wird nicht zum Thema gemacht. Ein erreichter Stand an Beschränkungen ist vielmehr oft die Basis, um weitere Beschränkungen mit dem Funktionsargument zu rechtfertigen.

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 Bundesverfassungsgerichts sucht man hier vergebens. Damit sind aber auch die von der Grundrechtsjudikatur ausgehenden Innovationen ausgeblieben. Nach wie vor ist das Gesundheitsrecht in seinem Kern ein um sich selbst kreisendes Sonderrecht. Zutreffend kritisch hatte Hans-Jürgen Papier schon 1990 dazu festgestellt: „Das Regelungs- und Normensystem im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung hat ein recht diffuses Bild verbändestaatlicher, ja ständestaatlicher Gesetzgebung geboten. Der demokratie- und rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt mit seiner Präzisierung durch die ‚Wesentlichkeitsjudikatur‘ des Bundesverfassungsgerichts erscheinen hier stellenweise als ‚Phantombilder aus einer anderen Welt‘“¹⁶. Dabei kann es jedoch nicht dauerhaft bleiben.

II Reformperspektiven: Vorüberlegungen

Die Notwendigkeit, das Gesundheitswesen über punktuelle und kurzfristige Remeduren hinaus grundlegend neu auszurichten und dabei Individualität und Eigenverantwortung stärker zur Geltung zu bringen, wird heute mehr und mehr anerkannt. Das „Bild des patriarchalischen, für das Wohl seiner Bürger verantwortlichen Wohlfahrtsstaates“, dessen Leistungsverhältnisse „entindividualisiert, distanziert und bürokratisiert“ sind, ist in die Kritik geraten¹⁷. Das am 01.01.2004 in Kraft getretene

¹⁴ Hufen, Friedhelm: Grundrechtsschutz der Leistungserbringer und privater Versicherer in Zeiten der Gesundheitsreform. In: NJW 2004, S. 14ff.

¹⁵ BVerfGE 103, 172 (186).

¹⁶ Papier, Hans-Jürgen: Der Wesentlichkeitsgrundsatz – am Beispiel des Gesundheitsreformgesetzes. In: Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 1990, S. 123 (136f.).

¹⁷ Vgl. die Formulierungen von Hufen: Grundrechtsschutz (Anm. 14), S. 14.

GKV-Modernisierungsgesetz (GMG)¹⁸ bemüht sich tentativ, in einigen Punkten zu neuen Ansätzen zu gelangen¹⁹. Doch fehlt es auch nicht an Gegenargumenten, mit denen das überkommene System zu retten versucht wird.

1 Überschätzte Bedeutung des Sozialstaatsprinzips

Soweit sie verfassungsrechtlicher Art sind, greifen sie regelmäßig auf das Sozialstaatsprinzip zurück. Dabei wird diesem Prinzip jedoch ein Bindungsgehalt beigegeben, der so nicht existiert: Der sozialstaatlich anerkannte Anspruch auf ein Versorgungsminimum erhält deutlichere Konturen erst in Verbindung mit den Grundrechten und sollte verfassungssystematisch daher eher dort verankert werden (vgl. unten B I 1a). Die dem Prinzip zugeschriebene allgemeine Verpflichtung, „für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen“, gibt dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum²⁰. Diese Offenheit gilt in gesteigertem Maße dort, wo Konsequenzen für die Staatsfinanzen im Spiel sind, die nicht ohne Rücksicht auf den Gesamtbestand der Staatsaufgaben festgelegt werden können. Ein Gebot, soziale Leistungen in einem bestimmten Umfang zu gewähren, läßt sich dem Prinzip regelmäßig nicht entnehmen²¹. Ebenso wenig existiert ein sogenanntes Verbot sozialen Rückschritts. Sozialstaatliche Staatsleistungen stehen unter einem „Vorbehalt des Möglichen“. Ihr Einsatz ist zudem vom verfassungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot (Art. 114 II GG) bestimmt²². Der im Sozialstaatsprinzip angelegte Auftrag an die staatlichen Instanzen, soziale Sicherungssysteme gegen die Wechselfälle des Lebens zu schaffen²³, bedeutet nicht, daß solche Systeme in ihrem überkommenen Zuschnitt erhalten bleiben müssen²⁴. Sozialstaatlich entscheidend ist allein der Erfolg der sozialen Sicherung²⁵.

¹⁸ Gesetz vom 14. 11. 2003, BGBl. I, S. 2190.

¹⁹ Dazu Hiddemann, Till-Carsten & Stefan Muckel: Das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung. In: NJW 2004, S. 7ff.; krit. Sodan, Helge: Kommentar: „Gesundheitsreform“ ohne Systemwechsel – wie lange noch? In: NJW 2003, S. 2581ff.

²⁰ BVerfGE 97, 169 (185); vgl. Sachs, Michael in: Sachs, GG, 3. Auflage, Art. 20 Rn. 46.

²¹ BVerfGE 94, 241 (263).

²² Vgl. BVerfG NJW 2006, S. 891 (893) unter 2b. Zum Wirtschaftlichkeitsgebot als Verfassungsrechtssatz vgl. nur Schwarz, Kyrill-A. in: v. Mangoldt, Klein & Starck, Grundgesetz, 4. Auflage, Art. 114 Rn. 87.

²³ BVerfGE 28, 324 (348 ff.); 68, 193 (209).

²⁴ BVerfGE 113, 167 (219): „keine Garantie des bestehenden Sozialversicherungssystems oder doch seiner tragenden Teile“.

²⁵ Ähnlich Nettesheim, Martin: Rationierung in der Gesundheitsvorsorge – verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen. In: Verwaltungsarchiv (VerwArch) 93 (2002), S. 315 (325f).

In welchem Systemrahmen dieser Erfolg erreicht wird, ist verfassungsrechtlich nicht festgelegt. Folglich läßt sich aus dem Sozialstaatsprinzip auch keine Bestandsgarantie für die GKV-Organisation und ihre vielfältigen Gremien ableiten²⁶.

2 Aufgabe freiheitlicher Gestaltung

Statt von vornherein in institutionellen Zwängen zu denken, sollten stärker individualrechtlich geprägte Komponenten in das Gesundheitswesen hineingetragen werden. Dabei geht es keineswegs um eine Perspektive, die immer nur nach Leistungsbeschränkungen sucht. Eine freiheitlich konzipierte Reform kann sehr wohl dazu führen, daß mehr finanzielle Mittel in das Gesundheitswesen fließen und mehr Leistungen nachgefragt werden. Nur sollte das nicht oder jedenfalls nicht vorrangig staatlich verordnet, sondern zu einem nicht unerheblichen Teil individuellen Präferenzen überlassen werden.

– Die wichtigsten verfassungsrechtlichen Vorgaben für Gesundheitsreformen sind den Grundrechten zu entnehmen. Grundrechte sind Garanten individueller Lebensgestaltung und als objektive Wertentscheidungen zugleich Ausdruck einer insgesamt freiheitlich geprägten Rechtsordnung. Sie sollen vor kollektiver Vereinnahmung schützen (B I).

– Wichtig ist aber auch das bundesstaatliche Kompetenz-, Organisations- und Verfahrensrecht. Es bildet den Rahmen rechtsstaatlicher und demokratisch verantworteter Politikgestaltung (B II).

Eine stärkere Ausrichtung an freiheitlichen Elementen bedeutet nicht, das Gesundheitswesen allein individueller Bestimmungsmacht auszuliefern. Es steht außer Frage, daß der Staat hier besonders gefordert ist²⁷. Gerade weil Gesundheit und Krankheit höchst individuelle Zustände sind, bedarf es zum Ausgleich intersubjektiv vermittelbarer Maßstäbe. Das Gesundheitswesen ist daher an zahlreichen Stellen durch die Frage nach *Standards* bestimmt²⁸. Mit diesem mehrschichtigen Begriff lassen sich verallgemeinernde Orientierungen bezeichnen, die aus reflektiertem Wissen hervorgehen. Standards verbinden im Gesundheitsrecht die Professionalität der Heilberufe mit den sich im Rechtssystem umsetzenden staatlichen Entscheidungen. Die Ermittlung, Festlegung und Fortentwicklung von Standards muß folglich ein Grundanliegen eines rechtsstaatlich und demokratisch verfaßten Gesundheitswesens sein. Auf den unterschiedlichen Ebenen der staatlichen Rechtsetzung übernehmen Standards die Abstimmung zwischen einer möglichst autonomen, individuellen Lebensgestaltung und unvermeidbaren Einbindungen.

²⁶ Vgl. BVerfGE 89, 365 (377); Francke, Robert: Begrenzung der Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung – Grund- und Wahlleistungen, Rationierung, Priorisierung. In: Gesundheitsrecht (GesR) 2003, S. 97 (99).

²⁷ BVerfGE 103, 197 (221).

²⁸ Ausführlich Gethmann et al. (Anm. 1), S. 54ff.

B Die wichtigsten Vorgaben der Verfassung

I Die notwendige grundrechtliche Ausrichtung

Unter den Verfassungspositionen des Gesundheitsrechts besitzen die Grundrechte des Kranken eine herausragende Stellung. Sie bestimmen das Telos des gesamten Rechtsgebiets. Doch dürfen auch die Grundrechte anderer Beteiligter nicht außer Betracht bleiben: die Rechte derjenigen, die Gesundheitsleistungen erbringen (Ärzte, Therapeuten, Apotheker, Pfleger), dazu die der Krankenhausträger, Arzneimittelhersteller, Versicherungsunternehmen sowie der Träger der medizinischen Forschung und Ausbildung – schließlich die Rechte derjenigen, die das System zu finanzieren haben²⁹.

I Grundrechte des Patienten

Die grundrechtliche Stellung des Patienten ist durch die Frage nach einem verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruch (a), nach verfassungsgemäßen Verteilungsmaßstäben (b) und nach Informationsansprüchen (c) gekennzeichnet.

a) Frage eines grundrechtlichen Leistungsanspruchs

Als Grundlage eines solchen Anspruchs ist Art. 2 II GG, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in Betracht zu ziehen³⁰. Freilich ist dieses Grundrecht primär ein Abwehrrecht. Doch ist in der Zwischenzeit auch seine schutzrechtliche Bedeutung anerkannt. Sie verpflichtet den Staat, sich schützend und fördernd vor Leben und körperliche Unversehrtheit zu stellen, wenn diese von anderer Seite geschädigt zu werden drohen³¹. In Fortzeichnung dieser Entwicklungslinie liegt es nicht fern, in Art. 2 II GG die Basis auch für einen originären Anspruch auf bestimmte Gesundheitsversorgungsleistungen zu sehen. Wenn Leben und Gesundheit ein „Höchstwert“ sind, wie verfassungsgerichtlich immer wieder versichert wird, dann ist Art. 2 II GG die erste Adresse, um auch einen leistungsrechtlichen Gehalt zu entfalten³². Damit ist zwar kein ausgreifender allgemeiner Anspruch auf Erhalt und Wiederherstellung der Gesundheit gemeint. In der Literatur wird eher von der

²⁹ Zum folgenden Schmidt-Aßmann (Anm. 1), S. 11ff.

³⁰ Im Grundsatz anerkannt, jedoch gegenüber Art. 2 I GG i.V. mit dem Sozialstaatsgebot auf den zweiten Platz gesetzt in BVerfG NJW 2006, S. 891 (893).

³¹ BVerfGE 39, 1 (41f.); 46, 160 (164); 88, 203 (251).

³² Ausführlich und differenzierend – auch in Verbindung mit Art. 1 I GG – Nettessheim (Anm. 25), S. 333ff.

Gewährung eines eng bemessenen „Existenzminimums“ gesprochen³³. Das entspricht der insgesamt zutreffend restriktiven Linie, die bei der Ableitung originärer Leistungsansprüche aus Freiheitsgrundrechten üblicherweise verfolgt wird. Speziell in Gesundheitsfragen erscheint es allerdings zweifelhaft, ob die Formel vom Existenzminimum die ihr zgedachte sichernde *und* begrenzende Funktion dauerhaft erfüllen können. Anzuerkennen ist jedenfalls ein Anspruch auf individuelle Leistungen bei lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankungen³⁴. In der sozialrechtlichen Literatur sehen aber schon heute manche das gesundheitsrechtliche Existenzminimum auch sonst in die Nähe der Normalversorgung gerückt. Wenn etwa verlangt wird, daß vom verfassungsfesten Minimum alle Leistungen umfaßt sein müssen, die dem Hilfsbedürftigen ein stigmatisierungsfreies Leben in der Umgebung von Nichthilfebedürftigen ermöglichen³⁵, dann dürften kaum Leistungen auszugrenzen sein, die die öffentlich-rechtlich verordnete Normalversorgung der GKV ihren Versicherten bietet. In den fest vorgeplanten derzeitigen Versorgungsstrukturen mutiert das „Existenzminimum“ zu einer Wachstumsformel. Soll demgegenüber der Verfassungsanspruch in seinen finanziellen Folgen kalkulierbar bleiben, muß man schon bei der Fixierung des Leistungsniveaus *den* Faktor individueller Bestimmung stärker herausstellen. Das dürfte zu einem Kern identischer Versorgungswünsche, darüber hinaus aber zu recht unterschiedlichen Gestaltungen des individuellen Versicherungsschutzes führen. Das versorgungsrechtliche Minimum könnte dann jenem Kern angenähert werden, den das Gros der Bevölkerung für sich als sinnvoll erachtet und zu versichern bereit ist.

b) Recht auf gleichmäßige Teilhabe

Grundrechtlich geprägt sind auch die konkreten Entscheidungen, durch die begrenzt verfügbare Gesundheitsleistungen auf mehrere in Betracht kommende Kranke verteilt werden sollen. Die wichtigste Vorschrift ist insoweit Art. 3 GG, der angesichts des hohen Schutzguts des Art. 2 II GG als *gesundheitsrechtlich geschärftes Willkürverbot* zu interpretieren ist. So scheiden etwa der gesellschaftliche Rang oder die soziale Wertigkeit als Verteilungskriterien generell aus³⁶. Auch feste Altersgrenzen für bestimmte Behandlungsformen oder Therapiemethoden sind verfassungsrechtlich nicht akzeptabel. Anderes gilt für Kriterien, die auf die Wahrscheinlichkeit des Heilerfolges oder darauf abstellen, inwieweit von dem Behandelten eine dauerhafte Mitwirkung am Eintritt und Erhalt des Erfolges erwartet werden kann. Die verfas-

³³ Starck, Christian in: v. Mangoldt, Klein & Starck (Anm. 22), Art. 2 Rn. 175.

³⁴ BVerfG NJW 2006, S. 891 (893).

³⁵ Ebsen, Ingwer: Verfassungsrechtliche Implikationen der Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen. In: NDV 1997, S. 71ff.; Neumann, Volker: Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot. In: NZS 1998, S. 401 (410).

³⁶ Vgl. Taupitz, Jochen in: Wolter, Riedel & Taupitz (Hg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, S. 113 (125f.).

sungsrechtlichen Kriterien können Verteilungsgerechtigkeit in einem umfassenden Sinne nur teilweise gewährleisten; die wesentlichen Inhaltsbestimmungen sind durch ärztliche Professionalität bestimmt³⁷. Vom Recht werden sie als außerrechtlich entwickelte Standards akzeptiert³⁸. Darüber hinaus dürfen die Leistungskataloge der gesetzlichen Krankenversicherung auch von „finanzwirtschaftlichen Erwägungen“ mitbestimmt sein³⁹.

c) Informationsansprüche

Wenn ein grundrechtliches Verständnis öffentlicher Gesundheitsversorgung Individualität und Eigenverantwortlichkeit stärker herauszustellen veranlaßt, dann gewinnen Information und Transparenz besonderes Gewicht⁴⁰. Ohne zureichende Kenntnisse von verfügbaren Diagnose- bzw. Therapiemöglichkeiten, von Leistungsangeboten und Optionen des Versicherungsschutzes kann der Einzelne weder als Patient noch als Versicherter seine Rechte wahrnehmen. Ansprüche auf Information sind daher notwendige *prozedurale* Ergänzungsansprüche im Schutzbereich des Art. 2 II GG.

2 Grundrechte der sogenannten Leistungserbringer

Eine wichtige Position nehmen ferner die Rechte der im Gesundheitswesen Tätigen ein. Ihre im GKV-Recht übliche funktionale Bezeichnung als „Leistungserbringer“ läßt gelegentlich vergessen, daß hier Berufe ausgeübt und unternehmerische Aktivitäten entfaltet werden, die ihre eigene grundrechtliche Basis in den Art. 12 und 14 GG haben. Sie können beanspruchen, mit ihren Grundrechtsinteressen ernst genommen zu werden.

Die Probleme lassen sich am Beruf des Arztes aufzeigen, der in seinen Grundlagen ein freier Beruf ist. Qualifizierte Ausbildung und Weiterbildung, ein hohes Maß an Unabhängigkeit und ein besonderes Vertrauensverhältnis sind seine Merkmale. Sie sind für das Arzt-Patienten-Verhältnis unverzichtbar. Die Entwicklung der beiden letzten Jahrzehnte hat zwar zu zahlreichen Einschränkungen der vertragsärztlichen Berufsfreiheit geführt. Aber sie hat aus dem Arztberuf keinen gebundenen Beruf und aus dem Arzt keinen „Beliehenen“ machen können. Der erreichte Bestand an Einschränkungen darf folglich nicht Argumentationsgrundlage für einen verminderten Rechtsstatus und die Unbedenklichkeit weiterer Einschränkungen sein. Vielmehr

³⁷ Ähnlich BVerfG NJW 2006, S. 891 (893).

³⁸ Dazu Gethmann et al. (Anm. 1), S. 47ff.

³⁹ BVerfG NJW 2006, S. 891 (893).

⁴⁰ Taupitz, Jochen: Die Vertretung kollektiver Patienteninteressen. In: Medizinrecht (MedR) 2003, S. 7ff.

muß umgekehrt gefragt werden, ob weitere Einschränkungen der Berufswahl- oder Berufsausübungsfreiheit wirklich erforderlich sind. In der verfassungsgerichtlichen Judikatur ist hier einiges an Terrain verloren gegangen⁴¹.

Besonders deutlich wird das im Vergleich mit dem Anwaltsberuf. Auch hier hat ein freier Beruf eine herausgehobene Stellung innerhalb eines gesellschaftlichen Teilsystems, der besondere Pflichten entsprechen. Der Anwalt ist gem. § 1 BRAO „unabhängiges Organ der Rechtspflege“. Trotzdem hat das Bundesverfassungsgericht es zutreffenderweise abgelehnt, diesen Tatbestand zum Anlaß zu nehmen, um „unter Einschränkung der Freiheitsgarantie des Art. 12 I GG die für staatliche Bedienstete aus Art. 33 V GG hergeleiteten Grundsätze in irgendeiner Weise anzuwenden“⁴². Der Begriff „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ fungiert nicht als Einfallstor für Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit des Anwalts⁴³. Ganz anders im ärztlichen Berufsrecht: Die dem Vertragsarzt verfassungsgerichtlich zugeschriebene Aufgabe „zugleich Sachwalter der Kassenfinanzen“ zu sein⁴⁴, wird ihrerseits zum Anlaß genommen, weitere Einschränkungen und Pflichten zu rechtfertigen. Verfehlt ist aber schon die Formulierung als solche. Sie indiziert eine Doppelstellung des Arztes, bei der die wichtigste Komponente, das Vertrauen des Patienten, nur Schaden nehmen kann. Damit aber wird der Schutzbereich des Art. 12 GG in einer Weise ausgehöhlt, die verfassungsrechtlich höchst bedenklich ist. Das gilt insbesondere dort, wo, wie zum Beispiel bei festen Budgetobergrenzen, dem einzelnen Arzt im großen Umfang verkappte ökonomische Verteilungsentscheidungen zugewiesen werden.

3 Grundrechte der Finanzierungspflichtigen

Das Abgabenrecht hat erst spät zu einer spezifisch grundrechtlichen Sicht gefunden. Selbst für Steuern als die allgemeinste Form staatlicher Abgaben ist seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22.06.1995 zum Vermögenssteuerrecht heute jedoch deutlich, daß der hier einschlägige Art. 14 GG mehr bietet als einen Schutz vor konfiskatorisch wirkenden Abgaben⁴⁵. Das gilt unabhängig davon, ob man den sogenannten Halbteilungsgrundsatz als Verfassungsschranke ansieht oder nicht.

⁴¹ Zutreffend kritisch Hufen (Anm. 14), S. 14.

⁴² BVerfGE 63, 266 (285).

⁴³ So auch Jaeger, Renate: Rechtsanwälte als Organ der Rechtspflege – Notwendig oder überflüssig? Bürde oder Schutz? In: NJW 2004, S. 1 (6), mit dem ausdrücklichen Hinweis auf den Ausnahmecharakter der sozialen Beratungshilfe, die Anwälte zu leisten haben.

⁴⁴ So BVerfGE 103, 172 (191).

⁴⁵ BVerfGE 93, 121 (138); Kirchhof, Paul: Der Grundrechtsschutz der Steuerpflichtigen. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im vergangenen Jahrzehnt. In: AöR 128 (2003), S. 1 ff.

Auch bei den Sozialversicherungsbeiträgen kann die überkommene, nur an Art. 3, nicht aber an Art. 14 und Art. 2 I GG ausgerichtete Sicht nicht überzeugen⁴⁶. Die Auferlegung von Abgaben ist ein Grundrechtseingriff, der der Legitimation bedarf. Das ist gegenüber umwelt- oder wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Sonderabgaben anerkannt⁴⁷. Selbst wenn man den Sozialversicherungsbeiträgen insofern eine Sonderstellung zuweist⁴⁸, reicht es nicht aus, hier pauschal auf ein Schlagwort wie „Umverteilung“ oder „solidarische Finanzierung“ zu verweisen. Beides sind ganz unbestimmte Formeln ohne jeden begrenzenden Gehalt, die deswegen in dieser Form zur Legitimation von Freiheitseingriffen nicht taugen⁴⁹. Zutreffend wird demgegenüber in der jüngeren Literatur die Bedeutung des Versicherungs- und des Äquivalenzgedankens herausgearbeitet⁵⁰. Die Heranziehung zu Zwangsbeiträgen ohne jeden Vorteil für sich selbst oder eine engere, nach spezifischen Kriterien bestimmte Gruppe ist daher unzulässig. Im übrigen hängt die Intensität des Rechtfertigungsbedürfnisses von der Abgabenhöhe und der Gestaltung der Bemessungsgrundlagen ab⁵¹.

II Rechtsstaatliche und demokratische Verfahrensanforderungen

Gesundheitsrechtliche Entscheidungen sind in hohem Maße Verteilungsentscheidungen. Rechtsstaats- und Demokratieprinzip verlangen, daß sie transparent, kompetent und in einer Weise getroffen werden, die jedem eine Beteiligungschance einräumt⁵².

I Die Rolle des parlamentarischen Gesetzgebers

Die zentrale Position kommt dabei dem parlamentarischen Gesetzgeber zu. Die grundlegenden Entscheidungen zur Gestaltung des öffentlichen Gesundheitswesens müssen gesetzlich getroffen sein. Gleiches gilt für die prägenden ethischen, rechtli-

⁴⁶ Anders Jaeger (Anm. 6), S. 228.

⁴⁷ BVerfGE 93, 319 (342 ff.).

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 75, 108 (147).

⁴⁹ Eine intensivere Behandlung findet sich demgegenüber bei Kirchhof, Ferdinand: Sozialversicherungsbeitrag und Finanzverfassung. In: NZS 1999, S. 161ff.

⁵⁰ Becker, Joachim: Transferechtigkeit und Verfassung, 2001, bes. S. 152ff.; Butzer, Hermann: Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, S. 322ff.; Hase, Friedhelm: Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, bes. S. 159ff.; Huster, Stefan: Die Beitragsbemessung in der gesetzlichen Krankenversicherung. Gesellschaftlicher Wandel als Herausforderung für das Sozialversicherungsrecht. In: Juristenzeitung (JZ) 2002, S. 371 (377); Kube, Hano: Äquivalenz und Solidarität im Sozialversicherungsrecht. In: Staat 2002, S. 452 (471ff.).

⁵¹ Vgl. Sodan, Helge: Das Beitragssatzsicherungsgesetz auf dem Prüfstand des Grundgesetzes. In: NJW 2003, S. 1761 (1765).

⁵² Schmidt-Aßmann (Anm. 1), S. 56ff.

chen und politischen Prinzipien sowie die Ziele des Versorgungsbereiches. Wo Regelungen mit Eingriffen in Grundrechte Beteiligter verbunden sind, können sie nur aufgrund eines Gesetzes vorgenommen werden. Darüber hinaus fällt dem Gesetzgeber die Aufgabe zu, die notwendigen Verteilungsverfahren zu strukturieren und für sie eine adäquate Organisation vorzusehen. Das ist die prozedural-organisatorische Seite der Wesentlichkeitsdoktrin.

2 Die Organisation medizinischen Sachverständigen

Zum einen geht es um die Organisation des medizinischen Sachverständigen, von dem staatliche Entscheidungen gerade im vorliegenden Gebiet in hohem Maße abhängig sind. Sachverständigenberatung ist nur selten ein Vorgang rein naturwissenschaftlicher oder technischer Rationalität. Auch das, was medizinisch notwendig erscheint, ist dieses jeweils nur in einem bestimmten Bezugsrahmen, der (mehr oder weniger eingestanden) durch Konventionen gesetzt wird. Das alles mindert nicht die Bedeutung von Sachverständigen. Aber es veranlaßt dazu, ihn in Organisationen und Verfahren so einzubringen, daß seine eigenen Bedingtheiten bewußt gehalten werden und Alternativen formulierbar bleiben.

Unter diesen Bedingungen ist die Einbeziehung nicht-staatlicher Gremien in staatliche Entscheidungsprozesse kein Fremdkörper, sondern entspricht dem fachlichen Charakter gesundheitspolitischer Entscheidungen. Je nachhaltiger der faktische oder der rechtliche Einfluß solcher Gremien ist, desto stärker muß von Seiten des Staates jedoch darauf gesehen werden, daß Neutralität und Ausgewogenheit die Sachverständigenarbeit bestimmen. Es muß sichergestellt sein, daß „die in den beteiligten Kreisen vertretenen Auffassungen zumindest tendenziell vollständig erfaßt werden“⁵³. Das, was Sachverständige in dieser ihrer Eigenschaft bieten können, und das, was wegen seines vorrangig politischen Charakters staatlich zu verantworten ist, muß in den Verfahrens- und Organisationsregelungen getrennt bleiben. Man kann dieses das *Konsistenzgebot* der Sachverständigenberatung nennen.

3 Die Organisation der Betroffenenbeteiligung

Im überkommenen GKV-Recht spielen die Gremien sogenannter sozialer Selbstverwaltungen eine besondere Rolle⁵⁴. In diesen sind Beteiligte sehr unterschiedlicher Interessenrichtungen zu interessenausgleichender Entscheidung aufgerufen. Insgesamt wirkt das Entscheidungsgefüge jedoch durch historische Zufälligkeiten bestimmt und wenig transparent. Gelegentlich überdeckt eine beschwichtigende Rhetorik tie-

⁵³ BVerfGE 83, 130 (153).

⁵⁴ Vgl. nur Kluth, Winfried: Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 189ff.

ferliegende Probleme: So sind die „Friedenswahlen“ nicht Ausdruck besonderer Gruppenharmonie, sondern fehlender Selbstverwaltungssubstanz, und die „Friedensgrenze“ kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß Heraussetzungen der Pflichtversicherungsgrenze Eingriffe in die Rechte privater Versicherungsunternehmen darstellen. Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen dieses Systems sind verfassungsrechtlich durch folgende Fixpunkte bestimmt:

– Staatliche Entscheidungen, zu denen auch die Entscheidungen der mittelbaren Staatsverwaltung gehören, müssen zu allererst demokratisch, das heißt durch das Volk, legitimiert sein (Art. 20 II GG). Betroffenengemeinschaften, wie sie in der sozialen Selbstverwaltung organisiert sind, bilden kein zureichendes Legitimationssubjekt im Sinne dieser Verfassungsbestimmung. Ihre Einrichtung durch parlamentarisches Gesetz gleicht dieses Defizit nur teilweise aus. Um Verbindlichkeit beanspruchen zu können, bedürfen Entscheidungen sozialer Selbstverwaltungsträger folglich einer Mitwirkung der parlamentarisch verantwortlichen Exekutive, die im Regelfall über eine bloße Rechtsaufsicht hinausgehen muß.

– Besondere Anforderungen gelten dort, wo solche Entscheidungen auch Dritte erfassen sollen, die in den Gremien der sozialen Selbstverwaltung nicht repräsentiert sind. Verfassungsrechtlichen Zweifeln begegnet deshalb die ausgreifende Richtlinienggebung der bisherigen Bundesausschüsse nach § 91 SGB V⁵⁵. Bestimmte Gruppen von Leistungserbringern und die Patienten sind nach dem bisherigen Organisationsmodell dieser Ausschüsse nicht hinreichend vertreten. Die Tätigkeit der Ausschüsse kann auch nicht als reiner „Verwaltungsvollzug“, das heißt als subsumtionsmäßige Anwendung genauer gesetzlicher Vorgaben gedeutet werden⁵⁶. Wegen der zentralen Rolle der Richtlinien für die Versorgungsverhältnisse wird der Bundesausschuß vielmehr zutreffend als „kleiner Gesetzgeber“⁵⁷ des Krankenversicherungsrechts bezeichnet. Für die damit angezeigten weitreichenden Entscheidungstätigkeiten aber reicht seine Substanz als Selbstverwaltungsgremium nicht aus. Die die Versicherungsverhältnisse in der GKV prägenden, Dritte einbeziehenden Entscheidungen (vgl. § 91 IX SGB V i.d.F des GMG 2004) müssen folglich letztendlich staatlich verantwortet werden. Die verfassungsrechtlich vorgezeichnete Entwicklung eines solchen Gremiums liegt in der Sachverständigenberatung, nicht aber in der Kompetenz zu verbindlichen Entscheidungen (unten C III).

⁵⁵ Schmidt-Aßmann (Anm. 1), S. 82ff.; Kingreen, Thorsten: Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht. In: NJW 2006, S. 877ff. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit offenlassend BVerfG NJW 2006, S. 891 (893).

⁵⁶ So für die Festbetragfestsetzung durch die Spitzenverbände der Krankenkassen nach § 35 SGB V aber BVerfGE 106, 275 (305), freilich ohne substantielle Auseinandersetzung mit der der Beitragsfestsetzung *vorausgehenden* Tätigkeit der Bundesausschüsse.

⁵⁷ Taupitz (Anm. 40), S. 11.

C Verfassungsrechtliche Eckpunkte einer Gesundheitsreform für mehr Eigenverantwortung

Im folgenden sollen drei Bauformen verfassungsrechtlich untersucht werden, die in der derzeitigen Reformdiskussion eine Rolle spielen⁵⁸.

I Die Frage einer allgemeinen Versicherungspflicht

Eine solche Pflicht bildet den Grundtatbestand zahlreicher Reformmodelle⁵⁹.

I Pflichtentatbestand

Über das bisherige Recht geht sie insofern hinaus, als sie auch Personengruppen erfaßt, für die derzeit keine Versicherungspflicht besteht (Beamte, Selbständige). Grundrechtlich betrachtet ist sie ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 I GG und bedarf daher besonderer Rechtfertigung. Sie muß ein legitimes Ziel verfolgen und insgesamt dem Verhältnismäßigkeitsprinzip (i.w.S.) entsprechen⁶⁰. Als ein akzeptables Ziel ist es anzusehen, die im Krankheitsfall und damit oft in Zeiten geminderter Erwerbsfähigkeit auftretenden finanziellen Belastungen durch eine Versicherungslösung aufzufangen. Das ist sozial- ebenso wie finanzpolitisch sinnvoll, weil es den einzelnen Kranken und seine Familie absichert und die Allgemeinheit vor der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen im Krankheitsfall schützt⁶¹. Gerade weil grundrechtliche Individualansprüche über eine Minimalversorgung hinaus ein erhebliches Wachstumspotential besitzen (oben B I 1a), ist es verfassungsrechtlich legitim, auch auf letzteren Gesichtspunkt zu sehen.

Nicht ganz eindeutig zu beantworten ist dagegen die Frage der Erforderlichkeit einer solchen Maßnahme. Das Bundesverfassungsgericht hat die Anordnung einer allgemeinen *Pflegeversicherungspflicht* mit dem Argument gerechtfertigt, daß es für die Gefahren der Pflegesituation in der Bevölkerung an einem Risikobewußtsein fehle.

⁵⁸ Aus diesen Elementen setzt sich auch das von der Arbeitsgruppe „Gesundheitsstandards“ der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften empfohlene Reformmodell zusammen. Vgl. Gethmann et al. (Anm. 1), S. 199ff.

⁵⁹ Vgl. Riedel, Daniel: Das „Schweizer Modell“ und die Verfassungspositionen der Beitragszahler. In: Die Sozialversicherung 2003, S. 287 (291f.); auch Sodan, Helge: Zur Verfassungsmäßigkeit der Ausgliederung von Leistungsbereichen aus der gesetzlichen Krankenversicherung. Dargestellt am Beispiel der Versorgung mit Zahnersatz. In: NZS 2003, S. 393 (399).

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 103, 197 (221ff.).

⁶¹ BVerfGE 102, 68 (89).

Für die Krankenversicherung ist das erkennbar anders; ein hoher Prozentsatz der nicht versicherungspflichtigen Personen hat eine Versicherung abgeschlossen. Allerdings zeigen die differenzierten Tarife in der PKV, daß hinsichtlich des Umfangs der Versicherungspflicht durchaus unterschiedliche Präferenzen bestehen. Dieser Befund ist in zweifacher Weise interpretierbar: Er kann zum einen als Indiz dafür genommen werden, daß es staatlichen Zwanges zur Versicherung insofern gar nicht bedarf. Andererseits indiziert er, daß ein solcher Zwang bei entsprechend variabler Ausgestaltung des Versicherungsumfangs in der Bevölkerung als wenig belastend empfunden wird. Nimmt man hinzu, daß sich die Vermögenssituation einer Person schnell ändern und Krankheiten in einer Lebensperiode auftreten können, in der auch in früheren Zeiten durch eigenes Vermögen sichergestellte Personen über diese Ressourcen nicht mehr verfügen, so läßt sich die Einführung einer allgemeinen Versicherungspflicht insgesamt als notwendig rechtfertigen⁶².

2 Prämien- bzw. Beitragsbemessung

Im derzeitigen Recht ist dieses Thema durch zwei unterschiedliche Prinzipien bestimmt: In der privaten Krankenversicherung herrschen das Versicherungsprinzip und die Kapitaldeckung; die Prämien sind risikoabhängig und von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Versicherten unabhängig, drücken aber in gezielter Weise eine Solidarität zwischen Gesunden und Kranken aus. In der gesetzlichen Krankenversicherung herrscht das Solidaritätsprinzip; die Beiträge sind einkommensabhängig und sollen eine Kette von Umverteilungseffekten ins Werk setzen, die freilich keineswegs krankheitsspezifisch sind, sondern auch „versicherungsfremde Zwecke“ verfolgen (Verteilung zwischen arm und reich, alt und jung, kinderreich und kinderlos). Das alles wird verständlich nur vor dem Hintergrund der die Sozialversicherung traditionell prägenden Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Solidarität.

Die in einer Reihe von Reformenvorschlägen empfohlene *Pro-Kopf-Pauschale* verbindet einzelne Elemente der beiden unterschiedlichen Prinzipien zu einem eigenständigen Modell:

– Insofern die Pauschale risikounabhängig berechnet ist, erhöht sie die Umverteilungswirkung zwischen gesunden und kranken Versicherten über das in der PKV bisher übliche Maß hinaus. Die darin liegende Ungleichbehandlung läßt sich jedoch aus dem Gedanken der Solidarität zwischen Gesunden und Kranken rechtfertigen, die nicht nur zum ethischen, sondern auch zum verfassungsrechtlichen Grundbestand in der Rechtsordnung zählt⁶³. Der Staat kann diesen Gedanken im Rahmen seines

⁶² Im Ergebnis ebenso Riedel (Anm. 59), S. 292; Sodan (Anm. 59), S. 400.

⁶³ Zu anthropologischen und ethischen Fragen der Bedürftigkeit als Ursprung von Verpflichtungen und Berechtigungen vgl. Gethmann et al. (Anm. 1), S. 10ff.

Sozialstaatsauftrags aufnehmen und ausformen. Voraussetzung ist allerdings, daß es um eine Hilfe in Krankheitsfällen und nicht um die Förderung des allgemeinen persönlichen oder gesellschaftlichen Wohlbefindens geht.

– Die Abkopplung des Prämien- bzw. Beitragssatzes von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist sachgerecht. Als allgemeine Volksversicherung ist die Krankenversicherung nicht der richtige Ort, um Einkommenspolitik zu betreiben. Die aus unterschiedlicher wirtschaftlicher Leistungskraft folgenden Umverteilungsmechanismen sind Aufgabe des Steuerrechts. Unzumutbare Belastungen der Bezieher geringer Einkommen durch die Höhe der pauschal kalkulierten Prämie müssen durch staatliche Sozialzuschüsse ausgeglichen werden, wie das in anderen Gebieten, zum Beispiel dem Mietrecht, auch gilt. Auf die bisherigen diffusen Umverteilungsmechanismen der GKV wird verzichtet. Das fördert die Transparenz der staatlichen Finanzströme. Zugleich wird der Bezugsrahmen für die individuelle Belastung der Bürger deutlicher.

– Die Fortführung dieser Überlegungen zeigt auch, daß der Vorschlag, in einer allgemeinen Versicherung den Beitrag *proportional* zum Einkommen festzulegen (sogenannte Bürgerversicherung)⁶⁴, verfassungsrechtlich nicht haltbar ist. Gegenüber einem solchen Vorschlag wäre die Frage zu stellen, inwieweit der Beitrag nicht eine verkappte Einkommenssteuer darstellt, deren Aufkommen nach Art. 106 III GG zwischen Bund und Ländern zu verteilen wäre. Diesen Konsequenzen ließe sich nicht dadurch ausweichen, daß man das Aufkommen pauschal den Trägern der Krankenversicherung zuweist. Wo sich in einer Abgabe spezifische Solidarinteressen in das Allgemeininteresse an der Gewinnung von Einnahmen auflösen, bleibt nur für die (Zweck-)Steuer Raum⁶⁵. Im Rahmen einer allgemeinen Volksversicherung kann der *einkommensabhängig* kalkulierte Beitrag, anders als im traditionellen Bild der solidarisch finanzierten GKV, nicht mehr als Ausdruck einer *spezifischen Solidarität* gewertet werden. Die formalen Anforderungen des Steuerstaates haben ihren guten freiheitssichernden Sinn, indem sie verhindern, daß über das Institut des Beitrags in einer wenig durchschaubaren Weise beliebig umverteilt werden kann⁶⁶.

II Anbieterpluralität

Ein auf mehr Freiheit angelegtes Reformmodell sollte durch eine Pluralität der Anbieter von Versicherungsleistungen gekennzeichnet sein, zwischen denen jeder Versicherte ein Wahlrecht besitzt. Verfassungsrechtlich mildert das Wahlrecht den in der Anordnung einer allgemeinen und umfassenden Versicherungspflicht liegenden Zwang.

⁶⁴ Dazu positiv Kruse, Udo & Silke Kruse: Steht die gesetzliche Krankenversicherung vor einem Systemwechsel? In: Die Sozialversicherung 2003, S. 281ff.; kritisch dagegen Isensee, Josef: „Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem der Verfassung. In: NZS 2004, S. 393ff.

⁶⁵ So Isensee, Josef: Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973, S. 43 (51f.).

⁶⁶ Das ist verkannt von Kruse & Kruse (Anm. 64), S. 283.

1 Kein öffentlich-rechtliches Einheitsmodell

Anbieterpluralität meint nicht, daß nur zwischen öffentlich-rechtlich organisierten Kassen gewählt werden kann. Eine solche Konzentration der Pflichtversicherung kommt verfassungsrechtlich nicht in Betracht. Zweifelhaft ist schon, inwieweit sich die gesetzliche Anordnung eines allgemeinen Versicherungszwangs noch auf die entsprechende Kompetenznorm für die „Sozialversicherung“ (Art. 74 I Nr. 12 GG) stützen ließe⁶⁷. Der traditionelle Gehalt dieses Verfassungsbegriffs hat auch nach mancherlei gesetzgeberischer Modifikation nicht jegliche begrenzende Wirkung verloren⁶⁸. Darüber hinaus läge in einer solchen Konzentration ein schwerer Eingriff in die Grundrechte privater Versicherungsunternehmen. Mit den Fällen, in denen die Pflichtversicherungsgrenze in der GKV in der Vergangenheit heraufgesetzt worden ist⁶⁹, ist die Intensität eines solchen Eingriffs nicht vergleichbar. Vielmehr entfiel durch die Bildung eines staatlichen Monopols schlechthin die Möglichkeit, private Krankenversicherung überhaupt zu betreiben. Die von Art. 12 I S. 1 GG dafür verlangten Voraussetzungen, daß die Maßnahme zur „Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ zwingend erfordert wird⁷⁰, lassen sich nicht dartun, da andere Modelle zur Verfügung stehen. Den existierenden Verträgen in der PKV wäre zudem schon wegen der für sie gebildeten versicherungstechnischen Rückstellungen aufgrund des Art. 14 GG Bestandsschutz zu gewähren, so daß überhaupt nur neue Versicherungsverhältnisse erfaßt werden könnten.

2 Mischmodell: zwei Versicherungszweige

Immerhin zu erwägen wäre eine Anbieterpluralität nach dem Modell einer „Volksversicherung in der Gestalt zweier Versicherungszweige“⁷¹. Zwei Arten der Aufgabenteilung sind hierzu theoretisch denkbar:

– Der Pflegeversicherung vergleichbar (vgl. § 1 SGB XI), könnten GKV und PKV jeweils für die ihnen bisher zugeordneten Versichertengruppen den vollen Versicherungsschutz leisten. Die Verpflichtung beider Zweige auf eine pauschale Beitrags- bzw. Prämienkalkulation wäre für die GKV zwar eine deutliche Änderung gegenüber ihrem bisherigen Bilde, mit dem Kompetenzbegriff des Art. 74 I Nr. 12 GG aber wohl noch vereinbar. Für den Kompetenzbegriff „privatrechtliches Versicherungs-

⁶⁷ Verneinend Isensee (Anm. 65), S. 51f.

⁶⁸ Vgl. BVerfGE 113, 167 (195ff.).

⁶⁹ Dazu Schnapp, Friedrich E. & Markus Kaltenborn: Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung, 2001.

⁷⁰ BVerfGE 7, 377 (408); std. Rspr. E 102, 197 (214).

⁷¹ Formulierung in BVerfGE 103, 197 (224) für die Pflegeversicherung nach SGB XI.

wesen“ in Art. 74 I Nr. 11 GG stellen die erforderlichen gesetzlich verbindlichen Vorgaben für die Prämienkalkulation (vgl. unter III) dagegen ebensowenig ein Problem dar wie die Festlegung einer Versicherungspflicht und weitere Einschränkungen der freien Ausgestaltung des Versicherungsvertrages. Die die letzten beiden Punkte betreffenden Vorschriften der §§ 23, 110 SGB XI sind verfassungsgerichtlich ausdrücklich für zulässig angesehen worden⁷². Weiterreichende, das heißt die Grenzen der beiden Versicherungszweige überspringende Ausgleichsmechanismen wären angesichts der unterschiedlichen Organisationsformen dagegen kaum realisierbar.

– Eine zweite Variante des Modells zweier Versicherungszweige könnte darin bestehen, für alle Versicherten eine Grundversorgung in der GKV zur Pflicht zu machen und die Zusatzversicherungen – sei es obligatorisch, sei es freiwillig – der PKV zu überlassen. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Variante hängt vom Umfang der vorgesehenen Grundversorgung ab. Sollte diese bereits alle wesentlichen Krankenversicherungsleistungen umfassen, so begegnete sie denselben Bedenken wie das öffentlich-rechtliche Einheitsmodell (vgl. oben 1). Die Vorstellung, man könnte es für die PKV bei der Bedienung einer „Luxusmedizin“ bewenden lassen⁷³, ist verfassungsrechtlich daher inakzeptabel. Vielmehr müßte umgekehrt auf eine sehr enge Definition der Leistungsstandards in der Grundversorgung gesehen werden.

3 Vorzug einer privatrechtlichen Lösung

Am besten läßt sich Anbieterpluralität auf einem allein von privaten Versicherungsunternehmen gebildeten Markt ins Werk setzen. Die zwangsweise Zuweisung bestimmter Bevölkerungsgruppen an öffentlich-rechtliche Versicherungsträger entfielen. Letztere wären künftig als privatrechtliche Unternehmen zu führen. Das Sozialstaatsprinzip steht einer solchen Umgliederung nicht entgegen (vgl. oben A II 1). Auch aus Art. 87 II GG läßt sich ein Bestandsschutz der bisherigen GKV-Organisation nicht herleiten; die Vorschrift dient ganz vorrangig der Abgrenzung zwischen Bundes- und Landesverwaltung, eine institutionelle Garantie der Sozialversicherung bietet sie nicht⁷⁴. Aber selbst wenn ihr die Gewährleistung einer selbstverwaltungsähnlichen Beteiligung der Versicherten zu entnehmen sein sollte, könnte dieses Ziel auch mit den Mitteln des privaten Organisationsrechts (Vereins- und Genossenschaftsrecht) erreicht werden.

⁷² Vgl. BVerfGE 103, 197 (217 ff.).

⁷³ Vgl. den Hinweis bei Kruse & Kruse (Anm. 64), S. 281.

⁷⁴ Broß, Siegfried in: v. Münch & Kunig: Grundgesetz, 4./5. Auflage, 2003, Art. 87 Rn. 6.

III Staatliche Gewährleistungsaufsicht

Die sozialstaatlich veranlaßte Verfügbarkeit eines Systems sozialer Sicherheit muß verfassungsrechtlich nicht dadurch gewährleistet werden, daß die Versicherungsträger der staatsunmittelbaren oder staatsmittelbaren Verwaltung zugehören (vgl. oben A II 1). Der Staat kann seine Gewährleistungsverantwortung auch dadurch wahrnehmen, daß er die Leistungserbringung privaten Unternehmen überläßt, diese durch normative Vorgaben zur Einhaltung bestimmter Leistungsstandards veranlaßt und durch eine entsprechende Staatsaufsicht kontrolliert⁷⁵. Diese Art der Verantwortungsteilung prägt heute eine Reihe wichtiger Politikfelder, das Telekommunikations- und Postwesen, den Markt der leistungsgebundenen Energien und das Eisenbahnwesen⁷⁶.

1 Soziale Aufsichtsmittel

Für ein solches Konzept der Gewährleistungsaufsicht gibt es im hier untersuchten Bereich durchaus Ansätze. Interessant sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur privaten Pflegeversicherung. Das Gericht zeigt auf, daß auch private Pflichtversicherungen mit sozialstaatlich veranlaßten staatlichen Vorgaben versehen werden können, ohne ihren Charakter als „privatrechtliches Versicherungswesen“ zu verlieren: zum Beispiel das Verbot der Risiko-selektion durch Ausschluß von Vorerkrankungen und Wartezeiten, die beitragsfreie Mitversicherung von Kindern und andere Besonderheiten der Prämien-gestaltung⁷⁷. Auch das Privatversicherungsrecht hat inzwischen Elemente des Solidarprinzips aufgenommen⁷⁸. Zur Sicherung sozialstaatlicher Standards in der Gesundheitsversorgung bedarf es folglich nicht notwendig der komplizierten, hybriden Gremienstrukturen des überkommenen GKV-Rechts. Auch ein von privater Anbieterpluralität geprägtes Krankenversicherungswesen läßt sich von Seiten des Staates in hinreichendem Umfang steuern. Die Einhaltung der staatlichen Vorgaben für die private Pflegeversicherung (§ 110 SGB XI) zu kontrollieren, obliegt der Versicherungsauf-

⁷⁵ Zu den staatstheoretischen Grundlagen des Gewährleistungsstaates vgl. Schuppert, Gunnar Folke: Staatswissenschaft, 2003, S. 289ff. und 571ff.

⁷⁶ Vgl. die Darstellung von Kühling, Jürgen: Sektorspezifische Regulierung in den Netz-wirtschaften, 2004; Schmidt-Aßmann, Eberhard: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Auflage, 2004, S. 138ff.

⁷⁷ BVerfGE 103, 197 (216ff.) zu §§ 23, 110 SGB XI; vgl. aber auch § 257 II SGB V.

⁷⁸ Jaeger (Anm. 6), S. 229f.; ausf. Leube, Konrad: Sozialversicherung in Gestalt der Privat-versicherung – Rechtliche Rahmenbedingungen. In: NZS 2003, S. 449: „Sozialversiche-rung in Gestalt der Privatversicherung“.

sicht, heute ausgeübt durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht⁷⁹. Die entsprechenden Aufsichtsmittel einschließlich einer Finanzaufsicht enthält das auch sonst für das Versicherungswesen einschlägige Versicherungsaufsichtsgesetz⁸⁰. Die Ergänzung dieses aufsichtsrechtlichen Instrumentariums um einzelne Instrumente, wie sie dem Regulierungsrecht zum Beispiel des TKG vertraut sind⁸¹, entwickelt die bisherigen Ansätze fort. Der Gedanke einer „Gewährleistungsaufsicht“⁸² verlangt also keine radikale Veränderung des bisherigen Versicherungsaufsichtsrechts.

2 Rolle des „Gemeinsamen Bundesausschusses“

Im Rahmen einer solchen staatlichen Aufsicht kann auch den bisherigen Bundesausschüssen nach § 91 SGB V eine neue Rolle zugewiesen werden: Sie sind als Gremien der Sachverständigenberatung und der Interessenklärung mit entsprechend breiter Repräsentanz der bereichsbestimmenden Interessen einzusetzen. Die Neufassung der entsprechenden Vorschriften durch das GMG 2004 und die Schaffung eines einheitlichen, jeweils entscheidungsspezifisch besetzten „Gemeinsamen Bundesausschusses“ zeigen in diese Richtung. Von den in diesem Bereich ohnehin brüchigen Legitimationsgrundlagen funktionaler Selbstverwaltung wäre der Ausschuß zu lösen und zu einem pluralistisch besetzten Sachverständigengremium fortzuentwickeln, für das das parlamentarische Gesetz selbst Besetzungs- und Verfahrensregeln zu treffen hätte (vgl. oben B II 3). Als Teil staatlicher Gewährleistungsaufsicht könnten einem solchen Gremium die maßgebliche Vorbereitung der das Versicherungsniveau bestimmenden Leistungsstandards anvertraut werden. Die Vielfalt medizinischen, gesundheitsökonomischen und organisatorischen Sachverstandes, die als besonderes Kennzeichen der bisherigen Bundesausschüsse gilt, kann in klarere Organisationsformen überführt werden. Ein Letztentscheidungsrecht parlamentarisch verantwortlicher Instanzen ist dabei vorzubehalten.

⁷⁹ Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht vom 22.4.2002, BGBl. I, S. 1310.

⁸⁰ Gesetz vom 17.12.1992, BGBl. 1993 I, S. 2.

⁸¹ Vgl. nur Trute, Hans-Heinrich in: Schmidt-Aßmann, Eberhard et al. (Hg.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 857ff.

⁸² Schuppert, Gunnar Folke: Staatsaufsicht im Wandel. In: Die öffentliche Verwaltung (DÖV) 1998, S. 831 (834); weitergeführt zum Beispiel von Junker, Johannes: Gewährleistungsaufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen, 2003.