

GREGOR THÜSING

Zur Verfassungswidrigkeit der Portabilitätsregelungen im WSG-GKV

I. Die Neuregelung der Portabilität von Altersrückstellungen im WSG-GKV

Die Altersrückstellungen in der PKV haben ihren guten Sinn. Wir werden immer älter, und das ist schön so. Die Medizin wird immer besser – auch das ist ein Grund zur Freude. Doch je älter wir werden, desto kränker werden wir auch. Wer früher starb, der siecht heute, wer früher unrettbar verloren war, den können heute kostenintensive Apparate retten. Die private Krankenversicherung hat diese Herausforderung angenommen. Es werden Altersrückstellungen gebildet, um damit die Beiträge langfristig stabil zu halten. Die Höhe dieser Rückstellungen variiert. Seit dem 1. 1. 2000 wird von Neuversicherten zwischen dem 21. und 60. Lebensjahr ein 10%iger Zuschlag erhoben, der zusätzlich den Altersrückstellungen zugefügt wird. Ende 2002 standen insgesamt 76 Milliarden Euro in der Kranken- und Pflegeversicherung für die Altersrückstellung zur Verfügung, heute sind es über 100 Milliarden Euro. Diese Altersrückstellungen sollen künftig aufgrund der Neuregelungen durch das WSG-PKV portabel gestaltet werden, kurz gesagt: Der einzelne Versicherte soll sie im Falle eines Wechsel seines Versicherungsunternehmens mitnehmen können. Hiergegen sind – wie auch gegen andere Regelungen – bereits früh verfassungsrechtliche Bedenken erhoben worden. Um die soll es im Folgenden gehen. Sicherlich: Nicht alles, was rechtspolitisch verfehlt ist, kann mit der Keule der Verfassungswidrigkeit erschlagen werden. Die Drohung mit dem Gang nach Karlsruhe ist oftmals wohlfeiles Argument einer hitzigen politischen Debatte, ein argumentatives Draufgeld, das allzu schnell zur kleinen Münze wird. Doch zuweilen erweisen sich die Einwände als stichhaltig und nähere Prüfung bestätigt den Verdacht, dass tatsächlich gar nicht geht, was nicht sein soll. Die Neuregelungen des WSG-GKV zur Portabilität von Altersrückstellungen scheinen mir so ein Fall zu sein. Dieses zu belegen möchte ich in drei Schritten vorgehen. Nach einer einleitenden Vorstellung der Neuregelung (I.) und deren Auswirkungen auf das bisherige System (II.) sollen die verfassungsrechtlichen Zweifel dargelegt (III.) und zu einer Summa (IV.) geführt werden.

1. Portabilität der Alterungsrückstellungen bei einem unternehmensinternen Tarifwechsel

Schon § 178 f Abs. 1 VVG a. F. sah bei einem unternehmensinternen Tarifwechsel einen Kontrahierungszwang des Versicherers und die Anrechnung der aus dem Vertrag erworbenen Rechte und der (kalkulierten) Alterungsrückstellung aus dem alten Tarif vor. Die Alterungsrückstellungen waren insoweit also portabel. Der neue § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Hs. 1, 2, 3 VVG übernimmt diese Regelung; hinsichtlich der Mehrleistungen können Leistungsausschlüsse, Risikozuschläge und Wartezeiten vereinbart werden. Bei einem Wechsel *aus dem Basistarif in einen anderen Tarif* kann der Versicherer gemäß § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Hs. 4 VVG auch einen Risikozuschlag verlangen, der dem bei Vertragsschluss gemäß § 203 Abs. 1 S. 3 VVG ermittelten Risiko entspricht. Eine Obergrenze für einen solchen Zuschlag besteht nicht. Ein unternehmensinterner Wechsel *aus einem anderen Tarif in den Basistarif* unter Anrechnung der aus dem Vertrag erworbenen Rechte und der Alterungsrückstellungen ist gemäß § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Hs. 5 VVG nur bei nach dem 1. 1. 2009 abgeschlossenen Neuverträgen (lit. a)), nach Vollendung des 55. Lebensjahres, bei Renten- oder Ruhegehaltsberechtigung, Hilfebedürftigkeit im Sinne des SGB II oder SGB XII oder bei Altverträgen zwischen dem 1. 1. und dem 30. 6. 2009 möglich.

2. Portabilität bei einem Unternehmenswechsel

Bei einem Unternehmenswechsel waren die Alterungsrückstellungen bisher nicht portabel, sondern wurden an das Kollektiv vererbt. Durch das GKV-WSG werden die Alterungsrückstellungen portabel gemacht, soweit sie sich auf den Leistungsumfang des Basistarifs beziehen. Die Regelungen zur Portabilität sind gemäß § 204 Abs. 1 S. 3 VVG zwingend. Zu unterscheiden ist zwischen Neuverträgen (nach dem 1. 1. 2009) und Altverträgen.

a) Neuverträge

Nach § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a) VVG kann bei einem nach dem 1. 1. 2009 abgeschlossenen Vertrag der Versicherungsnehmer vom Versicherer verlangen, dass dieser bei einer Kündigung des Vertrages und gleichzeitigem Abschluss eines Vertrages mit substitutivem Schutz bei einem anderen Versicherer die kalkulierte Alterungsrückstellung des Teils der Versicherung, dessen Leistungen dem Basistarif entsprechen (Basistarif-Alterungsrückstellung), an den neuen Versicherer überträgt. § 12 Abs. 1 Nr. 5 VAG unterstützt diese vertragsrechtliche Verpflichtung aufsichtsrechtlich: Die substitutive Krankenversicherung darf hinsichtlich des Neugeschäfts im Inland nur betrieben werden, wenn in dem Versicherungsvertrag die Mitgabe des Übertragungswerts des Teils der Versicherung, dessen Leistungen dem Basistarif entsprechen, bei Wechsel des Versicherungsnehmers zu einem anderen privaten Krankenversicherungsunternehmen vorgesehen ist.

Der Übertragungswert errechnet sich nach § 13 a Abs. 1 KalV als Summe aus der Alterungsrückstellung, die aus dem Beitragszuschlag nach § 12 Abs. 4 a VAG entstanden ist, und der Alterungsrückstellung für die gekündigten Tarife, höchstens jedoch der Alterungsrückstellung, die sich ergeben hätte, wenn der Versicherte von Beginn an im Basistarif versichert gewesen wäre. Für Versicherte, die nicht im Basistarif versichert sind, handelt es sich also um einen fiktiven Wert. Bei Tarifen bzw. Tarifkombinationen mit einer niedrigeren Alterungsrückstellung stellt die tatsächliche kalkulatorische Alterungsrückstellung den Übertragungswert dar.¹

Konsequenz der Portabilität in Neuverträgen ist, dass wegen der fehlenden Vererbung bei einem Wechsel innerhalb der PKV die Stornowahrscheinlichkeiten reduziert werden müssen. Für den Basistarif legt daher § 5 Abs. 2 KalV fest, dass außer den Sterbewahrscheinlichkeiten und dem Abgang zur GKV keine weiteren Abgangswahrscheinlichkeiten berücksichtigt werden dürfen. In den anderen Tarifen ist zwar auch der Storno bei einem Wechsel innerhalb der PKV zu berücksichtigen; Allerdings sind zum Ausgleich die Übertrittswahrscheinlichkeiten zur Berechnung des Übertragungswertes nach § 13 a KalV zu berücksichtigen. Stornowahrscheinlichkeit und Übertrittswahrscheinlichkeit gleichen sich aus, soweit es um den Leistungsumfang des Basistarifs geht. Im Ergebnis wird also in den Normaltarifen im Umfang des Basistarifs die Stornowahrscheinlichkeit anders als nach bisherigem Recht nicht prämiennmindernd berücksichtigt.

b) Altverträge

Für Altverträge wird nur für einen Übergangszeitraum von sechs Monaten Portabilität der Basistarif-Alterungsrückstellungen hergestellt. Nach § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b) VVG haben Versicherte, deren Vertrag vor dem 1. 1. 2009 abgeschlossen wurde und die zwischen dem 1. 1. 2009 und dem 30. 6. 2009 in den Basistarif eines anderen Versicherungsunternehmens wechseln, Anspruch darauf, dass ihr früherer Versicherer die kalkulierte Alterungsrückstellung des Teils der Versicherung, dessen Leistungen dem Basistarif entsprechen, an den neuen Versicherer überträgt. Für die Berechnung des Übertragungswertes gilt die Sonderregelung des § 13 a Abs. 2 S. 2 KalV.

Nicht ganz klar ist, wie Verträge zu qualifizieren sind, die im ersten Halbjahr 2009 von Personen, die schon vor dem 1. 1. 2009 einen privaten Krankenversicherungsvertrag hatten, in Ausübung ihres zeitlich begrenzten Wechselrechts bei einem neuen Versicherungsunternehmen abgeschlossen werden. Subsumiert man diese als Neuverträge unter § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a) VVG, hat dies zur Folge, dass der Versicherungsnehmer auch nach dem 30. 6. 2009 unter Mitnahme der Basistarif-Alterungsrückstellung das Versicherungsunternehmen wechseln kann. Qualifiziert man solche Verträge als Altverträge im Sinne des § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b) VVG, ist nach dem 30. 6. 2009 ein erneuter Wechsel unter Mitnahme der Basistarif-Alterungsrückstellung nicht möglich. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass eine an Sinn und Zweck

¹ BT-Drucks. 16/3100, S. 209.

der Befristung der Wechselmöglichkeit unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens orientierte Auslegung zu dem Ergebnis kommen muss, dass Verträge, die in Ausübung des befristeten Wechselrechts geschlossen wurden, beim neuen Versicherer als Altverträge zu qualifizieren sind und ein erneuter Wechsel unter Mitnahme der Basistarif-Alterungsrückstellung mithin nicht möglich ist. Altkunden behalten also auch beim neuen Versicherer ihren Status als Altkunden.

II. Prognosen sind schwierig: Die Auswirkungen der Neuregelungen für die PKV

Die Folgen, die diese Maßnahmen haben werden, sind heute schwer abzusehen. Das BVerfG verfolgt aber einen klaren Kurs: „Solange die Prognosen des Gesetzgebers lediglich durch Vermutungen und Behauptungen der wirtschaftlich Betroffenen in Frage gestellt werden, kann das Bundesverfassungsgericht nicht eingreifen“.² Wer etwas zur Verfassungskonformität des neuen Rechts sagen will, muss sich also zunächst über die möglichen, oder besser, wahrscheinlichen Auswirkungen des Gesetzes im Klaren sein. Dies lenkt die Richtung des nächsten Schrittes in der Darstellung.

1. Portabilität der Alterungsrückstellungen im Neukundenbereich

Die partielle Abschaffung der Vererbung der Alterungsrückstellung mit der Einführung der Portabilität wird dazu führen, dass gute Risiken in erheblich stärkerem Maße als nach bisheriger Rechtslage aus Normaltarifen in günstigere Normaltarife eines anderen Unternehmens wechseln können. Schlechte Risiken werden allein in den Basistarif wechseln können. Im Bereich der Normaltarife wird es daher zu einer Risikoselektion kommen, die zu einer massiven Belastung bestimmter Tarife und ganzer Versicherungsunternehmen führen wird und letztlich zum Zusammenbruch des Versicherungsmarktes führen kann. *Ulrich Meyer* hat auf diese Gefahr in einer nachträglichen ergänzenden Stellungnahme zum Entwurf des GKV-WSG vom 27. 11. 2006 (Ausschussdrucksache Gesundheitsausschuss 0129(130)) eindringlich hingewiesen. Der Gesetzgeber hat an den Regelungen keine Anpassungen vorgenommen, die geeignet sind, die Gefahr eines Zusammenbruchs des Marktes für private Krankenversicherungen einzudämmen oder auch nur abzumildern.

a) Modelle zur Portabilität der Alterungsrückstellungen

Die Erschwerung der Wechselmöglichkeit zu einem anderen Unternehmen der PKV aufgrund mangelnder Portabilität der Alterungsrückstellungen wird von Teilen der Fachwelt wie auch der Politik seit längerer Zeit kritisch betrachtet, da hierdurch

² BVerfG v. 13. 09. 2005 – 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196, 244.

der Wettbewerb um (ältere) Bestandskunden erheblich erschwert wird. Die positiven Effekte von marktwirtschaftlichem Wettbewerb kommen in der PKV zwar im Neukundengeschäft voll zur Geltung, aber nur eingeschränkt im Bestandskundengeschäft. Der Bundestag hat daher schon in der 13. Legislaturperiode eine unabhängige Expertenkommission eingesetzt, die allgemein zur Problematik steigender Beiträge der privaten Krankenversicherten im Alter Stellung nehmen sollte und dabei auch Vorschläge zur Portabilität der Alterungsrückstellungen diskutiert hat.³

Um die nun Gesetz gewordene Regelung besser einordnen zu können, sollen zunächst die beiden Grundmodelle (Mitgabe der kalkulierten Alterungsrückstellung, Mitgabe einer individuellen Alterungsrückstellung) kurz vorgestellt werden:

aa) Mitgabe der kalkulierten Alterungsrückstellung. Im Modell der kalkulierten Alterungsrückstellung werden die Unternehmen verpflichtet, wechselnden Versicherungsnehmern die auf sie entfallende kalkulierte Alterungsrückstellung zum neuen Versicherer mitzugeben. Die durch das höhere Eintrittsalter beim neuen Versicherer höhere Prämie würde dann durch Einrechnen der „mitgebrachten“ Alterungsrückstellung unter sonst gleichen Umständen ungefähr auf das Beitragsniveau des ursprünglichen Eintrittsalters sinken.⁴ Die kalkulierte Alterungsrückstellung ist diejenige Alterungsrückstellung, die für alle Versicherten der gleichen Gefahrengemeinschaft einkalkuliert und entsprechend als Rückstellung gebildet wird. Da für alle Versicherten desselben Versichertenkollektivs mit denselben Wahrscheinlichkeiten kalkuliert wird, ist der Wert der kalkulierten Alterungsrückstellung für alle Versicherten desselben Versichertenkollektivs gleich hoch.⁵ Mit der Portabilität verliert die Alterungsrückstellung ihren Versicherungscharakter und wird zum bloßen Sparguthaben.

Die bloße Portabilisierung der Alterungsrückstellungen würde aber zu unververtretbarer Risikoselektion führen: Wechselwillige Versicherungsnehmer, die zum Zeitpunkt des Wechsels gute Risiken sind (ohne inzwischen eingetretene, das zukünftige Krankheitsrisiko erhöhende Faktoren), können von der durch Mitgabe der Alterungsrückstellung für sie realistisch gewordenen Wechselmöglichkeit Gebrauch machen. Bei wechselwilligen Versicherungsnehmern, die inzwischen zu schlechten Risiken geworden sind, würde das aufnehmende Versicherungsunternehmen aber entsprechende Risikozuschläge oder Ausschlüsse von Vorerkrankungen verlangen oder den Vertragsabschluss ganz ablehnen. Im Ergebnis könnten faktisch nur gute Risiken das Unternehmen wechseln. Damit würde die Wechselmöglichkeit die Bestandsmischung beim abgehenden Versicherer verschlechtern. Unterstellt man, dass ein Wechsel tendenziell zu beitragsmäßig günstigeren Unternehmen erfolgt, so führt das Wechseln für die ohnehin teureren Unternehmen durch die Verschlechterung der Bestandsmischung zur Notwendigkeit weiterer Prämienerrhöhungen mit der Folge weiteren Abgangs (relativ) guter Risiken. Dadurch wäre eine Tendenz zur Insolvenz eines Teils der pri-

³ BT-Drucks. 13/4945.

⁴ BT-Drucks. 13/4945, S. 43.

⁵ VVG-Kommission, Abschlussbericht v. 19. 4. 2004, S. 147.

vaten Krankenversicherer gegeben.⁶ Der beschriebene Effekt folgt letztlich daraus, dass die oben beschriebene stabilisierende Wirkung der Alterungsrückstellung wegfällt.

Eine solche Ausgestaltung der Portabilität hat die Unabhängige Expertenkommission dem Gesetzgeber daher nicht empfohlen. Auch die VVG-Kommission kommt zu dem Ergebnis, dass die bloße Mitgabe der kalkulierten Alterungsrückstellung zu unvertretbarer Risikoselektion und Entmischung führen würde.⁷ Es gibt soweit ersichtlich *keinen* Experten auf dem Gebiet des Versicherungswesens, der für eine solche Gestaltung eintritt.⁸

Denkbar ist die Mitgabe der kalkulierten Alterungsrückstellung nur, wenn sie durch einen Kontrahierungszwang ergänzt wird. Das Unternehmen, zu dem der Versicherungsnehmer wechseln möchte, muss verpflichtet werden, jeden wechselwilligen Versicherungsnehmer unabhängig von seinem Risiko zu versichern. Nur dann steht die Wechselmöglichkeit auch faktisch allen Versicherten zur Verfügung, so dass eine Risikoselektion verhindert wird. Um zu verhindern, dass Unternehmen, die viele schlechte Risiken aufnehmen müssen, gegenüber anderen benachteiligt werden, erfordert der Kontrahierungszwang gleichzeitig einen unternehmensübergreifenden Risikoausgleich. Sinnvoll ist dieses System aber nur bei Einheitstarifen.⁹

bb) Mitgabe einer individuellen Alterungsrückstellung. Diskutiert werden weiterhin Modelle, bei denen den Versicherungsnehmern nicht eine Alterungsrückstellung in der für sie kalkulierten Höhe mitgegeben wird, sondern in derjenigen Höhe, wie sie für den einzelnen Versicherungsnehmer aufgrund seines Gesundheitszustandes erforderlich ist, um unter Hinzunahme der für ihn kalkulierten zukünftigen Beiträge die speziell bei ihm zu erwartenden Versicherungsleistungen finanzieren zu können.¹⁰ Bei schlechten Risiken ist die mitzugebende Alterungsrückstellung folglich hoch, bei guten Risiken niedrig. Dieser Ansatz führt im Ergebnis dazu, dass gute und schlechte Risiken gleiche Wechselmöglichkeiten haben. Die bei einem schlechten Risiko eigentlich notwendige höhere Prämie beim neuen Versicherer kann aufgrund der höheren mitgebrachten Alterungsrückstellung gesenkt werden. Es kommt zu keinerlei positiver oder negativer Risikoselektion. Das abgebende Unternehmen wird durch die Abgabe eines guten Risikos nicht belastet, weil sich durch den Abgang die Alterungsrückstellung nur relativ wenig vermindert. Das aufnehmende Unternehmen kann die Aufnahme schlechter Risiken verkraften, weil entsprechend hohe Alterungsrückstellungen zufließen. Das Modell der individuellen Alterungsrückstellung hat in der Theorie einen nicht unerheblichen Charme, lässt sich aber praktisch kaum umsetzen, nicht zuletzt weil bislang die notwendigen Datengrundlagen zur Ermittlung des individuellen Risikos fehlen.¹¹

⁶ BT-Drucks. 13/4945, S. 43.

⁷ VVG-Kommission, Abschlussbericht v. 19. 4. 2004, S. 147.

⁸ Siehe u.a. *Bürger*, VW 2004, 1253; *Meyer*, Nachtrag zur Stellungnahme an den Gesundheitsausschuss.

⁹ Expertenkommission, BT-Drucks. 13/4945, S. 44. Da damit der Wettbewerb im Leistungsbereich ausgeschlossen würde, hat die Kommission von diesem Modell abgeraten.

¹⁰ BT-Drucks. 13/4945, S. 44.

¹¹ Ausführlich zu Problemen des Modells BT-Drucks. 13/4945, S. 45 ff.

b) Risikoselektion als Folge des im GKV-WSG eingeschlagenen Weges

Das GKV-WSG folgt grundsätzlich dem Modell der Mitgabe der *kalkulierten* Alterungsrückstellung. Auf den ersten Blick scheinen auch die oben erläuterten Voraussetzungen für das Funktionieren des Modells gegeben zu sein: Portabilität wird nur im Umfang des Basistarifs gewährt. Hinsichtlich des Basistarifs herrscht Kontrahierungszwang. Der Basistarif ist brancheneinheitlich ausgestaltet. Es existiert ein unternehmensübergreifender Risikoausgleich.

In Wirklichkeit löst der vom GKV-WSG gewählte Weg das Problem der Risikoselektion keinesfalls.¹² Der Kontrahierungszwang gilt nur bezüglich des Basistarifs und auch der Risikoausgleich, der die Folgen einer möglicherweise eintretenden Risikoselektion ausgleichen soll, bezieht sich nur auf den Basistarif. Der Wechsel vom Basistarif eines Unternehmens in den Basistarif eines anderen Unternehmens ist aber praktisch für keinen Versicherungsnehmer interessant, da die Leistungen identisch sind und auch die Prämien aufgrund der einheitlichen Kalkulation und des Risikoausgleichs nahezu identisch sind.

Portabilität der Alterungsrückstellungen wird aber nicht nur für den Basistarif hergestellt, sondern für *jeden Tarif*, wenn auch nur in Höhe der dem Basistarif entsprechenden Leistungen. Versicherte können vom Normaltarif eines Unternehmens in den Normaltarif eines anderen Unternehmens wechseln und dabei anders als bislang einen Teil ihrer kalkulierten Alterungsrückstellung mitnehmen. Der dem Basistarif entsprechende Teil dürfte je nach Leistungsumfang zwischen 50 und 80 % der vollständigen kalkulierten Alterungsrückstellung betragen.¹³ Dies bedeutet zwar immer noch einen gewissen finanziellen Verlust, gleichwohl wird für viele Versicherungsnehmer der Wechsel attraktiv sein.

Faktisch wird ein Wechsel aber nur für gute Risiken vorteilhaft sein.¹⁴ Schon nach bisherigem Recht war ein Wechsel allenfalls für gute Risiken vorteilhaft, die Problematik wird durch die Einführung der Portabilität aber verschärft. Guten Risiken wird ein Wechsel zu einem anderen Unternehmen freiwillig angeboten, weil das aufnehmende Versicherungsunternehmen hierdurch die – verglichen mit dem individuellen Risiko – zu hoch kalkulierte Alterungsrückstellung erhält. Schlechte Risiken können die Aufnahme in den Normaltarif eines anderen Unternehmens über einen Umweg erzwingen.

Das aufnehmende Unternehmen ist bei nach dem 31. 12. 2008 abgeschlossenen Verträgen zum Vertragsschluss mit dem Bestandskunden eines anderen Unternehmens im Basistarif gemäß § 193 Abs. 5 S. 1 Nr. 4 VVG verpflichtet. Der Kunde nimmt dabei seine Basistarif-Alterungsrückstellung mit. Dass diese verglichen mit dem individuellen Risiko zu niedrig bemessen ist, belastet das aufnehmende Unternehmen wegen des Risikoausgleichs nach § 12 g VAG nicht. Gemäß § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG kann

¹² Meyer, Nachträgliche Stellungnahme vom 27. 11. 2006; Bürger, ZfV 2007, 79, 81 ff. Bürger bezeichnet die Reform in Bezug auf die Portabilität der Alterungsrückstellungen zu Recht als „ökonomisch unzureichend durchdacht“.

¹³ Meyer, Nachträgliche Stellungnahme.

¹⁴ Bürger, ZfV 2007, 79, 81 f.

der Kunde vom aufnehmenden Unternehmen nun den Wechsel vom Basistarif in einen Normaltarif verlangen.

Da es sich aber um einen Wechsel aus dem Basistarif in einen Normaltarif handelt, kann der neue Versicherer gemäß § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Hs. 4 VVG den bei Vertragsschluss im Basistarif ermittelten Risikozuschlag verlangen. Sofern der Normaltarif wie in aller Regel höhere oder umfassendere Leistungen als der Basistarif bietet, kann der Versicherer außerdem hinsichtlich der Mehrleistungen einen Risikozuschlag, Wartezeiten und/oder Leistungsausschlüsse verlangen. *Schlechten Risiken ist ein Wechsel von einem Normaltarif in den Normaltarif eines anderen Versicherungsunternehmens daher faktisch weiterhin verwehrt.*

c) Folgen der Risikoselektion für die Versicherten

Für diejenigen Privatversicherten, die sich als durchschnittlich gesunde Person in jungen Jahren versichert haben, deren Gesundheitszustand sich aber später überdurchschnittlich verschlechtert, hat die Risikoselektion katastrophale Folgen, wenn sie in einem Tarif versichert sind, der – aus welchen Gründen auch immer – von negativer Risikoselektion betroffen ist. Wer als schlechtes Risiko das Glück hat, in einem Tarif versichert zu sein, der von der Risikoselektion profitiert, wird persönlich nicht negativ betroffen sein. Gute Risiken haben immer die Möglichkeit zum Wechsel.

Zu welcher Gruppe man gehören wird, ist für den durchschnittlich gesunden Versicherten bei Vertragsschluss nicht absehbar. Sicher ist allein, dass es zu Risikoselektion kommen wird. Ein System, das guten Risiken uneingeschränkt den Wechsel erlaubt, schlechten Risiken den Wechsel aber faktisch verwehrt, führt zwangsläufig zur Risikoselektion und damit dazu, dass bestimmte Tarife nicht mehr finanziert werden können. *Die dem System der PKV übertragene soziale Schutzfunktion wird dadurch gefährdet.* Dies entspricht weder den Zielen der privaten Krankenversicherungsunternehmen noch den Erwartungen der Privatversicherten. Wer sich als durchschnittlich gesunder Mensch im Alter von 30 Jahren privat versichert, möchte sichergehen, dass er auch als 50-Jähriger bei einem überdurchschnittlich verschlechterten Gesundheitszustand zu bezahlbaren Prämien Krankheitskostenschutz genießt. Dafür nimmt man in Kauf, dass ein Wechsel mit 50 Jahren wirtschaftlich unsinnig ist und man daher an die Solidargemeinschaft gebunden bleibt, selbst wenn man mit 50 Jahren überdurchschnittlich gesund sein sollte. Genau dies ermöglicht die Ausgestaltung der Altersrückstellung als *Versicherung*. Eine solche Vertragsgestaltung ist zukünftig nicht mehr möglich, da die Regelungen zur Portabilität zwingend sind. Überspitzt gesagt wird die private Krankenversicherung zu einem Glücksspiel, weil Mechanismen zur notwendigen Stabilisierung der Finanzierungsgrundlagen des Kollektivs fehlen bzw. erheblich geschwächt wurden.

Abgemildert wird das Risiko für den einzelnen Versicherten dadurch, dass er jederzeit in den Basistarif des eigenen oder eines anderen Versicherungsunternehmens wechseln kann. Die finanzielle Belastung wird durch die Prämienbegrenzungen des Basistarifs begrenzt. Die GKV-Höchstgrenze ist für viele Versicherte mit geringerem Einkommen aber finanziell kaum verkraftbar. Die Prämienhalbierung tritt erst bei

Hilfebedürftigkeit ein, d. h. der Versicherte kann sie erst in Anspruch nehmen, wenn er einen Großteil seines Einkommens für die Versicherungsprämie aufwenden muss und sein Vermögen praktisch aufgebraucht hat. Der Versicherte wird sich häufig außerdem gezwungen sehen, auf Zusatzleistungen, die er in seinem Tarif versichert hatte, zu verzichten. Nach § 204 Abs. 1 S. 2 VVG kann er zwar bei einem Wechsel in den Basisarbitar die Vereinbarung eines Zusatztarifes verlangen. Bei einer hohen Belastung durch den Basisarbitar wird der Versicherte sich die Prämie aber oft nicht mehr leisten können.

d) Folgen der Risikoselektion für die Versicherungsunternehmen

Für Versicherungsunternehmen, die von der Risikoselektion negativ betroffen sind, können die Folgen existenzbedrohend sein. Die Risikomischung in ihrem Versichertenbestand verschlechtert sich, was unweigerlich zu einer weiteren Verschlechterung der Risikomischung führt, weil die relativ guten Risiken von ihren Wechselmöglichkeiten zu anderen Versicherungsunternehmen Gebrauch machen werden. Das Unternehmen hat praktisch keine Möglichkeit dem entgegenzusteuern. Für gute Risiken ist es nicht attraktiv, weil die Prämien in den bestehenden Tarifen zu hoch sind. Das Anbieten von neuen, günstigen Tarifen hilft nicht weiter, weil die schlechten Risiken aus den Bestandstarifen Anspruch auf Aufnahme in die neuen Tarife haben, so dass in diesen innerhalb kurzer Zeit wieder Prämienanpassungen notwendig sind. Mittelfristig werden die im Unternehmen verbliebenen schlechten Risiken alle in den Basisarbitar wechseln. Erst dann kommt dem Unternehmen der Risikoausgleich gemäß § 12 g VAG zugute. Allein mit dem Basisarbitar kann ein Unternehmen, das im Wettbewerb mit Unternehmen, die lukrativere Normaltarife anbieten, steht, wirtschaftlich aber nicht überleben. Es wird jedenfalls längerfristig vom Markt gedrängt oder von einem Konkurrenten übernommen werden. Die Versicherungsnehmer sind zwar weitgehend durch den Insolvenzschutzsicherungsfonds geschützt; gleichwohl führt die Insolvenz eines Versicherungsunternehmens auch für dessen Kunden zu Nachteilen.

e) Folgen für den Wettbewerb

Nach der Gesetzesbegründung soll die Einführung der Portabilität die Wechselmöglichkeiten der Versicherten verbessern und den Wettbewerb innerhalb der PKV stärken.¹⁵ Wie dargestellt verbessert die Reform jedoch ausschließlich die Wechselmöglichkeiten guter Risiken. Schlechten Risiken ist faktisch nur der Wechsel in den Basisarbitar möglich, der aufgrund hoher Prämien, die der schlechten Risikostruktur geschuldet sind, unattraktiv ist. Es wird also ausschließlich einen Wettbewerb der Unternehmen um die guten Risiken geben.

Ein Leistungs- und Preiswettbewerb der Versicherungsunternehmen zugunsten aller Versicherten mit positiven Auswirkungen auf die Effizienz der privaten Versicherungen kann auf diese Weise nicht zustande kommen.

¹⁵ BT-Drucks. 16/3100, S. 92.

Ein *beispielhaftes Szenario* verdeutlicht dies: Zwei Unternehmen, A und B, haben in ihrem Versichertenbestand eine ähnliche Risikostruktur. Unternehmen A verbessert sein Leistungsangebot und beginnt außerdem eine aggressive Marketingkampagne um Bestandskunden von Unternehmen B. Aufgrund dessen wechseln Kunden von B zu A. Dieser Wettbewerb ist erwünscht und hat positive Auswirkungen. Da aber nur relativ gute Risiken wechseln werden, hat der Wechsel von Bestandsversicherten zur Folge, dass Unternehmen B nicht nur Kunden verloren gehen, sondern sich die Risikostruktur seines Bestandes verschlechtert. Folglich muss es die Prämien erhöhen, während die Prämien in Unternehmen A konstant bleiben. Unternehmen A kann daher weitere gute Risiken abwerben. *Dieser Wettbewerbsvorteil beruht nicht mehr auf höherer Effizienz und besseren Leistungen, sondern allein auf der unterschiedlichen Risikostruktur, die Unternehmen B nicht beeinflussen kann.* Dieser Vorteil wird wesentlich stärker wirken als der durch das bessere Leistungsangebot und die höhere Effizienz verursachte. Selbst wenn Unternehmen B sein Leistungsangebot auf ein besseres Niveau bringt als Unternehmen A und seine Mittel effizienter einsetzt, wird es nur schlechte Chancen haben, den Trend zur Abwanderung in Richtung Unternehmen A zu stoppen. Zu einer sich selbst verstärkenden Risikoselektion kann es auch dann kommen, wenn Unternehmen A – aus welchen Gründen auch immer – eine günstigere Risikostruktur hat. Der durch die Portabilität der Basistarif-Alterungsrückstellungen verstärkte Wettbewerb um Bestandskunden beruht dann nicht einmal anfänglich auf besseren Leistungen und höherer Effizienz des im Vorteil stehenden Unternehmens, sondern von Beginn an allein auf unterschiedlichen Risikostrukturen. Daher kann es sogar sein, dass das effizienter arbeitende Unternehmen Wettbewerbsnachteile hat, weil es aufgrund seiner ungünstigeren Risikostruktur im Preiswettbewerb nicht bestehen kann.

f) Folgen für den privaten Krankenversicherungsmarkt

Die durch die Neuregelung verursachten Selektionseffekte können *verheerende Folgen* für die Stabilität des Krankenversicherungsmarktes haben. Unternehmen, die von negativen Selektionseffekten betroffen sind, werden vom Markt gedrängt. Da Selektionseffekte durch relativ geringe Wanderungsbewegungen, die etwa schon durch eine einmalige aggressive Marketingkampagne ausgelöst werden können, in Gang gesetzt werden und sich dann selbst verstärken, wird es keinen relativ stabilen Markt geben, in dem ein gesunder Leistungswettbewerb stattfindet.

g) Prognosesicherheit

Die obige Darstellung beruht nicht auf bloßen Befürchtungen und Spekulationen, sondern fundierten wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen und Prognosen. Alle Experten, die sich in der Vergangenheit mit den Möglichkeiten zur Portabilität der Alterungsrückstellungen befasst haben, sind zu dem Ergebnis gekommen, dass die Portabilität der *kalkulierten* Alterungsrückstellungen zu einer Destabilisierung der PKV führen wird, sofern das Problem der Risikoselektion nicht gelöst wird. *Die Re-*

gelungen von VVG, VAG und KalV in ihrer durch das GKV-WSG geänderten Fassung werden zu einer Risikoselektion im Bestandskundenbereich führen, die weitaus stärker als im bisherigen System sein wird. Inwieweit dies hinzunehmen ist, ist eine Wertungsfrage, zu der unten Stellung bezogen wird. Dass es zu diesem Effekt kommen wird, ist eine wirtschaftswissenschaftlich zu beantwortende Tatsachenfrage.

Dem Gesetzgeber war das Problem der Risikoselektion durchaus bewusst. In der Begründung des Gesetzentwurfes der Regierungsfractionen heißt es:¹⁶

„Die Einführung der Portabilität der Alterungsrückstellungen führt zu der Gefahr einer Risikoentmischung des Bestands eines Krankenversicherers, d. h. zu der Gefahr, dass überdurchschnittlich viele ‚gute Risiken‘ ihren Vertrag wechseln und das Versicherungsunternehmen auf den ‚schlechten Risiken‘ ‚sitzen bleibt‘. Neben den Gefahren für das Versicherungsunternehmen selbst führte dies zu unzumutbaren Prämien erhöhungen für die verbleibenden Versicherten.

Diese Gefahr kann nicht ausgeschaltet, aber begrenzt werden: Bei unternehmensübergreifenden Wechseln von Versicherten des Basistarifs (standardisiertes Produkt mit Annahmepflicht) können die Risikoverschiebungen durch einen Risikoausgleich ausgeglichen werden. Entsprechende Systeme existieren bereits für den Standardtarif und insbesondere die private Pflegepflichtversicherung. Die Formulierung des Entwurfs orientiert sich daher an § 111 des Elften Buches Sozialgesetzbuch. Der Risikoausgleich erfasst nur den Basistarif, weil nur insoweit ein Kontrahierungszwang und ein standardisiertes Produktangebot besteht.“

Fälschlich meinte der Gesetzgeber jedoch, die Problematik durch Einführung des Kontrahierungszwangs im Basistarif, die Beschränkung der unternehmensübergreifenden Portabilität auf den dem Basistarif entsprechenden Teil und die Schaffung eines entsprechenden Ausgleichssystems wirksam begrenzen zu können.

2. Portabilität der Alterungsrückstellungen im Altkundenbereich

Risikoselektion mit den dargestellten Folgen für Versicherte, Versicherungsunternehmen und den Versicherungsmarkt entsteht auch durch die Einführung der Portabilität im Altkundenbereich. Zwar kann gemäß § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b) VVG die Übertragung der Alterungsrückstellung nur verlangt werden, wenn beim neuen Versicherer ein Vertrag im Basistarif abgeschlossen wird. Diese Beschränkung ist für einen wechselwilligen Versicherten jedoch weitgehend unschädlich: Der Versicherte, der von einem Normaltarif seines alten Versicherers unter Mitnahme seiner Alterungsrückstellung in den Basistarif eines anderen Versicherers gewechselt hat, kann nämlich gemäß § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG verlangen, dass er beim neuen Versicherer unter Mitnahme der Alterungsrückstellungen in einen Normaltarif des neuen Versicherers wechselt. Außerdem werden die Versicherungsunternehmen guten Risiken ohnehin anbieten, vom Basistarif in Normaltarife zu wechseln. *Über den Umweg des Basis-*

¹⁶ BT-Drucks. 16/3100, S. 208.

tarifs können folglich Altkunden in Normaltarifen unter Mitnahme der Alterungsrückstellung vom Normaltarif eines Versicherers in einen Normaltarif eines anderen Versicherers wechseln.

Hinsichtlich der faktischen Auswirkungen kann zum einen auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Darüber hinaus bestehen im Altkundenbereich folgende Besonderheiten:

a) Prämienmindernde Berücksichtigung der Stornowahrscheinlichkeit

Wie dargestellt (Abschnitt I. 2. d)), hat sich das Prinzip der Vererbung der Alterungsrückstellungen, also die fehlende Portabilität, in der Vergangenheit prämienmindernd ausgewirkt. Zu den sonstigen Abgangswahrscheinlichkeiten i. S. d. § 5 KalV a. F. gehören auch die Stornowahrscheinlichkeiten, also die Wahrscheinlichkeiten für Abgänge wegen Kündigung eines Tarifs oder Leistungsbereiches.¹⁷ Diese sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 KalV Rechnungsgrundlage bei der Prämienberechnung. Die Tatsache, dass manche Versicherte ihren Versicherungsvertrag kündigen und die mit ihren Beiträgen aufgebaute Alterungsrückstellung des Kollektivs beim Kollektiv verbleibt, hat sich also prämienmindernd ausgewirkt.

Durch die vorübergehende Portabilisierung der Basistarif-Alterungsrückstellungen für die Zeit vom 1. 1. bis 30. 6. 2009 wird nachträglich in die Kalkulationsgrundlagen eingegriffen. Die Kündigung des Versicherungsvertrages führt während dieses Zeitraums nämlich nicht zur Vererbung, sondern zur Übertragung der vollen kalkulierten Basistarif-Alterungsrückstellung auf den neuen Versicherer. Bei Versicherungsunternehmen, die einen Weggang von auch nur einem Versicherten zu verzeichnen haben werden, wird dies unweigerlich zu einer Finanzierungslücke führen – und zwar auch dann, wenn sie neue Mitglieder gewinnen.

Ein *Beispiel* kann das deutlich machen: Der Versicherte A (50 Jahre, 30 Jahre versichert) wechselt vom Versicherungsunternehmen Alpha zum Versicherungsunternehmen Beta. Von dort wechselt der Versicherte B (50 Jahre, 30 Jahre versichert) zum Versicherungsunternehmen Alpha. Beide Versicherungen müssen die Mitgabe der Alterungsrückstellungen neu einpreisen in ihre Tarife, denn die Mitgabe wird nicht ausgeglichen durch die mitgegebenen Alterungsrückstellungen: Die nämlich sichern nur den niedrigeren Tarif des jeweils neu aufgenommenen Versicherten.

Der Gesetzgeber hat diesen Effekt erkannt. Im Fraktionsentwurf (BT-Drucks. 16/3100) war daher zunächst mit § 161 VAG-E eine Übergangsvorschrift für Altkunden vorgesehen.¹⁸ Inwieweit diese Regelung geeignet war, die nachträgliche Störung der Kalkulationsgrundlagen auszuschließen oder zu minimieren, sei dahingestellt. Die Übergangsregelung wurde durch den Gesundheitsausschuss aus dem Gesetzentwurf herausgenommen und wurde nicht in das Gesetz übernommen.¹⁹ Der Gesetzgeber

¹⁷ Rudolph, in: Bach/Moser, Private Krankenversicherung, 3. Aufl., 2002, Teil G, § 5 KalV Rn. 11.

¹⁸ BT-Drucks. 16/3100, S. 82, Begr. auf S. 208.

¹⁹ Beschlussempfehlung des 14. Ausschusses, BT-Drucks. 16/4200, S. 210.

hielt eine Übergangsregelung für entbehrlich. Wörtlich heißt es in der Begründung der Beschlussvorlage:²⁰

„Im Unterschied zum Gesetzentwurf wird die Portabilität für vor dem 1. Januar 2009 geschlossene Verträge aber ausgeschlossen. Für diese Altverträge, bei denen sogenannte Stornogewinne prämiemindernd einkalkuliert sind, die beim Verfall der Alterungsrückstellungen an das Kollektiv entstehen, wenn ein Versicherungsnehmer das Unternehmen verlässt, wird kraft Gesetzes ein Wechselrecht für die Dauer von sechs Monaten geschaffen.“²¹

„Die im Gesetzentwurf in § 161 geregelten Übergangsvorschriften für Bestandsversicherte beim Wechsel in den Basistarif sind vor dem Hintergrund, dass diesen nur ein befristetes Wechselrecht von einem halben Jahr eingeräumt wird, entbehrlich.“²²

Innerhalb des Zeitraumes von sechs Monaten wird es aber verstärkt zu Versicherungswechseln kommen. Altkunden, die auch unter Inkaufnahme des Verlusts ihrer kalkulierten Alterungsrückstellungen während des Zeitraums zwischen der Verabschiedung des GKV-WSG und dem 30. 6. 2009 gewechselt hätten, werden die Durchführung dieser Entscheidung auf das Zeitfenster zwischen dem 1. 1. und 30. 6. 2009 verschieben. Altkunden, die möglicherweise nach dem 30. 6. 2009 gewechselt hätten, werden möglicherweise schon vor dem 30. 6. 2009 wechseln. Kurz: Kündigungen und Neuabschlüsse, die sich bei Beibehaltung der bestehenden Rechtslage über einen Zeitraum von mehreren Jahren verteilt hätten, werden zurückgestellt bzw. vorgezogen und sich auf das vom Gesetzgeber vorgesehene Zeitfenster von einem halben Jahr konzentrieren. Die Störung der Kalkulationsgrundlage durch Veränderung der Abgangswahrscheinlichkeiten wird also nicht nur die zugrunde gelegte Abgangswahrscheinlichkeit für den Zeitraum vom 1. 1. bis 30. 6. 2009 erfassen, sondern einen erheblich größeren Zeitraum.

b) Unberechenbare Umwälzungen des Versicherungsmarktes während des sechsmonatigen Zeitfensters

Während des Zeitfensters von sechs Monaten wird – so ist zu erwarten – ein Großteil derjenigen Altkunden, die ein gutes bzw. durchschnittliches Risiko sind, deren Gesundheitszustand also nicht negativ vom alterstypischen Zustand abweicht, von der Möglichkeit zum Versicherungswechsel Gebrauch machen. Zu beachten ist, dass entgegen dem durch den Gesetzeswortlaut hervorgerufenen Anschein nicht nur ein Wechsel in den Basistarif eines anderen Unternehmens, sondern – mit dem Basistarif als „Zwischenstation“ – auch ein Wechsel in einen Normaltarif möglich ist. Die Prognose, dass viele gute Risiken von ihrem Wechselrecht Gebrauch machen werden, ergibt sich insbesondere aus Folgendem:

²⁰ BT-Drucks. 16/4247, S. 69.

²¹ Zu Art. 44, Nr. 5, Buchst. a, Abs. 1 Nr. 5.

²² Zu Art. 44, Nr. 8/9.

Vor und während des sechsmonatigen Zeitfensters wird es zu erheblichen (Ab-) Werbeaktivitäten der Versicherungsunternehmen und der Versicherungsvermittler kommen. Für die Versicherungsunternehmen bietet sich die einmalige Chance, Bestandskunden von anderen Unternehmen mit günstigen Angeboten zu werben und dabei die erhöhte Wechselbereitschaft wegen der (partiellen) Portabilisierung der Alterungsrückstellungen auszunutzen. Die Versicherungsvermittler haben wegen Provisionsansprüchen ein erhebliches wirtschaftliches Eigeninteresse an einem Wechsel möglichst vieler Bestandskunden.

Noch weitergehende Wechselanreize bestünden, wenn man entgegen der hier getroffenen Annahme (siehe oben I. 2. b)) davon ausginge, dass Verträge, die in Ausübung der befristeten Wechselmöglichkeit abgeschlossen werden, als Neuverträge gelten und daher unbefristet portable Alterungsrückstellungen haben. Dann wäre ein Wechsel in der ersten Jahreshälfte 2009 schon allein deshalb sinnvoll, weil der Versicherungsnehmer sich dadurch die Option für einen späteren weiteren Wechsel offenhielte. Die Umwälzungen auf dem Versicherungsmarkt würden in diesem Fall also noch verstärkt und die verfassungsrechtliche Problematik weiter intensiviert.

Bis zum 30. 6. 2009 wird es also mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einem extrem verstärkten und möglicherweise nicht immer mit lauterem Mitteln durchgeführten Wettbewerb um die guten Risiken anderer Versicherungsunternehmen kommen. Wer sich in diesem überhitzten Wettbewerb am Ende durchsetzen wird, ist vollkommen unabsehbar. Das Ergebnis wird aufgrund der Kürze des für den Wechsel zur Verfügung stehenden Zeitraums nicht die mittel- und langfristige Effizienz und die Güte des Leistungsangebots der verschiedenen Versicherungsunternehmen widerspiegeln, sondern zum ganz überwiegenden Teil vom werbestrategischen Geschick und vor allem dem Marketingbudget der Versicherungsunternehmen abhängen. Sicher ist, dass am Ende dieses Prozesses einige Unternehmen die Risikostruktur in ihren Bestandstarifen verbessert haben werden, während sich in anderen Unternehmen der Anteil schlechter Risiken erhöht haben wird. *Ein Ausgleich dieser Verwerfungen in der Risikostruktur findet nur im Basistarif statt, nicht aber in dem für die Versicherungsunternehmen wirtschaftlich interessanten Bereich der Normaltarife, auf den sich der verschärfte Wettbewerb beziehen wird.*

c) Wechsel in den Basistarif nach dem 30. 6. 2009 nur eingeschränkt möglich

Altkunden, die nicht das Versicherungsunternehmen gewechselt haben, weil für sie ein Wechsel aufgrund ihres Gesundheitszustandes oder aus sonstigen Gründen nicht vorteilhaft war, werden sich nach dem 30. 6. 2009 möglicherweise in einem Tarif wiederfinden, dessen Risikostruktur sich dramatisch verschlechtert hat. Wer hiervon betroffen sein wird, ist im Vorhinein nicht absehbar, sicher ist aber, dass es solche Verlierer der vom Gesetzgeber eingeräumten Wechselmöglichkeit geben wird.

Die Prämien eines solchen Versicherten werden in der Folge ansteigen. Anders als einem Neukunden, ist einem solchen „Opfer der Risikoselektion“ auch nicht ohne Weiteres der Wechsel in den Basistarif möglich. Voraussetzung für den Wechsel in den

Basistarif ist nämlich nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) VVG, dass der Versicherte entweder das 55. Lebensjahr überschritten hat oder renten- bzw. pensionsberechtigt oder hilfebedürftig ist. Ein Versicherter, der diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann zwar in einen Normaltarif desselben Unternehmens wechseln. Bei einem Unternehmen, dessen Risikostruktur sich insgesamt verschlechtert hat, wird diese Maßnahme aber nicht zu finanzieller Entlastung führen. Ihm bleibt nur die Möglichkeit, seinen Versicherungsschutz so weit zu reduzieren, wie dies nach Einführung der Pflicht zur Versicherung möglich ist. Der Wechsel in den Normaltarif eines anderen Unternehmens ist für viele Versicherte daher faktisch ausgeschlossen.

III. Verfassungsrechtliche Zweifel

So führt nach der Darstellung des neuen Rechts und der Konturierung seiner Wirkungen der nächste Schritt zum Kern dieser Darstellung: Ist das, was der Gesetzgeber geschaffen hat, mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar? Ich meine nicht, und ich möchte das begründen.

1. Portabilität im Neukundenbereich

a) Verletzung der Berufsfreiheit des Versicherungsunternehmens

Die Einführung der Portabilität der Alterungsrückstellungen im Neukundenbereich verstößt gegen die Berufsfreiheit der Versicherungsunternehmen der PKV.

aa) Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit. § 12 Abs. 1 Nr. 5 VAG sowie § 204 Abs. 1 VVG bestimmen, dass ab dem 1. 1. 2009 Krankenversicherungsverträge zwingend die Portabilität der Alterungsrückstellungen im dem Basistarif entsprechenden Umfang vorsehen müssen. Die frühere Vertragsgestaltung, dass die Alterungsrückstellungen bei einem Wechsel zu einem anderen Versicherungsunternehmen dem zurückbleibenden Kollektiv in vollem Umfang vererbt werden, wird nicht mehr möglich sein. Wie erläutert, wird es damit ausgeschlossen sein, sich in Normaltarifen gegen das mit einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes verbundene Prämienrisiko zu versichern. Die privaten Krankenversicherer werden zukünftig nur noch Normaltarife anbieten können, die in weitaus stärkerem Maße als bislang das Risiko einer Prämienerrhöhung aufgrund von Risikoselektion in sich tragen und somit zur von den Kunden gewünschten langfristigen Absicherung des Krankheitsrisikos nur noch eingeschränkt geeignet sind. In dieser Beschränkung des Produktangebotes liegt ein Eingriff in die Berufsfreiheit.

bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Der Eingriff ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt, weil er unverhältnismäßig ist. Ziel des Gesetzgebers bei der Einführung der Portabilität der Alterungsrückstellungen ist die Verbesserung der Wahl- und

Wechselmöglichkeiten der Versicherten in der PKV.²³ Hierdurch soll der Wettbewerb innerhalb der PKV im Bestandskundenbereich gestärkt werden.²⁴ Dies ist ein legitimer Zweck. Das Mittel der Portabilität ist zur Zweckerreichung aber schon nicht geeignet. Selbst bei unterstellter Geeignetheit ist die Regelung nicht erforderlich. Jedenfalls sind die Beeinträchtigungen, die die Regelung für die Versicherungsunternehmen, die Versicherten und letztlich die PKV als System der sozialen Sicherung mit sich bringt, im Vergleich mit den unterstellten Vorteilen so schwerwiegend, dass die Regelung selbst unter Anerkennung eines weitgehenden Gestaltungs- und Prognosespielraums des Gesetzgebers unangemessen ist.

(1) *Ungeeignetheit.* Das Mittel der zwingenden Einführung der Portabilität der Alterungsrückstellungen ist zur Zweckerreichung nur eingeschränkt geeignet. Wie dargestellt, führte das Prinzip der Vererbung der Alterungsrückstellungen bislang dazu, dass auch gute Risiken in höherem Alter und nach längerer Versicherungszeit faktisch von Wechselmöglichkeiten zu einem anderen Versicherungsunternehmen keinen Gebrauch machten, weil der Verlust der Alterungsrückstellungen zu einer wirtschaftlichen Belastung führte. Für die guten Risiken erhöht die zwingende Portabilität der Alterungsrückstellungen in der Tat die Wechselmöglichkeiten. Für schlechte Risiken verbessert die Portabilität der Alterungsrückstellungen die Wechselmöglichkeiten allerdings nur marginal. Die kalkulierte Alterungsrückstellung eines schlechten Risikos genügt nämlich nicht, um das über dem Durchschnitt liegende Krankheitsrisiko dieser Personen abzudecken. Ein anderes Versicherungsunternehmen wird diese Personen daher – wenn überhaupt – nur unter Vereinbarung von Risikozuschlägen und Leistungsausschlüssen versichern. Die Wechselmöglichkeit ist daher zwar besser als im bisherigen System, da wechselwillige Versicherte immerhin einen gewissen Betrag an den neuen Versicherer übergeben können. Jedenfalls bei Personen mit erheblichen Vorerkrankungen, die im Laufe des Versicherungsverhältnisses beim alten Versicherer entstanden sind, wird sich dies aber nicht auswirken. Geeignet ist das Mittel der zwingenden Anordnung der Portabilität daher im Wesentlichen nur zur Stärkung der Wechselmöglichkeiten guter Risiken. Das Ziel der Verbesserung der Wechselmöglichkeiten aller Versicherten kann durch die Portabilität nicht erreicht werden.

Die negative Risikoselektion als unvermeidbare Folge der Übertragung der kalkulierten Alterungsrückstellungen hat zur Folge, dass auch das Ziel der Stärkung des Wettbewerbs innerhalb der PKV nicht erreicht werden kann. *Das „Produkt“, welches die PKV anbietet, ist die langfristige, stabile Absicherung des Krankheitsrisikos. An einer lediglich kurzfristigen Absicherung besteht im Bereich der substitutiven Krankenversicherung kein Bedarf. Ein funktionsfähiger Wettbewerb setzt voraus, dass die Anbieter ein realistisches, erfüllbares Leistungsversprechen machen.* Genau dies ist in den Normaltarifen bei einer Verpflichtung zur Mitgabe der kalkulierten Alterungsrückstellungen nicht mehr möglich. Jeder Tarif ist nämlich von einer späteren Abwan-

²³ BT-Drucks. 16/3100, S. 92.

²⁴ Siehe Nr. 16 Pkt. 2 der Eckpunkte; BT-Drucks. 16/3100, S. 206.

derung guter Risiken unter Mitnahme der kalkulierten Alterungsrückstellungen bedroht und damit von massiven Prämienerrhöhungen. Letztlich wird mit der Portabilisierung der kalkulierten Alterungsrückstellungen das Anbieten einer langfristigen, stabilen Absicherung des Krankheitsrisikos faktisch unmöglich gemacht. Es kann folglich auch keinen Wettbewerb um dieses Produkt geben.²⁵ Eine langfristige Absicherung kann zwar immer noch im Basistarif garantiert werden. Der Basistarif ist aber hinsichtlich des Leistungsumfanges bei allen Anbietern identisch und hinsichtlich der Prämien aufgrund des Risikoausgleichs und der weitgehend einheitlichen Kalkulation annähernd identisch. Der „Wettbewerb“, der hier entstehen kann, ist marginal. Er kann sich nur auf die Verwaltungskosten beziehen. Diese aber machen durchschnittlich nur 3,5 % der Prämie aus, die Unterschiede zwischen den Versicherungsunternehmen werden sich im niedrigen Prozent- bis Promillebereich bewegen.

Was bleibt, ist die Verbesserung der Wechselmöglichkeiten für Bestandsversicherte, die gute Risiken sind. Hierbei handelt es sich aber angesichts des Sozialstaatsprinzips nicht mehr um eine legitime Zielsetzung. Dass Personen mit niedrigem Krankheitsrisiko beim erstmaligen Abschluss eines Versicherungsvertrages Vorteile haben, ist eine natürliche Konsequenz der Marktmechanismen. Der Gesetzgeber ist insoweit sozialstaatlich nicht zu einem Eingreifen verpflichtet, solange er sicherstellt, dass Personen mit hohem Krankheitsrisiko anderweitig zumutbaren Schutz erhalten. Was der Gesetzgeber mit der Einführung der Portabilität tut, ist etwas ganz anderes: Er zerstört ein gewachsenes System, das in einem privatwirtschaftlichen Rahmen langfristige, in der Regel lebenslange soziale Absicherung des Krankheitsrisikos ermöglicht.

(2) *Fehlende Erforderlichkeit.* Selbst wenn man die Geeignetheit der Regelung unterstellt, mangelt es an der Erforderlichkeit, weil es zur Erreichung der Ziele der Verbesserung der Wechselmöglichkeiten und der Wettbewerbsförderung genügt hätte, die Versicherungsunternehmen zu verpflichten, Tarife mit portablen Alterungsrückstellungen anzubieten, ohne Tarife mit nicht portablen Alterungsrückstellungen zu verbieten. Der Eingriff in die Berufsfreiheit der Versicherungsunternehmen wäre schwächer; gleichzeitig wäre eine solche Regelung gleich, wenn nicht gar besser geeignet, die Wechselmöglichkeiten und den Wettbewerb zu fördern. Versicherte, die Wert auf Flexibilität legen und daher Portabilität der Alterungsrückstellungen wünschen, könnten einen solchen Vertrag abschließen. Mehr darf der Gesetzgeber legitimerweise nicht durchsetzen wollen, denn Neukunden, die sich bewusst gegen Flexibilität und für mehr Sicherheit entscheiden, sind nicht schutzbedürftig. Der Wettbewerb schließlich wird durch eine solche Regelung, die die Wahlfreiheit der Versicherten erhöht, stärker gefördert als durch eine Regelung, die ein bewährtes System verbietet.

(3) *Unangemessenheit.* Selbst wenn man aber entgegen der hier vertretenen Auffassung die Verstärkung der Wechselmöglichkeiten guter Risiken und insoweit auch eine beschränkte Verstärkung des Wettbewerbs als legitime Ziele anerkennen würde, ist jedenfalls die Angemessenheit zu verneinen. Die möglichen Vorteile der Neuordnung

²⁵ Vgl. auch *Sodan*, Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007, S. 34 f., 40.

stehen außer Verhältnis zu den zu erwartenden Nachteilen für die Versicherungsunternehmen, die Versicherten und das System der PKV insgesamt.

(a) *Schwerwiegende Beeinträchtigung der berufsbezogenen Vertragsfreiheit.* Der Eingriff in die Berufsfreiheit des Versicherungsunternehmens ist schwerwiegend. Die Einführung der Portabilität der Alterungsrückstellungen zerstört eine über Jahrzehnte gewachsene Gestaltung, die die PKV in die Lage versetzt hat, das elementare Krankheitsrisiko langfristig zu relativ stabilen Beiträgen abzusichern und dabei ein hohes Leistungsniveau, das an die individuellen Wünsche der Versicherten angepasst werden konnte, zu gewährleisten. Dieses System basierte zu einem erheblichen Teil darauf, dass die Alterungsrückstellungen kein bloßes individuelles Sparguthaben darstellten, sondern wesensmäßig Versicherung gegen zukünftiges Ansteigen des Krankheitsrisikos waren. Das Problem der negativen Selektion wurde dadurch erheblich entschärft. Der Gesetzgeber beraubt die Alterungsrückstellungen dieser Funktion, ohne eine funktionsfähige Alternative bereit zu stellen. Dieser Befund wird auch nicht durch Zubilligung eines weiten Prognosespielraums des Gesetzgebers in Frage gestellt. Zum Prognosespielraum des Gesetzgebers hat das Bundesverfassungsgericht in der grundlegenden Entscheidung zum Mitbestimmungsgesetz Stellung bezogen:

„Ungewißheit über die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft kann nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann Ungewißheit nicht schon als solche ausreichen, einen verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht zugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers zu begründen. Prognosen enthalten stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil, dessen Grundlagen ausgewiesen werden können und müssen; diese sind einer Beurteilung nicht entzogen. Im Einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter. Demgemäß hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn auch im Zusammenhang anderer Fragestellungen, bei der Beurteilung von Prognosen des Gesetzgebers differenzierte Maßstäbe zugrunde gelegt, die von einer Evidenzkontrolle (etwa BVerfGE 36, 1 (17) – Grundvertrag; 37, 1 (20) – Stabilisierungsfonds; 40, 196 (223) – Güterkraftverkehrsgesetz) über eine Vertretbarkeitskontrolle (etwa BVerfGE 25, 1 (12 f., 17) – Mühlengesetz; 30, 250 (263) – Absicherungsgesetz; 39, 210 (225 f.) – Mühlenstrukturgesetz) bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen (etwa BVerfGE 7, 377 (415) – Apotheken; 11, 30 (45) – Kassenärzte; 17, 269 (276 ff.) – Arzneimittelgesetz; 39, 1 (46, 51 ff.) – § 218 StGB; 45, 187 (238) – Lebenslange Freiheitsstrafe).“²⁶

Wie dargelegt, ist wirtschaftswissenschaftlich überzeugend nachweisbar, dass die Neuregelung das Problem der Risikoselektion gegenüber der bisherigen Rechtslage *erheblich verschärft*. Es handelt sich nicht um irgendeine Prognose, die ebenso wahrscheinlich oder unwahrscheinlich ist wie eine gegenteilige Prognose, sondern um eine ökonomische Tatsache. Dem Gesetzgeber war das Problem grundsätzlich bekannt, nachdem sich eine Reihe von vom Bundestag selbst eingesetzten Expertenkommissio-

²⁶ BVerfGE 50, 290.

nen damit befasst hatten und übereinstimmend zu dem Ergebnis gekommen waren, dass die Mitgabe der kalkulierten Alterungsrückstellungen nicht empfohlen werden kann und wenn überhaupt nur unter engen Voraussetzungen (umfassender Kontrahierungszwang, Vereinheitlichung des Leistungsangebots, Risikoausgleich) durchführbar ist. Der Bundestag ist im Vorfeld des Gesetzesbeschlusses von Sachverständigen eindringlich darauf hingewiesen worden, dass die nunmehr Gesetz gewordenen Regelungen die Problematik der Risikoselektion nicht lösen. Er hat sich offensichtlich über diese Bedenken hinweggesetzt, wenn er sie überhaupt wahrgenommen hat. Ein Prognosespielraum des Gesetzgebers bestand insoweit nicht.

(b) *Schwerwiegende faktische Folgen für bestimmte Versicherungsunternehmen.* Der Eingriff in die Berufsfreiheit ist nicht allein in rechtlicher Hinsicht schwerwiegend, weil er eine bewährte Ausgestaltung des privaten Krankenversicherungsvertrages verbietet. Er ist auch faktisch schwerwiegend. Negative Risikoselektion kann zum Zusammenbruch von – effizient arbeitenden – Unternehmen führen oder Unternehmen zum Rückzug vom Krankenversicherungsmarkt zwingen. Damit wird die Stufe der Berufsausübungsregelung verlassen und der Bereich der Berufswahlregelungen erreicht. Dass mit der Portabilisierung der Alterungsrückstellungen ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut geschützt wird, ist aber nicht ersichtlich. Welche Unternehmen im besonderen Maße nachteilig betroffen werden, lässt sich kaum prognostizieren. Dies ist aber für die verfassungsrechtliche Beurteilung auch nicht notwendig. Entscheidend ist allein, dass es zu einer Destabilisierung des Marktes und massiven Problemen einzelner Unternehmen kommen wird.

(c) *Gefährdung der dauernden Erfüllungbarkeit.* Negative Risikoselektion gefährdet die dauernde Erfüllungbarkeit der Verpflichtungen aus dem Versicherungsvertrag. Damit werden nicht nur die europarechtlichen Anforderungen des Art. 56 der Versicherungsbilanzrichtlinie 91/674/EWG vom 19. 12. 1991 verfehlt,²⁷ sondern auch die Eignung der PKV als Mittel der sozialen Absicherung des Krankheitsrisikos gefährdet.

(d) *Keine langfristige Absicherung des Krankheitsrisikos in den Normaltarifen.* Zukünftig wird eine langfristige, relativ beitragsstabile Absicherung des Krankheitsrisikos in den Normaltarifen der PKV nicht mehr möglich sein. Stattdessen wird Neukunden die Flexibilität portabler Alterungsrückstellungen aufgezwungen. Diejenigen, die sich im Laufe des Versicherungsverhältnisses zu schlechten Risiken entwickeln, werden diese Flexibilität aber ohnehin nicht ausnutzen können. Profitieren werden die guten Risiken, die reale Wechselmöglichkeiten haben. Für die einen wird die Flexibilität zum Fluch, für die anderen zum Segen – zu welcher Gruppe man gehören wird, ist aber bei Vertragsschluss nicht absehbar. Dies ist bei einem existentiellen Risiko, wie dem der Krankheitskosten, ein untragbarer Zustand. Langfristige Sicherheit wird es nur noch auf dem standardisierten Leistungsniveau der GKV geben – und zwar entweder in der GKV selbst oder im Basistarif der PKV. Der Vorteil der PKV, hohe

²⁷ Boetius, VersR 2007, 431 ff.

Sicherheit auch auf einem hohen Leistungsniveau bei großer Wahlfreiheit zu bieten, wird dieser genommen, ohne dass dies durch Vorteile für Kunden, Versicherungsunternehmen oder unmittelbar für die GKV auch nur annähernd aufgewogen wird.

(e) *Allenfalls minimale Förderung des Wettbewerbs im Bestandskundenbereich.* Die Portabilität der Alterungsrückstellungen wird einen Leistungs- und Effizienzwettbewerb im Bestandskundenbereich nur in minimalem Maße fördern. Sobald der Prozess der Risikoselektion einsetzt, werden die hieraus folgenden Kostenvorteile für einzelne Unternehmen die durch Effizienzsteigerung und Verbesserung des Leistungsangebotes erzielbaren Wettbewerbsvorteile in der Regel schnell überschreiten. Der vom Gesetzgeber gewollte Wettbewerb wird also im Bestandskundenbereich nur eine geringe Rolle spielen. Die erheblichen Nachteile, die den Versicherungsunternehmen, den Versicherten und dem Gesamtsystem PKV entstehen, kann dies nicht aufwiegen.

b) Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit des Nichtversicherten

Die zwingende Anordnung der Portabilität der Alterungsrückstellungen im Neukundenbereich stellt einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Nichtversicherten dar. Wenn dieser einen Neuvertrag abschließen will, was aufgrund der Pflicht zur Versicherung (§ 193 Abs. 3 S. 1 VVG) unmittelbar bevorsteht, kann er dies nur noch in der Weise, dass die Alterungsrückstellungen – im Umfang des Basistarifs – als individuelles Sparguthaben ausgestaltet sind und keinen Versicherungscharakter mehr aufweisen. Eine langfristige Absicherung vor einem Ansteigen der Prämien ist daher nicht mehr möglich. Dieser Eingriff ist aus den soeben genannten Gründen nicht gerechtfertigt.

2. Portabilität im Altkundenbereich

Die Einführung der Portabilität im Altkundenbereich für die Zeit vom 1. 1. 2009 bis 30. 6. 2009 verstößt gegen die Berufsfreiheit, die allgemeine Handlungsfreiheit und die Eigentumsfreiheit der Unternehmen der PKV.

a) Verletzung der Berufsfreiheit des Versicherungsunternehmens

aa) Eingriff in den Schutzbereich. § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b) VVG verändert die Rechte und Pflichten eines bestehenden Versicherungsvertrages, soweit er sich auf Verträge bezieht, die vor Erlass des GKV-WSG geschlossen wurden. Diese Verträge sahen nämlich keine Portabilität der Alterungsrückstellungen vor, und es existierte auch noch keine gesetzliche Regelung, die Portabilität in der ersten Jahreshälfte 2009 anordnet. Hierin liegt ein zielgerichteter Eingriff in die berufsbezogene Vertragsfreiheit und damit in Art. 12 Abs. 1 GG.

bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Der Eingriff ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen, die in bestehenden

Altverträgen gebildet wurden, lässt sich weder als Maßnahme zum Schutz des Eigentums der Versicherungsnehmer noch durch die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele der Verbesserung der Wechselmöglichkeiten und des Wettbewerbs rechtfertigen.

(1) *Kein Eigentum der Versicherungsnehmer an der Alterungsrückstellung.* Die Alterungsrückstellungen aus Altverträgen sind verfassungsrechtlich nicht dem Eigentum des einzelnen Versicherungsnehmers zugeordnet. Sie unterfallen nicht dem Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG.²⁸ Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinne ist jedes konkrete vermögenswerte Recht. Hierunter können privatrechtliche, aber auch öffentlich-rechtliche Rechtspositionen fallen. Für öffentlich-rechtliche Positionen hat das Bundesverfassungsgericht gefordert, dass sie dem Inhaber „nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts als privatnützig zugeordnet“ werden müssen.²⁹ Dieses Merkmal gilt auch für privatrechtliche Positionen.³⁰ Ist eine konkrete Zuordnung zu einem Individuum nicht möglich, fehlt es an einem bestimmbar Objekt des Eigentums-schutzes. Selbstverständlich ist auch Miteigentum oder Gesamthandseigentum Eigentum im Sinne des Art. 14 GG, weil trotz der Bindung der beteiligten Personen eine Zuordnung zum Einzelnen rechtlich möglich ist. Für die Alterungsrückstellungen in Altverträgen gilt dies aber nicht. Nach der bisherigen rechtlichen Ausgestaltung des privaten Krankenversicherungsvertrages ist die Bildung der Alterungsrückstellungen kein individueller Sparvorgang, der lediglich beim Versicherungsunternehmen gebündelt wird, sondern wesensmäßig eine *auf kollektiver Risikokalkulation beruhende Versicherung* gegen das Risiko einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes und erhöhter Krankheitskosten. Die Alterungsrückstellung wird vom Kollektiv im Laufe des langfristigen und (abgesehen von Stornowahrscheinlichkeiten) lebenslang kalkulierten Versicherungsverhältnisses aufgebaut und vom Kollektiv vollständig abgebaut. Die Versicherten zahlen zwar jeweils den gleichen Beitrag zum Aufbau der Alterungsrückstellung, sie tragen aber unterschiedlich, je nach den individuellen Krankheitskosten, zum Abbau der Alterungsrückstellung bei. Eine individuelle Zuordnung der kalkulierten Alterungsrückstellungen zu den einzelnen Versicherungsnehmern, entsprechend dem von ihnen eingezahlten Betrag, zerstört die kollektive Risikoabsicherung. Aus der Tatsache, dass der einzelne Versicherte durch Prämienzahlung zum Aufbau der Alterungsrückstellung beigetragen hat, folgt also nicht, dass ihm ein seiner Einzahlung entsprechender Anteil an der Alterungsrückstellung als Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG zugeordnet wird. Mit der Prämienzahlung hat er vielmehr einen Anspruch gegen den Versicherer auf Tragung der aktuellen und künftigen Krankheitskosten. Dieser Anspruch kann als solcher Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG sein – dies ist jedoch etwas vollkommen anderes als eine individuelle Rechtsposition an den aufgebauten Alterungsrückstellungen.

²⁸ Scholz, in: Boecken/Ruland/Steinmeyer, Festschrift für Bernd Baron v. Maydell, 2002, S. 633, 645 f.; Sodan, Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007, S. 49.

²⁹ BVerfG v. 16. 7. 1985 – 1 BvR 1227/84, BVerfGE 69, 272, 300.

³⁰ Depenheuer, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 5. Aufl., Art. 14 Rn. 64.

Etwas anderes folgt entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht³¹ auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Bestandsübertragung,³² zur Überschussermittlung³³ und zum Rückkaufswert³⁴ von Lebensversicherungen.³⁵ *Die substitutive Krankenversicherung wird zwar „nach Art der Lebensversicherung“ betrieben, sie ist aber keine Lebensversicherung – und zwar auch nicht bezüglich des Anteils, der zum Aufbau der Alterungsrückstellung verwendet wird.*³⁶ Bei der kapitalbildenden Lebensversicherung wird gleichzeitig neben der ursprünglichen Risikoversicherung ein Sparanteil aufgebaut, der sich durch die Beitragszahlungen kontinuierlich vergrößert. Er kann dem Versicherungsnehmer individuell zugeordnet und während der gesamten Vertragslaufzeit mit einem konkreten Betrag beziffert werden, der auch die Gewinnbeteiligung berücksichtigt, während nur die Risikotragung kollektiv erfolgt. Im Gegensatz dazu beruht bei der Krankenversicherung auch der für die Alterungsrückstellungen aufgewandte „Sparanteil“ der Versicherungsprämie auf einer kollektiven Risikokalkulation.³⁷ Bei der Lebensversicherung umfasst der in Art. 14 Abs. 1 GG enthaltene objektivrechtliche Schutzauftrag in den Worten des Bundesverfassungsgerichts auch die im Entstehen begriffenen Ansprüche, die durch die rechtlichen Vorgaben des Versicherungsvertrags- und des Versicherungsaufsichtsrechts so vorgezeichnet sind, dass es sich um mehr als bloße Chancen handelt.³⁸ Er erstreckt sich auf die Sicherung der späteren Konkretisierung und Realisierung des zunächst nur dem Grunde nach bestehenden Anspruchs auf Teilhabe an den durch die Prämienzahlung geschaffenen Vermögenswerten, nämlich auf Auszahlung der Versicherungssumme und Überschussbeteiligung bei Ablauf der vorgesehenen Vertragszeit,³⁹ aber auch auf die Rückvergütung (den „Rückkaufswert“) bei einer vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses. Die private Krankenversicherung in ihrer bisherigen Gestalt ist nicht auf Auszahlung eines aufgebauten Vermögenswertes am Ende der Vertragszeit ausgerichtet, sondern auf Abdeckung des Krankheitskostenrisikos zu stabilen Prämien über die gesamte Vertragslaufzeit. Folglich existiert auch während der Vertragslaufzeit kein Anspruch auf Auszahlung oder Übertragung der Alterungsrückstellung – diese ist zu keinem Zeitpunkt eine individuell zuzuordnende Vermögensposition.

Die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen ist also nicht als Maßnahme zum Schutz des Eigentums der Versicherungsnehmer gerechtfertigt.

(2) *Unverhältnismäßigkeit.* Der Eingriff ist verfassungsrechtlich auch nicht durch die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele gerechtfertigt, weil er unverhältnismäßig ist. Ziel des Gesetzgebers bei Portabilisierung der Alterungsrückstellungen in Altverträgen ist,

³¹ Niederleithinger, VersR 2006, 437, 446.

³² BVerfG v. 26. 7. 2005 – 1 BvR 782/94, BVerfGE 114, 1.

³³ BVerfG v. 26. 7. 2005 – 1 BvR 80/95, BVerfGE 114, 73.

³⁴ BVerfG v. 15. 2. 2006 – 1 BvR 1317/96, NJW 2006, 1783.

³⁵ Sodan, Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007, S. 49.

³⁶ Boetius, VersR 2001, 661, 668; Zieschang, VW 2001, 1044, 1045.

³⁷ Sodan, Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007, S. 50.

³⁸ Vgl. BVerfG, NJW 2005, S. 2362, 2366.

³⁹ aaO.

wie bei der Regelung für Neuverträge, die Verbesserung der Wahl- und Wechselmöglichkeiten der Versicherten in der PKV und damit die Stärkung des Wettbewerbs.

Zur Erreichung dieser Ziele ist die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen aber mindestens ebenso wenig geeignet und angemessen wie im Neukundenbereich. Insoweit kann auf die obigen Darlegungen verwiesen werden. Sinnvolle Wechselmöglichkeiten bestehen nur für gute Risiken, so dass sich auch hier wieder die Frage der Legitimität des Zwecks stellt. Zu einem langfristigen Effizienz- und Leistungswettbewerb kann es aufgrund der Kürze des vorgesehenen Wechselzeitraums nicht kommen. Es mag zwar sein, dass im ersten Halbjahr 2009 die Unternehmen Kunden gewinnen werden, die aufgrund höherer Effizienz bessere Angebote machen können. Unternehmen, die während dieses Zeitraums im Wettbewerb unterlegen sind, haben aber nur geringe Chancen, hierauf in der Folgezeit erfolgreich durch eine Verbesserung ihres Angebots zu reagieren, da nach dem 30. 6. 2009 die Portabilität für Altkunden wieder ausgeschlossen ist. Außerdem können Prämienunterschiede ebenso gut auf unterschiedliche Risikomischungen in den Unternehmen zurückzuführen sein. Der gewünschte Effizienz- und Leistungswettbewerb würde nicht eintreten.

Die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen für Altverträge ist aber in jedem Fall unangemessen: *Die Portabilisierung ändert rückwirkend das Wesen der bestehenden Krankenversicherungsverträge.* Nach bisheriger Rechtslage handelte es sich um Verträge zur Absicherung des aktuellen Krankheitsrisikos und des Risikos einer *zukünftigen* Steigerung der Krankheitskosten. Durch die Portabilisierung werden sie in Verträge zur Absicherung des aktuellen Krankheitsrisikos in Kombination mit individuellen Sparverträgen umgewandelt. Das Problem der Risikoselektion, das durch die Gestaltung der betreffenden Verträge reduziert worden war, wird erheblich verstärkt. Der gesetzgeberische Eingriff stellt eine *echte Rückwirkung* dar.⁴⁰ Eine solche liegt vor, wenn ein Gesetz vor seiner Verkündung bereits abgeschlossene Rechtsbeziehungen nachträglich veränderten Bedingungen unterwirft.⁴¹ Dies ist hier der Fall. Denn die Portabilisierung bezieht sich zeitlich auf die gesamte während des Versicherungsverhältnisses „angesparte“ Alterungsrückstellung. Sachlich ist sie zwar auf den Umfang des Basisstarifs beschränkt, bei Tarifen, die nur diesen Umfang oder sogar einen geringeren Umfang hatten, wirkt sich dies aber nicht aus. Dadurch wird das Versicherungsverhältnis *von Anfang an* zu einem kombinierten Versicherungs-Spar-Vertrag statt einem reinen Versicherungsvertrag. Keine echte Rückwirkung läge vor, wenn die Portabilisierung für Altverträge nur für die ab dem 1. 1. 2009 aufgebauten kalkulierten Alterungsrückstellungen eingeführt worden wäre. Eine solche Regelung wäre zwar genauso verfassungswidrig wie die zwingende Einführung der Portabilität für Neuverträge, immerhin hätte sich aber nicht die zusätzliche Problematik der echten Rückwirkung ergeben. Eine echte Rückwirkung ist grundsätzlich verboten und lässt sich allen-

⁴⁰ So auch *Sodan*, Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007, S. 46.

⁴¹ Vgl. BVerfG v. 28. 5. 1993 – 2 BvF 2/90, BVerfGE 88, 348, 403; v. 12. 3. 1996 – 1 BvR 609/90, BVerfGE 94, 241, 258; *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, Art. 120 Rn. 133 m.w.N.

falls dann rechtfertigen, wenn kein schutzwürdiges Vertrauen bestand.⁴² Die vorliegende echte Rückwirkung lässt sich nicht rechtfertigen.⁴³ Die Versicherten haben sich darauf verlassen und verlassen dürfen, dass nicht nachträglich in bestehende Verträge eingegriffen wird. Sie haben keine finanzielle Vorsorge für die Verschärfung der Risikoselektion getroffen, weil hierfür im bisherigen System der Alterungsrückstellungen kein Anlass bestand.

Hinzu kommt, dass die Stornowahrscheinlichkeiten, die der Prämienkalkulation in der Vergangenheit zugrunde lagen, sich aufgrund der Neuregelung als falsch erweisen werden, weil Versicherungswechsel, die eigentlich zur Vererbung geführt hätten, während des Wechselzeitraums nicht zur Vererbung führen. Die hierdurch zwangsläufig entstehenden Verluste fallen dem Versicherer zur Last oder müssen durch Prämien erhöhungen ausgeglichen werden, die die Wettbewerbsposition der betroffenen Unternehmen verschlechtern. Ein rechtfertigender Grund ist nicht ersichtlich: Wechselwillige gute Risiken profitieren von der Neuregelung doppelt. Sie haben in der Vergangenheit günstigere Prämien gezahlt, weil die Vererbung an das Kollektiv die Prämien gemindert hat. Sie selbst können aber bei einem Wechsel ihre Alterungsrückstellungen mitnehmen, was sich zulasten des bisherigen Versicherungsunternehmens und des bei ihm zurückbleibenden Kollektivs auswirkt.

b) Verletzung der Eigentumsfreiheit des Versicherungsunternehmens

Der rückwirkende Eingriff in die Altverträge verletzt auch das Grundrecht der Eigentumsfreiheit des Versicherungsunternehmens. Die Alterungsrückstellungen stehen nämlich zivilrechtlich im Eigentum der Versicherer. Dies gilt auch für das Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinne – die Versicherungsnehmer sind nicht Eigentümer im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG. Die Neuregelung zwingt die Versicherungsunternehmen dazu, die Alterungsrückstellungen den Versicherten bei einem Wechsel mitzugeben. Damit wird die eigentumsrechtliche Zuordnung nachträglich geändert. Wie dargelegt, geht es auch nicht etwa nur darum, dass eine den Versicherungsnehmern objektiv zustehende Eigentumsposition vom Gesetzgeber „subjektiviert“ wird: Die Alterungsrückstellungen sind nach der bisherigen Gestaltung nicht Eigentum der Versicherten, sondern Eigentum des Versicherungsunternehmens, das dieses benötigt, um das vertragliche Versprechen, ein Ansteigen der Prämien im Alter trotz Ansteigen des Krankheitsrisikos zu verhindern, einlösen zu können. Die Portabilisierung in Altverträgen stellt einen gesetzgeberischen Zugriff auf diese Eigentumsposition dar, die aus den oben genannten Gründen unverhältnismäßig und daher verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.

c) Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit der Versicherten

Die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen verändert nachträglich nicht nur die Kalkulationsgrundlagen der bestehenden Verträge, sondern ändert teilweise den

⁴² Vgl. BVerfG v. 28. 5. 1993 – 2 BvF 2/90, BVerfGE 88, 348, 403; *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, Art. 120 Rn. 133 m.w.N.

⁴³ Eindrucksvoll dargelegt durch *Sodan*, Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007, S. 47.

Charakter des Versicherungsvertrages. Wie oben dargestellt, wird der Vertrag zur Versicherung des aktuellen und zukünftigen Krankheitsrisikos zu einem Vertrag, der die Versicherung des aktuellen Krankheitsrisikos mit einem Sparvertrag kombiniert. Diese gesetzgeberische Änderung bestehender Verträge stellt einen Eingriff in die Vertragsfreiheit und damit die allgemeine Handlungsfreiheit der Altkunden dar. Der Eingriff ist von besonderem Gewicht, weil er *rückwirkend* den Charakter des Vertrages ändert und seine Eignung zur langfristigen Absicherung des Krankheitsrisikos in Frage stellt: Die Altkunden hatten ursprünglich einen Vertrag ohne Portabilität und mit langfristiger Absicherung geschlossen. Durch die Portabilisierung werden sie so gestellt, als ob der Vertrag von Anfang an ein Vertrag mit portablen Alterungsrückstellungen gewesen sei. Das Vertrauen der Versicherten darauf, durch den Vertragschluss auch davor gesichert zu sein, sich zu einem schlechten Risiko zu entwickeln und infolgedessen höhere Prämien zahlen zu müssen, ist schutzwürdig. Demgegenüber besteht kein schutzwürdiges Interesse der wechselwilligen Altkunden an der Einführung der Portabilität für die über die gesamte Vertragslaufzeit ihnen kalkulatorisch zuzuordnenden Alterungsrückstellungen.

d) Verletzung der Eigentumsfreiheit der Versicherten

Die rückwirkende Portabilisierung der Alterungsrückstellungen in Altverträgen verletzt schließlich auch die Eigentumsfreiheit der Versicherten. Die kollektiv angesammelten Alterungsrückstellungen selbst stehen allerdings weder bei einfachrechtlicher noch bei verfassungsrechtlicher Betrachtung im Eigentum der Versicherten. *Eigentumsfähige Position ist jedoch der Anspruch auf die Versicherungsleistung.* Die Versicherungsleistung besteht in der Absicherung des aktuellen und des langfristigen Krankheitsrisikos. Juristisch ist der Anspruch auf Absicherung des langfristigen Risikos zu einem bestimmten Preis durch das Verbot der ordentlichen Kündigung abgesichert. Faktisch ist der Anspruch wegen der Möglichkeit der Prämienanpassung aber nur gesichert, wenn die geleisteten Prämien auch hinsichtlich des Altersungsanteils beim Kollektiv verbleiben. Dieser juristisch und faktisch gesicherte Anspruch auf Absicherung zu einem bestimmten Preis ist Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG. Durch die Portabilisierung wird das Kollektiv hinsichtlich der künftigen Absicherung aufgebrochen und die faktische Absicherung des Anspruchs auf künftige Deckung der Krankheitskosten zu bestimmten Preisen zerstört. Die Eigentumsposition wird damit entwertet. Als „Ersatz“ für die zerstörte Versicherungsleistung erhalten alle Mitglieder des Kollektivs die ihnen zugeordnete kalkulierte Alterungsrückstellung. Dieser Ersatz ist jedoch nicht gleichwertig: Für ein schlechtes Risiko ist die gesicherte Aussicht, dass die künftigen Krankheitskosten vom Kollektiv getragen werden, wesentlich werthaltiger als die kalkulierte Alterungsrückstellung. Dass für gute Risiken umgekehrt die kalkulierte Alterungsrückstellung werthaltiger ist, rechtfertigt den Eingriff selbstverständlich nicht. Ebenso wenig rechtfertigt das vom Gesetzgeber genannte Ziel der Wettbewerbsförderung den rückwirkenden Eingriff in die Rechtsposition der Altkunden.

IV. Summa

1. Die zwingende Einführung der Portabilität der Alterungsrückstellungen in Neuverträgen ist mit der Berufsfreiheit der Unternehmen der PKV nicht vereinbar. Die Maßnahme ist zur Förderung des Wettbewerbs schon nicht geeignet. Sie ist jedenfalls nicht erforderlich, weil als milderer Mittel in Betracht kommt, das Versicherungsunternehmen zum Angebot von Verträgen mit portablen Alterungsrückstellungen zu verpflichten, ohne Verträge ohne Portabilität auszuschließen. Jedenfalls ist die Neuregelung unangemessen. Sie begünstigt Risikoselektion und entwertet damit die private Krankenversicherung als Instrument zur lebenslangen Absicherung des Krankheitsrisikos. Sie gefährdet die dauernde Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge und destabilisiert den Krankenversicherungsmarkt. Angesichts der allenfalls minimalen Förderung des Wettbewerbs und der Tatsache, dass von den erweiterten Wechselmöglichkeiten ohnehin nur gute Risiken Gebrauch machen werden, ist die Regelung offensichtlich unangemessen. Aus denselben Gründen verletzt die Neuregelung auch die allgemeine Handlungsfreiheit derjenigen, die einen privaten Versicherungsvertrag in einem Normaltarif schließen wollen und nunmehr nur noch einen Vertrag mit portablen Alterungsrückstellungen abschließen können, der das langfristige Prämienrisiko nicht effektiv absichert.

2. Die gegen die Verfassungsmäßigkeit im Neugeschäft sprechenden Gründe gelten erst recht für die Einführung der Portabilität für Altverträge. Hinzu kommt, dass durch die Regelung rückwirkend in bestehende Verträge eingegriffen wird: Bestandsverträge werden für einen Zeitraum von sechs Monaten so behandelt, als ob sie von Anfang an portable Alterungsrückstellungen gehabt hätten. Auch für diese Verträge wird damit das Problem der Risikoselektion erheblich verschärft – weder die Versicherungsunternehmen noch die Versicherten hatten aber Gelegenheit, hierfür Vorsorge zu treffen. Hinzu kommt, dass die Stornowahrscheinlichkeiten der Bestandsverträge auf der Basis nicht portabler Alterungsrückstellungen kalkuliert worden waren. Wird nun rückwirkend Portabilität eingefügt, erweist sich diese Kalkulation zwangsläufig als falsch. Die Portabilisierung ist auch nicht etwa als Maßnahme zum Schutz des Eigentums der Versicherungsnehmer gerechtfertigt. Die Alterungsrückstellungen stehen weder einfachrechtlich noch verfassungsrechtlich im Eigentum der Versicherungsnehmer. Die Rechtsprechung zur Lebensversicherung lässt sich auf die Krankenversicherung nicht übertragen. Die Portabilisierung verletzt gerade umgekehrt die Eigentumsfreiheit der Altkunden, weil sie den Anspruch auf Absicherung des langfristigen Krankheitsrisikos entwertet.