ALEXANDER BRUNS

Nachhaltigkeit in der privaten Kranken- und Pflegeversicherung – Das Gesundheitsrisiko als Chance und Herausforderung der Privatversicherung

I. Nachhaltigkeit als Aufgabe des privaten Kranken- und Pflegeversicherungsrechts

Der Begriff der nachhaltigen Entwicklung wurde im deutschen Sprachraum ursprünglich als Bezeichnung für das ressourcenökonomische Prinzip der Forstwirtschaft des 18. Jahrhunderts geprägt[1]. Danach sollte nicht mehr Holz geschlagen werden als nachwächst. Die preußische Staatsforstverwaltung des ausgehenden 19. Jahrhunderts erweiterte die Bedeutung des Nachhaltigkeitsbegriffs auf sämtliche Waldfunktionen und unterwarf die Waldbewirtschaftung idealtypisch voll dem Allgemeinwohl[2]. Die moderne umweltpolitische Begriffsprägung erhebt die Nachhaltigkeit zur Leitidee einer Integration von Umwelt und wirtschaftlicher Entwicklung, deren praktische Ergebnisse hinter ihrem hohen Anspruch weltweit bislang deutlich zurückbleiben. Wenn die Rechtspolitik die Frage der Nachhaltigkeit heute an die Ausgestaltung der privatrechtlichen Versicherung des Gesundheitsrisikos richtet, geht es im übertragenden Sinne um Tragfähigkeit, Dauerhaftigkeit, Zukunftsfähigkeit der privaten Kranken- und Pflegeversicherung und – allgemeiner gesprochen – um die Reichweite ihrer Allgemeinwohlbindung. Die so formulierte Aufgabenstellung ist von hohem wissenschaftlichen Interesse und höchster rechtspolitischer Brisanz. Gegenstand der Untersuchung sind das private Kranken- und Pflegeversicherungsrecht. Dabei ist ein zentraler Unterschied zwischen Kranken- und Pflegeversicherung zu berücksichtigen: Während die private Krankenversicherung für nicht gesetzlich Krankenversicherungspflichtige ursprünglich weitgehend auf privatversicherungsrechtlicher Grundlage privatautonom erfolgt (§§ 178 a – 178 o VVG, künftig §§ 192 – 208 VVG n.F.), ist die private Pflegeversicherung von Anfang an als gesetzliche Pflichtversicherung mit starker sozialrechtlicher Überlagerung ausgestaltet (§§ 23 – 27, 110, 111 SGB XI). Die private Krankenversicherung ist durch das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG) in Gestalt der

---

[1] *Hans Carl von Carlowitz*, Sylvicultura oeconomica oder haußwirthliche Nachricht und Anweisung zur wilden Baum-Zucht, 1713 (Nachdruck 2000), S. 105 („... daß es eine continuirliche beständige und *nachhaltende* Nutzung gebe ...“; Hervorhebung hinzugefügt).

[2] *Otto von Hagen*, Die forstlichen Verhältnisse Preußens, Band 1, 3. Aufl. 1894, S. 177.

Versicherungspflicht (§ 178 a Abs. 5 – 9 VVG n.F.) sowie des Basistarifs (§§ 12 Abs. 1 a VAG, 257 a, 315 SGB V) soeben erheblich reformiert[3], Änderungen der privaten Pflegeversicherung, die koalitionsintern offenbar noch nicht allesamt voll abgestimmt sind, plant der Referentenentwurf eines Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Stand: 11. 09. 2007). Beide Reformen verdienen in der rechtspolitischen Bewertung der Zukunftsfähigkeit der privatrechtlichen Versicherung des Gesundheitsrisikos besondere Aufmerksamkeit. Die Reform des VVG sieht nur wenige spezifisch krankenversicherungsrechtliche Neuerungen vor und bildet deshalb im Rahmen einer grundsätzlich angelegten Untersuchung zur Nachhaltigkeit des privaten Kranken- und Pflegeversicherungsrechts keinen Schwerpunkt.

II. Sozioökonomische Rahmendaten

1. Die wirtschaftliche Bedeutung der privaten Kranken- und Pflegeversicherung

Die wirtschaftliche Bedeutung der privaten Kranken- und Pflegeversicherung ist zwar weitaus bescheidener als die ihrer sozialrechtlichen Pendants, gleichwohl ist sie alles andere als gering. Im Jahre 2005 waren 8,4 Mio. Personen in der privaten Krankenversicherung vollversichert und 9,2 Mio. Personen privat pflegeversichert[4]. Das Prämienaufkommen lag in der privaten Krankenversicherung im selben Jahr bei 19,7 Mrd. Euro und 1,9 Mrd. Euro in der privaten Pflegeversicherung. Die Leistungsvolumina beliefen sich im gleichen Zeitraum auf 16,8 Mrd. Euro in der Kranken- und 550 Mio. Euro in der Pflegeversicherung. Die Vergleichszahlen der Sozialversicherung lagen wesentlich höher: 70,5 Mio. Versicherte, davon 4,8 Mio. freiwillig; Beitragseinnahmen: 140 Mrd. Euro Kranken- und 17,5 Mrd. Euro Pflegeversicherung; Leistungsvolumina: 135 Mrd. Euro Kranken- und 17 Mrd. Euro Pflegeversicherung[5]. Trotz des eindeutigen Übergewichts der Sozialversicherung stellt die Privatversicherung des Krankheits- und Pflegerisikos einen volkswirtschaftlich durchaus erheblichen Wirtschaftsfaktor dar.

---

[3] BGBl. I 2007, S. 378. Das Gesetz ist im Wesentlichen zum 1. April 2007 in Kraft getreten (Art. 46 Abs. 1 GKV-WSG), die Regelungen über Versicherungspflicht und Basistarife gelten erst zum 1. Januar 2009 (Art. 46 Abs. 10 GKV-WSG).

[4] Vgl. hierzu und zum Folgenden *Verband der privaten Krankenversicherung e.V.* (Hrsg.), Zahlenbericht der privaten Krankenversicherung 2005/2006, S. 16 f. und 49. – Diese und alle folgenden Zahlenwerte sind gerundet.

[5] Quellen: *Bundesministerium für Gesundheit* (Hrsg.), Gesetzliche Krankenversicherung: Mitglieder, mitversicherte Angehörige und Krankenstand – Jahresdurchschnitte 1998 bis 2006, Stand: 16. April 2007; *Bundesministerium für Gesundheit*, KJ 1-Statistik und Geschäfts- und Rechnungsergebnisse der sozialen Pflegeversicherung, im Internet abrufbar unter www.gbe-bund.de (Stand: 19. 09. 2007).

2. Der demographische Wandel und seine Folgen

Die Alterung der Gesellschaften ist ein globales Phänomen mit regional unterschiedlichen Ausprägungen[6]. Steigende Lebenserwartung und sinkende Geburtenraten führen bei kontinuierlicher Fortentwicklung allmählich zum Umkippen der Alterspyramide. Das gilt insbesondere auch für Deutschland. In Versicherungszweigen mit alterungsabhängig steigenden Leistungsvolumina wie der Kranken- und Pflegeversicherung ist mit dem demographischen Wandel in besonderer Weise das Risiko schrumpfenden Prämienaufkommens bei explodierenden Leistungspflichten der Versicherer verbunden, was exorbitante Prämiensteigerungen, wenn nicht gar drohende künftige Unversicherbarkeit nach sich zieht. Wenn die Vorhersagen der Demographen zutreffen und der regelmäßige Leistungsumfang im Vergleich zum heute üblichen Umfang nicht drastisch reduziert werden soll, verspricht tragfähige systemkonforme Abhilfe, jedenfalls in der Privatversicherung, letztlich nur die Bildung von erheblichen Alterungsrückstellungen, die der Baby-Boomer-Generation künftige unerschwingliche Prämien im Alter erspart. Dabei kann sich das Versicherungswesen nicht mit mehr oder weniger unsubstantiierten allgemeinen Annahmen begnügen, sondern ist im Sinne der Nachhaltigkeit auf möglichst präzise Prognosen und Kalkulationen angewiesen – freilich eine Wissenschaft für sich.

III. Die rechtlichen Grundkoordinaten der privaten Versicherung des Gesundheitsrisikos

1. Versicherungsrecht und Versicherungsökonomie

Die Bestimmung der rechtlichen Grundkoordinaten der privaten Kranken- und Pflegeversicherung beginnt mit dem Spannungsverhältnis zwischen Versicherungsrecht und Versicherungsökonomie. Dabei muss man sich im Ausgangspunkt immer klarmachen, dass sich das Versicherungsrecht nicht in der Erfüllung ökonomischer Zielvorstellungen erschöpft. Entgegen einer verbreiteten Annahme lässt sich die wünschenswerte Ausgestaltung und Anwendung des Rechts nicht allein im Wege einer ökonomischen Analyse ermitteln. Vielmehr ist es ureigenste Aufgabe des Rechts, die verbindlichen Regeln für erlaubtes Geschäftsverhalten und menschliches Zusammenleben zu setzen. Das gilt auch im Versicherungsrecht. Es ist letztlich eine versicherungsrechtliche Binsenweisheit, dass Versicherung ein Produkt des Rechts ist[7]. Das bedeutet nicht, dass ökonomische Zusammenhänge und Gegebenheiten im Versicherungsrecht keine Rolle spielen. Im Gegenteil: Es gibt wenige Rechtsbereiche, in denen

---

[6] Zum Ganzen *Dieckmann*, in: *Institut der deutschen Wirtschaft* (Hrsg.), Perspektive 2050, 2004, S. 11, 13 ff.; *Hullen*, in: *Frevel* (Hrsg.), Herausforderung demographischer Wandel, 2004, S. 15 ff.; s.a. *Deville/Grimm*, in: *Bruns/Begemann* (Hrsg.), Versicherung des Alterns, im Erscheinen (voraussichtlich 2008).

[7] *Dreher*, Die Versicherung als Rechtsprodukt, 1991.

sich die wirtschaftlichen Folgen rechtlicher Regelungen so unmittelbar anschaulich und fühlbar materialisieren wie im Versicherungsrecht. Das liegt nicht zuletzt daran, dass die versicherungstechnische Kalkulation auf aktuarieller Grundlage hochgradig professionalisiert ist und – zur Sicherung der Solvabilität – sein muss. Deshalb ist das Recht gehalten, versicherungsökonomische Umstände sehr sorgfältig zu berücksichtigen und mit abzuwägen, um nicht die wirtschaftlichen Grundlagen rechtspolitisch wünschenswerter Versicherung zu zerstören. Insoweit hat ökonomische Analyse im Versicherungsrecht eine ganz besondere Berechtigung, aber eben auch nur insoweit.

2. Privatautonomie und sozialpolitische Steuerung

Charakteristisch für das private Kranken- und Pflegeversicherungsrecht ist das Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie und sozialpolitischer Steuerung im Sinne einer Allgemeinwohlbindung, die insbesondere in Gestalt von Versicherungspflichten und Basistarifen derzeit stark in den Vordergrund tritt. Das wesentlich weiter gefasste Generalthema „Zwischen Freiheit und Solidarität" markiert ein durchaus komplexes und schillerndes Begriffspaar, das in seiner Abstraktheit für das Recht der privaten Kranken- und Pflegeversicherung nur schwer operationalisierbar ist. Die verfassungsrechtlich garantierte Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG)[8] ist zweifelsohne eine Grundbedingung des Privatversicherungsrechts und damit auch der privatrechtlichen Versicherung des Gesundheitsrisikos. Die Freiheit der eigenverantwortlichen rechtsgeschäftlichen Gestaltung privatrechtlicher Rechtsverhältnisse ist ein Kernbestandteil der umfassenden verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantie. Das bedeutet aber nicht, dass dem Privatversicherungsrecht der Gedanke der Solidarität völlig fremd ist. Denn die für das Privatversicherungsrecht typische Gefahrengemeinschaft der Versicherungsnehmer ist letztlich nichts anderes als eine Form auf privatautonomer Grundlage gebildeter rechtlich verfasster Solidarität, die sich in der konkreten Ausgestaltung der privatversicherungsrechtlichen Rechtsverhältnisse niederschlägt. Die Grenzlinie zwischen Freiheit und Solidarität ist also keineswegs gleichzusetzen mit der Differenzierung zwischen privatrechtlicher und sozialrechtlicher Versicherung von Gesundheitsrisiken. Vielmehr verfügt das Privatversicherungsrecht durchaus über eigene funktionstüchtige Mechanismen zur Verwirklichung der gebotenen Solidarität der Versicherungsnehmer in der Gefahrengemeinschaft. Die Verwirklichung versicherungsrechtlicher Solidarität mit den Mitteln der Privatautonomie stößt freilich dort an ihre Grenzen, wo die Bereitschaft der Privatrechtssubjekte zur Mitwirkung im Versicherungssystem fehlt. Insoweit lässt sich gesellschaftspolitisch erwünschte Risikodeckung letztlich nur mit Versicherungszwang oder durch Sozialhilfe erzielen – sonst bleibt der Einzelne mit seinem Risiko allein. Angesichts der Möglichkeiten privatrechtlich gestalteter Solidarität stellt sich die Frage der Rechtfertigung einer Übertragung sozialrechtlicher Regelungsprinzipien auf das private Kranken- und Pflegeversi-

[8] BVerfGE 8, 274, 328; 12, 341, 347; BVerfG NJW 1990, 1169, 1170 l. Sp.; 1994, 36, 38 r. Sp.; BVerfGE 72, 155, 170; 89, 214, 231; BVerfG NJW 1996, 2021; BVerfGE 103, 89, 100; BVerfG NJW 2005, 2376, 2377 r. Sp.

cherungsrecht, wie etwa bei der Einführung des Solidarprinzips mit der Schaffung von Basistarifen, mit besonderer Klarheit[9].

3. Systemgerechtigkeit der konkurrierenden Lösungsmodelle von Privat- und Sozialversicherung

Ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung kranken- und pflegeversicherungsrechtlicher Regelungen ist die Systemgerechtigkeit der konkurrierenden Lösungsmodelle[10]. Dabei muss man sich stets vor Augen halten, dass Systemgerechtigkeit kein Selbstzweck im Sinne akademischer Selbstberuhigung ist, sondern *materiale* Ausprägung elementarer Gerechtigkeit. Systemgerechtigkeit im Sinne der Gleichbehandlung im Wesentlichen gleicher und der Ungleichbehandlung im Wesentlichen ungleicher Sachverhalte entspricht einer Verfassungsgarantie (Art. 3 Abs. 1 GG)[11], zu deren Wahrung unter Berücksichtigung eines weiten Gestaltungsspielraumes im Kern auch der parlamentarische Gesetzgeber verpflichtet ist[12]. Ein Gesetz muss zwar nicht die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung treffen[13]. Aber genauso, wie ein innerer Zusammenhang zwischen den sachlich vorgefundenen Unterschieden und einer gesetzlichen Differenzierung bestehen muss[14], bedarf es auch eines Mindestmaßes an Vergleichbarkeit von Sachverhalten, die gleichen oder doch zumindest sehr ähnlichen Regelungsstrukturen unterworfen werden sollen. Die so verstandene Systemgerechtigkeit ist auch Maßstab für die verfassungskonforme gesetzgeberische Ausgestaltung von privatrechtlicher und sozialrechtlicher Versicherung des Gesundheits- und Pflegerisikos. Deshalb bedarf die Übertragung sozialrechtlicher Regelungsmodelle auf das Recht der privaten Kranken- und Pflegeversicherung besonderer Vorsicht und genauer Prüfung.

---

[9] Die Tendenz des Gesetzgebers zur Implementierung der Sozialversicherung über Privatversicherer kritisiert schon *Isensee*, FS Gitter, 1995, S. 401 ff.; ablehnend zur so genannten Bürgerversicherung *ders.*, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2004/II, 2005, S. 5 ff.; *Sodan*, ibid., S. 25 ff.; *Bethge*, ibid., S. 93 ff.; *Steiner*, ibid., S. 139 ff.; rechtsvergleichend *Meyer*, ibid., S. 65 ff. (Schweiz); *Kruse*, Das Krankenversicherungssystem der USA, 1997, S. 25 ff.; *Havighurst*, Health Care Choices, 1995 m.w.N.

[10] Im sozialversicherungsrechtlichen Kontext z. B. *Schnapp/Kaltenborn*, Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze" zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung, 2001, S. 37 ff. m.N.

[11] Zur Ungleichbehandlung von im Wesentlichen gleichen Sachverhalten z. B. BVerfGE 1, 14, 52; 76, 256, 329; 78, 249, 287; zur Gleichbehandlung differenzierungsbedürftiger Sachverhalte etwa BVerfGE 72, 141, 150; 84, 133, 158; 98, 365, 385.

[12] BVerfGE 90, 145, 196; 75, 108, 157; 94, 241, 260.

[13] BVerfGE 4, 144, 155; 83, 395, 401; 84, 348, 359.

[14] BVerfGE 42, 374, 388; 71, 39, 58.

IV. Die Chancen nachhaltiger privatrechtlicher Versicherung des Gesundheitsrisikos

1. Nachhaltigkeit durch risikoadäquate Prämienkalkulation – Äquivalenzprinzip

Ein unbestreitbarer Vorteil der privatrechtlich organisierten Versicherung von Gesundheitsrisiken ist der Grundsatz risikoadäquater Prämienkalkulation. Die versicherungsrechtliche Literatur spricht in diesem Zusammenhang für die Privatversicherung teilweise vom Äquivalenzprinzip[15], was freilich bei näherer Betrachtung gleich in mehrfacher Hinsicht ungenau ist. Die unterstellte Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung ist der normative Kern der vertragsrechtlichen Lehre vom gegenseitigen Vertrag[16]. Der privatrechtliche Versicherungsvertrag ist nach ganz h.M. gegenseitiger Vertrag, wobei die wohl herrschende Geldleistungstheorie die Leistungspflicht des Versicherers in der bedingten Geldleistung erblickt, während die Gefahrtragungstheorie auf die Gefahrübernahme als solche abstellt[17]. Die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung kann folglich im Privatversicherungsrecht durchaus Geltungskraft beanspruchen, nur ist das Äquivalenzprinzip in seiner Geltung eben nicht auf das Versicherungsvertragsrecht beschränkt. Außerdem gilt das Äquivalenzprinzip im privaten Krankenversicherungsrecht nur unter einem gravierenden Vorbehalt: Die Prämienkalkulation orientiert sich in erster Linie an der Gesamtsumme aller übernommenen Risiken und nur mit erheblichen Einschränkungen an individuell bestimmten Krankheitsrisiken, wie etwa bei bestimmten Vorerkrankungen, während beispielsweise genetisch bedingte Krankheitsrisiken – zumindest derzeit – nicht einkalkuliert werden. Hinzu kommt, dass es bei Lichte besehen im Privatversicherungsrecht – selbst wenn man mit der Mindermeinung die Gefahrtragungstheorie zugrunde legt – nicht um die Äquivalenz von Risikoübernahme und Prämie geht. Denn die Prämie enthält nicht nur die Risikoprämie, sondern zumindest auch einen Verwaltungskostenanteil, die Versicherungssteuer und den Gewinn. Genauer formuliert, liegt die für das Privatversicherungsrecht charakteristische Besonderheit im Unterschied zum Sozialversicherungsrecht mit seiner auf dem Solidarprinzip basierenden Beitragspflicht mithin im Grundsatz risikoadäquater Prämienkalkulation.

Die risikoadäquate Prämienkalkulation ist gleichsam eine Grundvoraussetzung nachhaltiger Versicherung von Gesundheits- und Pflegerisiken, weil sie die Solvabilität der Versicherer langfristig gewährleistet. Private Versicherungsunternehmen sind seit jeher darauf angewiesen, ihre Prämienkalkulation streng am wahrscheinlichen Leis-

---

[15] Ausdrücklich z. B. *Boetius*, VersR 2007, S. 431, 433 l. Sp.; ähnlich *Isensee*, FS Gitter, 1995, S. 401, 405 („Prinzip der Individualäquivalenz").

[16] Aus der Rechtsprechung des BGH z. B. BGHZ 77, 194, 198 f.; 359, 363; 90, 227, 228 ff.; 119, 220, 222; aus der Literatur statt vieler *Larenz*, Schuldrecht I, AT, 1987, S. 202 ff.

[17] Zum Ganzen *Weyers/Wandt*, Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 483 ff.; *Deutsch*, Versicherungsvertragsrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 173 f.

tungsgesamtumfang auszurichten, und das Versicherungsaufsichtsrecht normiert zu diesem Zweck detaillierte Solvabilitätsvorschriften (insbes. § 53 c VAG, KapitalausstattungsVO), deren Einhaltung die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht überwacht. Der große Vorteil risikoadäquater Prämienkalkulation liegt darin, dass sich die Gefahrengemeinschaft dauerhaft selbst finanziert und kalkulatorisch ganz selbstverständlich nur solche Leistungskataloge vorgesehen werden, deren Erfüllbarkeit durch die Gesamtheit der Versicherten sachbezogen gleichmäßig finanzierbar ist. Der risikoadäquaten Kalkulation der Prämien wohnt durch den unmittelbaren Sachbezug ein hoher Gerechtigkeitsgehalt inne. Die sozialversicherungsrechtliche Entkoppelung von Risikoübernahme und Finanzierung durch Beitragsleistung nach Maßgabe des sozialversicherungsrechtlichen Solidarprinzips ist zwar der Notwendigkeit kostendeckender Gesamtkalkulation nicht enthoben, doch fehlt der unmittelbare Sachbezug zwischen der Risikodeckung und der Höhe der Beitragsleistung. In einem gedachten freien Wettbewerb der konkurrierenden Versicherungssysteme erscheint das Solidarsystem insoweit weniger attraktiv, als es die sozialpolitisch erwünschte Quersubventionierung von Versicherungsleistungen zugunsten einkommensschwächerer Versicherter implementiert, auf die sich der einzelne Marktteilnehmer, dessen Beitragspflicht über dem Vergleichsbetrag einer risikoadäquaten Prämie liegt, typischerweise ungern oder gar nicht einlässt. Die Verwirklichung der Privatautonomie läuft deshalb eher auf ein System risikoadäquat kalkulierter Prämien hinaus, weil bei voller Wahlfreiheit gerade einkommensstarke Marktteilnehmer gegen ein einkommensproportionales Beitragssystem optieren, so dass die dem Solidarprinzip inhärente Quersubventionierung letztlich verfehlt wird.

2. Nachhaltigkeit durch Rücklagenbildung

Ein weiterer Vorzug der privaten Versicherung des Gesundheitsrisikos ist die Gewährleistung von Nachhaltigkeit durch Rücklagenbildung. Die Bildung von Alterungsrückstellungen ist in der privaten Krankenversicherung notwendige Bedingung dauerhafter Solvabilität, will man exorbitante Prämiensteigerungen für ältere Versicherungsnehmer und kaum tragbare Quersubventionierung durch jüngere Versicherungsnehmer innerhalb derselben Gefahrengemeinschaft vermeiden. Die Alterungsrückstellungen gewährleisten dauerhafte Versicherbarkeit des Gesundheitsrisikos und sind das Mittel der Wahl nachhaltiger eigenverantwortlicher Risikovorsorge. Das Versicherungsaufsichtsrecht schreibt – europarechtlich präformiert[18] – die Bildung von Alterungsrückstellungen nach § 341 f. HGB für die substitutive Krankenversicherung ausdrücklich vor (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 VAG), für die private Pflegepflichtversicherung besteht nach wohl h.M. eine entsprechende Verpflichtung aufgrund von § 12 f.

[18] Art. 54 Abs. 1 der 3. Richtlinie Schadenversicherung (Richtlinie 92/49/EWG des Rates vom 18. 6. 1992, ABl. EG Nr. L 228 vom 11. 8. 1992, S. 1); hierzu *Präve*, in: *Prölss*, Versicherungsaufsichtsgesetz, 12. Aufl. 2005, § 12 Rn. 11 ff.

VAG[19]. Darüber hinaus ist Rücklagenbildung ein probates Mittel zum Schutz vor demographischen Risiken, die aus der Alterung der Marktteilnehmer resultieren. Die Sozialversicherung des Krankheits- und Pflegerisikos kennt eine derartige risikobezogene Rücklagenbildung bislang nicht. Das Privatversicherungsrecht kann insoweit *in puncto* Nachhaltigkeit einen weiteren deutlichen Vorteil gegenüber dem Sozialversicherungsrecht verbuchen. Dabei muss man sich allerdings immer klarmachen, dass auch ein rücklagengedecktes System nicht frei von Gefahren ist: Rücklagen sind mit einem nicht zu unterschätzenden Anlagerisiko behaftet, das seinerseits nach Absicherung verlangt[20]. Risikoadäquate Rücklagendeckung und Umlagedeckung, die auch der privatrechtlich strukturierten Versicherung des Gesundheitsrisikos immanent ist, streben so besehen im Sinne der Nachhaltigkeit nach wechselseitiger Ergänzung.

3. Nachhaltigkeit durch Leistungs- und Qualitätswettbewerb?

Eine Stärke privatrechtlich organisierter Versicherung des Gesundheitsrisikos ist – wenn auch nicht ohne Einschränkungen – außerdem der Leistungs- und Qualitätswettbewerb unter den Versicherungsunternehmen. Er ermöglicht einerseits Effizienzsteigerungen, und zwar nicht nur im Sinne eines erhöhten *shareholder value*, sondern auch im Interesse der Versicherungsnehmer. Andererseits kann der Wettbewerb der Versicherungsunternehmen auch Qualitätssteigerungen in Gestalt verbesserter Versicherungsleistungen hervorbringen. Die möglichen Vorteile eines freien Leistungs- und Qualitätswettbewerbs für die Versicherungsnehmer haben den EG-Richtliniengeber 1992 – in bemerkenswertem Gegensatz zum klassischen deutschen Grundansatz der materiellen Versicherungsaufsicht[21] – zur Abschaffung der Vorabgenehmigungspflicht für allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) motiviert[22]. Ob und inwieweit der Wettbewerb zwischen den Versicherungsunternehmen indessen zur Nachhaltigkeit der privaten Kranken- und Pflegeversicherung tatsächlich beiträgt, ist eine offene Frage. Denn das wirtschaftliche Eigeninteresse der Unternehmen ist zwar einerseits ein starkes Motiv zur Verfolgung erfolgversprechender Wirtschaftsziele und zur Vermeidung weniger erfolgreicher oder gar ruinöser Geschäftsstrategien. Auf der anderen Seite muss man klar sehen, dass unternehmerische Gewinnmaximierung und Wahrung der Belange der Versicherten, wie schon das Versicherungsaufsichtsrecht zeigt, keineswegs voll deckungsgleich sind und sich bisweilen diametral gegenüberstehen können. Insbesondere im privaten Versicherungssektor kann allerdings ein Wettbewerb um kundenfreundlichere Leistungs- und Tarifgestaltung sowie bedarfsgerechte Regu-

---

[19] So etwa *Präve*, in: *Prölss* (Fn. 18), § 12 f Rn. 1.

[20] Zum Ganzen *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles? Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberaler Marktideologie, 2007, S. 17 f., 89 ff., 101 ff.

[21] Hierzu *Rehm*, VAG, 3. Aufl. 1911, Einl Anm. 4; zur materiellen Versicherungsaufsicht bereits *Victor Ehrenberg*, Versicherungsrecht, 1893, S. 150 ff.; aus neuerer Zeit umfassend *BAV* (Hrsg.), 100 Jahre materielle Versicherungsaufsicht in Deutschland, 2 Bde., 2001.

[22] Erwägungsgründe 19 und 20 der 3. Richtlinie Schaden (Fn. 18); Erwägungsgründe 20 und 21 der 3. Richtlinie Leben (Richtlinie 92/96 EWG des Rates vom 10. 11. 1992, ABl. EG Nr. L 360 vom 9. 12. 1992, S. 1); entsprechend die Regierungsbegründung zum deutschen Umsetzungsgesetz BR-Drs. 23/94, S. 131, 138.

lierungspraxis mittel- und längerfristig die Marktchancen des gesamten privaten Versicherungssektors erhöhen, weil vorhandene und künftige Kundschaft tendenziell eher bereit sein werden, zu fairen und gerechten Konditionen mehr in Versicherungsdeckung zu investieren als in einem stärker am *shareholder value* orientierten Versicherungssystem. Der Qualitätswettbewerb trägt deshalb letztlich mit zur Nachhaltigkeit der privaten Kranken- und Pflegeversicherung bei.

V. Herausforderungen für die Privatversicherung unter dem Aspekt der Nachhaltigkeit

1. Der Schutz der Versicherungsnehmer durch Inhaltskontrolle von AVB

a) Das europarechtliche Verbot der aufsichtsrechtlichen Vorabgenehmigungspflicht

Eine zentrale Herausforderung für die private Kranken- und Pflegeversicherung ist der Schutz der Versicherungsnehmer durch Inhaltskontrolle von AVB. Gerade das Beispiel der Abschaffung der präventiven Inhaltskontrolle von AVB durch die 3. Richtlinie Schadensversicherung und Lebensversicherung zeigt, dass die Vorteile des Wettbewerbs der Versicherungsunternehmen für die Versicherungsnehmer jedenfalls schwer quantifizierbar und – wenn überhaupt – nur um den Preis einer erheblichen Absenkung des Schutzniveaus erzielbar sind. Im Bereich der substitutiven Kranken- und Pflegeversicherung bzw. der Pflichtversicherung besteht zwar weiterhin eine präventive Pflicht zur Vorlage der AVB[23]. Unklar ist allerdings die Reichweite der aufsichtsbehördlichen Prüfungs- und Versagungskompetenz im Rahmen von § 8 Abs. 1 Nr. 3 VAG. Die Prüfung der hinreichenden Wahrung der Belange der Versicherten dürfte kraft europäischen Richtlinienrechts auf die Frage beschränkt sein, ob die geplante Versicherung tatsächlich substitutiven Charakter hat. Unklar ist dabei vor allem, ob Satz 2 des Erwägungsgrundes 23 der 3. Richtlinie Schaden[24] eine aufsichtsbehördliche Versagung der Genehmigung – im Einklang mit deren Art. 6, aber letztlich entgegen dem Sinn und Zweck des Art. 54 Abs. 1 3. Richtlinie Schaden – ausschließt[25]. Die besondere Schutzbedürftigkeit der Kranken- und Pflegeversicherungsnehmer spricht indessen für die Möglichkeit einer Verweigerung der Genehmigung bei fehlendem substitutiven Charakter des Produkts, weil die europarechtliche Maßgabe sonst ein zahnloser Tiger bleibt. Dagegen dürfte auch im Kranken- und Pflegeversicherungsrecht eine weitergehende präventive Kontrolle anhand des AGB-Rechts mangels hinreichender Anhaltspunkte für eine entsprechende Ausnahme vom Verbot der Vorabgenehmigung europarechtlich ausscheiden[26].

---

[23] § 5 Abs. 5 Nr. 1 VAG im Einklang mit Art. 54 Abs. 1 3. Richtlinie Schaden.

[24] „Eine solche Überprüfung soll keine Vorbedingung für den Vertrieb des Produkts sein."

[25] Dagegen *Präve*, in: *Prölss* (Fn. 18), § 5 Rn. 107.

[26] So offenbar auch *Kaulbach*, in: *Fahr/Kaulbach*, VAG, 3. Aufl. 2003, § 8 Rn. 28; a.A. *Präve*, in: *Prölss* (Fn. 18), § 8 Rn. 22.

b) Defizite der Inhaltskontrolle

Die zivilrechtliche und aufsichtsrechtliche Inhaltskontrolle von allgemeinen Kranken- und Pflegeversicherungsbedingungen muss *de lege lata* im Übrigen letztlich als defizitär bezeichnet werden. Das gilt vor allem im Krankenversicherungsrecht, grundsätzlich aber auch im Pflegeversicherungsrecht. Die materiellrechtlichen Maßstäbe der Inhaltskontrolle bestimmt in erster Linie § 307 BGB, der europarechtlich durch Art. 3 Abs. 1 der Verbraucherklauselrichtlinie[27] überlagert wird. Das mit der scheinbar unbegrenzten materiellrechtlichen Reichweite der Klauselkontrolle in ihrer Handhabung durch die deutschen Gerichte teilweise verbundene Unbehagen wird durch die Möglichkeit noch weitergehender europarechtlicher Standards zusätzlich verstärkt[28]. Dadurch wird der materiellrechtliche Freiraum für die privatrechtliche Gestaltung auch im Kranken- und Pflegeversicherungsrecht in verfassungsrechtlich fragwürdiger Weise bis an die Grenze der Unkenntlichkeit beschnitten. Es leuchtet durchaus ein, dass eine engmaschige präventive aufsichtsbehördliche Inhaltskontrolle von AVB, die praktisch jede den Versicherten ungünstige Regelung vorab kassiert, weder mit § 307 BGB noch mit Art. 3 Abs. 1 VerbrKl-RiL und schon gar nicht mit der verfassungsrechtlich garantierten Vertragsfreiheit vereinbar wäre. Vor diesem Hintergrund war die vor 1994 geübte aufsichtsrechtliche Praxis nicht nur für die Unternehmen unangenehm, sondern durchaus rechtlich zweifelhaft. Andererseits zeigen sich seit der Abschaffung jedweder präventiver AGB-Kontrolle Rechtsschutzdefizite, die den Versicherungsnehmern zusehends Schwierigkeiten bereiten.

Die Geltendmachung von Verstößen gegen das AGB-Recht durch den Versicherungsnehmer im Individualprozess ist in der Praxis schon aus Zeit- und Kostengründen nicht selten schwierig und risikoreich; selbst im Erfolgsfall bringt das obsiegende Urteil in aller Regel nur eine sehr punktuelle Lösung. Die Möglichkeit von Verbandsprozessen nach § 1 UKlaG bietet insbesondere im privaten Kranken- und Pflegeversicherungsrecht, wo der Versicherungsnehmer im Versicherungsfall typischerweise besonders schutzbedürftig ist, ebenfalls praktisch letztlich keine hinreichende Gewähr für eine Verwirklichung AGB-rechtlicher Mindeststandards. Das liegt zum einen an der nach der Marktliberalisierung explosionsartig vermehrten Diversität unterschiedlicher AVB-Gestaltungen, die einer breiten Präjudizwirkung von Einzelentscheidungen trotz der Untersagung der Verwendung inhaltsgleicher AVB durch den Klauselverwender (§ 9 Nr. 3 UKlaG) entgegensteht, zum anderen an der tendenziell unzureichenden finanziellen Ausstattung der anspruchsberechtigten Stellen (§ 3 Abs. 1 UKlaG). Hinzu kommt, dass europäisches Richtlinienrecht auch die systematische nachträgliche aufsichtsbehördliche AVB-Kontrolle verbietet[29]. Die derart rechtlich kupierte Missstandsaufsicht (§ 81 VAG), die sich rechtlich mehr oder weniger anlassbezogen auf Einzelfälle beschränkt, leidet zudem an der strategischen, verstärkten

---

[27] Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993, ABl. EG Nr. L 95 vom 21. 4. 1993, S. 29.
[28] Zum Ganzen *Bruns*, JZ 2007, 385, 391 ff.
[29] Art. 6 3. Richtlinie Schaden.

Ausrichtung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht auf die Finanzaufsicht, die für die personelle Ausstattung der Rechtsaufsicht nicht folgenlos bleibt. Dieser Befund wiegt auch im europäischen Rechtsvergleich relativ schwer, wenn man sich vergegenwärtigt, dass etwa das französische Versicherungsvertragsrecht grundsätzlich zwingend ausgestaltet ist und vertragliche Abweichungen nur gestattet, wo sie ausdrücklich zugelassen sind (Art. L. 111-2 C. ass.)[30]. Außerdem kennt das französische Recht versicherungsrechtsspezifische besondere Klauselverbote (z. B. Art. L. 112-3, 112-4, 113-11 C. ass.) sowie eine AVB-spezifische Inhaltskontrolle von Leistungsausschlüssen (Art. 113-1 C. ass.). Die französische Versicherungsaufsicht kann darüber hinaus die Verwendung von Musterklauseln (*clauses types*) anordnen (Art. L. 111-4 C. ass.). Im deutschen Privatversicherungsrecht, das bei grundsätzlicher Vertragsfreiheit keine vergleichbaren aufsichtsrechtlichen Remedien bereithält, wirkt deshalb die Abschaffung der Vorabgenehmigungspflicht ungleich schwerer, und es besteht zur Gewährleistung der Zukunftsfähigkeit der privaten Kranken- und Pflegeversicherung dringender Handlungsbedarf.

2. Benachteiligungsverbote des AGG

Das AGG verbietet für Versicherungsverträge, soweit sie ab 22. 12. 2007 begründet oder geändert werden (§ 33 Abs. 4 S. 1 AGG), unter anderem die im privaten Kranken- und Pflegeversicherungsrecht besonders relevante Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, einer Behinderung oder des Alters (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG). Die allgemeine Rechtfertigungsregelung des § 20 Abs. 1 S. 1 AGG verlangt für benachteiligungsrelevante Differenzierungen einen „sachlichen Grund", für die Prämien- und Leistungsgestaltung verlangt § 20 Abs. 2 S. 3 AGG die Wahrung „anerkannter Prinzipien risikoadäquater Kalkulation". Versicherungsunternehmen sind folglich bei entsprechender Differenzierung einem qualifizierten Rechtfertigungszwang unterworfen, wobei die Pflicht zur zivil- bzw. privatversicherungsrechtlichen Geschlechtergleichbehandlung europarechtlich vorgeprägt ist[31]. Der Sanktionskatalog des AGG für unzulässige Diskriminierungen reicht vom Beseitigungsanspruch (§ 21 Abs. 1 S. 1 AGG), über den Unterlassungsanspruch (§ 21 Abs. 1 S. 2 AGG) bis hin zum Schadensersatzanspruch (§ 21 Abs. 2 S. 1 AGG) und zum Anspruch auf angemessene Geldentschädigung (§ 21 Abs. 2 S. 3 AGG). Besonders umstritten ist dabei, ob Beseitigungs- oder Schadensersatzanspruch des Benachteiligten einen Kontrahierungszwang des Versicherungsunternehmens begründen können. Im europarechtlich nicht präformierten Bereich spricht die verfassungsrechtlich garantierte Vertragsfreiheit klar

[30] Hierzu *Groutel*, Le contrat d'assurance, 2ième ed. 1997, p. 7 ss.; *Picard/Besson*, Les assurances terrestres, Vol. 1, Le contrat d'assurance, 5ième ed. 1982, N. 38.

[31] Insbesondere Art. 5 der Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. 12. 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. EG Nr. L 373, S. 37.

gegen einen Kontrahierungszwang[32]. Bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts stellt sich die Frage, ob europäisches Richtlinienrecht, das bei der Umsetzung in Mitgliedstaatenrecht die Implementierung effektiver, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen verlangt[33], einen Kontrahierungszwang erfordert, was auch angesichts der gemeinschaftsrechtlichen Grundgarantie der Vertragsfreiheit zumindest nicht zwingend erscheint[34]. Insgesamt ist der gleichbehandlungsrechtliche Rechtfertigungszwang von Versicherungsunternehmen zweifelsohne zu den Herausforderungen nachhaltiger privater Versicherung des Gesundheitsrisikos zu zählen. Eine Ausdehnung versicherungsrelevanter Benachteiligungsverbote bzw. Rechtfertigungszwänge ist tunlichst zu vermeiden.

3. Prozessuale Verwirklichung von Leistungsansprüchen

a) Divergierende Rechtswegzuständigkeit und Prozesskostenrisiken

Die prozessuale Verwirklichung von Leistungsansprüchen ist für den rechtsuchenden Versicherungsnehmer im Kranken- und Pflegeversicherungsrecht von zentraler Bedeutung. Dabei muss man sich die wirtschaftlichen Kräfteverhältnisse zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer vergegenwärtigen, die das prozessuale Umfeld und die Bedeutung des Prozesskostenrisikos maßgeblich mitbestimmen. Hier ist der Versicherer im Ausgangspunkt typischerweise klar überlegen. Die Auswirkungen auf die Prozessführung divergieren allerdings für Kranken- und Pflegeversicherung. Während für die prozessuale Geltendmachung von Leistungsansprüchen gegen private Krankenversicherer die Zivilgerichte zuständig sind (§§ 13, 23, 71 GVG), liegt die Zuständigkeit für Streitigkeiten über die Leistungspflicht der privaten Pflegeversicherung bemerkenswerterweise bei den Sozialgerichten (§ 51 Abs. 2 S. 3 SGG). Dementsprechend fallen im Prozess gegen den Krankenversicherer nach zivilprozessualen Grundsätzen Gerichts- und Anwaltskosten streitwertabhängig an (§§ 1 S. 1 Nr. 1 a GKG, 1 ff. RVG), wobei allerdings das System der Prozesskostenhilfe (§§ 114 ff. ZPO) breit gefächerte Abhilfe schafft und – mit erheblichen Abstrichen – auch die rechtlich fragwürdige Möglichkeit einer Prozessfinanzierung zu berücksichtigen ist[35]. Demgegenüber ist das Verfahren vor den Sozialgerichten für in der privaten Pflegeversicherung versicherte Personen gerichtskostenfrei (§ 183 SGG), und Rechtsanwaltsvergütung entsteht grundsätzlich lediglich als Rahmengebühr (§ 197 a Abs. 1 S. 1 SGG). Das Kostenrisiko ist also deutlich geringer als im privaten Krankenversicherungsprozess und wird auch im sozialgerichtlichen Pflegeversicherungsprozess durch Prozesskostenhilfe nach zivilprozessualen Vorschriften zusätzlich gemindert (§ 73 a

[32] Hierzu bereits *Bruns*, JZ 2007, 385, 388 f., 389 l. Sp.; in der Grundtendenz gleich *Armbrüster*, NJW 2007, 1494, 1496 ff. m.N.; *ders.* in: *Bruns/Begemann* (Fn. 6), sub IV 5, im Erscheinen; a.A. z. B. *Deinert*, in: *Däubler/Bertzbach*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 1. Aufl. 2007, § 21 Rn. 75 ff., 82; *Gaier*, in: *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, § 4 Rn. 208.

[33] Art. 14 der Richtlinie 2004/113/EG (Fn. 31).

[34] Hierzu *Bruns*, JZ 2007, 385, 392 f.

[35] Zur Fragwürdigkeit der Prozessfinanzierung *Bruns*, JZ 2000, 232 ff. m.w.N.

Abs. 1 S. 1 SGG). Die divergierende Rechtswegzuständigkeit mit ihren kostenrechtlichen Konsequenzen lässt sich als eine Ausprägung der systemwidrigen sozialrechtlichen Überlagerung des Privatversicherungsrechts kaum plausibel begründen. Bei Anlegung eines strengen Maßstabes könnte sich deshalb die Frage der Verfassungswidrigkeit mit Nachdruck stellen. Das bedeutet keineswegs, dass auch der zivilrechtliche Krankenversicherungsprozess der Sozialgerichtsbarkeit überantwortet werden müsste. Im Gegenteil: Die größere Sachnähe der ordentlichen Gerichtsbarkeit, zu deren Kernaufgaben auch das Privatversicherungsrecht einschließlich der privaten Krankenversicherung und die Inhaltskontrolle von AVB gehören, spricht für eine ungeteilte Zuweisung kranken- und pflegeversicherungsrechtlicher Streitigkeiten an die Zivilgerichte. Jedenfalls rechtfertigt eine fragwürdige Rechtsdurchsetzungsblockade, wie sie Klägern ohne Prozesskostenhilfeanspruch unter Umständen droht, nicht die systemwidrige Aufspaltung der Rechtswegzuständigkeit.

b) Schwierigkeiten effektiven Eilrechtsschutzes

Hinzu kommt, dass der Versicherungsnehmer insbesondere bei gravierender Erkrankung oder schwerer Pflegebedürftigkeit auf den streitigen Krankenversicherungsschutz typischerweise besonders dringend angewiesen ist. Zwar lässt der BGH im Versicherungsprozess Feststellungsklagen entgegen allgemeinen Regeln tendenziell auch bei möglicher Leistungsklage mit der Begründung zu, von der Erfüllung der Leistungspflicht könne nach Erlass eines Feststellungsurteils angesichts der Versicherungsaufsicht ausgegangen werden[36]. Damit sind die Fälle besonderer Eilbedürftigkeit allerdings nicht gelöst. Vielmehr stellt sich bei dringender Behandlungsbedürftigkeit die Frage einstweiligen Rechtsschutzes. Dabei ist nach dem Anspruchsinhalt zu differenzieren: Zahlung einer Geldsumme oder Kostenübernahmeerklärung. Eine befriedigende Geldleistungsverfügung gewährt die Rechtsprechung im grundsätzlichen Einklang mit der h.L. nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen, nämlich – grob gesprochen – nur dann, wenn in einer besonderen Notlage anders nicht abwendbare Nachteile für den Verfügungskläger entstehen[37]. Dabei geht die h.M. unter Berufung auf das sozialrechtliche Subsidiaritätsprinzip (§ 2 Abs. 1 BSHG) zu Recht davon aus, dass die Möglichkeit erstmaligen Sozialhilfebezuges den Verfügungsgrund nicht beseitigt[38]. Dagegen verneint eine breite Tendenz in der obergerichtlichen Judikatur mit Unterstützung von Teilen der Literatur bei bereits bestehender Sozialhilfebedürftigkeit den Verfügungsgrund, was allerdings letztlich widersprüchlich erscheint, weil die Geltung des Subsidiaritätsprinzips nicht davon abhängen kann, ob die Sozialkasse tatsächlich bereits leistet[39].

---

[36] So für die Haftpflichtversicherung BGH VersR 1983, 125 r. Sp.; 1994, 170 f. (in concreto offenlassend).

[37] Im Einzelnen statt vieler *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, Zivilprozessordnung, 22. Aufl. 2003, vor § 935 Rn. 38 ff.; *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. 2006, Rn. 53.23 ff.

[38] *Grunsky*, in: *Stein/Jonas* (Fn. 37), vor § 935 Rn. 39 m.w.N.; a.A. z. B. *Drescher*, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl. 2007, § 938 Rn. 23 m.w.N.

[39] So mit Recht *Grunsky* (Fn. 37), vor § 935 Rn. 39 m.N. auch zur Gegenansicht.

Im Rechtsstreit um die Kostenübernahmeerklärung des Krankenversicherers stellt sich unter Umständen die Frage nach der Zulässigkeit einer auf Abgabe einer Willenserklärung gerichteten einstweiligen Verfügung. Eine starke Literaturmeinung will dabei wie folgt differenzieren: Bei Nebenleistungspflichten sei die einstweilige Verfügung unproblematisch, Hauptleistungspflichten seien ihr nur zugänglich bei drohender besonderer Notlage oder Rechtsverweigerung[40]. Wenn man die Kostenübernahmeerklärung des Krankenversicherers den Hauptleistungspflichten zurechnet, ist eine einstweilige Verfügung wie die Zahlungsverfügung bei besonderer materieller Notlage statthaft. Die Fiktionswirkung ist nach h.L. in diesem Fall anders als gemäß § 894 ZPO auf den Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Verfügung vorverlegt[41]. Die Zukunftsfähigkeit und Nachhaltigkeit der privaten Kranken- und Pflegeversicherung hängt mit von der Effektivität des einstweiligen Rechtsschutzes ab. Deshalb ist die Beachtung der skizzierten Grundsätze des Eilrechtsschutzes auch im privaten Pflegeversicherungsprozess der Sozialgerichtsbarkeit dringend erforderlich.

c) Eingeschränkte Leistungsfähigkeit des Ombudsmann-Verfahrens

Auf Erleichterung und Vereinfachung der Rechtsverwirklichung zielt das Verfahren vor dem Ombudsmann der privaten Krankenversicherung, einer Einrichtung des Verbandes der privaten Krankenversicherung[42]. Die Zuständigkeit des krankenversicherungsrechtlichen Ombudsmanns ist – anders als die des allgemeinen Versicherungsombudsmanns[43] – nicht durch Wertgrenzen beschränkt. Grundlage seiner Entscheidung sind der Inhalt des Versicherungsvertrages, Gesetzesrecht und Rechtsprechung (§ 7 Abs. 2 S. 1 Statut). In Angelegenheiten der privaten Pflegeversicherung hat der PKV-Ombudsmann außerdem die Auslegungshinweise des Verbandes der privaten Krankenversicherung zu berücksichtigen (§ 7 Abs. 2 S. 2 Statut) – letztlich eine fragwürdige Einschränkung der unabhängigen Amtsausübung (§ 8 Statut). Die Entscheidung des privaten Krankenversicherungsombudsmanns ist – wiederum im Unterschied zum allgemeinen Ombudsmann, dessen Entscheidungen bis 5.000 Euro Gegenstandswert zugunsten des Versicherungsnehmers bindend sind (§§ 10 Abs. 3, 11 Abs. 1 S. 1 Verfahrensordnung) – in keinem Fall verbindlich. Hierin liegt eine erhebliche Schwächung der Schutzfunktion des Ombudsmann-Verfahrens, das insoweit letztlich nicht als zukunftsweisend eingestuft werden kann.

d) Strafschadensersatz als Remedium gegen bösliche Leistungsverweigerung de lege ferenda?

Die im Zivilrecht mit stetig steigender Intensität geführte Diskussion um Strafschadensersatz nach dem Vorbild US-amerikanischer *punitive damages* legt die Frage

---

[40] *Grunsky* (Fn. 37), vor § 935 Rn. 50 m.w.N.; a.A. (stets unzulässig außer bei Rechtsverweigerung) *Baumbach/Hartmann*, ZPO, 64. Aufl. 2006, § 940 Rn. 46.

[41] *Grunsky* (Fn. 37), vor § 935 Rn. 50 m.N.

[42] Hierzu *Kalis*, VersR 2002, 292 ff.

[43] Näher *von Hippel*, Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen, 2000; *Römer*, NVersZ 2002, 289; *ders.*, ZfS 2003, 158; *Lorenz*, VersR 2004, 541, 542 ff.; *Präve*, in: *Prölss* (Fn. 18), § 10 a Rn. 18 m.w.N.

nahe, ob sich die Einführung dieser Sanktion im deutschen Privatversicherungsrecht bei böslicher Leistungsverweigerung des Versicherers *de lege ferenda* empfiehlt[44]. In den USA ist der Fall böswilliger kalkulierter Leistungsverweigerung von privaten Krankenversicherern ein Paradefall für die Verhängung von *punitive damages*. Das zeigt die gegenwärtig meisterörterte Entscheidung des *US Supreme Court* in der Sache *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*[45]. Der Kfz-Versicherer verweigerte böswillig die Zustimmung zum Vergleich des Versicherungsnehmers über 50.000 USD, dessen Höhe die Police ausschöpfte. Folge war eine Verurteilung des Versicherungsnehmers in vielfacher Höhe, die der Versicherer dann schließlich doch bezahlte. Auf Klage des Versicherungsnehmers wurde der Versicherer zu 1 Mio. USD kompensatorischem und 145 Mio. USD Strafschadensersatz verurteilt. Der *Supreme Court* revidierte die Verurteilung zu *punitive damages* unter Berufung auf die *due process clause* des 14. Amendments der US Verfassung, weil der Strafschadensersatz mehr als neunmal höher war als der kompensatorische Schadensersatz.

Wenn man davon ausgeht, dass die gesetzgeberische Einführung von Strafschadensersatz in Deutschland die Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes grundsätzlich wahrt und nicht *per se* gegen die Verfassung verstößt[46], stellt sich die Frage, ob diese Sanktion im privaten Kranken- und Pflegeversicherungsrecht einen sachgerechten Anwendungsbereich hat. Dabei muss man sich immer klarmachen, dass das US-amerikanische Zivilrecht weniger auf Primärrechtsschutz in Gestalt von Naturalleistung, Unterlassung und Beseitigung ausgerichtet ist, sondern dem Einzelnen zunächst größere Bewegungsfreiheit lässt und notfalls repressiv mit kompensatorischem Schadensersatz und im Extremfall mit Strafschadensersatz reagiert. Dementsprechend vertraut das US-Recht im Allgemeinen weniger auf behördliche Prävention und Aufsicht, sondern eher auf empfindliche Sanktionen, sozusagen im juristischen Ernstfall. Daraus könnte man schließen, dass im aufsichtsrechtlich stark durchdrungenen privaten Kranken- und Pflegeversicherungsrecht für Strafschadensersatz kein Bedarf besteht. Diese Überlegung greift indessen schon deshalb zu kurz, weil auch das US-amerikanische Privatversicherungsrecht eine Versicherungsaufsicht kennt, die das Versicherungsvertragsrecht in manchen Fällen unter Umständen sogar stärker im Sinne des Schutzes der Versicherungsnehmer reglementiert als die BaFin. Das mag mit daran liegen, dass die *Insurance Commissioners*, in deren Händen die Versicherungsaufsicht liegt, in den USA von den Bürgern gewählt werden und sich deshalb den Interessen der Versicherungsnehmer besonders verpflichtet fühlen.

---

[44] Hierzu *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, S. A 68 ff.; Überblick über *punitive damages* in deutscher Sprache von *Mörsdorf-Schulte*, Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages, 1999; s. a. *Brockmeier*, Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public, 1999.

[45] 538 U.S. 408 (2003).

[46] Der BGH geht allerdings davon aus, dass die Anerkennung von *punitive damages*-Urteilen an § 328 Nr. 4 ZPO scheitert (BGHZ 118, 321, 320 ff.). Das BVerfG erachtet die Rechtshilfe nach dem Haager Rechtshilfeübereinkommen bei Zustellung von *punitive damages*-Klagen grundsätzlich für mit dem *ordre public* vereinbar: BVerfGE 91, 335 ff.; teilweise abweichend BVerfG NJW 2003, 2598; hierzu *Heß*, JZ 2003, 923; *Oberhammer*, IPRax 2004, 40; *Stürner*, JZ 2006, 60.

Gegen die Einführung von *punitive damages* im privaten Kranken- und Pflegeversicherungsrecht spricht, dass die Strafzahlungen grundsätzlich nicht isoliert das Versicherungsunternehmen treffen, sondern letztlich immer auch die Versichertengemeinschaft. Denn wer soll den Strafschadensersatz aufbringen, wenn nicht die Versicherungsnehmer. Deshalb könnte Strafschadensersatz ohne versicherungsrechtliche Kautelen in letzter Konsequenz dem Zweck der Privatversicherung widersprechen. Dieser Widerspruch könnte – unausgesprochen – auch den *US Supreme Court* mit dazu bewogen haben, das exorbitante Urteil der Vorinstanz zu kassieren. Andererseits hat der *Supreme Court punitive damages* in Privatversicherungssachen nicht generell für verfassungswidrig erklärt, sondern nur Strafschadensersatz, dessen Höhe in keinem angemessenen Verhältnis zum kompensatorischen Schadensersatz steht. Legt man diesen Gedanken bei einer Einführung von Strafschadensersatz im privaten Kranken- und Pflegeversicherungsrecht zugrunde, kommt allenfalls eine Ausgestaltung als angemessenes Vielfaches des materiellen Schadens in Betracht. Sicher und dauerhaft widerstehen wird der Gesetzgeber der Versuchung einer Einführung strafenden Schadensersatzes im Privatversicherungsrecht voraussichtlich nur dann können, wenn Versicherungsaufsicht und gerichtlicher Rechtsschutz samt Eilrechtsschutz so ausgestaltet sind, dass die Belange der Versicherungsnehmer angemessen gewahrt sind. Das spricht letztlich auch gegen eine einseitige Fixierung der BaFin auf die Finanzaufsicht. Insoweit hat das US-amerikanische Modell starken rechtspolitischen Appellcharakter für die nachhaltige Ausgestaltung des privaten Kranken- und Pflegeversicherungsrechts.

4. Versicherungszwang und Basistarife

a) Versicherungszwang in der privaten Pflegeversicherung

Reichweite und verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Versicherungszwang im Privatversicherungsrecht ist ein hochkomplexes Thema, das durch die vor kurzem erfolgte Einführung von Basistarifen im privaten Krankenversicherungsrecht und entsprechende Reformpläne im privaten Pflegeversicherungsrecht höchste rechtspolitische Aktualität und Brisanz gewinnt. Die Einführung der privaten Pflegepflichtversicherung mit ihrer gesetzlichen Verpflichtung zu Abschluss und Aufrechterhaltung eines inhaltlich gesetzlich vorgeformten privaten Pflegeversicherungsvertrages hat das BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2001 für verfassungskonform erachtet[47]. Das gesetzgeberische Ziel der Absicherung aller Bürger gegen das Pflegerisiko ist danach legitimer Zweck des Allgemeinwohls und die damit verbundenen Einschränkungen der Privatautonomie verhältnismäßig[48]. Insbesondere durfte der Gesetzgeber nach Ansicht des BVerfG die Einführung einer Pflegepflichtversicherung für erforderlich halten, weil eine in der Bevölkerung hinreichend breit angelegte Deckung des

[47] BVerfGE 103, 197 ff.
[48] BVerfGE 103, 197, 221, 222 ff.

Pflegerisikos auf freiwilliger Basis mangels wahrgenommenen „Versicherungsdrucks" nicht erreichbar ist. So plausibel der Begründungskern der Entscheidung auch ist, so bemerkenswert erscheint, dass die Entscheidung die Vertragsfreiheit und die Unterschiede zwischen sozialversicherungsrechtlich ausgestalteter und privatrechtlicher Versicherungspflicht mit keinem Wort erörtert, sondern nur die Einschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit prüft. Man ist unwillkürlich geneigt zu fragen, ob nicht die fein austarierte verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zur Garantie der Vertragsfreiheit eine Abwägung des Versicherungszwangs mit der Privatautonomie von Versicherten, potentiellen künftigen Versicherungsnehmern und Versicherungsunternehmen erfordert. Erwägenswert könnte überdies sein, ob nicht der Gesetzgeber, der in der Wahl der Mittel zur Erreichung sozialpolitischer Ziele grundsätzlich frei ist, nach Auswahl eines rechtlichen Gestaltungsmittels der Systemgerechtigkeit stärker verpflichtet ist, als dies in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck kommt.

b) Die verfassungsrechtliche Fragwürdigkeit des Basistarifs in der privaten Krankenversicherung

Eine Zuspitzung des Versicherungszwangs verkörpert der durch Art. 43 und 44 des GKV-WSG mit Wirkung zum 1. Januar 2009 eingeführte Basistarif, gegen den teilweise massive verfassungs- und europarechtliche Bedenken geltend gemacht werden[49]. Holzschnittartig skizziert, beinhaltet die Reformnovelle folgende Regelung: Das GKV-WSG begründet eine allgemeine Pflicht zum Abschluss einer privaten Krankenversicherung bei einem Krankenversicherungsunternehmen mit Sitz im Inland, die nur in der Gesetzlichen Krankenversicherung Versicherte, Beihilfe- und Heilfürsorgeberechtigte, Asylbewerber und Sozialhilfeempfänger ausnimmt (§ 178 a Abs. 5 VVG n.F.). Gleichzeitig zwingt die Neuregelung alle Versicherungsunternehmen mit Inlandssitz, welche die substitutive Krankenversicherung betreiben, einen branchenweit einheitlichen Basistarif anzubieten (§ 12 Abs. 1 d und 4 b VAG n.F.). Die Unternehmen unterliegen insoweit einem Kontrahierungszwang (§ 178 a Abs. 7 VVG n.F., § 12 Abs. 1 b VAG n.F.), die Vertragsleistungen müssen nach Art, Umfang und Höhe den Leistungen der Gesetzlichen Krankenversicherung vergleichbar sein (§ 12 Abs. 1 a VAG n.F.), die Prämie für den Basistarif darf den GKV-Höchstbeitrag nicht übersteigen und wird zudem auf die Hälfte reduziert, falls durch die Prämienzahlung Hilfebedürftigkeit im Sinne des SGB II oder SGB XII entsteht (§ 12 Abs. 1 c VAG n.F.), und schließlich müssen alle beteiligten Versicherungsunternehmen sich an einem Risikoausgleichssystem beteiligen, das unterschiedliche Belastungen der einzelnen Unternehmen ausgleicht (§ 12 g VAG n.F.).

Die Einführung einer allgemeinen Krankenpflichtversicherung in der vorliegenden Form begegnet in der Tat erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken, deren detaillierte Erörterung den Rahmen eines Kurzreferates zweifelsohne sprengen würde. Dabei lässt sich die gelegentlich vertretene These, der gesetzgeberische Eingriff in das

[49] Insbesondere von *Boetius*, VersR 2007, 431 ff. m.N.

privatversicherungsrechtliche Äquivalenzprinzip in Gestalt des Basistarifs verstoße gegen die Berufsfreiheit der Versicherungsunternehmen (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG)[50], verfassungsrechtlich m.E. nur schwer erhärten; eher Erfolg versprechend könnte insoweit tatsächlich die im gleichen Zuge vorgetragene europarechtliche Argumentationslinie sein[51], weil Art. 54 der 3. Richtlinie Schaden den Betrieb der Krankenversicherung nach Art der Lebensversicherung dem Zwang zur versicherungsmathematischen Beitragskalkulation unterwirft. Die Gesetzesmaterialien setzen sich mit der Verfassungskonformität der Novelle nicht auseinander. Legt man den in der Leitentscheidung zur Pflegeversicherung vom BVerfG entwickelten Maßstab für die Zulässigkeit einer Pflichtversicherung zugrunde, erscheint die Erforderlichkeit der Einführung einer allgemeinen Krankenversicherungspflicht nach dem Modell der privaten Pflegeversicherung verfassungsrechtlich zumindest deshalb fragwürdig, weil das Krankheitsrisiko auch bei der bislang geltenden teilweisen Freiwilligkeit aufgrund erheblichen Versicherungsdrucks eine vergleichsweise breite Deckungsbasis in der Bevölkerung erreicht hat. Berücksichtigt man zusätzlich die verfassungsrechtliche Garantie der Vertragsfreiheit und das Gebot der Systemgerechtigkeit, sind nicht nur allgemeine Versicherungspflicht und Kontrahierungszwang, sondern insbesondere auch die Deckelung der Prämien auf GKV-Niveau bei vorgegebenem Leistungsumfang und die Halbierung der Prämie bei Eintritt von Sozialhilfebedürftigkeit in ihrer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zweifelhaft, weil sie systemgerechte risikoadäquate Prämienkalkulation insoweit letztlich ausschließen[52]. Man kann sich des Eindrucks nur schwer erwehren, dass hier mit sozialreformerischem Impetus eine Entlastung der Sozialkassen implementiert worden ist, die in ihren Wirkungen einer Besteuerung nicht ganz unähnlich ist und die Vertragsfreiheit und essentielle privatversicherungsrechtliche Grundsätze ohne Not auf dem Altar eines gesundheitspolitischen Formelkompromisses opfert. Dass die übermäßige Regulierung der privaten Krankenversicherung letztlich das genaue Gegenteil einer Stärkung des Wettbewerbs ist, sei dabei nur am Rande bemerkt. Es ist im Grunde genommen schlicht grob widersprüchlich, wenn Wettbewerb einerseits zum Grundmotiv einer innovativen Reform der sozialrechtlichen Gesetzlichen Krankenversicherung erhoben wird[53] und andererseits eben dieser Wettbewerb im Bereich der privaten Krankenversicherung, wo er systemkonform verwurzelt ist, in Gestalt des Basistarifs bis zur Grenze der Unkenntlichkeit gesetzgeberisch wegreguliert wird[54]. Bei strengem Maßstab hat dieser Widerspruch nicht nur rechtspolitische, sondern auch verfassungsrechtliche Qualität.

5. Portabilität von Alterungsrückstellungen

In Bedeutung und Reichweite umstritten ist auch die durch das GKV-WSG eingeführte Portabilität von Alterungsrückstellungen in der privaten Krankenversicherung.

---

[50] *Boetius*, VersR 2007, 431, 434 r. Sp. ad 2 b.
[51] *Boetius*, VersR 2007, 431, 434 ad 2 a.
[52] S. hierzu bereits oben sub IV 1.
[53] Regierungsbegründung zum GKV-WSG, BT-Drucks. 16/3100, S. 85, 86 ff.
[54] Vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/3100, S. 92.

Die Neuregelung gewährleistet künftig bei einem Wechsel des privaten Krankenversicherers die Übertragung der Alterungsrückstellung in Höhe eines am Basistarif orientierten fiktiven Wertes (§ 178 f Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VVG n.F.). Hiergegen werden teilweise europarechtliche und verfassungsrechtliche Bedenken vorgebracht[55]. Die europarechtlichen Bedenken greifen allerdings nur dann durch, wenn man die Vorgaben der 3. Richtlinie Schadensversicherung (Art. 54 Abs. 2 S. 1) insoweit nicht lediglich als Mindestschutzstandard zugunsten der Versicherungsnehmer begreift, sondern als abschließend ansieht, oder ein autonomes europarechtliches Prinzip der dauernden Erfüllbarkeit anerkennt, das durch die erweiterte Portabilität verletzt ist[56]. Beide Argumente sind nicht zwingend, und ihre Validität bedürfte letztlich einer Überprüfung durch den EuGH. Verfassungsrechtlich könnte die Portabilität von prämienfinanzierten Alterungsrückstellungen in der privaten Krankenversicherung ebenso wie in der Pflegeversicherung zwingend geboten sein, wenn man den Grundgedanken der Rechtsprechung des BVerfG zu Bestandsübertragung, Überschussbeteiligung und Rückkaufswerten in der Kapitallebensversicherung auf sie überträgt[57]. Für die Übertragung dieser Judikatur spricht zunächst, dass die substitutive Krankenversicherung nach Art der Lebensversicherung betrieben werden muss (§ 12 Abs. 1 VAG)[58]. Unklar und umstritten ist jedoch, ob sich der verfassungsrechtliche Schutz, wie in der Literatur teilweise vertreten wird[59], in einer rein objektivrechtlichen Gewährleistung erschöpft oder ob die Art. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG dem einzelnen Versicherungsnehmer *in concreto* eine individuelle subjektive Schutzposition vermitteln. Eine isolierte objektivrechtliche Gewährleistung durch die Grundrechte wäre grundrechtsdogmatisch zumindest eine vereinzelte Erscheinung, wenn nicht gar völliges Neuland[60]. Wenn die durch eigene Prämienzahlung gebildeten Rückstellungen verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz genießen, spricht das letztlich zumindest auch für eine subjektive Gewährleistung und damit für eine verfassungsrechtlich grundsätzlich gebotene Übertragbarkeit. Dabei sind allerdings – wie im Lebensversicherungsrecht – die teilweise gegenläufigen Rechtspositionen aller Versicherungsnehmer zu berücksichtigen, also sowohl der Wechselbereiten als auch der Bleibewilligen. Wenn die private Krankenversicherung im geltenden Recht nicht als Vertragsverhältnis mit lebenslänglicher Bindung ausgestaltet ist, sondern Kündigungsrechte des Versicherungsnehmers vorsieht (§ 178 h VVG), muss auch der Versicherungswechsel grundsätzlich möglich bleiben. Eine Ausgestaltung des Privatversicherungsrechts, die einen Wechsel der Krankenversicherung ohne Not mit derart gravierenden Nachteilen verbindet, dass er aus wirtschaftlichen Gründen praktisch ausscheidet, ist deshalb verfassungsrechtlich zweifelhaft. Die Neuregelung des GKV-WSG, deren Übertragung auf die private

---

[55] Z. B. *Boetius*, VersR 2007, 431, 436 ff.

[56] So *Boetius*, VersR 2007, 431, 437 f.

[57] BVerfG NJW 2005, 2363, 2365 ff. (Bestandsübertragung); 2376, 2377 ff. (Überschussbeteiligung); 2006, 1783, 1785 f. (Rückkaufswerte – Nichtannahmebeschluss der 1. Kammer des Ersten Senats).

[58] Insoweit zutreffend *Boetius*, VersR 2007, 431, 438 l. Sp.

[59] *Depenheuer*, FS Rupert Scholz, 2007, S. 205, 207 ff.; *Boetius*, VersR 2007, 431, 438.

[60] Zur Subjektivität der Grundrechte statt vieler *Stern*, Staatsrecht, Band III/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988, § 65 II, S. 508 ff., 530 ff.

Pflegeversicherung der Referentenentwurf eines Gesetzes zur nachhaltigen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung vom 10. 09. 2007 plant, entspricht deshalb – entgegen teilweise geäußerter Ansicht – im Kern einem Verfassungsgebot. Fraglich ist allerdings, ob die pragmatische typisierende Bemessung der übertragbaren Alterungsrückstellung anhand des fiktiven Basistarifs verfassungsrechtlicher Kontrolle standhält, soweit tatsächlich erheblich höhere oder niedrigere Rückstellungen gebildet worden sind. Bei Anlegung strenger Maßstäbe wird man auch insoweit unter Umständen ein verfassungsrechtliches Manko diagnostizieren.

VI. Zusammenfassung

1. Das private Kranken- und Pflegeversicherungsrecht muss zwar versicherungsökonomischen Gegebenheiten in besonderer Weise Rechnung tragen, darf dabei aber rechtliche Wertungen nicht durch rein ökonomische Parameter substituieren.

2. Die Grenze zwischen Freiheit und Solidarität entspricht nicht der Abgrenzung von Privatversicherung und Sozialversicherung. Vielmehr beruht auch die privatrechtlich geprägte Versicherung von Gesundheitsrisiken auf dem Prinzip der rechtlich verfassten Solidarität, die auf Freiwilligkeit basiert und deshalb auf die Mitwirkungsbereitschaft des Einzelnen angewiesen ist.

3. Die zunehmende Überlagerung des privaten Kranken- und Pflegeversicherungsrechts durch sozialrechtliche Regelungsmodelle widerspricht tendenziell dem Gebot der Systemgerechtigkeit, das im Kern verfassungsrechtlich durch Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet ist.

4. Das privatversicherungsrechtliche Modell der Versicherung von Gesundheits- und Pflegerisiken gewährleistet Nachhaltigkeit insbesondere durch risikoadäquate Prämienkalkulation, Rücklagenbildung und die dem Leistungs- und Qualitätswettbewerb konkurrierender Versicherungsunternehmen inhärenten Chancen. Insoweit ist das Privatversicherungsrecht in seiner Nachhaltigkeit dem Sozialversicherungsrecht letztlich überlegen.

5. Die Nachhaltigkeit der privaten Kranken- und Pflegeversicherung birgt mannigfache Herausforderungen.

a) Die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Kranken- und Pflegeversicherungsverträgen ist nach der Abschaffung der europarechtlichen Vorabgenehmigungspflicht für Allgemeine Versicherungsbedingungen reformbedürftig. Während die materiellrechtlichen Standards tendenziell die Vertragsfreiheit zu weitgehend beschränken, ist die verfahrensmäßige Realisierung der Inhaltskontrolle eher zu schwach ausgestaltet und bedarf einer Stärkung.

b) Weder das AGG noch europäisches Antidiskriminierungsrecht verlangen bei einer Verletzung von Benachteiligungsverboten durch private Kranken- oder Pflegeversicherer als Sanktion einen Kontrahierungszwang. Ausweitungen der Gleichbehandlungspflicht im privaten Kranken- und Pflegeversicherungsrecht *de lege ferenda* sind zu vermeiden.

c) Die Rechtswegspaltung zwischen der privaten Krankenversicherung und der privaten Pflegeversicherung widerspricht dem Verfassungsgebot der Systemgerechtigkeit. Effektiver Eilrechtsschutz ist im Kranken- und Pflegeversicherungsrecht bei drohender Notlage durch befriedigende Leistungsverfügungen zu gewährleisten. Das Verfahren vor dem Ombudsmann der privaten Krankenversicherung ist mangels jedweder Verbindlichkeit der getroffenen Entscheidungen reformbedürftig. Die Einführung von Strafschadensersatz bei böslicher Leistungsverweigerung privater Kranken- und Pflegeversicherer nach US-amerikanischem Vorbild ist derzeit nicht indiziert.

d) Der neu eingeführte Basistarif in der privaten Krankenversicherung begegnet insbesondere aufgrund der Deckelung der Höchstprämien auf GKV-Niveau und der Halbierung der Prämienhöhe im Fall kausaler Sozialhilfebedürftigkeit schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Bedenken und verletzt bei strengem Maßstab die verfassungsmäßig verbürgte Vertragsfreiheit.

e) Die Portabilität von Alterungsrückstellungen entspricht im Prinzip einem Verfassungsgebot, weil der grundrechtliche Schutz der Versicherungsnehmer nicht rein objektivrechtlich ausgeprägt ist, sondern dem Einzelnen ein subjektives verfassungsmäßiges Recht garantiert. Die gesetzlich vorgesehene Übertragbarkeit einer bloß fiktiven Alterungsrückstellung in einer dem Basistarif entsprechende Höhe ist zwar praktikabel, aber bei strengem Maßstab verfassungsrechtlich fragwürdig.