

FRIEDHELM HUFEN

Gesetzliche und private Kranken- und Pflegeversicherung – Eine Solidargemeinschaft?

I. Einleitung: PKV/GKV: Eine institutionalisierte Gerechtigkeitslücke?

Die 49. Bitburger Gespräche haben sich die Entwicklung neuer Ideen für die Kranken- und Pflegeversicherung zum Ziel gesetzt. In der gegenwärtigen Diskussion um die „Gesundheitsreform“ drängt sich mir allerdings der Eindruck auf, dass es zuweilen die ganz alten Ideen sind, deren Einbeziehung diese Diskussion dringend bedarf. Ich nenne nur Solidarität, Subsidiarität und ein dem Grundgesetz adäquates Gerechtigkeitsverständnis. Von ihnen geht vielleicht mehr Provokantes aus als von vielen neuen Ideen und Trends.

Die Diskussion um die Gesundheitsreform und die Stellung der privaten Krankenversicherung (PKV) hat eine eigentümliche Schiefelage. Sie ist neben ihrer ausgeprägten „Schlagwörthängigkeit“ von einer eigentümlichen Umkehrung der ethischen und rechtlichen Grundannahmen einer freiheitlichen Gesellschaft gekennzeichnet: Rechtfertigungsbedürftig ist nicht mehr der Eingriff in die individuelle Freiheit, sondern die (teilweise nur noch rudimentär vorhandene) Freiheit wird zur begründungsbedürftigen Ausnahme und zum Privileg. Dies geschieht vor dem Hintergrund einer Gesellschaft, in der für weite Kreise der Bevölkerung erwiesenermaßen das Ziel „Gerechtigkeit“ vorzugswürdig gegenüber dem Ziel der „Freiheit“ ist, in der keine Rede von „Freiheitslücken“, sehr wohl aber von „Gerechtigkeitslücken“ ist. Das gilt vor allem für das Verhältnis von PKV und GKV. *Karl Lauterbach* versteigt sich zur Bezeichnung der PKV als „parasitäres Geschäftsmodell“ und sieht in ihr die Ursachen allen Übels – von der Zweiklassenmedizin, über den Niedergang der klinischen Forschung (sic!) bis zu Deutschland als Pharma-Mülleimer Europas¹. Auch seriöse GesundheitsökonomInnen sprechen vom Skandal der Nichterfassung aller in der GKV und sehen in den nur noch wenige Prozent umfassenden freiwillig Versicherten den zentralen Konstruktionsfehler des Systems².

Wer vor diesem Hintergrund nach dem verfassungsrechtlichen Verhältnis von GKV und PKV und einer etwa bestehenden Solidargemeinschaft zwischen beiden forscht, wird als erstes zu vergegenwärtigen haben, dass die Diskussion mit Grundbegriffen

¹ *Lauterbach*, Der Zweiklassenstaat. Wie die Privilegierten Deutschland ruinieren, 2. Aufl., 2007, S. 57 ff.

² So *Breyer* anlässlich eines Vortrags vor der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz.

geführt wird, die kaum kompatibel mit dem Begriffsarsenal der Jurisprudenz sind. Da geht es um „gesellschaftliche Akzeptanz“, „soziale Wärme“, immer wieder um einen nicht näher definierten Wettbewerb und – besonders inbrünstig beschworen – „Nachhaltigkeit“. Lieblingsbegriffe sind ferner die Solidarität und die behauptete Entsolidarisierung der Gesellschaft. Dies alles ist in der „normalen“ gesundheitspolitischen Auseinandersetzung natürlich legitim.

Bedenklich wird es nur, wenn am Ende der Debatte konkrete verfassungsrechtliche Aussagen stehen. Auch die „Solidargemeinschaft“ von PKV und GKV und der jeweiligen Gruppen von Versicherten wird ohne Untersuchung der verfassungsrechtlichen Implikationen und Hindernisse pauschal als gesellschaftspolitische Forderung und rechtliche Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in konkrete Grundrechte in Stellung gebracht.

Mir ist die Aufgabe gestellt zu fragen, ob und ggf. welche Solidarität im Verhältnis zwischen PKV und GKV gilt und – so ist ja wohl zu folgern – ob aus der Solidargemeinschaft das Recht zu Eingriffen in Grundrechtspositionen der PKV und ihrer Versicherten folgt.

Wer so fragt, muss sich als erstes klar werden, dass von der Verfassungsgerichtsbarkeit derzeit viel Hilfe nicht zu erwarten ist. Auffallend ist dabei die zunehmende Diskrepanz zwischen der Strenge des Gerichts in der Beurteilung allgemeiner Eingriffe in die Berufsfreiheit und die allgemeine Handlungsfreiheit einerseits und die äußerste Zurückhaltung bei der Kontrolle des gesundheitspolitischen Reformgesetzgebers andererseits³. So deutlich das BVerfG im Schutzbereich der Berufsfreiheit mit traditionellen Verkrustungen und Beeinträchtigungen der Tätigkeit der Ärzte und Apotheker etwa bei Werbemaßnahmen aufgeräumt hat⁴, so zunehmend streng es staatlichen und quasi-staatlichen Monopolen gegenüber eingestellt ist⁵, so deutlich hat das Gericht zum Schutz des Gemeinschaftsgutes „Beitragsstabilität der gesetzlichen Krankenversicherung“ immer wieder auch drastische Eingriffe in die Rechte der Leistungserbringer, also Ärzte, Apotheker, pharmazeutische Unternehmen usw., hingegenommen. Erinnert sei nur an die Urteile zu den Altersgrenzen der Vertragsärzte (die jetzt wieder durch einen zunehmenden Ärztemangel in unterversorgten Gebieten ins Wanken geraten)⁶, zum Verbot der gleichzeitigen Tätigkeit als Hausarzt und als Facharzt⁷ oder zu Eingriffen in den Arzneimittelmarkt durch Pflichttrabatte, Festbeträge usw.⁸. Auch die bis nahe an ein Monopol reichende Ausdehnung von Pflichtversicherungen

³ Ausführliche Zusammenstellung der früheren Fälle bei *Hufen*, Grundrechtsschutz der Leistungserbringer und Privatversicherung in Zeiten der Gesundheitsreform, NJW 2004, 14; *Schmidt-Aßmann*, Verfassungsfragen der Gesundheitsreform, NJW 2004, 1689.

⁴ BVerfGE 94, 372 (388) – Apotheke; BVerfGE 106, 181 (191) – Doppelte Facharztbezeichnung; BVerfG, Kammer, NJW 2001, 2788 – Zahnarztwerbung.

⁵ Vgl. bereits BVerfGE 14, 105 (110) – Branntweinmonopol; BVerfGE 41, 205 (218) – Gebäudeversicherung; ja sogar Spielbankenmonopol, BVerfGE 102, 197 (206).

⁶ BVerfGE 106, 275 (298).

⁷ BVerfG, Kammer, NJW 1999, 2730; anders zum Informationsrecht über Facharzteigenschaft BVerfG, NJW 2003, 879.

⁸ Dazu etwa BVerfGE 106, 275 (298) – Pflichttrabatt; BVerfGE 106, 359 (363) – Höchstpreise; krit. dazu *Fassbender*, NJW 2004, 816.

hat das Gericht ohne Seitenblick auf die eigene Monopol-Rechtsprechung durchgewunken. Eingriffe in Grundrechtspositionen wurden grundsätzlich verneint, wenn es nur „um wirtschaftliche Folgen“⁹ von Reformmaßnahmen ging. Umgekehrt wurden Grundrechtspositionen nur als „Abwägungsposten“ im gesundheitspolitischen Kalkül verstanden, die mit öffentlichen Belangen in Bezug gesetzt und diesen gegenüber in der Regel leichter gewogen werden¹⁰. Ob das Bonmot des lange Zeit für diese Fragen zuständigen Verfassungsrichters, die Deutschen seien nun einmal als Weltmeister in der (Pflicht)Assekuranz im Hinblick auf die versicherten Leistungen gleichheitskrank, wohl hier das letzte Wort sein darf? Jedenfalls trifft es zu, dass das BVerfG bisher die Berufsfreiheit des GG nie gegen eine neue oder eine erweiterte Pflichtversicherung eingesetzt hat¹¹.

Ziel des Folgenden ist es, die Diskussion von den sozial- und gesundheitspolitischen Grundlagendebatten auf ihre verfassungsrechtlichen Füße zu stellen. Die Problemstellung kann dabei nicht auf das Verhältnis PKV/GKV reduziert werden. Erforderlich ist zunächst die Rückbesinnung auf die historischen Grundlagen beider Versicherungssysteme und die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen jeder Art von Pflichtversicherung (II.). Maßgeblich für die eigentliche verfassungsrechtliche Prüfung ist die auch hier anwendbare Grundrechtsmethodik, die die Schutzbereiche der Grundrechte zum Ausgangspunkt nimmt (III.) und erst dann nach der Rechtfertigung jedes staatlichen Eingriffs fragt (IV.). Die Stellung der PKV kann dabei nicht von derjenigen der Versicherten sowie der Leistungserbringer (Ärzte, Apotheker, Krankenhäuser usw.) getrennt betrachtet werden. Am Ende wird sodann auf die verfassungsrechtliche Beurteilung der schon in Kraft befindlichen oder ernsthaft vorgeschlagenen „Solidarbeiträge“, also Basistarif, „Bürgerversicherung“, Behandlungsanweisungen für „Privatpatienten“ usw., einzugehen sein.

II. Historische und verfassungsrechtliche Grundlagen

1. Solidarität als Verfassungsbegriff?

Solidarität ist primär ein politisches und ethisches Leitprinzip, kein Verfassungsgrundsatz. Ansatzpunkte einer verfassungshistorischen und verfassungsnormativen Verortung finden sich allerdings im Prinzip der „fraternité“ der französischen Revolutionsverfassungen, im Sozialstaatsprinzip und in den kompensatorischen Gehalten des allgemeinen Gleichheitssatzes¹². Insofern ergänzen sich Recht und Solidarität, sind

⁹ Exemplarisch BVerfGE 106, 275 (298) – Pflichtrabatt; BVerfG, NVwZ 2003, 997 – Höchstpreise; BVerfGE 106, 359 (363) – Apothekenrabatt; krit. zu diesen Entscheidungen *Fassbender*, NJW 2004, 816.

¹⁰ BVerfGE 114, 196 – Beitragsbemessungsgrenze.

¹¹ *Steiner*, FAZ 3. 6. 2003, S. 7.

¹² Grundlegend *Volkman*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung (1998).

aber nicht identisch¹³. Rechtlich bedeutsam sind, neben der übergreifenden Solidargemeinschaft der Nation¹⁴, die zu wechselseitigen Verpflichtungen führende und in Art. 6 GG geschützte familiäre Solidarität und die im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Solidarität sozialer Koalitionen.

Die Beispiele zeigen, dass Solidarität entweder aus ursprünglicher Zusammengehörigkeit und wechselseitiger Abhängigkeit entsteht (Familie) oder aus der Homogenität der Interessen gesellschaftlicher Gruppierungen (z. B. der Arbeitnehmer einerseits und der Arbeitgeber andererseits) begründet wird. Im sozialstaatlichen Kontext (Art. 20, 28 GG) beruht Solidarität auf der gemeinsamen Bewältigung der großen Lebensrisiken und mithin auf dem Prinzip der Reziprozität oder auch „Mutualität“. Sie hat also immer mit Wechselseitigkeit und nach gemeinsamen Kriterien definierbarer Homogenität der beiderseitigen Interessen zu tun¹⁵. Der Einzelne gibt, weil er hofft zu empfangen.

So gesehen kann die Solidarität die normativen Bedingungen der Homogenität der betroffenen Gruppen und der Reziprozität von Einsatz und Leistung weder ersetzen noch zwangsweise herstellen, setzt diese vielmehr voraus. Das eben ist der Kern der römischrechtlichen „obligatio in solidum“, der „Haftung auf das Ganze“ – der Einzelne haftet auf das Ganze, weil er im Ernstfall auch das Ganze erhält¹⁶ – ebenso wie des Hilfeversprechens der mittelalterlichen Eidgenossenschaften und des „mutuum auxilium“ der Stadtbürger untereinander. Andernfalls wird die obligatio in solidum zur erzwungenen caritas – nicht nur aus theologischer Sicht ein Widerspruch in sich.

2. Solidarität als Ausprägung eines Menschenbilds des Grundgesetzes

Beliebter Ansatzpunkt der verfassungsrechtlichen Verortung der Solidarität ist ferner jene Sentenz im Investitionshilfeurteil des BVerfG¹⁷, in dem das Gericht das Spannungsverhältnis von Eigenverantwortlichkeit und sozialer Bindung („zur freien Entfaltung bestimmt und zugleich Glied der Gemeinschaft“) herausgearbeitet hat¹⁸. Kennzeichnend ist aber auch hier, dass das Augenmerk vor allem auf die soziale Bindung (nicht auf die Selbstbestimmung) gerichtet wird. Primäres anthropologisches Leitbild des GG ist aber nicht das umsorgte und umhegte „Sozialobjekt Mensch“, sondern der mündige Bürger, der in Eigenverantwortung für sich und seine Gesundheit Sorge trägt und darin durch den Sozialstaat nur unterstützt, aber keinesfalls entmündigt wird¹⁹. Wer hier den Menschen nur als Sozialwesen sieht, der verkennt die in Art. 1 und 2 GG selbst verbürgte Stufenfolge, die man auch mit Subsidiarität um-

¹³ Volkemann, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung (1998), S. 76 ff., zu den verfassungsrechtlichen Bezugspunkten S. 217.

¹⁴ Isensee, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR V, § 115 Rn. 107.

¹⁵ Volkemann, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung (1998), S. 332.

¹⁶ Drittes Buch, sechzehnter Titel der Institutiones, zit. nach J. Brand, FAZ 18. 4. 07, S. 8.

¹⁷ BVerfGE 4, 7 (15).

¹⁸ U. Becker, Das Menschenbild des Grundgesetzes in der Rechtsprechung des BVerfG (1996), S. 33 ff.; Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 3. Aufl. (2005); krit. Dreier in: Dreier, GG, Art. 1 Rn. 168.

¹⁹ Exemplarisch Ziekow, Eigenverantwortung als Verfassungsprinzip, FS von Arnim (2004), S. 189.

schreiben kann. In der freiheitlichen Verfassungsordnung ist der Mensch primär für sich selbst verantwortlich, nur wenn er an der Wahrnehmung dieser Verantwortung gehindert ist, tritt der Staat oder eine wie auch immer definierte Solidargemeinschaft ein. Der Zusammenhang zum Prinzip der Subsidiarität ist hier offenkundig²⁰. Als Gemeinwohlziel anerkannt bleibt also die solidarische und kostengünstige Absicherung gegen Gesundheitsrisiken derjenigen, die das Risiko aus eigener Kraft nicht tragen können.

3. Die historischen Grundlagen der GKV

Die GKV war in ihrem historischen Ausgangspunkt eine Versicherung für wirtschaftlich Bedürftige gegen privat nicht zu bewältigende Risiken²¹ und ist dies zumindest in ihrer zentralen Zielsetzung immer geblieben. Das hat auch das BVerfG in neueren Entscheidungen durchaus nicht anders gesehen. Die GKV sei eine Versicherung für abhängig Beschäftigte und Bezieher niedriger und mittlerer Einkommen²². Die Pflichtversicherung sei wegen eines privat nicht zu tragenden Risikos legitimiert²³, die GKV sei durch moderate Beiträge für einkommensschwache Bevölkerungsteile gerechtfertigt und zugleich gefordert²⁴.

Das gesundheitspolitische Postulat der „bestmöglichen Gesundheitsversorgung für alle“ hat dann bekanntlich aber den historischen und verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt der GKV förmlich überrollt. Sie wurde nach und nach zu einem nahezu ausschließlichen Transfersystem für Gesundheit und Pflege umgeformt und ausgeweitet. Die Zahlen kennen Sie alle: So erfasst die GKV schon heute 90 % der Bevölkerung und 72 Millionen Menschen als Pflichtversicherung, und die Gesundheitsreform 2007 zeigt, dass eine wirkungsmächtige Gruppe von Gesundheitspolitikern nicht Ruhe geben wird, bevor sie auch die letzten 10 % in den Zwangsverband eingegliedert hat²⁵. Man kann es auch so sagen: Die Grenzen von Versicherung und Versorgung sind undefinierbar geworden.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung aber bleibt es beim freiheitlichen Ausgangspunkt. Hier ist die private Vorsorge für Gesundheitsrisiken nicht die zu bekämpfende Ausnahme, sondern die grundrechtlich gewährleistete Regel²⁶, und als Gemeinwohlziel der GKV kommt nur die subsidiäre und solidarische kostengünstige Absicherung von Gesundheitsrisiken solcher Bevölkerungsgruppen in Betracht, die durch eigene Vorsorge dazu nicht in der Lage sind.

²⁰ Grundlegend *Isensee*, Subsidiarität und Verfassungsrecht (1968); *Volkman*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung (1998); *Engel*, Freiheit und Autonomie, in: *Papier/Merten*, HdbGR II, § 33.

²¹ BVerfGE 103, 172 (175); exemplarisch *Axer*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR V, § 95 Rn. 4.

²² BVerfGE 103, 172 (175); 113, 167 (194).

²³ BVerfGE 103, 172 (185).

²⁴ BVerfGE 102, 68 (69); zu den Grundlagen auch bereits *Merten*, Krankenversicherung zwischen Eigenverantwortung und Staatsversorgung, NZS 1996, 593.

²⁵ Zahlen bei *Axer*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR V, § 95 Rn. 14.

²⁶ So auch *Steiner*, Das BVerfG und die Volksgesundheit, MedR 2001, 1 ff.

4. Reziprozität und Angemessenheit in verfassungsrechtlicher Hinsicht – GKV als Mittel der Umverteilung?

Auch in der GKV sind allerdings die Grundprinzipien jeder Versicherung – Äquivalenz und Reziprozität von Prämien und Leistungen – nicht völlig außer Kraft gesetzt. Sie bilden vielmehr eine verfassungsrechtliche Schranke für dasjenige, was dem Einzelnen in Erfüllung des Risikoausgleichs und der Solidarität Kranker und Nichtkranker abverlangt werden darf.

Das sieht auch das BVerfG in seiner Rechtsprechung zur Pflichtversicherung. Nach dieser verlangen Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung, dass das Verhältnis zwischen eingezahlten Prämien und dem abgedeckten Risiko und den Leistungen des Systems nicht zu weit auseinanderfällt²⁷. Verfassungsrechtlich gewährleistete Ausprägungen dieses Grundsatzes sind Versicherungspflicht- und Bemessungsgrenzen²⁸ – bei welchen Beträgen auch immer angesetzt.

In diesem Zusammenhang ein kurzes Wort zu den umverteilenden Wirkungen im Versicherungssystem der GKV. Umverteilung gibt es natürlich *innerhalb* der GKV insofern, als die Besserverdienenden einen höheren Beitrag erbringen als die Geringverdiener und doch nur dieselbe medizinische Leistung erhalten. Das heißt aber nicht, dass die GKV *extern* ein Instrument zur übergreifenden Umverteilung zwischen Privat- und GKV-Versicherten wäre. Auf solche Ansätze und Forderungen gibt es eine im Grunde einfache Antwort. Verfassungsrechtlich erlaubtes und in Deutschland hinreichend wahrgenommenes Mittel ökonomischer Umverteilung ist das Steuerrecht. GKV und gesetzliche Pflegeversicherung sind Mittel des Risikoausgleichs, nicht der ökonomischen Umverteilung. Dabei darf auch daran erinnert werden, dass die verbliebenen 10 % der in der PKV Versicherten wegen Überschreitens der Pflichtversicherungsgrenzen vermutlich exakt diejenigen 10 % der Bevölkerung sein dürften, die nach allen Statistiken 50 % des Gesamtaufkommens der Einkommenssteuer erbringen.

III. Grundrechte der von Solidaritätsforderungen Betroffenen

1. Grundrechte der privat Versicherten

Aus der Sicht des Patienten bzw. der privat Krankenversicherten folgen aus Art. 2 Abs. 1 GG die grundsätzliche Dispositionsfreiheit über eigene Finanz- und Sachmittel sowie die Vertragsfreiheit²⁹. Das bedeutet, dass sie – wie jeder andere Mensch – berechtigt sind, für eine entsprechende Gegenleistung als „Privatpatient“ mit ihrem Arzt

²⁷ Exemplarisch BVerfGE 103, 197 – Pflegeversicherung; BVerfGE 109, 96 – Pflichtversicherung für Ehegatten von Landwirten, unabhängig von der Tätigkeit in der Landwirtschaft.

²⁸ Dazu *Bethge/v. Coelln*, Die gesetzliche Erhöhung der Pflichtversicherungsgrenze in der GKV als möglicher Verstoß gegen Grundrechte privater Versicherungsunternehmen, VSFR 4/2004, 199.

²⁹ So BVerfGE 115, 25 (41 ff.).

Verträge zu schließen, in denen eine besondere Behandlung vereinbart wird. Privatversicherte sind also keineswegs „Profiteure einer Zweiklassenmedizin“, sondern sie und ihr Arzt sind in ihrer Vertragsfreiheit, Eigenvorsorge und Selbstverantwortung verfassungsrechtlich geschützt.

Durch eigene Leistungen erworbene substantiell verdichtete Versicherungsansprüche unterfallen nach h.L. dem Schutz der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG³⁰. Zusammen mit dem rechtsstaatlichen Prinzip des Vertrauensschutzes gewährleisten sie Stabilität, Verlässlichkeit und Kontinuität in der Behandlung privater Vorsorge³¹. Umstritten ist dabei allerdings, ob diese Ansprüche der Versicherung oder dem einzelnen Versicherungsnehmer zustehen. Das ist der Kern der Debatte um die „Portabilität“, die ich hier nur erwähnen, nicht aber vertiefen kann³².

2. Grundrechtspositionen der PKV

Als verfassungsrechtliche Rechte der privaten Versicherungsunternehmer sind Art. 14 GG, Art. 12 GG und Art. 2 Abs. 1 GG zu beachten.

Geschützt durch Art. 14 GG ist zum einen das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb³³. Dabei kommt es nicht auf diesen etwas antiquiert wirkenden Begriff und auch nicht darauf an, ob und inwiefern das BVerfG exakt der Rechtsprechung des BGH³⁴ in diesem Punkt folgt. Entscheidend ist vielmehr, dass es im Unternehmen neben Grundeigentum, beweglichem und unbeweglichem Vermögen, geistigem Eigentum usw. auch eine Substanz des Unternehmens selbst gibt, die als „Erworbenes“ in den Schutzbereich des Art. 14 GG und nicht lediglich in denjenigen des „das Erwerben“ schützenden Art. 12 GG gehört³⁵. Das so geschützte Unternehmenseigentum der PKV schließt einen entschädigungslosen staatlichen Eingriff in die Substanz des Unternehmens aus und setzt auch Bestrebungen einer ersatzlosen Verdrängung der Privatversicherungen aus dem Gesundheitsbereich unübersteigbare verfassungsrechtliche Grenzen.

Die durch Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit gilt uneingeschränkt auch für die privatwirtschaftliche Versicherung. Diese umfasst grundsätzlich die freie Auswahl der Vertragspartner, die Aushandlung der Tarife und deren Ausrichtung am jeweils versicherten Risiko. Soweit die Vertragsfreiheit als solche angesprochen ist, gilt auch auf der Seite der PKV Art. 2 Abs. 1 GG. Bei den genannten Verfassungsgütern geht es nicht um bloße Gewinnchancen, sondern um durch Art. 12 GG und Art. 14 GG geschützte subjektive Rechte.

³⁰ So zur Lebensversicherung zuletzt etwa BVerfGE 114, 1 (33).

³¹ Axer, FS Isensee (2007), S. 965 ff.

³² Dazu *Depenheuer*, FS Scholz (2007), S. 205 ff.; *Sodan*, Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007, 2. Aufl. (2007), S. 22, 29.

³³ *Sodan*, Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007, 2. Aufl. (2007), S. 22, 29.

³⁴ Exemplarisch zur Rechtsprechung des BGH, BGHZ 23, 157, 162, aber auch BVerwGE 62, 224, 226; kennzeichnend für das „Offenhalten in der Rechtsprechung des BVerfG“, BVerfGE 66, 116 (145); zuletzt etwa BVerfG, Kammer, NJW 2005, 589.

³⁵ R. Schmidt, Eigentumsschutz für Gewerbebetriebe (2001).

Wenn also das BVerfG mehrfach betont hat, dass „*nur wirtschaftliche Nachteile*“ oder die Beeinträchtigung von erst in Zukunft zu realisierenden Marktchancen nicht ausreichen, um einen Grundrechtseingriff durch gesundheitspolitische Reformmaßnahmen hinreichend substantiiert darzulegen³⁶, so ist das zwar im Hinblick auf ungewisse Chancen richtig, ändert aber nichts daran, dass es bei Eingriffen wie Basistarif oder gar Hinausdrängen aus einem Markt nicht nur um Marktchancen, sondern um die Berufsfreiheit als solche geht. Katastrophale wirtschaftliche Folgen einer Maßnahme sprechen also nicht gegen, sondern gerade für das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs. Das gilt insbesondere dann, wenn solche Eingriffe kumuliert auftreten. Auch ist es unzulässig, die Grundrechte der Betroffenen lediglich als „Abwägungsposten“ im gesetzgeberischen Kalkül zu betrachten. Geboten ist vielmehr eine volle Verhältnismäßigkeitsprüfung, die auch die Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Kostendämpfungsmaßnahmen umfasst.

3. Grundrechte der Ärzte und sonstigen Leistungserbringer

Auch angesichts der weitgehenden Monopolisierung der ärztlichen Versorgung bei der GKV bleiben die Berufe des Arztes, des Apothekers und des Pharmaunternehmers freie Berufe und als solche durch Art. 12 GG geschützt. Erfüllen diese öffentliche Aufgaben im Rahmen der GKV, so gehört es zum Schutzbereich von Art. 12 GG, dass ihnen hierfür eine im Verhältnis zur erbrachten Leistung angemessene, in ihrer Berechnung nachvollziehbare und die berufliche Existenz nicht gefährdende Vergütung sichergestellt wird³⁷. Hierbei handelt es sich um individuelle Leistungsansprüche, nicht um eine Art institutionelle Gewährleistung oder pauschale Sicherstellung eines „Existenzminimums“ oder dgl. Jedenfalls ist es für den Arzt unzumutbar, wenn ihm einerseits die Möglichkeit der freien Ausübung des Berufs in der freien Vertrags- und Preisgestaltung genommen wird, er aber andererseits keinen seinem Einsatz für öffentliche Aufgaben entsprechenden Ertrag erwirtschaften kann und insofern auf das unternehmerische Risiko des für sich und seine Mitarbeiter verantwortlichen „Arztes als Unternehmer“ zurückverwiesen wird. Was dem Notar, dem Berufsbetreuer oder dem öffentlichen Sachverständigen recht ist³⁸, das muss dem Arzt billig sein.

Die neben der Behandlung von „Kassenpatienten“ erfolgende Behandlung von „Privatpatienten“ gehört zum Schutzbereich dieses Grundrechts und ist grundsätzlich durch die Vertragsfreiheit geschützt. Solche Patienten zahlen anders und zahlen letztlich mehr – sie erbringen also eine Leistung und subventionieren damit sogar partiell das System der GKV. Auch aus der Sicht des Arztes schließt Art. 3 GG jede Ver-

³⁶ Exemplarisch BVerfGE 106, 275 (298) – Pflichtrabatt; BVerfG, NVwZ 2003, 997 – Höchstpreise; BVerfGE 106, 359 (363) – Apothekenrabatt; krit. zu diesen Entscheidungen *Fassbender*, NJW 2004, 816.

³⁷ *Reuther*, Die Vergütung des Vertragsarztes und die Stabilität des Beitragssatzes (2006); *Wimmer*, Der Rechtsanspruch von Vertragsärzten auf angemessene Vergütung, MedR 1998, 533.

³⁸ Zu den Gebührenansprüchen dieser Gruppen BVerfGE 47, 285 (318) – Notare; BVerfG, Kammer, NJW 2002, 2091 – Vereinsbetreuer; BVerfG, Kammer, NJW 2005, 3132 – Treuhänder; ähnlich BGH, NVwZ-RR 2001, 700 – Tierkörperbeseitigung.

pflichtung zur Gleichbehandlung wesensmäßig ungleicher Patientengruppen aus. Der Arzt ist also sehr wohl berechtigt, im Hinblick auf Zeit, Ablauf der Behandlung usw. nach Art und Höhe der Gegenleistung zu differenzieren.

4. Anforderungen der Gleichheit

Wird die Frage der Solidargemeinschaft vom verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Art. 3 GG) her gestellt, so ist im Schutzbereich zunächst zu klären, ob PKV und GKV und die jeweiligen Gruppen der Versicherten wesensmäßig gleiche oder wesensmäßig ungleiche Lebenssachverhalte umschreiben. Auch unter dem Stichwort Solidarität dürfen wesensmäßig gleiche Sachverhalte nicht ungleich, wesensmäßig ungleiche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden. In diesem Sinne sind beide Systeme wesensmäßig ungleich.

Die entscheidenden Stichworte lauten:

- Vertragsfreiheit vs. Versicherungspflicht;
- Risikoorientierung der Prämien vs. Gehaltsorientierung;
- Bewältigung der Altersmorbidity durch Bildung von Rücklagen für das erhöhte Altersrisiko vs. Umlagesystem;
- Vertragliche Einbeziehung und besondere Berechnung individueller Zusatzwünsche vs. gemeinsame Grundversorgung.

Es bestehen also nicht nur quantitative, sondern auch qualitative Differenzen, die es aus verfassungsrechtlicher Sicht ausschließen, aus einer Anwendung des Gleichheitssatzes heraus eine Angleichung beider Systeme zu verlangen.

IV. Verfassungsimmanente Schranken aus Solidarität und notwendiger Gleichbehandlung?

Werden die Schutzbereiche der Grundrechte von Patienten, Privatversicherten und Leistungserbringern in der Weise definiert und umschrieben, wie dies im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG soeben geschah, so wird deutlich, dass alle Zwangsmaßnahmen zur Angleichung beider Systeme jedenfalls rechtsfertigungsbedürftige Eingriffe in die genannten Grundrechtspositionen sind. Soweit Art. 12 GG oder Art. 14 GG ins Spiel kommen, müssen die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen formell verfassungskonform und inhaltlich jedenfalls verhältnismäßig sein. Im Hinblick auf unser Ausgangsthema konkretisiert sich nun die Fragestellung darauf, ob eine bestehende Solidaritätsgemeinschaft oder andere Verfassungsgüter als verfassungsimmanente Schranken der genannten Freiheitsrechte dienen können³⁹?

³⁹ In diesem Sinne etwa *Volkman*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung (1998), S. 396.

1. Einschränkungen aufgrund einer bestehenden Solidargemeinschaft?

Schon bei oberflächlicher Betrachtung und nach dem zuvor über Begriff und Stellenwert der Solidarität Gesagten wird rasch deutlich, dass die in Art. 20 GG vorausgesetzte Solidargemeinschaft des Volkes zwar den allgemeinen Rahmen für das Zusammenleben der Menschen unter Verfassungsnormen bildet, aber nicht selbst bereits umfassende Schranke für die Freiheitsrechte sein kann. Ebenso wenig kommt das Sozialstaatsprinzip als eigenständige verfassungsimmanente Schranke für konkrete Grundrechtseingriffe in Betracht. Für eine „Solidargemeinschaft“ von PKV und GKV und ihrer Versicherten im verfassungsrechtlichen Sinne fehlen im Übrigen die notwendige Homogenität und Reziprozität der Risiken und Leistungen.

Auch das mit „Solidarität“ überschriebene Kapitel IV der Europäischen Grundrechte-Charta und das Recht auf Gesundheitsschutz in Art. 35 der Charta treffen keine Aussage dazu, *wie* die gesundheitliche Grundsicherung auf nationaler Ebene zu gewährleisten ist und welchen Anteil öffentliche und private Gesundheitsvorsorge hat. Es gilt hier nichts anderes als im nationalen Recht. Gesundheitsvorsorge ist auch aus europäischer Sicht ein derivatives Teilhaberecht am existierendem System, nicht aber ein Recht auf Erweiterung und Umbau des Systems auf Kosten anderer.

2. Schutzpflicht für die Gesundheit – Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung

Wie eingangs dargelegt, hat das BVerfG auch erhebliche Eingriffe in die Rechte der Leistungserbringer damit begründet, die Schutzpflicht des Staates für eine angemessene Gesundheitsversorgung und die Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung rechtfertigten solche Eingriffe. Es stellt sich also auch in unserem Zusammenhang die Frage, ob diese Schutzgüter eine Entlastung der GKV zu Lasten der PKV und deren Versicherten sowie weitergehende Eingriffe in die Rechte der Ärzte und Patienten rechtfertigen können.

Das ist aber beim näheren Hinsehen nicht der Fall: Die Gesundheit als hohes Gut und die Existenz einer leistungsfähigen und kostengünstigen Krankenversicherung sind unstrittig Gemeinwohlbelange. Als Grundrechtsschranken sind sie allerdings viel zu pauschal, um schon als solche Eingriffe in wichtige Grundrechtspositionen zu rechtfertigen.

Auch das ohnehin fragwürdige⁴⁰ „überragend wichtige Gemeinschaftsgut Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung“ kann direkte Eingriffe in Vermögen, Beruf und Vertragsfreiheit von Patienten und Versicherern keineswegs rechtfertigen. Gilt das schon für die im System der Krankenversicherung eingebundenen Leistungserbringer, so muss es erst recht gelten, wenn dieses System zu Lasten bisher Außenste-

⁴⁰ Schaks, Der Grundsatz der finanziellen Stabilität der GKV (2007).

hender erweitert werden soll. Hier wäre es schlechthin undenkbar, dass schon Finanzprobleme in einem staatlichen Versorgungssystem als solche den Grund für Belastungen bisher Außenstehender bilden würden. Unabhängig von der Frage, ob die Rechtsprechung zu den Sonderabgaben auf Zusatzbelastungen *innerhalb* der GKV anzuwenden ist, würde das Argument: *„fehlende Kostenstabilität einer öffentlichen Zwangsversicherung rechtfertigt stets als solche bereits die Ausdehnung des Monopols und die Erweiterung des Kreises der Zwangsversicherten“* das gesamte Argumentationssystem der Sonderabgaben (Gruppenhomogenität, Gruppennützigkeit usw.) sprengen. Auch könnte ein solches Argument entgegen aller Subsidiarität als Rechtfertigung grenzenloser Ausdehnung sozialer Versorgungssysteme ohne jede weitere sachliche Begründung erhalten – ein Ergebnis, das verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar wäre.

Gleichwohl hat das BVerfG die Finanzierbarkeit der Krankenversicherung in schöner Pauschalität immer wieder als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut bezeichnet, dem gegenüber alle privaten Belange – auch wenn es um die Existenz ganzer Berufsgruppen geht – zurückzutreten haben⁴¹. Das ist zu Recht auf Kritik gestoßen, denn es ist zu fordern, dass im konkreten Einzelfall begründet wird, welchem Ziel die jeweilige Maßnahme dient und warum gerade diese Maßnahme in Bezug auf das konkrete Ziel ergriffen wurde. Bessere Kontrollierbarkeit und pauschale Wirtschaftlichkeitsbehauptungen reichen z. B. nicht aus, um eine Konzentration ärztlicher Leistungen, die Entziehung von Facharztaufgaben oder deren Verlagerung auf Behandlungszentren zu begründen. Sie reichen noch weniger zur Begründung massiver Eingriffe in die Rechte der PKV und der in ihr Versicherten.

3. Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers

Fehlt schon die Legitimität der Zielsetzung, so kann auch das im Zusammenhang mit der bisherigen GKV-Rechtsprechung des BVerfG so gern benutzte Stichwort „Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers“ keine Rolle spielen. Auch entbindet die Zielsetzung als solche nicht von einer konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung. In deren Rahmen erscheint es zwar auf den ersten Blick verständlich, wenn das BVerfG sich nicht in Kalkulationen über die Eignung und Auswirkungen bestimmter gesundheitspolitischer Maßnahmen einmischen will. Dafür hat es schon früh die Denkfigur der *„Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers“* entwickelt⁴² und bei Entscheidungen zur Gesundheitsreform immer wieder eingesetzt. Dabei darf aber zweierlei nicht übersehen werden: Zum einen dient das Argument nicht selten dazu, dass das Gericht die ihm originär aufgegebenen Verhältnismäßigkeitsprüfung als Ganzes umgeht und das Kalkül des Gesetzgebers voreilig von verfassungsgerichtlicher Kontrolle freistellt.

⁴¹ Exemplarisch BVerfGE 68, 193 (218) – Zahntechnische Leistungen; BVerfGE 114, 196 – Beitragsbemessungsgrenze.

⁴² Erstmals wohl in BVerfGE 13, 97 (105) – Handwerksordnung; fortentwickelt zur regelrechten Doktrin in BVerfGE 77, 308 (322) – Arbeitnehmer-Weiterbildung.

Zum anderen wird die Einschätzungsprärogative gerade in der Gesundheitspolitik heute weit über das ursprüngliche Anwendungsfeld der wirtschafts- und sozialpolitischen Lenkungsmaßnahmen bei durchaus konkreten und personenbezogenen Eingriffen angewandt⁴³.

Demgegenüber ist darauf zu beharren, dass auch die Eignung und erst recht die Erforderlichkeit gesundheitspolitischer Maßnahmen im Falle konkreter Eingriffe geprüft werden müssen und nicht mit einer pauschalierenden und die Probleme aus dem Bereich des Verfassungsrechts in die Politik verschiebenden Ermessensformel umgangen werden dürfen.

4. Verfassungsauftrag zur Angleichung der Systeme?

In der These von der Solidargemeinschaft von PKV und GKV liegt aus verfassungsrechtlicher Sicht wohl der Versuch, Eingriffe in die Rechte der PKV durch eine notwendige Angleichung der Systeme und die Gleichbehandlung der Versicherten zu rechtfertigen. Insbesondere das Schlagwort von der Bekämpfung der „Zweiklassenmedizin“ hat nicht nur die Vermutung der Popularität für sich, es scheint auf den ersten Blick auch am ehesten dem Schutzauftrag aus Art. 2 Abs. 2 GG und dem Recht auf gleiche Teilhabe der Menschen an gesundheitsrelevanten Gütern zu entsprechen.

Auch hier hält die Argumentation aber einer nüchternen verfassungsrechtlichen Analyse nicht Stand: Der allgemeine Gleichheitssatz lässt schon deshalb keine grundrechtsbeschränkende Solidargemeinschaft von PKV und GKV und deren Versicherten zu, weil es sich nicht um wesensmäßig gleiche Systeme handelt. PKV und GKV haben nur den Namen der „Krankenversicherung“ gemeinsam. Im Übrigen sind sie – wie dargelegt – historisch, ökonomisch und rechtlich so unterschiedlich, dass jede Anpassung beider Systeme die Vermutung der verfassungswidrigen Gleichbehandlung wesensmäßig ungleicher Tatbestände gegen sich hat. Dasselbe gilt für das Argument der „Wettbewerbsgleichheit“, weil es zwischen beiden Systemen weder einen echten Wettbewerb noch Gleichheit gibt. Der Vorwurf der „Zweiklassenmedizin“ ist ein populistisches Schlagwort, hat aber mit der Verfassungslage nichts zu tun.

5. Legitime Sonderabgabe?

Im Hinblick auf hoheitlich auferlegte Geldleistungspflichten außerhalb des Steuersystems ohne entsprechende Gegenleistung hat das BVerfG – nicht zur Freude aller – bekanntlich den Begriff der Sonderabgabe entwickelt und unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt⁴⁴. Zu fragen ist also in unserem Zusammenhang, ob für eine

⁴³ Deutlich etwa in den Entscheidungen zur Altersgrenze der Ärzte, BVerfGE 103, 172 (184); BVerfG, Kammer, NJW 1998, 1776; krit. Hufen, NJW 2004, 14; Schaks, Der Grundsatz der finanziellen Stabilität der GKV (2007).

⁴⁴ BVerfGE 81, 156 (178).

Sonderbelastung der PKV und deren Kunden die genannten Voraussetzungen Begründungsmuster für „Solidaritätsbeiträge“ liefern können.

Auch hier ist allerdings genau hinzusehen, denn die zentralen Argumente der Rechtsprechung sind Lastengleichheit, Gruppennützigkeit und Gruppenhomogenität⁴⁵ – also Voraussetzungen, die für die Versicherten der GKV und der PKV gerade nicht gegeben sind. Die für Sonderabgaben geltenden Rechtfertigungsgründe stehen für „Solidarbeiträge“ der PKV und ihrer Versicherten erkennbar nicht zur Verfügung.

Als Teilergebnis lässt sich festhalten, dass die geläufigen Rechtfertigungsargumente für Eingriffe in die Rechte von privaten Versicherungen, Patienten und Leistungserbringern aus verfassungsrechtlicher Sicht kaum tragfähig sind.

V. Einzelne „Solidarbeiträge“ und Eingriffe

Abschließend sind nun einzelne Maßnahmen auf den Prüfstand zu stellen, die in Gestalt der „Gesundheitsreform 2007“ mit ihren einzelnen Elementen GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, Gesetz zur Verbesserung der Arzneimittelversorgung und Vertragsarztrechtsänderungsgesetz⁴⁶ schon jetzt Gesetz oder als weitere Maßnahmen im Gespräch sind.

1. Der Basistarif

Die Verpflichtung der PKV zur Einführung eines am Grundtarif der GKV ausgerichteten mit besonderen Beitragsätzen für Bedürftige versehenen und ohne Risikoprüfung zu gewährenden⁴⁷ Basistarifs stellt einen Eingriff in die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Versicherungsunternehmen (Art. 14 GG) dar. Sie durchbricht das jeder Versicherung eigene Äquivalenzprinzip von Prämie und Risiko (Art. 3 GG) und belastet die privaten Versicherungsunternehmen mit einer genuin öffentlichen Aufgabe.

Aus der Sicht der Kunden der Privatversicherung führen der Basistarif und Sonder tarife für sozial Bedürftige unweigerlich zu Tarifierhöhungen und laufen auf eine Quersubventionierung der Versicherten untereinander hinaus. Sie zwingen zu einer gravierenden Ungleichbehandlung der unterschiedlichen Versichertengruppen und stellen im Ergebnis eine unzumutbare Zwangsabgabe dar, die den durch das BVerfG an diese Abgabeform gebundenen Voraussetzungen (Gruppenhomogenität, Gruppennützigkeit usw.) nicht gerecht wird und schon insofern verfassungsrechtlich bedenklich ist⁴⁸. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass das BVerfG die eigene Rechtspre-

⁴⁵ Vgl. etwa BVerfGE 101, 141 (146) – Hess. SonderurlaubsG; BVerfGE 108, 186 (211) – Altenpflege; BVerfGE 113, 128 (145) – Solidarfonds Abfallrückführung; *Elicker*, NVwZ 2003, 304.

⁴⁶ GKV-WSG, BGBl. I 2007, 378; AMWiVerbG, BGBl. I 2006, 984; VÄndG, BGBl. I 2006, 3439; Übersicht bei *Wille/Koch*, Gesundheitsreform 2007 (2007); *Deutsches Anwaltsinstitut (DAI)*, Medizinrechtliche Jahrestagung 4./5. Mai 2007 (2007).

⁴⁷ Einzelheiten bei *Wille/Koch*, Gesundheitsreform 2007 (2007).

⁴⁸ So insbesondere *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 927; *Sodan*, Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007, 2. Aufl. (2007), S. 74 ff.; *ders.*, FS Isensee (2007), S. 983.

chung zur Sonderabgabe im Bereich der GKV bisher nicht angewendet und für bestimmte Beiträge und Zwangsrabatte sogar explizit verneint hat⁴⁹.

2. „PKV-typische“ Elemente in der GKV: Wahlmöglichkeiten, Sonderprämien und -leistungen

Die in der Reform 2007 vorgesehenen Wahlmöglichkeiten der in der GKV Versicherten (Bonusoptionen, Wahltarife, Kostenerstattungstarife, Prämien auf Vorsorgeuntersuchungen, therapiegerechtes Verhalten usw.) sind aus verfassungsrechtlicher Sicht Schritte in die richtige Richtung und mildere Mittel im Vergleich zu Maßnahmen, die lediglich eine Verbreiterung der Einnahmeseite bezwecken. Sie werden aber zum Eingriff in die Rechte der PKV, wenn Mittel aus der Pflichtversicherung eingesetzt werden, um der Privatversicherung „Konkurrenz zu machen“.

3. Die sogenannte „Bürgerversicherung“

Der Begriff „Bürgerversicherung“ hat auf den ersten Blick einen guten Klang – vereint er doch die Elemente „(alle) Bürger“ und „Versicherung“ und beschwört insofern in besonderem Maße die gleichfalls „sympathische“ Konzeption der Solidargemeinschaft. Das gilt um so mehr, wenn in einem Nebensatz auf die Bürgerversicherung nach Schweizer Modell verwiesen wird, in der vom Bahnschaffner bis zum Bankdirektor alle einzahlen und damit das Prinzip der Solidarität geradezu lupenrein verwirklichen. Unterschlagen wird dabei zumeist, dass die Protagonisten der Bürgerversicherung in Deutschland zumeist keineswegs das „Schweizer Modell“ meinen, das sich beim näheren Hinsehen als Gewährleistung einer für alle gleichen Grundversorgung mit erheblichen „Aufstockungsbedürfnissen“ erweist und außerdem die den Verfechtern der deutschen Bürgerversicherung geradezu als Teufelswerk erscheinende Kopfpauschale enthält. Über das Schweizer Modell wäre – abgesehen von deutlichen Systemunterschieden und notwendigen Übergangsfristen – aus verfassungsrechtlicher Sicht durchaus zu reden, das insbesondere dann, wenn die Versicherungspflicht sowohl bei privaten als auch bei gesetzlichen Trägern erfüllt werden könnte. Nahezu alle Verfassungsexperten sind sich aber einig, wenn es um die Beurteilung der Bürgerversicherung in der vor allem von der SPD vorgeschlagenen Version der Aufrechterhaltung des bestehenden Leistungsangebots durch Erfassung aller Bürgerinnen und Bürger in das Zwangssystem der GKV, also um die Monopolisierung durch ein halbstaatliches System, geht. Hier stehen eben nicht mehr die Grundsätze der Reziprozität und Verhältnismäßigkeit durch einkommensunabhängige Grundprämien und Grundversorgung mit Aufstockungsoption wie im Schweizer System im Mittelpunkt, sondern es geht um eine unverhohlene Steigerung der Einnahmen durch eine Zwangsrekrutierung der bisher Privatversicherten und die Ausdehnung des staatlichen Versicherungsmonopols.

⁴⁹ BVerfGE 114, 196 (249).

In ihrer reinsten Form bedeutet die Bürgerversicherung die Einführung eines quasi-staatlichen Versicherungsmonopols und läuft auf eine nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung ungleicher Tatbestände und Risiken hinaus. Sie wäre zumindest dann verfassungswidrig, wenn sie den privaten Krankenversicherern kein substantielles berufliches Betätigungsfeld und den privat Versicherten keine Möglichkeit der eigenverantwortlichen und risikogerechten Krankversicherung mehr übrig ließe und zu nicht risikoadäquaten Prämienbelastungen führen würde⁵⁰. Da sie ohne gravierende Änderungen auf der Ausgabenseite schon mittelfristig zu einer Verschärfung statt zu einer Lösung der Finanzierungsprobleme führen würde, wäre sie zudem ungeeignet im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Dass bei einer monopolisierten Bürgerversicherung auch europarechtliche Probleme im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit ausländischer Versicherungen bestehen würden, vervollständigt nur das Bild⁵¹.

4. Einkommens- und Bemessungsgrenzen: Keine freie Verfügungsmasse für den Gesetzgeber

Einkommensgrenzen bei der Versicherungspflicht und Bemessungsgrenzen beim heranzuziehenden Einkommen stehen nicht allein im gesetzgeberischen Ermessen; sie sind vielmehr Ausdruck des durch Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG gewährleisteten Äquivalenzprinzips zwischen Leistung und Risiko. Die sich daraus ergebenden verfassungsrechtlichen Grenzen sind derzeit erreicht. Die Einbeziehung weiterer „Besserverdienender“ bzw. deren Einkommensbestandteile würde auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken stoßen. Obwohl das BVerfG in der Vergangenheit die Erhöhung von Bemessungsgrenzen und die Einbeziehung weiterer Pflichtversicherter gebilligt hat⁵², muss doch eine verfassungsrechtliche Grenze existieren, von der an ein Eingriff in die Substanz des Vermögens und eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung zu konstatieren sind⁵³. Die sich daraus ergebenden verfassungsrechtlichen Grenzen sind derzeit erreicht.

5. Privatpatienten: Kein ungerechtfertigtes Privileg, sondern unentbehrlich für Ärzte und das Gesamtsystem

Besonders heikel, aber unvermeidlich, ist der schlichte Hinweis: Auch Privatpatienten haben keine ungerechtfertigten Privilegien, sondern verfassungsrechtlich verbürgte

⁵⁰ Die Meinung zur sogenannten Bürgerversicherung in der staatsrechtlichen Beurteilung ist bisher recht eindeutig. Vgl. statt weiterer Nachweise *Axer*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR V, § 95 Rn. 8; *ders.*, GS Heinze (2004), S. 1; *Bieback*, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung (2002); *Gebauer*, ZRP 2005, 162; *Isensee*, NZS 2004, 393; *Kube*, Rationalität und Paternalismus im Recht der Staatsfinanzierung, GS A. Augustin (2006), S. 145 ff.; *Sodan*, ZRP 2004, 217; ebenso die meisten Beiträge der Bitburger Gespräche 2004; *Scholz*, FS Mußgnug (2005), S. 19, 31; zu den Bedenken aus europarechtlicher Sicht s. etwa *Gundel*, EuR 2004, 575.

⁵¹ *Gundel* EuR 2004, 575.

⁵² BVerfGE 114, 196 (248 f.).

⁵³ So auch *Bethge/v. Coelln*, VSSR 4 (2004), 199.

Rechte. Durch die erwiesene Quersubventionierung durch höhere Abrechnungsbeträge in den Praxen und die größere Flexibilität ihrer Versicherungen sind sie geradezu unentbehrlich – nicht nur für die berufliche Existenz und Lage zahlreicher Ärzte, sondern auch für das Funktionieren des Gesamtsystems. Werden hier die letzten Reste der Vertragsfreiheit und der kostenadäquaten Abrechnung beseitigt, dann würden sich die schon jetzt erkennbaren Probleme des Ärztemangels und der Unterfinanzierung wichtiger Behandlungsbereiche erheblich verstärken.

Die gesetzlich oder standesrechtlich erzwungene Gleichbehandlung von Privat- und Kassenpatienten „in der Arztpraxis“ wäre verfassungsrechtlich nur dann hinnehmbar, wenn beide Gruppen dieselben Leistungen an den Arzt erbringen würden. Solange Privatpatienten aus eigenen Mitteln oder aus einer im Vergleich zur GKV besser zahlenden Privatversicherung für ihre Behandlung mehr bezahlen, wäre ihre erzwungene Gleichbehandlung eine verfassungswidrige Gleichbehandlung wesensmäßig ungleicher Tatbestände.

VI. Ausblick: Vom Beruf der Zeit zu einer wirklichen Reform

So gewichtig die hier behandelten Probleme von Solidarität und Vorsorge sind, so harmlos erscheinen sie gegenüber den sich bereits abzeichnenden zukünftigen Verteilungsproblemen in der gesetzlichen Krankenversicherung – und nicht nur dort.

Angesichts der demographischen Entwicklung und der kostenintensiven technischen Verbesserung im Bereich der Medizin ist schon jetzt absehbar, dass sich die Zukunftsprobleme der GKV weder durch eine Deckelung der Ausgaben an die Leistungserbringer noch durch eine Verbesserung auf der Einnahmenseite lösen lassen⁵⁴. Schon mittelfristig gehören deshalb die Motivation der Patienten zu kostengünstiger Inanspruchnahme und entsprechende Anreizsysteme zu den Reformaufträgen an den Gesetzgeber. Auch solche Maßnahmen können den Blick aber dafür nicht verstellen, dass auch in Deutschland eine Diskussion um eine rationale Priorisierung, d. h. die Vor- und Nachrangigkeit bestimmter medizinischer Maßnahmen, geführt werden muss⁵⁵. Diese lässt die Bedeutung eigenverantworteter Vorsorge zusätzlich steigen.

Im Übrigen: Wie wir aus anderen Bereichen längst wissen, lassen sich die Strukturprobleme der Versorgung wesentlicher Daseinsgüter nicht durch die Übertragung auf immer größere „big systems“ lösen. Vielleicht kann eine wirkliche Reform nur dann gelingen, wenn sie sich auf den Kern des Sozialstaats zurückbesinnt: Die grundsätzliche Eigenverantwortung freier Bürger und die nur subsidiäre Bedeutung sozialer Versorgung durch den Staat. Die Selbstbestimmung darüber, welchen Anteil des eigenen Einkommens man angesichts der sich abzeichnenden Probleme für die nicht mehr durch die öffentlichen Versicherungssysteme zu tragenden Risiken aufwendet und der

⁵⁴ So spricht *Heinig*, NVwZ 2006, 771 zu Recht von der Lebenslüge der GKV als Vollversorgung.

⁵⁵ Dazu jetzt *Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer*, Priorisierung medizinischer Leistungen im System der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), Zusammenfassung, DÄBl 2007/40, A1 ff.

Anspruch darauf, dass der Sozialstaat solche Anteile dem Einzelnen auch wirklich für seine freie Entscheidung belässt, bildet gerade wegen – nicht trotz – dieses Szenarios einen besonderen Kern grundrechtlicher Freiheit.