

Professor Dr. iur. Karl Heinrich Friauf, LL.M.  
Emerit. Direktor des Instituts für Staatsrecht  
Der Universität zu Köln

Eichenhainallee 17  
BergischGladbach  
Telefon 02204/61984

(13) Ausschuss für Gesundheit  
und Soziale Sicherung  
Ausschussdrucksache  
**0039**  
vom  
15. Wahlperiode

**Zur verfassungsrechtlichen Problematik  
einer Heranziehung von Unternehmen der pharmazeutischen Industrie  
zur Mitfinanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung**

Kurzgefaßte verfassungsrechtliche Anmerkungen zu der gemäß Art. I Nr. 8  
des Gesetzentwurfs für ein Beitragssatzsicherungsgesetz  
vorgesehenen Einführung eines § 130 a SGB V

- 11. November 2002 -

## I.

**Problemstellung**

Der von den Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen beim Deutschen Bundestag eingebrachte Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung und in der gesetzlichen Rentenversicherung (Beitragssatzsicherungsgesetz – BSSichG)

- hier zitiert nach der Entwurfsfassung Stand: 01.11.2002, 08.30 Uhr

sieht u.a. eine Reihe von Maßnahmen vor, die die Krankenkassen finanziell entlasten und dadurch eine Anhebung der Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung, die andernfalls infolge von Ausgabensteigerungen einerseits und der schwachen Entwicklung des Arbeitsmarktes andererseits erforderlich würde, verhindern sollen. In diesem Zusammenhang ist geplant, daß der pharmazeutische Sektor einen Gesamtbeitrag zu der Entlastung der Krankenkassen von rund 1,4 Mrd. Euro leisten soll.

- Begründung zum Gesetzentwurf BSSichG, Abschnitt C.I (S. 50)

Hiervon sollen rd. 0,35 Mrd. Euro durch eine wesentliche Erhöhung und gleichzeitige Staffelung des in § 130 SGB V vorgesehenen Apothekenrabatts erzielt werden.

- § 130 Abs. 1 SGB V i.d.F. gemäß Art. I Nr. 7 des Gesetzentwurfs

Durch die Einführung eines neuen § 130 a SGB V

- Art. I Nr. 8 des Gesetzentwurfs

sollen die pharmazeutischen Unternehmen mit einem Beitrag von rd. 0,42 Mrd. Euro belastet werden. Schließlich soll der pharmazeutische Großhandel nach dem neuen Gesetz zur Einführung von Abschlägen der pharmazeutischen Großhändler

- Art. 11 des Gesetzentwurfs

insgesamt rd. 0,60 Mrd. Euro für die gesetzlichen Krankenkassen aufbringen.

Die vorgesehenen Regelungen werfen eine ganze Reihe von schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Problemen auf. Der Gesetzentwurf hat diese Probleme vollständig ausgeblendet. Er verzichtet auf jegliche Auseinandersetzung selbst mit den sich unmittelbar aufdrängenden verfassungsrechtlichen Zweifeln. Dadurch ist die Vereinbarkeit des Gesetzgebungsvorhabens mit den Anforderungen des Grundgesetzes von vornherein in Frage gestellt.

Die nachfolgende Erörterung geht auf eine Reihe der gegen das Gesetzgebungsvorhaben bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken ein. Dabei steht die geplante Einführung eines § 130 a SGB V - also die finanzielle „Anzapfung“ der pharmazeutischen Unternehmen in Höhe eines Gesamtbetrags von rd. 0,42 Mrd. Euro pro Jahr - als Gegenstand der Untersuchung im Vordergrund. Wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit muß die Darstellung sich zunächst auf eine sehr kurzgefaßte, thesenförmige Argumentation beschränken. Die eingehende Begründung der dargestellten Thesen und Ergebnisse im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit der geplanten Regelungen bleibt der vollständigen Fassung des Rechtsgutachtens vorbehalten.

## II.

### **Zustimmungsrecht des Bundesrats zu dem Gesetzentwurf ?**

Die antragstellenden Fraktionen haben das zur finanziellen Entlastung der Krankenkassen vorgesehene sog. Sparpaket in zwei Teilentwürfe aufgespalten. Diejenigen Regelungen, die nach ihrer eigenen Auffassung der Zustimmung des Bundesrats unterliegen, sind in den Entwurf eines Zwölften Gesetzes zur Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (Zwölftes SGB V-Änderungsgesetz – 12. SGB V ÄndG) aufgenommen worden.

- Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen, Stand:  
31.10.2002, 21.30 Uhr

Demgegenüber gehen die Antragsteller davon aus, daß die im Entwurf eines Beitragssatzsicherungsgesetzes zusammengefaßten Vorschriften nicht zustimmungsbedürftig seien. Diese Auffassung unterliegt indessen, jedenfalls soweit die hier untersuchten Regelungen - namentlich der vorgesehene § 130 a SGB V sowie auch das gem. Art. 11 des Gesetzentwurfs geplante Gesetz zur Einführung von Abschlägen der pharmazeutischen Großhändler – in Frage stehen, durchgreifenden Einwendungen.

Die geplanten Regelungen sollen die bisher geltenden Vorschriften des SGB V über das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, die im übrigen fortgelten, ändern bzw. ergänzen. Die ursprüngliche Fassung des SGB V ist im Jahre 1988 mit Zustimmung des Bundesrats ergangen. Diese war insbesondere wegen der im Gesetz enthaltenen Bestimmungen über die Behördenorganisation und das Verwaltungsverfahren erforderlich. Die Frage der Zustimmungsbedürftigkeit der Neuregelung muß bei dieser Ausgangslage nach den anerkannten Grundsätzen über das Zustimmungsrecht des Bundesrats bei Änderungsgesetzen, die in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts feststehen, beurteilt werden.

- Grundlegend dazu BVerfGE 37, 363 (379-83)

Nach diesen Grundsätzen ergibt sich eine Zustimmungsbedürftigkeit des Änderungsgesetzes zwar nicht ohne weiteres allein daraus, daß das ursprüngliche, nunmehr geänderte oder ergänzte Gesetz seinerzeit mit Zustimmung des Bundesrats ergangen war. Die Zustimmung des Bundesrats zum Änderungsgesetz ist aber jedenfalls dann erforderlich, wenn das neue Gesetz selbst Bestimmungen enthält, die für sich betrachtet das Zustimmungserfordernis auslösen. Das gleiche gilt, wenn ein Zustimmungsgesetz, das – wie das SGB V – sowohl materiell-rechtliche Normen als auch Vorschriften über das Verfahren der Landesverwaltung i.S. von Art. 84 Abs. 1 GG enthält, durch ein Gesetz geändert wird, das sich zwar auf die Regelung materiell-rechtlicher Fragen beschränkt, in diesem Bereich jedoch Neuerungen in Kraft setzt, die den nicht ausdrücklich geänderten Vorschriften über das Verwaltungsverfahren eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite verleihen.

- Zusammenfassend BVerfGE 37, 363 (383)

Bei dem hier in Frage stehenden Änderungsgesetz sind die genannten Voraussetzungen, und zwar beide Alternativen nebeneinander, erfüllt:

(1.) Die Verfasser der Gesetzesvorlage haben offensichtlich versucht, für die Einführung der geplanten Geldleistungspflicht der pharmazeutischen Unternehmen gem. § 130 a SGB V

- entsprechendes gilt auch für die Belastung der pharmazeutischen Großhändler durch das Gesetz nach Art. 11 des Entwurfs

einen Weg zu finden, bei dem das Zustimmungsrecht des Bundesrats vermieden werden konnte. Dazu haben sie anstelle einer direkten Zahlungspflicht der Unternehmen an die Krankenkassen, bei der auf Verfahrensregelungen über die Erhebung i.S. von Art. 84 Abs. 1 GG offensichtlich nicht hätte verzichtet werden können, eine indirekte Einziehung über die Apotheken vorgesehen. Dieser erhebungstechnische Umweg über die Apotheken – die trotz des Wortlauts des § 130 a Abs. 1 Satz 1 SGB V nicht ihrerseits den Krankenkassen einen zweiten „Abschlag“ (Rabatt) neben dem bereits in § 130 Abs. 1 SGB V vorgesehenen leisten sollen – ändert indessen sachlich nichts daran, daß es sich um eine alleinige, originäre Leistungspflicht der pharmazeutischen Unternehmen handelt, deren Bemessungsgrundlage („Herstellerabgabepreise“) sich allein aus den Verhältnissen dieser Unternehmen, nicht aus denen der Apotheken, ergibt.

- *Insoweit* zutreffend spricht die Überschrift des § 130 a SGB V nicht, wie Abs. 1 Satz 1 dieser Vorschrift, von einem Abschlag der Apotheken, sondern von „Rabatten der pharmazeutischen Unternehmen“. Daß es sich im Rechtssinne nicht um einen Rabatt handelt, ändert hieran nichts.

Für die rechtliche, insbesondere die verfassungsrechtliche Bewertung von im öffentlichen Recht vorgesehenen Geldleistungspflichten kommt es

anerkanntermaßen weder auf die vom Gesetzgeber gewählte Klassifizierung noch auf die von ihm ausgesuchte Bezeichnung an, sondern allein auf den *materiellen Gehalt der jeweiligen Geldleistungspflicht*.

- BVerfGE 7, 244 (251-52); 55, 274 (305); 92, 91 (114); ständige Rechtspr.

Danach handelt es sich bei der Leistungspflicht der pharmazeutischen Unternehmen nach § 130 a SGB V in der vorgesehenen Fassung materiell eindeutig um *eine der Mitfinanzierung der Krankenkassen dienende Abgabe der pharmazeutischen Unternehmen als solcher an die Krankenkassen*, die lediglich formal auf dem Weg über eine Zahlung („Erstattung“) an die ihrerseits zur Weiterleitung an die Krankenkassen verpflichteten Apotheken zu erfüllen ist. Der in § 130 a Abs. 1 Sätze 2-4 SGB V in Verbindung mit den folgenden Absätzen der Vorschrift geregelte Zahlungsweg bestimmt im einzelnen das Erhebungsverfahren der Abgabe. Dabei werden die in die Erhebung eingeschalteten *Apotheken* und pharmazeutischen Großhändler ungeachtet der grundsätzlich privatrechtlichen Natur ihres Geschäftsbetriebs auf der Grundlage der öffentlich-rechtlichen Vorschriften des SGB V als *Beliehene Unternehmer tätig, die eine öffentliche Funktion zu erfüllen haben*. Auch die Einschaltung derartiger privatrechtlicher Funktionsträger als Beliehene in den Gesetzesvollzug fällt in den Anwendungsbereich des Art. 84 Abs. 1 GG.

- Statt vieler vgl. v.Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz.

Kommentar, 4. Aufl., Bd. 3 (2001), Rn. 9 zu Art. 84; Krebs, in: Isensee/  
Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3 (1988), § 69 Rz. 39 (S. 590)

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf eine ganze Reihe von Detailregelungen in § 130 a Abs. 1 und Abs. 5-8 SGB V, die eindeutig verfahrensrechtlichen Charakter haben. Das gilt unter anderem für die Regelung über die „Erstattungs“-frist gem. Abs. 1 Satz 4, über den Abschluß von Vereinbarungen nach Abs. 4, die in Abs. 6 geregelte Pflicht zur Übermittlung von bestimmten Daten in maschinenlesbarer Form, die in Abs. 7 vorgesehene „Verrechnung“ der Abgabe über pharmazeutische Großhändler und nicht zuletzt für den nach Abs. 8 zugelassenen Abschluß von Vereinbarungen zwischen den Krankenkassen bzw. Krankenkassen-Verbänden und pharmazeutischen Unternehmen.

Daß es sich in diesem Zusammenhang durchgehend um Regelungen des dem öffentlichen Recht angehörenden Verwaltungsverfahrens handelt, wird schließlich eindeutig durch die Regelung des § 130 a Abs. 9 SGB V bestätigt, der die „Streitigkeiten in Angelegenheiten dieser Vorschrift“ in den Rechtsweg vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit verweist.

Nach alledem enthält § 130 a SGB V Regelungen über das Verwaltungsverfahren im Verhältnis zu den Krankenkassen, die überwiegend als Verwaltungseinrichtungen auf Landesebene organisiert sind. Die Vorschrift unterliegt aus diesem Grund nach Art. 84 Abs. 1 GG dem Zustimmungrecht des

Bundesrats. Entsprechendes gilt für die Erhebung der in Art. 11 des Gesetzentwurfs vorgesehenen „Abschläge der pharmazeutischen Großhändler“.

Demzufolge greift die Regelung des Art. 84 Abs. 1 GG bereits deshalb ein, weil das hier in Frage stehende Änderungsgesetz zu dem mit Zustimmung des Bundesrats ergangenen SGB V Vorschriften enthält, die ihrerseits selbst der Zustimmung des Bundesrats unterliegen.

( 2.) Unabhängig davon sind auch die Voraussetzungen des vom Bundesverfassungsgericht dargelegten Alternativtatbestands erfüllt: Das von dem Gesetzentwurf vorgesehene Änderungsgesetz möchte in dem von ihm betroffenen Sachgebiet der gesetzlichen Krankenversicherung „Neuerungen in Kraft setz(en)“,

- im Sinne von BVerfGE 37, 363 (383)

die den nicht ausdrücklich geänderten Vorschriften über die Verwaltungsorganisation und das Verwaltungsverfahren der Krankenkassen eine „wesentlich andere Bedeutung und Tragweite verleihen“.

Eine derartige durchgreifende Neuerung ergibt sich hier aus der geplanten Abgabepflicht der pharmazeutischen Unternehmer sowie der pharmazeutischen Großhändler. Das überkommene System der gesetzlichen Krankenversicherung, wie es in den bisher geltenden Regelungen des SGB V seinen Niederschlag gefunden hat, beruht auf dem Prinzip der solidarischen Finanzierung durch Beiträge der versicherten Arbeitnehmer und deren Arbeitgeber.

- § 3 SGB V: „Solidarische Finanzierung“

Diese systemtragende Säule der gesetzlichen Krankenversicherung möchte der Entwurf durch eine weitere (wenn auch betragsmäßig weniger stark ins Gewicht fallende) Finanzierungssäule in Gestalt von als „Abschläge“ verbrämten Finanzierungsbeiträgen der pharmazeutischen Unternehmer und der pharmazeutischen Großhändler ergänzen.

Bei einer Verwirklichung dieses Gesetzgebungsvorhabens wird eine wesentliche Neuerung eingeführt, die zudem gerade ein Kernelement des geltenden Systems der gesetzlichen Krankenversicherung betrifft. Die durch diese Neuerung gewonnenen zusätzlichen Finanzmittel sollen die finanzielle Basis der Krankenkassen verstärken und sollen dabei unterschiedslos zur Mitfinanzierung ihrer Aufgaben dienen. Sämtliche geltenden Vorschriften über die Tätigkeit der Krankenkassenorganisation, insbesondere über die Wahrnehmung der Versorgungsaufgaben der Krankenkassen, sind in gleicher Weise wie auf das Beitragsaufkommen auch auf die durch die gesetzliche Neuerung gewonnenen zusätzlichen Finanzmittel anwendbar.

Auch die nicht geänderten Vorschriften des SGB V über die Tätigkeit der Krankenkassen werden damit in einen neuen, zusätzlichen Kontext gestellt, der ihre Tragweite und Bedeutung in der vom Bundesverfassungsgericht vorausgesetzten Weise verändert bzw. erweitert. Auch aus diesem Grund ist zu

dem geplanten Gesetzesvorhaben die Zustimmung des Bundesrats gem. Art. 84 Abs. 1 GG erforderlich.

### III.

#### **Gesetzgebungskompetenz des Bundes ?**

Der Gesetzentwurf geht davon aus, daß sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die vorgesehenen Maßnahmen „auf Artikel 74 Abs. 1 Nrn. 11, 12 und 19a Grundgesetz“ stütze.

- Begründung des Gesetzentwurfs, A. Allgemeiner Teil, Abschn. III (S.28).

Dabei kann der in diesem Zusammenhang mit angeführte Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG, der sich allein auf das Sachgebiet der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze bezieht, für die vorliegende Erörterung von vornherein außer Betracht bleiben. Eine finanzielle Inanspruchnahme der pharmazeutischen Unternehmen und der pharmazeutischen Großhändler läßt sich offensichtlich nicht auf diese Kompetenznorm stützen. Danach verbleiben als mögliche Kompetenzgrundlage für die geplante bundesgesetzliche Regelung lediglich die konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 u. 12 GG. Auch deren Voraussetzungen sind indessen nicht erfüllt.

( 1.) Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG erstreckt sich die Gesetzgebung des Bundes neben dem Arbeitsrecht u.a. auf „die Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung“. Dabei steht zunächst außer Frage, daß die gesetzliche Krankenversicherung zur Sozialversicherung im Sinne der Kompetenznorm zählt. Deshalb konnte das SBG V ebenso wie die ihm vorausgegangenen Regelungen der Reichsversicherungsordnung auf der Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG erlassen werden. Nach der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts

- eine einschlägige Feststellung des BVerfG steht bisher aus

fällt in Anknüpfung an die Entscheidung des Gesetzgebers für das Sachleistungsprinzip auch das Kassenarztrecht (bzw. Vertragsarztrecht) unter diese Gesetzgebungskompetenz.

- BVerwGE 65, 362 (365).

Dabei ist eine sachgerechte Abgrenzung des Kassenarztrechts zu dem der Landesgesetzgebung unterliegenden allgemeinen ärztlichen Berufsrecht bis heute nicht versucht worden. Die in der Praxis vorherrschende Tendenz zur Verstärkung der bundesgesetzlichen Einwirkungen auf die vertragsärztliche Tätigkeit übersieht

regelmäßig, daß das als „Kompetenzbrücke“ für den Bundesgesetzgeber herangezogene Sachleistungsprinzip seinerseits keinen Verfassungsrang besitzt und deshalb die Zuständigkeiten der Länder nicht verdrängen kann.

Wie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung feststellt, wird die Sozialversicherung in dem hier maßgeblichen Sinne charakterisiert durch die „gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit“.

- Grundlegend BVerfGE 11, 105 (112)

Dabei sind „Träger der Sozialversicherung ... selbständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre Mittel durch Beiträge von `Beteiligten´ aufbringen. Beteiligte sind herkömmlich die Versicherten und ihre Arbeitgeber.“

- BVerfGE 11, 105 (112); s. ferner BVerfGE 63, 1 (35); 88, 203 (313)

Die neuere Rechtsprechung des BVerfG hat darauf hingewiesen, daß die Beschränkung auf Arbeitnehmer und auf eine Notlage nicht zum Wesen der Sozialversicherung gehöre. Dagegen hat sie ausnahmslos am Erfordernis der *Aufbringung der Mittel durch Beiträge der „Beteiligten“ als einem Essentiale der Sozialversicherung* im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG festgehalten. Im Anschluß daran stellt das Schrifttum fest, daß die in Frage stehende Kompetenznorm „nur die `Beiträge´ im spezifischen Sinne der Sozialversicherung (decke)“, die sich wesensmäßig von den finanzrechtlichen Beiträgen und von den Verbands-(Mitglieds-)beiträgen unterschieden. Der „kompetenzgerechte Sozialversicherungsbeitrag w(erde) wesentlich geprägt durch die gegenläufigen Prinzipien der Äquivalenz und des Solidarausgleichs“.

- So Rengeling, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 2. Aufl. 1999, § 100 Rz. 192 (S. 806) mit weit. Nachweisen; vgl. auch Stettner, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2 (1998), Rn. 66 zu Art. 74

Die finanzielle Inanspruchnahme der pharmazeutischen Unternehmer sowie der pharmazeutischen Großhändler zur teilweisen Mitfinanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung, die der Gesetzentwurf anstrebt, würde nicht die an der Sozialversicherung „beteiligten“ Versicherten bzw. deren Arbeitgeber heranziehen. Sie zielt nicht auf einen Solidarausgleich zwischen ihnen ab. Vielmehr *träfe die* so begründete *Finanzierungslast* eindeutig und *ausschließlich Außenstehende*, die nicht an der Sozialversicherung beteiligt sind.

Die Regelungen über die Inanspruchnahme der pharmazeutischen Unternehmer nach dem geplanten § 130 a SGB V und der pharmazeutischen Großhändler nach dem in Art. 11 des Gesetzentwurfs vorgesehenen Gesetz lassen sich unter diesen Umständen auch bei einem weitestmöglichen Begriffsverständnis nicht als Bestandteile der Gesetzgebungsmaterie Sozialversicherung zuordnen. Die

Regelungen werden deshalb durch die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG nicht gedeckt.

( 2.) Die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 dem Bund zugewiesene Gesetzgebung für das „Recht der Wirtschaft“ muß ebenfalls als Kompetenzgrundlage ausscheiden, obwohl die Tätigkeit der der Leistungspflicht unterworfenen pharmazeutischen Unternehmer und Großhändler selbstverständlich dem Bereich der Wirtschaft zuzuordnen ist.

Das BVerfG geht seit jeher davon aus, daß der Bundesgesetzgeber auf der Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG befugt ist, ordnend und lenkend in das Wirtschaftsleben einzugreifen, und daß er in diesem Zusammenhang (!) den Wirtschaftsbeteiligten auch Geldleistungspflichten auferlegen kann.

- Grundlegend dazu das sog. Investitionshilfe-Urteil BVerfGE 4, 7 (13); s.a. BVerfGE 67, 256 (274)

Dabei hat das Gericht aber andererseits stets die Notwendigkeit einer strikten Grenzziehung zu den spezifischen Kompetenztiteln der Finanzverfassung betont, die durch die Einführung von Geldleistungspflichten auf der Grundlage der allgemeinen Gesetzgebungszuständigkeiten nicht unterlaufen oder ausgehöhlt werden dürften. Der Gesetzgeber darf sich deshalb, wie namentlich ein Grundsatzurteil von 1984 herausgestellt hat, einer auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützten Abgabe „nur *im Rahmen eines Sachzwecks* bedienen, *der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht*. In dem Gesetz muß außer der Belastung mit der Abgabe und der Verwendung ihres Aufkommens auch die gestaltende Einflußnahme auf die Wirtschaft zum Ausdruck kommen. Das Gesetz muß selbst wirtschaftsregulierenden oder -lenkenden Inhalt haben; andernfalls fällt es nicht in den Kompetenzbereich des Art. 74 Nr. 11 GG“.

- BVerfGE 67, 256 (275)

Die so bestimmten Voraussetzungen für die Anwendung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG sind im hier zu erörternden Zusammenhang eindeutig und offensichtlich nicht erfüllt. Sowohl § 130 a SGB V als auch das gem. Art. 11 des Entwurfs vorgesehene Gesetz regeln allein die geplante finanzielle Belastung der pharmazeutischen Unternehmer bzw. Großhändler und die Zuführung der so gewonnenen Mittel zur allgemeinen Finanzmasse der Krankenkassen. Irgendeinen, wie auch immer gearteten wirtschaftsregulierenden oder wirtschaftslenkenden Inhalt weisen sie dagegen nicht auf.

- Selbst als Mittel zur positiven Beeinflussung der Arzneimittelpreise kommen sie nicht in Betracht . Es ist schlechterdings ausgeschlossen, daß die zusätzliche finanzielle Belastung der Hersteller und der Großhändler einen dämpfenden Einfluß auf die Preisbildung am Arzneimittelmarkt haben könnte.

Auch auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG kann die beabsichtigte Regelung nach alledem nicht gestützt werden.

#### IV.

### **Materiell - rechtliche Unzulässigkeit der nach dem Gesetzentwurf vorgesehenen finanziellen Belastung**

Die finanzielle Belastung, die den pharmazeutischen Unternehmern und den pharmazeutischen Großhändlern nach dem Gesetzentwurf auferlegt werden soll, dient zur Erwirtschaftung einer Finanzmasse in Höhe von zusammen rd. 1,02 Mrd. Euro pro Jahr, durch die die Mittel der Krankenkassen verstärkt werden sollen. Es handelt sich der Sache nach um einen hoheitlich erzwungenen Mitteltransfer, also materiell um eine *Abgabe der pflichtigen Unternehmer und Großhändler an die Krankenkassen*.

An dieser aus verfassungsrechtlicher Sicht gebotenen Qualifizierung ändert sich auch nichts dadurch, daß der Gesetzentwurf die Einführung eines unmittelbaren Hoheitsakts (insbesondere eines Abgabenbescheids) der Krankenkassen gegenüber den Leistungspflichtigen vermeidet und statt dessen die Erhebung der Abgabe dergestalt in den wirtschaftlichen Kreislauf einbindet, daß er die Apotheken verpflichtet, den Krankenkassen in Höhe der beabsichtigten Belastung der Unternehmer bzw. Großhändler formal einen Rabatt

- auf fremde Rechnung!

zu gewähren, den die pharmazeutischen Unternehmer bzw. Großhändler den Apotheken in voller Höhe zu erstatten haben. Die Belastung wird von den Apotheken, wie es der Regelungsabsicht des Gesetzgebers von vornherein entspricht, schlicht als durchlaufender Posten weitergereicht. Materiell sollen die Apotheken mit ihr nichts zu tun haben und haben mit ihr auch wirtschaftlich nichts zu tun.

- Allenfalls kann sich bei ihnen ein gewisser Zinsnachteil ergeben, der aber in Anbetracht der auf höchstens zehn Tage bemessenen Erstattungsfrist (§130 a Abs. 1 Satz 4 SGB V) geringfügig bleibt.

Die rechtstechnische Gestaltung, die der Entwurf für die Erhebung der Abgabe vorsieht, entspricht spiegelbildlich der gesetzlichen Regelung für den 1980 eingeführten sog. *Kohlepfennig*. Dieser sollte die einzelnen Stromverbraucher belasten, wurde aber formal von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) erhoben, die ihn dann mit dem Strompreis an ihre Abnehmer weiterzugeben

hatten. Das Bundesverfassungsgericht wertet den Kohlepfennig ungeachtet der gesetzlich vorgesehenen Abführung durch die EVU nicht als Abgabe der EVU selbst, sondern als Abgabe der einzelnen Stromverbraucher:

„Die Ausgleichsabgabe ... belastet materiell nicht die Abgabenschuldner, die EVU, sondern die Abgabenträger, die Endverbraucher. Das (Gesetz) ist seiner Zielsetzung, seinem Regelungsgehalt und seinen flankierenden Vorkehrungen nach darauf angelegt, daß die Abgabe auf den Endverbraucher überwältzt wird“.

- BVerfGE 91, 186 (203)

„Die Überwälzung der Abgabe ist ... nicht nur eine marktabhängige Möglichkeit, sondern rechtlich vorbereitete und vorgesehene Regelfolge der Abgabenbelastung. ... Bei (den EVU) ist die Abgabe ein durchlaufender Posten. (Sie) werden nur in Anspruch genommen, weil bei ihnen die Nachfrage gebündelt zusammentrifft und die hieran anknüpfende Abgabe erhebungstechnisch erfaßt werden kann“.

- BVerfGE 91, 186 (205)

Diese Ausführungen, mit denen das BVerfG die rechtliche Qualifizierung des Kohlepfennigs als Abgabe der letztlich belasteten Endverbraucher,

- also der Abgabenträger

nicht dagegen als Abgabe der EVU als der formalen Abgabenschuldner, begründet, treffen in vollem Umfang auch auf die bei § 130 a SGB V gegebene Fallgestaltung zu. Die Abgabe soll zwar formal in Gestalt eines sog. Abschlags (Rabatts) von den Apotheken an die Krankenkassen entrichtet werden. Die Apotheken sind insofern formal Abgabenschuldner. Die Abgabe wird aber vermittels des von vornherein gesetzlich vorgesehenen und abwicklungstechnisch erleichterten Erstattungsanspruchs in voller Höhe auf die pharmazeutischen Unternehmer bzw. alternativ auf die pharmazeutischen Großhändler abgewälzt. Nach der Konzeption des Gesetzes haben allein die Angehörigen der beiden letztgenannten Gruppen die finanzielle Belastung definitiv aufzubringen. Sie sind materiell die eigentlichen und einzigen *Abgabenträger* im finanzrechtlichen Sinne.

Nach den vom BVerfG zugrunde gelegten Maßstäben müssen die in § 130 a SGB V sowie in dem Gesetz gem. Art. 11 des Entwurfs vorgesehenen Geldleistungspflichten deshalb *aus verfassungsrechtlicher Sicht materiell allein als Abgaben der pharmazeutischen Unternehmer und der pharmazeutischen Großhändler gewertet werden*. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung dieser Abgaben kommt es nach ständiger Rechtsprechung nicht auf die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung oder die von ihm vorgenommene Klassifikation, sondern allein auf den materiellen Gehalt der Abgabe an.

- Dazu bereits oben Abschnitt II (1.)

Die hier in Frage stehenden Abgaben stehen nicht in einer wie auch immer gearteten Korrelation zu öffentlich-rechtlichen Gegenleistungen, die den Betroffenen zugute kommen würden. Es handelt sich deshalb weder um Gebühren

noch um Beiträge. Die Abgaben werden vielmehr im Sinne der finanzverfassungsrechtlichen Terminologie „voraussetzungslos“ geschuldet. Andererseits erfüllen sie aber auch nicht den finanzverfassungsrechtlichen Tatbestand einer Steuer.

- Zu diesem s. BVerfGE 7, 244 (251); 29, 402 (408-09); 38, 61 (79-80); u.a.

Unter diesen Umständen kann die den pharmazeutischen Unternehmen und den pharmazeutischen Großhändlern aufgebürdete Geldleistungspflicht aus verfassungsrechtlicher Sicht allein als *außersteuerliche* sog. *Sonderabgabe* gewertet werden, die zugunsten von unterstaatlichen öffentlichen Einrichtungen, nämlich der körperschaftlich bzw. anstaltlich verfaßten Krankenkassen, zu erheben ist.

- Zur gleichen Qualifikation ist das BVerfG auch im Hinblick auf den sog. Kohlepfeinig gelangt; s. BVerfGE 91, 186 (201). Die Erhebung der Abgabe wurde wegen Nichterfüllung der für Sonderabgaben geltenden stringenten Zulässigkeitsvoraussetzungen im Ergebnis als verfassungswidrig angesehen; BVerfGE 91, 186 (186-87).

Als außersteuerliche Geldleistungspflicht der Angehörigen einer einzelnen Gruppe stößt die Sonderabgabe auf enge kompetenzrechtliche Grenzen. Sie kann „als zusätzliche Belastung einzelner nur erhoben werden, wenn sie sich auf einen *besonderen Zurechnungsgrund* stützen läßt, der vor den Grundsätzen der bundesstaatlichen Finanzverfassung und vor dem Gebot der Gleichheit aller Bürger vor den öffentlichen Lasten Bestand hat“.

- Grundlegend dazu BVerfGE 55, 274 (300 und S. 274, Leitsatz 1)

Die Kriterien, von denen die Zulässigkeit einer Sonderabgabe im Einzelfall abhängt, sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eingehend herausgearbeitet worden.

- Schlüsselentscheidungen: BVerfGE 55, 274 (297-308); 67, 256 (274-78); 82, 159 (178-81), 91, 186 (203-06)

Kurz zusammengefaßt, lassen sich diese Kriterien auf drei Erfordernisse zurückführen:

- (1.) Die von der Abgabe Betroffenen müssen sich durch eine in der Rechtsordnung oder in der gesellschaftlichen Wirklichkeit vorgegebene Interessenlage oder durch besondere gemeinsame Gegebenheiten von der Allgemeinheit und von anderen Gruppen abgrenzen lassen (Erfordernis der *Gruppenhomogenität*).
- (2.) Es muß eine spezifische „Sachnähe“ zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem mit der Abgabe verfolgten Zweck bestehen, und zwar dergestalt, daß die belastete Gruppe dem Erhebungszweck „evident nähersteht als jede andere Gruppe oder die Allgemeinheit der

Steuerzahler. Aus dieser *Sachnähe* muß eine besondere *Gruppenverantwortung* für die Erfüllung der mit der außersteuerlichen Abgabe zu finanzierenden Aufgabe entspringen“.

- (3.) Schließlich wird vorausgesetzt, daß zwischen den aus der Abgabe und ihrer Verwendung folgenden Belastungen einerseits und Begünstigungen andererseits eine „sachgerechte Verknüpfung“ besteht, die das BVerfG dann annimmt, wenn das Aufkommen der Abgabe im Interesse der Gruppe der Abgabepflichtigen (wenn auch nicht notwendigerweise im Interesse jedes einzelnen Gruppenangehörigen) verwendet wird (Erfordernis der *gruppennützigen Verwendung*). Eine „fremdnützig“ zu verwendende Sonderabgabe ist dagegen grundsätzlich unzulässig.

Von diesen drei Voraussetzungen kann das Erfordernis der *Gruppenhomogenität* problemlos bejaht werden. Die pharmazeutischen Unternehmer einerseits und die pharmazeutischen Großhändler andererseits bilden sicher homogene Gruppen, die ungeachtet der zwischen den einzelnen Unternehmen bestehenden Konkurrenz durch gemeinsame wirtschaftliche Gegebenheiten und durch eine grundsätzlich übereinstimmende Interessenlage gegenüber anderen Gruppen und auch gegenüber der Allgemeinheit abgegrenzt werden können.

Dagegen erscheint zumindest offen, ob sich im Sinne des zweiten Erfordernisses auch eine spezifische *Sachnähe* der Abgabepflichtigen zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck – der finanziellen Stärkung der defizitär gewordenen gesetzlichen Krankenversicherung und der politisch angestrebten Verhinderung von Anhebungen der Beitragssätze – annehmen läßt. Man mag ein allgemeines Interesse der in der Erzeugung und im Vertrieb von Arzneimitteln tätigen Unternehmen an der Aufrechterhaltung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Krankenkassen durchaus bejahen. Es läßt sich aber schwerlich behaupten, daß sie mit diesem Interesse dem vom Gesetzgeber verfolgten Finanzierungszweck evident näher stünden als andere Gruppen oder als die Allgemeinheit der Steuerzahler. Das gilt erst recht für die in erster Linie angestrebte Verhinderung eines weiteren Anstiegs der Beitragssätze. Diese kommt vorrangig den Beitragspflichtigen zugute. Sie fördert zugleich Belange der Gesamtwirtschaft, nicht aber speziell solche der pharmazeutischen Industrie und der pharmazeutischen Großhändler.

Erst recht muß eine besondere *Gruppenverantwortung* der mit der Abgabepflicht Belasteten für die Erfüllung der mit der Erhebung verfolgten Zwecke verneint werden. Die Unternehmen der pharmazeutischen Industrie sind verantwortlich für die Qualität der von ihnen hergestellten Arzneimittel und für deren sachgerechten, allen Anforderungen der medizinischen Praxis genügenden Vertrieb sowie nicht zuletzt für die ständige Entwicklung neuer und wirksamerer Arzneimittel. Dazu wird man auch die allgemeine Verpflichtung zu einer verantwortlichen Preispolitik rechnen können.

Dagegen läßt sich den pharmazeutischen Unternehmen von vornherein weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit eine spezifische Verantwortung für die finanzielle

Ausstattung der Krankenkassen aufbürden. Die pharmazeutischen Unternehmen stehen als Vorlieferanten der Apotheken auf der Anbieterseite des Marktes, die Krankenkassen dagegen auf der Nachfrageseite. Zwischen beiden besteht insofern ein in unserer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung vorgegebener und nicht ausräumbarer prinzipieller Interessengegensatz. Das entsprechende gilt auch im Verhältnis zwischen dem pharmazeutischen Großhandel und den Krankenkassen. Ein Marktteilnehmer kann grundsätzlich nicht für die Finanzausstattung und die Leistungsfähigkeit der ihm gegenüberstehenden „Marktpartei“ verantwortlich gemacht werden. Sofern ein Interesse der Allgemeinheit daran angenommen werden sollte, daß den Krankenkassen in der heutigen Situation über das Beitragsaufkommen hinaus zusätzliche Finanzmittel zufließen, müßten diese Mittel unter der geltenden Finanzverfassung allein von der Allgemeinheit, d.h. aus dem Steueraufkommen, zur Verfügung gestellt werden.

Keiner vertieften Begründung bedarf schließlich die Feststellung, daß auch das zusätzliche Erfordernis der *gruppennützigen Verwendung* des Aufkommens der geplanten Abgabe nicht gewahrt ist. Das aus der Belastung der pharmazeutischen Industrie und des pharmazeutischen Großhandels erwartete Mittelaufkommen soll die finanzielle Situation der Krankenkassen stärken und im Interesse der beitragspflichtigen Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine sonst erforderliche Anhebung der Beiträge vermeiden. Damit werden wirtschaftliche Interessen dieser Gruppen gefördert. Eine auch nur teilweise Verwendung des Aufkommens zugunsten der pharmazeutischen Unternehmer oder des pharmazeutischen Großhandels ist dagegen nicht vorgesehen und steht auch nicht zu erwarten.

Nach alledem ergibt sich, daß die Voraussetzungen, von denen die Zulässigkeit einer die pharmazeutischen Unternehmer und die pharmazeutischen Großhändler belastenden außersteuerlichen Sonderabgabe abhängen würde, in mehrfacher Hinsicht nicht erfüllt sind. Eine sonstige Grundlage für die Einführung der geplanten Geldleistungspflicht, die voraussetzungslos geschuldet werden soll und deshalb weder als Beitrag noch als Gebühr qualifiziert werden kann, kommt nicht in Betracht. Die Regelungen des § 130 a SGB V und des in Art. 11 des Entwurfs vorgesehenen Gesetzes sind infolgedessen mit der Finanzverfassung des Grundgesetzes unvereinbar.

## V.

### **Verletzung von Grundrechten**

Da die Realisierung des Gesetzentwurfs in dem hier zur Erörterung stehenden Punkt bereits aus kompetenzrechtlichen und zugleich aus finanzverfassungsrechtlichen Gründen scheitern muß, braucht auf die Frage einer

möglichen Grundrechtsverletzung durch die geplante Regelung nicht mehr im einzelnen eingegangen zu werden. Es genügt insoweit der kurze Hinweis, daß als Prüfungsmaßstäbe in erster Linie das Grundrecht der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG und der in Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Gleichheitssatz in Betracht kämen.

Die vorgesehene Abgabepflicht knüpft an die gewerbliche Tätigkeit der Pflichtigen bei der Herstellung und dem Absatz und Vertrieb von Arzneimitteln an. Sie ist unmittelbar berufsbezogen und berührt damit den Schutzbereich der Berufsfreiheit. Dabei erweist sie sich im Sinne der von der Rechtsprechung zur Berufsfreiheit zugrunde gelegten sog. Stufentheorie zu Art. 12 Abs. 1 GG

- seit BVerfGE 7, 377

nicht als Eingriff in das Recht der freien Berufswahl, sondern als sog. Regelung der Berufsausübung. Für deren Zulässigkeit gelten Maßstäbe, die das BVerfG aus dem Wertgehalt der Berufsfreiheit in Verbindung mit dem rechtsstaatlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit von belastenden Eingriffen abgeleitet hat.

- Vgl. zusammenfassend BVerfGE 30, 292 (316-17)

Bei einer Gesamtbetrachtung drängt sich der Eindruck auf, daß schwerwiegende Gründe für die Annahme geltend gemacht werden können, daß die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung die Belastungsgrenzen überschreitet, die durch die Anforderungen des Prinzips der Verhältnismäßigkeit definiert werden. Immerhin soll ein sehr erheblicher Teil der gesamten Wertschöpfung, die die pharmazeutischen Unternehmer und der pharmazeutische Großhandel erzielen, für Zwecke abgeschöpft werden, die nicht in ihren Verantwortungsbereich fallen. Die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Erwerbstätigkeit der Betroffenen wird damit weitgehend ihrer ebenfalls unter den Grundrechtsschutz fallenden Privatnützigkeit entkleidet.

Eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG, wird vor allem deshalb anzunehmen sein, weil die Betroffenen einseitig zur Finanzierung von Zwecken „angezapft“ werden, die nicht in ihrem spezifischen Eigen- oder Gruppeninteresse liegen, sondern allein die Interessen der Allgemeinheit oder die Interessen der in der gesetzlichen Krankenversicherung Beitragspflichtigen fördern. Dadurch wird das „Gebot der Gleichheit aller Bürger vor den öffentlichen Lasten“, dem bei der Anwendung des Gleichheitssatzes ein besonderes Gewicht zukommt,

- s. BVerfGE 55, 274 (303)

in schwerwiegender Weise durchbrochen.

Auch aus grundrechtlicher Sicht, auf die hier zunächst nur in starker Verkürzung eingegangen werden konnte, müssen demzufolge schwerwiegende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die nach dem Gesetzentwurf geplante Regelung geltend gemacht werden.

**VI.****Zusammenfassung der Ergebnisse**

Die Ergebnisse der vorstehenden Untersuchung, die zunächst in gedrängter, thesenartiger Verkürzung vorgelegt werden mußte, lassen sich abschließend in vier Punkten zusammenfassen:

1. Der in Frage stehende Gesetzentwurf für ein Beitragssatzsicherungsgesetz unterliegt, im Gegensatz zu der Auffassung seiner Initiatoren, dem Zustimmungrecht des Bundesrates.
2. Eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die geplante Regelung ist nicht gegeben. Die Vorschriften über die finanzielle Inanspruchnahme der pharmazeutischen Unternehmer und der pharmazeutischen Großhändler können weder auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 noch auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt werden.
3. Materiell-verfassungsrechtlich ist die finanzielle Inanspruchnahme der pharmazeutischen Unternehmer und der pharmazeutischen Großhändler zugunsten der Krankenkassen unzulässig. Sie muß ungeachtet ihrer formalen Einkleidung in einen über die Apotheken verlaufenden Zahlungsablauf materiell als Sonderabgabe zugunsten der Krankenkassen im Sinne der verfassungsgerichtlichen Judikatur gewertet werden. Die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen, von denen die ausnahmsweise Zulässigkeit derartiger Sonderabgaben abhängt, sind indessen in mehrfacher Hinsicht nicht erfüllt.
4. Bei einer Einführung der geplanten Regelung würden sich überdies erhebliche Einwendungen aus den Grundrechten der betroffenen Unternehmer ergeben.

Köln, den 11. November 2002

(Univ.-Professor Dr. K.H. Friauf)