

**(13) Ausschuss für Gesundheit
und Soziale Sicherung
Ausschussdrucksache**

**0248(96)
vom 30.06.03**

15. Wahlperiode

Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan

Präsident des Verfassungsgerichtshofes
des Landes Berlin
Elßholzstraße 30-33
10781 Berlin
Telefon: (030) 9015-2650
Telefax: (030) 9015-2666

Freie Universität Berlin
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Öffentliches Wirtschaftsrecht, Sozialrecht
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin
Telefon: (030) 838-53972,-53973
Telefax: (030) 838-54444

Homepage: www.helge-sodan.de

Schriftliche Stellungnahme

1. zum Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
**„Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Gesundheitssystems“
(Gesundheitssystemmodernisierungsgesetz – GMG)**
– BT-Drucks. 15/1170 –
2. zu dem Antrag der Abgeordneten *Annette Widmann-Mauz, Andreas Storm* und
weiterer Abgeordneter sowie der Fraktion der CDU/CSU
**„Für ein freiheitliches, humanes Gesundheitswesen – Gesundheitspolitik neu
denken und gestalten“**
– BT-Drucks. 15/1174 –
3. zu dem Antrag der Abgeordneten *Dr. Dieter Thomae, Detlef Parr* und weiterer
Abgeordneter sowie der Fraktion der FDP
„Mut zur Verantwortung – für ein freiheitliches Gesundheitswesen“
– BT-Drucks. 15/1175 –

Zu den vorgenannten Drucksachen des Deutschen Bundestages nehme ich hiermit an Hand ausgewählter Fragen Stellung. Diese betreffen die Frage der Verfassungsmäßigkeit der geplanten Steuerfinanzierung versicherungsfremder Leistungen nur zugunsten der *gesetzlichen* und nicht auch der privaten Krankenversicherung (nachfol-

gend I.), das Erfordernis einer Reform des sogenannten Risikostrukturausgleichs (II.) und die Verfassungsmäßigkeit der vorgeschlagenen Ausgliederung der Versorgung mit Zahnersatz aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung (III.).

I. Zur Verfassungsmäßigkeit einer Steuerfinanzierung versicherungsfremder Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung

Krankenversicherungsfremde Leistungen auf der Ausgabenseite der gesetzlichen Krankenversicherung sind das Sterbegeld, Schwangerschafts- und Mutterschaftsleistungen gemäß §§ 195 ff. RVO, Empfängnisverhütung, Sterilisation, Schwangerschaftsabbruch, Haushaltshilfe nach § 38 SGB V, Krankengeld bei Erkrankung des Kindes sowie die Finanzierung der allgemeinmedizinischen Weiterbildung nach Art. 8 des GKV-Solidaritätsstärkungsgesetzes.

Durch Art. 1 Nr. 123 GMG (Entwurf) soll ein neuer § 221 in das SGB V eingefügt werden. Gemäß § 221 Abs. 1 Satz 1 SGB V (Entwurf) leistet der Bund zur pauschalen Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen das Aufkommen aus den in den Jahren 2004 bis 2005 erfolgenden Erhöhungen der Tabaksteuer über das Bundesversicherungsamt an die Krankenkassen. Gemäß § 221 Abs. 1 Sätze 2 und 3 SGB V (Entwurf) soll danach eine zentrale Verrechnungsstelle für die gesetzlichen Krankenkassen eingerichtet werden, über welche diese Bundeszuschüsse verteilt werden. Nach § 221 Abs. 2 SGB V (Entwurf) sollen Abschlagszahlungen für die Jahre 2004 bis 2006 in Höhe von 1 Mrd. €, 1,5 Mrd. bzw. 2 Mrd. € gezahlt werden. Die genauen Mehreinnahmen aus der Tabaksteuererhöhung werden ab dem Jahr 2005 dann am 1. Mai des Folgejahres abgerechnet. Die Obergrenze dieser Bundeszuschüsse bildet ab dem Jahr 2007 der Betrag der Tabaksteuer*mehreinnahmen* des Jahres 2006.

Gemäß Art. 1 Nr. 122 GMG (Entwurf) soll dem § 220 SGB V ein neuer Absatz 4 angefügt werden. In dem ab dem 1. Januar 2004 unverzüglich aufzustellenden Nachtragshaushalt der Krankenkassen sind die GMG-Auswirkungen zu berücksichtigen. Dabei „müssen die durch § 221“ SGB V (Entwurf) „bewirkten Einsparungen in vollem Umfang ... für Beitragssenkungen verwendet werden.“ Sinn dieser Bestimmung ist ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs, daß die Bundeszuweisungen „nicht zur Auffüllung der Rücklagen und zum Schuldenabau verwendet werden“¹. Damit sind die Krankenkassen gesetzlich verpflichtet, den *vollen* Umfang dieser Bundeszuschüsse unmittelbar auf den Beitragssatz umzulegen, der entsprechend verringert werden muß. Damit entsteht direkt ein Beitragssatz-Gefälle zwischen gesetzlichen und privaten Krankenversicherungsträgern. Ein Ermessensspielraum der gesetzlichen Krankenkassen zur Verwendung dieser Bundeszuschüsse besteht insoweit nicht. Dies führt jedoch dazu, daß die steuerfinanzierten Bundeszuschüsse unmittelbar und vollumfänglich den

¹ BT-Drucks. 15/1170, S. 307.

Wettbewerb zwischen gesetzlichen Krankenkassen und privaten Krankenversicherungsunternehmen hinsichtlich des Beitragssatzes beeinflussen.

Angesichts der im Entwurf des GMG vorgesehenen einseitigen finanziellen Begünstigungen für die gesetzlichen Krankenkassen – ohne Berücksichtigung der privaten Krankenversicherungsunternehmen – ist Prüfungsmaßstab vor allem der in Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Gleichheitssatz. Die Grundrechtsfähigkeit der privaten Krankenversicherungsunternehmen ist hierbei gemäß Art. 19 Abs. 3 GG gegeben, wonach die Grundrechte auch für inländische juristische Personen des Privatrechts gelten, soweit die Grundrechte ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, wenn der Staat eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten². Es genügt nach dieser Judikatur also für die Verfassungsmäßigkeit einer Regelung nicht, daß sich *irgendein* sachlicher Gesichtspunkt für die rechtliche Differenzierung finden läßt.³ Welche Sachverhaltselemente so wichtig sind, daß ihre Verschiedenheit eine Ungleichbehandlung rechtfertigt, hat zwar regelmäßig der Gesetzgeber zu entscheiden; sein Spielraum endet aber dort, wo die ungleiche Behandlung nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist.⁴ Auch das Sozial(staats)prinzip „ermächtigt nicht zu beliebiger Sozialgestaltung, die das Gebot der Gleichheit auflösen würde“.⁵ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Gleichheitssatz sind „dem gesetzgeberischen Gestaltungsraum dort enge Grenzen gezogen ..., wo es sich um Regelungen handelt, die Auswirkungen auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit der beruflichen Tätigkeit haben“⁶. Die einseitige Begünstigung der gesetzlichen Krankenkassen läßt wegen der möglichen berufshemmenden Wirkung für die privaten Krankenversicherungsunternehmen „objektiv eine berufsregelnde Tendenz deutlich erkennen“⁷ und berührt daher Art. 12 Abs. 1 GG. Diese Grundrechtsgewährleistung ist auch wegen einer Bedrohung der Wettbewerbsfähigkeit privater Krankenversicherungsunternehmen betroffen. Die Wettbe-

² Siehe etwa BVerfGE 55, 72 (88); 58, 369 (373 f.); 60, 329 (346); 62, 256 (274); 64, 229 (239); 65, 104 (112 f.); 73, 301 (321); 82, 60 (86); 88, 5 (12); 88, 87 (97); 91, 346 (363); 91, 389 (401); 105, 313 (352).

³ Konrad Hesse, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, AöR 109 (1984), S. 174 (189).

⁴ BVerfGE 60, 123 (134).

⁵ BVerfGE 12, 354 (367).

⁶ BVerfGE 60, 123 (134); vgl. auch BVerfGE 62, 256 (274).

⁷ Siehe zu diesem Maßstab etwa BVerfGE 13, 181 (186); 16, 147 (162); 38, 61 (79); 42, 374 (384); 47, 1 (21); 49, 24 (47); 52, 42 (54); 70, 191 (214); 75, 108 (153 f.); Helge Sodan, Leistungsausschlüsse im System der gesetzlichen Krankenversicherung und Grundrechtsschutz von Leistungsanbietern, SGB. 1992, S. 200 (201 ff.)

werbsfreiheit – verstanden als das Recht auf den Versuch, sich durch freie Leistungskonkurrenz als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt gegenüber anderen durchzusetzen⁸ – wird nämlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt, soweit das Verhalten der Unternehmen im Wettbewerb Bestandteil ihrer Berufsausübung ist.⁹

Zwar bestehen zwischen der auf dem Umlageverfahren beruhenden gesetzlichen Krankenversicherung und der kapitalgedeckten privaten Krankenversicherung Unterschiede in der Grundkonzeption. Andererseits betreffen die Ausgabensteigerungen aufgrund etwa des Morbiditätswachstums und des gestiegenen medizinisch-technischen Fortschritts auch die privaten Krankenversicherungsunternehmen. Deren Versicherte bilden ebenfalls eine Solidargemeinschaft.

Verbleibende Unterschiede zwischen der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung rechtfertigen jedenfalls keine einseitigen Bundeszuschüsse mit der Folge wettbewerbsrelevanter Verwerfungen der Beitragssätze. Daß insoweit ein echter Krankenversicherungsmarkt besteht, läßt sich zumindest im Hinblick auf diejenigen Mitglieder einer gesetzlichen Krankenkasse begründen, deren Beitritt auf einer freiwilligen Versicherung nach § 9 SGB V beruht. Dies gilt besonders für den in § 9 Abs. 1 Nr. 3 SGB V geregelten Tatbestand und damit für diejenigen Personen, die erstmals eine Beschäftigung aufnehmen und nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V versicherungsfrei sind; an der Versicherung solcher in der Regel noch jungen Personen ohne nennenswerte Vorerkrankungen mit einem über der Versicherungspflichtgrenze liegenden Einkommen haben sowohl die gesetzlichen Krankenkassen als auch private Krankenversicherungsunternehmen naturgemäß ein spezifisches Interesse.

Auch bei der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG müssen die Regelungen des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrechts Berücksichtigung finden. Sozialgesetzliche Regelungen, die durch – einseitig die gesetzliche Krankenversicherung begünstigende – Bundeszuschüsse von insgesamt 4 Mrd. € per annum und damit in Höhe von ca. 22 % der Jahresumsätze der privaten Krankenversicherungsunternehmen den Wettbewerb verfälschen würden, sind nicht zu rechtfertigen.

Zugunsten dieses Ergebnisses lassen sich auch die Schlußanträge des Generalanwalts des Europäischen Gerichtshofs *Francis G. Jacobs* vom 22. Mai 2003 fruchtbar machen; diese betreffen ein Verfahren, das sich auf die Regelungen der Festbeträge für Arzneimittel bezieht. Danach kommt es für die Qualifizierung von Krankenkassen als „Unternehmen“ im Sinne der Art. 81 und 86 EGV auf die wesentlichen Funktionen und Tätigkeiten des handelnden Unternehmens an, nicht auf die Eigenschaften dieser Insti-

⁸ *Helge Sodan*, Gesundheitsbehördliche Informationstätigkeit und Grundrechtsschutz, DÖV 1987, S. 858 (860).

⁹ Vgl. z. B. BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137); 105, 252 (265); BVerwGE 71, 183 (189); *Helge Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. Ein verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Beitrag zum Umbau des Sozialstaates, 1997, S. 334 f.

tution, die damit verbundenen sozialen Zwecke oder die finanziellen oder rechtlichen Regelungen, denen die Unternehmen im jeweiligen Mitgliedstaat unterliegen¹⁰.

Der Generalanwalt führt im einzelnen aus:

„38. Erstens stehen die Krankenkassen, wie der Bundesgerichtshof in seinem Vorlagebeschluss ausführt und die Beklagten in der mündlichen Verhandlung selbst eingeräumt haben, untereinander in einem gewissen Preiswettbewerb. Die Arbeitnehmer können wählen, welcher Krankenkasse sie beitreten. Die Krankenkassen legen selbst die Höhe des Beitrags fest, den sie von den Versicherten verlangen. Folglich weist die Beitragshöhe je nach Krankenkasse einen gewissen Unterschied auf. ...

39. Wie ich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Cisal* ausgeführt habe, kann der Umstand allein, dass – wie hier – der Umfang der von einem System gewährten Leistungen gesetzlich festgelegt ist, die Anwendung der Wettbewerbsregeln nicht ausschließen. ...

40. Zweitens ist es ... den Krankenkassen in gewissem Umfang auch möglich, hinsichtlich der von ihnen angebotenen Leistungen zu konkurrieren. Der elementare Leistungsumfang sei zwar gesetzlich festgelegt, die Krankenkassen verfügten aber über ein gewisses Ermessen bei der Entscheidung, wie sie ihren Verpflichtungen nachkämen. So könnten sie z.B. darüber entscheiden, ob sie bestimmte Zusatz- und Vorsorgebehandlungen anböten. ... sind die Krankenkassen also in der Lage, sich voneinander abzugrenzen ...

41. Schließlich konkurrieren die Krankenkassen und private Krankenversicherer, wie die Beklagten in der mündlichen Verhandlung eingeräumt haben, eindeutig hinsichtlich des Geschäftsbereichs derjenigen Arbeitnehmer, die nicht verpflichtet sind, sich in der gesetzlichen Krankenversicherung zu versichern.

42. Die Krankenkassen sind somit offenbar tatsächlich in der Lage, bei der Erbringung von Krankenversicherungsleistungen – wenn auch nur in bestimmten Grenzen – miteinander und mit privaten Unternehmen zu konkurrieren. In Anbetracht des Bestehens eines solchen Wettbewerbs sollten meines Erachtens die Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaften anwendbar sein.“¹¹

Nach allem verstoßen die in § 220 Abs. 4 und § 221 SGB V (Entwurf) vorgesehenen Vorschriften gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

II. Erfordernis einer Reform des Risikostrukturausgleichs in der gesetzlichen Krankenversicherung

¹⁰ Vgl. die Schlußanträge des *Generalanwalts Francis G. Jacobs* vom 22.05.2003, Verbundene Rechts-sachen C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, Rn. 25 – AOK-Bundesverband u.a./Ichthyol-Gesellschaft Cordes u.a. mit Bezugnahme auf EuGH, Slg. 1991, I-1979 Rn. 21; Slg. 1993, I-637 Rn. 17; Slg. 2002, I-691 Rn. 22.

¹¹ *Jacobs* (Fn. 10), Rn. 37 ff.

Die Regelungen des sogenannten Risikostrukturausgleichs (RSA) in den §§ 266 bis 269 und § 313a SGB V bleiben – von einer geringfügigen Ausnahme abgesehen¹² – unangetastet. Damit aber würde sich der Gesetzgeber einer dringend benötigten Reform des Risikostrukturausgleichs entziehen. Durch dieses Instrument werden mittlerweile jährlich etwa 13 Mrd. € unter den Krankenkassen umverteilt; davon profitieren insbesondere Allgemeine Ortskrankenkassen.¹³ Es gibt Empfängerkassen, die niedrigere Beitragssätze haben als Zahlerkassen. Der Gesetzgeber hat für die Krankenkassen, die mit teilweise bis zu 70 % ihres Beitragsaufkommens den Risikostrukturausgleich finanzieren, keine Belastungsgrenzen vorgesehen. Einige Krankenkassen befinden sich infolge ihrer sich aus den Regelungen des Risikostrukturausgleichs ergebenden Zahlungspflichten mittlerweile in existentiellen Schwierigkeiten.

In dem Antrag der Abgeordneten *Annette Widmann-Mauz, Andreas Storm* und weiterer Abgeordneter sowie der Fraktion der CDU/CSU vom 17. Juni 2003 heißt es: Der Risikostrukturausgleich „ist so zu modifizieren, dass von ihm keine fehlsteuernden Anreize ausgehen, die Morbidität der Versicherten differenzierter als im geltenden Recht berücksichtigt und sein Volumen nicht weiter ausgedehnt wird.“¹⁴ Der Antrag der Abgeordneten *Dr. Dieter Thomae, Detlef Parr* und weiterer Abgeordneter sowie der Fraktion der FDP vom 18. Juni 2003 beinhaltet u. a. die Aufforderung der Bundesregierung durch den Deutschen Bundestag, die „Verfeinerung des Risikostrukturausgleichs in Richtung Morbiditätsorientierung aufzugeben und stattdessen das Volumen des heutigen RSA kontinuierlich zurück zu fahren“¹⁵. Beide Anträge bringen damit Problembewußtsein im Hinblick auf Veränderungen der Regelungen des Risikostrukturausgleichs zum Ausdruck.

Dieses Problembewußtsein läßt der Entwurf des GMG völlig vermissen. Obwohl er den Anspruch erhebt, die gesetzliche Krankenversicherung zu modernisieren und nachhaltig zu verändern¹⁶, greift er insbesondere nicht folgende deutlichen Anregungen des 12. Senats des Bundessozialgerichts auf, welche in – den Risikostrukturausgleich betreffenden – Urteilen vom 24. Januar 2003 gegenüber dem Gesetzgeber formuliert sind:

„c) Der Transparenz des RSA würde es ... dienen, wenn das Prüfverfahren der Aufsichtsbehörden ... weiter vereinheitlicht würde und sie regelmäßig in einem gemein-

¹² Siehe Art. 1 Nr. 135 GMG (Entwurf): Danach sollen in § 267 Abs. 5 Satz 2 SGB V nach dem Wort „Überweisungsscheine“ die Wörter „oder in die entsprechenden elektronischen Datensätze“ eingefügt werden.

¹³ Siehe zu den sich daraus ergebenden Rechtsproblemen im einzelnen *Helge Sodan/Olaf Gast*, Umverteilung durch „Risikostrukturausgleich“. Verfassungs- und europarechtliche Grenzen des Finanztransfers in der Gesetzlichen Krankenversicherung, 2002.

¹⁴ BT-Drucks. 15/1174, S. 8.

¹⁵ BT-Drucks. 15/1175, S. 5.

¹⁶ BT-Drucks. 15/1170, S. 2.

samen anonymisierten und veröffentlichten Bericht die Einhaltung des Prüfverfahrens, die festgestellten Mängel und deren Beseitigung darstellen müssten ...

e) Es gibt Anzeichen dafür, dass die Akzeptanz des RSA ungeachtet seiner Verfassungsmäßigkeit ... darunter leidet, dass die Umverteilung ‚in ihrer Spitze‘ zu schwer verständlichen Folgen führt. Einige bundesunmittelbare Zahlerkassen machen geltend, dass sie neuerdings infolge der Ausgleichszahlungen höhere Beiträge erheben müssten als landesunmittelbare Empfängerstellen, ohne dass hierfür Unterschiede im wirtschaftlichen Verhalten ursächlich seien. Zahlerkassen verlören insofern wegen eigener Ausgleichszahlungen Mitglieder an solche Empfängerstellen. Sofern dieses zutrifft, wäre eine gewisse Begrenzung des RSA zu erwägen. Früher war im KVdR-Finanzausgleich nach negativen Erfahrungen mit einem Totalausgleich ab 1989 ein Eigenanteil der einzelnen Kassen an den ausgleichsfähigen Ausgaben eingeführt worden (§ 269 Abs 2 SGB V aF). Der RSA ist zwar mit dem KVdR-Finanzausgleich nicht vergleichbar. Doch könnte auch hier eine dem RSA gemäße Begrenzung zur Behebung der genannten Erscheinung erwogen werden.

f) Schließlich könnte es der Akzeptanz des RSA dienen, wenn die einzelnen Kassen mehr in die Gestaltung des RSA-Verfahrens einbezogen würden, was bei einer weiteren deutlichen Verringerung der Kassenzahl eher als in früheren Jahren möglich wäre. Hierzu könnten auch Regelungen auf Verbandsebene in Betracht kommen.¹⁷

Sämtliche Vorschläge des Bundessozialgerichts sind sinnvoll und m. E. vor allem im Hinblick auf die bislang fehlenden Belastungsgrenzen auch aus verfassungsrechtlichen Gründen¹⁸ zwingend geboten. Als Belastungsgrenzen kommen das Verbot der Umkehr der Finanzkraftreihenfolge und das Nivellierungsverbot in Betracht. Dabei handelt es sich um Maßstäbe, welche vom Bundesverfassungsgericht für den Finanzausgleich der *Länder* entwickelt wurden¹⁹ und die auf den durchaus vergleichbaren Finanzausgleich der *Krankenkassen* sinngemäß übertragen werden können. Danach ist vor allem die Nivellierung der Finanzkraft öffentlich-rechtlicher Körperschaften durch Umverteilungen verboten.²⁰

Angesichts des zwischenzeitlich für das Gesetzgebungsverfahren betreffend den Entwurf des GMG geänderten Zeitplans sollte eine grundlegende, den Anregungen des Bundessozialgerichts Rechnung tragende Reform des Risikostrukturausgleichs unbedingt in die Beratungen einbezogen werden.

¹⁷ BSG, Urteil vom 24.01.2003 – B 12 KR 18/01 R, S. 31 f. der Urteilsausfertigung.

¹⁸ Siehe dazu näher *Sodan/Gast* (Fn. 13), S. 109 f., 125 ff.

¹⁹ Siehe BVerfGE 101, 158 (221 ff.).

²⁰ Vgl. bereits BVerfGE 72, 330 (418 ff.); 86, 148 (250).

III. Zur Verfassungsmäßigkeit einer Ausgliederung der Versorgung mit Zahnersatz aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung

Nach der derzeit geltenden Regelung in § 73 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SGB V umfaßt die „vertragsärztliche Versorgung“ auch die „zahnärztliche Behandlung einschließlich der Versorgung mit Zahnersatz“. Der Antrag der Abgeordneten *Annette Widmann-Mauz*, *Andreas Storm* und weiterer Abgeordneter sowie der Fraktion der CDU/CSU vom 17. Juni 2003 sieht die Aufforderung der Bundesregierung durch den Deutschen Bundestag vor, „einen Gesetzentwurf in den Deutschen Bundestag einzubringen, der die wechselseitige Wirkung zwischen gesetzlicher Krankenversicherung und wirtschaftlichen sowie gesellschaftlichen Rahmenbedingungen beachtet und die vorstehend genannten Inhalte berücksichtigt“, u. a. die „private Absicherung von Zahnersatz“²¹.

Auch der Antrag der Abgeordneten *Dr. Dieter Thomae*, *Detlef Parr* und weiterer Abgeordneter sowie der Fraktion der FDP hat die Aufforderung der Bundesregierung durch den Deutschen Bundestag zum Gegenstand, u. a. darauf hinzuwirken,

den „Pflichtleistungskatalog der GKV auf einen Kernbereich zu konzentrieren. Die zahnmedizinische Behandlung, private Unfälle und das Krankengeld müssen zukünftig privat abgesichert werden. Bei weiteren vom Gesetzgeber vorzugebenden Leistungskomplexen, wie z. B. Kuren und Fahrkosten, ist es den gesetzlichen Krankenkassen freizustellen, ob sie diese anbieten oder ausgliedern wollen und eventuell in Kooperation mit der PKV anbieten.“²²

Die Ausgliederung von einzelnen Leistungsbereichen aus der gesetzlichen Krankenversicherung würde zu verfassungsrechtlichen Problemen führen, die nachfolgend am Beispiel der Versorgung mit Zahnersatz untersucht werden. Fraglich ist, ob sich eine Ausgliederung der Versorgung mit Zahnersatz mit Grundrechten der in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten vereinbaren ließe.

1. In Betracht kommt zunächst eine Verletzung *staatlicher Schutzpflicht* aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, demzufolge jeder das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit hat, in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt aus dem „objektiv-rechtlichen Gehalt die Pflicht der staatlichen Organe, sich schützend und fördernd vor die in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zu stellen und sie insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren“²³. Der Staat ist insoweit also nicht zur Unterlassung verpflichtet, sondern zum Handeln aufgefordert. In diesem Zusammen-

²¹ BT-Drucks. 15/1174, S. 9 f.

²² BT-Drucks. 15/1175, S. 3 f.

²³ BVerfGE 56, 54 (73); vgl. auch BVerfGE 39, 1 (41); 46, 160 (164); 49, 89 (142); 53, 30 (57); 77, 170 (214 f.); 77, 381 (402 f.); 79, 174 (201 f.); 88, 203 (251). Vgl. aus der Literatur etwa *Helge Sodan*, Der Anspruch auf Rechtsetzung und seine prozessuale Durchsetzbarkeit, NVwZ 2000, S. 601 (602 ff.).

hang hebt das Bundesverfassungsgericht auch Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG hervor, wonach es Verpflichtung aller staatlichen Gewalt ist, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen²⁴.

Selbst wenn man davon ausgeht, daß der Gesetzgeber mit der Erhaltung der Existenz einer gesetzlichen Krankenversicherung auch seiner Pflicht zum Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit nachkommt²⁵, ließe sich eine Verletzung der Schutzpflicht durch die Ausgliederung der Versorgung mit Zahnersatz aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung nicht feststellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts räumt Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip einem Versicherten „keinen subjektiven Anspruch auf die Gewährung konkreter Leistungen durch die gesetzliche Krankenversicherung ein“²⁶.

2. Fraglich ist, ob die bislang in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten eine Ausgliederung der Versorgung mit Zahnersatz aus dem Leistungskatalog durch Berufung auf die in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete *Eigentumsgarantie* abwehren könnten.

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist „Voraussetzung für einen Eigentumsschutz sozialversicherungsrechtlicher Positionen ... eine vermögenswerte Rechtsposition, die nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts dem Rechtsträger als privatnützig zugeordnet ist; diese genießt den Schutz der Eigentumsgarantie dann, wenn sie auf nicht unerheblichen Eigenleistungen des Versicherten beruht und zudem der Sicherung seiner Existenz dient“²⁷.

Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 in Verbindung mit § 27 Abs. 1 Satz 1 SGB V haben Versicherte Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Die Krankenbehandlung umfaßt nach § 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB V auch zahnärztliche Behandlung einschließlich der Versorgung mit Zahnersatz. Diese Leistungen hängen damit *nicht* vom Ermessen des Versicherungsträgers ab und sind beim Eintritt des Versicherungsfalls zu gewähren. Diesbezügliche Ansprüche sollen den Versicherten „als Grundlage privater Initiative und im eigenverantwortlichen Interesse“²⁸ „von Nutzen“ sein.

²⁴ BVerfGE 49, 89 (142); 88, 203 (251).

²⁵ Wohl ablehnend *Renate Jaeger*, Welches System der gesetzlichen Krankenversicherung wird durch das Grundgesetz geschützt?, in: *Stefan Empter/Helge Sodan* (Hrsg.), Markt und Regulierung. Rechtliche Perspektiven für eine Reform der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, S. 15 (16).

²⁶ BVerfG (Kammerbeschluß), NJW 1998, S. 1775 (1776). Vgl. auch BVerfG (Kammerbeschluß), NJW 1997, S. 3085.

²⁷ Siehe BVerfGE 69, 272 (300); 72, 9 (18 f.). Vgl. u. a. auch BVerfGE 29, 22 (33 f.); 53, 257 (289 ff.); 80, 297 (308 ff.); 92, 365 (405). Vgl. aus dem Schrifttum etwa *Sodan* (Fn. 9), S. 256 ff.

²⁸ Vgl. zu diesen Kriterien BVerfGE 50, 290 (339); 69, 272 (300).

Im Hinblick auf die Erfüllung der weiteren Voraussetzung, daß der sozialversicherungsrechtlichen Position nicht unerhebliche Eigenleistungen des Versicherten zugrunde liegen müssen, ist nun allerdings zu unterscheiden zwischen den beitragszahlenden Mitgliedern der gesetzlichen Krankenversicherung und den nach § 10 SGB V mitversicherten Familienangehörigen, für die gemäß § 3 Satz 3 SGB V Beiträge nicht erhoben werden. Diese Familienangehörigen erbringen wegen ihrer Beitragsfreiheit gerade keine Eigenleistungen, so daß deren sozialversicherungsrechtliche Positionen keinem Eigentumschutz durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG unterliegen.

Eine andere grundrechtliche Beurteilung kommt für die beitragszahlenden Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung in Betracht. Deren grundrechtlicher Eigentumschutz würde hier jedoch daran scheitern, daß die Versorgung mit Zahnersatz nicht der Existenzsicherung zu dienen bestimmt ist. Zwar kann Zahnersatz unter Umständen für den betroffenen Patienten hohe Kosten verursachen; auf den *individuellen* Vermögensstand kommt es für den Eigentumsschutz einer sozialversicherungsrechtlichen Position nach der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur²⁹ aber *nicht* an. Gegen die objektive Feststellung, daß die Versorgung mit Zahnersatz ihrer Zielsetzung nach der Existenzsicherung der Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung zu dienen bestimmt ist, spricht ferner der Umstand, daß nach derzeit geltendem Recht ein erheblicher Eigenanteil der Versicherten an den Kosten für die Versorgung mit Zahnersatz verbleibt. Daß mit einer Ausgliederung der Versorgung mit Zahnersatz aus der gesetzlichen Krankenversicherung *keine* Leistungen von existentieller Bedeutung entfielen, ließe sich jedenfalls dann begründen, wenn zugleich eine private Pflichtversicherung für die Versorgung mit Zahnersatz einschließlich eines Kontrahierungszwangs privater Versicherungsunternehmen vom Gesetzgeber geregelt würde.

3. Das Bundesverfassungsgericht versteht seit dem Elfes-Urteil³⁰ das in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete *Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit* als Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit. Diese weite Auslegung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit hat zur Folge, daß Art. 2 Abs. 1 GG als „Auffangnorm“ nur insoweit heranzuziehen ist, als im konkreten Einzelfall nicht bereits spezielle Grundrechte unter vollständiger thematischer Abdeckung des Sachverhalts einschlägig sind.³¹

Nach den zuvor angestellten Überlegungen bliebe im Falle einer Ausgliederung der Versorgung mit Zahnersatz aus der gesetzlichen Krankenversicherung Raum für die Anwendung von Art. 2 Abs. 1 GG zugunsten der in dieser Sozialversicherung Versicherten.

²⁹ Siehe BVerfGE 69, 272 (303 f.).

³⁰ BVerfGE 6, 32 (36 ff.); vgl. aus der umfangreichen Judikatur etwa auch BVerfGE 80, 137 (152 ff.); 95, 267 (303); 96, 375 (397 f.).

Gemäß Art. 2 Abs. 1 Halbs. 2 GG sind Beschränkungen des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung zulässig. Nach heute ganz herrschender Auffassung ist der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung im Sinne der allgemeinen Rechtsordnung zu interpretieren, zu der alle formell und materiell mit der Verfassung vereinbaren Rechtsnormen gehören³².

Einer Ausgliederung der Versorgung mit Zahnersatz aus der gesetzlichen Krankenversicherung stünden ein Vertrauensschutz der Versicherten und damit das Rechtsstaatsprinzip *nicht* entgegen. Gegen die Zumutbarkeit einer solchen Maßnahme ließe sich nicht etwa eine nachträgliche erhebliche Entwertung der bereits geleisteten Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung einwenden. Insofern sind grundlegende Unterschiede zwischen der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung zu beachten. Zwar geht auch die gesetzliche Krankenversicherung von dem allgemeinen Begriff der Versicherung aus: Danach gehört zur Sozialversicherung „jedenfalls die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit“³³. Anders als die kapitalgedeckte private Krankenversicherung beruht die *gesetzliche* Krankenversicherung jedoch auf dem *Umlageverfahren*: „Der Sozialaufwand einer Periode kann nur durch Zahlungen derselben Periode finanziert werden. Die Sozialleistungen von heute können nur durch den Transfer von heute und die Sozialleistungen von morgen nur durch den Transfer von morgen finanziert werden. Es gibt folglich kein kollektives Sparen ... Das Umlageverfahren bedeutet ein Wirtschaften aus dem Augenblick, ein unsicheres Leben ‚von der Hand in den Mund‘. ... Ein auf dem Umlageverfahren beruhendes Sozialleistungssystem kann letztlich keine Sicherheit garantieren, weil sein Fortbestand von der Opferbereitschaft und dem Leistungsvermögen künftiger Generationen abhängt“³⁴.

Aufgrund des Umlageverfahrens trägt ein Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung also mit seinen Beiträgen lediglich zur Sicherung eines aktuellen, überschaubaren Zeitraums bei; es finanziert nicht etwa langfristig in seine Zukunft. Ohne nennenswerte Rücklagen der gesetzlichen Krankenversicherung kann von vornherein kein von Verfassungen wegen gewährleisteter Schutz des Vertrauens darauf bestehen, mit den – auch für die Versorgung mit Zahnersatz – geleisteten Beiträgen eine langfristige Absicherung des entsprechenden Krankheitsrisikos erhalten zu haben.

³¹ In diesem Sinne z. B. BVerfGE 6, 32 (37); 9, 63 (73); 17, 302 (306); 37, 271 (290 f.); 50, 290 (362); 95, 267 (303); *Helge Sodan*, Berufsständische Zwangsvereinigung auf dem Prüfstand des Grundgesetzes, 1991, S. 37.

³² Siehe z. B. BVerfGE 6, 32 (37 f.); 7, 111 (119); 12, 296 (308); 96, 375 (397 f.); 97, 271 (286); 103, 197 (215); 104, 337 (346).

³³ BVerfGE 75, 108 (146), unter Bezugnahme auf BSGE 6, 213 (218, 227 f.). Siehe dazu näher *Helge Sodan*, Der „Beitrag“ des Arbeitgebers zur Sozialversicherung für geringfügige Beschäftigungsverhältnisse, NZS 1999, S. 105 (110 f.).

³⁴ *Eberhard Eichenhofer*, Sozialrecht, 3. Aufl. 2000, Rn. 60 f.

Gegen eine – Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegende – „Vertrauensinvestition“ in bezug auf die Absicherung des Zahnersatzrisikos in der gesetzlichen Krankenversicherung spricht ferner, daß die diesbezüglichen gesetzlichen Regelungen gerade in jüngerer Zeit wiederholt geändert worden sind. Die nahezu permanente öffentliche Diskussion über notwendige Reformmaßnahmen zur Sanierung der gesetzlichen Krankenversicherung konnte auch nicht gerade zur „Vertrauensbildung“ auf Seiten der Versicherten beitragen.

Insbesondere wegen des vom Bundesverfassungsgericht festgestellten hohen Ranges der Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung³⁵ würden im Falle der Ausgliederung der Versorgung mit Zahnersatz aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung die Bestandsinteressen der Versicherten die Veränderungsgründe des Gesetzgebers eindeutig *nicht* überwiegen. Die Ausgliederung dieses Leistungsbereichs wäre also insoweit zumutbar und somit verhältnismäßig.

Eine Ausgliederung der Versorgung mit Zahnersatz aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung könnte für in dieser Sozialversicherung Versicherte jedoch unzumutbar sein, wenn *nach* einer solchen Ausgliederung aufgrund erheblicher Vorerkrankungen und einer entsprechenden Risikoprüfung eine Versicherung bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohen Beiträgen möglich wäre und der Betroffene dann für den erforderlichen Zahnersatz erhebliche finanzielle Mittel selbst aufzubringen hätte. Eine solche Konsequenz ließe sich jedoch ausschließen durch die beabsichtigte gesetzliche Regelung einer privaten Pflichtversicherung für die Versorgung mit Zahnersatz einschließlich eines Kontrahierungszwangs für private Krankenversicherungsunternehmen, einer Begrenzung der Beiträge auf einen zumutbaren Höchstsatz, Leistungen, die mindestens den derzeit durch die gesetzliche Krankenversicherung gewährten entsprechen, und einer Übernahme in der gesetzlichen Krankenversicherung erworbener Bonusansprüche. Für die Zumutbarkeit einer Ausgliederung der Versorgung mit Zahnersatz aus der gesetzlichen Krankenversicherung spräche auch eine nach den Prinzipien dieser Sozialversicherung gesetzlich festzulegende beitragsfreie Mitversicherung von Kindern, zu der sich die im Verband der privaten Krankenversicherung zusammengeschlossenen Unternehmen schon bereit erklärt haben. Wenn die vorgenannten Regelungen „nahtlos“ an eine Ausgliederung der Versorgung mit Zahnersatz aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung anschließen und die privaten Krankenversicherungsunternehmen den von Ihnen angekündigten Versicherungsschutz unmittelbar nach der Beendigung dieser Leistungen durch die gesetzliche Krankenversicherung gewähren würden, wären *keine Übergangsregelungen* zur Wahrung von Bestandsinteressen erforderlich.

³⁵ Siehe etwa BVerfGE 68, 193 (218); 103, 172 (184); BVerfG (Kammerbeschluß), DVBl. 2002, S. 400 (401).

4. Die gesetzliche Regelung einer *privaten Pflichtversicherung* in bezug auf die Versorgung mit Zahnersatz ließe sich im Falle der Wahrung bestimmter gesetzlich festzulegender Rahmenbedingungen mit dem Grundrecht der Versicherten auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und der grundrechtlich geschützten Berufsausübungsfreiheit privater Krankenversicherungsunternehmen vereinbaren. In sinngemäßer Übertragung der Maßstäbe, die vom Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 3. April 2001 zur Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften des Pflege-Versicherungsgesetzes über die Verpflichtung privat Krankensicherter zum Abschluß und zur Aufrechterhaltung privater Pflegeversicherungsverträge sowie über deren nähere inhaltliche Ausgestaltung entwickelt wurden³⁶, wären verfassungsrechtlich zulässig: der Charakter als Pflichtversicherung mit Kontrahierungszwang, nicht unerhebliche Einschränkungen des Inhalts der Versicherungsverträge in bezug auf eine Mindestversicherung, eine Einbeziehung in den Versicherungsschutz auch von Personen, bei denen der Versicherungsfall bereits eingetreten ist, Prämienfreiheit der Kinder und Prämienvergünstigungen etwa für die nicht oder nur geringfügig verdienenden Ehegatten. Ein von jedem individuellen Risiko gelöster *einheitlicher* Beitrag würde allerdings zu einer „Nivellierung der Prämien“ führen, bei der das Bundesverfassungsgericht offenbar die Grenze zu einem nicht mehr „*privatrechtlichen* Versicherungswesen“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG als überschritten ansieht³⁷. Der auch in einer privatrechtlichen Versicherung grundsätzlich zulässige soziale Ausgleich ließe sich jedoch durch eine Begrenzung der Beiträge auf einen zumutbaren Höchstsatz erreichen. Im übrigen müßte allerdings zur Wahrung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das privatrechtliche Versicherungswesen eine *Differenzierung* der Beiträge vorgenommen werden; insoweit käme eine Orientierung am Lebensalter der Versicherten in Betracht. Eine Übernahme bisher in der gesetzlichen Krankenversicherung erworbener Bonusansprüche könnte vom Gesetzgeber festgelegt werden. Zugunsten einer Individualversicherung ließe sich auch anführen, daß lediglich eine *Mindestversicherung* mit der Erstattung bestimmter *Festbeträge* als Verpflichtung geregelt würde, auf der mit dem freiwilligen Abschluß privater Zusatzversicherungen aufgebaut werden könnte.

Berlin, am 29. Juni 2003

(Univ.-Prof. Dr. Helge Sodan)

³⁶ Siehe BVerfGE 103, 197 (215 ff.).

³⁷ Vgl. BVerfGE 103, 197 (220).