

**RAin Dr. Astrid Wallrabenstein,
Universität Gießen**

**Stellungnahme im Rahmen der
Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages
zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzli-
chen Krankenversicherung (GKV-WSG), BT-Dr. 16/3100
– Block V Private Krankenversicherung –**

Grundlage für meine Stellungnahme sind die Reformziele, die dem Gesetzentwurf zugrunde liegen. Ihre Berechtigung einerseits und ihre Umsetzung andererseits führen zu der Gesamtbewertung, dass der Gesetzentwurf zwei wichtige und richtige Anliegen verfolgt. Zu ihrer Realisierung werden meist mehrere Wege gleichzeitig verfolgt, so dass die Einzelmaßnahmen bisweilen zwiespältig beurteilt werden können und noch einige Fragen unbeantwortet bleiben. Dies erscheint mir angesichts der Komplexität der Aufgabe jedenfalls teilweise hinnehmbar, wenn der Gesetzgeber seine auch verfassungsrechtliche Verantwortung wahrnimmt und beobachtet, wie die Maßnahmen der Zielverwirklichung dienen, und bei Defiziten entsprechend nachbessert.

I. Reformziele

Das Gesetz vereint zwei große Ziele: Einerseits die Absicherung der gesamten Bevölkerung gegen die Kostenrisiken durch Krankenbehandlung in einem dualen System. Andererseits – dies drückt sich auch im Titel aus – die Organisation dieses Ziel durch Wettbewerb der Versicherungsanbieter.

1. Das sozialpolitische Ziel: Bezahlbarer Krankenversicherungsschutz

Krankenversicherungsschutz der gesamten Bevölkerung ist ein legitimes soziales Ziel. Es hat auch verfassungsrechtlichen Gehalt, denn Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG garantiert jedem das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Hieraus lässt sich auch ein Auftrag an den Gesetzgeber ableiten, darauf hinzuwirken, dass Strukturen bereitgestellt werden, in denen jeder dieses Recht auch verwirklichen kann. Auch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) verpflichtet den Staat zur Schaffung solcher Rahmenbedingungen. Seit den Bismarckschen Arbeiterversicherungen ist der deutsche Staat hierbei den Weg der Versicherung gegangen. Er bietet nicht eine öffentliche Gesundheitsversorgung an, wie andere Staaten, sondern organisiert stattdessen einen Versicherungsschutz. Dies spiegelt sich auch in den Gesetzgebungskompetenzen des Bundes für das Versicherungswesen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG)

und die Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Seine Verantwortung wird so zu einer Gewährleistungspflicht.

Nicht nur die Versicherungslösung hat in Deutschland Tradition, sondern auch das nebeneinander zweier Versicherungssysteme. Die Gewährleistungsverantwortung des Staates erstreckt sich dabei auch schon immer auf beide Teile dieses dualen Systems. Konkret wird für den Bereich der PKV seit ihrem Bestehen durch die Versicherungsaufsicht darauf hingewirkt, dass der Krankenversicherungsschutz dauerhaft ist (Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts des Versicherers) und auch bezahlbar bleibt. Dabei bestehen zwei verschiedene Ansätze zur Gewährleistung der Finanzierbarkeit. Einerseits hat sich schon in den 1920er/30er Jahren das Instrument der Alterungsrückstellungen entwickelt. Seit der Gesundheitsreform 2000 gibt es für diese Alterungsrückstellungen mehrere gesetzliche Vorgaben, um die erwarteten Kostensteigerungen abzufangen; insbesondere der 10 %-Zuschlag ist hier zu nennen. Dieser Weg hat aber – in seiner bisherigen Ausgestaltung – den Nachteil, dass gerade die Alterungsrückstellungen Wettbewerb verhindern. Der zweite Weg zum gleichen Ziel wurde 1993 beschritten, als die Versicherungsunternehmen verpflichtet wurden, einen Standardtarif anzubieten. Dieser Ansatz wird nun mit dem Basistarif erweitert. Hier liegt der Nachteil darin, dass eine zentrale Steuerung – für Leistungsinhalt, Preis und Risikoausgleich – erforderlich ist. Wie man die jeweiligen Nachteile gewichtet bzw. auszugleichen versucht, ist eine Frage, die mit dem zweiten Gesetzgebungsziel, der Errichtung von Wettbewerb zusammenhängt.

Für die rechtliche Bewertung ist zunächst wichtig, dass beide Wege und deshalb auch die jeweils erforderliche Regulierungsdichte, verfassungsrechtlich und auch europarechtlich zulässig ist. Verfassungsrechtlich berühren zwar sämtliche Vorgaben zur Produktgestaltung die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) der Versicherungsunternehmen. Aber zum einen greifen gerade diese Kostendämpfungs-Vorgaben nur dann, wenn eine substitutive Krankenversicherung angeboten wird, also wenn ein Unternehmen an einem Markt teilnehmen will, der durch die sozial- und arbeitsrechtliche Vorprägung schon besondere Konturen erhalten hat. Ob dann die Eintrittsbedingungen überhaupt schon als Grundrechtseingriff eingestuft werden können, oder nicht vielmehr den Schutzbereich erst konturieren, ist seit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Glykolskandal (BVerfG 87, 37) und den Festbeträgen (BVerfGE 106, 275) umstritten. Jedenfalls aber wären die gesetzlichen Verpflichtungen gerechtfertigt, weil sie dem sozialpolitischen Ziel dienen, dauerhaften Gesundheitsschutz für alle privat Krankenversicherten zu gewährleisten. Die europarechtliche Bewertung fällt entsprechend aus. Soweit der Gesetzgeber die Bedingungen für den Markt der substitutiven Krankenversicherung bestimmt, beschränkt er nicht den Marktzugang. Ob der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) eröffnet ist, ist deshalb offen. Jedenfalls ist die Verpflichtung zum Angebot des Basistarifs – ebenso wie heute zum Standardtarif – von Art. 54 RL 92/49/EWG gedeckt.

2. Das ordnungspolitische Ziel: Wettbewerb

Die zweite Zielsetzung, die das Gesetz verfolgt, ist die Schaffung von Wettbewerb auch im Bereich der PKV auch für die Bestandskunden. Seit einiger Zeit ist erkannt, dass gerade die Alterungsrückstellungen dazu führen, dass Versicherte faktisch von einem Anbieterwechsel abgehalten werden. Die Beendigung dieses wettbewerbsfeindlichen Zustands ist letztlich auch verfassungsrechtlich geboten. In seinen Entscheidungen zur kapitalbildenden Lebensversicherung hat das BVerfG (BVerfGE 114, 1) aus der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem Eigentum (Art. 14 GG) der Versicherungsnehmer Schutzpflichten entwickelt. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die Wettbewerbsordnung so auszugestalten, dass die Versicherungsnehmer ihre Vertragsfreiheit auch tatsächlich nutzen können und insbesondere nicht von „dritter“ Seite, also von den Versicherungsunternehmen ihre eigentumsrechtlich geschützten Ansprüche auf die angesparten Alterungsrückstellungen geschmälert werden. Zudem fehlt eine Rechtfertigung dafür, dass gesetzlich Versicherte ihre Krankenkasse frei wählen können, privat Versicherte aber faktisch nicht.

Zwei Wege stehen zur Schaffung von Wettbewerb, bzw. zur Abschaffung der Wettbewerbsbehinderung zur Verfügung: Entweder die Alterungsrückstellungen werden so ausgestaltet, dass Wettbewerb möglich bleibt. Hierfür dient die Portabilität der Alterungsrückstellungen, die mangels Interesse der Anbieter durch gesetzliche Regulierung vorgegeben werden muss. Oder das sozialpolitische Ziel der Kostenbegrenzung wird auf andere Weise erreicht und die Alterungsrückstellungen werden entbehrlich. Die Reform verfolgt beide Wege: Der Basistarif sichert – wie bisher der Standardtarif – gegen zu hohe Versicherungskosten. Gleichzeitig werden die Alterungsrückstellungen – partiell – übertragbar. Vermutlich ist der Hintergrund hierfür die Auffassung, dass eine kapitalgedeckte Vorsorge für zukünftigen Finanzbedarf ein Gebot der Generationengerechtigkeit ist.

II. Grundstruktur des Basistarifs

Die gesetzliche Ausgestaltung des Basistarifs als Kernstück der Reform der PKV soll beide Zielsetzungen verwirklichen. Im Vordergrund steht zunächst die Bereitstellung eines Krankenversicherungsschutzes für das ganze Leben für die Bevölkerungsgruppen, die im dualen System der PKV zugewiesen werden. Für sie muss die Krankenversicherung nicht nur dann bezahlbar sein, wenn sie seit Beginn – d.h. faktisch spätestens mit 30/35 Jahren – pkv-versichert sind, sondern auch dann, wenn sie erst später oder nach Unterbrechungen wieder einen PKV-Tarif abschließen. Zum einen darf diesen Personen der Zugang zur PKV nicht aufgrund von Vorerkrankungen verwehrt werden (Kontrahierungszwang, ohne Risikozuschläge). Zum anderen ist auch für sie die Prämienhöhe ähnlich gedeckelt, wie sie für langjährige Versicherte bisher im Standardtarif begrenzt war (Höchstgrenzen).

Ausgehend von der bisherigen Prämienkalkulation entsteht dann unter Umständen eine Lücke zwischen „normal-kalkulierter“ und tatsächlich geforderter Prämie. Dieser

rechnerische Fehlbetrag wird im Rahmen der Versicherung aufgebracht. Versicherungstechnisch bestehen für diese Umlage mehrere Möglichkeiten: Die Beteiligung an diesen Kosten könnte – theoretisch – nach jeweiliger Risikoabhängigkeit erfolgen. Die Versicherer müssten dafür die Versicherten nach Armutsrisiko klassifizieren, was technisch schwierig und sozial problematisch wäre und nicht zuletzt auch in Konflikt mit dem AGG geraten dürfte. Die andere Möglichkeit ist eine lineare Verteilung auf alle Versicherten. Jedem würde also das gleiche Insolvenzrisiko zugerechnet. Diese Lösung sieht das Gesetz vor (§ 8 Nr. 6, 7 KalV-E).

Die versicherungsmäßige Umlage von Risiken führt zu den Problemen der adverse Selektion. Risiken – hier „Armutsrisiken“ – die schlechter sind als der Durchschnitt, verteuern den Tarif. Ist der Höchstbetrag gedeckelt, verschiebt sich zudem die durchschnittliche „Armutswahrscheinlichkeit“, weil der Spielraum zwischen „normaler“ Kalkulation und Höchstgrenze geringer wird. Auch hierfür stehen verschiedene Lösungsmöglichkeiten bereit. Entweder können die Versicherungsunternehmen durch Prämien differenzierung versuchen, die adverse Selektion zu nutzen, so dass sich im Basisvolltarif nur verhältnismäßig schlechte Risiken ansammeln und die guten Risiken andere Tarife mit niedrigerem Leistungsumfang (Selbstbehalt) wählen. Der Basistarif wäre dann auf hohem Niveau, aber stabil. Oder es wird versucht, durch ein unternehmensübergreifendes Risikoausgleichssystem den Wettbewerb um diesen Risikofaktor auszuschalten. Diesen Weg geht der Gesetzentwurf, indem ein Risikoausgleich (§ 12g VAG-E) geschaffen wird.

Schließlich werden die Alterungsrückstellungen, die nach den allgemeinen Kalkulationsbestimmungen auch im Basistarif gebildet werden, portabel ausgestaltet. Versicherte aller anderen Tarife werden im Fall eines Versicherungsverwechsels so gestellt, wie wenn sie einen Basistarif und daneben einen den tatsächlichen Leistungsumfang abdeckenden Zusatztarif hätten.

Aus rechtlicher Sicht stellt sich an dieser Stelle – zu Einzelfragen sogleich – die Frage, ob der Gesetzgeber diese Grundkonzeption verfolgen darf, oder ob grundsätzliche Einwände gegen das Konzept selbst bestehen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht bestehen keine Bedenken, die zuvor bereits skizzierten Ziele durch die Schaffung eines Basistarifs und die Portabilität der hierauf entfallenden (fiktiven) Alterungsrückstellungen zu verwirklichen. Wie bereits ausgeführt, sind die Ziele legitim und verlangen auch ein staatliches Tätigwerden. Insbesondere hinsichtlich der Portabilität der Alterungsrückstellungen verdichten sich die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu gesetzgeberischen Schutzpflichten. Dabei kommt es aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht darauf an, dass der Gesetzgeber seine Ziele möglichst „ideal“ verfolgt. Hier steht ihm ein großer Spielraum zu, den das BVerfG gerade bei einem so schwierigen Bereich auch stets betont (vgl. zu Versicherungspflichtgrenze BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 18.02.2004, 1 BvR 2152/03). Allerdings besteht von verfassungswegen die Pflicht, den Erfolg der Maßnahmen zu beobachten und ggf. Korrekturen vorzunehmen.

III. Einzelfragen

Aber auch innerhalb der Grundkonzeption bleiben Fragen offen, von denen im Folgenden einige aufgegriffen werden sollen.

1. Abgrenzung der „versicherungsinternen“ Armutssicherung zur staatlichen Sozialhilfe

§ 12 Abs. 1c VAG-E sieht eine nach unten gestaffelte Beitragsermäßigung im Fall von Hilfebedürftigkeit nach SGB II oder SGB XII vor. Diese Anlehnung an das allgemeine System zur Beurteilung von Hilfebedürftigkeit ist zu begrüßen, weil es praktikabel ist. Die Deckungslücke wird zum einen durch Umlage innerhalb des Versicherungssystems (s.o.) geschlossen. Andererseits greift auch die staatliche Sozialhilfe (entweder nach SGB II oder SGB XII) ein. Allerdings verbleibt eine Lücke in dieser Konzeption. Die Beitragsminderung einerseits erfolgt auf die Hälfte des Höchstbeitrags, die staatliche Beitragsübernahme ist andererseits auf den Betrag begrenzt, den der zuständige Träger in der gesetzlichen Krankenversicherung zahlen müsste. Offen ist, wer die Differenz übernimmt.

Weil es die Kernidee der (Sozial)versicherung ist, von staatlicher Fürsorge zu befreien, sollte die Sozialhilfe möglichst spät und wenig eingreifen. Umgekehrt spricht ein Prä für die versicherungsmäßige Finanzierung.

Hinzu kommt, dass aus der Sicht des Staates, der das duale System aufrechterhält, auf eine Gleichbehandlung von PKV und GKV zu achten ist. Wäre der Sozialhilfeträger bei der PKV stärker involviert als bei der GKV, um das gleiche sozialpolitische Ziel, nämlich Versicherungsschutz zu erreichen, steht die PKV als sozialpolitisch teurere Lösung vor einem Legitimationsproblem. Nur solange sie auch die sozialen Risiken innerhalb ihres Systems zumindest soweit zu bewältigen versteht, wie die GKV, kann sie den gleichberechtigten Platz in einer dualen Versicherungsstruktur beanspruchen.

Deshalb sollte diese Lücke in der einkommensabhängigen Prämienreduzierung so geschlossen werden, dass bis zu dem Betrag, den der Sozialhilfeträger übernimmt, alle Kosten in die versicherungsmäßige Finanzierung einfließen.

2. Risikoausgleich

Der in § 12g VAG-E geregelte Risikoausgleich erscheint mir aus mehrfacher Hinsicht bisher noch nicht geglückt. Die ordnungspolitische Zielsetzung ist schlüssig: Wenn und soweit der Basistarif dazu zwingt, risikorelevante Gesichtspunkte außer Acht zu lassen – und dies sind einerseits Vorerkrankungen und andererseits das individuelle Armutsrisiko – dann soll der damit verbundene Anreiz zur Risikoselektion über einen Risikoausgleich verhindert werden. Deshalb ist es auch schlüssig, dass beide Aspekte im Risikoausgleich auftauchen.

a. Problematisch ist allerdings ihre **getrennt gestaltete Umlage**. Während das „Armutrisiko“ nach § 8 Nr. 6 KalV-E gleichmäßig auf alle Tarife umgelegt wird, soll das Morbiditätsrisiko (durch Vorerkrankungen) nur auf die Verträge des Basistarifs umgelegt werden (§ 8 Nr. 7 KalV). Damit wird in Bezug auf das Morbiditätsrisiko das Ziel des Risikoausgleichs verfehlt. Denn eine Risikoselektion in Bezug auf Vorerkrankungen findet unter diesen Bedingungen weiter statt und wird durch den Basistarif sogar noch gesteigert: Mit Vorerkrankungen kann ein Basisversicherte nur schwer in einen Normaltarif wechseln – nicht nur, weil Versicherer ihn nicht nehmen möchten, sondern vor allem auch, weil seine im Basistarif angesammelten Alterungsrückstellungen, die er mitnehmen kann, für das Vorerkrankungsrisiko nicht ausreichen. Umgekehrt sind für einen gesunden Basisversicherten die Alterungsrückstellungen des Basistarifs höher als notwendig, so dass er ein attraktiver Kunde ist und leicht einen Normaltarif findet. Weil er nur im Basistarif die Vorerkrankungsrisiken der anderen Basisversicherten mittragen muss, ist jedes andere Angebot selbst bei gleichen Leistungen, günstiger, so dass er notwendig wechselt. Im Basistarif bleiben also bewusst nur die Versicherten mit Vorerkrankungen, er wird zum Hochrisikotarif. Dieses Problem ließe sich auch im Rahmen der Alterungsrückstellungen (dazu unten) lösen, indem diese nicht pauschal sondern individuell-prospektiv ausgestaltet werden. Wenn sie aber so bleiben, wie der Gesetzentwurf sie vorsieht, muss diese verschärfte Risikoselektion durch den Risikoausgleich aufgefangen werden. Schon deshalb müssen auch die Kosten der Vorerkrankungsrisiken auf alle Tarife umgelegt werden.

Zudem ist es aus Gleichheitsgesichtspunkten problematisch, wenn nur im Basistarif die Vorerkrankungsrisiken ausgeglichen werden. Wegen der Höchstbeitragsgrenzen ist der Basistarif für Personen mit geringem Einkommen bzw. hohem „Armutrisiko“ besonders attraktiv. Um auch ihnen Versicherungsschutz zu gewähren, wird er ja geschaffen. Wählen diese Personen intentionsgemäß den Basistarif, werden sie stärker als andere Versicherte zur Finanzierung der Vorerkrankungsrisiken herangezogen. Kurz: „Arme zahlen für Kranke“. Eine solche systembedingt erhöhte Belastung sozial schwächer gestellter bei dem Ausgleich von Krankheitskosten lässt sich nicht rechtfertigen und konterkariert zudem die Ziele der Reform.

Das gleiche ergibt sich auch, wenn man die Perspektive der finanzierenden Versicherten einnimmt: Ein Wechsel aus einem Normaltarif in den Basistarif ist nicht nur dann attraktiv, wenn man sich aufgrund einer Einkommensverschlechterung den bisherigen Tarif nicht mehr leisten kann. Ebenso für Versicherte mit Vorerkrankungen ist der Basistarif interessant, und zwar auch ohne Hilfebedürftigkeit. Deshalb sollten die Normaltarife nicht nur eine sondern beide Wechseloptionen mitfinanzieren.

b. Darüber hinaus ist der Gegenstand der Umlage teilweise im Gesetz (§ 12g Abs. 1 VAG-E) bestimmt, teilweise der Ausgestaltung durch die Versicherungsunternehmen überlassen Abs. 2). Die Formulierung, dass „Mehraufwendungen“ zu verteilen sind (Abs. 1 S. 3 und 4) ist unklar. Dem Wettbewerbsmodell entspricht es, wenn die Ausgleichsbeträge einheitlich festgelegt sind. Das setzt voraus, dass jedenfalls für

den Risikoausgleich eine **Basisprämie und vor allem Risikozuschläge festgelegt werden müssen**. Wenn Unternehmen hiervon abweichende Prämien erheben bzw. unternehmensintern andere Risikozuschläge (die ja nicht vom Versicherten erhoben werden) kalkulieren, so fällt dies in ihren Unternehmensspielraum.

Es fragt sich aber, welche Sogwirkung eine solche Standardisierung entfaltet. Begrüßenswert wäre, wenn auf diese Weise die Transparenz gerade in Bezug auf die Risikozuschläge erhöht würde, konkret, wenn die Verbraucher sich an diesen standardisierten Risikozuschlägen auch bei anderen Versicherungsangeboten orientieren könnten. Allerdings macht der Gesetzentwurf gerade für diese einheitliche Festlegung keine Vorgaben. Ein über den Basistarif hinausweisendes Potential bleibt so noch ungenutzt. Ob und wie die Umsetzung des Risikoausgleichs hier Transparenz bietet, bleibt offen. Weil sie in der Hand der Unternehmen liegt und nur der Aufsicht der BaFin unterliegt, sind hier Zweifel angebracht. Es bleibt dann der Kontrolle der normalen Prämienkalkulation überlassen, die Berechtigung der diesbezüglichen Zuschläge zu überprüfen. Dies ist ein defizitärer Kontrollmechanismus für einen Bereich, der so anfällig ist für wettbewerbswidrige Fehlanreize.

3. Portabilität der Alterungsrückstellungen

a. Die Portabilität der Alterungsrückstellungen wird **nur teilweise durchgesetzt**. Nur für die Versicherten des Basistarifs gilt, dass sie ihre angesammelten Alterungsrückstellungen bei einem Anbieterwechsel mitnehmen können. Für Versicherte in anderen Tarifen gilt, dass sie nur den Anteil ihrer Alterungsrückstellungen übertragen bekommen, der auf einen fiktiven Basistarif als Bestandteil ihres tatsächlichen Tarifs entfällt. Faktisch bedeutet dies, dass solche Versicherte nicht in einen Normaltarif eines anderen Anbieters wechseln werden, weil hierfür ihre mitgebrachten Alterungsrückstellungen nicht ausreichen. Der neue Tarif bliebe immer noch notwendig teurer als der alte, Wettbewerb findet hier immer noch nicht statt. Nur für den Wechsel in einen Basistarif wird Wettbewerb faktisch möglich. Weil umgekehrt aus einem Basistarif in einen Normaltarif wegen der dort höheren Alterungsrückstellungen ein Wechsel ebenfalls unwahrscheinlich ist, bleiben im Ergebnis die Wechselmöglichkeiten deutlich hinter dem Grundziel der Reform, einen echten Wettbewerb in der PKV zu schaffen, zurück.

Den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 2 I und Art. 14 GG wird damit nur insoweit Rechnung getragen, dass den Privatversicherten ein bestimmter Tarif angeboten wird, in dem sie sich die Möglichkeit eines Anbieterwechsels erhalten können. Wenn man dies ausreichen lässt, dann ist es zumindest geboten, dass bei Abschluss eines Nicht-Basistarifs dem Verbraucher deutlich wird, dass er hier seine Alterungsrückstellungen nicht vollständig mitnehmen kann und damit nur unter teuren Bedingungen zu einem anderen Anbieter wechseln kann. Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung dieses Defizit des Gesetzes bewältigen wird.

b. Ein weiteres Problem der Portabilitätsregelung ist, dass **nur die kalkulierten Alterungsrückstellungen** mitgegeben werden. Dies hat den unbestreitbaren Vorteil einer einfachen und klaren Handhabung. Allerdings wird damit adverse Selektion provoziert: Für gute Risiken sind die kalkulierten und deshalb durchschnittlichen Alterungsrückstellungen zu hoch, für schlechte Risiken zu niedrig. Damit haben es schlechte Risiken schwer, einen anderen Anbieter zu finden. Der Kontrahierungszwang im Basistarif dämpft dieses Problem, weil Anbieter allenfalls noch subtil verhindern können, dass auch schlechte Risiken zu ihnen wechseln. Weil aber für andere Tarife kein Kontrahierungszwang besteht, wird der Selektionsmechanismus insgesamt verschärft: Aus einem Basistarif scheiden nicht nur die guten Risiken aus, weil sie in einen besseren Tarif wechseln. Zudem kommen auch nur schlechte Risiken von anderen Anbietern hinzu, denn den guten Risiken wird bei einem Wechsel nicht der Basistarif angeboten.

Insgesamt zeigt sich, dass der Versuch, partiell die Portabilität der Alterungsrückstellungen zu verwirklichen, nicht nur defizitär ist sondern auch neue Probleme schafft. Als Versuch, die Portabilität zu erproben, lässt sich eine solche Lösung dennoch rechtfertigen. Sie erfordert jedoch ein besonderes Augenmerk des Gesetzgebers auf Fehlentwicklungen und Korrekturbedarf. Hierbei wird auch eine sorgfältige Analyse der Ursachen notwendig sein.

4. Portabilität für den Altbestand

Eine besondere Konstellation ist die Einführung der – wenn auch nur beschränkten – Portabilität für bereits bestehende Verträge. Würde man darauf verzichten, wäre die Wirkung der Reform entscheidend geschwächt. Deshalb ist sehr zu begrüßen, dass der Gesetzentwurf auch den Bestand erfasst.

Bisher wurde die „Vererbung“ von Alterungsrückstellungen bei Storno auf die verbleibenden Versicherten bereits bei der Prämienkalkulation eingerechnet. Entfallen diese Stornogewinne, dürfen sie nicht mehr prämienmindernd die Kalkulation beeinflussen (§ 5 KalV-E). Damit sind die Alterungsrückstellungen notwendig zu niedrig kalkuliert und müssen angehoben werden. Hieraus resultieren die vieldiskutierten Prämien erhöhungen, die besonders bei älteren Versicherten schwer wiegen, weil ihre Leistungsausgaben zu einem erheblichen Teil aus den Alterungsrückstellungen kalkuliert werden und so bei ihnen das Defizit besonders zu Buche schlägt. Weil der Gesetzentwurf die Portabilität nur für den fiktiven Basisanteil einräumt und zudem Übertrittswahrscheinlichkeiten kalkuliert werden (§ 2 Nr. 6 KalV-E), werden die durch die Gesetzesänderung entstehenden Fehlbeträge begrenzt. Sollten bei der Umsetzung immer noch drastische Prämiensteigerungen in bestimmten Versichertenverbänden entstehen, wäre eine Übergangsregelung ratsam, die für diese – wohl sehr alten Bestandsgruppen – die Portabilität ausschließt. Das rechtspolitische Ziel des Wettbewerbs würde dadurch weiter verwirklicht und nur die Gruppen, bei denen altersbedingt besondere Nachteile entstehen, würden ausgenommen.

Jenseits solcher Härten ist die Einführung der Portabilität auch für den Bestand nicht verfassungs- oder europarechtswidrig, sondern – wie bereits erwähnt – verfassungsrechtlich geboten. Entgegenstehende Grundrechte der Versicherungsunternehmen greifen nicht durch oder führen zu keiner anderen Bewertung.

5. Verbandskompetenzen

Die Kompetenzen des PKV-Verbandes werden durch die Reform erheblich erweitert. Zum einen soll ihm die Ausgestaltung des Basistarifs obliegen (§ 12 Abs. 1d VAG-E). Zum anderen soll er mit den Kassenärztlichen Vereinigungen die Vergütung der ärztlichen Leistungen, also die Kosten seiner Versicherungsleistungen vereinbaren.

Im Bereich der GKV haben die Krankenkassen bzw. ihre Verbände eine – im Sachleistungsprinzip notwendig begründete – vergleichbare Doppelrolle, die jedoch verschiedene verfassungs- und europarechtliche Fragen aufwirft. Sie können an dieser Stelle nicht vertieft werden (vgl. z.B. Schmehl/Wallrabenstein, Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd. 1: Wettbewerb, 2005, Bd. 2: Kooperation, 2006). Jedenfalls drängen sich schon wegen dieser Bedenken aus dem GKV-Bereich Fragen für die Kompetenzerweiterung des PKV-Verbandes auf. Für die einzelne Leistungserbringer (Ärzte) dürfte sich ein Demokratiedefizit abzeichnen, das nicht durch die korporatistische Struktur in den Kassenärztlichen Vereinigungen aufgefangen wird, sondern vollen Rechtsschutz erfordert (vgl. BVerfG - Kammerbeschluss, NJW 2005, 273).

Aber auch die Versicherteninteressen sind nicht ausreichend geschützt. Zwar steht grundsätzlich mit der AGB-Kontrolle hierfür ein Schutzmechanismus bereit. Aber zum einen können die Zivilgerichte nur begrenzt eingreifen, nämlich entweder in Zweifelsfällen (wenn sie annehmen, dass der Versicherungsnehmer einen Schutz wie in der GKV erwarten durfte) oder dann, wenn von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abgewichen wird. Hierfür müsste die Zivilgerichte aber den Standpunkt einnehmen, dass der wesentliche Grundgedanke des Gesetzes ist, dass der Basistarif genau das GKV-Volumen hat. Zum anderen scheint aber auch gerade dieser beschränkte Schutz durch den Gesetzentwurf noch in Frage gestellt. Wenn der PKV-Verband die Versicherungsbedingungen des Basistarifs mit Genehmigung der BaFin festlegt, dann entspricht dies der Versicherungspraxis vor 1994, also vor der Liberalisierung des Versicherungsmarktes. Dies verleitet die Zivilgerichte dazu, die aufsichtsrechtliche Genehmigung nicht mehr in Frage zu stellen, so dass faktisch nur die BaFin Kontrollinstanz für die Ausgestaltung des Basistarifs wäre. Als Versicherungsaufsicht hat sie aber notwendiger Weise einen ganz anderen und begrenzten Kontrollmaßstab. Sie kann nicht die Interessen der Versicherten an einem der GKV entsprechenden Versicherungsschutz in den Vordergrund stellen, sondern kann diese Vorgaben und Versichertenbelange nur in einer Gesamtbetrachtung gewichten, bei der die Finanzierbarkeit der Versicherungsleistungen und die Solvenz der Versicherungsunternehmen letztlich den Ausschlag gibt.

Deshalb halte ich eine gesetzliche Verweisung auf den Leistungskatalog der GKV – bzw. seine jeweilige Konkretisierung – für sinnvoller. Will man dem nicht folgen und stattdessen die organisatorische Unabhängigkeit der PKV von der GKV erhalten, dann muss für die Leistungsbestimmung eine sozialstaatliche Kontroll- und Einflussnahme gesichert sein. Entweder könnte das Bundesversicherungsamt in die Ausgestaltung des Basistarifs eingebunden sein, oder die Leistungsbestimmung erfolgt originär-hoheitlich, also legislativ bzw. durch Rechtsverordnung. Freilich könnte dies auch Auswirkungen auf die GKV haben, für die dann eine ebensolche legislative Bestimmung des Leistungskatalogs die Folgerung sein könnte.

6. Erfassung von Personen, die sich nicht versichern wollen

Die Akzeptanz einer Krankenversicherung ist in Deutschland hoch, aber nicht lückenlos. Weil notfalls die Sozialhilfe auch Krankenhilfe ist, besteht ein Anreiz, auf Versicherungsschutz und damit Eigenfinanzierung zu verzichten. Entsprechendes gilt für die vom Gesetz eingeräumte Möglichkeit der Selbstbehalte, mit denen der Versicherungsnehmer Beiträge spart. Auch hier ist denkbar, dass die Sozialhilfe letztlich den Selbstbehalt übernehmen muss.

a. Für die **Selbstbehalte** sollten sozialhilferechtlichen (SGB XII) Sonderbestimmungen geschaffen werden. Entweder werden die Berechtigungsanforderungen für diese Hilfeleistung erhöht oder besondere auch langfristige Rückforderungsrechte eingeräumt. Denkbar wäre auch eine Art „Einlage“ in Höhe des Selbstbehalts, die freilich sozialhilferechtliches Neuland wäre und deshalb hier nicht erörtert werden kann. Jedenfalls bedarf es einer besonderen Erfassung des Problems, wenn angebotene Vorsorgeoptionen nicht wahrgenommen werden.

b. Wirksam und direkt ist die Lösung durch Zwang, also durch Einführung einer **Versicherungspflicht**. Sie wäre zum Schutz der Sozialhilfe vor leichtfertiger Inanspruchnahme und damit ebenso zur Erhaltung der Eigenvorsorge auch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Nach oben kennt die Versicherungspflicht keine verfassungsrechtlichen Grenzen, wie sich schon an der Pflicht zur Altersvorsorge zeigt, die beispielsweise in den berufsständischen Versorgungswerken auch für die jeweiligen Spitzenverdiener gilt. Nach unten hin verlangt die Errichtung einer Versicherungspflicht die Rücksichtnahme darauf, dass ohne Einkommen auch zwangsweise geforderte Beiträge nicht entrichtet werden können. Dem trägt der Gesetzentwurf mit der Reduzierung der Beiträge bei Hilfebedürftigkeit Rechnung (s.o. 1.). Ein weiterer Effekt von Nicht-Versicherung besteht in der negativen Risikoselektion der Krankenversicherung: Wer Gesund ist, hat ein geringeres Interesse sich zu versichern. Je teurer die Versicherung ist, desto wahrscheinlicher ist ein Verzicht darauf. Mit einer Versicherungspflicht ist dieser Effekt verringierbar. Sie dient damit auch der Aufrechterhaltung und Finanzierbarkeit des Versicherungssystems.

Eine im Gesetz bisher nicht vorgesehene Versicherungspflicht wäre also verfassungsrechtlich zulässig und würde die Ziele der Reform stärken. Allerdings erfordert sie an verschiedenen Stellen Anpassungsbedarf. So müssten z.B. die Auswirkungen auf die Versicherungsunternehmen gelöst werden. Wenn eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs nicht mehr möglich ist bzw. der Kunde wegen des Kontrahierungszwangs erneut versichert werden muss, kann das Inkassorisiko bei versicherungsunwilligen Kunden nicht dem Unternehmen allein aufgebürdet werden. Angesichts dieser Schwierigkeiten ist es sinnvoll, dass der Gesetzgeber zunächst auf eine Versicherungspflicht verzichtet und beobachtet, wie groß die Lücke zwischen Anspruch und Wirklichkeit ist.

7. Kinder

Bisher geht das Konzept des Basistarifs nur von erwachsenen männlichen Versicherten aus. Sowohl die Tatsache, dass Versicherte Kinder haben, als auch, dass Kinder versichert werden, wird ausgeblendet. Solche „Einäugigkeit“ ist ein gesetzgebungstechnisches Versagen, das eigentlich durch gender- und hier durch „family-mainstreaming“ verhindert werden sollte.

a. Unklar ist, ob der **Basistarif für Kinder** wie der Erwachsenenbasistarif kalkuliert wird oder so, wie andere Kindertarife auch, nämlich ohne Alterungsrückstellungen. Die Frage wird damit der Versicherungsaufsicht überlassen, ohne dass der Gesetzgeber für die Verwaltungspraxis Leitgedanken formuliert hätte. Richtig kann nur sein, wenn für Kinder auch im Basistarif keine Alterungsrückstellungen gebildet werden. Denn mit Alterungsrückstellungen wäre der Basistarif für Kinder teurer als normale Tarife. § 178d VVG gibt aber nur einen Anspruch auf Aufnahme eines (neugeborenen) Kindes in den Tarif, den das Elternteil hat. Eltern im Basistarif würden dadurch faktisch gezwungen, vor der Geburt in einen Normaltarif zu wechseln.

b. Desweiteren werden bisher nur Ehegatten aber nicht Kinder bei den **Tarifhöchstgrenzen** nach § 12 Abs. 1c VAG-E berücksichtigt. Dies ist eine auch verfassungsrechtlich nicht haltbare Benachteiligung von Familien (Art. 6 Abs. 1 GG). Zur Lösung könnte entweder allgemein auf eine individuelle Belastungsgrenze abgestellt werden, also auch Ehegatten und Lebenspartner würden selbständig Anspruch auf Begrenzung ihres Höchstbeitrags erhalten. Oder bei der haushaltsbezogenen Betrachtung müssen Kinder bei der Belastbarkeit des Hauptversicherten berücksichtigt werden.

8. Frauen

Eine Besonderheit ergibt sich für die spezifische Beachtung von Frauen bei der PKV-Reform dadurch, dass hierbei das kürzlich in Kraft getretene AGG die Vorgaben der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinie (2004/113/EG) zum geltenden deutschen Recht macht. Es bleibt aber noch eine konkrete gesetzgeberische Umsetzung

notwendig, denn die PKV-Unternehmen werden nicht selbst die Initiative ergreifen und sind zum Teil auch auf gesetzgeberische Vorgaben angewiesen.

Konkret dürfen Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft nicht zu unterschiedlichen Prämien führen (§ 20 Abs. 2 S. 2 AGG). Sinnvoll ist es deshalb, diese Kosten getrennt zu erfassen und auf alle Tarife umzulegen. Der Risikoausgleich, der für den Basistarif mit diesem Gesetz geschaffen wird, ist ein geeignetes Instrument, mit dem sich diese Antidiskriminierungsvorgabe ohne weitere Schwierigkeiten umsetzen lässt. Desweiteren dürfen geschlechterdifferenzierte Tarife nur noch dann angeboten werden, wenn das Geschlecht bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist (§ 20 Abs. 2 S. 1 AGG). Es lässt sich deshalb überlegen, ob der Basistarif nicht gesetzlich als Unisex-Tarif ausgestaltet werden soll. Dies entspräche auch der sozialpolitischen Motivation und der Praxis in anderen vergleichbaren Bereichen wie der Pflegeversicherung und der sogenannten Riester-Rente. Für die Umsetzung des AGG entstünde gleichsam automatisch das Material, mit dem eine Beweisführung über die Maßgeblichkeit des Geschlechts als Differenzierungsmerkmal in der Krankenversicherung erfolgen kann.

Der Basistarif ist deshalb ein geeigneter Ausgangspunkt für die notwendigen Änderungen aufgrund des AGG. Umgekehrt entstünde ohne den Basistarif ein ähnlicher Aufwand wie der jetzt geplante Risikoausgleich nur für das kleinere Segment der Schwangerschafts- und Geburtskosten.

IV. Zusammenfassung

Die Ziele und der Grundansatz des Gesetzentwurfs sind zu begrüßen. Die Umsetzung wirft noch verschiedene Fragen auf. Teilweise sollten Einzelpunkte dringend im bestehenden Gesetzentwurf nachgebessert werden. Hierzu zählt die Lücke zwischen versicherungsmäßiger „Insolvenzversicherung“ und Sozialhilfe (1), die Erstreckung des Risikoausgleichs auch für das Vorerkrankungsrisiko auf alle Tarife (2), die Begrenzung oder zumindest Kontrolle der Verbandskompetenzen hinsichtlich des Basistarifs (5) und die Berücksichtigung von Kindern bei der Tarifgestaltung und den Belastungsgrenzen (7). Bei anderen Punkten ist es zulässig, die Kritik nicht mehr in diesem Gesetzgebungsverfahren aufzugreifen, sondern sie als Anhaltspunkt für die Beobachtung und Nachbesserung des Reformvorhabens zu nutzen. Dies betrifft insbesondere das Verfahren des Risikoausgleichs (2), die bisher nur unzureichende Portabilität der Alterungsrückstellungen (3 und 4), das Problem mangelnden Versicherungswillens (6) und die Einarbeitung der Anforderungen des AGG (8).