

Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan

**Direktor
des Deutschen Instituts für
Gesundheitsrecht (DIGR)
Binger Straße 64
14197 Berlin**

Homepage: www.helge-sodan.de

**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
E-Mail: sodan@zedat.fu-berlin.de**

Berlin, am 6. November 2006

Schriftliche Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG)

[BT-Drucks. 16/3100]

Eine eingehende verfassungs- und europarechtliche Auseinandersetzung mit wesentlichen Regelungen des Gesetzentwurfs, welche die Private Krankenversicherung (PKV) betreffen, enthält meine Schrift „Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007. Verfassungs- und europarechtliche Probleme des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes“. Dieses Buch wird mit einem Umfang von knapp 130 Seiten Ende November 2006 erscheinen (Schriften zum Gesundheitsrecht, Bd. 5; Verlag Duncker & Humblot, Berlin). Hinsichtlich der einzelnen Argumente sowie der dafür ausgewerteten Rechtsprechung und Literatur verweise ich auf diese Veröffentlichung. Die wesentlichen Ergebnisse meiner Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I. Portabilität der Alterungsrückstellungen

Nach dem von den Fraktionen der CDU/CSU und SPD in den Deutschen Bundestag eingebrachten Gesetzentwurf (nachfolgend abgekürzt: GKV-WSG-E) sollen die Alterungsrückstellungen eines in der PKV Versicherten zukünftig bei einem Wechsel des Versicherers innerhalb der PKV im Umfang des Basistarifs (dazu sogleich unter II.) angerechnet werden.

1. Alterungsrückstellungen werden aus einem Teil der vom Versicherten zu zahlenden Nettoprämie gebildet. Sie sollen die alterungsbedingt steigenden Krankheitskosten kompensieren, die zu einer kontinuierlichen Erhöhung der Versicherungsbeiträge im Alter führen müssten. Da zu Versicherungsbeginn eine präzise Einschätzung des individuellen Krankheitsrisikos im Alter nicht möglich ist, richtet sich die Höhe der zu bildenden Alterungsrückstellung nach dem *durchschnittlichen Risiko* des vom Versicherungsunternehmen gebildeten Risikokollektivs, dem der Versicherte angehört. Bei der Berechnung wird außerdem schon zu Versicherungsbeginn beitragsmindernd die Wahrscheinlichkeit berücksichtigt, dass ein Teil der Versicherten, für die Alterungsrückstellungen gebildet wurden, vorzeitig aus der Versicherung ausscheidet. Diese verbliebenen Alterungsrückstellungen kommen den übrigen Versicherten zugute. Eine sachgerechte Individualisierung von Alterungsrückstellungen, die einerseits deren Mitnahme bei einem Versicherungswechsel ermöglichte, andererseits aber die Alterungsrückstellung für das verbleibende Risikokollektiv unangetastet ließe, ist wegen des Kollektivbezugs von Alterungsrückstellungen versicherungsmathematisch nicht möglich. Die Mitnahme portabler Alterungsrückstellungen hat eine negative Risikoselektion zur Folge, die wiederum zu Beitragssteigerungen bei den verbliebenen Versicherten und damit zu einer sinkenden Attraktivität der PKV insgesamt führt. Mittelfristig wird die Insolvenz von Versicherungsunternehmen die Konsequenz dieser spiralförmigen Entwicklung sein.

2. Die gesetzliche Einführung der Portabilität von Alterungsrückstellungen ist ein Eingriff in die *Wettbewerbs- und beruflich genutzte Vertragsfreiheit* der *privaten Krankenversicherungsunternehmen*, die von der *Berufsfreiheit* nach Art. 12 Abs. 1 GG umfasst sind. Angesichts der beschriebenen schwerwiegenden finanziellen Konsequenzen für die PKV ist der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab der dritten Stufe der sog. Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts zu entnehmen. Da nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut nicht erkennbar sind, die mit der Einführung der Portabilität abgewehrt werden sollten, liegt eine Verletzung der Berufsfreiheit der Versicherer vor.

Zugleich wird durch die mittelbare Veränderung der Kalkulationsbasis verfassungswidrig in ihre durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte *Wettbewerbsfrei-*

heit sowie in das *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb* eingegriffen.

Außerdem liegt ein Verstoß gegen das aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete *Rückwirkungsverbot* vor, weil ohne zwingende Gründe des Allgemeinwohls in die Kalkulationsgrundlage der Versicherer eingegriffen wird, die hinsichtlich der Berechnung der Alterungsrückstellungen jeweils zu Versicherungsbeginn abgeschlossen ist.

3. *Versicherungsnehmer, die einen Wechsel des Versicherers beabsichtigen*, können sich hinsichtlich der Alterungsrückstellungen *nicht* auf den Eigentumschutz nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG berufen. Alterungsrückstellungen konstituieren keine individuelle Eigentumsposition des einzelnen Versicherten. Der Eigentumsschutz zugunsten des jeweiligen Kollektivs bleibt hiervon unberührt.

4. *Altbestandskunden, die keinen Unternehmenswechsel beabsichtigen*, können ebenfalls keinen Schutz hinsichtlich der für sie gebildeten Alterungsrückstellungen durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG beanspruchen. Es fehlt an einer entsprechenden Verfügungsbefugnis, die ausschließlich dem jeweiligen Versicherer zusteht.

Dagegen wird durch die Portabilität von Alterungsrückstellungen mittelbar in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte *Privatautonomie* der Altbestandskunden eingegriffen, die auch die vertragliche Kalkulationsbasis schützt. Dieser Eingriff ist nicht verhältnismäßig und daher verfassungswidrig. Überdies kann auch der Altbestandskunde eine Verletzung des *Rückwirkungsverbots* geltend machen.

Schließlich liegt ein *Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG* zu Lasten des nicht wechselbereiten Altbestandskunden vor: Dieser wird gegenüber dem wechselnden Versicherungsnehmer schlechter behandelt, weil letzterer die Alterungsrückstellung beim neuen Versicherer angerechnet erhält, während er die Konsequenzen des Wechsels aus Risikoselektion und Beitragserhöhung zu tragen hat. Für diese Differenzierung ist keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung erkennbar.

5. Der Gesetzentwurf sieht im Übrigen ein Verbot für neu abzuschließende Versicherungsverträge vor, die nichtportable Alterungsrückstellungen und dafür einen gegenüber portablen Rückstellungen verringerten Beitragssatz enthalten. Ein *Neukunde* kann sich hiergegen *vor* Abschluss des Versicherungsvertrages auf seine Privatautonomie berufen, wenn ihm eine Regelung untersagt wird, mit dem Versicherer eine nichtportable Alterungsrückstellung nach dem Modell des Anwartschaftsdeckungsverfahrens zu vereinbaren. *Nach* Vertragsschluss ist die vertragliche Kalkulationsbasis ebenfalls durch Art. 2 Abs. 1 GG im Rahmen der Privatauto-

nomie geschützt. Eine Veränderung der Kalkulationsbasis durch die spätere Einführung portabler Alterungsrückstellungen ist nicht verhältnismäßig.

6. Die gesetzliche Einführung portabler Alterungsrückstellungen kann *nicht* mit *sozialstaatlichen Erwägungen* gerechtfertigt werden. Im Gegenteil erschwert die Portabilität die Realisierung privater Eigenverantwortung im Bereich der Krankenversicherung und steht damit dem sozialstaatlich fundierten Gedanken der Subsidiarität staatlicher Hilfe entgegen.

7. Die Einführung portabler Alterungsrückstellungen verstößt ferner gegen *europarechtliche Vorgaben*. Eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit der privaten Versicherer, die als Produktfreiheit auch die Teilnahme am Versicherungsmarkt umfasst, ist nach *Art. 54 Abs. 1 der Dritten Richtlinie Schadenversicherung* im Rahmen der substitutiven PKV nur aufgrund eines Allgemeininteresses möglich. Dieses ist angesichts der negativen finanziellen Konsequenzen für die Unternehmen bei portablen Alterungsrückstellungen nicht erkennbar. Im Rahmen des *Art. 54 Abs. 2 dieser Richtlinie*, der die Mitgliedstaaten ermächtigt, unter bestimmten Bedingungen die substitutive PKV nach Art einer Lebensversicherung zu betreiben, sind portable Alterungsrückstellungen nicht vorgesehen. Diese Bedingungen sind abschließend. Portable Alterungsrückstellungen verstoßen überdies gegen *Art. 56 der Versicherungsbilanzrichtlinie*, die das Erfordernis der dauernden Erfüllbarkeit der vertraglichen Verpflichtungen durch die Versicherungen statuiert. Diese dauernde Erfüllbarkeit ist bei der Einführung einer Transfermöglichkeit angesichts der beschriebenen Konsequenzen gefährdet.

II. Einführung eines Basistarifs mit Kontrahierungszwang

Der GKV-WSG-E sieht für die PKV die Einführung eines Basistarifs im Leistungsumfang der GKV mit Kontrahierungszwang ohne vorangegangene Risikoprüfung vor. Leistungsausschlüsse und Risikozuschläge sind dementsprechend nicht zulässig. Zugangsberechtigt sollen unter Berücksichtigung gesetzlich bestimmter Fristen grundsätzlich die Nicht-(mehr)-Versicherten, die freiwillig in der GKV Versicherten sowie alle PKV-Versicherten sein.

1. Die privaten Krankenversicherungsunternehmen sind darauf angewiesen, dass ihre Risikoprognosen, die den Versicherungsprämien zugrunde liegen, so präzise wie möglich die Realität abbilden. Bei einer Abweichung ist die Äquivalenz zwischen den beitragsbezogenen Einnahmen und den Ausgaben für die Krankheitskosten der Versicherten nicht mehr gegeben. Je ungenauer die Risikoprognosen sind, desto größer ist die Gefährdung der Äquivalenz. Um sie wiederherzustellen, müs-

sen die Beiträge der Versicherten erhöht werden. Die Einführung eines Tarifs mit Kontrahierungszwang und ohne Risikoprüfung trägt wegen der ungenauen Prognose der Krankheitskosten dazu bei, dass die Äquivalenz bei denjenigen, die diesen Tarif wählen, nicht vorliegt. Das entsprechende Defizit ist regelmäßig von den übrigen Versicherten zu tragen.

2. Die Einführung des Basistarifs greift in die *Wettbewerbs- und beruflich genutzte Vertragsfreiheit* der *privaten Krankenversicherungsunternehmen* nach Art. 12 Abs. 1 GG ein. Die Einbeziehung von Personen, die wegen vorangegangener arglistiger Täuschung über ihren Gesundheitsstatus den Versicherungsschutz verloren hatten und sich nunmehr zwar nicht bei demselben, aber bei einem anderen Unternehmen im Basistarif versichern können, ist ebenso ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit wie die Einbeziehung von Personen, denen wegen Zahlungsverzugs der Versicherungsvertrag gekündigt worden war, und der freiwillig in der GKV Versicherten. Die Einbeziehung aller PKV-Versicherten wäre darüber hinaus wegen der beschriebenen schwerwiegenden Konsequenzen am Maßstab der dritten Stufe der Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts zu messen. Ihren Anforderungen würde das Regelungsvorhaben diesbezüglich nicht gerecht.

Ebenfalls liegt in Idealkonkurrenz ein unverhältnismäßiger Eingriff in die durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte *Wettbewerbsfreiheit* der Versicherer vor. Ihr *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb* wird wegen der erheblichen Risikoverschiebungen überdies durch die Aufnahme der freiwillig GKV-Versicherten oder gar aller Privatversicherten in den Basistarif verletzt.

Die Einführung eines Basistarifs verstößt schließlich gegen das in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte *Rückwirkungsverbot*, weil der Basistarif die vom Versicherer berechnete Globaläquivalenz zerstört. Das Vertrauen des Versicherers in die Stabilität seiner abgeschlossenen Risikoprognose ist vor gesetzlichen Veränderungen geschützt.

3. Die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte *Privatautonomie der Altbestandskunden* wird durch die gesetzlich erzwungene Einführung eines Basistarifs für alle Privatversicherten in unverhältnismäßiger Weise verletzt. Ebenso verstößt diese Regelung gegen das *Rückwirkungsverbot*, auf das sich auch der Altbestandskunde berufen könnte. Dagegen impliziert der vorgesehene Zugang der übrigen Personengruppen zum Basistarif noch *keinen* verfassungswidrigen Eingriff in die Privatautonomie. Altbestandskunden werden durch dieses Grundrecht nicht generell vor (auch basistarifbedingten) Beitragserhöhungen geschützt.

4. Zur Einführung eines Basistarifs ist der Gesetzgeber weder wegen des *Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit* noch aufgrund der *Privatautonomie*

eines potentiellen Neukunden verpflichtet. Der Legislative verbleibt insoweit ein *weiter Ermessensspielraum*, der aber durch die Grundrechte der Beteiligten begrenzt ist.

5. Aus dem *Sozialstaatsprinzip* ergibt sich der Vorrang privater Vorsorge vor den Wechselfällen des Lebens, zu denen auch das Krankheitsrisiko zählt. Mit der Priorität privater Eigenverantwortung wäre die Einführung eines Basistarifs für alle Privatversicherten unvereinbar. Aus dem Sozialstaatsprinzip ist deshalb auch nicht umgekehrt die Verpflichtung zur Einführung eines Basistarifs in der PKV mit Kontrahierungszwang abzuleiten.

6. Die Versicherung von Nicht-(mehr)-Versicherten in einem Basistarif ist aus *europarechtlicher Perspektive* grundsätzlich durch das in *Art. 54 Abs. 1 der Dritten Richtlinie Schadenversicherung* erforderliche „allgemeine Interesse“ legitimiert. Allerdings gilt dies nicht für das Risiko des Beitragsausfalls. Um einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit zu verhindern, muss die Beitragsausfalllast von der Allgemeinheit getragen werden. Für die Einbeziehung der freiwillig Versicherten oder aller Privatversicherten ist ein allgemeines Interesse nicht erkennbar. *Art. 54 Abs. 2 der Richtlinie* rechtfertigt ein solches Regelungsvorhaben ebenfalls nicht, weil dadurch der Substitutionscharakter der PKV insgesamt gefährdet wird.

7. Als verfassungs- und europarechtskonforme Gestaltungsalternative verbleibt die Möglichkeit, dass die PKV für Nichtversicherte neben der Krankheitskostenvollversicherung *freiwillig* einen Basistarif *mit Risikoprüfung* anbietet. Die Ausfalllast bei Beitragszahlungen müsste durch Haushaltszuschüsse finanziert werden.

III. Steuerfinanzierung der beitragsfreien Mitversicherung von Kindern nur für die GKV

Die Bundesregierung hatte im Rahmen der „Eckpunkte zu einer Gesundheitsreform 2006“ beschlossen, dass die beitragsfreie Mitversicherung der Kinder in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) zukünftig (teilweise) durch Haushaltsmittel finanziert werden soll. Die Begründung des GKV-WSG-E spricht ausdrücklich von „dem Einstieg in eine teilweise Finanzierung von gesamtgesellschaftlichen Aufgaben (beitragsfreie Mitversicherung von Kindern) aus dem Bundeshaushalt“. Die Beitragspflichtigkeit der Versicherung von Kindern in der PKV soll dagegen weiterhin unverändert erhalten bleiben.

1. Die geplante Regelung verstößt gegen den besonderen Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG, der eine objektive Wertentscheidung der Verfassung zugunsten dieses

Rechtsinstituts enthält: Dadurch wird eine staatliche Benachteiligung von Familienmitgliedern untersagt und der Staat verpflichtet, die Familie zu fördern. Dazu gehört auch die Verpflichtung, die mit einer familialen Gemeinschaft verbundenen spezifischen Lasten auszugleichen. Wie der Staat diesen Familienlastenausgleich realisiert, bleibt grundsätzlich ihm überlassen. Allerdings bedarf es einer besonderen Rechtfertigung, wenn eine Gruppe von Personen, gegenüber denen der Staat grundsätzlich zu einem Familienlastenausgleich verpflichtet ist, von einer bestimmten Leistung ausgeschlossen wird, die der Staat anderen gewährt. Fiskalische Gründe allein stellen für eine solche Ungleichbehandlung keine verfassungskonforme Legitimation dar. Der Staat ist grundsätzlich zur Förderung *aller* Kinder verpflichtet, unabhängig von der Art ihres Krankenversicherungsschutzes. Besondere Gründe für eine Differenzierung zwischen den in der GKV und den in der PKV versicherten Kindern hinsichtlich der staatlichen Finanzierung ihrer Krankenversicherung sind nicht erkennbar. Die geplante Ungleichbehandlung verstößt deshalb gegen die in Art. 6 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommende objektive Wertentscheidung der Verfassung zugunsten der Familie.

2. Eine einseitige Steuerfinanzierung der beitragsfreien Mitversicherung von Kindern in der GKV impliziert ferner eine differenzierte Belastung von in der GKV und in der PKV versicherten Steuerzahlern. Jene müssen zwar die beitragsfreie Mitversicherung ihrer Kinder über ihre Steuern mitfinanzieren; zugleich entfällt jedoch zumindest ein Teil der Beitragslast, die sie bisher für die Finanzierung der Mitversicherung aufgewandt hatten. Dagegen müssen die in der PKV versicherten Steuerzahler ebenfalls die Familienversicherung der Kinder in der GKV mitfinanzieren; ein Kompensationseffekt wie bei den in der GKV versicherten Steuerzahlern entfällt aber. Diese Ungleichbehandlung ist nicht verhältnismäßig und verletzt daher den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

3. Art. 87 Abs. 1 EGV statuiert ein Verbot staatlicher Beihilfen für Unternehmen, die den Wettbewerb zumindest zu verfälschen drohen, wenn sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes handelt es sich bei Krankenkassen allerdings dann nicht um Unternehmen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EGV, wenn diese auf der Grundlage des Solidarprinzips tätig sind. Die beitragsfreie Familienversicherung ist als Element des Familienlastenausgleichs eine Konkretisierung dieses Prinzips. Art. 87 Abs. 1 EGV ist insoweit auf das geplante Regelungsvorhaben nicht anwendbar.

4. Als verfassungskonforme Gestaltungsalternative kommt in Betracht, die Steuerfinanzierung auch auf die in der PKV versicherten Kinder auszudehnen. Dazu könnte ein Durchschnittsbetrag errechnet werden, der für ein in der GKV versichertes

Kind ausgegeben wird. Dieser Betrag würde dann einem in der PKV versicherten Kind zugerechnet und über die Familienkassen ausgezahlt werden.

IV. Einführung einer Wartefrist für einen Wechsel von der GKV zur PKV

Der GKV-WSG-E sieht vor, dass ein Wechsel freiwillig versicherter Arbeitnehmer von der GKV zur PKV erst dann möglich ist, wenn ab dem 27. Oktober 2006 – dem Tag der ersten Lesung des Gesetzentwurfs im Deutschen Bundestag – in drei aufeinander folgenden Jahren die Jahresentgeltgrenze überschritten wird.

Gegen diese Regelung bestehen wegen des Rückwirkungsverbots erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, da am 27. Oktober 2006 ein rechtsverbindliches Gesetz noch nicht vorlag. Zwingende Gründe für diese echte Rückwirkung bzw. Rückbewirkung von Rechtsfolgen sind kaum erkennbar. Evident verfassungswidrig war der noch im Referentenentwurf vorgesehene Bezug zum 4. Juli 2006.

Berlin, am 6. November 2006

(Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan)