

Kurzstellungnahme zum  
Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der GKV  
(GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG)  
(BT-Drs. 16/3100)

Die verfassungsrechtlichen Zweifel, die ich an diesem Gesetz habe, habe ich anderer Stelle ausführlicher formuliert (abrufbar <http://www.pkv.de/downloads/Thüsing%20Gutachten-endg.pdf>) Hierauf kann verwiesen werden. Eine Zusammenfassung kann vorliegend genügen:

TEIL 1: KONTRAHIERUNGSZWANG UND VERSICHERUNGSPFLICHT IM BASISTARIF

Die Einführung des Basistarifs mit Kontrahierungszwang für das Neukundengeschäft stellt einen Eingriff sowohl in die Grundrechte der Versicherungsunternehmen als auch der Versicherungsnehmer dar. Ein solcher Eingriff ist verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt, wenn er durch ein formell und materiell mit dem Grundgesetz in Einklang stehendes Gesetz erfolgt. Dies ist nicht der Fall:

- Dem Bundesgesetzgeber fehlt die Kompetenz zum Erlass der geplanten Regelungen. Die Kompetenznorm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Sozialversicherung) scheidet aus, weil Sozialversicherung eine öffentlichrechtliche Organisationsform voraussetzt, die geplanten Regelungen sich aber auf privatrechtlich organisierte Unternehmen beziehen. Die Inanspruchnahme von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (privatrechtliches Versicherungswesen) scheidet zwar nicht allein deshalb aus, weil einzelne Regelungen untypisch für das herkömmliche privatrechtliche Versicherungswesen sind. Die Summe der geplanten Maßnahmen gestaltet die private Krankenvollversicherung jedoch derart grundlegend um, dass sie nicht mehr vom Leitbild des privatrechtlichen Versicherungswesens, welches Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zugrunde liegt, erfasst wird. Mit anderen Worten: Die PKV wird so sehr der GKV angenähert, dass sie nicht als mehr PKV im Sinne der grundgesetzlichen Kompetenzzuweisung verstanden werden kann.

- Die Einführung eines Kontrahierungszwangs mit dem Ziel, allen Bürgern, die sich nicht gesetzlich versichern können, Versicherungsschutz zu ermöglichen, wäre verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn die Prämien am individuellen Krankheitsrisiko orientiert werden dürfen – was nach den Plänen der Bundesregierung gerade nicht der Fall ist - oder es sich um einen Tarif handelt, der tatsächlich eine reine Grundversorgung ist, die elementare Krankheitsrisiken abdeckt. Das ist bei einem Leistungsniveau auf GKV-Basis nicht der Fall. Der Basistarif ist kein Basistarif im eigentlichen Sinn des Wortes. Der Eingriff in die Vertragsfreiheit der Versicherer ist unverhältnismäßig. Ein Kontrahierungszwang für bereits Versicherte lässt sich überdies mit diesem Ziel nicht rechtfertigen, und damit auch nicht der Kontrahierungszwang der PKV für bislang freiwillig in der GKV versicherte Personen.

- Für die privaten Krankenversicherungsunternehmen sind die geplanten Umgestaltungen ihres Geschäftsmodells derart weitgehend, dass sie sich möglicherweise als objektive Berufswahlregelung im Sinne der Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 Abs. 1 GG darstellen. Der Beruf des Krankenvollversicherers würde nicht nur ausgestaltet, sondern in seiner herkömmlichen Form unmöglich gemacht. Objektive Berufswahlregelungen sind nur zur Abwehr schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zulässig. Derartige Gefahren sind nicht ersichtlich.
- Ein Spitzenausgleich zur Unterstützung einkommensschwächerer Versicherter ist jedenfalls in der geplanten Form nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vereinbaren. Die geplante Regelung zwingt die Versicherten zur Subventionierung derjenigen, denen der Gesetzgeber die Zahlung der vollen Prämie nicht zumutet. Es geht also nicht nur um Solidarität zwischen Personen mit hohem und solchen mit niedrigem Krankheitsrisiko, sondern um Einkommenssolidarität. Diese Form der Solidarität ist in der gesetzlichen Krankenversicherung, in der Beiträge nach der Leistungsfähigkeit erhoben werden, gerechtfertigt – im System der Prämiengestaltung in der PKV ist sie ein Fremdkörper.
- Die Öffnung des Basistarifs für freiwillig gesetzlich versicherbare Personen und die entsprechende Erstreckung des Kontrahierungszwangs kann ersichtlich nicht mit dem Ziel gerechtfertigt werden, jedermann Zugang zu Krankenversicherungsschutz zu ermöglichen. Die mit der Öffnung bezweckte Schaffung eines „fairen“ Wettbewerbs zwischen gesetzlichen und privaten Versicherungen kann die mit der Regelung verbundene Freiheitsbeschränkung der privaten Versicherungsunternehmen aber letztlich auch nicht verfassungsrechtlich rechtfertigen, da die schon bestehenden Ungereimtheiten im Verhältnis von privater und gesetzlicher Krankenversicherung nicht beseitigt, sondern noch verstärkt werden.
- Die Versicherungspflicht bislang nicht versicherter Personen ist notwendiges Korrelat des Anspruchs auf Versicherung im Basistarif. Dies war zwischenzeitlich auch so vorgesehen. Jetzt fehlt diese Regelung, so dass ein opportunistisches Verhalten möglich ist: Man versichert sich erst, wenn man krank wird. Das stellt das System in Frage. Schafft man jedoch eine Versicherungspflicht, so wäre das wohl ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Vertragsfreiheit: Auch der Wohlhabendste müsste sich versichern, obwohl er dies nicht braucht und nicht will. Aufgrund des festgelegten Leistungskatalogs müssten sich alle der Versicherungspflicht unterliegenden Personen überdies in einem Umfang versichern, den sie unter Umständen nicht wollen, oder der ihnen nichts nützt.

## TEIL 2: PORTABILITÄT

- Auch die gesetzliche Anordnung der Herstellung von Portabilität (Portabilisierung) insbesondere der auf bestehende Versicherungsverträge bezogenen Alterungsrückstellungen unterliegt gravierenden sowohl verfassungs- als auch europarechtlichen Bedenken. Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe sind die Grundrechte des Grundgesetzes, insbesondere die Eigentumsgarantie (Art. 14 I 1 GG) und - jedenfalls soweit die Versicherungsunternehmen betroffen sind - die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG), sonst ggf. das "Auffanggrundrecht" des Art. 2 I GG; auf europarechtlicher Seite sind es vor allem die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG) und auf sekundärrechtlicher Ebene ein Bündel einschlägiger Richtlinien.
- Alterungsrückstellungen sind - fremdnütziges - Eigentum der Versicherungsunternehmen i.S.d. Art. 14 I GG. Die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen ist eine Inhaltsbestimmung, die verhältnismäßig sein muss. Darüber hinaus zwingen die vorgesehenen gesetzlichen Maßnahmen, die als Verbund aufzufassen sind, die Versicherer zu grundlegenden Änderungen ihrer geschäftlichen Praxis. Diese "berufsregelnde Tendenz" führt darüber hinaus zur Anwendung des Art. 12 I GG auch auf die Portabilitätsregelung.

- Als Ziele der geplanten Maßnahmen, die als Rechtfertigung des Eingriffs gelten könnten, kommen neben der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der GKV und dem Aspekt der Daseinsvorsorge die Herstellung von Wettbewerb sowie die Verbesserung des Verbraucherschutzes in Betracht. Hinsichtlich der erstgenannten Ziele ist bereits die Erforderlichkeit nicht belegbar; jedenfalls stehen die erheblichen Eingriffe in das System der PKV außer Verhältnis zu den angestrebten Vorteilen. Das erklärte Ziel des Gesetzgebers, Wettbewerb herzustellen, kann durch die Portabilisierung nicht erreicht werden, da sie in ein Geflecht aus wettbewerbshemmenden Regeln eingebunden wird. Für die PKV ergibt sich aus der Standardisierung des Leistungsumfangs im Basistarif überdies ein Wettbewerbsnachteil, da sie infolge des gesetzlichen Zwangs zur Bildung von Alterungsrückstellungen Leistungen im Basistarif nicht so günstig wie die GKV offerieren können. Wettbewerb ist kein Selbstzweck, sondern soll positive Effekte für den Verbraucher erzeugen, was aufgrund der zu erwartenden Beitragserhöhungen aber nicht der Fall sein wird. Auch Erwägungen des Verbraucherschutzes rechtfertigen die Eingriffe nicht.

- Als möglicher Legitimationsgrund für die Portabilisierung von Alterungsrückstellungen kommt damit nur der Vorteilsausgleich beim bisherigen Versicherer in Betracht. Im Ergebnis zeigt sich aber, dass die Portabilisierung der Alterungsrückstellung ganz erhebliche strukturelle Folgen nach sich zieht, die jedenfalls für bestehende Verträge technisch nicht oder jedenfalls nur unter unzumutbaren Bedingungen zu bewältigen sind (versicherungsmathematische Unmöglichkeit). Dann greift die Maßnahme schon aus diesem Grunde, bereits soweit sie die Versicherungsunternehmen selbst betrifft, übermäßig in die Rechte der Versicherungsunternehmen ein. Hinzu könnte wirtschaftliche Unmöglichkeit kommen, die durch eine Versicherungs- oder erweiterte Pool-Lösung aufgefangen werden sollte.

- Die erzwungenen Beitragserhöhungen könnten eine übermäßige Belastung für die Versicherten nach sich ziehen, wenn neben die Notwendigkeit der Querfinanzierung des Basistarifs die von höherer Morbidität gekennzeichnete eigene Tarifgruppe durch ebenfalls erhöhte Beiträge mitzufinanzieren ist („doppelte Solidarität“).

- Die vorgesehenen Maßnahmen fallen in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) und der RL 92/49/EWG, RL 73/239/EWG, RL 88/357/EWG sowie RL 91/674/EWG. Letztere statuieren das Prinzip der dauernden Erfüllbarkeit als europarechtlich zwingenden Grundsatz.

- Die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen verstößt gegen den abschließenden Charakter des Art. 54 II RL 92/49/EWG, da hierdurch eine faktische Zulassungsvoraussetzung durch den Zielstaat aufgestellt wird. Im Falle einer versicherungsmathematischen oder wirtschaftlichen Unmöglichkeit aufgrund der Portabilisierung ist auch das Prinzip der dauernden Erfüllbarkeit verletzt. Sie führt zudem zu einer nicht zu rechtfertigenden Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, da das erstrebte Ziel vermehrten Wettbewerbs, wie gezeigt, keine positiven Verbrauchereffekte (vgl. Art. 81 III EG) mit sich bringt.