

Wahltarife nach § 53 Abs. 4 im Lichte des Verfassungsrechts**- Stellungnahme zum Antrag BT-Drucks. 16/6794 vom 24.10.2007 -**

GLIEDERUNG

- I. Die Wahltarife in der gesetzlichen Krankenversicherung
- II. Die Auswirkungen der Neuregelungen hinsichtlich der Wahltarife
 - 1. Das Angebot der PKV und die Konkurrenz durch die Wahltarife
 - 2. Einführung von Wahltarifen durch die GKV
 - 3. Wettbewerbsvorteile der GKV
 - a) Geringere Regulierung der Beitragskalkulation
 - aa) Einführung von Tarifen
 - bb) Folgen bei Unterkalkulation
 - cc) Anreizeffekte für die GKV
 - b) Geringere Regulierung der Beitragsanpassung und Kündigung
 - c) Bindung an die GKV durch Pflichtmitgliedschaft sowie Zugang zu Daten
 - d) Sonstige Vorteile
 - 4. Entsolidarisierung in der GKV
- III. Verfassungsrechtliche Würdigung
 - 1. Formelle Verfassungswidrigkeit
 - 2. Materielle Verfassungswidrigkeit
 - a) Verletzung der Chancengleichheit im Wettbewerb, Art. 3 Abs. 1 GG
 - aa) Ungleichbehandlung
 - (1) Vergleich Wahltarife - Zusatzversicherungen
 - (2) Vergleich PKV-Vollversicherung - GKV-Versicherung inklusive Wahltarifen für freiwillig Versicherte
 - (3) Vergleich PKV-Vollversicherung - GKV-Versicherung inklusive Wahltarifen für Pflichtversicherte
 - bb) Prüfungsmaßstab
 - (1) Betroffenheit von Freiheitsgrundrechten
 - (2) Personen- oder Verhaltensbezogenheit
 - (3) Betroffenheit von natürlichen Personen
 - (4) Zwischenergebnis
 - cc) Rechtfertigung
 - (1) Die Gründe zur unterschiedlichen Ausgestaltung von PKV und GKV in der Rspr. des BVerfG
 - (a) Konsequenzen in der bisherigen Rechtsprechung
 - (aa) Schutz vor Wettbewerb der PKV
 - (bb) Eingriffe in die Rechte der Leistungserbringer
 - (b) Grenzen der Unterscheidungsmöglichkeiten
 - (aa) Personelle Beschränkung
 - (bb) Sachliche Beschränkung
 - (cc) Beschränkung der Mittel
 - (2) Rechtfertigung der ungleichen Behandlung
 - (a) Überschreitung in personeller Hinsicht
 - (b) Überschreitung in sachlicher Hinsicht
 - (c) Überschreitung hinsichtlich der Mittel
 - dd) Fazit
 - b) Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG
 - aa) Eingriff in den Schutzbereich
 - bb) Rechtfertigung
- IV. Summa

Nach langem politischen Ringen wurde am 30.03.2007 das Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz - GKV-WSG) verkündet (BGBl. I S. 378). Anders als es der Titel vermuten lässt, enthält das umfangreiche Gesetzeswerk neben Änderungen, die allein die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) betreffen, Änderungen, die die private Krankenversicherung (PKV) in Deutschland grundlegend umgestalten (Art. 43, 44, 45 GKV-WSG). Daneben enthält es Vorschriften, die die privaten Krankenversicherungsunternehmen mittelbar, aber gleichwohl massiv und existentiell betreffen. Hierzu gehören auch und vor allem die neuen Vorschriften zu Wahlтарifen durch die GKV. Der Gesetzgeber ermöglicht hier, den Kassen der GKV in Konkurrenz zur PKV zu treten – eine ungleiche Konkurrenz, die massiv die gesetzlichen Versicherer begünstigen. Die Parteinahme des Gesetzgebers zugunsten der GKV ist ohne hinreichende verfassungsrechtliche Rechtfertigung, wie im Folgenden dargestellt werden soll.

I. Die Wahlтарife in der gesetzlichen Krankenversicherung

§ 53 SGB V sieht die verstärkte Einführung von Wahlтарifen in der GKV vor. Dabei bestehen folgende Optionen: Vereinbarung eines Selbstbehalts (Abs. 1), Auszahlung einer Prämie bei Nichtinanspruchnahme von Leistungen der Krankenkasse (Abs. 2), Sondertarife bei Teilnahme an bestimmten Versorgungsmodellen (Abs. 3 - z.B. Hausarztmodell), Tarife für Kostenerstattung (Abs. 4), Sondertarife für bisher nicht erstattete Arzneimittel (Abs. 5), Krankengeld (Abs. 6).¹ Wahlтарife nach Abs. 3 und 6 müssen die Kassen einführen, die übrigen können sie einführen. Die Mindestbindungsfrist für Wahlтарife mit Ausnahme der Tarife für die Teilnahme an besonderen Versorgungsformen beträgt nach § 53 Abs. 8 SGB V grundsätzlich drei Jahre. § 53 Abs. 9 SGB V verlangt, dass die Aufwendungen für jeden Wahlтарif aus Einnahmen, Einsparungen und Effizienzsteigerungen, die durch die Maßnahmen erzielt werden, finanziert werden. Die Krankenkassen haben regelmäßig, mindestens alle drei Jahre, über die Einsparungen gegenüber der Aufsichtsbehörde - dem Bundesversicherungsamt - Rechenschaft abzulegen. Als verfassungsrechtlich problematisch erweist sich dabei insbesondere Abs. 4: Danach können die gesetzlichen Krankenkassen in ihren Satzungen vorsehen, dass Mitglieder für sich und ihre mitversicherten Angehörigen Tarife für Kostenerstattung wählen. Die Krankenkassen können die Höhe der Kostenerstattung variieren und hierfür spezielle Prämienzahlungen durch die Versicherten vorsehen. In der Gesetzesbegründung wird

¹ Abs. 6 tritt am 01.01.2009 in Kraft.

als Beispiel hierfür die Kostenerstattung in Höhe des 2,3-fachen des Satzes nach GOÄ bzw. GOZ genannt.²

II. Die Auswirkungen der Neuregelungen hinsichtlich der Wahltarife

Mit der Einführung Wahltarife nach § 53 Abs. 4 bis 6 SGB V treten die gesetzlichen Krankenkassen in erster Linie im Bereich der Zusatztarife in Konkurrenz zu dem Versicherungsunternehmen der PKV.³ Für den Wahltarif Kostenerstattung (Abs. 4) ist dies ausweislich der Gesetzesbegründung gerade Ziel des Gesetzgebers: Die Wettbewerbsposition der GKV gegenüber der PKV soll gestärkt werden.⁴ Nicht nur im Bereich der Zusatzversicherungen entsteht aber für die Krankenversicherungen der PKV neue Konkurrenz. In der GKV versicherte Mitglieder können insbesondere durch den Wahltarif Kostenerstattung einen Status erreichen, der einem Privatversicherten gleichkommt. Freiwillig versicherte Mitglieder stehen jetzt also vor der Wahl, eine Vollversicherung mit einer PKV-Krankenversicherung abzuschließen oder in der GKV zu verbleiben und den Wahltarif Kostenerstattung abzuschließen.

1. Das Angebot der PKV und die Konkurrenz durch die Wahltarife

Der Wahltarif Kostenerstattung (§ 53 Abs. 4 SGB V) ermöglicht es den gesetzlichen Krankenkassen, Tarife anzubieten, die bislang nur von der PKV angeboten wurden. Vorher konnten sich bereits alle Versicherten der gesetzlichen Krankenkassen abweichend vom Grundsatz der Sachleistung für die Kostenerstattung gemäß § 13 Abs. 2 SGB V entscheiden. Ein Anspruch auf Erstattung bestand dann aber nach § 13 Abs. 2 Satz 9 SGB V höchstens in Höhe der Vergütung, die die Krankenkasse bei Erbringung als Sachleistung zu tragen hätte. *Dadurch wurde gewährleistet, dass die Wahl von Kostenerstattung nicht zu höheren Kosten für die Solidargemeinschaft führte.* Der sachliche Umfang der Leistungspflicht der Krankenkasse sollte durch diese Möglichkeit nicht verändert werden.⁵

Die Neuerung für alle Versicherten durch die Einführung des § 53 Abs. 4 SGB V besteht nun darin, dass die Versicherten gegen die Zahlung einer erhöhten Prämie eine höhere Kostenerstattung erlan-

² BT-Drucks. 16/3100, S. 108.

³ Vgl. zur Konkurrenzsituation zwischen GKV und PKV bei Wahlтарifen bereits *Schmidt*, GesR 2007, 295, 299.

⁴ BT-Drucks. 16/3100, S. 109: „Diese Tarifmöglichkeit stärkt die Wettbewerbsposition der gesetzlichen Krankenkassen gegenüber der privaten Krankenversicherung.“

⁵ Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht/*Höfler*, § 13 SGB V Rn. 25.

gen können. Die Höhe der Kostenerstattung kann jetzt variabel gestaltet werden, so dass dem Versicherten etwa der 2,3-fache Satz nach GOÄ/GOZ erstattet werden kann.⁶ Dies ermöglicht es dem Versicherten, seinem Arzt eine höhere Vergütung zu zahlen.

Darüber hinaus gestattet § 53 Abs. 4 SGB V auch eine Variation des Leistungsumfangs innerhalb des GKV-Leistungskatalogs. Zwar legt die Systematik des Gesetzes nahe, dass der Leistungsumfang der GKV durch den Wahltarif nach § 53 Abs. 4 SGB V nicht ausgeweitet werden soll. In Satz 3 wird nämlich die Anwendbarkeit des § 13 Abs. 2 Satz 2 bis 4 SGB V ausdrücklich ausgeschlossen. Im Rückschluss wird daraus gefolgert, dass § 13 Abs. 2 Satz 1 SGB V anwendbar bleibt, eine Kostenerstattung also nur „anstelle“ der Sach- oder Dienstleistungen tritt. Dies hat aber nach Ansicht des Bundesversicherungsamts nicht zur Folge, dass die Kassen nur das erstatten dürften, was sie sonst als Sach- oder Dienstleistung erbrächten.⁷ Vielmehr dürfen „verbesserte Leistungen“, „die der gesetzlichen Krankenversicherung [nicht] fremd sind“, erbracht werden.⁸ Nach einem Rundschreiben des Bundesversicherungsamtes vom 13.03.2007 an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen wird als Beispiel das Angebot eines Kostenerstattungstarifs für „Chefarztbehandlung und 2-Bett-Zimmer“ genannt. Ärztliche Behandlung und Unterbringung seien nämlich Bestandteile der Krankenhausbehandlung und stellten daher - selbst wenn sie nicht in dieser Form als Sach- oder Dienstleistung erbracht würden - keine Leistungsausweitung im engeren Sinne dar.⁹ Die Bundesregierung hat sich diesem Verständnis angeschlossen.¹⁰ Für diese Interpretation lässt sich vor allem die Gesetzesbegründung anführen. Bereits die dort genannte Erstattung des 2,3-fachen Satzes nach GOÄ und GOZ geht über den von § 13 Abs. 2 Satz 1 SGB V geregelten Leistungsumfang hinaus. Ziel des Wahltarifs Kostenerstattung ist nach der Gesetzesbegründung, die Wettbewerbsposition der GKV gegenüber der PKV zu stärken.¹¹ Dieser Zweck kann nach Ansicht *Daubenbüchels*, des Präsidenten des Bundesversicherungsamts, nur erreicht werden, wenn die GKV ähnliche Angebote macht, die über ihren bisherigen Leistungsumfang hinausgehen.¹² Nicht erlaubt ist es dagegen, Kos-

⁶ BT-Drucks. 16/3100, S. 108 f.

⁷ A.A. *Isensee*, NZS 2007, 449, 450 f.

⁸ So *Daubenbüchel*, RPG 2007, 95, 98.

⁹ Schreiben des Bundesversicherungsamts v. 13.03.2007 - II 1 - 4927.6 - 3709/2006, S. 5; ähnlich *Beckschäfer*, Ersatzkasse 2007, 233, 234 f.

¹⁰ BT-Drucks. 16/6794, Antrag FDP-Fraktion, GKV-eigene Tarife durch Kooperation von GKV und PKV beim Wahltarif zur Kostenerstattung ersetzen, S. 2.

¹¹ BT-Drucks. 16/3100, S. 109.

¹² *Daubenbüchel*, RPG 2007, 95, 98.

ten für Behandlungsmethoden zu erstatten, die etwa als neue Behandlungsmethoden nach §§ 135, 137c SGB V nicht zulasten der Krankenkassen erbracht werden dürfen.¹³

Die jetzt zulässigen Versicherungsleistungen waren bislang nur durch die PKV zu erlangen, und zwar entweder durch Abschluss eines Vollkostentarifs oder - für Pflichtversicherte - eines Zusatztarifs zu den Leistungen der GKV.

2. Einführung von Wahlтарifen durch die GKV

Der neue Freiraum, den der Gesetzgeber den gesetzlichen Krankenkassen geben will, wird von diesen genutzt. Verschiedene von ihnen haben von der Möglichkeit zur Einführung von Wahlтарifen schon Gebrauch gemacht. Variable Kostenerstattung sowie ein Wahlтарif für besondere Therapieeinrichtungen wird bereits von zahlreichen Krankenkassen angeboten.

Einen weitgehenden Kostenerstattungstarif hat die Techniker Krankenkasse in ihr Angebot aufgenommen. Wer den Tarif „TK-Privat Praxis“ wählt, kann ambulante ärztliche Leistungen bei Ärzten mit Kassenzulassung wie ein Privatversicherter in Anspruch nehmen. Die Kosten der Behandlung werden nicht über die Krankenversicherungskarte abgerechnet. Stattdessen erhalten die Patienten vom Arzt eine Rechnung, die sie bei der Techniker Krankenkasse einreichen. Die Techniker Krankenkasse zahlt 90% der Kosten an den Patienten. Der verbleibende Eigenanteil von 10% ist auf 400 Euro im Jahr begrenzt. Der Umfang der Kostenerstattungstarife anderer Krankenkassen ist dagegen häufig beschränkt. Die AOK Rheinland/Hamburg bietet etwa in ihrem Wahlтарif „Ein- und Zweibettzimmer“ nur Kostenerstattung der Zusatzkosten für ein Ein- bzw. Zweibettzimmer bei einer medizinisch notwendigen Krankenhausbehandlung in einem Vertragskrankenhaus.

Die Techniker Krankenkasse bietet den Wahlтарif „TK-Privat Natur-Arznei“ an. In diesem Tarif erstattet die Techniker Krankenkasse 90% der Kosten für alternative Arzneimittel, die der Vertragsarzt auf Privatrezept verordnet. Durch den Tarif „OptiBalance“ der IKK Niedersachsen können Versicherte die Übernahme von Arzneimittelkosten für Phytotherapie, anthroposophische Therapie und Homöopathie erreichen.

Mit einigen Wahlтарifen wird bereits jetzt unter dem Hinweis geworben, dass die Genehmigung des Bundesversicherungsamts noch aussteht. In den Internetangeboten der Krankenkassen findet sich daneben der Hinweis, dass weitere Wahlтарife entwickelt werden.

Die Genehmigung steht etwa bei der Techniker Krankenkasse noch für den Wahlтарif der „TK-Privat Klinik & Mehr“ aus, der insbesondere die Mehrkosten für die Unterbringung in einem Ein- oder Zweibettzimmer erstattet.

¹³ Daubenbüchel, RPG 2007, 95, 98.

Daneben weist die Techniker Krankenkasse darauf hin, dass sie „ihr Wahltarif-Angebot auch in Zukunft kontinuierlich ausbauen“ und so „die Wahlmöglichkeiten für ihre Versicherten ständig erweitern“ werde. Die AOK Niedersachsen wirbt mit der Aussage: „Auch in Zukunft wird die AOK alle sinnvollen gesetzlichen Möglichkeiten ausschöpfen, um Ihnen attraktive neue Wahltarife anbieten zu können.“ Die IKK-Direkt verkündet: „Die IKK-Direkt plant weitere interessante Wahltarife, die derzeit noch dem Bundesversicherungsamt zur Genehmigung vorliegen. Sobald diese freigegeben wurden, werden wir aktuell darüber informieren.“

Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass das schon in beträchtlichem Umfang bestehende Angebot von Wahltarifen weiter wachsen wird.

3. Wettbewerbsvorteile der GKV

Man mag sich freuen, dass dadurch die Wahlfreiheit der Versicherten vergrößert wird und Wettbewerb effektiviert wird. Doch näheres Hinsehen zeigt deutlich: Dieser neue Wettbewerb ist Wettbewerb zu ungleichen Bedingungen. Die gesetzlichen Krankenkassen genießen spezifische Vorteile, die ihnen im Wettbewerb mit der PKV nützen.

a) Geringere Regulierung der Beitragskalkulation

Die privaten Versicherungsunternehmen unterliegen bei substitutiven Krankenversicherungen den strengen Regeln bei der Beitragskalkulation.

In der privaten Krankenversicherung werden alle Tarife im Rahmen der substitutiven Krankenversicherung im Sinne des § 12 Abs. 1 VAG nach versicherungsmathematischen Methoden kalkuliert. Diese Methoden sind in der Verordnung über die versicherungsmathematischen Methoden zur Prämienkalkulation und zur Berechnung der Alterungsrückstellung in der privaten Krankenversicherung (KalV) zusammengefasst. Rechnungsgrundlagen dabei sind unter anderem Rechnungszins, Ausscheideordnung und die Kopfschäden. Basis der Prämienberechnung in der PKV ist damit eine ordentliche und umfassende Risikobewertung. Denn die Versicherungsprämien dürfen nur risikogerecht kalkuliert werden, wobei laut Kalkulationsverordnung in die Prämie ausdrücklich ein Sicherheitszuschlag von mindestens 5% der Bruttoprämie einzurechnen ist. Eine Unterdeckung in einem Tarif nach dem ersten Jahr ist durch das umfassende Regelwerk der Kalkulation (Kalkulationsverordnung) und der verbundenen Sicherheitsregeln (Sicherheitszuschläge) von vornherein praktisch ausgeschlossen.

Bei vorhersehbar überdurchschnittlich hohen Risiken besteht zum Schutz des Kollektivs die Möglichkeit zur Vereinbarung von Risikozuschlägen und Leistungsausschlüssen (§ 178g Abs. 1 S. 2 VVG a.F.). Hierdurch wer-

den die im unterschiedlichen Gesundheitszustand zum Ausdruck kommenden unterschiedlichen individuellen Risiken für alle Mitglieder des Kollektivs auf ein homogenes Risikoniveau normiert.¹⁴

Im Bereich der Zusatzversicherungen gelten diese Regelungen nicht in vollem Umfang. Auch hier gibt es aber zahlreiche Vorschriften. Zudem besteht ein faktischer Zwang durch die Marktsituation, so dass sich die privaten Krankenversicherungen den Regelungen des VAG und der KalV weitgehend unterwerfen.

aa) Einführung von Tarifen

Die Krankenkassen der GKV unterliegen bei der Schaffung von Wahlтарifen weit geringeren Kontrollmechanismen als die Versicherungsunternehmen der PKV. Das WSG selbst macht keine Vorschriften zur Kalkulation von Wahlтарifen in der GKV. Lediglich die Vorgabe, dass die Quersubventionierung verboten sei, weist darauf hin, dass die einzelnen Wahlтарife wirtschaftlich sein müssen. Das Bundesversicherungsamt wird konkreter. Im Schreiben zur Umsetzung der Wahlтарife gemäß § 53 SGB V vom 13.03.2007 an alle bundesunmittelbaren Krankenkassen hält es das Bundesversicherungsamt für erforderlich, dass für die Genehmigung von Wahlтарifen in der GKV von den Kassen zumindest eine Plausibilitätsdarstellung eingereicht werden muss.¹⁵ Aus der muss sich nachvollziehbar die Wirtschaftlichkeit aller Wahlтарife in der gesetzlichen Krankenversicherung ablesen lassen. Dabei ist genau darzulegen, auf welchem Wege die durch einen Wahlтарif erzielten Einnahmen, Einsparungen und Effizienzsteigerungen in den Kassen erfasst werden. Mit der Konkretisierung der Genehmigungsvoraussetzungen von Wahlтарifen durch das Bundesversicherungsamt offenbart sich die Kalkulationsgrundlage von Wahlтарifen in der gesetzlichen Krankenversicherung. Diese brauchen lediglich auf Plausibilitätsdarstellungen basieren. Bereits der Begriff der Plausibilität ist unklar. Fraglich ist nämlich bereits, welche Einnahmen bei der Berechnung der Wirtschaftlichkeit berücksichtigt werden dürfen. So wird etwa in der Literatur vorgeschlagen, auch die zusätzlichen Beiträge der Mitglieder miteinzurechnen, die ohne die Einführung eines Wahlтарifs nicht hätten gewonnen werden können.¹⁶ Dann aber trägt der Tarif sich nicht mehr aus sich selber heraus; eine Quersubventionierung findet statt.

¹⁴ Boetius, VersR 2001, 661, 668.

¹⁵ Schreiben des Bundesversicherungsamts v. 13.03.2007 - II 1 - 4927.6 - 3709/2006, S. 1 f.

¹⁶ Trauner, BKK 2007, 412, 418.

Auch wie sich die gesetzlichen Kassen der Plausibilität nähern, bleibt völlig offen. Denn ihnen fehlen jegliche Kalkulationsgrundlagen.¹⁷ Anders als den privaten Krankenversicherungen liegen den gesetzlichen Krankenkassen keine Daten über die Risikomerkmale ihrer Mitglieder vor. Sie kennen das Alter und das Geschlecht ihrer Versicherten. Über deren Gesundheitszustand sind sie dagegen nicht informiert. Die besondere Bedeutung des Gesundheitszustands für die Kalkulation wird aber deutlich, wenn man sich vor Augen führt, wie hoch der Anteil der Versicherten in der PKV ist, die Risikozuschläge zahlen.

Auch auf Erfahrungswerte können die gesetzlichen Krankenkassen bei der erstmaligen Kalkulation ihrer Tarife nicht zurückgreifen.¹⁸ Bei der Kalkulation der Wahltarife können sie daher allenfalls von einem durchschnittlichen Gesundheitszustand ausgehen. Tatsächlich werden aber gerade diejenigen Mitglieder mit einem schlechten Gesundheitszustand die angegriffenen Wahltarife abschließen. Wer häufig im Krankenhaus behandelt wird, für den lohnt sich ein Wahltarif Zweibettzimmer. Zusätzliche Beiträge rentieren sich dagegen nicht für denjenigen, der von den Leistungen nur selten profitieren könnte. Gerade in der Einführungsphase werden diejenigen Mitglieder einen Wahltarif abschließen, bei denen ein größerer Eingriff unmittelbar bevorsteht, die also etwa von der Chefarztbehandlung in den nächsten Wochen profitieren werden. Durch die dreijährige Bindungsfrist wird dieser Effekt etwas zurückgenommen. Auch danach ist aber davon auszugehen, dass die Mitglieder nur zusätzliche Beiträge zahlen werden, wenn sie überdurchschnittlich davon profitieren.

bb) Folgen bei Unterkalkulation

Ist ein Wahltarif falsch kalkuliert, geht dies nicht nur auf Kosten der ursprünglichen Wahltarifnehmer, sondern auf Kosten der gesamten Versicherungsgemeinschaft. Ist nämlich auf Grund einer Unterdeckung eine Verteuerung des Wahltarifs erforderlich, entsteht laut Bundesversicherungsamt ein neuer Tarif. Die Bindungswirkung für die Versicherten erlischt.¹⁹ Die Gemeinschaft der Teilnehmer an einem Wahltarif können also nicht verpflichtet werden, die von ihnen verursachten Verluste auszugleichen.²⁰ Dann muss es die Gemeinschaft der übrigen Versicherten tun.

¹⁷ G. W. Weber, GuS 2007, Heft 7/8, 54, 57.

¹⁸ Daubenbüchel, RPG 2007, 95, 99.

¹⁹ Schreiben des Bundesversicherungsamts v. 13.03.2007 - II 1 - 4927.6 - 3709/2006, S. 7.

²⁰ Daubenbüchel, RPG 2007, 95, 103.

Die gesetzlichen Krankenkassen haben anders als die privaten Versicherungen, die gemäß § 37 VAG zur Bildung umfangreicher Verlustrücklagen verpflichtet sind, keine Rücklagen, aus denen die Unterkalkulation zu decken wäre. Denn die Rücklagepflicht des § 261 SGB V reicht zur Abdeckung dieses Risikos nicht aus. Gemäß § 261 Abs. 2 SGB V beträgt sie nämlich zwischen einem Viertel und dem Einfachen des Betrages der auf den Monat entfallenden durchschnittlichen Ausgaben. Höher darf sie nicht sein, weil eine unnötige Vermögensansammlung vermieden werden soll.²¹ Damit gereicht ein von einem Versicherten gewählter Wahltarif kurzfristig zum Vorteil der Wahltarifteilnehmer, mittel- und langfristig aber immer zum Nachteil der gesamten Versichertengemeinschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung.

Das Verbot der Quersubventionierung nach § 53 Abs. 9 SGB V ist daher nicht durchsetzbar. Stellt sich ein Wahltarif als unrentabel heraus, kann das Bundesversicherungsamt als Aufsichtsbehörde zunächst auf eine Anpassung der Beiträge für die Wahltarife drängen, um die verursachten Verluste dadurch möglichst weitgehend aufzufangen. Wegen des dadurch ausgelösten Sonderkündigungsrechts der Tarifteilnehmer kann eine Deckung der Verluste aber nicht durchgesetzt werden. Erweist sich schließlich auch der korrigierte Tarif als unwirtschaftlich, kann das Bundesversicherungsamt lediglich noch die Genehmigung des Tarifs widerrufen.²² Die verursachten Verluste werden dann von der Versichertengemeinschaft aufgefangen.

bb) Anreizeffekte für die GKV

Für die Krankenkassen der GKV besteht ein Anreiz, das Fehlen wirksamer Sanktionen auszunutzen und unterfinanzierte Wahltarife einzuführen. Denn alle Wahltarife sind für die Krankenkassen ein Mittel der Mitgliederbindung.²³ Gemäß § 53 Abs. 8 Satz 1 SGB V wird das Mitglied bei Abschluss eines der angesprochenen Wahltarife für drei Jahre an diesen Tarif und damit auch an die Krankenkasse gebunden. Nach dem Bundesversicherungsamt ist es zulässig, nach Ablauf der Mindestbindungsfrist bei Verlängerung in der Satzung erneut eine dreijährige Bindung vorzusehen.²⁴ Durch attraktive Wahltarife können Mitglieder also effektiv an eine bestimmte Krankenkasse gebunden werden.

²¹ Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht/Peters, § 261 SGB V Rn. 2.

²² Daubenbüchel, RPG 2007, 95, 103.

²³ G. W. Weber, GuS 2007, Heft 7/8, 54, 55.

²⁴ Schreiben des Bundesversicherungsamts v. 13.03.2007 - II 1 - 4927.6 - 3709/2006, S. 6; *Beckschäfer*, Ersatzkasse 2007, 233, 235.

Die Wahltarife nach § 53 Abs. 4 SGB V sind dabei für die Krankenkassen besonders als Instrument der Bindung geeignet, da sie sich in erster Linie an die besser verdienenden Versicherten richten.²⁵ Diese Gruppe verfügt über die nötigen Mittel, um sich besondere Gesundheitsleistungen wie das Zweibettzimmer im Krankenhaus leisten zu können. Wenn ihre gesetzliche Krankenkasse diese Möglichkeiten bietet, werden die Besserverdienenden, die in der Regel wechselwilliger sind, davon abgehalten, eine andere Krankenkasse oder gar eine Krankenversicherung der PKV zu wählen.²⁶ Für die Krankenkassen lohnt es sich wirtschaftlich, einkommensstarken Mitgliedern unrentable Wahltarife anzubieten, um diese als Mitglieder zu halten. Denn die gutverdienenden Mitglieder zahlen überproportional viel ein. Selbst wenn sie über die Wahltarife einen Bonus zurückerhalten, den sie durch die zusätzlich fällig werdenden Beiträge für diese Tarife nicht decken, profitieren die Krankenkassen insgesamt von diesen Mitgliedern. Wenn sie die Wahltarife entgegen dem Verbot des § 53 Abs. 9 SGB V quersubventionieren, erhalten sie also mehr Mittel.

Genauso verhält es sich mit den Selbstbehalt- und Beitragsrückerstattungstarifen nach § 53 Abs. 1 und Abs. 2 SGB V. Diese Wahltarife erlauben den Krankenkassen, dass Mitglieder einen Teil der von der Krankenkasse zu tragenden Kosten gegen eine Prämienzahlung übernehmen können (Selbstbehalt) bzw. eine Prämienzahlung erhalten, wenn sie in einem Kalenderjahr keine Leistungen zu Lasten der Krankenversicherung in Anspruch genommen haben (Beitragsrückerstattung). Auch bei diesen Wahlтарifen besteht ein Anreiz für die Krankenkassen, unrentable Modelle anzubieten. Denn diese Tarife lohnen sich besonders für die Mitglieder, die aufgrund ihres jungen Alters oder ihres guten Gesundheitszustands davon ausgehen, zumindest in den nächsten drei Jahren keine hohen Gesundheitskosten zu verursachen. Für sie ist es wirtschaftlich sinnvoll, einen günstigen Tarif mit Selbstbehalt oder Beitragsrückerstattungen zu wählen, weil bei einem geringen Krankheitsrisiko die jährliche Ersparnis größer ist als die persönlich zu zahlenden Gesundheitskosten. Umfragen haben bereits ergeben, dass junge und gesunde Mitglieder ein größeres Interesse an Selbstbehalt- und Beitragsrückerstattungstarifen haben.²⁷ Ebenso wie bei den einkommensstarken Mitgliedern besteht ein starker Anreiz für die gesetzlichen Krankenkassen, diese Mitglieder durch besonders attraktive Tarife an sich zu binden.²⁸ Selbst wenn die Selbstbehalt- und Beitragsrückerstattungstari-

²⁵ Zur höheren Akzeptanz von Wahlтарifen bei freiwilligen Mitgliedern siehe Nachweise bei *G. W. Weber*, GuS 2007, Heft 7/8, 54, 59; siehe auch *Blöß/Rabbata/Rieser*, DÄ 2007, A 1059, 1061.

²⁶ *Winkel*, SozSich 2007, 110, 110.

²⁷ *Amhof/Böcken*, BKK 2007, 111, 117; *Paquet/Stein*, BKK 2007, 192, 194.

²⁸ *G. W. Weber*, GuS 2007, Heft 7/8, 54, 59.

fe in sich unrentabel sind, lohnen sie sich, weil die jungen und gesunden Mitglieder insgesamt überproportional einzahlen.

b) Geringere Regulierung der Beitragsanpassung und Kündigung

Die Krankenkassen der GKV sind anders als die Krankenversicherungen der PKV bei der Beitragsanpassung kaum Regeln unterworfen. Für den Fall der Beitragsanpassung wegen Unwirtschaftlichkeit eines Wahltarifs hat das Bundesversicherungsamt die Genehmigung von Wahltarifen mit dem Vorbehalt des Widerrufs versehen.²⁹ Für alle anderen Fälle fehlt es bei Wahltarifen in der GKV an einem umfangreichen Regelwerk zur Beitragsanpassung.

Gemäß § 178i Abs. 1 S. 1 VVG a.F. ist in der substitutiven Krankenversicherung die ordentliche Kündigung durch den Versicherer ausgeschlossen. Auch Prämienhöhungen wegen nachträglicher Erhöhung des *individuellen* Krankheitsrisikos sind ausgeschlossen.³⁰ Ebenso wenig dürfen nach § 12 b Abs. 2 VAG Unterkalkulationen zum Anfangszeitpunkt nachgeholt werden. Eine Beitragsanpassung „erfolgt insoweit nicht, als die Versicherungsleistungen zum Zeitpunkt der Erst- oder einer Neukalkulation unzureichend kalkuliert waren und ein ordentlicher und gewissenhafter Aktuar dies hätte erkennen müssen.“ Verluste sind insoweit aus den Eigenmitteln des Unternehmens zu zahlen. Diese werden durch die Pflicht zur Bildung einer Verlustrücklage in § 150 AktG für die AG und § 37 VAG für den VVaG gewährleistet.

Für Beitragsanpassungen aufgrund zukünftiger, nicht kalkulierter Mehraufwendungen muss vielmehr ein sogenannter „auslösender“ Faktor vorliegen. So schreibt das VAG zwingend vor, dass private Versicherungsunternehmen für jeden kalkulierten Tarif zumindest jährlich die erforderlichen mit den kalkulierten Versicherungsleistungen zu vergleichen hat. Ergibt sich in dieser Gegenüberstellung für einen Tarif eine nicht als vorübergehende Abweichung von mehr als 10 Prozent, hat das Unternehmen alle Prämien dieses Tarifs zu überprüfen und entsprechend anzupassen. Dabei dürfen die Prämienänderungen erst dann in Kraft treten, nachdem ein unabhängiger Treuhänder der Beitragsanpassung zugestimmt hat. Zur Überprüfung, ob eine Beitragsanpassung mit den dafür bestehenden Vorschriften im Einklang steht, sind dem Treuhänder alle erforderlichen technischen Berechnungsgrundlagen sowie die hierfür notwendigen Nachweise und Daten vorzulegen.

Der Versicherer, nicht der Versicherte, trägt also das Risiko einer später eintretenden Verschlechterung des Gesundheitszustandes und einer Fehlkalkulation der Versicherungsprämie. Damit wird dem Bedürfnis der Versicherten nach langfristiger, in der Regel lebenslanger Absicherung des existentiellen Krankheitsrisikos Rechnung getragen. Erst hierdurch wird die PKV zu einer der GKV in ihrer Bedeutung gleichwertigen Form der sozialen Absicherung.

²⁹ Schreiben des Bundesversicherungsamts v. 13.03.2007 - II 1 - 4927.6 - 3709/2006, S. 7.

³⁰ Prölss, VVG, § 178g Rn. 15.

Die Krankenkassen können daher ihre Wahltarife von vornherein ganz anders kalkulieren als die Krankenversicherungen der PKV, die weitgehend an die strengen Regeln der KalV gebunden sind bzw. sich freiwillig daran binden und selbst beim Betreiben von Zusatzversicherungen nach Art der Schadensversicherung die Genehmigung eines unabhängigen Treuhänders einholen müssen. Der Verbraucherschutz wird bei den Wahlтарifen in der GKV nicht gewährleistet. Denn ein GKV-Versicherter, der sich für ein wie auch immer geartetes Wahl- oder Zusatzprodukt seiner Kasse entscheidet, hat keine Gewähr dafür, dass die Beitragsentwicklung nach verlässlichen und im Vorhinein feststehenden Regeln abläuft. Der Versicherte muss mit altersabhängigen Mehrbelastungen rechnen und kann nicht einmal darauf vertrauen, dass - weil Zusatz- oder Wahlтарife theoretisch jederzeit durch die Aufsicht als auch durch die anbietende Kasse aufkündbar sind - Zusatzleistungen lebenslang gewährt werden.³¹

Die Mehrbelastungen mit zunehmendem Alter werden noch dadurch verstärkt, dass viele der Wahlтарife altersabhängig kalkuliert sind. Anders als die Krankenversicherungen der PKV nehmen die Krankenkassen der GKV nämlich keine Alterungsrückstellungen vor.³² Weil die Krankheitskosten altersabhängig sind und mit dem Alter ansteigen, werden für ältere Mitglieder höhere Beiträge fällig.

Deutlich wird das etwa an dem Wahlтарif „Zweibettzimmer“, der von der AOK Rheinland/Hamburg angeboten wird. Bis zur Vollendung des 20. Lebensjahres beträgt die monatliche Prämie 4,70 Euro, nach Vollendung des 65. Lebensjahres 52,00 Euro. Das ist eine Steigerung um mehr als das 11-fache (!).

Will ein GKV-Mitglied den von ihm ausgesuchten Wahlтарif auch im Alter behalten, muss es also bereits in jungen Jahren ausreichende Mittel dafür zurücklegen. Bei sinkender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit im Alter steigen nämlich gleichzeitig die Beiträge. Diese Entwicklung widerspricht dem Anliegen der Sozialversicherung, die einen Schutz gerade bei sinkender Leistungsfähigkeit gewährleisten soll.³³ Die Mitglieder sollen nicht gezwungen sein, bereits frühzeitig privat Mittel zurückzulegen, um den von ihnen gewünschten Standard des Schutzes bei Krankheit auch im Alter erreichen zu können. Geradezu widersinnig erscheint es, dass die GKV-Versicherten mit Wahlтарif zur frühzeitigen privaten Vorsorge anders als die durch Beitragsanpassungsverbote und Alterungsrückstellungen abgesicherten PKV-Versicherten angehalten sind.

³¹ Schmidt, GesR 2007, 295, 302; Schulze Ehring/C. Weber, Wahlтарife in der GKV, WIP-Diskussionspapier 4/07, S. 20 f.

³² Schulze Ehring/C. Weber, Wahlтарife in der GKV, WIP-Diskussionspapier 4/07, S. 19 f.

³³ Schmidt, GesR 2007, 295, 302.

c) Bindung an die GKV durch Pflichtmitgliedschaft sowie Zugang zu Daten

In den Krankenkassen der GKV ist der überwiegende Teil der Bevölkerung pflichtversichert. Die Krankenkassen erlangen durch die bestehende, gesetzlich angeordnete Kundenbindung erhebliche Vorteile beim Vertrieb der Zusatzangebote: Die Vorteile bestehen vor allem in dem Zugang zu den Adressdaten und sonstigen Daten der Versicherten, die zielgenaue, auf den einzelnen Versicherten zugeschnittene Angebote ermöglichen.³⁴ Hinzu kommt, dass die Pflichtversicherten dazu neigen, eine Zusatzversicherung bei der Krankenkasse, die den Regelschutz liefert, abzuschließen. Beispielhaft: Ein Versicherter der DAK, der einen Zusatzschutz wünscht, wird diesen bei vergleichbaren Kosten eher bei der DAK als bei einem privaten Versicherungsunternehmen abschließen.³⁵ Dieser Effekt wird noch dadurch verstärkt, dass durch das GKV-WSG eingeführt wurde, dass die Jahresarbeitsentgeltgrenze in drei aufeinanderfolgenden Jahren überschritten werden muss, um die Versicherungspflicht enden zu lassen (§ 6 Abs. 4 S. 1 SGB V). Dadurch werden Pflichtversicherte erheblich länger an die Krankenkassen der GKV gebunden, als es bisher der Fall war. Nach § 6 Abs. 4 SGB V a.F. bestand Versicherungsfreiheit ab dem Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Jahresarbeitsentgeltgrenze erstmalig überschritten wurde. Der Anreiz, alle Angebote aus einer Hand anzunehmen, besteht daher über einen längeren Zeitraum.

d) Sonstige Vorteile

Die gesetzlichen Krankenkassen genießen darüber hinaus Vorteile, die ihnen bei ansonsten gleichen Bedingungen das Angebot günstigerer Prämien bei den Zusatzleistungen ermöglicht: Sie unterliegen gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 6 i. V. m. § 4 Abs. 5 KStG als nicht gewerbliche Betriebe von juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht der Körperschaftsteuer.³⁶ Die steuerlichen Belastungen sind für private Krankenversicherungen erheblich. Denn zur Erfüllung der Solvabilitätsvorschriften besteht muss Eigenkapital gebildet werden. Soweit dies aus Gewinnen geschieht - was der Regelfall ist -, unterliegen diese der Körperschaftsteuer und der Gewerbeertragssteuer.

Bislang sind die Krankenkassen der GKV gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO i.V.m. landesrechtlichen Bestimmungen in der Regel nicht insolvenzfähig. Gemäß § 171b SGB V soll aber ab dem

³⁴ Von Maydell/Karl, Das Angebot von Zusatzkrankenversicherung, S.35; *Isensee*, NZS 2007, 449, 454 f.

³⁵ *Isensee*, NZS 2007, 449, 455.

³⁶ BFH v. 04.02.1976 - I R 200/73, BStBl. II 1976, 355.

01.01.2010 eine allgemeine Insolvenzfähigkeit eingeführt werden, damit unabhängig vom Landesrecht für alle im Wettbewerb stehenden Kassen die gleichen Bedingungen gelten.³⁷ Vor diesem Hintergrund ist es für die Krankenkassen von besonderer Bedeutung, durch attraktive und ggf. unterfinanzierte Wahltarife gesunde und einkommensstarke Mitglieder an sich zu binden.³⁸

Gemäß § 66 SGB X können die Krankenkassen der GKV ihre Forderungen nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz betreiben.

Die gesetzlichen Krankenkassen haben Anspruch auf Rabatte bei der Bezahlung von Arzneimitteln. Gemäß § 130 SGB V erhalten die gesetzlichen Krankenkassen bei den Apotheken für verschreibungspflichtige Fertigarzneimittel einen Rabatt von 2,30 Euro, für sonstige Arzneimittel einen Abschlag von 5%. Daneben können sie den Herstellerrabatt in Höhe von 6% des Herstellerabgabepreises nach § 130a SGB V in Anspruch nehmen.

Weiterhin können sie ihre beherrschende Marktstellung nutzen, um günstige Konditionen bei Anbietern von Gesundheitsleistungen zu erzielen. Denn aufgrund des Sachleistungsprinzips, das lediglich nach § 53 Abs. 4 SGB V durchbrochen wird, bei Wahlтарifen nach § 53 Abs. 5 SGB V aber günstigere Angebote ermöglicht, sind sie selbst Vertragspartner dieser Anbieter.³⁹

4. Entsolidarisierung in der GKV

Eine weitere Folge der Einführung von Wahlтарifen in der GKV ist eine Entsolidarisierung in zweierlei Hinsicht. *Das der GKV an sich zugrunde liegende Prinzip der Solidarität wird ausgehöhlt.* Zum einen profitieren die gesunden Mitglieder auf Kosten derjenigen mit einem schlechten Gesundheitszustand, zum anderen die gutverdienenden Mitglieder zu Lasten der geringverdienenden.

Die gesetzliche Krankenversicherung beruht auf horizontaler und vertikaler Solidarität, die das Äquivalenzprinzip in zweifacher Hinsicht durchbrechen.⁴⁰ Mit horizontaler Solidarität wird bezeichnet, dass die Beitragshöhe nicht nach Alter, Geschlecht oder gesundheitlichen Risiken bestimmt wird, sondern nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Dadurch wird die versicherungstechni-

³⁷ BT-Drucks. 16/3100, S. 156 f.

³⁸ G. W. Weber, GuS 2007, Heft 7/8, 54, 60.

³⁹ Von Maydell/Karl, Das Angebot von Zusatzkrankenversicherung, S.35.

⁴⁰ Kingreen, ZESAR 2007, 139, 141; siehe zum Solidarprinzip auch Schmidt, GesR 2007, 295, 296.

sche Äquivalenz zwischen Beitrag und Risiko durchbrochen. Das horizontale Solidarprinzip hat das BVerfG folgendermaßen beschrieben:⁴¹

„Von der privaten Versicherung, die auf dem Äquivalenzprinzip einerseits und dem Kapitaldeckungsprinzip andererseits sowie der Bildung altersabhängiger Risikogemeinschaften beruht, unterscheidet sich die Sozialversicherung ganz wesentlich durch das fehlende Gewinnstreben und die zahlreichen Komponenten des sozialen Ausgleichs, wie sie etwa in der beitragsfreien Mitversicherung von Familienmitgliedern, der Umlagefinanzierung und der Bemessung der Beiträge nach dem Entgelt zum Ausdruck kommen (vgl. BVerfGE 76, 256 [300 ff.] für die gesetzliche Rentenversicherung). Der Ausgleich unterschiedlicher Krankheitsrisiken unter den Pflichtversicherten tritt in der gesetzlichen Krankenversicherung als prägendes Merkmal hinter den Ausgleich zwischen finanziell Leistungsfähigen und Leistungsschwächeren zurück.“

Vertikale Solidarität bedeutet, dass der Leistungsumfang nicht von der Höhe der gezahlten Beiträge abhängig ist. Der Leistungskatalog ist vielmehr standardisiert. Nur der standardisierte Leistungskatalog rechtfertigt die Pflichtmitgliedschaft. Würden trotz gleicher Beitragssätze ungleiche Leistungen erbracht, läge sonst ein Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit der Pflichtmitglieder vor. Sie wären dann nämlich gezwungen, mit ihren Beiträgen Mehrleistungen für andere Mitglieder zu zahlen, die sie selbst nicht beanspruchen könnten. Frühere Ungleichbehandlungen hatte der Gesetzgeber deshalb weitgehend abgeschafft. So erbrachten unter der Geltung des § 179 Abs. 2 und 3 RVO die Ersatzkassen der Angestellten satzungsgemäße Mehrleistungen in größerem Umfang. Seit das gesetzliche Krankenversicherungsrecht im SGB V im Jahr 1988 geregelt wurde, ist die Satzungsautonomie der Kassen weitgehend eingeschränkt worden (vgl. § 194 Abs. 1 Nr. 3 SGB V). Außerdem wurde den Versicherten weitgehende Freiheit bei der Wahl der Krankenkasse eingeräumt (§§ 173 f. SGB V), so dass sie Leistungsunterschiede durch eigenverantwortliche Entscheidungen selbst überwinden können. Die Regelung vor dem GKV-WSG war im Hinblick auf die allgemeine Handlungsfreiheit der Pflichtmitglieder daher verfassungsrechtlich unbedenklich. Vertikale Solidarität wurde weitgehend gewährleistet.⁴²

Vor allem die ebenfalls mit dem GKV-WSG in § 53 Abs. 1 und Abs. 2 SGB V eingeführte Möglichkeit von Selbstbehalt- und Beitragsrückerstattungstarifen greifen in die horizontale Solidarität ein. In erster Hinsicht wird durch die Einführung dieser Wahltarife die Solidarität zwischen Mitgliedern mit einem guten und solchen mit einem schlechten Gesundheitszustand ausgehöhlt. Denn gesunde

⁴¹ BVerfG v. 04.02.2004 - 1 BvR 1103/03, NZS 2005, 479.

⁴² Ausführlich *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, S. 282 ff.; siehe auch *Vöcking*, ZMGR 2005, 24, 27 zum „Rückzug“ bei der Quersubventionierung des Zahnersatzes im Zuge des am 01.01.2004 in Kraft getretenen Gesundheitsmodernisierungsgesetzes.

Mitglieder können sich jetzt günstiger versichern als kranke.⁴³ Für sie ist es wirtschaftlich sinnvoll, einen günstigen Tarif mit Selbstbehalt oder Beitragsrückerstattungen zu wählen, weil bei einem geringen Krankheitsrisiko die jährliche Ersparnis größer ist als die persönlich zu zahlenden Gesundheitskosten. Wenn sich die gesunden Mitglieder dem „Volltarif“ entziehen, wird dieser für die weniger gesunden teurer, weil nur die Mitglieder mit schlechten Gesundheitsrisiken im „Volltarif“ verbleiben. Diese Wirkungsweise wird dadurch verstärkt, dass - anders als in der PKV - Wechsel jederzeit ohne Risikoprüfung und ohne Rücksicht auf Alterungsrückstellungen möglich sind. Wird also ein Mitglied mit Selbstbehalt- oder Beitragsrückerstattungstarif älter und steigt damit sein Gesundheitsrisiko, kann es zurück in den „Volltarif“ wechseln. Dieses Mitglied belastet auf diese Weise die Solidargemeinschaft, zu der es selbst in jungem Alter weniger beigetragen hat.⁴⁴

In zweiter Linie wird durch die Selbstbehalttarife auch die Solidarität zwischen gering- und besser- verdienenden Mitgliedern beeinträchtigt. Wer als Besserverdienender mehr Beiträge zahlt, kann durch Selbstbehalttarife höhere Prämienzahlungen erhalten. Dies ist in § 53 Abs. 4 Satz 4 und 5 SGB V gesetzlich vorgesehen, in der Prämienhöchstsummen in Abhängigkeit von der Beitragsbelastung festgelegt sind. Da das Gesundheitsrisiko mit dem Einkommen nicht zunimmt, können einkommensstarke Mitglieder darum erheblich mehr sparen⁴⁵ und sind an Selbstbehalttarifen stärker interessiert.⁴⁶ Verstärkt wird diese Tendenz dadurch, dass es sich für die Krankenkassen wirtschaftlich lohnt, einkommensstarke Mitglieder durch für sie besonders attraktive Selbstbehalt- und Beitragsrückerstattungstarife an sich zu binden. Wenn die angebotenen Wahltarife sich wirtschaftlich nicht tragen, zahlen diese Mitglieder aufgrund ihres hohen Einkommens immer noch überproportional viel im Vergleich zu den von ihnen in Anspruch genommenen Leistungen. Durch die Wahltarife erhalten sie aber entgegen dem ineffektiven Verbot des § 53 Abs. 9 SGB V eine Quersubventionierung durch die Versichertengemeinschaft. Sie müssen dann nicht mehr Beiträge in der Höhe zahlen, zu der sie aufgrund des Beitragssatzes an sich verpflichtet wären.

Durch die Kostenerstattungstarife nach § 53 Abs. 4 SGB V wird dagegen in erster Linie das vertikale Solidarprinzip angegriffen. Der Leistungsumfang wird wieder abhängig von den individuell ge-

⁴³ *Isensee*, NZS 2007, 449, 453; *Schmidt*, GesR 2007, 295, 296; *Winkel*, SozSich 2007, 84; *G. W. Weber*, GuS 2007, Heft 7/8, 54, 56; Stellungnahme der GdS, GdS Magazin November 2006, 8, 8; *Blöß/Rabbata/Rieser*, DÄ 2007, A 1059, 1060 f.

⁴⁴ *Schulze Ehring/C. Weber*, Wahltarife in der GKV, WIP-Diskussionspapier 4/07, S. 10 ff.; *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, S. 95 f.; *Sahmer*, NZS 1997, 260, 265 f.; *Kingreen*, ZESAR 2007, 139, 144 f.; *Daubenbüchel*, RPG 2007, 95, 100; *C. Weber*, ZMGR 2005, 29, 30 f.

⁴⁵ *Kingreen*, ZESAR 2007, 139, 144; *Daubenbüchel*, RPG 2007, 95, 100; *Amhof/Böcken*, BKK 2007, 111, 117.

⁴⁶ *Schmidt*, GesR 2007, 295, 296; *Paquet/Stein*, BKK 2007, 192, 194.

zahlten Beiträgen. Wenn etwa die Erstattung von Zusatzleistungen wie Zweibettzimmer und Chefarztbehandlung gegen zusätzliche Beitragszahlung angeboten werden, wird eine ungleiche Behandlung in die GKV hineingetragen. Die Versicherten erhalten jetzt die Möglichkeit, zu entscheiden, in welchem Umfang sie Leistungen in Anspruch nehmen wollen, was dem Prinzip der vertikalen Solidarität zuwider läuft. Solange zwischen den unterschiedlichen Gruppen - nämlich der der Mitglieder ohne Wahltarif und der der Mitglieder mit Wahltarif - klar unterschieden wird, steht diese Einschränkung des Solidaritätsgedankens nicht notwendig einer Pflichtmitgliedschaft in der Gruppe ohne Wahltarif entgegen.⁴⁷ Wie oben dargestellt droht aber eine Quersubventionierung der Wahltarife, weil für die Krankenkassen ein Anreiz besteht, die Mitglieder, die die Leistungen der Wahltarife in Anspruch nehmen möchten, durch günstige Angebote an sich zu binden. Dies hat zur Folge, dass die Pflichtmitglieder ohne Wahltarif gezwungen sind, durch ihre Pflichtbeiträge die Mehrleistungen an die begünstigten Mitglieder zu finanzieren. Bereits diese Folge zeigt die Verfassungswidrigkeit der Regelungen zu den Wahlтарifen. Aufgrund des Anreizes, unterfinanzierte Wahltarife anzubieten, und der faktischen Zulassung der Quersubventionierung wird nämlich auch in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Handlungsfreiheit der Pflichtmitglieder eingegriffen.

Daneben wird die horizontale Solidarität durch diese Wahltarife mit Zusatzleistungen eingeschränkt. Denn durch die altersabhängige Bemessung der Beiträge zahlen gerade diejenigen besonders viel, die schutzbedürftig und nicht mehr in gleicher Weise wirtschaftlich leistungsfähig wie jüngere Versicherte sind. Dies widerstrebt dem Gedanken der horizontalen Solidarität, der auf gleiche Beitragssätze zielt.⁴⁸

III. Verfassungsrechtliche Würdigung

Die gesetzgeberische Zulassung der fakultativen Wahltarife „Kostenerstattung“ (§ 53 Abs. 4 SGB V) verletzen die PKV-Unternehmen in ihren Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG.

1. Formelle Verfassungswidrigkeit

Man mag schon zweifeln an der formellen Verfassungskonformität dieser Regelungen. Mit der Verpflichtung bzw. Ermächtigung an die GKV, Wahltarife anzubieten, verlässt der Gesetzgeber die

⁴⁷ Weitergehend *Schmidt*, GesR 2007, 295, 302.

⁴⁸ *Schmidt*, GesR 2007, 295, 302.

Kompetenznorm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.⁴⁹ Der Begriff der Sozialversicherung ist ein „weitgefaßter ‚verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff““ und „umfaßt alles, was sich der Sache nach als Sozialversicherung darstellt. Neue Lebenssachverhalte können in das Gesamtsystem ‚Sozialversicherung‘ einbezogen werden, wenn die neuen Sozialleistungen in ihren wesentlichen Strukturelementen, insbesondere in der organisatorischen Durchführung und hinsichtlich der abzudeckenden Risiken, dem Bild entsprechen, das durch die ‚klassische‘ Sozialversicherung geprägt ist.“⁵⁰ Die Sozialversicherung ist insbesondere gekennzeichnet durch das soziale Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten. Wesentliches Merkmal ist also ein Element des sozialen Ausgleichs.⁵¹ Hierunter ist zu verstehen, dass sich die Beiträge zur Sozialversicherung nicht nach dem individuellen Risiko richten, sondern nach der Leistungsfähigkeit und dass in verschiedenen Bereichen der Leistungsumfang nicht durch die Höhe der Beiträge beeinflusst wird bzw. dass die bei verschiedenen Versicherten bestehenden ungleichen Risiken innerhalb der Solidargemeinschaft nach sozialen Gesichtspunkten ausgeglichen werden.⁵² Weiterhin ist die Sozialversicherung als gesetzliche Verteilung eines gemeinsamen Bedarfs auf eine organisierte Vielheit vom Wesen her eine Pflichtversicherung.⁵³ Typisches Merkmal ist außerdem der Schutz vor individuellen Notlagen. Daher können nicht beliebige Lebenssachverhalte in die Sozialversicherung einbezogen werden. Soweit es sich nicht um „klassische Risiken“ handelt, müssen sie diesen nach Art und Bedeutung vergleichbar sein, so dass ein soziales Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten besteht. Der Gesetzgeber wäre daher schon aus kompetentiellen Gründen gehindert, medizinisch nicht notwendige Schönheitsoperationen, Schlankheitskuren oder Badereisen als Krankenversicherungsleistungen anzubieten.⁵⁴ Essentielles Merkmal ist schließlich, wie schon oben erläutert, die öffentlich-rechtliche Organisationsform.

Bis auf das letztgenannte Merkmal erfüllen die Wahltarif-Regelungen des Abs. 4 die Merkmale der klassischen Sozialversicherung nicht und sind daher vom Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG nicht erfasst.⁵⁵ Es handelt sich nicht um eine Pflichtversicherung, sondern um optionale Zusatz-

⁴⁹ Ebenso *Isensee*, NZS 2007, 449, 452f.

⁵⁰ BVerfG v. 08.04.1987 - 2 BvR 909/82 u.a., BVerfGE 75, 108, 146 f.; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 74 Rn. 31.

⁵¹ Vgl. nur BVerfG v. 28.05.1993 - 2 BvF 2/90, BVerfGE 88, 203.

⁵² *Schmidt*, GesR 2007, 295, 300.

⁵³ *Maunz* in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 74 Rn. 172; *Merten* in: *Schulin* (Hrsg.), *Handbuch des Sozialversicherungsrechts*, Bd. 1, § 5 Rn. 114.

⁵⁴ *Merten* in: *Schulin* (Hrsg.), *Handbuch des Sozialversicherungsrechts*, Bd. 1, § 5 Rn. 117.

⁵⁵ Prägnant *Isensee*, NZS 2007, 449, 453: „Den Wahlleistungen, wie sie in § 53 SGB V vorgesehen werden, gehen Essentialia der Sozialversicherung ab: Sozialausgleich und Versicherungspflicht.“

leistungen, die über die Leistungen der gesetzlichen Pflichtversicherung hinausgehen. Abgesichert werden soll nicht ein elementares Lebensrisiko, die Wahltarife reagieren vielmehr auf - vom Gesetzgeber angeblich erkannte - Zusatzbedürfnisse. Das elementare Lebensrisiko der Krankheit wird durch den normalen Leistungsumfang der GKV abgedeckt. Die Tatsache, dass bestimmte Leistungen nicht vom gesetzlichen Leistungsumfang erfasst sind, zeigt gerade, dass eine Absicherung durch die GKV nicht erforderlich ist. Besonders deutlich wird die Abkehr vom herkömmlichen Begriff der Sozialversicherung beim Wahltarif Kostenerstattung, der es nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers insbesondere auch ermöglichen soll, dass die Bezahlung der Ärzte nach GOÄ-Sätzen versichert werden kann. Hierbei geht es gerade darum, dass sich einzelne gesetzlich Versicherte von den „normalen“ GKV-Versicherten abheben, um als „gesetzlicher Privatpatient“⁵⁶ über höhere Vergütungen (vermeintlich) in den Genuss besserer ärztlicher Leistungen zu kommen. Eine klarere Abkehr vom Solidarprinzip in der GKV ist eigentlich kaum denkbar. In den angegriffenen Wahlтарifen fehlt es darüber hinaus an einer Verpflichtung zur Bemessung der Prämien nach der Leistungsfähigkeit (siehe oben I. 4. c) aa) (1)).⁵⁷ Gesetzlich geregelt ist nur, dass die Krankenkassen besondere Prämien für die Wahlleistungen vorsehen müssen und jeder Wahlтарif kostendeckend sein muss.

Insgesamt ist bei separater Betrachtung der angegriffenen Wahlтарife mit Zusatzleistungen davon auszugehen, dass diese nicht mehr vom Kompetenztitel der Sozialversicherung erfasst sind, da sie zwar organisatorisch der Sozialversicherung zugeordnet sind, inhaltlich aber zentrale Abgrenzungsmerkmale zur Privatversicherung fehlen.⁵⁸

Die Einführung der angegriffenen Wahlтарife ist auch nicht etwa unter dem Gesichtspunkt eines Sachzusammenhangs zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG von den Bundeskompetenzen gedeckt. Voraussetzung für eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs ist, dass eine dem Bund zugewiesene Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine andere Materie mitgere-

⁵⁶ Diese Bezeichnung hat die IKK-Direkt für einen von ihr angebotenen Kostenerstattungstarif gewählt, vgl. die Pressemitteilung der IKK-Direkt vom 30.3.2007, in der es u.a. heißt: „Gesetzlich krankenversichert mit dem Status eines Privatpatienten. Die IKK-Direkt, ..., macht das jetzt für ambulante medizinische Leistungen in Schleswig-Holstein möglich, In Zusammenarbeit mit der Kassenärztlichen Vereinigung Schleswig-Holstein (KVSH) führt die IKK-Direkt für diejenigen Versicherten, die Kostenerstattung anstelle des Sachleistungsprinzips wählen, den Wahlтарif ‚Gesetzlicher Privatpatient‘ für die haus- und fachärztliche Behandlung ein.“ (Quelle: <http://www.ikk-direkt.de/at/docpool/Pressemitteilungen/PM30032007.pdf> - ein Ausdruck wird als Anlage A 2 beigefügt)

⁵⁷ Vgl. *Schmidt*, GesR 2007, 295, 302.

⁵⁸ *Isensee*, NZS 2007, 449, 452f; *Schmidt*, GesR 2007, 295, 302.

gelt wird.⁵⁹ Dass dies nicht der Fall ist, zeigt allein schon die Tatsache, dass die GKV bislang auch ohne die angegriffenen Regelungen zu den Wahlтарifen ihren Aufgaben nachkommen konnte. Selbst wenn man ein Bedürfnis der gesetzlich Versicherten nach Zusatzleistungen annimmt, ist es keineswegs erforderlich, dass die GKV selbst diese Leistungen anbietet.

Die Regelungen sind vom Bundesgesetzgeber nicht kompetenzgemäß erlassen worden. Es handelt es sich um Mischformen von Privat- und Sozialversicherung, die nicht von den Bundeskompetenzen der Art. 73 ff. GG erfasst ist.⁶⁰ Es werden mit den Wahlтарifen Leistungen, die inhaltlich nicht mehr Sozialversicherung, sondern Privatversicherung sind, organisatorisch der Sozialversicherung zugeordnet.

2. Materielle Verfassungswidrigkeit

Gewichtiger noch sind die Einwände des materiellen Verfassungsrechts. Die Neuregelungen verstoßen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz sowie gegen die Berufsfreiheit der Versicherer der PKV. Die Regelungen sind schon mangels Gesetzgebungskompetenz formell verfassungswidrig, sie verstoßen aber auch materiell gegen die Verfassung.

a) Verletzung der Chancengleichheit im Wettbewerb, Art. 3 Abs. 1 GG

Das Tätigwerden der GKV im Bereich der Zusatzversorgung stellt einen Eingriff in das Recht auf Chancengleichheit im Wettbewerb vor, das sich aus Art. 3 Abs. 1 GG ergibt. Indem der Gesetzgeber der GKV die Ausnutzung spezifischer Strukturvorteile im Wettbewerb ermöglicht, behandelt er die GKV gegenüber der PKV ungleich. Diese Ungleichbehandlung ist sachlich nicht gerechtfertigt. Der Gesetzgeber muss entweder sicherstellen, dass die GKV unter den gleichen Bedingungen tätig wird wie die PKV - was ihm mit § 53 Abs. 9 SGB V nicht gelungen ist -, oder die GKV muss sich einer Geschäftstätigkeit im Bereich der Zusatzversorgung enthalten. Die eventuell notwendige Einschränkung der Tätigkeit der GKV ist hinnehmbar, weil für die Zusatzversorgung ein funktionierender privater Markt besteht und ein Tätigwerden der GKV sozialstaatlich nicht notwendig ist.

aa) Ungleichbehandlung

⁵⁹ BVerfG v. 03.03.2004 - 1 BvF 3/92, BVerfGE 110, 33, 48.

⁶⁰ Vgl. auch *Steiner*, A&R 2007, 147, 150: „Das sog. duale System sollte nicht durch eine kompetentielle Vermischung geschwächt werden; seine Unterschiede sollen sich nach wie vor in verschiedenen Kompetenztiteln spiegeln.“

Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. In den Worten des BVerfG liegt eine Ungleichbehandlung vor, „wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“.⁶¹ Eben dies ist hier der Fall:

Zunächst einmal sind die Bereiche zu vergleichen, in denen direkte Konkurrenz zwischen PKV und GKV besteht. Wie dargestellt ist dies einerseits zwischen den von der PKV angebotenen Zusatzversicherungen und den Wahlтарifen der GKV, andererseits bezüglich der freiwillig versicherten Mitglieder zwischen den Vollversicherungen der PKV und der Vollversicherungen der GKV mit dem Wahlтарif Kostenerstattung der Fall. Darüber hinaus ist aber auch ein Vergleich von Vollversicherung PKV mit Vollversicherung GKV sowie Wahlтарif Kostenerstattung in Bezug auf die Pflichtversicherten möglich. Zwar besteht insofern keine Konkurrenz, da die Pflichtversicherten eine Vollversicherung in der PKV nicht abschließen können. Dies schließt aber einen Vergleich nicht aus. Denn es handelt sich um vergleichbare Gegenstände, da es bei beiden Vollversicherungen um einen vergleichbaren Schutz bei Krankheit geht. Diese vergleichbaren Gegenstände werden lediglich unterschiedlich in der Form behandelt, dass die Pflichtversicherten die Angebote der PKV-Krankenversicherungen nicht wahrnehmen können. Die Ungleichbehandlung bleibt nichtsdestotrotz..

(1) Vergleich Wahlтарife - Zusatzversicherungen

Vergleicht man die Wahlтарife der GKV mit den von der PKV angebotenen Zusatzversicherungen werden zunächst die oben angesprochenen strukturellen Vorteile der GKV relevant. Dies fängt bei der Mitgliederwerbung an, bei der die GKV auf die ohnehin bestehende Bindung durch Pflichtmitgliedschaft und die dadurch erhaltenen Mitgliederdaten setzen kann. Die Wahlтарife können attraktiv kalkuliert werden, weil die Krankenkassen das Verbot der Quersubventionierung des § 53 Abs. 9 SGB V leicht umgehen können und ein Anreiz für sie besteht, dies zu tun. Anders als die Krankenversicherungen der PKV bedürfen die Krankenkassen der GKV bei einer Beitragsanpassung nicht der Zustimmung eines unabhängigen Treuhänders. Ihre Krankengeldtarife nach § 53 Abs. 6 SGB V müssen sie nicht wie die PKV-Krankenversicherungen nach den in der KalV niedergelegten Versicherungsmathematischen Methoden berechnen. Schließlich profitieren die Krankenkassen der GKV

⁶¹ Ständige Rspr. seit BVerfG v. 07.10.1980 - 1 BvL 50/79 u.a., BVerfGE 55, 72, 88.

von den allgemeinen Vorteilen, die sie genießen. Dazu gehören die Befreiung von der Körperschaftsteuer, die Beitreibung von Forderungen nach dem Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz und die Subventionierung nach § 221 SGB V. Apotheken- und Herstellerrabatte bei Arzneimitteln werden daneben bei den Wahlтарifen nach § 53 Abs. 5 SGB V relevant.

(2) Vergleich PKV-Vollversicherung - GKV-Versicherung inklusive Wahlтарifen für freiwillig Versicherte

Neben den genannten Vorteilen, die auch für einen Vergleich mit der Vollversicherung gelten, kommt noch etwas Weiteres hinzu. Bei der Vollversicherung sind die privaten Krankenversicherungen an die Vorschriften der KalV gebunden. Dies bedeutet nicht nur einen beträchtlichen Verwaltungsaufwand bei der Einführung neuer Tarife. Durch die einzuberechnenden Sicherheitsmargen können die Krankenversicherungen nicht genauso attraktive Angebote machen. Sie müssen darüber hinaus Beitragsstabilität gewährleisten und können ihre Beiträge nur unter bestimmten Voraussetzungen und bei Einhaltung eines bestimmten Verfahrens anpassen.

(3) Vergleich PKV-Vollversicherung - GKV-Versicherung inklusive Wahlтарifen für Pflichtversicherte

Bei den Pflichtversicherten kommt neben allen genannten Vorteilen hinzu, dass die Pflichtversicherten bei den PKV-Versicherungen keine Vollversicherung abschließen können.

bb) Prüfungsmaßstab

Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind um so engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.⁶² Dementsprechend ist auch der Prüfungsmaßstab des BVerfG ausgestaltet: Je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Gewährleistungen der Freiheitsrechte auswirkt, desto strenger ist der Prüfungsmaßstab.

⁶² BVerfG v. 26.01.1993 - 1 BvL 38/92 u.a., BVerfGE 88, 87; v. 18.02.1998 - 1 BvR 1318/86 u.a., BVerfGE 97, 271; v. 02.03.1999 - 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367.

Maßgeblich für die Beurteilung der Intensität der Ungleichbehandlung sind drei Kriterien: Erstens spielt es eine Rolle, wie unmittelbar der Schutzbereich eines Freiheitsgrundrechts beeinträchtigt ist.⁶³ Gerade für den Bereich der Sozialversicherung hat das BVerfG dieses Kriterium entwickelt.⁶⁴ Zweitens ist maßgeblich, inwiefern die Betroffenen den begünstigten Sachverhalt in ihrer Person durch eigenes Verhalten erfüllen können.⁶⁵ Schließlich kommt es insbesondere bei juristischen Personen drittens darauf an, wie stark die hinter ihnen stehenden natürlichen Personen beeinträchtigt sind.⁶⁶ Zumindest die ersten beiden Gesichtspunkte sprechen bei der Ungleichbehandlung im Bereich der Wahltarife und der Zusatzversicherungen für eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung. Das dritte Kriterium fällt demgegenüber nicht weiter in das Gewicht.

(1) Betroffenheit von Freiheitsgrundrechten

Erstens hat die Ungleichbehandlung unmittelbare Auswirkungen auf die Gewährleistung der Berufsfreiheit der PKV-Unternehmen. Die wirtschaftliche Betätigung im Wettbewerb ist, soweit sie der beruflichen Tätigkeit eines Grundrechtsträgers zuzuordnen ist, vom sachlichen Gewährleistungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst.⁶⁷ Durch das Angebot von Wahlтарifen treten die gesetzlichen Kassen in Konkurrenz zu den Unternehmen der PKV. Grundlage dieser Konkurrenzfähigkeit sind die gesetzlichen Ermächtigungen des § 53 Abs. 4, 5 und die Verpflichtung in Abs. 6 SGB V. Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die wirtschaftliche Betätigung des Staates Eingriffscharakter hat, ist umstritten.⁶⁸ Weitgehende Einigkeit besteht aber im Grundsatz darüber, dass einerseits nicht jede wirtschaftliche Betätigung, die in Konkurrenz zu privaten Unternehmen tritt, als Eingriff zu qualifizieren ist, andererseits ein Eingriff aber auch nicht schlechthin ausgeschlossen ist. Wie noch genauer erläutert wird, ist bei der Einführung von Wahlтарifen von einem Eingriff auszugehen, weil die gesetzlichen Krankenkassen Strukturvorteile aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung nutzen. Besteht ein solcher enger Zusammenhang zu Art. 12 Abs. 1

⁶³ BVerfG v. 18.11.1986 - 1 BvL 29/83 u.a., BVerfGE 74, 9; v. 26.01.1993 - 1 BvL 38/92 u.a., BVerfGE 88, 87; v. 24.06.1993 - 1 BvR 689/92, BVerfGE 89, 69; v. 14.12.1994 - 1 BvR 720/90, BVerfGE 91, 346.

⁶⁴ BVerfG v. 08.02.1994 - 1 BvR 1237/85, BVerfGE 89, 365.

⁶⁵ BVerfG v. 26.01.1993 - 1 BvL 38/92 u.a., BVerfGE 88, 87; v. 08.02.1994 - 1 BvR 1693/92, BVerfGE 90, 22; v. 27.01.1998 - 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169; v. 02.03.1999 - 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367.

⁶⁶ BVerfG v. 20.05.1987 - 1 BvR 762/85, BVerfGE 75, 348; v. 31.05.1988 - 1 BvL 22/85, BVerfGE 78, 232; v. 26.01.1993 - 1 BvL 38/92 u.a., BVerfGE 88, 87; v. 28.04.1999 - 1 BvL 11/94 u.a., BVerfGE 100, 195.

⁶⁷ BVerfG v. 26.06.2002 - 1 BvR 558/91 u.a., BVerfGE 105, 252, 265; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 15.

⁶⁸ Siehe zum Meinungsstand *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 316 ff.; *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 12 Rn. 16; *Di Fabio* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 119 ff.

GG, sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nach der Rechtsprechung des BVerfG⁶⁹ enge Grenzen gesetzt.

(2) Personen- oder Verhaltensbezogenheit

Je eher die Betroffenen den begünstigten Sachverhalt erfüllen können, desto weniger intensiv ist der Prüfungsmaßstab. Wird an die Rechtsnatur des Anbieters einer Dienstleistung anknüpfen, kommt es darauf an, ob die betroffenen Personen durch ihr Verhalten das Vorliegen dieses Merkmals beeinflussen können. Das BVerfG geht dabei von einer sehr weitgehenden Verhaltensbezogenheit aus. So hielt es in seiner Entscheidung vom 02.03.1999 zur Montan-Mitbestimmung selbst die Tätigkeit der betroffenen Unternehmen im Anwendungsbereich des Gesetzes, das auf bestimmte Branchen beschränkt ist und eine gewisse Arbeitnehmerzahl voraussetzt, für verhaltensbezogen.⁷⁰

„Ferner sind die Differenzierungsmerkmale, an die das Gesetz anknüpft, nicht personen-, sondern verhaltensbezogen. Ausschlaggebend für die Anwendung der zur Prüfung stehenden Vorschriften ist zum einen der Montan-Bezug der Konzernunternehmen und abhängigen Unternehmen, zum anderen das Mitbestimmungsstatut zur Zeit des Inkrafttretens der Neuregelung. Der Montan-Bezug ergibt sich aus den geschäftlichen Aktivitäten des Konzerns. Die Fortgeltung der Montan-Mitbestimmung knüpft ebenfalls an den - früheren - Gegenstand der Unternehmenstätigkeit an. Allerdings sind die Konzernobergesellschaften bei der Wahl ihres Verhaltens angesichts der Gesetzeslage nicht völlig frei. Entscheidungen über den Unternehmensgegenstand hängen von vielfältigen, teilweise nur schwer und meist nicht kurzfristig beeinflussbaren Faktoren ab. Die zurückliegende Geschäftstätigkeit ist ihrer Disposition gänzlich entzogen.“

Selbst unter Berücksichtigung dieses strengen Maßstabs haben die Unternehmen der PKV nicht in der Hand, in den Anwendungsbereich der günstigeren Regelungen zu fallen. Sie können selbst nicht zu einer öffentlich-rechtlichen Krankenkasse werden. Auch dieser Gesichtspunkt spricht daher für einen strengen Prüfungsmaßstab.

(3) Betroffenheit von natürlichen Personen

Je stärker sich die Ungleichbehandlung auf natürliche Personen auswirkt, desto höhere Anforderungen stellt das BVerfG an die Rechtfertigung. Juristische Personen können sich auf Art. 3 Abs. 1 GG

⁶⁹ Siehe etwa BVerfG v. 06.12.1988 - 1 BvL 5/85 u.a., BVerfGE 79, 212; v. 27.10.1998 - 1 BvR 2306/96 u.a., BVerfGE 98, 365; v. 28.01.2003 - 1 BvR 487/01, BVerfGE 107, 133.

⁷⁰ Siehe nur BVerfG v. 16.11.1982 - 1 BvL 16/75 u.a., BVerfGE 62, 256; v. 02.03.1999 - 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367.

berufen. Der Prüfungsmaßstab ändert sich aber in Abhängigkeit von der Unmittelbarkeit der Auswirkungen auf die hinter ihnen stehenden natürlichen Personen. In der bereits zitierten Entscheidung zur Montan-Mitbestimmung hat das BVerfG ausgeführt:⁷¹

„Für juristische Personen, soweit sie gemäß Art. 19 Abs. 3 GG Träger von Grundrechten sind, gilt grundsätzlich nichts anderes. Viele von ihnen bilden Zusammenschlüsse natürlicher Personen. Dieser Umstand verbietet es, eine Ungleichbehandlung juristischer Personen von vornherein als sachverhaltsbezogene zu behandeln. Allerdings ist die individuelle Betroffenheit der hinter den juristischen Personen stehenden natürlichen Personen je nach Rechtsform, Größe, Mitgliederstruktur und Vereinigungszweck unterschiedlich ausgeprägt. Bei Kapitalgesellschaften kann sie von der individuellen Betroffenheit des Gesellschafters einer Ein-Mann-Gesellschaft bis zu der lediglich einen geringen Teil des Vermögens berührenden Betroffenheit des Aktionärs einer Aktiengesellschaft im Streubesitz reichen. Das fällt bei der Maßstababildung ins Gewicht (vgl. BVerfGE 95, 267 [317]).“

(4) Zwischenergebnis

Gegenüber den ersten beiden Gesichtspunkten spielt der dritte nur eine untergeordnete Rolle. Die ersten beiden Kriterien sprechen eindeutig für einen strengen Prüfungsmaßstab. Der dritte Gesichtspunkt setzt dagegen stets eine graduelle Unterscheidung voraus. Natürliche Personen sind bei privaten juristischen Personen immer in gewisser Hinsicht betroffen, wenn auch unterschiedlich unmittelbar. Diese lediglich graduellen Unterschiede können die eindeutigen Ergebnisse der ersten beiden Kriterien nicht ändern. Es gilt somit zu prüfen, ob zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen Unterschiede bestehen, die von solcher Art und von solchem Gewicht sind, dass sie die aus der Stellung der gesetzlichen Kassen als Sozialversicherungsmonopolisten resultierende ungleiche Verteilung der wettbewerblichen Chancen beim Angebot der neuen Zusatzkrankenversicherung rechtfertigen.

cc) Rechtfertigung

(1) Die Gründe zur unterschiedlichen Ausgestaltung von PKV und GKV in der Rspr. des BVerfG

Bisher hatte das BVerfG nicht zu Ungleichbehandlungen zwischen PKV und GKV zu urteilen. Gleichwohl hat es in anderen Zusammenhängen bereits recht häufig zu den Besonderheiten der GKV gegenüber der PKV Stellung genommen. Prägend ist demnach für die PKV das bereits oben

⁷¹ BVerfG v. 02.03.1999 - 1 BvL 2/91, BVerfGE 99, 367.

dargestellte Risikoprinzip, während die gesetzliche Krankenversicherung dem Ausgleich zwischen den einkommensschwachen und den einkommensstarken Mitgliedern dient.⁷² Die Leistungsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung muss nach dem BVerfG als „überragend wichtiger Gemeinwohlbelang“⁷³ gewährleistet werden. Denn sie verwirklicht auf dem Gebiet der gesundheitlichen Daseinsvorsorge den Verfassungsauftrag der Sozialstaatlichkeit.⁷⁴ So führte das BVerfG zuletzt in seinem Beschluss vom 06.12.2005 aus, dass „der Schutz des Einzelnen in Fällen von Krankheit ... in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine Grundaufgabe des Staates“ ist.⁷⁵ „Ihr ist der Gesetzgeber nachgekommen, indem er durch Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung als öffentlich-rechtlicher Pflichtversicherung für den Krankenschutz eines Großteils der Bevölkerung, Sorge getragen und die Art und Weise der Durchführung dieses Schutzes geregelt hat“. Besonders Menschen mit niedrigen Einkommen bedürfen dieses Schutzes, weil sie ihr individuelles Krankheitsrisiko nicht tragen können.⁷⁶ Anders als in der privaten Krankenversicherung ist eine Beitragsbemessung nach dem Risikoprinzip danach nicht sachgerecht. Denn diese Beiträge könnten Geringverdienende nicht aufbringen. Charakteristisch für die gesetzliche Krankenversicherung ist daher die Bemessung der Beiträge nach der individuellen Leistungsfähigkeit, also nach der Einkommenshöhe. Die gesetzliche Krankenversicherung beruht auf dem horizontalen Solidarprinzip, also dem Gedanken, dass die besser verdienenden Mitglieder bei gleichem Krankheitsrisiko höhere Beiträge als die schlechter verdienenden Mitglieder zahlen.⁷⁷

(a) Gewichtungen in der bisherigen Rechtsprechung

In der bisherigen Rechtsprechung wurden wegen dieser wichtigen Funktion der gesetzlichen Krankenversicherung Eingriffe in die Rechte der PKV und in die der Leistungserbringer gerechtfertigt.

(aa) Schutz vor Wettbewerb der PKV

⁷² BVerfG v. 04.02.2004 - 1 BvR 1103/03, NZS 2005, 479.

⁷³ BVerfG v. 04.02.2004 - 1 BvR 1103/03, NZS 2005, 479; siehe auch BVerfG v. 13.09.2005 - 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196; v. 03.04.2001 - 1 BvR 1681/94 u.a., BVerfGE 103, 271.

⁷⁴ So auch BSG v. 15.11.1973 - 3 RK 50/72, BSGE 36, 238; BGH v. 18.12.1981 - I ZR 34/80, BGHZ 82, 375.

⁷⁵ BVerfG v. 06.12.2005 - 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25.

⁷⁶ BVerfG v. 06.12.2005 - 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25.

⁷⁷ Siehe auch BVerfG v. 03.04.2001 - 1 BvR 1681/94 u.a., BVerfGE 103, 271, in der das BVerfG von dem „charakteristischen solidarischen Ausgleich einbezogen werden, für die der Gesichtspunkt der Schutzbedürftigkeit auch bei der Begründung der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung maßgeblich ist“, spricht.

In seiner Entscheidung vom 04.02.2004 ließ das BVerfG die Anhebung der Versicherungspflichtgrenze zu. Dadurch wurde bewirkt, dass bisher freiwillig versicherte Personen sich nun pflichtversichern mussten. Nach Auffassung des BVerfG lag ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der privaten Krankenversicherungen zumindest nicht fern, weil sie in Folge der Anhebung der Versicherungspflichtgrenze weniger potentielle Mitglieder hatten. Dieser Eingriff sei aber jedenfalls gerechtfertigt, um die Solidargemeinschaft der Pflichtversicherten abzusichern.⁷⁸

(bb) Eingriffe in die Rechte der Leistungserbringer

Bereits in zahlreichen Fällen hat das BVerfG die Rechte der Leistungserbringer, also der Ärzte, Zahnärzte und Apotheker zugunsten der Krankenkassen eingeschränkt. In der neueren Rechtsprechung hielt es in seiner Entscheidung vom 20.03.2001 die Altersgrenze für die Zulassung von Kassenärzten für zulässig. Dabei machte es besonders deutlich, dass die Beiträge der Versicherten beschränkt bleiben müssen.⁷⁹

Im Januar und März 2003 gab das BVerfG Anträgen auf einstweilige Anordnungen gegen das Beitragssatzsicherungsgesetz nicht statt. Durch dieses Gesetz senkte der Gesetzgeber die Höchstpreise für zahnärztliche Leistungen ab⁸⁰ und sah Rabattregelungen zu Lasten der Apotheker, des pharmazeutischen Großhandels und der pharmazeutischen Unternehmen vor.⁸¹ Die betroffenen Berufsgruppen zogen erfolglos vor Gericht. Haupterwägung gegen den Erlass einstweiliger Anordnungen war die finanzielle Absicherung der Krankenkassen. Dieser Gesichtspunkt wurde vom BVerfG in allen Entscheidungen – wenn auch in unterschiedlicher Akzentuierung – vorgebracht⁸² In der Hauptsache hielt das BVerfG das Beitragssatzsicherungsgesetz schließlich für einen gerechtfertigten Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der beschwerten Berufsgruppen. Entscheidend war wie bei der Altersgrenze für Kassenärzte, dass die Beiträge beschränkt werden sollten.⁸³

⁷⁸ BVerfG v. 04.02.2004 - 1 BvR 1103/03, NZS 2005, 479.

⁷⁹ BVerfG v. 20.03.2001 - 1 BvR 491/96, BVerfGE 103, 172.

⁸⁰ Dazu BVerfG v. 14.01.2003 - 1 BvQ 51/02, BVerfGE 106, 351.

⁸¹ Dazu BVerfG v. 15.01.2003 - 1 BvQ 53/02, BVerfGE 106, 359; v. 15.01.2003 - 1 BvQ 54/02, BVerfGE 106, 369; v. 26.03.2003 - 1 BvR 112/03, BVerfGE 108, 45.

⁸² BVerfG v. 14.01.2003 - 1 BvQ 51/02, BVerfGE 106, 351; BVerfG v. 15.01.2003 - 1 BvQ 53/02, BVerfGE 106, 359; BVerfG v. 15.01.2003 - 1 BvQ 54/02, BVerfGE 106, 369; BVerfG v. 26.03.2003 - 1 BvR 112/03, BVerfGE 108, 45.

⁸³ BVerfG v. 13.09.2005 - 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196.

(b) Grenzen der Unterscheidungsmöglichkeiten

Der Gedanke des sozialen Schutzes kann aber nicht für jegliche Fälle herangezogen werden. Er ist keine Blankovollmacht zu gesetzgeberischer Beliebigkeit. Wie aus der Rechtsprechung des BVerfG hervorgeht, gewährleistet das Sozialstaatsprinzip nur einen Mindestschutz. Erstens gebietet das Sozialstaatsprinzip lediglich, dass die gesetzliche Krankenversicherung denjenigen offen steht, die ihrer bedürfen.⁸⁴ Zweitens müssen nur solche Leistungen erbracht werden, die dem Schutz gegen Krankheiten dienen. Der BGH hat den sachlichen Umfang der Leistungen der gesetzlichen Krankenkassen außerdem dahingehend begrenzt, dass die gesundheitliche Daseinsvorsorge nicht bereits von Dritten vorgenommen wird. Drittens sind den gesetzlichen Krankenkassen nur bestimmte Vorgehensweisen erlaubt. So muss der Wettbewerb zwischen den Kassen dort zurückstehen, wo er auf Kosten des Solidarprinzips und damit des Schutzes des Einzelnen ginge.

(aa) Personelle Beschränkung

Die Beschränkung in personeller Hinsicht ergibt sich aus den Entscheidungen des BVerfG zur Beitragsbelastung und zur gesetzlichen Pflegepflichtversicherung. In der erstgenannten Entscheidung nannte es deutlich die Kriterien, die bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Krankenversicherung maßgeblich sind:

„Ein Anhaltspunkt für die Sachgerechtigkeit einer solchen Grenzziehung mit der Folge unterschiedlicher Beitragslast ist die Beachtung der Prinzipien, die den Gesetzgeber bei der Einrichtung der Pflichtversicherung insgesamt leiten. Hier stellt er einerseits auf die Schutzbedürftigkeit des Einzelnen ab (vgl. BVerfGE 29, 221 [235 ff.]; 44, 70 [94]) und berücksichtigt andererseits, dass die Solidargemeinschaft leistungsfähig ist und bleibt (vgl. BVerfGE 44, 70 [90]).“⁸⁵

Es gibt also zwei mögliche Kriterien, die eine Einbeziehung in die Pflichtversicherung rechtfertigen: erstens die individuelle Schutzbedürftigkeit und zweitens die Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft. Aus Gründen der Schutzbedürftigkeit des Einzelnen müssen nicht diejenigen gesetzlich versichert sein, deren Verdienst eine bestimmte Grenze überschreitet. Bei ihnen besteht allenfalls ein „ähnliches, aber eingeschränktes Schutzbedürfnis“:

⁸⁴ Zur Beschränkung in personeller Hinsicht siehe bereits *Papier*, ZSR 1990, 344, 350.

⁸⁵ BVerfG v. 15.03.2000 - 1 BvL 16/96 u.a., BVerfGE 102, 68.

„Die Pflichtversicherung erfasst nach der gesetzlichen Typisierung jedenfalls die Personengruppen, die wegen ihrer niedrigen Einkünfte eines Schutzes für den Fall der Krankheit bedürfen, der durch Zwang zur Eigenvorsorge erreicht werden soll. Wer über der Jahresarbeitsentgeltgrenze verdient, braucht diesen Schutz nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht mehr (vgl. Peters, in: Kasseler Kommentar, § 6 SGB V Rn. 2 [Stand: September 1999]).“⁸⁶

In der Entscheidung des BVerfG vom 03.04.2001 ging es nicht um die Kranken-, sondern um die gleichgelagerte Problematik in der gesetzlichen Rentenversicherung. Bei dem Personenkreis der Versicherten hielt das BVerfG auch hier die am individuellen Verdienst ausgerichtete Schutzbedürftigkeit für maßgeblich: „Mit der Anknüpfung an Einkommenshöhe und getroffene Wahlentscheidungen der Versicherten hat der Gesetzgeber für die Zuordnung zu den beiden Zweigen der gesetzlichen Pflegeversicherung Kriterien gewählt, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind.“⁸⁷ Soweit es um die Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft geht, ist daher die Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung besonders zu beachten. *Bei der Anhebung der Versicherungspflichtgrenze durch das Beitragssatzsicherungsgesetz sah das BVerfG die Verhältnismäßigkeit unter anderem deshalb gewährleistet, weil der PKV auch hinsichtlich der gesetzlich Versicherten der Bereich der Zusatzversicherungen bleibt.*⁸⁸

(bb) Sachliche Beschränkung

Die Leistungsbeschränkungen auf einen festgelegten Katalog hat das BVerfG zuletzt in zwei neueren Entscheidungen deutlich gemacht. Greifen Erweiterungen des Leistungsspektrums über diesen Katalog hinaus, sind sie nicht erforderlich zur Gewährleistung des Sozialstaatsprinzips. In der ersten Entscheidung vom 06.12.2005 ging es um alternative Behandlungsmethoden, die nach dem BVerfG nur bei hinreichender Aussicht auf Erfolg von der gesetzlichen Krankenversicherung zu zahlen sind:

„Es ist mit Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip nicht vereinbar, den Einzelnen unter den Voraussetzungen des § 5 SGB V einer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung zu unterwerfen und für seine an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausgerichteten Beiträge die notwendige Krankheitsbehandlung gesetzlich zuzusagen, ihn andererseits aber, wenn er an einer lebensbedrohlichen oder sogar regelmäßig tödlichen Erkrankung leidet, für die schulmedizinische Behandlungsmethoden nicht vorliegen, von der Leistung einer bestimmten Behandlungsmethode durch die Krankenkasse auszuschließen und

⁸⁶ BVerfG v. 15.03.2000 - 1 BvL 16/96 u.a., BVerfGE 102, 68.

⁸⁷ BVerfG v. 03.04.2001 - 1 BvR 1681/94 u.a., BVerfGE 103, 271.

⁸⁸ Beschl. v. 4.2.2004 - 1 BvR 1103/03.

ihn auf eine Finanzierung der Behandlung außerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung zu verweisen. Dabei muss allerdings die vom Versicherten gewählte andere Behandlungsmethode eine auf Indizien gestützte, nicht ganz fern liegende Aussicht auf Heilung oder wenigstens auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf versprechen.⁸⁹

Die gesetzliche Krankenversicherung darf bestimmte Leistungen auch von Voraussetzungen abhängig machen. Das BVerfG ließ es zu, dass eine künstliche Befruchtung nur gezahlt wird, wenn die Leistungsempfänger miteinander verheiratet sind:

„Die dargestellte Ungleichbehandlung wäre allerdings im System der gesetzlichen Krankenversicherung nicht zu rechtfertigen, würden die in § 27 a SGB V geregelten medizinischen Maßnahmen der Beseitigung einer Krankheit im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 4 und § 27 Abs. 1 Satz 1 SGB V dienen. Dann hätte die Vorschrift, würde sie eine solche Leistung der gesetzlichen Krankenkasse nur Verheirateten, aber nicht unverheirateten Personen zugute kommen lassen, vor Art. 3 Abs. 1 GG keinen Bestand. Der Gesetzgeber hat jedoch medizinische Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft nach § 27 a SGB V nicht als Behandlung einer Krankheit angesehen, sondern nur den für Krankheiten geltenden Regelungen des SGB V unterstellt (vgl. BTDrucks 11/6760, S. 14). Dementsprechend findet § 27 a SGB V keine Anwendung auf Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft nach § 27 Abs. 1 Satz 4 SGB V, die - wie beispielsweise chirurgische Eingriffe, die Verordnung von Medikamenten oder eine psychotherapeutische Behandlung - als Krankenbehandlung zur Herstellung der Zeugungs- oder Empfängnisfähigkeit angesehen werden (vgl. BTDrucks, a.a.O.). Solche Maßnahmen haben Vorrang vor einer medizinischen Maßnahme nach § 27 a SGB V (vgl. BTDrucks, a.a.O., S. 14 f.). Dem entspricht auch die Auffassung des Bundessozialgerichts, durch § 27 a SGB V sei ein eigenständiger Versicherungsfall geschaffen worden (vgl. BSGE 88, 62 [64 f.]).

Dieses § 27 a SGB V zugrunde liegende Konzept ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Es liegt im Rahmen der grundsätzlichen Freiheit des Gesetzgebers, die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung näher zu bestimmen (vgl. BVerfGE 115, 25 [45 ff.]), auch - wie hier - in einem Grenzbereich zwischen Krankheit und solchen körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen eines Menschen, deren Beseitigung oder Besserung durch Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung nicht von vornherein veranlasst ist.⁹⁰

Der BGH schließlich betonte in einer Entscheidung vom 18.12.1981 die Subsidiarität der gesetzlichen Krankenkassen gegenüber der Privatwirtschaft. Dem Urteil lag zugrunde, dass einige Krankenkassen Selbstabgabestellen für Brillen eingerichtet hatten. Ihre Versicherten mussten keine Augenoptiker mehr aufsuchen, sondern erhielten ihre Brillen direkt von den Krankenkassen. Der BGH hielt dieses Vorgehen unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität für unzulässig: „Mit der Erfüllung der ihnen durch das Sozialgesetzbuch und die Reichsversicherungsordnung zugewiesenen Aufga-

⁸⁹ BVerfG v. 06.12.2005 - 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25.

⁹⁰ BVerfG v. 28.02.2007 - 1 BvL 5/03, BVerfGE 117, 316.

ben verwirklichen die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung auf dem Gebiet der gesundheitlichen Daseinsvorsorge den Verfassungsauftrag der Sozialstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1 GG; BSGE 36, 238, 239). Soweit es der Beklagten dabei obliegt, die Versicherten mit Brillen zu versorgen, ist sie aber zur Erfüllung dieses Auftrags auf kasseneigene Abgabestellen nicht angewiesen.⁹¹ Der BGH hält die Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen also nur dort für erforderlich, wo die Privatwirtschaft keine angemessene Versorgung gewährleistet.⁹²

(cc) Beschränkung der Mittel

Neben der Beschränkung des Anwendungsbereichs folgt auch eine Beschränkung der Mittel aus der Rechtfertigung. Das Solidarprinzip genießt nach der Rechtsprechung des BVerfG Vorrang vor dem Wettbewerbsprinzip.⁹³ Denn das System der gesetzlichen Krankenversicherung soll nicht insgesamt darunter leiden, dass einige Krankenkassen eine bessere Wettbewerbsposition einnehmen:

„So konnte etwa eine Krankenkasse, die aus historischen Gründen einen hohen Rentneranteil aufwies, nicht ernsthaft erwarten, dass sich an ihrer speziellen Belastungssituation durch die Einführung des Kassenwahlrechts etwas ändern werde. Da sie hingegen zu gewärtigen hatte, dass sie viele junge und gut verdienende Mitglieder nicht werde halten können, war für den Gesetzgeber absehbar, dass diese Kasse über kurz oder lang so hohe Beitragssätze würde festsetzen müssen, dass sie irgendwann auch die letzten guten Risiken verlieren würde. In letzter Konsequenz war damit zu rechnen, dass eine derartige Kasse aus dem Markt gedrängt wird, und zwar wegen ihrer ungünstigen Risikostruktur und nicht wegen ihrer Ineffizienz. Für das Gesundheitssystem als solches wäre das - massenweise - Ausscheiden von Kassen mit schlechter Risikostruktur ein unsinniges Nullsummenspiel, da die schlechten Risiken nicht zusammen mit den ‚schlechten‘ Kassen verschwinden, sondern bei anderen Kassen versichert werden müssen. Für das Wettbewerbskonzept des Gesetzgebers war das schnelle Ausscheiden vieler - eventuell sehr effizienter, aber risikosturkschwacher - Marktteilnehmer überaus schädlich. Der Gesetzgeber wollte das gegliederte System mit einer gewissen Kassenvielfalt erhalten, an oligopolartigen Strukturen war ihm zu Recht nicht gelegen.“⁹⁴

Der Wettbewerb darf also nicht so weit gehen, dass das System der gesetzlichen Krankenversicherung Schaden nimmt.

⁹¹ BGH v. 18.12.1981 - I ZR 34/80, BGHZ 82, 375.

⁹² *Von Maydell/Karl*, Das Angebot von Zusatzkrankenversicherung, S.17 ff.

⁹³ BVerfG v. 18.07.2005 - 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167.

⁹⁴ BVerfG v. 18.07.2005 - 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167.

(2) Rechtfertigung der ungleichen Behandlung

Die ungleiche Behandlung bei Wahlтарifen kann nach der bisherigen, soeben dargestellten Rechtsprechung des BVerfG nicht gerechtfertigt werden. Denn durch die Wahlтарife werden in jeder Hinsicht die Grenzen überschritten, innerhalb derer der Schutz der gesetzlichen Krankenversicherung bisher anerkannt wurde.

(a) Überschreitung in personeller Hinsicht

Die Zulassung der angegriffenen Wahlтарife dient weder der Schutzbedürftigkeit des Einzelnen noch der Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft. Die Wahlтарife sind nicht zum Schutz einkommensschwacher Mitglieder geeignet. Bereits in der Gesetzesbegründung heißt es zum Wahlтарif Kostenerstattung nicht, dass er diese Option für geringverdienende Mitglieder eröffnen will, die sich den Tarif sonst nicht leisten können, sondern, dass er die Wettbewerbsposition der gesetzlichen Krankenkassen gegenüber den privaten Krankenversicherungen stärken soll. Es besteht auch kein dringendes Schutzbedürfnis. Denn die bisherige Versorgung wird weiterhin auch ohne Wahlтарife gewährleistet. Bereits an der Ausgestaltung der Wahlтарife wird darüber hinaus deutlich, dass es nicht um den Schutz einkommensschwacher Mitglieder geht. Denn die zusätzlichen Beträge, die etwa bei der AOK Rheinland für einen Kostenerstattungstarif mit Ein- oder Zweibettzimmer fällig werden, sind unabhängig vom Einkommen und richten sich lediglich nach dem Alter. Der Beitragsbemessung liegen damit keine sozialen Erwägungen, sondern lediglich auf dem Äquivalenzprinzip beruhende, das jeweilige Risiko - wenn auch wie dargestellt: nur sehr unvollkommen - abschätzende Überlegungen zugrunde.

Auch zur Sicherung der Leistungsfähigkeit der Solidargemeinschaft sind die Wahlтарife nicht geeignet. Es ist nicht damit zu rechnen, dass die Krankenkassen durch den Kostenerstattungstarif, den Tarif für Arzneimittel der besonderen Therapierichtungen oder den Krankentagegeldtarif unmittelbar zusätzliche Einnahmen erzielen. Soweit von den Mitgliedern, die Wahlтарife in Anspruch nehmen, dafür zusätzliche Beiträge erhoben, dienen diese lediglich der Finanzierung der Wahlтарife, kommen also nicht der Solidargemeinschaft, sondern eben nur diesen Mitgliedern, zugute. Insofern ist es für die finanziellen Mittel der Solidargemeinschaft unerheblich, ob von den GKV-Mitgliedern Wahlтарife der GKV oder Zusatzversicherungen der PKV abgeschlossen werden. Der Gesetzgeber befürchtet sogar umgekehrt, dass die Wahlтарife durch die Versichertengemeinschaft quersubventioniert werden könnten, die finanziellen Mittel der GKV also belasten, und hat deshalb den - freilich

ineffektiven - § 53 Abs. 9 SGB V eingefügt. Die Tarife führen somit unmittelbar zu keinen Mehreinnahmen.

Auch mittelbar ist keine Stärkung der Solidargemeinschaft anzunehmen. Zwar ist die Einführung von quersubventionierten Wahlтарifen für die einzelne Krankenkasse wirtschaftlich attraktiv, weil dadurch besonders leistungsstarke Mitglieder gebunden werden können (oben I. 4. d)). Die Solidargemeinschaft insgesamt erhält aber kaum zusätzliche Mittel. Denn durch die Einführung von Wahlтарifen werden in erster Linie leistungsstarke Pflichtmitglieder von einem Wechsel in eine andere Krankenkasse der GKV abgehalten. Sie leisten ihren Solidarbeitrag dann weiter in ihrer bisherigen und nicht in einer anderen Krankenkasse. Für die Solidargemeinschaft als solche ist dies freilich unerheblich. Ihre Beiträge müssen die leistungsstarken Pflichtmitglieder sowieso leisten. Mehreinnahmen für die Solidargemeinschaft insgesamt können lediglich erzielt werden, wenn freiwillige Mitglieder der GKV durch die Wahlтарife von einem Wechsel in die PKV abgehalten werden. Die Gruppe der freiwillig Versicherten ist aber mit gerade einmal 6,75% im Jahr 2006 nicht so groß,⁹⁵ dass sich daraus nennenswerte Verbesserungen für die Finanzmittel der Solidargemeinschaft ergeben.

Selbst wenn eine Eignung insofern angenommen würde, weil durch die Quersubventionierung mittelbar besonders leistungsstarke freiwillige Mitglieder gebunden werden, ist die Ungleichbehandlung insofern zumindest nicht verhältnismäßig im engeren Sinne. Denn der PKV verbleibt kein Monopol mehr im Bereich der Zusatzversicherungen. Diese zusätzlichen und nun weitgehend eingeschränkten Verdienstmöglichkeiten hatte das BVerfG noch zur Rechtfertigung der Erhöhung der Versicherungspflichtgrenze herangezogen. An diesen Worten muss es sich festhalten lassen.

(b) Überschreitung in sachlicher Hinsicht

Durch die Wahlтарife werden Leistungen in das Angebot der gesetzlichen Krankenkassen aufgenommen, die vom Sozialstaatsgebot nicht vorgegeben sind. Gerade die Tatsache, dass es sich um Wahlтарife handelt, zeigt, dass die entsprechenden Leistungen über das sozialstaatlich Gebotene hinausgehen. Dies gilt offensichtlich für die Kostenerstattung und die besonderen Therapierichtungen, die von den Krankenkassen ja auch nicht zwingend angeboten werden müssen. Auch die Einführung des obligatorischen Wahlтарifs Krankengeld kann nicht durch sozialstaatliche Ziele ge-

⁹⁵ PKV, Zahlenbericht der privaten Krankenversicherung 2006/2007, S. 108.

rechtfertigt werden. Ein Anspruch auf Krankengeld gehört schließlich nur für diejenigen gemäß § 44 SGB V zum zwingenden Leistungskatalog, für die er erforderlich ist.

Das vom BGH betonte Prinzip der Subsidiarität der gesetzlichen Krankenkassen wird durch die Einführung von Wahlтарifen ebenfalls nicht eingehalten. Zusatzversicherungen mit identischen Leistungen konnten nämlich bereits vorher bei den privaten Krankenversicherungen abgeschlossen werden. Die PKV war in der Vergangenheit in der Lage, Bedürfnisse nach ergänzendem Schutz durch Krankentagegeldversicherungen zu befriedigen, und wird hierzu auch zukünftig in der Lage sein. Insoweit fehlt es an der Erforderlichkeit der Ungleichbehandlung gegenüber der GKV. Auch die privaten Vollversicherungen bieten einen Umfang, der demjenigen der gesetzlichen Versicherung mit Wahlтарifen entspricht. Die Erhöhung der Wahlmöglichkeiten für die Versicherten kann die Ungleichbehandlung ebenfalls nicht rechtfertigen.⁹⁶ Die PKV bietet eine Vielzahl von Zusatzversicherungen für gesetzlich Versicherte an. Es besteht ein funktionierender privater Markt, der hinreichende Wahlmöglichkeiten für alle Versicherten bietet. Dem Gesetzgeber ist es sicherlich nicht verwehrt, die GKV im Interesse der Pflichtversicherten attraktiver zu machen. Entsprechende Maßnahmen müssen sich aber auf den verpflichtenden Leistungskatalog der GKV beziehen. Zusatzleistungen können sich die gesetzlich Versicherten hingegen ohne Nachteile auf dem privaten Versicherungsmarkt beschaffen.⁹⁷

(c) Überschreitung hinsichtlich der Mittel

Schwerestwiegendes Monitum ist schließlich die Überschreitung der Rechtfertigungsmaßstäbe hinsichtlich der Wahl der Mittel. Das Solidarprinzip wird durch die Einführung der Wahlтарife schwerwiegend eingeschränkt. Wie dargestellt (I. 4. d)) wird sowohl in die horizontale als auch in die vertikale Solidarität massiv eingegriffen, um Wettbewerb herzustellen. Gesunde und einkommensstarke Mitglieder erhalten einen Bonus auf Kosten der kranken und einkommensschwachen Mitglieder, obwohl sie den gleichen Beitragssatz zahlen sollen. Es ist nämlich aus Sicht der gesetzlichen Krankenkassen wirtschaftlich sinnvoll und rechtlich nicht sanktioniert, die leistungsstarken Mitglieder durch quersubventionierte Wahlтарife an sich zu binden. Im Ergebnis führen die Selbstbehalt- und Beitragsrückerstattungstarife nach § 53 Abs. 1 und Abs. 2 SGB V zu niedrigeren Beiträgen für gesunde Mitglieder, die Wahlтарife nach § 53 Abs. 4 SGB V zu Mehrleistungen für ein-

⁹⁶ Ebenso *Isensee*, NZS 2007, 449, 454.

⁹⁷ Siehe *Isensee*, NZS 2007, 449, 454: „Der grundrechtsschonende Weg, die Wahl- und Entscheidungsmöglichkeiten der Sozialversicherten zu erweitern, bestünde darin, daß die Kassen sich aus dieser Materie zurückziehen und sie dem Markt überlassen.“

kommenstarke Mitglieder. Beide Boni werden durch die Beiträge der kranken und einkommensschwachen Mitglieder quersubventioniert. Genau damit aber entfällt die Rechtfertigung für das System der gesetzlichen Krankenkassen. Wenn auch die gesetzlichen Krankenkassen Wettbewerb auf Kosten des Solidarprinzips betreiben, nähern sie sich dem System der privaten Krankenversicherungen an. Mit dem Argument der Sicherstellung der Grundsätze der Solidarität und des sozialen Schutzes lässt sich die Differenzierung zwischen den öffentlichen und den privaten Krankenversicherungsunternehmen nicht mehr rechtfertigen.

Dies gilt in erster Linie für die Bereiche, in denen schon jetzt Konkurrenz zwischen den Krankenkassen der GKV und den Krankenversicherungen der PKV besteht, also im Hinblick auf Vollversicherungen für freiwillig versicherte und Zusatzversicherungen für alle Mitglieder. Letztlich ist damit jedoch auch zur Diskussion gestellt, ob unter diesen Umständen überhaupt noch die viel größere Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, die darin besteht, dass die Krankenversicherungen der PKV den Pflichtversicherten überhaupt keine Vollversicherungen anbieten dürfen. Die Pflichtversicherung selbst ist in Frage gestellt. Offensichtlich steht einer Abschaffung der Pflichtversicherung zunächst das Schutzbedürfnis der einkommensschwachen Pflichtversicherten entgegen, die zur Finanzierung ihrer Gesundheitsvorsorge darauf angewiesen sind, dass auch einkommensstärkere Pflichtmitglieder in das System der gesetzlichen Gesundheitsvorsorge einzahlen. Die derzeitige Form der gesetzlichen Krankenversicherungen verfolgt aber nicht mehr ausschließlich dieses Ziel, sondern hält einen Wettbewerb auf Kosten des Solidarprinzips im Bereich der Wahltarife für wichtiger. Dass darin ein Verstoß gegen die Handlungsfreiheit derjenigen Pflichtmitglieder liegt, die über ihre Pflichtbeiträge die Sonderleistungen der Wahltarif-Mitglieder trotz der - faktisch unerfüllbaren und tatsächlich nicht erfüllten Forderung des § 53 Abs. 9 SGB V - mitfinanzieren, wurde bereits oben angesprochen (oben I. 4. d)). Solange dieser Zustand anhält, gibt es aber auch keinen rechtfertigenden Grund für die Pflichtversicherung in der GKV. Deren solidarische Haftung setzt notwendig den gleichen Leistungsstandard für alle voraus; eine Pflichtmitglied kann nicht aufgebürdet werden für den Sondervorteil einzelnen durch seinen Beitrag mit einzustehen. *Das Verbot der Quersubventionierung ist damit kein freundliches Entgegenkommen des Gesetzgebers gegenüber dem GKV-Versicherten, der sich gegen eine Wahltarif entscheidet, sondern entspricht zwingender verfassungsrechtlicher Vorgabe.* Weil es nicht eingehalten wird und auch nicht werden kann können sämtliche oben genannten Ungleichheiten nicht mehr gerechtfertigt werden.

dd) Fazit

Durch die Möglichkeit der Wahltarife ist also eine fundamentale Änderung im Verhältnis von gesetzlicher und privater Krankenversicherung eingetreten. Zuvor war eine klare Trennung beider Systeme vom Gesetzgeber angelegt. Die gesetzliche Krankenversicherung beruhte dabei auf dem Solidaritätsgedanken. Daraus rechtfertigte sich die ungleiche Behandlung im Hinblick auf den Versicherungszwang, die Steuerpflichten und die Kalkulation der Tarife. Durch die Einführung der Wahltarife wird der Solidaritätsgedanke erheblich eingeschränkt. Kranke zahlen im Ergebnis mehr als Gesunde, Einkommensschwache verhältnismäßig mehr als Einkommensstarke. Auch der Leistungsumfang ist nicht mehr auf das sozialstaatlich Gebotene beschränkt. Die gesetzliche Krankenkasse richtet sich mit ihren neuen und attraktiven Angeboten vor allem an die einkommensstarken Mitglieder, die weder eines besonderen Schutzes noch einer Quersubventionierung bedürfen. Vor allem durch die weitgehende Einschränkung des Solidaritätsgedankens werden die Produkte der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung einander angenähert. Eine Ungleichbehandlung kann unter diesen Umständen nicht mehr gerechtfertigt werden.

b) Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG

aa) Eingriff in den Schutzbereich

Wie bereits kurz dargelegt, liegt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG nicht bereits bei jeder wirtschaftlichen Betätigung des Staates ein Eingriff in die Berufsfreiheit vor. Denn Art. 12 Abs. 1 GG gewährt in erster Linie einen Schutz gegen hoheitliche Eingriffe, nicht gegen wirtschaftliche Konkurrenz des Staates im Wettbewerb mit den Privaten.⁹⁸ Zumindest die Errichtung und das Fortbestehen von Monopolen sind aber in ständiger Rechtsprechung als Eingriffe anerkannt.⁹⁹ Das BVerwG geht darüber hinaus von einem Eingriff aus, wenn durch den Staat ein Verdrängungswettbewerb stattfindet oder einer Auszehrung der Konkurrenz die Folge der staatlichen Aktivität ist.¹⁰⁰ Dem folgt die herrschende Ansicht in der Literatur. Ganz überwiegend wird angenommen, dass es einen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellt, wenn die öffentliche Hand ihre Strukturvorteile im Wettbewerb einsetzt.¹⁰¹

⁹⁸ BVerfG v. 01.03.1979 - 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290; BVerwG v. 22.02.1972 - I C 24.69, BVerwGE 39, 329.

⁹⁹ BVerfG v. 04.04.1967 - 1 BvR 126/65, BVerfGE 21, 245; BVerwG v. 22.02.1972 - I C 24.69, BVerwGE 39, 329.

¹⁰⁰ BVerwG v. 01.03.1978 - VII B 144.76, NJW 1978, 1539.

¹⁰¹ *Manssen* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 12 Rn. 83; *Dreier/Wieland*, Art. 12 Rn. 89; sogar darüber hinausgehend: *Jarass/Pieroth*, Art. 12 Rn. 16; *Scholz* in Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 412; *Di Fabio* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Art. 2 Abs. 1 Rn. 122.

Manssen nennt als Beispiel etwa eine städtische Verkaufsstelle für Autoschilder im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit der Kfz-Zulassungsstelle.¹⁰²

Wie bereits angesprochen hatte der BGH bereits unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts über eine sehr ähnliche Konstellation zu entscheiden: Einzelne gesetzliche Krankenkassen unterhielten eine Selbstabgabestelle für Brillen, in der sie in gleicher Weise wie Optiker Brillen an ihre Versicherten ausgaben. Der BGH sah darin einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der Optiker, die deshalb einen Unterlassungsanspruch gegen die Krankenkassen aus § 1 UWG hätten.¹⁰³

Ein Eingriff liegt daher zumindest dann vor, wenn der Staat bei seiner wirtschaftlichen Betätigung spezifische Strukturvorteile, die ihm aus seiner öffentlich-rechtlichen Funktion und den damit zusammenhängenden Ressourcen erwachsen, ausnutzt und damit gegenüber privaten Wettbewerbern, die hierauf nicht zurückgreifen können, Wettbewerbsvorteile erlangt.¹⁰⁴ Der Staat verhält sich dann nicht marktkonform. Eine solche wirtschaftliche Betätigung müssen private Unternehmen nicht wie (marktkonformes) Verhalten privater Konkurrenten hinnehmen, sie ist vielmehr am Maßstab der Grundrechte zu überprüfen.

bb) Rechtfertigung

Der Eingriff in die Berufsfreiheit ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Dies folgt aus den oben dargestellten Erwägungen. Eine bevorzugte Stellung der GKV kann auch im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG nur unter den oben genannten Beschränkungen in personeller, sachlicher und methodischer Hinsicht gerechtfertigt werden. Das vom Gesetzgeber genannte Ziel, die Wettbewerbsposition der GKV gegenüber der PKV zu stärken, ist von vornherein nicht geeignet, die Ausnutzung spezifischer Vorteile der GKV im Wettbewerb mit der PKV zu rechtfertigen. Die Stärkung der Wettbewerbsposition ist nur bei marktkonformen Verhalten ein legitimes Ziel. Der Staat muss im Bereich der Zusatzversorgung, in der er nicht aus sozialstaatlichen Gründen tätig werden muss, auf die legitimen Interessen der PKV Rücksicht nehmen. Hierzu gehört zumindest, dass der Staat Maßnahmen unterlässt, die der GKV ein nicht marktkonformes Tätigwerden ermöglichen. Letztlich

¹⁰² *Manssen* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 12 Rn. 83.

¹⁰³ BGH v. 18.12.1981 - I ZR 34/80, BGHZ 82, 375.

¹⁰⁴ *Von Maydell/Karl*, Das Angebot von Zusatzkrankenversicherung, S.34; *Manssen* in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 12 Rn. 83.

werden die faktischen und rechtlichen Vorteile, die die GKV genießt, zweckentfremdet, wenn sie genutzt werden, um Wettbewerbsvorteile im Markt für Zusatzversicherungen zu erlangen: Die Pflichtversicherung dient sozialstaatlichen Zwecken - nicht dazu, den gesetzlichen Kassen Zugang zu den Daten der Versicherten im Wettbewerb um Zusatztarife zu gewähren. Die Steuerbegünstigung und sonstige Vorteile dienen dazu, den sozialstaatlichen Auftrag der GKV zu erleichtern - nicht dazu, den gesetzlichen Kassen ein günstigeres Angebot von Zusatzleistungen zu ermöglichen.

IV. Summa

1. Die durch das GKV-WSG eingeführten § 53 Abs. 4 SGB V sind mangels Gesetzgebungskompetenz formell verfassungswidrig, da die Regelungen der Wahltarife inhaltlich nicht mehr dem Topos der Sozialversicherung zugehörig sind und daher nicht kompetenzgemäß erlassen werden konnten. Die Regelung des privatrechtlichen Versicherungswesens ist dem Bundesgesetzgeber möglich und ebenso die Regelung der Sozialversicherung, nicht aber einer Chimäre zwischen beiden.
2. Die Einführung von Wahlтарifen für Kostenerstattung nach § 53 Abs. 4 SGB V verletzt die Versicherungsunternehmen der PKV in ihren Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG. Verfassungswidrig ist, dass für die Krankenkassen der GKV und den Krankenversicherungen der PKV in zahlreichen und wichtigen Punkten keine gleichen Wettbewerbsbedingungen bestehen. Diese Ungleichbehandlung kann nicht durch den sozialen Auftrag der GKV gerechtfertigt werden. Die Wahlтарife gehen deutlich über das sozialstaatlich Gebotene hinaus. Außerdem führt ihre Einführung zu einer weitgehenden Entsolidarisierung in der GKV in horizontaler und vertikaler Hinsicht. Unterschiede zwischen beiden Systemen sind daher kaum mehr erkennbar, so dass auch in rechtlicher Hinsicht nicht unterschieden werden darf. Eine Quersubventionierung der Wahlтарife durch die in ihnen nicht versicherten Pflichtversicherten ist entgegen den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht ausgeschlossen.