

Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan

**Direktor des Deutschen Instituts für
Gesundheitsrecht (DIGR)
Binger Straße 64
14197 Berlin
Telefon: (030) 83 22 50 55
Telefax: (030) 89 73 18 60
E-Mail: sodan@digr.de**

Homepage: www.helge-sodan.de

**Freie Universität Berlin
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Öffentliches Wirtschaftsrecht, Sozialrecht
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin
Telefon: (030) 838-53972,-53973
Telefax: (030) 838-54444
E-Mail: sodan@zedat.fu-berlin.de**

Berlin, am 21. Januar 2008

Schriftliche Stellungnahme

**zum Entwurf eines Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der
Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz)
[BT-Drucks. 16/7439]**

Zu Fragen der Finanzierung der sozialen Pflegeversicherung und zu Regelungen für die private Pflegeversicherung nehme ich aus verfassungsrechtlicher und rechtspolitischer Sicht wie folgt Stellung:

I. Zum Festhalten an der Umlagefinanzierung der sozialen Pflegeversicherung

In dem zwischen CDU, CSU und SPD am 11. November 2005 geschlossenen Koalitionsvertrag „Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit“ heißt es auf S. 91 zur sozialen Pflegeversicherung:

„Um angesichts der demographischen Entwicklung sicherzustellen, dass die Pflegebedürftigen auch in Zukunft die Pflegeleistungen erhalten, die sie für eine ausreichende und angemessene Pflege zu einem bezahlbaren Preis brauchen, ist die Ergänzung des Umlageverfahrens durch kapitalgedeckte Elemente als Demographiereserve notwendig.“

Ich halte es für einen schwerwiegenden Fehler in dem von der Bundesregierung beschlossenen Entwurf eines Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes, dass eine Weiterentwicklung der sozialen Pflegeversicherung zu einem zumindest teilweise kapitalgedeckten System entgegen dem Koalitionsvertrag im Gesetzentwurf nicht vorgesehen ist.

Die soziale Pflegeversicherung soll weiterhin ausschließlich auf der Grundlage des Umlageverfahrens finanziert werden. Dieses beruht nicht auf der Bildung von Vermögen, sondern auf der *Kontinuität* der Versicherung. Danach können die Sozialleistungen von heute „nur durch den Transfer von heute und die Sozialleistungen von morgen nur durch den Transfer von morgen aufgebracht werden. Es gibt also nur ein individuelles, dagegen kein kollektives Sparen. [...] Das Umlageverfahren bedeutet ein unsicheres Wirtschaften ‚von der Hand in den Mund‘. Die Sozialleistungen hängen von der wirtschaftlichen Entwicklung ab: Stagniert sie, treten Finanzlücken bei den Sozialleistungsträgern auf; steigt die Wirtschaftskraft, so kommt deren Ausbau in Betracht. Ein auf dem Umlageverfahren beruhendes Sozialleistungssystem kann keine Sicherheit garantieren, weil sein Fortbestand von Leistungsbereitschaft und -vermögen künftiger Generationen abhängt“ (*Eberhard Eichenhofer*, Sozialrecht, 6. Aufl. 2007, Rn. 61 f.).

Hinzu kommt die dramatische demographische Entwicklung. In einem Urteil vom 3. April 2001 zur sozialen Pflegeversicherung stellte das Bundesverfassungsgericht fest: „In Deutschland ist seit Mitte der sechziger Jahre die Zahl der Lebendgeborenen je Frau von 2,49 in rascher Folge auf mittlerweile 1,3 gesunken. In den meisten der wirtschaftlich entwickelten Länder hat der Effekt geobachtet werden können, dass mit steigendem Lebensstandard und steigendem Pro-Kopf-Einkommen die Geburtenrate zum Teil erheblich unter 2,0 sinkt. Es ist [...] nichts dafür ersichtlich, dass sich die für diese Entwicklung verantwortlichen Rahmenbedingungen alsbald grundlegend wandeln. Ein sprunghafter Anstieg der Geburtenrate ist nicht zu erwarten, zumal ihr deutliches Absinken unter das bestandserhaltende Niveau bereits eine nicht mehr aufhaltbare Abwärtsspirale in Gang gesetzt hat. Denn die Bevölkerung verringert sich nicht allein dadurch, dass weniger Kinder geboren werden, als zur Bestandserhaltung erforderlich ist. Ganz wesentlich verstärkt wird diese Entwicklung dadurch, dass es infolgedessen immer weniger Personen gibt, die Kinder zeugen und gebären können. Außerdem bleiben immer mehr Frauen kinderlos“ (BVerfGE 103, 242 [267 f.]).

Im Hinblick auf die Einführung kapitalgedeckter Elemente in der Sozialversicherung bedarf es freilich einer differenzierten Betrachtung (vgl. *Helge Sodan*, Die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 64 [2005], S. 144 [161 f.]). So haben speziell für die gesetzliche *Rentenversicherung* den Übergang auf ein Kapitaldeckungsverfahren, wie es für diesen Sozialversicherungszweig vor der Rentenreform von 1957 galt (siehe dazu etwa *Raimund Waltermann*, Sozialrecht, 6. Aufl. 2006, Rn. 323 f.), weder die sog. Rürup-Kommission (Nachhaltigkeit in der Finanzierung der Sozialen Sicherungssysteme, Bericht der Kommission, 2003, S. 71 f.) noch die sog. Herzog-Kommission (Bericht der Kommission „Soziale Sicherheit“ zur Reform

der sozialen Sicherungssysteme, 2003, S. 39 f.) vorgeschlagen. Zur Leistung von Rentenausgaben, die mit den derzeitigen vergleichbar sind, müssten bei vorgesehennem Verbrauch des Angesparten ca. 2 Billionen Euro, bei Zahlung aus Erträgen zwischen 5 und 6 Billionen Euro vorgehalten werden (*Waltermann*, a. a. O., Rn. 324). Es ist kaum anzunehmen, dass die gegenwärtig erwerbstätige Generation zu einem derart gewaltigen Opfer zugunsten späterer Generationen bereit ist, welches mit dem Aufbau eines solch hohen Vermögens verbunden wäre. Wegen der *relativ* geringeren Finanzvolumina empfahl die Herzog-Kommission speziell für die gesetzliche *Krankenversicherung* und die soziale *Pflegeversicherung* allerdings die Überführung jeweils in ein kapitalgedecktes System (Bericht, S. 22 f., 31 f.). Umso unverständlicher ist es, weshalb die im Koalitionsvertrag vom 11. November 2005 für die soziale Pflegeversicherung vereinbarte „Ergänzung des Umlageverfahrens durch kapitalgedeckte Elemente“ im Entwurf eines Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes keine Berücksichtigung findet.

II. Zur Verfassungsmäßigkeit eines Finanzausgleichs zwischen sozialer und privater Pflegeversicherung

In dem genannten Koalitionsvertrag finden sich auf S. 91 f. ferner folgende Ausführungen:

„Im Gegensatz zur Krankenversicherung haben gesetzliche und private Pflegeversicherung einen einheitlichen Leistungsumfang. Die Kalkulationsgrundlagen für die Beiträge der Versicherten und die Risikostrukturen sind jedoch unterschiedlich. Beide Versicherungssysteme sollen auch in Zukunft die Pflegeversicherung anbieten. Zum Ausgleich der unterschiedlichen Risikostrukturen wird ein Finanzausgleich zwischen gesetzlicher und privater Pflegeversicherung eingeführt. Der Kapitalstock wird dafür nicht angegriffen.“

Auch dieses Vorhaben wird im Entwurf eines Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes nicht verwirklicht. Da im politischen Bereich weiterhin Forderungen nach einem solchen Finanzausgleich erhoben werden, wobei teilweise an jährliche Ausgleichszahlungen und teilweise an eine einmalige Zahlung der privaten Pflegeversicherer an die sozialen Pflegekassen gedacht wird, sollen im Folgenden einige verfassungsrechtliche Aspekte erörtert werden.

Geht man davon aus, dass ausgleichspflichtig die privaten Pflegeversicherer sein sollten, wären diese unmittelbar, die privat Pflegeversicherten wegen der Verwendung ihrer Beiträge mittelbar betroffen (siehe zum Grundrechtsschutz gegen mittelbare Beeinträchtigungen *Helge Sodan/Jan Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht. Staats- und Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2007, § 24 Rn. 7 ff.). Dabei kann es

hier dahinstehen, ob gesetzlich geregelte Abgabepflichten in die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG (vgl. in dieser Richtung BVerfGE 93, 121 [137] und neuerdings BVerfGE 115, 97 [111 f.]) oder in das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit eingreifen (vgl. etwa BVerfGE 9, 3 [11]; 78, 249 [277]); denn in beiden Fällen setzt die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe insbesondere die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit voraus.

Zwar würde der Gesetzgeber mit der Sicherung der finanziellen Stabilität der sozialen Pflegeversicherung einen legitimen Zweck verfolgen; ein Finanzausgleich zu Lasten der privaten Pflegeversicherung erwiese sich allerdings weder als erforderlich noch als angemessen. Zur Herstellung finanzieller Stabilität der *sozialen* Pflegeversicherung bedarf es nicht der Heranziehung der *privaten* Pflegeversicherung; insbesondere die bereits genannte Umstellung der sozialen Pflegeversicherung auf ein kapitalgedecktes System würde zur Nachhaltigkeit der Finanzierung dieser Versicherung wesentlich beitragen. An der Zumutbarkeit eines Finanzausgleichs für die privaten Pflegeversicherer und ihre Versicherten würde es schon deshalb fehlen, weil diese keine Verantwortlichkeit für die soziale Pflegeversicherung trifft. Beide Arten der Pflegeversicherung sind völlig unterschiedlich strukturiert. Die Leistungsfähigkeit und die finanzielle Existenz der privaten Pflegeversicherung sind abhängig von der sachgerechten Kalkulation der Beitragssätze für die Versicherten. Das Verhältnis zwischen dem Beitragssatz des Versicherungsnehmers und der Bezahlung der Pflegekosten durch das Versicherungsunternehmen ist entscheidend vom *Äquivalenzprinzip* geprägt. Das Bundesverfassungsgericht führte in seinem Urteil vom 3. April 2001 zur privaten Pflege-Pflichtversicherung aus: „Das auf statistischer Grundlage zu ermittelnde individuelle und vom Lebensalter abhängige Risiko, pflegebedürftig zu werden, und die sich daran orientierende versicherungsmathematische Berechnung der Prämien bestimmen die gesamte Tarifgestaltung so maßgeblich, dass die private Pflege-Pflichtversicherung trotz der Umlageanteile ihren Charakter als Individualversicherung nicht verliert“ (BVerfGE 103, 197 [220]). Die private Pflegeversicherung ist zumindest überwiegend kapitalgedeckt; sie muss Rückstellungen aufbauen, die eigentumsrechtlich geschützt sind. Dagegen ist für die soziale Pflegeversicherung vor allem das Prinzip sozialer Umverteilung nach Maßgabe der individuellen Leistungsfähigkeit charakteristisch. Das Umlageverfahren führt dazu, dass der einzelne Sozialversicherte lediglich eine Teilhabe am Beitragsaufkommen zu beanspruchen vermag. In Verwirklichung des sog. Sozialstaatsprinzips kann zur Unterstützung der sozialen Pflegeversicherung nur die Gesamtheit der Steuerzahler, nicht aber mit den privaten Pflegeversicherern und ihren Versicherten jeweils eine besondere Gruppe herangezogen werden.

Dieses Ergebnis folgt auch in Anwendung der Grundsätze, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Judikatur zu den sog. Sonderabgaben entwickelt hat. Insofern handelt es sich um eine Sonderdogmatik im Vergleich zur herkömmlichen Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG, an dem eine Durchbrechung des Grundsatzes der staatsbürgerlichen Lastengleichheit zu messen ist.

Das Bundesverfassungsgericht führte dazu u. a. aus: „Wählt der Gesetzgeber als Finanzierungsmittel für eine öffentliche Aufgabe die Sonderabgabe, weicht er von [...] grundlegenden Prinzipien der Finanzverfassung ab. Er beansprucht zur Auferlegung von Abgaben eine Gesetzgebungskompetenz außerhalb der Finanzverfassung und stellt damit einen der tragenden Eckpfeiler der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes in Frage [...] Schließlich verschiebt er die Belastung der Abgabepflichtigen von der Gemeinlast zu einer die Belastungsgleichheit der Bürger in Frage stellenden besonderen Finanzierungsverantwortlichkeit für eine Sachaufgabe. Zwar führt die Abweichung von den genannten Prinzipien nicht ausnahmslos zur Verfassungswidrigkeit einer Abgabe. Doch muß [...] die Sonderabgabe engen Grenzen unterliegen; sie muß deshalb eine seltene Ausnahme bleiben“ (BVerfGE 91, 186 [202 f.]).

Hier würde es bereits an der vom Bundesverfassungsgericht (vgl. etwa BVerfGE 67, 256 [276]) für die Zulässigkeit einer Sonderabgabe geforderten spezifischen *Sachnähe* der belasteten Gruppe zu der zu finanzierenden Aufgabe fehlen; wie bereits ausgeführt wurde, unterscheidet sich die *private* Pflegeversicherung von der *sozialen* Pflegeversicherung in ihrer rechtlichen Struktur grundlegend. Selbst wenn sich eine solche Sachnähe feststellen ließe, bestünde hier jedenfalls keine *Finanzierungsverantwortung* der abgabepflichtigen Gruppe. Zu dieser Voraussetzung führte das Bundesverfassungsgericht allgemein aus:

Aus der „*Sachnähe* der Abgabepflichtigen zum Abgabezweck muß eine besondere Gruppenverantwortung für die Erfüllung der mit der außersteuerlichen Abgabe zu finanzierenden Aufgabe entspringen. Die Aufgabe, die mit Hilfe des Abgabekommens erfüllt werden soll, muß demnach ganz überwiegend in die Sachverantwortung der belasteten Gruppe, nicht in die der staatlichen Gesamtverantwortung fallen. Andernfalls würde es sich bei der Verfolgung des Zwecks um eine öffentliche Angelegenheit handeln, deren Lasten nur die Allgemeinheit treffen dürfen und die deshalb nur mit von der Allgemeinheit zu erbringenden Mitteln, das heißt im wesentlichen mit Steuermitteln finanziert werden darf“ (BVerfGE 55, 274 [306]). Schließlich würde es im Falle eines Finanzausgleichs zwischen privater und sozialer Pflegeversicherung auch an der Voraussetzung der *gruppennützigen Verwendung* der erhobenen Abgabe (vgl. dazu BVerfGE 82, 159 [180 f.]) fehlen. Denn eine Solidarabgabe privater Pflegeversicherer und ihrer Versicherten zugunsten der sozialen Pflegeversicherung und deren Versicherter würde zur gruppenübergreifen-

den Umverteilung führen, indem sie eine Gruppe zugunsten einer anderen Gruppe belastete.

Weil sich der im Koalitionsvertrag vom 11. November 2005 vorgesehene Finanzausgleich zwischen sozialer und privater Pflegeversicherung als verfassungswidrig erweist, sieht der Entwurf eines Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes zu Recht von einer Verwirklichung des Vorhabens ab.

III. Zur Beitragslimitierung und -reduzierung zugunsten von Versicherten im Standardtarif und Basistarif

Art. 1 Nr. 67 und Art. 2 des Entwurfs eines Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes regeln die Ergänzung des § 110 Abs. 2 SGB XI dahingehend, dass die in § 110 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 Buchst. a bis f SGB XI genannten Bedingungen auch für Verträge mit Personen gelten, die im Standardtarif nach § 315 SGB V bzw. im Basistarif gemäß § 12 VAG versichert sind. Damit darf die Prämienhöhe für diese Versicherten den Höchstbeitrag der sozialen Pflegeversicherung nicht übersteigen; für Personen mit Anspruch auf Beihilfe nach beamtenrechtlichen Grundsätzen wird der Beitrag zur Pflegeversicherung auf 50 vom Hundert des Höchstbeitrags zur sozialen Pflegeversicherung begrenzt. Ferner sind für bestimmte Personen Beitragsreduzierungen vorgesehen: Für Versicherte im Standardtarif bzw. im Basistarif wird eine Beitragshalbierung geregelt, wenn Hilfebedürftigkeit im Sinne des § 12 Abs. 1c Satz 4 VAG entsteht oder nach § 12 Abs. 1c Satz 6 VAG bereits unabhängig davon besteht. In der Begründung des Entwurfs eines Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes heißt es dazu (S. 198):

„Dabei wird bei der Prüfung der Hilfebedürftigkeit bzw. des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Beitragshalbierung auch in der Pflege-Pflichtversicherung grundsätzlich auf den Beitrag zur privaten Krankenversicherung im Basistarif bzw. im Standardtarif nach § 315 des Fünften Buches abgestellt. Dies bedeutet, dass Versicherte, bei denen der Beitrag zur privaten Krankenversicherung halbiert wird, auch zur privaten Pflege-Pflichtversicherung nur einen halben Beitrag entrichten müssen. Wird allerdings ein im Standardtarif der privaten Krankenversicherung Versicherter allein durch den Beitrag zur Pflegeversicherung hilfebedürftig im Sinne des Zweiten oder Zwölften Buches, ist die Halbierungsregelung auf diesen Beitrag beschränkt.“

Für Personen mit Anspruch auf Beihilfe nach beamtenrechtlichen Grundsätzen wird der Beitrag bei Hilfebedürftigkeit ebenfalls halbiert.

Damit knüpfen diese Vorschriften an die im GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26. März 2007 (BGBl. I S. 378) enthaltenen Neuregelungen zum Standardtarif und Basistarif an, die sich jedoch als verfassungswidrig erweisen. Zur Begründung verweise ich zunächst auf meine schriftliche Stellungnahme, die ich im Rahmen der am 8. November 2006 vor dem Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages erfolgten Anhörung vorgelegt habe; umfangreichere Ausführungen befinden sich in: *Helge Sodan*, Private Krankenversicherung und Gesundheitsreform 2007. Verfassungs- und europarechtliche Probleme des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes (= Schriften zum Gesundheitsrecht, Bd. 5), Verlag Duncker & Humblot, 2. Aufl., Berlin 2007, S. 74 ff. Wesentliche verfassungsrechtliche Einwände gegen die Regelungen zum Basistarif in der privaten Krankenversicherung (PKV) lassen sich wie folgt zusammenfassen:

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

1. Die privaten Krankenversicherungsunternehmen sind darauf angewiesen, dass ihre Risikoprognosen, die den Versicherungsprämien zugrunde liegen, so präzise wie möglich die Realität abbilden. Bei einer Abweichung ist die Äquivalenz zwischen den beitragsbezogenen Einnahmen und den Ausgaben für die Krankheitskosten der Versicherten nicht mehr gegeben. Je ungenauer die Risikoprognosen sind, desto größer ist die Gefährdung der Äquivalenz. Um sie wiederherzustellen, müssen die Beiträge der Versicherten erhöht werden. Die Einführung eines Tarifs mit Kontrahierungszwang und ohne Risikoprüfung trägt wegen der ungenauen Prognose der Krankheitskosten dazu bei, dass die Äquivalenz bei denjenigen, die diesen Tarif wählen, nicht vorliegt. Das entsprechende Defizit ist regelmäßig von den übrigen Versicherten zu tragen.

2. Die Einführung des Basistarifs greift in die *Wettbewerbs- und beruflich genutzte Vertragsfreiheit* der *privaten Krankenversicherungsunternehmen* nach Art. 12 Abs. 1 GG ein. Die Einbeziehung von Personen, die wegen vorangegangener arglistiger Täuschung über ihren Gesundheitsstatus den Versicherungsschutz verloren hatten und sich nunmehr zwar nicht bei demselben, aber bei einem anderen Unternehmen im Basistarif versichern können, ist ebenso ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit wie die Einbeziehung von Personen, denen wegen Zahlungsverzugs der Versicherungsvertrag gekündigt worden war, und der freiwillig in der GKV Versicherten.

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

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

Personen ohne Krankenversicherungsschutz können nach § 315 SGB V n. F. bis zum 31. Dezember 2008 Versicherungsschutz im Standardtarif gemäß § 257 Abs. 2a SGB V verlangen. Die wesentlichen Elemente dieses Standardtarifs stimmen mit denen des Basistarifs überein, so dass durch diese gesetzlichen Vorgaben auch im Standardtarif eine Äquivalenzstörung zwischen den Krankheitskosten und den Beitragseinnahmen angelegt ist. Die durch die Einführung des Basistarifs induzierten Eingriffe in die Berufs- und Eigentumsfreiheit privater Krankenversicherungsunternehmen liegen deshalb auch beim Standardtarif vor. § 315 SGB V erweist sich deshalb ebenfalls als verfassungswidrig.

Die in unmittelbarem Zusammenhang mit diesen verfassungswidrigen Neuregelungen zum Standardtarif und Basistarif stehenden Vorschriften in *Art. 1 Nr. 67* und *Art. 2* des Entwurfs eines Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes lassen sich demnach ihrerseits nicht mit dem Grundgesetz vereinbaren. Durch die Anknüpfung an die Bestimmungen aus dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz wird Personen ein Anspruch auf Abschluss einer privaten Pflege-Pflichtversicherung mit Beitragslimitierung oder -reduzierung gegeben, bei denen das Äquivalenzverhältnis zwischen den Pflegekosten und den Beitragseinnahmen erheblich gestört ist. Dies verstößt gegen die Grundrechte der Berufsfreiheit und der Eigentumsfreiheit von Versicherern.