

Aktuelle Reformgesetzgebung im Gesundheitswesen

Vortrag im Rahmen der Vertreterversammlung der Landesärztekammer
Baden-Württemberg am 21. Juli 2007 in Stuttgart

von Universitätsprofessor Dr. *Helge Sodan*, Berlin,

Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)

Auf wenige Entwicklungen in der deutschen Politik kann man sich so verlassen wie auf die stetigen Versuche des Gesetzgebers, das Gesundheitswesen zu reformieren. Im Mittelpunkt der staatlichen Bemühungen steht unverändert die unter chronischen Finanzierungsschwierigkeiten leidende gesetzliche Krankenversicherung (GKV). Seit mittlerweile etwa drei Jahrzehnten hält die sog. Kostendämpfungsgesetzgebung an. Die Begründung eines Gesetzentwurfs aus dem Jahre 1996 ging zu diesem Zeitpunkt bereits von 46 größeren Gesetzen mit über 6.800 Einzelbestimmungen aus, durch die der Gesetzgeber die GKV zu sanieren versucht hatte. In dem folgenden Jahrzehnt haben die „Gesundheitsreformen“ an Intensität weiter zugenommen. So umfasst etwa das GKV-Modernisierungsgesetz vom 14. November 2003 Regelungen in Bezug auf insgesamt 34 Parlamentsgesetze und Rechtsverordnungen. Von „Jahrhundertwerken“ mag freilich niemand mehr sprechen. Allzu offensichtlich sind die – wenn überhaupt – nur kurzfristigen Kostendämpfungseffekte. Jede größere Gesundheitsreform führt jedoch zu weit reichenden Konsequenzen für Versicherte und Krankenkassen sowie die Erbringer von Gesundheitsleistungen. Dies gilt auch für Gesetzgebungswerke aus der 16. Wahlperiode des Deutschen Bundestages. Bereits das Gesetz zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der Arzneimittelversorgung vom 26. April 2006 sowie das Gesetz zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze vom 22. Dezember 2006 wurden erst nach intensiven öffentlichen Diskussionen beschlossen. Eine noch breitere Auseinandersetzung ging allerdings dem sog. GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) vom 26. März 2007 voraus, welches den Kern der aktuellen Gesundheitsreform bildet. Dieses Gesetz ist durch eine Vielzahl von komplexen und zudem zeitlich gestaffelten Regulierungsbestrebungen gekennzeichnet. Die große Mehrheit der Vorschriften ist am 1. April 2007 in Kraft getreten. Anders als frühere Reformgesetze ändert das GKV-WSG in erheblicher Weise auch Grundlagen der privaten Krankenversicherung (PKV). Insbesondere dieser Umstand hat während des Gesetzgebungs-

verfahrens zu einer intensiven *verfassungsrechtlichen* Diskussion geführt, die auch mit der Ausfertigung des Gesetzes durch den Bundespräsidenten nicht beendet ist.

Politisch, aber auch verfassungsrechtlich sehr bedenklich ist zunächst das *Gesetzgebungsverfahren* als solches. Nachdem sich führende Vertreter von CDU/CSU und SPD nach monatelangem Streit in verschiedenen Gesprächen auf umfangreiche Änderungen ihres eigenen, in der elektronischen Vorabfassung 582 Seiten umfassenden Gesetzentwurfs verständigt hatten, wurden diese Modifikationen als Änderungsanträge zunächst dem Bundestagsausschuss für Gesundheit zugeleitet. Dies erfolgte am späten Abend des 30. Januar 2007. Am nächsten Morgen tagte dann der Ausschuss. Dieser hatte über eine Beschlussempfehlung zu entscheiden, die sich in ihrer elektronischen Vorabfassung auf 266 Seiten mit 81 Anträgen betreffend Änderungen des ursprünglichen Entwurfs des GKV-WSG erstreckte. Nur diejenigen Ausschussmitglieder, die auf jeglichen Schlaf in der Nacht vom 30. auf den 31. Januar 2007 verzichteten, hatten also eine Chance, auch nur annähernd nachzuvollziehen, was letztlich wiederum im Bundesministerium für Gesundheit unter größtem Zeitdruck erarbeitet worden war. Der dazugehörige Bericht des Ausschusses für Gesundheit vom 1. Februar 2007 zum gesamten Regelungsvorhaben umfasste in der elektronischen Vorabfassung 105 Seiten. Einen Tag später – am 2. Februar 2007 – fand dann im Plenum des Deutschen Bundestages die dritte und letzte Lesung des Gesetzentwurfs statt; eine deutliche Mehrheit der Abgeordneten stimmte der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit zu.

Angesichts dieses zeitlichen Ablaufs des Gesetzgebungsverfahrens drängt sich die Frage auf, wie viele Abgeordnete eigentlich wussten, *worüber* sie abstimmten. Damit sind nicht ungefähre Kenntnisse gemeint, sondern ein genaues Wissen von einem Regelungsbereich, der so kompliziert ist, dass es eben um Details geht und nicht nur um vage Vorstellungen. Aufgrund der Kurzfristigkeit der Vorlage der umfangreichen Änderungen des Gesetzentwurfs war es für die Abgeordneten praktisch unmöglich, sich mit der Materie in einer ihrer Komplexität angemessenen Weise zu beschäftigen. In diesem Sinne hat der Abgeordnete *Friedrich Merz* in seiner am 2. Februar 2007 abgegebenen Erklärung zur Abstimmung nach § 31 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages Folgendes gerügt: „Das Gesetzgebungsverfahren selbst hat eine angemessene Beratung und Beschlussfassung eines Gesetzes von solcher Tragweite im Deutschen Bundestag nicht ermöglicht. Insbesondere die noch in

den letzten Tagen beschlossenen, umfangreichen Änderungen des Gesetzentwurfs haben die Abgeordneten auch in den Ausschüssen des Deutschen Bundestages kaum noch beraten und in ihrer Wirkung beurteilen können.“

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt aus den Staatsstrukturprinzipien von Demokratie und Rechtsstaat, dass der parlamentarische Gesetzgeber die „grundlegenden“, „wesentlichen Entscheidungen“ selbst treffen muss und diese nicht der Exekutive überlassen darf. Dem vom Parlament beschlossenen Gesetz kommt nämlich „gegenüber dem bloßen Verwaltungshandeln die unmittelbarere demokratische Legitimation zu, und das parlamentarische Verfahren gewährleistet ein höheres Maß an Öffentlichkeit der Auseinandersetzung und Entscheidungssuche und damit auch größere Möglichkeiten eines Ausgleichs widerstreitender Interessen“. Das Rechtsstaatsprinzip fordert, „die öffentliche Gewalt in allen ihren Äußerungen auch durch klare Kompetenzordnung und Funktionentrennung rechtlich zu binden, so daß Machtmißbrauch verhütet und die Freiheit des Einzelnen gewahrt wird“.

Der Umfang des parlamentarischen Regelungsvorbehalts bemisst sich „nach der Intensität, mit welcher die Grundrechte der Regelungsadressaten betroffen werden“. Der Gesetzgeber kann den Umfang der Einschränkung von Grundrechten etwa von Versicherten, Ärzten oder privaten Krankenversicherern aber nur dann selbst bestimmen, wenn er die mit seinen Vorschriften verbundenen Grundrechtseingriffe überhaupt im Blick hat. Die Wesentlichkeitstheorie verpflichtet also nicht nur zu einem formalen Parlamentsbeschluss, sondern auch dazu, den Parlamentariern einen der Komplexität der jeweiligen Regelungsmaterie angemessenen und ausreichenden Zeitraum zu einer Meinungsbildung zur Verfügung zu stellen. Voraussetzung dafür ist eine rechtzeitige und vorausgehende Mitteilung des jeweiligen konkreten Regelungsgegenstandes, d. h. der entsprechenden Änderungsanträge zu Gesetzentwürfen, über welche die Abgeordneten befinden sollen. Ein nur wenige Stunden umfassender Zeitraum wie beim GKV-WSG ist angesichts des Umfangs des Gesetzesvorhabens eindeutig zu knapp bemessen. Der konkrete Verfahrensablauf kollidiert mithin mit den Grundsätzen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu den Voraussetzungen wesentlicher parlamentarischer Entscheidungen.

Mittlerweile stehen nicht wenige der vielen Abgeordneten, die dem GKV-WSG im Plenum des Bundestages zugestimmt haben, unter erheblichem Erklärungsdruck. Geradezu abenteuerlich und kläglich fallen einige Rechtfertigungsversuche aus. Dazu zwei Kostproben aus einer die Koalition tragenden

Fraktion: Ein mir seit langem näher bekannter Abgeordneter aus Berlin verwies darauf, ein Fraktionskollege, der Zahnarzt ist, habe dem Gesetz zugestimmt; dann könne er dies doch auch tun. Eine Abgeordnete aus Nordrhein-Westfalen gab im Rahmen einer Veranstaltung in Berlin am 20. Februar 2007 öffentlich zu, die vielen kurzfristig vorgelegten Änderungsanträge vor der Abstimmung im Bundestag nicht mehr studiert zu haben. Ihre Zustimmung zu dem Gesetz rechtfertigte sie damit, man müsse sich doch auch „mal auf andere verlassen können“.

Damit spannt sich zugleich der Bogen zu der – um es vorsichtig auszudrücken – von den Fraktionsführungen offenbar deutlich angemahnten *Fraktionsdisziplin*. In der Bundestagsfraktion der SPD wurde diversen Medienberichten zufolge eine intensive Diskussion darüber geführt, wie denn nun mit den nicht wenigen Abweichlern in der Fraktion zu verfahren ist, also mit denjenigen, die im Plenum des Bundestages gegen das GKV-WSG gestimmt haben. Ernsthaft in Rede stand vorübergehend offenbar, einige Abgeordnete aus dem Ausschuss für Gesundheit abzurufen. Auf diese Weise wird das Spannungsverhältnis zum sog. freien Mandat des Abgeordneten nachdrücklich in Erinnerung gerufen. Im Grundgesetz heißt es, dass die Abgeordneten „an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen“ sind.

Am Beispiel dieses Gesetzgebungsverfahrens zeigt sich durchaus eine Krise des deutschen Parlamentarismus. Es dürfte keinen Zweifeln unterliegen, dass bei einer ohne den Druck der Fraktionsdisziplin erfolgten Abstimmung im Bundestag der Entwurf des GKV-WSG keine Mehrheit gefunden hätte. Der stellvertretende Chefredakteur der Zeitschrift „Stern“ *Hans-Ulrich Jörges* formulierte in einer Fernsehdiskussion sarkastisch, er kenne nur zwei Menschen, welche die Gesundheitsreform positiv beurteilten: nämlich die Bundeskanzlerin und die Bundesministerin für Gesundheit. Eine dritte Person kenne er nicht.

Zur Durchsetzung einer Fraktionsdisziplin gehören allerdings immer zwei: derjenige, der Druck ausübt, und derjenige, der diesem Druck nachgibt. Ich habe mich in letzter Zeit wiederholt gefragt, weshalb Standfestigkeit und Grundsatztreue in der Politik so wenig ausgeprägt sind. Die berühmten Worte *Martin Luthers* „Hier stehe ich, ich kann nicht anders, Gott helfe mir“ scheinen jedenfalls vielen Politikern kein Vorbild zu sein. Die etwaige Drohung, bei der nächsten Bundestagswahl nicht wieder als Kandidat von der Partei aufgestellt zu werden, kann aber doch nur derjenige ernsthaft fürchten, für den es eine unangenehme Vorstellung ist, in den früheren Beruf zurückzukehren.

Berufliche Qualifikation und Erfolg im Beruf begründen nun einmal tatsächliche Unabhängigkeit. Schon oft wurde die Forderung erhoben, mehr Seiten- und Quereinsteigern wichtige Ämter und Mandate in der Politik zu übertragen. Dies setzt aber auch die Bereitschaft der Elite eines Volkes voraus, sich für solche Aufgaben – zeitlich begrenzt – zur Verfügung zu stellen und etwa jenen Sachverstand einzubringen, den man in der Gesundheitspolitik derzeit so schmerzlich vermisst.

Nach diesen grundsätzlichen Bemerkungen möchte ich zur sog. Gesundheitsreform zurückkehren und mich nunmehr einigen inhaltlichen Fragen des GKV-WSG zuwenden.

Lebhaft umstritten ist seit langem die Frage, ob die gesetzlichen Krankenkassen als *Unternehmen* im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts anzusehen sind. In einem Urteil vom 16. März 2004 vertrat der Europäische Gerichtshof die Auffassung, dass die deutschen gesetzlichen Krankenkassen an der Verwaltung des Systems der sozialen Sicherheit mitwirkten; sie nähmen insoweit eine rein soziale Aufgabe wahr, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruhe und ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt werde. Besonders hervorzuheben sei die gesetzliche Verpflichtung der Krankenkassen, ihren Mitgliedern im Wesentlichen gleiche Pflichtleistungen anzubieten, die unabhängig von der Beitragshöhe seien; die Krankenkassen hätten somit keine Möglichkeit zur Einflussnahme auf diese Leistungen. Sie konkurrierten daher weder miteinander noch mit den privaten Einrichtungen hinsichtlich der Erbringung der im Bereich der Behandlung oder der Arzneimittel gesetzlich vorgeschriebenen Leistungen, die ihre Hauptaufgabe darstelle. Speziell in Bezug auf die Festbeträge für Arzneimittel meinte der Europäische Gerichtshof, mit der Festsetzung der Festbeträge erfüllten die Kassenverbände nur eine ihnen gesetzlich auferlegte Pflicht im Rahmen der Verwaltung des deutschen Systems der sozialen Sicherheit; sie handelten nicht als Unternehmen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübten. Der Europäische Gerichtshof antwortete somit auf die Vorlagefragen des Bundesgerichtshofes und des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, die deutschen Kassenverbände seien keine Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen im Sinne des Art. 81 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, wenn sie Festbeträge festsetzen, bis zu deren Erreichen die Krankenkassen die Kosten für Arzneimittel übernehmen.

Der Europäische Gerichtshof sprach in dieser Entscheidung allerdings auch von einem „Spielraum“, „über den die Krankenkassen verfügen, um ihre Beitragssätze festzulegen und einander einen gewissen Wettbewerb um Mitglie-

der zu liefern“. Nimmt dieser Spielraum durch Änderungen des Rechts der GKV zu, könnte der Europäische Gerichtshof künftig zu anderen Ergebnissen gelangen als in seinem Urteil zu den Festbeträgen für Arzneimittel. So ist etwa darauf hinzuweisen, dass den gesetzlichen Krankenkassen in jüngster Zeit schon vor dem GKV-WSG verstärkte Freiräume zur individuellen Gestaltung ihrer Leistungen eröffnet wurden, wie sich am Beispiel des Angebots integrierter Versorgungssysteme (§§ 140a ff. SGB V) kombiniert mit Bonusmodellen (i. S. v. § 65a SGB V) zeigen lässt.

Diese Tendenz hat das GKV-WSG dadurch erheblich verstärkt, dass die Satzungen der gesetzlichen Krankenkassen künftig Tarife mit Selbstbehalt vorsehen können, bei denen Mitglieder einen Teil der von der Krankenkasse zu tragenden Kosten übernehmen. Die Regelung einer – für den Fall der Nichtinanspruchnahme von Leistungen – begrenzten Prämienzahlung in Höhe von höchstens einem Zwölftel der jeweils im Kalenderjahr gezahlten Beiträge wird ebenfalls ermöglicht. Außerdem kann die Satzung einer Krankenkasse bestimmen, dass Mitglieder Tarife für Kostenerstattung wählen, die Höhe der Kostenerstattung variieren und dafür spezielle Prämienzahlungen durch die Versicherten vorsehen. Die Krankenkassen können ihre Prämien danach differenzieren, ob der gesetzlich vorgeschriebene Leistungsumfang der Krankenkassen erweitert oder eingeschränkt wird. Diese Regelungen legen den Schluss nahe, dass die gesetzlichen Krankenkassen doch als Unternehmen angesehen und damit dem europäischen Wettbewerbsrecht unterworfen werden müssen.

Ganz auf dieser Linie hatte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Entwurf des GKV-WSG vorgeschlagen, für die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Leistungserbringern das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen für entsprechend anwendbar zu erklären. Zur Begründung heißt es:

„Die Möglichkeiten der Kassen, Rabattverträge sowie Einzelverträge abzuschließen, werden erheblich erweitert. Die liberalisierten Fusionsmöglichkeiten für die Kassen werden in kürzester Zeit flächendeckende Monopole und Oligopole entstehen lassen. Vom Gesetzgeber gewünschte Elemente wie Ausschreibungen, insbesondere im großteils handwerklich strukturierten Hilfsmittelbereich, werden den Selektionsprozess auf der Leistungserbringerseite drastisch erhöhen. Dies gilt insbesondere deshalb, da bei kleineren regionalen Teilmärkten der Zuschlag zu Gunsten eines Leistungserbringers existenzvernichtend für die übrigen wirken kann. Deshalb ist angesichts der Marktmacht der Kassen zum Schutz der Leistungserbringer erforderlich, die allgemein gel-

tenden Vorschriften des Wettbewerbsrechts für anwendbar zu erklären, soweit nicht spezielle Erfordernisse des Krankenversicherungsrechts entgegenstehen“ (BT-Drucks. 16/3950, S. 15).

Mit diesem Vorschlag hat sich der Bundesrat zwar nicht vollständig durchsetzen können; er hat aber erreicht, dass das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch nunmehr vorsieht, dass bestimmte Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die sich gegen Marktbeherrschung und wettbewerbsbeschränkendes Verhalten richten, hinsichtlich der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Leistungserbringern und ihren Verbänden einschließlich der Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Landesausschüsse entsprechend gelten. Davon ausgenommen sind nur die Verträge zwischen Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind und bei deren Nichtzustandekommen eine Schiedsgerichtsregelung gilt.

Besonders intensiv wurde und wird der sog. *Gesundheitsfonds* kritisiert. Die bisherigen krankenkassenabhängigen Beiträge entfallen. Stattdessen legt die Bundesregierung durch Rechtsverordnung erstmalig bis zum 1. November 2008 mit Wirkung ab dem 1. Januar 2009 den allgemeinen Beitragssatz in Hundertstel der beitragspflichtigen Einnahmen fest. Die eingehenden Beiträge und Bundesmittel werden vom Bundesversicherungsamt als Sondermögen (Gesundheitsfonds) verwaltet. Die Krankenkassen erhalten als Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds zur Deckung ihrer Ausgaben eine Grundpauschale, alters-, geschlechts- und risikoadjustierte Zu- und Abschläge zum Ausgleich der unterschiedlichen Risikostrukturen und Zuweisungen für sonstige Ausgaben.

Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung kritisierte im November 2006 zu Recht: „Der Wettbewerb zwischen den Kassen wird durch die Ausgestaltung des Gesundheitsfonds verzerrt und eher abnehmen. Gesetzlich festgelegte einheitliche Beitragssätze und ein weitgehender Verlust der Finanzautonomie der Krankenkassen sind Schritte zu einer ‚Einheitskasse‘“ (Jahresgutachten 2006/07, S. 236). Es ist und bleibt unverständlich, weshalb der Gesetzgeber dieser Kritik nicht Rechnung getragen hat. Gerade am Beispiel des Gesundheitsfonds wird die Verstärkung der Tendenz zur *Staatsmedizin* überaus deutlich.

Sehr kontrovers wurden im Gesetzgebungsverfahren Regelungen diskutiert, welche die PKV betreffen. Diese führen nach wie vor – also auch *nach* den Änderungen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens – zu schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Einwänden.

Lassen Sie mich aus der Fülle der Regelungen besonders zwei Problemkreise herausgreifen:

1. Ursprünglich wollte die sog. große Koalition die erstmals 2004 geleisteten Steuermittel zugunsten der gesetzlichen Krankenkassen für sog. krankenversicherungsfremde Leistungen entfallen lassen. Allein im Jahre 2006 flossen den gesetzlichen Krankenkassen zur pauschalen Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für solche versicherungsfremden Leistungen 4,2 Milliarden Euro aus Steuermitteln über das Bundesversicherungsamt zu. In der Begründung eines Gesetzentwurfes aus dem Jahre 2003 werden zu den „versicherungsfremden Leistungen, die keinen Bezug zu Krankheit haben und gesamtgesellschaftliche Aufgaben darstellen“, folgende Leistungen gezählt: „das Mutterschaftsgeld und sonstige Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft, Empfängnisverhütung, Schwangerschaftsabbruch, Haushaltshilfe, Krankengeld bei Erkrankung eines Kindes sowie die Beitragsfreiheit beim Bezug von Erziehungsgeld, Mutterschaftsgeld oder Inanspruchnahme von Elternzeit“ (BT-Drucks. 15/1170, S. 162).

Im April 2006 erfolgte dann der überraschende Vorstoß des Vorsitzenden der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, der in einem Zeitungsinterview vorgeschlagen hatte, künftig die Krankenversicherung der Kinder aus Steuern zu finanzieren. Offen blieb dabei seinerzeit allerdings die Frage, ob damit *alle* Kinder gemeint waren oder nur diejenigen, die beitragsfrei in der GKV versichert sind. Die von der Bundesregierung im Juli 2006 beschlossenen „Eckpunkte zu einer Gesundheitsreform 2006“ sahen vor, nur die beitragsfreie Mitversicherung von Kindern in der GKV durch Zuschüsse aus dem Bundeshaushalt zu finanzieren. Zu diesem Zweck sollten im Haushaltsjahr 2008 ein Zuschuss von 1,5 Milliarden Euro und im Jahr 2009 von 3 Milliarden Euro geleistet werden. Offensichtlich aufgrund der zwischenzeitlich erfolgten massiven verfassungsrechtlichen Einwände wird in dem von den Fraktionen der CDU/CSU und SPD im Oktober 2006 in den Bundestag eingebrachten Entwurf des GKV-WSG dagegen der konkrete Verwendungszweck der Haushaltszuschüsse zunächst verschleiert. Dort ist im Rahmen des einleitenden Abschnitts „Lösung“ zwar ebenfalls von Zuschüssen in der genannten Höhe die Rede, als Zweck wird allerdings nur pauschal die „*anteilige Finanzierung der gesamtgesellschaftli-*

chen Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung“ genannt. Erst am Ende der Begründung des Gesetzentwurfs wird der Konnex zwischen den staatlichen Zuschüssen und der beitragsfreien Mitversicherung von Kindern in der GKV deutlich, indem die Fraktionen der CDU/CSU und SPD formulieren:

„Mit dem Einstieg in eine teilweise Finanzierung von gesamtgesellschaftlichen Aufgaben (beitragsfreie Mitversicherung von Kindern) aus dem Bundeshaushalt entstehen dem Bund im Vergleich zum derzeit geltenden Recht (unter Berücksichtigung der Maßnahmen des Haushaltsbegleitgesetzes 2006) Mehrausgaben von 1,5 Mrd. Euro in 2008 und rd. 3 Mrd. Euro im Jahr 2009. [...] In den Folgejahren soll der Zuschuss weiter ansteigen“ (BT-Drucks. 16/3100, S. 212).

In der nunmehr vom Bundestag beschlossenen Gesetzesfassung heißt es, dass der Bund „zur pauschalen Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen für das Jahr 2007 und das Jahr 2008 jeweils 2,5 Milliarden Euro in halbjährlich zum 1. Mai und zum 1. November zu überweisenden Teilbeträgen“ leistet. Diese Leistungen sollen sich in den Folgejahren um jährlich 1,5 Milliarden Euro bis zu einer jährlichen Gesamtsumme von 14 Milliarden Euro erhöhen. Wie diese Wohltaten überhaupt finanziert werden sollen, steht derzeit allerdings in den Sternen. Von Seiten einiger Haushaltspolitiker war jedenfalls schon ein deutliches Grummeln zu vernehmen.

Eine unmittelbare und spezifische Zweckbestimmung der genannten Haushaltsmittel ist in den einschlägigen Rechtsnormen nicht enthalten. Die Vorschriften bedürfen daher der Auslegung. Als ein wesentliches Auslegungskriterium ist hier die Entstehungsgeschichte heranzuziehen. In der Begründung des Entwurfs des GKV-WSG wird ausdrücklich die steuerseitige Finanzierung der Familienversicherung für Kinder als Verwendungszweck angeführt. Eine ausdrückliche Abkehr von dieser Intention ist im parlamentarischen Verfahren nicht erfolgt. Dies spricht ebenso für die Annahme der unveränderten familienpolitischen Intention wie die historische Auslegung, die den Sinn einer Vorschrift aus deren entwicklungsgeschichtlichen Zusammenhängen zu erschließen sucht. Das GKV-WSG basiert nach übereinstimmenden Aussagen aller Beteiligten auf dem von der Bundesregierung im Juli 2006 beschlossenen „Eckpunktepapier“. Dort war aber eben eine entsprechende Intention ausdrücklich erwähnt. Die jetzt im Gesetz genannte Summe von 14 Milliarden Euro entspricht im Übrigen den derzeitigen jährlichen Gesamtkosten für die beitragsfreie Mitversicherung von Kindern in der GKV. Auch dies ist ein deut-

licher Beleg dafür, dass eine Abkehr von der Intention des „Eckpunktepapiers“ nicht erfolgt ist. Dies hat auch der Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion *Peter Struck* in einem am 23. März 2007 in den Ruhr Nachrichten erschienenen Interview eingeräumt. Die Frage lautete: „Wie wird die Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung ab 2008 sichergestellt? Die Koalition hat jährlich steigende Steuerzuschüsse in Milliardenhöhe vereinbart.“ Darauf antwortete *Struck*: „Das muss aus dem Haushalt finanziert werden. Für die kostenlose Kindermitversicherung sollen nicht nur die Beitragszahler, sondern alle Steuerzahler aufkommen.“

Die geplante Regelung verstößt gegen den besonderen Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG, der eine objektive Wertentscheidung der Verfassung zugunsten dieses Rechtsinstituts enthält: Dadurch wird eine staatliche Benachteiligung von Familienmitgliedern untersagt und der Staat verpflichtet, die Familie zu fördern. Dazu gehört auch die Verpflichtung, die mit einer familialen Gemeinschaft verbundenen spezifischen Lasten auszugleichen. Wie der Staat diesen Familienlastenausgleich realisiert, bleibt grundsätzlich ihm überlassen. Allerdings bedarf es einer besonderen Rechtfertigung, wenn eine Gruppe von Personen, gegenüber denen der Staat grundsätzlich zu einem Familienlastenausgleich verpflichtet ist, von einer bestimmten Leistung ausgeschlossen wird, die der Staat anderen gewährt. Fiskalische Gründe allein stellen für eine solche Ungleichbehandlung keine verfassungskonforme Legitimation dar. Der Staat ist grundsätzlich zur Förderung *aller* Kinder verpflichtet, unabhängig von der Art ihres Krankenversicherungsschutzes. Er darf also nicht Kinder 1. und 2. Klasse schaffen. Besondere Gründe für eine Differenzierung zwischen den in der GKV und den in der PKV versicherten Kindern hinsichtlich der staatlichen Finanzierung ihrer Krankenversicherung sind nicht erkennbar. Die geplante Ungleichbehandlung verstößt deshalb gegen die im Grundgesetz zum Ausdruck kommende objektive Wertentscheidung der Verfassung zugunsten der Familie.

Eine einseitige Steuerfinanzierung der beitragsfreien Mitversicherung von Kindern in der GKV impliziert ferner eine differenzierte Belastung von in der GKV und in der PKV versicherten Steuerzahlern. Jene müssen zwar die beitragsfreie Mitversicherung ihrer Kinder über ihre Steuern mitfinanzieren; zugleich entfällt jedoch zumindest ein Teil der Beitragslast, die sie bisher für die Finanzierung der Mitversicherung aufgewandt hatten. Dagegen müssen die in der PKV versicherten Steuerzahler ebenfalls die Familienversicherung der Kinder in der GKV mitfinanzieren; ein Kompensationseffekt wie bei den in

der GKV versicherten Steuerzahlern entfällt aber. Diese Ungleichbehandlung ist nicht verhältnismäßig und verletzt daher den verfassungsrechtlich gewährleisteten allgemeinen Gleichheitssatz.

Als verfassungskonforme Gestaltungsalternative kommt in Betracht, die Steuerfinanzierung auch auf die in der PKV versicherten Kinder auszudehnen. Dazu könnte ein Durchschnittsbetrag errechnet werden, der für ein in der GKV versichertes Kind ausgegeben wird. Dieser Betrag würde dann einem in der PKV versicherten Kind zugerechnet und über die Familienkassen ausgezahlt werden. Benötigt würden dafür derzeit weitere ca. 2 Milliarden Euro.

Der stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion *Wolfgang Zöller* vertrat Ende letzten Jahres in einem Fernsehinterview die Auffassung, wenn die beitragsfreie Mitversicherung der in der GKV versicherten Kinder in Höhe von etwa 14 Milliarden Euro vollständig aus Steuermitteln finanziert würde, dann wäre auch eine Unterstützung der privat versicherten Kinder möglich. Hier liegt leider ein elementares Fehlverständnis vor: Für die Feststellung eines Verfassungsverstoßes ist es unerheblich, ob die beitragsfreie Mitversicherung der in der GKV versicherten Kinder nur teilweise oder vollständig aus Steuermitteln finanziert wird.

2. Das GKV-WSG 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.

Die privaten Krankenversicherungsunternehmen sind darauf angewiesen, dass ihre Risikoprognosen, die den Versicherungsprämien zugrunde liegen, so präzise wie möglich die Realität abbilden. Bei einer Abweichung wäre die Äquivalenz zwischen den Beitragseinnahmen 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, müssten die Prämien 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 von den übrigen Versicherten zu tragen.

Die Einführung des Basistarifs greift in die Wettbewerbs- und beruflich genutzte Vertragsfreiheit der privaten Krankenversicherungsunternehmen ein, die von dem im Grundgesetz gewährleisteten Grundrecht der Berufsfreiheit umfasst sind. 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 ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit. Dies gilt auch für die Einbeziehung von Personen, denen wegen Zahlungsverzugs der Versicherungsvertrag gekündigt worden war, und der freiwillig in der GKV Versicherten.

Die Einführung eines Basistarifs verstößt ferner gegen das im Grundgesetz verankerte *Rückwirkungsverbot*, weil der Basistarif die vom Versicherer berechnete Globaläquivalenz zwischen den Beitragseinnahmen und Leistungsaufwendungen zerstört. Das Vertrauen des Versicherers in die Stabilität seiner abgeschlossenen Risikoprognose ist vor gesetzlichen Veränderungen geschützt.

Im Übrigen muss in aller Deutlichkeit darauf hingewiesen werden: Die GKV wird nicht dadurch saniert, dass die PKV ruiniert wird. Dazu passt ein Bild, das der Vorsitzende der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung im November 2005 eindrucksvoll gezeichnet hat: „Wir haben ein System privater Krankenversicherungen, das funktioniert, und eine gesetzliche Krankenversicherung, die in vielen Bereichen am Ende ist. Wenn ich zwei Krankenwagen vor der Tür stehen habe, von denen einer einsatzbereit ist und einer einen Platten hat, dann gehe ich doch nicht hin und lasse bei dem funktionstüchtigen Wagen die Luft aus dem Reifen, damit ich nachher sagen kann: Das ist gerechter, da haben alle Patienten, die einen Krankenwagen brauchen, die gleichen Bedingungen. Das ist doch absurd.“

Bereits die vorstehend dargestellten Neuregelungen im GKV-WSG lassen erkennen, dass die gerade erst begonnene juristische Aufarbeitung dieses umfangreichen Gesetzgebungswerkes noch lange Zeit in Anspruch nehmen wird. Mit großer Wahrscheinlichkeit wird es zu einer Vielzahl gerichtlicher Verfahren kommen. Es lässt sich unschwer prognostizieren, dass höchstrichterliche Entscheidungen in der Fachgerichtsbarkeit und durch das Bundesverfassungsgericht mit abschließenden Klärungen grundsätzlicher Fragen erst in Jahren vorliegen werden. Kaum zu erwarten ist jedoch, dass sich der umtriebige Gesetzgeber bis dahin mit weiteren Reformschritten zurückhalten wird. Das Bundesministerium für Gesundheit musste im März 2007 bereits „einige Un-

richtigkeiten“ im GKV-WSG einräumen, die in einem Änderungsgesetz „kurzfristig zu korrigieren“ seien. Möglicherweise wird schon bald eine größere Debatte über die „Reform der Reform“ einsetzen, insbesondere soweit es sich um Regelungen handelt, die erst 2009 in Kraft treten. Erinnerung sei nur an die im GKV-Modernisierungsgesetz vom 14. November 2003 für die Zeit ab 2005 vorgesehene Ausgliederung des Zahnersatzes aus dem Leistungskatalog der GKV; noch vor dem Wirksamwerden der diesbezüglichen Regelungen beschloss dann der Deutsche Bundestag deren Aufhebung. Mit der jüngsten Reform hat der Gesetzgeber jedenfalls die Chance zur Liberalisierung vertan und die Tendenz zur Staatsmedizin deutlich verstärkt.