

Thorsten Kingreen

Wandel durch Annäherung: Perspektiven für eine integrierte Krankenversicherungsordnung

The current dual system of statutory health insurance (SHI) and private health insurance (PHI) is characterized by false incentives, unjustified unequal treatment between groups of insured, lack of competition and unequal remunerations for equal medical services leading to preferential treatment for persons insured by the PHI. These deficits should be addressed by means of a fundamental reform resulting in a monistic health insurance system combining private legal form of the sickness insurance organization with solidarity balance and a regulation system similar to SHI. The paper focuses on legal and constitutional issues of transition, such as: treatment of PHI old age accruals, transferring the civil servants into the SHI system and protection of the confidence of medical providers in a transition period from dual to uniform fees. The transfer process would involve serious but surmountable difficulties. In particular, the discussed health insurance scheme would not violate constitutional law.

I. Boote ohne Ruderer?

Zu den großen Zauberworten für die Rechtfertigung der dualen Krankenversicherungsordnung aus GKV und PKV gehört die „Schutzbedürftigkeit“. Sie soll den Grundrechtseingriff, der in der gesetzlich angeordneten Mitgliedschaft in einer sozialen Pflichtversicherung liegt, verfassungsrechtlich rechtfertigen.¹ Tragend ist die Überlegung, dass Personen, die sich für den Fall von Notlagen selbst helfen können, nicht durch staatlichen Zwang zu einer bestimmten Form der Vorsorge gezwungen werden sollen. Daraus wird dann abgeleitet, dass die Einbeziehung von nicht schutzbedürftigen Personen in die Sozialversicherung verfassungswidrig sein soll.² Die besondere soziale Schutzbedürftigkeit ist damit Grund, aber zugleich auch Grenze der Sozialversicherungspflicht und der mit dieser verbundenen zwangsweisen Einbeziehung in die solidarische Umverteilungsgemeinschaft der Sozialversicherung.

Ingwer Ebsen hat das „Phantom der Schutzbedürftigkeit“ schon vor 10 Jahren auf der Staatsrechtslehrertagung in Jena entzaubert: „Wenn Sie unter dem

1 F. Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich (2000), S. 46 ff.

2 So etwa H. Sodan, Die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme, VVDStRL 64 (2005), 144 (151).

Stichwort ‚all in einem Boot‘ umverteilende Zwangsversicherungssysteme haben wollen, dann ist es nun einmal so, dass in einem Boot Ruderer benötigt werden. Und deswegen ist es geradezu erforderlich, dass nicht allein die Schutzbedürftigkeit, sondern auch die Leistungsfähigkeit ein Kriterium ist für die Einbeziehung in Sozialversicherungsgemeinschaften.“ Deshalb sei „eine umfassende Bürger- bzw. Einwohnerversicherung geradezu die optimale Vollendung von Sozialversicherung.“³

Dem ist wenig hinzuzufügen. Offenbar hält sich aber auch außerhalb der US-amerikanischen Tea Party nach wie vor das Missverständnis, dass die Sozialversicherung eine Veranstaltung nur für die Ärmsten der Gesellschaft ist und sich der große Rest der Gesellschaft schon irgendwie selbst zu helfen weiß und möglichst auch nichts mit dem Prekariat zu tun haben sollte. Doch ist die soziale Schutzbedürftigkeit gar nicht die entscheidende Demarkationslinie im Versicherungsrecht.⁴ Das zeigt die Krankenversicherung nur beispielhaft: Die Hälfte der Mitglieder der PKV sind Beamte und ihre Familienangehörigen. Nimmt man die für die Arbeitnehmer (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V) geltende Versicherungspflichtgrenze von 53.550 € zum Maßstab, so wäre ein nicht unerheblicher Teil dieses Personenkreises schutzbedürftig, wenn die private Krankenversicherung nicht durch die steuerfinanzierte Beihilfe ergänzt werden würde. Soziale Schutzbedürftigkeit besteht hier also zwar durchaus, sie kommt nur durch die öffentliche Bezuschussung des privaten Versicherungsschutzes nicht zum Tragen.

Wenig konsistent ist unter diesem Aspekt auch die fast ausnahmslose Freistellung der Selbstständigen von der Sozialversicherungspflicht. Die Grenzziehung zwischen abhängiger und selbständiger Beschäftigung war schon immer schwierig. Sie lässt sich aber aufgrund immer komplizierterer arbeitsvertraglicher und gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsformen sowie veränderter Kommunikationsmöglichkeiten, die eine räumliche Einbindung in die Betriebsorganisation oftmals entbehrlich machen, nur noch mittels eines Kriterienkataloges treffen,

-
- 3 I. Ebsen, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 64 (2005), S. 180 f.; gleichsinnig etwa J. Wieland, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 64 (2005), S. 190: „Wenn man Sozialversicherung nur auf die Bedürftigen beschränkt, für mich ist das nicht gut erklärbar, wie soll es sein? Sollen die Kranken sich alle gegenseitig unterstützen, die Arbeitslosen alle zusammengefasst werden? Man braucht doch irgendwie die, die auch ein bisschen leistungsfähiger sind, damit etwas ins System hereinkommt und damit tatsächlich dieser soziale Gedanke verwirklicht werden kann“.
- 4 Das Folgende aus T. Kingreen, Verhandlung des 69. Deutschen Juristentages Bd. II/2, 2012, K9 (K22-25).

der letztlich ganz auf die Ausgestaltung im Einzelfall abstellt.⁵ Aus einem solchen „lernenden System“, das seine Kriterien aus dem Fallrecht entwickelt, lässt sich aber nicht auf eine soziale Schutzbedürftigkeit schließen, denn für die Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit sind die für die soziale Bedürftigkeit relevanten Kriterien Vergütung und/oder wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ohne Bedeutung. Abgesehen davon ist die Annahme, dass Selbständige generell nicht sozial schutzbedürftig sind, selbst dann kaum tragfähig, wenn man dem Gesetzgeber ein gewisses Maß an Typisierungsbefugnis zugesteht. Bedingt durch die neuen Formen der Selbständigkeit hat sich insbesondere die Anzahl der sog. Solo-Selbständigen, d. h. der Selbständigen ohne Beschäftigte, zwischen 1991 und 2005 nahezu verdoppelt. Etwa ein Drittel aller Selbständigen hat ein monatliches Nettoeinkommen von unter 1100 €, wobei besonders die Solo-Selbständigen betroffen sind.⁶ Diese sind zwar, soweit sie nur einen Auftraggeber haben, seit einigen Jahren in der Rentenversicherung (§ 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI), nicht aber in der Krankenversicherung versicherungspflichtig und haben oftmals auch keinen Zugang zur freiwilligen gesetzlichen Krankenversicherung. Es ist davon auszugehen, dass sie im Kreis der vielen Nichtzahler in der PKV gut vertreten sind.

Hinter der ohnehin schon fragwürdigen Abgrenzung der Versichertenkreise steht also kein schlüssiges sozialpolitisches Konzept. Die Zuordnung der Versicherten zu GKV und PKV lässt sich durch historische Pfade erklären,⁷ erscheint aber aus heutiger Sicht eher zufällig und rational eigentlich kaum mehr begründbar.⁸ Sie führt dazu, dass Versicherte mit vergleichbarem Einkommen unterschiedlich hohe Anteile ihre Einkommens für den Versicherungsschutz aufwenden müssen, ohne dass sie eine Möglichkeit haben, den für sie günstigsten Anbieter auszuwählen.

-
- 5 Vgl. dazu etwa *M. Fuchs/U. Preis*, Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl. (2009), S. 158 ff.
 6 Dazu im Hinblick auf die Alterssicherung Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2006/2007, Ziff. 354 ff.; ferner etwa *C. Wirth/U. Müllermeister-Faust*, Die Alterssicherung Selbständiger in Deutschland und Europa – Stand und Perspektiven –, SF 2009, 210
 7 Dazu noch unten C. I. 2.
 8 Treffend *S. Huster*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit (2011), S. 24: Die Friedensgrenze sei „völlig beliebig geworden und nur noch das Ergebnis des politischen Zerrens zwischen Beitragsbedarf der gesetzlichen und Geschäftsinteressen der privaten Krankenversicherung“; ebenso etwa *H. Reiners*, Krank und pleite? Das deutsche Gesundheitssystem (2011), S. 24: „ökonomisch wie sozial nicht begründbare Trennung“.

Ohnehin ist das Kriterium der Schutzbedürftigkeit für die Absicherung der fundamentalen Lebensrisiken mittlerweile weitgehend funktionslos. Alter, Pflegebedürftigkeit und Krankheit können jedermann treffen und die daraus folgenden Kosten jedermann überfordern, was schlimmstenfalls zur Konsequenz haben kann, dass die Grundsicherungsträger einspringen müssen. In der Unfallversicherung und in der Arbeitslosenversicherung war daher die Versicherungspflicht von vornherein nicht vom Einkommen der Versicherten abhängig, und auch die Rentenversicherung kennt keine Versicherungspflichtgrenze mehr.⁹ Die Pflegeversicherung ist sogar als allgemeine Einwohnerversicherung ausgestaltet worden, weil der Gesetzgeber davon ausgehen durfte, dass die Pflegebedürftigkeit ein Risiko beinhaltet, dessen Bewältigung für alle Bürger unkalkulierbar ist.¹⁰ Und auch die allgemeine Krankenversicherungspflicht (§§ 5 Abs. 1 Nr. 13 SGB V, 193 Abs. 3 VVG) wurde mit der Begründung eingeführt, „in einem modernen Sozialstaat“ sei es nicht hinnehmbar, „dass eine größere Zahl von Menschen ohne Absicherung im Krankheitsfall ist.“¹¹ Bei Behandlungskosten, die insbesondere bei bestimmten Arzneimitteltherapien schnell sechsstelligen Dimensionen annehmen können, ist die Zahl der nicht schutzbedürftigen Personen ohne Zweifel zu vernachlässigen. Damit fällt allerdings auch ein wesentliches Argument für die duale Krankenversicherungsordnung weg: Wenn man im Hinblick auf das Risiko Krankheit nicht zwischen Schutzbedürftigen und Nicht-Schutzbedürftigen unterscheiden kann, drängt sich unweigerlich die Frage auf, warum dann noch zwischen GKV und PKV eine Trennlinie gezogen wird.

II. Das Problem der Pfadabhängigkeit

Es gibt noch eine Fülle von weiteren Einwänden gegen die duale Krankenversicherungsordnung: Der angebliche Systemwettbewerb existiert praktisch nicht, weil allenfalls 2% der Bevölkerung tatsächlich Wahlrechte haben; insbesondere hat der wegen der ausgeschlossenen Portabilität der Alterungsrückstellungen fehlende Wettbewerb in der PKV um Bestandskunden längst das Stadium ordnungspolitischer Absurdität erreicht. Zudem führen die markanten Unterschiede bei der Vergütung von ärztlichen Leistungen für gesetzlich und privat Versicherte zu Fehlanreizen, die sich in unterschiedlich langen Wartezeiten und ungleicher regionaler Verteilung der Ärzte niederschlagen, und schließlich es ist offensichtlich sinnwidrig, ein duales Qualitätssicherungssystem im

9 Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit BVerfGE 29, 221 (235 ff.).

10 BVerfGE 103, 197 (215 ff.).

11 BT-Drucks. 16/3100, S. 94.

Leistungserbringungsrecht aufzubauen.¹² Kurz zusammengefasst: Wenn man noch einmal von vorne beginnen könnte, würde man ein solches System kaum noch einmal erfinden.

Warum ist aber die nach *Ingwer Ebsen* „optimale Vollendung von Sozialversicherung“ einer allgemeinen Einwohnerversicherung noch immer nicht Wirklichkeit geworden? Schließlich hat schon 1964 die von der Bundesregierung eingesetzte Sozialenquete-Kommission die mit der Risikoselektion einhergehenden Ungerechtigkeiten der dualen Ordnung kritisiert und als Lösung eine einheitliche Krankenversicherung vorgeschlagen.¹³ Die Widerstandsfähigkeit des an sich überlebten Systems hängt primär damit zusammen, dass die duale Krankenversicherungsordnung aus historisch gewachsenen Institutionen und hochkomplexen Regelungsstrukturen besteht, die das Vertrauen der Versicherten und ihrer Unternehmen in die Kontinuität einer leistungsfähigen und finanzierbaren Versicherung gegen Krankheit gewährleisten sollen, die aber auch Besitzstände begründet haben, die nach Möglichkeit gegen Reformbestrebungen abzuschirmen sind. Das Anliegen einer Reform der dualen Krankenversicherungsordnung ist mithin konfrontiert mit dem für wohlfahrtsstaatliche Reformpolitik typischen Problem der Pfadabhängigkeit. Diese resultiert daraus, dass historische Konstellationen Beharrungskräfte und Besitzstände hervorbringen, die sich auch gegen ökonomische Rationalitäten durchzusetzen vermögen.¹⁴ Reformvorschläge müssen sich angesichts der Komplexität und der historischen Bedingtheiten den folgenden Herausforderungen stellen:¹⁵

1. Eine Reform muss die positiven Impulse beider Säulen der dualen Krankenversicherungsordnung aufnehmen. Konzepte, die die Strukturen und

12 Zusammenfassend *T. Kingreen/J. Kühling*, Monistische Einwohnerversicherung (2013), S. 15 ff.

13 Sozialenquete-Kommission, Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland (1966), S. 238 ff.

14 Dazu *G. Esping-Andersen*, After the Golden Age? Welfare State Dilemmas in Global Economy; in: *G. Esping-Andersen* (Hg.), Welfare States in Transition. National Adaptions in Global Economy (1996), S. 1 ff. Speziell zum Gesundheitswesen *J. Stepanek*, Reformoptionen im deutschen Gesundheitswesen. Eine ökonomische Analyse (2008), S. 321 ff.

15 Die folgenden Abschnitte führen im Wesentlichen Überlegungen aus den folgenden Beiträgen zusammen: *T. Kingreen/J. Kühling*, Die monistische Einwohnerversicherung als Perspektive für den Übergang von einer dualen in eine integrierte Krankenversicherungsordnung, GuS 2-3/2013, S. 28 ff. und *T. Kingreen*, Niemals geht man so ganz: Die Alterungsrückstellungen in der PKV, GGW 1/2014, S. 16 ff.

Prinzipien der GKV auf den Kreis der bislang Privatversicherten ausdehnen, ohne diese auf einen kritischen Prüfstand zu stellen und ohne mögliche gewinnbringende Transfers aus dem PKV-Bereich überhaupt in Erwägung zu ziehen, haben daher keine Realisierungschancen.

2. Ein erhebliches Problem jeder Reform der dualen Krankenversicherungsordnung sind die systemischen Auswirkungen einer Einwohnerversicherung auf die Gesamtstatik des Gesundheitswesens, namentlich auf das Leistungserbringungsrecht (§§ 69ff. SGB V) und die anderen Sozialversicherungszweige, insbesondere die organisatorisch (§ 46 SGB XI) eng mit der Krankenversicherung verbundene Pflegeversicherung.
3. Schließlich darf sich die Diskussion nicht zu sehr auf das institutionelle und inhaltliche Design einer neuen Bürgerversicherung verengen. Sie muss sich vielmehr darauf konzentrieren, ein Szenario für den Transformationsprozess von der dualen in die integrierte Krankenversicherungsordnung zu entwickeln. Zu diesem Zweck müssen die wesentlichen transformations-spezifischen Herausforderungen definiert und von allgemeinen gesundheitspolitischen Ausgestaltungsfragen (wie die Bemessung und Gestaltung der Beiträge) abstrahiert werden, die nicht spezifisch mit dem Transformationsprozess zusammenhängen und diesen sogar eher überladen. Die wesentlichen Probleme sind insoweit die Frage der Rechtsform und der damit zusammenhängenden Binnenorganisation der Anbieter, die Alterungsrückstellungen in der PKV, die Integration der Beamten und die Angleichung der Vergütungen für ärztliche Leistungen. Hier müssen jeweils Konvergenzprozesse eingeleitet und es muss geprüft werden, wie viel Zeit diese in Anspruch nehmen, bis das Ziel einer integrierten Krankenversicherungsordnung erreicht ist.

III. Herausforderungen des Transformationsprozesses

Die erheblichen Transformationsherausforderungen sind ein wesentlicher Grund dafür, dass die Gesetzgeber der letzten Legislaturperioden lediglich versucht haben, die Spannung zwischen Pfadabhängigkeit und Veränderungsdruck durch eine in vielen kleinen Schritten erfolgende Konvergenz der Systeme aufzulösen.¹⁶ Entgegen vielfacher Erwartung steht aber im Koalitionsvertrag für

16 Näher zu diesem Konvergenzprozess *T. Kingreen*, Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich zur Verbesserung eines Wettbewerbs zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung?, 69. Deutscher Juristentag., Abteilung Sozialrecht (2013), K 9 ff.

die 18. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages zur Notwendigkeit der Reform der dualen Krankenversicherungsordnung kein Wort. Dafür mag es eine Vielzahl von sachfernen Gründen geben: Ohne Zweifel hat sich die Große Koalition auch hier auf den Weg des geringsten Widerstands begeben, indem die CDU mit der Abschaffung des kassenindividuellen, allein von den Versicherten zu tragenden Zusatzbeitrages endgültig von ihrem alten Reformprojekt der Kopfpauschale und dafür die SPD von ihrer konzeptionell noch etwas unterkomplexen Bürgerversicherungsidee Abschied genommen hat. Hinzu mag kommen, dass mit der Renten- und der Pflegeversicherung zunächst zwei als noch drängender empfundene sozialpolitische Großprojekte zu bewältigen sind. Schließlich mag eine Rolle spielen, dass die Probleme der dualen Ordnung ohnehin alsbald so drängend werden, dass man sich ihrer auch ohne langen Streit und Auftrag im Koalitionsvertrag annehmen wird – ein Schicksal, das die duale Krankenversicherungsordnung dann mit der grundlegenden Reform der Arzneimittelversorgung im Arzneimittelneuordnungsgesetz (AMNOG) 2011 teilen würde, die ebenfalls in keinem Koalitionsvertrag stand.

Sicher ist allerdings auch, dass in dieser Legislaturperiode kein krankenversicherungsrechtlicher Urknall in Gestalt einer fertigen dualen Krankenversicherungsordnung zu erwarten ist. Vielmehr wird der Konvergenzprozess zwischen beiden Systemen fortgesetzt werden. Die folgenden Überlegungen konzentrieren sich auf die wesentlichen Herausforderungen des Prozesses.

1. Organisationsrechtliche Herausforderungen

a) Rechtsform der Anbieter

Einer der zentralen Gegenstände der Reformdebatte ist die Rechtsform der Versicherungsanbieter in einem integrierten Krankenversicherungssystem. Grundsätzlich sind drei Modelle denkbar: eine Beschränkung auf öffentlich-rechtliche Körperschaften, die Beibehaltung eines dualen Trägersystems oder ein privatrechtliches Trägermodell. Vorzuziehen ist aus den folgenden Gründen die zuletzt genannte Variante.

aa) Variante 1: Öffentlich-rechtliches Modell

Gegen ein rein öffentlich-rechtliches Modell spricht konzeptionell, dass die organisationsrechtliche Kontinuität als Signal für unbedingte inhaltliche Kontinuität missverstanden werden könnte, dass sich m. a. W. eine integrierte Krankenversicherungsordnung allein dadurch bewerkstelligen lässt, dass der bisher der PKV

zuzuordnende Personenkreis allmählich in eine ansonsten unveränderte GKV übernommen wird.

Eine Beschränkung auf öffentlich-rechtliche Körperschaften wäre aber auch verfassungsrechtlich angreifbar. Der vollständige Ausschluss der privaten Krankenversicherungsunternehmen wäre ein Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), den privatrechtliche Krankenversicherungsunternehmen selbst dann, wenn kein eigenes Mitwirkungsinteresse besteht, verfassungsgerichtlich angreifen könnten. Im Übrigen könnten auch in Zukunft neue Versicherungsunternehmen, die die monistische Einwohnerversicherung anbieten wollen, gegen diesen strikten Ausschluss privatrechtlich organisierter Anbieter vorgehen. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit kann zwar grundsätzlich gerechtfertigt werden, wenn die Ziele einer monistischen Einwohnerversicherung allein auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Organisationsverfassung unter Ausschluss privatrechtlich organisierter Anbieter erreichbar wären. Das ist indes nicht der Fall. So zeigt namentlich das niederländische Modell,¹⁷ dass sich das Ziel einer solidarischen Krankenversicherung auch in privatrechtlichen Organisationsformen erreichen lässt. Im Übrigen ist die öffentlich-rechtliche Organisationsform der Krankenkassen auch aus historischer Perspektive keinesfalls ein konstitutives Element einer sozialen Krankenversicherung.¹⁸ Die aus den privatrechtlichen Hilfskassen hervorgegangenen Ersatzkassen waren bis 1937 privatrechtliche Vereine auf Gegenseitigkeit,¹⁹ und ihre Verbände waren stets als privatrechtliche Vereine organisiert, also bereits lange bevor auch die Verbände der anderen Krankenkassenarten in privatrechtliche Organisationsformen überführt wurden (vgl. § 212 SGB V). Auch belegt das private Pflegeversicherungsrecht mit seinen Elementen solidarischen Ausgleichs (§§ 23 Abs. 1, 110, 111 SGB XI), dass privatrechtliche Organisation und solidarische Ausgestaltung eines Versicherungssystems konzeptionell durchaus kompatibel sind.

-
- 17 G. J. Hamilton, Die privatrechtliche Organisation der Krankenversicherung in den Niederlanden, in: E. Wille/G. J. Hamilton/M. Graf von der Schulenburg/G. Thüsing (Hg.), *Privatrechtliche Organisation der gesetzlichen Krankenkassen* (2012), S. 187 ff.
- 18 E. Wille/J. M. Graf von der Schulenburg/G. Thüsing (unter Mitarbeit von C. Waldhoff), *Privatrechtliche Organisation der gesetzlichen Krankenkassen für mehr Wettbewerb, Effizienz und Versorgung und Wahlfreiheit der Bürger*, in: E. Wille/G. J. Hamilton/M. Graf von der Schulenburg/G. Thüsing (Hg.), *Privatrechtliche Organisation der gesetzlichen Krankenkassen* (2012), S. 14.
- 19 P. Wigge, Die Stellung der Ersatzkassen im gegliederten System der gesetzlichen Krankenversicherung nach dem GRG vom 20.12.1988 (1992), S. 4 ff.

bb) Variante 2: Duales Trägermodell

Man könnte daran denken, die integrierte Krankenversicherungsordnung nach dem Vorbild der Pflegeversicherung sowohl öffentlich-rechtlichen Körperschaften als auch privatrechtlichen Akteuren zu öffnen.

Eine sonderlich starke konzeptionelle Vorbildwirkung vermag die Pflegeversicherung freilich nicht zu entfalten, denn sie ist nur deshalb dual strukturiert worden, weil die Krankenversicherung, an die sie organisatorisch eng angelehnt wurde (vgl. § 23 SGB XI für die PKV und §§ 46 ff. SGB XI für die GKV), entsprechend organisiert war und ist. Insoweit ist die Pflegeversicherung lediglich ein Beleg für die Pfadabhängigkeit, aber noch kein Argument für eine dualistische Organisationsverfassung. Ein duales Trägermodell wäre zwar nicht den verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt wie das öffentlich-rechtliche Körperschaftsmodell. Es ist daher als Übergangslösung grundsätzlich rechtlich vorstellbar. Einen dauerhaften konzeptionellen Vorteil gegenüber einem privatrechtlichen Trägermodell hat diese Lösung allerdings nicht, denn das duale Trägermodell öffnet die solidarische Krankenversicherungsordnung für privatrechtlich organisierte Anbieter, kann also die (nach hier vertretener Ansicht ohnehin nur vermeintlichen) Vorteile einer öffentlich-rechtlichen Körperschaftslösung nicht mehr für sich in Anspruch nehmen.

Dem stehen relevante Nachteile gegenüber: Viele für den Wettbewerb relevante Rechtsnormen knüpfen an die Rechtsform an, vor allem im Steuer-, Wettbewerbs- und Datenschutzrecht. Das gilt namentlich auch für die Grundrechte. Würde man die Versicherungsträger in den bisherigen Rechtsformen aufrechterhalten, entstünde ein Wettbewerb von Grundrechtsgebundenen mit Grundrechtsberechtigten. Die privaten Krankenversicherungsunternehmen wären im Verhältnis zu den Versicherten nicht grundrechtsgebunden, könnten sich aber unter Berufung auf ihre Grundrechte gegen sie belastende staatliche Maßnahmen (also etwa letztinstanzliche fachgerichtliche Entscheidungen, Maßnahmen der Aufsicht oder gegebenenfalls auch Rechtsvorschriften) zur Wehr setzen. Umgekehrt müssten die öffentlich-rechtlich organisierten Krankenkassen (des GKV-Systems) ihr Handeln unmittelbar an den Grundrechten ausrichten und hätten mangels Grundrechtsberechtigung keine Möglichkeit, gegen sie belastende staatliche Maßnahmen mit dem Argument verletzter Grundrechte vorzugehen.²⁰ Dieser Dualismus führt folglich zu Ungleichbehandlungen sowohl der Versicherten im Verhältnis zu den Anbietern als auch der Anbieter im Verhältnis

20 Zur fehlenden Grundrechtsberechtigung der gesetzlichen Krankenkassen BVerfGE 39, 302 (316).

zum Staat. Diese widersprechen konzeptionell dem Anliegen einer monistischen Einwohnerversicherung, die sich von der dualistischen Krankenversicherungsordnung gerade durch die Gleichbehandlung der Versicherten und gleiche Wettbewerbsbedingungen für Versicherungsträger und Leistungserbringer absetzt.

cc) Variante 3: Privatrechtliches Trägermodell

Vorzugswürdig ist daher ein privatrechtliches Trägermodell. Die Überführung der gesetzlichen Krankenkassen in eine privatrechtliche Rechtsform ist mit der Verfassungskompetenzrechtsnorm des Art. 87 Abs. 2 GG vereinbar, der zwar eine Organisationsprivatisierung verbietet, der hier vorgeschlagenen *Aufgabenprivatisierung* (privatrechtliche Trägerschaft durch externe hoheitliche Regulierung) aber nicht entgegensteht.²¹

Näherer Prüfung bedürfte, welche privatrechtlichen Rechtsformen zuzulassen sind. Zulässige privatrechtliche Rechtsformen für Versicherungsunternehmen sind nach § 7 VAG nur die Aktiengesellschaft (AG) einschließlich der Europäischen Gesellschaft sowie der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG). Vorzugswürdig ist eine im Ergebnis verfassungsrechtlich zulässige Beschränkung auf die Rechtsform des VVaG, weil er die Aufrechterhaltung etablierter Selbstverwaltungsstrukturen ermöglicht, vor allem aber Interessensgegensätze zwischen Anteilseignern und dem sozialen Zweck der Krankenversicherung ausschließt. Die Rechtsgrundlagen für den VVaG ergeben sich weitgehend aus dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG), subsidiär aber aus dem Aktiengesetz. Das VAG ist zwar bislang vorwiegend auf private Versicherungsunternehmen und nicht auf die Sozialversicherung zugeschnitten. Der Gesetzgeber kann aber spezielle, vom VAG abweichende organisationsrechtliche Regelungen für die neue Einwohnerversicherung schaffen, soweit er das für erforderlich hält. Regelungstechnisch ist zu empfehlen, solche Bestimmungen in das SGB V einzufügen und im Übrigen auf das VAG zu verweisen.

Der VVaG ist ebenso wie die Körperschaft des öffentlichen Rechts mitgliederschäftlich organisiert. Die Mitglieder des VVaG sind nicht in einem schuldrechtlichen Sinne Vertragspartner eines Versicherungsunternehmens, sondern Mitglieder eines Vereins. Sie zahlen nicht Versicherungsprämien für eine bestimmte Gegenleistung, sondern treten einer Risikogemeinschaft bei, die zur Abdeckung bestimmter Risiken ein Vereinsvermögen bildet. Mitglieder des

21 Dazu ausführlich *T. Kingreen/J. Kühling*, Monistische Einwohnerversicherung. Konzeptionelle und rechtliche Fragen der Transformation der dualen in eine integrierte Krankenversicherungsordnung (2013), S. 41 ff.

VVaG können grundsätzlich nur Versicherte sein. Der VVaG hat damit, anders als die Aktiengesellschaft, keine fremden Eigentümer, d. h. die für den Betrieb erforderlichen Mittel werden allein mit den Beiträgen der Mitglieder bestritten. Damit lassen sich Konflikte zwischen den Gewinninteressen von Anteilseignern und dem sozialen Zweck der Krankenversicherung vermeiden – ein Aspekt, der auch den durchaus gravierenden Grundrechtseingriff rechtfertigt, der in der Nichteinbeziehung von Aktiengesellschaften liegt.

Die körperschaftliche Organisationsverfassung des VVaG kann weitgehend in Analogie zu den Organen der gesetzlichen Krankenkassen ausgestaltet werden: mit einem hauptamtlichen Vorstand für die Führung der Verwaltungsgeschäfte (§ 34 VAG) und einem Verwaltungsrat als dem für die Vertretung der Mitglieder (§ 36 VAG: „oberste Vertretung“) zuständigen Organ. Klärungsbedürftig ist die Frage der Arbeitgeberbeteiligung. Die oberste Vertretung (die dem Verwaltungsrat in der GKV entspricht) kann nach bisherigem Recht nur aus Mitgliedern bestehen, was Vertreter der Arbeitgeber ausschließen würde, wenn sie nicht zugleich Mitglieder sind. Die Arbeitgeber sind zwar in den Organen der sogenannten Primärkassen sowie einiger Ersatzkassen, aufgrund der privatversicherungsrechtlichen Traditionen aber nicht in den PKV-Unternehmen und den übrigen Ersatzkassen vertreten. Es liegt angesichts dieser Unterschiede nahe, den Anbietern die Entscheidung über die Arbeitgeberbeteiligung zu überlassen. Im Übrigen könnte in das SGB V eine Regelung aufgenommen werden, die es den Krankenkassen überlässt, die nähere Zusammensetzung des Verwaltungsrates durch Satzung zu regeln.

Die Rechtsform des VVaG knüpft damit einerseits an eine im privaten Krankenversicherungswesen verbreitete Rechtsform an, hat aber aufgrund ihrer historischen und konzeptionellen Nähe zur Körperschaft des öffentlichen Rechts das Potenzial, den traditionellen Selbstverwaltungspfad des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts aufzunehmen, ihn aber durch eine kritische Bestandsaufnahme der sozialen Selbstverwaltung auch weiterzuentwickeln.

b) Öffentlich-rechtliche Überformung durch ein Gesundheitsregulierungsrecht

Der privatrechtliche Anbieterwettbewerb muss durch ein *Gesundheitsregulierungsrecht* hoheitlich überformt werden. Dieses hat einerseits die Funktion, das öffentliche Interesse an einer leistungsfähigen Krankenversicherung für alle Einwohner dort zu sichern, wo entweder kein Wettbewerb stattfindet oder der Wettbewerb die sozialpolitischen Ziele der Krankenversicherung nicht zu erreichen in der Lage ist oder gar konterkariert (Gemeinwohlsicherung). Auf der

anderen Seite muss es dem Wettbewerb dort, wo er als Regulierungsmechanismus erwünscht ist, auch zur Durchsetzung verhelfen (Wettbewerbsförderung).²²

aa) Aufrechterhaltung der öffentlich-rechtlichen Verbandsstrukturen

Unter dem Aspekt der Pfadkontinuität bietet es sich an, vorhandene öffentlich-rechtliche Regulierungsstrukturen in die monistische Einwohnerversicherung zu integrieren. Das sind namentlich die Gemeinsamen Selbstverwaltungsstrukturen der GKV: Verbandliche Rechtsetzung und das Kollektivvertragsrecht bilden einen einheitlichen rechtlichen Ordnungsrahmen für den Wettbewerb der Krankenkassen untereinander. Daher können und sollten die öffentlich-rechtlichen Verbandsstrukturen der GKV als Bestandteil eines Gesundheitsregulierungsrechts grundsätzlich bestehen bleiben.

Damit ist noch nichts über die konkrete Aufgabenverteilung zwischen den im Wettbewerb untereinander stehenden Krankenkassen, den Verbänden der Krankenkassen und den staatlichen (Aufsichts-)Behörden gesagt. Wenn und soweit aber die politische Entscheidung fällt, dass es öffentlich-rechtlicher Regulierung bedarf, dann liegt es angesichts der Prägung des Gesundheitswesens durch das Prinzip Selbstverwaltung nahe, auch den Verbänden Regulierungsaufgaben zuzuweisen, wobei es wiederum eine politische Entscheidung ist, ob es sich um Verbände auf Landesebene oder Bundesebene handelt. Insgesamt ist damit durch den vorliegenden Vorschlag die spezifische Verteilung von Aufgaben im Rahmen einer „regulierten Selbstregulierung“²³ nicht bis in die Details vorgegeben.

Rechtstechnisch wäre das Verhältnis der einzelnen Krankenkasse zu den Verbänden als gesetzlich zu regelnde Zwangsmitgliedschaft auszugestalten. Diese stellte sich für die nunmehr privatrechtlichen Träger zwar als Grundrechtseingriff dar.²⁴ Dieser ist aber zu rechtfertigen, wenn der Verband legitime öffentliche Aufgaben erfüllt und die Zwangsmitgliedschaft zur Erfüllung der öffentlichen

22 Dazu allgemein für die Regulierungsverwaltung etwa *G. Britz*, Organisation und Organisationsrecht der Regulierungsverwaltung in der öffentlichen Versorgungswirtschaft, in: *M. Fehling/M. Ruffert* (Hg.), *Regulierungsrecht* (2010), § 21, Rn. 7.

23 *W. Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 261 (301 ff.).

24 Einschlägig ist jedenfalls Art. 2 Abs. 1 GG, nach teilweise vertretener Ansicht aber auch Art. 9 Abs. 1 GG, vgl. zum Meinungsstreit *B. Pieroth/B. Schlink/T. Kingreen/R. Poscher*, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 30. Aufl. (2014), Rn. 790 ff.

Aufgaben erforderlich und angemessen ist.²⁵ Das ist zu bejahen, weil die Krankenkassenverbände vielfältig in die Rechtsetzung zur Konkretisierung des Leistungskataloges eingebunden sind²⁶ und damit eine wichtige öffentliche Aufgabe wahrnehmen. Nur durch die Zwangsmitgliedschaft jeder einzelnen Krankenkasse in den Landesverbänden und dem Spitzenverband Bund lässt sich aber die einheitliche Geltung namentlich des Kollektivvertragsrechts sicherstellen.

Es besteht allerdings die Möglichkeit, die öffentlich-rechtlichen Verbandsstrukturen fortzuentwickeln, namentlich durch die Abschaffung der überkommenen Unterscheidung nach Krankenkassenarten und durch die Kompensation von demokratischen Legitimationsdefiziten in der Gemeinsamen Selbstverwaltung.²⁷ Überhaupt wären die derzeitigen §§ 143ff. SGB V der ideale Regelungsstandort für das neue Organisationsrecht der monistischen Wohnerversicherung.

bb) Errichtung einer Bundesgesundheitsagentur (BuGA)

Darüber hinaus bedarf es aber auch einer staatlichen Behörde, die den Transformationsprozess in eine integrierte Krankenversicherungsordnung organisiert und allgemeine Aufgaben der Versicherungs- und Wettbewerbsregulierungsaufsicht übernimmt.

Denkbar und nach Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG verfassungsrechtlich zulässig wäre die Errichtung einer Bundesgesundheitsagentur (BuGA) im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit. Die BuGA sollte namentlich für die versicherungs- und wettbewerbsrechtliche Regulierung zuständig sein, also die insoweit bestehenden Aufgaben der Versicherungsaufsichtsbehörden sowie der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) übernehmen. Da sie insgesamt für die zentralen Regulierungsziele verantwortlich sein soll (Marktöffnung; Schaffung von Wettbewerb; Sicherung der Versorgungspflichten etc.), spricht vieles dafür, ihr auch weitreichende Kompetenzen zu geben. Das entspricht dem Modell der ursprünglichen Etablierung der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP), die inzwischen auch für den Energie- und Eisenbahnbereich zuständig ist, und über weit reichende Regulierungskompetenzen verfügt.

25 BVerfGE 38, 281 (299, 302).

26 Vgl. dazu U. Becker/T. Kingreen, in: U. Becker/T. Kingreen (Hg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 4. Aufl. (2014), § 69 Rn. 23.

27 Dazu m. w. N. auf den Streitstand R. Schmidt-de Caluwe, in: U. Becker/T. Kingreen (Hg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 4. Aufl. (2014), § 92 Rn. 7 ff.

Damit werden dem BVA (bzw. den Landesaufsichtsbehörden) und der BaFin (sowie teilweise auch dem Bundesfinanzministerium) wesentliche Kompetenzen entzogen. Die Schaffung einer neuen Behörde, die weder BVA noch BaFin ist, ist aber die konzeptionelle Konsequenz des monistischen Modells, das eben weder eine rein gesetzliche noch eine rein private Krankenversicherung weiterführt. Da es sich im Wesentlichen um Kontrolltätigkeiten auf Bundesebene handelt (bei der BaFin ausschließlich, bei den gesetzlichen Krankenkassen nur zum Teil) können die entsprechenden Arbeitseinheiten aus der BaFin und dem BVA (gegebenenfalls sogar den Landesaufsichten) in die Bundesgesundheitsagentur überführt werden. Damit findet eine entsprechende Vererbung des Wissens bzw. der Kompetenzen statt.

Im Gegensatz zur Versicherungs- und Wettbewerbsregulierung sollte die Versorgungsregulierung (namentlich also die Bedarfsplanung), weiterhin auf der Landesebene erfolgen, wobei es sich anbietet, aus diesem Anlass die duale Bedarfsplanung im Vertragsarzt- und Krankenhausrecht kritisch zu überdenken.

3. Materiell-rechtliche Herausforderungen

Eine weitere große Herausforderung für die Überführung der dualen in eine monistische Krankenversicherungsordnung ist die materiell-rechtliche Ausgestaltung des Übergangs. Besonders dringlich ist die Lösung der folgenden Probleme:

a) Alterungsrückstellungen in der PKV

aa) Individualisierbarkeit der Alterungsrückstellungen

Alterungsrückstellungen sind bilanzrechtliche Kalkulationsposten, die nach § 341f Abs. 1 S. 1 HGB grundsätzlich prospektiv ermittelt werden, d. h. die Deckungsrückstellung muss dem versicherungsmathematisch errechneten Wert der künftigen Verpflichtung des Versicherungsunternehmens abzüglich des versicherungsmathematisch ermittelten Barwerts der künftigen Beiträge entsprechen. Da einerseits Prämienhöhungen wegen des Alters ausgeschlossen sind, andererseits aber die Krankheitskosten im Alter signifikant erhöht sind, müssen die Prämien ab dem Eintrittsalter bis zum prognostizierten Sterbealter kalkuliert und entsprechend über den Verlauf des Lebens umgelegt werden. Die anfallenden Prämien übersteigen daher zwar in jungen Jahren den prognostizierten Leistungsbedarf. Aus ihnen werden aber nicht nur die Leistungsausgaben bestritten, sondern auch die Alterungsrückstellungen gebildet, die eine alterskonstante Prämie gewährleisten sollen. Dies geschieht individuell in Abhängigkeit vom

Eintrittsalter. Der für die Absicherung des Altersrisikos erhobene Prämienanteil (der sogenannte Sparbeitrag) wird verzinslich angelegt; die mit zunehmendem Alter nicht mehr durch die Prämie gedeckten Krankheitskosten werden dann zunächst aus den Zinsgewinnen und sodann aus der Substanz bedient. Versicherte, die das Unternehmen ohne Mitnahme ihrer bislang angesparten Alterungsrückstellungen erst im höheren Alter wechseln möchten, müssten daher unverhältnismäßig hohe Prämien zahlen, weil der Ansparvorgang für das Alter in vergleichsweise kurzer Zeit erfolgen müsste.

Die Alterungsrückstellungen müssten allerdings für jeden einzelnen wechselwilligen Versicherten individualisierbar sein; nur dann sind sie auch portabel. Das wird aber mittlerweile selbst in der Privatversicherungswirtschaft nicht mehr ernsthaft bestritten:²⁸ Wie jede Versicherung beruht auch die Kalkulation der Prämien in der PKV auf dem Gesetz der großen Zahl, indem Kollektive von Versicherten in Tarifen zusammengefasst werden. Dies würde auch ganz ohne die Alterungsrückstellungen funktionieren – dann müssten die Prämien regelmäßig entsprechend den mit dem Alter steigenden Krankheitskosten zunehmen. Doch dieses kollektive Prinzip wird um ein im Wesen individuelles Element ergänzt: die einzelvertragliche Zusage, das ursprüngliche Eintrittsalter in der Weise zu bewahren, dass die Prämie gerade nicht altersabhängig erhöht wird. Damit steigt mit dem Alter des einzelnen Versicherten der individuelle Nachlass, den er gegenüber der höheren Prämie eines Neukunden gleichen Alters erhält. Der versicherungsmathematische Barwert dieses Nachlasses ist die Alterungsrückstellung, der somit ein ebenso individueller Charakter zukommt.

Die auf den einzelnen Versicherungsvertrag bezogene Individualisierbarkeit der Alterungsrückstellungen folgt nicht nur aus der versicherungsmathematischen Kalkulationslogik, sondern sie wird auch in einer Vielzahl von gesetzlichen Bestimmungen geregelt bzw. vorausgesetzt. Sie ist nicht nur bilanz- und steuerrechtlich, sondern wird auch im Privat- und Sozialversicherungsrecht vorausgesetzt. Gemäß § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG kann der Versicherungsnehmer vom Versicherer verlangen, dass er Anträge auf Wechsel in einen neuen Tarif mit gleichartigem Versicherungsschutz unter Anrechnung u. a. der Alterungsrückstellungen annimmt. Nach § 13 Abs. 1 KalV ist für jeden Leistungsbereich dem Versicherten der ihm kalkulatorisch zugerechnete Anteil der Alterungsrückstellung nach § 341f HGB mit Ausnahme des Teils, der auf die Anwartschaft

28 J. Boetius, Aufbau und rechtliche Struktur der Alterungsrückstellung – zur Diskussion um den Eigentumscharakter der Alterungsrückstellung in der privaten Krankenversicherung (PKV), VersR 2014, 140 (146); vgl. auch T. Kingreen/P. Schramm, Fraglicher Wettbewerb, Süddeutsche Zeitung vom 3.6.2013, S. 18.

zur Prämienermäßigung nach § 12a Abs. 2 VAG entfällt und der betragsmäßig anlässlich des Tarifwechsels unverändert bleibt, vollständig prämiensmindernd anzurechnen. Zwar verbleibt die Alterungsrückstellung beim Tarifwechsel im Unternehmen; dennoch setzt die Vorschrift zwingend voraus, dass sie zum Zeitpunkt des Tarifwechsels individuell ermittelt und im neuen Tarif berücksichtigt wird. Auch § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VVG setzt die Individualisierbarkeit zwingend voraus, indem er die Mitnahme der Alterungsrückstellungen für den Fall des Unternehmenswechsels regelt. Nach § 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a) VVG ist in diesem Fall die auf den Basistarif kalkulierte Alterungsrückstellung zu übertragen, wenn der Vertrag nach dem 1. 1. 2009 abgeschlossen wurde. Der Versicherungsvertrag muss eine solche Mitgabe des Übertragungswerts nach § 12 Abs. 1 Nr. 5 VAG ausdrücklich vorsehen.

Auch im Sozialversicherungsrecht findet sich in § 5 Abs. 9 SGB V eine spezielle Regelung zur Individualisierung und Portabilität der Alterungsrückstellungen. Die Vorschrift soll einen lückenlosen Versicherungsschutz für ehemalige PKV-Versicherte sicherstellen, die ihren Versicherungsvertrag im Hinblick auf eine Versicherung in der GKV nach den §§ 5, 9 oder 10 SGB V gekündigt haben.²⁹ Diese gehen nämlich das Risiko ein, nur für kurze Zeit versicherungspflichtig zu werden und danach nur zu ungünstigeren Konditionen wieder in die private Krankenversicherung zurückkehren zu können bzw. sogar zu müssen, etwa weil nach dem Wegfall der Versicherungspflicht eine freiwillige Weiterversicherung wegen Nichterfüllung der Vorversicherungszeit (§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V) ausscheidet. Daher beinhaltet § 5 Abs. 9 SGB V einen Anspruch auf Neuabschluss eines Versicherungsvertrages zu den gleichen Tarifbedingungen, die vor Eintritt der Versicherungspflicht und Kündigung des Versicherungsvertrages vereinbart waren, wenn der private Krankenversicherungsvertrag zuvor mindestens 5 Jahre ununterbrochen bestanden hat. Ein zentrales Element dieses Bestandsschutzes sind nach § 5 Abs. 9 S. 2 SGB V die „bis zum Ausscheiden erworbenen Alterungsrückstellungen“, die „dem Vertrag zuzuschreiben“ sind. Abgestellt wird also auf individuelle, auf eine konkrete Person bezogene Rückstellungen und auch den einzelnen Versicherungsvertrag. Diese Vorschrift wäre nicht umsetzbar, wenn Alterungsrückstellungen nur kollektive Kalkulationsposten für einen Tarif wären.

29 BT-Drucks. 14/1245, S. 59.

bb) Verfassungsrechtliche Fragen

Verfassungsrechtlich ist gegen die Portabilität von Alterungsrückstellungen immer wieder ins Feld geführt worden, sie seien als Eigentum der Unternehmen und/oder der Versicherten (Art. 14 Abs. 1 GG) gegen eine Übertragung geschützt.³⁰

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deckt derartige Schlussfolgerungen indes nicht. Art. 14 Abs. 1 GG schützt „alle vermögenswerten Rechte, die das Recht einem privaten Rechtsträger so zuordnet, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf“.³¹ Sie sind aber nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts kein konkretes vermögenswertes Recht, über das die Unternehmen privatnützig verfügen dürfen.³²

Dennoch wird nunmehr über einen Umweg versucht, das Eigentumsgrundrecht doch noch für die Unternehmen zu aktivieren, indem das Sicherungsvermögen, das für die Alterungsrückstellungen zu bilden ist (§ 66 Abs. 1, 1a VAG), als Eigentum bezeichnet wird.³³ Überzeugend ist das nicht: Erstens ist schon im Vorfeld des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 10. 6. 2009 darauf hingewiesen worden, dass die Alterungsrückstellungen als Sicherungsvermögen angelegt werden;³⁴ dennoch hat das Bundesverfassungsgericht die Einschlägigkeit von Art. 14 Abs. 1 GG verneint. Zweitens hat das Bundesverfassungsgericht die Eigentumseigenschaft nicht verneint, weil die Alterungsrückstellungen vor ihrer Einstellung in das Sondervermögen noch keine individualisierbaren Vermögensgegenstände sind, sondern deshalb, weil die Unternehmen über diese nicht privatnützig wie ein Eigentümer verfügen können. An dieser Beschränkung ändert sich aber durch die Anlage der Alterungsrückstellungen in konkreten Vermögensgegenständen überhaupt nichts. Nach wie vor können die Unternehmen nicht wie Eigentümer frei über diese Gegenstände verfügen, sondern nur für den Sicherungszweck. Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung vom 26. 6. 2013 klargestellt hat, dass die Alterungsrückstellungen schon sachlich nicht in den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG fallen, „weil ihnen

30 Zuletzt wieder *H.-J. Papier/M. Schröder*, Verfassungsrechtlicher Schutz der Alterungsrückstellungen in der privaten Krankenversicherung, *VersR* 2013, 1201 ff.

31 BVerfGE 123, 186 (258).

32 BVerfGE 123, 186 (258f.).

33 *H.-J. Papier/M. Schröder*, Verfassungsrechtlicher Schutz der Alterungsrückstellungen in der privaten Krankenversicherung, *VersR* 2013, 1201 (1202).

34 BVerfGE 123, 186 (208).

nicht der Charakter eines konkreten, dem Inhaber nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts zugeordneten Eigentumsrechts zukommt³⁵ und daher weder Eigentum der Versicherer noch der Versicherten sind. Alterungsrückstellungen können eben unabhängig von ihrem anlagepolitischen Aggregatzustand vom Versicherungszweck, der Versicherung gegen Krankheit, nicht getrennt und etwa für andere Zwecke des Unternehmens oder der Versicherten verwendet werden.

Portabilitätsregelungen können aber die Berufsfreiheit der Unternehmen (Art. 12 Abs. 1 GG) und vor allem die durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) geschützte Entscheidung der Versicherten über ihren Versicherer tangieren. Für die nicht wechselnden Versicherten besteht die Gefahr, dass durch den Weggang der „guten Risiken“ mittelbar erhebliche Prämiensteigerungen notwendig werden. Es besteht indes eine durch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) verstärkte Pflicht, eine Versicherung zu tragbaren Prämien bzw. Beiträgen zu gewährleisten. Insoweit kommt es darauf an, die Zugangs- und Finanzierungsregelungen so auszugestalten, dass es nicht zu einer einseitig wirkenden Risikoselektion kommt. Da sich nicht mit Sicherheit vorhersehen lässt, ob die Versicherten die Wechseloptionen unter Mitnahme der Rückstellungen wahrnehmen werden und welche Versicherten wechseln, ist es sinnvoll, Portabilitätsregelungen mit einer Beobachtungs- und laufenden Berichtspflicht zu versehen, um unvorhergesehene, durch Risikoselektion bedingte Schieflagen zeitnah korrigieren zu können.³⁶

cc) Erweiterung der Portabilität auf den Wechsel in die GKV

Es gibt damit keine durchgreifenden rechtlichen Einwände gegen die Ausweitung der Portabilität der Alterungsrückstellungen innerhalb der PKV-Unternehmen. Fraglich ist aber, ob man sie auf einen PKV-internen Wechsel beschränken dürfte. Es würde nämlich eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) darstellen, wenn PKV-Bestandsversicherte, die zu einem anderen PKV-Unternehmen wechseln möchten, ihre Alterungsrückstellungen mitnehmen dürften, Versicherte, die im Rahmen eines Wechselfensters in die GKV wechseln, hingegen nicht. Diese Ungleichbehandlung wäre nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zu rechtfertigen, der zudem ein solches Gewicht haben müsste, dass er die durch die Nichtmitgabe erzeugten Belastungen legitimiert. Das Thema ist insofern heikel, als eine Mitgabe der Alterungsrückstellungen

35 BVerfG, Beschl. v. 26. 6. 2013, 1 BvR 1148/13, Rn. 9.

36 BVerfGE 123, 186 (266).

auch in die GKV alle Schranken zwischen GKV und PKV und damit letztlich das duale System beseitigen würde. Auch und gerade wegen dieses Dominoeffekts ist der erbitterte Widerstand der Privatversicherungswirtschaft gegen die Portabilität der Alterungsrückstellungen verständlich: Sie sind die wesentlich Stütze des sorgsam austarierten Trennungssystems!

Tatsächlich gibt es aber auch keinen sachlichen Grund, eine Portabilität der Alterungsrückstellungen in das GKV-System zu verweigern, wenn sie innerhalb der PKV ermöglicht wird. In der GKV besteht zwar, anders als regelmäßig in der gesetzlichen Rentenversicherung, schon während der „Ansparphase“ ein Leistungsbedarf. Doch baut auch sie, insofern nicht anders als die PKV, auf langjährige Versichertenbiografien, in deren Verlauf sich unterschiedliche Beitragsleistungen und Krankheitskosten ausgleichen. Das belegt ein Blick auf die Bemessungsgrundlagen für die Beiträge auf der einen und die Entwicklung des Leistungsbedarfs auf der anderen Seite. Bei versicherungspflichtig Beschäftigten wird der Beitragsbemessung das Arbeitsentgelt (§ 14 SGB IV) aus dieser Beschäftigung zugrunde gelegt (§ 226 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V). Für die Beiträge der Rentner sind hingegen die Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung maßgebend, die regelmäßig wesentlich niedriger ausfallen als das zuvor erzielte Arbeitseinkommen. In einer Lebensphase, in der die Ausgaben für Gesundheitsleistungen allmählich ansteigen, sinken also die Beiträge für die GKV ab. Das aber ist lediglich die Konsequenz des Umlageverfahrens, das funktioniert, weil sich das Verhältnis zwischen Beitragslasten und Leistungsbedarf in der vorausgegangenen Erwerbsphase prinzipiell gegenläufig verhält: Höheren Beiträgen steht in dieser Phase ein geringerer Leistungsbedarf gegenüber. Das Umlageverfahren ist also Ausdruck eines auch intertemporalen und damit intrapersonalen Ausgleichs und ist daher ebenso zwingend auf die Kontinuität der Versicherung angewiesen wie die PKV. In der GKV wird die Kontinuität dadurch sichergestellt, dass die Versicherung von Personen, die sich zu Beginn des Erwerbslebens für die PKV entschieden haben, nach Möglichkeit ausgeschlossen wird, soweit diese nicht mehr versicherungspflichtig werden. Daher ist der Zugang zur freiwilligen Krankenversicherung (§ 9 SGB V) beschränkt und werden solche Personen von der Versicherungspflicht ausgeschlossen, die nach Vollendung des 55. Lebensjahres versicherungspflichtig werden, wenn sie in den letzten fünf Jahren vor Eintritt der Versicherungspflicht nicht gesetzlich versichert waren (§ 6 Abs. 3a SGB V).

Funktional sind also die Teilnahme am Umlageverfahren und die damit verbundenen langjährigen Beitragsleistungen in der GKV mit den Alterungsrückstellungen in der PKV vergleichbar, weil sie exakt die gleiche Funktion

erfüllen: Teilnahmeberechtigung am Umlageverfahren und kapitalgedeckte Alterungsrückstellungen begründen gleichermaßen eine Anwartschaft darauf, im Alter nicht wegen erhöhter Leistungsausgaben mit höheren Beiträgen belastet zu werden. Beide sind auf kontinuierliche „Ansparvorgänge“ angewiesen, die den erhöhten Leistungsbedarf im Alter kompensieren. Aus diesem Grunde funktioniert der Risikostrukturausgleich im Gesundheitsfonds auch nach den gleichen Kriterien wie die Kalkulation der risikoäquivalenten Prämien, nämlich neben dem Gesundheitszustand vor allem nach dem Alter. Alterungsrückstellungen sind daher der Gegenwert für den mit der Rückkehr erworbenen künftigen Umlageanspruch, den die GKV-Bestandsversicherten aufgrund ihrer kontinuierlichen Versicherungsbiografie, die in die GKV wechselnden PKV-Bestandsversicherten hingegen durch die Einbringung eben dieser Alterungsrückstellungen erworben haben. Sie bilden das „Eintrittsgeld“, das fällig wird, um Mitglied in der umlagefinanzierten Solidargemeinschaft zu werden.

Eine nicht nur technische Frage ist es dann allerdings, wie die Alterungsrückstellungen in der GKV verwaltet werden könnten. Hier spricht zunächst alles für eine zentrale Verwaltung. Durch die Finanzarchitektur der GKV mit risikoadjustierten Zuweisungen an die Krankenkassen trägt nicht die Krankenkasse das Zugangsrisiko als Delta zwischen zu erwartenden Beitragseinnahmen und Ausgaben der PKV-Bestandsversicherten, sondern der Gesundheitsfonds. Mögliche Belastungen durch wechselnde PKV-Bestandsversicherte sind allein für den Gesundheitsfonds relevant, nicht aber für die einzelne Krankenkasse. Eine dezentrale Verwaltung der Rückstellungen durch die Krankenkassen würde hingegen dazu führen, dass diese in einen Wettbewerb um PKV-Bestandsversicherte mit „guten Risiken“ eintreten würden. Außerdem wird durch eine zentrale Verwaltung das Problem vermieden, dass bei jedem Wechsel der Krankenkasse wieder die früheren PKV-Alterungsrückstellungen transferiert werden müssten.

Es gibt allerdings gute Gründe dafür, die Rückstellungen nicht im Gesundheitsfonds zu verwalten. Denn der Gesundheitsfonds nimmt aus den Einnahmen jährliche Zuweisungen an die Krankenkassen vor (§ 266 Abs. 1 S. 2 SGB V), während die Alterungsrückstellungen für die Restlebenszeit, also nicht nur für ein Jahr kalkuliert sind. Sie haben damit eine andere Funktion als die bislang in § 271 Abs. 1 SGB V aufgeführten Einnahmequellen des Gesundheitsfonds. Diese spezielle Funktion der Alterungsrückstellungen spricht dafür, sie gesetzlich als eigenständiges Sondervermögen zur Vermeidung rückkehrbedingter Belastungen auszugestalten. Aus diesem Sondervermögen könnten dann Leistungen an den Gesundheitsfonds fließen, allerdings nur insoweit, als durch die Gesamtheit der innerhalb des Zeitfensters gewechselten PKV-Bestandsversicherten ein

Leistungsbedarf besteht, der durch die geleisteten Beitragszahlungen nicht abgedeckt wird.

Man kann damit festhalten, dass die Alterungsrückstellungen bei einem Wechsel in die GKV die gleiche Funktion übernehmen würden wie bei einem PKV-internen Wechsel. Damit entfällt aber auch die sachliche Rechtfertigung dafür, die Portabilität der Rückstellungen auf diesen PKV-internen Wechsel zu beschränken. Anzeigt ist vielmehr insgesamt eine Portabilität der Alterungsrückstellungen.

b) Beamtenrechtliche Beihilfe

Ein spezifisches Transformationsproblem im Bereich der Finanzierung sind die Krankheitskosten der Beamten und sonstigen beihilfeberechtigten Personen. Anders als bei allen anderen abhängig Beschäftigten beteiligt sich der Dienstherr an den Kosten der Krankenversicherung nicht durch Übernahme von Beitragsanteilen, sondern durch ein die Versicherung ergänzendes leistungsrechtliches Regime, das Beihilferecht.

Dieses Sonderregime ist bürokratisch und in einer monistischen Einwohnerversicherung dysfunktional. Seine Abschaffung zugunsten einer Beteiligung des Dienstherrn am einkommensabhängigen Beitrag wäre verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Art. 33 Abs. 5 GG verpflichtet den Dienstherrn zwar zu Vorkehrungen, die sicherstellen, „dass der amtsangemessene Lebensunterhalt des Beamten bei Eintritt besonderer finanzieller Belastungen durch Krankheits-, Pflege-, Geburts- oder Todesfälle nicht gefährdet wird.“ Es bleibt aber ihm überlassen, „ob er diese Pflicht über eine entsprechende Bemessung der Dienstbezüge, über Sachleistungen, Zuschüsse oder in sonst geeigneter Weise erfüllt.“ Damit besteht auch keine verfassungsrechtliche Verpflichtung, „den Beamten und Versorgungsempfängern für Krankheitsfälle oder vergleichbare Belastungen Unterstützung gerade in Form von Beihilfen [...] zu gewähren.“³⁷ Auch unter dem Aspekt der Vorsorgefreiheit, die die freie Entscheidung zur Wahl der Krankenvorsorge schützen soll,³⁸ ist Art. 33 Abs. 5 GG nicht berührt, denn das vorgeschlagene integrierte System gewährt dem Beamten eher mehr denn

37 Alle vorstehenden Zitate aus BVerfGE 106, 225 (232).

38 Es ist allerdings zweifelhaft, ob es sich dabei überhaupt um einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums handelt, vgl. B. *Pieroth*, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 33 Rn. 62.

weniger Wahlrechte, weil er bislang wegen der Problematik der Alterungsrückstellungen praktisch an einem Wechsel des Unternehmens gehindert war.³⁹

Eine solche Reform lässt sich allerdings ohne die insoweit teilweise zuständigen Länder nicht realisieren, die die Entscheidung über eine Umstellung maßgeblich von den vermutlich kurzfristig zunächst steigenden Kosten abhängig machen werden. Der Bundesgesetzgeber sollte daher zweigleisig fahren: Beamten in denjenigen Ländern, die sich für eine Überführung des Beihilfesystems in die übliche Arbeitgeberbeteiligung entscheiden, sollte der Wechsel in die Einwohnerversicherung unter Berücksichtigung der vorstehenden Überlegungen zu den Alterungsrückstellungen ermöglicht werden. Soweit die Länder aber an ihrem Beihilfesystem festhalten möchten, sollten in der monistischen Einwohnerversicherung entsprechende Sonderregelungen für die Prämiengestaltung und Leistungsabwicklung geschaffen werden.

c) Angleichung der Honorare der Vertragsärzte

Ein erhebliches Übergangsproblem bilden schließlich die signifikanten Unterschiede bei den Honoraren namentlich der Vertragsärzte.

Diese Unterschiede lassen sich zwar in einer integrierten Krankenversicherungsordnung nicht mehr rechtfertigen; die Einebnung dieser Unterschiede ist sogar eines ihrer Ziele, weil die bisherige Honorargestaltung gesundheitspolitische Fehlanreize setzt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich die Vertragsärzte in ihren wirtschaftlichen Dispositionen auf diese seit Jahrzehnten bestehenden Vergütungsstrukturen eingestellt haben. Daraus erwächst ein grundrechtlich durch die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG geschütztes Vertrauen, das der Gesetzgeber bei einer für die Realisierung des Reformvorschlags unverzichtbaren Honorarreform zu beachten hat, die möglicherweise nur in mehreren Schritten erfolgen kann. Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, dass die PKV-Versicherten ein grundrechtlich geschütztes Vertrauen in den Fortbestand ihrer Versicherung und der mit ihr vereinbarten Bedingungen geltend machen können. Das könnte tendenziell eher dafür sprechen, das Honorarsystem im Hinblick auf die PKV-Bestandsversicherten, die von einer Wechselmöglichkeit in die GKV keinen Gebrauch machen, nicht anzutasten. Für eine integrierte Krankenversicherung wird jedenfalls eine längere Konvergenzphase erforderlich sein. Der politische Erfolg dieses Prozesses dürfte dabei maßgeblich

39 Insoweit a.A. P. Axer, Verfassungsrechtliche Fragen einer Bürgerversicherung, in: M. von Wulffen/O. E. Krasney (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht (2004), S. 1 (10).

davon abhängen, dass die Zusammenführung der Versicherungssysteme nicht durch Trittbrettfahrer missbraucht wird, die bei dieser Gelegenheit das Honorarvolumen insgesamt (also bezogen auf die GKV und die PKV) zu reduzieren trachten.

Gerade für die Honorarangleichung gilt, dass es für die Systemmigration eines Akteurs bedarf, der Neutralität und damit das erforderliche institutionelle Vertrauen gewährleistet. Es ist daher naheliegend, dass der Angleichungsprozess nicht eine Aufgabe der (Gemeinsamen) Selbstverwaltungspartner sein kann, sondern der speziell auch für die Transformationsprobleme zu schaffenden Bundesgesundheitsagentur (BuGA).⁴⁰

IV. Fazit

Der Übergang von der dualistischen zur monistischen Krankenversicherungsordnung ist mit erheblichen organisatorischen Herausforderungen und komplexen Transformationsproblemen konfrontiert, die aber rechtlich und praktisch lösbar sind.

Dennoch hat die duale Krankenversicherungsordnung eine verlässliche Stütze: die wenig verlockende Aussicht auf den enormen Aufwand, der zu ihrer Umformung betrieben werden müsste, und die bei allen Akteuren zu beobachtende Befürchtung, es könnte sich irgendetwas zu ihrem Nachteil verändern. Dieser Befund gilt keineswegs nur für die private Versicherungswirtschaft, die es zwar – übrigens mit freundlicher Unterstützung aus der ihr nahestehenden Rechtswissenschaft – auf dem 69. Deutschen Juristentag noch geschafft hat, eine Beschlussfassung über dieses Thema zu verhindern,⁴¹ diese Fragen aber mittlerweile durchaus offen diskutiert. Er gilt mindestens in gleichem Maße für die politischen Protagonisten einer integrierten Krankenversicherungsordnung, die zwar insbesondere in Wahlkampfzeiten voller Inbrunst die Flagge der „Bürgerversicherung“ hissen, diese dann aber schnell wieder abhängen, wenn unterhalb der plakativen Überschrift deutlich wird, dass sich der Transformationsprozess nicht einfach auf die „Eingemeindung“ der PKV ins GKV-System reduzieren lässt. „Mehr Fantasie wagen“ ist damit für alle Beteiligten das Gebot der Stunde in der Diskussion über die duale Krankenversicherungsordnung.

40 Dazu oben 2. b) bb).

41 Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages 2012 Bd. II/2, K137-158; dazu den treffenden Bericht in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 20.9.2012.

