Professor Dr. iur. Heinrich Lang, Dipl. Sozialpäd, Greifswald*

Schleichender Abschied von den Strukturprinzipien der GKV und PKV – am Beispiel der Basis- und Wahltarife

Durch das GKV-WSG wurden die Regelungen zur Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) und Privaten Krankenversicherung (PKV) durch die Einführung der sog. Basistarife in der PKV und der Wahltarife in der GKV modifiziert. Der folgende Beitrag diskutiert die dadurch entstandenen Abgrenzungsprobleme und Zuordnungsfragen und fragt, ob die Basistarife die Privatversicherten zwangs- und die Wahltarife die gesetzlich Versicherten entsolidarisieren.

I. Problemkontext

Kaum andere als die auf das Gesundheitssystem bezogenen Gesetzesvorhaben lösen derart ambivalente Betrachtungen und Reaktionen aus. Meist als Tiger „Jahrhundertreform" gesprungen, landen gesetzgeberische Initiativen nicht selten als Bettvorleger „Reförmchen", deren häufig marginale, wenngleich ideologisch umkämpfte, Regelungen zudem nicht selten von einer in einem anderen politischen Lager stehenden Nachfolgeregierung wieder einkassiert werden. So ist es in der Vergangenheit etwa allen Versuchen, mehr Transparenz in das System der gesetzlichen Krankenversicherung einzuspeisen (Stichwort: Ausweitung der Kostenerstattung), gegangen. Vielleicht aber erleben wir derzeit mit, wie mit der Gesundheitsreform des Jahres 2007 tatsächlich etwas einsetzte, das fortgesetzt mit den gegenwärtig diskutierten Änderungen später einmal als der Beginn des Abschieds vom dualen Krankenversicherungssystem angesehen werden wird. Wie in den meisten europäischen Ländern bestehen auch in Deutschland mit der privaten Krankenversicherung (PKV) und der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) zwei rechtlich getrennte Krankenversicherungssysteme. Sie unterscheiden sich nicht nur in ihrer zahlenmäßigen Bedeutung und ihrer Versorgungsqualität, sondern vor allem auch durch ihre Zielsetzungen und prägenden Merkmale. Anders und vielleicht etwas pointiert ausgedrückt: PKV und GKV sind strukturell vollkommen verschieden bzw. waren das zumindest bisher. Normen, Institute, Versorgungsqualitäten des einen Systems sind nicht ohne weiteres in das jeweilige andere System zu implementieren. Die verfassungsrechtliche Grundlage jener Trennung bilden die Kompetenzregelungen in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 12 GG.

Der Gesetzgeber kann entweder gestützt auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG das private Versicherungswesen oder gestützt auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG die Sozialversicherung regeln. Die beiden Kompetenztitel stellen aber keine wechselseitigen Auffangtatbestände dergestalt dar, dass alles, was nicht der Privatversicherung zugeordnet werden kann, gleichsam automatisch zur Sozialversicherung gehört oder umgekehrt.[1] Gesetzgeberische Vorhaben zwingen den Rechtsanwender – und im Streitfalle dann eben das BVerfG – dazu, das jeweilige Regelwerk einem der beiden Kompetenztitel zuzuordnen. Entweder der Gesetzgeber regelt privatversicherungsrechtliches Versicherungswesen oder er reformiert die Sozialversicherung. Beide, Privatversicherung und Sozialversicherung,

* Der Autor hat an der Universität Greifswald den Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht inne.

1 *Gregor Thüsing/Andreas von Medem,* Vertragsfreiheit und Wettbewerb in der privaten Krankenversicherung, 2008, S. 85.

sind also voneinander abzugrenzen, was – wie wir sehen werden – durchaus schwierig sein kann. Zur Erreichung des nötigen Verständnisses ist es erforderlich, einen Blick in die Vergangenheit zu werfen. Bis zum Jahre 1995 funktionierte die Abgrenzung zwischen beiden Versicherungssystemen einigermaßen solide. Es gab imaginäre „Friedens- und Funktionsgrenzen". Die GKV stellte im Wesentlichen eine Versicherung der abhängig Beschäftigten dar.[2] Gegenwärtig sind ca. 85 % der Bevölkerung gesetzlich versichert.[3] Rund 8,9 Millionen Menschen, mehr als 10 % der Bevölkerung, verfügen über eine private Krankheitskostenvollversicherung.[4]

Im Folgenden soll dargelegt werden, dass diese ehedem klare Abgrenzungslinie zwischen PKV und GKV mit Einführung der Pflegeversicherung und verstärkt durch die neueren Entwicklungen verschwimmt, und dass sich GKV und PKV strukturell annähern.

II. Strukturunterschiede zwischen GKV und PKV

Bevor im Folgenden die strukturellen Unterschiede zwischen der PKV und der GKV dargestellt werden, soll zunächst deren gemeinsamer Ausgangspunkt skizziert werden: Beide, PKV und GKV, stellen Versicherungen dar.

1. Gemeinsamer Ausgangspunkt: Versicherung

Eine Versicherung, gleich ob privat oder öffentlichrechtlich organisiert, zeichnet sich durch den Zusammenschluss gleichartig gefährdeter Personen zu einer Gefahrengemeinschaft aus.[5] Die Freiwilligkeit des Zusammenschlusses ist dabei nicht notwendig. Das Versicherungsverhältnis kann also auch kraft Gesetzes begründet werden, wobei die Sozialversicherung nicht der einzige Fall einer derartigen Pflichtversicherung darstellt (vgl. etwa die KfZ-Haftpflichtversicherung, § 1 PflVG). Der Sinn einer Versicherung besteht in der Risikominimierung. Mit dem Zusammenschluss in einer Versicherung wird das Ziel verfolgt, bestimmte Risiken auf eine größere Zahl von Gefährdeten zu verteilen und damit für den Einzelnen tragbar zu machen.[6] Das Charakteristische einer Versicherung wird daher in der Gemeinschaft gleichartig Gefährdeter mit selbständigen Rechtsansprüchen auf wechselseitige Bedarfsdeckung gesehen. PKV und GKV sind, namentlich in der Abgrenzung zueinander, typologisch zu erfassen. Das bedeutet aber nicht, dass die jeweiligen Versicherungstypen in Reinkultur verwirklicht sind, vielmehr gab es auch zuvor Überschneidungen, nur nimmt die gemeinsame Schnittmenge der beiden Kreise Privat- und Sozialversicherung so zu, dass sich jedenfalls seit dem 2007 verabschiedeten Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG), aber auch infolge der aktuellen Diskussion (Bürgerversicherung, Kopfpauschale) alles auf die Frage zuspitzt, wie sozial eine Privatversicherung und wie wettbewerblich eine gesetzliche Krankenversicherung sein darf, um noch von einem Fortbestand des dualen Systems sprechen zu können. Um diese Frage adäquat beantworten zu können, bedarf es einer Klärung der beiden Strukturtypen: was also charakterisiert eine Privatversicherung und was macht eine Sozialversicherung „sozial"?

2. Struktur einer (Privat) Versicherung

Den Kompetenztitel für den Typus „Privatversicherung" stellt Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG dar. Diesen kann der Gesetzgeber in Anspruch nehmen, wenn die in Frage stehende Regelung inhaltlich den Strukturmerkmalen des privaten Versicherungswesens entspricht.[7]

In seiner darauf bezogenen – freilich nicht ganz widerspruchsfreien – Rechtsprechung hat das BVerfG dabei vor allem vier Aspekte besonders herausgestellt.

Es handelt sich um den Typus „Privatversicherung", wenn eine Versicherung besteht, die von einem Versicherungsunternehmen – nicht also einer Körperschaft des öffentlichen Rechts – privatautonom angeboten wird, welche

1. im Wettbewerb mit anderen Versicherungen ihre Leistungen anbietet, die
2. ihre Prämien grundsätzlich am individuellen Risiko und nicht am Erwerbseinkommen orientiert und bei der
3. Leistungen aufgrund eines kapitalgedeckten Finanzierungssystems erbracht werden.[8]

Dabei hat das BVerfG gleichzeitig betont, dass der jeweilige Versicherungstypus offen sei, Veränderungen und Überschneidungen seien möglich, wenn die prägenden Strukturelemente nicht derart verändert würden, dass der Versicherungstypus wesensmäßig verändert sei. Zulässig sei es auch – so hatte das Gericht schon in der Entscheidung zur Pflegeversicherung argumentiert und dies in der zum GKV-WSG ergangenen Entscheidung wiederholt –, wenn der Gesetzgeber für einen von ihm neu geschaffenen Typ von privatrechtlicher Versicherung Regelungen des sozialen Ausgleichs vorsehe und insbesondere während einer Übergangszeit die das privatwirtschaftliche Versicherungswesen prägenden Merkmale nur begrenzt

2 Vgl. *Helge Sodan,* Duales Krankenversicherungssystem, in: Helge Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 1. Aufl. 2010, 1 (5) Rn. 6 f.

3 Vgl. *Jürgen Kruse,* in: Kruse/Hänlein, Sozialgesetzbuch V (Kommentar), 3. Aufl. 2009, Vor §§ 5–10 Rn. 7; *Markus Zimmermann,* Versicherungspflicht und Versicherungsfreiheit, in: Helge Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 1. Aufl. 2010, 119 (121) Rn. 3.

4 Vgl. *Frank L. Schäfer,* Private Krankenversicherung, in: Igl/Welti (Hrsg.), Gesundheitsrecht, 1. Aufl. 2012, 165 (177) Rn. 662; Rechenschaftsbericht der privaten Krankenversicherung 2010, Reinhold Schulte/Volker Leienbach (Hrsg.), pkv.de, http://www.pkv.de/w/files/shop_rechenschaftsberichte/rechenschaftsbericht__2010.pdf, (Abruf v. 19.02.2011), S. 3.

5 *Raimund Waltermann,* in: Kreikebohm/Spellbrink et al., Kommentar zum Sozialrecht, 2. Aufl. 2011, Einleitung zum SGB V Rn. 14.

6 BVerfGE 75, 108 (146); 88, 203 (313).

7 Vgl. BVerfGE 103, 197 (216 f.).

8 Vgl. zum Ganzen die insoweit wegweisende Entscheidung zur Pflegeversicherung in BVerfGE 103, 197 (216 f.).

wirken lasse.[9] Zusammengefasst lässt sich sagen, eine Privatversicherung beruht in ihrem Entstehen auf privatautonomen Entscheidungen, ist durch Wettbewerb und Beitragsäquivalenz, durch die risikorelevante Prüfung von Erkrankungen und Vorerkrankungen und durch eine kapitalgestützte Finanzierung gekennzeichnet.

3. Strukturen einer (Sozial) Versicherung

Anders stellen sich die wesensprägenden Merkmale der GKV als Sozialversicherung dar. Prägend ist hier zunächst die zwingend *öffentlich-rechtlich* angeordnete Ausgestaltung als *Pflichtversicherung,* § 2 Abs. 1 SGB IV. Voraussetzung für den Eintritt der Pflichtversicherung ist weder ein vorgehender Antrag noch eine besondere Feststellung, etwa durch einen Verwaltungsakt i. S. v. § 31 SGB X. Vielmehr genügt die Erfüllung der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des SGB V.[10] Wesentlich für die GKV ist weiter die Anbindung des Versicherungsverhältnisses an die Beschäftigung in abhängiger Arbeit (§§ 7 ff. SGB IV). Als Sozialversicherung lässt sich die Krankenversicherung weiter wegen ihrer Ausrichtung auf die Verwirklichung des Sozialstaats (Art. 20 Abs. 1 GG) kennzeichnen, wodurch über den beitragsfinanzierten, versicherungstypischen Risikoausgleich hinaus auch sozialer Schutz und sozialer Ausgleich bewirkt werden soll.[11]

Dieser Gedanke des sozialen Ausgleichs kommt z. B. darin zum Ausdruck, dass

1. die Leistungen, die der Versicherte im Krankheitsfall aus der gesetzlichen Krankenversicherung erhält, (grundsätzlich) unabhängig von der Höhe des Beitrags sind, Versicherte mit hohen Monatsbeiträgen erwerben in der GKV keinen anderen Behandlungsanspruch gegen ihre Krankenkasse gem. § 27 SGB V als die beitragsfrei familienversicherte Ehegattin eines Arbeitnehmers mit geringen monatlichen Pflichtbeiträgen,
2. jeder Versicherte Anspruch auf die Leistungen hat, die notwendig sind, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern (§ 27 Abs. 1 SGB V),
3. dass es für den Leistungsanspruch des Versicherten nicht darauf ankommt, ob er bereits viel, wenig oder vielleicht sogar überhaupt nichts in die Krankenversicherung eingezahlt hat,
4. dass *keine Prüfung von Vorerkrankungen erfolgt* und dass in der GKV anders als in der Privatversicherung Krankheiten, die bereits bei Begründung des Versicherungsverhältnisses bestanden haben, nicht zu einem Ausschluss des Versicherungsschutzes führen.

Der soziale Ausgleich – auch solidarischer Ausgleich genannt – zeigt sich weiterhin *insbesondere* in der *Finanzierung* der GKV. Sie erfolgt zum überwiegenden Teil durch Beiträge (§ 3 SGB V), wobei sich die zu entrichtenden Beiträge (i. d. R.) nach dem beitragspflichtigen Einkommen des Versicherungsmitglieds richten (vgl. § 223 Abs. 2 SGB V). Daneben bestehen aber auch Staatszuschüsse in beträchtlicher Höhe, § 221 SBG V. Die Beiträge werden (außer in der GUV) durch die Arbeitgeber paritätisch mitfinanziert, § 249 SGB V. Außerdem sind die unterhaltsberechtigten Familienangehörigen des Mitglieds nach §§ 3 S. 3, 10 SGB V in der GKV beitragsfrei mitversichert.

Zusammengefasst bedeutet Sozialversicherung, dass

1. über den Versicherungszweck hinaus – was allerdings in Grund, Grenzen und Reichweite durchaus umstritten ist – auf einen sozialen Lastenausgleich durch Umverteilung gezielt wird,[12]
2. die zu erledigende Aufgabe in einer bestimmten Art und Weise (öffentlich-rechtliche Zwangsversicherung,[13] soziale Selbstverwaltung) organisatorisch bewältigt wird[14] und
3. die Finanzierung durch Sozialversicherungsbeiträge der Beteiligten erfolgt.[15]

Die GKV stellt in diesem Rahmen nicht nur eine Krankenversicherung, sondern auch ein sozialstaatlich motiviertes Umverteilungssystem dar. In ihr werden die Gesunden, die Gutverdienenden und die Singles zur Solidarität mit den Kranken, den Geringverdienenden und den Familien angehalten.

III. Strukturelle Vermischung von PKV und GKV durch Basis- und Wahltarife

Die eindeutige Abgrenzungslinie zwischen GKV und PKV wird zusehends verwischt. Dies soll an den eingangs erwähnten Beispielen Basistarif und Wahltarif exemplifiziert werden.

1. Der Basistarif

a) Ausgestaltung

Im Interesse – so jedenfalls die Begründung des Gesetzes[16] – eines bezahlbaren Krankenversicherungsschutzes für alle Einwohner verpflichtete der Gesetzgeber des GKV-WSG die privaten Krankenversicherungsunternehmen zur Einführung eines sog. Basistarifs.[17] Dessen Leistungsangebot ist in Art, Umfang und Höhe dem der GKV vergleichbar, § 12 Abs. 1a VAG.[18]

Zugang zum Basistarif haben bzw. hatten:

9 BVerfGE 103, 197 (216).

10 Vgl. *Kruse,* in: Kruse/Hänlein (Fn. 3), Einleitung Rn. 11.

11 Vgl. BVerfGE 22, 180 (204).

12 Vgl. *Ulrich Becker/Thorsten Kingreen,* in: Becker/Kingreen, SGB V (Kommentar), 2. Aufl. 2010, § 1 Rn. 4 f.; *Kruse,* in: Kruse/Hänlein, (Fn. 3), § 1 Rn. 4.

13 *Kruse,* in: Kruse/Hänlein (Fn. 3), § 1 Rn. 5.

14 Vgl. *Maximilian Fuchs/Ulrich Preis,* in: Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl. 2009, § 14 S. 209.

15 Vgl. *Fuchs/Preis* (Fn. 14), § 13 S. 198.

16 BT-Drucks. 16/3950, S. 1.

17 Normative Grundlagen in § 75 SGB V, § 12 Versicherungsaufsichtsgesetz, § 204 Versicherungsvertragsgesetz.

18 *Thüsing/Medem,* (Fn. 1), S. 27.

- *Nichtversicherte,* die ehemals privat versichert waren oder typischerweise gewesen wären, etwa weil sie selbständig tätig sind oder waren.
- Innerhalb eines gewissen Zeitfensters *freiwillig gesetzlich Versicherte,* wenn sie mindestens drei Jahre über der Jahresarbeitsentgeltgrenze verdient hatten. *Pflichtmitglieder* der GKV müssen auch weiterhin in den gesetzlichen Krankenkassen verbleiben.
- Für einen Zeitraum von sechs Monaten ab Einführung des Basistarifs erhielten *alle privat Krankenversicherten* das Recht, in den Basistarif eines Unternehmens ihrer Wahl zu wechseln.
- Außerdem können *privat Krankenversicherte, die in finanzielle Not geraten* (Hilfebedürftigkeit im Sinne des Grundsicherungsrechts), jederzeit in den Basistarif ihres PKV-Unternehmens unter Mitnahme der vollen Alterungsrückstellungen wechseln.

Bereits die Art und Weise, den Versicherungsschutz zu begründen, passt wenig in das Bild einer Privatversicherung, denn die Versicherungsunternehmen unterliegen beim Basistarif einem Kontrahierungszwang. Aber auch die inhaltliche Ausgestaltung weist sozialversicherungsrechtliche Züge auf. So sind für die Beitragshöhe Eintrittsalter und Geschlecht maßgeblich, nicht aber der Gesundheitsstatus des Versicherungsnehmers; Risikozuschläge, wie sie in der Privatversicherung bei der Versicherung „schlechter" Risiken üblich sind, dürfen gem. § 203 Abs. 1 S. 2 VVG nicht erhoben werden.[19] Mit privatversicherungsrechtlichen Strukturen kollidiert vor allem auch die im Basistarif bestehende Leistungspflicht auch für Vorerkrankungen.[20] Hinzu kommt, dass die im Basistarif zu entrichtende Prämie gedeckelt ist, sie darf gem. § 12 Abs. 1c S. 1 VAG den durchschnittlichen Höchstbeitrag in der GKV nicht überschreiten.

Der Höchstbeitrag in der GKV beträgt derzeit 592,88 Euro (15,5 %[21] von 3.825,– Euro [= Beitragsbemessungsgrenze in 2012]).[22]

Und: Eine Kündigung des Krankheitskostenversicherungsvertrages durch den Versicherer ist – etwa auch in Fällen des Prämienverzugs – gem. § 206 Abs. 1 S. 1 VVG ausgeschlossen. Durch Gesetz werden die Versicherungen auch dann zur Leistung in freilich reduziertem Umfang (nur Notfallmaßnahmen und Schmerzbehandlung) gezwungen. Schließlich gilt als gleichsam weiteres sozialstaatlich motiviertes Ausgleichsmoment: Lösen die mit dem Basistarif verbundenen Zahlungspflichten Hilfebedürftigkeit im Sinne der Sozialhilfe oder der Grundsicherung für Arbeitssuchende aus, sind sie für die Dauer der Hilfebedürftigkeit zu ermäßigen.

b) Problemfelder

Vom Grundmodell privater Versicherungsgestaltung weicht der Basistarif in mehrfacher Hinsicht ab. Dies gilt sowohl in Bezug auf die Begründung, die Beendigung als auch die inhaltliche Ausgestaltung des Versicherungsverhältnisses. Im privaten Versicherungswesen herrscht bekanntlich Privatautonomie und damit Vertragsfreiheit.[23] Jenseits allen Streits um die exakte Verortung der – auch grundrechtlich umfangenen – Vertragsfreiheit werden Inhalt und Reichweite der Vertragsfreiheit in drei grundlegende Freiheiten aufgefächert: die Abschluss-, die Inhalts- und die Aufhebungsfreiheit vertraglicher Beziehungen. Der Gesetzgeber hat folglich mit dem Basistarif auf jede dieser Freiheiten eingewirkt. Die privaten Versicherungsunternehmen sind einem Kontrahierungszwang unterworfen, der Inhalt des Krankenversicherungsschutzes ist ebenso fixiert wie die maximale Prämienhöhe. Kündigungen der Verträge sind ausgeschlossen. Hat also der Gesetzgeber des GKV-WSG mit Hilfe des Basistarifs die Struktur der Privatversicherung derart geändert, dass der Charakter der Privatversicherung verändert, aus ihr quasi unter der Hand eine verkappte Sozialversicherung gemacht wird?

c) Die Argumentation des BVerfG

Das BVerfG hat die Frage bekanntlich verneint und in seiner ergangenen Entscheidung[24] in der den privaten Versicherungsunternehmen gesetzlich auferlegten Verpflichtung zur Bereitstellung des Basistarifs keinen Verfassungsverstoß gesehen. Bejaht hat das Gericht dabei insbesondere[25] das Vorliegen der Gesetzgebungskompetenz. Der zuständige Erste Senat konstatierte allerdings, dass mit dem Basistarif des GKV-WSG die privatautonome Gestaltung des Versicherungsvertrags nicht unerheblich eingeschränkt sei. Denn der Basistarif enthalte Elemente sozialen Ausgleichs.

Dazu gehörten namentlich

- das Verbot von Risikozuschlägen und Leistungsausschlüssen,
- die Begrenzung der Prämienhöhe,
- der gesetzlich vorgeschriebene Leistungsumfang

und die Umlage der im Basistarif nicht gedeckten Aufwendungen in einem Risikoausgleich zwischen den Unternehmen.[26]

Angesichts dieser doch recht umfangreichen und nicht abschließenden Liste von Variationen privatversicherungswirtschaftlicher Strukturelemente, konstatiert der Senat recht lapidar, diese Solidarelemente unterschieden sich nicht von den entsprechenden Regelungen im Bereich der privaten Pflegepflichtversicherung (vgl. § 110

19 *Thüsing/Medem,* (Fn. 1), S. 29.

20 Vgl. *Helge Sodan,* Standardtarif und Basistarif, in: Helge Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 1. Aufl. 2010, 1163, Rn. 29 f.

21 Rechtliche Grundlage § 241 SGB V.

22 Für Beihilfeberechtigte (z. B. Beamte) wird ein beihilfekonformer Basistarif angeboten.

23 Vgl. *Marc Schüffner/Philipp Franc,* Der Zugang zur privaten Krankenversicherung, in: Helge Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 1. Aufl. 2010, 1085 Rn. 34 ff.

24 BVerfG, Urt. v. 10.06.2009 – 1 BvR 706/08.

25 Es ist unmöglich, im Rahmen dieses Beitrags auf sämtliche durch den Basistarif aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Probleme einzugehen.

26 BVerfG, Urt. v. 10.06.2009 – 1 BvR 706/08, Rn. 157.

Abs. 1 SGB XI), zu denen das Bundesverfassungsgericht bereits festgestellt habe, dass sie sich im Rahmen der durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG eröffneten Bundeskompetenz hielten.[27] Gleichsam absichernd fügt das Gericht hinzu, dass der Basistarif im Gegensatz zur privaten Pflegepflichtversicherung zudem keine beitragsfreie Mitversicherung von Kindern und keine ermäßigte Mitversicherung von Ehegatten umfasse.[28] Infolgedessen könne nicht festgestellt werden, dass der Basistarif nur noch der Form nach Privatversicherung sei; am Vorliegen der Gesetzgebungskompetenz bestünden folglich keine durchgreifenden Bedenken. Diese Argumentation des Gerichts überzeugt nicht vollständig. Denn anders als die private Pflegeversicherung schuf der Gesetzgeber des GKV-WSG *kein neues* soziales Sicherungssystem, sondern er *gestaltete* die Form eines Teilbereichs der *existierenden* privaten Krankenversicherung in durchaus wesentlichen Aspekten um. Es ist daher verständlich, dass zahlreiche private Versicherungsunternehmen in ihrer gegen das WSG-GKV gerichteten Verfassungsbeschwerde konstatierten, die gesetzlichen Regelungen führten in der Summe dazu, dass der PKV in derart massivem Umfang Strukturen der GKV übergestülpt würden, dass von einer dem Typus Privatversicherung zuzuordnenden Versicherung nicht mehr die Rede sein könne. Und: Das mit dem GKV-WSG vom Gesetzgeber verfolgte Ziel einer gerechteren Ausbalancierung des Wettbewerbs zwischen PKV und GKV durch die mit dem Basistarif verbundene Verschiebung „schlechter Risiken" in die PKV verkenne, dass die GKV in nennenswertem Umfang Staatszuschüsse erhalte, während die PKV ihre Leistungen ohne derartige Unterstützung marktgerecht anbieten müsse.[29] Allerdings, der Basistarif macht nur einen Teil des Geschäfts der PKV aus und das BVerfG hat prognostizierte Wettbewerbsverzerrungen infolge des Basistarifs nicht zum Anlass für ein Einschreiten genommen. Verfassungsrechtliche Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz zur Einführung des Basistarifs sind aus meiner Sicht gleichwohl nicht ausgeräumt, aber „Karlsruhe locuta, causa finita". Das BVerfG hat entschieden, die Frage ist damit zumindest für die Praxis geklärt. Zudem, ungeachtet der dargestellten Kritikpunkte an der Entscheidung des BVerfG muss festgehalten werden, dass die Beurteilung der Frage, ob ein bestimmtes Regelwerk noch zum Typus Privatversicherung gehört oder schon als Sozialversicherung einzustufen ist, naturgemäß einem gewissen Dezisionismus unterliegt und daher ganz unterschiedlich beurteilt werden kann.

Nur am Rande sei vermerkt, dass die Einführung des Basistarifs nicht auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Sozialversicherung) gestützt werden kann, da die den Basistarif anbietenden Unternehmen privatrechtlich verfasst sind. Ein besonders bedeutsames Strukturelement der Sozialversicherung stellt aber gerade die öffentlich-rechtliche Organisationsform dar.[30]

27 Vgl. BVerfGE 103, 197 (218 f.).

28 BVerfG, Urt. v. 10.06.2009 – 1 BvR 706/08, Rn. 157.

29 BVerfG, Urt. v. 10.06.2009 – 1 BvR 706/08, Rn. 58 ff.

30 Vgl. *Fuchs/Preis* (Fn. 14), § 6 S. 43.

2. Die Wahltarife

Mit dem GKV-WSG hat der Gesetzgeber aber nicht nur an den Stellschrauben der PKV gedreht, er hat auch die GKV mit einem eher systemfremden Tarif, dem sog. Wahltarif nach § 53 SGB V „beglückt". Auch die darin an die GKV adressierte Verpflichtung oder Ermächtigung, Wahltarife anzubieten, ist in kompetenzieller Hinsicht nicht ohne Bedenken. Einschlägige verfassungsrechtliche Maßstabsnorm ist insoweit Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, also die dem Bundesgesetzgeber eingeräumte Kompetenz zum Erlass sozialversicherungsrechtlicher Regelungen. Nahezu genauso umstritten wie der sog. Basistarif als Veränderung im Bereich der PKV sind die Wahltarife in der GKV. Während die Befürworter Wahltarife als „Keim, den es für ein besseres Gesundheitssystem brauche" bezeichnen, sehen Kritiker sie als „Keim einer systematisch voranschreitenden Entsolidarisierung der GKV".[31] Auffällig ist, dass Kritik an den Wahltarifen quer durch alle politischen Lager und vor allem innerhalb der GKV selbst formuliert wird. Was aber sind Wahltarife und warum werden sie in der GKV als so bedenklich angesehen?

a) Ausgestaltungen

Mit dem GKV-WSG sollte die Wahlfreiheit für Versicherte gestärkt werden, indem die Krankenkassen seit 2007 die Möglichkeit bzw. die Verpflichtung haben, ihren Versicherten Wahltarife anzubieten. Zum 1.1.2009 wurden die Wahltarife noch weiter ausgebaut. Zu unterscheiden ist dabei zwischen Tarifen, die die Krankenkassen ihren Versicherten anbieten müssen und solchen, die sie anbieten können.

Drei besonders problematische (freiwillige) Varianten sollen hier herausgegriffen werden:

1. Die sog. Selbstbehalttarife, die durch eine Prämienzahlung an Versicherte bei Übernahme eines Kosteneigenanteils gekennzeichnet sind,
2. die sog. Kostenerstattungstarife, bei denen die Höhe der Kostenerstattung gestaltbar und eventuelle Mehrkosten über Zusatzprämien zu decken sind und schließlich
3. die sog. Beitragsrückerstattungstarife, bei denen es zu einer Rückzahlung von Beitragsanteilen bei Nichtinanspruchnahme von Leistungen kommen kann.[32]

b) Problemfelder

Auch in Bezug auf die Wahltarife bestehen in kompetenzieller Hinsicht verfassungsrechtliche Bedenken. Immerhin ist bei den Wahltarif-Regelungen im Grunde nur ein Merkmal der klassischen Sozialversicherung erfüllt, das der öffentlich-rechtlichen Verfasstheit des Versiche-

31 Vgl. BT-Drucks. 16/4247, S. 20.

32 Finanziert werden müssen die Aufwendungen für die einzelnen Tarife aus Einnahmen, Einsparungen und Effizienzsteigerungen, die durch diese Maßnahmen erzielt werden. Mindestens alle drei Jahre haben die Krankenkassen gegenüber ihrer Aufsichtsbehörde über die Einsparungen Rechenschaft abzugeben, § 53 Abs. 9 SGB V.

rers. Wahltarife sind, wie der Name schon sagt, aber nicht Gegenstand einer Pflichtversicherung – an sich aber Wesensmerkmal einer Sozialversicherung –, sondern stellen eine optionale Zusatzleistung dar.[33] Auch geht es bei ihnen nicht um die Absicherung eines elementaren Lebensrisikos. Zudem besteht bei manchen, etwa dem Wahltarif „Kostenerstattung" eine besondere Nähe zur Privatversicherung, da das dortige Grundprinzip der Kostenerstattung ein wichtiges Abgrenzungskriterium zum Sachleistungsprinzip innerhalb der GKV bildet. Schließlich besteht die Gefahr der Entsolidarisierung der Gemeinschaft der gesetzlich Versicherten, es gilt nicht mehr der Grundsatz „gleiche Leistungen für alle GKV-Versicherten", sondern es droht die Schaffung bessergestellter „gesetzlich versicherter Privatpatienten".[34]

c) Die Argumentation des BVerfG

Hinsichtlich der Wahltarife steht eine Entscheidung des BVerfG im Grunde noch aus. Das Gericht hat die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde als unzulässig verworfen. Die gesetzlichen Regelungen beinhalteten lediglich eine Befugnis zur Schaffung spezieller Wahltarife, daher seien die Beschwerdeführer derzeit nicht unmittelbar betroffen.[35]

IV. Fazit und Entwicklungsperspektiven

Was lässt sich damit als Fazit der rechtlichen Beschäftigung mit dem Basistarif in der PKV und den Wahltarifen in der GKV festhalten? Beide variieren das jeweilige System nicht lediglich, sondern sind geeignet, deren Strukturprinzipien in Frage zu stellen. Das gilt für die GKV vor allem dann, wenn die den Wahltarifen attestierte Entsolidarisierung tatsächlich besteht und fortschreitet. Gleichwohl, das BVerfG hat beides (vorerst) hingenommen. Aber vielleicht sind die mit Basis- und Wahltarif verbundenen Strukturveränderungen oder meinethalben auch –modifikationen ohnehin nur Vorboten einer durch die Krise der GKV gespeisten Entwicklung, an deren Ende entweder die Beseitigung der PKV – jedenfalls in ihrer klassischen Gestalt – oder der GKV als Vollversicherung stehen könnte. Die Probleme der GKV sind Gemeingut. Als Hauptursachen gelten die sog. doppelte Alterung der bundesdeutschen Bevölkerung[36] und die sich in Zeiten starker und strukturell dauerhafter Arbeitslosigkeit als fatal erweisende Zentrierung jeder Sozialversicherung und damit auch der GKV auf das Beschäftigungsverhältnis (§§ 7 SGB IV, 5 SGB V). Mit zwei entgegengesetzten Grundmodellen bzw. Mischvarianten davon, versucht die Politik der Misere zu begegnen. Diskutiert werden die Einführung einer „Bürgerversicherung" und der sog. Kopfpauschale. Zunächst zur Bürgerversicherung. Ihre Grundidee besteht darin, *alle* Bürger mit *allen* Einkommen (bis zur Beitragsbemessungsgrenze) in die Finanzierung der Gesundheitsversorgung einzubeziehen. Alle Bürger zahlen einen bestimmten Prozentsatz aus der Summe aller eigenen Einkünfte (Lohnarbeit, Kapitalerträge, Mieteinnahmen, Zuschüsse und sonstige Einnahmen) ggf. bis zur Beitragsbemessungsgrenze in die Bürgerversicherung ein. Die Bedeutung der PKV reduzierte sich auf das Angebot von Zusatzversicherungen. Vor allem Leistungen, deren medizinische Notwendigkeit nicht nachgewiesen werden kann oder die reinen Wellness-Charakter haben, könnten über private Zusatzversicherungen abgedeckt werden.

Dem steht das Model der sog. Kopfpauschale entgegen. Danach zahlen alle Bürger einen gleichen Betrag (eben die sog. Kopfpauschale oder auch Kopfprämie, z. T. in geradezu verwirrender Anlehnung an den positive Assoziationen auslösenden Begriff der Bürgerversicherung angelehnt und als Bürgerprämie bezeichnet) in die Versicherung ein. Die im Modell der Kopfpauschale zu entrichtenden Prämien werden weder nach dem bisherigen Prinzip der gesetzlichen Krankenversicherung, also risiko- und alters*un*abhängig als Prozentsatz des sozialversicherungspflichtigen Einkommens, noch nach dem bisherigen Prinzip der privaten Krankenversicherung, also risiko- und alters*ab*hängig, berechnet und erhoben. Vielmehr wird pro Kopf, also pro Versichertem, eine gleiche Pauschale (eben die Kopfpauschale) gezahlt; im Gespräch ist derzeit ein einheitlicher Betrag von etwa 150 € pro Monat. Eine beitragsfreie Mitversicherung von Ehepartnern ist nicht vorgesehen.[37] Für Kinder können reduzierte Sätze gelten, soziale Härten sollen über das Steuer-Transfer-System abgefedert werden. Der jetzige Arbeitgeberbeitrag entfällt und soll einkommenserhöhend an die Arbeitnehmer ausgezahlt werden. Die Kopfpauschale setzt also nicht mehr bei einem versicherungs- oder steuerrechtlichen Einkommensbegriff an, und löst damit die Gesundheitspolitik insoweit vom Arbeitsmarkt. Mit Blick auf den Fortbestand der PKV sieht das Konzept der Union vor, dass nur die derzeit gesetzlich Versicherten einbezogen sind. Selbständige, Beamte und Besserverdienende sollen

33 *Gregor Thüsing,* Wahltarife nach § 53 Abs. 4 bis 6 SGB V n. F. im Lichte des Verfassungsrechts (Teil 2, Verfassungsrechtliche Würdigung), NZS 2008, 510 (511); vgl. hierzu auch Annette Prehm, Der Wahltarif Kostenerstattung nach § 53 Abs. 4 SGB V – bereits jetzt ein Auslaufmodell? GesR 2009, 230 ff.

34 Vgl. *Joseph Isensee,* Wahltarif „Krankenhauskomfort" Chefarztbehandlung und Ein-/Zweibettzimmer als Wahlleistungen der Kassen – Sicht des Sozial- und des Verfassungsrechts, NZS 2007, 449 (453), *Prehn* (Fn. 33); *Heinrich Lang,* in: Becker/Kingreen (Fn. 12), § 53 Rn. 2.

35 BVerfG, Urt. v. 10.06.2009 – 1 BvR 706/08, Rn. 133 f.

36 Plakativ: Die Alten werden immer älter und die Anzahl der Kinder verringert sich stetig. Eine Kostensteigerung ist aufgrund dieser Entwicklung zu erwarten, weil die kostenintensive Altersgruppe der über 70jährigen stark ansteigen wird. Denn mit zunehmendem Alter wachsen die Wahrscheinlichkeit des Auftretens chronischer Erkrankungen sowie die sog. Multimorbidität (bei der Altersgruppe der 70–90jährigen geht man von fünf bis neun nebeneinander existierenden Diagnosen aus) und die Dauer einer Krankheitsperiode. Nach Studien leiden 2–3 % der 70jährigen, 10–15 % der 80jährigen und fast 50 % der 90jährigen an dementiellen Erkrankungen, vgl. *Naegele/Kauss,* Demographie und Sozialepidemiologie – Zur These vom demographisch bedingten Anstieg der Gesundheitsausgaben, in: Igl/Naegele (Hrsg.), Perspektiven einer sozialstaatlichen Umverteilung im Gesundheitswesen, 1999, 63 (69, 71).

37 Nach dem jetzigen Reformpaket soll die beitragsfreie Mitversicherung (Familienversicherung) von Kindern und Ehepartnern ohne eigenes Arbeitseinkommen erhalten bleiben.

davon nicht direkt betroffen werden, allerdings den Solidarausgleich (kostenlose Mitversicherung der Kinder, Unterstützung für Einkommensschwache) über die Einkommenssteuer (die keine Beitragsbemessungsgrenze kennt) mitfinanzieren. Bewertet man Bürgerversicherung und Kopfpauschale vor der oben entfalteten Strukturmatrix von PKV und GKV und deren Verhältnis zueinander, lässt sich vereinfacht sagen: Bei der Bürgerversicherung ginge die Bedeutung der PKV erheblich zurück, das mit dem Überbegriff „Kopfpauschale" bezeichnete Konzept wäre durch einen mehr oder minder schleichenden Abschied von der solidarischen GKV gekennzeichnet. Denn zum einen erfolgte der Solidarausgleich dann nicht mehr innerhalb der GKV, sondern würde über steuerfinanzierte Zuschüsse verwirklicht. Zum anderen wird nach dem Konzept der Beitragsanteil der Arbeitgeber bei 7% des Bruttolohns fixiert und damit von künftigen Beitragssatzsteigerungen abgekoppelt. Beitragserhöhungen gingen damit allein zu Lasten der Arbeitnehmer. Unabhängig davon, wie man ein solches Modell bewertet: Der Boden der klassischen solidarischen GKV ist damit verlassen.

Beide Konzepte – Bürgerversicherung und Kopfpauschale – haben aber auch etwas gemeinsam. Beide spalten – wenngleich dieser Aspekt bei der Kopfpauschale deutlich stärker hervortritt – den bisher bestehenden Krankenversicherungsvollschutz auf, in eine irgendwie auch sozialstaatlich gestützte Grundversorgung und einen der Eigenverantwortung zugeordneten Bereich privater Zusatzversorgung.

Das klingt bestechend und einfach und wirft doch eine Fülle neuer Probleme auf, etwa:

- wer definiert den Bereich sog. Grundversorgung
- wie sieht eine Grundversorgung inhaltlich aus
- wie wird sie finanziert.

Es bleibt abzuwarten, ob und wie diese Fragen beantwortet werden.