

**Vertragsfreiheit und Wettbewerb
in der privaten Krankenversicherung**
**- Verfassungsrechtliche und europarechtliche Grenzen für die Umsetzung der
Gesundheitsreform -**

**Gutachterliche Stellungnahme
im Auftrag des Verbands der Privaten Krankenversicherung e.V.**

erstattet durch

Professor Dr. Gregor Thüsing LL.M.

Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit
Universität Bonn

Professor Dr. Jörn Axel Kämmerer

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht I (Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht),
Bucerius Law School

Bonn und Hamburg

2006

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt	5
B. Rechtsausführungen zu Kontrahierungszwang und Versicherungspflicht (Thüsing)	10
I. Allgemeine verfassungsrechtliche Grundlagen der Vertragsfreiheit	10
1. Vertragsfreiheit	10
2. Grundrechtliche Verankerung der Vertragsfreiheit	10
3. Möglichkeiten der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen in die Vertragsfreiheit	12
II. Beispiele für Kontrahierungszwang und Versicherungspflicht im Versicherungsrecht	13
1. §§ 1, 5 PflVG (Kfz-Haftpflichtversicherung)	13
2. § 105 VVG (Feuerversicherung – Hypothekeninteresseversicherung)	14
3. § 178d VVG (Krankenversicherung neugeborener oder adoptierter Kinder)	14
4. § 110 SGB XI (Private Pflegepflichtversicherung)	15
5. § 257 Abs. 2a SGB V (Standardtarif in der Krankenversicherung)	16
6. § 178f VVG (Tarifwechselrecht innerhalb eines privaten Krankenversicherungsunternehmens)	16
7. Sonstige Versicherungspflichten	17
8. Kontrahierungszwang zu regulierten Preisen außerhalb des Versicherungsrechts	17
9. Ergebnis	18
III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Regelungen (Neugeschäft)	18
1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes	19
a) Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG	19
aa) Versicherungspflicht	20
bb) Kontrahierungszwang zur Aufnahme in den Basistarif	20
cc) Kontrahierungszwang beim Wechsel	21
dd) Kein Leistungsausschluss	21
ee) Festgelegter Leistungsumfang	22
ff) Verzicht auf individuelle Risikozuschläge	24
gg) Unterstützung von sozial Bedürftigen	26
hh) Vereinheitlichung der Branche	26
ii) Ergebnis	27
b) Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG	28
c) Ergebnis	28
2. Materielle verfassungsrechtliche Grenzen	29
a) Basistarif für Nichtversicherte: Der Kontrahierungszwang als solcher	29
aa) Legitimer Zweck	29
bb) Geeignetheit/Erforderlichkeit	30
cc) Angemessenheit	33
dd) Ergebnis	35
b) Standardisierter Basistarif ohne Risikoäquivalenz mit Kontrahierungszwang	35
aa) Art. 3 Abs. 1 GG	36
bb) Freiheitsrechte der Versicherten	37
(1) Legitimer Zweck	38
(2) Geeignetheit	39
(3) Erforderlichkeit	42
(4) Angemessenheit	42
(5) Ergebnis	43
cc) Berufsfreiheit der Versicherungsunternehmen	43
(1) Berufswahlregelung wegen rechtlicher Beseitigung der privaten Krankenversicherung	43
(2) Berufswahlregelung wegen faktischer Beseitigung der privaten Krankenversicherung	44
(3) Hilfsweise: Rechtfertigung einer Berufsausübungsregelung	45
(4) Ergebnis	45
c) Die Unterstützung einkommensschwacher Versicherter	46
aa) Legitimes Ziel/Geeignetheit	46
bb) Erforderlichkeit	47
cc) Angemessenheit	47
dd) Art. 3 Abs. 1 GG	50

ee) Ergebnis	51
d) Öffnung des Basistarifs für freiwillig gesetzlich Versicherte	51
e) Kontrahierungszwang bei einem Unternehmenswechsel	53
f) Versicherungspflicht	55
aa) Legitimes Ziel	55
bb) Geeignetheit/Erforderlichkeit	56
cc) Ergebnis	58
IV. Verfassungsrechtliche Grenzen eines Übergangs auf ein anderes System	59
V. Zusammenfassung	60
C. Einführung der Portabilität der Altersrückstellungen (Kämmerer)	63
I. Verfassungsrechtliche Betrachtung der Portabilisierung der Rechte aus dem Versicherungsvertrag, insb. von Alterungsrückstellungen	63
1. Anwendbare Grundrechte: Vertragsfreiheit/Privatautonomie oder Berufsfreiheit	64
a) Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG	64
b) Betroffenheit der Eigentumsgarantie, Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG	65
aa) Alterungsrückstellungen als Eigentum	65
bb) Qualifikation der Portabilisierung als Inhaltsbestimmung	65
c) Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	66
aa) Tätigkeit der PKV als eigenständiger Beruf	68
bb) Berufsausübungsbeschränkung mit Grad einer Berufswahlbeschränkung	69
d) Zwischenbilanz	70
2. Legitimierung durch Ziele der vorgesehenen gesetzlichen Regelung	70
a) Funktionsfähigkeit der GKV	70
b) Wettbewerb	71
c) Vorteilsausgleich	72
3. Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelungen im Lichte der umrissenen Ziele	72
a) Erhaltung der Finanzierungsgrundlage der gesetzlichen Krankenversicherung	72
aa) Geeignetheit	72
bb) Erforderlichkeit	72
cc) Proportionalität (Angemessenheit)	73
b) Herstellung von Wettbewerb	75
aa) Wettbewerbseignung bei Neukunden	75
bb) Wettbewerbseignung bei Bestandskunden	76
c) Portabilisierung als Vorteilsausgleich	77
aa) Geeignetheit und Erforderlichkeit	77
bb) Proportionalität	78
(1) Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne wegen „kalkulatorischer (versicherungsmathematischer) Unmöglichkeit“	78
(2) Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne wegen „wirtschaftlicher Unmöglichkeit“	80
4. Zwischenergebnis	81
5. Unilaterale Portabilität als verfassungswidrige Ungleichbehandlung	81
a) Ungleichbehandlung	81
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	82
c) Zwischenergebnis	83
6. Beitragserhöhungen als grundrechtswidrige Maßnahmen zu Lasten der Versicherten?	83
a) Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG	83
aa) Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG	84
bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	84
(1) Legitimierung der Beitragserhöhungen durch Solidarprinzip	84
(2) Unverhältnismäßigkeit der Beitragserhöhungen	84
b) Zwischenergebnis	86
7. Gesamtergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung	86
II. Europarechtliche Prüfung der Portabilisierung von Alterungsrückstellungen	87
1. Ausgangspunkt	87
2. Mögliche Verstöße gegen die genannten Bestimmungen	88
a) Verstoß gegen Art. 56 RL 91/674/EWG (VersicherungsbilanzRL) iVm Art. 54 Abs. 2 RL 92/49/EWG (Dritte RL Schadensversicherung)	89
aa) Abschließender Charakter von Art. 54 Abs. 2 RL 92/49/EWG	89

bb) Verstoß gegen das in den genannten Normen niedergelegte Prinzip der dauernden Erfüllbarkeit.....	90
(1) Effekt der Unterdeckung durch Wechsel von relativ gesunden VN	90
(2) Effekt der unilateralen Portabilität.....	91
b) Verstoß gegen Art. 49 EG	92
aa) Diskriminierung	92
bb) Beschränkung	92
cc) <i>Rechtfertigung</i>	92
3. Ergebnis.....	94
<i>III. Zusammenfassung in Thesen</i>	94

A. Sachverhalt

Die Regierungskoalition von CDU/CSU und SPD plant eine Reform des Gesundheitswesens, auf deren Grundzüge sich die Koalitionspartner in den sogenannten Eckpunkten vom 4.7.2006 geeinigt haben. Die geplanten Neuregelungen bringen nicht nur für die gesetzliche Krankenversicherung weitreichende Änderungen, sondern betreffen auch die private Krankenversicherung (Nr. 11 und 16 der Eckpunkte). Dabei soll das bisherige bipolare System der deutschen Krankenversicherung im Grundsatz erhalten bleiben. Die private Krankenversicherung soll auch zukünftig als Vollversicherung im Markt bleiben (Nr. 16 Pkt. 1). Erste Konkretisierungen der Eckpunkte befanden sich in einem ministeriellen Arbeitsentwurf, der am 23.8.2006 bekannt wurde. Dieser erste Arbeitsentwurf wurde mittlerweile durch einen zweiten Entwurf, der Mitte September 2006 bekannt wurde, ersetzt. Die Ministeriumsleitung hat allerdings ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der neueste Entwurf noch nicht von ihr gebilligt wurde.

Im Rahmen dieser gutachterlichen Stellungnahme sind insbesondere folgende geplante Änderungen relevant:

- Die private Krankenversicherung soll einen „bezahlbaren“ Basistarif anbieten müssen, der ohne Risikoprüfung und –zuschlag sowie ohne Leistungsausschlüsse nichtversicherten Personen sowie freiwillig gesetzlich Versicherten offen steht. Die private Krankenversicherung unterliegt einem Kontrahierungszwang. Der Leistungsumfang soll dem der gesetzlichen Krankenversicherung entsprechen (Nr. 16 Pkt. 3, 4, 5).
- Jede Person mit Wohnsitz im Inland ist verpflichtet, einen Krankenversicherungsvertrag im Basistarif abzuschließen (geplanter § 178a Abs. 5 VVG). Diese Versicherungspflicht war in den Eckpunkten nicht vereinbart, sondern tauchte erstmals im zweiten Arbeitsentwurf auf. Von der Versicherungspflicht ausgenommen werden sollen gesetzlich Versicherte und Personen mit einer anderweitigen gesetzlichen Absicherung im Krankheitsfall. Gemäß der geplanten Übergangsregelung werden auch Bestandskunden, die über einen umfassenden privaten Versicherungsschutz verfügen, nicht von der Versicherungspflicht erfasst. Anders als in dem ersten Arbeitsentwurf sollen

Bestandsverträge somit nicht in den Basistarif und einen eventuellen Zusatzschutz aufgespalten werden.

- Bei einem Wechsel innerhalb der privaten Krankenversicherung sollen die Versicherungsunternehmen einem Kontrahierungszwang unterliegen (Nr. 11 Pkt. 3).
- Die Altersrückstellungen in den privaten Krankenversicherungen sollen portabel werden (Nr. 11 Pkt. 3, Nr. 16 Pkt. 2).

Gegenstand der gutachterlichen Stellungnahme sind die verfassungsrechtlichen Grenzen der geplanten Regelungen zu Kontrahierungszwang und Versicherungspflicht (Abschnitt B) und die verfassungs- und europarechtlichen Grenzen der Einführung der Portabilität der Altersrückstellungen (Abschnitt C).

Im Problemkreis Kontrahierungszwang und Versicherungspflicht sind zwei Bereiche zu unterscheiden: Der erste Bereich umfasst die Regelungen zum Basistarif, die in den Eckpunkten angedeutet werden, eine konkrete Gestalt aber erst in den Arbeitsentwürfen angenommen haben. Der zweite Bereich ist der in den Eckpunkten vereinbarte Kontrahierungszwang bei einem Unternehmenswechsel innerhalb des privaten Krankenversicherungssystems.

Der Basistarif soll vom Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung entsprechen, allerdings mit einem jährlichen Selbstbehalt.¹ Eine beitragsfreie Mitversicherung von Familienangehörigen ist nicht vorgesehen. Nach den Arbeitsentwürfen soll der Basistarif nicht nur ein günstiger Tarif sein, der beziehungslos neben den herkömmlichen Tarifen steht, sondern Grundlage jedes substitutiven Krankenversicherungsschutzes. Tarife, die einen größeren Leistungsumfang vorsehen, bestehen somit aus dem Basistarif sowie davon zu unterscheidenden Zusatzleistungen. Ohne weitere Konkretisierung hieß es im ersten Arbeitsentwurf, dass es daneben auch weiterhin die Möglichkeit geben soll, einen „partiellen Vollversicherungsschutz“ zu versichern (S. 12 Entwurf I). Die im zweiten Arbeitsentwurf vorgesehene Versicherungspflicht schließt einen solchen partiellen Schutz aus (S. 21 Entwurf II).

¹ Die Höhe des Selbstbehalts war im ersten Arbeitsentwurf mit 1.200 € beziffert, im zweiten Entwurf wird keine Zahl genannt.

Über die Kalkulationsgrundlage oder gar eine konkrete Höhe des Basistarifs sagen die Eckpunkte nur wenig. Fest steht, dass der Basistarif von dem auf der Grundlage einer Risikoprüfung errechneten individuellen Krankheitsrisiko unabhängig sein soll (Nr. 16 Pkt. 4). Inwieweit eine Berücksichtigung des Krankheitsrisikos anhand von Typisierungen zulässig sein soll, ist nicht ganz klar. In einem Informationspapier der Bundesregierung heißt es:²

„Die PKV wird zudem zukünftig einen Basistarif anbieten. Der Leistungsumfang dieses Basistarifs entspricht dem der GKV-Leistungen. Wer in diesen Basistarif wechselt, muss sich keiner Gesundheitsprüfung unterziehen. Auch sein Alter oder sein Geschlecht werden nicht bei der Auswahl berücksichtigt. Es gibt keinen Leistungsausschluss. Die Prämien sollen bezahlbar sein.“

Die in dem Informationspapier genannte Nichtberücksichtigung des Alters steht allerdings in einem Konflikt dazu, dass in den Eckpunkten die Bildung von Altersrückstellungen als ein Merkmal des Basistarifs genannt wird. Altersrückstellungen lassen sich sinnvoll nur in Abhängigkeit vom Eintrittsalter des Versicherten bilden. In der Begründung des zweiten Entwurfs wird eingangs formuliert, dass das spezifische Geschäftsmodell der privaten Krankenversicherung mit geschlechts- und altersbezogenen Beiträgen erhalten bleibt (S. 15 Entwurf II). § 12 Abs. 1 Nr. 1 VAG, nach dem die Prämien u.a. unter Berücksichtigung der Alters- und Geschlechtsabhängigkeit des Risikos zu bemessen sind, soll nicht geändert werden. Ein neuer § 178g Abs. 1 S. 2 VVG soll lediglich bestimmen, dass die Vereinbarung von Risikozuschlägen und Leistungsausschlüssen im Basistarif nicht möglich sein soll. Im Folgenden wird daher davon ausgegangen, dass Alter und Geschlecht bei der Berechnung des Basistarifs zu berücksichtigen sind.³

Das in den Eckpunkten genannte Kriterium der „Bezahlbarkeit“ wird in den Arbeitsentwürfen in der Weise konkretisiert, dass ein sogenannter Spitzenausgleich vorgenommen wird, der von den Versicherungsunternehmen getragen und finanziert wird. Personen ohne zu berücksichtigendes Vermögen können einen Zuschuss im Rahmen des Spitzenausgleichs verlangen, wenn der Basistarif und der Selbstbehalt mehr als einen bestimmten Anteil des zu berücksichtigenden Einkommens ausmachen.⁴ Eine absolute Höchstgrenze, die als Konkretisierung des Kriteriums der Bezahlbarkeit ebenfalls denkbar wäre,⁵ ist im Arbeitsentwurf nicht enthalten. In den Eckpunkten nicht geklärt ist die Frage, was geschieht, wenn ein Versicherter die Prämien nicht

² Abrufbar unter <http://www.die-gesundheitsreform.de>.

³ Die spezielle Problematik der Nichtberücksichtigung des Geschlechts in sogenannten Unisex-Tarifen wird nicht behandelt.

⁴ In Entwurf I war ein Anteil von 20% vorgesehen. Im zweiten Entwurf wird keine prozentuale Grenze genannt.

⁵ Vgl. § 110 Abs. 1 Nr. 2 e) SGB XI und § 257 Abs. 2a SGB V.

zahlt. Nach dem ersten Arbeitsentwurf sollte das Versicherungsunternehmen bei vorheriger Kündigung wegen Prämienverzugs den erneuten Abschluss eines Versicherungsvertrages ablehnen können (geplanter § 178a Abs. 5 Nr. 3). In Entwurf II ist ein solches Recht nicht mehr enthalten. Demnach kann sich ein Versicherungsunternehmen nicht mehr einseitig von einem Vertrag lösen. Selbst, wenn es ein Kündigungsrecht gäbe, liefe dieses praktisch leer, da dasselbe Unternehmen sofort verpflichtet wäre, einem erneuten Antrag des früheren Kunden auf Abschluss eines Vertrages stattzugeben.

Der zweite Bereich ist der Kontrahierungszwang zugunsten privat Versicherter, die zu einem anderen Unternehmen der privaten Krankenversicherung wechseln möchten. Laut Nr. 11 Pkt. 3 der Eckpunkte soll der Wechsel in einen vergleichbaren Tarif u.a. durch einen Kontrahierungszwang erleichtert werden. Darüber, was ein vergleichbarer Tarif ist und was gelten soll, wenn in einem konkurrierenden Versicherungsunternehmen kein vergleichbarer Tarif vorhanden ist, schweigt sich das Eckpunktepapier aus. In den beiden Arbeitsentwürfen finden sich keine expliziten Regelungen. Vielmehr erscheint nach dem Arbeitsentwurf ein Kontrahierungszwang beim Wechsel zu einem anderen Unternehmen nur in Bezug auf den Basistarif möglich.

Ein weiteres Vorhaben bezieht die Alterungsrückstellungen der privaten Krankenversicherer (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 VAG i.V.m. § 341f Abs. 3 HGB) ein, die bislang bei Ausscheiden eines Versicherten dem Kollektiv der verbleibenden Versicherten mit beitragsdämpfender Wirkung zugute kamen. Sie werden in Zukunft auf den neuen Versicherer – private Krankenversicherung oder gesetzliche Krankenversicherung – übertragen werden können. Der jüngste Ministerialentwurf sieht dies nach Maßgabe eines Antrags des Versicherers vor, soweit sie Leistungen aus dem Basistarif betrifft. Dies würde bedeuten, dass ein Versicherter die Altersrückstellung bei nicht auf die neue Tarifstruktur angepassten Verträgen nur zum Teil und nur nach vorgängiger Überführung in den Basistarif „mitnehmen“ kann. Die Eckpunkte zur Gesundheitsreform (Nr. 2, 16) enthalten eine solche Beschränkung der Portabilität dagegen nicht. Für die folgende Betrachtung wird davon ausgegangen, dass zwar nicht die „Maximallösung“ – Portabilität der für alle Tarife der privaten Krankenversicherung gebildeten Altersrückstellungen – Gesetz wird, wohl aber die Herstellung von Portabilität von Alterungsrückstellungen im Bereich der Basistarife angeordnet wird, und zwar für

- Tarifwechsel des Versicherten (Wechsel in den Basistarif) beim gleichen Versicherer,

- Wechsel des privaten Versicherers,
- Wechsel von einem privaten Versicherer zur gesetzlichen Krankenversicherung.

Für den Basistarif darf die Alterungsrückstellung nach dem Willen des Gesetzgebers nicht beitrags erhöhend wirken. Nicht nur deswegen, sondern auch, weil in Zukunft nicht mehr die beitragsdämpfende Wirkung des Verbleibs der Altersrückstellungen beim Versichertenkollektiv a quo Wirkungen zeigt, wird es voraussichtlich zu einer deutlichen Erhöhung der PKV-Tarife für alle Leistungen jenseits des Basisbereiches kommen. Hinzu kommt, dass in den bisherigen PKV-Tarifen Versicherte zur Finanzierung der Lasten herangezogen werden müssen, die durch Einführung des kostengünstigen brancheneinheitlichen Basistarifs ohne Risikozuschläge den Versicherern erwachsen. Denn der Gesetzgeber zwingt die private Krankenversicherung, auch Antragsteller mit „schlechten Risiken“ in den Basistarif aufzunehmen. Beide Maßnahmen, verbunden mit kalkulatorischen Unwägbarkeiten, haben zur Folge, dass die privaten Krankenversicherer gezwungen sind, die Tarife bereits bestehender Versicherungsnehmer erheblich anzuheben. Die zu erwartenden Beitragserhöhungen könnten für die Versicherungsnehmer erhebliche Mehrbelastungen erzeugen und zudem eine „Flucht“ aus der privaten Krankenversicherung nach sich ziehen, die für private Versicherungsunternehmen u.U. existenzbedrohend sein könnte.

B. Rechtsausführungen zu Kontrahierungszwang und Versicherungspflicht (Thüsing)

I. Allgemeine verfassungsrechtliche Grundlagen der Vertragsfreiheit

1. Vertragsfreiheit

Vertragsfreiheit ist die Freiheit, über das Ob (Abschlussfreiheit), das Worüber (Inhaltsfreiheit) und das Wie (Formfreiheit) einer vertraglichen Bindung autonom zu entscheiden.⁶ In Bezug auf Versicherungsunternehmen gehört zur Inhaltsfreiheit auch die Freiheit, die Prämien autonom festzulegen (Kalkulationsfreiheit).⁷ Alle Aspekte können Einschränkungen unterliegen. Die Inhaltsfreiheit ist eingeschränkt, wenn Verträge nicht privatautonom gestaltet, sondern nur zu staatlich regulierten Bedingungen abgeschlossen werden können. Eine Versicherungspflicht berührt die (negative) Abschlussfreiheit der Bürger, da sie hierdurch zum Abschluss eines Versicherungsvertrages verpflichtet werden, und gleichzeitig die Inhaltsfreiheit, da die Versicherungspflicht auf einen Vertrag mit bestimmten Bedingungen bezogen ist. Die Vertragsfreiheit der einer Versicherungspflicht Unterworfenen beschränkt sich auf die Wahl des Anbieters. Ein Kontrahierungszwang berührt zum einen die (negative) Abschlussfreiheit des Anbieters einer Leistung, indem er ihn zum Vertragsschluss mit einem Interessenten verpflichtet. Damit ein Kontrahierungszwang nicht in der Praxis unterlaufen werden kann, ist mit ihm immer auch eine gewisse Beschränkung der Inhaltsfreiheit verbunden.⁸ Der Verpflichtete soll den Berechtigten nicht durch Festlegung eines überhöhten Entgeltes an der faktischen Wahrnehmung des Rechts auf einen Vertragsschluss hindern können. Grundsätzlich bleibt der Verpflichtete aber bei der Bestimmung des Inhalts frei. So sieht zwar § 5 Abs. 2 PflVG einen Kontrahierungszwang vor, aber nur zum „allgemeinen Unternehmenstarif“ (vgl. § 5 Abs. 3 PflVG). Der geplante Kontrahierungszwang zum Basistarif geht darüber hinaus, weil er einen Abschlusszwang zu extern vorgegebenen Bedingungen vorsieht.

2. Grundrechtliche Verankerung der Vertragsfreiheit

Grundrechtlich ist die Vertragsfreiheit dem Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) zuzuordnen, soweit sie nicht in einem Zusammenhang steht, der thematisch

⁶ Prütting/Wegen/Weinrich/Brinkmann, BGB, vor §§ 145ff Rn 13.

⁷ Scholz, Festschrift für v. Maydell, 2002, 633, 640.

⁸ Bamberger/Roth/Eckert, BGB, § 145 Rn 12.

zu einem der speziellen Freiheitsrechte gehört.⁹ Soweit der Vertragsschluss der beruflichen Tätigkeit einer Person zuzuordnen ist, unterfällt die Vertragsfreiheit also dem Schutzbereich der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Der Abschluss eines Krankenversicherungsvertrages ist auf Seiten des Versicherungsunternehmens mithin vorrangig dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zuzuordnen,¹⁰ auf Seiten des Versicherten dem des Art. 2 Abs. 1 GG. Soweit das Krankenversicherungsunternehmen als Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit organisiert ist und der Kontrahierungszwang auf Aufnahme gerichtet ist, ist der Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) betroffen. Das Recht der Vereinigungsfreiheit enthält auch das Recht der Vereinigung selbst bzw. der in ihr zusammengeschlossenen Mitglieder, über die Aufnahme anderer Personen autonom zu entscheiden (Aufnahmeautonomie).¹¹

Versicherungspflicht und Kontrahierungszwang sind Eingriffe in die Freiheitsrechte der Bürger bzw. der Versicherungsunternehmen und bedürfen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.¹² Schwieriger zu beurteilen ist, inwiefern ein Kontrahierungszwang Freiheitsrechte der übrigen Versicherten berührt. Im Fall des VVaG und einem Zwang zur Aufnahme als Mitglied liegt eine Ausgestaltung vor, die unmittelbar auch Rechte der Mitglieder des VVaG betrifft. Bei rein schuldrechtlich organisierten, also nicht mit einer Mitgliedschaft verbundenen Versicherungsverträgen sind die übrigen Vertragspartner hingegen nicht unmittelbar von einem Kontrahierungszwang zu Lasten des Versicherungsunternehmens betroffen. Da aber auch in einem schuldrechtlich organisierten Versicherungsvertrag, der mit einer Kapitalgesellschaft abgeschlossen wird, die Versicherten eine Solidargemeinschaft bilden und die erzwungene Aufnahme neuer Versicherter zu Kostenerhöhungen und damit Prämien erhöhungen führen kann, sind die Interessen der übrigen Versicherten in ähnlicher Weise betroffen wie bei einem VVaG. Im Ergebnis besteht damit kein Unterschied zwischen beiden Organisationsformen.

In jedem Fall ein Eingriff in die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit sind gesetzgeberische Vorgaben hinsichtlich des Inhalts des Versicherungsvertrages. Betroffen ist in diesem Fall die Vertragsinhaltsfreiheit beider Vertragspartner. Erst recht stellt eine gesetzgeberische Verpflichtung zur Änderung bestehender Vertragsverhältnisse einen Eingriff in die

⁹ *Cornils*, NJW 2001, 3758. Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 9.10.2000 – 1 BvR 1627/95. In der Rechtsprechung wird allerdings teilweise ausschließlich auf Art. 2 Abs. 1 GG zurückgegriffen.

¹⁰ Vgl. etwa *Neumann* in: Engelen-Kefer (Hrsg.), Reformoption Bürgerversicherung, S. 156, 168.

¹¹ *Maunz/Dürig/Scholz*, GG, Art. 9 Rn 98; von *Münch/Kunig/Löwer*, GG, Art. 5 Rn 35 (Aufnahme); *Schmidt-Bleibtreu/Klein/Kannengießner*, GG, Art. 9 Rn 11. Aus der Rspr. vgl. etwa BGH, NJW 1999, 1326.

¹² Die erzwungene Aufnahme von Bewerbern in eine Vereinigung (hier: VVaG) dürfte grundrechtsdogmatisch wohl nicht als Eingriff, sondern als Ausgestaltung des Grundrechts zu qualifizieren sein - vgl. zu dieser Unterscheidung und ihrer Problematik v. *Münch/Kunig/Löwer*, GG, Art. 9 Rn 24. Auch eine Ausgestaltung ist aber nicht schrankenlos zulässig, sondern muss insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen.

Vertragsfreiheit dar. Die noch im ersten Arbeitsentwurf geplante Umstellung bestehender Verträge auf den Basistarif wäre daher ein selbständiger rechtfertigungsbedürftiger Eingriff gewesen.¹³

Regelungen zu Kontrahierungszwang, Versicherungspflicht und Inhaltsbestimmung müssen sich weiterhin am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG messen lassen, nach dem wesentlich Gleiches gleich, wesentlich Ungleiches ungleich behandelt werden muss.

3. Möglichkeiten der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen in die Vertragsfreiheit

Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Vertragsfreiheit bedürfen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Die allgemeine Handlungsfreiheit steht unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung. Darunter sind alle Rechtsnormen zu verstehen, die sich formell und materiell mit dem Grundgesetz im Einklang befinden und insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.¹⁴ Verhältnismäßig ist ein Eingriff, wenn er einen legitimen Zweck verfolgt, zur Zweckerreichung geeignet und erforderlich ist und der Eingriff nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck steht. Bei Eingriffen in die Berufsfreiheit wird die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte sogenannte Drei-Stufen-Theorie konkretisiert.¹⁵ Danach ist zwischen reinen Berufsausübungsregeln, subjektiven Berufswahlbeschränkungen und objektiven Berufswahlbeschränkungen zu unterscheiden. Bei Eingriffen in die Vertragsfreiheit handelt es sich regelmäßig um eine reine Berufsausübungsregel. Berufsausübungsregeln können grundsätzlich durch jede vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls legitimiert werden.¹⁶

Auch Ausgestaltungen der bei einem VVaG einschlägigen Vereinigungsfreiheit dürfen nicht unverhältnismäßig sein. Die Prüfungsmaßstäbe dürften aber letztlich nicht von der Organisationsform des Versicherungsunternehmens abhängen. Theoretisch bedeutet die Organisationsform zwar für den Kunden einen Unterschied, da der Kontrahierungszwang bei einem VVaG zu einem unmittelbaren mitgliederschaftlichen Rechtsverhältnis zu dem Neukunden führt,¹⁷ während er bei einem schuldrechtlichen Versicherungsverhältnis in kein Rechtsverhältnis zu dem Neukunden tritt. Praktisch ist der Versicherungskunde jedoch in beiden Fällen Teil

¹³ Zu dieser speziellen Problematik, s.u. Abschnitt B IV.

¹⁴ St. Rspr., vgl. zur Versicherungspflicht bei der Pflegeversicherung BVerfGE 103, 197, 215.

¹⁵ St. Rspr., erstmals BVerfGE 7, 377, 405.

¹⁶ BVerfGE 70, 1, 28; 85, 248, 259; 103, 1, 10.

¹⁷ Allgemein zu den Sonderrechtsbeziehungen der Mitglieder eines Verbandes untereinander siehe *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 19 III.

einer Solidargemeinschaft, deren Struktur sich durch die erzwungene Aufnahme von Mitgliedern ändert. Da es auch im Übrigen für den Versicherungskunden regelmäßig ohne praktische Bedeutung ist, ob das Versicherungsverhältnis auf schuldrechtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Grundlage beruht,¹⁸ wäre es nicht gerechtfertigt, materiell unterschiedliche verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe anzulegen. Im Folgenden wird daher ausschließlich auf die Freiheitsrechte des Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG eingegangen. Die Ergebnisse sind auf Art. 9 Abs. 1 GG übertragbar.

Zu berücksichtigen ist, dass die vom Gesetzgeber erstrebte möglichst breite Versorgung der Bevölkerung mit einem angemessenen Schutz vor dem Lebensrisiko Krankheit auch eine verfassungsrechtliche Grundlage hat. Ansatzpunkt ist insbesondere das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG). Das Sozialstaatsprinzip enthält auch den Auftrag zur Schaffung sozialer Sicherungssysteme gegen die Wechselfälle des Lebens.¹⁹ Dabei ist allerdings zu beachten, dass aus dem Sozialstaatsprinzip keine verfassungsrechtliche Verpflichtung des Staates zur Inanspruchnahme privater Versicherungsunternehmen mittels eines Kontrahierungszwanges folgt; es verleiht aber Maßnahmen, die dem Ziel eines funktionsfähigen Risikovorsorgesystems dienen, eine besondere Bedeutung.

II. Beispiele für Kontrahierungszwang und Versicherungspflicht im Versicherungsrecht

Bevor die geplanten Regelungen einer eingehenden verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen werden, sollen zunächst bestehende Regelungen zu Kontrahierungszwang und Versicherungspflicht im Versicherungswesen und ihre eventuelle verfassungsrechtliche Beurteilung durch das Bundesverfassungsgericht kurz dargestellt werden. Im Anschluss sollen beispielhaft einige Regelungen außerhalb des Versicherungsrechts, die einen Kontrahierungszwang bei festgelegten Entgelten vorsehen, dargestellt werden und insbesondere der Frage der Kalkulation des Entgelts nachgegangen werden. Ziel der Untersuchung ist die Feststellung, inwieweit mit den geplanten Regelungen rechtliches Neuland betreten wird oder es sich um eine Modifikation und Fortführung bekannter Regelungssysteme handelt.

1. §§ 1, 5 PflVG (Kfz-Haftpflichtversicherung)

§ 1 PflVG verpflichtet den Halter eines Kraftfahrzeugs zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung zur Deckung von durch den Gebrauch des Fahrzeugs entstehenden

¹⁸ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 42 I 2.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 28, 324, 348; Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn 115.

Schäden. Die Versicherungspflicht besteht vor allem zugunsten der anderen Verkehrsteilnehmer, die im Falle eines Unfalls einen solventen Schuldner erhalten sollen.²⁰ Die Versicherungspflicht korrespondiert mit einem Kontrahierungszwang der Versicherungsunternehmen. § 5 Abs. 2 PflVG verpflichtet inländische Kfz-Haftpflichtversicherer, Kfz-Halter Versicherungsschutz zu gewähren. Der Kontrahierungszwang betrifft im Wesentlichen nur die Abschlussfreiheit, da die Kalkulation der Prämien weiterhin dem Prinzip der Risikoäquivalenz folgen kann (vgl. § 5 Abs. 3 PflVG: „... oder wegen einer nachweisbar höheren Gefahr ein vom allgemeinen Unternehmenstarif abweichendes schriftliches Angebot unterbreitet“). Einen „bezahlbaren“ Basistarif gibt es nicht. Wer sich die Haftpflichtversicherung nicht leisten kann, muss eben auf ein Kraftfahrzeug verzichten. Das Versicherungsunternehmen kann gemäß § 5 Abs. 4 PflVG den Vertragsschluss verweigern, wenn ein vorheriger Versicherungsvertrag mit dem Antragenden wegen bestimmter Pflichtverletzungen vom Versicherungsunternehmen beendet worden war. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Regelung ist, soweit ersichtlich, nicht angezweifelt worden. Dies ist nicht verwunderlich, da sie die Versicherungsunternehmen nicht stark belastet, weil der Kontrahierungszwang zwar eine Fremdbestimmung darstellt, das Ergebnis aber nicht wesentlich von dem abweichen dürfte, was sich auf einem freien Markt ohne Kontrahierungszwang ergeben würde.

2. § 105 VVG (Feuerversicherung – Hypothekeninteresseversicherung)

§ 105 VVG sieht unter bestimmten Umständen einen Kontrahierungszwang des Gebäudeversicherers zugunsten des Hypothekengläubigers vor. Vom Prinzip der risikoäquivalenten Prämienbemessung wird auch hier nicht abgewichen. Verfassungsrechtliche Probleme sind im Zusammenhang mit der Vorschrift soweit ersichtlich nicht aufgeworfen worden.

3. § 178d VVG (Krankenversicherung neugeborener oder adoptierter Kinder)

Einen begrenzten Kontrahierungszwang bezüglich einer privaten Krankenversicherung statuiert § 178d VVG. Neugeborene, bei denen wenigstens ein Elternteil privat krankenversichert ist, haben einen Anspruch auf Versicherung – und zwar ohne Risikozuschläge (Abs. 1). Eine Versicherungspflicht besteht – wie bislang allgemein in der privaten Krankenversicherung – nicht. Zugunsten minderjähriger Adoptivkinder gilt gemäß Abs. 2 eine ähnliche Regelung. Hier

²⁰ Vgl. § 3 PflVG, der dem Geschädigten einen Direktanspruch gegen das Versicherungsunternehmen gibt.

darf allerdings ein Risikozuschlag höchstens bis zur einfachen Prämienhöhe verlangt werden. Damit wird das Versicherungsunternehmen im Einzelfall zur Versicherung zu nicht risikoäquivalenten Prämien gezwungen. § 178d VVG ähnelt den geplanten Neuregelungen also insofern, als zum einen ein Kontrahierungszwang festgelegt wird, zum anderen eine individuelle Risikokalkulation ausgeschlossen bzw. beschränkt wird.

Die Vorschrift des § 178d VVG war entscheidungserheblich in einem Urteil des BGH vom 27.09.2000 (NJW 2001, 2802). In der Entscheidung ging es um die Frage, ob ein am Down-Syndrom leidendes Kind, das nach Adoption bei der privaten Krankenversicherung des Adoptivvaters versichert wurde, Anspruch auf Pfl egetagegeld hat, obwohl es schon vor Abschluss des Versicherungsvertrages schwer pflegebedürftig war. Der BGH entschied, dass die in § 178d Abs. 2 S. 1 VVG vorgenommene Gleichstellung der Adoption eines minderjährigen Kindes mit der Geburt eines leiblichen Kindes es verbiete, Versicherungsfälle, die im Zeitpunkt der Adoption bereits eingetreten sind, auch für die Zukunft von der Leistungspflicht auszuschließen. Der BGH erkannte zwar an, dass nach dem Grundgedanken des Versicherungsvertragsrechts nur ungewisse Risiken versicherbar seien, dem Gesetzgeber sei es aber nicht verwehrt, hiervon Ausnahmen zu machen. Dies sei durch die Regelung des § 178d Abs. 2 VVG geschehen. Grundrechtliche Probleme hat der BGH offenbar nicht gesehen.

4. § 110 SGB XI (Private Pflegepflichtversicherung)

§ 23 SGB XI verpflichtet privat Krankenversicherte zum Abschluss eines privaten Pflegeversicherungsvertrages. Dieser Versicherungspflicht korrespondiert ein Kontrahierungszwang. § 110 SGB XI verpflichtet private Krankenversicherungsunternehmen, die zum Betrieb der Pflegeversicherung befugt sind, mit versicherungspflichtigen Personen Pflegeversicherungsverträge abzuschließen. § 110 Abs. 1 Nr. 2 SGB XI enthält u.a. Regeln zur maximalen Höhe der Prämien, zur beitragsfreien Mitversicherung von Kindern und ein Verbot der Prämienstaffelung nach Geschlecht und Gesundheitszustand. Der Gesetzgeber hat damit sowohl einen Kontrahierungszwang als auch weitgehende Abweichungen vom Prinzip der individuellen risikoäquivalenten Prämienkalkulation normiert – freilich in der besonderen Situation eines Versicherungsunternehmens mit einem gesicherten Bestand an Versicherten, dessen Versicherungspflichten nur erweitert wurden.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in mehreren Entscheidungen ausführlich mit der Pflegeversicherung befasst. Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere die in BVerfGE 103, 197 veröffentlichte Entscheidung relevant. Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht von privaten Versicherungsunternehmen erhoben, sondern von einer der Versicherungspflicht unterliegenden Selbständigen, das Bundesverfassungsgericht hat die gesetzlichen Regelungen jedoch umfassend geprüft. Ein Schwerpunkt der Entscheidung lag bei der Frage der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Fraglich war, ob der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 zur Regelung des „privatrechtlichen Versicherungswesens“ gegeben war. Das Bundesverfassungsgericht bejahte dies. Der Kontrahierungszwang stehe der Zuordnung zum privaten Versicherungswesen ebenso wenig entgegen wie die Versicherungspflicht. Auch die vom Prinzip der Risikoäquivalenz teilweise erheblich abweichende zwingende Prämiengestaltung wurde noch für unschädlich gehalten. Auch materiell hat das Bundesverfassungsgericht die private Pflegepflichtversicherung für verfassungsmäßig gehalten, wobei die Argumentation sich allerdings aufgrund der prozessualen Lage eher auf die versicherungspflichtigen Bürger und nicht die dem Kontrahierungszwang unterliegenden Versicherungsunternehmen bezog.

5. § 257 Abs. 2a SGB V (Standardtarif in der Krankenversicherung)

Kein rechtlicher, wohl aber ein faktischer Zwang zum Angebot eines brancheneinheitlichen Standardtarifs geht vom bislang geltenden § 257 Abs. 2a SGB V aus.²¹ Ein privat krankenversicherter Arbeitnehmer erhält vom Arbeitgeber demnach nur dann einen Beitragszuschuss, wenn das betreffende Versicherungsunternehmen sich verpflichtet, den in § 257 Abs. 2a Nr. 2, 2a, 2b, 2c SGB V aufgeführten Personengruppen einen Standardtarif anzubieten, dessen Leistungen denen der gesetzlichen Krankenversicherung entspricht und dessen Beitrag den durchschnittlichen Höchstbetrag der gesetzlichen Krankenversicherung nicht übersteigt. Eine verfassungsrechtliche Überprüfung dieser Vorschrift hat in der Rechtsprechung nicht stattgefunden – auch deswegen, weil sie ausdrücklich von den privaten Krankenversicherern dem Gesetzgeber als Regelungsweg angeboten wurde.

6. § 178f VVG (Tarifwechselrecht innerhalb eines privaten Krankenversicherungsunternehmens)

²¹ Der Standardtarif soll im Zuge der Reform durch den allgemein geltenden Basistarif ersetzt werden.

Gemäß § 178f VVG kann der Versicherte innerhalb eines Versicherungsunternehmens unter Anrechnung der aus dem Vertrag erworbenen Rechte und der Altersrückstellung in einen anderen Tarif mit gleichartigem Versicherungsschutz wechseln. Es besteht ein Kontrahierungszwang des Versicherungsunternehmens. Risikozuschläge oder ein Leistungsausschluss können nur verlangt werden, soweit die Leistungen des neuen Tarifs höher oder umfassender sind.

7. Sonstige Versicherungspflichten

Eine Pflicht zur Versicherung wird in einer erheblichen Anzahl gesetzlicher Vorschriften normiert.²² Hier geht es vor allem um obligatorische Haftpflichtversicherungen bei der Ausübung bestimmter Berufe oder Tätigkeiten, welche fremde Rechtsgüter oder Vermögensinteressen gefährden.²³ Anders als in der Kfz-Haftpflichtversicherung hat der Gesetzgeber in den übrigen Fällen obligatorischer Versicherungen keinen Kontrahierungszwang normiert.²⁴ Versicherungspflichten können sich weiterhin als Nebenpflichten aus Vertragsverhältnissen oder aus sonstigen Obhuts- und Fürsorgepflichten ergeben.

8. Kontrahierungszwang zu regulierten Preisen außerhalb des Versicherungsrechts

Außerhalb des Versicherungsrechts legt die Rechtsordnung bei Leistungen, die von besonderer Relevanz für das Gemeinwesen sind, verschiedentlich einen Kontrahierungszwang fest und reguliert gleichzeitig die Preisgestaltung. Beispielsweise besteht nach § 22 PBefG eine Beförderungspflicht von Beförderungsunternehmern. Gleichzeitig bedürfen die Beförderungsentgelte der behördlichen Genehmigung (§ 39 Abs. 1 PBefG) oder können sogar staatlich festgesetzt werden (§ 51 Abs. 1 PBefG – Taxenverkehr). Maßstab für das Entgelt ist gemäß § 39 Abs. 2 PBefG insbesondere die wirtschaftliche Lage des Unternehmens und eine ausreichende Verzinsung und Tilgung des Anlagekapitals. Gemäß § 45a PBefG besteht eine Ausgleichspflicht des Staates, soweit für die Beförderung von Personen mit Zeitfahrausweisen des Ausbildungsverkehrs kein kostendeckendes Entgelt erhoben werden konnte. Für sozial motivierte Vergünstigungen kommt damit insoweit der Staat auf.

²² Vgl. die Übersicht bei Prölls/Martin, VVG, 27. Aufl., Vorb. IV.

²³ Weyers/Wandt, Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl., Rn 190.

²⁴ Es gelten aber die allgemeinen bürgerlichrechtlichen Regeln zum Kontrahierungszwang.

9. Ergebnis

Das geltende Recht kennt schon eine Vielzahl von Versicherungspflichten. Dabei handelt es sich aber in aller Regel um die Pflicht zur Absicherung einer spezifischen aus einer bestimmten Tätigkeit erwachsenden Gefahr. Eine Verpflichtung zur Absicherung allgemeiner Lebensrisiken wie dem Risiko Krankheit existiert außerhalb des Sozialversicherungsrechts nur bei der privaten Pflegepflichtversicherung.

Kontrahierungszwang bei gleichzeitiger Entgeltregulierung ist der Rechtsordnung in sozial besonders bedeutsamen Sachgebieten nicht fremd. Auch das Versicherungsrecht enthält schon jetzt derartige Vorschriften, deren Verfassungsmäßigkeit bislang freilich keiner umfassenden Prüfung unterzogen wurde. Dem geplanten Basistarif kommt strukturell die private Pflegepflichtversicherung am nächsten. Bei ihr, wie auch bei Verträgen nach § 178d VVG, kann es dazu kommen, dass das Versicherungsunternehmen zu Verträgen gezwungen wird, die keine risikoäquivalente Gegenleistung des Versicherten enthalten, oder bei denen das Versicherungsunternehmen sogar mit Sicherheit weiß, dass der Vertrag für das Versicherungsunternehmen ein Verlustgeschäft sein wird. Der geplante Kontrahierungszwang bei einem Unternehmenswechsel kann strukturell am ehesten mit dem Kontrahierungszwang nach § 178f VVG verglichen werden.

Insgesamt sind die geplanten Regelungen am ehesten mit der privaten Pflegepflichtversicherung zu vergleichen, so dass für die verfassungsrechtliche Prüfung insbesondere die vom Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen zur privaten Pflegepflichtversicherung aufgestellten Maßstäbe heranzuziehen sind.

III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Regelungen (Neugeschäft)

Im Folgenden soll zunächst die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Regelungen in Bezug auf das Neugeschäft erörtert werden. Die besonderen Probleme im Zusammenhang mit der Umstellung bestehender Verträge werden - da in der aktuellen Diskussion hier zurzeit nur vage Vorstellungen herrschen – nur kurz gestreift.²⁵

²⁵ S. Abschn. B IV.

Wie oben dargestellt bedürfen die geplanten Regelungen als Grundrechtseingriff der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung durch ein formell und materiell verfassungsgemäßes Gesetz. Im Folgenden soll zunächst die Gesamtheit der geplanten Regelungen zum Basistarif in der privaten Krankenversicherung daraufhin überprüft werden, ob der Bundesgesetzgeber hierfür die Gesetzgebungskompetenz besitzt. Mangelt es hieran, wäre ein entsprechendes Gesetz formell verfassungswidrig. Im Anschluss sollen die einzelnen Teilregelungen auf ihre materielle Vereinbarkeit mit den Grundrechten der Betroffenen hin überprüft werden.

1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

In Betracht kommen die Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 12 GG. Sowohl der Terminus des „privatrechtlichen Versicherungswesens“ (Nr. 11) als auch der der „Sozialversicherung“ sind typologisch zu verstehen.²⁶ Entscheidend ist somit nicht die Erfüllung einer Reihe von Tatbestandsmerkmalen, sondern die Verbindung der Merkmale zu einem Gesamtbild.²⁷

a) Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

Der Kompetenztitel für das privatrechtliche Versicherungswesen kann nicht allein deshalb bejaht werden, weil Adressaten der Regelung privatrechtlich organisierte Versicherungsunternehmen sind. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Ausführlichkeit, mit der das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur privaten Pflegepflichtversicherung die Frage der Gesetzgebungskompetenz behandelt hat, obwohl die private Pflegepflichtversicherung organisatorisch dem privaten Versicherungswesen zugeordnet ist.²⁸ Der Kompetenztitel setzt vielmehr voraus, dass die Regelung inhaltlich den Strukturmerkmalen des privaten Versicherungswesens entspricht.²⁹ Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu aus:

„Jedenfalls kann sich der Bundesgesetzgeber auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen, wenn sich seine Regelungen auf Versicherungsunternehmen beziehen, die in Wettbewerb mit anderen durch privatrechtliche Verträge Risiken versichern, die Prämien grundsätzlich am individuellen Risiko und nicht am

²⁶ Vgl. *Isensee*, Festschrift für Gitter, S. 401, 410.

²⁷ *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., Rn 147.

²⁸ BVerfGE 103, 197.

²⁹ So auch deutlich *Isensee*, Festschrift für Gitter, S. 401, 410, im Hinblick auf die private Pflegepflichtversicherung: „...[D]ie privatrechtliche Form allein reicht nicht aus, um die private Pflegeversicherung kompetenziell abzustützen. Auch das ‚privatrechtliche Versicherungswesen‘ folgt einem kompetenzrechtlichen Leitbild, dem der Individualversicherung als Gegentypus zur Sozialversicherung.“

Erwerbseinkommen des Versicherungsnehmers orientieren und die vertraglich zugesagten Leistungen im Versicherungsfall aufgrund eines kapitalgedeckten Finanzierungssystems erbringen (vgl. auch BVerfGE 76, 256 [300 ff.]). Ebenso wie die Kompetenz "Sozialversicherung" in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (vgl. BVerfGE 75, 108 [146]) ist auch die Kompetenznorm "privatrechtliches Versicherungswesen" Entwicklungen nicht von vornherein verschlossen. Der Gesetzgeber des Bundes kann sich deshalb auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auch dann berufen, wenn er für einen von ihm neu geschaffenen Typ von privatrechtlicher Versicherung Regelungen des sozialen Ausgleichs vorsieht und insbesondere während einer Übergangszeit die das privatwirtschaftliche Versicherungswesen prägenden Merkmale nur begrenzt wirken lässt.³⁰

Das Bundesverfassungsgericht umreißt damit in knappen Worten den Typus der Privatversicherung und beschreibt das Ausmaß, in dem von dessen typischen Elementen abgewichen werden kann. Die geplanten Regelungen behalten die Formen des Privatrechts bei, indem das Versicherungsverhältnis durch Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages begründet wird. Inhaltlich weichen die Regelungen aber nicht unerheblich vom typischen und herkömmlichen Bild des privatrechtlichen Versicherungsvertrages ab.

aa) Versicherungspflicht

Im privatrechtlichen Versicherungswesen als Teil des Privatrechts herrscht grundsätzlich Privatautonomie und damit Vertragsabschlussfreiheit. Die geplante Krankenversicherungspflicht weicht von diesem Bild ab. Das Bundesverfassungsgericht weist zwar in seiner Entscheidung zur Pflegeversicherung zutreffend darauf hin, dass Versicherungspflichten dem Recht keinesfalls fremd sind,³¹ so dass allein das Bestehen einer Versicherungspflicht die Zugehörigkeit zum privaten Versicherungswesen wohl nicht hindern wird. Es bleibt aber dabei, dass die Versicherungspflicht ein Element ist, das nicht idealtypisch zum privaten Versicherungswesen gehört. Dies gilt insbesondere insofern, als die herkömmlichen Versicherungspflichten außerhalb des Sozialversicherungsrechts in aller Regel nicht der Absicherung allgemeiner Lebensrisiken galten. Eine derartige Versicherungspflicht wurde erstmals durch die private Pflegepflichtversicherung geschaffen, die aber ihrerseits nur schwer mit dem Typus der Privatversicherung zu vereinbaren ist, selbst wenn das Bundesverfassungsgericht die Frage letztlich bejaht hat.

bb) Kontrahierungszwang zur Aufnahme in den Basistarif

³⁰ BVerfGE 103, 197, 216f (Hervorhebung durch den Verfasser).

³¹ BVerfGE 103, 197, 218, insbesondere unter Hinweis auf die etablierte Regelung des § 1 PflVG.

Entsprechendes gilt für den Kontrahierungszwang. Mit dem Bundesverfassungsgericht dürfte aber auch insoweit davon auszugehen sein, dass allein das Bestehen eines Kontrahierungszwangs die Inanspruchnahme des Kompetenztitels des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nicht ausschließt, da eine solche Regelung dem privaten Versicherungswesen wie auch der Privatwirtschaft insgesamt nicht fremd ist.³²

cc) Kontrahierungszwang beim Wechsel

Wie der in den Eckpunkten vorgesehene Kontrahierungszwang beim Wechsel zu einem anderen Versicherungsunternehmen genau ausgestaltet sein wird, ist noch nicht ganz klar. Auch insoweit dürfte aber gelten, dass ein Kontrahierungszwang den privatversicherungsrechtlichen Charakter der Krankenversicherung nicht ausschließt.

dd) Kein Leistungsausschluss

Problematischer ist schon die Tatsache, dass der Basistarif keine Leistungsausschlüsse enthalten darf. Sofern hiermit lediglich die Vereinbarung eines Leistungsausschlusses für zukünftige Versicherungsfälle gemeint ist, dürfte die Regelung unproblematisch sein. Dass die Versicherung für Versicherungsfälle, die nach Beginn des Versicherungsvertrags eintreten, einsteht, gehört zu den typischen Merkmalen des Versicherungsvertrages. Eine gesetzliche Regelung, die eine vertraglich vereinbarte Ausnahme hiervon nicht zulässt, widerspricht nicht dem Wesen einer privaten Versicherung. Sollte damit allerdings auch gemeint sein, dass die Versicherung für Krankheitskosten aufkommen muss, die auf einer Krankheit beruht, die schon vor Abschluss des Versicherungsvertrages behandelt wurde, also entgegen § 2 Abs. 1 S. 2 MB/KK für schon eingetretene Versicherungsfälle, stünde dies in einem Widerspruch zu allgemeinen Grundsätzen des privaten Versicherungswesens. Versichert wird nur ein Risiko, nicht ein gewisses Ereignis. Eine Krankheit, die schon behandelt wird und in Zukunft weiteren Behandlungsaufwand erfordert, ist aber ein gewisses Ereignis und damit grundsätzlich nicht vom Versicherungsschutz erfasst. Bei der gesetzlichen Krankenversicherung ist dies anders. Da mit dem Basistarif eine partielle Gleichstellung von gesetzlicher und privater Krankenversicherung bezweckt ist, dürfte das Verbot des Leistungsausschlusses beim Basistarif sich auch auf bestehende Versicherungsfälle erstrecken, wie es auch bei der privaten Pflegepflichtversicherung der Fall war. Das Bundesverfassungsgericht hat den hierin liegenden wesentlichen Unterschied zum

³² BVerfGE 103, 197, 218 wiederum unter Hinweis auf das PflVG.

allgemeinen Versicherungsvertragsrecht zwar erkannt, sah die gesetzgeberische Lösung aber jedenfalls als Übergangsregelung von der Kompetenz erfasst.³³ Beim geplanten Basistarif soll es sich allerdings gerade nicht um eine Übergangslösung handeln, sondern um eine dauerhafte Regelung. Die Abweichung vom Leitbild der privaten Krankenversicherung ist umso stärker.

ee) Festgelegter Leistungsumfang

Der Basistarif soll nach dem geplanten § 257 Abs. 2a Nr. 2 SGB V den Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung haben. Gleichzeitig soll jeder Nichtversicherte zum Abschluss eines Versicherungsvertrages zum Basistarif verpflichtet werden. Wer sich also zukünftig privat krankenversichern will, muss einen Vertrag abschließen, der mindestens den Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung umfasst. Weder wird es möglich sein, auf eine Krankenversicherung ganz zu verzichten, noch einen partiellen Versicherungsschutz unterhalb des Leistungsniveaus der gesetzlichen Krankenversicherung abzuschließen.

Diese aus der Versicherungspflicht folgende Beschränkung der individuellen Freiheit, über das Ob und den Inhalt der Krankheitsvorsorge zu entscheiden, ist erstmals im zweiten Arbeitsentwurf enthalten. Im ersten Entwurf hieß es noch – allerdings ohne nähere Konkretisierung - , auch zukünftig solle ein nur partieller Vollversicherungsschutz möglich sein, da keine Versicherungspflicht bestehe (vgl. S. 12, 16, 19 Entwurf I; siehe auch S. 20 „andere Vollversicherte“). Ein solcher partieller Vollversicherungsschutz hätte sich aber in das vom Gesetzgeber verfolgte Gesamtkonzept nicht eingepasst. Dem Gesamtkonzept würde es sicherlich nicht entsprechen, wenn es möglich wäre, Tarife anzubieten, deren Leistungsniveau geringfügig unter dem der gesetzlichen Krankenversicherung liegen und diese nicht als Basistarif zu qualifizieren. Hierdurch könnte es zu einer „Flucht aus dem Basistarif“ kommen, die die gesetzgeberischen Ziele unterlaufen würde. Dass eine Umgehung des Basistarifs schon nach dem im ersten Entwurf verfolgten Regelungskonzept letztlich nicht möglich sein sollte, ergibt sich aus den Äußerungen im Entwurf I zur Aufteilung bestehender Versicherungen. Auf S. 23 heißt es: *„Sowohl die Einführung der Portabilität als auch die für eine Aufspaltung des Versicherungsschutzes nötige evtl. Hinzuversicherung von Basistarifleistungen führen im Bestand zu teilweise erheblichen Prämien erhöhungen. ... Aus Gründen des Vertrauensschutzes wird diese Aufteilung nicht vorgenommen, soweit aufgrund hoher Selbstbehalte oder nicht versicherter Leistungsbereiche vor Aufteilung eine so wesentliche Erweiterung des Versicherungsschutzes nötig ist, dass sich Prämien erhöhungen von 50 vom Hundert oder mehr ergeben.“*³⁴ Hieraus ergibt sich klar, dass die Rede vom, „partiellen Vollversicherungsschutz“ schon im ersten Entwurf wenig Sinn ergab. Wer sich umfassend vor dem – ohne Versicherungsschutz möglicherweise ruinösem – Lebensrisiko Krankheit absichern will, konnte dies auch nach dem ersten Entwurf nur noch zu den Mindestbedingungen des Basistarifs tun. Es wird gerade daher – nach dem

³³ BVerfGE 103, 197, 219.

³⁴ Hervorhebung durch den Verfasser.

Stand des zweiten Arbeitsentwurfs – weitergehend noch als bei der Pflegeversicherung eine Versicherungspflicht geben und zudem einen gesetzlichen Typenzwang in Form eines Mindestleistungskatalogs.

Die für die private Krankenversicherung bislang typische Gestaltungsfreiheit wird also erheblich beschränkt. Bislang gab es die Möglichkeit eines maßgeschneiderten privaten Versicherungsschutzes, in dem einzelne Leistungen, die man für sich persönlich für unnötig hielt, nicht versichert wurden und dafür niedrigere Prämien zu zahlen waren. Eben dies war ein wesentliches Kennzeichen der privaten Krankenversicherung und hiermit konnte sie erfolgreich werden. Dies wird in Zukunft unmöglich sein, soweit die Leistung vom Katalog der gesetzlichen Krankenkassen umfasst ist. Beispiele hierfür sind etwa Kuren, künstliche Befruchtung oder die Haushaltshilfe nach § 38 SGB V. Ebenso wenig möglich erscheint auch die Vereinbarung eines Selbstbehalts, der über die gesetzlich vorgesehene Summe hinausgeht.

Die strenge Typisierung, in der privatautonome Gestaltungsfreiheit auf den Abschluss von Zusatzversicherungen beschränkt ist, widerspricht grundsätzlich dem Charakter der Privatversicherung. Das Bundesverfassungsgericht war zwar in seiner Entscheidung zur Pflegepflichtversicherung unter Hinweis auf die Mindestversicherungssummen in der Kfz-Haftpflichtversicherung der Meinung, die Festlegung eines (Mindest-) Leistungsumfangs stehe der Einordnung in das private Versicherungswesen nicht entgegen.³⁵ Zu beachten ist aber, dass sich sowohl die Pflegepflichtversicherung als auch die Kfz-Haftpflichtversicherung wesentlich von den hier in Rede stehenden Plänen unterscheiden. Die Mindestsummen der Kfz-Haftpflichtversicherung bestehen – wie der gesamte Kontrahierungszwang in diesem Versicherungszweig - vor allem im Interesse der Geschädigten, die einen solventen Schuldner erhalten sollen. Die Pflegepflichtversicherung ist keine Vollversicherung gegen das Pflegerisiko, da sie auf bestimmte Sätze beschränkt ist. Soll die Pflegepflichtversicherung ihren Sinn nicht verlieren, besteht kein nennenswerter Spielraum für eine individuelle Gestaltung des Schutzes unterhalb des gesetzlich vorgesehenen. Die gesetzliche Krankenversicherung, auf deren Leistungsumfang die private Krankenversicherung festgelegt werden soll, ist hingegen als umfassende Versicherung ausgestaltet. Gerade diese Ausgestaltung birgt aber Potenzial für Gestaltungsfreiheit: Man kann der Meinung sein, psychotherapeutische Behandlung müsse zum Leistungsumfang dazugehören, genauso gut kann man aber auch gegenteiliger Auffassung sein, ohne dass dies den Zweck des Schutzes vor einem elementaren Risiko beeinträchtigen würde. In der gesetzlichen Krankenkasse muss die Entscheidung heteronom durch gesetzliche Anordnung

³⁵ BVerfGE 103, 197, 218f.

getroffen werden. In der privaten Krankenversicherung ist dies gerade nicht notwendig. Während sich also bei der Kfz-Haftpflicht- und der Pflegepflichtversicherung die Festlegung eines Mindestschutzes gewissermaßen aus dem Wesen der Versicherung selbst rechtfertigen lässt, ist dies bei der privaten Krankenversicherung nicht der Fall. Die geplante Festlegung eines Mindestleistungsumfangs stellt damit eine wesentlich schwerwiegendere Abweichung vom Charakter des privatrechtlichen Versicherungswesens dar.

ff) Verzicht auf individuelle Risikozuschläge

Hervorstechendes Merkmal des Basistarifs ist neben der Festlegung des Leistungsumfangs auf den der gesetzlichen Krankenversicherung die Beschränkung der individualisierten Risikoäquivalenz der Prämienkalkulation im Basistarif dadurch, dass im Basistarif keine Risikozuschläge vereinbart werden dürfen. Das Bundesverfassungsgericht sieht die Orientierung der Prämien am individuellen Risiko als ein wesentliches Merkmal des privatrechtlichen Versicherungsvertrages an.³⁶ Es betont dabei insbesondere den Gegensatz zur einkommensabhängigen Beitragsbemessung in der gesetzlichen Krankenversicherung.

Hinsichtlich des Basistarifs ist zunächst festzuhalten, dass eine einkommensabhängige Prämienbemessung nicht vorgesehen ist. Weiterhin lässt sich aus den Eckpunkten und dem Arbeitsentwurf schließen, dass das Eintrittsalter als wesentlicher Risikofaktor auch zukünftig die Prämienhöhe beeinflussen wird. Auch das Geschlecht soll nach dem Arbeitsentwurf als weiterer Risikofaktor zu berücksichtigen sein. Zu einer Vereinheitlichung der Prämien wird es also nicht kommen. Bei der privaten Pflegepflichtversicherung hat das Bundesverfassungsgericht diesem Gesichtspunkt maßgebliche Bedeutung beigemessen:

„Die in § 110 Abs. 1 und 3 SGB XI vorgesehene Begrenzung der Prämien und die dort ausgesprochenen Verbote, bestimmte risikorerhöhende Umstände bei der Prämiengestaltung zu berücksichtigen, haben keine Nivellierung der Prämien zur Folge. Die Prämien sind - der Situation in der privaten Krankenversicherung darin nicht unähnlich - deutlich nach Lebensjahren aufgefächert. Das auf statistischer Grundlage zu ermittelnde individuelle und vom Lebensalter abhängige Risiko, pflegebedürftig zu werden, und die sich daran orientierende versicherungsmathematische Berechnung der Prämien bestimmen die gesamte Tarifgestaltung so maßgeblich, dass die private Pflege-Pflichtversicherung trotz der Umlageanteile ihren Charakter als Individualversicherung nicht verliert.“³⁷

³⁶ BVerfGE 103, 197, 216.

³⁷ BVerfGE 103, 197, 220.

Die Abweichung vom Prinzip der Risikoäquivalenz beschränkt sich also darauf, dass im Basistarif auf eine Berücksichtigung des auf Grundlage einer Gesundheitsuntersuchung zu ermittelnden individuellen Krankheitsrisikos verzichtet werden muss. Dies führt zu einer Nivellierung der Prämien von Personen mit hohem und solchen mit niedrigem Krankheitsrisiko. Personen mit niedrigem Krankheitsrisiko wird also tendenziell die Möglichkeit genommen, von diesem Vorteil finanziell in Form niedrigerer Prämien zu profitieren, während Personen mit hohem Risiko die Last ihrer individuellen Krankheitsanfälligkeit in finanzieller Hinsicht erleichtert wird.³⁸ Die Prämienkalkulation des Basistarifs zwingt also zu einer Solidarität zwischen Personen mit hohem und solchen mit niedrigem Krankheitsrisiko nicht nur im weiteren Verlauf des Versicherungsverhältnisses, sondern bereits bei Eintritt in den Versicherungsvertrag.

Ob das Verbot von Risikozuschlägen mit dem Wesen der Privatversicherung schlechterdings unvereinbar ist, so dass bereits aus diesem Grunde die angestrebte Reform der privaten Krankenversicherung nicht kompetenzgemäß normiert werden könnte, erscheint allerdings zweifelhaft.³⁹ Im Ergebnis dürfte man dazu kommen, dass das Verbot zwar eine beachtliche Abweichung vom Typus darstellt, es aber jedenfalls bei einer isolierten Betrachtung nicht schlechthin die Zugehörigkeit zum Typus der Privatversicherung hindern dürfte.

Zu berücksichtigen ist, dass nicht nur die gesetzliche, sondern auch die herkömmliche private Krankenversicherung einen Solidaraspekt enthält. Solidarität vollzieht sich in der privaten Krankenversicherung zwischen denjenigen, bei denen sich das Krankheitsrisiko realisiert hat und die daher Anspruch auf Kostenerstattung durch die Versichertengemeinschaft haben, und denjenigen, bei denen sich das Risiko nicht realisiert hat, für die sich die Versicherung finanziell im Nachhinein also nicht gelohnt hat. Die private Krankenversicherung ist insoweit schon jetzt eine Solidargemeinschaft. Der geplante Basistarif erweitert den Solidaritätsaspekt in der privaten Krankenversicherung um die Solidarität zwischen Menschen mit hohem und solchen mit niedrigem Krankheitsrisiko. Und selbst dieser Solidaritätsaspekt ist der privaten Krankenversicherung schon jetzt nicht vollkommen fremd: Der Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts des Versicherungsunternehmens nach § 178i VVG führt dazu, dass schlechte Risiken nicht aus der Solidargemeinschaft ausgeschlossen werden können. Die Versichertengemeinschaft wird also zur *Fortsetzung* der Solidarität gezwungen, selbst wenn feststeht, dass die Gegenleistung – gemessen am Maßstab der individuellen Risikoäquivalenz – nicht in einem angemessenen Verhältnis hierzu steht. Der Basistarif erweitert dies auf die *erstmalige Gewährung* von Solidarität. Für sich betrachtet dürfte daher der Verzicht auf individuell risikoäquivalente Prämien nicht die Zugehörigkeit der Regelung zum privatrechtlichen Versicherungswesen hindern.

³⁸ Die nivellierende Wirkung des Verzichts auf individuelle Risikozuschläge wird allerdings durch den Selbstbehalt abgeschwächt.

³⁹ In diese Richtung aber etwa *Leube*, NZS 2003, 449, 453.

gg) Unterstützung von sozial Bedürftigen

Eine weitere Abweichung von der herkömmlichen Ausgestaltung des privatrechtlichen Versicherungswesens ist die Unterstützung von Personen, die sich – vereinfacht gesprochen – die Prämien nicht leisten können, im Rahmen des Spitzenausgleichs. Da die hierfür benötigten Mittel in die Kalkulation aller substitutiven Tarife einfließen (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 KalV in der Fassung des Arbeitsentwurfs) fällt der Spitzenausgleich der Solidargemeinschaft zur Last.

Die Solidarität mit Einkommensschwächeren liegt der privaten Krankenversicherung sicherlich ferner als die Solidarität zwischen Personen mit unterschiedlichem Krankheitsrisiko. Anders als die gesetzliche Krankenversicherung, für die diese Form der Solidarität aufgrund der Einkommensabhängigkeit der Beiträge geradezu typisch ist, vereint die private Krankenversicherung ja gerade diejenigen Personen, bei denen der Gesetzgeber nicht von einer allgemeinen sozialen Schutzbedürftigkeit ausgeht. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur privaten Pflegepflichtversicherung sogar die beitragsfreie Mitversicherung von Kindern und – jedenfalls für eine Übergangszeit - die Begrenzung der Prämienhöhe auf den Höchstbetrag der gesetzlichen Versicherung nicht beanstandet.⁴⁰ Isoliert betrachtet dürfte daher ein Zwang zur Solidarität mit Einkommensschwächeren im Rahmen des Spitzenausgleichs unschädlich sein, jedenfalls solange er nicht zum prägenden Element der privaten Krankenversicherung wird.

hh) Vereinheitlichung der Branche

Wenn das Bundesverfassungsgericht ausführt, der Bundesgesetzgeber könne sich jedenfalls auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen, „*wenn sich seine Regelungen auf Versicherungsunternehmen beziehen, die in Wettbewerb mit anderen durch privatrechtliche Verträge Risiken versichern, ...*“, sieht es den Wettbewerb verschiedener privater Versicherungsunternehmen am Markt offenbar als Wesensmerkmal des privatrechtlichen Versicherungswesens an. Problematisch erscheint insofern zum einen, dass der Basistarif weitgehend brancheneinheitlich gestaltet werden soll, zum anderen, dass die Versicherungsunternehmen sich nach dem geplanten § 12g VAG an einem System zum Ausgleich der Versicherungsrisiken im Basistarif beteiligen müssen. Andererseits ist der Basistarif nur auf der Leistungsseite zwangsläufig einheitlich. Die Kalkulation der Prämien soll zwar ebenfalls weitgehend einheitlich erfolgen, ausgenommen sind aber die Kosten für den

⁴⁰ BVerfGE 103, 197, 219f.

Versicherungsbetrieb (geplanter § 12 Abs. 4b VAG), so dass hier Spielraum für Wettbewerb besteht. Von der Vereinheitlichung ist weiterhin der gesamte Bereich der Zusatzversicherungen ausgenommen.

Ein Ausgleichssystem widerspricht bereits auf den ersten Blick eklatant dem Wettbewerbsgedanken. Zwangssolidarität und Gewinnstreben, das ja Voraussetzung für Wettbewerb ist, sind gegenläufige Prinzipien. Der geplante Risikoausgleich stellt somit eine erhebliche Abweichung vom Typus der Privatversicherung dar.

ii) Ergebnis

Betrachtet man die private Krankenversicherung in ihrer herkömmlichen Gestalt und vergleicht sie mit der geplanten Gestalt, wird deutlich, dass die private Krankenversicherung in ihrer neuen Gestalt im Bereich des substitutiven Versicherungsschutzes grundlegend vom Typus der privatrechtlichen Versicherung abweicht. Zwar verbleiben auch bei Einführung eines Basistarifs mit Kontrahierungszwang gewichtige Unterschiede zur Sozialversicherung. Insbesondere soll weder die Prämie einkommensabhängig gestaltet werden, noch ist eine kostenfreie Mitversicherung von Familienangehörigen geplant. Ansonsten bleibt aber vom Charakter des privatrechtlichen Versicherungswesens wenig übrig: Privatautonome Freiheit bei der Gestaltung der Leistungen wird im Basistarif abgeschafft. Die Versicherungsunternehmen werden gezwungen, jeden Interessenten unabhängig von seinem persönlichen Risiko zu standardisierten Prämien versichern. Um zu verhindern, dass diese Beschränkungen der Unternehmerfreiheit der Versicherungsunternehmen zur Funktionsunfähigkeit der privaten Krankenversicherungen führt, sieht sich der Gesetzgeber gezwungen, alle Unternehmen zu einem Zwangsverbund in Form des Risikoausgleichs zusammenzuschließen. Die oben genannten Änderungen mögen jede für sich isoliert betrachtet den Charakter der privaten Krankenversicherung nicht entscheidend verändern. *In der Summe führen die geplanten Maßnahmen jedoch dazu, dass der privaten Krankenversicherung in solch erheblichem Umfang die Maßstäbe der gesetzlichen Krankenversicherung aufgezwungen werden, dass sie nicht mehr dem Typus der Privatversicherung entspricht.* Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist zwar, wie das Bundesverfassungsgericht sagt, Entwicklungen nicht von vornherein verschlossen.⁴¹ Wenn der Gesetzgeber aber wesentliche Merkmale des privatrechtlichen Versicherungswesens dauerhaft – und nicht nur für eine Übergangszeit und auf einen untergeordneten Bereich

⁴¹ BVerfGE 103, 197, 217.

begrenzt, wie es bei einigen Regelungen der privaten Pflegepflichtversicherung der Fall war – außer Kraft setzen will, überschreitet er die kompetenzrechtlichen Grenzen des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.

b) Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG

Fraglich ist, ob der Kompetenztitel für die Sozialversicherung eingreift. Dies ist nicht allein deshalb der Fall, weil es sich, wie oben dargelegt, bei der geplanten Reform nicht um eine Regelung des privatrechtlichen Versicherungswesens handelt. Die beiden Kompetenztitel greifen nicht in der Weise nahtlos ineinander über, dass alles, was nicht Privatversicherung ist, Sozialversicherung ist, oder umgekehrt.⁴² Vielmehr ist die Kompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG nur dann gegeben, wenn die private Krankenversicherung in ihrer geplanten Gestalt dem Typus der Sozialversicherung zuzuordnen ist. Dagegen spricht allerdings schon die Beibehaltung der privatrechtliche Organisationsform.⁴³ Die Sozialversicherung in ihrer herkömmlichen Gestalt wird durch Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts in öffentlich-rechtlicher Form organisiert.⁴⁴ Schon dieses Merkmal ist derart prägend, dass sein Fehlen die Einordnung als Sozialversicherung hindert.⁴⁵ Die in der Literatur zum Teil vertretene Auffassung,⁴⁶ das Strukturelement der öffentlich-rechtlichen Organisation sei nicht zwingend, solange insgesamt der Typus der Sozialversicherung gewahrt bleibe, ist abzulehnen. Auch hiernach käme eine Einordnung als Sozialversicherung nur in Betracht, wenn die Regelungen inhaltlich so stark der Sozialversicherung entsprächen, dass das Fehlen der öffentlich-rechtlichen Organisation überwunden werden könnte.⁴⁷ Dies ist jedoch trotz der Annäherung der privaten an die gesetzliche Krankenversicherung nicht der Fall, da sich die private Krankenversicherung etwa durch eine Prämienbemessung, die sich grundsätzlich nicht am Einkommen orientiert, unterscheidet. Der Kompetenztitel für die Sozialversicherung scheidet damit aus.

c) Ergebnis

⁴² Vgl. *Isensee*, Festschrift für Gitter, S. 401, 410.

⁴³ Öffentlichrechtlich organisiert werden sollte allerdings nach dem ersten Arbeitsentwurf der finanzielle Spitzenausgleich zur sozialen Abfederung, vgl. die geplante Errichtung einer Anstalt des öffentlichen Rechts „Solidarität in der PKV“ (§ 257 Abs. 2c c) SGB V)

⁴⁴ BVerfGE 11, 105, 113; 63, 1, 35; 75, 108, 146; *Isensee*, in: Heinze/Schmitt (Hrsg.), Festschrift für Gitter, 1995, S. 401, 409; Sachs/*Degenhart*, GG, Art. 74 Rn 52.

⁴⁵ *Isensee*, in: Heinze/Schmitt (Hrsg.), Festschrift für Gitter, 1995, S. 401, 409; *Muckel*, SGB 2004, 583, 587.

⁴⁶ *Neumann*, in: Engelen-Kefer (Hrsg.), Reformoption Bürgerversicherung, S. 156, 164.

⁴⁷ *Neumanns* Ausführungen bezogen sich auf ein hier nicht zur Diskussion stehendes Modell, in dem private Versicherer an der Leistungsfähigkeit orientierte Beiträge erheben würden und somit ein wesentliches Merkmal der Sozialversicherung übernehmen würden.

Die geplante Regelung kann vom Bundesgesetzgeber nicht kompetenzgemäß erlassen werden. Es handelt es sich um eine Mischform von Privat- und Sozialversicherung, die nicht von den Bundeskompetenzen der Art. 73ff GG erfasst ist.

2. Materielle verfassungsrechtliche Grenzen

Ungeachtet der schon formellen Verfassungswidrigkeit sollen die geplanten Neuregelungen in ihren einzelnen Teilaspekten auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten der Betroffenen hin untersucht werden.

a) Basistarif für Nichtversicherte: Der Kontrahierungszwang als solcher

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob ein Zwang zur Aufnahme von bisher nicht im Basistarif versicherten Personen in den Basistarif verfassungsgemäß ist. In Abweichung von den geplanten weitergehenden Regelungen wird dabei zunächst davon ausgegangen, dass individuell risikoäquivalente Prämien verlangt werden dürfen.

Durch den Kontrahierungszwang wird in Grundrechte der privaten Versicherungsunternehmen und der privat Versicherten eingegriffen.⁴⁸ Der allgemeine Gleichheitssatz ist nicht berührt, da der Kontrahierungszwang potentiell zugunsten aller nicht gesetzlich pflichtversicherten Personen eingreift und somit keine Ungleichbehandlung vorliegt. Entscheidende materiellrechtliche Anforderung für die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs ist die Verhältnismäßigkeit.

aa) Legitimer Zweck

Die Festlegung eines Kontrahierungszwangs müsste einen legitimen Zweck verfolgen. Ziel des Kontrahierungszwangs ist es, sicherzustellen, dass keiner unfreiwillig ohne Versicherungsschutz bleibt. Personen, denen die gesetzliche Krankenversicherung nicht offen steht und die daher auf die Möglichkeit einer privaten Krankenversicherung angewiesen sind, sind nach jetziger Rechtslage in der Gefahr, keinen Versicherungsschutz zu finden, etwa weil sie aufgrund von Vorerkrankungen von keiner Versicherung angenommen werden. Auch wenn es sich um eine im Verhältnis zur Gesamtbevölkerung kleine Personengruppe handelt, sind immerhin ca. 200.000 Personen betroffen, deren Schutzes sich der Gesetzgeber selbstverständlich annehmen darf. Das

⁴⁸ S.o. Abschnitt B I.

Ziel, allen Personen Krankenversicherungsschutz zu ermöglichen, ist ein legitimes Ziel, das sich insbesondere auch auf das Sozialstaatsgebot stützen kann.

Hinzuweisen ist darauf, dass die Ermöglichung von Versicherungsschutz zulässigerweise ein eigenständiges gesetzgeberisches Ziel ist. Natürlich geht es letztlich darum, jedem Kranken eine angemessene medizinische Versorgung zu gewährleisten, was auch durch direkte staatliche Übernahme etwa im Rahmen der Sozialhilfe geschehen könnte. Dies würde aber die Allgemeinheit und damit alle, die eigenverantwortlich Vorsorge getroffen haben, stark belasten. Es ist daher zulässig, dass der Gesetzgeber es sich zum Ziel setzt, dass Menschen die Möglichkeit zur Versicherung erhalten und damit zur Deckung des Krankheitsrisikos einen eigenen Beitrag leisten können, statt – ohne eigenen Beitrag – auf die staatliche Sozialhilfe zu vertrauen.

bb) Geeignetheit/Erforderlichkeit

Die Verpflichtung privater Krankenversicherungsunternehmen zum Vertragsschluss ist geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Fraglich ist, ob der geplante Basistarif mit Kontrahierungszwang zur Zielerreichung erforderlich ist. Erforderlichkeit bedeutet, dass zur Erreichung des Erfolges das mildeste Mittel gleicher Wirksamkeit eingesetzt werden muss.⁴⁹ In Betracht kommt, dass der Staat selbst eine Versicherung für Personengruppen, die nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung unterliegen, anbietet, oder die gesetzliche Krankenversicherung für diese Gruppen öffnet. Statt die Grundrechtsträger mit einem Kontrahierungszwang zu belasten und diese dadurch für staatliche Zwecke in Anspruch zu nehmen, würde der Staat die Aufgabe selbst übernehmen. Diese Möglichkeit schließt die Erforderlichkeit allerdings nicht aus. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zur Erdölbevorratungspflicht die Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben für grundsätzlich zulässig erklärt:

„Das angefochtene Gesetz legt privaten Unternehmern bestimmte Handlungspflichten auf, um damit die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe sicherzustellen. Die ‚Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben‘ ist nicht schon als solche verfassungswidrig. Sie kommt - auf gesetzlicher Grundlage - in mannigfachen Formen vor (vgl. etwa die - noch nicht veröffentlichten - Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer vom Oktober 1970 in Speyer; Berichte darüber in AöR, Bd. 96, S. 85 ff.; JZ 1971, S. 106 ff.; NJW 1971, S. 740 ff.). Ihre Zulässigkeit gegenüber dem in Anspruch genommenen Bürger läßt sich nicht

⁴⁹ Sachs/Sachs, GG, Art. 20 Rn 152.

einheitlich beurteilen. Wesentlich ist hierfür zunächst die Art der übertragenen Aufgaben. Da in einer auf dem Prinzip des freien Unternehmertums beruhenden Wirtschaftsordnung die Versorgung der Gesamtwirtschaft auch mit lebensnotwendigen Gütern grundsätzlich zu den Funktionen der privaten Unternehmer gehört, liegt es nahe, daß der Staat, wenn er im Gemeinwohlinteresse diese Versorgung zu einer öffentlichen Aufgabe erklärt, sich zu ihrer Erfüllung dieser Unternehmer bedient. In Fällen wie dem hier vorliegenden der Mineralölbevorratung überträgt er ihnen dabei keine typischen staatlichen Funktionen, die ihrem Wesen nach nur von Staatsorganen wahrgenommen werden könnten, sondern verpflichtet sie lediglich zu wirtschaftlichen Maßnahmen und Verhaltensweisen, die nach Form und Inhalt zu dem Bereich privater Unternehmertätigkeit gehören. Die Grenzen der Belastbarkeit der Unternehmer durch eine solche Indienstnahme ergeben sich in erster Linie aus den Grundrechten. In diesem Rahmen ist auch zu beurteilen, ob dem in Anspruch genommenen Bürger ein Anspruch auf Entschädigung oder Aufwendungsersatz zusteht. Ein allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß die Heranziehung zur Mithilfe bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe schon an sich, ohne Rücksicht auf ihre Ausgestaltung im einzelnen, einen solchen Anspruch auslöse, ist dem Grundgesetz nicht zu entnehmen.“⁵⁰

Zur Erforderlichkeit der Indienstnahme im Hinblick auf die Möglichkeit einer staatlichen Übernahme heißt es:

„Eine vollständige Übernahme der Vorratshaltung durch den Staat, die übrigens in keinem westeuropäischen Land vorgesehen ist, wäre für die Erreichung der gesetzgeberischen Ziele nicht gleichwertig. Abgesehen von den unwirtschaftlichen Aufwendungen für die Bereitstellung zusätzlicher Einrichtungen und neuer Anlagen, würde eine umfassende Staatsbevorratung zu unmittelbaren Interventionen des Bundes auf dem Energiemarkt in einem Umfang führen, der dem Gesetzgeber vom Standpunkt einer am Gedanken der freien unternehmerischen Initiative und des Wettbewerbs orientierten Wirtschaftspolitik aus als unerwünscht erscheinen konnte.“⁵¹

Auch wenn Erdölbevorratungspflicht und Kontrahierungszwang in der privaten Krankenversicherung gänzlich andere Materien betreffen, lassen sich gewisse strukturelle Gemeinsamkeiten feststellen. Der Staat sieht es als seine Aufgabe an, dafür zu sorgen, dass jeder, der Krankenversicherungsschutz wünscht, diesen erhält. Wenn er nun in einem Teilbereich diese Aufgabe nicht selbst übernimmt, sondern sich dabei der privaten Krankenversicherungsunternehmen durch Auferlegung eines Kontrahierungszwanges bedient, handelt es sich um eine Indienstnahme Privater, die nach der Rechtsprechung grundsätzlich zulässig und auch nicht von vornherein wegen der Möglichkeit einer Aufgabenerfüllung durch den Staat selbst am Kriterium der Erforderlichkeit scheitert.

⁵⁰ BVerfGE 30, 292, 310f.

⁵¹ BVerfGE 30, 292, 319.

Eine neue bzw. erweiterte staatliche Versicherung würde sich auch an Kundengruppen richten, die auch für die private Krankenversicherung von Interesse sind, und somit eine staatliche Konkurrenz aufbauen. Es wäre daher schon zweifelhaft, ob eine solche Maßnahme insgesamt überhaupt als milderer Mittel anzusehen wäre. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der geplante Kontrahierungszwang als Nebenziel die Herstellung einer gewissen Symmetrie zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung in Bezug auf die Aufnahme schlechter Risiken hat. Die gesetzliche Krankenversicherung muss in ihrem Bereich auch Personen aufnehmen, die ein hohes Krankheitsrisiko haben, was zu einer erhöhten Belastung der Versichertengemeinschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung führt – also einer Gruppe, die – anders als die Gruppe der privat Krankenversicherten – als sozial schutzbedürftig angesehen wird. Eine weitere Belastung dieser Gruppe mit den Risiken, die von der privaten Krankenversicherung abgelehnt werden, kann nicht als gleich wirksames milderer Mittel angesehen werden. Die Schaffung einer neuen staatlichen Versicherung nur für schlechte Risiken kann ebenfalls nicht als gleich wirksames Mittel angesehen werden. Hiermit wäre ein vollständiger Umbau des bisher zweigeteilten deutschen Krankenversicherungssystems in ein dreigeteiltes verbunden, dessen Machbarkeit und Auswirkungen überhaupt nicht absehbar sind. Der Gesetzgeber kann im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit nicht auf einen Systemumbau verwiesen werden. Das Bundesverfassungsgericht sieht den Grundsatz der Erforderlichkeit nur bei einer „eindeutig gleichwertigen Alternative“ verletzt.⁵² Der Kontrahierungszwang als solcher ist damit erforderlich.

Nicht erforderlich ist der Kontrahierungszwang jedoch, wenn und soweit der Staat selber durch ein Recht zum Beitritt in die gesetzliche Krankenversicherung dem Bürger eine Absicherung gegen Krankheitsrisiken ermöglicht. Hier geht es nicht um das Recht, geschützt zu sein, sondern um ein Recht, die Grundlage dieses Schutzes zu wählen. Hierfür greifen die vom Gesetzgeber genannten Rechtfertigungsgründe nicht, siehe Abschnitt B III 2 d).

Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch wenn man davon ausgeht, eine Inpflichtnahme Privater für die staatlichen Ziele sei grundsätzlich zulässig, Friktionen verbleiben, die der Staat korrigieren müsste, bevor er diesen Schritt geht: So ist nicht konsequent, dass der Staat etwa durch das Pfändungsrecht den Zwangsausschluss Privater aus der Versicherung mit herbeiführt. Bevor an eine Zwangsversicherung gedacht wird, müsste dem Bürger durch ein geeignetes Pfändungsrecht die Möglichkeit geschaffen werden, aus eigenen Mitteln den Versicherungsvertrag aufrecht zu erhalten. Zudem ist es kaum begründbar, dass Zahnersatz, ist er einmal erworben, nicht gepfändet werden kann, wohl aber finanzielle Mittel zur Beitragsleistung in der privaten

⁵² Vgl. etwa BVerfGE 30, 292, 319; 81, 70, 91.

Krankenversicherung, also das Geld, das dafür erforderlich ist sicherzustellen, dass der Zahnersatz weiterhin von der Krankensicherung gezahlt wird.

cc) Angemessenheit

Die Regelung muss angemessen sein, d. h. die Beeinträchtigungen dürfen nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen. Der Kontrahierungszwang als solcher könnte im Hinblick auf bislang nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherte das Gebot der Angemessenheit erfüllen. Das Ziel der Ermöglichung von Versicherungsschutz hat einen hohen Stellenwert. Für die Versicherungsunternehmen handelt sich um eine Aufgabe, die ohnehin zu ihrer ureigenen Geschäftstätigkeit gehört.⁵³ Dem privaten Krankenversicherungsrecht sind angesichts seiner hohen sozialen Bedeutung Einschränkungen der Privatautonomie traditionell nicht fremd. Hinzuweisen ist etwa auf die schon oben erwähnte Regelung des § 178d VVG und das Verbot der ordentlichen Kündigung in § 178i VVG. Die Einführung eines Kontrahierungszwanges stellt sicherlich eine erhebliche Erweiterung der sozialen Komponente in der privaten Krankenversicherung dar, ist aber kein Fremdkörper. Bei der hier zunächst getroffenen Annahme, dass der erzwungene Vertragsschluss zu risikoäquivalenten Prämien erfolgt, spricht für die Angemessenheit auch, dass wegen der Risikoäquivalenz weder der Versicherung noch der Versichertengemeinschaft ein finanzieller Verlust entsteht.

Dennoch bleiben erhebliche Zweifel: *Der Basistarif, wie er zurzeit vorgesehen ist, ist kein Basistarif im eigentlichen Sinne des Wortes.* Er orientiert sich am Leistungsspektrum der gesetzlichen Krankenversicherung. Damit ist er seiner Natur nach Vollversorgung auf Regelniveau. Es geht hier also nicht um die Sicherung, nicht aus finanziellen Gründen gänzlich ohne Versicherungsschutz gesundheitlichen Schaden zu nehmen, sondern um eine Sicherung entsprechend der Standardversorgung für den weit überwiegenden Teil der Bundesbürger. Der Gesetzgeber hat sicherlich das Recht und die Pflicht, seine Bürger nicht ins Bodenlose fallen zu lassen, und daher ist die Sozialhilfe ein subjektives Recht eines jeden Bürgers.⁵⁴ Es geht hier jedoch um das untere sichernde Netz, nicht den Anspruch auf ein Leben von Bürgern mit durchschnittlichen Einkommen. Dies zeigt auch ein Blick ins benachbarte Ausland. Wo hier ein Kontrahierungszwang festgeschrieben wurde, ist der Leistungskatalog durchweg geringer.

⁵³ Zu dem Aspekt, ob es sich bei der Tätigkeit um eine unternehmenstypische oder unternehmensfremde Tätigkeit handelt, siehe BVerfGE 30, 292, 324f.

⁵⁴ Vgl. BVerwGE 1, 159, 161.

Seit dem 1. Januar 2006 besteht in den *Niederlanden* die gesetzliche Pflicht, eine so genannte einheitliche Basisversicherung ('basisverzekering' oder 'standaardverzekering') abzuschließen. Rechtliche Grundlage ist das Zorgverzekeringswet. Diese Basisversicherung deckt die Kosten für die ambulante Versorgung mit eingeschränkter Arztwahl, die Krankenhausbehandlung, die Versorgung mit Arznei- und Hilfsmitteln, die ambulante Rehabilitation, den Krankentransport und begrenzte zahnmedizinische Leistungen. Diese Absicherung wird von allen Krankenversicherungen, die inzwischen alle privatwirtschaftlich organisiert sind, angeboten. Bei der Basisversicherung (Basispakket) kann zwischen zwei Varianten gewählt werden: der Naturapolicy (jede Krankenversicherung hat Vertragsärzte und Vertragskrankenhäuser, die dem Versicherten zur Verfügung stehen, die Behandlungskosten werden direkt von der Versicherung mit dem Arzt abgerechnet) und der Restitutiepolicy (freie Arzt- und Krankenhauswahl, die Behandlungskosten müssen jedoch erst von dem Versicherten vorgestreckt werden und werden dann später von der Versicherung erstattet). Der Umfang der niederländischen Basisversicherung ist in wesentlichen Punkten geringer als der Leistungskatalog der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung. Für Zahnbehandlungen und Zahnersatz, bestimmte physiotherapeutische Behandlungen und Hilfsmittel, aber auch für bestimmte Operationen müssen bei privaten Versicherern Zusatzverträge abgeschlossen werden.

Grundlegendes Regelungswerk für das Gesundheitssystem in der *Schweiz*⁵⁵ ist das Krankenversicherungsgesetz (KVG). Demnach sind alle in der Schweiz lebenden Personen Pflichtmitglieder in der Obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKPV) und damit für die bei einer Krankheit auftretenden Behandlungskosten versichert. Das schweizerische System basiert auf einer Grundversicherung und einer freiwilligen Zusatzversicherung. Jeder Bürger ist verpflichtet, eine vom Einkommen und Vermögen unabhängige Kopfpauschale zu bezahlen. Anders als in der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland sind Nicht-Erwerbstätige und Kinder nicht kostenfrei mitversichert. Es gibt allerdings vergünstigte Prämien für unter 25-jährige. Um die ungleiche Lastenverteilung auf die Bevölkerung auszugleichen, subventionieren Bund und Kantone die Versicherungsprämien einkommensschwacher Haushalte. Erklärtes Ziel ist es, dass kein Schweizer mehr als zehn Prozent seines Einkommens für die Krankenversicherung aufwenden muss. Die Schweizer können ihre Krankenversicherung frei wählen, die Kopfprämie ist für alle Erwachsenen innerhalb eines Kantons und einer Kasse gleich. Die OKPV wird ausschließlich aus den Versichertenpauschalen finanziert, einen Arbeitgeberanteil gibt es nicht. Alle Krankenversicherungen in der Schweiz sind privatwirtschaftliche Unternehmen, eine staatliche Krankenkasse existiert nicht. Die privaten Krankenversicherungen sind jedoch gesetzlich verpflichtet, jeden, der einen entsprechenden Antrag stellt und im Tätigkeitsgebiet der Krankenversicherung (regelmäßig das jeweilige Kanton) gemeldet ist, in die Grundversicherung aufzunehmen. Leistungen, für welche die obligatorische Grundversicherung aufkommen muss sind allerdings nicht alle ausdrücklich gesetzlich geregelt. Die Artikel 24-40 des Krankenversicherungsgesetzes (KVG) halten fest, dass die Behandlung kranker und verunfallter Menschen durch Ärzte, Spitäler und Angehörige gewisser anderer Gesundheitsberufe grundsätzlich von der Grundversicherung zu bezahlen ist. Die nichtärztliche Psychotherapie ist bei den Pflichtleistungen im KVG

⁵⁵ Grundinformationen zum Gesundheitssystem in der Schweiz finden sich auf der website des schweizerischen Bundesamtes für Gesundheit <http://www.bag.admin.ch/aktuell/index.html?lang=de>. Weitere Informationen sind unter http://de.wikipedia.org/wiki/Gesundheitswesen_Schweiz abrufbar. Das schweizerische Krankenversicherungsgesetz (KVG) ist auf der website http://www.admin.ch/ch/d/sr/832_10/index.html veröffentlicht.

nicht erwähnt. Die Grundversicherung darf nur die in der Arzneimittelliste mit Tarif (ALT) und in der Spezialitätenlisten (SL) aufgeführten Medikamente bezahlen. Zahnmedizinische Behandlung und Zahnersatz wird nur in engsten Grenzen übernommen, orientiert an der Schwere und der Vermeidbarkeit der Erkrankung, s. Art. 31 KVG. Für ärztlich verordnete Badeskuren und krankheitsbedingte Transportkosten wird nur ein Teil übernommen.

Eben in dieser gesetzgeberischen Zurückhaltung liegt ein wesentlicher Unterschied im Hinblick auf die Angemessenheit der Regelung. Dem Versicherungssuchenden darf nicht jeglicher Schutz verweigert werden; er hat jedoch keinen Anspruch auf die gleiche Behandlung wie der weitaus überwiegende Teil der Versicherten. Schon der im Laufe der Jahre immer stärker reduzierte Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung, die Einführung von Selbstbehalten, die es zuvor nicht gab, zeigt, dass auch das aktuelle Niveau der gesetzlichen Krankenversicherung nicht jederzeit notwendiges Maß einer Mindestsicherung ist, die jedem Versicherten zustehen muss, sondern ein Durchschnittsniveau angemessener Sicherung, das mehr gibt als zwingend erforderlich. Will der Gesetzgeber nun eine Kontrahierungspflicht auf diesem Niveau, so spricht viel dafür, dass er die Angemessenheit nicht mehr wahrt: Die Versicherungspflicht erfolgt zu einem Umfang, der das maximal Denkbare im Vergleich zur gesetzlichen Krankenversicherung ausschöpft. Hierin aber liegt eine gänzliche Negierung der grundrechtlichen Positionen der privaten Versicherer, nicht ihre verhältnismäßige Abwägung.

dd) Ergebnis

Ein Kontrahierungszwang zu risikoäquivalenten Prämien wäre verfassungsrechtlich grundsätzlich wohl nicht zu beanstanden. Dies gilt jedoch nur soweit es Personen trifft, die bislang nicht versichert waren, (siehe Abschnitt B II 2 d), und wohl nur für Tarife, die tatsächlich eine reine Grundversorgung sind, die elementare Krankheitsrisiken abdeckt. Das ist bei einem Leistungsniveau auf dem der gesetzlichen Krankenversicherung nicht der Fall. In seiner geplanten Gestalt ist der Kontrahierungszwang daher auch materiell verfassungswidrig.

b) Standardisierter Basistarif ohne Risikoäquivalenz mit Kontrahierungszwang

Die geplante Regelung erschöpft sich jedoch nicht – wie etwa § 5 Abs. 2 PflVG – in einem Kontrahierungszwang, sondern normiert auch den Inhalt des Vertrages. Substitutiver Krankenversicherungsschutz soll nur noch auf der Grundlage des Basistarifs gewährt werden können. Im Vergleich zum bloßen Kontrahierungszwang ist die rechtliche Überprüfung

wesentlich komplexer. Erstens wird auch die Vertragsfreiheit der Versicherten wesentlich berührt. Zweitens stellt sich die gleichheitsrechtliche Frage, warum innerhalb des Basistarifs Personen mit niedrigem individuellem Risiko solche mit hohem Risiko mittelbar subventionieren müssen. Drittens ist das gesetzgeberische Ziel des Basistarifs mehrdimensional und kann nicht auf das Ziel, allen Anwärtern Versicherungsschutz zu gewährleisten, beschränkt werden. Im Folgenden soll zunächst die Vereinbarkeit des Basistarifs mit Art. 3 Abs. 1 GG geprüft werden, im Anschluss die verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Hinblick auf die Freiheitsrechte der Versicherten und der Versicherungsunternehmen. Bei alledem soll der Spitzenausgleich zugunsten einkommensschwacher Personen noch außer Betracht gelassen werden.⁵⁶

aa) Art. 3 Abs. 1 GG

Der Gleichheitssatz verbietet nicht nur die Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem, sondern auch die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem. Im Basistarif werden – vom Gesetzgeber erzwungen – Personen mit individuell hohem und individuell niedrigem Risiko gleich behandelt, obwohl sie sich in einer versicherungstechnisch wesentlichen Eigenschaft unterscheiden. Der Gleichheitssatz ist aber noch in anderer Hinsicht berührt. Die im Vergleich zu ihrem Risiko höhere Belastung guter Risiken im Basistarif stellt ein Sonderopfer dar, das nur sie erbringen – nicht aber Personen, die nicht privat versichert sind.

Keiner der genannten Aspekte der Regelung stellt aber einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz dar. Gleichheitsrechtlich ist das Konzept der Risikosolidarität auch in der privaten Krankenversicherung zulässig. Wer sich gegen ein Risiko versichert, begibt sich in eine Solidargemeinschaft. Bei unbeschränkter Privatautonomie kann der Umfang der Solidarität vom Versicherer festgelegt werden. Je passgenauer Risiken in die Prämien einkalkuliert werden, desto mehr beschränkt sich die Solidarität auf einen Schutz vor Zufall. Je weniger tatsächliche Risiken in die Kalkulation einfließen, desto stärker wird der Aspekt der Solidarität zwischen tatsächlich guten und tatsächlich schlechten Risiken.⁵⁷ Der allgemeine Gleichheitssatz zwingt den Gesetzgeber nicht, diesen Aspekt der Privatautonomie im Bereich der Krankenversicherung unangetastet zu lassen. Die – auch faktisch bestehende - Möglichkeit, einer Solidargemeinschaft zur Absicherung des Krankheitsrisikos beizutreten, ist von großer Bedeutung für den Einzelnen. Hinzu kommt, dass das Krankheitsrisiko nach verbreiteter gesellschaftlicher Anschauung

⁵⁶ Hierzu siehe unten Abschnitt B II 2 c).

⁵⁷ Wenn man etwa durch genaue Genanalyse das Krankheitsrisiko bestimmen könnte und die Prämien entsprechend bemessen würde, würde der Solidaraspekt in der Krankenversicherung weiter zurücktreten.

überwiegend etwas ist, für das der Mensch nichts kann und für das er nicht auch noch durch hohe finanzielle Belastungen „bestraft“ werden soll. Insofern hat der Solidaritätsgedanke in der Krankenversicherung sicherlich eine höhere Legitimation als etwa in der Kfz-Haftpflicht- oder der Gebäudeversicherung, was auch die verfassungsrechtliche Beurteilung gesetzgeberischer Ausgestaltung nicht unberührt lässt. Insofern erscheint es im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG zulässig, dass derjenige der den Schutz einer Solidargemeinschaft in Gestalt der privaten Krankenversicherung sucht,⁵⁸ vom Gesetzgeber gezwungen wird, seinerseits Solidarität mit Menschen zu üben, die ebenfalls Schutz vor dem Krankheitsrisiko suchen, auch wenn diese Menschen ein höheres Krankheitsrisiko haben. Der Gesetzgeber darf, bildlich gesprochen, die Augen vor den unterschiedlichen Gesundheitsrisiken verschließen und Risikosolidarität erzwingen. Diese sozialpolitische Gestaltungsfreiheit hat er nicht nur bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Krankenversicherung, sondern auch bei der Normierung der privaten Krankenversicherung. Die Zusammenfassung aller Versicherten des Basistarifs zu einer Solidargemeinschaft, die aufgrund des Risikoausgleichs sogar unternehmensübergreifend die gesamte private Krankenversicherung umfasst, ist gleichheitsrechtlich möglich. Die Situation unterscheidet sich von der ebenfalls immer wieder diskutierten, aber gleichheitswidrigen Einbeziehung der privaten Krankenversicherung in einen Risikostrukturausgleich mit der gesetzlichen Krankenversicherung.⁵⁹ Ein derartiger Risikostrukturausgleich würde eine fremdnützige Abgabe der Mitglieder der privaten Krankenversicherung zugunsten der Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung darstellen. Die durch den geplanten Basistarif erzwungene Solidarität ist hingegen eher mit dem vom Bundesverfassungsgericht gebilligten Risikostrukturausgleich innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung vergleichbar. Die erzwungene Gleichbehandlung von guten und schlechten Risiken in einer Solidargemeinschaft verstößt daher für sich genommen nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

bb) Freiheitsrechte der Versicherten

Anders als der bloße Kontrahierungszwang stellt die im Zuge der Versicherungspflicht erfolgende Typisierung durch den Basistarif auch eine wesentliche Einschränkung der Vertragsfreiheit der Versicherten dar. Ihnen ist zukünftig die Möglichkeit verschlossen, einen umfassenden individuell gestalteten Krankenversicherungsschutz unterhalb des Leistungsniveaus

⁵⁸ Zu dem Problem der Versicherungspflicht, die dazu führt, dass man sich der Zugehörigkeit zur Solidargemeinschaft nicht entziehen kann, siehe unten Abschnitt B III 2 f).

⁵⁹ Siehe hierzu *Thüsing*, Gutachterliche Stellungnahme zu verfassungs- und europarechtlichen Grenzen eines Risikostrukturausgleichs zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung (2006). Im übrigen s. *Neumann*, in Engelen-Kefer (Hrsg.), Reformoption Bürgerversicherung, S. 156.

der gesetzlichen Krankenversicherung abzuschließen. Diese Einschränkung ist am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu messen.

(1) Legitimer Zweck

Beim Basistarif kann es nicht nur um die Gewährleistung von Versicherungsschutz für jeden Interessenten gehen, denn hierzu würde ein reiner Kontrahierungszwang genügen. Das Problem der Bezahlbarkeit – also der faktischen Möglichkeit zum Abschluss eines Versicherungsvertrages – wird zwar durch den Ausschluss von Risikozuschlägen teilweise angegangen. Passgenauer wird dieses Problem aber durch den Spitzenausgleich gelöst. Das Verbot von Risikozuschlägen wirkt demgegenüber nicht zielgruppengenau, da auch Personen mit hohem Einkommen hiervon profitieren. Der erste Arbeitsentwurf (S. 12) begründet den Basistarif daher mit Transparenz-erwägungen und nennt als Ziel die „Schaffung eines effizienten Wettbewerbs“. In Nr. 11 des Eckpunktepapiers wird als Ziel der Reform die Erweiterung der Wahl- und Entscheidungsmöglichkeiten der Versicherten genannt. Der zweite Arbeitsentwurf stellt maßgeblich darauf ab, dass nur bei einer Vereinheitlichung der Versicherungsverträge und der Statuierung eines Kontrahierungszwanges die Portabilität der Altersrückstellung⁶⁰ und damit der gewünschte Wettbewerb im Bestandskundenbereich möglich werde (S. 23 Entwurf II). Diese Ziele stehen in einem Zusammenhang: Die Erweiterung von Wechselmöglichkeiten führt zu verstärktem Wettbewerb zwischen den Unternehmen, da sie eine Abwanderung von Versicherten fürchten müssen. Transparenz erleichtert den Nachfragern die Übersicht über das Marktangebot und fördert somit faktisch die Möglichkeit zum Wechsel und damit mittelbar den Wettbewerb.

Die Stärkung von Wettbewerb ist grundsätzlich ein legitimes Ziel. Doch Wettbewerb ist kein Selbstzweck. Er ist Mittel für etwas anderes: Ein effizienter Wettbewerb am Markt führt tendenziell zu einer wirtschaftlich sinnvolleren Nutzung von Ressourcen und damit zu Wohlstandsgewinnen.⁶¹ Der Schutz eines funktionsfähigen Wettbewerbs ist daher als legitimes Ziel des Gesetzgebers anerkannt.⁶² Gleiches muss gelten für die Stärkung des Wettbewerbs auf einem Markt wie dem für Krankenversicherungen, bei dem nicht zuletzt aufgrund rechtlicher

⁶⁰ Zur Verfassungswidrigkeit der Einführung der Portabilität siehe unten Teil C.

⁶¹ Vgl. etwa den Bericht der Unabhängigen Expertenkommission zur Untersuchung der Problematik steigender Beiträge der privat Krankenversicherten im Alter, BT-Drucks. 13/4945 S. 42.

⁶² Vgl. BVerfGE 23, 311, 317; BVerwG NVwZ 2004, 233, 237: „Die sich auch auf das Entgelt für die Leistung Z.2 erstreckende Genehmigungspflicht des § 39 Alt. 1 TKG verfolgt den Zweck, im Wege der Regulierung von Entgelten für die Gewährung des Netzzugangs nach § 35 TKG chancengleichen Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation zu sichern und zu fördern. Diese Zielsetzung gehört zu den Gemeinwohlbelangen, die geeignet sind, eine Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit zu rechtfertigen.“ Breuer in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII § 148 Rn 21.

Anforderungen ein Wettbewerb nur in beschränktem Maße stattfindet.⁶³ Aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive steht sicherlich die Stärkung eines effizienten Wettbewerbs im Vordergrund. Gleichwohl ist auch die Erweiterung der Wahlmöglichkeiten nicht nur ein unselbständiges Zwischenziel, sondern ein eigenständiges legitimes Ziel, da es die Freiheitsräume der Versicherten auf dem bedeutsamen Gebiet der Krankheitsvorsorge erweitert. Die Schaffung von Transparenz ist demgegenüber lediglich als unselbständiges Zwischenziel zur Förderung von Wahlfreiheit und Wettbewerb anzusehen.

Insgesamt sind damit zwei gesetzgeberische Ziele erkennbar: *Erweiterung der Wahlfreiheit der Versicherten und Stärkung des Wettbewerbs*. Hinzu kommt als Zwischenziel die Schaffung von Transparenz, die ihrerseits den Wettbewerb möglich macht.

(2) Geeignetheit

Erläuterungsbedürftig ist, inwiefern ein Basistarif mit Kontrahierungszwang geeignet ist, die Wahlfreiheit der Versicherten zu erweitern. Dem Gesetzgeber steht bei der Beurteilung der Geeignetheit zwar ein weiter Spielraum zu,⁶⁴ die Einschätzung muss aber wenigstens nachvollziehbar sein. Auf den ersten Blick scheint die gesetzgeberische Standardisierung eines Produktes die Wahlfreiheit gerade einzuschränken. Soweit es um den erstmaligen Abschluss eines Krankenversicherungsvertrages geht, ist dies ohne Zweifel richtig. Im Verhältnis zur geltenden Rechtslage werden die Wahlmöglichkeiten beschränkt. Anders ist es bei den Bestandskunden: Hier wird ein Wechsel zu einem anderen Unternehmen durch das geltende System der Prämienkalkulation faktisch erschwert. Dabei geht es zum einen um die bisher fehlende Portabilität der Altersrückstellungen. Bei einem Wechsel des Unternehmens fällt die Altersrückstellung dem Herkunftsversicherer zu. Gleichzeitig muss der wechselwillige Kunde beim Aufnahmeversicherer aufgrund seines höheren Alters erheblich höhere Prämien zahlen. Diesem vom Gesetzgeber als Missstand angesehenen Sachverhalt soll durch die Portabilität der Altersrückstellungen begegnet werden.⁶⁵ Allerdings besteht noch ein weiteres Wechselhindernis: Bisher darf der Aufnahmeversicherer bei dem Wechselwilligen eine erneute Risikoprüfung vornehmen, die zu Risikozuschlägen oder der Ablehnung des Vertragsschlusses führen kann. Im bestehenden Versicherungsverhältnis sind nachträgliche Risikoanpassungen hingegen nicht

⁶³ Die gegenwärtige Beschränkung liegt darin, dass ein Wechsel von Bestandskunden zwar rechtlich möglich, aber in tatsächlicher Hinsicht erschwert ist (ausführlich hierzu s.u.).

⁶⁴ Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn 87.

⁶⁵ Zu den verfassungsrechtlichen Problemen der Portabilität siehe unten Abschnitt C.

zulässig. Für Personen, deren Krankheitsrisiko sich im Laufe des Versicherungsverhältnisses über die durch die Mitnahme der Altersrückstellung abgedeckte altersbedingte Erhöhung hinaus verschlechtert hat, lohnt sich daher ein Wechsel in aller Regel nicht. Von den durch die Portabilität der Altersrückstellung erleichterten Wechselmöglichkeiten würden somit nur Personen mit niedrigem Krankheitsrisiko Gebrauch machen.⁶⁶ Verlassen diese Personen einen Tarif, erhöht sich das durchschnittliche Krankheitsrisiko in diesem Tarif, was zu steigenden Prämien und in der Folge zu einer noch stärkeren Abwanderung guter Risiken führen würde. Letztlich kann eine solche Risikoentmischung zum Zusammenbruch eines Versicherungsunternehmens führen.⁶⁷ Die Stabilität des Systems der privaten Krankenversicherung wäre gefährdet. Die Ursache für die entstehenden Probleme liegt in der asymmetrischen Verteilung der Wahlmöglichkeiten zwischen Versicherer und Versichertem: Während der Versicherer in Folge des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung gezwungen ist, schlechte Risiken zu behalten, kann der Versicherte kündigen, wenn ihm dies vorteilhaft erscheint.⁶⁸ Diese rechtliche Asymmetrie wurde bisher durch die faktische Erschwerung des Wechsels in Folge der mangelnden Portabilität der Altersrückstellung gemildert.⁶⁹ Ermöglicht man nur die Portabilität, ohne weiter flankierend einzugreifen, entsteht eine Form des Wettbewerbs, die sozialpolitisch nicht gewollt und nicht sinnvoll ist. Risikoentmischung würde zu einer immer stärkeren Belastung von Menschen mit hohem Krankheitsrisiko führen und möglicherweise sogar die wirtschaftliche Existenz von Versicherungsunternehmen gefährden. Zur Lösung dieses Problems liegen verschiedene Vorschläge vor, die teilweise ohne Kontrahierungszwang auskommen.⁷⁰ Andere Modelle basieren auf einem Kontrahierungszwang.⁷¹ Dabei dürfte nur ein Modell, dem ein brancheneinheitlicher Basistarif zugrunde liegt, praktikabel sein.⁷² Insofern ist die Einführung eines einheitlichen Basistarifs geeignet, die Wahlmöglichkeiten bei den Bestandskunden zu verbessern. Dass hierdurch die Wahlmöglichkeiten der Neukunden verringert werden, ändert nichts an der Geeignetheit.

Die Schaffung von Wahlmöglichkeiten ist jedoch kein Wert an sich. Wahlmöglichkeiten sollen gefördert werden als Element des Wettbewerbs und zur Entfaltung der Vertragsfreiheit des Versicherten: Mehr Wahlmöglichkeiten sollen Konkurrenz effektiv machen, sollen

⁶⁶ Meyer, in: Scholz/Meyer/Beutelmann: Zu den Wechseloptionen der PKV, 2001, S. 59, 63.

⁶⁷ Meyer, aaO., S. 64.

⁶⁸ Beutelmann, in: Scholz/Meyer/Beutelmann: Zu den Wechseloptionen der PKV, 2001, S. 79, 91; Boetius, VersR 2001, 661, 670..

⁶⁹ Vgl. Beutelmann, in: Scholz/Meyer/Beutelmann: Zu den Wechseloptionen der PKV, 2001, S. 79, 115.

⁷⁰ Vgl. hierzu Beutelmann, in: Scholz/Meyer/Beutelmann: Zu den Wechseloptionen der PKV, 2001, S. 79, 95ff.

⁷¹ Vgl. hierzu Beutelmann, in: Scholz/Meyer/Beutelmann: Zu den Wechseloptionen der PKV, 2001, S. 79, 112ff.

⁷² Zu möglicherweise in den Eckpunkten angedachten anderen Modellen mit Kontrahierungszwang siehe unten Abschnitt B III 2 e).

opportunistische Vertragsgestaltung verhindern, die bei faktischer oder rechtlicher Beschränkung des Wechsels dem Versicherer die Möglichkeit zu nicht-marktadäquater Vertragsgestaltung geben könnten. Die Geeignetheit im Hinblick auf dieses Ziel führt damit unmittelbar zur Frage nach der Geeignetheit im Hinblick auf die Förderung des Wettbewerbs. Im Neukundengeschäft nun wird der Wettbewerb durch die Standardisierung, den Kontrahierungszwang und das deswegen notwendige Ausgleichssystem deutlich eingeschränkt. Angesichts des intensiven Wettbewerbs unter den ca. 50 privaten Krankenversicherungsunternehmen, von denen keines eine marktbeherrschende Stellung hat, wäre eine Förderung des Wettbewerbs durch staatliche Eingriffe wohl auch als ungeeignet anzusehen. Geeignet sind die geplanten Regelungen allein, um den Wettbewerb bei den Bestandskunden zu fördern, der bisher mangels faktischer Wechselmöglichkeiten nur in geringem Umfang existierte. Allerdings stellt sich die Frage nach dem Sinn eines Wettbewerbs um ein von der Leistungsseite her einheitliches Produkt. Gewisse Differenzierungsmöglichkeiten bestehen lediglich bei der Prämienhöhe, da die Kosten des Versicherungsbetriebs nicht einheitlich kalkuliert werden sollen (geplanter § 12 Abs. 4b VAG), so dass die Möglichkeit zu Preiswettbewerb besteht. Auf der anderen Seite steht jedoch der Wettbewerb um Neukunden. Hier führt die Produktstandardisierung zu einer erheblichen Einschränkung des Wettbewerbs. Der Kunde kann sich nicht mehr das für ihn passende Heraussuchen, sondern nur das Billigste oder das Angebot mit dem besten Service. Auch hierdurch kann Wettbewerb entstehen, doch sein wesentliches Instrument, das der Leistungsdifferenzierung, wird genommen. Es wäre der Wettbewerb unter Autohändlern, die alle das gleiche Auto verkaufen. Der Markt wird hierdurch zwar transparenter und der Preisdruck vielleicht auch größer, die Kundenzufriedenheit und der Wunsch, ein Auto zu erwerben, wird dadurch jedoch deutlich gesenkt.

Der „Wettbewerb“, der hier entstehen kann, ist marginal. Er kann sich nur auf die Verwaltungskosten beziehen. Diese aber machen durchschnittlich nur 3,5 % aus. Nimmt man hier eine Spanne von relativen 50 % an, so wäre die Abweichung von 3,5 % von der günstigsten zur ungünstigsten Versicherung für viele kein Anreiz zu wechseln. Für die weitaus meisten wäre die Spanne geringer und damit der Anreiz zum Wechseln noch minimierter. Ob es also tatsächlich zum Wechsel kommt, wäre fraglich. Auch deshalb scheint die Geeignetheit zweifelhaft.

Mit anderen Worten: Ein Werben um Kunden durch speziell für sie im Leistungsspektrum attraktive Tarife wird unmöglich. Der Wettbewerb insgesamt, der auf bessere Bedürfnisbefriedigung ausgerichtet ist, und versucht, sein Angebot nach den Kundenwünschen zu optimieren, wird gemindert. Wettbewerb ist kein Selbstzweck, sondern er soll eben positive

Effekte für die Verbraucher erzeugen, wie sich auch der Europäische Gesetzgeber bewusst ist, s. Art. 81 Abs. 3 EG.⁷³ Fehlender Wettbewerb ist verbraucherfeindlich, weil Unternehmen Vertragsbedingungen losgelöst von den Kontrollen und Beschränkungen des Marktes festlegen können; eben deshalb bedarf es des Wettbewerbs und eben deshalb ist er zu fördern. Gerade dies ist aber nicht der Fall, wenn sehr viel wichtigere Aspekte des Wettbewerbs wegfallen. Die Einführung eines Basistarifs als Grundlage aller substitutiven Krankenversicherungsverträge kann daher wohl nicht als geeignet zur Herstellung eines funktionsfähigen und mit den sozialpolitischen Zielen des Gesetzgebers in Einklang stehenden Wettbewerbs angesehen werden.

(3) Erforderlichkeit

Unterstellt man dessen ungeachtet die Geeignetheit zur Förderung der gesetzgeberischen Ziele, dann wäre die Regelung auch erforderlich. Eine alternative Regelung, die alle Zielvorgaben gleich wirksam, aber mit weniger gravierenden Eingriffen in die Vertragsfreiheit, erfüllen kann, ist nicht ersichtlich.

(4) Angemessenheit

Die Angemessenheit ist zu verneinen, wenn die mit der Regelung verbundenen Freiheitseinschränkungen außer Verhältnis zu den Zielen stehen. Im Hinblick auf die Ziele der Wettbewerbsförderung und der Erweiterung der Wahlmöglichkeiten ist zu berücksichtigen, dass – wie oben dargestellt – die Verbesserung bei den Bestandskunden mit erheblichen Verschlechterungen bei den Neukunden erkaufte würde. Hinzu kommt, dass sich die Prämien im Basistarif aufgrund des Risikoausgleichs wohl nur geringfügig zwischen den Versicherungsunternehmen unterscheiden werden. Die Wechselvorteile für Bestandskunden werden daher nur gering sein. Gleichzeitig wird der Wettbewerb auf der Leistungsseite – wie dargelegt – bei den Bestandskunden genauso ausgeschaltet wie bei den Neukunden. Im Hinblick auf die Ziele der Förderung des Wettbewerbs und der Wahlfreiheit kann daher nicht mehr von einem angemessenen Verhältnis von verfolgtem Zweck und Freiheitseinschränkung gesprochen werden.⁷⁴

⁷³ S. zum Wettbewerb als Verbraucherschutz auch *Beckmann* VersR 1996, 540-545.

⁷⁴ Aus den gleichen Erwägungen hat die Unabhängige Expertenkommission zur Untersuchung der Problematik steigender Beiträge der privat Krankenversicherten im Alter im Jahr 1996 von einem System mit Kontrahierungszwang und unternehmensübergreifendem Risikoausgleich abgeraten, BT-Drucks. 13/4945 S. 44.

(5) Ergebnis

Die geplante Einführung des Basistarifs ist mit den Freiheitsrechten der Versicherten nicht zu vereinbaren. Es fehlt wohl schon an der Geeignetheit im Hinblick auf die Ziele des Gesetzgebers; jedenfalls wäre die Regelung nicht angemessen.

cc) Berufsfreiheit der Versicherungsunternehmen

Hinsichtlich der Versicherungsunternehmen ist für die Prüfungsintensität entscheidend, ob die geplanten Regelungen eine bloße Berufsausübungs- oder eine Berufswahlregelung darstellen. Dies hängt von der nicht einfach zu entscheidenden Frage ab, ob die Umgestaltung der privaten Krankenversicherung derart weitgehend ist, dass der Beruf des privaten Krankenversicherers unmöglich gemacht wird.

(1) Berufswahlregelung wegen rechtlicher Beseitigung der privaten Krankenversicherung

Folgt man der oben zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG vertretenen Auffassung, dass die geplante Neuregelung nicht mehr als Regelung des privatrechtlichen Versicherungswesens anzusehen ist, bedeutet dies, dass der Beruf des Krankenvollversicherers nicht mehr ausgeübt werden kann. Denn wenn das Anbieten des Basistarifs nicht einmal mehr privatrechtliche Versicherung ist, sondern irgendetwas zwischen Privat- und Sozialversicherung, dann sind der Beruf des herkömmlichen Krankenvollversicherers und der des Anbieters von Basisschutz nicht mehr als der gleiche Beruf anzusehen. Gleichzeitig wird der Beruf des Krankenvollversicherers dadurch unmöglich gemacht, dass jeder, der herkömmlichen Krankenversicherungsschutz anbietet, gezwungen wird, abgesehen von Zusatzversicherungen nur noch den Basistarif anzubieten.

Fraglich ist dann noch, ob die Tätigkeit des Krankenvollversicherers einen eigenen Beruf darstellt, oder ob es nicht vielmehr einen einheitlichen Beruf des Krankenversicherers gibt, der aus dem Anbieten von Zusatz- und Vollversicherungen besteht.⁷⁵ Selbst wenn man von letzterem ausgeht, spricht angesichts der hohen Bedeutung der Vollversicherung für die privaten Krankenversicherungsunternehmen einiges dafür, dass der Beruf derart umgestaltet wird, dass die Schwelle einer bloßen Berufsausübungsregel überschritten und die strengen Maßstäbe zur

⁷⁵ Gegen die Qualifizierung des Krankenvollversicherers als eigenen Beruf spricht sich etwa *Muckel*, SGB 2004, 670, 675 aus.

Zulässigkeit objektiver Berufswahlregelungen anzuwenden sind.⁷⁶ Nach der Drei-Stufen-Lehre des Bundesverfassungsgerichts sind derartige Regeln nur zulässig, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchst wahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zwingend erforderlich sind. Zu den überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern rechnet das Bundesverfassungsgericht zwar auch die finanzielle Stabilität und Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung.⁷⁷ Die Förderung des Wettbewerbs in der privaten Krankenversicherung und die Erweiterung der Wahlmöglichkeiten der Versicherten stellen aber keine derart überragenden Güter dar. Geht man also von einem Eingriff auf der Stufe der objektiven Berufswahlregelung aus, ist von einem Verstoß gegen die Berufsfreiheit der Versicherungsunternehmen auszugehen.

(2) Berufswahlregelung wegen faktischer Beseitigung der privaten Krankenversicherung

Das Gesagte bestätigt sich in einer anderen Überlegung: Die private Krankenversicherung wird – würde der Gesetzgeber den Entwurf Gesetz werden lassen – langfristig unattraktiv für Neukunden und auch Bestandskunden werden. Die schwindende Attraktivität lässt befürchten, dass hier ein erhebliches Geschäftsvolumen kaum übrig bleibt. Das Geschäftsvolumen könnte sich so stark reduzieren, dass schon daher die neuen Regelungen als eine objektive Berufswahlregelung einzustufen wären, die wie dargelegt nicht hinreichend gerechtfertigt wäre:

- Die Standardisierung der Verträge macht die private Krankenversicherung unattraktiv. Es ist gerade die Möglichkeit, maßgeschneiderten Tarif zu bekommen, ein wesentliches Kriterium, warum in der Vergangenheit Personen sich in der privaten Krankenversicherung haben versichern lassen: Nicht nur die abweichende Gestaltung der Tarife, sondern auch der differenzierte Leistungskatalog sind Argumente, mit denen die private Krankenversicherung werben kann.⁷⁸ Dies würde künftig entfallen.
- Es käme zu höheren Kosten durch Risikoneutralität für überdurchschnittlich gute Risiken. Angezogen vom neuen Basistarif wären damit vor allem die schlechten Risiken. Es besteht die Gefahr der negativen Selektion: Ich werde Mitglied, erst wenn

⁷⁶ Vgl. Axer, Gedächtnisschrift Heinze, S. 1, 11; Isensee, NZS 2004, 393, 401.

⁷⁷ BVerfGE 103, 172, 184; VersR 2004, 898, 899.

⁷⁸ S. die Umfrage der PKV-Publik 2000/ Heft 4: 57 % der Befragten sahen es als einen Vorteil der PKV, hier flexiblen Schutz zu haben.

ich krank bin, und trete gar aus, wenn ich wieder gesund bin. Hierdurch würden die Tarife teurer und unattraktiver.

- Der Effekt verstärkt sich: Weil die Versicherungsbedingungen unattraktiver werden, werden sich weniger Personen neu versichern lassen. Der Bestand wird immer älter. Dadurch werden die Tarife teurer, was wiederum ein Argument gegen die private Krankenversicherung wäre.

Die Schlussfolgerungen hieraus hat in einem anderen Kontext bereits vor einigen Jahren *Hans-Jürgen Papier* gezogen: „Die Ergänzung des Kapitaldeckungsprinzips durch ein ... System des Risikoausgleichs [wie es jetzt vorgesehen ist, s. § 12g VAG-E, Anmerk. Verfasser] setzt mehr denn je voraus, dass den Unternehmen der privaten Krankenversicherung zur Finanzierung des Ausgleichs stets eine hinreichende Zahl jüngerer Versicherungsnehmer zur Verfügung stünde.“⁷⁹

Erforderlich wäre daher, dass – wie im jüngsten Entwurf nun vorgesehen – der Kontrahierungszwang durch eine allgemeine Versicherungspflicht gesichert wird. Die aber wirft eigenständige verfassungsrechtliche Fragen auf, siehe Abschnitt B III 2 f). Zudem müsste sie dann auch tatsächlich durchgesetzt und kontrolliert werden, was erheblichen administrativen Aufwand bedeuten kann.

(3) Hilfsweise: Rechtfertigung einer Berufsausübungsregelung

Verneint man das Vorliegen einer Berufswahlregelung, sind die geplanten Neuerungen jedenfalls als Berufsausübungsregelung rechtfertigungsbedürftig. Eine Rechtfertigung scheidet jedoch jedenfalls an der fehlenden Angemessenheit. Ebenso wenig wie die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Versicherten steht die Einschränkung der berufsbezogenen Vertragsfreiheit der Versicherungsunternehmen in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Einführung des Basistarifs.

(4) Ergebnis

Die Einführung des Basistarifs mit Kontrahierungszwang ist nicht mit der Berufsfreiheit der Versicherungsunternehmen vereinbar.

⁷⁹ *Papier*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der PKV, 1992, S. 23.

c) Die Unterstützung einkommensschwacher Versicherter

Unterstellt man entgegen der hier vertretenen Auffassung, dass die Einführung des Basistarifs mit Kontrahierungszwang als solche verfassungsgemäß wäre, ist weiter die zunächst ausgeklammerte Frage zu prüfen, ob der geplante Spitzenausgleich im Basistarif verfassungsgemäß wäre.

Die durch das Verbot von Risikozuschlägen hergestellte Risikosolidarität kann das in den Eckpunkten geforderte Kriterium der Bezahlbarkeit nicht in jedem Fall erfüllen. Es wird Personen geben, für die auch der Basistarif eine schwer zumutbare Belastung ihrer persönlichen finanziellen Verhältnisse darstellt. Die Eckpunkte schweigen sich zu konkreten Lösungen aus. Im Arbeitspapier ist ein erster konkreter Vorschlag enthalten. Dieser beruht nicht wie in der privaten Pflegepflichtversicherung auf einer Deckelung der Prämien in Anlehnung an die Höchstbeiträge in der gesetzlichen Krankenversicherung, sondern auf einem subjektiven Ansatz, der auf die anteilmäßige Belastung des Einkommens mit Krankenversicherungsbeiträgen abstellt. Die Finanzierung soll gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 6 KalV in der geplanten Neufassung durch einen Zuschlag auf die Prämien substitutiver Tarife erfolgen, also eine Umlage auf die Solidargemeinschaft der Versicherten. Die verfassungsrechtlichen Grenzen und Möglichkeiten einer solchen Einkommenssolidarität in der privaten Krankenversicherung sollen im Folgenden ausgelotet werden.

Durch den Zwang zur Einkommenssolidarität sind Freiheitsrechte der Versicherungsunternehmen und der Versicherten betroffen. Die Problematik kann auch gleichheitsrechtlich formuliert werden. Der Sache nach handelt es sich um die gleiche Frage: Ist es gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber die im Basistarif Versicherten dazu zwingt, durch ihre Beiträge andere im Basistarif Versicherte zu subventionieren?

aa) Legitimes Ziel/Geeignetheit

Die solidarische Unterstützung im Spitzenausgleich dient dazu, die durch den Kontrahierungszwang gegebene rechtliche Möglichkeit zur privaten Krankenversicherung auch faktisch zu gewährleisten. Hierbei handelt es sich um ein gerade auch sozialstaatlich legitimierbares Ziel, das durch die geplante Maßnahme gefördert werden kann.

bb) Erforderlichkeit

Wie oben dargestellt, hindert die theoretische Handlungsoption der Schaffung einer staatlichen Versicherung für Personen, die bisher nicht in der privaten Krankenversicherung versichert wurden, nicht die Erforderlichkeit eines Kontrahierungszwangs. Fraglich ist aber, ob auch der Zwang zur Unterstützung einkommensschwacher Personen erforderlich ist. Als Alternative kommt in Betracht, dass Personen, die bei der privaten Krankenversicherung Prämien zahlen müssen, die ihre finanzielle Leistungskraft überschreiten, staatliche Unterstützung erhalten. Nicht die Versichertengemeinschaft, sondern die staatliche Gemeinschaft würde die Subventionierung übernehmen. Allerdings tendiert die Rechtsprechung dazu, dass eine finanzielle Belastung der Allgemeinheit kein gleich wirksames, milderer Mittel darstellt, so dass diese Möglichkeit die Erforderlichkeit nicht hindert (über die Frage der Angemessenheit der Belastung Privater ist damit selbstverständlich noch nichts gesagt).⁸⁰

cc) Angemessenheit

Die Angemessenheit der Regelung ist in Bezug auf Versicherungsunternehmen und Versicherte gleich zu beurteilen, wobei angesichts der Tatsache, dass die Unterstützungsleistung über die Prämienhöhe letztlich von den Versicherten erbracht werden, deren Rechte im Vordergrund stehen dürften.

Nicht angemessen wäre sicherlich eine Regelung, die es einkommensschwachen Personen erlaubt, „zum Nulltarif“ privat versichert zu werden. Mitglied der Solidargemeinschaft der Versicherten kann nur sein, wer seinerseits den Solidarbeitrag in Form der Versicherungsprämie aufbringt. Wer hierzu nicht in der Lage ist, ist außerhalb der Solidargemeinschaft der Versicherten. Dieses grundlegende Strukturprinzip der Versicherung würde unterlaufen, wenn Versicherte ohne oder nur mit minimalen eigenen Prämienleistungen vollen Basisschutz erhielten. Solidarität mit denjenigen, die aus eigener Kraft nicht der Solidargemeinschaft einer Versicherung angehören können, obliegt vorrangig der Allgemeinheit und darf grundsätzlich nicht der Versichertengemeinschaft aufgebürdet werden. Hieraus folgt zweierlei: Zum einen

⁸⁰ Vgl. BGH NJW 1997, 574, 578 zur Pflicht von Stromversorgungsunternehmen, Strom aus erneuerbaren Energien zu relativ hohen Mindestpreisen abzunehmen: Die Möglichkeit einer direkten Subventionierung durch die öffentliche Hand hindere nicht die Erforderlichkeit der Regelung. Der Gesetzgeber sei nicht gehalten, von einer finanziellen Belastung einer bestimmten Gruppe immer schon dann abzusehen, wenn die Belastung in der einen oder anderen Weise auf dem Weg über die öffentlichen Haushalte auch der Allgemeinheit auferlegt werden könne.

muss der Versicherte eine gewisse, objektiv zu bestimmende Mindestprämie aus eigenen Mitteln erbringen, bevor die Solidarleistungen durch die Versichertengemeinschaft eingreifen. In der freiwilligen gesetzlichen Krankenversicherung wird dies durch die Regelungen des § 240 SGB V sichergestellt. Entsprechende Regelungen muss es auch für den Basistarif geben. Der geplante § 257 Abs. 2b SGB V, in dem auf § 240 SGB V verwiesen wird, scheint diese Anforderung zu erfüllen. Zum anderen muss die Versicherung die Möglichkeit haben, auf Prämienverzug des Versicherungsnehmers zu reagieren. Wie sich aus dem im ersten Arbeitsentwurf geplanten § 178a Abs. 5 Nr. 3 VVG ergibt, war ursprünglich eine effektive Kündigungsmöglichkeit bei Prämienverzug vorgesehen. Das Versicherungsunternehmen war vom Kontrahierungszwang befreit, wenn der Versicherungsvertrag wegen Prämienverzugs gekündigt worden war. Im neuesten Entwurf fehlt eine entsprechende Regelung, so dass ein etwaiges Kündigungsrecht wegen des Kontrahierungszwangs faktisch leer liefe.⁸¹ Das Versicherungsunternehmen kann sich daher nicht dauerhaft von Versicherungsnehmern, die ihre Zahlungspflichten verletzen, trennen. Die Rechtslage ist damit im Ergebnis so, wie in der privaten Pflegepflichtversicherung. § 110 Abs. 4 SGB XI schließt Kündigungs- und Rücktrittsrechte aus, solange der Kontrahierungszwang besteht. Diese Regelung bezieht sich gerade auch auf das Kündigungsrecht wegen Prämienverzugs.⁸² Das Versicherungsunternehmen muss dann aber wenigstens die Leistungsverweigerungsrechte nach §§ 38 Abs. 2, 39 Abs. 2 VVG haben: Solange der Versicherte mit Zahlungen im Verzug ist, ist die Versicherung von ihren Leistungspflichten befreit. Es darf nicht sein, dass die Versicherung gezwungen wird, Leistungen zu erbringen, solange sie nicht die vollständige Gegenleistung erhalten hat. Dies würde grundlegenden Prinzipien des Zivilrechts widersprechen.

Auch wenn der Arbeitsentwurf also offenbar keinen Raum für „Versicherungsschutz zum Nulltarif“ bietet, bleibt die Frage, ob Einkommenssolidarität in der privaten Krankenversicherung überhaupt einen Platz haben kann. Zu beachten ist nämlich Folgendes: Der geplante Spitzenausgleich ist eine finanzielle Umverteilungsmaßnahme zugunsten Einkommensschwacher. Der gesetzlichen Krankenversicherung ist diese Form der Solidarität nicht fremd, da die Beiträge nach der Leistungsfähigkeit bemessen werden. In der privaten Krankenversicherung würde sie einen Systembruch darstellen, da die Prämien dort nicht nach der Leistungsfähigkeit bemessen werden, woran auch die geplanten Reformen nichts ändern sollen.

⁸¹Zuschussfähig nach § 257 Abs. 2 SGB V soll der Krankenversicherungsvertrag ohnehin nur sein, wenn das Versicherungsunternehmen vertraglich auf das ordentliche Kündigungsrecht verzichtet – geplanter § 257 Abs. 2a Nr. 4 SGB V.

⁸² BT-Drucks. 12/5952 S. 49.

Anders als in der gesetzlichen Krankenversicherung könnte es bei dem geplanten System in der privaten Krankenversicherung dazu kommen, dass der finanziell weniger Leistungsfähige einen finanziell Leistungsfähigeren unterstützt.

Dies zeigt folgendes Beispiel: Der Basistarif bei einem Eintritt mit 20 Jahren sei 500 €, bei einem Eintritt mit 40 Jahren sei er 1000 €. Der 20-jährige A verdient 3000 €. Der Krankenversicherungsbeitrag macht also 16,6 % seines Einkommens aus – er erhält keinen Zuschuss. Der 40-jährige B verdient 4000 € - der Beitrag macht 25 % seines Einkommens aus: Er erhält einen Zuschuss aus dem Solidarfonds, der u.a. von den Beiträgen des A finanziert wird. Dies hat nichts mit Risikosolidarität zu tun, denn der höhere Beitrag des B beruht letztlich nicht auf seinem altersbedingt höheren Risiko, sondern auf der Tatsache, dass er in jungen Jahren nicht Mitglied der Solidargemeinschaft war und somit auch keine Altersrückstellungen aufgebaut hat. Es geht also allein um Einkommenssolidarität. Diese ist allerdings pervertiert, denn nicht der Leistungsfähigere unterstützt den Leistungsschwächeren, sondern es ist gerade umgekehrt. Nach Abzug der Krankenversicherungsbeiträge werden A noch 2500 € verbleiben, B hingegen 3200 € (= 4000 € - 20%).

Vermieden werden könnte diese Situation dadurch, dass die relative 20%-Grenze durch eine absolute Grenze, die an den Grenzwerten für die Sozialhilfe orientiert ist, ersetzt wird. Trotzdem bleibt die Frage, ob sich Einkommenssolidarität in der privaten Krankenversicherung rechtfertigen lässt. Ein Gesichtspunkt, der dagegen spricht, ist sicherlich die fehlende Einkommensabhängigkeit der Beiträge. Umverteilung zwischen Arm und Reich lässt sich jedenfalls besser rechtfertigen, wenn die Umverteilungslasten mit der Leistungsfähigkeit steigen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Einkommensumverteilung in der gesetzlichen Krankenversicherung in ständiger Rechtsprechung gebilligt. In einer Entscheidung zur Krankenversicherung von Rentner-Pensionären heißt es:

„Dabei entsprach es dem Solidaritätsprinzip, daß die besserverdienenden Versicherten durch höhere Beiträge für den Versicherungsschutz der weniger gut verdienenden mit aufkamen; der Beitrag für die bedürfnisgerecht gewährten Leistungen wurde also im Interesse der sozialen Gerechtigkeit entsprechend der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Versicherten gezahlt. Dieses in sich ausgewogene System wurde verändert, als mit der Schaffung der Krankenversicherung der Rentner Personen sehr unterschiedlicher beruflicher Herkunft in die Versicherungspflicht einbezogen wurden und eine niedrige Rente keineswegs eine entsprechend geringe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu bedeuten brauchte. Wenn das Solidaritätsprinzip unter diesen - neuen - Bedingungen der gesetzlichen Krankenversicherung seine sinngebende Funktion, insbesondere seine Legitimation für die Abstufung der Beiträge nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Versicherten behalten soll, dann dürfen die Beiträge pflichtversicherter Rentner, die neben ihrer Rente noch andere, ebenfalls aus einer früheren beruflichen Betätigung herrührende und der Sicherstellung der

*Altersversorgung dienende, also vergleichbare Einnahmen haben, nicht mehr allein nach der Höhe der Rente bemessen werden.*⁸³

Das Bundesverfassungsgericht stellt also einen deutlichen Zusammenhang zwischen Solidarität und einer Beitragsbemessung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit her. Dieser Zusammenhang wäre in den geplanten Regelungen nicht mehr zwingend gegeben. In den Entscheidungen zur privaten Pflegepflichtversicherung hat das Bundesverfassungsgericht die Problematik der Einkommenssolidarität nicht en détail aufgeworfen, sondern sich bei der Frage der Gesetzgebungskompetenz mit dem Hinweis begnügt, dass der Gesetzgeber auch in der Privatversicherung Regelungen des sozialen Ausgleichs vorsehen könne.⁸⁴ Materiellrechtlich wurde die Problematik des sozialen Ausgleichs kaum thematisiert. Das ändert aber nichts daran, dass Einkommenssolidarität in der Privatversicherung in höchstem Maße problematisch ist. Einkommenssolidarität innerhalb einer Gruppe von Personen, die der Gesetzgeber als sozial schutzbedürftig ansieht und deshalb zur Solidargemeinschaft der gesetzlichen Krankenversicherung zusammenfasst, ist gut begründbar – auch wenn sich politisch hier die legitime Frage stellt, ob nicht direkt steuerfinanzierte Unterstützung der bessere Weg wäre. Innerhalb einer Gruppe von Personen, denen der Gesetzgeber eigenverantwortliche Vorsorge zutraut und zumutet und deshalb nicht einem staatlichen Sozialversicherungssystem unterwirft, erscheint Einkommenssolidarität hingegen wenig systemgerecht. Die Angemessenheit der Regelung ist daher zu verneinen.

dd) Art. 3 Abs. 1 GG

Darüber hinausgehende gleichheitsrechtliche Probleme dürfte der geplante Spitzenausgleich in Bezug auf das Neukundengeschäft hingegen nicht aufwerfen. Aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Risikostrukturausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung⁸⁵ ergibt sich, dass es keiner Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 GG bedarf, wenn der einzelne Versicherte verpflichtet wird, in einen Topf zu zahlen, aus dem er selber nehmen darf, er ein System von Anspruch und Ausgleich finanziert, das ihm selber zugute kommt. Es handelt sich nicht um ein fremdnütziges Sonderopfer, da die Versicherten des Basistarifs den Spitzenausgleich finanzieren, gleichzeitig aber auch potentielle Nutznießer sind, da jeder Versicherte unter den festgelegten Voraussetzungen Anspruch auf Unterstützung hat.

⁸³ BVerfGE 79, 223, 236f.

⁸⁴ BVerfGE 103, 197, 217.

⁸⁵ BVerfGE 113, 167.

ee) Ergebnis

Insgesamt unterliegt die durch den Spitzenausgleich erzwungene Einkommenssolidarität jedenfalls in der in dem Arbeitsentwurf vorgesehenen Form erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

d) Öffnung des Basistarifs für freiwillig gesetzlich Versicherte

Die geplante Öffnung des Basistarifs für freiwillig gesetzlich Versicherte lässt sich mit dem Ziel, jedermann einen Versicherungsschutz zu ermöglichen, nicht erklären, da diese Personengruppe ja schon nach geltendem Recht durch Eintritt in die gesetzliche Krankenversicherung Schutz erlangen kann. Insoweit würde es von vornherein an der Erforderlichkeit mangeln. Auch ein Leistungswettbewerb zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung kann nicht Ziel sein, da der Basistarif auf der Leistungsseite mit der gesetzlichen Krankenversicherung identisch sein soll. In Nr. 16 Pkt. 4 der Eckpunkte wird als Zweck der Öffnung des Basistarifs genannt, die private Krankenversicherung solle zukünftig auch zur Aufnahme schlechter Risiken verpflichtet werden. Hintergrund ist die oft beklagte Risikoselektion im Bereich der freiwillig Versicherten: Junge, gesunde Personen – gute Risiken - mit einem Einkommen oberhalb der Versicherungspflichtgrenze können sich in der privaten Krankenversicherung zu günstigen Tarifen versichern. Ältere Personen mit Vorerkrankungen können nach heutiger Rechtslage von der privaten Krankenversicherung abgelehnt werden, während die gesetzliche Krankenversicherung dies nicht darf. Außerdem ist die gesetzliche Krankenversicherung für Personen mit Vorerkrankungen wegen der aktuell in der privaten Krankenversicherung zu zahlenden Risikozuschläge häufig günstiger.⁸⁶ Dies habe zur Folge, dass die Solidargemeinschaft der gesetzlichen Krankenversicherung einseitig mit den schlechten Risiken belastet wird, während sich die private Krankenversicherung „die Rosinen herauspicken“ kann. Die Argumentation greift freilich entschieden zu kurz: Als Kompensation steht der gesetzlichen Krankenversicherung die Versicherungspflicht zur Seite, die ihr auch die guten Risiken zuweist, was bei der privaten Krankenversicherung eben (derzeit) nicht der Fall ist. Die private Krankenversicherung muss sich wirtschaftlich verhalten, indem sie schlechte Risiken ablehnt oder nur zu hohen Prämien versichert, weil ihr die guten Risiken nicht durch das Gesetz zwingend zugewiesen werden. Die freiwillig Versicherten können sich wirtschaftlich verhalten,

⁸⁶ *Mickley/Meesters*, ErsK 2006, 227.

indem sie der für sie günstigsten Versicherung beitreten, die Pflichtversicherten, der weitaus größte Teil, jedoch nicht. Dies rechtfertigt es, dass sich die gesetzliche Krankenversicherung unwirtschaftlich verhalten muss, indem sie auch die schlechten Risiken zu nicht risikoäquivalenten Beträgen versichern muss. Die Öffnung des Basistarifs hätte zur Folge, dass auch die private Krankenversicherung zu einem solchen unwirtschaftlichen Verhalten gezwungen würde. In dem Maße, in dem die schlechten Risiken den Basistarif bei der privaten Krankenversicherung in Anspruch nehmen, würden die gesetzlichen Kassen entlastet. Der Kontrahierungszwang im Bereich der freiwillig Versicherten hat also zum Ziel, den dort herrschenden Wettbewerb zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung „fairer“ zu gestalten.

Das Bundesverfassungsgericht sieht die Stabilität und Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung als ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut an.⁸⁷ Dies bedeutet aber natürlich nicht, dass jede Regelung, die sich in irgendeiner Weise zugunsten der gesetzlichen Krankenversicherung auswirkt, automatisch gerechtfertigt ist. Die Regelung muss sich auch schlüssig in den sozialen Schutzzweck des Systems der Sozialversicherung einfügen. Betrachtet man die Auswirkungen der geplanten Änderung, erscheint dies höchst zweifelhaft. Schlechte Risiken werden nach der geplanten Öffnung die Wahl haben, ob sie sich direkt bei der gesetzlichen Krankenversicherung versichern oder einen Vertrag über ein identisches Leistungsangebot bei der privaten Krankenversicherung abschließen. Insbesondere wegen der beitragsfreien Einbeziehung von Familienangehörigen wird die gesetzliche Krankenversicherung für viele auch weiterhin vorzugswürdig sein. Für Personen ohne Angehörige richtet sich die Entscheidung allein nach dem zu zahlenden Beitrag. Freiwillig Versicherte mit einem Einkommen über der Versicherungspflichtgrenze, die nach bisheriger Rechtslage im Zweifel aus Kostengründen oder mangels Alternative der gesetzlichen Kasse beitraten, werden nun den Basistarif bei der privaten Krankenversicherung wählen, sofern dieser unter dem Höchstbetrag der gesetzlichen Krankenversicherung liegt, den diese Personen sonst zu zahlen hätten. Die Änderung der Rechtslage begünstigt also diesen Personenkreis auf Kosten der Solidargemeinschaft der Privatversicherung. Zwar wird die Solidargemeinschaft der gesetzlichen Krankenversicherung entlastet, aber die Belastung der privaten Krankenversicherung nach der geplanten Änderung ist höher als die Belastung der gesetzlichen Krankenkassen nach bisheriger Rechtslage, da der von der Person mit schlechtem Risiko zu zahlende Beitrag sinkt. Betrachtet man gesetzliche und private Kassen kumuliert, steigt die Belastung durch schlechte Risiken unter

⁸⁷ Vgl. etwa BVerfGE 103, 172, 184, VersR 2004, 898, 899.

entsprechender Entlastung von Personen mit hohem Einkommen. Es handelt sich hierbei um eine systematisch eintretende Folge der geplanten Änderung, die mit sozialen Zielen kaum zu vereinbaren ist. Es soll nicht verkannt werden, dass die sozialpolitischen Ungereimtheiten nicht erst mit der geplanten Änderung beginnen, sondern in dem System der Wahlfreiheit zwischen zwei völlig unterschiedlich organisierten Versicherungssystemen im Bereich der freiwillig Versicherten begründet liegen. Die geplante Öffnung des Basistarifs ändert nichts an dem Grundproblem, sondern ergänzt es noch um eine weitere Ungereimtheit. Die Regelung führt dazu, dass die gesetzliche Krankenversicherung einen Teil ihrer schlechten Risiken an die private Krankenversicherung „abtritt“, wo diese einen noch größeren Verlust verursachen als vorher bei der gesetzlichen Krankenversicherung.

Die geplante Öffnung des Basistarifs für freiwillig gesetzlich Versicherte ist daher verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

e) Kontrahierungszwang bei einem Unternehmenswechsel

Nach Nr. 11 Pkt. 3 der Eckpunkte soll in der privaten Krankenversicherung sichergestellt werden, „dass ein Wechsel zwischen Versicherungsunternehmen in einem vergleichbaren Tarif auch aus Bestandstarifen durch Kontrahierungszwang und Portabilität der Altersrückstellung erleichtert wird“. In dem Arbeitsentwurf findet sich hierzu keine nähere Konkretisierung. Dort ist nur der Kontrahierungszwang beim Basistarif geregelt. Der geplante § 178f Abs. 1 Nr. 2 VVG sieht einen Anspruch des Versicherungsnehmers auf Mitgabe der Altersrückstellung bei einem Wechsel zu einem anderen privaten Krankenversicherungsunternehmen vor, soweit sie sich auf Leistungen aus dem Basistarif bezieht. Offenbar sieht das Arbeitspapier auch bei einem Wechsel innerhalb der privaten Krankenversicherung keinen über den Basistarif hinaus gehenden Kontrahierungszwang vor. *Von einer weitergehenden Regelung hat man daher zu Recht wohl Abstand genommen.* Abgesehen von den erheblichen verfassungsrechtlichen Problemen im Zusammenhang mit der Portabilität der Altersrückstellung, zu denen im Abschnitt C dieses Gutachtens Stellung genommen wird, und den grundsätzlichen Einwänden gegen den Basistarif birgt ein Kontrahierungszwang beim Wechsel in dieser Form keine zusätzlichen verfassungsrechtlichen Probleme.

Die Formulierungen in den Eckpunkten scheinen allerdings darüber hinaus zu gehen. Es könnte gemeint sein, dass ein Versicherter, der beim Unternehmen X einen bestimmten

Versicherungsschutz (Basistarif + Zusatzschutz) genießt, vom Unternehmen Y, das einen vergleichbaren Tarif zu günstigeren Konditionen anbietet, ohne Risikozuschläge angenommen werden muss.

Eine derartige Regelung wäre verfassungsrechtlich nicht zulässig. Als gesetzgeberisches Ziel einer solchen Regelung kommt nur die Intensivierung des Wettbewerbs in der privaten Krankenversicherung in Betracht. Die Sicherstellung einer Grundversorgung erfolgt nämlich schon durch den Basistarif. Fraglich ist schon, inwiefern ein Kontrahierungszwang beim Zusatzschutz überhaupt geeignet wäre, den Wettbewerb zu intensivieren. Die wesentlichen Wechselhindernisse werden durch den Basistarif beseitigt. Kontrahierungszwänge bei Zusatztarifen wären zum einen praktisch schwer durchführbar, zum anderen würden sie eine angemessene Kalkulation unmöglich machen und so einen funktionsfähigen Wettbewerb gerade verhindern. Fraglich ist nämlich, wann die Voraussetzungen des Kontrahierungszwangs gegeben wären. Angesichts der Vielzahl von Differenzierungsmöglichkeiten (Leistungsumfang, Selbstbeteiligungen) wird es *gleiche* Bedingungen nicht geben, jedenfalls wäre es für Unternehmen ein Leichtes, ihre Tarife von denen Konkurrenz geringfügig zu unterscheiden. Soll die Regelung nicht leer laufen, muss daher in der Tat auf „Vergleichbarkeit“ abgestellt werden. Dann müssen aber handhabbare Kriterien hierfür geschaffen werden. Man mag hier auf die zum unternehmensinternen Wechselrecht des § 178f VVG entwickelten Kriterien zurückgreifen. Letztlich wird das Abstellen auf Vergleichbarkeit die Entwicklung innovativer günstigerer Tarife aber eher behindern als fördern. Wenn nämlich ein Unternehmen einen auf der Leistungsseite geringfügig besseren Tarif als die Konkurrenz anbietet, der aber als noch vergleichbar eingeordnet wird, wird dies zur Folge haben, dass eine Vielzahl von Bestandskunden anderer Unternehmen in diesen Tarif wechseln wollen und dies auch ohne Risikoprüfung können. Hieraus erwachsen dem Unternehmen schwer kalkulierbare Risiken. Die Bereitschaft zur Schaffung neuer günstigerer Tarife wird dies schwerlich befördern. Man kann daher mit guten Gründen schon an der Geeignetheit einer solchen Regelung zur Wettbewerbsförderung zweifeln.

Jedenfalls wäre ein derartiger Kontrahierungszwang unangemessen. In die Waagschale zu werfen ist, dass der Kontrahierungszwang ein bedeutender Eingriff in die Vertragsfreiheit ist. Der Kontrahierungszwang kann erhebliche bilanzielle Probleme für den aufnehmenden Versicherer mit sich bringen.⁸⁸ Er bürdet ihm Risiken auf, die ihm bei Neukunden wegen der Möglichkeit der Risikoprüfung nicht entstehen, und berührt somit ganz erheblich die Kalkulationsgrundlagen bei der Prämiengestaltung. Diese Risiken gehen über die schon vorhandenen Risiken, die das Versicherungsunternehmen durch die Tarifwechselfähigkeit nach § 178f VVG tragen muss, hinaus. Der Kontrahierungszwang würde dazu führen, dass es in Tarifen, die – anders als der Basistarif – dem Prinzip der individuellen Risikoäquivalenz folgen, zu einem Zustrom von Versicherten kommen könnte, bei denen sich das aufnehmende Versicherungsunternehmen auf die Risikoprüfung und die Leistungsausschlüsse eines anderen Unternehmens verlassen müsste. Dies kann erhebliche Folgen nach sich ziehen: Angenommen, zwei Unternehmen bieten einen vom Leistungsumfang vergleichbaren Tarif an. Unternehmen A vereinbart relativ strenge Leistungsausschlüsse und Risikozuschläge, Unternehmen B ist hier großzügiger, um Kunden zu werben. B lockt folglich verstärkt schlechte Risiken an, die bei A Risikozuschläge und Leistungsausschlüsse hinzunehmen hätten. Daher kommt es in der Folgezeit zu Prämiensteigerungen bei B,

⁸⁸ *Beutelmann*, in: Scholz/Meyer/Beutelmann: Zu den Wechseloptionen der PKV, 2001, S. 79, 112f.

weil sonst die Krankheitskosten nicht gedeckt werden könnten. Die Prämien bei A bleiben gleich. Für Kunden von B wird also ein Wechsel zu A attraktiv. Bei Geltung eines Kontrahierungszwangs ohne erneute Risikoprüfung müsste A die Kunden der B zu ihren günstigen Konditionen versichern. Dies würde Prämiensteigerungen bei A nach sich ziehen und somit deren ursprünglichen Versichertenstamm benachteiligen. Die unseriöse Politik der B bei Leistungsausschlüssen und Risikoprämien würde zu Lasten der seriös agierenden A und ihrer Versicherten gehen. Die zunächst bei B Versicherten genießen zu Beginn die dortigen günstigen Bedingungen, sobald sich der Preis hierfür in höheren Prämien niederschlägt, wechseln sie zu A, deren Versicherte sich Prämienstabilität durch strengere Leistungsausschlüsse und Risikozuschläge erkaufte haben. Die Ungerechtigkeit eines solchen Szenarios ist offensichtlich. Ein derartiger Neukundenwettbewerb ist nicht förderungswürdig, sondern müsste im Gegenteil durch verstärkte aufsichtsrechtliche Kontrolle verhindert werden. Eine Freiheitseinschränkung – der Kontrahierungszwang – müsste also durch weitere Freiheitseinschränkungen flankiert werden.

Auf der anderen Seite sind keine wesentlichen Vorteile zu erhoffen, sofern man einen über den Basisstarif hinausgehenden Kontrahierungszwang überhaupt als geeignetes Mittel ansehen kann. Zu berücksichtigen ist, dass die private Krankenversicherung schon jetzt keine wettbewerbsfreie Zone ist, sondern im Gegenteil ein harter Wettbewerb und ein breitgefächertes Tarifangebot bei den Neukunden existiert.

Insgesamt ist die in Nr. 11 Pkt. 3 der Eckpunkte in Aussicht genommene Regelung eines Kontrahierungszwangs nicht nur beim Basis- sondern bei allen „vergleichbaren“ Tarifen, nicht angemessen, wenn nicht sogar schon ungeeignet.

f) Versicherungspflicht

Die geplante Versicherungspflicht stellt einen Eingriff in die Vertragsfreiheit der ihr unterliegenden Personen dar.⁸⁹ Grundrechte der Versicherungsunternehmen sind demgegenüber durch die Versicherungspflicht anders als durch den Kontrahierungszwang nicht betroffen. Die Versicherungspflicht sichert den Privatversicherern sogar ein bestimmtes wirtschaftliches Betätigungsfeld. In Einzelfällen möglicherweise auftretende negative Folgen wären als rein faktische mittelbare Beeinträchtigung nicht als eigenständige Grundrechtseingriffe zu werten. Maßstab für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Versicherungspflicht ist damit die allgemeine Handlungsfreiheit der ihr unterliegenden Personen. Entscheidend sind auch hier wiederum die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

aa) Legitimes Ziel

⁸⁹ Vgl. BVerfGE 103, 197, 215 zur privaten Pflegepflichtversicherung.

Die Begründung des zweiten Arbeitsentwurfes nennt *drei Ziele*, die mit der Einführung einer Versicherungspflicht verfolgt werden (S. 21 Entwurf II). Erstens soll die Versicherungspflicht sicherstellen, dass alle in Deutschland lebenden Personen gegen das aufgrund der hohen Kosten möglicherweise ruinöse Krankheitsrisiko finanziell abgesichert werden. Hiermit soll nicht zuletzt die Allgemeinheit vor den finanziellen Folgen fehlender Eigenvorsorge (Inanspruchnahme von Sozialhilfe) geschützt werden. Zweitens sollen Spielräume für opportunistisches Verhalten, die ein Kontrahierungszwang ohne korrespondierende Versicherungspflicht eröffnen würde, verhindert werden. Personen mit aktuell gutem Gesundheitszustand könnten ohne Versicherungspflicht auf eine private Krankenversicherung verzichten und erst bei einer Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes einen – aufgrund fehlender Risikozuschläge kostengünstigen – Versicherungsvertrag zum Basistarif abschließen. Während ein solches Verhalten nach derzeitigem Recht höchst riskant, jedenfalls aber kostspielig wäre, weil die privaten Versicherer einen Vertragsschluss ablehnen oder von der Zahlung von Risikozuschlägen abhängig machen können, wäre dies nach Einführung eines Kontrahierungszwanges zugunsten versicherungswilliger Personen möglich. Derart opportunistisches Verhalten widerspricht der Versicherungsidee und belastet die Solidargemeinschaft der Versicherten. Drittens soll die Versicherungspflicht eine Flucht aus dem Basistarif verhindern. Ohne Versicherungspflicht könnten die Versicherungsunternehmen partielle Tarife anbieten, für die die Regelungen des Basistarifs nicht greifen würden. Solche Tarife wären für gesunde Personen attraktiv. Den Basistarif würden tendenziell Personen mit schlechtem Krankheitsrisiko wählen, was eine Verteuerung des Basistarifs zur Folge hätte, was wiederum dem Wechsel guter Risiken in die Ausweichtarife nach sich ziehen würde. Dieser Prozess einer sich selbst verstärkenden negativen Risikoselektion zulasten des Basistarifs soll durch die Versicherungspflicht verhindert werden. Alle drei Ziele dürfen vom Gesetzgeber legitimerweise verfolgt werden.

bb) Geeignetheit/Erforderlichkeit

Aus den oben genannten Erwägungen ist das Mittel der Versicherungspflicht geeignet, die verfolgten Ziele zu erreichen.

Zweifelhaft ist die Erforderlichkeit im Hinblick auf das erste Ziel. In seiner Entscheidung zur Pflegepflichtversicherung hat das Bundesverfassungsgericht die Erforderlichkeit der Versicherungspflicht bejaht, weil keine hinreichende anderweitige Absicherung des Pflegerisikos in der Bevölkerung bestand. Große Teile der Bevölkerung seien nicht bereit gewesen, sich

freiwillig gegen das Krankheitsrisiko zu versichern. Die geringe Zahl von Personen, die vor Inkrafttreten des SGB IX freiwillig eine Pflegeversicherung abgeschlossen hatten, rechtfertigte die Entscheidung des Gesetzgebers, nicht länger auf eine breite Absicherung des Pflegerisikos auf freiwilliger Grundlage zu vertrauen.⁹⁰ Aus der Urteilsbegründung selbst ergibt sich aber, dass diese Erwägungen nicht auf die Krankenversicherung übertragbar sind. Das Bundesverfassungsgericht führt aus:

„Aus der mangelnden Bereitschaft zur entsprechenden Eigenvorsorge durfte er den Schluss ziehen, dass es der Bevölkerung am gebotenen Risikobewusstsein fehlte und sie - anders als bei der Versicherung des Risikos Krankheit - keinen "Versicherungsdruck" verspürte“⁹¹

Das Bundesverfassungsgericht fordert also ein wirkliches Bedürfnis für eine Versicherungspflicht. Staatlicher Zwang soll erst dann einsetzen, wenn die Bürger entweder zu hinreichender eigener Vorsorge nicht fähig sind oder es auf breiter Ebene an Verantwortungsbewusstsein mangelt. Beides ist im Fall der Krankenversicherung nicht gegeben. Die gesetzliche Krankenversicherung ist gerade deshalb auf bestimmte als sozial schutzbedürftig angesehene Personengruppen beschränkt, weil der Rest der Bevölkerung vom Gesetzgeber für hinreichend eigenverantwortlich angesehen wird – und dies zu Recht. Die Problematik des Versicherungszwangs wird dabei weniger bei den Personen deutlich, die derart wohlhabend sind, dass sie auch ohne Versicherung alle denkbaren Krankheitskosten selbst tragen könnten – im Hinblick auf diese Personengruppe ist ein Versicherungszwang zwar objektiv nicht erforderlich; angesichts der Schwierigkeit der Abgrenzung, ab wann jemand so wohlhabend ist, dass er objektiv keiner Versicherung bedarf, ließe sich die Erforderlichkeit einer allgemeinen Pflicht ohne individuelle Ausnahmetatbestände aber möglicherweise noch rechtfertigen – auch wenn hier nicht so recht einleuchtet, warum nicht eine pauschalierende Abgrenzung nach Jahresverdienst möglich sein soll. Die Problematik besteht vielmehr vor allem darin, dass die Versicherungspflicht sich auf den Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung bezieht. Die individuellen Wahlmöglichkeiten,⁹² mit denen geringere Prämien erreicht werden können, werden durch die Versicherungspflicht zunichte gemacht: Der Bürger muss sich auch für Dinge versichern, die er nicht braucht oder nicht will, und für die er nicht zahlen will. Wer Kuren oder Psychoanalyse nicht (versichern) will, dem kann nicht vorgehalten werden, dies sei zwingend erforderlich zur Absicherung des Krankheitsrisikos. Hinzuweisen ist an dieser Stelle

⁹⁰ BVerfGE 103, 197, 223.

⁹¹ BVerfGE 103, 197, 223 (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁹² Zu nennen sind insbesondere höhere Selbstbeteiligungen und der Ausschluss bestimmter nicht zwingend von jedem für erforderlich gehaltener ärztlicher Leistungen.

auch nochmals auf den Unterschied zur Pflegepflichtversicherung, die lediglich einen partiellen Mindestschutz bietet, während die gesetzliche Krankenversicherung in ihrer derzeitigen Gestalt über einen Mindestschutz hinausgeht. Insgesamt kann der durch die geplante Versicherungspflicht bewirkte Eingriff in die Freiheit der Bürger, über das Ob, vor allem aber über den Umfang ihrer Vorsorge gegen das Krankheitsrisiko eigenverantwortlich zu entscheiden, nicht mit dem erstgenannten Ziel gerechtfertigt werden.

Nach alledem könnte die Erforderlichkeit aber auch nicht im Hinblick auf das zweite und das dritte Ziel bejaht werden. Denn hierbei handelt es sich letztlich nur um Sekundärziele. Das Instrument der Versicherungspflicht soll dazu dienen, das System des Basistarifs vor einer Aushöhlung durch opportunistisches Versicherungsverhalten und einer Flucht aus dem Basistarif zu schützen. Ist aber der Basistarif in seinem geplanten Umfang nicht erforderlich bzw. jedenfalls nicht angemessen (siehe Abschnitt B II 2 a), fällt hiermit auch die Erforderlichkeit von Sicherungsmaßnahmen weg. Die Überlegungen hier bestätigen vielmehr die Richtigkeit des bereits Gesagten: Würde man den Basistarif auf eine echte Mindestsicherung beschränken statt ihn auf den umfangreicheren Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung festzulegen, würde sich auch das Problem der Umgehung des Basistarifs durch partielle Versicherungen in weit geringerem Umfang stellen, da ein Versicherungsschutz, der substantiell unter dem Basistarif bliebe, auch für gesunde Menschen deutlich unattraktiver wäre. Ähnliches gilt für die Gefahr opportunistischen Versicherungsverhaltens. Dieses besteht umso stärker, je umfassender und attraktiver der Versicherungsschutz ist, der Versicherungswilligen mittels des Kontrahierungszwanges garantiert wird. Derjenige, der weiß, dass er sich jederzeit umfassend versichern kann, ist eher geneigt, diesen Versicherungsschutz aufzuschieben und bis dahin die Prämien zu sparen, als derjenige, der weiß, dass ihm nur der Zugang zu einem Mindestschutz garantiert ist, er aber von einem umfassenden attraktiven Versicherungsschutz möglicherweise dauerhaft ausgeschlossen bleibt, wenn er nicht frühzeitig einen Krankenversicherungsvertrag abschließt.

cc) Ergebnis

Insgesamt ist daher schon die Erforderlichkeit der Versicherungspflicht in ihrer geplanten Gestalt zu verneinen. Jedenfalls steht die Versicherungspflicht in ihrer geplanten Gestalt in keinem angemessenen Verhältnis zu den mit ihr verbundenen Freiheitseinschränkungen.

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen eines Übergangs auf ein anderes System

Gegenstand der Untersuchung war bislang die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der geplanten Regelungen als solche. Dies wurde in weiten Teilen verneint. Selbst wenn man aber die Verfassungsmäßigkeit der geplanten Neuregelung im Hinblick auf Neukunden bejaht, ergeben sich im Hinblick auf Bestandskunden verfassungsrechtliche Probleme, die sich aus einem Wechsel vom bisherigen System in ein reformiertes System ergeben können. Verdeutlicht sei die Grundsatzproblematik am Problem der Portabilität der Altersrückstellungen. Es mag zulässig sein, dass der Gesetzgeber für das Neugeschäft eine Portabilität vorsieht.⁹³ Das bedeutet aber noch lange nicht, dass die Einführung einer Portabilität für Bestandskunden, die Verträge nach altem Recht und somit mit den alten Kalkulationsmaßstäben abgeschlossen haben, verfassungsrechtlich zulässig ist. Der Gesetzgeber hat die Grundsätze zur Zulässigkeit rückwirkender Regelungen zu beachten. Zu unterscheiden ist zwischen der sogenannten „echten“ und der „unechten Rückwirkung“ bzw. „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“ und „tatbestandlicher Rückanknüpfung“.⁹⁴ Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn ein Gesetz vor seiner Verkündung bereits abgeschlossene Tatbestände nachträglich veränderten Bedingungen unterwirft.⁹⁵ Sie ist grundsätzlich verboten. Unechte Rückwirkung ist anzunehmen, wenn das Gesetz für noch andauernde Tatbestände, insbesondere Rechtsverhältnisse, mit Wirkung für die Zukunft andere Rechtsfolgen vorsieht.⁹⁶ Sie ist unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich zulässig. Prüfungsmaßstab hinsichtlich der Bestandskunden kann weiterhin auch der Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG sein.

Probleme kann insbesondere die im ursprünglichen Gesetzesentwurf geplante, jetzt aber wohl verworfene Aufspaltung von bestehenden Verträgen mit substitutivem Krankenversicherungsschutz in den Basistarif und eine Zusatzversicherung hinsichtlich der überschießenden Leistungen aufwerfen. Der Einfachheit halber sei zunächst das Beispiel eines privat Versicherten mit niedrigem Krankheitsrisiko genannt, der einen Vertrag mit dem Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung hat, und zwar gegenwärtig zu günstigen Prämien ohne Risikozuschlag. Ein solcher Vertrag würde durch die Reform in einen Basistarif-Vertrag umgewandelt. Da der Basistarif nicht individuell risikoäquivalent berechnet wird, wird

⁹³ Kurzgutachten *Depenheuer*, S. 15.

⁹⁴ Die Kategorien „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“/„tatbestandliche Rückanknüpfung“ hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung BVerfGE 72, 200, 241f eingeführt. In der Sache existieren aber wohl keine Unterschiede zu den herkömmlichen Kategorien der echten/unechten Rückwirkung.

⁹⁵ *Sachs/Sachs*, GG, Art. 20 Rn 133.

⁹⁶ *Sachs/Sachs*, GG, Art. 20 Rn 135.

die Prämie für diesen Versicherten in der Zukunft tendenziell stärker steigen als bei Beibehaltung des alten Systems, in dem Personen mit hohem Krankheitsrisiko einen zusätzlichen Beitrag in Form eines Risikozuschlags leisteten. Es handelt sich hierbei um einen vom Gesetzgeber angeordneten für die Zukunft wirkenden Eingriff in ein bestehendes Rechtsverhältnis, also um eine unechte Rückwirkung.⁹⁷ Eine echte Rückwirkung liegt nicht vor, da der Versicherte nicht etwa rückwirkend höhere Prämien zahlen muss. Eine Einordnung der Rechte aus dem Versicherungsvertrag als Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG brächte zusätzliche Probleme.⁹⁸ Der Versicherungsnehmer hat bereits aufgrund des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung gegenüber dem Versicherungsunternehmen eine gesicherte Position, auch wenn konkrete Forderungen – die ohne Zweifel als Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG anzusehen sind⁹⁹ - erst mit dem jeweiligen Versicherungsfall entstehen. Die Umstellung auf den Basistarif könnte man daher als eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG ansehen, die sich wie die unechte Rückwirkung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit messen lassen müsste.¹⁰⁰

Ob all dies verfassungsrechtlich zulässig wäre, mag dahingestellt bleiben, weil zurzeit eben nicht geplant. Der Gesetzgeber tut gut daran, zumindest dieses verfassungsrechtliche Problem zu vermeiden; zu Recht hat er seinen ursprünglichen Ansatz verworfen.

V. Zusammenfassung

1. Die Freiheit der Entscheidung über den Abschluss eines Krankenversicherungsvertrages und dessen inhaltliche Ausgestaltung unterfällt der grundrechtlich durch Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG und gegebenenfalls auch Art. 9 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit.

2. Die Einführung des Basistarifs mit Kontrahierungszwang für das Neukundengeschäft stellt einen Eingriff sowohl in die Grundrechte der Versicherungsunternehmen als auch der Versicherungsnehmer dar. Ein solcher Eingriff ist verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt, wenn er durch ein formell und materiell mit dem Grundgesetz in Einklang stehendes Gesetz erfolgt.

⁹⁷ Vgl. BVerfGE 103, 392, 403. In dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Änderung der beitragsrechtlichen Bemessungsgrundlage für die Zukunft in der freiwilligen gesetzlichen Krankenversicherung als unechte Rückwirkung qualifiziert (und für zulässig erachtet).

⁹⁸ S. auch Papier, aaO, S. 23 zu den „Ansprüchen und Anwartschaften der Privatversicherten, die unzweifelhaft den Eigentumsschutz nach Art. 14 GG genießen“.

⁹⁹ Sachs/Sachs, GG, Art. 14 Rn 24. S. zur Position eines Mieters BVerfGE 89, 1.

¹⁰⁰ Sicherergestellt werden muss aber sowohl unter dem Gesichtspunkt der Rückwirkung als auch dem des Art. 14 GG, dass die Umstellung auf den Basistarif nicht die angesparten Altersrückstellungen des Versicherten entwertet.

3. Dem Bundesgesetzgeber fehlt die Kompetenz zum Erlass der geplanten Regelungen. Die Kompetenznorm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Sozialversicherung) scheidet aus, weil Sozialversicherung eine öffentlichrechtliche Organisationsform voraussetzt, die geplanten Regelungen sich aber auf privatrechtlich organisierte Unternehmen beziehen. Die Inanspruchnahme von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (privatrechtliches Versicherungswesen) scheidet zwar nicht allein deshalb aus, weil einzelne Regelungen untypisch für das herkömmliche privatrechtliche Versicherungswesens sind. Die Summe der geplanten Maßnahmen gestaltet die private Krankenvollversicherung jedoch derart grundlegend um, dass sie nicht mehr vom Leitbild des privatrechtlichen Versicherungswesens, welches Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zugrunde liegt, erfasst wird. Die private Krankenversicherung wird so sehr der gesetzlichen Krankenversicherung angenähert, dass sie nicht als mehr Privatversicherung im Sinne der grundgesetzlichen Kompetenzzuweisung verstanden werden kann.

4. Die Einführung eines Kontrahierungszwangs mit dem Ziel, allen Bürgern, die sich nicht gesetzlich versichern können, Versicherungsschutz zu ermöglichen, ist verfassungsrechtlich zulässig, solange die Prämien weiterhin am individuellen Krankheitsrisiko orientiert werden dürfen. Dies gilt jedoch wohl nur für solche Tarife, die tatsächlich eine reine Grundversorgung sind, die elementare Krankheitsrisiken abdeckt. Das ist bei einem Leistungsniveau auf dem der gesetzlichen Krankenversicherung nicht der Fall. Ein Kontrahierungszwang für bereits Versicherte lässt sich mit diesem Ziel zudem nicht rechtfertigen, und damit auch nicht der Kontrahierungszwang der privaten Krankenversicherung für bislang freiwillig in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherte Personen.

5. Das Verbot von Risikozuschlägen im Basistarif stellt eine gesetzgeberisch erzwungene Gleichbehandlung von Personen mit unterschiedlichem individuellem Krankheitsrisiko dar. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) liegt hierin wohl nicht.

6. Der Basistarif standardisiert umfassenden privaten Krankenversicherungsschutz auf einem Mindestniveau, das dem Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung entspricht. Die bislang gegebene Freiheit zur Gestaltung eines individuellen Krankenversicherungsschutzes wird hierdurch erheblich eingeschränkt. Dieser Eingriff in die grundrechtlich gewährleistete Vertragsfreiheit der Versicherten ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Die vom Gesetzgeber ausdrücklich genannten Ziele, den Versicherten mehr Wahlfreiheit einzuräumen und den Wettbewerb unter den privaten Krankenversicherern zu stärken, sind zwar legitim. Sie können jedoch von vornherein allenfalls insoweit verwirklicht werden, als es um den Wechsel

von einem Versicherungsunternehmen zu einem anderen geht. Die Verbesserung der Wechsellmöglichkeiten und die daraus folgende Intensivierung des Wettbewerbs werden jedoch durch Standardisierung im Basistarif und somit erhebliche Einschränkungen der Wahlmöglichkeiten und damit des Wettbewerbs um die besten Leistungsangebote erkaufte. Die Freiheitsbeschränkung der Versicherten steht daher insgesamt nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen des Gesetzgebers. Das Ergebnis ist nicht mehr Wettbewerb, sondern weniger Wettbewerb, wird doch der Produktwettbewerb in wesentlichen Punkten gänzlich verhindert.

7. Für die privaten Krankenversicherungsunternehmen sind die geplanten Umgestaltungen ihres Geschäftsmodells derart weitgehend, dass sie sich als objektive Berufswahlregelung im Sinne der Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 Abs. 1 GG darstellen. Der Beruf des Krankenvollversicherers wird nicht nur ausgestaltet, sondern in seiner herkömmlichen Form unmöglich gemacht. Objektive Berufswahlregelungen sind nur zur Abwehr schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zulässig. Derartige Gefahren sind nicht ersichtlich. Selbst wenn man die geplanten Neuregelungen lediglich als Berufsausübungsregelungen ansieht, müssen sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Dies ist aus den unter 6. genannten Erwägungen nicht der Fall. Damit liegt auch ein Verstoß gegen die Berufsfreiheit vor.

8. Ein Spitzenausgleich zur Unterstützung einkommensschwächerer Versicherter ist jedenfalls in der geplanten Form nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar. Die geplante Regelung zwingt die Versicherten zur Subventionierung derjenigen, denen der Gesetzgeber die Zahlung der vollen Prämie nicht zumutet. Es geht also nicht nur um Solidarität zwischen Personen mit hohem und solchen mit niedrigem Krankheitsrisiko (Risikosolidarität), sondern um Einkommenssolidarität. Diese Form der Solidarität ist in der gesetzlichen Krankenversicherung, in der Beiträge nach der Leistungsfähigkeit erhoben werden, gerechtfertigt. In der privaten Krankenversicherung kann die geplante Gestaltung aber dazu führen, dass Versicherte mit niedrigerem Einkommen solche mit höherem Einkommen subventionieren. Eine derart pervertierte Solidarität kann die mit ihr verbundenen Freiheitsbeschränkungen nicht rechtfertigen.

9. Die Öffnung des Basistarifs für freiwillig gesetzlich versicherbare Personen und die entsprechende Erstreckung des Kontrahierungszwangs kann ersichtlich nicht mit dem Ziel gerechtfertigt werden, jedermann Zugang zu Krankenversicherungsschutz zu ermöglichen. Die mit der Öffnung bezweckte Schaffung eines „fairen“ Wettbewerbs zwischen gesetzlichen und

privaten Versicherungen kann die mit der Regelung verbundene Freiheitsbeschränkung der privaten Versicherungsunternehmen aber letztlich auch nicht verfassungsrechtlich rechtfertigen, da die schon existierenden Friktionen im Verhältnis von privater und gesetzlicher Krankenversicherung nicht beseitigt, sondern noch verstärkt werden.

10. Sofern ein Kontrahierungszwang beim Wechsel von einem Versicherungsunternehmen zu einem anderen nur im Hinblick auf den Basistarif besteht, ergeben sich abgesehen von grundsätzlichen Einwänden gegen den Basistarif keine zusätzlichen verfassungsrechtlichen Probleme. Eine Erstreckung des Kontrahierungszwanges auf andere Tarife ist verfassungsrechtlich ausgeschlossen.

11. Die geplanten Neuregelungen sollen nach derzeitigem Planungsstand nur auf Neukunden anwendbar sein. Bestehende Verträge sollen nicht in den Basistarif und eventuelle Zusatzversicherungen aufgespaltet werden. Die Bundesregierung hat zu Recht vom ursprünglichen Plan Abstand genommen. Ein hiermit verbundene Eingriff in bestehende Rechtsverhältnisse müsste insbesondere die Maßstäbe zur Zulässigkeit der sogenannten unechten Rückwirkung beachten. Grundsätzlich sind die Freiheitseinschränkungen, die die Neuregelung für Bestandskunden mit sich bringt, wesensgleich mit den Beschränkungen für Neukunden. Hält man die Neuregelungen also bei zukünftigen Verträgen für unzulässig, wäre die Einbeziehung von bestehenden Verträgen erst recht nicht zu rechtfertigen. Notwendig wären zudem Übergangs- und Härteregelnungen.

C. Einführung der Portabilität der Altersrückstellungen (*Kämmerer*)

I. Verfassungsrechtliche Betrachtung der Portabilisierung der Rechte aus dem Versicherungsvertrag, insb. von Alterungsrückstellungen

Die Portabilisierung der „Rechte aus dem Versicherungsvertrag“ ist verfassungswidrig, wenn sie – wobei hier die Alterungsrückstellungen im Vordergrund stehen sollen – einen übermäßigen Eingriff in die Zuweisungsstrukturen eines vermögenswerten Gutes darstellt, ja möglicherweise eine gezielte entschädigungslose Eigentumsentziehung, und sie damit Art. 14 Abs. 1 GG verletzt. Darüber hinaus kommt auch ein übermäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit der betroffenen Unternehmen (Art. 12 Abs. 1 GG) in Betracht, insbesondere wenn die bisherigen privaten Krankenversicherungen durch ein Modell anderer Art ersetzt werden, das den gesetzlichen

Krankenversicherungen so erheblich angenähert ist, dass es die Tätigkeit privater Krankenversicherungen herkömmlicher Art unmöglich macht.

Für die Versicherten selbst ist die neue Regelung auf den ersten Blick günstig, da die Portabilität der Alterungsrückstellung beitragsreduzierend wirkt. Allerdings könnte die rechnerisch erforderliche Erhöhung der Tarife für die verbleibenden Versicherten, die weder das Versicherungsunternehmen wechseln noch eine Überleitung in den Basistarif begehren, mit Blick auf deren Vertrauen in den Bestand und die Finanzierbarkeit der Verträge die Frage nach der Vereinbarkeit mit der Vertragsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, aufwerfen¹⁰¹.

1. Anwendbare Grundrechte: Vertragsfreiheit/Privatautonomie oder Berufsfreiheit

a) Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Das Bundesverfassungsgericht hat frühzeitig festgestellt, dass über die allgemeine Handlungsfreiheit i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG auch die Vertragsfreiheit geschützt ist, freilich nur insoweit, als nicht besondere Grundrechtsbestimmungen einschlägig sind.¹⁰² Dies entspricht der Funktion des Art. 2 Abs. 1 GG als „Auffanggrundrecht“, das alle tatbestandlich von den übrigen Grundrechtsbestimmungen nicht erfassten Tätigkeiten abdeckt, und zwar – wie das BVerfG in der Entscheidung über das „Reiten in Walde“ klargestellt hat – ohne Rücksicht auf ihre soziale Wertigkeit und auch Erlaubtheit.¹⁰³ Ein Teil der Lehre zieht den Schutzrahmen enger und möchte ihn in Anlehnung an die „Persönlichkeitskerntheorie“¹⁰⁴ nur auf solche Tätigkeiten bezogen wissen, deren soziale Bedeutung den von den anderen Grundrechtsbestimmungen erfassten Tätigkeiten vergleichbar ist¹⁰⁵. Für den Abschluss von Versicherungsverträgen bedarf es hierzu keiner Stellungnahme; soweit es sich um Krankenversicherungen handelt, stehen diese in einem engen Zusammenhang insbesondere mit dem Recht auf Leben und Gesundheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

¹⁰¹ Dazu siehe infra S. 83.

¹⁰² BVerfGE 8, 274 [328].

¹⁰³ BVerfGE 80, 137 [152 ff.].

¹⁰⁴ Peters, Hans, Die freie Entfaltung als Verfassungsziel, in: FS-Laun, 1953, S. 669 [673 f.]; ders. Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 1963, S. 49.

¹⁰⁵ Grimm, abweichende Meinung, BVerfGE 80, 137 [164 ff.].

b) Betroffenheit der Eigentumsgarantie, Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG

Das „Auffanggrundrecht“ des Art. 2 Abs. 1 GG findet keine Anwendung, soweit der Sachverhalt vom Schutzbereich einer speziellen Grundrechtsbestimmung erfasst wird. Mit Blick auf die privaten Versicherungsunternehmen kommt insoweit Art. 14 Abs. 1 GG, die Eigentumsgarantie, in Betracht.

aa) Alterungsrückstellungen als Eigentum

Es bedarf keiner weiteren Ausführungen dazu, dass die Alterungsrückstellung, rein formal betrachtet, ein Anlageposten ist, der im Eigentum¹⁰⁶ des Versicherungsunternehmens steht: Dieses nimmt sie aus den Erträgen der Beiträge der Versicherten vor und gibt sie, sinnbildlich gesprochen, zur Dämpfung der Beitragshöhe im Alter wieder aus. Allerdings kann der Versicherer, will er die Versicherungsverträge nicht verletzen, mit diesen Mitteln nicht nach Belieben verfahren, sondern er hat sie systemimmanent einzusetzen. Ein Einsatz zu Erwerbs- oder Investitionszwecken wäre, wiewohl formalrechtlich möglich, sachwidrig. Damit sind die Alterungsrückstellungen den Versicherern zwar nicht treuhänderisch von den Versicherten anvertraut, aber ihre Verwendung hat doch fremdnützig zu erfolgen.¹⁰⁷ Eine Individualisierung der in Bezug auf den einzelnen Vertrag vorgenommenen Alterungsrückstellung, die nur als Rechengröße Bestand hatte, wurde bisher nicht vorgenommen; vielmehr wurden die Rückstellungen für das Kollektiv aller Versicherten gebildet, m.a.W. ein Rückstellungspool eingerichtet. Der Einzelne konnte daher ebenso wenig einen Anspruch auf Auszahlung der „für ihn“ gebildeten Rückstellungen erwirken, wie eine Übertragung der Rückstellung auf eine andere Krankenkasse für den Fall eines Versichererwechsels möglich war: Die gebildeten Rückstellungen kamen der Gesamtheit der Versicherten zugute.

bb) Qualifikation der Portabilisierung als Inhaltsbestimmung

Diese Praxis soll durch die neuen Portabilitätsvorschriften nunmehr modifiziert werden. Zwar bleibt es für den Normalfall bei der kollektivnützigen Zuordnung der Alterungsrückstellung, doch ändert sich dies, wenn der Versicherte das Kollektiv verlässt, also zu einem anderen

¹⁰⁶ Zum spezifisch verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff vgl. BVerfGE 42, 263 [292 f.]; vgl. auch *Wieland*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2004, Art. 14, Rn. 38 ff.

¹⁰⁷ Vgl. schon die Entscheidung des Obersten Finanzgerichtshofes v. 22.6.1949 (Az. I 174/43 S.), S. 4: „Es liegt eine rechtliche Verpflichtung für die Zukunft gegenüber den Versicherten vor. Die Rückstellung ist erforderlich, um die Erfüllung dieser Verpflichtung des Unternehmens, die dem Grunde nach bereits entstanden ist, zu gewährleisten.“

Versicherer überwechselt: In diesem Fall wird zwar kein Anspruch des Versicherten auf Auszahlung der Rückstellung geschaffen, wohl aber ist die Versicherung a quo der Versicherung ad quem zur Übertragung der Alterungsrückstellung verpflichtet. Anders gewendet: Die zum Zwecke der Alterungsrückstellung gebildeten Vermögensmittel stehen erstens unter der auflösenden Bedingung, dass der Vertrag mit dem Versicherten gekündigt wird, und sie müssen für diesen Fall individualisiert, also dem abgängigen Versicherten zugewiesen werden. Diese Maßnahme ist kein gezielter und damit enteignungsgleicher Eingriff in das Eigentum, sie lockert aber die Zuweisung der Alterungsrückstellungen zum Versicherer und modifiziert das Zuweisungsverhältnis zugleich. Insoweit ist sie als Inhaltsbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GG aufzufassen, die den Schutzbereich des Eigentums präzisiert.¹⁰⁸ Auch Inhaltsbestimmungen aber sind nicht ohne weiteres zulässig, sondern sie müssen, um nicht in eine Eigentumsverletzung umzukippen, im Lichte des Regelungszieles verhältnismäßig sein.¹⁰⁹

c) Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Des Weiteren kommt im Hinblick auf die Versicherungsunternehmen Art. 12 Abs. 1 GG, die Berufsfreiheit, in Betracht. Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass die Tätigkeit der Versicherungsunternehmen in den Schutzbereich der Berufsfreiheit fällt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass jede gesetzliche Regelung, die sich auf die Berufsausübung auswirkt, in Art. 12 Abs. 1 GG eingreift; andernfalls wäre, wie das BVerfG herausgestellt hat, der Schutzbereich dieses Grundrechts unabsehbar weit. Das Gericht nimmt daher im Einklang mit der herrschenden Lehre an, dass ein Eingriff in das Berufsgrundrecht nur bei objektiv oder subjektiv „berufsbezogenen Maßnahmen“ vorliegt.¹¹⁰ Es muss bezweifelt werden, ob die Neugestaltung der privaten Krankenversicherungsverträge in diesem Sinne als subjektiv berufsbezogene Regelung angesehen werden kann, da sie nicht ausdrücklich darauf gerichtet ist, die Ausübung eines Berufs – des privaten Krankenversicherers – spezifischen Vorschriften zu unterwerfen. In tatsächlicher Hinsicht zwingt sie die privaten Krankenversicherer jedoch zu erheblichen Änderungen ihrer Geschäftspraxis, die ausschließlich in Abschluss und Erfüllung privater Krankenversicherungsverträge besteht: Die bisher bestehende Unmöglichkeit, Alterungsrückstellungen auf einen anderen Versicherer, ja überhaupt auf andere Tarife zu übertragen, ist Ausdruck des die Geschäftspraxis der Versicherer prägenden Grundsatzes

¹⁰⁸ Vgl. zu dieser Dogmatik BVerfGE 100, 1 (37 ff.); vgl. auch *Wieland*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2004, Art. 14, Rn. 74 ff.

¹⁰⁹ Vgl. BVerfGE 52, 1 [49].

¹¹⁰ Vgl. BVerfGE 37, 1 [18]; 55, 7 [25 ff.]; 70, 191 [214]; 95, 267 [302 f.]; stRspr.

lebenslanger Bindung zwischen Versicherung und Versichertem. Sie ist unauflöslich mit einem konkreten System der Tarifbildung verwoben. Die Bildung der Alterungsrückstellung sorgt für eine alters- und damit auch (bei bestehenden Verträgen) risikounabhängige Beitragserhebung. Dazu trägt auch ihr Verbleib beim bisherigen Versicherer für den Fall des Ausscheidens bei, da die Kalkulation der Rückstellungen im Hinblick auf die Alterung eines ganz bestimmten Klientenkreises erfolgt. Insoweit gehört die Rückstellungspraxis zum Kern des Geschäftsgebarens der Privatversicherer, sodass die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen eine objektive Berufsregelung darstellen.¹¹¹ Das Gesetz schränkt die Möglichkeiten der PKV, eigene Versicherungsmodelle zu offerieren, nicht nur für die Zukunft ein, sondern zwingt die Versicherer durch die Ermöglichung der Portabilisierung von Rechten auch zur Umwandlung bestehender Versicherungsverträge – ihrer zentralen beruflichen „assets“. Art. 12 Abs. 1 GG ist auf die geplanten gesetzlichen Regelungen nach alledem zumindest insoweit anwendbar.

Es bleibt die Frage, ob dies mit Blick auf das Diktum, Art. 12 Abs. 1 GG schütze den Erwerb, während das Erworbene von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt werde¹¹², auch gilt, soweit bereits angelegte Rückstellungen für portabel erklärt werden. Die Antwort muss positiv ausfallen, da der Eingriff des Gesetzgebers über die bloße Neujustierung eines eigentumswerten Gutes hinausgeht: Die Versicherer werden durch ihn auch gezwungen, ihr gesamtes Tarifsysteem neu zu gestalten, da die Tarifberechnung für bestehende Verträge bis jetzt unter der Annahme durchgeführt worden ist, dass die Alterungsrückstellungen nicht übertragbar seien. Damit liegt wie im Fall der noch nicht angelegten Rückstellungen bzgl. der Neukunden eine zumindest objektiv berufsregelnde Tendenz vor, die über Modifikationen des „Erworbenen“ hinaus zugleich eine Beschränkung der Berufsfreiheit darstellt. Art. 12 Abs. 1 GG kommt also, jedenfalls für den hier zu untersuchenden Sachverhalt, neben Art. 14 Abs. 1 GG zur Anwendung.

Die Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 GG hat zur Folge, dass die gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG strengeren Rechtfertigungsvoraussetzungen dieser Vorschrift Platz greifen. Sie beziehen sich auf das Gemeinschaftsgut, um dessentwillen der Eingriff erfolgt, aber auch auf den Verhältnismäßigkeitsmaßstab. Dabei ist nach der vom BVerfG entwickelten „Stufenlehre“¹¹³ danach zu differenzieren, ob der Eingriff „nur“ die Modalitäten der Berufsausübung betrifft oder zu Beschränkungen bei der Berufswahl führt; im letztgenannten Fall sind, vor allem bei

¹¹¹ Näher hierzu *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 2005, Rn. 73 ff.

¹¹² Vgl. BVerfGE 31, 8 [32]; 38, 61 [102]; 65, 237 [248]; 77, 84 [117]; 81, 70 [96]; 82, 209 [234]; 84, 133 [157]; 85, 360 [383]; 88, 366 [377]; dazu auch *P. Wittig*, Bundesverfassungsgericht und Grundrechtssystematik, in: FS Gebhard Müller, 1970, S. 575 ff. (590).

¹¹³ Vgl. BVerfGE 7, 377 [404 ff.]; 25, 1, [11 f.].

objektiven, der Disposition des Betroffenen entzogenen Kriterien, zulässigen Eingriffen hohe Hürden gesetzt.¹¹⁴

aa) Tätigkeit der PKV als eigenständiger Beruf

Dazu muss zunächst festgestellt werden, ob es sich bei der Tätigkeit der PKV um einen eigenständigen Beruf handelt, der sich insbesondere von der Tätigkeit der GKV hinreichend abgrenzt. Für eine Beschränkung der Berufswahl und nicht lediglich der Berufsausübung könnte dann nämlich streiten, dass die vorgesehene Gesetzesregelung die Unterschiede zwischen PKV und GKV weitgehend nivellieren dürfte; insoweit ist bereits das Schlagwort von der „GKVisierung der PKV“ gefallen. Das System der privaten Krankenversicherungen in seiner bisherigen Form unterscheidet sich von der GKV darin, dass die Gesundheitsvorsorge in einem stärkeren Maße individualisiert ist. So wie der zu Versichernde den Vertragsinhalt nach Maßgabe seines individuellen Risikos wählen kann, ist dieses Risiko andererseits (neben dem Einkommen) auch Maßstab für die von ihm erhobenen Beiträge (Risikoäquivalenz). Diese steigen – im Prinzip – wegen der Alterungsrückstellungen mit zunehmendem Lebensalter nicht an. In der Regel ist der Leistungsumfang der PKV im Rahmen der individualisierten Leistungen größer als bei der GKV. Die Unternehmen werden am Markt oft mit der Absicht der Gewinnerzielung tätig. Ein Wechsel von der PKV zur GKV ist für Versicherte, die oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze liegen, i.d.R. bisher nicht möglich, d.h., die PKV und der Versicherte gehen grds. lebenslange Bindungen ein. Im Gegensatz zur PKV finanziert sich die GKV nach dem Solidarprinzip: Die Ausgaben werden aus den laufenden Beitragseinnahmen gedeckt (Umlagesystem). Es besteht für die betroffenen Bevölkerungsgruppen eine gesetzliche Pflichtmitgliedschaft in einer GKV bzw. Ersatzkasse. Bei der PKV schließt der Versicherte einen Vertrag mit dem behandelnden Arzt oder Krankenhaus; die Erstattungsleistungen der PKV sind nichts anderes als die Erfüllung einer individualvertraglich vereinbarten Pflicht. Die Krankenbehandlung im Rahmen der GKV erfolgt durch Sachleistungen, deren Bedarf durch die GKV geprüft wird, und welche die Versicherung der behandelnden Stelle nicht individualisiert erstattet, sondern im Rahmen wiederkehrender Pauschalleistungen. Aus alledem folgt, dass die Tätigkeit der PKV sich von derjenigen der GKV in einer Weise unterscheidet, dass sie ohne weiteres als eigenständiger Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG qualifiziert werden kann.

¹¹⁴ Objektive Berufswahlbeschränkungen sind nur zur Abwehr „nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ zulässig, vgl. BVerfGE 7, 377 [408].

bb) Berufsausübungsbeschränkung mit Grad einer Berufswahlbeschränkung

Die geplanten Neuregelungen beschränken die Berufswahl, wenn sie zur Folge haben, dass die Tätigkeit der private Krankenversicherer in ihrer bisherigen Form keinen Bestand mehr hat und auch nicht mehr ergriffen werden kann. Anders ausgedrückt: Ein Eingriff in die Berufswahl ist anzunehmen, wenn aus der Gesundheitsreform eine „andere PKV“ hervorgeht. Dabei muss eine Gesamtschau der Neukonzeption erfolgen. Durch die Neukonzeption wird der PKV die Möglichkeit entzogen, durch individualisierbare Angebote Kundenakquise zu betreiben; sie wird auf einen regulativen Standard verpflichtet. Inhaltlich ergeben sich dabei nur noch mäßige Unterschiede zwischen PKV und GKV, die einander – offenbar mit dem Ziel, längerfristig eine uniforme „Bürgerversicherung“ zu schaffen – erheblich angenähert werden. Das für die Preisgestaltung relevante Rückstellungssystem der PKV, das einen wesentlichen Teil des Finanzierungsmechanismus ausmacht, wird durch die hiermit verbundene Portabilitätsregelung in Frage gestellt. Insofern wird durch regulierenden Eingriff des Staates das „Gesicht“ der PKV deutlich verändert. Einer Abschaffung der PKV ist dies allerdings noch nicht gleichzusetzen, auch wenn die neuen Regelungen nicht wenige private Krankenversicherer in finanzielle Bedrängnis bringen könnten. Es handelt sich daher trotz der Massivität der Eingriffe noch um eine Berufsausübungsregelung.

Jedoch bedeutet dies nicht zwangsläufig die Anwendung des für eine Berufsausübungsregelung grundsätzlich geltenden Verhältnismäßigkeitsmaßstabs, der eine Rechtfertigung bereits mit Blick auf „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“ zuließe. Die Unterscheidung zwischen Berufsausübung und Berufswahl ist nur ein erstes Indiz für die Intensität des Eingriffs und damit des Rechtfertigungsmaßstabs¹¹⁵. Vielmehr könnte die Berufsausübungsregelung inhaltlich einer Regelung der Berufswahl bereits so nahe kommen, dass man im Einklang mit der st. Rspr. des BVerfG die für die nächsthöhere Schranke geltenden Maßstäbe zur Anwendung bringen muss.¹¹⁶ Das ist der Fall, wenn der Intensitätsgrad der Ausübungsbeschränkung so stark ist, dass für die Wahl eines bestimmten Berufes kein hinreichender Tätigkeitsbereich mehr besteht¹¹⁷. Angesichts der soeben deutlich gemachten Auswirkungen der „GKVisierung“ der PKV, die im Zuge des gesamten Regelungspaketes auch durch die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen des zu schaffenden Basistarifs erreicht wird, muss festgestellt werden, dass bei Durchführung der geplanten Maßnahmen der eigenständige Tätigkeitsbereich des Berufsbildes der PKV so stark

¹¹⁵ *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 2005, Rn. 142.

¹¹⁶ Vgl. dazu BVerfGE 17, 269 [276]; 30, 292 [315]; 31, 8 [29]; 61, 291 [311]; 68, 155 [170 f.].

¹¹⁷ BVerfGE 17, 269 [269 ff.]; 30, 292 [311]; 44, 103 [104]; 50, 290 [365]; 61, 291 [310].

verengt wird, dass die Berufsausübungsregelung ihrer Intensität nach einer Berufswahlregelung gleich kommt. Insofern wird darauf abzustellen sein, ob ein Gemeinschaftsgut, dem der Eingriff zugute kommt, von überragendem Gewicht und der Eingriff zu dessen Schutz zwingend geboten ist.¹¹⁸ Zu diesem Zweck wird zunächst zu erwägen sein, welche Gemeinwohlziele mit der vorgesehenen gesetzlichen Regelung überhaupt verfolgt werden, bevor nach den Maßstäben der „Stufenrechtsprechung“ eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen wird.

d) Zwischenbilanz

Infolge des Vorrangs von Art. 14 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG kommt Art. 2 Abs. 1 GG mit Blick auf die Versicherer nicht zur Anwendung. Wollte man mit einem Teil des Schrifttums¹¹⁹ annehmen, dass die Vertragsfreiheit auch bei der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit stets von Art. 2 Abs. 1 GG erfasst wird, ergäbe sich hieraus kein grundlegend anderer Rechtfertigungsmaßstab; lediglich an die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs wären weniger strenge Maßstäbe anzulegen. So sind Eingriffe in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit durch jedes im Übrigen verfassungsmäßige Gesetz möglich, während für in Art. 14 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG je nach Art des Eingriffs Anforderungen unterschiedlicher Strenge gestellt werden. In casu muss, wie bereits dargelegt, die gesetzliche Regelung einem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut dienen.

2. Legitimierung durch Ziele der vorgesehenen gesetzlichen Regelung

Die Neuregelung des Krankenversicherungswesens im Zuge der Gesundheitsreform muss, gleich welche Grundrechte zur Anwendung kommen, von Erwägungen getragen sein, die dem Interesse der Allgemeinheit dienlich sind. Dies wäre nicht der Fall, wenn eine Strukturänderung um ihrer selbst willen vorgenommen würde oder gar, um den Handlungsspielraum der privaten Krankenversicherungen zu schmälern.

a) Funktionsfähigkeit der GKV

Als rechtfertigender Grund für den Eingriff kommt die Funktionsfähigkeit der GKV in Betracht, in der 90 % aller Versicherungsnehmer zusammengeschlossen sind. Dieses System leidet seit Jahren unter erheblichen finanziellen Belastungen und ist in seiner Existenz durch Kapitalmangel

¹¹⁸ *Manssen*, Grundrechtsdogmatik, Rn. 567 ff.

¹¹⁹ *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 2005, Art. 12, Rn. 66.

bedroht. Vor dem äußersten Schritt, das PKV- mit dem GKV-System völlig zu verschmelzen und zahlungskräftige Versicherte damit in die GKV zu überführen, scheut sich der Gesetzgeber noch. Allerdings bestehen Anzeichen dafür, dass eine gewisse „Querfinanzierung“ der gesetzlichen durch private Krankenversicherungen intendiert ist. So sollen nach der angestrebten gesetzlichen Regelung aus einem privaten Krankenversicherungsvertrag resultierende Rechte auf den neuen Vertrag übertragbar sein, vor allem aber sollen Altersrückstellungen der privaten Krankenversicherungsträger künftig in der Weise portabel sein, dass sie im Umfang des einzuführenden Basistarifs nicht nur in neue Verträge bei privaten Krankenversicherern „mitgenommen“ werden können, sondern auch auf gesetzliche Krankenversicherungen, wo die Beträge entweder dem allgemeinen Haushalt zugute kommen oder möglicherweise für Präventionsaufgaben Verwendung finden. Insoweit scheint die Portabilisierung der Altersrückstellungen dazu beizutragen, die Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung zu stärken bzw. zu erhalten.

b) Wettbewerb

Ein den Eingriff rechtfertigender bzw. die Inhaltsbestimmung legitimierender Grund könnte außerdem in dem Ziel bestehen, Wettbewerb zwischen den Versicherern herzustellen; in diesem Sinne äußern sich die vorbereitenden Materialien. Tatsächlich besteht Wettbewerb zwischen privaten Krankenversicherern bisher nur in geringem Maße. Es handelt sich vorwiegend um einen Neukundenwettbewerb, der durch unterschiedliche, „maßgeschneiderte“ Tarife, die auf die Bedürfnisse und auch gesundheitlichen Defizite der einzelnen Interessenten Bezug nehmen, ausgerichtet ist. Zu einem späteren Zeitpunkt findet ein Wettbewerb kaum noch statt, wozu bisher auch die fehlende Portabilität der Altersrückstellungen beigetragen hat: Der Wechsel ist nach einigen Jahren Versicherung in einer PKV für den Kunden selten rentabel, da er zum späteren Zeitpunkt mit einer höheren Zahl von Gesundheitsrisiken oder mit einem bereits eingetretenen Gesundheitsschaden und damit zu ungünstigeren Tarifen beim neuen Versicherer den Vertrag schließt. Dies stellt einen Nachteil dar, der üblicherweise durch die Altersrückstellungen abgepuffert würde, sofern der neue Versicherer überhaupt zum Abschluss eines Vertrages noch bereit ist. Die Portabilität der Altersrückstellungen erleichtert auf den ersten Blick die Möglichkeit des Wechsels von einem Versicherer zu einem anderen. Es wird jedoch zu prüfen sein, ob dieser Wechsel gleichbedeutend ist mit einem höheren Maß an Wettbewerb zwischen den Versicherern, mit anderen Worten, ob die in Aussicht genommene

Regelung für das Ziel, mehr Wettbewerb zwischen Versicherungsunternehmen zu schaffen, überhaupt geeignet ist.

c) Vorteilsausgleich

In Betracht kommt zudem das Ziel, einen Vorteilsausgleich herbeizuführen. Denn nach bisherigem Recht verbleiben Alterungsrückstellungen stets beim Versicherungsunternehmen a quo, gleich wie viele Versicherte ihm den Rücken kehren und aus welchem Grund der Wechsel des Versicherers erfolgt. Dies führt dazu, dass der Versicherungsnehmer beim Neuabschluss eines Versicherungsvertrags nicht nur den Nachteil des altersbedingten Risikozuschlages trägt, sondern sich seine Beitragssätze zusätzlich aus dem Grunde erhöhen, dass zu einem früheren Zeitpunkt für ihn, rechnerisch gesehen, keine Alterungsrückstellungen bei diesem Versicherer vorgenommen worden sind. Aus Sicht des Versicherungsnehmers kann sich dies so darstellen, dass der bisherige Versicherer um die Alterungsrückstellungen bereichert ist, ohne die Lasten – nämlich höhere Leistungen im Alter – erbracht zu haben.

3. Verhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelungen im Lichte der umrissenen Ziele

a) Erhaltung der Finanzierungsgrundlage der gesetzlichen Krankenversicherung

aa) Geeignetheit

Die Portabilisierung könnte Mitnahmeeffekten größeren Umfangs führen – zugunsten der gesetzlichen Krankenkassen. Sie, die aufgrund ihres umlagefinanzierten Systems keine Alterungsrückstellungen bilden müssen, werden zwar potenziell mehr Versicherte zu versorgen haben, doch fallen ihnen die Alterungsrückstellungen zum Vorteil an, die – selbst wenn sie für die Prävention Anwendung finden – zu Aufwundersparnissen führen dürfte. Durch die Mitnahme von Alterungsrückstellungen von der PKV auch in die GKV wird die Finanzierungsgrundlage der GKV daher zumindest in gewissem Umfang gestärkt. Insofern wird man annehmen dürfen, dass die Maßnahme zur Stützung der gesetzlichen Krankenversicherung geeignet ist.

bb) Erforderlichkeit

Größere Zweifel bestehen hinsichtlich der Erforderlichkeit der Maßnahme. Den mäßigen Vorteilen auf Seiten der gesetzlichen Krankenkassen, die nur unwesentliche Entlastung erfahren, steht eine tiefgreifende Störung des Finanzierungssystems der privaten Krankenversicherungsträger gegenüber. Insofern ist zu erwägen, ob ein milderer Eingriff den angestrebten und erzielbaren Effekt nicht ebenso herbeiführen könnte. Zu denken wäre etwa an eine gesetzliche Solidar- oder Zusatzpflicht für den Fall, dass sich die Finanzlage der privaten Krankenversicherungen zu Lasten der gesetzlichen allzu stark verschieben sollte.

cc) Proportionalität (Angemessenheit)

Sollte ein solches Modell (gegebenenfalls auch aus verfassungsrechtlichen Gründen) nicht möglich sein, ist zu erwägen, ob die Proportionalität zwischen dem Eingriff und dem potenziellen Ziel der Daseinsvorsorge gewahrt ist. Starke Zweifel ergeben sich schon daraus, dass durch die Mitfinanzierung der Grundversorgung durch andere Versicherte ein Tarifsprung bewirkt wird, der viele Versicherte zum Verzicht auf die vertraglich vereinbarten Leistungsbedingungen bewegen könnte: Die Leistungen der PKV nähern sich insofern denjenigen der GKV an. Aus Sicht der Versicherungsunternehmen selbst bestehen erhebliche Zweifel daran, ob es angemessen ist, die PKV zur Sanierung der GKV heranzuziehen. Dies gilt umso mehr, als die PKV – wie an späterer Stelle noch näher auszuführen sein wird – keinen entsprechenden „Mitnahmevorteil“ für den Fall des Wechsels eines Versicherten von der GKV zur PKV erfährt.

Insofern als es um die Erhaltung der Finanzierungsgrundlage der GKV geht, könnten die Maßstäbe zu den nichtsteuerlichen Sonderabgaben zur Hilfe genommen werden¹²⁰. Zwar handelt es sich nicht um eine direkt erhobene Abgabe, doch führt die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen wie gesehen zur Mitfinanzierung der GKV durch die PKV. Nichtsteuerliche Sonderabgaben bedürfen zur ihrer verfassungsgemäßen Ausgestaltung eines besonderen Rechtfertigungsgrundes¹²¹, müssen seltene Ausnahmen bleiben und stets auf ihre Rücknehmbarkeit überprüft werden, damit sie nicht die Steuerverfassung der Art. 105 ff. GG unterlaufen¹²². Sie dürfen nicht für den allgemeinen Finanzbedarf eines öffentlichen Gemeinwesens erhoben werden, sondern der Verfolgung eines Sachzwecks dienen, der über die

¹²⁰ Vgl. zur Anerkennung der Sonderabgabe als besondere Finanzierungsform BVerfGE 55, 274 [297]; 57, 139 [166]; 67, 256 [274 f.]; kritisch hierzu *Siekmann*, in: Sachs, Grundgesetz, 2003, vor Art. 104a, Rn. 126 ff.

¹²¹ BVerfGE 55, 274 [303 f.]; 90, 60 [105].

¹²² BVerfGE 67, 256 [278]; 82, 159 [181].

bloße Mittelbeschaffung hinausgeht¹²³. Dieser – zugleich die Sonderabgabe charakterisierende – Umstand liegt hier aufgrund des Ziels der Finanzierung der GKV vor.

Des Weiteren darf nur eine abgrenzbare und homogene gesellschaftliche Gruppe in Anspruch genommen werden. Homogen ist eine Gruppe in diesem Sinne, wenn sie durch eine gemeinsame, in der Rechtsordnung vorgegebene Interessenlage oder durch besondere gemeinsame Gegebenheiten von der Allgemeinheit und anderen Gruppen abgrenzbar ist¹²⁴. Es ist zweifelhaft, ob private und gesetzliche Krankenversicherungen angesichts der vom Gesetzgeber weiter aufrechterhaltenen Zweistufigkeit des Versicherungssystems eine homogene Gruppe darstellen. Eher wird man davon ausgehen müssen, dass aufgrund der bestehenden Systemunterschiede gerade unterschiedliche Interessenlagen bestehen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass es bislang keinen Kontrahierungszwang für die PKV gibt. Dass sich die Versicherungssysteme einander annähern würden durch eine Standardisierung der Verträge für Neukunden sowie der damit verbundenen Einführung von Kontrahierungszwang und Versicherungspflicht, kann nicht zu einer homogenen Gruppe des gesamten Krankenversicherungswesens führen, da es nicht ausreicht, wenn erst für die beabsichtigte Abgabenerhebung Gruppen durch Normativakt gebildet werden, die nicht in der Rechts- oder Sozialordnung vorgegeben sind¹²⁵. Genau solch eine Bildung einer homogenen oder zumindest homogeneren Gruppe durch Normativakt läge aber nach der erzwungenen Standardisierung vor. Als homogene Gruppe ist somit isoliert die PKV anzusehen.

Weitere Zulässigkeitsvoraussetzung einer Sonderabgabe ist das Vorliegen einer „spezifischen Beziehung“ oder „Sachverantwortung“ zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck. Ob diesen Anforderungen Genüge getan ist, weil die Finanzierung des Krankenversicherungssystems im Ganzen auch die privaten Versicherungsunternehmen betrifft, ist zweifelhaft. Insoweit wird nur generell auf den Solidargedanken verwiesen, ohne dass die spezifische Beziehung der PKV hierzu belegt werden würde. Allenfalls könnte überlegt werden, die Sachverantwortung der PKV damit zu begründen, dass sie den GKV die besonders attraktiven Versicherten mit „guten Risiken“, die in der Regel aufgrund günstigerer Tarife und besserem Leistungsangebot in einer PKV versichert sind, vorenthält und somit zur finanziellen Schieflage der gesetzlichen Kassen beiträgt.

¹²³ BVerfGE 75, 108 [147]; 82, 159 [179].

¹²⁴ BVerfGE 82, 159 [180]; 91, 186 [205 f.]; 92, 91 [120].

¹²⁵ BVerfGE 91, 186 [205 f.].

Allerdings muss die Sonderabgabe auch überwiegend gruppennützig verwendet werden¹²⁶. Hier erfolgt jedoch keine gruppennützige Verwendung, sondern der eine Zweig des Versicherungswesens wird zum Nachteil eines anderen Zweiges begünstigt. Wie gesehen besteht die homogene Gruppe nur aus den privaten Krankenversicherungen, die aber durch die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen, wie gesehen, mehr Nach- denn Vorteile erlangen. Bei Rückgriff auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Sonderabgabe kommt man somit zur Verfassungswidrigkeit der faktisch wie eine Sonderabgabe wirkenden Portabilisierung der Alterungsrückstellungen.

Die systematische Benachteiligung einer Gruppe von Leistungsanbietern wird durch das Ziel, die GKV auch um ihrer Bedeutung für die Daseinsvorsorge (Dienste von allgemeinem Interesse)¹²⁷ willen leistungsfähig zu erhalten, nicht legitimiert. Dies gilt umso mehr, als die PKV solche Leistungen der Daseinsvorsorge in gleicher Weise erbringt. Die Einschnitte in die Wettbewerbsfähigkeit der PKV infolge der Portabilisierung, wie der Gesetzgeber sie vorsieht, sind erheblich: Die PKV wird für ihre Bestandskunden teurer, da die Kalkulationsgrundlage gestört ist. Die Neukundenakquise wird einerseits erheblich schwieriger, da sich auch die Einstiegstarife wegen des „Portabilisierungsrisikos“ verteuern, ohne dass im Basisbereich andere Leistungen als bei der GKV offeriert werden. Andererseits besteht die Gefahr, dass Versicherte mit „schlechten Risiken“ in die PKV drängen. Solange keine Kompensation für diese Benachteiligung geschaffen wird, stehen die erheblichen Eingriffe aus den genannten Gründen außer Verhältnis zu den Vorteilen, welche für die private Krankenversicherung entstehen, sofern man nur auf den Aspekt der Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherungen abstellt.

b) Herstellung von Wettbewerb

aa) Wettbewerbseignung bei Neukunden

Nur auf den ersten Blick scheint die Eignung der in Aussicht gestellten gesetzlichen Maßnahmen für die Eröffnung von Wettbewerb – wie sie seit langem in der öffentlichen Diskussion gefordert wird – außer Frage zu stehen. Durch die Portabilität von Alterungsrückstellungen wird ein bisher

¹²⁶ BVerfGE 50, 274 [315 f.]; 82, 159 [180].

¹²⁷ Zum aktuellen Daseinsvorsorge-Verständnis vgl. statt vieler Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Bericht für den Europäischen Rat in Laeken „Leistungen der Daseinsvorsorge“ v. 17. 10. 2001, KOM(2001)598 endg., S. 24; sowie Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse v. 21. 5. 2003, KOM(2003) 270 endg. Hierzu *Nettesheim*, EWS 2002, 253 ff.; *Kämmerer*, NVwZ 2002, 1041 ff.; *Ruge*, ZRP 2003, 353 ff.

nicht ohne weiteres möglicher Übergang von einer privaten Krankenversicherung zu einer anderen und auch zur gesetzlichen Krankenversicherung (und retour) durchaus realistisch: Das System wird prima facie permeabel und transparent. Insbesondere für Neukunden allerdings wird der Wettbewerb eher eingeschränkt als ausgeweitet. Der Preis, der für die Möglichkeit eines Wechsels zwischen Anbietern entrichtet wird, besteht in der Reduzierung der Konkurrenz unterschiedlicher Angebote qua Standardisierung durch Einführung eines Basistarifs. Der Produktwettbewerb zwischen privaten Krankenversicherungsträgern, der zumindest bei Neukunden bisher in erheblichem Umfang bestand, aber auch der Systemwettbewerb zwischen privaten und gesetzlichen Krankenversicherungen, die alle auf ein uniformes Modell reduziert werden, nimmt ab. Das zeigt sich deutlich bei der neuerdings vom Gesetzgeber geplanten Einführung einer – plakativ formuliert – Versicherungspflicht für (bisher) Nichtversicherungspflichtige im Basistarif der PKV, durch die faktisch Identität der Leistungen von GKV und PKV hergestellt wird. Bei den künftig geschaffenen Basistarifen wird aufgrund dieses faktisch einheitlichen Leistungskanons ein echter Wettbewerb nicht bestehen. Zwar ist eine leichte Wettbewerbsverbesserung insoweit denkbar, als alle Krankenversicherungen durch den Basistarif einer ähnlichen Belastung ausgesetzt sind und insoweit auch in Bezug auf den Basistarif günstigere Angebote machen könnten, wenn ihre sonstigen Betriebs- und Verwaltungskosten geringer als die ihrer Konkurrenten ausfallen. Angesichts der Tatsache, dass das Angebot eines Basistarifs für die Krankenversicherungen aber ohnehin kein attraktives Geschäft darstellt, sind nur in seltenen Fällen geringere Prämien als vom Gesetzgeber vorgesehen zu erwarten. Der Wettbewerb wird also faktisch auf die Zusatztarife beschränkt bleiben und ist damit nur als beschränkter Teilwettbewerb anzusehen. Insoweit wird nur eine systemimmanente Wettbewerbshürde durch eine andere Hürde ausgetauscht. Hinzu kommt, dass im gegenzug die PKV einem signifikanten Wettbewerbsnachteil ausgesetzt wird, da sie infolge des gesetzlichen Zwangs zur Bildung von Alterungsrückstellungen Leistungen im Basistarif nicht so günstig wie die GKV offerieren kann. Schon die Eignung der Portabilisierung zur Herstellung verstärkten Wettbewerbs bei Neukunden ist damit nicht gegeben.

bb) Wettbewerbseignung bei Bestandskunden

Mit Blick auf die Bestandskunden stellt sich die Situation ein wenig anders dar. Auch insoweit wird durch die Ermöglichung der Portabilität der auf den mit dem Basistarif vergleichbaren Leistungen bezogenen Alterungsrückstellungen eine gewisse Uniformisierung vorgenommen. Allerdings hatten diese Versicherten nach Abschluss eines Versicherungsvertrages faktisch

bislang überhaupt keine Möglichkeit, den Anbieter zu wechseln; dies wurde praktisch dadurch vereitelt, dass der vom neuen Versicherer erhobene Einstiegsbeitrag angesichts der alters- und vielfach krankheitsbedingt ungünstigeren Risikobewertung vor Abschluss des neuen Vertrages (wenn er überhaupt erfolgte) erheblich höher als der vom Versicherer a quo geforderte war – ein Effekt, der dadurch nur eine Verstärkung erfuhr, dass eine Mitnahme der Alterungsrückstellungen in den neuen Vertrag bisher nicht möglich gewesen ist. Die Bindung an den privaten Versicherer ist bisher strukturell in der Regel eine „lebenslängliche“. Entscheidender Faktor dafür, dass die bereits Versicherten überhaupt unter mehreren unterschiedlichen Zusatztarifen wählen können, ist die Einführung der Portabilität von Rückstellungen.

Zu beachten ist aber, dass Wettbewerb kein Selbstzweck ist, sondern auch positive Effekte für die Verbraucher erzeugen muss (vgl. Art. 81 Abs. 3 EG). Wenn diese schon, wie gezeigt, nicht in größerer Varianz des Angebots liegen, sollten wenigstens niedrigere Preise aus der Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Anbietern resultieren. Dies ist jedoch keineswegs allgemein der Fall; im Gegenteil führt die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen bei der PKV allgemein zu einer Erhöhung der Prämien, weswegen im Verhältnis der privaten Anbieter im Saldo keine Vorteile für den Verbraucher zu erkennen sind. Allein die GKV, deren Versicherten ebenfalls Beitragserhöhungen drohen, könnte ihre Leistungen – relativ gesehen – günstiger anbieten. In der Gesamtschau wird man, was die Verbrauchervorteile betrifft, insoweit allenfalls ein „Nullsummenspiel“ konstatieren können.

Auch in Bezug auf die Bestandskunden ist die Wettbewerbseignung daher zu verneinen.

c) Portabilisierung als Vorteilsausgleich

aa) Geeignetheit und Erforderlichkeit

Die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen erleichtert den Wechsel der Versicherten von einem Versicherer zu einem anderen. Wie soeben dargelegt, geht allein damit keine Verbesserung der Wettbewerbslage im Krankenversicherungswesen einher, da die geplante Maßnahmen nicht zu mehr „consumer benefit“ führt. Allerdings könnte die Portabilität der Alterungsrückstellung auch dem Vorteilsausgleich bei der aufnehmenden Krankenversicherung dienen.

Der Versicherungswechsel ist für den Versicherten bisher nachteilig, da er aufgrund fehlender Alterungsrückstellungen beim Versicherer ad quem mit relativ hohen Einstiegsprämien zu rechnen hat, weil die gebildeten Rückstellungen trotz des Ausscheidens des Versicherten im Kollektiv des Versicherers a quo bleiben. So gesehen, könnte die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen der Abschöpfung von „windfall profits“ beim bisherigen Versicherer dienen. Auch die Erforderlichkeit der Portabilisierung zur Herstellung eines solchen Vorteilsausgleichs ist zumindest bei einem Wechsel zwischen privaten Krankenversicherern zu bejahen, da ein milderes, gleich geeignetes Mittel nicht ohne Änderung des Alterungsrückstellungssystems als Ganzes in Betracht kommt.

bb) Proportionalität

(1) Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne wegen „kalkulatorischer (versicherungsmathematischer) Unmöglichkeit“

Diese Vorteile müssen daraufhin überprüft werden, ob sie zu den Einschnitten für private Krankenversicherer im rechten Verhältnis stehen. Von deren Seite ist eingewandt worden, dass die Portabilität der Alterungsrückstellungen vor allem relativ junge und gesunde Versicherte zu einem Wechsel animiere – mit der Folge eines regelrechten Aderlasses bei den Altersrückstellungen –, während ältere und kranke Versicherte schon angesichts des wohl auch in diesem Fall erhobenen Risikozuschlages einen Versicherungswechsel nicht wagen würden. Für den Basistarif schließt der Referentenentwurf eine (abstrakt oder individuell) risikoabhängige Beitragsbemessung aber aus. Dennoch wird der Wechsel nicht zuletzt für jüngere Versicherte attraktiv sein: Er kann durch wesentliche Unterschiede beim Basisbeitrag, aber auch durch spezifische Vorteile beim Zusatztarif motiviert sein, der jüngeren Versicherten eher und zu besseren Konditionen zugänglich ist als älteren. Auch wenn ein bereits innegehabter Zusatztarif von der Portabilität ausgeschlossen ist, kann der Wechsel für den Versicherten, dessen Basis-Altersrückstellungen zu diesem Zeitpunkt noch unausgeschöpft sind, vorteilhaft sein: Er klopft (vor allem wenn bereits über mehrere Jahre Versicherungsbeiträge geleistet worden sind, denen keine Inanspruchnahme von Leistungen im gleichen Umfang entgegensteht) gleichsam mit vollen Taschen beim neuen Versicherer an. Eine gewisse Einschränkung erfahren die getroffenen Feststellungen mit Blick auf privat Versicherte, die nicht wegen Zusatzleistungen, sondern wegen des günstigeren Basistarifs eines anderen Versicherers wechseln: Dies kann auch für kranke und auch ältere Versicherungsnehmer attraktiv sein, was den beschriebenen Aderlass

wieder etwas eindämmt. Günstige Basistarife eines Versicherers können insoweit den Segen zahlreicher neuer und junger Versicherer einbringen, aber auch die Belastung mit Versicherten mit hohem Risikoprofil.

Für das verbleibende Tarif-Kollektiv würde die Abwanderung wegen der kalkulatorischen Ungewissheiten aber selbst dann, wenn sie durch Zuwanderung ausgeglichen würde, eine Erhöhung des Risikoniveaus zur Folge haben, welche durch die an lebenslanger Mitgliedschaft orientierten Beiträge nicht abgedeckt wäre. Die Versicherung müsste die Stornowahrscheinlichkeit bei der Beitragsbemessung berücksichtigen. So gesehen, wirkt die Importabilität der Rückstellungen nach bisherigem Recht nicht gewinnerhöhend, sondern beitragsreduzierend, ihre Aufhebung beitrags erhöhend.

Für die folgenden Ausführungen wird unterstellt, dass Beitragserhöhungen auch für bestehende Verträge entweder auf der Grundlage der bestehenden Versicherungsverträge möglich sind oder der Gesetzgeber im Zuge der Gesundheitsreform weitergehende Beitragsanpassungsermächtigungen schaffen wird. Sollte dies nicht der Fall sein, würde dies nämlich bedeuten, dass die Neuversicherten das Kündigungsrisiko nicht nur für die Neuzugänge, sondern auch für die bereits Versicherten zu tragen hätten, da das Risiko nicht auch von den Bestandsversicherten getragen werden könnte. Dies würde zu Versicherungstarifen in einer Größenordnung führen, welche die PKV für Neukunden unattraktiv machte. Wäre jedoch eine Querfinanzierung durch Neukunden nicht gewährleistet, entfielen die Finanzierungsgrundlage der PKV insgesamt, da die erhobenen Beiträge zum größten Teil nicht kostendeckend wären und sich die Kosten infolge der Alterung des gesamten Kollektivs mit der Zeit signifikant erhöhen würden¹²⁸. Wie eingangs erwähnt, soll hier davon ausgegangen werden, dass Beitragserhöhungen auch für Bestandskunden zur Finanzierung des Stornorisikos möglich sein werden.

Es kann möglicherweise zunächst dahinstehen, in welcher Größenordnung sich die Beiträge zu den über die Basisversorgung hinausgehenden Tarifen erhöhen. Denn die vorgesehene Portabilitätsregelung könnte, soweit sie sich auf bestehende Verträge bezieht, bereits aus strukturellen Gründen unverhältnismäßig sein: Sie veranlasst die Privatversicherer zu Dispositionen, die sinnvollerweise nur bei Abschluss der Versicherungsverträge getroffen werden können. Obwohl pro forma als unechte Rückwirkung ausgestaltet, zwingt die Portabilitätsregelung die Versicherer doch, bestehenden Versicherungsverträgen nachträglich

¹²⁸ Allerdings nähme mit der Alterung des Kollektivs auch die Stornowahrscheinlichkeit beim Einzelnen wieder ab.

eine neue Tarifberechnung zu unterlegen, bei der die nunmehr eingeführte Portabilität Berücksichtigung findet. Damit wird pauschal ein sozialer Risikofaktor in die Verträge eingeführt. Da die Verträge ohne Rücksicht auf diesen Faktor geschlossen und in entsprechendem Maße Alterungsrückstellungen vorgenommen wurde, ist zweifelhaft, ob eine Umstellung für die Versicherer mit vertretbarem Aufwand möglich ist, ja es bestehen Hinweise darauf, dass sie versicherungsmathematisch undurchführbar sein könnte – und damit mit der von § 12 Abs. 3 VAG geforderten Beachtung versicherungsmathematischer Grundsätze nicht in Einklang zu bringen ist. Während das bisherige System im wesentlichen von nach Wahrscheinlichkeitsmaßstäben erfassbaren und objektiv-exogenen Faktoren (Krankheit, Alter, Einkommen, Todesrate) bestimmt ist, sollen künftig für die gleichen Verträge endogene (Wille zum Wechsel) und vor allem marktabhängig variable Faktoren (jeweiliges Angebot auf dem Versicherungsmarkt) eine Rolle spielen. Wie dieser Paradigmenwechsel gleichsam im „laufenden Betrieb“ zu bewerkstelligen ist, bleibt völlig offen.

Im Ergebnis zeigt sich, dass die Portabilisierung der Alterungsrückstellung, obwohl sie nur den bei allen Versicherern identischen Basistarif betreffen soll, ganz erhebliche strukturelle Folgen nach sich zieht, die jedenfalls für bestehende Verträge möglicherweise technisch nicht oder jedenfalls nur unter unzumutbaren Bedingungen zu bewältigen sind. Dann greift die Maßnahme schon aus diesem Grunde, bereits soweit sie die Versicherungsunternehmen selbst betrifft, übermäßig in deren Rechte ein und ist unverhältnismäßig im engeren Sinne.

(2) Unverhältnismäßigkeit im engeren Sinne wegen „wirtschaftlicher Unmöglichkeit“

Die Portabilitätsregelungen sind auch dann als unverhältnismäßig zu werten, wenn sie den betroffenen Privatversicherern Lasten aufbürden, die sie wirtschaftlich nicht mehr tragen können. Bereits gegenwärtig liegt die Zahl der aus der PKV Ausscheidenden (u.a. infolge Unterschreitens der Beitragsbemessungsgrenze) jährlich bei 130.000. Die Einführung der Portabilität erhöht dieses Stornorisiko um ein „Portabilisierungsrisiko“. Auch wenn nicht sicher prognostiziert werden kann, dass der „Mitnahmebetrag“ höher ist als der Wert der von der Versicherung sonst für Gesundheitsdienstleistungen ausgezahlten Beträge, zieht doch das Stornorisiko die Notwendigkeit höherer Rückstellungen und damit signifikant erhöhter Beiträge nach sich.

Von hier aus lassen sich differente kritische Szenarien gestalten. Die Beiträge für Zusatzleistungen könnten u.U. so hoch angesetzt werden müssen, dass das „System PKV“

mangels Nachfrage insgesamt in Frage gestellt würde. Für diesen Fall läge eine Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG nahe. *Boetius'* Behauptung¹²⁹, Stornorisiken seien gar nicht kalkulierbar, könnte in diesem Sinne gedeutet werden.

Wahrscheinlicher ist ein anderes Szenario, wenn Unzumutbarkeitsregelungen Gesetzeskraft erlangen: Erwogen wird z.B. Prämienhöhungen infolge der Umstellung für unzumutbar zu erklären, wenn sie zusätzliche 5% p.a. betragen. Nimmt man mit *Boetius* Unkalkulierbarkeit von Stornorisiken an, könnte diese Regelung bedeuten, dass die Versicherungsunternehmen ihre Prämien nicht risikodeckend festlegen könnten und damit – im Widerspruch zu Art. 12 Abs. 1 GG – in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet würden. Besonders realistisch ist auch dieses Szenario indes nicht. Die wirtschaftlichen Folgen für Versicherungsunternehmen würden voraussichtlich etwas abgemildert – die vorliegenden Referentenentwürfe lassen solches durchblicken – durch relativ lange Übergangsregelungen und möglicherweise einen Pool-Risikoausgleich für den Basitarif. Diese gewisse Abfederung vermag an der grundsätzlichen Diagnose jedoch nichts zu ändern. Sollte sich das Risiko insgesamt allen Schutzmaßnahmen zum Trotz als nicht kalkulierbar und damit in hohem Maße beitragsstrebend erweisen, müsste der Gesetzgeber entweder eine die gesetzlichen Krankenversicherungen umfassende Versicherungs- oder eine erweiterte Pool-Lösung erwägen, um es abzufangen.

4. Zwischenergebnis

Die gesetzliche Anordnung der Portabilisierung von Alterungsrückstellungen verstößt nach alledem schon für sich mangels Verhältnismäßigkeit gegen Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG.

5. Unilaterale Portabilität als verfassungswidrige Ungleichbehandlung

Ein spezieller Aspekt der geplanten Portabilitätsregelung, ihre grundsätzliche Unlateralität beim Wechsel von der PKV in die GKV, muss darüber hinaus noch unter Gleichheitsgesichtspunkten betrachtet werden.

a) Ungleichbehandlung

¹²⁹ *Boetius*, FS-Raupach, 2006, S. 213 (221).

Die vorgesehene Portabilitätsregelung könnte überdies gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, verstoßen, da er gesetzliche und private Krankenversicherungen im Hinblick auf die Portabilität ungleich behandelt. So ist beim Wechsel von der privaten zur gesetzlichen Krankenversicherung für die Zukunft sichergestellt, dass Versicherte die Altersrückstellungen auf die gesetzliche Krankenkasse übertragen. Dies betrifft nicht zuletzt die im Basistarif Versicherten. Ihnen stehen vom Leistungsniveau diejenigen gleich, welche die Leistungen der GKV in Anspruch genommen haben und nunmehr in einen Basistarif der PKV überwechseln. Die PKV ist zum Abschluss des Versicherungsvertrages auch bei „schlechten Risiken“ verpflichtet, ohne jedoch anders als bei der umgekehrten Konstellation vom „Mitnahmeeffekt“ bei der Alterungsrückstellung profitieren zu können. Einzig die „Rückübertragung“ von einmal gebildeten Rückstellungen soll bei einem erneuten Wechsel zurück in die PKV möglich sein, jedoch ohne Verzinsung oder gar Fortführung der Alterungsrückstellung. Dies führt zu einer Ungleichbehandlung von der PKV gegenüber der GKV.

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Diese Ungleichbehandlung bedarf der Rechtfertigung, wobei die gruppenspezifische Betrachtung – „Typ PKV“ versus „Typ GKV“ die Anwendung der „neuen Formel“ nahe legt. Danach dürfen zwischen den beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können; insbesondere ist auf die Verhältnismäßigkeit abzustellen.¹³⁰ Als rechtfertigender Grund kommt auch insoweit wieder der „Vorteilsausgleich“ in Betracht. In der Tat führt das „Einbehalten“ von Alterungsrückstellungen bei der PKV in Verbindung mit der Versicherungspflicht zu einer Benachteiligung der GKV, die alle „schlechten Risiken“ tragen muss. Der Gesetzgeber fordert insoweit von der PKV einen „solidarischen Beitrag“ für das deutsche Gesundheitswesen. Die Portabilisierung der Rückstellungen aber führt nicht zu einem Vorteilsausgleich, sondern zu einer Vorteilsverlagerung auf die GKV, zumal der Nachteil der Versicherungspflicht schlechter Risiken in Zukunft auch von der PKV mitgetragen werden soll.

Dieser Effekt verstärkt sich noch durch die Einführung einer allgemeinen Versicherungspflicht im Basistarif. Sie dürfte die Stornorate bei PKV-Versicherten erhöhen und bei versicherungswilligen Nichtversicherten eher in die GKV als in die PKV lenken. Der Grund liegt darin, dass die PKV wegen der (notabene gesetzlich!) geforderten Alterungsrückstellungen nicht

¹³⁰ Vgl. erstmalig BVerfGE 55, 72 [88]; Heun, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2004, Art. 3, Rn. 19 f.

in der Lage sein wird, die standardisierten Leistungen zu den gleichen Prämien wie die GKV zu offerieren.

Man könnte an dieser Stelle einwenden, diese Nachteile für die PKV seien strukturbedingt und daher unausweichlich, da die im Umlageverfahren operierende GKV keine Altersrückstellungen bilden könne. So wenig die systemischen Unterschiede zwischen PKV und GKV von der Hand zu weisen sind, so wenig schließen sie Modelle aus, bei denen durch eine Ausgleichsleistung der GKV an die PKV die umrissene „Schieflage“ gemildert werden könnte. So könnte der Gesetzgeber – über die bisher angedachte und das Problem nur marginal entschärfende „Rückübertragung“ von Alterungsrückstellungen – auch für die gesetzlichen Kassen die Bildung eines Pools anordnen, aus denen ein angemessener Ausgleich unter Berücksichtigung des fortgeschrittenen Alters des Versicherten für entfallende Alterungsrückstellungen geleistet wird. Dabei wäre eine gewisse Pauschalierung sowohl der Gesamtleistungen als auch der Umlage auf die einzelnen Versicherer sowohl bei der Erhebung als auch bei der Auskehrung unumgänglich. Gleichwohl wäre ein solches System mit einem geringeren Maß an Ungleichbehandlung im Verhältnis zwischen den privaten und den gesetzlichen Krankenkassen verbunden und ist als weniger einschneidende Maßnahme daher vorzuziehen.

c) Zwischenergebnis

Mithin verstößt die derzeit vorgesehene Regelung, nach welcher die Alterungsrückstellung auf die gesetzlichen Träger übergeführt wird, bei Wechsel der Krankenkasse in umgekehrte Richtung aber keine ausreichenden Vermögensbestandteile übergehen, gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

6. Beitragserhöhungen als grundrechtswidrige Maßnahmen zu Lasten der Versicherten?

a) Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG

Es bleibt zu prüfen, was die absehbaren Beitragserhöhungen für die Versicherungskunden unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, bedeuten. Dies wird im Folgenden geprüft für Mehrbelastungen, die sich aus der Berücksichtigung der Portabilität bei der Beitragsbemessung ergeben.

Wie bereits dargelegt, wird die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen – die praktische Durchführbarkeit sei hier ausgeklammert – unweigerlich Beitragserhöhungen bei den betroffenen

Tarifikunden nach sich ziehen. Die Folge könnte sein, dass der Versicherer die in Zusatz- bzw. anderen Tarifen Bestandsversicherten dazu heranzieht, die Kosten der Portabilität von Alterungsrückstellungen bezogen auf den Basistarifs mitzufinanzieren. Eine gesetzliche Ermächtigung hierfür besteht allerdings nicht; sie müsste vom Gesetzgeber im Zuge der Gesundheitsreform geschaffen werden, wovon die folgenden Erwägungen ausgehen.

aa) Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG

Die Erhöhung der Versicherungsbeiträge wird zwar vom Versicherungsunternehmen veranlasst, doch ist die Ermächtigung, die der Gesetzgeber hierzu gibt, an Art. 2 Abs. 1 GG (Schutzpflichtkomponente¹³¹) in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip zu messen: Der Versicherer wird ermächtigt, die Bedingungen eines privatautonom geschlossenen Vertrages einseitig zu modifizieren. Dem Schutze des privaten und damit schwächeren Vertragspartners wird mit solchen dem Grundsatz der Privatautonomie widerstrebenden Vorgaben in aller Regel nicht angemessen Rechnung getragen: Privatautonomie findet ihren Ausdruck darin, dass der Einzelne im Privatrechtsverkehr nur nach Maßgabe seiner eigenen Willenserklärung Pflichten unterworfen wird. Ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG liegt durch die Ermächtigung zur Beitragserhöhung dadurch vor.

bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

(1) Legitimierung der Beitragserhöhungen durch Solidarprinzip

Im Sozial- und Krankenversicherungsbereich wird die Wirkung der Privatautonomie allerdings eingeschränkt durch das Solidarprinzip, wonach der Einzelne im Rahmen einer eingegangenen Vertragsbeziehung auch ihm einseitig auferlegte Lasten zu tragen hat, soweit dies erforderlich ist, um die Finanzierung des kollektiven Risikoausgleichs sicherzustellen.¹³² Daher begegnet die schon jetzt den PKV eröffnete Möglichkeit, Kostensteigerungen durch Beitragserhöhungen abzufangen, keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

(2) Unverhältnismäßigkeit der Beitragserhöhungen

¹³¹ Zu Schutzpflichten im Zusammenhang mit Art. 2 I GG vgl. *Murswiek*, in: Sachs, Grundgesetz, 2003, Art. 2, Rn. 24 ff.

¹³² Zu den Einflüssen des Solidarprinzips auf private Versicherungen vgl. BVerfGE 103, 271 [287 ff.]; *Jaeger*, NZS 2003, S. 225 [229 f.].

Die Bedenken könnten durch Übergangsregelungen weiter zerstreut werden. Es wird angenommen, dass bei Einführung der Portabilität Beitragssprünge von 20-30% erforderlich würden. Ein Übergangsregime könnte aber vorsehen, dass die Portabilisierung überhaupt nur durchgeführt werden soll, wenn die daraus erwachsenden Prämienerrhöhungen nicht unzumutbar sind, was der Fall sein könnte, wenn allein sie zu einer Verteuerung um 5% p.a. führen. Damit würde der Gesetzgeber zum Schutze der Versicherungskunden eine Kappungsgrenze einführen.

Ernsthafte Bedenken ergeben sich jedoch, wenn die Kostensteigerung so erheblich ist, dass sie die Leistungsfähigkeit zahlreicher Versicherter übersteigt und aus Gründen erfolgt, die der Vertrag so bis zu diesem Zeitpunkt nicht vorgesehen hat. Die Ratio von Privatversicherungsverträgen, die faktisch auf Lebenszeit geschlossen werden, besteht darin, durch Alterungsrückstellungen die Beitragsbelastungen von Alter und Krankheitszustand abzukoppeln.¹³³ Mit der Einführung der Portabilität ändert sich für die Versicherungsunternehmen die Berechnungs- und für die Versicherten die Geschäftsgrundlage. Diesem Umstand aber tragen einige Überlegungen des Gesetzgebers auch Rechnung, indem er den Versicherten die Möglichkeit einräumt, den Tarif oder gar den Versicherer zu wechseln und damit ein Sonderkündigungsrecht wahrzunehmen. Die Privatautonomie verleiht keinen Anspruch auf lebenslange Unabänderlichkeit der Vertragsbedingungen, sondern nur darauf, grundsätzlich nicht gegen den eigenen Willen an Verträgen festhalten zu müssen. So verhält es sich hier: Die Wechselmöglichkeit für Versicherte federt, verfassungsrechtlich gesehen, die faktischen Grundrechtseingriffe ab, die sie selbst in Gestalt einseitiger Beitragserhöhungen heraufbeschwört.

Weniger klar ist, ob dies auch für Beitragserhöhungen gilt, die sich für die Inhaber von Zusatz- oder anderen Tarifen mit Blick auf die Mehrkosten aus der Einführung der Portabilität der auf den Basistarif bezogenen Alterungsrückstellungen ergeben. Der Solidargrundsatz, der bis dato nur innerhalb der einzelnen Tarife gilt, würde auf diese Weise auf alle bei einem bestimmten Anbieter Versicherten erstreckt. Über einen Versichererwechsel könnten die Betroffenen dieser Situation nur entgehen, indem sie auf Zusatzleistungen jenseits des Basistarifs verzichten würden – womit aber der sachliche Grund entfielen, sich einer privaten Krankenversicherung anzuschließen. Zwar bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegenüber einer solidarischen Heranziehung Tariffremder, doch darf sie für diese nicht zu übermäßigen Belastungen führen. So

¹³³ Die GKV versucht der Gefahr überproportional steigender Beiträge im Alter demgegenüber mit einem umlagefinanzierten System zu begegnen, vgl. *Kalis*, *VersR* 2001, S. 11.

könnte neben die Querfinanzierung der Portabilität im Basistarif außerdem die Notwendigkeit treten, die nach Übertritt zum Basistarif geschrumpfte und von höherer Morbidität (und damit höherem Kostenrisiko) gekennzeichnete eigene (Zusatz-?)Tarifgruppe durch schon deshalb gestiegene Beiträge mitzufinanzieren. Eine solche „doppelte Solidarität“ gegenüber der eigenen Tarifgruppe und dem Basistarif würde eine übermäßige Belastung nach sich ziehen. Die Betroffenen könnten ihr nur durch Kündigung und Verzicht auf gleichwertige vertragliche Leistungen bei einem anderen Anbieter entgehen. Sollte der Gesetzgeber insoweit keine Auffanglösung (etwa unter Einsatz von Fonds oder Pools) finden, deutet dies auf die Unverhältnismäßigkeit und damit Verfassungswidrigkeit der Mitfinanzierung. Von welchem Mehrbetrag an diese anzunehmen ist, kann allerdings nicht von vornherein verbindlich festgestellt werden.

b) Zwischenergebnis

Abhängig von dem jeweiligen Szenario, kann es somit zur Unverhältnismäßigkeit aufgrund faktisch notwendiger Beitragserhöhungen im Zuge der Portabilisierung der Alterungsrückstellungen kommen. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung des Kontrahierungszwangs, welcher für den steigenden Finanzierungsbedarf ursächlich ist, sei auf die ausführliche Stellungnahme des Kollegen *Thüsing* verwiesen (oben B).

7. Gesamtergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung

Mit Blick auf die privaten Versicherungsunternehmen verstößt die gesetzliche Anordnung der Portabilisierung von Alterungsrückstellungen schon für sich mangels Verhältnismäßigkeit gegen Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG. Der Aspekt der weithin bloß unilateralen Portabilität verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Hinsichtlich der Versicherten kann es, abhängig von der Ausgestaltung und dem jeweiligen Szenario, zudem zur Unverhältnismäßigkeit aufgrund faktisch notwendiger Beitragserhöhungen im Zuge der Portabilisierung der Alterungsrückstellungen kommen, was in einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG mündet.

II. Europarechtliche Prüfung der Portabilisierung von Alterungsrückstellungen

1. Ausgangspunkt

Die beabsichtigten Regelungen des Gesetzesentwurfes müssen nicht nur verfassungsrechtlichen, sondern auch europarechtlichen Vorgaben genügen. Zwar betrifft die Novelle Grundprinzipien des Systems der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten, deren Festlegung in der Befugnis der Mitgliedstaaten liegt. Das finanzielle Gleichgewicht dieser Systeme im Sinne von Art. 137 Abs. 4 EG darf durch sekundärrechtliche Bestimmungen aufgrund der dort verankerten Ermächtigung nicht erheblich beeinträchtigt werden; zudem werden die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten¹³⁴. Doch steht dieser faktische „domaine réservé“ der Mitgliedstaaten¹³⁵ unter dem Vorbehalt, dass sie sich auf „Grundprinzipien“ zu stützen haben; außerdem sind die Mitgliedstaaten von der Beachtung anderer Bestimmungen des Vertrags nicht entbunden. Zu diesen zählen gem. Art. 3 Abs. 1 lit. c EG vor allem die Grundfreiheiten, die wiederum durch sekundärrechtliche Instrumente konkretisiert werden können. Die im vorliegenden Zusammenhang möglicherweise zur Anwendung kommende Grundfreiheit ist die der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG [ex Art. 59 ff. EGV]). Für den hier vorliegenden Sachverhalt sind in diesem Zusammenhang die Ermächtigungsgrundlagen für Sekundärrechtsakte in Art. 44 EG (ex Art. 54 EGV) sowie Art. 47 Abs. 2, 55 EG (ex Art. 57 Abs. 2, 66 EGV) von Interesse.

Auf der Grundlage des Art. 44 EG (ex Art. 54 EGV) wurde die RL 91/674/EWG (VersicherungsbilanzRL) erlassen, die in ihrem Art. 56 den Grundsatz der dauernden Erfüllbarkeit der Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen statuiert. Art. 47 Abs. 2, 55 EG (ex Art. 57 Abs. 2, 66 EGV) dienten als Rechtsgrundlage für RL 92/49/EWG (Dritte RL Schadensversicherung), RL 73/239/EWG (Erste RL Schadensversicherung) und RL 88/357/EWG (Zweite RL Schadensversicherung). In Art. 17 RL 92/49/EWG wird die Bildung einer ausreichenden versicherungstechnischen Rückstellung für die gesamte Geschäftstätigkeit, in Art. 54 Abs. 2 RL 92/49/EWG die Bildung von Alterungsrückstellungen und in Art. 54 Abs. 2 S. 3 RL 92/49/EWG das Prinzip der dauernden Erfüllbarkeit statuiert. Die Verpflichtung zur Bildung von Alterungsrückstellungen wurde in § 12 Abs. 1 Nr. 2 VAG umgesetzt. Das Prinzip

¹³⁴ Vgl. auch EuGH, verb. Rs. C-159, 160/91, *Poucet/Pistre*, Slg. 1993, I-637, Rn. 6; Rs. C-120/95, *Decker/Caisse de maladie des employés privés*, Slg. 1998, I-1831, Rn. 21; Rs. C-158/96, *Kohll/Union des caisses de maladie*, Slg. 1998, I-1931, Rn. 17; Rs. C-157/99, *Smits/Peerboom*, Slg. 2001, I-5473, Rn. 44.

¹³⁵ Vgl. *Eichenhofer*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 137 EGV, Rn. 30.

der dauernden Erfüllbarkeit findet sich wieder in §§ 5 Abs. 2, 8 Abs. 1 Nr. 3, 81 Abs. 1 S. 5 VAG.

Aufgrund des Anwendungsvorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts¹³⁶ gehen die genannten Grundfreiheiten sowie ihre sekundärrechtlichen Konkretisierungen im Rang dem gesamten deutschen Recht vor. Eine vom nationalen Gesetzgeber angeordnete Systemverschiebung, welche es der PKV unmöglich machen würde, den umrissenen Grundsätzen nachzukommen, wäre demnach europarechtswidrig. Die Geltendmachung der Europarechtswidrigkeit nach Erlass eines Gesetzes kann entweder durch Beschwerde bei der Kommission mit der Bitte¹³⁷ um Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG, im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht oder im Zuge einer instanzgerichtlichen Prüfung (etwa einer Streitigkeit über die Bemessung des Basistarifs) qua Antrag auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) erfolgen.

Die gesetzliche Pflicht zur Ermöglichung der Portabilität von Altersrückstellungen ist anhand ihrer Vereinbarkeit zum einen mit den genannten Richtlinien und dem in ihnen verankerten Grundsatz der dauernden Erfüllbarkeit und zum anderen mit der Dienstleistungsfreiheit zu überprüfen.

2. Mögliche Verstöße gegen die genannten Bestimmungen

Die Verpflichtung zur Übertragung der Alterungsrückstellungen im Fall des Versichererwechsels könnte zu einem Verstoß gegen die genannten Richtlinien oder Grundfreiheiten führen.

¹³⁶ Implizit bereits in EuGH, Rs. 26/62, *van Gend en Loos/Administratie der Belastingen*, Slg. 1963, 3 (25); ausdrücklich dann in EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1141 (1253).

¹³⁷ Zwar besteht kein subjektiver Anspruch auf Einleitung des Verfahrens durch die Kommission, doch erlangt das Vertragsverletzungsverfahren auf diese Weise eine individualrechtliche Wirkung (vgl. *Ehricke*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 226 EGV, Rn. 15).

a) Verstoß gegen Art. 56 RL 91/674/EWG (VersicherungsbilanzRL) iVm Art. 54 Abs. 2 RL 92/49/EWG (Dritte RL Schadensversicherung)

aa) Abschließender Charakter von Art. 54 Abs. 2 RL 92/49/EWG

Art. 54 Abs. 2 RL 92/49/EWG könnte aufgrund des abschließenden Charakters dieser Norm einziger Maßstab sein. Die in Art. 54 Abs. 2 RL 92/49/EWG aufgezählten Anforderungen, denen Krankenversicherungen unterliegen, die nach Art der Lebensversicherung zu betreiben sind, stellen Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zum Schutz zwingender Allgemeinwohlgüter dar, wie sich aus dem systematischen Bezug zu Art. 54 Abs. 1 RL 92/49/EWG ergibt. Da Ziel der Richtlinie im Übrigen die weitere Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit ist¹³⁸, sind über sie hinausreichende obligatorische Anforderungen an Krankenversicherungen der genannten Art grundsätzlich nicht mit der Richtlinie vereinbar. Der abschließende Charakter der Norm ergibt sich m.a.W. aus der Funktion des Wahlrechts des Mitgliedstaats, die Krankenversicherung nach Art der Lebensversicherung unter festgelegten Voraussetzungen zu organisieren¹³⁹.

In Art. 54 Abs. 2 RL 92/49/EWG ist zwar in Spstr. 3 die Bildung einer Alterungsrückstellung vorgesehen, nicht aber die Verpflichtung zu ihrer Portabilität. Zwar könnte man zunächst davon ausgehen, dass eine erleichterte Portabilität auch zu einem erleichterten Wechsel und damit zur Vereinfachung des Marktzutritts ausländischer Versicherungsunternehmen führt - was sich positiv auf die Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt auswirken würde. Offenbar aber sieht das Europarecht die Bildung einer Alterungsrückstellung (ebenso wie § 12 VAG) als eine Zulassungsvoraussetzung bei privaten Krankenversicherungen an. In Erwägungsgrund Nr. 6 zur RL 92/49/EWG heißt es:

„(6) Folglich hängen zukünftig der Zugang zum Versicherungsgeschäft und die Ausübung des Versicherungsgeschäfts *von einer einheitlichen Zulassung ab, die von den Behörden erteilt wird, in dem das Versicherungsunternehmen seinen Sitz hat*. Diese Zulassung erlaubt es dem Unternehmen, überall in der Gemeinschaft im Rahmen der Niederlassungsfreiheit oder der Dienstleistungsfreiheit Geschäfte zu betreiben.“¹⁴⁰

¹³⁸ Vgl. Erwägungsgründe 1-3 RL 92/49/EWG sowie ihre Rechtsgrundlage in Art. 47 Abs. 2, 55 EG.

¹³⁹ So auch *Boetius*, FS-Raupach, 2006, S. 213 (221).

¹⁴⁰ Hervorhebung von mir.

Die der grenzüberschreitenden Dienstleistung förderliche Wirkung der einheitlichen Zulassung im Herkunftsstaat wird aber dadurch konterkariert, dass Deutschland mit der Portabilisierung der Alterungsrückstellung eine weitere faktische, im Europarecht nicht vorgesehene Zulassungsvoraussetzung durch den Zielstaat aufstellt. Diese stellt eine Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, die nach dem Grundgedanken der RL 92/49/EWG durch ein einheitliches Zulassungssystem durch den Herkunftsstaat verwirklicht werden soll. Insofern könnte anzunehmen sein, dass die Einführung einer Verpflichtung zur Portabilität der Alterungsrückstellung dem Ziel der Richtlinie entgegensteht. Sie verstieße dann gegen Art. 54 Abs. 2 RL 92/49/EWG und wäre damit europarechtswidrig. Zu beachten ist aber, dass der EuGH über den abschließenden Charakter dieser Norm, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden hat. Eine abweichende Auslegung erscheint methodisch jedenfalls nicht ausgeschlossen.

bb) Verstoß gegen das in den genannten Normen niedergelegte Prinzip der dauernden Erfüllbarkeit

(1) Effekt der Unterdeckung durch Wechsel von relativ gesunden VN

Zudem führt die Verpflichtung zur Portabilität der Alterungsrückstellung zu einem Verstoß gegen das Prinzip der dauernden Erfüllbarkeit, wenn die erleichterte Wechselmöglichkeit zu einer strukturellen Unterdeckung bei dem Versicherungsunternehmen a quo führt. Bei jedem Wechsel eines gesünderen und jüngeren Versicherten ist sein rechnerischer Anteil an der Alterungsrückstellung, dessen Übertragung an seine neue Krankenversicherung er verlangen kann, höher als für sein überdurchschnittlich gutes Risiko eigentlich erforderlich. Daraus folgt eine strukturelle Unterdeckung, welche die dauernde Erfüllbarkeit der Ansprüche gefährden könnte¹⁴¹. In der Tat wechseln bislang auch laut Begründung des Gesetzesentwurfes vor allem jüngere Versicherte, die in der Regel eher „gute Risiken“ darstellen, den Anbieter. Andererseits aber ist das künftige Stornoverhalten noch keineswegs gewiss, zumal im Basistarif zukünftig auch Versicherungsnehmer mit schlechten Risiken ohne Risikoprüfung versichert werden müssen. Dies könnte dazu führen, dass nicht mehr vor allem jüngere und damit gesunde Versicherungsnehmer wechseln, sondern sich das Wechselverhalten über alle Alters- und Gesundheitsklassen gleichmäßig erstreckt, so dass möglicherweise allein durch die erleichterte Wechselmöglichkeit noch nicht zwingend Unterdeckung erwüchse.

¹⁴¹ Vgl. *Boetius*, FS-Raupach, 2006, S. 213 (226 f., 231).

Allerdings muss konstatiert werden, dass der vom Gesetzgeber geplante Risikoausgleich auch als Ausgleich für etwaige „Veralterungsrisiken“ genutzt werden soll. Dies lässt darauf schließen, dass der Gesetzgeber auch für die Zukunft annimmt, dass eher jüngere und damit gesündere Versicherungsnehmer ihre PKV verlassen. Zwar könnte der auch hierfür herangezogene Risikoausgleich dazu führen, dass kein Versicherungsunternehmen eine strukturelle Unterdeckung unmittelbar aufgrund des Verlusts von Alterungsrückstellungen zu befürchten hat. Jedoch begründet diese weitere Funktion des Risikoausgleichs – neben der Abdeckung der Pflicht zur Aufnahme „schlechter Risiken“ im Basistarif – insoweit Gefahren für die dauernde Erfüllbarkeit, da die Notwendigkeit, den so „aufgeladenen“ Risikoausgleich zu finanzieren, starke Beitragserhöhungen nach sich ziehen könnte. Insoweit lassen sich in Bezug auf das Prinzip der dauernden Erfüllbarkeit ähnliche Erwägungen zu kalkulatorischer (versicherungsmathematischer) oder wirtschaftlicher Unmöglichkeit anstellen wie sie im verfassungsrechtlichen Teil dieses Gutachtens bereits vorgenommen wurden¹⁴². Eine kalkulatorische oder wirtschaftliche Unmöglichkeit führte auch zu einer Verletzung des Prinzips der dauernden Erfüllbarkeit und wäre europarechtswidrig.

(2) Effekt der unilateralen Portabilität

Eine weitere Gefahr für die dauernde Erfüllbarkeit könnte sich aus der unilateralen Portabilität von Alterungsrückstellungen ergeben. Anders als die zuvor betrachtete Unterdeckung beim Wechsel zwischen privaten Versicherungsunternehmen, bei der zumindest theoretisch der Abfluss von Alterungsrückstellungen durch den Zuwachs von Versicherungsnehmern anderer PKV und der Übertragung von deren Alterungsrückstellungen ausgeglichen werden könnte, kann einem Abfluss von Alterungsrückstellungen in die GKV nicht durch den Zuwachs von Versicherungsnehmern der GKV begegnet werden¹⁴³.

Dieser einseitige Abfluss von Alterungsrückstellungen führt gegebenenfalls zu notwendigen Beitragserhöhungen, die wiederum zu einer wirtschaftlichen Unmöglichkeit führen könnten. Auch hierdurch wäre dann das Prinzip der dauernden Erfüllbarkeit verletzt.

¹⁴² S.o. auf S. 78 ff.

¹⁴³ S.o. auf S. 81 f.; die GKV versucht der Gefahr überproportional steigender Beiträge im Alter mit einem umlagefinanzierten System zu begegnen, vgl. *Kalis*, Mitgabe der Alterungsrückstellung in der privaten Krankenversicherung – Eine Betrachtung unter versicherungsmathematischen und rechtssystematischen Aspekten –, *VersR* 2001, S. 11.

b) Verstoß gegen Art. 49 EG

Die Portabilisierung von Alterungsrückstellungen könnte auch gegen die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EG verstoßen. Dazu muss auch insoweit eine Diskriminierung oder Beschränkung vorliegen.

aa) Diskriminierung

Die Verpflichtung zur Portabilität der Alterungsrückstellungen knüpft nicht an den Sitz des handelnden Unternehmens an, sodass keine unmittelbare Diskriminierung zu konstatieren ist. Eine mittelbare Diskriminierung wäre allenfalls dann anzunehmen, wenn Versicherungsunternehmen mit Sitz im europäischen Ausland mit strukturell größeren Stornowahrscheinlichkeiten zu rechnen hätten, wofür es jedoch keine Anhaltspunkte gibt. Auch eine mittelbare Diskriminierung liegt damit nicht vor.

bb) Beschränkung

Die Verpflichtung zur Übertragung der Altersrückstellung beim Wechsel des Versicherungsunternehmens stellt eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, wenn hierdurch die Kalkulationsbasis des ausländischen Versicherungsunternehmens derart ungewiss wird, dass es für dieses wirtschaftlich unattraktiv wäre, auf dem deutschen Versicherungsmarkt zu agieren. Da die Übertragung der Alterungsrückstellung zudem nicht zu den harmonisierten Zulassungsvoraussetzungen von Versicherungen, die nach Art der Lebensversicherung betrieben werden, gehören¹⁴⁴, ist davon auszugehen, dass es für die meisten ausländischen Versicherungsunternehmen mit einem großen Aufwand verbunden wäre, Portabilität zu gewährleisten. Auch dieser Aufwand könnte zur wirtschaftlichen Unattraktivität des Marktzutritts in Deutschland beitragen. Eine Beschränkung von Dienstleistungsfreiheit wird somit durch die Verpflichtung zur Portabilität der Alterungsrückstellung bewirkt.

cc) Rechtfertigung

Hinter dieser Beschränkung können jedoch zwingende Gründe des Allgemeinwohls stehen. In Betracht kommt der Wettbewerb zwischen den privaten Versicherungsunternehmen sowie zwischen diesen und den gesetzlichen Krankenversicherungen. Dieses Ziel wird durch die

¹⁴⁴ Vgl. Art. 54 Abs. 2 RL 92/49/EWG.

Verpflichtung zur Portabilität der Alterungsrückstellung bezweckt. Jedoch darf die Verwirklichung dieser Allgemeinwohlgründe nicht in unverhältnismäßiger Weise geschehen¹⁴⁵. Der Wettbewerb unter den Krankenversicherungen mag auf der einen Seite durch eine erleichterte Wechselmöglichkeit unterstützt werden, doch scheint die einseitige Übertragungsmöglichkeit von Alterungsrückstellungen von privaten Versicherungsunternehmen auf die GKV eher wettbewerbshemmend zu wirken, da hierdurch ein struktureller Vorteil der GKV erreicht wird, die keine Alterungsrückstellungen bei einem Wechsel von Versicherungsnehmern in die PKV übertragen müssen und können. Für die Verbesserung des Wettbewerbs zwischen PKV und GKV ist die Verpflichtung zur Portabilität somit jedenfalls so lange nicht geeignet, wie sie einseitig zu Lasten der PKV geht. Zur tatsächlichen Herstellung einer einheitlichen Ausgangsbasis für den Wettbewerb müsste vielmehr auch die GKV an einer erweiterten Pool-Lösung beteiligt werden¹⁴⁶.

Was den Wettbewerb zwischen privaten Versicherungsunternehmen betrifft, so ist zwar zu konstatieren, dass sich eine Erleichterung des Wechsels durch die Portabilität wettbewerbsfördernd auswirken könnte aufgrund des höheren Anreizes zum Wechsel. Das System der Krankenversicherungen wird prima facie permeabel und transparent, wenn auch geringfügig mehr Wettbewerb nur für Bestandskunden und nicht für Neukunden geschaffen wird.¹⁴⁷ Angesichts der zu erwartenden Beitragserhöhungen in Folge der Portabilität der Alterungsrückstellung muss bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung aber auch der Aspekt des „consumer benefit“ beachtet werden. Schaffung und Förderung von Wettbewerb sind kein Selbstzweck, sondern dienen im Ergebnis positiven Effekten für Verbraucher (vgl. Art. 81 Abs. 3 EG), z.B. in Form von niedrigeren Preisen oder besserer Leistungen. Wenn Folge der Portabilität von Alterungsrückstellungen notwendigerweise erhöhte Beitragssätze sind, so führt der erhöhte Wettbewerb im Ergebnis nicht zu einer verbesserten Situation für die Bestandskunden, sondern allenfalls zu einem „Nullsummenspiel“. Selbst wenn man die Geeignetheit der gesetzlichen Maßnahmen trotz dieser Einwände bejahen möchte, müssen die im verfassungsrechtlichen Teil aufgezeigten Bedenken¹⁴⁸ auch zu einer Unverhältnismäßigkeit der Portabilisierung der Alterungsrückstellungen in Bezug auf Art. 49 EG führen. Eine Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch erhöhten Wettbewerb der privaten Krankenversicherer untereinander liegt damit nicht vor.

¹⁴⁵ EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37.

¹⁴⁶ S.o. auf S. 82.

¹⁴⁷ S.o. auf S. 72 ff.

¹⁴⁸ Vgl. zu diesem Aspekt bereits oben S. 72.

Mithin liegt in der Verpflichtung zur Portabilität der Alterungsrückstellung auch ein Verstoß gegen Dienstleistungsfreiheit. Sie ist auch insoweit europarechtswidrig.

3. Ergebnis

Die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen verstößt gegen den abschließenden Charakter des Art. 54 Abs. 2 RL92/49/EWG, da hierdurch eine faktische Zulassungsvoraussetzung durch den Zielstaat aufgestellt wird. Im Falle einer versicherungsmathematischen oder wirtschaftlichen Unmöglichkeit aufgrund der Portabilisierung ist auch das Prinzip der dauernden Erfüllbarkeit verletzt.

Die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen stellt zudem eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, da das erstrebte Ziel vermehrten Wettbewerbs nicht zu positiven Verbrauchereffekten (vgl. Art. 81 Abs. 3 EG) führt.

III. Zusammenfassung in Thesen

1. Die gesetzliche Anordnung der Herstellung von Portabilität (Portabilisierung) bei auf bestehende Versicherungsverträge bezogenen Alterungsrückstellungen unterliegt sowohl gravierenden verfassungs- als auch europarechtlichen Bedenken. Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe sind die Grundrechte des Grundgesetzes, insbesondere die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) und - jedenfalls soweit die Versicherungsunternehmen betroffen sind - die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), sonst u.U. das "Auffanggrundrecht" des Art. 2 Abs. 1 GG; auf europarechtlicher Seite sind es vor allem die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG) und auf sekundärrechtlicher Ebene ein Bündel einschlägiger Richtlinien.

2. Alterungsrückstellungen sind - fremdnütziges - Eigentum der Versicherungsunternehmen i.S.d. Art. 14 Abs. 1 GG. Die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen ist eine Inhaltsbestimmung, die verhältnismäßig sein muss. Darüber hinaus zwingen die vorgesehenen gesetzlichen Maßnahmen, die im Verbund ihre Wirkung zeitigen, die Versicherer zu grundlegenden Änderungen ihrer geschäftlichen Praxis. Diese "berufsregelnde Tendenz" führt darüber hinaus zur Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GG auch auf die Portabilitätsregelung.

3. Da die Berufsausübungsregelung inhaltlich einer Regelung der Berufswahl bereits nahe kommt, wird man sie nicht lediglich an den für Berufsausübungsregelungen sonst geltenden Schrankenbestimmungen messen, sondern die für die nächsthöhere Schranke geltenden Maßstäbe zur Anwendung bringen. Insofern ist darauf abzustellen, ob ein Gemeinschaftsgut, dem der Eingriff zugute kommt, von überragendem Gewicht und der Eingriff zu dessen Schutz zwingend geboten ist.

4. Als Ziele der geplanten Maßnahmen, die als Rechtfertigung des Eingriffs gelten könnten, kommen neben der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der GKV die Herstellung von Wettbewerb sowie Erwägungen eines Vorteilsausgleichs in Betracht. Hinsichtlich des erstgenannten Ziels ist bereits die Erforderlichkeit nicht belegbar; jedenfalls stehen die erheblichen Eingriffe in das System der PKV außer Verhältnis zu angestrebten Vorteilen. Das erklärte Ziel des Gesetzgebers, Wettbewerb herzustellen, kann durch die Portabilisierung nicht erreicht werden, da sie in ein Geflecht aus wettbewerbshemmenden Regeln eingebunden wird. Zu diesen gehört insbesondere die Begründung eines uniformen Basistarifs, der einem (nach jüngsten Vorstellungen des Gesetzgebers für beide Vertragsparteien geltenden) Kontrahierungszwang unterliegt. Insofern wird nur eine systemimmanente Hürde durch eine andere, Reduzierung der Konkurrenz qua Standardisierung durch das Basistarifsystem, ausgetauscht. Bereits privat Versicherte haben zwar einen Anspruch darauf, von einer anderen privaten Krankenversicherung zum Basistarif versichert zu werden, doch weicht der Leistungsquerschnitt insoweit nicht von dem ab, was der Versicherte auch von seiner bisherigen Versicherung erlangen würde. Infolge der höheren Risikobewertung wäre ein solcher Wechsel nur für jüngere Kunden attraktiv, bei denen die "Mitnahme" der Alterungsrückstellungen jedoch besonders folgeschwer wäre. Für die PKV ergibt sich aus der Standardisierung überdies ein Wettbewerbsnachteil, da sie infolge des gesetzlichen Zwangs zur Bildung von Alterungsrückstellungen Leistungen im Basistarif nicht so günstig wie die GKV offerieren können. Wettbewerb ist kein Selbstzweck, sondern soll positive Effekte für den Verbraucher erzeugen, was aufgrund der zu erwartenden Beitragserhöhungen aber nicht der Fall sein wird. Selbst wenn ihre Eignung zur Herstellung von mehr Wettbewerb angenommen werden sollte, ist die Standardisierung der Verträge hierfür aber nicht zwingend erforderlich.

5. Als möglicher Legitimationsgrund für die Portabilisierung von Alterungsrückstellungen bleibt damit nur der Vorteilsausgleich beim bisherigen Versicherer in Betracht. Im Ergebnis zeigt sich aber, dass die Portabilisierung der Alterungsrückstellung ganz erhebliche strukturelle Folgen

nach sich zieht, die jedenfalls für bestehende Verträge technisch nicht oder jedenfalls nur unter unzumutbaren Bedingungen zu bewältigen sind (versicherungsmathematische Unmöglichkeit). Dann greift die Maßnahme schon aus diesem Grunde, bereits soweit sie die Versicherungsunternehmen selbst betrifft, übermäßig in die Rechte der Versicherungsunternehmen ein. Hinzu könnte wirtschaftliche Unmöglichkeit kommen, die durch eine Versicherungs- oder erweiterte Pool-Lösung aufgefangen werden sollte.

6. Die unilaterale Portabilität der Alterungsrückstellungen beim Wechsel von der PKV in die GKV führt zu einem Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG, da bei einem umgekehrten Wechsel den privaten Versicherern kein vergleichbarer Vermögensvorteil entsteht. Zur Herstellung der Verfassungskonformität bedürfte es insoweit flankierender Ausgleichsmaßnahmen des Gesetzgebers zugunsten der PKV.

7. Die erzwungenen Beitragserhöhungen könnten eine übermäßige Belastung für die Versicherten nach sich ziehen, wenn neben die Notwendigkeit der Querfinanzierung des Basistarifs die von höherer Morbidität gekennzeichnete eigene Tarifgruppe durch ebenfalls erhöhte Beiträge mitzufinanzieren ist („doppelte Solidarität“). In diesem Fall wäre auch Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

8. Die vorgesehenen Maßnahmen fallen in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) und der RL 92/49/EWG, RL 73/239/EWG, RL 88/357/EWG sowie RL 91/674/EWG. Letztere statuieren das Prinzip der dauernden Erfüllbarkeit als europarechtlich zwingenden Grundsatz.

9. Die Portabilisierung der Alterungsrückstellungen verstößt gegen den abschließenden Charakter des Art. 54 Abs. 2 RL 92/49/EWG, da hierdurch eine faktische Zulassungsvoraussetzung durch den Zielstaat aufgestellt wird. Im Falle einer versicherungsmathematischen oder wirtschaftlichen Unmöglichkeit aufgrund der Portabilisierung ist auch das Prinzip der dauernden Erfüllbarkeit verletzt. Sie führt zudem zu einer nicht zu rechtfertigenden Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, da das erstrebte Ziel vermehrten Wettbewerbs, wie gezeigt, keine positiven Verbrauchereffekte (vgl. Art. 81 Abs. 3 EG) mit sich bringt.