

Unabhängige Patientenberatung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe

- Zur Finanzierung einer Stiftung Unabhängige Patientenberatung Deutschland -

Gutachterliche Stellungnahme

Prof. Dr. *Gregor Thüsing*, LL.M. (Harvard)

Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Februar 2023

GLIEDERUNG

A) SACHVERHALT UND RECHTSFRAGEN.....	3
B) RECHTSAUSFÜHRUNGEN.....	6
I. Stiftungsrechtliche Fragestellungen bleiben außen vor.....	6
II. Kein Wertungswiderspruch zwischen Unabhängigkeit und der Finanzierung.....	6
III. Aber: Gesamtgesellschaftliche Aufgaben müssen steuerfinanziert werden	7
1. Unabhängige Patientenberatung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe	8
2. Verfassungsrechtliche Konsequenzen.....	12
a) Fragliche Gesetzgebungskompetenz	13
aa) Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG für die PKV und GKV?	13
bb) Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG für die GKV?	14
b) Fragliche Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs	21
aa) Beteiligung der PKV als sog. „Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion“ ...	21
bb) Enge verfassungsrechtliche Grenzen für Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion.....	22
(1) Keine Pflicht zur Beratung versicherter Personen aus dem Versicherungsverhältnis.....	24
(2) Jedenfalls keine besondere Finanzierungsverantwortung.....	28
(3) Gruppennützigkeit in Bezug auf privat Versicherte fehlt	31
cc) Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG (PKV-Unternehmen) und Art. 2 Abs. 1 GG (Versicherte).....	33
IV. Freiwillige Finanzierung bleibt möglich	35
C) ZUSAMMENFASSUNG.....	36

A) SACHVERHALT UND RECHTSFRAGEN

Die Unabhängige Patientenberatung soll eine neue Organisationsform bekommen und neu finanziert werden:

- Wie bereits im Koalitionsvertrag festgelegt, soll die unabhängige Patientenberatung künftig nicht mehr von einer gemeinnützigen GmbH, sondern im Rahmen einer Stiftung bürgerlichen Rechts erbracht werden.¹ Hierfür soll § 65b SGB V geändert werden. Nach dem vorliegenden Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung einer Stiftung Unabhängige Patientenberatung Deutschland (UPD) soll ab dem 1. Januar 2024 die Stiftung eingesetzt werden, die vom GKV-Spitzenverband errichtet wird.² Die Stiftung soll den Namen „Stiftung Unabhängige Patientenberatung Deutschland (UPD)“ erhalten. Zwecksetzung der Stiftung ist „eine unabhängige, qualitätsgesicherte und kostenfreie Information und Beratung von Patientinnen und Patienten in gesundheitlichen und gesundheitsrechtlichen Fragen sicherzustellen“, so § 65b Abs. 1 S. 4 SGB V-E. Hierdurch sollen die Gesundheitskompetenz der Patientinnen und Patienten und die Patientenorientierung im Gesundheitswesen gestärkt und mögliche Problemlagen im Gesundheitssystem aufgezeigt werden. Organisiert wird die Stiftung über einen Stiftungsvorstand, einen Stiftungsrat und einen wissenschaftlichen Beirat, § 65b Abs. 3 SGB V-E. Die Stiftungssatzung wird vom GKV-Spitzenverband „im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit und im Benehmen mit der oder dem Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und Patienten“³ erlassen. Laut Entwurfsbegründung geht das Ministerium davon aus, dass die Stiftung trotzdem unabhängig von den Krankenkassen arbeiten kann. „Im Sinne der geforderten Unabhängigkeit der UPD von wirtschaftlichen und sonstigen Interessen Dritter soll eine Einflussnahme auf die Stiftungsarbeit durch den GKV-Spitzenverband als Vertreter der gesetzlichen Krankenkassen ausgeschlossen werden“⁴ heißt es dort.

- Anders als bisher soll nicht nur die gesetzliche Krankenversicherung zur Finanzierung verpflichtet sein (§ 65b Abs. 2 S. 3 SGB V), sondern entsprechend einem neuen § 65b

¹ Mehr Fortschritt wagen, S. 68: „Die Unabhängige Patientenberatung (UPD) überführen wir in eine dauerhafte, staatsferne und unabhängige Struktur unter Beteiligung der maßgeblichen Patientenorganisationen“.

² BT-Drs. 20/5334.

³ BT-Drs. 20/5334, S. 17.

⁴ BT-Drs. 20/5334, S. 17.

Abs. 11 SGB V auch die private Krankenversicherung. Die privaten Krankenversicherungsunternehmen beteiligen sich aktuell auf freiwilliger Basis (§ 65b Abs. 1 S. 6 SGB V) an der Finanzierung der UPD. Die Freiwilligkeit bezieht sich dabei auf das „Ob“, das „Wie lange“, das „Wie hoch“ als auch das „Wofür“ der Förderung. Dabei treten die Mittel der privaten Krankenversicherung neben die Mittel, mit denen die gesetzliche Krankenversicherung die UPD finanziert. Nach neuer Rechtslage soll die UPD gemeinsam finanziert werden, die Förderung durch die privaten Krankenversicherungsunternehmen wird also fest eingeplanter Teil der Mittel der UPD. Der neue § 65b Abs. 11 SGB V lautet wie folgt

„(11) Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die privaten Krankenversicherungsunternehmen wenden der Stiftung ab dem 1. Januar 2024 einen Gesamtbetrag von jährlich 15 Millionen Euro zu. Der Anteil der privaten Krankenversicherungsunternehmen an dem Gesamtbetrag nach Satz 1 unter Berücksichtigung der Anpassung nach Satz 8 beträgt 7 Prozent. Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Verband der Privaten Krankenversicherung e. V. mit Wirkung für die privaten Krankenversicherungsunternehmen vereinbaren mit der Stiftung das Nähere zur gemeinsamen Finanzierung nach den Sätzen 1 und 2. Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen erhebt zur Finanzierung nach Satz 1 von den Krankenkassen eine Umlage gemäß dem Anteil ihrer Versicherten an der Gesamtzahl der Versicherten aller Krankenkassen. Das Nähere zum Umlageverfahren bestimmt der Spitzenverband Bund der Krankenkassen. Die Aufwendungen der privaten Krankenversicherungsunternehmen nach Satz 2 werden vom Verband der Privaten Krankenversicherung e. V. durch eine Umlage entsprechend dem Anteil der jeweiligen Versicherten erhoben. Das Nähere zum Umlageverfahren bestimmt der Verband der Privaten Krankenversicherung e. V. Der Betrag nach Satz 1 ist in den Folgejahren entsprechend der prozentualen Veränderung der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 Absatz 1 des Vierten Buches anzupassen. Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen sowie der Verband der Privaten Krankenversicherung e. V. dürfen auf die Tätigkeit der Stiftung keinen Einfluss nehmen; die Tätigkeit des entsandten Mitglieds im Stiftungsrat bleibt hiervon unberührt.“

- Während die GKV jährlich mit 13,95 Millionen Euro die Stiftung unterstützen soll (93 %), soll somit die PKV mit etwas mehr als 1,05 Millionen Euro (7 %) daran beteiligt werden. Die gemeinsame Finanzierung der laufenden Stiftungsarbeit durch GKV und PKV begründet die Bundesregierung wie folgt:⁵ Information und Beratung sei nicht nur Aufgabe der Sozialversicherung, sondern auch das Versicherungsverhältnis zwischen

⁵ BT-Drs. 20/5334, S. 17 f.

PKV und ihren Versicherten beinhaltet eine Pflicht zur Beratung. Die finanzielle Beteiligung sei daher sachgerecht. Auf diese Art und Weise könne eine dauerhafte Finanzierung der UPD sichergestellt werden. Diese prozentuale Verteilung von 93 % zu 7 % entspreche nach Auffassung der Bundesregierung der „ungefähren Verteilung von den in dem jeweiligen System versicherten Personen“⁶, bei dem Finanzierungsanteil der PKV sei hierbei ein Anteil zur Berücksichtigung der Beihilfeberechtigten in Abzug gebracht worden. In welchem Umfang und Anteil das Angebot der UPD tatsächlich von gesetzlich und privat Versicherten in Anspruch genommen wird, spielt somit im Umkehrschluss scheinbar keine Rolle. Jedoch würden privat Versicherte und die privaten Versicherungsunternehmen in mehrfacher Hinsicht von der einzurichtenden Stiftung profitieren, dies rechtfertige die Beteiligung an der Finanzierung. Denn die UPD entlaste die privaten Krankenversicherungsunternehmen von ihren Beratungsleistungen, die sie anderenfalls selbst unmittelbar erbringen, bzw. deren Kosten sie erstatten müssten. Es sei anzunehmen, dass die Erbringung durch die UPD effizienter und kostengünstiger erfolgen könne, sodass Ausgaben der PKV reduziert würden. Nach Auffassung der Bundesregierung spiegele die Kostenlast iHv. 7% den durch privat Versicherte schätzungsweise verursachten Beratungsaufwand ab. Würden privat Versicherte hingegen vom Beratungsangebot der UPD ausgeschlossen werden – und die PKV somit keinen Anteil von 7 % tragen müssen – hätte dies einen erheblichen versorgungsrelevanten Nachteil zur Folge, den die Patientinnen und Patienten in zahlreichen Fällen nicht mit gleicher Erfolgsaussicht kompensieren könnten. Dies träfe insbesondere auf „vulnerable“ Gruppen zu, wie beispielsweise Versicherte mit kognitiven Einschränkungen oder eingeschränkten Kenntnissen der deutschen Sprache. Die generelle Inanspruchnahme des UPD –Beratungsangebots beuge mithin auch einem diskriminierenden Effekt vor. Dass die PKV die UPD bisher auf freiwilliger Basis finanziell unterstützten – wenn auch iHv. 350.000 Euro *per annum* weniger als nunmehr beabsichtigt – deute darauf hin, dass seitens der PKV erhebliche Vorteile darin gesehen werden, ihre Versicherten am Beratungsangebot partizipieren zu lassen. Dieser Nutzen rechtfertige die Beteiligung der PKV an der Stiftungsfinanzierung.

Der Verband der Privaten Krankenversicherung e.V. ist mit der Bitte um eine Stellungnahme an mich herangetreten. Danach ist zu klären, ob er verfassungsrechtlich zulässig verpflichtet werden kann, sich an der Finanzierung einer solchen Stiftung zu beteiligen.

⁶ BT-Drs. 20/5334, S. 17.

B) RECHTSAUSFÜHRUNGEN

Um die aufgeworfenen Fragen zu beantworten, soll schrittweise vorgegangen werden. Zunächst gilt es, stiftungsrechtliche Probleme auszuklammern, die zwar bestehen mögen, jedoch hier nicht erörtert werden sollen (I.), sodann soll in einem zweiten Schritt auf die verbreitet behauptete Unvereinbarkeit von Finanzierung und Unabhängigkeit eingegangen werden (II.), bevor in einem dritten Schritt deutlich gemacht werden soll, dass die PKV nicht zur Finanzierung der UPD als gesamtgesellschaftliche Aufgabe verpflichtet werden kann (III.).

I. Stiftungsrechtliche Fragestellungen bleiben außen vor

Im Folgenden soll es nur um die Finanzierung gehen – stiftungsrechtliche Fragestellungen, die Hürden in der Realisierung dieses Vorhabens sein könnten, bleiben damit außen vor. Auf diese haben *Gassner* und *Wollenschläger* in einem Gutachten für den Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und Patienten ausführlich hingewiesen.⁷ Diese beziehen sich etwa auf die grundgesetzlich möglicherweise fehlende Verwaltungskompetenz, will man Regionalbüros einführen.⁸ Die Gründung einer Stiftung durch die öffentliche Hand sei aus rechtlicher Sicht „ein schwieriges Terrain, das zahlreiche Rechtsfragen aufwirft und deshalb auch eindeutige Aussagen zur Leistungsfähigkeit dieser Organisationsform für die Realisierung einer optimierten unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung“ erschwere.⁹ Auch weisen sie darauf hin, dass die Wahl der Rechtsform einer privatrechtlichen Stiftung durch die öffentliche Hand besonderen rechtlichen Hürden unterliegt und sie teilweise – insbesondere in Gestalt der Einkommensstiftung ohne rechtlich garantierte periodische Zuschüsse – sehr kritisch gesehen wird.¹⁰

II. Kein Wertungswiderspruch zwischen Unabhängigkeit und der Finanzierung

⁷ Das Gutachten ist online abrufbar unter: https://www.patientenbeauftragte.de/wp-content/uploads/2020/12/Gassner_Wollenschla%CC%88ger_2020-09-23.pdf (letzter Abruf am: 23.1.2023).

⁸ *Gassner/Wollenschläger*, Gutachten zu den Möglichkeiten und den rechtlichen Rahmenbedingungen einer Weiterentwicklung der unabhängigen Patientenberatung (UPD) nach § 65b SGB V, 2020, abrufbar unter: https://www.patientenbeauftragte.de/wp-content/uploads/2020/12/Gassner_Wollenschla%CC%88ger_2020-09-23.pdf (letzter Abruf am: 23.1.2023), S. 69.

⁹ *Gassner/Wollenschläger*, Gutachten zu den Möglichkeiten und den rechtlichen Rahmenbedingungen einer Weiterentwicklung der unabhängigen Patientenberatung (UPD) nach § 65b SGB V, 2020, S. 55.

¹⁰ *Gassner/Wollenschläger*, Gutachten zu den Möglichkeiten und den rechtlichen Rahmenbedingungen einer Weiterentwicklung der unabhängigen Patientenberatung (UPD) nach § 65b SGB V, 2020, S. 117.

Verbreitet wird deren Steuerfinanzierung nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen gefordert, sondern weil man einen Widerspruch zwischen Finanzierung und Unabhängigkeit sieht. Exemplarisch formulierte es bereits der Antrag „Unabhängige Patientenberatung Deutschland – Gemeinnützigkeit und Unabhängigkeit wiederherstellen“ der Fraktion *Die Linke* in der vergangenen Legislaturperiode (BT-Drucks. 19/14373):

„Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung auf, einen Gesetzentwurf vorzulegen, der das Vertrauen der ratsuchenden Patientinnen und Patienten sowie der Versicherten in die Unabhängigkeit der Patientenberatung wiederherstellt. Dazu... soll die Patientenberatung statt aus Versicherungsgeldern aus Steuergeldern finanziert werden, da es sich um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe handelt und die Unabhängigkeit der UPD von den Interessen Dritter gewährleistet werden muss.“

Einige der damals in der Ausschussanhörung geladenen Sachverständigen stimmten dem ausdrücklich zu.¹¹ Doch so wichtig die Unabhängigkeit ist, so unbegründet scheint die Sorge, durch die Finanzierung könnte diese in Frage gestellt werden. Denn die Finanzierung führt nicht zu Einwirkungsmöglichkeiten: „Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen sowie der Verband der Privaten Krankenversicherung e. V. dürfen auf den Inhalt oder den Umfang der Tätigkeit der Stiftung keinen Einfluss nehmen“ heißt es ausdrücklich in § 65b Abs. 11 S. 9 SGB V-E. Die Höhe der Finanzierung ist festgeschrieben und kann nicht als Steuerungsmittel eingesetzt werden. Bei den Gremien der Stiftung ist man begrenzt, im Stiftungsrat ist man in der Minderheit, und wichtiger noch: Die in der Verordnung nach § 140g SGB V genannten maßgeblichen Organisationen für die Wahrnehmung der Interessen der Patientinnen und Patienten und der Selbsthilfe chronisch kranker und behinderter Menschen schlagen dem Stiftungsrat einvernehmlich zwei Personen zur Berufung in den Stiftungsvorstand vor und der Stiftungsrat kann den Vorschlag nur aus wichtigem Grund ablehnen, § 65b Abs. 4 SGB V-E. Schon deshalb ist es richtig, dass die Entwurfsbegründung schreibt, der Hinweis auf die fehlende Einflussnahme der Finanziere in § 65b Abs. Abs. 11 S. 9 SGB V-E sei nur klarstellend.

III. Aber: Gesamtgesellschaftliche Aufgaben müssen steuerfinanziert werden

¹¹ S. die Stellungnahmen der Einzelsachverständigen *Bornes, Dierks, Etgeton* und *Geene*, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/webarchiv/Ausschuesse/ausschuesse19/a14/anhoerungen/stellungnahmen-inhalt-687268> (letzter Abruf am: 23.1.2023).

Entscheidender, ebenfalls im Antrag der Fraktion *Die Linke* genannter Grund für die Verfassungswidrigkeit der angestrebten Finanzierung ist damit ein anderer:¹² Die Tatsache, dass es sich bei der Aufgabe der UPD um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe handelt.

1. Unabhängige Patientenberatung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe

Dass die Patientenberatung eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe ist, hat etwa der GKV-Spitzenverband schon vor einiger Zeit plastisch zusammengefasst:

„Patientenberatung ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe und erfordert eine Steuerfinanzierung

Die Bereitstellung von Informations- und Beratungsangeboten, die unabhängig von bestehenden Versicherungsverhältnissen auf sämtliche gesundheitliche und gesundheitsrechtliche Fragen ausgerichtet sind, der gesamten Bevölkerung zu Gute kommen und auch - wie in der aktuellen Corona-Pandemie praktiziert - (öffentliche) Informationsfunktionen wahrnehmen, stellt im Bereich der GKV eine versicherungsfremde Leistung dar, die nach Auffassung des GKV-Spitzenverbandes aus Steuermitteln zu finanzieren ist.“¹³

Nun ist der Begriff der gesamtgesellschaftlichen Aufgaben kein genuin rechtlicher. Er spiegelt sich aber – wie die Stellungnahme des GKV-Spitzenverbandes zeigt – in der Diskussion um die versicherungsfremden Leistungen wider. Es ist allgemein anerkannt, dass diese grundsätzlich durch den Steuerzahler zu finanzieren sind, und werden sie der Sozialversicherung oktroyiert, dann sind diese auszugleichen. Es bedarf daher eines näheren Blicks auf das, was als versicherungsfremde Leistungen anerkannt ist.

Die Frage stellen sich auch andere: „Die Krux ist, dass niemand von uns sozusagen par ordre du mufti festlegen kann, was versicherungsfremde Leistungen sind und was nicht.“ (Sachverständiger Prof. Dr. *Klaus-Dirk Henke* in einer Anhörung des Haushaltsausschusses v. 15.5.2014, Stenografisches Protokoll 18/12, S. 6)

Der Gesetzgeber selbst gibt hier nur spärlich Hinweise. Im Bereich der Pflegeversicherungen findet sich der Begriff der gesamtgesellschaftlichen Aufgaben nicht ausdrücklich im Gesetz,

¹² BT-Drs. 19/14373, S. 1 f.

¹³ GKV-Spitzenverband, Zukunft der unabhängigen Patientenberatung (UPD), 2021, abrufbar unter: https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/presse/meldungen/Positionspapier_Zukunft_der_unabhaengigen_Patientenberatung.pdf (letzter Abruf am: 23.1.2023), S. 4.

im Krankenversicherungsrecht ist er zumindest in § 221 Abs. 1 SGB V enthalten, an einer Definition fehlt es aber auch hier – sowohl im Gesetzestext selbst als auch in der Gesetzesbegründung.¹⁴ Einziger Anhaltspunkt kann insofern sein, was vom Gesetzgeber vereinzelt ausdrücklich als versicherungsfremde Leistung für die Krankenversicherung benannt wird: Die beitragsfreie Mitversicherung von Kindern,¹⁵ Bestattungskostenzuschüsse¹⁶ sowie Empfängnisverhütung, Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch.¹⁷ Was tatsächlich versicherungsfremde Leistungen sind, bleibt – so wird verbreitet beklagt – angesichts dieser nur fragmentarischen Aufzählung jedoch letztlich unklar.¹⁸ Das Schrifttum ist sich weitgehend einig in der Uneinigkeit. So verwundert es nicht, dass sich in der Literatur zahlreiche Definitionsversuche finden.¹⁹

a) Versicherungsfremd ist eine Leistung, die der Erfüllung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben dient

Manche möchten alle Leistungen als versicherungsfremd einordnen, die für verschiedene Versicherte in unterschiedlichem Ausmaß erbracht werden, ohne dass ihnen entsprechend zugleich unterschiedliche Beiträge gegenüberstehen.²⁰ Andere halten für maßgeblich, ob die jeweiligen Leistungen Interessen befriedigen, „die außerhalb der Solidargemeinschaft der Beitragszahler der Sozialversicherung als solcher liegen“²¹. Dem entspricht der Sache nach die Eingrenzung des Bundessozialgerichts, wonach eine „gesamtgesellschaftliche Querschnittsaufgabe“ keine Aufgabe der Sozialversicherung ist.²² Wieder andere wollen vielmehr eine negative Abgrenzung vornehmen und den Begriff der versicherungsfremden Leistungen von ihrem Gegenstück, nämlich den versicherungsimmanenten Leistungen, ausgehend formulieren: Denn Aufgabe der Versicherungen sei gerade, das versicherte Risiko zu tragen und die versprochene Leistung zu erbringen, soweit der Versicherungsfall eintritt, sich also die übernommene Gefahr realisiert.²³ Kurz gesagt: Was abgesichert ist, ist jedenfalls keine versicherungsfremde Leistung. Damit

¹⁴ BT-Drs. 16/3100, S. 181.

¹⁵ BT-Drs. 16/3100, S. 181.

¹⁶ BT-Drs. 15/1525, S. 92.

¹⁷ Anlage zu § 2 Abs. 1 PauschAV Nr. 2.

¹⁸ Ebenso Becker/Kingreen/Mecke, SGB V, 6. Aufl., 2018, § 221 Rn. 3; Krauskopf/Vossen, Soziale Krankenversicherung, 104. EL Februar 2019, § 221 SGB V Rn. 5.

¹⁹ Einen ausführlichen Überblick über den Streitstand gebend Hauck/Noftz/Luthe, SGB V, § 221 Rn. 6.

²⁰ Ruland, DRV 1995, 28, 31.

²¹ Leisner, NZS 1996, 97, 100.

²² BSG, Urt. v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, NZS 2022, 57, 63, Rn. 57 ff., im Hinblick auf § 20a SGB V.

²³ Rolfs, NZS 1998, 551, 555.

können versicherungsfremd nur Leistungen sein, „die weder durch den individuellen versicherungstechnischen Risiko-, noch durch den Solidarausgleich legitimiert sind.“²⁴ Demgegenüber halten einige schon den Begriff der versicherungsfremden Leistung für paradox: Jede Leistung, die durch die Versicherung erbracht werde, sei zwangsweise auch eine Versicherungsleistung, ihr also gerade nicht fremd.²⁵ Hinter der Begrifflichkeit verberge sich vielmehr jede Leistung, die genau genommen nicht zur Versicherung gehöre, weil sie eine spezifische Nähe zu den Risiken der jeweiligen Versicherung eben nicht aufweist und eher gesamtgesellschaftlich wertvollen Zielen diene.²⁶ Versicherungsfremde Leistungen werden nämlich „in Erfüllung gesamtstaatlicher, nicht auf die Versichertengemeinschaft bezogener gruppenspezifischer Aufgaben gewährt“.²⁷ Vor diesem Hintergrund wird teilweise eingewandt, man müsse statt von versicherungsfremden Leistungen vielmehr von „gesamtgesellschaftlichen Aufgaben“²⁸ sprechen, was jedoch letztlich mangels eindeutiger Definition auch dieses Begriffes konturlos und damit wenig zielführend bleibt.²⁹

Auch die Rechtsprechung reiht sich bei der Suche nach Definitionsansätzen ein und formuliert: „Als ‚versicherungsfremde Leistungen‘ werden Leistungen und Teile davon bezeichnet, denen keine entsprechenden Beiträge gegenüberstehen, ferner Leistungen, die vorzeitig bewilligt oder günstig berechnet werden.“³⁰ Daran anknüpfend befürworten einzelne Vertreter in der Literatur, die Versicherungsfremdheit einer Leistung durch einen internen und einen externen Vergleich zu bestimmen: Intern sei das Verhältnis zwischen den unterschiedlichen Versichertengruppen und die Relation von Beitrag und Leistung entscheidend, extern die Belastung der Beitragszahler mit Beiträgen, die Aufgaben und Leistungen finanzieren, die allgemeine Staatsaufgaben sind.³¹

Es bestehen mithin zahlreiche Definitionsansätze, die sich inhaltlich teilweise überschneiden, teilweise an unterschiedliche Ausgangspunkte anknüpfen. Entscheidend ist aber nach allen diesen Ansätzen der Grund der Leistung. Denn, wie *Rolfs* zutreffend feststellt, ist Aufgabe der

²⁴ *Rolfs*, NZS 1998, 551, 556.

²⁵ Becker/Kingreen/Mecke, SGB V, 6. Aufl., 2018, § 221 Rn. 4.

²⁶ Becker/Kingreen/Mecke, SGB V, 6. Aufl. 2018, § 221 Rn. 4.

²⁷ *Rolfs*, NZS 1998, 551.

²⁸ Diesen Begriff ebenfalls verwendend BT-Drs. 16/3100, S. 86, 212; ähnlich auch ebd. S. 92, 181.

²⁹ *Greß/Haun/Jacobs*, Zur Stärkung der Solidarität bei der Pflegefinanzierung, Pflege-Report 2019, abrufbar unter: <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-662-58935-9> (letzter Abruf am: 23.1.2023), S. 241 ff.

³⁰ BSG, Urt. v. 29.1.1998 – B 12 KR 35/95 R, NZS 1998, 482, 483.

³¹ *Bieback*, FS 50 Jahre BSG, 2004, S. 117, 129.

Versicherung, das versicherte Risiko zu tragen und die versprochene Leistung zu erbringen, soweit der Versicherungsfall eintritt.³² Muss die Versicherung weitergehende Leistungen erbringen, so ist diese Leistung gerade versicherungsfremd. Eine solche Leistungsverpflichtung der Versicherung kann indes – soweit sie das Risiko nicht auf Grundlage entsprechender Beitragszahlungen absichert – nur dann gerechtfertigt sein, wenn es sich eben nicht um gesamtgesellschaftliche Aufgaben handelt. Versicherungsfremd sind also Leistungen, bei deren Erbringung die Versicherung nicht in Erfüllung ihrer unmittelbar aus der Versicherung folgenden Pflichten, sondern vielmehr zur Erfüllung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben tätig wird.

b) Patientenberatung sichert kein versichertes Risiko ab und geht weit über den Rahmen des Versicherungsverhältnisses hinaus

Bei der Aufgabe der UPD handelt es sich um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe und damit um eine versicherungsfremde Leistung. Sie sucht gerade nicht die Anknüpfung an bestimmte Leistungen der Versicherung, die sich an Versicherte wendet, sondern sie soll – wie es in der Entwurfsbegründung ausdrücklich heißt – unabhängig vom Versichertenstatus alle „kostenfrei und niedrigschwellig durch qualitätsgesicherte Information und Beratung zu gesundheitlichen und gesundheitsrechtlichen Fragen bei der Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen unterstützen. Hierdurch sollen Patientinnen und Patienten befähigt werden, ihre Rechte eigenständig wahrzunehmen und selbstbestimmte und informierte Entscheidungen zu treffen. Als unabhängige und gut vernetzte Stelle soll die UPD Patientinnen und Patienten außerdem an geeignete bestehende Angebote anderer Institutionen verweisen. Darüber hinaus sollen anhand der Beratungsthemen Problemlagen im Gesundheitswesen identifiziert und letztlich ein Beitrag zur Verbesserung der Gesundheitsversorgung in Deutschland geleistet werden.“³³ Die UPD also ein Seismograph für Fehlentwicklungen im Gesundheitswesen? Mögliche Problemlagen im Gesundheitswesen sind facettenreich und vielschichtig. Eine thematische Begrenzung der Bereiche, in denen die UPD Missstände identifizieren soll, ist nicht ersichtlich. Damit wird ein Zusammenhang zu versprochenen, beitragsfinanzierten Leistungen oder versicherten Risiken völlig aufgegeben. Man denke etwa an den Dauerbrenner „Pflegekräftemangel im Gesundheitswesen“. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass dieses Thema – zumindest mittelbar – Gegenstand von Beschwerden bei oder Beratungen durch die UPD wird. Hierbei handelt es sich sicherlich

³² *Rolfs*, NZS 1998, 551, 555.

³³ BT-Drs. 20/5334, S. 8 f..

um eine Problemlage im Gesundheitswesen, jedoch um eine gesundheitspolitische, die jeglichen Zusammenhang zur Versicherungsleistung vermissen lässt. Die Ziele und Aufgaben der UPD weisen damit weit über das Versicherungsverhältnis hinaus.

Darüber hinaus macht schon die organisatorische Trennung deutlich, dass es sich hierbei eben nicht um eine Leistung der GKV oder der PKV handeln soll – vielmehr soll sie unabhängig gerade auch von ihnen erbracht werden, sie dürfen auf den Inhalt oder den Umfang der Tätigkeit der Stiftung keinen Einfluss nehmen. Eine solche unbeeinflussbare Leistung erbracht durch einen Dritten - die Stiftung – ist offensichtlich versicherungsfremd. Die organisatorische Trennung ist bewusst gewählt, um die Leistung zu keiner Leistung in der Verantwortung und Kontrolle der Versicherung zu machen, sondern sie der Versicherung unabhängig gegenüberzustellen. Schon diese besondere Form der Organisation macht sie versicherungsfremd. Dementsprechend ist auch ihre Aufgabe, „die Patientenorientierung im Gesundheitswesen zu stärken und Problemlagen im Gesundheitswesen aufzuzeigen“, eine gesamtgesellschaftliche, weil sie auf das Gesundheitswesen insgesamt ausgerichtet ist.³⁴ Es geht um Patientenberatung – wie auch die geplante Regelung zur Zusammensetzung des Vorstands deutlich macht. Die Patientenorganisationen, die den Vorstand benennen sollen, machen deutlich, wie weit sie ihren Auftrag verstehen: Hierzu gehört auch der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. Patientenberatung ist eine besondere Form der Verbraucherberatung. Die Aufgabe der UPD ist damit ein auf die Gesundheitsversorgung bezogener Verbraucherschutz. Verbraucherschutz in dieser allgemeinen Form ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe.

2. Verfassungsrechtliche Konsequenzen

Dies hat entscheidende verfassungsrechtliche Konsequenzen. Denn soweit der Gesetzesentwurf eine obligatorische Finanzierung der UPD durch die GKV und die PKV vorsieht, muss der Bundesgesetzgeber hierfür die Gesetzeskompetenz haben (a) und der hierin liegende Eingriff in die Grundrechte der Unternehmen der PKV wie der Privatversicherten selber gerechtfertigt sein (b). Beides dürfte nicht gegeben sein.

Dass vielmehr eine Steuerfinanzierung *sinnvoll* ist, sehen selbst die, die eine Finanzierung durch GKV und PKV – wenn auch unbegründet – für *zulässig* halten, s. die Stellungnahme *Kingreens* für den Verbraucherzentrale Bundesverband: „Die Finanzierung der unabhängigen Verbraucher- und

³⁴ S. auch *Jordan/Töppich*, Die Förderung von Gesundheitskompetenz (Health Literacy) – Eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Bundesgesundheitsblatt Gesundheitsforschung Gesundheitsschutz 58 (9): 921-922.

Patientenberatung könnte grundsätzlich wie bislang aus beitragsgestützten Fördermitteln erfolgen, die die Krankenkassen aus einer mitgliederorientierten Umlage erbringen (§ 65b Abs. 2 S. 3 SGB V), sowie aus einer Beteiligung seitens der privaten Krankenversicherungsunternehmen. Es gibt aber auch gute Gründe, die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung zukünftig ausschließlich durch eine institutionelle Förderung aus Steuermitteln des Bundes zu finanzieren. Die Leistungen der Gesundheitsverbraucherberatung kommen nämlich unabhängig vom Versichertenstatus allen Bürgerinnen und Bürgern zugute, die gesundheitlichen und gesundheitsrechtlichen Beratungsbedarf haben. Wenn man dementsprechend die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe ansieht, liegt es nahe, sie aus Steuern als Gemeinlasten zu finanzieren und nicht aus zweckgebundenen Vorzugslasten (Beiträgen).³⁵ Siehe auch zum aktuellen § 65b SGB V *E. Koch*, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 65 Rn. 8: „Angesichts der Aufgaben- und Rollenverteilung im Gesundheitswesen hätte sich eine Steuerfinanzierung der Verbraucher- und Patientenberatung angeboten.“

a) Fragliche Gesetzgebungskompetenz

So erscheint es bereits fraglich, auf welche Gesetzgebungskompetenz sich dieses Gesetz stützen würde, soweit die Finanzierung durch die private und die gesetzliche Krankenversicherung erfolgen soll:

aa) Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG für die PKV und GKV?

Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz für das Recht des Versicherungswesens und der Wirtschaft allgemein. Gerade weil durch den neuen § 65b Abs. 11 SGB V-E eine Leistung geregelt werden soll, die durch die PKV weder erbracht, noch inhaltlich bestimmt, noch in ihrer Ausführung kontrolliert werden soll, ist die Regelung keine typische Gesetzgebung des Versicherungswesens. Es geht im Hinblick auf die PKV in erster Linie um die Finanzierung. Finanzielle Belastungen der PKV könnten zwar grundsätzlich auch auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt werden, im gleichen Maße wie die Belastungen jeglicher Unternehmen darauf gestützt werden könnte. Freilich wäre auch hier zu beachten, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nicht so weit ausgelegt werden kann, dass eine „Universalgesetzgebungszuständigkeit des Bundes“ entsteht, „die alle im einzelnen aufgeführten Zuständigkeiten entbehrlich macht, weil kein Gesetz denkbar ist, das nicht zumindest mittelbare ökonomische Folgen

³⁵ *Kingreen*, Weiterentwicklung und Verstetigung der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/09/17/20-09-01_upd_-_verbraucher-und_patientenberatung-rechtsgutachten.kingreen.pdf (letzter Abruf am: 23.1.2023), S. 35.

auslöst“.³⁶ Das BVerfG folgt dem insoweit, als die Gesetzgebungskompetenz zwar nicht schon dann entfällt, wenn der Gesetzgeber mit wirtschaftsbezogenen Regelungen zugleich nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgt, schränkt aber ein, dass dies jedenfalls dann unschädlich sein solle, „solange der maßgebliche objektive Regelungsgegenstand und -gehalt“³⁷ „in seinem Gesamtzusammenhang ein im Schwerpunkt wirtschaftsrechtlicher ist“.³⁸ Eben dies wäre vorliegend wohl nicht mehr der Fall: Es geht um Patientenberatung und Schwachstellen des Gesundheitssystems,³⁹ nicht um ökonomische Aspekte.⁴⁰ Zu Recht ist für die bisherige Finanzierung der unabhängigen Patientenberatung diese Gesetzgebungskompetenz nicht angeführt worden. Genauso unpassend wie für die GKV wäre sie aber komplementär für die PKV.

bb) Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG für die GKV?

Gerade die neuere Rechtsprechung macht deutlich, dass die Verpflichtung zur Finanzierung durch die GKV schon unter dem Aspekt der Gesetzgebungskompetenz problematisch ist – wie sie es auch im Lichte neuerer Rechtsprechung bereits nach aktuellem Recht ist. Denn nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG hat der Bund zwar die Gesetzgebungskompetenz für die Sozialversicherung. Unklar ist aber, ob die Finanzierung einer solchen Stiftung durch die gesetzlichen Krankenkassen noch eine Regelung der Sozialversicherung wäre. Je eigenständiger die neue Stiftung wird und je weniger Einfluss die Träger der GKV haben, desto fraglicher ist es, ob es sich hierbei noch um eine Regelung der Sozialversicherung handelt.

Die Antwort fällt schwer, denn der Begriff der Sozialversicherung ist dabei einerseits nicht umfassend im Sinne von sozialer Sicherheit zu verstehen, sind doch Versorgung und Fürsorge

³⁶ S. bereits vor fast 50 Jahren mein Bonner Kollege *Isensee*, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge – Eine finanzverfassungsrechtliche Studie über den Solidarausgleich in der Gesetzlichen Krankenversicherung, 1973, S. 54; ebenso *Sodan*, NZS 1999, 105, 111; sowie dessen ehemaliger Assistent *Zimmermann*, Sozialversicherung und Privatversicherung im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, 2009, S. 346.

³⁷ Vgl. BVerfG, Urt. v. 21.10.1954 – 1 BvL 52/52, BVerfGE 4, 60, 69 f.; BVerfG, Beschl. v. 14.7.1981 – 1 BvL 24/78, BVerfGE 58, 137, 145; BVerfG, Beschl. v. 12.12.1984 – 1 BvR 1249, 1745, 1746, 1752, 1753, 1757, 1769, 1719, 1720/83, BVerfGE 68, 319, 327 f.; BVerfG, Beschl. v. 3.7.1985 – 2 BvL 16/82, BVerfGE 70, 251, 264; BVerfG, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62, 149; BVerfG, Urt. v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, 402, 906/08, BVerfGE 121, 317, 348; BVerfG, Urt. v. 28.1.2014 – 2 BvR 1561, 1562, 1563, 1564/12, BVerfGE 135, 155, 196.

³⁸ Vgl. BVerfG, Urt. v. 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, 228, 251 f); BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 216; BVerfG, Urt. v. 12.3.2008 – 2 BvF 4/03, BVerfGE 121, 30, 47; BVerfG, Urt. v. 28.1.2014 – 2 BvR 1561, 1562, 1563, 1564/12, BVerfGE 135, 155 196.

³⁹ § 65b Abs. 1 S. 4 f. SGB V-E; vgl. auch BT-Drs. 20/5334, S. 9.

⁴⁰ *Gassner/Wollenschläger*, Gutachten zu den Möglichkeiten und den rechtlichen Rahmenbedingungen einer Weiterentwicklung der unabhängigen Patientenberatung (UPD) nach § 65b SGB V, 2020, S. 62 f. halten ein abweichendes Ergebnis der Subsumtion demgegenüber für „begründbar“ – ob überzeugend begründbar, bleibt offen.

in weiteren Kompetenztiteln geregelt.⁴¹ Auch ist Sozialversicherung vom privatrechtlichen Versicherungswesen in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG abzugrenzen.⁴² Andererseits ist der Begriff „Sozialversicherung“ nicht so zu verstehen, dass er nur die bei Erlass des Grundgesetzes historisch überkommenen „klassischen“ vier Versicherungszweige (Kranken-, Unfall-, Renten- und Arbeitslosenversicherung) umfasst.⁴³ Vielmehr wird „Sozialversicherung“ vom Bundesverfassungsgericht als verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff verstanden, der alles umfasst, was sich der Sache nach als Sozialversicherung darstellt.⁴⁴ Dabei ist die Einbeziehung neuer Lebenssachverhalte in das Gesamtsystem der Sozialversicherung zulässig, wenn die neuen Sozialleistungen in ihren wesentlichen Strukturelementen, insbesondere in der organisatorischen Bewältigung ihrer Durchführung, dem Bild entsprechen, das durch die überkommene Sozialversicherung geprägt ist.⁴⁵ Es können also neue Zweige oder Teilzweige der Sozialversicherung begründet werden, die nach dem überkommenen System funktionieren. Dies ist der Fall, wenn die folgenden vier Merkmale kumulativ vorliegen:⁴⁶

1. Versicherungscharakter:⁴⁷ Zur Sozialversicherung gehört „die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit“⁴⁸, mithin muss ein sozialversicherungstypischer Bedarf vorliegen.

⁴¹ Kahl/Waldhoff/Walter/Axer, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 126. EL 2006, Art. 74 Nr. 12 Rn. 25; vgl. ausführlich zu den weiteren Kompetenztiteln *Zimmermann*, Sozialversicherung und Privatversicherung im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, 2007, S. 334 ff.

⁴² Vgl. zu diesem Kahl/Waldhoff/Walter/Rengeling/Szcekalla, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 126. EL 2006, Art. 74 Nr. 11 Rn. 138 ff.; *Zimmermann*, Sozialversicherung und Privatversicherung im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, 2007, S. 344 ff.

⁴³ Zur Einführung der Pflegeversicherung vgl. BVerfG, Urt. v. 3.4.2001 – 1 BvR 2014/95, BVerfGE 103, 197, 215.

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 10.5.1960 – 1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58, BVerfGE 11, 105, 112; vgl. Kahl/Waldhoff/Walter/Axer, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 126. EL 2006, Art. 74 Nr. 12 Rn. 25 ff.; ausführlich *Zimmermann*, Sozialversicherung und Privatversicherung im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, 2007, S. 84 ff.

⁴⁵ St. Rspr., BVerfG, Urt. v. 10.5.1960 – 1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58, BVerfGE 11, 105, 112. So auch BVerfG, Beschl. v. 8.12.1982 – 2 BvL 12/79, BVerfGE 62, 354, 366; BVerfG, Beschl. v. 12.1.1983 – 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1, 35; BVerfG, Beschl. v. 8.4.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, 142/84, BVerfGE 75, 108, 146 ff.; BVerfG, Urt. v. 23.1.1990 – 1 BvL 44/86, 48/87, BVerfGE 81, 156, 185 f.; BVerfG, Urt. v. 7.7.1992 – 1 BvL 51/86, 50/87, 1 BvR 873/90, 761/91, BVerfGE 87, 1, 34; BVerfG, Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 4, 5/92, BVerfGE 88, 203, 313; vgl. Kahl/Waldhoff/Walter/Axer, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 126. EL 2006, Art. 74 Nr. 12 Rn. 27; ausführlich *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, S. 151 ff.; *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 201 ff.; *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000, S. 100 ff.

⁴⁶ Vgl. Kahl/Waldhoff/Walter/Axer, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 126. EL 2006, Art. 74 Nr. 12 Rn. 28 ff.; *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, S. 168 ff.

⁴⁷ Dazu ausführlich *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, S. 181 ff.; Überblick über Positionen im Streit um die Versicherungsqualität der Sozialversicherung bei *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 18 ff.; vgl. auch Kahl/Waldhoff/Walter/Axer, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 126. EL 2006, Art. 74 Nr. 12 Rn. 31 ff.; *Zimmermann*, Sozialversicherung und Privatversicherung im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, 2007, S. 105 ff.

⁴⁸ BVerfG, Urt. v. 10.5.1960 – 1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58, BVerfGE 11, 105, 112.

Ein individuelles Risiko ist dabei jedoch nicht notwendig, da die Sozialversicherung nicht vom Risikobegriff der Privatversicherung ausgeht; sie enthält vielmehr auch ein Stück staatlicher Fürsorge.⁴⁹

2. Soziale Ausgleichsfunktion:⁵⁰ Das Bundesverfassungsgericht betont den Unterschied zwischen der privaten und der gesetzlichen (Sozial-)Versicherung durch Modifikationen des Versicherungsprinzips im Sinne eines sozialen Ausgleichs innerhalb der Versicherung:⁵¹ „Der versicherungsmäßige Risikoausgleich wird in der Sozialversicherung mit einem sozialen Ausgleich innerhalb der Versichertengemeinschaft verbunden.“⁵² Beispiele sind der Gedanke der Familienversicherung, also der beitragsfreien Mitversicherung von Familienmitgliedern, und die umverteilende Wirkung durch die einkommensbezogene Bemessung der Beiträge.
3. Organisation durch selbstständige Träger:⁵³ Kennzeichnend für das Vorliegen von Sozialversicherung ist zudem die Art und Weise der organisatorischen Bewältigung der Aufgabe, nämlich in mittelbarer Staatsverwaltung durch selbstständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts.⁵⁴
4. Finanzierung durch Sozialversicherungsbeiträge der Beteiligten:⁵⁵ Die Träger der Sozialversicherung bringen ihre Mittel durch die Beiträge der an der Sozialversicherung Beteiligten auf, wobei als Beteiligte herkömmlich die Versicherten und ihre Arbeitgeber angesehen werden, deren Heranziehung zugunsten der Arbeitnehmer als Auswirkung des Fürsorgeprinzips angesehen wird, von dem das moderne Arbeitsverhältnis geprägt

⁴⁹ BVerfG, Urt. v. 10.5.1960 – 1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58, BVerfGE 11, 105, 114, mit Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 22.1.1959 – 1 BvR 154/55, BVerfGE 9, 124, 133; BVerfG, Beschl. v. 27.10.1959 – 2 BvL 5/56, BVerfGE 10, 141, 166.

⁵⁰ Dazu ausführlich *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, S. 219 ff.; *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 253 ff.; *Becker*, Transfergerechtigkeit und Verfassung, 2001, S. 165 ff.; auch *Kahl/Waldhoff/Walter/Axer*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 126. EL 2006, Art. 74 Nr. 12 Rn. 34 f.; *Zimmermann*, Sozialversicherung und Privatversicherung im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, 2007, S. 183 ff.

⁵¹ St. Rspr., beginnend mit BVerfG, Beschl. v. 22.1.1959 – 1 BvR 154/55, BVerfGE 9, 124, 133; BVerfG, Urt. v. 10.5.1960 – 1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58, BVerfGE 11, 105, 114; BVerfG, Urt. v. 24.7.1963 – 1 BvL 30/57, 11/61, BVerfGE 17, 1, 9.

⁵² BVerfG, Urt. v. 6.5.1964 – 1 BvR 320/57, 1 BvR 70/63, BVerfGE 18, 1, 9.

⁵³ Dazu ausführlich *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, S. 243 ff.; *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000, S. 116 f.; vgl. auch *Kahl/Waldhoff/Walter/Axer*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 126. EL 2006, Art. 74 Nr. 12 Rn. 36 ff.; *Zimmermann*, Sozialversicherung und Privatversicherung im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, 2007, S. 244 ff.

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 10.5.1960 – 1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58, BVerfGE 11, 105, 113; so auch BVerfG, Beschl. v. 8.12.1982 – 2 BvL 12/79, BVerfGE 62, 354, 366; BVerfG, Beschl. v. 12.1.1983 – 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1, 35; BVerfG, Beschl. v. 8.4.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, 142/84, BVerfGE 75, 108, 146; BVerfG, Urt. v. 7.7.1992 – 1 BvL 51/86, 50/87, 1 BvR 873/90, 761/91, BVerfGE 87, 1, 34; BVerfG, Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 4, 5/92, BVerfGE 88, 203, 313.

⁵⁵ Dazu *Kahl/Waldhoff/Walter/Axer*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 126. EL 2006, Art. 74 Nr. 12 Rn. 39 ff.; *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, S. 256 ff.; *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip in der Sozialversicherung, 2000, S. 117 ff.

ist.⁵⁶ Die Beitragslast kann teilweise oder gar vollständig durch Dritte getragen werden, sofern sachorientierte Anknüpfungspunkte in den Beziehungen zwischen den Versicherten und den Beitragspflichtigen bestehen.⁵⁷ Dies verdeutlicht der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Künstlersozialversicherung aus dem Jahr 1987: „Eine solche Rechtfertigung kann sich indes aus spezifischen Solidaritäts- oder Verantwortlichkeitsbeziehungen zwischen Zahlungsverpflichteten und Versicherten ergeben, die in den Lebensverhältnissen, wie sie sich geschichtlich entwickelt haben und weiterentwickeln, angelegt sind. Solche Beziehungen, die von einer besonderen Verantwortlichkeit geprägt sind, können z.B. aus auf Dauer ausgerichteten, integrierten Arbeitszusammenhängen oder aus einem kulturgeschichtlich gewachsenen, besonderen Verhältnis gleichsam symbiotischer Art entstehen. Das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ist der in der modernen Erwerbs- und Industriegesellschaft weithin typische und nach der Dichte der ihm zugrundeliegenden Sozialbeziehung beispielhafte, aber – auch nach geltendem Sozialversicherungsrecht – nicht etwa der einzige Fall einer solchen spezifischen Verantwortlichkeit.“⁵⁸ Eine solche Verantwortlichkeit hat das Bundesverfassungsgericht an genannter Stelle für die Beziehung zwischen selbstständigen Künstlern und Publizisten auf der einen sowie deren Vermarktern auf der anderen Seite bejaht.⁵⁹

Dass hieraus praktisch wichtige Grenzen der Finanzierung folgen, hat jüngst noch einmal das Bundessozialgericht in seinem eingangs bereits zitierten Urteil zur Finanzierung der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung – so wie in § 20a SGB V vorgesehen – deutlich gemacht:

„Die verfassungsrechtlich vorgegebene organisatorische Selbstständigkeit der Sozialversicherung setzt auch der Verwendung und dem Transfer von Mitteln der Sozialversicherung Grenzen. Die

⁵⁶ St. Rspr, s. nur BVerfG, Urt. v. 10.5.1960 – 1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58, BVerfGE 11, 105, 113; BVerfG, Beschl. v. 16.10.1962 – 2 BvL/27/60, BVerfGE 14, 312, 318; BVerfG, Beschl. v. 8.12.1982 – 2 BvL 12/79, BVerfGE 62, 354, 366; BVerfG, Beschl. v. 12.1.1983 – 2 BvL 23/81, BVerfGE 63, 1, 35; BVerfG, Beschl. v. 8.4.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, 142/84, BVerfGE 75, 108, 146; vgl. Kahl/Waldhoff/Walter/Axer, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 126. EL 2006, Art. 74 Nr. 12 Rn. 40.

⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 8.4.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, 142/84, BVerfGE 75, 108, 147.

⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 8.4.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, 142/84, BVerfGE 75, 108, 158 f.

⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 8.4.1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, 142/84, BVerfGE 75, 108, 158 f.

Legitimation der Beitragsbelastung beschränkt sich auf die Finanzierung im Binnensystem der Sozialversicherung. Sie erstreckt sich grundsätzlich nicht auf die Finanzierung von Leistungen an Dritte außerhalb der Sozialversicherung. (...) Auch ein Transfer von Mitteln der Sozialversicherung setzt voraus, dass sie für Zwecke im Binnensystem der Sozialversicherung verwendet werden. (...) Die erhobenen Geldmittel dürfen allein zur Finanzierung der Aufgaben der Sozialversicherung eingesetzt werden; zur Befriedigung des allgemeinen Finanzbedarfs des Staats und seiner sonstigen Glieder stehen sie nicht zur Verfügung. (...) Die Finanzmasse der Sozialversicherung ist tatsächlich und rechtlich von den allgemeinen Staatsfinanzen getrennt. (...) Die Sozialversicherungsbeiträge sollen wegen ihrer strengen Zweckbindung weder den Bund oder die Länder noch sonstige staatliche Aufgabenträger zu eigenverantwortlichen finanziellen Entscheidungen befähigen. Sie eröffnen keine haushaltspolitischen Entscheidungsspielräume. Es handelt sich für Bund und Länder vielmehr um Fremdgelder, die der eigenen Haushaltsgewalt entzogen sind. Ein Transfer von Sozialversicherungsbeiträgen zwischen einer KK und der unmittelbaren Staatsverwaltung kommt nicht in Betracht. (...)

Bei dem Begriff der Sozialversicherung, wie ihn Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 und Art. 120 Abs. 1 Satz 4 GG verwenden und er auch Art. 87 Abs. 2 GG zugrunde liegt, handelt es sich um einen weit gefassten verfassungsrechtlichen Gattungsbegriff, der alles umfasst, was sich der Sache nach als Sozialversicherung darstellt. (...) Andererseits genügt es nicht, dass eine Regelung in irgendeiner Weise allgemein der "sozialen Sicherheit" zugeordnet werden kann; vielmehr muss geprüft werden, ob dieses Ziel gerade auf dem spezifischen Weg der Sozialversicherung erreicht werden soll. Kennzeichnend sind insbesondere die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit, die organisatorische Durchführung durch selbstständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, die abzudeckenden Risiken und die Mittelaufbringung durch Beiträge der Beteiligten. (...)

Die Abgrenzung zwischen den Aufgaben der Sozialversicherung und den Aufgaben der Gesamtgesellschaft ist verfassungsrechtlich nicht im Einzelnen vorgegeben, sondern politischer Natur und vom Gesetzgeber zu treffen. (...) Dieser ist auch nicht verpflichtet, die Systeme sozialer Sicherheit in Selbstverwaltung auszugestalten. (...) Er kann soziale Sicherheit auch in unmittelbarer Staatsverwaltung organisieren. Allerdings kann er sich dann nicht auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG stützen, sondern es bedarf anderer Kompetenztitel, etwa dem der öffentlichen Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG). Und er darf sich auch nicht der organisatorischen und finanziellen Mittel der Sozialversicherung bedienen.⁶⁰

⁶⁰ BSG, Urt. v. 18.4.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 53 ff. (interne Nachweise ausgelassen). Andere hatten das bereits so gesehen: Zweifelnd Spiecker genannt Döhm/Wallrabenstein/Schmidt am Busch, *Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz*, 2016, S. 35 ff.; ablehnend Spiecker genannt Döhm/Wallrabenstein/Schuler-Harms, S. 13, 28 ff.; Schuler-Harms, *SDSRV* 67, 2018, 27, 42; Spiecker genannt Döhm/Wallrabenstein/Kemmler, S. 61, 74 ff.; Kiefer, *SDSRV* 67, 2018, 45, 56; Wallrabenstein, *Einbindung der Gesetzlichen Krankenversicherung in die Aufgaben- und Ausgabenzuweisung des Präventionsgesetzes*, Gutachten im Auftrag des AOK-Bundesverbandes GbR v. 14.4.2015, Bl. 113 ff. der Gerichtsakten des LSG; wohl auch Pitschas, *VSSR* 2018, 235, 247; Prütting/Wenner, *Medizinrecht*, 5. Aufl 2019, § 20a SGB V Rn. 2; aA Gutachten WD 9-128/14 der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags 2015, abrufbar unter www.bundestag.de (letzter Abruf am: 23.1.2023); Axer, *KrV* 2015, 221, 225 f.; Spiecker genannt Döhm/Wallrabenstein/Axer, S.

Die Herleitung überzeugt und macht deutlich: Die Beiträge der Versicherten müssen den Versicherten zugutekommen; gesamtgesellschaftliche Aufgaben dürfen nicht durch die Beitragszahler finanziert werden.⁶¹ Dementsprechend formulieren die Kasseler Richter ihr nachfolgendes *obiter dictum*:

„Ob die fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für eine konzeptionelle Präventionspolitik dadurch ‚konstruiert‘ werden kann, dass die Leistungen formal auf ‚in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherte‘ beschränkt werden, kann vorliegend dahingestellt bleiben. (...) Dafür sprechen zwar der weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung der Sozialversicherung (...). Dass die Leistungen reflexhaft auch Nichtversicherten zugutekommen (sog. *Overflow-Effekt*), steht einer Zuordnung zur Sozialversicherung grundsätzlich nicht entgegen. (...) Andererseits steht die formale Beschränkung der Gesundheitsförderung und Prävention insbesondere in Lebenswelten (sog. *Verhältnisprävention*) auf Versicherte der GKV im Widerspruch dazu, dass diese Leistungen konzeptionell-inhaltlich nach wie vor als gesamtgesellschaftliche Querschnittsaufgabe ausgestaltet sind, an der neben den Krankenkassen auch andere Akteure auf Bundes-, Länder- und kommunaler Ebene sowie Unternehmen der privaten Kranken- und Pflegeversicherung beteiligt sind (vgl. §§ 20d f SGB V...)“⁶²

Diese Zweifel können übertragen werden – wie auch die Überlegungen von *Gassner* und *Wollenschläger* im bereits erwähnten Gutachten für den Beauftragten der Bundesregierung für die Belange der Patientinnen und Patienten deutlich machen.⁶³ Auch sie beklagen eine Schwierigkeit sicherer Aussagen, aber sie konzedieren, dass sich die gesundheitliche Verbraucher- und Patientenberatung auch als eine – mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG inkommensurable – gesamtgesellschaftliche Aufgabe verstehen lasse. Dafür könnte sprechen, dass solche Beratungs- und Informationsangebote auch von privat Krankenversicherten und Personen ohne Krankenversicherungsschutz in Anspruch genommen werden können. Denn wenn ein Sozialversicherungsträger Leistungen an nicht dort versicherte Personen erbringt, fehlt es letztlich sowohl auf der Leistungs- als auch auf der Beitragsebene des Versicherungsverhältnisses am Entgeltlichkeitscharakter der betreffenden Leistungen und damit an einem notwendigen Versicherungsmerk-

43 ff.; Krauskopf/*Luik*, *SozKV/PV*, Stand März 2020, § 20a SGB V Rn. 17 f.; Kasseler Kommentar/*Schiffedercker*, *SGB V*, Stand September 2021, § 20a Rn. 8; Becker/Kingreen/*Welti*, *SGB V*, 7. Aufl 2020, § 20a Rn. 12; differenzierend *jurisPK-SGB V/Schütze*, 4. Aufl., 2020, § 20a Rn. 34 f.

⁶¹ So auch BVerfG, Beschl. v. 22.5.2018 – 1 BvR 1728, 1756/12, BVerfGE 149, 50, 77, Rn. 77 f.

⁶² BSG, Urt. v. 18.5.2021 – 1 A 2/20 R, Rn. 60.

⁶³ *Gassner/Wollenschläger*, Gutachten zu den Möglichkeiten und den rechtlichen Rahmenbedingungen einer Weiterentwicklung der unabhängigen Patientenberatung (UPD) nach § 65b SGB V, 2020, S. 57 ff.

mal. Sollte aber entsprechend dem Nachfrageverhalten der Ratsuchenden an einem niedrigschwelligen internetgestützten Beratungsangebot festgehalten werden, kommt diese Leistung notwendigerweise auch anderen als gesetzlich Krankenversicherten zugute. Ob der Gesetzgeber einen solchen unvermeidlichen „Overspill“ im Rahmen von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG einkalkulieren darf, sei noch nicht abschließend geklärt. Sie resümieren: Es „sprechen also gewichtige Gründe dagegen, ein Gesetz zur Errichtung einer Stiftung mit dem Zweck einer Versicherten- und Patientenberatung auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zu stützen“. In der Tat, die Gründe sind nicht nur gewichtig, sondern überzeugend, hatten doch die Gutachter noch nicht die konkrete Ausgestaltung vor Augen: Das BSG sprach noch von einer „reflexhaften“ Begünstigung von Nichtversicherten, die eine Gesetzgebungskompetenz möglicherweise nicht behindere. Diese ist aber bei der UPD nicht reflexhaft, sondern intensional. Der Bezug der UPD spezifisch zur Krankenversicherung – nicht zum Gesundheitswesen allgemein – gestaltet sich letztlich und einzig über die Finanzierung. Allein dadurch wird die Regelung jedoch nicht zu einer Regelung der Sozialversicherung. Denn die Sozialversicherung bleibt, außer in ihrer Rolle als Geldgeber, letztlich außen vor: Den Vorstand kann sie nicht bestimmen, sondern nur aus wichtigem Grund ablehnen, und dies auch nur als Mitglied des Stiftungsrates; eine inhaltliche Gestaltung ist ausgeschlossen, die Kostenträger sind im Stiftungsrat in der Minderheit, den Zweck der Stiftung bestimmen nicht sie, sondern der Gesetzgeber, ein Ende der Stiftung können sie nicht herbeiführen. Den Mitgliedern des Stiftungsrates (dem GKV-Spitzenverband und dem Verband der Privaten Krankenversicherung e.V.) stehen ihre Stimmrechte ausschließlich bei Entscheidungen über die Haushaltsaufstellung und bei Entscheidungen über die Kontrolle der Haushalts- und Wirtschaftsführung sowie der Rechnungslegung nach Abs. 7 Nr. 4 zu, so § 65b Abs. 8 S. 3 SGB V-E. zu. Das ist weder inhaltlich noch organisatorisch Sozialversicherung. Die Hinweise des BSG, die *Gassner/Wollenschläger* noch gar nicht kannten, sind hier eindeutig und gelten erst recht.

Würde also die Errichtung einer solchen Stiftung und deren Finanzierung durch die GKV nicht zur Sozialversicherung zugeordnet werden, dann wäre das Gesetz insgesamt in der vorliegenden Verfassung, gestützt auf die Kompetenz zur Regelung der Sozialversicherung, nicht möglich. Die Regelung gegenüber der PKV könnte sich unter Umständen auf die Kompetenzregelung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen – und dies wohl nicht gegenüber der Verpflichtung der GKV. Jedoch wäre dadurch das Gesetz unvollständig und sein angestrebtes Finanzierungskonzept könnte nicht realisiert werden.

b) Fragliche Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs

Problematischer noch wäre die Rechtfertigung des in dem Zwang zur Finanzierung liegenden Grundrechtseingriffs gegenüber der PKV – wiederum daher, dass es sich um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe handelt:

aa) Beteiligung der PKV als sog. „Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion“

Der Entwurf sieht vor, die Finanzierung der UPD partiell durch eine sog. Sonderabgabe zu gewährleisten. Sonderabgaben sind solche Abgaben, die sich nicht einer der klassischen Abgabekategorien der grundgesetzlichen Finanzverfassung zuordnen lassen. Die Kostentragungspflicht stellt zunächst keine Steuer dar, weil sie nicht der „Erzielung von Einnahmen für den allgemeinen Finanzbedarf eines Gemeinwesens“⁶⁴ dient. Ferner liegt auch keine Vorzugslast (Gebühr oder Beitrag) vor. Zu dem Typus der Gebühr gehören öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die dem Gebührenschuldner aus Anlass einer individuell zurechenbaren, öffentlichen Leistung auferlegt werden und dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistung deren Kosten ganz oder teilweise zu decken.⁶⁵ Entsprechend werden Beiträge für die potenzielle Inanspruchnahme einer staatlichen Einrichtung oder Leistung erhoben,⁶⁶ so z.B. beim Rundfunkbeitrag.⁶⁷ Mangels eines konkreten Gegenleistungsverhältnisses handelt es sich bei der Zwangsbeteiligung des PKV auch nicht um eine Vorzugslast. Mithin liegt eine Sonderabgabe vor. Dies dürfte weitgehend unstrittig sein.

Die Sonderabgaben gliedern sich ihrerseits nun in zwei Grundtypen auf: solche mit Finanzierungsfunktion und solche mit Lenkungsfunktion.⁶⁸ Diese sind danach abzugrenzen, ob die Finanzierung Hauptzweck der Abgabe ist.⁶⁹ Soweit die Finanzierung der staatlichen Erfüllung der konkreten Aufgabe nicht „Anlass“ der Einführung der Abgabe war, sondern die Abgabe in

⁶⁴ S. nur BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171, 1172 m.w.N.

⁶⁵ St. Rspr., s. BVerfG, Beschl. v. 6.2.1979 – 2 BvL 5/76, BVerfGE 50, 217; BVerfG, Urt. v. 19.3.2003 – 2 BvL 9/98, 2 BvL 10/98, 2 BvL 11/98, 2 BvL 12/98, BVerfGE 108, 1; BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171, 1172 m.w.N.

⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 18. 5. 2004 – 2 BvR 2374/99, NVwZ 2004, 1477 m.w.N.

⁶⁷ Hierzu ausführlich *Schneider*, NVwZ 2013, 19, 21.

⁶⁸ Hierzu im Überblick *Schröder*, NVwZ 2012, 1438, 1440.

⁶⁹ Epping/Hillgruber/*Kube*, BeckOK GG, 52. Ed. 2022, Art. 105 Rn. 18.

erster Linie die Funktion der Lenkung hat, gelten weniger strenge verfassungsrechtliche Maßstäbe als bei einer Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion.⁷⁰ Eine Lenkungsabgabe rückt eher in die Nähe eines Bußgeldes,⁷¹ während die Finanzierungsabgabe eine steuerähnliche Funktion aufweist und damit die Finanzverfassung des Grundgesetzes aushöhlt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ergeben sich aus der Finanzverfassung Grenzen für Abgaben, die der Gesetzgeber in Wahrnehmung einer ihm zustehenden Sachkompetenz auferlegt.⁷² Die Finanzverfassung, die die bundesstaatliche Verteilung der Gesetzgebungs-, Ertrags- und Verwaltungskompetenzen im Wesentlichen nur für das Finanzierungsmittel der Steuer regelt, schließt die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben verschiedener Art zwar nicht aus; das Grundgesetz enthält keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabentypen. Die grundgesetzliche Finanzverfassung verlöre aber ihren Sinn und ihre Funktion, wenn unter Rückgriff auf die Sachgesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern beliebig nichtsteuerliche Abgaben unter Umgehung der finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsregeln begründet werden könnten und damit zugleich ein weiterer Zugriff auf die Ressourcen der Bürger eröffnet würde.⁷³

Vorliegend wäre ausschließlich eine Finanzierungsfunktion gegeben, denn Hauptzweck einer finanziellen Beteiligung der PKV wäre eben schlicht die Ausstattung der Stiftung mit ausreichenden finanziellen Mitteln. Ein inhaltlicher Einfluss soll ja gerade ausgeschlossen sein. Es handelt sich vorliegend um einen typischen Fall von Konstellationen, die unter dem Schlagwort der „Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben“ üblicherweise verfassungsrechtlich diskutiert werden.⁷⁴ Werden Unternehmen der PKV zur Finanzierung von Aufgaben herangezogen, die aus Sicht der GKV – wie bereits aufgezeigt – systemfremde Fremdlasten darstellen, stellt sich diese Finanzierungsverpflichtung ihnen gegenüber als eine Sonderabgabe dar, deren Verfassungsmäßigkeit anhand der vorab dargestellten, hier nun direkt anzuwendenden Sonderabgaben-Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu messen ist.

bb) Enge verfassungsrechtliche Grenzen für Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion

⁷⁰ BVerfG, Urt. v. 26.05.1981 – 1 BvL 56/78, 1 BvL 57/78, 1 BvL 58/78, BVerfGE 57, 139, 167 f.; Epping/Hillgruber/Kube, BeckOK GG, 52. Ed. 2022, Art. 105 Rn. 18.

⁷¹ Schmidt, NVwZ 1991, 36, 39.

⁷² S. nur BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171, 1172.

⁷³ BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171, 1172.

⁷⁴ Vgl. grundlegend *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, m.w.N.

Die Gesetzesbegründung führt aus, dass die Verwendung von Mitteln der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung die dauerhafte Finanzierung der UPD sicherstelle.⁷⁵ Dies mag zwar richtig sein, ist jedoch ersichtlich kein Argument dafür, die privaten Krankenversicherungsunternehmen zur anteiligen Finanzierung zu verpflichten. *Sit venia verbo*: Diesem Hinweis fehlt jeglicher argumentativer Wert im Hinblick auf eine mögliche verfassungsrechtliche Rechtfertigung. Denn mit diesem Argument könnte jede beliebige Stelle zur Finanzierung herangezogen werden – und eine Steuerfinanzierung wäre auch eine mögliche Quelle dauerhafter Finanzierung. Stattdessen sind nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG Sonderabgaben nur in engen Grenzen verfassungsgemäß.⁷⁶ Eine ausufernde Statuierung von Sonderabgaben würde die Systematik der Finanzverfassung des GG aufweichen.⁷⁷ Sie sind daher nur zulässig, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:⁷⁸

- Der Gesetzgeber darf sich der Abgabe nur im Rahmen der Verfolgung eines Sachzwecks bedienen, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht.
- Mit der Abgabe darf nur eine *homogene Gruppe* belegt werden, die in einer spezifischen Beziehung (*Sachnähe*) zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck steht und der deshalb eine *besondere Finanzierungsverantwortung* zugerechnet werden kann. Die mit der Abgabe belastete Gruppe muss also dem mit der Erhebung verfolgten Zweck evident näherstehen als jede andere Gruppe oder die Allgemeinheit der Steuerzahler.
- Das Abgabenaufkommen muss *gruppennützig verwendet* werden. Gruppennützige Verwendung besagt allerdings nicht, dass das Aufkommen im spezifischen Interesse jedes einzelnen Abgabepflichtigen zu verwenden ist; es genügt, wenn es überwiegend im Interesse der Gesamtgruppe verwendet wird.⁷⁹

⁷⁵ BT-Drs. 20/5334, S. 17.

⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 16.9.2009 – 2 BvR 852/07, BVerfGE 124, 235; ferner BVerfG, Urt. v. 3.2.2009 – 2 BvL 54/06, BVerfGE 122, 316; BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01, NVwZ 2009, 1030, 1031; BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171; ferner aktuell BVerwG, Urt. v. 23.11.2011 – 8 C 20/10, NVwZ 2012, 763.

⁷⁷ Vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 23.11.2011 – 8 C 20/10, NVwZ 2012, 763: „Allerdings ist dem Grundgesetz der Grundsatz zu entnehmen, dass der staatliche Aufwand im Regelfall aus Steuern zu finanzieren ist. Auf nichtsteuerliche Abgaben, die – anders als Vorzugslasten – ähnlich wie Steuern „voraussetzungslos“ erhoben werden, darf nur ausnahmsweise zurückgegriffen werden.“

⁷⁸ Zusammenfassend zur Fallpraxis *Schröder*, NVwZ 2012, 1438, 1440; *Germelmann*, GewArch 2009, 476, 480.

⁷⁹ BVerfG, Urt. v. 6.11.1984 – 2 BvL 19/83, 2 BvL 20/83, 2 BvR 363/83, 2 BvR 491/83, NJW 1985, 37, 38.

- Zusätzlich muss der Gesetzgeber im Interesse wirksamer parlamentarisch-demokratischer Legitimation und Kontrolle die erhobenen Sonderabgaben haushaltsrechtlich vollständig dokumentieren⁸⁰ und ihre sachliche Rechtfertigung in angemessenen Zeitabständen überprüfen.⁸¹

Die Anforderungen stehen dabei zueinander in einem engen inneren Zusammenhang:⁸²

„Innerhalb des Ensembles der speziellen Anforderungen an die Zulässigkeit einer Sonderabgabe mit Finanzierungszweck besteht eine besonders enge Verbindung zwischen der spezifischen Beziehung oder auch Sachnähe der Abgabepflichtigen zum Zweck der Abgabenerhebung, einer daraus ableitbaren Finanzierungsverantwortung und der gruppennützigen Verwendung des Abgabenaufkommens. Sind Sachnähe zum Zweck der Abgabe und Finanzierungsverantwortung der belasteten Gruppe der Abgabepflichtigen gegeben, so wirkt die zweckentsprechende Verwendung des Abgabenaufkommens zugleich gruppennützig, entlastet die Gesamtgruppe der Abgabenschuldner nämlich von einer ihrem Verantwortungsbereich zuzurechnenden Aufgabe.“⁸³

Vergegenwärtigt man sich die strengen Voraussetzungen, so bestehen gleich in mehrfacher Hinsicht Zweifel im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit dieser Kostenregelung. Zunächst kann schon die *Homogenität* der Gruppe der Abgabepflichtigen bezweifelt werden, denn die gesetzlichen Sozialversicherungsträger werden hier gemeinsam mit der PKV in die Finanzierungsverantwortung eingebunden. Verpflichtungen zur Information und Beratung von Versicherten bestehen aber jedenfalls in der PKV im Verhältnis Krankenversicherungsunternehmen und privat Versicherter nicht uneingeschränkt und umfassend.

(1) Keine Pflicht zur Beratung versicherter Personen aus dem Versicherungsverhältnis

Die privaten Krankenversicherungsunternehmen werden durch die UPD schon deshalb nicht entlastet, weil aus dem Versicherungsverhältnis keine Pflicht zur Beratung der Versicherten erwächst. Denn Information und Beratung ist nicht unmittelbar Bestandteil des Versicherungsverhältnisses zwischen privat Versicherten und den privaten Krankenversicherungsunternehmen. Soweit der Regierungsentwurf demgegenüber ausführt, dass „[a]uch für die privaten

⁸⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.7.2003 – 2 BvL 1/99, BVerfGE 108, 186.

⁸¹ BVerfG, Urt. v. 10.12.1980 – 2 BvF 3/77, BVerfGE 55, 274.

⁸² Epping/Hillgruber/*Kube*, BeckOK GG, 52. Ed. 2022, Art. 105 Rn. 17.

⁸³ BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171, 1173; bestätigt durch BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01, NVwZ 2009, 1030, 1031.

Krankenversicherungsunternehmen [...] aus dem Versicherungsverhältnis eine Pflicht zur Beratung der versicherten Personen“ erwachse,⁸⁴ scheint diese Feststellung doch allzu mutig. Woraus soll diese Pflicht resultieren? Welche Pflichten aus dem Versicherungsverhältnis erwachsen, ist im Ausgang eine originär zivilrechtliche Fragestellung, zu deren Beantwortung jeweils eine Auslegung des konkret geschlossenen Versicherungsvertrags im Einzelfall erforderlich ist, §§ 133, 157 BGB.⁸⁵ Pauschale Aussagen verbieten sich daher.

Man mag zunächst an die engste Parallelität zur gesetzlichen Krankenversicherung denken: den Basistarif. Zwar herrscht für die privaten Krankenversicherungsunternehmen insoweit Kontrahierungszwang, als dass sie seit dem 1. Januar 2009 verpflichtet sind, einen Basistarif anzubieten, dessen Vertragsleistungen in Art, Umfang und Höhe mit den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung vergleichbar sind (AVB/BT). Die Annahme, dass private Krankenversicherungsunternehmen wären aufgrund ihrer Bindung an den Basistarif verpflichtet, Beratungsleistungen anzubieten, wäre aber nur belastbar, wenn der Basistarif eine entsprechende Pflicht zur Beratung vorsehen würde. Dies ist nicht der Fall, stattdessen sieht § 1 Abs. 1 S. 2 AVB/BT vor, dass der Versicherer im Versicherungsfall „Ersatz von Aufwendungen für Heilbehandlung und sonst vereinbarte Leistungen“ erbringt. Dies entspricht § 192 Abs. 1 VVG und steht stellvertretend für die vertragstypischen Leistungspflichten eines Versicherungsvertrags. Hiernach ist eine Versicherung verpflichtet, Ersatz für Schäden zu leisten bzw. Aufwendungen zu ersetzen, die durch die Hinzuziehung eines dritten Leistungserbringers angefallen sind. Beratungsdienstleistungen gehören hingegen nicht zu dem klassischen Umfang eines Versicherungsvertrags. Dies gilt jedenfalls für gesundheitliche und gesundheitsrechtliche Beratungstätigkeit, die allein durch dritte Leistungserbringer vorzunehmen ist.

Auch mit Blick auf § 6 VVG, der die amtliche Überschrift „Beratung des Versicherungsnehmers“ trägt, bedarf es insoweit einer differenzierten Betrachtung. Denn § 6 VVG verpflichtet den Versicherer allein zur Beratung *über* Versicherungsleistungen, macht aber die Beratung des Versicherten nicht selbst *zu* Versicherungsleistungen. § 6 VVG verpflichtet zur Beratung über die Versicherungsleistung, deren Umfang und mögliche Alternativprodukte.⁸⁶ Die Beratung soll nicht an die Stelle der Versicherungsleistung treten. Zwar müssen die privaten Kran-

⁸⁴ BT-Drs. 20/5334, S. 17.

⁸⁵ S. etwa LG Bonn, Urt. v. 13.02.2019 – 9 O 308/18 –, juris; LG Stuttgart, Urt. v. 19. 12.2012 – 13 S 131/12, NJW 2013, 1543.

⁸⁶ HK-VVG/Münkel, 4. Aufl. 2020, VVG § 6 Rn. 21 ff.

kenversicherungsunternehmen nach § 6 VVG – auch nach Vertragsabschluss – zu den konkreten, individuellen Gegebenheiten beraten. Maßgeblich sind die individuellen Wünsche und Bedürfnisse des Versicherten, etwa bei der Anpassung des Versicherungsschutzes an eine konkrete, veränderte Lebenssituation des Versicherten.⁸⁷ Die UPD kann nur eine allgemeine Beratung geben zu Handlungsmöglichkeiten, Ansprechpartnern oder Verfahrensweisen. Die konkrete Beratung – etwa zu einer Tarifbestimmung – ist dagegen nicht gewollt.⁸⁸ Auch vor diesem Hintergrund führt die Beratungsmöglichkeit nicht zu einer Entlastung der privaten Krankenversicherungsunternehmen, von ihrer gesetzlich nach § 6 VVG geschuldeten Beratungspflicht. Indem die UPD *andere* Aufgaben als die privaten Krankenversicherungsunternehmen übernimmt, entlastet sie diese nicht.

Dies entspricht der Regelung des § 4 Abs. 6 AVB/BT, auf die es eben damit entscheidend ankommt:

„Vor Beginn einer Heilbehandlung, deren Kosten voraussichtlich 2000 Euro überschreiten werden, kann der Versicherungsnehmer in Textform **Auskunft über den Umfang des Versicherungsschutzes** für die beabsichtigte Heilbehandlung verlangen. Der Versicherer erteilt die Auskunft spätestens nach vier Wochen; ist die Durchführung der Heilbehandlung dringend, wird die Auskunft unverzüglich, spätestens nach zwei Wochen erteilt. Der Versicherer geht dabei auf einen vorgelegten Kostenvoranschlag und andere Unterlagen ein. Die Frist beginnt mit Eingang des Auskunftsverlangens beim Versicherer. Ist die Auskunft innerhalb der Frist nicht erteilt, wird bis zum Beweis des Gegenteils durch den Versicherer vermutet, dass die beabsichtigte medizinische Heilbehandlung notwendig ist.“

Der Gesetzgeber gesteht sich in der Begründung zu Abs. 11 durch die Formulierung „Beratungsleistungen, die andernfalls unmittelbar von den privaten Versicherern im Rahmen des einzelnen Versicherungsverhältnisses zu erbringen wären **bzw.** deren Kosten durch die Versicherer zu erstatten wären“⁸⁹ selbst ein, dass richtigerweise der Versicherer allein zu Kostenerstattung verpflichtet ist. Eben dieses Wort „bzw.“ ist verräterisch: Es will etwas gleichsetzen, was nicht gleichzusetzen ist.

Richtig ist, dass die privaten Krankenversicherungsunternehmen regelmäßig auch gesundheitliche und gesundheitsrechtliche Beratungsportale und -dienste anbieten. Damit erbringen sie

⁸⁷ HK-VVG/Münkel, 4. Aufl. 2020, VVG § 6 Rn. 21 ff.

⁸⁸ Vgl. zu dem Beratungsumfang BT-Drs. 20/5334, S. 13.

⁸⁹ BT-Drs. 20/5334, S. 17.

Beratungstätigkeit, die sich nicht allein auf Art und Umfang der Versicherungsleistung bezieht, sondern die teilweise anstelle der Versicherungsleistung tritt. Dies ist aber kein Indiz dafür, dass eine Rechtspflicht, solche Beratungsdienstleistungen anzubieten, aus dem Versicherungsverhältnis erwächst. Denn die Gründe für ein solches Angebot können vielfältig sein, zu denken ist etwa an betriebswirtschaftliche Erwägungen, Kundenbindung oder um im Übrigen keinen Wettbewerbsnachteil⁹⁰ zu erleiden. All dies ändert nichts daran, dass es Vertragsparteien des Krankenversicherungsvertrags überlassen ist festzulegen, ob die Zurverfügungstellung eines Beratungsportals zu dem geschuldeten Leistungsumfang gehört, was jeweils im Einzelfall zu ermitteln ist.

Dass die Begründung zu § 65b Abs. 11 SGB V annimmt, dass eine Pflicht zur Beratung der versicherten Personen aus dem Versicherungsverhältnis erwachse, stellt im Übrigen einen Bruch zu der Begründung zu § 192 VVG dar. Nach § 192 Abs. 3 VVG *können zusätzliche Dienstleistungen*, die in Zusammenhang mit den Leistungen nach S. 1 stehen, vereinbart werden, wozu auch die Beratung von Versicherten gehört. Auch die Gesetzesbegründung zu § 192 VVG spricht insoweit ausdrücklich von „*möglichen Zusatzdienstleistungen*“.⁹¹ Die Freiheit der Produktgestaltung seitens des privaten Krankenversicherungsunternehmens sollte erhalten bleiben,⁹² Versicherer und Versicherungsnehmer sollen selbst entscheiden können, welche Leistungen angeboten und angenommen werden.⁹³ Wenn der Gesetzgeber es zuvor noch ausdrücklich der Disposition der Vertragsparteien überließ, ob Beratungstätigkeit zu den geschuldeten Leistungen gehört, drängt sich die Frage auf, wieso er nunmehr annimmt, dass eine solche Pflicht pauschal und in allen Fällen – denn nur bei einer solchen Lesart verfängt das Argument – aus dem Versicherungsvertrag erwachse.

Schließlich besteht keine Nebenpflicht aus dem Versicherungsvertrag zur gesundheitlichen und gesundheitsrechtlichen Beratung. Nebenpflichten des Versicherers⁹⁴ beziehen sich auf die Durchführung des Vertrags, erweitern den Umfang der Leistungspflichten aber nicht. Die

⁹⁰ Angebote der gesetzlichen Krankenversicherungen sind nicht geeignet, den Leistungsumfang der privaten Krankenversicherungsunternehmen zu erweitern. „Schon wegen der grundlegenden Strukturunterschiede beider Systeme können Versicherte einer privaten Krankenversicherung nicht erwarten, in gleicher Weise versichert zu sein wie die Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung“, BGH, Beschl. v. 11.02.2009 – IV ZR 28/08 –, juris. Rn. 17 mwN.

⁹¹ BR-Drs. 16/3945, S. 55.

⁹² BR-Drs. 16/3945, S. 110.

⁹³ Bach/Moser/Wiemer, 6. Aufl. 2023, VVG § 192 Rn. 178.

⁹⁴ S. hierzu die Darstellung bei HK-VVG/Brömmelmeyer, 4. Aufl. 2020, VVG § 1 Rn. 66

Rechtsprechung betont stets die besondere Bedeutung des Transparenzgebots bei der Gestaltung und Auslegung Allgemeiner Versicherungsbedingungen:

„Nach dem Transparenzgebot ist der Verwender Allgemeiner Versicherungsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben gehalten, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners **möglichst klar und durchschaubar** darzustellen.“⁹⁵

Wenn eine Beratungspflicht also nicht ausdrücklich vereinbart wurde, kann auch nicht angenommen werden, dass die Parteien gleichwohl eine entsprechende Rechtspflicht begründen wollten. Wo keine Rechtspflicht besteht, wird die PKV nicht entlastet – anders als in der Gesetzesbegründung zu Abs. 11 behauptet. Denn der Umfang der Verpflichtungen aus dem Versicherungsvertrag wird hieraus nicht berührt.

(2) **Jedenfalls keine besondere Finanzierungsverantwortung**

Ein zweiter Punkt kommt hinzu: Selbst wenn man – großzügig – von der Homogenität der Gruppe der Abgabepflichtigen ausgehen will, so ist kaum ersichtlich, warum eine besondere *Finanzierungsverantwortung* der Abgabepflichtigen bestehen soll. Sachzweck ist hier die Patientenberatung. Es ist aber nicht unmittelbar einsichtig, warum die PKV für die Finanzierung von Kosten, die durch Beratung ggf. auch zugunsten von gesetzlich Versicherten entstehen, verantwortlich sein soll. Es mag manche Krankenversicherungen und Krankenkassen geben, die bereits heute deutlich mehr für eine effektive Patientenberatung tun als andere. Diese sind dann nicht, bzw. zumindest nicht in gleichem Maße für die aufgrund mangelnder Beratung verursachten Sachprobleme verantwortlich. Vor allem jedoch zeigt sich die fehlende Verantwortung der PKV auch dadurch, dass die Beratung ebenfalls hinsichtlich der Leistungserbringer erfolgt. Konsequenterweise müssten daher auch und ggf. vorrangig Krankenhäuser, Ärzte etc. mitfinanzieren, wie das beispielsweise auch bei der nationalen Kontaktstelle der Fall ist (§ 219d SGB V).

⁹⁵ BGH, Urt. v. 25. 06.2012 – IV ZR 201/10, BGHZ 194, 208 mwN.

Daher genügt es sicherlich nicht, pauschal darauf zu verweisen, dass „die Anteile der Finanzierung der ungefähren Verteilung von den in dem jeweiligen System versicherten Personen“ entsprechen.⁹⁶ Ebenso wenig kann von der Anzahl der versicherten Personen auf den Beratungsaufwand geschlossen werden und dieser der Verteilung der Kostenlast zugrunde gelegt werden.⁹⁷

Denn unbestritten gilt: Wer nur als Teil der Allgemeinheit profitiert, der kann eben nur wie die Allgemeinheit, und somit durch Steuerzahlung zur finanziellen Verantwortung gezogen werden. Salopp gesagt: Auch von Autobahnen mögen Privatversicherte als Teil der Allgemeinheit profitieren – deswegen aber anteilig die Unternehmen der PKV zu deren Finanzierung heranzuziehen, erschiene zurecht absurd. Und weiter noch: Selbst wenn die privaten Krankenversicherungsunternehmen und ihre Versicherten, als Teile der Allgemeinheit mittelbar von der Beratungstätigkeit der UPD profitieren, stellt sich die Frage, warum die Finanzierungsverpflichtung nicht auch die anderen reflexhaften Profiteure der UPD umfasst, man denke u.a. an Ärzte und Krankenhausträger, wie es bei der Nationalen Kontaktstelle praktiziert wird. Sachliche Gründe für diese Ungleichbehandlung bestehen nicht.

Auf den Punkt gebracht: Die Annahme des Gesetzgebers, dass der von den privaten Krankenversicherungsunternehmen zu entrichtende Finanzierungsanteil zielgerichtet und unmittelbar der Gruppe der privat Versicherten zu Gute komme,⁹⁸ ist unzutreffend. Zwar ist möglich, dass die Gruppe der privat Versicherten auch von dem entrichteten Finanzierungsanteil profitiert. Unmittelbarkeit und Zielgerichtetheit besteht aber nicht, wenn durch die Beiträge eine Beratungsstelle finanziert wird, die zum ganz überwiegenden Teil Personen offensteht, die nicht der Gruppe der privat Versicherten angehören. Die bloße Möglichkeit, dass die privaten Krankenversicherungsunternehmen von der UPD profitieren, rechtfertigt die verpflichtende Finanzierung nicht. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:

„Die privaten Krankenversicherungsunternehmen und ihre Versicherten profitieren in mehrfacher Hinsicht von der Stiftung, was den verpflichtenden Finanzierungsanteil sachlich rechtfertigt. [...]

⁹⁶ BT-Drs. 20/5334, S. 17.

⁹⁷ BT-Drs. 20/5334, S. 18.

⁹⁸ BT-Drs. 20/5334, S. 18.

Es ist anzunehmen, dass die Erbringung durch die UPD aufgrund der zentralisierten, professionalisierten Struktur meist effizienter und kostengünstiger erfolgen kann, sodass damit perspektivisch Ausgaben der privaten Krankenversicherung an anderer Stelle reduziert werden können.“⁹⁹

Dass die Einschaltung der UPD Kosten der Versicherungsunternehmen senkt, ist eine bloße Vermutung. Eine entlastende Wirkung ist nicht quantifizierbar, denn es ist ungewiss, ob das Angebot einer unabhängigen Beratungsstelle überhaupt in Anspruch genommen wird. Erst recht ist unklar, ob dieses Angebot tatsächlich *alternativ* zu einer Beratung durch Ärzte und sonstige Leistungserbringer in Anspruch genommen wird, für die die privaten Krankenversicherungsunternehmen die Kosten erstatten müssten. Denn nur dann würden tatsächlich andere Kosten reduziert, nicht bereits dann, wenn ein – für die privaten Krankenversicherungsunternehmen kostenpflichtiges – zusätzliches Angebot für Versicherte geschaffen wird, auf das diese sonst nicht zurückgegriffen hätten. Dass eine flächendeckende zusätzliche Beratung für Versicherte zur Verfügung steht, mag zwar gesundheitspolitisch wünschenswert sein, ist aber nicht Aufgabe der (privaten) Krankenversicherungsunternehmen.

Selbst wenn die UPD dazu beitragen sollte, die Kosten der privaten Krankenversicherungsunternehmen zu reduzieren, handelt es sich doch um einen recht fragwürdigen Paternalismus gegenüber den privaten Krankenversicherungsunternehmen. Die Frage, ob und in welchem Rahmen die Schaffung bzw. Finanzierung einer unabhängigen Beratungsstelle (wirtschaftlich) sinnvoll ist, ist allein (und wohl auch besser) durch die privaten Krankenversicherungsunternehmen selbst zu entscheiden. Dies führt nach gegenwärtiger Rechts- und Faktenlage zwar zu einer freiwilligen Unterstützung der UPD durch die privaten Krankenversicherungsunternehmen. Diese Unterstützung beruht jedoch auf einer privatautonomen Entscheidung, die nicht dadurch in ihr Gegenteil verkehrt werden darf, dass sie als vermeintlicher Beweis für eine eigennützige Wirkung interpretiert und so als Argument für eine zukünftige Verpflichtung zu anteiligen Finanzierung der UPD herangezogen wird. Dies würde freiwillige Leistungen unattraktiv machen, da jeder, der eine solche erbringt, stets die Entstehung einer Pflicht fürchten müsste. Darüber hinaus ist die bisherige, freiwillige Förderung zeitlich befristet, es handelt sich ausdrücklich nicht um eine dauerhafte Verpflichtung. Aus einer befristeten Leistung kann kein dauerhafter Anspruch auf Förderung hergeleitet werden.

⁹⁹ BT-Drs. 20/5334, S. 17 f.

(3) Gruppennützigkeit in Bezug auf privat Versicherte fehlt

Eng verbunden ist damit die Vorgabe, die Mittel *gruppennützig* zu verwenden, die hier ebenso wenig erfüllt ist. Denn es ist gerade nicht gewährleistet, dass die Patientenberatungen anteilmäßig auch den Abgabepflichtigen zugutekommen. Hinsichtlich der gruppennützigen Verwendung dürften vorliegend außerdem die besonders strengen Anforderungen gelten, die das BVerfG in seinen Entscheidungen zur Unzulässigkeit der Sonderabgabe an den „Absatzfonds der Forst- und Holzwirtschaft“¹⁰⁰ und zum „Solidarfonds Abfallrückführung“¹⁰¹ entwickelt hat:

„Lässt sich eine Finanzierungsverantwortung der Abgabepflichtigen praktisch ausschließlich mit Blick auf Zweck und Wirkung staatlicher Förderungsmaßnahmen zu Gunsten der belasteten Gruppe begründen, so bestehen in Bezug auf die gruppennützige Verwendung erhöhte Anforderungen. Der durch die Abgabe zu finanzierende und die Abgabe rechtfertigende Gruppennutzen muss evident sein. In Konstellationen, in denen das Abgabenaufkommen nicht für direkte Zuwendungen an Gruppenmitglieder, etwa zur Befriedigung von Ausgleichsbedarfen, verwendet wird, kann sich der erforderliche greifbare Gruppennutzen vor allem dann ergeben, wenn es bei den staatlichen Fördermaßnahmen um das plausibel begründete Erfordernis geht, erheblichen Beeinträchtigungen entgegenzuwirken oder spezielle Nachteile auszugleichen, die die Gruppenangehörigen besonders betreffen und die von diesen selbst voraussichtlich nicht, oder jedenfalls nicht mit gleicher Erfolgsaussicht kompensiert werden könnten.“¹⁰²

Diese besonders strengen Voraussetzungen werden vorliegend nicht einmal im Ansatz erfüllt, weder wird erheblichen Beeinträchtigungen entgegengewirkt noch werden spezielle Nachteile ausgeglichen, die die privat Versicherten besonders betreffen und die von diesen selbst voraussichtlich nicht oder jedenfalls nicht mit gleicher Erfolgsaussicht kompensiert werden können. Rein spekulativ und ausschließlich unter Wiedergabe dieser allgemeinen Anforderungen ohne Nennung konkreter Anhaltspunkte führt die Gesetzesbegründung aus, ein „Ausschluss privat Versicherter vom niedrighschwelligem und professionellen Beratungsangebot der UPD würde zu einem erheblichen versorgungsrelevanten Nachteil führen, den die Patientinnen und Patienten in zahlreichen Fällen nicht mit gleicher Erfolgsaussicht selbst kompensieren könnten.“¹⁰³

¹⁰⁰ BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01, NVwZ 2009, 1030, 1031.

¹⁰¹ BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171, 1172.

¹⁰² BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01, NVwZ 2009, 1030, 1031, Rn. 60.

¹⁰³ BT-Drs. 20/5334, S. 18.

Für Privatversicherte besteht nach wie vor die Möglichkeit, sich an Ärzte oder sonstige Leistungserbringer zu wenden, ebenso wie unmittelbar an die privaten Krankenversicherungsunternehmen, die freiwillige Angebote zur gesundheitliche und gesundheitsrechtlichen Beratung unterhalten. Insoweit ist die Gesetzesbegründung widersprüchlich: Einerseits nimmt sie an, dass die Krankenversicherungsunternehmen verpflichtet seien, selbst Beratungsdienstleistungen zu erbringen. Andererseits nimmt sie an, dass es ohne die UPD zu erheblichen versorgungsrelevanten Nachteilen käme. Es ist nicht ersichtlich, weshalb Patientinnen und Patienten sich vorzugsweise an eine ihnen unbekannte Beratungsstelle wenden sollten, anstatt ihren Hausarzt oder ihre Krankenversicherung zu konsultieren, zu denen ohnehin bereits ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht.¹⁰⁴

Dies trifft insbesondere auf vulnerable Gruppen zu wie beispielsweise Versicherte mit „kognitiven Einschränkungen oder eingeschränkten Kenntnissen der deutschen Sprache (...).“¹⁰⁵ Inwiefern die Beratung und Information durch einen fachkundig Arzt o.ä. mit anschließender Kostenerstattung weniger effektiv sei als die Beratung durch die UPD ist nicht ersichtlich. Es ist vielmehr nicht unvernünftig anzunehmen: Gerade Versicherte, die derartigen Gruppen angehören, werden regelmäßig ein vertrautes Umfeld bevorzugen, das ihre Bedürfnisse kennt und sich darauf eingerichtet hat. Es erscheint daher unwahrscheinlich, dass die Beratung durch die UPD unersetzbar für die Versorgung der Versicherten wäre. Zwar ist es bei der Beratung durch einen Leistungserbringer erforderlich, sich in einem zweiten Schritt an sein privates Krankenversicherungsunternehmen zu wenden. Der hierdurch verursachte überschaubare Aufwand ist dann jedoch nicht „erheblich“ iSd. Gesetzesbegründung.

Ebenfalls unzutreffend ist die sodann aus dem Umstand der freiwilligen Finanzierung der UPD durch die PKV gezogene Schlussfolgerung, die PKV sehe erhebliche Vorteile darin, ihre Versicherten am Beratungsangebot der UPD partizipieren zu lassen.¹⁰⁶ Die freiwillig zugesicherten Beiträge iHv. rund 7% der Fördersumme werden insbesondere für gezielte Beratungsangebote für schwer erreichbare Zielgruppen, wie etwa Menschen mit Migrationshintergrund, die auf

¹⁰⁴ Vgl. etwa BGH, Urt. v. 03.07.2019 – 5 StR 393/18, NStZ 2019, 666, 668, der aufgrund der ärztlichen Behandlung und dem damit einhergehenden Vertrauensverhältnis eine besondere Schutzposition für Leib und Leben der Patienten annimmt.

¹⁰⁵ BT-Drs. 20/5334, S. 18.

¹⁰⁶ BT-Drs. 20/5334, S. 18.

eine Beratung in ihrer Muttersprache angewiesen sind, verwendet.¹⁰⁷ Allenfalls für die Verwendung dieser Mittel durch die UPD, nicht aber in Bezug auf die gesamte Beratungspraxis lässt sich aus der bisherigen Finanzierung auf freiwilliger Grundlage daher eine Zustimmung ableiten. Aber selbst das greift ins Leere: Es kann nicht aus der Nutzung und Zielrichtung der Angebote auf die Unterstützung schwer erreichbarer Gruppen auf die Betroffenheit aller privat Versicherten im Sinne der o.g. Voraussetzungen geschlossen werden. Die Gruppennützigkeit in Bezug auf die Gruppe der privat Versicherte fehlt daher. Dass die PKV diese freiwillige Finanzierung *gerade nicht* aus Motiven der Gruppennützigkeit betreibt, ergibt sich eindeutig auch aus der Begründung des PKV-Verbands für seine freiwilligen Zuwendungen an die UPD

„Der PKV-Verband hat mit der UPD einen Vertrag bis zum Jahr 2022 geschlossen. Mit der Erhöhung der PKV-Fördermittel auf 630.000 Euro pro Jahr wird das muttersprachliche Beratungsangebot der UPD erheblich weiterentwickelt. Neben Türkisch und Russisch wird künftig auch Arabisch angeboten. (...) „Die Private Krankenversicherung trägt gesamtgesellschaftliche Verantwortung und leistet einen ganz konkreten Beitrag zur Integration von Flüchtlingen in unserer Gesellschaft.“¹⁰⁸

Vor dem Hintergrund dieses gemeinnützigen Engagements für vulnerable Gruppen, die nicht in der PKV versichert sind, erscheint die Begründung des Regierungsentwurfs, die freiwillige Finanzierung der PKV lasse auf erhebliche Vorteile für ihre eigenen Versicherten schließen, kontrafaktisch und geradezu aberwitzig.

cc) Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG (PKV-Unternehmen) und Art. 2 Abs. 1 GG (Versicherte)

Unzulässige Sonderabgaben verstoßen nicht nur gegen die Finanzverfassung des Bundes, sondern sie stellen zugleich auch eine Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der verpflichteten Unternehmen dar. In der Entscheidung zum „Solidarfonds Abfallrückführung“, der durch eine unzulässige Sonderabgabe finanziert wurde, führt das BVerfG hierzu kurz und prägnant aus:

¹⁰⁷ BeckOGK KassKomm/Roters, Stand 1.7.2017, § 65b SGB V Rn. 12; BeckOK SozR/Scholz, 67. Ed. Stand 1.12.2022, § 65b SGB V Rn. 8; *Verband der Privaten Krankenversicherung e.V.*, Unabhängige Patientenberatung: Experten mehrheitlich für Steuerfinanzierung, abrufbar unter: <https://www.pkv.de/verband/presse/meldungen/upd-experten-mehrheitlich-fuer-steuerfinanzierung/> (letzter Abruf am 30.1.2023)

¹⁰⁸ Pressemitteilung des PKV-Verbandes vom 16.3.2016, abrufbar unter: <https://www.presseportal.de/pm/58188/3278024> (letzter Abruf am 30.1.2023).

„Öffentliche Abgaben greifen in den Schutzbereich des Art. 12 Absatz 1 GG ein, wenn sie in engem Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz erkennen lassen (vgl. BVerfGE 98, 83).“¹⁰⁹

Gerade Fördermaßnahmen, die durch unzulässige Sonderabgaben finanziert werden, stellen eine Verletzung der Berufsfreiheit dar:

„Vielmehr geht es um eine zwangsweise durchgeführte Fördermaßnahme, zu deren Finanzierung die Gruppe der Abgabepflichtigen nur aus Gründen eines Nutzens herangezogen wird, den der Gesetzgeber dieser Gruppe zugedacht hat. Die abgabepflichtigen Unternehmen verursachen keinen Bedarf, für dessen Befriedigung sie ohne Weiteres verantwortlich gemacht werden könnten. Der Staat greift vielmehr auf der Grundlage des Forstabsatzfondsgesetzes mit wirtschaftspolitisch begründeten Förderungsmaßnahmen gestaltend in die Wirtschaftsordnung ein und weist den erst dadurch entstehenden Finanzierungsbedarf den mit der Abgabepflicht belasteten Unternehmen zu. Diese finanzielle Inanspruchnahme für die staatliche Aufgabenwahrnehmung, die durch hoheitliche Entscheidung an die Stelle des individuellen unternehmerischen Handelns tritt, stellt sich aus der Sicht des Abgabepflichtigen nicht nur als eine rechtfertigungsbedürftige, zur Steuer hinzutretende Sonderbelastung, sondern auch als Verkürzung seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Freiheit dar (vgl. BVerfGE 111, 191; BVerfGE 113, 128) und bedarf auch insoweit besonderer Rechtfertigung.“¹¹⁰

Gleichzeitig wird durch eine unzulässige Sonderabgabe auch der allgemeine Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verletzt.¹¹¹

Dies hat zur Konsequenz, dass ein Verstoß gegen die Finanzverfassung des Bundes durch eine unzulässige Sonderabgabe (mittelbar) auch durch die betroffenen Unternehmen der PKV im Wege einer Verfassungsbeschwerde gerügt werden könnte. Zwar stellt die Finanzverfassung selbst lediglich objektives Verfassungsrecht dar; ein Verstoß hiergegen kann also nicht direkt im Wege einer Verfassungsbeschwerde gerügt werden, da es an einer Verletzung eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG fehlt. Da aber vorliegend auch die Berufsfreiheit der Unternehmen der PKV tangiert wäre, könnten diese eine Überprüfung des Präventionsfonds durch das BVerfG herbeiführen. Ein entsprechendes Gesetz würde also von Anfang an unter dem Damoklesschwert einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde seitens der PKV stehen.

¹⁰⁹ BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171, 1172; ebenso BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01, NVwZ 2009, 1030, 1031.

¹¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01, NVwZ 2009, 1030, 1032, Rn. 62.

¹¹¹ Hierzu BVerfG v. 9.11.1999 – 2 BvL 5/95, NVwZ 2000, 307, 308; offengelassen BVerfG v. 12.5.2009 - 2 BvR 743/01, NVwZ 2009, 1030, 1032.

Übertragen gilt dies auch für die Belastung der Versicherten in der PKV, die dadurch entsteht, dass ihre Versicherungsprämien zu einem Teil für die Finanzierung der UPD genutzt werden würden. Sie wäre mittelbar von der partiell fremdnützigen Finanzierungslast getroffen worden. Jedoch ist dann auch mittelbar der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG eröffnet – ohne die Finanzierungsverpflichtung wären die Beiträge geringer. Die Rechtfertigung – oder fehlende Rechtfertigung – gilt hier entsprechend den Ausführungen zur PKV selbst.

IV. Freiwillige Finanzierung bleibt möglich

Unproblematisch möglich wäre daher nur eine freiwillige Beteiligung der PKV an der UPD, ggf. auch eingebunden in die Strukturen der Stiftung. Das bisherige Engagement kann fortgeführt werden, denn nur die Verpflichtung führt zur Abgabe und zum Grundrechtseingriff. „Patientinnen und Patienten in gesundheitlichen und gesundheitsrechtlichen Fragen qualitätsgesichert und kostenfrei informieren und beraten, mit dem Ziel, die Patientenorientierung im Gesundheitswesen zu stärken und Problemlagen im Gesundheitswesen aufzuzeigen“ ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe und damit auch eine Aufgabe der PKV, für die sie Mittel verwenden kann, weil sie dies für sinnvoll hält – dazu kann sie aber nicht verpflichtet werden.

C) ZUSAMMENFASSUNG

Die Aufgabe der geplanten UPD ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Eine Finanzierung durch die GKV wäre für diese folglich eine versicherungsfremde Leistung. Die UPD soll – wie es in der Entwurfsbegründung ausdrücklich heißt – unabhängig vom Versichertenstatus alle „Patientinnen und Patienten in gesundheitlichen und gesundheitsrechtlichen Fragen qualitätsgesichert und kostenfrei informieren und beraten, mit dem Ziel, die Patientenorientierung im Gesundheitswesen zu stärken und Problemlagen im Gesundheitswesen aufzuzeigen“¹¹². Diese Ziele weisen weit über das Versicherungsverhältnis hinaus. Die Aufgabe der UPD ist ein auf die Gesundheitsversorgung bezogener Verbraucherschutz. Schon die organisatorische Trennung macht deutlich, dass es sich hierbei nicht um eine Leistung der GKV oder der PKV handeln soll – vielmehr soll sie unabhängig von ihnen erbracht werden; sie dürfen auf den Inhalt oder den Umfang der Tätigkeit der Stiftung keinen Einfluss nehmen. Eine solche unbeeinflussbare Leistung, erbracht durch einen Dritten - die Stiftung – ist offensichtlich versicherungsfremd.

Weil die Aufgabe der UPD eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe ist, die organisatorisch unabhängig von den Finanzierungsträgern GKV und PKV erfolgen soll, ist die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fraglich. Das Bundessozialgericht hat in seinem jüngsten Urteil zur Finanzierung der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung im Hinblick auf § 20a SGB V deutlich gemacht: Die verfassungsrechtlich vorgegebene organisatorische Selbstständigkeit der Sozialversicherung setzt auch der Verwendung und dem Transfer von Mitteln der Sozialversicherung Grenzen. Die Legitimation der Beitragsbelastung beschränkt sich auf die Finanzierung im Binnensystem der Sozialversicherung. Sie erstreckt sich grundsätzlich nicht auf die Finanzierung von Leistungen an Dritte außerhalb der Sozialversicherung. Die erhobenen Geldmittel dürfen allein zur Finanzierung der Aufgaben der Sozialversicherung eingesetzt werden. Weil dies bei der UPD nicht der Fall wäre, scheidet eine aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Recht der Sozialversicherung) hergeleitete Gesetzgebungskompetenz aus, und daher auch – gleichsam als Umgehung - eine Herleitung aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft), wollte man dieser Kompetenz keine uferlose Weite geben. Die Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz im Hinblick auf die Finanzierung durch die PKV mögen geringeres Gericht haben, eine gemeinsame Finanzierung durch GKV und PKV wäre damit aber verfassungsrechtlich jedenfalls nicht möglich – es fehlt zumindest die Gesetzgebungskompetenz im Hinblick auf die GKV.

¹¹² BT-Drs. 20/5334, S. 1.

Soweit eine Finanzierungsverpflichtung der PKV geschaffen wird, erfüllt diese als Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion nicht die strengen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen nach der Rechtsprechung des BVerfG. Zunächst kann schon die *Homogenität* der Gruppe der Abgabepflichtigen bezweifelt werden, denn die gesetzlichen Sozialversicherungsträger werden hier gemeinsam mit der PKV in die Finanzierungsverantwortung eingebunden. Selbst wenn man – großzügig – von der Homogenität der Gruppe der Abgabepflichtigen ausgehen will, so ist nicht ersichtlich, warum eine besondere *Finanzierungsverantwortung* der Abgabepflichtigen bestehen soll. Sachzweck ist hier die Patientenberatung. Die PKV ist aber nicht verantwortlich für die Finanzierung von Kosten, die durch Beratung ggf. auch zugunsten von gesetzlich Versicherten entstehen. Die Beratung erfolgt vor allem auch hinsichtlich der Leistungserbringer. Konsequenterweise müssten daher auch und ggf. vorrangig Krankenhäuser, Ärzte etc. mitfinanzieren, wie das beispielsweise auch bei der nationalen Kontaktstelle der Fall ist (§ 219d SGB V). Zudem fehlt es an der *gruppennützigen* Verwendung der Mittel, denn es ist gerade nicht gewährleistet, dass die Tätigkeiten der UPD anteilmäßig auch den Abgabepflichtigen zugutekommen. Weder werden erheblichen Beeinträchtigungen entgegengewirkt noch werden spezielle Nachteile ausgeglichen, die die privat Versicherten besonders betreffen und die von diesen selbst voraussichtlich nicht, oder jedenfalls nicht mit gleicher Erfolgsaussicht kompensiert werden können. Die Finanzierungsverpflichtung der PKV greift damit unzulässig in die Berufsfreiheit der Versicherungsunternehmen ein und wäre damit verfassungswidrig.