

**(14) Ausschuss für Gesundheit
Ausschussdrucksache**

0112(3)

vom 23.10.2006

16. Wahlperiode

Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan

**Direktor
des Deutschen Instituts für
Gesundheitsrecht (DIGR)
Binger Straße 64
14197 Berlin**

Homepage: www.helge-sodan.de

**Freie Universität Berlin
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Öffentliches Wirtschaftsrecht, Sozialrecht
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin
Telefon: (030) 838-53972,-53973
Telefax: (030) 838-54444
E-Mail: sodan@zedat.fu-berlin.de**

Berlin, am 22. Oktober 2006

Schriftliche Stellungnahme

**zu den Änderungsanträgen 1, 2 und 7 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD
zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vertragsarztrechts und ande-
rer Gesetze (Vertragsarztrechtsänderungsgesetz – VÄndG)**

[BT-Drucks. 16/2474]

– Ausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 16(14)110, 16(14)107 Nr. 7 –

Zu den vorgenannten Änderungsanträgen nehme ich aus (verfassungs)rechtlicher und rechtspolitischer Sicht wie folgt Stellung:

I. Zur Systematik des Gesetzentwurfs

Die Änderungsanträge 2 und 7 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf des VÄndG sehen die Aufnahme von Regelungen vor, die keinen Bezug zum Ver-

tragsarztrecht haben. Das Vertragsarztrecht ist Bestandteil der Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern und damit des Vierten Kapitels des SGB V. Die geplante Neufassung des § 265a SGB V und die beabsichtigte Einfügung eines Abs. 6 in § 222 SGB V betreffen hingegen die im Achten Kapitel des SGB V geregelte Finanzierung der gesetzlichen Krankenkassen, ohne in einem Zusammenhang mit dem Vertragsarztrecht zu stehen. Die Aufnahme der bislang im Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) vorgesehenen Bestimmungen in den Entwurf des VÄndG würde daher zu einem Systembruch führen. Dieser soll offenbar nur deshalb erfolgen, um die Neufassung des § 265a SGB V sowie den neuen Abs. 6 in § 222 SGB V bereits am 1. Januar 2007 und nicht erst am 1. April 2007 in Kraft treten zu lassen.

II. Verfassungsrechtliche Fragen

1. Zur Zustimmungspflichtigkeit seitens des Bundesrates

Der Änderungsantrag 1 der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf des VÄndG hat die Streichung der Wörter „mit Zustimmung des Bundesrates“ in der Eingangsformel zum Gegenstand. Die Begründung beruft sich auf die „im Rahmen der Föderalismusreform vorgenommenen Grundgesetzänderungen“. Gemeint ist das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 22, 23, 33, 52, 72, 73, 74, 74a, 75, 84, 85, 87c, 91a, 91b, 93, 98, 104a, 104b, 105, 107, 109, 125a, 125b, 125c, 143c) vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034). Vor dem In-Kraft-Treten dieses verfassungsändernden Gesetzes galt nach Art. 84 Abs. 1 GG a. F., dass die Länder im Bereich der sog. landeseigenen Ausführung der Bundesgesetze die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren regelten, soweit nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmten. Im Zuge der Föderalismusreform ist das Zustimmungserfordernis für Bundesgesetze, welche die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren regeln, aufgehoben worden. Nunmehr können nach Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG n. F. Bundesgesetze *ohne* Zustimmung des Bundesrates „etwas anderes bestimmen“, also die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren regeln; die Länder haben aber die Befugnis, hiervon abweichende Regelungen zu treffen (von denen der Bund durch spätere Regelungen wiederum seinerseits abweichende Regelungen erlassen darf, vgl. Art. 84 Abs. 1 Satz 3 GG n. F.). Allerdings kann gemäß Art. 84 Abs. 1 Satz 5 und 6 GG n. F. durch Bundesgesetz *mit* Zustimmung des Bundesrates in Ausnahmefällen wegen eines besonderen Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung das Verwaltungsverfahren *ohne* Abweichungsmöglichkeit für die Länder geregelt werden. Entsprechende Bestimmungen sieht der Entwurf des VÄndG jedoch nicht vor. Dieses Gesetz ist daher zustimmungsfrei.

2. Zur Vereinbarkeit mit Grundrechten

a) Grundrechtliche Abwehransprüche seitens der *gesetzlichen Krankenkassen* gegen die Neufassung des § 265a sowie die Einfügung des Abs. 6 in § 222 SGB V scheiden hier aus, wenn man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde legt. Denn dieser Judikatur zufolge sind gesetzliche Krankenkassen – auch nach Einführung eines Wettbewerbs untereinander – nicht grundrechtsfähig und können daher die Verletzung von Grundrechtsgewährleistungen durch die öffentliche Gewalt nicht geltend machen (siehe bereits BVerfGE 39, 302 [312 ff.], sowie aus jüngerer Zeit BVerfG [Kammerbeschl.], NZS 2005, S. 139 ff.; BVerfGE 113, 167 [227]).

b) In Betracht kommen jedoch grundrechtliche Abwehransprüche seitens der *Mitglieder* derjenigen gesetzlichen Krankenkassen, welche als Folge der Neufassung des § 265a SGB V verpflichtet wären, mit Zahlungen zur Entschuldung anderer Krankenkassen derselben Kassenart beizutragen.

Anhaltspunkte für eine diesbezügliche verfassungsrechtliche Beurteilung lassen sich dem Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen des Risikostrukturausgleichs (RSA) in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) entnehmen. In dieser Entscheidung ließ das Bundesverfassungsgericht die Frage dahinstehen, ob der RSA in den Schutzbereich von Freiheitsgrundrechten eingreift (BVerfGE 113, 167 [263]). Eine intensive Prüfung erfolgte allerdings zur Beantwortung der – im Ergebnis verneinten – Frage nach einer Verletzung des in Art. 3 Abs. 1 GG garantierten allgemeinen Gleichheitssatzes (BVerfGE 113, 167 [227 ff.]). Dazu führte das Bundesverfassungsgericht u. a. aus:

„Verfahrensrechtlich richtet sich der Risikostrukturausgleich zwar an die rechtsfähigen, aber nicht grundrechtsfähigen Krankenkassen [...]. Die von ihm begründeten Ausgleichspflichten und -ansprüche haben aber unmittelbare Relevanz für die von den Krankenkassen festzusetzenden Beitragssätze und beeinflussen somit mittelbar die Höhe der Beitragsbelastung der Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung. Aufgrund der Regelungen in §§ 266, 267 SGB V haben die Mitglieder ausgleichsverpflichteter Krankenkassen höhere, die Mitglieder ausgleichsberechtigter Krankenkassen niedrigere Beiträge zu zahlen, als sie ohne Risikostrukturausgleich zu entrichten hätten. Hiermit ist die vom Risikostrukturausgleich herbeigeführte Ungleichbehandlung allgemein beschrieben: Eine Mitgliedergruppe der gesetzlichen Krankenversicherung wird belastet, eine andere wird entlastet“ (BVerfGE 113, 167 [227 f.]).

Nichts anderes gilt im Hinblick auf die vorgesehene Neufassung des § 265a SGB V. Auch wenn § 265a Abs. 3 Satz 2 SGB V (Entwurf) regelt, dass die Satzung zu bestimmen hat, in welchem Umfang die Antrag stellende Krankenkasse zum Zweck der Entschuldung ihren allgemeinen Beitragssatz anheben muss, ist doch die zur Entschuldung erfolgende Umverteilung innerhalb von Krankenkassen derselben Kassenart unmittelbar beitragsatzrelevant. Die ausgleichsverpflichteten Krankenkassen werden die Zahlungen aus dem Beitragsaufkommen ihrer Mitglieder leisten müssen – entweder aus Rücklagen, die aus früher gezahlten Beiträgen gebildet wurden, oder möglicherweise sogar aus Beitragssatzerhöhungen, um die Zahlungspflichten überhaupt erfüllen zu können.

Angesichts der aufgezeigten Ungleichbehandlung von Mitgliedern der GKV bedarf § 265a SGB V (Entwurf) einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Das Bundesverfassungsgericht vertrat zum RSA die Auffassung, dieser halte „selbst einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung stand“ (BVerfGE 113, 167 [232]). Die dazu vom Bundesverfassungsgericht angestellten Überlegungen lassen sich jedoch nicht ohne weiteres auf die nunmehr zur Entschuldung gesetzlicher Krankenkassen geplanten Regelungen übertragen. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnete die Funktion des RSA, „eine Wettbewerbsordnung zu flankieren, die auf der Basis des Solidarprinzips wirtschaftliches und effizientes Verhalten der Krankenkassen bei der gesundheitlichen Leistungserstellung fördern will“, als „verfassungsrechtlich legitim“ (BVerfGE 113, 167 [233]). Die Vorschriften zum RSA „enthalten bereits differenzierte Regelungen darüber, welche Unterschiede in der Ausgabenstruktur der Kassen zu einem Ausgleich führen sollen. Es ist gerade nicht der Weg gewählt worden, die Höhe der Kassenbeiträge zu vereinheitlichen, weil damit jeder Anreiz zu wirtschaftlichem Handeln weggefallen wäre“ (*Ulrich Ramsauer, Soziale Krankenversicherung zwischen Solidarprinzip und Wettbewerb, NZS 2006, S. 505 [510]*).

Im Rahmen der Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der auch im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz Anwendung findet (siehe dazu näher *Helge Sodan/Jan Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 2005, § 30 Rn. 14 ff.*), ist zwar zunächst festzustellen, dass das Ziel der Entschuldung gesetzlicher Krankenkassen einen legitimen Zweck darstellt und das in § 265a SGB V (Entwurf) vorgesehene Mittel von Hilfeleistungen anderer Krankenkassen derselben Kassenart zur Erreichung dieses Ziels geeignet ist. Die Entwurfsfassung erweist sich aber – zumindest teilweise – als zur Zweckerreichung nicht erforderlich. Der Gedanke der *Selbsthilfe* der verschuldeten Krankenkassen kommt zwar im Gesetzentwurf in gewisser Weise dadurch zum Ausdruck, dass die Hilfen mit Auflagen verbunden werden sollen, die der Verbesserung der Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit dienen (§ 265a Abs. 2 Satz 3), und die jeweilige Satzung zu bestimmen hat, in welchem Umfang die Antrag stellende Krankenkasse zu diesem Zweck ihren allgemei-

nen Beitragssatz anheben muss (§ 265a Abs. 3 Satz 2). Die in § 265a Abs. 3 Satz 3 SGB V (Entwurf) genannten Kriterien, die bei der Aufteilung der Hilfen „angemessen zu berücksichtigen“ sind, greifen jedoch zu kurz. Nicht nachvollziehbar ist insbesondere, weshalb in dieser Vorschrift nur von „Finanzreserven“ und nicht etwa auch vom Immobilienvermögen die Rede ist. Nicht wenige der verschuldeten Krankenkassen dürften über erhebliches Eigentum an Immobilien verfügen, dessen Veräußerung zur Tilgung zumindest eines großen Teils der Schulden führen müsste. Nach einer Veräußerung könnten Krankenkassen fortan Mieterinnen der zuvor als Eigentümerinnen genutzten Verwaltungsgebäude werden, so wie andere nicht verschuldete Krankenkassen – etwa die Betriebskrankenkasse der BMW AG (BKK BMW) – seit langem ihre Verwaltungsgebäude eben nur gemietet haben. Das in unserer Rechtsordnung weit verbreitete Prinzip des Nachrangs von Fremdhilfe und die damit verbundene Verpflichtung, sich zunächst im Rahmen seiner Möglichkeiten selbst zu helfen, hat das Bundesverfassungsgericht erst kürzlich in seinem Urteil vom 19. Oktober 2006 zur Frage eines Anspruchs des Landes Berlin auf Sanierungshilfe für das Finanzverfassungsrecht deutlich zum Ausdruck gebracht (Az.: 2 BvF 3/03).

Zur Selbsthilfe verschuldeter Krankenkassen gehören ferner schlanke Personalstrukturen. Hier bestehen zwischen den Krankenkassen erhebliche Unterschiede. So kommt in der GKV durchschnittlich ein Krankenkassen-Mitarbeiter auf etwa 340 Versicherte. Die BKK BMW beispielsweise weist dagegen eine viel kostengünstigere Betreuungsquote von 1 zu 800 auf, ohne dass irgendwelche Anhaltspunkte für eine schlechtere Betreuung der Versicherten bestehen. Bevor also die Mitglieder einer solchen Krankenkasse mit ihren Beiträgen zur Entschuldung anderer Krankenkassen herangezogen werden dürfen, müssen die verschuldeten Krankenkassen ihre eigenen Wirtschaftlichkeitsreserven aktivieren.

Abgesehen von der damit fehlenden Erforderlichkeit erweist sich der von den Fraktionen der CDU/CSU und SPD vorgelegte Entwurf eines künftigen § 265a SGB V für die Mitglieder zahlungsverpflichteter Krankenkassen als unzumutbar. Denn dieser Entwurf berücksichtigt in keiner Weise die Gründe für die Verschuldung der Krankenkassen. Der mittlerweile zu Ausgleichszahlungen von über 15 Milliarden Euro jährlich führende RSA sollte doch nach dem Willen des Gesetzgebers gerade die Voraussetzungen für einen fairen Wettbewerb unter den gesetzlichen Krankenkassen schaffen. Wenn trotz dieser massiven Umverteilung viele Krankenkassen verschuldet und andere nicht verschuldet sind, müssen zumindest bei einem Teil der verschuldeten Krankenkassen erhebliche Fehler im Management erfolgt sein. Möglicherweise wurde teilweise der Beitragssatz bewusst zu niedrig gehalten, um in dem Wettbewerb um die Versicherten Vorteile im Vergleich zu anderen Krankenkassen zu erlangen. Krankenkassen wie etwa die BKK BMW haben sich hingegen

verantwortungsbewusst verhalten. Diese Kasse reagierte auf die vorübergehende Verschuldung durch eine überproportionale Anhebung des Beitragssatzes auf bis zu 14,7 Prozent und konnte damit ihre Schulden tilgen. Trotz einer zwischenzeitlichen deutlichen Senkung des Beitragssatzes weist die BKK BMW, die übrigens insgesamt etwa 1,4 Milliarden Euro in den RSA eingezahlt hat, heute ein nicht unerhebliches Vermögen auf, mit dem sie nunmehr für die Schulden anderer Krankenkassen ihrer Kassenart eintreten soll. Eine solche Konsequenz würde den vom Gesetzgeber über viele Jahre verfolgten Wettbewerb in der GKV pervertieren. Es bestünde sogar ein Anreiz, kurzfristige Vorteile durch unwirtschaftliche Angebote anzustreben, weil die Nachteile durch Entschuldungsmaßnahmen zu Lasten sparsamerer Krankenkassen ausgeglichen würden; das System, das durch die Eröffnung begrenzten Wettbewerbs einen Beitrag zur Kostendämpfung liefern sollte, würde dadurch untergraben (vgl. *Ramsauer*, NZS 2006, S. 505 [511]). Verwirklicht wäre entgegen jahrelanger Beteuerungen verantwortlicher Politiker letztlich doch die Idee der „Einheitskasse“.

3. Zur Wahrung des Parlamentsvorbehalts

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt aus den Staatsstrukturprinzipien von Demokratie und Rechtsstaat, dass der parlamentarische Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss und diese nicht der Exekutive überlassen darf (siehe etwa BVerfGE 45, 400 [417 f.]; 98, 218 [251]). Die damit begründete sog. *Wesentlichkeitstheorie* hat das Bundesverfassungsgericht in zahlreichen Entscheidungen konkretisiert; danach bedeutet im grundrechtsrelevanten Bereich „wesentlich“ in der Regel „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“ (BVerfGE 47, 46 [79]). Die Wesentlichkeitstheorie lässt sich nicht nur zur Beantwortung der Frage, ob überhaupt eine formell-gesetzliche Grundlage geboten ist, sondern gerade auch zur Klärung der notwendigen *Regelungsdichte* fruchtbar machen: Da die wesentlichen Entscheidungen dem Parlament selbst vorbehalten bleiben und als parlamentarische Leitentscheidungen somit durch formell-gesetzliche Festlegungen erfolgen sollen, wird der traditionelle Vorbehalt des Gesetzes für einen bestimmten Bereich zum Parlamentsvorbehalt fortentwickelt. Bei diesem handelt es sich demnach um einen zum Delegationsverbot verdichteten Gesetzesvorbehalt. Der Umfang des parlamentarischen Regelungsvorbehalts bemisst sich „nach der *Intensität*, mit welcher die Grundrechte der Regelungsadressaten betroffen werden“ (BVerfGE 58, 257 [274]).

Angesichts der aufgezeigten Grundrechtsrelevanz wird § 265a SGB V (Entwurf) den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts *nicht* gerecht. Der den Satzungen in § 265a Abs. 1 Satz 2 SGB V (Entwurf) überlassene Spielraum bei den näheren Regelungen über Voraussetzungen, Umfang, Finanzierung und Durchführung der finanziellen Hilfen ist zu weit. Daran vermögen auch die Vorgaben in § 265a Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 SGB V (Entwurf) nichts zu ändern. Unter Berücksichtigung der bereits oben zum allgemeinen Gleichheitssatz angestellten Überlegungen müsste der parlamentarische Gesetzgeber folgende Regelungen selbst treffen:

a) Eine gesetzliche Krankenkasse darf nur dann finanzielle Hilfen durch Krankenkassen derselben Kassenart erhalten, wenn sie nachvollziehbar darlegen kann, ihre Verschuldung nicht vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt zu haben, und ihre Schulden nicht in zumutbarer Weise selbst zu tilgen vermag; zumutbar sind insbesondere die Erhöhung des Beitragssatzes und die Veräußerung von Eigentum an Immobilien.

b) Die zur Hilfeleistung herangezogenen Krankenkassen dürfen dadurch nicht selbst illiquide werden. Als Finanzreserven gelten daher nicht die in § 81 SGB IV, § 260 SGB V definierten Betriebsmittel, die insbesondere zum Ausgleich von Einnahme- und Ausgabeschwankungen bereitzuhalten sind.

c) Krankenkassen, die anderen Krankenkassen finanzielle Unterstützungsleistungen gewähren, dürfen im Ergebnis nicht schlechter gestellt werden als diejenigen Krankenkassen, welche die Leistungen erhalten. Bei der Vergabe der finanziellen Hilfen ist deshalb sicherzustellen, dass die Hilfe leistenden Krankenkassen in den Haushaltsjahren 2007 und 2008 keines höheren Beitragssatzes bedürfen als die Hilfe empfangenden Krankenkassen und jeweils am Ende dieser beiden Haushaltsjahre nicht selbst verschuldet sind.

III. Rechtspolitischer Vorschlag

§ 265a Abs. 1 Satz 3 SGB V (Entwurf) regelt, dass abweichend von § 64 Abs. 1 Satz 1 SGB IV die Satzungsbestimmungen über die Hilfeleistungen zur Sicherstellung der Entschuldung der Krankenkassen ihrer Kassenart mit der Mehrheit der bei der Beschlussfassung anwesenden Mitglieder gefasst werden können. Die von den Fraktionen der CDU/CSU und SPD zu diesem Teil des Änderungsantrags gegebene Begründung, dadurch sollten „die verbandsinternen Meinungsbildungsprozesse über die Gewährung finanzieller Hilfen nach § 265a, die sich in der Vergangenheit als sehr aufwendig erwiesen“ hätten, erleichtert werden, vermag nicht zu überzeugen. Angesichts der besonderen Bedeutung der Gewährung finanzieller Hilfen zur Ent-

schuldung von Krankenkassen und der aufgezeigten Grundrechtsrelevanz für die Mitglieder zahlungsverpflichteter Krankenkassen sollte auch hier die allgemeine Regelung in § 64 Abs. 1 Satz 1 SGB IV Anwendung finden, wonach Selbstverwaltungsorgane grundsätzlich nur dann beschlussfähig sind, wenn die Mehrheit der Mitglieder anwesend und stimmberechtigt ist.

Es empfiehlt sich daher, die vorgesehene Regelung des § 265a Abs. 1 Satz 3 SGB V aus dem Entwurf ersatzlos zu streichen.

(Univ.-Prof. Dr. H. Sodan)