

FESTLEGUNG DER GRENZEN DER LEISTUNGSPFLICHT DER KRANKENKASSEN

Von Prof. Dr. Andreas Hänlein, Universität Kassel¹⁾

I. EINLEITUNG

Die Herausforderungen der Gegenwart im Bereich der medizinischen Versorgung sind seit vielen Jahren bekannt: die Ausweitung des Spektrums medizinischer Leistungen, u. a. infolge des medizinisch technischen Fortschritts, die demographische Entwicklung und soziokulturelle Entwicklungen²⁾. Diese Faktoren, die katastrophale wirtschaftliche Entwicklung und die daraus resultierenden Defizite der Krankenkassen³⁾ scheinen derzeit dazu zu führen, dass die Notwendigkeit substanzieller Kostendämpfungsmaßnahmen zunehmend akzeptiert wird. Das letzte Kostendämpfungsgesetz, das Beitragssatzsicherungsgesetz⁴⁾, hat die Versicherten von Sparmaßnahmen zwar noch verschont, sieht man von der Halbierung des Sterbegeldes ab.

Nun scheint aber allgemeiner Konsens zu bestehen, dass auch die Versicherten nicht ungeschoren aus den Kostendämpfungsschlachten hervorgehen werden. Umfragen zufolge gehen die Ver-

sicherten selbst davon aus, dass grundsätzliche Änderungen, sprich: Einschränkungen auch im Leistungsrecht kommen werden⁵⁾. Dieser Konsens war es offenbar, der die Themenstellung inspiriert hat. Es soll um die „Grenzen der Leistungspflicht der Krankenkassen“ gehen, um Begrenzungen, Einschränkungen. Näher bestimmt ist das Thema insofern, als die „Festlegung“ der Grenzen in Rede steht. Damit ist der Entscheidungsprozess der Akteure angesprochen, die die Grenzen ziehen, in erster Linie des Gesetzgebers, aber natürlich auch untergeordneter Instanzen. Wenn es darum gehen soll, wie der Gesetzgeber der Leistungspflicht Grenzen zieht, ziehen könnte oder ziehen lassen könnte, bietet sich zum einen eine Zusammenstellung der Optionen an, die auf dem Markt sind. Von besonderem Interesse sind zum anderen normative, insbesondere verfassungsrechtliche Restriktionen, denen der Gesetzgeber bei der Auswahl der Instrumente unterliegen könnte. Von Interesse sind aber auch Lösungswege, die andere europäische Länder eingeschlagen haben.

Bei meiner Darstellung werde ich von unterschiedlichen Instrumenten der Kostendämpfung auf der Leistungsseite ausgehen, die teils schon oder schon einmal realisiert sind oder waren und die andernteils in der gesundheitspolitischen Diskussion eine Rolle spielen. Es wird sich dabei vielfältiger Anlass ergeben, verfassungsrechtliche und rechtsvergleichende Gesichtspunkte jeweils problembezogen in den Blick zu nehmen.

II. FESTBETRÄGE FÜR ARZNEI- UND HILFSMITTEL

Zunächst möchte ich aus aktuellem Anlass auf die Festbetragsregelung eingehen, obwohl es sich dabei um ein inzwischen schon etwas älteres Instrument zur Begrenzung der Leistungspflicht der Krankenkassen handelt. Das Besondere an diesem Instrument war bis zum Festbetrags-Anpassungsgesetz⁶⁾, dass es die Spitzenverbände der Krankenkassen waren, die den Umfang der Leistungspflicht festlegten.

1) Bei dem folgenden Text handelt es sich um die mit Fußnoten versehene Fassung eines Vortrags, den ich beim 35. Kontaktseminar des Deutschen Sozialrechtsverbandes am 3. 3. 2003 in Kassel gehalten habe.

2) Vgl. bereits *Künschner*, Wirtschaftlicher Behandlungsverzicht und Patientenauswahl, 1992, S. 49 – 52.

3) Vgl. etwa FAZ vom 3. 9. 2002, S. 1: „Den Krankenkassen fehlen im ersten Halbjahr 2,4 Milliarden Euro.“

4) Gesetz zur Sicherung der Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung und in der gesetzlichen Rentenversicherung (Beitragssatzsicherungsgesetz – BSSichG) vom 23. 2. 2002, BGBl. I, S. 4637.

5) Vgl. FAZ vom 17. 4. 2002, S. 5: „Knapp zwei Drittel der gesamten Bevölkerung, 70 Prozent der politisch Interessierten halten eine umfassende Änderung des Gesundheitssystems für zwingend erforderlich.“

6) Gesetz zur Anpassung der Regelungen über die Festsetzung von Festbeträgen für Arzneimittel in der gesetzlichen Krankenversicherung (Festbetrags-Anpassungsgesetz – FBAG) vom 27. 7. 2001, BGBl. I, S. 1948.

Mit ihren Klagen gegen die Festbetragsregelung haben die betroffenen Leistungserbringer durch das Urteil des BVerfG vom 17. Dezember eine herbe Schlappe erlitten, mit der jedenfalls in dieser Form nicht ohne Weiteres zu rechnen war. Umgekehrt erhält das Urteil den Krankenkassen und dem Gesetzgeber ihre Handlungsfreiräume, und zwar zunächst und vor allem im Hinblick auf die betroffenen Leistungserbringer:

1. Die Bedeutung des Festbetragsurteils für die Leistungserbringer

Der 3. Senat des BSG hatte in seinen Vorlagebeschlüssen in der Sache den Spitzenverbänden der Krankenkassen die Legitimation zur Festsetzung der Festbeträge bestritten, weil die betroffenen Leistungserbringer, u. a. die pharmazeutischen Unternehmer, bei der Beschlussfassung nicht repräsentiert seien, obwohl sie von der Festsetzung „bei der Vergütung ihrer Leistung für Kassenpatienten nicht nur am Rande, sondern wesentlich betroffen“ seien⁷⁾. Betroffen und zugleich verletzt waren die Leistungserbringer nach Meinung des 3. Senats in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG; Festbetragsfestsetzungen seien „mittelbare Eingriffe“ in dieses Grundrecht, als indirekte rechtliche Regelung mit objektiv berufsregelnder Tendenz⁸⁾.

Das BVerfG gelangte demgegenüber zu dem Ergebnis, dass die Festbetragsfestsetzung nicht am Grundrecht der Berufsfreiheit der Pharmaunternehmen, Optiker oder Hörgeräteakustiker zu messen sei; es fehle bereits an einem Eingriff in den Schutzbereich, denn es gebe keinen „aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Anspruch auf Beibehaltung von Rahmenbedingungen, die infolge fehlender Transparenz Verkaufserfolge im Wettbewerb ermöglichen“⁹⁾.

Man hätte dasselbe Ergebnis, das ich für richtig halte¹⁰⁾, allerdings auch weniger radikal erzielen können¹¹⁾. Auch wenn man einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Leistungserbringer angenommen hätte, wäre dieser m. E. nicht verfassungswidrig gewesen, weil aus einem mittelbaren Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit kein Anspruch auf Beteiligung an der Preisfestsetzungsentscheidung der Marktgegenseite abgeleitet werden kann¹²⁾. Das Karlsruher Urteil führt nun dazu, dass sich die betroffenen Leistungserbringer gegenüber dem Marktgebaren der Kassenseite überhaupt nicht mehr mit grundrechtlichen Argumenten verteidigen können. Ihre Klagen gegen Festbetragsfestsetzungen werden künftig wohl schon unzulässig sein, wie es schon das Landessozialgericht in einem der Ausgangsverfahren vertreten hatte¹³⁾. Dies geht für mein Empfinden zu weit.

7) BSG NZS 1995, 504 (512 r.Sp.).

8) BSG, NZS 1995, 502 (504 f.); vgl. auch die Darstellung bei Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, 2001 (im Folgenden: Rechtsquellen), S. 276; allgemein zu mittelbaren Eingriffen in die Berufsfreiheit Umbach in: Mitarbeiter-Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12, Rdnrn. 55 u. 57.

9) BVerfG, Urteile vom 17. 12. 2002, – 1 BvL 28, 29 u. 30 /95 sub C I 1 d cc.

10) Vgl. Hänlein, Rechtsquellen, S. 291 ff.

11) Gegenposition zu diesem Punkt: Hänlein, Rechtsquellen, S. 296 f.; wie das BVerfG v. a. Schelp, Zur Verfassungsmäßigkeit der Festbetragsregelung für Arzneimittel (§ 35 SGB V), NZS 1997, 155 (157 ff.).

12) Hänlein, Rechtsquellen, S. 297 f.

13) Vgl. den Bericht bei BSG, NZS 1995, 502 (I. Sp.).

14) BVerfG, a. a. O. (Fn. 9), sub C I 2; vgl. auch Hänlein, Rechtsquellen, S. 482 f.

15) BVerfGE 97, 271 (286).

16) BVerfG a. a. O. (Fn. 9), sub C II.

17) Ebsen hat hier ein Problem gesehen: Ebsen in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1 – Krankenversicherungsrecht, 1994, § 7, Rdnrn. 28 f.; a.A. wegen der nur marginalen Betroffenheit der Versicherten durch die Festsetzung von Festbeträgen Hänlein, Rechtsquellen, S. 291 f.

18) Vgl. BGH, Vorlagebeschluss vom 3. 7. 2001, VersR 2001, S. 1361 ff.; vgl. jetzt auch Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs vom 22. 5. 2003 zu den Rs. C – 264, 306, 354 untf 355/01.

Die rechtspolitische Bedeutung der These des BVerfG reicht möglicherweise noch weit über die Festbetragsfrage hinaus. Wo immer die Kassen in generalisierter Form Nachfrageentscheidungen treffen, gründen etwaige Mitspracherechte der Leistungserbringer oder ihrer Verbände nicht in grundrechtlichen Fundamenten.

2. Die Bedeutung des Festbetragsurteils für die Versicherten

Hinsichtlich der Vertragsärzte und vor allem der Versicherten hat das BVerfG zwar einerseits die Berufsausübungsfreiheit, andererseits die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit berührt gesehen¹⁴⁾, Letzteres, weil die Freiheit der Versicherten zur Auswahl unter Arznei- und Hilfsmitteln, die ihnen als Sachleistung zur Verfügung gestellt werden, eingeengt werde. Der Senat bezieht sich insoweit auf eine frühere Entscheidung, in der es heißt, der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG sei berührt, „wenn der Gesetzgeber einerseits durch die Anordnung von Zwangsgliederschaft und Beitragspflichten in einem öffentlich-rechtlichen Verband der Sozialversicherung die allgemeine Betätigungsfreiheit des Einzelnen durch Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Voraussetzungen nicht unerheblich einengt (...), andererseits dem Versicherten gesetzlich zugesagte und beitragsfinanzierte Leistungen dieses Verbandes wesentlich vermindert.“¹⁵⁾ Neu am Festbetragsurteil ist die Betonung des Aspekts der Wahlfreiheit. Das klingt nun fast nach einem Grundrecht auf freie Arztwahl. Bemerkenswert ist außerdem, dass Art. 14 GG überhaupt nicht erwähnt wird. Den Eingriff in die berührten Freiheitsrechte hält das Gericht allerdings für gerechtfertigt, denn die Rechtsgrundlagen der Festbetragsfestsetzung „genühten den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Ermächtigung zur Festsetzung der Festbeträge in Form einer Allgemeinverfügung“¹⁶⁾. Nur nach diesem verfahrensrechtlichen Aspekt war gefragt, nur hierzu wurde entschieden. Die gesetzlichen Regelungen, so heißt es knapp, genühten dem „rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot“. Die weitere, in der Literatur erörterte Frage, ob denn die Spitzenverbände der Krankenkassen überhaupt gegenüber den Versicherten als Entscheidungsträger legitimiert sind¹⁷⁾, wird nicht einmal gestreift. Möglicherweise ist dies so zu deuten, dass das BVerfG die Legitimationsprobleme der Selbstverwaltung, vielleicht auch diejenigen der gemeinsamen Selbstverwaltung weiträumig umschiffen will. Jedenfalls gibt das Urteil dem Gesetzgeber keinen Anlass zur Zurückhaltung, was die Erfindung weiterer und die Beibehaltung der bestehenden Institutionen des Systems angeht. Ich halte das für bedauerlich, weil diese Institutionen überaus fragwürdig konstruiert sind. Darauf komme ich später noch zurück.

Wie dem auch sein mag, das Instrument der Festbeträge hat nunmehr eine wesentliche Klippe umschiffen; es bleibt nur noch abzuwarten, was der EuGH dazu sagen wird, auf dessen kartellrechtlichem Prüfstand die Regelung ja auch noch steht¹⁸⁾.

III. LEISTUNGS AUSSCHLÜSSE IM HINBLICK AUF BESTIMMTE KRANKHEITSURSACHEN

Nach dem Hinweis auf die verfassungsgerichtlich absegneten Festbeträge soll es nun um einen gesundheitspolitischen Ansatz gehen, der häufig und auch derzeit in den Debatten vorgebracht wird. Ich meine die immer wieder populäre Forderung, den Schutz durch die gesetzliche Krankenversicherung in solchen Fällen zu beseitigen, in denen Versicherte die Krankheit in einem weiten Sinne selbst verschuldet haben. So berichtete etwa die Frankfurter Allgemeine Zeitung vor knapp einem Jahr:

„Die bayerische Sozialministerin ... will den gesetzlichen Krankenversicherungsschutz für Personen einschränken, die sich bewusst selbst schädigen. Die Ministerin verwies auf Fälle, in

denen der Versicherte eine Selbstschädigung sehenden Auges in Kauf nimmt. Als Beispiele nannte sie Trunkenheitsfahrten, Fahren ohne Sicherheitsgurt oder mit deutlich erhöhter Geschwindigkeit sowie Telefonate mit Mobiltelefonen am Steuer. Auch Zungenpiercing fällt nach ihrer Auffassung in die Kategorie der bewussten Selbstschädigung... „Individuelles Vergnügen und kollektives Risiko passen hier nicht mehr zusammen“ sagte die Ministerin, und: „Die Kostenbeteiligung des Versicherten muss auf grob fahrlässiges Verhalten ausgedehnt werden und für die Krankenkassen verpflichtend sein“¹⁹⁾

So etwas kommt im Volk gut an, denn, so belehren uns die Demoskopien, die „Bevölkerung hofft, dass eine Sanierung des Systems vor allem über Maßnahmen geleistet werden kann, die selektiv einzelne Gruppen treffen...“²⁰⁾.

Im geltenden Recht spielt die Ursache einer Krankheit, wenn man vom Arbeitsunfall absieht, grundsätzlich keine Rolle. Es ist lediglich möglich, den Versicherten zu einer Kostenbeteiligung heranzuziehen, wenn er sich die Krankheit vorsätzlich zugezogen hat (§ 52 SGB V). Dem Versicherten wird also herkömmlich nur ein Minimum an Solidarität abverlangt²¹⁾. In der Praxis spielt die Regelung des § 52 SGB V offenbar eine geringe Rolle. Das hängt wohl auch damit zusammen, dass sie in der Rechtsprechung eher eng ausgelegt wird²²⁾.

Das Unbehagen am geltenden Recht wird in durchaus unterschiedliche Konzepte umgesetzt. Am Weitesten geht die Forderung nach einem Leistungsausschluss etwa in Fällen des Nikotinmissbrauchs²³⁾. Vermutlich bliebe jedoch selbst ein solcher Leistungsausschluss in der Praxis wirkungslos. Wenn ein Raucher infolge seiner Sucht schwer erkrankt, kann man sich kaum vorstellen, dass ihm der Vertragsarzt oder die Krankenkasse die Behandlung tatsächlich verweigert. Für den Arzt hat der behandlungsbedürftige Mensch im Mittelpunkt zu stehen; alles andere erschiene zynisch. Ausgerechnet den, der in Not ist, von den Leistungen auszunehmen, widerspräche dem, was man herkömmlicherweise als „sozial“ ansieht. Verfassungsrechtlich ausgedrückt: Eine solch drastische Differenzierung wäre vor dem Hintergrund des Sozialstaatsprinzips kaum sachlich zu rechtfertigen. Dementsprechend hat das BSG im Jahr 1959 die Versagung der damaligen Ermessensleistung Krankenhauspflege nach einem Unfall beim Fußballspielen mit folgender Begründung als willkürlich bezeichnet:

„Mit dem Zweck der Sozialversicherung, den Versicherten in den Wechselfällen des Lebens Schutz und Hilfe zu bieten, ist es grundsätzlich unvereinbar, die Gewährung der Hilfe davon abhängig zu machen, auf welche Weise die Krankheit entstanden ist; insbesondere ist das Bedürfnis nach sachgemäßer ärztlicher Versorgung und Pflege in den Fällen, in denen die Erkrankung auf einem Sportunfall beruht, nicht geringer als in anderen Fällen, in denen die gleiche Erkrankung vorliegt, ihre Entstehung aber in keinem Zusammenhang mit einer sportlichen Betätigung steht.“²⁴⁾

Bei einem echten Leistungsausschluss als Folge riskanten Verhaltens oder riskanter Lebensweise wäre daher die Grenze des verfassungsrechtlich Vertretbaren überschritten²⁵⁾. Das Stadium konkreter politischer Konzepte erreichen derartige Vorschläge daher regelmäßig nicht²⁶⁾.

Eine abgemilderte Variante wird im Ministerium für Gesundheit und Soziales diskutiert und jetzt auch vom Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen vorgetragen. Erwogen wird die Möglichkeit einer privaten Pflichtversicherung gegen Unfallrisiken in Haushalt, Straßenverkehr und beim Sport²⁷⁾. Bei dieser Lösung wäre die ärztliche Behandlung im Ernstfall sichergestellt. Gleichwohl erscheint auch dieses Konzept nicht empfehlenswert, auch wenn verfassungsrechtliche Einwände hier kaum erhoben werden können. Die Krankenkassen müssten erhebliche Ermittlungsroutinen entwickeln, um nicht gesetzwidrige Leistungen zu erbringen. Auch hierzu hat das BSG bereits 1960 Aussagen getroffen: Wenn in der gesetzlichen Krankenversicherung grundsätzlich bei allen den Versicherten treffenden Krankheiten Versicherungsschutz gegeben sei, spreche dafür auch die Erwägung,

„dass die Verwaltungsaufgaben der Krankenkassen in einer für notwendig schnelle Leistungsgewährung unerträglichen Weise vermehrt würden, wenn die Krankenkassen vor jeder Leistungsgewährung klären müsste, ob der Versicherte die Krankheit schuldhaft herbeigeführt hat.“²⁸⁾

Oder aber es müssten vielfach Leistungen vorläufig erbracht und dann wohl Rückgriffsprozesse der Krankenkassen gegen die privaten Pflichtversicherer geführt werden. Der Aufwand wäre immens. Zum Teil bestünde hinsichtlich der Ausgrenzungskriterien überdies der Verdacht der Willkür wegen widersprüchlichen Verhaltens: Es wäre etwa schwer nachzuvollziehen, dass die Krankenkassen einerseits zum Zwecke der Prävention Versicherte zur Ausübung des Breitensports anhalten, dass sie dann aber andererseits im Falle eines Unfalls die Lasten nicht tragen wollen. Hierzu erneut das Fußballurteil von 1959:

„Im Übrigen darf bei der Bewertung der Risiken ... des heutigen Kampfsportes nicht vergessen werden, dass ausgiebige sportliche Betätigung auch zur Hebung der allgemeinen Volksgesundheit beiträgt, von Staat und Gemeinden deshalb durch teilweise erhebliche Mittel gefördert wird und im Ergebnis auch zu einer finanziellen Entlastung der Krankenkassen führt.“²⁹⁾

Eine Beschränkung eines Leistungsausschlusses auf echte Risikopfortarten, wie sie etwa im Rahmen der Entgeltfortzahlung vorgenommen wird, dürfte die erwünschten Spareffekte kaum bewirken können.

IV. REFORM DES LEISTUNGSKATALOGS

Ernster sind die zahlreichen Reformvorschläge zu nehmen, die auf Einschränkungen des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung zielen. Meistens wird gesagt, das Angebot der gesetzlichen Krankenversicherung müsse in Grund- und Wahlleistungen differenziert werden³⁰⁾. Das bedeutet natürlich zunächst einmal, dass bestimmte Leistungen aus dem bisherigen Leistungsangebot gestrichen werden sollen; erst gegen zusätzliches Entgelt im Rah-

19) FAZ vom 5. 4. 2002, S. 4; zu ähnlichen Forderungen des CDU-Wirtschaftsrates SZ vom 5. 6. 2002, S. 23.

20) Köcher in FAZ vom 17. 2. 2002, S. 5.

21) Zum Prinzip der „minimalen Solidarität“ in der Sozialversicherung näher Hänlein, Moral Hazard und Sozialversicherung – Versichertenverhalten und Versicherungsfall im Sozialversicherungsrecht, ZVersWiss 2002, S. 579 ff. (584 ff., 603 f.).

22) Nachweise bei KassKomm/Höfler, § 52 SGB V, Rdnrn. 5 – 5b.

23) So Geschwinder, Leistungsausschluss nach § 192 RVO bei Nikotin-, Alkohol- und Drogenmissbrauch?, ZfS 1981, 101 ff.; Rompf, Selbstverschulden im Krankenversicherungsrecht, SGB 1997, 105.

24) BSGE 9, 232 (236); ebenso BSGE 13, 240 (241).

25) So im Ergebnis auch Pitschas, Neue Versorgungs- und Vergütungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung im Wirkfeld der Gesundheitsverfassung, VSSR 1998, 253 (257);

26) In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass selbst im Recht der Privatversicherung die strengen Sanktionen für Obliegenheitsverletzungen auf dem Prüfstand stehen; vgl. FAZ vom 24. 9. 2002, S. 21.

27) Vgl. FAZ vom 21. 1. 2003, S. 1 und vom 25. 2. 2003, S. 11; ähnlich vor einiger Zeit der Marburger Bund, vgl. FAZ vom 27. 5. 2002, S. 13.

28) BSGE 13, 240 (241); das Argument findet sich auch bei KassKomm/Höfler, § 52 SGB V, Rdnr. 5a.

29) BSGE 9, 232 (239 f.).

30) Z. B. Kronberger Kreis, Mehr Eigenverantwortung und Wettbewerb im Gesundheitswesen, 2002, S. 93; Fink, Gesundheitsreform 2003, 2002, S. 15.

men einer Zusatzversicherung werden sie dann ggf. wieder integriert.

1. Freiheitsrechte als verfassungsrechtliche Grenzen von Leistungskürzungen

Es stellt sich deshalb zunächst die Frage, ob es gegen den Kürzungsaspekt solcher Vorschläge Bedenken verfassungsrechtlicher Art gibt. Aus Sicht der Versicherten fällt dabei der Blick zunächst auf die Freiheitsrechte.

a) Der Schutz sozialrechtlichen Eigentums (Art. 14 GG)

Angesichts der Beitragsfinanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung mag man insoweit vor allem an Art. 14 GG denken. Ich selbst habe im Anschluss an *Papier* mit der Auffassung sympathisiert, ein Schutz krankensicherungsrechtlicher Rechtsansprüche durch Art. 14 GG lasse sich vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG gut begründen³¹). BVerfG und BSG haben diese Frage bislang jedoch stets offengelassen³²). Im Festbetragsurteil wird Art. 14 GG allerdings nicht einmal erwähnt. Bei näherem Bedenken der vom BVerfG zum Schutz sozialversicherungsrechtlicher Positionen entwickelten Voraussetzungen meine ich heute, dass der Schutz durch die Eigentumsgarantie, der in erster Linie auf die gesetzliche Rentenversicherung zugeschnitten ist³³), in der gesetzlichen Krankenversicherung nicht passt. Dieser Schutz setzt voraus, dass der betroffene Leistungsanspruch dem Versicherten nach Art eines Ausschließlichkeitsrecht zugeordnet ist; außerdem ist erforderlich, dass der Anspruch durch eigene Leistungen des Versicherten erworben wurde und dass er der Existenz-

sicherung dient³⁴). In den Eigentumsschutz einbezogen hat das BVerfG insbesondere Versichertenrenten und das Arbeitslosengeld. Hierbei geht es jeweils um Leistungen, die auch in ihrer Ausprägung im Einzelnen von den Beiträgen der Versicherten geprägt sind. Davon kann im Bereich der Ansprüche auf medizinische Versorgung jedoch keine Rede sein. Bei den Beiträgen zur gesetzlichen Krankenversicherung regiert nicht das Äquivalenzprinzip, sondern das Prinzip der Leistungsfähigkeit und dieses garantiert eine äquivalente Gegenleistung nicht³⁵). Wie wenig Art. 14 GG passt, verdeutlicht auch der zum Scheitern verurteilte Versuch, die Regel anzuwenden, nach der die Eigentumsfunktion umso deutlicher hervortritt, je höher die eigene Leistung ist. Wenn man vom Krankengeld absieht, lässt sich deshalb bereits im Ansatz von eigentumsähnlichen Positionen nicht sprechen³⁶).

Beim Krankengeld, das bei meinen Überlegungen aber eher am Rande steht, mag man dies anders sehen³⁷). Ein Karlsruher Kammerbeschluss spricht dementsprechend von dem „auch in diesem Versicherungszweig – jedenfalls bei der Geldleistung des Krankengeldes – geltenden Äquivalenzprinzip“³⁸). Eben dieser Beschluss zeigt aber auch, dass der Eigentumsschutz sozialversicherungsrechtlicher Positionen in der Sache den Versicherten meist ohnehin wenig nutzt³⁹). Die Kammer hat damals für den unterstellten Fall der Einschlägigkeit von Art. 14 GG die Kürzung des Krankengeldes auf 70 % und die Einführung der Lohnabstandsregelung nicht nur als zulässige Inhaltsbestimmung angesehen, sondern sogar die Frage in den Raum gestellt, ob nicht weitere Einschränkungen der Leistungen der gKV verfassungsrechtlich geboten seien, um die freiheitsfeindliche Beitragslast zu verringern.

Die Einschränkung des Sterbegeldes durch das GRG schließlich hat das BSG bereits deshalb nicht als von Art. 14 GG gedeckt angesehen, weil diese Leistung nicht der Existenzsicherung dient⁴⁰). Dementsprechend sind verfassungsrechtliche Risiken hinsichtlich der soeben beschlossenen weiteren Kürzung dieser versicherungsfremden⁴¹) Leistung nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Es ist kaum verständlich, warum diese Leistung nicht endlich vollends gestrichen wurde⁴²). Vielleicht war die Angst vor den Bestattungsunternehmen zu groß, deren Innung bereits jetzt die Friedhofskultur in Gefahr sieht⁴³).

b) Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)

Ins Spiel gebracht wird auch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, das Recht auf körperliche Unversehrtheit⁴⁴), das über das Schutzpflichtdenken auch den Gesetzgeber in die Pflicht nehmen könnte. So konstruiert man eine Art Ersatz für das im Grundgesetz nicht vorgesehene „Recht auf Gesundheit“⁴⁵). Auch insoweit hat allerdings eine Kammer des BVerfG mit Recht klargestellt, dass aus der objektivrechtlichen Pflicht des Staates ein grundrechtlicher Anspruch des Einzelnen nur in dem Sinne folgt, „dass die öffentliche Gewalt Vorkehrungen zum Schutz des Grundrechts trifft, die nicht völlig ungeeignet oder völlig unzulänglich sind“; ein verfassungsrechtlicher Anspruch des Einzelnen „auf Bereithaltung bestimmter Gesundheitsleistungen“ könne aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht abgeleitet werden⁴⁶).

c) Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip

Als grundrechtlichen Maßstab erwähnt das BVerfG schließlich die allgemeine Handlungsfreiheit i. V. m. dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip⁴⁷) oder – wie im Festbetragsurteil – als Kehrseite von Versicherungs- und Beitragspflicht. Auch das BSG folgt dieser „Kehrseitentheorie“⁴⁸). Wenn aber schon Art. 14 GG keine griffige Verteidigungslinie ziehen kann, ist dies von Art. 2 Abs. 1 erst recht nicht zu erwarten, solange das System im Grundsatz substantielle Gesundheitsleistungen bereithält. Lediglich der rechtsstaatliche

31) Hänlein, Rechtsquellen, S. 483 im Anschluss an *Papier* in: von Maydell /Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 2. Aufl., Rdnr. 55 (S. 92).

32) Z. B. BSGE 69, 76 betr. Kürzung des Sterbegeldes durch das GRG; BVerfGE 11, 221 (226) betr. Zusatzsterbegeld; BVerfGE 97, 378 (385) betr. Krankengeld; anders offenbar Berkemann in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz – Mitarbeiterkommentar, 2002, Art. 14, Rdnr. 498.

33) Vgl. Neumann, Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot, NZS 1998, S. 401 ff (410).

34) BVerfGE 64, 87 (104); 76, 220 (244 f.).

35) Vgl. auch Rainer Hank, Was kost's, was bringt's – Von der Überlegenheit des Äquivalenzprinzips, FAZ v. 18. 1. 2003, S. 11; zur fehlenden Äquivalenz von Beitrag und Leistung in der gesetzlichen Krankenversicherung auch BVerfGE 89, 365 (378).

36) A. A. Schlenker, Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz, 1986, S. 159; Heinze, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz, Verhandlungen des 55. Deutschen Juristentages, 1984, Gutachten E, S. 66.

37) Zum Bedeutungsverlust des vom Äquivalenzprinzip geprägten Krankengeldes im Verlauf der historischen Entwicklung Jacobs/Schellschmidt, Äquivalenz, Leistungsfähigkeit und Solidarität – Konturen einer GKV-Finanzierungsreform, GGW 3/2002, S. 15 ff. (16 f.).

38) BVerfG (Kammer), NJW 1997, 2444.

39) Vgl. ferner BVerfGE 97, 378 zur Erschwerung des Wiederauflebens eines Krankengeldanspruchs durch das GRG.

40) BSGE 69, 76.

41) So BT-Drs. 15/28 S. 12.

42) So aber jetzt die Forderung der gesundheitspolitischen Sprecherin der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Widmann-Mauz vom 12. 2. 2003, die sich jedoch im gesundheitspolitischen Fraktionsbeschluss vom gleichen Tage nicht wiederfindet (Informationen über www.educsu.de).

43) FAZ v. 20. 12. 2002, S. 15.

44) So BSGE 78, 70 (84) – 6. Senat; zum Vorrang des Art. 2 Abs. 1 S. 2 GG gegenüber Art. 1 GG Höfling in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl., 1999, Art. 1, Rdnrn. 57 ff.

45) Vgl. auch Pitschas, VSSR 1998, S. 253 (257): „Recht auf gesundheitliche Integrität“.

46) BVerfG (Kammer), NJW 1997, 3085; BVerfG (Kammer), MedR 1997, 318; BVerfG (Kammer), NJW 1998, S. 1775 (1776); ebenso BSGE 81, 54 (72 f.); 81, 73 (85); 86, 54 (65 f.); SozR 3-2500, § 27a SGB V Nr. 1, S. 7 f.

47) So BVerfG (Kammer), NJW 1997, 2444.

48) BSGE 78, 70 (84); NJW 2003, 1474 (1477 f.); ebenso Hänlein, Rechtsquellen, S. 482.

Grundsatz vom Vertrauensschutz wird hier gelegentlich mehr oder weniger schonende Übergangsregelungen erzwingen⁴⁹⁾.

Zwischenfazit: Die Freiheitsrechte stehen Leistungseinschränkungen nicht sehr hinderlich im Wege.

2. Beschränkung des Leistungskatalogs auf das – abstrakt – medizinisch Notwendige

Als Leitlinie für die Festlegung eines Katalogs solidarisch finanzierter Regelleistungen wird angegeben, dass es sich dabei um die im Krankheitsfall notwendigen Leistungen handeln soll, die zugleich so bedeutsam sein sollen, dass sie grundsätzlich von jedem Bürger unabhängig von seinem Einkommen sollen in Anspruch genommen werden können⁵⁰⁾. Dies wird dann dahingehend konkretisiert, dass medizinisch absolut notwendig und deshalb ohne Wenn und Aber in den Katalog der Regelleistungen diejenigen Leistungen aufgenommen werden müssten, die lebensbedrohende Erkrankungen betreffen⁵¹⁾.

Dieser an sich naheliegende Ansatz wirft Probleme mit verfassungsrechtlichen Implikationen auf.

In diesem Zusammenhang ist zunächst daran zu erinnern, dass die Sozialhilfe als Auffangnetz nicht etwa für die Empfänger von Krankenhilfe ein abgespecktes Leistungsspektrum vorsieht. Die Leistungen für Kranke sollen vielmehr in der Regel den Leistungen entsprechen, die nach den Vorschriften über die gesetzliche Krankenversicherung gewährt werden (§ 37 Abs. 2 S. 2 BSHG). Allerdings gab es im Sozialhilferecht durchaus den Versuch, den Umfang medizinischer Leistungen auf eine Art medizinisches Existenzminimum zu beschränken. Hat sich ein Ausländer nach Deutschland begeben, um hier medizinische Behandlung zu erhalten, soll Hilfe bei Krankheit nach dem BSHG „insoweit nur zur Behebung eines akut lebensbedrohlichen Zustandes oder für eine unaufschiebbare und unabweisbar gebotene Behandlung einer schweren oder ansteckenden Erkrankung geleistet werden“ (§ 120 Abs. 3 S. 2 BSHG). Asylbewerber sind Behandlungsleistungen nur „zur Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände“ zu gewähren (§ 4 Abs. 1 AsylbLG). Meiner Vermutung nach gibt es in der Praxis nicht viele Fälle, in denen das Fehlen eines akuten Behandlungsbedarfs so klar feststeht, dass es für einen Arzt vertretbar wäre, von der Behandlung eines Ausländers nach diesen Vorschriften abzusehen⁵²⁾.

Dass es bei näherer Betrachtung nicht so einfach ist, ein medizinisches Existenzminimum zu beschreiben, belegt des weiteren eine Entscheidung des BSG aus dem Jahr 1998, in der der verfassungsrechtliche Aspekt der Problematik deutlich herausgearbeitet wurde⁵³⁾. In dem im Jahr 1998 entschiedenen Fall hatte sich der an Diabetes erkrankte Kläger dagegen gewehrt, dass er für das Insulin, das er sich täglich injizieren muss, Zuzahlungen zu leisten hat. Eine Befreiung von der Zuzahlungspflicht unter dem Gesichtspunkt unzumutbarer finanzieller Belastung war ihm angesichts seiner guten Einkommensverhältnisse nicht zugute gekommen. Nach seiner Auffassung wäre es von Verfassungs wegen notwendig gewesen, für lebensnotwendige Arzneimittel bei chronischen Erkrankungen eine Ausnahme von der Zuzahlungspflicht vorzusehen. Das BSG zog als Prüfungsmaßstab Art. 3 Abs. 1 GG heran und fragte, ob für die fehlende Differenzierung ein einleuchtender sachlicher Grund gegeben war. Es fand den Grund darin, dass die vom Kläger geforderte Differenzierung mehr Gleichheitsprobleme aufwerfen als lösen würde. Dies legte das Gericht insbesondere im Hinblick auf das Kriterium der Lebensnotwendigkeit dar. Da bereits die Verschreibung eines Arzneimittels von seiner Notwendigkeit abhängt, führe der Wunsch des Klägers zu einer Aufspaltung zwischen gesteigerter und gemilderter Notwendigkeit. Diese sei überaus schwierig durchzuführen und brächte die Gefahr von Zufallsergebnissen mit sich⁵⁴⁾. Außerdem sei eine derartige Differenzierung systemwidrig, denn üblicherweise knüpften Beschränkungen des Leistungsumfangs an der Art der Behandlungsmaßnahme und nicht an Art und Schwere der Erkrankung an; eine Zuzahlungspflicht nur für leichtere Erkrankungen sei mit dieser Konzeption nur schwer zu vereinbaren⁵⁵⁾.

Die Entscheidung lehrt, dass das Kriterium der Lebensbedrohlichkeit einer Krankheit kein taugliches Abschichtungskriterium ist. Es ist also dem Gesetzgeber nicht zu empfehlen, Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung allgemein nur für lebensbedrohliche Krankheitszustände vorzusehen. Sinnvoller ist es demgegenüber, nach spezifischeren Ausgrenzungskriterien zu suchen, die sich auf bestimmte Leistungen bzw. Behandlungsformen beziehen.

3. Die Ausgrenzung versicherungsfremder Leistungen aus dem Leistungskatalog

Es fragt sich, ob Versicherungsfremdheit ein solches Kriterium ist. Die Forderung, versicherungsfremde Leistungen seien aus dem Leistungskatalog auszunehmen, ist ebenfalls oft zu hören. Insofern wird gefordert, Sterbegeld, Fahrtkosten, Mutterschaftshilfe, Schwangerschaftsabbruch und Sterilisation aus dem Leistungskatalog zu streichen⁵⁶⁾. Was das Sterbegeld (§ 59 SGB V) angeht, wurde schon gezeigt, dass die Gerichte verfassungsrechtliche Bedenken hier nicht sehen. Unproblematisch erschienen mir auch Abstriche bei der Fahrtkostenerstattung⁵⁷⁾. Im Hinblick auf diese Leistungen erscheint ein Konsens über ihre Versicherungsfremdheit möglich, weil es entweder am Versicherungsfall der Krankheit fehlt oder weil es nicht um die Behandlung einer Krankheit geht.

Schwieriger liegen die Dinge in Bezug auf Schwangerschaftsabbruch und Mutterschaftshilfe und wohl auch hinsichtlich der Fortpflanzungsmedizin.

a) Fortpflanzungsmedizin

Unter dem Gesichtspunkt versicherungsfremder Leistungen wird vorgeschlagen, die Fortpflanzungsmedizin, also die Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft (§ 27a SGB V), aus dem Leistungskatalog zu streichen⁵⁸⁾, so wie bereits § 27 S. 5 SGB V a. F. diese Leistungen ausgeschlossen hatte⁵⁹⁾. Hier ist allerdings die Einordnung als versicherungsfremd zweifelhaft, denn Unfruchtbarkeit oder Zeugungsunfähigkeit sind als Krankheit anerkannt⁶⁰⁾.

49) Dazu auch BVerfGE 97, 271 ff (288 ff.).

50) Kronberger Kreis, a. a. O. (Fn. 30), S. 94, Nr. 99.

51) Kronberger Kreis, a. a. O. (Fn. 30), S. 95, Nr. 100.

52) Hänlein, Der Kern sozialen Schutzes im Bereich der medizinischen Versorgung – Ergebnisse eines Acht-Länder-Vergleichs, ZIAS 1998, 454 (462); vgl. aber die Hinweise auf einschlägige Rechtsprechung bei Birk in: LPK-BSHG, 5. Aufl., 1998, § 4 Asylbewerberleistungsg, Rdnr. 3.

53) BSG SozR 3-2500 § 61 SGB V Nr. 7

54) BSG SozR 3-2500 § 61 SGB V Nr. 7, S. 35

55) BSG SozR 3-2500 § 61 SGB V Nr. 7, S. 36.

56) Oberender, Die Zukunft des deutschen Gesundheitswesens – eine ordnungsökonomische Analyse, in: Gesellschaft für Rechtspolitik Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 1996, S. 133 ff. (137); vgl. jetzt auch das Gutachten des Sachverständigenrates für die konzertierte Aktion im Gesundheitswesen vom 24.2.2003, Kurzfassung des Gutachten, Rdnr. 31: „Sterbegeld, Schwangerschafts- und Mutterschaftsleistungen gem. §§ 195 ff. RVO; Empfängnisverhütung, Sterilisation, Schwangerschaftsabbruch, Haushaltshilfe nach § 38 SGB V, Krankengeld bei Erkrankung des Kindes sowie Finanzierung der allgemeinmedizinischen Weiterbildung nach Art. 8 des GKV-Solidaritätstärkungsgesetzes“.

57) So auch der Sachverständigenrat, a. a. O. (Fn. 56), Rdnr. 38.

58) So die gesundheitspolitische Sprecherin der CDU/CSU-Bundestagsfraktion am 12. 2. 2003 (www.cduscu.de).

59) In der Fassung des Gesundheits-Reformgesetzes vom 20. 12. 1988, BGBl. I, S. 2477.

60) Vgl. nur Adelt in: LPK – SGB V; 2. Aufl. 2003, § 2, Rdnrn. 43 und 45.

Andererseits ist nach § 27a SGB V nicht Krankheit der Versicherungsfall, sondern „Unfruchtbarkeit des Ehepaars aus welchem Grund auch immer“⁶¹⁾. Man könnte sagen, es gehe hier weniger um die Behandlung der Krankheit, als um Maßnahmen der Familienplanung, die wie die Kosten der Empfängnisverhütung (vgl. § 24a SGB V) Privatsache seien. Das BSG spricht davon, dass es nicht um Maßnahmen der Behandlung gehe, sondern um einen „Funktionsausgleich“⁶²⁾. Verfassungsrechtliche Bedenken, etwa unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) bestünden gegen einen solchen Ansatz wohl nicht.

b) Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft

Was hingegen die Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft nach den §§ 195 – 200b RVO angeht, so stellen sich diese als Ausdruck der staatlichen Schutzpflicht nach Art. 6 Abs. 4 GG dar: „Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft“. Das BVerfG hat den hohen Rang dieser Schutzpflicht gerade auch angesichts „extremer Belastungen der öffentlichen Haushalte“ betont⁶³⁾. Vor diesem Hintergrund erscheint der gesetzgeberische Spielraum für Leistungseinschränkungen in diesem Bereich besonders gering. Art. 6 I und IV GG verbürgt „einen relativ dichten, zeitbezogenen sozialen Mindeststandard“⁶⁴⁾ Möglich

wären natürlich Verlagerungen der Kostenlasten, beispielsweise durch eine Wiedereinführung des Bundeszuschusses zum Mutterschaftsgeld⁶⁵⁾.

c) Schwangerschaftsabbruch

Anders sieht es möglicherweise bei Schwangerschaftsabbrüchen aus. Wenn hier die Krankenkasse eintritt, handelt es sich nach Feststellung des BVerfG, anders als bei der Mutterschaftshilfe, um eine versicherungsfremde Leistung, denn es geht weder um Maßnahmen der Gesundheitsvorsorge noch um einen Heileingriff⁶⁶⁾.

Es muss allerdings zunächst daran erinnert werden, dass für die Kosten eines nur straflosen Schwangerschaftsabbruchs die Krankenkassen ohnehin nicht aufkommen, weil sie nach Auffassung des BVerfG für diese Leistung mit Blick auf die staatliche Schutzpflicht für das ungeborene Leben nicht aufkommen dürfen⁶⁷⁾. Insoweit wird eine Leistung nach dem „Gesetz zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen“⁶⁸⁾ nur im Falle der Bedürftigkeit gewährt; außerdem wickeln die Krankenkassen zwar die Leistung ab, die Kosten tragen jedoch letztlich die Bundesländer (§ 4 des Gesetzes). Dass die Krankenkassen für die Abwicklung zuständig sind, geht auf eine Anregung des BVerfG zurück, das es den betroffenen Frauen ersparen wollte, ihre Lage mehreren Stellen offenbaren zu müssen⁶⁹⁾.

Soweit die Krankenkassen im Übrigen die Kosten im Zusammenhang mit rechtmäßigen und mit straflosen Schwangerschaftsabbrüchen mit Ausnahme der Kosten des Abbruchs selbst tragen (§ 24b SGB V), sind diese Leistungen verfassungsrechtlich jedenfalls nicht zu beanstanden⁷⁰⁾. Diese Leistungen – etwa ärztliche Beratung oder die Behandlung von Komplikationen – sind in das Beratungskonzept eingebettet, das darauf abzielt, dass ein Schwangerschaftsabbruch unter medizinisch unbedenklichen Bedingungen und unter Umständen erfolgen kann, die das Persönlichkeitsrecht der Frau wahren⁷¹⁾. Leistungsausgrenzungen an dieser Stelle wären m. E. verfassungsrechtlich bedenklich⁷²⁾.

4. Die Ausgrenzung von zahnärztlicher Behandlung und von Zahnersatz aus dem Leistungskatalog

In der bewegten gesundheitspolitischen Debatte nehmen die Stimmen zu, die die zahnmedizinischen Leistungen aus dem Leistungskatalog ausschließen wollen. So fordert etwa die Arbeitsgruppe Gesundheit der CDU/CSU-Bundestagsfraktion langfristig die private Finanzierung von Zahnersatz und zahnärztlicher Behandlung⁷³⁾. Sie folgt damit entsprechenden Vorschlägen der zahnärztlichen Standesorganisationen und des Freiburger Finanzwissenschaftlers Raffelhüschen⁷⁴⁾, die bereits in den ersten Tagen des Jahres 2003 für Aufregung gesorgt hatten. Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion hat diese Forderung allerdings wieder abgeschwächt und lediglich eine Prüfung dieser Frage gefordert⁷⁵⁾.

In diesem Zusammenhang ist zunächst von Interesse, dass es im internationalen Vergleich keineswegs selbstverständlich ist, dass Zahnersatz und auch zahnärztliche Behandlung Gegenstand des Leistungskataloges sind. Zahnärztliche Versorgung wird zwar in vielen Ländern solidarisch finanziert, es gibt aber auch Ausnahmen, insbesondere die Schweiz, wo die Kosten zahnärztlicher Behandlung nur in Ausnahmefällen versichert sind⁷⁶⁾. Im Vereinigten Königreich⁷⁷⁾ und in Schweden⁷⁸⁾ werden die Kosten für zahnärztliche Behandlung nur anteilig übernommen.

Noch weniger selbstverständlich ist die öffentliche Finanzierung der Versorgung mit Zahnersatz. Die Finanzierung prothetischer Behandlung wird in weiteren europäischen Ländern der privaten Sphäre zugewiesen. Dies gilt insbesondere für Italien⁷⁹⁾. In Spanien wird Zahnersatz nur geringfügig bezuschusst⁸⁰⁾. Bekanntlich war auch in Deutschland an diesem Punkt zeitweise ein Einschnitt der

61) BSG SozR 3-2500, § 27a SGB V, Nr. 3 S. 24.

62) BSG 3-2500 § 27a SGB V Nr. 4 S. 28 mit Hinweis auf die entsprechende Beurteilung in Österreich: öOGH, SSV-NF 12, 634.

63) BVerfGE 84, 133 (156).

64) Schlenker, a. a. O. (Fn. 36), S. 211; dass auf Schwangere krankensicherungsrechtlich besondere Rücksicht zu nehmen ist, klingt auch im Kammerbeschluss vom 17. 2. 1997 an, BVerfG (Kammer), NJW 1997, 2444 (2446).

65) Vgl. Hänlein, FAZ vom 23. 2. 2002, S. 19, dort allerdings mit der Zielsetzung, den mit dem Zuschuss zum bisher nicht dynamisierten Mutterschaftsgeld arg belasteten Arbeitgebern zu helfen; für private Versicherung Pimpertz, Leitlinien zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung, Beiträge zur Wirtschafts- und Sozialpolitik des Instituts der deutschen Wirtschaft, Bd. 271, 2002, S. 38; auch Sozialministerin Schmidt zeigt sich mit diesem Ansatz einverstanden, weist aber darauf hin, dass ein Wechsel in die Steuerfinanzierung nur langfristig gelingen könne; sie sei „auch damit einverstanden, wenn Hans Eichel erklärt, das geht erst 2005 und wir beginnen schrittweise.“, vgl. FAZ vom 18. 2. 2003, S. 11.

66) BVerfGE 88, 203 (314).

67) BVerfGE 88, 203 (319 f.).

68) BGBl. 1995 I, S. 1050 (1054).

69) BVerfGE 88, 203 (322).

70) BVerfGE 88, 203 (320 f.).

71) Vgl. BVerfGE 88, 203 (316 f.).

72) Ähnlich Schulz, Empfiehlt es sich, die Zuweisung von Risiken und Lasten im Sozialrecht neu zu ordnen?, in: Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, 1992, Gutachten E, 122 f.

73) FAZ v. 6. 2. 2003, S. 12.

74) Vgl. FAZ vom 7. 2. 2003, S. 14; ferner: Fetzer/Raffelhüschen, Zur Wiederbelebung des Generationenvertrages in der gesetzlichen Krankenversicherung: Die Freiburger Agenda, 2002, S. 13 f.: „Konkret sieht die Freiburger Agenda vor, Zahnarztleistungen und Zahnersatz von 2005 bis 2014 schrittweise um jeweils 10 Prozentpunkte p. a. auszugliedern. Dieser Übergang soll die Umstellung für die (privaten) Krankenkassen und die Versicherten erleichtern.“; die Forderung findet sich auch bei Pimpertz, a. a. O. (Fn. 65), S. 37.

75) Vgl. FAZ vom 13. 2. 2003, S. 12.

76) Vgl. Murer, Sicherung bei Krankheit: Das Beispiel Schweiz, ZIAS 1998, 423 ff. (432); Überblick zur Rechtslage in der Schweiz auch bei Baur/Heimer/Wieseler, Gesundheitssysteme im internationalen Vergleich – Schweiz, S. 57 ff. in: Böcken/Butzlaff/Esche (Hrsg.), Reformen im Gesundheitswesen. Ergebnisse der internationalen Recherche/Carl Bertelsmann Preis 2000.

77) Vgl. Schulte, Das Gesundheitswesen in Großbritannien – Herausforderungen und Optionen, ZIAS 1998, S. 342 ff. (354).

78) Vgl. Köhler, Soziale Sicherheit für den Fall der Krankheit in Schweden, ZIAS 1998, S. 408 ff. (419).

79) Vgl. Hohnerlein, Sozialrechtliche Ansprüche auf medizinische Leistungen in Italien, ZIAS 1998, 366 (383, Fn. 83).

80) Vgl. Reinhard, Der Nationale Gesundheitsdienst als Alternative zum Versicherungssystem? – Sozialrechtliche Ansprüche auf medizinische Leistungen in Spanien, ZIAS 1998, S. 438 ff. (450).

Leistungen vorgesehen, der über die gegenwärtig maßgebliche Eigenbeteiligung von 50 % (vgl. § 30 SGB V) hinausging. Nach dem Beitragsentlastungsgesetz⁸¹⁾ sollten Versicherte, die nach dem 31. 12. 1978 geboren sind, nur noch in Ausnahmefällen einen Zuschuss erhalten, eine Regelung, die die erste rot-grüne Regierung schnell wieder rückgängig gemacht hat⁸²⁾.

Für die Privatisierung dieses Leistungssegments werden drei Gründe genannt. Bei historischer Betrachtung liegt die Annahme nahe, dass Zahnschäden in der Vergangenheit wohl lange als mehr oder weniger natürlich galten und ihre Behandlung eher als kosmetische und daher als Luxusmaßnahme angesehen wurde⁸³⁾. Dass Zahnprothetik und Kosmetik in kostenwirksamer Weise miteinander zusammenhängen, lässt sich jedenfalls kaum bestreiten. Ferner entspricht es der Lebenserfahrung, dass Zahnprobleme auch eng mit Lebensführung und Zahnpflegegewohnheiten zusammenhängen, dass solche Probleme also durch angemessene Prophylaxe vermieden werden können⁸⁴⁾. Dieser Gedanke findet sich ausgedrückt in der Regel des deutschen Rechts, wonach sich der Eigenanteil der Versicherten vermindert, wenn der Zustand der Zähne regelmäßige Pflege erkennen lässt und überdies regelmäßig der Zahnarzt aufgesucht wurde (§ 30 Abs. 2 SGB V).

Schließlich heißt es vielfach, dass die Notwendigkeit einer Prothese zu den Schadensfällen zähle, die ihrer Art nach, wenn auch nicht dem Zeitpunkt nach vorhersehbar seien und für die der Einzelne daher selbst finanzielle Vorsorge treffen könne⁸⁵⁾.

Gegen die Ausgrenzung des Zahnersatzes ist die Menschenwürde ins Feld geführt worden, und zwar unter dem Gesichtspunkt der sozialen Ausgrenzung: „Ein Leistungsstandard, der Zahnlücken und andere das Erscheinungsbild prägende Defizite in Kauf (nähme), wäre derzeit mit Art. 1 I GG i. V. mit dem Sozialstaatsprinzip unvereinbar“⁸⁶⁾. Allerdings zielt diese Argumentation auf Leistungseinschränkungen bei der Sozialhilfe. Wäre generell, nicht nur in der Sozialhilfe, Zahnersatz keine solidarisch finanzierte Leistung mehr, verlöre dieser verfassungsrechtliche Einwand, der in Gleichheitsdenken wurzelt, an Durchschlagskraft.

5. Ausgrenzung bestimmter Behandlungsmethoden

Da ein medizinisches Existenzminimum im Übrigen nur schwer abzuschichten ist und deshalb die Ausgrenzung bestimmter Krankheitsbilder aus der von den Krankenkassen verantworteten medizinischen Behandlung nur mit hohem Begründungsaufwand zu rechtfertigen ist, liegt es nahe, an den Behandlungsmethoden anzusetzen. Da dieser Ansatz aber den parlamentarischen Gesetzgeber überfordert, geht es nun notwendig um Ausgrenzungskompetenzen untergeordneter Stellen.

Solche Kompetenzen finden sich selbstverständlich bereits im geltenden Recht; sie stecken insbesondere in den Regeln über die Bewertung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden durch die Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen (§ 135 SGB V⁸⁷⁾ bzw. über die Bewertung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden im Krankenhaus durch den Ausschuss Krankenhaus (§ 137c SGB V⁸⁸⁾. In beiden Fällen hängt die Zulässigkeit von Behandlungsmethoden im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung von den Ausschussentscheidungen ab. Ein Element der „Privatisierung“ nicht voll standardgemäßer Leistungen und damit auch einen Anreiz zu deren Ausgrenzung war vorübergehend durch das 2. GKV-Neuordnungsgesetz eingeführt worden⁸⁹⁾. Damals hatte der Ausschuss die Kompetenz erhalten, solche Methoden in den Bereich der durch einen Zusatzbeitrag zu versichernenden „erweiterten Leistungen“ zu verweisen⁹⁰⁾. Die Regelung wurde durch das Solidaritätsstärkungsgesetz wieder gestrichen⁹¹⁾.

Man könnte sich durchaus vorstellen, diesen Ansatz wieder aufzugreifen. So fordert etwa der Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, „nicht wirksame Verfahren der sog. Alternativmedizin und entsprechende Arzneimittel der besonderen Therapierichtungen“ aus dem Leistungskatalog auszunehmen⁹²⁾. Würde man dem Bundesausschuss die Kompetenz geben, im Bereich der besonderen Therapierichtungen einen restriktiveren Kurs zu fahren, liefe das auf Leistungsausgrenzung durch Verfahren hinaus. Dies führt allerdings zu den verfahrensbezogenen Verfassungsfragen, die sich im Zusammenhang mit dem Ausschusswesen stets stellen. Hier ergeben sich bekanntlich erhebliche Verfassungszweifel unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips, die sich insbesondere auf die Konstruktion der Entscheidungsorgane beziehen. Die Bundesausschüsse, Schlussstein im Gewölbe der sog. gemeinsamen Selbstverwaltung, sind konzipiert als Organe der Interessenvertretung der Ärzte und Krankenkassen als den am Gesundheitsmarkt einander gegenüberstehenden Akteuren. Die Interessen der Versicherten, um die es doch bei der Festlegung des Inhalts der Leistungsansprüche geht, sind in den Bundesausschüssen nicht angemessen vertreten⁹³⁾. Insofern ist es verständlich, wenn in letzter Zeit zunehmend eine stärkere institutionelle „Bürgerbeteiligung“ im Gesundheitswesen gefordert wird⁹⁴⁾. Zwingend ist das andererseits auch nicht unbedingt, denn man könnte sich die Ausschüsse durchaus auch als wahrhaft sachverständige Ausschüsse vorstellen. So, wie sie derzeit ausgestaltet sind, verdienen sie jedoch keineswegs das Prädikat „Rat der Weisen“, das dem Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen bisweilen verliehen wird⁹⁵⁾. Die dafür aus meiner Sicht verfassungsrechtlich notwendigen Bedingungen sind jedoch nicht erfüllt, müssten dann doch die Mitglieder der Ausschüsse weisungsfrei, kompetent und neutral sein und von einer staatlichen, sprich: demokratisch legitimierten Stelle ausgewählt und bestellt werden; all dies ist im geltenden Recht nicht vorgesehen⁹⁶⁾. Für diese Einschätzung, die bekanntlich von vielen nicht geteilt wird⁹⁷⁾, so etwa nicht vom BSG⁹⁸⁾, kann ich mich freilich nicht auf das BVerfG berufen, das sich zu dieser Frage nämlich bisher nicht geäußert hat. Auch die Festbetragsentscheidung, die ja nicht die gemeinsame Selbstverwaltung betrifft und sich überdies mit Fragen befasst, die die

81) Gesetz vom 1. 11. 1996, BGBl. I, S. 1631.

82) Durch das Solidaritätsstärkungsgesetz vom 19. 12. 1998, BGBl. I, S. 3853.

83) So bereits Hänlein, ZIAS 1998, S. 454 ff. (461).

84) Dies war die tragende Überlegung für die Ausgrenzung des Zahnersatzes durch das Beitragsentlastungsgesetz; vgl. BT-Drs. 13/4615, S. 9f.

85) Vgl. etwa Oberender, a. a. O. (Fn. 54), S. 133 ff. (137); ferner Kronberger Kreis, a. a. O. (Fn. 30), S. 95.

86) Neumann, NZS 1998, 401 (410).

87) Zu den Bewertungsrichtlinien der Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen eingehend Hänlein, Rechtsquellen, S. 454 ff, 458, 464 ff, 472 ff, 482 f, 493 ff.

88) Zu den Entscheidungen des Ausschusses Krankenhaus ebd., 459 f., 462 f., 471, 504 ff.

89) §§ 56, 135 Abs. 1 S. 4 SGB V i. d. F. des 2. GKV-Neuordnungsgesetzes vom 23. 6. 1997, BGBl. I, S. 1520 ff.

90) Vgl. dazu LPK-SGB V (1. Aufl.)/Becker-Berke, § 135, Rdnr. 11 und Kruse, § 56, Rdnr. 10 f.

91) Art. 1 Nrn. 7 und 23 des GKV-Solidaritätsstärkungsgesetzes vom 19. 12. 1998, BGBl. I, S. 3853.

92) Sachverständigenrat, a. a. O. (Fn. 56), Rdnr. 38.

93) Vgl. hierzu im einzelnen Hänlein, Rechtsquellen, S. 493 ff.

94) Vgl. Hart, Recht auf Qualität – Kritik an der Qualitätssicherungsdiskussion oder Bürgerbeteiligung an der Qualitätsnormierung, in: Igl (Hrsg.), Recht und Realität der Qualitätssicherung im Gesundheitswesen, 2002, S. 18 ff; der Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, a. a. O. (Fn. 56) empfiehlt neuerdings „die Einsetzung eines ‚Patientenbeauftragten‘, der dem Parlament angehört, und zweitens die Etablierung eines ‚Versichertenrates‘, der sich über erweiterte und aufgewertete Sozialwahlen der GKV sowie die Wahl entsprechender Versichertenvertreter in der privaten Krankenversicherung rekrutiert“.

95) KassKomm/Hess, § 92 SGB V, Rdnr. 5.

96) Vgl. Hänlein, Rechtsquellen, S. 500 ff.

97) Vgl. z. B. Engelmann, Untergesetzliche Normsetzung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung durch Verträge und Richtlinien, NZS 2000, S. 1ff., 76 ff. (80 – 82).

98) Insbesondere: BSGE 81, 54 (63 ff.); 81, 73 (81 ff.).

Versicherten nur schwach betreffen, gibt zur Ausschussproblematik nicht viel her. Andererseits stehe ich mit dieser Forderung auch keineswegs alleine da⁹⁹⁾.

V. Kostenbeteiligungen der Versicherten

Die Ausgrenzung von Leistungen aus dem Angebot der gesetzlichen Krankenversicherung hat sich als verfassungsrechtlich durchaus riskant erwiesen. Zum einen erzeugt der Gleichheitssatz einen Begründungsdruck, der u. U. nur schwer zu erfüllen ist; zum anderen ist es nicht leicht, die Verfahren zur Ausgrenzung bestimmter Leistungen verfassungsverträglich zu gestalten. Der Hintergrund der Schwierigkeiten besteht darin, dass sich das Recht auf Gesundheit gegen die Ausdifferenzierung eines medizinischen Existenzminimums sperrt¹⁰⁰⁾. Derartige Schwierigkeiten lassen sich von vornherein vermeiden, wenn die Patienten die gewünschten Leistungen erhalten, dazu jedoch einen finanziellen Eigenbeitrag zu leisten haben. Es ist deshalb aus verfassungspolitischer Sicht grundsätzlich vernünftig, wenn derzeit allenthalben gefordert wird, insoweit die vorhandenen Instrumente auszubauen. Man muss sich allerdings der politischen Schwierigkeit bewusst sein, dass derartige Vorschläge nach Auskunft der Demoskopien besonders unpopulär sind:

„Obwohl die Mehrheit der Bevölkerung bereits in der letzten Wahlperiode eine umfassende Gesundheitsreform für notwendig hielt, war die Empörung über die Erhöhung der Zuzahlung bei Medikamenten groß und beschleunigte den Ansehensverlust der Regierung Kohl. Auch heute gehören eine Erhöhung der Zuzahlung und generell jede Ausweitung der Selbstbeteiligung zu den Maßnahmen, die nur gegen den Widerstand der überwältigenden

Mehrheit der Bevölkerung durchzusetzen sind und damit für jede Regierung ein Risiko bedeuten.“¹⁰¹⁾

Die Vorschläge der aktuellen Diskussion beziehen sich zum einen auf die bereits vorhandenen Zuzahlungspflichten, zum anderen auf weitergehende Selbstbehalte.

Die wichtigste Form der Kostenbeteiligung der Versicherten, die das deutsche Recht kennt, ist die Zuzahlung zu Arznei- und Verbandmitteln (§ 31 SGB V), die allerdings, wie *Merten* sagt, Trinkgeldhöhe nicht überschreitet¹⁰²⁾. Dass die Kostenbeteiligung in Deutschland in Form der Zuzahlung erfolgt, hängt mit dem Sachleistungsprinzip zusammen, das einen Selbstbehalt im Wortsinne unmöglich macht. In den Jahren vor 1998 waren die Zuzahlungen merklich ausgeweitet worden; die rot-grüne Regierung hat diese Entwicklung dann zum Teil wieder rückgängig gemacht¹⁰³⁾. Für Ministerin *Schmidt* handelte es sich hierbei im vergangenen Jahr noch um ein Tabu-Thema¹⁰⁴⁾. Heute kündigt sie eine Neuregelung der Zuzahlungsregelungen an, nach der über die Höhe der Zuzahlungen nicht mehr Packungsgrößen, sondern wirtschaftliches und gesundheitsbewusstes Verhalten der Versicherten entscheiden soll¹⁰⁵⁾. Das bedeutet, wie inzwischen bekannt geworden ist, zweierlei: Versicherte, die sich auf ein Hausarztmodell einlassen, sollen als Bonus bis auf einen Euro von Zuzahlungen befreit werden; entsprechende Belohnungen soll es geben für gesundheitsbewusstes Verhalten und regelmäßige Teilnahme an Früherkennungsuntersuchungen¹⁰⁶⁾. Die Unionsparteien fordern, nicht sehr konkret, „eine angemessene Selbstbeteiligung bei der Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen“¹⁰⁷⁾, also offenbar eine Ausdehnung des vorhandenen Instrumentariums.

Die Bewertung von Kostenbeteiligungen der Versicherten wird erleichtert, wenn man berücksichtigt, wie sich die Sicherungssysteme anderer europäischer Länder in dieser Frage verhalten. Der Blick ins Ausland, insbesondere auf die Kostenerstattungssysteme in Frankreich und in der Schweiz, zeigt, dass Kostenbeteiligungen in Deutschland eine vergleichsweise geringe Rolle spielen¹⁰⁸⁾. In der Schweiz ist einerseits eine sog. „Franchise“ vorgesehen, ein fester Betrag von 230 SFr, den die Versicherten im Kalenderjahr selbst tragen müssen; andererseits trifft sie eine 10-prozentige Selbstbeteiligung an allen Behandlungskosten, wobei die Belastungsobergrenze für Erwachsene 600 Franken im Jahr beträgt; außerdem haben die Versicherten die Option, für weiter gehende Kostenanteile zu optieren¹⁰⁹⁾. Aber auch in den Systemen mit nationalem Gesundheitsdienst sind Kostenbeteiligungen der Patienten im Vordringen, etwa in Spanien oder Italien¹¹⁰⁾.

In der Literatur fällt die Bewertung solcher Regelungen unterschiedlich aus. Einerseits wird dem Instrument der Kostenbeteiligung verhaltenssteuernde Wirkung abgesprochen und gesagt, es diene nur der Kostenverlagerung auf die Versicherten und führe zur Ausgrenzung von Bedürftigen und Kranken¹¹¹⁾. Andererseits findet sich die Einschätzung, die Selbstbehalte des Schweizerischen Rechts hätten deutliche verhaltenssteuernde Effekte¹¹²⁾.

Bei der Gesamtbewertung ist noch zu berücksichtigen, dass die rechtsvergleichende Betrachtung zwar einerseits zeigt, dass gewisse, zum Teil durchaus beachtliche Eigenanteile im allgemeinen nicht als anstößiges Hindernis beim Zugang zu medizinischen Leistungen angesehen werden; andererseits sind aber regelmäßig Ausnahmeregelungen für bedürftige Personen vorgesehen. In Deutschland sind hier zu nennen die Befreiungsregelung des § 61 SGB V und einkommensabhängige Belastungsobergrenze von 2 % der jährlichen Bruttoeinnahmen (§ 62)¹¹³⁾. Die Forderung etwa der Unionsparteien nach einer erweiterten Selbstbeteiligung bei Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen ist dementsprechend mit der Einschränkung verbunden, es müsse sich um einen sozial gestaffelten Selbstbehalt mit Schutzklauseln etwa für Kinder und Einkommensschwache handeln¹¹⁴⁾.

99) Vgl. Kronberger Kreis, aaO. (Fn. 30), S. 98, Rdnr. 104; *Fink*, aaO. (Fn. 30), S. 18 – 21.

100) Skeptisch gegenüber den Erfolgsaussichten einer „substantziellen ‚Entschlackung‘ des Katalogs solidarisch finanzierter GKV-Leistungen“ auch *Jacobs/Schellschmidt*, GGW 2002, S. 15 ff. (20); ähnlich *Fink* a. a. O. (Fn. 30), S. 15.; *Schulin*, a. a. O. (Fn. 72), E 67.

101) *Köcher*, FAZ vom 17. 4. 2002.

102) *Merten*, Krankenversicherung zwischen Eigenverantwortung und Staatsversorgung – Zu grundsätzlichen Problemen der Gesundheitsstrukturreform, in: *Gesellschafts- und Rechtspolitik Trier* (Hrsg.), Bitburger Gespräche Jahrbuch 1996, S. 1 ff. (11).

103) Durch Art. 1 Nr. 5 b des GKV-Solidaritätsstärkungsgesetzes vom 19. 12. 1998, BGBl. I, S. 3853 wurden die Zuzahlungsbeträge gesenkt.

104) Vgl. FAZ vom 28. 10. 2002, S. 15.

105) Eckpunkte zur Modernisierung des Gesundheitswesens vom 5. 2. 2003 (www.bmggesund.de)

106) Vgl. FAZ vom 22. 2. 2003, S. 12.

107) Beschluss der Bundestagsfraktion vom 11. 2. 2003 (www.cducsu.de); vgl. auch die Forderung des Sachverständigenrates für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, a. a. O. (Fn. 56), Rdnr. 44: moderate Erhöhung des Umfangs der Selbstbeteiligung.

108) So der Befund bei *Hänlein*, ZIAS 1998, 454 (463 ff.); vgl. ferner *Scheil-Adlung*, Zur Politik der Steuerung von Gesundheitsausgaben durch Verhaltensanreize: Eine vergleichende Analyse ausgewählter OECD-Länder, IRSS 1998, S. 115 ff. (S. 124 f. [Stand 1995]).

109) Vgl. *Murer*, Die Sicherung für den Fall der Krankheit: das Beispiel Schweiz, ZIAS 1998, S. 423 ff. (434 f.); vgl. auch *Brinkmann*, Vom Ausland lernen: Mehr Markt und mehr Staat sind nötig, BKK 2002, 307 (308 f.).

110) Zu Spanien *Reinhard*, ZIAS 1998, S. 438 ff. (450 f.); zu Italien *Hohnerlein*, ZIAS 1998, S. 366 ff. (S. 384 ff.).

111) So *Scheil-Adlung*, IRSS 1998, S. 115 ff. (149).

112) *Felder/Werblow*, Schweiz: Selbstbehalte zeigen Wirkung, BKK 2002, S. 354 ff.; so bereits die Einschätzung von *Schreiber* in: *Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland* o.J. (1966), Nr. 622.

113) Vgl. auch zum Zusammenspiel mit dem Sozialhilferecht *Hänlein*, Sozialrechtliche Ansprüche auf medizinische Leistungen in Deutschland, ZIAS 1998, S. 304 ff. (S. 315 f.); die Kehrseite sozialer Abfederung besteht in einer Schwächung der verhaltenssteuernden Wirkung; vgl. *Hänlein*, ZIAS 1998, S. 454 ff. (465); vgl. auch die Diskussion dieser Problematik in BSG SozR 3-25000, § 61 SGB V Nr. 6, S. 28 ff.

114) Beschluss der CDU/CSU-Bundestagesfraktion vom 11. 2. 2003 (www.cducsu.de); auch für den Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen sind Grundlage einer Erhöhung des Selbstbehalts Härtefallregelungen und Überforderungsklauseln, a. a. O. (Fn. 56), Rdnr. 44.

Jedenfalls gegen solchermaßen sozial abgemilderte Eigenbeteiligungen lassen sich m. E. keine verfassungsrechtlichen Argumente ins Feld führen, und zwar auch dann nicht, wenn dieses Instrument beispielsweise auf die ärztliche Behandlung selbst ausgedehnt würde¹¹⁵). Man könnte lediglich hinsichtlich der Härteregelung überlegen, ob für diese wirklich das Krankenversicherungsrecht der richtige Regelungsort ist. Krankenversicherungsrechtliche Härtefallregelungen führen nämlich in einem System mit lohnbezogenen Beiträgen gewissermaßen zu einer doppelten sozialen Umverteilung¹¹⁶); bei niedrigem Einkommen gibt es Krankenversicherungsschutz nicht nur zu niedrigeren Beiträgen, sondern auch zu besseren Konditionen; systematisch sauberer wäre es vielleicht, den einkommensabhängigen Härteausgleich dem steuerfinanzierten Sozialhilfesystem zuzuweisen, wie es in der Schweiz praktiziert wird.

Neuerdings ist, wie gesagt, das Instrument der Zuzahlungsbefreiung als Belohnung im Gespräch. Dahinter steckt, genau gesehen, der Gedanke, wer sich beim Arztbesuch wirtschaftlich verhalte, dürfe sich frei bei den Arzneimitteln bedienen. Diesen Gedanken halte ich für willkürlich, denn es werden hier verschiedene Steuerungsansätze vermischt, die sachlich nichts miteinander zu tun haben.

VI. KOSTENERSTATTUNGSPRINZIP

Das Sachleistungsprinzip bringt es mit sich, dass Eigenbeteiligungen systemfremd erscheinen. Da die Versicherten „eigentlich“ nicht in die Honorarabrechnung eingebunden sind, muss für die Realisierung der Eigenanteile ein Zahlungsweg eigens konstruiert werden (vgl. § 43b SGB V). Auf ein weiteres Problem als Folge des Sachleistungsprinzips zielt eine neuerdings immer wieder zu hörende Forderung: der Versicherte, der als Empfänger medizinischer Leistungen der beste Kontrolleur der Leistungserbringer wäre, soll, so fordern die Unionsparteien¹¹⁷) ebenso wie Ministerin Schmidt¹¹⁸), in die Kostenkontrolle durch das Instrument einer obligatorischen Patientenquittung einbezogen werden.

Insoweit ist zunächst daran zu erinnern, dass sich dieses Instrument bereits seit einiger Zeit im Gesetz befindet (§ 305 II SGB V¹¹⁹)). Gleichwohl hat es in der Praxis keine Bedeutung erlangt. Dafür dürfte zum Teil eine obstruktive Haltung der Vertragspartner der Bundesmantelverträge verantwortlich sein, die einschlägige Rege-

lungen bislang nicht beschlossen haben. Im Wesentlichen ist aber wohl der Umstand verantwortlich, dass es sich bei einer Patientenquittung im Rahmen des Sachleistungssystems um ein gekünsteltes, funktionsloses Instrument handelt, an dem letztlich keiner der Akteure ein Interesse haben kann¹²⁰). Merten sagt dazu: „Bekanntlich fragt niemand, was die Maß kostet, solange Freibier ausgeschenkt wird¹²¹). Auch die aktuellen Vorschläge sind daher m. E. zum Scheitern verurteilt, wenn der Patientenquittung nicht eine tragende Rolle im System zugeordnet wird. Eine solche Rolle erhielte sie bei einer Umstellung auf ein Kostenerstattungs-system mit spürbaren Eigenanteilen: Dann wäre die Patientenquittung unumgänglich zur Abwicklung der Zahlungsströme, nur dann hätten die Versicherten ein deutliches Eigeninteresse an der inhaltlichen Richtigkeit solcher Quittungen, so dass von ihnen eine wirkliche Kontrolle des Abrechnungsgebarens zu erwarten wäre.

In Deutschland gilt die Forderung nach einer Umstellung auf das Kostenerstattungs-system meist als ketzerisch¹²²). Auch hier zeigt jedoch der internationale Vergleich, dass so etwas nicht des Teufels sein muss. In Frankreich oder in der Schweiz regt man sich über diese Abrechnungsmodalität gewiss nicht weiter auf. Auch in Deutschland wird die Forderung entgegen dem common sense in offenbar zunehmendem Maße erhoben¹²³), allerdings nicht von den großen Volksparteien.

Eine solche Umstellung läge ohne Zweifel im Rahmen des Gestaltungsermessens des Gesetzgebers. Allerdings ist es auch notwendig der Gesetzgeber, der eine Entscheidung von so erheblicher Tragweite für das System der gesetzlichen Krankenversicherung treffen müsste. Dies hat das BVerfG in seinem Festbetragsurteil vom 17. 12. 2002 ausdrücklich hervorgehoben¹²⁴). Der Grund für dieses obiter dictum war offenbar die Befürchtung, über das Instrument der Hilfsmittelfestbeträge könnte in der Praxis die Kostenerstattung eingeführt werden, indem nämlich einfach so niedrige Festbeträge festgesetzt werden, dass es am Markt kein Produkt gibt, dessen Preis den Festbetrag nicht übersteigt. Ein solcher Systemwechsel durch die Hintertür sei vom Gesetzgeber nicht gewollt gewesen; es sei Sache der gerichtlichen Kontrolle, derart niedrige gesetzwidrige Festbetragsfestsetzungen zu verhindern. Offen gelassen hat das BVerfG die Frage, ob der Gesetzgeber die Entscheidung über den Wechsel zur Kostenerstattung delegieren kann.

VII. ERGEBNISSE

Abschließend sollen die verfassungsrechtlichen Befunde, die sich bei der Durchsicht der verschiedenen Reformoptionen ergeben haben, systematisch zusammengestellt werden.

1. Verfassungsrechtliche Schranken bei Reformen im Leistungsbereich

Dabei wird zunächst nach den verfassungsrechtlichen Grenzen für Reformen im Bereich der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung gefragt.

a) Grundrechte der Versicherten

aa) Freiheitsrechte

Solche Grenzen könnten sich zum einen aus den Freiheitsrechten ergeben. Es hatte sich jedoch herausgestellt, dass Art. 14 GG im Bereich der Ansprüche auf medizinische Versorgung nicht recht passt. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit und die allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten sind zwar einschlägig, ziehen aber ebenfalls keine scharfen Grenzen, solange es im Grundsatz bei einer vernünftigen medizinischen Versorgung der Bevölkerung bleibt¹²⁵). Hintergrund dieses Befundes ist natürlich, dass die Grundrechte eben im Ausgangspunkt Abwehrrechte und dass soziale Grundrechte im Grundgesetz mit gutem Grund nicht vor-

115) Für substantielle Ausweitung der Selbstbeteiligung etwa Merten, a. a. O. (Fn. 102), S. 10 ff.; Pimpertz, a. a. O. (Fn. 65), S. 42.

116) Zur Systemwidrigkeit der §§ 61 SGB V bereits Schulin, a. a. O. (Fn. E 67).

117) Beschluss der CDU/CSU-Bundestagesfraktion vom 11. 2. 2003 (www.educsu.de); ebenso bereits Storm, Den Gesundheitsmarkt effizienter organisieren, BKK 2002, 301 (304).

118) Eckpunktepapier vom 5.2.2003 (www.bmggesund.de).

119) Eingeführt durch Art. 1 Nr. 56 des 2. GKV-NOG vom 23. 6. 1997, BGBl. I, S. 1520.

120) Vgl. auch KassKomm/Hess, § 305, Rdnr. 4: bei unaufgeforderter Zusendung werde dem Versicherten eine Information gegeben, an der er selbst kein Interesse habe.

121) Merten, a. a. O., (Fn. 102), S. 9.

122) Vgl. etwa Stollorz, FAZ am Sonntag, vom 21. 4. 2002, S. 63: „Doch kann es wirklich Aufgabe älterer schwerkranker AOK-Patienten sein, dem Arzt ihres Vertrauens Abrechnungsfehler vorzuhalten, wenn sie sich in Wahrheit nichts sehnlicher als ein ungestörtes Arzt-Patient-Verhältnis wünschen?“

123) Vgl. etwa: Merten a. a. O. (Fn. 102), S. 8 ff unter Hinweis auf Schreiber, in: Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland. Bericht der Sozialenquätekommision, o.J. (1966), Nr. 633 ff (634 f.); ferner: Pimpertz, a. a. O. (Fn. 65), S. 42; Schimmelpfeng-Schütte, Zur Reform des ambulanten Leistungsrechts der Gesetzlichen Krankenversicherung, MedR 2001, S. 512 ff. (516); dies., Der Arzt im Spannungsfeld der Inkompatibilität der Rechtssysteme. MedR 2002, S. 286 ff. (291 f.); Hänlein, Rechtsquellen, S. 527; Kronberger Kreis, a. a. O. (Fn. 30), S. 113 (Forderung 13); Haft, Reformbedarf beim System der gesetzlichen Sozialversicherung, ZRP 2002, S. 457 ff. (458 f.).

124) Urteil vom 17. 12. 2002, 1 BvL 28/95 u. a. sub C II 2.

125) Ähnlicher Befund bei Neumann, NZS 1998, 401 (410 f.).

gesehen sind¹²⁶). Dementsprechend lassen sich selbst die Art. 2 Abs. 2 und 2 Abs. 1 nur mit gewissen dogmatischen Kunstgriffen – Schutzpflichtdogma; Kehrseitentheorie – ins Spiel bringen.

b) Spezielle grundrechtliche Schutzansprüche

Anders sieht es dort aus, wo das Grundgesetz bestimmten Personen ausdrücklich einen besonderen Schutz gewährleistet¹²⁷). Hier spielt in der Krankenversicherung Art. 6 Abs. 4, der Anspruch jeder Mutter auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft ein bedeutende Rolle. Leistungseinschränkungen in diesem Bereich sind daher nicht zu empfehlen.

c) Gleichheitsrechte

Ferner hat sich herausgestellt, dass der Gleichheitssatz bei Leistungskürzungen eine beachtliche Rolle spielen kann. Die Ausgrenzung der Behandlung bestimmter Krankheiten aus dem Leistungsspektrum oder auch Leistungsausschlüsse bei selbstverschuldeten Krankheiten begegnen hier einer ernstzunehmenden Hürde. Dies ist politisch brisant, weil genau solche Maßnahmen besonders populär sind. Eine derartige Hürde besteht demgegenüber nicht, wenn Leistungseinschränkungen vorgesehen werden, die Abgrenzungsprobleme deshalb vermeiden, weil sie rein monetär ausgedrückt werden. Dementsprechend begegnete der Kostendämpfungsgesetzgeber weniger ernstesten Schwierigkeiten, wenn das Sachleistungsprinzip durch das Kostenerstattungsprinzip ersetzt würde.

b) Fundamentalprinzipien

aa) Sozialstaatsprinzip

Von den verfassungsrechtlichen Fundamentalprinzipien ist das Sozialstaatsprinzip in den bisherigen Ausführungen kaum aufge-

taucht. Gelegentlich war es ergänzender Gesichtspunkt im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz. Diese geringe Relevanz ist kein Zufall, sondern hängt damit zusammen, dass bei Auslegung und Anwendung dieses Prinzips stets der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont wird¹²⁸). Solange wir weit ausgebaute Sicherungssysteme haben, kann das Minimum an Schutz, das das Sozialstaatsprinzip vielleicht zwingend vorsieht, dem Kostendämpfungsgesetzgeber kaum ernsthafte Grenzen ziehen. Die im Rahmen des Sozialstaatsprinzips bestehende Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers umfasst auch die Befugnis, Änderungen auf der Leistungsseite vorzunehmen. Gründe, Einschränkungen auf der Leistungserbringern oder bei den Beitragszahlern nichts mehr zu holen ist¹²⁹), sehe ich nicht.

bb) Rechtsstaatsprinzip

Nicht Art. 14, sondern das rechtsstaatlich fundierte Vertrauensschutzprinzip hat der Gesetzgeber bei Leistungskürzungen in dem Sinne zu beachten, dass auf Übergangsregelungen bedacht genommen werden muss.

cc) Demokratieprinzip

Das Demokratieprinzip hat sich verschiedentlich bemerkbar gemacht. Zum einen wirkt es sich aus, wenn fundamentale Systemumstellungen vorgenommen werden sollen. Diese sind, wie das BVerfG vorsorglich betont hat, dem Gesetzgeber vorbehalten.

Soweit der Gesetzgeber Entscheidungen auf untergeordnete Gremien verlagert, wirkt sich das Demokratieprinzip dahingehend aus, dass es die Frage nach der Legitimation solcher Stellen aufwirft. So wie die Gremien heute konstruiert sind, ist ihre Legitimation überaus zweifelhaft.

2. Verfassungsrechtliche Reformpostulate

Meist nähert man sich als Jurist anstehenden Reformen mit der Frage, ob das verfassungsrechtlich geht, was der Gesetzgeber macht. Vielleicht besteht im Gesundheitswesen aber Anlass, umgekehrt zu fragen, ob nicht etwa die verfassungsrechtlichen Fundamentalprinzipien Reformen geradezu erfordern. Man könnte sagen, das Sozialstaatsprinzip lege im Interesse des Funktionierens der gesetzlichen Krankenversicherung deren Modernisierung nahe¹³⁰). Dem Rechtsstaatsprinzip ließe sich ein Postulat der Klarheit und Wahrheit entnehmen. Der Gesetzgeber habe den Versicherten reinen Wein über die Reformnotwendigkeiten einzuschenken, und es verbiete sich, mit dem Instrumentarium der Budgetierung Rationierungen durch die Hintertür einzuführen¹³¹). Das Demokratieprinzip schließlich zwingt den Gesetzgeber dazu, die Verantwortung für unangenehme Entscheidungen auch im Gesundheitswesen selbst zu übernehmen und nicht heimlich auf zweifelhaft legitimierte Ersatzgesetzgeber abzuschieben.

126) Vgl. etwa Heinze, Soziale Grundrechte in Europa – Chancen und Risiken, in: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht/Akademie der Diözese Rottenburg Stuttgart (Hrsg.), Soziale Grundrechte in der Europäischen Union, 200/2001, S. 227 ff.

127) Allgemein hierzu Bieback, Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen, 1997, S. 31.

128) Vgl. nur Neumann, NZS 1998, 401 mit Hinweisen zur Rechtsprechung des BVerfGs; vgl. auch Pitschas, VSSR 1998, 253 (260): „Prinzip der gesetzlichen Systemgestaltungsfreiheit.“

129) So aber Schulzin, Verfassungsrechtliche Grenzen bei der Umgestaltung des Sozialstaats im Bereich der Gesundheitssicherung, VSSR 1997, S. 43 ff. (70).

130) Andeutung in diese Richtung bei BVerfG (Kammer), NJW 1997, 2444 (2445 f.).

131) Vgl. auch Boecken, MedR 2000, 165 (171); Hänlein, Budgetierung der ärztlichen Eigen- und Folgekosten als Steuerungsmittel – Die Entwicklung in der BRD bis 1999, in: Jabornegg/Resch/Seewald (Hrsg.), Ökonomie und Krankenversicherung – Modelle zur Kostensenkung im Gesundheitswesen, 2001, 103 ff. (119).