



Information

INSTITUT DER DEUTSCHEN ZAHNÄRZTE

in Trägerschaft von:

Bundeszahnärztekammer – Arbeitsgemeinschaft der Deutschen Zahnärztekammern e.V.

Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung – Körperschaft des öffentl. Rechts –

Nr. 1/2005

vom 17. März 2005

Die vorliegende Textzusammenstellung

Zu rechtswissenschaftlichen Implikationen des GMG für die versorgungspolitischen Perspektiven

geht zurück auf ein rechtswissenschaftliches Werkstattgespräch, das am 15. September letzten Jahres im Institut der Deutschen Zahnärzte (IDZ) in Köln unter Beteiligung von Rechtswissenschaftlern, praktisch tätigen Sozialrichtern und Landespolitikern von Bundeszahnärztekammer und Kassenzahnärztlicher Bundesvereinigung veranstaltet wurde.

Für dieses Werkstattgespräch konnten drei namhafte Verfassungs-, Verwaltungs- und Sozialrechtswissenschaftler gewonnen werden, die im Sinne von Impulsreferaten die zu erörternde Gesamthematik unter verschiedenen juristischen Aspekten beleuchteten und damit den Diskussionen im Gesamtkreis aller Anwesenden eine strukturelle Basis gaben. Für die vorliegende Publikation wurden diese Referatstexte noch einmal überarbeitet und durch detaillierte Literaturverweise ergänzt. Eine kurze Einführung wurde als gedankliche Rahmensetzung für diese Veröffentlichung konzipiert, um dem Leser eine aktuelle Verständnishilfe an die Hand zu geben.

Folgende Schwerpunkte waren für dieses IDZ-Werkstattgespräch gesetzt worden:

1. Verfassungsrechtlicher Hintergrund der GKV und der GMG-Neuregelungen;
2. Ausgestaltung von Praxisgebühr und Kostenerstattung;
3. Analyse des Gemeinsamen Bundesausschusses mit seinen spezifischen Normsetzungsbefugnissen;
4. Auswirkungen des GMG (insbesondere der Medizinischen Versorgungszentren) auf das zahnärztliche Berufsrecht und die Selbstverwaltung;
5. Verhältnis von Gesetzlicher und Privater Krankenversicherung einschließlich der europarechtlichen Aspekte;
6. Bürgerversicherung versus Gesundheitspauschale;
7. Spezifika von befundorientierten Festzuschüssen beim Zahnersatz.

Die Autoren der vorliegenden IDZ-Information sind: Prof. Dr. Ulrich Becker/München, Prof. Dr. Helge Sodan/Berlin, Prof. Dr. Peter J. Tettinger/Köln und Prof. Dr. Burkhard Tiemann/Köln.

Weitere Exemplare der IDZ-Information Nr. 1/2005 können auf Anfrage kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Eine download-Version des Textes finden Sie unter: www.idz-koeln.de.

Redaktion: Prof. Dr. Burkhard Tiemann

Abstract

The present documentation on

Jurisprudential implications of the GMG (Health Care System Modernisation Law) with respect to the perspectives of health care provision and politics

goes back to a workshop under the participation of jurists, judges at social courts and policy makers in the field of dental health care of the German Dental Association and the National Association of Statutory Health Insurance Dentists. It was organised by the Institute of German Dentists (IDZ) and was held in Cologne on 15 September 2004.

Three prominent jurists in the fields of constitutional law, administrative law and social law introduced into this topic by impetus-giving lectures on the different legal aspects; these lectures laid the structural basis for the subsequent discussions with all participants. For the present publication the papers were edited and completed by a detailed documentation of the literature. Furthermore a short introduction was conceived to give a conceptual framework to the documentation as well as a support for the reader.

The papers and the discussions centred on the following main points:

1. Constitutional background of the Statutory Health Insurance (GKV) and the new stipulations in the Health Care System Modernisation Law (GMG);
2. Definition of the practice entrance fee and of cost reimbursement;
3. Analysis of the Joint Federal Committee and its specific guideline competence;
4. Impacts of the Health Care System Modernisation Law (especially with respect to medical care centres) on dental professional duties and self-government;
5. Relationship between the statutory health insurance and private health insurance including the aspects of European law;
6. Compulsory basic health insurance versus a capitation fee;
7. Diagnosis-based fixed subvention model with respect to dental prosthesis.

The authors of the present IDZ-Information are: Prof. Dr. Ulrich Becker/Munich, Prof. Dr. Helge Sodan/Berlin, Prof. Dr. Peter J. Tettinger/Cologne and Prof. Dr. Burkhard Tiemann/Cologne.

Additional copies of the IDZ-Information No. 1/2005 can be ordered free of charge from the Institute of German Dentists/Cologne. Download version in the internet see under www.idz-koeln.de.

Zu rechtswissenschaftlichen Implikationen des GMG für die versorgungspolitischen Perspektiven

Inhaltsverzeichnis

1	Rahmensetzung	4
	<i>Burkhard Tiemann, Köln</i>	
2	Verfassungsfragen einer künftigen Ausgestaltung der GKV und der zahnärztlichen Versorgung	8
	<i>Helge Sodan, Berlin</i>	
2.1	Die Bürgerversicherung als Bürgerzwangsversicherung	8
2.1.1	Die formelle Verfassungsmäßigkeit	8
2.1.2	Die materielle Verfassungsmäßigkeit.....	10
2.1.3	Europarechtliche Aspekte	11
2.2	Modellvarianten der Bürgerzwangsversicherung	11
2.2.1	Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für einen "Tarif Bürgerversicherung"	12
2.2.2	Grundrechtsbetroffenheit der Versicherten und Privatunternehmen	13
2.2.3	Gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsprobleme	14
2.3	Zukunftsperspektiven der zahnmedizinischen Versorgung.....	14
2.3.1	Alternative Versicherung des Zahnersatzes.....	14
2.3.2	Verfassungsmäßigkeit einer partiellen oder totalen Ausgliederung der zahnmedizinischen Versorgung	15
2.4	Alternativen zur Bürgerzwangsversicherung.....	17
2.4.1	Das Gesundheitsprämienmodell der CDU	17
2.4.2	Einführung einer privaten Pflichtversicherung	18
2.4.3	Reduzierung des Versichertenkreises auf sozial Schutzbedürftige.....	18
3	Die Auswirkungen des GMG auf das zahnärztliche Berufsrecht und die Selbstverwaltung	20
	<i>Peter J. Tettinger, Köln</i>	
3.1	Veränderte Angebotsstrukturen für Leistungserbringer	20
3.1.1	Modellvorhaben (§§ 63 ff. SGB V)	20
3.1.2	Medizinische Versorgungszentren (§§ 95, 103 Abs. 4a SGB V).....	21
3.1.3	Integrierte Versorgung (§§ 104a, 140b SGB V)	28
3.2	Positionsveränderungen zu Gunsten der Kammern im GMG	28
3.2.1	Relevante Gesetzesergänzungen.....	28
3.2.2	Erste Folgerungen	29
4	Die Regelungen des GMG zu dem Verhältnis von privater und gesetzlicher Krankenversicherung in nationaler und europarechtlicher Perspektive	32
	<i>Ulrich Becker, München</i>	
4.1	Einleitung	32
4.2	Bestandsaufnahme	33
4.2.1	Die bisherige Aufgabenverteilung zwischen sozialer und privater Krankenversicherung	33
4.2.2	Die Neuerungen durch das GMG.....	34

4.2.3	Zu den europäischen Modellen der Aufgabenverteilung	35
4.3	Verfassungsrechtliche Vorgaben	37
4.3.1	Grundsätze	37
4.3.2	Zu wirtschaftlichen Betätigungen der Krankenkassen	38
4.4	Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	40
4.4.1	Grundsätzliches	40
4.4.2	Zum Wettbewerbsrecht	40
4.4.3	Zur Dienstleistungsfreiheit.....	42

1 Rahmensetzung

Burkhard Tiemann, Köln

Das Gesetz zur Modernisierung der GKV (GMG vom 14.11.2003, BGBl. I, 2190), das nach erheblichen politischen Geburtswehen am 1.1.2004 in Kraft trat, zeigt nachhaltige Auswirkungen auf die institutionellen Strukturen der GKV und deren versorgungspolitische Perspektiven. Nachdem bei der Vorbereitung und Beratung des Gesetzes die gesundheitsökonomischen Aspekte dominiert haben und versorgungsstrukturelle sowie sozialmedizinische Kriterien im Fokus standen, rücken in der Umsetzungsphase des Gesetzes und seiner Konkretisierung die rechtswissenschaftlichen Implikationen des GMG stärker in das Blickfeld. Dies betrifft sowohl grundrechtliche und verfassungskompetentielle Probleme als auch organisatorisch-institutionelle Aspekte der Gestaltung des Gesundheitswesens sowie wettbewerbsrechtliche Fragen der Finanzierung und Leistungserbringung auf nationaler und europäischer Ebene.

Das IDZ hat in einem Werkstattgespräch am 15.9.2004 "zu rechtswissenschaftlichen Implikationen des GMG für die versorgungspolitischen Perspektiven" diese Aspekte unter verschiedenen Blickwinkeln beleuchtet:

1. Ausgangspunkt der rechtswissenschaftlichen Analyse des GMG ist der verfassungsrechtliche Hintergrund, vor dem sich die gesetzgeberischen Aktivitäten im Gesundheits- und Sozialbereich bewegen. Da das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG dem Gesetzgeber keine konkreten Handlungsaufträge erteilt und sich weder aus dieser Verfassungsnorm noch aus bundesstaatlichen Kompetenznormen wie Art. 74 Nr. 12 GG konkrete subjektive Ansprüche des Bürgers auf eine bestimmte Ausgestaltung des sozialen Sicherungssystems ableiten lassen, wird dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zugestanden, der durch grundrechtliche Rechtspositionen wie die Menschenwürde (Art. 1 GG), die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 GG), den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG), die Freiheit der Berufswahl und -ausübung (Art. 12 GG) oder die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) und rechtsstaatliche Grundsätze wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip eingegrenzt wird. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht durch seine stereotyp wiederholte Formel von der "Sicherung der finanziellen Stabilität der GKV" als einem auch erhebliche Grundrechtseingriffe legitimierenden Gemeinwohlbelang dem Gesetzgeber weitgehende Regelungsfreiheit für die Strukturierung des Gesundheitswesens eingeräumt, die dazu führte, dass bei der Abwägung konkurrierender Schutzgüter und Rechtspositionen

insbesondere Grundrechtsbelange der Heilberufe zumeist als nachrangig angesehen wurden. Durch die Kumulation einer Vielzahl von Einzelregelungen wurden in den vergangenen drei Jahrzehnten viele Komponenten der Freiberuflichkeit der Heilberufe berührt, die sowohl die beruflich-fachliche Entscheidungsfreiheit betrafen (z. B. Altersgrenze für den Zugang zur vertragsärztlichen Tätigkeit, Zulassungsbeschränkungen und Regularien der Praxisübergabe) als auch die wirtschaftliche Unabhängigkeit tangierten (z. B. gesetzgeberische Interventionen in das Vertrags- und Vergütungsgefüge, Budgetierungsrestriktionen). Die Summe dieser vielen Einzeleingriffe hat den Systemwiderspruch zwischen den idealtypischen Merkmalen des Freien Berufes und seiner Instrumentalisierung für die Funktionsbedingungen der GKV verschärft.

2. Das GMG hat dieser Gesamtbelastung weitere hinzugefügt, wobei zunächst nach Einführung des Gesetzes die so genannte Praxisgebühr und ihre rechtliche Einordnung als Zuzahlung, Eintrittsgebühr oder Beitrag, als Zwangsgeld oder Sonderopfer sowie die Rolle des Vertragsarztes bei ihrem Einzug zu Gunsten der Krankenversicherung im Mittelpunkt der Diskussion stand. Zu Kontroversen hat auch die Ausgestaltung der Kostenerstattung im GMG geführt, wobei die Hürden der Inanspruchnahme dieser Leistungsrechtsform durch die im GMG vorgesehenen leistungssektoralen und temporären Bindungen ebenso Gegenstand rechtswissenschaftlicher Erörterung sind wie die Verwaltungskostenabschläge bei der Erstattung von Behandlungskosten im EU-Ausland im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten.

3. Mit der durch Neuregelung des § 91 SGB V geschaffenen Institution eines Gemeinsamen Bundesausschusses hat der Gesetzgeber auch die institutionell-organisatorischen Rahmenbedingungen der GKV verändert und ein neues Entscheidungsgremium geschaffen, das über weitgehende Normsetzungsbefugnisse verfügt. Gleichzeitig mit der Umgestaltung der vertragsärztlichen Selbstverwaltung durch hauptamtliche Vorstände und der weiteren Einbindung der Selbstverwaltung in staatliche Vorgaben ist ein neues Machtzentrum der Gesundheitspolitik entstanden, das sich von der Selbstverwaltung der Heilberufe und Krankenkassen emanzipiert und die Politik von vielfältigen Sach- und Detailentscheidungen "entlastet". Nachdem die höchstrichterliche Rechtsprechung den bisherigen Bundesausschüssen in Bezug auf neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden und Arzneimittelrichtlinien wiederholt Normsetzungsbefugnis nicht nur gegenüber den Krankenkassen und Vertragsärzten sondern auch gegenüber den Versicherten zugestanden hat – wobei viele Fragen der Vereinbarkeit derart weitgehender Normsetzungsbefugnisse mit demokratischen und rechtsstaatlichen Legitimationserfordernissen nach den Maßstäben der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG noch offen sind – dürfte dem Gemeinsamen Bundesausschuss eine zentrale versorgungspolitische Steuerungsfunktion zukommen.

Dies gilt gerade auch im Zusammenwirken mit dem neugeschaffenen "Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen" (§ 139a SGB V), das Fragen der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung untersuchen und Empfehlungen für den Gemeinsamen Bundesausschuss erarbeiten sowie Bewertungen evidenzbasierter Leitlinien für die vertragsärztliche Versorgung vornehmen soll. Hieran knüpfen sich weitere Rechtsfragen der Bindungswirkung der Empfehlungen und Leitlinien des Instituts sowie des Spannungsverhältnisses von medizinischen Standards der GKV zu den Kriterien des bürgerlichrechtlichen Arzthaftungsrechts.

4. Erheblichen rechtswissenschaftlichen Diskussionsbedarf werden auch die Medizinischen Versorgungszentren (§ 95 SGB V) auslösen, mit denen der Gesetzgeber sich vom Leitbild der ambulanten Versorgung durch freiberuflich in eigener Praxis niedergelassene Vertragsärzte zumindest teilweise verabschiedet, indem er Versorgungszentren in Form juristischer Personen – auch in Verbindung mit stationären Einrichtungen – zur Versorgung zulässt. Bereits die Frage der kompetenzrechtlichen Zuordnung dieser Regelung im Bund-Länder-Verhältnis wirft verfassungsrechtliche und -politische Fragen auf: Inwieweit kann der Bundesgesetzgeber durch seine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der Sozialversicherung (Art. 74 Nr. 12 GG) das dem Landesgesetzgeber (Art. 70 GG) vorbehaltene Heilberufsrecht präformieren, das zum Teil das Verbot der Praxisführung in der Rechtsform einer juristischen Person enthält, fachübergreifende oder interdisziplinäre Kooperationen bzw. sektorübergreifende Tätigkeiten im Verhältnis von ambulanter und stationärer Versorgung gar nicht oder nur unter engen Voraussetzungen zulässt? Welche Anforderungen sind an das Kriterium fachübergreifender Tätigkeit zu stellen? Welche Rechtsformen der Kooperation sind im Hinblick auf die berufsrechtlichen Anforderungen an fachliche Eigenverantwortung und persönliche Haftung zulässig? Welches Verhältnis der Medizinischen Versorgungszentren besteht zur Berufsaufsicht? Inwieweit sind die gesetzlich intendierten Privilegierungen der Zentren gegenüber der ambulanten Versorgung z. B. im Hinblick auf die Bedarfsplanung (§ 103 Abs. 4 a) oder die Arbeitszeitanforderungen (§ 101 Abs. 1 Satz 6) mit Art. 3 GG vereinbar?

Diese Fragestellungen markieren exemplarisch einen Entwicklungsprozess, in dem das ärztliche Berufsrecht zunehmend durch das Vertragsarztrecht überlagert wird, wobei die Vorgaben des Sozialgesetzgebers einen erheblichen Anpassungszwang auf die Landesgesetzgebung und die berufsständischen Selbstverwaltungsregelungen ausüben.

5. Neuerungen ergeben sich im GMG auch für das Verhältnis von Gesetzlicher und Privater Krankenversicherung durch die Einführung einer Vermittlungsfunktion der gesetzlichen Krankenkassen für private Zusatzversicherungen und durch Neuregelungen der Versorgung mit Zahnersatz. Nach § 194 SGB V dürfen die Satzungen von Krankenkassen nunmehr Bestimmungen enthalten, nach denen die Kasse den Abschluss privater Zusatzversicherungsverträge zwischen ihren Versicherten und privaten Versicherungsunternehmen vermitteln kann, was ihnen die Befugnis einräumt, mit Privatunternehmen Rahmenvereinbarungen zu schließen und besondere Gruppentarife für ihre Versicherten auszuhandeln. Beim Zahnersatz hatte der Gesetzgeber ursprünglich ab 1.1.2005 Leistungen in Form von Festzuschüssen vorgesehen, für deren Gewährung ein allein von den Mitgliedern zu tragender kassenübergreifend festzusetzender Beitrag erhoben werden sollte. Den Versicherten sollte es freigestellt sein, an Stelle der Versorgung durch ihre Krankenkasse eine Versicherung bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen abzuschließen, wenn ein der GKV vergleichbarer Versicherungsschutz für Zahnersatz vorlag (vgl. § 58 des GMG-Entwurfs). Durch das Gesetz zur Anpassung der Finanzierung von Zahnersatz vom 26.11.2004 wurde die Möglichkeit zur Wahl einer Privatversicherung aufgegeben und stattdessen die GKV-Pflichtversicherung aufrechterhalten mit der Maßgabe, dass sie demnächst von den Mitgliedern durch einen Beitragssatz in Höhe von 0,9 % allein zu finanzieren ist.

Abgesehen davon, dass eine solche sich selbst überholende Gesetzgebungshektik, mit der Gesetze aufgehoben werden, bevor sie in Kraft getreten sind, nicht geeignet ist, das für Rechtsstaat und Demokratie unerlässliche Vertrauen in Vorhersehbarkeit und Verlässlichkeit der Rechtsordnung zu stärken, sind Zweifel angebracht, ob die Rahmenbedingungen für einen fairen Wettbewerb zwischen GKV und PKV gegeben sind: Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Steuerfinanzierung versicherungsfremder Leistungen in der GKV als auch für Wettbewerbsvorteile durch Verfügung über den ungleich größeren Versichertenstamm Sozialversicherter und Gefahren einer intransparenten Quersubventionierung von Pflicht- und Zusatzversicherungen. Zu klären bleibt auch die Frage der Aufrechterhaltung der bisherigen wettbewerbsrechtlichen Privilegierung der GKV im Kontext des gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsrechts, wenn öffentlich-rechtliche Krankenkassen als Mitbewerber von Privatunternehmen um Zusatzversicherungen grenzüberschreitend konkurrieren.

6. Diese Fragestellungen des Verhältnisses von Gesetzlicher und Privater Krankenversicherung in nationaler und europarechtlicher Perspektive bedürfen ebenso rechtswissenschaftlicher Durchdringung wie die Verfassungsfragen einer künftigen Ausgestaltung der GKV, die sich mit den höchst kontroversen Schlagworten "Bürgerversicherung versus Gesundheitspauschale" assoziieren. Insbesondere gegen das Modell der Bürgerversicherung unter Einbeziehung aller Gruppen der Bevölkerung einschließlich der Selbstständigen und Beamten in die Versicherungspflicht bei Aufhebung der bisherigen Versicherungspflichtgrenze und Einbeziehung weiterer Einkunftsarten sowie Anhebung der Beitragsbemessungsgrenze werden erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht: Diese betreffen sowohl die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Sozialversicherung, unter der die Risikoabsicherung für eine "organisierte Vielheit", d. h. einen Ausschnitt der Bevölkerung und nicht die Gesamtbevölkerung verstanden wird, als auch grundrechtliche und rechtsstaatliche Schranken gegenüber der Einbeziehung von eindeutig nicht sozial schutzbedürftigen Bevölkerungskreisen in eine umfassende Bürgerzwangsversicherung als GKV-Pflichtversicherung. Schließlich sind sowohl bei einer allgemeinen GKV-Pflichtversicherung als auch bei Variationsformen dieses Versicherungsmodells Auswirkungen auf Grundrechtsbelange der privaten Versicherungsunternehmen zu berücksichtigen, deren Gewinnerwartungschancen zwar keinen Bestandsschutz genießen, deren unternehmerische Berufsfreiheit aber auch gegenüber mittelbaren Grundrechtseingriffen die Schutzgarantien des Verhältnismäßigkeitsprinzips beanspruchen können.

7. Die Verfassungsfragen einer künftigen Ausgestaltung der GKV berühren nicht zuletzt auch Zukunftsperspektiven der zahnärztlichen Versorgung, die durch das GMG-Modell befundorientierter Festzuschüsse beim Zahnersatz in einem ersten Schritt umgestaltet wurde, zum Teil aber noch einen leistungs- und vergütungsrechtlichen Mix von kostenerstattungs- und sachleistungsförmigen Elementen darstellt. Inwieweit das Modell der befundorientierten Festzuschüsse auf andere zahnmedizinische Leistungssektoren übertragbar ist, ob die zahnärztliche Versorgung ganz oder teilweise aus der GKV herausgelöst werden kann, ob und in welchem Umfang eine Pflicht zur Versicherung für die zahnmedizinische Versorgung erforderlich ist und wie die Sicherung sozial Schutzbedürftiger im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Sozialstaatsgebot zu organisieren ist, bedarf weiterer Untersuchungen im interdisziplinären Diskurs juristischer, ökonomischer, medizinischer sowie gesundheits- und sozialwissenschaftlicher Analysen.

Die nachfolgenden Ausführungen behandeln hierzu die normativen Grundlagen und rechtlichen Maßstäbe des Gesundheitswesens sowie weiterführende Ansätze für die versorgungspolitischen Perspektiven aus rechtswissenschaftlicher Sicht.

2 Verfassungsfragen einer künftigen Ausgestaltung der GKV und der zahnärztlichen Versorgung

Helge Sodan, Berlin

Panta rhei – alles fließt. Diese berühmten Worte werden dem altgriechischen Philosophen Heraklit zugeschrieben und veranschaulichen den philosophischen Gedanken vom ewigen Wechsel der Dinge, von der unaufhörlichen Bewegung, vom steten Werden. Mit "panta rhei" lässt sich jedenfalls auch die gegenwärtige Diskussion über die künftige Ausgestaltung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) charakterisieren. Die Vorschläge zur Sanierung der GKV sind kaum noch zu überschauen. Ihre Vielfalt ist Ausdruck lebendiger Demokratie, aber auch von Unsicherheit, wie die Existenz dieser Sozialversicherung, deren Leistungsausgaben jährlich über 140 Milliarden Euro betragen, erhalten werden kann. Die politischen Parteien haben offenbar begriffen, dass die Gestaltung der Krankenversicherung zu dem beherrschenden innenpolitischen Thema für die nächste Bundestagswahl werden kann.

2.1 Die Bürgerversicherung als Bürgerzwangsversicherung

2.1.1 Die formelle Verfassungsmäßigkeit

Ein typisches Beispiel für politische Kontroversen verbindet sich zweifellos mit dem Schlagwort von der "Bürgerversicherung". Dem Charme dieses Begriffs erliegen offenbar viele Menschen, deren Stimmen den Ausgang der Bundestagswahl maßgeblich zu beeinflussen vermögen. Es gibt eben Wortschöpfungen, die so wohlklingend sind, dass sie bei Lesern und Hörern sofort positive Assoziationen hervorrufen. Das Rezept ist einfach: Man nehme zwei Begriffe wie "Bürger" und "Versicherung", die allen vertraut sind und jeweils einen unzweifelhaft positiven Inhalt haben, vereinige sie in einem neuen Wort zur "Bürgerversicherung", appelliere dabei an ein Gleichheitsgefühl, nutze die schwere Krise, in der sich die GKV in Deutschland seit langem befindet, und verheiße den Menschen, nunmehr werde alles gut in dieser unserer Sozialversicherung. Wer wollte sich diesem schönen Traum von einer finanziell gesunden Sozialversicherung durch Beendigung der vermeintlichen "Entsolidarisierung" in den Weg stellen?

Gewiss: Mit juristischen Bedenkenträgern, allen voran Verfassungsrechtlern, müsste gerechnet werden. Einem davon wird nunmehr die Aufgabe zuteil, die bislang bekannt gewordenen Varianten einer "Bürgerversicherung" ebenso wie andere Konzepte einer künftigen Ausgestaltung der GKV auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

Dabei sollte man zunächst von dem derzeit am weitesten reichenden Vorschlag ausgehen, der von der durch die Bundesministerin für Gesundheit und Soziale Siche-

rung in der im November 2002 eingesetzten "Kommission für die Nachhaltigkeit in der Finanzierung der Sozialen Sicherungssysteme" stammt, die als "Rürup-Kommission" bezeichnet wird. Diese Kommission schlug in ihrem Bericht vor, die notwendigen Maßnahmen zur Realisierung einer "Bürgerversicherung" in drei Teilbereiche zu gliedern: 1. "Erweiterung des Versichertenkreises durch eine Einbeziehung aller Gruppen der Bevölkerung, also auch von Selbstständigen und Beamten", unter Aufhebung der bisherigen Versicherungspflichtgrenze; 2. "Erweiterung der Beitragsgrundlage durch eine Einbeziehung weiterer Einkunftsarten, insbesondere Einkünften aus Vermietung, Zinseinkünften und Kapitaleinkünften", sowie Anhebung der Beitragsbemessungsgrenze auf das Niveau der gesetzlichen Rentenversicherung; 3. "Angebot von Zusatzversicherungen" durch die Private Krankenversicherung (PKV).

Dieses Konzept läuft auf eine umfassende Bürgerzwangsversicherung hinaus. Denn die Einbeziehung aller Gruppen der Bevölkerung in die GKV soll ersichtlich nicht auf einem freien Willensentschluss, sondern auf Beitrittszwang beruhen. Dabei erweist sich das Wort "Bürgerversicherung" zur Kennzeichnung des angestrebten Regelungsbereiches schon in begrifflicher Hinsicht als unscharf. Denn wenn die gesamte in Deutschland lebende Bevölkerung in die GKV einbezogen werden soll, gehören dazu selbstverständlich auch die hier lebenden Ausländer, von denen nicht wenige bereits nach gegenwärtiger Rechtslage (vgl. § 5 I Nr. 1 SGB V) als pflichtversicherte Arbeitnehmer wesentlich zur Finanzierung dieser Sozialversicherung beitragen. Nach staatsrechtlichem Verständnis sind aber "Bürger" nur die Deutschen im Sinne von Art. 116 GG. Traditionell wird unterschieden zwischen Menschen- und Bürgerrechten: Menschenrechte sind diejenigen Grundrechte, die allen Personen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit zustehen, Bürgerrechte hingegen diejenigen Grundrechte, die nur den Staatsangehörigen und den so genannten Statusdeutschen gewährleistet sind.

Die sozialgesetzliche Regelung einer Pflichtmitgliedschaft in der GKV führt zu Grundrechtsbelastungen der Zwangsvereinigten. Nach ständiger Rechtsprechung insbesondere des Bundesverfassungsgerichts greifen Pflichtmitgliedschaften in öffentlich-rechtlichen Körperschaften wie den gesetzlichen Krankenkassen in das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ein.

Beschränkungen dieses Rechts sind im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung zulässig. Dazu zählen alle formell und materiell mit der Verfassung vereinbarten Rechtsnormen. Klärungsbedürftig ist also die Frage, ob die Regelung einer GKV mit Zwangsmitgliedschaft der gesamten Bevölkerung in Deutschland in formeller und materieller Hinsicht mit dem Grundgesetz konform und somit Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung wäre.

Für die formelle Verfassungsmäßigkeit eines Bundesgesetzes ist erforderlich, dass dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zusteht. Zur Regelung einer Bürgerzwangsversicherung kommt eine Zuständigkeit des Bundes im Rahmen der Kompetenz zur Regelung der Sozialversicherung in Betracht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können neue Lebenssachverhalte in das Gesamtsystem "Sozialversicherung" einbezogen werden, wenn zumindest eine Orientierung am klassischen Bild der Sozialversicherung erfolgt.

Obwohl mit einer Einbeziehung von über 90 Prozent der Bevölkerung in die deutsche GKV eine Tendenz zur "Volksversicherung" schon derzeit unverkennbar ist, würde

sich eine Bürgerzwangsversicherung – gerade durch die künftige Einbeziehung von Selbstständigen und Beamten – vollends vom traditionellen Bild der deutschen GKV lösen. Dem Bundesverfassungsgericht zufolge gehört zur Sozialversicherung jedenfalls "die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit"¹. Nimmt man das Bundesverfassungsgericht insoweit beim Worte, so ist bereits sehr zweifelhaft, ob im Falle einer die gesamte Bevölkerung umfassenden Sozialversicherung von einer "organisierten Vielheit" gesprochen werden kann. Theodor Maunz führte bereits vor etwa 20 Jahren aus: "Bedarfsdeckung durch eine organisierte Vielheit setzt einen Ausschnitt aus der Bevölkerung voraus, der zur Deckung des Bedarfs herangezogen wird. Eine Volksversicherung, die mehr oder weniger alle Bürger für Krankheit, Alter, Invalidität oder Unfall ... pflichtversichert ..., würde den Boden der Sozialversicherung verlassen"².

Bundesgesetzliche Regelungen einer als umfassende Bürgerzwangsversicherung ausgestalteten GKV wären also bereits mangels Gesetzgebungszuständigkeit formell verfassungswidrig und verstießen daher gegen das Grundrecht Zwangsvereinigter auf freie Entfaltung der Persönlichkeit.

2.1.2 Die materielle Verfassungsmäßigkeit

Hält man die Gesetzgebungskompetenz des Bundes trotz der genannten Einwände für gegeben, so ist die Verfassungsmäßigkeit einer Bürgerzwangsversicherung noch nicht abschließend dargetan. Auch in materieller Hinsicht sind nämlich verschiedene Anforderungen zu beachten. Mit diesen wäre eine als umfassende Bürgerzwangsversicherung ausgestaltete GKV jedoch nicht vereinbar. Zwar ist die GKV als soziale Pflichtversicherung prinzipiell zulässig. Eine die gesamte Bevölkerung einbeziehende Bürgerzwangsversicherung würde jedoch für viele Pflichtmitglieder, die eindeutig nicht sozial schutzbedürftig sind, in keinem vernünftigen Verhältnis zu den diesen Personen aus der Pflichtzugehörigkeit erwachsenden Vorteilen stehen³. Sie wäre daher wegen Verstoßes gegen das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verfassungswidrig. Ebenso wenig wäre der mit einer Bürgerzwangsversicherung zu Lasten privater Krankenversicherungsunternehmen verbundene mittelbare Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit zu rechtfertigen⁴.

Ob diese Auffassung gegebenenfalls auch vom Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts geteilt würde, lässt sich derzeit allerdings nicht prognostizieren. In einem Beschluss vom 4.2.2004 rechtfertigte die 2. Kammer des Ersten Senats die deutliche Anhebung der Versicherungspflichtgrenze durch das so genannte Beitragssatzsicherungsgesetz vom 23.12.2002 mit der üblichen Formel von der "Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit" der GKV als besonders wichtigem Gemeinschaftsgut; der Kammerbeschluss weist allerdings auch darauf hin, dass die Erhöhung der Versicherungspflichtgrenze "das duale Krankenversi-

1 BVerfGE 75, 108 (146).

2 Maunz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. IV, Art. 74 Rn. 172 (Stand der Kommentierung: 1984).

3 vgl. zu diesem Prüfungsmaßstab etwa BVerfGE 38, 281 (302).

4 siehe dazu näher Josef Isensee, "Bürgerversicherung" im Koordinatensystem der Verfassung, NZS 2004, 393 (400 f.).

cherungssystem nicht grundsätzlich" verändere und "der Geschäftsbereich der privaten Krankenversicherung der Beamten und Selbstständigen" unangetastet bleibe⁵.

2.1.3 Europarechtliche Aspekte

Gegen eine als umfassende Bürgerzwangsversicherung ausgestaltete GKV bestehen überdies erhebliche europarechtliche Bedenken. Eine solche Ausdehnung des Sozialversicherungsmonopols würde mit großer Wahrscheinlichkeit nicht wenige private Versicherungsgesellschaften – auch aus anderen Mitgliedstaaten – vom deutschen Krankenversicherungsmarkt verdrängen. Dies ließe sich weder mit dem europäischen Wettbewerbsrecht noch mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbaren. Der Europäische Gerichtshof könnte mit dem Problem durch einen Vorlagebeschluss eines nationalen Gerichtes konfrontiert werden. Es ist schwer vorstellbar, dass der Europäische Gerichtshof die Verdrängung eines privaten Unternehmens aus einem anderen Mitgliedstaat vom deutschen Krankenversicherungsmarkt für europarechtskonform erklären würde.

Aus den genannten Gründen ist der Weg zur Regelung einer als umfassende Bürgerzwangsversicherung ausgestalteten GKV durch Verfassungs- und Europarecht versperrt. Diese Auffassung haben mittlerweile auch einige andere Staatsrechtler dezidiert vertreten – etwa im Rahmen der 43. Bitburger Gespräche am 23./24.4.2004 sowie in mehreren Zeitschriftenveröffentlichungen⁶.

2.2 Modellvarianten der Bürgerzwangsversicherung

Die massiven rechtlichen Einwände gegen eine derart ausgestaltete "Bürgerversicherung" scheinen auf die SPD und Bündnis 90/Die Grünen nicht ohne Wirkung geblieben zu sein. Beide Parteien favorisieren – nach anfänglich noch weitergehenden Vorstellungen – gegenwärtig eine abgeschwächte Variante einer "Bürgerversicherung". Bereits am 15.9.2003 beschloss der Parteirat von Bündnis 90/Die Grünen einen "Diskussionsvorschlag zur Reform des Gesundheitswesens", der eine Aufhebung der Versicherungspflichtgrenze in der GKV sowie eine "Ausdehnung der Versicherungspflicht auf alle Bürgerinnen und Bürger, insbesondere auch auf Beamte, Freiberufler, Selbstständige und Politiker" vorsieht; diese "Bürgerversicherung" könne sowohl von der GKV wie von der PKV zu identischen Wettbewerbsbedingungen angeboten werden. Voraussetzung dafür sei es, auch die PKV dem Kontrahierungszwang zu unterwerfen und sie in den so genannten Risikostrukturausgleich (RSA) einzubeziehen. Bestehende Verträge in der PKV sollen Bestandsschutz erhalten.

5 BVerfG, 1 BvR 1103/03, Rn. 24 f., veröffentlicht in: www.bverfg.de.

6 siehe insbesondere Isensee, a. a. O., S. 393 ff.; Ferdinand Kirchhof, Verfassungsrechtliche Probleme einer umfassenden Kranken- und Renten-"Bürgerversicherung", NZS 2004, S. 1 ff.

2.2.1 Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für einen "Tarif Bürgerversicherung"

Auf dieser Linie liegt ferner das von der Projektgruppe Bürgerversicherung des SPD-Parteivorstandes am 26.8.2004 vorgelegte "Modell einer solidarischen Bürgerversicherung", das am 29.8.2004 die Zustimmung des SPD-Parteivorstandes gefunden hat. Auch dieses Modell will die bestehenden Altverträge in der PKV unangetastet lassen. Für Neuverträge soll jedoch ausschließlich ein so genannter "Tarif Bürgerversicherung" zur Verfügung stehen. Zum Angebot dieses Tarifs könnten sowohl die gesetzlichen Krankenkassen als auch die privaten Krankenversicherungsunternehmen zu gleichen Wettbewerbsbedingungen zugelassen werden; Beitragssatzunterschiede sind möglich. Alle Bürgerversicherungstarife sollen in einen morbiditätsorientierten RSA einbezogen werden. Der "Tarif Bürgerversicherung" wird durch folgende Mindestanforderungen gekennzeichnet:

1. Jeder zahlt nach seiner Leistungsfähigkeit aus Erwerbs- und Kapitaleinkommen seine Beiträge; lohnbezogene Beiträge werden paritätisch finanziert.
2. Gesetzliche Krankenkassen und private Krankenversicherungsunternehmen müssen jeden ohne Gesundheitsprüfung aufnehmen; es gilt also ein Kontrahierungszwang.
3. Es wird in einem einheitlichen gesetzlichen Leistungskatalog zur Versicherung alles medizinisch Notwendigen geregelt, also eine so genannte "Vollversicherung".
4. Es gilt sowohl für die GKV als auch die PKV das so genannte Sachleistungsprinzip mit der Folge, dass die Patienten keine Vorauszahlungen leisten müssen.

Erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen dieses Modell bestehen im Hinblick auf die erforderliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Diese könnte sich, soweit die PKV betroffen ist, aus dem in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG genannten Kompetenztitel "privatrechtliches Versicherungswesen" ergeben. Mit dieser Zuständigkeit setzt sich das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil aus dem Jahre 2001 zur Verfassungsmäßigkeit der Vorschriften des Pflege-Versicherungsgesetzes über die Verpflichtung privat Krankenversicherter zum Abschluss und zur Aufrechterhaltung privater Pflegeversicherungsverträge sowie über deren nähere inhaltliche Ausgestaltung eingehend auseinander. Danach kann sich der Bundesgesetzgeber auf die Gesetzgebungskompetenz in Bezug auf das privatrechtliche Versicherungswesen stützen, "wenn sich seine Regelungen auf Versicherungsunternehmen beziehen, die in Wettbewerb mit anderen durch privatrechtliche Verträge Risiken versichern, die Prämien grundsätzlich am individuellen Risiko und nicht am Erwerbseinkommen des Versicherungsnehmers orientieren und die vertraglich zugesagten Leistungen im Versicherungsfall aufgrund eines kapitalgedeckten Finanzierungssystems erbringen"⁷. Die Inanspruchnahme dieses Kompetenztitels ist auch dann möglich, wenn der Bundesgesetzgeber "für einen von ihm neu geschaffenen Typ von privatrechtlicher Versicherung Regelungen des sozialen Ausgleichs vorsieht und insbesondere während einer Übergangszeit die das privatwirtschaftliche Versicherungswesen prägenden Merkmale nur begrenzt wirken lässt"⁸. Ein "privatrechtliches Versicherungswesen" wird auch nicht ausgeschlossen durch eine Versicherungspflicht, einen Kontrahierungszwang und nicht unerhebliche Einschränkungen privatautonomer Gestal-

7 BVerfGE 103, 197 (216 f.).

8 BVerfGE 103, 197 (217).

tungsfreiheit – etwa in Form der Einbeziehung von Personen, bei denen der Versicherungsfall bereits eingetreten ist, sowie in Gestalt von Prämienfreiheit der Kinder und Prämienvergünstigungen für nicht oder nur geringfügig verdienende Ehegatten⁹.

Das Bundesverfassungsgericht fügt in seinem Urteil von 2001 zur privaten Pflegeversicherung allerdings hinzu: Die im SGB XI "vorgesehene Begrenzung der Prämien und die dort ausgesprochenen Verbote, bestimmte risikoerhöhende Umstände bei der Prämiengestaltung zu berücksichtigen, haben keine Nivellierung der Prämien zur Folge. Die Prämien sind – der Situation in der privaten Krankenversicherung darin nicht unähnlich – deutlich nach Lebensjahren aufgefächert. Das auf statistischer Grundlage zu ermittelnde individuelle und vom Lebensalter abhängige Risiko, pflegebedürftig zu werden, und die sich daran orientierende versicherungsmathematische Berechnung der Prämien bestimmen die gesamte Tarifgestaltung so maßgeblich, dass die private Pflege-Pflichtversicherung trotz der Umlageanteile ihren Charakter als Individualversicherung nicht verliert"¹⁰.

Ein von jedem individuellen Risiko gelöster gesetzlich geregelter einheitlicher "Tarif Bürgerversicherung" für alle durch ein privates Krankenversicherungsunternehmen Versicherten würde allerdings zu einer "Nivellierung der Prämien" führen, bei der das Bundesverfassungsgericht offenbar die Grenze zu einem nicht mehr "privatrechtlichen Versicherungswesen" als überschritten ansieht. Der auch in einer privatrechtlichen Versicherung grundsätzlich zulässige soziale Ausgleich ließe sich jedoch durch eine Begrenzung der Beiträge auf einen zumutbaren Höchstsatz erreichen. Im Übrigen müsste der Gesetzgeber allerdings zur Wahrung der Kompetenz des privatrechtlichen Versicherungswesens Raum für eine Differenzierung der Beiträge lassen¹¹. Anderenfalls ließe sich eine Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes nicht begründen. Die PKV wäre nämlich der Sache nach zur Sozialversicherung mutiert. Der einzige faktische Unterschied zur Idee einer als umfassende Bürgerzwangsversicherung ausgestalteten Sozialversicherung bestünde darin, dass der einzelne Bürger im Rahmen seiner Krankenversicherungspflicht zwischen einer öffentlich-rechtlich organisierten gesetzlichen Krankenkasse und einem privaten Krankenversicherungsunternehmen wählen könnte, ohne dass sich allerdings der Leistungskatalog im "Tarif Bürgerversicherung" für ihn ändern würde.

2.2.2 Grundrechtsbetroffenheit der Versicherten und Privatunternehmen

Diese Feststellung leitet zu weiteren Einwänden über, welche sich aus den Grundrechten der Versicherten und der privaten Versicherer herleiten lassen. Für die Versicherten würde sich angesichts der Tatsache, dass ihre Wahlmöglichkeit nur auf die Organisationsform der gesetzlichen Krankenkasse bzw. des privaten Krankenversicherungsunternehmens beschränkt wäre, faktisch keine nennenswert geringere Belastung ergeben als im Falle der zwangsweisen Einbeziehung in eine Sozialversicherung. Insofern gelten die aus dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit diesbezüglich entwickelten Überlegungen hier entsprechend.

9 BVerfGE 103, 197 (218 f.).

10 BVerfGE 103, 197 (220).

11 vgl. dazu Helge Sodan, Zur Verfassungsmäßigkeit der Ausgliederung von Leistungsbereichen aus der gesetzlichen Krankenversicherung – Dargestellt am Beispiel der Versorgung mit Zahnersatz, NZS 2003, S. 303 (399 f.).

Die privaten Krankenversicherungsunternehmen könnten dem genannten Modell ihr Grundrecht der Berufsfreiheit entgegenhalten, welches die Wettbewerbsfreiheit einschließt¹². In die Wettbewerbsfreiheit würde jedoch eine Verpflichtung zum Kontrahierungszwang ohne Risikoprüfung und zum Angebot eines einheitlichen Leistungskataloges sowie von Pauschalprämien empfindlich eingreifen. Der Eingriff bedürfte der Rechtfertigung und müsste insbesondere verhältnismäßig sein. Wenn man die Überlegungen richtig ausdeutet, würde ein Wettbewerb aber nur im Hinblick auf Versicherte und Beitragssätze stattfinden – verbunden mit der Aussicht, die Versicherten von der Nützlichkeit des Abschlusses von Zusatzversicherungen zu überzeugen. In Bezug auf die Leistungen im Rahmen des einheitlichen "Tarifs Bürgerversicherung" wäre der Wettbewerb jedoch vollständig ausgeschlossen.

2.2.3 Gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsprobleme

Überdies ergeben sich europarechtliche Probleme. Insoweit ist das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 16.3.2004 von Bedeutung, welches sich auf die im SGB V enthaltenen Regelungen der Festbeträge für Arzneimittel bezieht¹³. Dieses Urteil betrifft ausdrücklich nur das Verhältnis der deutschen gesetzlichen Krankenkassen zu den Leistungserbringern. Die Krankenkassen werden insoweit als Nachfrager auf dem Markt der Gesundheitsleistungen tätig. Über die Unternehmenseigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen im Verhältnis zu den privaten Krankenversicherungsunternehmen hatte der Europäische Gerichtshof in dieser Entscheidung jedoch nicht zu befinden. Die Rechtsbeziehungen zu den Leistungserbringern sind von dem Versicherungsbereich als solchem zu trennen. In diesem Versicherungsbereich treten die gesetzlichen Krankenkassen als Anbieter auf, indem sie auf dem Markt für Versicherungen tätig werden. Insoweit ist ein unmittelbarer Wettbewerb gegeben zwischen sozialer und privater Krankenversicherung¹⁴. Daher sind insoweit die deutschen gesetzlichen Krankenkassen schon nach gegenwärtiger Rechtslage Unternehmen im Sinne des europäischen Gemeinschaftsrechts. Sie wären dies aber erst recht im Falle der Realisierung des soeben wiedergegebenen "Modells einer solidarischen Bürgerversicherung" und damit einer vollen Konkurrenz um Versicherte zwischen GKV und PKV im Rahmen des "Tarifs Bürgerversicherung". Dann wären die Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts anwendbar. Verboten wäre etwa ein Missbrauch marktbeherrschender Stellung.

2.3 Zukunftsperspektiven der zahnmedizinischen Versorgung

2.3.1 Alternative Versicherung des Zahnersatzes

Der im Bereich des "Tarifs Bürgerversicherung" zugelassene, aber sehr begrenzte Wettbewerb zwischen GKV und PKV erinnert in gewisser Weise an die im so genannten GKV-Modernisierungsgesetz (GMG) vom 14.11.2003 (BGBl. I S. 2190) enthaltenen Regelungen zur künftigen Absicherung des Zahnersatzrisikos, die aller-

12 vgl. dazu Helge Sodan, Vorrang der Privatheit als Prinzip der Wirtschaftsverfassung, DÖV 2000, S. 361 (364).

13 EuGH, DVBl. 2004, S. 555.

14 Helge Sodan, Die gesetzliche Krankenversicherung nach dem GKV-Modernisierungsgesetz – Zehn Thesen zur Gesundheitsreform, GesR 2004, S. 305 (308).

dings nach dem von den Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen am 6.9.2004 in den Deutschen Bundestag eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Finanzierung von Zahnersatz (BT-Drucks. 15/3681) noch vor ihrem In-Kraft-Treten wieder beseitigt wurden.

Nach dem GMG erfolgt die Ausgliederung des Zahnersatzes aus dem Leistungskatalog der GKV bekanntlich ab dem Jahre 2005 (vgl. Art. 1 Nr. 17 in Verbindung mit Art. 37 Abs. 8 GMG). Gesetzliche Krankenkassen müssen ihren Versicherten dann eine Zahnersatzversicherung als obligatorische Satzungsleistung anbieten, welche die Mitglieder allein zu finanzieren haben (siehe dazu näher § 55 SGB V in der ab 1.1.2005 geltenden Fassung). Gesetzlich Versicherte erhalten eine Wahlmöglichkeit zur PKV, wenn ein der GKV vergleichbarer Versicherungsschutz für Zahnersatz vorliegt. Es ist jedoch sehr zweifelhaft, ob in Bezug auf die Versorgung mit Zahnersatz ein fairer Wettbewerb zwischen GKV und PKV stattfinden wird. Insoweit ist vor allem auf die massive einseitige Steuerfinanzierung so genannter krankensicherungs-fremder Leistungen zu Gunsten der GKV hinzuweisen. Denn durch das GMG wurde ein neuer § 221 in das SGB V eingefügt; dessen Absatz 1 bestimmt, dass der Bund zur pauschalen Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen für das Jahr 2004 eine Milliarde Euro, für 2005 2,5 Milliarden Euro und ab 2006 4,2 Milliarden Euro über das Bundesversicherungsamt an die gesetzlichen Krankenkassen leistet. Die vom Jahre 2006 an vorgesehene Höhe der Zahlungen entspricht etwa 20 Prozent der gegenwärtigen Jahresumsätze der privaten Krankenversicherungsunternehmen¹⁵.

Diese Steuerfinanzierung führt zur Gefahr der "Quersubventionierung": Es wäre ein erheblicher Verfassungsverstoß, wenn die Steuermittel durch gesetzliche Krankenkassen auch dazu verwendet würden, für die Versorgung mit Zahnersatz niedrigere Beiträge zu erheben, als es privaten Krankenversicherungsunternehmen möglich wäre. Diese Quersubventionierung ist jedoch programmiert, weil am Ende des Jahres aufgrund von Fehlkalkulationen entstandene Defizite in der Versorgung mit Zahnersatz durch finanzielle Mittel aus der GKV ausgeglichen werden müssen. Sehr zweifelhaft ist ferner, ob sich das angestrebte Konkurrenzverhältnis zwischen der ungleich größeren, fast über eine Monopolstellung verfügenden GKV und der deutlich kleineren PKV bei der Versorgung mit Zahnersatz mit den Wettbewerbsvorschriften des europäischen Gemeinschaftsrechts in den Art. 81 ff. EGV vereinbaren lässt.

2.3.2 Verfassungsmäßigkeit einer partiellen oder totalen Ausgliederung der zahnmedizinischen Versorgung

Vernünftig und verfassungsrechtlich zulässig wäre eine Ausgliederung des Zahnersatzes, möglicherweise sogar der gesamten zahnärztlichen Versorgung aus dem Leistungskatalog der GKV bei gleichzeitiger Regelung einer entsprechenden privaten Pflichtversicherung, wie es Anträge der beiden Oppositionsfraktionen im Deutschen Bundestag in Bezug auf das Zahnersatzrisiko 2003 gefordert hatten. Einer solchen Ausgliederung stünde das in Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistete Grundrecht der Eigentumsgarantie nicht entgegen. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein konstituierendes Merkmal für den Eigentumsschutz einer sozi-

¹⁵ Helge Sodan, "Gesundheitsreform" ohne Systemwechsel – wie lange noch?, NJW 2003, S. 2581 (2583).

alversicherungsrechtlichen Position, dass diese der Existenzsicherung des Berechtigten zu dienen bestimmt ist. Dabei kommt es nicht darauf an, "ob ein Grundrechtsträger nach seinem Vermögensstand individuell mehr oder weniger auf den Bezug einer sozialversicherungsrechtlichen Leistung angewiesen ist. Es geht vielmehr um die objektive Feststellung, ob eine öffentlich-rechtliche Leistung ihrer Zielsetzung nach der Existenzsicherung der Berechtigten zu dienen bestimmt ist. Nicht das Bedürfnis des Einzelnen, sondern der Umstand ist entscheidend, dass eine Position der großen Mehrzahl der Staatsbürger zur existentiellen Sicherung dient ... Im Sozialversicherungsrecht werden vielfach Ansprüche auf Leistungen von ersichtlich nicht existentieller Bedeutung eingeräumt; solche Ansprüche unterliegen nicht der Eigentumsgarantie. ... Insbesondere ist der Gesetzgeber nicht durch einmal begründete Leistungsansprüche daran gehindert, den Belangen derjenigen, die noch keine Ansprüche erworben haben, zukünftig in einer dem Sozialstaatsgebot entsprechenden Weise Rechnung zu tragen"¹⁶.

Wendet man diese Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts an, so bestehen erhebliche Zweifel daran, ob die Ansprüche der beitragszahlenden Mitglieder der GKV auf die Versorgung mit Zahnersatz wirklich von "existentieller Bedeutung" sind. Zwar kann Zahnersatz unter Umständen für den betroffenen Patienten hohe Kosten verursachen; auf den individuellen Vermögensstand kommt es für den Eigentumsschutz einer sozialversicherungsrechtlichen Position nach der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur aber eben gerade nicht an. Gegen die objektive Feststellung, dass die Versorgung mit Zahnersatz ihrer Zielsetzung nach der Existenzsicherung der Mitglieder der GKV zu dienen bestimmt ist, spricht ferner der Umstand, dass gemäß § 30 II SGB V in jedem Fall ein erheblicher Eigenanteil der Versicherten an den Kosten für die Versorgung mit Zahnersatz verbleibt. Dass mit einer Ausgliederung der Versorgung mit Zahnersatz aus der GKV keine Leistungen von existentieller Bedeutung entfielen, ließe sich jedenfalls dann begründen, wenn zugleich eine private Pflichtversicherung für die Versorgung mit Zahnersatz einschließlich eines Kontrahierungszwangs privater Versicherungsunternehmen vom Gesetzgeber geregelt würde. Der Verband der privaten Krankenversicherung hatte im vergangenen Jahr zugesichert, seine Mitgliedsunternehmen würden im Falle einer Ausgliederung der Versorgung mit Zahnersatz aus der GKV ab dem Jahre 2004 jedes Mitglied dieser Sozialversicherung in Bezug auf Zahnersatz zu einem monatlichen Beitrag von rund 7,50 Euro versichern; Kinder wären beitragsfrei mitversichert. Dieser Beitrag sei "seriös unter Beachtung aller Vorschriften kalkuliert". Dabei handelt es sich um eine Summe, deren Aufwendung grundsätzlich kein Mitglied der GKV in existentielle Schwierigkeiten bringen dürfte; für eine Ausdifferenzierung nach oben hin wäre sogar noch Spielraum.

Eine Ausgliederung des Zahnersatzes aus dem Leistungskatalog der GKV ließe sich auch mit dem Grundrecht der Versicherten auf freie Entfaltung der Persönlichkeit vereinbaren. Insbesondere stünde einer solchen Ausgliederung ein grundrechtlich gewährleisteter Vertrauensschutz nicht entgegen. Anders als die kapitalgedeckte PKV beruht die GKV auf dem Umlageverfahren: "Der Sozialaufwand einer Periode kann nur durch Zahlungen derselben Periode finanziert werden. Die Sozialleistungen von heute können nur durch den Transfer von heute und die Sozialleistungen von morgen nur durch den Transfer von morgen finanziert werden. Es gibt folglich kein kollektives Sparen ... Das Umlageverfahren bedeutet ein Wirtschaften aus dem Au-

¹⁶ BVerfGE 69, 272 (303 f.).

genblick, ein unsicheres Leben ‚von der Hand in den Mund‘. ... Ein auf dem Umlageverfahren beruhendes Sozialleistungssystem kann letztlich keine Sicherheit garantieren, weil sein Fortbestand von der Opferbereitschaft und dem Leistungsvermögen künftiger Generationen abhängt¹⁷.

Aufgrund des Umlageverfahrens trägt ein Mitglied der GKV also mit seinen Beiträgen nur zur Sicherung eines aktuellen, überschaubaren Zeitraums bei; es finanziert nicht etwa langfristig in seine Zukunft. Ohne nennenswerte Rücklagen der GKV kann von vornherein kein von Verfassungs wegen gewährleisteter Schutz des Vertrauens darauf bestehen, mit den – auch für die Versorgung mit Zahnersatz – geleisteten Beiträgen eine langfristige Absicherung des entsprechenden Krankheitsrisikos erhalten zu haben. Diese Überlegungen sprechen somit gegen eine nachträgliche "Entwertung" der bereits geleisteten Beiträge zur GKV.

2.4 Alternativen zur Bürgerzwangsversicherung

2.4.1 Das Gesundheitsprämienmodell der CDU

Nach diesen spezifischen Überlegungen zur zahnärztlichen Versorgung ist auf die allgemeinen Modelle einer künftigen Ausgestaltung der PKV zurückzukommen. Insofern sollen auch die von der CDU und der FDP vorgeschlagenen Modelle jeweils einer kurzen Prüfung unterzogen werden.

Gegen die vom Parteitag der CDU im Dezember 2003 für die GKV vorgeschlagene Umstellung auf ein einkommensunabhängiges Prämiensystem bestehen, soweit es bislang bekannt ist, nach meiner Auffassung keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken – sofern man die Beibehaltung des umfangreichen Versichertenkreises in der GKV in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für verfassungsgemäß hält. Fraglich könnte allenfalls sein, ob der Bund für die angestrebten Neuregelungen die Gesetzgebungszuständigkeit aus dem Kompetenztitel "Sozialversicherung" hätte. Zwar baut das klassische Bild der Sozialversicherung auf dem Prinzip der versicherungsinternen Umverteilung und nicht auf einer Finanzierung über das Steuersystem auf. Das vom Bundesverfassungsgericht genannte Kriterium, wonach zur Sozialversicherung "jedenfalls die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit" gehört¹⁸, wäre aber erfüllt. Im Übrigen ist zu bedenken, dass die Finanzierung der gesetzlichen Rentenversicherung schon seit langem zu einem wesentlichen Teil aus Steuermitteln erfolgt. Ein Verstoß gegen das so genannte Sozialstaatsprinzip ist nicht erkennbar: Das Bundesverfassungsgericht billigt dem Gesetzgeber in ständiger Rechtsprechung einen sehr weiten Gestaltungsspielraum zu; wie der Gesetzgeber diesen Gestaltungsauftrag erfülle, sei "mangels näherer Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips" seine Sache¹⁹. Da das Prämienmodell den notwendigen sozialen Ausgleich über das Steuersystem vornehmen will, wäre dem Sozialstaatsprinzip unzweifelhaft Genüge getan.

¹⁷ Eberhard Eichenhofer, Sozialrecht, 3. Aufl. 2000, Rn. 60 f.

¹⁸ BVerfGE 75, 108 (146).

¹⁹ BVerfGE 100, 271 (284).

2.4.2 Einführung einer privaten Pflichtversicherung

Ein noch radikalerer Systemwechsel würde allerdings in der Abschaffung der GKV und der Einführung einer Pflicht zum Abschluss einer privaten Krankenversicherung für die medizinisch unbedingt notwendigen Leistungen liegen. Dieser im Juni 2004 auf dem Bundesparteitag der FDP beschlossene Vorschlag ist nicht so revolutionär, wie er auf den ersten Blick zu sein scheint. In diese Richtung zielten vielmehr bereits frühere Äußerungen des Sachverständigenrates für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen: Dieser sprach in seinem Sondergutachten 1995 von einer privaten Pflichtversicherung als "marktwirtschaftlicher Vision", welche "unter bestimmten Bedingungen die wohlfahrtsoptimale Finanzierungsform" darstelle: "Indem die private Pflichtversicherung jedem Bürger die für notwendig erachtete medizinische Versorgung sichert, erfüllt sie ihre Versicherungsaufgabe. Alle distributiven Funktionen, die im geltenden System die GKV wahrnimmt, verweist sie in den Bereich der Steuer- bzw. Transferpolitik"²⁰.

Die von der FDP vorgeschlagene Abschaffung der GKV und die Ersetzung durch eine private Pflichtversicherung dürfte grundsätzlich nicht gegen die Verfassung verstoßen. Eine Gesetzgebungskompetenz zur Regelung einer Sozialversicherung ist eben keine Gesetzgebungspflicht. Angesichts der im FDP-Modell enthaltenen sozialen Absicherung dürfte auch das Sozialstaatsprinzip nicht verletzt sein. Denn nach den Vorstellungen der FDP muss dann jedes Versicherungsunternehmen mit Kontrahierungszwang einen Pauschaltarif anbieten, der die Regelleistungen abdeckt und weder nach Geschlecht noch nach sonstigen Kriterien differenziert sein darf; Risikoprüfungen und Risikozuschläge sollen in diesem Tarif nicht zulässig sein. Zudem sieht das FDP-Modell vor, dass jeder Bürger durch staatliche Transfers in dem Umfang unterstützt wird, in dem er nicht in der Lage ist, die Prämie für den Pauschaltarif und den Selbstbehalt aus eigenen Kräften aufzubringen. Ein verfassungsrechtliches Problem besteht jedoch im Hinblick auf die Frage, ob für diese Regelungen eine Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes aus dem Kompetenztitel "privatrechtliches Versicherungswesen" bestünde. Ein von jedem individuellen Risiko gelöster gesetzlich geregelter einheitlicher Beitrag würde zu einer "Nivellierung der Prämien" führen, bei der das Bundesverfassungsgericht offenbar die Grenze zu einem nicht mehr "privatrechtlichen Versicherungswesen" als überschritten ansieht. Der auch in einer privatrechtlichen Versicherung grundsätzlich zulässige soziale Ausgleich ließe sich jedoch durch eine Begrenzung der Beiträge auf einen zumutbaren Höchstsatz erreichen. Im Übrigen müsste der Gesetzgeber zur Wahrung der Kompetenz des privatrechtlichen Versicherungswesens Raum für eine Differenzierung der Beiträge lassen.

2.4.3 Reduzierung des Versichertenkreises auf sozial Schutzbedürftige

Nach allem unterscheiden sich derzeit die Modelle von CDU und FDP zur Reform der Krankenversicherung deutlich voneinander. Worin könnte nun ein Kompromiss zu sehen sein, über den nach einem möglichen gemeinsamen Sieg bei der nächsten Bundestagswahl bereits in den der Bildung einer neuen Bundesregierung vorausgehenden Koalitionsverhandlungen gesprochen werden müsste? Dieser Kompromiss könnte darin liegen, dass die GKV zwar nicht abgeschafft, deren Versichertenkreis

20 Gesundheitsversorgung und Krankenversicherung 2000, Sondergutachten 1995, S. 163 (Nr. 561).

aber durch eine deutliche Senkung der Versicherungspflichtgrenze und eine Beseitigung der Möglichkeit zur freiwilligen Versicherung erheblich reduziert wird, und zwar – in Rückbesinnung auf die Ursprünge der deutschen GKV – auf die wirklich sozial Schutzbedürftigen²¹. Das wesentlich durch Otto von Bismarck beeinflusste Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter aus dem Jahre 1883 bezog in diese Sozialversicherung nur die Arbeiter mit den niedrigsten Löhnen ein und konzentrierte den Versicherungsschutz damit auf einen tatsächlich schutzbedürftigen Personenkreis, so dass der Krankenversicherung der Arbeiter seinerzeit lediglich etwa 10 Prozent der Bevölkerung im damaligen Deutschen Reich angehörten.

Gewiss lässt sich darüber streiten, welche Personen als sozial schutzbedürftig angesehen werden können. Eine genaue Grenze kann der Verfassung natürlich nicht entnommen werden. Der Gesetzgeber besitzt hier einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Bereits ein "Durchschnittsverdiener" dürfte aber nicht zum Kreis derer gehören, die in den Schutz einer Sozialversicherung einbezogen werden müssen. Im Vergleich zum Jahr 1883 ist das durchschnittliche Einkommen in Deutschland jedenfalls um ein Vielfaches gestiegen und damit auch die Möglichkeit zu einer eigenverantwortlichen Absicherung des Krankheitsrisikos. Einem Menschen, der sich wochenlange Urlaubsreisen zu leisten vermag, kann auch die private Absicherung seines Krankheitsrisikos zugemutet werden.

Eine auf die wirklich sozial Schutzbedürftigen reduzierte und damit erheblich "abgespeckte" GKV müsste dann – nach Wegfall eines Konkurrenzverhältnisses zur PKV – aus Steuermitteln gemäß Art. 120 Abs. 1 Satz 4 GG unterstützt werden. Nach dieser Vorschrift trägt der Bund die Zuschüsse zu den Lasten der Sozialversicherung. Mit dieser zur Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips beitragenden Steuerfinanzierung würde ein verfassungsrechtlich korrekter Weg beschritten und zugleich dem Grundgedanken des Prämienmodells Rechnung getragen. Auch die finanziell Leistungstärksten würden damit zur Unterstützung der sozial Schutzbedürftigen herangezogen, ohne zugleich selbst in eine Sozialversicherung gezwungen und einer unnötigen weiteren "Besteuerung" in Form von Sozialversicherungsbeiträgen unterworfen zu werden. Im Übrigen aber wäre die Krankenversicherung der PKV anzuvertrauen.

Mit der Eröffnung eines neuen erheblichen Marktes für die PKV würden mit großer Wahrscheinlichkeit neue Marktteilnehmer – gerade aus anderen EU-Mitgliedstaaten – hinzukommen. Diese könnten mit differenzierten und intelligenten Versicherungsangeboten für eine Intensivierung des Wettbewerbs unter den privaten Krankenversicherungsunternehmen sorgen. Alfred Herrhausen hat einmal zutreffend ausgeführt: Wettbewerb sorgt "dafür, dass wirtschaftliche Erfolge nicht zu pfründenreichen Erbhöfen führen, sondern ständig verteidigt und neu erarbeitet werden müssen".

21 siehe dazu im Einzelnen Helge Sodan, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung – Ein verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Beitrag zum Umbau des Sozialstaates, 1997, S. 328 ff.

3 Die Auswirkungen des GMG auf das zahnärztliche Berufsrecht und die Selbstverwaltung

Peter J. Tettinger, Köln

Das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz - GMG) vom 14.11.2003 (BGBl. I S. 2190) enthält diverse Neuerungen, denen beträchtliche Auswirkungen auf das zahnärztliche Berufsrecht und die Selbstverwaltung zukommen dürften. Bezug genommen wird im Folgenden zum einen auf veränderte Angebotsstrukturen auch für Zahnärzte als Leistungserbringer, wo Rechtsfragen der medizinischen Versorgungszentren und der integrierten Versorgung vor allem im Blickfeld stehen werden. Des Weiteren werden gewisse Positionsveränderungen zu Gunsten der Berufskammern als Selbstverwaltungsträger beleuchtet, die dadurch erfolgt sind, dass diesen Aufgaben im Zusammenhang mit der Pflicht zur fachlichen Fortbildung gemäß § 95d SGB V und für die Gestaltung von Inhalt und Struktur der elektronischen Gesundheitskarte (§ 291a SGB V) zugewiesen wurden. Als Drittes wären schließlich noch Auswirkungen der beschlossenen, aber wieder in Frage gestellten Regelungen zum Zahnersatz in § 55 ff. SGB V zu nennen, auf die jedoch hier nicht näher eingegangen werden soll.

3.1 Veränderte Angebotsstrukturen für Leistungserbringer

3.1.1 Modellvorhaben (§§ 63 ff. SGB V)

Nach wie vor finden sich innerhalb eines Abschnittes "Weiterentwicklung der Versorgung" Ermächtigungen an die Krankenkassen und ihre Verbände, im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgabenstellung zur Verbesserung der Qualität und der Wirtschaftlichkeit der Versorgung Modellvorhaben zur Weiterentwicklung der Verfahrens-, Organisations-, Finanzierungs- und Vergütungsformen der Leistungserbringung durchzuführen oder nach § 64 zu vereinbaren.²² Dort sind die zugelassenen Leistungserbringer oder Gruppen von Leistungserbringern als Partner ausdrücklich benannt. Solche Modellvorhaben können auch die Vermeidung einer unkoordinierten Mehrfachinanspruchnahme von Vertragsärzten durch Versicherte zum Gegenstand haben (§ 64 Abs. 4 SGB V).

Über nennenswerte Erfolge einer Nutzung dieses Instrumentariums wird bislang nicht berichtet. Ob das neu eingefügte Instrument der hausarztzentrierten Versorgung (§ 73b SGB V) neue Impulse bringt, kann hier offen bleiben, da diese Regelung Restriktionen für ambulante fachärztliche Leistungen enthält, nicht jedoch Zahnärzte und die zahnärztliche Behandlung, welche ja in § 72 Abs. 1 und § 73 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 2a SGB V separat aufgeführt sind, betrifft.

²² Zu rechtlichen Grenzen für solche Modellvorhaben siehe etwa BSG, Urteil vom 24.9.2002, GesR 2003, 184: Freiwilligkeit der Teilnahme für Versicherte.

3.1.2 Medizinische Versorgungszentren (§§ 95, 103 Abs. 4a SGB V)

Von wesentlich größerem Interesse für den Bereich der zahnärztlichen Berufsausübung dürfte die Änderung in § 95 SGB V sein, wonach an der vertragszahnärztlichen Versorgung auch zugelassene medizinische Versorgungszentren (MVZ) teilnehmen dürfen. Solche medizinischen Versorgungszentren werden als fachübergreifende ärztlich geleitete Einrichtungen beschrieben, in denen Ärzte, die in das Arztregister eingetragen sind, als Angestellte oder Vertragsärzte tätig sind. Es sind damit also zwei Grundvarianten eröffnet. Die medizinischen Versorgungszentren können sich nach dem Gesetzestext (Abs. 1 Satz 3) "aller zulässigen Organisationsformen bedienen". Sie können von den Leistungserbringern, die aufgrund von Zulassung, Ermächtigung oder Vertrag an der medizinischen Versorgung der Versicherten teilnehmen, gegründet werden, mithin auch von freipraktizierenden Zahnärzten. Die Zulassung erfolgt für den Ort der Niederlassung als Arzt oder den Ort der Niederlassung als medizinisches Versorgungszentrum (Vertragsarztsitz); so die wenig prägnanten Aussagen in § 95 Abs. 1 SGB V.

Um die Zulassung kann sich gemäß § 95 Abs. 2 Satz 5 SGB V ein medizinisches Versorgungszentrum bewerben, dessen Ärzte in das Arztregister eingetragen sind. Die Anstellung eines Arztes in einem zugelassenen medizinischen Versorgungszentrum bedarf der Genehmigung des Zulassungsausschusses. Diese Genehmigung ist zu erteilen, wenn die Voraussetzungen des vorgenannten Satzes 5 erfüllt sind. Für die in den medizinischen Versorgungszentren angestellten Ärzte gilt § 135 SGB V, der sich mit der Qualitätssicherung der Leistungserbringung befasst, entsprechend.

Die Zulassung des medizinischen Versorgungszentrums bewirkt gemäß § 95 Abs. 3 Satz 2 SGB V, dass die in dem Versorgungszentrum angestellten Ärzte – nicht das MVZ selbst – Mitglieder der für den Vertragsarztsitz des Versorgungszentrums zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung sind und dass das zugelassene medizinische Versorgungszentrum insoweit zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung berechtigt und verpflichtet ist. Ergänzend heißt es in § 103 Abs. 4a SGB, dass der Zulassungsausschuss, wenn ein Vertragsarzt in einem Planungsbereich, für den Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind, auf seine Zulassung verzichtet, um in einem medizinischen Versorgungszentrum tätig zu werden, die Anstellung zu genehmigen hat; eine Fortführung der Praxis nach § 103 Abs. 4 ist in diesem Falle nicht möglich. Soll die vertragsärztliche Tätigkeit in den Fällen der Beendigung der Zulassung nach Abs. 4 Satz 1 von einem Praxisnachfolger weitergeführt werden, so kann die Praxis auch in der Form weitergeführt werden, dass ein medizinisches Versorgungszentrum den Vertragsarztsitz übernimmt und die vertragsärztliche Tätigkeit durch einen angestellten Arzt in der Einrichtung weiterführt. Medizinischen Versorgungszentren ist die Nachbesetzung einer Arztstelle möglich, auch wenn Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind. Auf diese Art und Weise ist sichergestellt, dass auch in solchen Regionen, wo Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind, von dem Instrument des medizinischen Versorgungszentrums Gebrauch gemacht werden kann. § 101 Abs. 1 Satz 6 SGB V schreibt sub signo Überversorgung ausdrücklich vor, dass bei der Berechnung des Versorgungsgrades in einer Planungsregion die in einem MVZ angestellten Ärzte entsprechend ihrer Arbeitszeit anteilig zu berücksichtigen sind.

Aus berufsrechtlicher Sicht drängen sich hier – abgesehen von Zweifeln, inwieweit hier Privilegierungen des MVZ angelegt sind, die sich im Gegenüber zur Vertrags-

zahnarztpraxis am Maßstab des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht rechtfertigen lassen – vor allem drei Fragenkomplexe als diskussionswürdig auf. Zum einen geht es darum, ob und unter welchen Voraussetzungen auch zwei oder mehrere Zahnärzte ein solches MVZ zu gründen imstande sind, zum Zweiten bedarf der Klärung, was unter der Ermächtigung, alle zulässigen Organisationsformen zu nutzen, zu verstehen ist. Als Drittes sind die derzeit geltenden Zulassungsvoraussetzungen in § 20 Zahnärzte-ZV in den Blick zu nehmen, soweit ein gleichzeitiger beruflicher Einsatz im MVZ neben der Beibehaltung der eigenen vertragsärztlichen Praxis zur Diskussion steht.

a) Gründung eines MVZ durch Zahnärzte

Dass vertragszahnärztliche Leistungen in einem MVZ erbracht werden können, wird durch die alleinige Bezugnahme in § 95 Abs. 1 Satz 2 auf das Arztregister nach Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 nicht wirklich in Frage gestellt, wie sowohl die Überschrift zum Siebten Titel als auch §§ 72 Abs. 1 und 73 Abs. 2 SGB V sowie der Normzweck all dieser Bestimmungen signalisieren.

Es wurde jedoch die Frage aufgeworfen, ob die gemeinsame Tätigkeit eines Vertragszahnarztes etwa mit einem Kieferorthopäden die Voraussetzung einer fachübergreifenden Kooperation erfüllen kann. Hierzu wurde kürzlich seitens des zuständigen Fachministeriums signalisiert, diese Frage sei nach der (Muster-) Weiterbildungsordnung der Bundeszahnärztekammer zu entscheiden. Da danach die Kieferorthopädie ein eigenständiges Gebiet sei, werde bei einer gemeinsamen Tätigkeit von Zahnärzten und Kieferorthopäden in einem MVZ das gesetzliche Merkmal "fachübergreifend" erfüllt.²³ Es dürfte zunächst kein Anlass bestehen, diese Sichtweise in Frage zu stellen.

b) "Alle zulässigen Organisationsformen"

Was besagt nun aber die gesetzliche Formulierung "alle zulässigen Organisationsformen"?

Bei Orłowski/Wasem, Gesundheitsreform 2004, heißt es, "dass die Zentren sich aller juristischen Gestaltungsmöglichkeiten bedienen können, um die geforderte einheitliche Trägerschaft für das Leistungsangebot zu begründen ... Angefangen von den Personengesellschaften, über die Partnerschaftsgesellschaft bis hin zu den juristischen Personen des privaten Rechts (GmbH, AktG) sowie des öffentlichen Rechts sind alle Trägerformen möglich. Ob auch Zusammenschlüsse von Freiberuflern wie insbesondere die Partnerschaftsgesellschaft ‚Träger‘ eines Versorgungszentrums sein können, hängt davon ab, inwieweit die gewählte Rechtsform geeignet ist, als Träger eines Versorgungszentrums zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen zu werden. Denn zugelassen wird das Zentrum und nicht der in diesem Zentrum (angestellte) Arzt".²⁴ Insofern steht diese Aussage im Einklang mit der amtlichen Begründung, wo es heißt: "Medizinische Versorgungszentren müssen fachübergreifend tätig sein. Medizinische Versorgungszentren können als juristische Personen, z. B. als

²³ Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit und Soziale Sicherung vom 31.8.2004 (Nr. 497/0209 2004).

²⁴ A. a. O., 2004, S. 83.

GmbH oder als Gesamthandgemeinschaft (BGB-Gesellschaft) betrieben werden. Sie dürfen nur von Leistungserbringern, die an der medizinischen Versorgung der Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung teilnehmen, gegründet werden."²⁵

In einer ersten Stellungnahme sieht H. Butzer durch § 95 Abs. 1 SGB V insgesamt vier zentrale Felder des ärztlichen Berufsrechts betroffen. Zum einen setze sich die Bestimmung souverän über das in sechs Bundesländern landesrechtlich bestimmte Verbot der gemeinschaftlichen Berufsausübung in der Rechtsform einer juristischen Person hinweg und sei überdies in diesen sechs sowie in den anderen zehn Bundesländern unvereinbar mit den aufgrund der jeweiligen Landesgesetze ergangenen Satzungsbestimmungen der ärztlichen Berufsordnungen, die kapitalgesellschaftliche oder personenhandelsgesellschaftliche Zusammenarbeitsformen bislang untersagten. § 95 Abs. 1 Satz 2 SGB V verabschiede des Weiteren den im ärztlichen Berufsrecht festgelegten Grundsatz der Freiberuflichkeit, der jedenfalls nach bisherigem Verständnis die Tätigkeit des ambulant tätigen Arztes in einem Anstellungsverhältnis ohne Eigeninvestitionen ausschließe. Ferner ignoriere der Bundesgesetzgeber in der gleichen Norm die Beschränkungen fachübergreifend-interdisziplinärer Tätigkeitsformen und Kooperationen in den ärztlichen Berufen und schließlich werde das Verbot sektorübergreifender Tätigkeit mit Blick auf die Zielsetzung ambulanter und zugleich stationärer Versorgung aufgehoben.²⁶ Damit wird diese Vorschrift als originäre Öffnungsklausel für kapitalgesellschaftliche Organisationsformen auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand gestellt.

Eine solche Argumentation ist jedoch keineswegs zwingend. Bemerkenswert ist die Stellungnahme von U. Orłowski, Ministerialdirigent im zuständigen Fachministerium, der jüngst bekundete, die Zentren könnten in allen Rechtsformen errichtet werden, die eine Zulassung des Zentrums zur vertragsärztlichen Versorgung trügen. Die Arzt- oder Zahnarzt-GmbH sei damit "sozialversicherungsrechtlich vorgegeben" (!). Die damit aufgeworfene Problematik der Normenkollision zwischen Sozialversicherungsrecht und ärztlichem Berufsrecht wird zwar gesehen, aber jenseits der grundgesetzlichen Kompetenzordnung pragmatisch beiseite gewischt, wenn es fröhlich heißt: "Berufsrechtliche Regelungen, die dem noch entgegenstehen, werden anzupassen sein".²⁷ Damit wird freilich indirekt eingestanden, dass § 95 Abs. 1 Satz 3 SGB V keineswegs "self-executing" ist, sondern eine rechtssystematisch zutreffende Interpretation nur lauten kann: "Zulässig" ist eine Organisationsform erst dann, wenn sie (landes-) berufsrechtlich zugelassen ist.

Was die damit nach wie vor maßgebliche derzeitige Rechtslage angeht, so soll zunächst an eigene Ausführungen aus dem Jahre 2002 angeknüpft sein,²⁸ wo zu der Problematik der Nutzung kapitalgesellschaftlicher Rechtsformen in den Heilberufen das Folgende ausgeführt wurde:

Einzelpraxis, Gemeinschaftspraxis, Praxisgemeinschaft, Partnerschaftsgesellschaft und angestellter Praxisarzt sind im Rahmen der normativen Vorgaben hierzulande durchgängig anerkannte Organisationsformen für die Heilberufe. Der Streit um die "Ärzte-GmbH" resp. "Zahnärzte-GmbH" ist in Deutschland aber nach wie vor noch nicht endgültig ausgefochten. Gleichwohl besteht kein Anlass für pathetische War-

25 BT-Dr. 15/1525, S. 107.

26 MedR 2004, 177 (178 f.).

27 MedR 2004, 202 (203).

28 NWVBl. 2002, 20 (22 f.).

nungen,²⁹ sondern eher Bedarf an subtiler Feldforschung und argumentativem Gedankenaustausch. Der Bundesgerichtshof hatte die Berufsausübung im Rahmen einer "Zahnärzte-GmbH" unter Hinweis auf grundrechtliche Gewährleistungen auch für juristische Personen des Privatrechts gemäß Art. 12 Abs. 1 GG, ohne sich allerdings mit Art. 19 Abs. 3 GG hinreichend sorgfältig auseinander zu setzen,³⁰ nicht beanstandet³¹, und eine breite Literaturlauffassung von prominenten Fachvertretern des Zivilrechts war dieser Sichtweise gefolgt.³² Als Beleg für die Stimmigkeit dieser Einschätzung wird namentlich auf die Rechtsentwicklung der letzten Jahre im Bereich anderer freier Berufe wie Architekten und beratende Ingenieure, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sowie Rechtsanwälten verwiesen, bei denen die Rechtsformen der GmbH und AG inzwischen durchgängig akzeptiert werden.

Die (Muster-) Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte i. d. F. der MBO-Ä 1997, die vom 100. Deutschen Ärztetag in Eisenach beschlossen worden ist,³³ enthielt in § 17 Abs. 1 die Aussage, dass die Ausübung ambulanter ärztlicher Tätigkeit außerhalb von Krankenhäusern einschließlich konzessionierter Privat-Krankenanstalten an die Niederlassung in eigener Praxis gebunden ist, soweit nicht gesetzliche Vorschriften etwas anderes zulassen. In § 19 wurde darüber hinaus statuiert: "Der Arzt muss seine Praxis persönlich ausüben. Die Beschäftigung eines ärztlichen Mitarbeiters in der Praxis (angestellter Praxisarzt) setzt die Leitung der Praxis durch den niedergelassenen Arzt voraus. Der Arzt hat die Beschäftigung des ärztlichen Mitarbeiters der Ärztekammer anzuzeigen."³⁴

Das Heilberufsgesetz NRW vom 9.5.2000 (GVBl. S. 403) bestimmt nach wie vor in § 29 Abs. 2, dass die Ausübung ärztlicher und zahnärztlicher Tätigkeit außerhalb von Krankenhäusern an die Niederlassung in eigener Praxis gebunden ist, soweit nicht gesetzliche Bestimmungen etwas anderes zulassen. Letzterer Hinweis dürfte freilich nur als Weiterverweisung auf spezielle berufsrechtliche Regelungen, schon mit Rücksicht auf verfassungsrechtliche Barrieren, aber nicht als dynamische Verweisung zu Gunsten auch des Bundesgesetzgebers zu verstehen sein. Die gemeinsame Führung einer Praxis wird nur für zulässig erachtet, wenn die Beteiligten die Berechtigung zur Ausübung des ärztlichen oder zahnärztlichen Berufs besitzen. Noch deutlicher wird diese Anforderung im Bayerischen Heilberufe-Kammergesetz herausgestellt, wo es in § 18 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich heißt: "Die Führung einer ärztlichen Praxis in der Rechtsform einer juristischen Person des privaten Rechts ist nicht statthaft."

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat übrigens bereits bekräftigt, dass dieses Verbot weder gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit noch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt.³⁵

29 In diese Richtung könnte aber etwa der Titel einer Monographie von G. Ganster deuten: "Freier Beruf und Kapitalgesellschaft - das Ende der freien Professionen?", 2000.

30 Dazu ausführlich P. J. Tettinger, Juristische Personen des Privatrechts als Grundrechtsträger, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2004 (im Druck).

31 BGHZ 124, 224 ff.

32 Siehe insbes. J. Taupitz, NJW 1996, 3033; M. Henssler, ZIP 1994, 844; H.-J. Rieger, MedR 1995, 87; G. Ring, Werberecht der Ärzte, 1999, S. 183 ff.

33 Abdruck in NJW 1997, 3076 ff.

34 Gesetz über die Berufsausübung, die Berufsvertretungen und die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker (Heilberufes-Kammergesetz – HKaG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.7.1994 (GVBl. S. 853, berichtigt 1995, S. 325).

35 BayVerfGH, DVBl. 2000, 1052 ff. = BayVBl. 2000, 558 ff.

Eine entsprechende landesgesetzliche Regelung gilt etwa auch in Berlin und in Brandenburg. Dagegen hat sich Sachsen-Anhalt in § 19 Abs. 3 des Gesetzes über die Kammern für Heilberufe³⁶ durch eine sehr offene Formulierung³⁷ letztlich wohl für die Zulassung der Ärzte-GmbH entschieden.³⁸ Auch wenn solche Zersplitterungen des Rechts in einem föderalistisch strukturierten Staatswesen als misslich erscheinen, so sind sie doch als Konsequenz der Kompetenzregelung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG hinzunehmen.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof erkennt in der Fixierung des Berufsbilds des selbstständigen, in freier Praxis niedergelassenen Arztes in Bayern eine durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigte Regelung, die durch spezifisch heilberufliche, allgemein freiberufliche und auf Mittelstandsförderung bezogene Überlegungen gestützt werde. Auch der Verbraucherschutz wird wegen der rechtsformentsprechend unterschiedlichen Gestaltung für den Patienten bemüht³⁹, obgleich Negativwirkungen insoweit etwa durch eine Versicherungspflicht, wie sie nunmehr in der BRAO verankert ist, minimiert werden könnten. Eine Ungleichbehandlung von Ärzten im Verhältnis zu Tierärzten und Zahnärzten wird seitens des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs verneint, weil die genannte Bestimmung eben für alle diese Heilberufe gilt. Eine unzulässige Ungleichbehandlung gegenüber Krankenhäusern liege schon deshalb nicht vor, weil im Gegensatz zu den in freier Praxis niedergelassenen Ärzten ein Krankenhaus nicht die ambulante ärztliche Grundversorgung der Patienten sicherstelle, sondern auf ambulantem Gebiet nur einschränkend tätig sei.⁴⁰

Dieses Judikat eines Landesverfassungsgerichts wird im Übrigen durch die bisherige verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung argumentativ gestützt. So hat das OVG NRW durch Urteil vom 14.9.2000 bekräftigt, dass die Genehmigung einer Ausnahme von der Bindung ambulanter ärztlicher Tätigkeit an die Niederlassung in eigener Praxis in Nordrhein-Westfalen deshalb abgelehnt werden kann, weil die Anstellungseinrichtung eine GmbH ist und das Vordringen von Kapitalgesellschaften im Gesundheitsbereich verhindert werden soll.⁴¹ Auch der VGH Baden-Württemberg hat wiederholt betont, dass die Ausübung des ärztlichen Berufs in eigener Praxis an die Niederlassung gebunden ist: Der ärztliche Beruf solle nicht nur überhaupt ortsgebunden, er solle obendrein nur an einem Ort ausgeübt werden.⁴²

Vor diesem Hintergrund sei aus der Perspektive eines Fachvertreters des Öffentlichen Rechts vor einer Missachtung vorhandener landesrechtlicher Regelungen, wie sie sowohl in Nordrhein-Westfalen als auch in Bayern verfügbar sind, dringend gewarnt. Die Berufsausübenden in den freien Heilberufen sind nach wie vor gut beraten, wenn sie kompetenzgemäß erlassene landesrechtliche Vorgaben, die im Übrigen nach wie vor in weiterführenden vertragsarztbezogenen Regelungen⁴³ ihre konsequente Fortsetzung finden, ernstnehmen.

36 Gesetz vom 13.7.1994 (GVBl. S. 832), zuletzt geändert durch Gesetz vom 9.7.1996 (GVBl. S. 220).

37 In der ursprünglichen Fassung des Regierungsentwurfs las sich dies auch dort noch anders; vgl. LT-Dr. 1/3394, S. 8 und 17.

38 Vgl. dazu G. Ganster, a. a. O., S. 580.

39 BayVerfGH, a. a. O., S. 1054 f.

40 So BayVerfGH, a. a. O., S. 1055.

41 Urteil vom 14.9.2000 - 13 A 2633/98 -, NWVBl. 2001, 99 (inzwischen rechtskräftig).

42 Zuletzt VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 16.5.2000 - 9 S 1445/99 -, DVBl. 2000, 1775 unter Bezugnahme auf § 17 f. BO-Ä mit Blick auf die Aufteilung einer Praxis auf Räumlichkeiten an mehreren Orten ("ausgelagerte Praxisräume").

43 Beispielhaft sei auf § 98 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 13 SGB V i. V. m. §§ 20 Abs. 2, 24 Abs. 1 Zahnärzte-ZV verwiesen.

Soweit die Situation de lege lata. Rechtspolitische Änderungswünsche werden sowohl von Humanmedizinern als auch von Zahnärzten erhoben.

Der Deutsche Ärztetag ist in die Offensive gegangen und versucht, durch eine auf "Waffengleichheit" zwischen freiberuflicher Einzelpraxis und MVZ bedachte Novellierung der (Muster-) Berufsordnung den Druck auf die Landesgesetzgeber zu erhöhen.

Trotz erheblicher Bedenken der Ärzte- und Zahnärzteschaft, dass durch die Zulassung von Versorgungszentren die Grenzziehung zwischen freiberuflicher Praxis und gewerblicher Klinik zusehends verwischt und das direkte Arzt-Patienten-Verhältnis untergraben werden könnte, wird angesichts der aktuellen Gesetzgebung im SGB V eine Liberalisierung des Berufes mit einem vielfältigen Bild unterschiedlicher Organisationsformen auch für die ambulante Tätigkeit in der Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde angestrebt und damit eine Linie verfolgt, die der 107. Deutsche Ärztetag im Mai 2004 in Bremen mit Novellierung von Vorschriften der (Muster-) Berufsordnung in § 17 (Niederlassung und Ausübung der Praxis), § 18 (Berufliche Kooperation), § 18a (Ankündigung von Berufsausübungsgemeinschaften und sonstige Kooperationen), § 19 (Beschäftigung angestellter Praxisärzte), § 23a (Ärztegesellschaften), § 23b (Medizinische Kooperationsgemeinschaft zwischen Ärzten und Angehörigen anderer Fachberufe) sowie § 23c (Beteiligung von Ärzten an sonstigen Partnerschaften) und § 23d (Praxisverbund) eröffnet hatte. Fraglich ist jedoch nach wie vor, inwieweit die einzelnen Landesgesetzgeber bereit sein werden, die hierfür notwendigen Gesetzesnovellierungen vorzunehmen.

Daher auch heute nach wie vor gültiges Fazit: Die konkrete Zulassungsentscheidung wird sich als maßgeblich erweisen, wie auch § 103 Abs. 4a SGB V signalisiert. In diesem Kontext ist auch ein möglicher kodexinterner Widerspruch zu § 98 Abs. 2 Nr. 13 SGB V zu klären, wonach die Zulassungsverordnungen Vorschriften enthalten müssen über die Voraussetzungen, unter denen nach den Grundsätzen der Ausübung eines freien Berufs die Vertragsärzte angestellte Ärzte in der vertragsärztlichen Versorgung beschäftigen dürfen oder die vertragsärztliche Tätigkeit gemeinsam ausüben können. Dort ist eindeutig eine Bezugnahme auf das verfassungsrechtlich relevante, in Art. 12 Abs. 1 GG verankerte Berufsbild des Arztes zu registrieren. Hier stellen sich intrikate Fragen, die seitens eines Landes durch eine gegen § 95 SGB V gerichtete Normenkontrollklage vor dem Bundesverfassungsgericht geklärt werden können, aber ggf. auch durch Konkurrentenklagen frei praktizierender Zahnärzte vor den Verwaltungsgerichten gegen eine entsprechende Zulassungsentscheidung für ein MVZ.⁴⁴

Eine entscheidende Rolle spielt hier letztlich im Gegenüber zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Sozialversicherung) die Auslegung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG, der sich zuletzt der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung zum Altenpflegegesetz ausführlich gewidmet hat – mit überzeugendem Ergebnis, ohne freilich die Abschiebung zwischen Heilberufen und Heilgewerbe auch nur annähernd befriedigend ausgeleuchtet zu haben.⁴⁵ Schließlich stellt diese Kompetenzbestimmung anerkanntermaßen "keine Globalermächtigung des Bundes für den Bereich

44 Hingewiesen sei insoweit auf die Erwägungen in einem kürzlichen Kammerbeschluss des BVerfG zur Krankenhausplanung; BVerfG(K), GewArch. 2004, 296 f.

45 Urteil vom 24.10.2002, BVerfGE 106, 62 (104 ff.); siehe dazu auch bereits ein Urteil vom 16.2.2000, BVerfGE 102, 26 (36 f.); P. Lerche, DVBl. 1981, 609 ff.; K. Stern/P. J. Tettinger, Normative Gestaltungsmöglichkeiten zur Verbesserung der Qualität der medizinischen Ausbildung, 1982; P. J. Tettinger, NWVBl. 2002, 20 (21 f.).

des Gesundheitswesens" dar, sondern dort sind lediglich "enumerativ und spezifisch einige Felder aufgeführt", bei denen der Bund "normierungsbefugt" ist.⁴⁶ Hier geht es aber nicht um originäre Fragen des Sozialversicherungsrechts als eines körperchaftlichen Leistungsrechts, sondern um spezielle Vorgaben für eine bestimmte Berufsgruppe von Leistungserbringern und damit um die dem Landesrecht überlassene gesonderte Gesetzesthematik der ärztlichen Berufsausübung.

Zu dem föderalistischen Gesetzgebungskonkurrenzverhältnis allgemein kann noch auf das Urteil des Ersten Senats des BVerfG vom 27.8.1998⁴⁷ zum Bay. Schwangerehilfeergänzungsgesetz sowie auf das Urteil des Zweiten Senats vom 10.2.2004 zur Straftäterunterbringung⁴⁸ verwiesen werden. Der Vorrang des Landesberufsrechts ist seitens des BSG jedenfalls in Urteilen vom 18.6.1997⁴⁹ und vom 18.3.1998⁵⁰ hinreichend deutlich bekundet worden.

c) Zulassungsvoraussetzungen in § 20 Abs. 1 Zahnärzte-ZV

Intrikate Frage wirft in diesem Kontext vor dem Hintergrund des Art. 17 GMG mit Einführung des § 1 Abs. 3 Zahnärzte-ZV auch die Zulassungsvoraussetzung in § 20 Abs. 1 Zahnärzte-ZV auf, wonach für die Ausübung vertragsärztlicher Tätigkeit ein Zahnarzt nicht geeignet ist, der wegen eines Beschäftigungsverhältnisses für die Versorgung der Versicherten persönlich nicht in dem erforderlichen Maße zur Verfügung steht. Diese Bestimmung ist zentral im Blick, wenn es etwa um den gleichzeitigen Einsatz eines Zahnarztes in einem MVZ neben der von ihm beibehaltenen vertragszahnärztlichen Praxis geht. Zu dieser Thematik sei auf eine Publikation von U. Wenner (vgl. September-Heft 2004 von GesR) verwiesen.

Dort wurde auf der Grundlage der detailliert dargestellten Entwicklungsstufen bei den Rechtsprechungslinien des BSG als entscheidend angesehen, in welchem zeitlichen Umfang der Bewerber durch das Beschäftigungsverhältnis in Anspruch genommen werde. Als höchstmöglicher zeitlicher Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses war dort ein Drittel der üblichen, regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit angenommen. Hierin waren sowohl Überlegungen zu dem vertragsärztlichen Versorgungsauftrag als auch Aspekte der Bedarfsplanung eingeflossen, welche gerade auch im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Vertragsärzten im MVZ mit zu berücksichtigen seien, da jedenfalls verhindert werden müsse, dass ein Vertragsarzt im Ergebnis bei der Bedarfsplanung doppelt gezählt werde. Nach wie vor sei an dem Grundsatz festzuhalten, dass die vertragsärztliche Tätigkeit deutlich erkennbar den Schwerpunkt der aktiven, auf Erwerb ausgerichteten Tätigkeit des Zulassungsbewerbers bilden müsse.

46 So BVerfGE 102, 26 (37).

47 BVerfGE 98, 265 ff.

48 BVerfGE 109, 190 ff.

49 BSGE 80, 256 (259).

50 BSG, SozR 3-2500 § 135 SGB V, 37 (41).

3.1.3 Integrierte Versorgung (§§ 140a, 140b SGB V)

§ 140a Abs. 1 Satz 1 SGB V lässt Verträge von Krankenkassen über eine verschiedene Leistungssektoren übergreifende Versorgung der Versicherten oder eine interdisziplinär-fachübergreifende Versorgung mit in § 140b Abs. 1 genannten Vertragspartnern zu, zu denen einzelne, zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassene Zahnärzte, aber auch Träger von Einrichtungen nach § 95 Abs. 1 Satz 2 oder deren Gemeinschaften zählen. Die Diskussion über die medizinischen Versorgungszentren wird damit auch einen wichtigen Baustein für die Erfolgsaussichten des Instruments der integrierten Versorgung darstellen.

Bemerkenswert ist hier, dass nach § 140b Abs. 4 SGB V äußerst weitgehende vertragliche Abweichungen von geltenden Vorschriften des Gesundheitswesens zugelassen werden, nach Satz 2 sogar eine Befreiung vom Grundsatz der Beitragssatzstabilität für Verträge, die bis zum 31.12.2006 abgeschlossen werden, erfolgt.

3.2 Positionsveränderungen zu Gunsten der Kammern im GMG

3.2.1 Relevante Gesetzesergänzungen

Das GMG hat in SGB V mit § 95d und § 291a zwei neue Vorschriften eingefügt, in denen die Bundeszahnärztekammer (im Folgenden: BZÄK) mit ihrem Namen respektive als Arbeitsgemeinschaft der Zahnärztekammern auf Bundesebene ausdrücklich aufgeführt ist.

a) Nachweis über die Erfüllung der Fortbildungspflicht gemäß § 95d SGB V

Durch § 95d Abs. 1 SGB V wird der Vertragsarzt verpflichtet, sich in dem Umfang fachlich fortzubilden, wie es zur Erhaltung und Fortentwicklung der zu seiner Berufsausübung in der vertragsärztlichen Versorgung erforderlichen Fachkenntnisse notwendig ist. Die Fortbildungsinhalte müssen dem aktuellen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse auf dem Gebiet der Medizin resp. Zahnmedizin entsprechen. Sie müssen frei von wirtschaftlichen Interessen sein.

§ 95d Abs. 2 SGB V widmet sich den vom Vertragsarzt beizubringenden Fortbildungsnachweisen und trifft Aussagen über den Zeitraum der Gültigkeit solcher Nachweise und über den personellen Anwendungsbereich der Vorschrift.

§ 95d Abs. 6 SGB V enthält sodann noch eine nähere Zuweisung von Regelungskompetenzen wie folgt:

"Die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen regeln im Einvernehmen mit den zuständigen Arbeitsgemeinschaften der Kammern auf Bundesebene den angemessenen Umfang der im Fünfjahreszeitraum notwendigen Fortbildung."

b) Beteiligung an der Gestaltung der elektronischen Gesundheitskarte gemäß § 291a SGB V

§ 291a SGB V sieht in Abs. 1 die Erweiterung der bestehenden Krankenversicherungskarte nach § 291 Abs. 1 bis spätestens zum 1.1.2006 zu einer elektronischen Gesundheitskarte vor. Diese Karte muss bestimmte Angaben enthalten und geeignet sein, bestimmte Anwendungen zu unterstützen, insbesondere das Erheben, Bearbeiten und Nutzen medizinischer Daten.

Gemäß § 291a Abs. 3 vereinbaren "die Spitzenverbände der Krankenkassen mit der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung, der Bundesärztekammer, der Bundeszahnärztekammer, der Deutschen Krankenhausgesellschaft sowie der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene das Nähere über Inhalt und Struktur für die Bereitstellung und Nutzung der Daten nach Satz 1."

§ 291a Abs. 7 bestimmt, dass "die Spitzenverbände der Krankenkassen, die Kassenärztliche Bundesvereinigung, die Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung, die Bundesärztekammer, die Bundeszahnärztekammer, die Deutsche Krankenhausgesellschaft sowie die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildete maßgebliche Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene die Schaffung der, insbesondere für die Einführung der elektronischen Gesundheitskarte, des elektronischen Rezeptes und der elektronischen Patientenakte, erforderlichen Informations-, Kommunikations- und Sicherheitsinfrastruktur vereinbaren."

3.2.2 Erste Folgerungen

Im Anschluss an diese erste Textsichtung kann bereits festgehalten werden, dass im erstgenannten Komplex nebeneinander die durch Landesgesetz gebildeten Zahnärztekammern sowie die Arbeitsgemeinschaft der Kammern dieses Berufes auf Bundesebene und im zweiten Themenkreis die "Bundeszahnärztekammer" unter den als Spitzenverbänden von Leistungserbringern⁵¹ dort einbezogenen Akteuren jeweils im Gesetz ausdrücklich aufgeführt sind. Hieraus ergeben sich für die BZÄK Aufgabenstellungen, deren Übernahme eine Vergewisserung zum einen über den rechtlichen Status der BZÄK und zum anderen über die ihren Mitgliedern gegenüber bestehenden satzungsmäßigen Verpflichtungen voraussetzt.

a) Zum rechtlichen Status der BZÄK

Ausweislich § 1 der Satzung der BZÄK handelt es sich um einen eingetragenen Verein, der den Namen "Bundeszahnärztekammer – Arbeitsgemeinschaft der Deutschen Zahnärztekammern e. V." führt und sich als Verband versteht, der als Zusammenschluss der auf Landesebene gebildeten Zahnärztekammern bzw. entsprechender oberster Berufsvertretungen in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland agiert. Damit fungiert die BZÄK als privatrechtlich statuerter Dachverband von Kammern

⁵¹ Siehe dazu auch U. Orłowski/J. Wasem, Gesundheitsreform 2004, 2003, S. 38.

eines Freien Berufes⁵² und reiht sich so als so genannte Spitzenorganisation ein in vergleichbare Organisationseinheiten anderer freiberuflicher Kammern und auch von Wirtschaftskammern⁵³ wie der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK)⁵⁴ und der Deutsche Handwerkskammertag (DHKT)⁵⁵. Der Zusammenschluss zu einem bundesweit operierenden Verband in Formen des Privatrechts zum Zwecke einer kontinuierlichen Koordination ist eine vor allem bei fehlender Gesetzgebungskompetenz des Bundes naheliegende, aber auch darüber hinaus gewohnte Typengruppe, die insgesamt in Rechtsprechung und Lehre Anerkennung gefunden hat.⁵⁶ Das Bayerische Landesrecht kennt diesbezüglich sogar seit längerem ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungen (wie in Art. 10 Abs. 2, 46 des Bay. Heilberufe-KammerG). Da also der BZÄK – insofern anders als den durch Bundesgesetz errichteten Dachorganisationen wie der Bundesrechtsanwaltskammer oder der Bundesnotarkammer – keine Körperschaftsqualität zukommt, ist sie auch nicht einer bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts aus demokratisch-rechtsstaatlichen Gründen notwendigen Staatsaufsicht unterworfen.⁵⁷ Auch eine Einflussnahme von Länderaufsichtsbehörden in Gestalt von punktuellen themenbezogenen Vorgaben für einzelne Mitglieds-kammern, die ja den Status einer aufsichtsunterworfenen öffentlich-rechtlichen Körperschaft haben, dürfte in der Tat ausscheiden, da solche Ingerenzen allenfalls auf ein – als rechtswidrig empfundenenes – jeweiliges individuelles Stimmverhalten der betreffenden Kammer abstellen könnten, nicht aber auf Bewertungen einer gesamtheitlichen Willensbildung innerhalb einer privatrechtlichen Organisation.

Da im Übrigen ohnedies lediglich eine Ermächtigung von auf Landesebene errichteten freiberuflichen Kammern zum Zusammenschluss auf Bundesebene besteht, sei es aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Verankerung wie in Bayern, sei es auf der Basis einer allgemeinen kammerrechtlichen Normexegese mit Blick auf die legitime Zwecksetzung der betreffenden Kammer, nicht aber eine Verpflichtung zu diesem Schritt, dürfte auch aus diesem Blickwinkel der Durchgriff auf die Organisation und die Tätigkeit eines solchen Vereins ausscheiden, jedenfalls, soweit er sich bei seiner Aufgabenwahrnehmung nicht außerhalb des gesetzlich statuierten Aufgabenfeldes der Landeskammern bewegt.⁵⁸

b) Satzungsmäßige Verpflichtungen der BZÄK ihren Mitgliedern gegenüber

Da der Dachverband einer freiberuflichen Kammer, wie inzwischen durch Rechtsprechung mehrfach belegt,⁵⁹ nur Aufgaben wahrnehmen darf, die seinen Mitglieds-kammern gestellt sind, kommt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens

52 Schon im Ansatz verfehlt ist es, ihr einen "quasi öffentlich-rechtlichen Charakter" zuzusprechen; so aber F. F. Stobrawa, Die ärztlichen Organisationen in der Bundesrepublik Deutschland, 1979, S. 53.

53 Zu den Zusammenschlüssen regional operierender Kammerorganisationen als Spitzenverbänden zur übergreifenden Wahrnehmung gemeinsamer Interessen näher P. J. Tettinger, Kammerrecht, 1997, S. 227 ff. m.w.N.

54 Dazu Frenz/Jäkel/Junge, IHK-Gesetz, Komm., 6. Aufl. 1999, Einführung Rn. 19.

55 Siehe hierzu etwa H.-J. Musielak/St. Detterbeck, Das Recht des Handwerks, 3. Aufl. 1995, § 91 Rn. 11 ff. m.w.N.

56 Vgl. dazu insbes. OVG NRW, NJW 1975, 1474 f.; P. J. Tettinger, a. a. O., S. 231 ff.; W. Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 477 ff.

57 Dazu BVerfGE 107, 59 ff. zum Wasserverbandsrecht für den Gesamtbereich der sog. funktionalen Selbstverwaltung; für das Kammerwesen vorher bereits P. J. Tettinger, a. a. O., S. 236 ff.

58 Siehe etwa zum Fragenkreis der Tätigkeitsfelder sowie der Organisationsstruktur von DHKT und ZDH – ohne Gesellenbeteiligung – H.-J. Musielak/St. Detterbeck, a. a. O., Rn. 12 f.

59 Nachweise bei P. J. Tettinger, a. a. O., S. 232 ff. – Besondere Brisanz entwickelte dabei die Thematik der Mitgliedschaft von Kammern in privatrechtlichen Organisationen wie einem Landes- bzw. dem Bundesverband Freier Berufe e. V.; dazu ders., a. a. O., S. 152 ff., 156 ff.; OVG NRW, NWVBl. 2000, 425 (mit krit. Anm. S. 429 f.).

der jeweiligen Satzung zentrales Gewicht zu. Auch im vorliegenden Kontext wird man daher die satzungsmäßigen Aufgabenstellungen mit besonderer Sorgfalt in den Blick nehmen müssen. Einschlägige Satzungsnorm ist hier § 2, der die Ziele und Aufgaben des Verbandes beschreibt. Ziel des Verbandes ist nach Ziffer 1 die Förderung und Vertretung der gesundheitspolitischen und beruflichen Belange der deutschen Zahnärzte sowie einer fortschrittlichen, wissenschaftlichen Erkenntnis Rechnung tragenden Zahnheilkunde und deren Ausübung in freier Entscheidung durch Zahnarzt und Patient. Hieraus ergeben sich gemäß Ziffer 2 für den Verband Aufgaben und Pflichten, die dort beispielhaft aufgelistet sind.

Ohne dass es hier darauf ankäme, eine Abgrenzung einzelner Aufgabenbereiche vorzunehmen oder Überschneidungen herauszustellen, lässt sich feststellen, dass Aufgaben wie die in § 95d und § 291a SGB V – neu – verankerten unter mehreren Aspekten geradezu im Zentrum der Aufgabenstellung einer Bundesdachorganisation der Zahnärzte liegen. Der Aspekt der beruflichen Fortbildung ist dabei sogar ausdrücklich aufgeführt.⁶⁰

Ausweislich dieser satzungsmäßig verankerten Aufgabenstellungen fügt sich die BZÄK nahtlos ein in das gängige Erscheinungsbild von freiberuflichen Kammerorganisationen als dem Typus der interessenvertretenden Selbstverwaltung zugehörig.⁶¹ Speziell für Ärztekammern wurde im Übrigen in der Literatur bereits herausgestellt, dass bei ihnen die Interessenwahrnehmung zu den wichtigsten Aufgaben gehöre, weil sie in besonderer Weise Integrationseffekte erzeuge: "Einmal Integration der Kammerangehörigen als Interessengruppe; zum anderen Integration der ärztlichen Standesinteressen in den Prozess der Staatswillensbildung und Entscheidungsfindung."⁶² Dies gilt im besonderen Maße gerade auch für die Bundesebene, wofür dort speziell die Bundesärztekammer mit Blick auf ihre satzungsmäßigen Aufgaben angeführt worden ist.⁶³ Seitens des OVG NRW war schließlich schon in den 70er-Jahren betont worden, dass eine Koordination auf Bundesebene, die sich auf den gesamten Aufgabenbereich der Landesärztekammern beziehe, sinnvoll und für die Kammertätigkeit förderlich sei, bedürfe keiner weiteren Ausführungen.⁶⁴

Insofern kann bereits festgehalten werden, dass eine Einbeziehung der BZÄK seitens des Bundesgesetzgebers in den Kreis der Akteure auf diesen beiden Feldern und damit eine sachliche Befassung des Vorstandes der BZÄK als deren Handlungsorgan mit den in diesen Vorschriften benannten Aufgaben legitim ist⁶⁵ und weder von Mitgliedskammern noch von deren Mitgliedern, den Zahnärzten, mit Erfolgsaussicht angegriffen werden könnte, dass aber andererseits allein durch die Benennung im Gesetz keine Verpflichtung zu bestimmten Maßnahmen und Verhaltensweisen auf öffentlich-rechtlicher Grundlage angenommen werden kann. Allerdings besteht sehr wohl eine satzungsmäßige Verpflichtung dem Grunde nach gegenüber den Mitgliedskammern, sich sachlich mit denjenigen Themenbereichen zu

60 Zum Thema der ärztlichen Fortbildung siehe aus jüngerer Zeit insbes. G. Vogt, *Ärztliche Selbstverwaltung im Wandel*, 1998, S. 411 ff.; P. J. Tettinger, *Zwangsfortbildung und "Ärzte-TÜV"*, *GesR* 2003, 1 ff.; aus dem älteren Schrifttum etwa A. Bergemann, a. a. O., S. 150 f.

61 Siehe R. Hendl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. IV, 1990, § 106 Rn. 64 (S. 1163 f.); M. Dietlein, *Zu den Grenzen der Interessenvertretung durch berufsständische Kammern*, in: *Festschrift für M. Kriele*, 1997, S. 1181 ff.

62 So W. Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung*, 1997, S. 89.

63 Siehe W. Kluth, a. a. O., S. 484 ff.

64 OVG NRW, *NJW* 1975, 1475 (1476).

65 In der amtlichen Begründung zum Gesetzentwurf ist bezeichnenderweise bei § 95d Abs. 6 die Rede von "der für die Wahrung der Einheitlichkeit des Berufsrechts jeweils zuständigen Arbeitsgemeinschaft der Kammern auf Bundesebene"; *BT-Drucks.* 15/1525, S. 111.

befassen, die vereinsrechtlich auf die Satzungsaufgaben abstützbar sind.⁶⁶ In der Literatur wurden so etwa auch bereits organisationsspezifische Loyalitätspflichten zwischen Landes- und Bundeskammer anerkannt.⁶⁷

Dem Vorstand Leitlinien für seine Aufgabenwahrnehmung im Einzelnen an die Hand zu geben, bleibt vereinsrechtlich der Mitgliederversammlung – hier also gemäß § 7 der Satzung der Bundesversammlung – überlassen. Dies wird vorliegend vor allem durch § 7 Ziffer 7 Buchst. e der Satzung näher konturiert, wonach der Bundesversammlung u. a. "die Festlegung vorrangiger Ziele und Aufgaben" vorbehalten ist.

4 Die Regelungen des GMG zu dem Verhältnis von privater und gesetzlicher Krankenversicherung in nationaler und europarechtlicher Perspektive

Ulrich Becker, München

4.1 Einleitung

Das Verhältnis von privater und gesetzlicher – oder anders und genauer formuliert – von privater und sozialer Versicherung⁶⁸ ist ein oft behandeltes, aber immer wieder aktuelles Thema. Im Grunde wurde es bereits bei der Einführung der deutschen Sozialversicherung, vor allem am Beispiel der Unfallversicherung, ausführlich diskutiert.⁶⁹ Gute 120 Jahre später werden diese Diskussionen wieder aufgenommen, nun naturgemäß vor verändertem Hintergrund – sowohl soweit es die beteiligten bzw. zur Verfügung stehenden Institutionen als auch die zwischenzeitlich gesammelten Erfahrungen angeht. Der Reformdruck folgt aus der demographischen Entwicklung⁷⁰ wie auch der Verknüpfung der sozialen Sicherungssysteme mit der Beschäftigung und damit dem Arbeitsmarkt, mittelbar auch aus einer Situation internationalen Wettbewerbs. In der Sache stehen zum einen Überlegungen zur Entlastung des Staates im Vordergrund, so vor allem in der Alterssicherung. Hier wird, nicht nur in Deutschland, einer privatrechtlich organisierten zweiten Säule ein zunehmender Anteil an der sozialen Sicherung überlassen, eine Entwicklung, die weniger zur Verantwortungs-, als vielmehr einer Durchführungsentlastung führt.⁷¹ Zum anderen wird eine stärkere Rolle der privaten Sicherung unter Verweis auf die freiheitliche Konzeption der Ge-

66 Wegen der Einzelheiten ist hier auf das Vereinsrecht zu verweisen, namentlich unter dem Blickwinkel der satzungsmäßigen Bindungen im Rahmen der Geschäftsführung durch den Vorstand. Dazu näher etwa Soergel/Hadding, Bürgerliches Gesetzbuch, Komm., 13. Aufl., Bd. 1, 2000, § 27 Rn. 21 ff. m.w.N.

67 So K. D. Hartmann, in: Festschrift für H. Schippel, 1996, S. 645 (653 f.) zum Verhältnis von Notarkammer und Bundesnotarkammer; allgemeiner P. J. Tettinger, a. a. O., S. 235.

68 Welches Begriffspaar besser geeignet ist, Gegensätze oder zumindest Unterschiede auszudrücken, ist keineswegs klar. Einerseits ist die Bezeichnung "gesetzliche Versicherung" für alle deutschen Sozialversicherungszweige gängig (i. ü. auch in der englischen Sprache: "statutory"), andererseits kann sie auch nur formal verwendet werden, wie dies insbesondere bei der Pflegeversicherung der Fall ist.

69 Vgl. dazu nur Vogel, Bismarcks Arbeiterversicherung: ihre Entstehung im Kräftespiel der Zeit, 1951; insbesondere zur Unfallversicherung Wickenhagen, Geschichte der gewerblichen Unfallversicherung, 1980; Köhler/Zacher (Hrsg.), Ein Jahrhundert Sozialversicherung, 1981; Ritter, Der Sozialstaat, Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich, 2. Aufl. 1991; zusammenfassend Peters, Die Geschichte der sozialen Versicherung, 3. Aufl. 1978, S. 49 ff.; Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, S. 36 ff.; Tennstedt, Geschichte des Sozialrechts, in: v. Maydell/Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 3. Aufl. 2003, 2., jew. m.w.N.

70 Dazu jüngst nur Becker, Die alternde Gesellschaft – Recht im Wandel, JZ 2004, S. 929 ff. m.w.N.

71 Auch dazu nur Becker, Private und betriebliche Altersvorsorge zwischen Sicherheit und Selbstverantwortung, JZ 2004, S. 846 ff. m.w.N.

sellschaftsordnung gefordert, nach der die Sozialversicherung unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit steht.

Beide Aspekte spielen naturgemäß eine Rolle bei den Diskussionen um eine grundsätzliche Umgestaltung der Krankenversicherung. Hier werden sie aber gerade wegen der derzeitigen Mischung aus Sozial- und Privatversicherung zusätzlich angereichert um die Frage, wer in welches System einbezogen werden soll, und damit auch, zwischen wem und auf welche Weise der so genannte Solidarausgleich stattfinden darf oder muss. Das ist jedenfalls einer der Kerne der zur Zeit diskutierten Reformmodelle, die holzschnittartig vergrößert und ohne Bedacht auf vielfältige Differenzierungsoptionen in der Öffentlichkeit unter den Begriffen Bürgerversicherung einerseits und Prämienmodell andererseits einander gegenübergestellt werden. Beide berühren zwangsläufig zugleich die Rollen, die der sozialen und der privaten Krankenversicherung künftig zukommen werden.

Weder früher noch heute war oder ist das Verhältnis zwischen sozialer und privater Versicherung frei von ideologischer Zuspitzung. Das zeigt schon Bismarcks Warnung vor einer privatrechtlich organisierten Sicherung mit dem berühmten Diktum "nur keine private Anstalt mit Dividende und Konkurs".⁷²

4.2 Bestandsaufnahme

4.2.1 Die bisherige Aufgabenverteilung zwischen sozialer und privater Krankenversicherung

Zu der bisherigen, zunächst in der RVO, dann im SGB V geregelten Aufgabenverteilung zwischen sozialer und privater Krankenversicherung bedarf es nur einiger Anmerkungen. Sie ist geprägt durch den selektionistischen Ansatz des gesetzlichen Vorsorgesystems. Dieses bezieht weitgehend selbstständig Tätige nicht in die soziale Sicherung gegen das Krankheitsrisiko mit ein. Für Sondergruppen wie Beamte, Richter und Soldaten bleibt es bei einem Vorrang der internalisierenden Vorsorge,⁷³ d. h. aufgrund der Konstruktion eines besonderen Rechtsverhältnisses bleibt die Sicherung dieser Personengruppe dem Staat und dessen Fürsorgepflicht überlassen. Soweit entspricht die Anlage der gesetzlichen Krankenversicherung den Architekturprinzipien der Bismarck'schen Sozialversicherung. Eine Besonderheit besteht aber insofern, als auch nicht alle abhängig Beschäftigten in die Zwangssicherung einbezogen werden. Denn die GKV kennt eine obere Versicherungspflichtgrenze, bezeichnet als Jahresarbeitsentgeltgrenze: Wessen Entgelt diese Grenze übersteigt, der ist von der Versicherungspflicht frei (§ 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 6 bis Abs. 8 SGB V).

Damit kommt der privaten Versicherung für die Krankheitsvorsorge nicht nur eine ergänzende Funktion zu, nämlich für die Leistungen, die grundsätzlich vom Katalog der gesetzlichen Krankenversicherung gar nicht erfasst werden. Vielmehr besitzt sie auch ersetzenden Charakter. Die Sicherung der besserverdienenden Arbeitnehmer

72 Marginalie Bismarcks auf einer Denkschrift der bayerischen Regierung vom 31.12.1881, Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik, Abt. I, 2. Bd., 1993, S. 482 Anm. 14.

73 Zu der Systematisierung Zacher, Grundtypen des Sozialrechts, in: FS für Zeidler, 1987, S. 571 ff.

kann durch privatrechtliche Träger erfolgen. Schlagwortartig ist das als Ausdruck einer "bipolaren Versicherungsverfassung" begriffen worden.⁷⁴

4.2.2 Die Neuerungen durch das GMG

Dem skizzierten Nebeneinander sozialer und privater Krankenversicherung hat der Gesetzgeber mit dem GMG zwei neue Facetten hinzugefügt: Zum einen durch die Einführung einer Vermittlungsfunktion der Krankenkassen, zum anderen durch die neuen Regelungen über die Versorgung mit Zahnersatz.

a) Einführung einer Vermittlungsfunktion der Krankenkassen

Gemäß § 194 SGB V dürfen die Satzungen von Krankenkassen neuerdings Bestimmungen enthalten, nach denen die Kasse den Abschluss privater Zusatzversicherungsverträge zwischen ihren Versicherten und privaten Krankenversicherungsunternehmen vermitteln kann. Nach der gesetzgeberischen Begründung soll damit dem "Wunsch der Versicherten Rechnung getragen werden, bestimmte Versicherungen, die ihren Krankenversicherungsschutz ergänzen, über ihre Krankenkassen abschließen zu können".⁷⁵ Nun ist es sicher erfreulich, dass der Gesetzgeber ein offenes Ohr für die Belange der Versicherten hat. Dennoch liegt die Annahme nicht fern, er habe zumindest auch den Wünschen der Krankenkassen Rechnung getragen. Diese hatten nämlich mit dem Gedanken gespielt, selbst Zuwahlleistungen anbieten zu können. Dazu hätte es in jedem Fall einer gesetzlichen Erweiterung ihres Aufgabenkreises bedurft.

Dabei darf Vermittlung nicht so verstanden werden, dass es nur um die Information über Versicherungsangebote ginge. Vielmehr wird den Krankenkassen nun die Befugnis eingeräumt, mit privaten Versicherungsunternehmen Rahmenvereinbarungen zu schließen und auf diese Weise besondere Gruppentarife für ihre Versicherten auszuhandeln. Auch wenn sie selbst nicht unmittelbar am Abschluss der Versicherungsverträge beteiligt sind und insbesondere auch keine Sozialdaten weitergeben dürfen, wird damit eine neue Schnittstelle zwischen Sozial- und Privatversicherung geschaffen. Entsprechende Kooperationen könnten sich vor allem dann als wichtig erweisen, wenn der Leistungskatalog in der gesetzlichen Krankenversicherung weiter reduziert und damit auch in diesem Versicherungszweig verstärkt auf einen so genannten public-private-mix gesetzt werden sollte.

b) Regelungen über die Versorgung mit Zahnersatz

Die im GMG vorgesehene Neuregelung für den Zahnersatz sollte am 1.1.2005 in Kraft treten. Sie bestand bekanntlich darin, zunächst die Leistungen in Form von Festzuschüssen vorzusehen (§ 55 SGB V), deren Höhe einheitlich in der Satzung festzulegen ist und für deren Gewährung ein allein von den Mitgliedern zu tragender,

74 Leisner, Sozialversicherung und Privatversicherung, 1974, S. 164 ff.

75 BT-Drucks. 15/1525, S. 138.

kassenübergreifend festzusetzender Beitrag zu erheben ist (§ 58 Abs. 1 SGB V).⁷⁶ Den Mitgliedern stand es aber frei, anstelle der Versorgung durch ihre Krankenkasse eine Versicherung bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen abzuschließen (§ 58 Abs. 2 SGB V). Zusammengefasst blieb es also bei einer obligatorischen Regelversorgung, allerdings eigenständig finanziert durch eine Kopfpauschale und verbunden mit dem Recht zum opt-out.

Allerdings hat sich mittlerweile bewahrheitet, dass die im GMG enthaltene Regelung keine Anwendung finden wird. Denn mit dem Gesetz zur Anpassung der Finanzierung von Zahnersatz⁷⁷ wird die Möglichkeit zur Wahl einer Privatversicherung aufgegeben und stattdessen die Pflichtversicherung aufrechterhalten, die allerdings demnächst allein von den Mitgliedern zu finanzieren ist (durch einen zusätzlichen Beitragssatz i. H. v. 0,9 %).⁷⁸ Das ist nicht der erste Fall, in dem sich die besondere Schnelllebigkeit sozialrechtlicher Reformgesetze dadurch beweist, dass ein verkündetes Gesetz schon vor seinem In-Kraft-Treten wieder aufgehoben wird, sich der Gesetzgeber also praktisch selbst überholt. Bemerkenswert ist die bei der Bundestagsdebatte angegebene Begründung: Es müsse nicht nur eine weniger bürokratische Lösung gefunden werden – dieses Argument findet sich auch im Gesetzentwurf selbst,⁷⁹ sondern – so nach Presseberichten die Bundesgesundheitsministerin – das jetzt geplante Festhalten an einem einkommensbezogenen Beitrag sei auch "sozial gerechter".⁸⁰ Nicht nur ein Schelm wird daran denken, dass mit der Aufgabe der beschlossenen Lösung auch der Einstieg in ein Prämienmodell vermieden wird.⁸¹

Dennoch soll im Folgenden die GMG-Regelung einer kurzen rechtlichen Bewertung unterzogen werden. Das ist zwar zunächst ein Nachruf, der aber nicht nur hilft, den Spielraum des Gesetzgebers auszuloten, sondern angesichts der ständigen Reformmaßnahmen in Zukunft wieder Aktualität erlangen könnte.

4.2.3 Zu den europäischen Modellen der Aufgabenverteilung

a) Soziale und private Krankenversicherung in Europa

Bevor mit der Bewertung begonnen wird, soll ganz kurz darauf eingegangen werden, wie in anderen europäischen Staaten das Verhältnis zwischen den beiden Versicherungsbereichen angelegt ist.⁸² Insofern zeigt sich zunächst, dass Deutschland mit der angesprochenen Mischung aus Sozial- und Privatversicherung einen eigenständigen Weg eingeschlagen hat. Nicht nur in den Ländern, die über einen Gesundheitsdienst verfügen, ist die Abdeckung der Bevölkerung durch eine staatlich organisierte Gesundheitsversorgung umfassender geregelt. Auch in anderen Sozialversicherungsstaaten, namentlich Belgien, Frankreich und Österreich, ist eine obere Versiche-

76 Vgl. dazu nur Kleinebrinker, Neuordnung der Versorgung mit Zahnersatz ab 2005, KrV 2004, S. 44 ff.; Minn, Zahnersatzversicherung wirft ihre Schatten voraus, ErsK 2004, S. 185 ff.

77 Entwurf: BT-Drucks. 15/3681; Beschluss des BT vom 1.10.2004, BR-Drucks. 741/04; Einspruch des BR am 26.11.2004 und Zurückweisung durch den BT am selben Tag.

78 § 241a SGB V n. F.

79 Gesprochen wird von "erheblichen praktischen Schwierigkeiten" der Regelung im GMG, so BT-Drucks. 15/3681, S. 4.

80 SZ vom 24.8.2004, S. 5.

81 Vgl. auch FAZ vom 17.8.2004, S. 11.

82 Vgl. für einen kurzen Überblick etwa Pieters, The social security systems of the member states of the European Union, 2003.

rungspflichtgrenze unbekannt. Vergleichbar mit der deutschen ist am ehesten die niederländische Ausgestaltung der Versicherungspflicht.⁸³

Das bedeutet natürlich nicht, dass im Ausland die private Krankenversicherung keine Rolle spielt. Diese hat aber in viel stärkerem Maße eine ergänzende Funktion, weil sie zur Abdeckung der Leistungen dient, die von den staatlichen Systemen nicht bereitgestellt werden. Ganz anders ist der Ansatz in der Schweiz, dem vieldiskutierten Beispiel für eine umfassende, aber zum Teil von privatrechtlich organisierten Trägern durchgeführte Krankenversicherung mit Festbeiträgen. Hier werden im Rahmen einer obligatorischen Versicherung auch Private tätig, was als Beteiligung an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben verstanden wird. Die Versicherer sind, so heißt es, "Konzessionäre des öffentlichen Dienstes".⁸⁴ In gewisser Weise auf ähnlicher Linie liegen die derzeitigen Pläne zur Umgestaltung der gesetzlichen Krankenversicherung in den Niederlanden.⁸⁵ Dort soll es demnächst eine einheitliche Absicherung ohne Unterscheidung zwischen privater und sozialer Krankenversicherung geben, finanziert durch eine an den Versicherungsträger zu zahlende Prämie, zusätzlich aber auch durch einen einkommensabhängigen, an die Verwaltung abzuführenden Beitrag. Für die Träger soll Kontrahierungszwang bestehen, eine Differenzierung der Versicherungsprämie nach Gesundheitszustand ausgeschlossen bleiben.

b) Absicherung von Zahnersatz und Zahnbehandlung in Europa

Nicht von ungefähr entfalten der Zahnersatz und auch die Zahnbehandlung bei der Frage nach dem Deckungsgrad sozialer Sicherungssysteme eine besondere Bedeutung. Ganz offensichtlich stellen sie Versorgungsbereiche dar, die für eine Ausgrenzung aus dem Leistungskatalog von sozialen Sicherungssystemen relativ gut geeignet sind. Ob das an der Abgrenzbarkeit dieser Leistungen, an der zumindest angeblichen Vermeidbarkeit ihrer Inanspruchnahme bzw. der Möglichkeit zur Prophylaxe⁸⁶ oder an der mittlerweile an sich überkommenen Einstufung als kosmetische Luxusmaßnahme liegt, kann dahinstehen.⁸⁷ Selbst einige nationale Gesundheitssysteme gewähren etwa keinen Zahnersatz, so in Italien und Spanien. In den Niederlanden werden für Erwachsene lediglich präventive zahnärztliche Leistungen, Röntgenleistungen u. ä. gezahlt. Eine Verpflichtung zur privaten Absicherung gibt es nicht, trotzdem haben ca. 75 % der Versicherten eine derartige Zusatzversicherung, die vielfach von Tochterunternehmen der Krankenkassen angeboten werden.⁸⁸ Auch in der Schweiz werden mittlerweile durch die soziale Krankenversicherung nur noch Kosten für die Zahnmedizin übernommen, wenn schwere, nicht vermeidbare Schäden im Kausystem vorliegen.⁸⁹ Der Abschluss einer Zusatzsicherung für die Zahnbehandlung ist ebenfalls nicht obligatorisch.⁹⁰ Hier haben aber nur relativ wenige Versicherte einen entsprechenden Vertrag abgeschlossen; bei den acht großen Versiche-

83 Allerdings fehlt hier die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung in der sozialen Krankenversicherung, weshalb die Privatversicherung stärkeren Regulierungen unterliegt: durch Kontrahierungszwang und inhaltliche Vorgaben.

84 Poledna/Berger, Öffentliches Gesundheitsrecht, 2002, S. 246.

85 vgl. Gesetzesbegründung zum Entwurf der neuen Krankenversicherung (Zorgverzekeringwet): Kamerstukken II 2004, 29 763 Nr. 3, S. 20 ff.

86 Vgl. aber auch Staehle/Kerschbaum, Zahngesundheit in der Schweiz und in Deutschland, zm 2004, S. 498 ff.

87 Vgl. dazu Hänlein, Festlegung der Grenzen der Leistungspflicht der Krankenkassen, SGB 2003, S. 301, 306 f.

88 Vgl. Greß/Groenewegen, Die Plombe ist Privatsache, G + G 2004, S. 36, 38.

89 Näher dazu Art. 31 des Krankenversicherungsgesetzes.

90 Ob damit positive Effekte i. S. ökonomischer Anreize zur besseren Vorsorge verbunden sind und ob diese Vorsorge zu einem besseren Gesundheitszustand führt, ist nicht geklärt, vgl. Staehle/Kerschbaum (Fußn. 86).

ren nur zwischen 2 % und 18 % (2000).⁹¹ Das mag an den als hoch empfundenen Prämien liegen.

4.3 Verfassungsrechtliche Vorgaben

4.3.1 Grundsätze

a) Veränderungen in der Aufgabenverteilung zwischen sozialer und privater Krankenversicherung

Veränderungen in der Aufgabenverteilung zwischen sozialer und privater Krankenversicherung sind naturgemäß in zwei Richtungen denkbar: Zum einen durch eine Verminderung der Aufgaben von Krankenkassen, zum anderen umgekehrt durch deren Vermehrung. Die Reformen der GKV aus den letzten Jahren halten für beides Beispiele bereit. Neben den schon genannten sei auf die Neuordnung der Versorgung mit Arzneimitteln, etwa durch die Herausnahme nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel aus der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung, hingewiesen.⁹²

Wo es um grundsätzliche Kappungen geht, kann nur verfassungsrechtlich argumentiert werden⁹³ – allerdings nicht mit wirtschaftlichen Argumenten, sondern den Verpflichtungen des Staates, die sich aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I GG) oder den Grundrechten (Art. 2 II 1 GG), eventuell auch dem Erfordernis der Systemkonsistenz (über Art. 3 I GG), ergeben könnten. Konkrete Forderungen lassen sich auf diese Weise kaum begründen, weil dem Gesetzgeber selbst bei Bestehen einer Schutzpflicht verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten offen stehen. Es ist deshalb wenig überraschend, dass auch eine Verfassungsbeschwerde eines Versicherten gegen die Begrenzung der Zahnersatzleistungen durch das GKV-Solidaritätsstärkungsgesetz erfolglos geblieben ist, obwohl dabei durchaus auf die systemimmanente und nicht nur eine allgemeine Rechtfertigung eingegangen worden ist.⁹⁴

b) Vermehrung der Aufgaben von Krankenkassen

Auch bei der Vermehrung der Aufgaben von Krankenkassen lassen sich zwei Varianten voneinander unterscheiden. Zum einen die Ausdehnung der Sozialversicherung: Dadurch werden die Betätigungsmöglichkeiten der privaten Versicherungsunternehmen beschnitten; unmittelbarer Zwang wird gegenüber den (neu) Versicherten ausgeübt. Zum anderen ist denkbar, den Krankenkassen Aufgabenfelder zu erschließen, die ihrerseits nicht als sozialversicherungsrechtliche zu qualifizieren sind. In diesem Fall werden neue Konkurrenzsituationen zwischen Sozialversicherungsträgern und privaten Versicherungsunternehmen geschaffen, ohne damit unmittelbare Eingriffe zu verbinden. Insofern unterscheiden sich die beiden Fallgestaltungen. Gemeinsam ist ihnen aber, dass die Grundrechte der privaten Versicherungsunter-

91 So Weber, Zahnmedizin, in: Gesundheitssystem Schweiz, 2001, S. 232.

92 Vgl. dazu BVerfG vom 4.8.2004, 1 BvR 1076/04 (veröffentlicht unter <http://www.bverfg.de>).

93 Vgl. dazu auch Sodan, Zur Verfassungsmäßigkeit der Ausgliederung von Leistungsbereichen aus der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2003, S. 393 ff.

94 Vgl. BVerfG (Kammer) vom 9.7.2004, 1 BvR 258/04 (veröffentlicht unter <http://www.bverfg.de>).

nehmen potentielle Schranken für eine Aufgabenerweiterung darstellen können.⁹⁵ Das Verfassungsrecht hält also möglicherweise Aufgabenübertragungsverbote bereit. Das folgt, auch unabhängig von der ausdrücklichen Festschreibung einer bestimmten Wirtschaftsverfassung, aus der freiheitsschützenden Funktion der Grundrechte. Anders als für die wirtschaftliche Betätigung von Einzelnen spricht für jene der öffentlichen Hand kein allgemeiner Grundsatz, vielmehr ist staatliches Handeln nur gemeinwohlbezogen zulässig.⁹⁶

4.3.2 Zu wirtschaftlichen Betätigungen der Krankenkassen

a) Zulassung der Vermittlung von privaten Krankenversicherungsangeboten

Statt weiterer allgemeiner Betrachtungen sei auf die durch das GMG eingeführten Regelungen erneut eingegangen. Die Zulassung der Vermittlung von privaten Krankenversicherungsangeboten hat offensichtlich mit dem Sozialversicherungsrecht nichts zu tun. Unstreitig handelt es sich um eine Tätigkeit, die von Dritten mit Gewinnerzielungsabsicht durchgeführt werden kann, also um eine unternehmerische Tätigkeit, und zwar ganz unabhängig davon, dass die Krankenkassen ihrerseits damit natürlich keine Gewinne erzielen wollen (und dürfen). Zu Recht wird deshalb in der gesetzgeberischen Begründung davon ausgegangen, dass insofern das nationale Wettbewerbsrecht Anwendung findet.⁹⁷ Die Ausübung der Tätigkeit unterliegt also dem Lauterkeitsrecht und den kartellrechtlichen Vorgaben.

Zuvor ist allerdings bereits für die Aufgabeneröffnung erforderlich, dass ein Gemeinwohlbezug besteht. Damit ist auf das Vorhandensein eines legitimen oder öffentlichen Zwecks abzustellen – ein sehr offener Rechtsbegriff, dessen Konturen schwer zu bestimmen sind. Selbst wenn man annehmen wollte, eine wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand dürfe immer nur einem Marktversagen begegnen, lässt sich wenig Klarheit gewinnen. Zudem wird man zulassen müssen, in Grenzbereichen der öffentlichen Hand Möglichkeiten einzuräumen, um die ihr übertragene Kernaufgabe wirtschaftlich erfüllen zu können.

Betrachtet man die gesetzliche Regelung näher, könnte man zunächst denken, dass es sich bei ihr um eine Reaktion auf eine zunehmende Verknüpfung zwischen sozialer und privater Versicherung handelt. Allerdings bezieht sich § 194 Abs. 1a SGB V allgemein auf "Zusatzversicherungsverträge", und die genannten Beispiele in Satz 2 betreffen die klassischen Ergänzungsleistungen. Naturgemäß ist die Vermittlung ersetzender Angebote, wie etwa bei der zwischenzeitlich geplanten Regelung für den Zahnersatz, nicht umfasst. Zugleich geht der Zweck über eine Versicherteninformation hinaus, weil in der Praxis immer versucht werden wird, besondere Gruppentarife für die Versicherten auszuhandeln. Dementsprechend kommt als öffentlicher Zweck nicht die Sicherstellung der Gesundheitsversorgung in Betracht – ganz unabhängig von der Frage, in welchem Umfang ein solcher Zweck verfolgt werden dürfte. Es geht vielmehr darum, den Versicherten durch Ausnutzung einer Gruppenzugehörigkeit Rabatte zu vermitteln, und diese wohl auch zugleich

95 Überblick dazu bei Becker, Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht, 1996, S. 153 f.

96 Dazu nur Becker, Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Bewertung einer Erweiterung der Aufgaben von Sozialversicherungsträgern, in: Klusen (Hrsg.), Zuwahlleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, S. 57 ff.

97 BT-Drucks. 15/1525, S. 138.

wieder stärker an die gewählte Krankenkasse zu binden. Das verspricht den Versicherten zwar Vorteile, verfolgt aber keinen darüber hinausgehenden Gemeinwohlzweck und weist insbesondere keine sachliche Verknüpfung mit den eigentlichen Aufgaben der Krankenversicherung auf. Ganz unabhängig davon ist auch durchaus fraglich, ob die Vermittlung privater Versicherungen durch die Kassen für die Versicherten tatsächlich ein günstiges Geschäft oder damit nicht vielmehr die Gefahr von Informationsdefiziten verbunden ist.

b) Charakteristika der Sozialversicherung

Die im GMG zunächst geplante Regelung für Zahnersatzleistungen ist ein Beispiel für die Einführung von Abwahlmöglichkeiten zu Gunsten der Versicherten. Eine Parallele dazu findet sich im Pflegeversicherungsrecht: Freiwillig Krankenversicherte können anstelle der sozialen eine private Pflegeversicherung wählen (§ 22 SGB IX). Entsprechende Konstruktionen würden nur dann neuen verfassungsrechtlichen Schranken unterliegen, wenn die Einführung der Abwahlmöglichkeit mit einer grundsätzlichen Aufgabenverlagerung verbunden wäre, wenn also die Tätigkeit der Krankenkassen in der jeweiligen Hinsicht so zu betrachten wäre, dass in einem zunächst freigegebenen Raum nun die Kassen als Konkurrenten der privaten Versicherungsunternehmen tätig würden.

Die Frage ist also: Handelt es sich bei der umgestalteten Gewährung von Zahnersatz durch die Krankenkassen noch um eine Sozialversicherung? Das führt hin zu der Suche nach den Charakteristika dieser Versicherung. Angesichts der zunehmenden Einbeziehung Privater in die Risikoabsicherung, etwa in der Pflegeversicherung, aber auch in der zusätzlichen Altersvorsorge, wird die Abgrenzung schwieriger. Denn die privatautonome Vertragsgestaltung spielt in diesen stark regulierten Versicherungssektoren nurmehr eine eingeschränkte Rolle. Ursprünglich hat das BVerfG für eine Sozialversicherung gefordert, diese müsse einem klassischen Bild entsprechen;⁹⁸ kennzeichnend seien ein "soziales Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten", Aufbringung der Mittel durch Beiträge und die Verwaltung durch Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts.⁹⁹ In einem jüngst ergangenen Beschluss zur Erhöhung der Pflichtversicherungsgrenze hat es hinzugefügt: "Von der privaten Versicherung, die auf dem Äquivalenzprinzip einerseits und dem Kapitaldeckungsprinzip andererseits sowie der Bildung altersabhängiger Risikogemeinschaften beruht, unterscheidet sich die Sozialversicherung ganz wesentlich durch das fehlende Gewinnstreben und die zahlreichen Komponenten des sozialen Ausgleichs, wie sie etwa in der beitragsfreien Mitversicherung von Familienmitgliedern, der Umlagefinanzierung und der Bemessung der Beiträge nach dem Entgelt zum Ausdruck kommen. Der Ausgleich unterschiedlicher Krankheitsrisiken unter den Pflichtversicherten tritt in der gesetzlichen Krankenversicherung als prägendes Merkmal hinter den Ausgleich zwischen finanziell Leistungsfähigen und Leistungsschwächeren zurück."¹⁰⁰ In diesem Sinne spricht nicht zuletzt die kostenlose Mitversicherung der Familienangehörigen dafür, dass auch das Modell der neuen Zahnersatzversorgung durch die Kran-

98 BVerfG vom 8.4.1987, 2 BvR 909/82, unter C. I. 1. a).

99 BVerfGE 11, 105, 111 ff.; BVerfGE 63, 1, 35.

100 BVerfG (Kammer) vom 4.2.2004, 1 BvR 1103/03 (<http://www.bverfg.de>), unter II. 2. b) aa) (1). Vgl. aber auch zu einer Unterscheidung von "relativem und umfassendem" Ausgleich in der Sozialversicherung Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 254 ff., 335 ff.

kenkassen noch als Sozialversicherung anzusehen ist, jedenfalls dann, wenn man die Familienversicherung nicht für eine versicherungsfremde Leistung hält.¹⁰¹

4.4 Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

4.4.1 Grundsätzliches

Die zuletzt angestellten Überlegungen leiten über zum Europäischen Gemeinschaftsrecht. Denn vor allem das Primärrecht der EG beeinflusst seit einiger Zeit in spürbarem Maße das deutsche Sozialrecht. Besonders deutlich wird dies bei der Entterritorialisierung der Krankenversicherungsleistungen: Dass die Kosten einer grenzüberschreitenden ambulanten Behandlung auch von Sozialversicherungsträgern zu erstatten sind, ist mittlerweile geklärt.¹⁰² Noch offen sind allerdings andere Fragen, insbesondere nach der Bedeutung der Dienstleistungsfreiheit für das Monopol der gesetzlichen Unfallversicherung¹⁰³ und des Wettbewerbsrechts für die rechtliche Ordnung des Verhältnisses zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern.¹⁰⁴ Im letztgenannten Punkt hat der EuGH den bisher im Schrifttum vertretenen Meinungen durch seine Festbetrags-Entscheidung¹⁰⁵ sogar einen Dämpfer verpasst.

In jedem Fall dürfte nicht mehr ohne weiteres zu erwarten sein, dass eine große Liberalisierungswelle aus Brüssel und vor allem aus Luxemburg die Fundamente der deutschen Sozialversicherung unterspült oder diese gar mit sich hinwegreißt. Auch insofern ist vielmehr sorgfältig und im Einzelfall zu prüfen, welche Wirkungen die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben haben. Grundsätzlich unterscheiden sie sich vom nationalen Verfassungsrecht in ihrer Stoßrichtung: Denn sie regeln nicht den zulässigen Umfang sozialer Sicherung oder deren Ausgestaltung unmittelbar, sondern nur das Verhalten von Sozialversicherungsträgern, soweit diese unternehmerisch handeln, oder die Zulassung von Wettbewerbern. Sie verbieten also nicht die soziale Intervention des Staates, sondern kanalisieren diese nur oder beschränken sie mittelbar durch Ermöglichung eines Marktzugangs Dritter.

4.4.2 Zum Wettbewerbsrecht

a) "Rein soziale Tätigkeit"

Gemäß dem europäischen Wettbewerbsrecht sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken (Art. 81 EGV). Ebenfalls verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, auch der durch gesetzliches Monopol eingeräumten, eines Unternehmens oder eines Oligopols, soweit dies dazu führen kann, den Handel zu beeinträchtigen (Art. 82

101 So auch Rolfs, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000, S. 213; Butzer, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, S. 66 f.

102 Vgl. nur EuGH vom 13.5.2003, Rs. C-385/99 (Müller-Fauré und van Riet), Slg. 2003 S. I-4509.

103 Grundl. Giesen, Sozialversicherungsmonopol und EG-Vertrag, 1995, S. 128 ff.; jetzt auch ders., Das BSG, der EG-Vertrag und das deutsche Unfallversicherungsmonopol, ZESAR 2004, S. 151, 158 f.

104 Dazu jetzt vor allem Kingreen, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des GKV-Modernisierungsgesetzes, MedR 2004, S. 188, 192.

105 EuGH vom 16.3.2004, Rs. C-264, 306, 354, 355/01 (AOK-Bundesverband u. a.), n. v., abrufbar unter <http://curia.eu.int>.

EGV). Das wettbewerbsschädigende Verhalten muss in beiden Fällen innerhalb des Gemeinsamen Marktes eintreten und den zwischenstaatlichen Handel spürbar beeinträchtigen.

Allerdings ist das Wettbewerbsrecht nach der Rechtsprechung des EuGH nur anwendbar, wenn Personen oder Einrichtungen unternehmerisch handeln. Dafür kommt es zwar weder auf die Rechtsform noch auf eine konkrete Gewinnerzielungsabsicht an. Jedoch soll es daran fehlen, wenn ein Handeln als soziale Tätigkeit einzustufen ist. Der EuGH spricht insofern von einem Verhalten mit "ausschließlich sozialem Charakter"¹⁰⁶. Dieser Ansatz wird zum Teil im Schrifttum deshalb kritisiert, weil er zu früh ansetze, nämlich bereits auf der ersten Ebene, jener der Anwendbarkeit, und deshalb keine Differenzierungen zulasse.¹⁰⁷ Jedoch ist er insofern konsequent, als Wettbewerbsrecht eben unternehmerisches Handeln voraussetzt und diese Voraussetzung nicht von einer Abwägung abhängt. Entscheidend ist deshalb, wann von einer "rein sozialen Tätigkeit" gesprochen werden kann. Der EuGH hat auf verschiedene Kriterien hingewiesen: den Versicherungszwang, einen Solidarausgleich bzw. einen "Grundsatz der nationalen Solidarität", in einigen Entscheidungen hat er zudem die Finanzierung in einem Umlageverfahren besonders hervorgehoben.¹⁰⁸ In der schon erwähnten Festbetrags-Entscheidung wird ausdrücklich auch auf den fehlenden Handlungsspielraum der Krankenkassen abgestellt: diese müssten die "Gesetze anwenden" und hätten "keine Möglichkeit ..., auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluss zu nehmen."¹⁰⁹ In diesem Sinne hat der Gerichtshof entschieden, dass die deutschen Krankenkassen bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben keine Unternehmen darstellen, anderes insbesondere auch nicht aus dem systeminternen Kassenwettbewerb folgt.

b) Abgrenzung einer sozialen von einer unternehmerischen Tätigkeit

Diese Entscheidung schließt aber nicht aus, die Krankenkassen je nach Tätigkeit anders zu qualifizieren. Insbesondere im Verhältnis zu privaten Versicherungsunternehmen bei der Werbung um freiwillige Mitglieder spricht vieles nicht nur für die Anwendung des nationalen, sondern bei grenzüberschreitender Bedeutung auch des europäischen Wettbewerbsrechts. Allerdings dürfte es hier keine Probleme einer unzulässigen Quersubventionierung geben, im Übrigen dürfen auch die Rechtfertigungsmöglichkeiten für an sich wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (Art. 86 II EGV) nicht übersehen werden. Dass die Vermittlung von Versicherungsverträgen zumindest unmittelbar keine soziale Tätigkeit darstellt, wurde bereits erwähnt,¹¹⁰ weitere Ausführungen erübrigen sich.

Wie aber verhielte es sich mit einer von den Krankenkassen durchgeführten und mittels fester Prämien finanzierten Versorgung mit Zahnersatz? Hier ist zunächst das Kriterium des Solidarausgleichs von Interesse. Es dürfte auch insofern vor allem durch die beitragsfreie Einbeziehung von Familienangehörigen erfüllt sein. Größere

106 Vgl. EuGH Rs. C-159 und 160/91 (Poucet u. a./Assurances générales de France u. a. – Sozialversicherung für Selbstständige), Slg. 1993, I-637 Rdn. 18.

107 Vgl. etwa Berg, Neue Entscheidungen des EuGH zur Anwendung des EG-Kartellrechts im Bereich der sozialen Sicherheit, EuZW 2000, S. 170, 171.

108 Vgl. nur EuGH Rs. C-67/96 (Albany), Slg. 1999, I-5751 Rdn. 81–84.

109 EuGH vom 16.3.2004, Rs. C-264, 306, 354, 355/01 (AOK-Bundesverband u. a.), n. v., Rdn. 47.

110 Vgl. oben, Kap. 4.3.2.

Schwierigkeiten bereitet bei dem Zahnersatzmodell nach dem GMG aber die Beurteilung eines weiteren Kriteriums, nämlich des Versicherungszwangs. Insofern ist daran zu erinnern, dass etwa freiwillige Zusatzsicherungen, auch wenn ihre Gestaltung solidarische Elemente enthält wie einen risikounabhängigen Beitrag, als Unternehmen anzusehen sind.¹¹¹ Grundsätzlich bleibt die Zahnersatzvorsorge für alle gesetzlich Krankenversicherten obligatorisch. Sie hätten allerdings die Möglichkeit gehabt, die soziale Sicherung zu Gunsten einer privaten Vorsorge abzuwählen. Jedoch setzte dies voraus, dass die Privatversicherung einen den gesetzlichen Vorschriften vergleichbaren Schutz anbietet. Damit ist zwar der Zwang einer Absicherung bei einer Krankenkasse, die Zuordnung zu einem bestimmten Versicherungsträger, zu umgehen; nicht aber ist es der Zwang zur materiellen Absicherung selbst. Ob diese Konstellation mit einer freiwilligen Versicherung vergleichbar ist, erscheint zweifelhaft. Dabei darf nicht der Zusammenhang außer acht gelassen werden, in dem die Prüfung des Kriteriums erfolgt: Es geht um die Abgrenzung einer sozialen von einer unternehmerischen Tätigkeit, und insofern spielt es eine entscheidende Rolle, ob die Einrichtung, deren Handeln zu überprüfen ist, über einen Handlungsspielraum verfügt. Anderenfalls wäre wettbewerblich relevantes Handeln gar nicht denkbar. Hier nun ist einerseits der Kreis der Versicherten nach wie vor gesetzlich zugewiesen. Andererseits müssen die Krankenkassen aber befürchten, dass ihre Mitglieder die Gewährung des Zahnersatzes abwählen und sich einem privaten Versicherungsunternehmen anschließen. Damit hätte eine Konkurrenzsituation bestanden, in der die Anwendung des Wettbewerbsrechts grundsätzlich geboten erschien.

Mit der erneuten Änderung wird diese Situation grundlegend geändert. Die obligatorische, durch einkommensbezogene Beiträge finanzierte Versorgung mit Zahnersatz erfüllt wiederum die Voraussetzungen einer sozialen Tätigkeit, auch wenn auf eine Mitfinanzierung durch die Arbeitgeber verzichtet wird.

4.4.3 Zur Dienstleistungsfreiheit

Zum Schluss noch einige Worte zur Dienstleistungsfreiheit. Bei ihr ist sehr fraglich, ob sie denselben Anwendungseinschränkungen unterliegt wie die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen. Denn einerseits setzt sie eine entgeltliche Tätigkeit voraus, andererseits fordert sie aber nicht ausdrücklich eine unternehmerische.¹¹² Ein Gleichklang von Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht spräche zwar für eine Übertragung der Grenzziehung, jedoch wird dieser Ansatz durch die Rechtsprechung des EuGH nicht bestätigt,¹¹³ worin letztendlich die unterschiedlichen Funktionen der jeweiligen Vertragsbestimmungen zum Ausdruck kommen.

Für die Zahnersatzsicherung nach GMG-Muster sind die Einzelheiten wenig relevant. Denn die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit führt, immer zugleich die Verneinung von Rechtfertigungsmöglichkeiten für Beschränkungen vorausgesetzt, nur zur grenzüberschreitenden Erweiterung von Märkten. Bei der GMG-Regelung hätte die Marktöffnung bereits stattgefunden. Nach der erneuten Änderung spricht die Aus-

111 So EuGH Rs. C-244/94 (Fédération française des sociétés d'assurances/Ministère de l'Agriculture et de la Pêche – Zusatzalterssicherung), Slg. 1995, I-4013 Rdn. 19.

112 Dazu, dass freiwillige Sozialversicherungen als Dienstleistungen anzusehen sind, EuGH vom 3.10.2002, Rs. C-136/00 (Danner), Slg. 2002 S. I-8147, Rdn. 26 f.

113 Wenig klar EuGH vom 17.6.1997, Rs. C-70/95 (Sodemare), Slg. 1997 S. I-3395.

gestaltung der Zahnersatzsicherung wiederum dafür, dass Rechtfertigungsgründe für die Beibehaltung des Monopols sprechen. Neu ist hier höchstens, dass die besondere Finanzierung dafür spricht, eine eigenständige Bewertung vorzunehmen. An den grundsätzlich verwendbaren Argumenten ändert das aber nichts.

Anschrift der Autoren:

Prof. Dr. Burkhard Tiemann, Geschäftsführender Direktor des IDZ, Universitätsstr. 73, 50931 Köln

Prof. Dr. Helge Sodan, Präsident des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin, Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft, Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin

Prof. Dr. Peter J. Tettinger, Universität zu Köln, Direktor des Instituts für öffentliches Recht und Verwaltungslehre, Albertus-Magnus-Platz, 50931 Köln

Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI), Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht, Amalienstr. 33, 80799 München