

02.18

KrV

Kranken- und Pflegeversicherung

70. Jahrgang
April 2018
Seiten 45–88

www.KrVdigital.de

Rechtspraxis im Gesundheitswesen

Mit dieser Ausgabe erhalten Sie das Jahresinhaltsverzeichnis 2017.

Herausgeber:

Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG

Schriftleitung:

Dr. Frank Stollmann

Ministerium für Arbeit, Gesundheit und
Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen

Herausgeberbeirat:

Dr. Reimar Buchner

Rechtsanwälte Gleiss Lutz

Prof. Dr. Ernst Hauck

Bundessozialgericht

Prof. Dr. Stefan Huster

Ruhr-Universität Bochum

Martin Laurisch

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg

Christine Lietz

Bundesverband der Pharmazeutischen
Industrie

Dr. Holger Pressel

AOK Baden-Württemberg

Dr. Florian Reuther

Verband der Privaten
Krankenversicherung e. V.

Dr. Dominik Roters

Gemeinsamer Bundesausschuss

Dr. Gerhard Vieß

Bundesministerium für Gesundheit

Aufsätze

Kingreen

Einwohnerversicherung „light“? Reformen und Reform-
optionen für die Weiterentwicklung der dualen Kranken-
versicherungsordnung

Uyanik

Die Aufhebung von Genehmigungsfiktionen
gemäß § 13 Abs. 3a SGB V nach § 45 SGB X –
Wie gewonnen, so zerronnen?

Mand

Arztinformation: Information oder Verordnungslenkung?

Aktuelle

Entscheidungen

Krankenversicherungsrecht

Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom
16.1.2018 – L 11 KR 1723/17 –

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom
18.1.2018 – L 1 KR 316/13 –

Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen,
Urteil vom 18.1.2018 – L 5 KR 547/17

Honorararztrecht

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom
18.1.2018 – L 1 KR 441/15 –



Prof. Dr. Thorsten Kingreen,
Lehrstuhl für Öffentliches
Recht, Sozialrecht und Ge-
sundheitsrecht an der Univer-
sität Regensburg.

Einwohnerversicherung „light“? Reformen und Reformoptionen für die Weiterentwicklung der dualen Krankenversicherungsordnung

*Univ.-Prof. Dr. iur. Thorsten Kingreen, Universität Regensburg**

Der Beitrag behandelt die am 1.8.2018 in Kraft tretende Reform des Hamburger Beihilferechts, die es neu einzustellenden Beamten erstmals ermöglichen wird, sich ohne Inkaufnahme von Nachteilen gesetzlich zu versichern. Ferner beleuchtet er die im Koalitionsvertrag vereinbarte Einsetzung einer Kommission zur Reform der Honorarordnungen für ärztliche Leistungen. Dabei setzt er sich kritisch mit den Versuchen auseinander, politisch missliebige Reformen unter Berufung auf das Verfassungsrecht zu verhindern.

I. Die Reform des Hamburger Beihilferechts und das Projekt einer Einheitlichen Gebührenordnung für Ärzte oder: Zur Indienstnahme des Verfassungsrechts für gesundheitspolitische Interessen

In der Mitte des vergangenen Jahrzehnts hatte es so ausgesehen, als würden gesetzliche und private Krankenversicherung (GKV und PKV) immer mehr einander angenähert, um den Wettbewerb auf dem Versicherungsmarkt und die Wahlmöglichkeiten der zunehmend als mündig erkannten Versicherten zu verbessern. So wurden auf der einen Seite für die gesetzlichen Krankenkassen die zuvor eher in der Privatversicherungswirtschaft gebräuchlichen Wahltarife (§ 53 SGB V) und auf der anderen Seite in der PKV ein GKV-analoger Basistarif (§ 152 Abs. 1 VAG) eingeführt.¹ Insbesondere gegen den Basistarif (und die etwas erleichterte Mitnahme von Alterungsrückstellungen bei einem Wechsel innerhalb der PKV) waren schwere verfassungsrechtliche Geschütze aufgefahren worden – ohne Erfolg, denn das Bundesverfassungsgericht hat die Regelungen für verfassungsgemäß erklärt.²

Die letzten Schritte der Annäherung scheinen am schwierigsten zu sein, oder vielleicht mag man auch nicht mehr so recht. Jedenfalls ist es um den Wettbewerb zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung ziemlich ruhig geworden. In Wahlkampfzeiten tauchte immer noch einmal kurz die Bürgerversicherung auf, nach den Wahlen aber ebenso schnell wieder ab.³ Dabei ist aber das Anliegen, die Freiheit der Menschen bei der Wahl ihrer Krankenversicherung zu gewährleisten, ebenso unver-

ändert aktuell wie das Ziel, einen auch in der Fläche gleichmäßigen Zugang zur Gesundheitsversorgung zu gewährleisten. Beide Ziele werden durch die duale Krankenversicherungsordnung nach wie vor nicht ganz optimal verwirklicht, um es vorsichtig zu formulieren. Es gibt aber zwei Projekte, die tektonische Verschiebungen zwischen GKV und PKV zur Folge haben könnten: Die am 1.8.2018 in Kraft tretende Reform des Hamburger Beamtenrechts führt eine fakultative pauschale Beihilfe anstelle der Beihilfen im Krankheitsfall ein und ermöglicht insbesondere den neu eintretenden Beamten die Wahl zwischen GKV und PKV (dazu II.). Außerdem sieht der Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode des Bundes vor, dass eine wissenschaftliche Kommission einen Vorschlag für die Reform (und vielleicht auch Zusammenführung) der Honorarordnungen macht, um die Fehlsteuerung für die Versorgung zu beseitigen, die aus den unterschiedlichen Honorierungen für identische Leistungen resultieren. (dazu III.). Beide Reformprojekte gehören konzeptionell zusammen, weil die Bereitschaft, von Wahlrechten Gebrauch zu machen, in dem Maße steigt, in dem die Produkte überhaupt vergleichbar attraktiv sind.

Wer das nicht gut findet, beruft sich aufs Grundgesetz und die Eminenzen, die sich zu seiner Auslegung berufen fühlen (dürfen). Als Verfassungsrechtler mag man sich zwar darüber freuen, wie populär das Grundgesetz auch bei den Akteuren im Gesundheitswesen ist. Aber leider entwertet Inflation auch. Die Verfassung verliert ihren Stellenwert als eine für die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers offene Rahmenordnung, wenn sie als Schutzpatronin für alle möglichen Standesinteressen erhalten muss. Offenbar gibt es nämlich im Gesundheitswesen immer mehr Leute, die sich gar keine verfassungsgemäße Krankenversicherungsreform mehr vorstellen können, die ihre Partikularinteressen nicht haargenau abbildet. Geradezu reflexartig wird aber auch in der Rechtswissenschaft die bipolare Versicherungsordnung zum verfassungsrechtlichen Maßstab kanonisiert⁴ und werden alle

* Der Text beruht teilweise auf einer sachverständigen Stellungnahme im Unterausschuss Personalwirtschaft und Öffentlicher Dienst der Hamburgischen Bürgerschaft am 15.2.2018.
1 Zu diesem „Wandel durch Annäherung“ Kingreen, Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich zur Verbesserung eines Wettbewerbs zwischen gesetzlicher und privater Krankenversicherung?, Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages 2012 Bd. II/1, 2013, K 15ff.
2 BVerfGE 123, 186.
3 Dazu Kingreen, Perspektiven einer Jamaika-Krankenversicherungsordnung, NZS 2017, 841 (841f.).

4 So schon Leisner, Sozialversicherung und Privatversicherung, 1974, S. 167, 170 und später etwa Isensee, „Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem

möglichen gesundheitspolitischen Wünsche in grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfungen gepresst.⁵ Alles was stört, ist dann auch unverhältnismäßig, und zumindest kurzzeitig garantiert das Attribut „verfassungswidrig“ ja auch die gewünschte mediale Aufmerksamkeit, jedenfalls mehr als das gegenteilige Prüfungsergebnis, alles sei verfassungsgemäß. Vor allem geht es bei der Qualifizierung einer Norm als verfassungswidrig um eines: die Beendigung der Debatte. Wenn etwas verfassungswidrig ist und das sogar ein Professor sagt, dann braucht man ja nicht mehr darüber zu reden. Wer etwas für „verfassungswidrig“ erklärt, bricht damit auch die politische Kommunikation ab. Aber gerade deshalb braucht er oder sie dafür sehr gute Gründe – bei den beiden Reformprojekten sind diese nicht erkennbar. Auch darauf ist nachfolgend näher einzugehen.

II. Die Einführung einer pauschalen Beihilfe für Beamte in Hamburg

1. Kerninhalte des Hamburger Gesetzentwurfes

Der Entwurf eines Gesetzes der Freien und Hansestadt Hamburg⁶ sieht vor, dass gemäß einem neuen § 80 Abs. 11 HBG⁷ Landesbeamte statt der individuell berechneten Beihilfen zu den krankheitsbedingten Aufwendungen (§ 80 Abs. 1 S. 1 HBG) eine pauschale Beihilfe in Anspruch nehmen, die der Hälfte des Beitrags in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) oder der Hälfte des Beitrags für den Basistarif in der privaten Krankenversicherung (PKV) entspricht; diese soll zusammen mit den monatlichen Bezügen gewährt werden. Die Beihilfe soll also entweder, wie bisher, auf der Leistungsseite erfolgen oder im Beitragsrecht ansetzen. Das Gesetz soll am 1. 8. 2018 in Kraft treten und sieht im Einzelnen Folgendes vor:

- (1) *Sachlicher Anwendungsbereich.* Das Gesetz gilt nur für die Krankenversicherung der Beamten der Freien und Hansestadt Hamburg, nicht aber für deren Pflegeversicherung (§ 80 Abs. 11 S. 2 HGB-neu). Nur in der Krankenversicherung stellt sich nämlich das Problem, dass Beamte, die sich freiwillig gesetzlich versichern (müssen), den Krankenversicherungsbeitrag zu 100 % selbst tragen müssen und damit ihre auf der Leistungsseite ansetzenden beamtenrechtlichen Beihilfeansprüche weitgehend nicht wahrnehmen können (Einzelheiten: § 80 Abs. 4 HBG). In der Pflegeversicherung sind das Beitrags- und das Leistungsrecht der GKV hingegen bereits mit dem Beihilferecht abgestimmt: Beihilfeberechtigte, die freiwillig in der GKV versichert sind und daher nach § 20 Abs. 3 SGB XI in der Pflegeversicherung pflichtversichert sind,⁸ erhalten die ihnen jeweils zustehenden Leistungen nur zur Hälfte (§ 28 Abs. 2 SGB XI), müssen aber auch nur den hälftigen Beitrag zahlen (§ 55 Abs. 1 S. 2

SGB XI). Die andere Hälfte trägt die Beihilfe nach landesrechtlichen Grundsätzen.⁹

- (2) *Persönlicher Anwendungsbereich.* Der neue § 80 Abs. 11 HBG soll grundsätzlich für alle Hamburger Beamten gelten. Sie alle haben also das Wahlrecht zwischen der Beihilfe im Krankheitsfall und der Inanspruchnahme einer Pauschale in Höhe des hälftigen Krankenversicherungsbeitrags. Das gilt namentlich für die bislang freiwillig gesetzlich versicherten Beamten, die ihre Beiträge bislang zu 100 % selbst tragen und damit faktisch auf ihren Beihilfeanspruch auf der Leistungsseite verzichten (müssen). Dieses Wahlrecht hat aber primär instrumentelle Funktion für das wesentlich wichtigere Wahlrecht zwischen GKV und PKV. Für dieses Wahlrecht gilt Bundesrecht, d. h. insbesondere § 9 Abs. 1 SGB V, der einen Übertritt von der privaten in die gesetzliche Krankenversicherung nur unter engen Voraussetzungen zulässt. Berechtigt sind im Wesentlichen ehemalige Mitglieder der GKV, die über die notwendigen Vorversicherungszeiten verfügen (Nr. 1) oder Personen, die bislang familienversichert waren (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 SGB V). Es ist allerdings nicht so, dass alle neu eingestellten Beamten dieses Wahlrecht hätten. Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 3 SGB V können sich zwar Personen, die erstmals eine Beschäftigung ausüben, freiwillig gesetzlich versichern, aber nur wenn sie nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V (also wegen Überschreitens der Versicherungspflichtgrenze) versicherungsfrei sind. Auf die Versicherungsfreiheit nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 SGB V für Beamte ist hingegen § 9 Abs. 1 Nr. 3 SGB V nicht anwendbar. Kinder von Privatversicherten, die über keine hinreichenden Vorversicherungszeiten in der GKV verfügen, sind damit ausgeschlossen. Rechtspolitisch befriedigend ist das nicht, weil damit Personen aufgrund von Versicherungsverläufen vom Wahlrecht ausgeschlossen werden, auf die sie überhaupt keinen Einfluss hatten. Aber das zu ändern, liegt außerhalb der Regelungskompetenz eines Landes.
- (3) *Ausübung des Wahlrechts.* Der Antrag auf Gewährung der Pauschale anstelle der Beihilfen im Krankheitsfall ist unwiderruflich (§ 80 Abs. 11 S. 4 HBG). Auch das ist ohne Weiteres nachvollziehbar: Mit der Leistung einer Pauschale kommen auf die Freie und Hansestadt Hamburg zunächst erhebliche Mehrkosten zu, die erst über den Längsschnitt des Versicherungsverlaufs dadurch kompensiert werden, dass die im Alter überproportional ansteigenden Leistungsausgaben entfallen. Die Regelung orientiert sich damit konsequent an dem Ziel langfristig angelegter Versicherungsverläufe, die das Risiko der im Alter steigenden Kosten auf die gesamte Versicherungsbiografie umlegen.
- (4) *Bemessung der Pauschale.* Die Pauschale ist weder ein Anteil des Arbeitgebers am Beitrag nach § 249 SGB V¹⁰ noch ein gesetzlicher Arbeitgeberzuschuss nach § 257 Abs. 2 SGB V. Vielmehr handelt es sich, wie schon der systematische Kontext in § 80 HBG belegt, um eine beihilferechtliche Regelung, die sich nur hinsichtlich ihrer Höhe am Beitragsrecht der Krankenversicherungen orientiert. Die Pauschale bemisst sich nach der Hälfte des nachgewiesenen GKV-Beitrags (§ 80 Abs. 11 S. 2 HBG). Dieser umfasst bei Beamten den ermäßigten Beitragssatz nach § 243 SGB V von derzeit 14 %, weil Beamte keinen Anspruch auf Krankengeld haben (müssen) und den Zusatzbeitrag nach § 242 SGB V von derzeit durch-

der Verfassung, NZS 2004, 393 (395) und Wille/Hamilton/Graf von der Schulenburg/Thüsing, Privatrechtliche Organisation der gesetzlichen Krankenkassen, 2012, S. 145ff.

5 Paradigmatisch Sodan, Die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme, VVDStRL 64 (2005), 144 (149ff.); dazu treffend Wieland, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 64 (2005), S. 189: „Wo finde ich diese bipolare Versicherungsverfassung, im Grundgesetz, neben der Finanzverfassung oder der Notstandsverfassung? Ich hatte manchmal den Eindruck, dass für Sie ungeschrieben steht: Wir leben in einem sozialen Rechtsstaat, nach Maßgabe einer dynamischen Bestandsgarantie für private Krankenversicherungen.“

6 Senatsdrucksache Nr. 2017/02117 v. 31.7.2017.

7 Hamburgisches Beamtenengesetz vom 15.12.2009 (HmbGVBl. S. 405); zuletzt geändert am 4.4.2017 (HmbGVBl. S. 99).

8 Näher zum berechtigten Personenkreis *Baumeister*, in: Beck-OK SGB XI, § 28 Rn. 7ff.

9 In Hamburg etwa nach § 22 Abs. 2 S. 2 BhV.

10 Deshalb ist auch § 250 Abs. 2 SGB V, der vorsieht, dass ein freiwillig Versicherter seine Beiträge allein trägt, hier nicht einschlägig.

schnittlich 1,1 %. Zwar müssen diesen die Arbeitnehmer nach bislang geltendem Recht noch allein tragen (vgl. § 249 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB V). Doch ist § 249 SGB V nicht anwendbar, weil es sich bei § 80 Abs. 11 HBG-neu um eine beihilferechtliche Regelung handelt. Der von den Beamten zu tragende Beitragsanteil betrüge also in der KV derzeit etwa 7,5 %. Bei einer privaten Krankenversicherung ist Bezugsgröße der Basistarif (§ 80 Abs. 11 S. 2 HBG-neu); das ist erforderlich, weil der Versicherungsumfang der PKV nicht normiert ist. Bei einem Wechsel aus der Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung in ein Versicherungsverhältnis in der privaten Krankenversicherung oder umgekehrt oder bei Änderung des Krankenversicherungsumfanges wird die Pauschale nach § 80 Abs. 11 S. 5 HBG-neu höchstens in der vor der Änderung geleisteten Höhe gewährt.

2. Verfassungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen Art. 33 Abs. 5 GG?

Gegen die fakultative Umstellung der Beihilfe auf eine Pauschale wird vor allem Art. 33 Abs. 5 GG ins Feld geführt. Danach ist das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln. Gemeint sind die wesentlichen Strukturprinzipien, die allgemein oder doch ganz überwiegend und während eines längeren Zeitraums als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind.¹¹ Man kann schon fragen, ob die Norm überhaupt anwendbar ist, denn die Freie und Hansestadt Hamburg zwingt den Beamten ja kein neues Beihilfesystem auf, sondern eröffnet ihnen lediglich eine Wahlmöglichkeit, die sie zuvor nicht hatten. Selbst wenn hier also irgendwie ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums betroffen wäre, so könnte man ja fragen, ob der Beamte nicht die Freiheit haben sollte, ob er das hergebrachte Recht in Anspruch nehmen möchte oder nicht. Aber selbst wenn man das anders sähe, läge im Angebot, eine pauschale Beihilfe in Anspruch zu nehmen, kein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 5 GG:

Ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums ist anerkanntermaßen die Fürsorgepflicht des Dienstherrn.¹² Dieser muss sicherstellen, „dass der amtsangemessene Lebensunterhalt des Beamten bei Eintritt besonderer finanzieller Belastungen durch Krankheits-, Pflege-, Geburts- oder Todesfälle nicht gefährdet wird.“ Es bleibt aber ihm überlassen, „ob er diese Pflicht über eine entsprechende Bemessung der Dienstbezüge, über Sachleistungen, Zuschüsse oder in sonst geeigneter Weise erfüllt.“ Es besteht daher keine verfassungsrechtliche Verpflichtung, den Beamten „Unterstützung gerade in Form von Beihilfen im Sinn der Beihilfevorschriften oder gar von solchen Beihilfen in bestimmter Höhe zu gewähren.“¹³ Der Dienstherr kann seiner beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht damit auch durch die Gewährung von pauschalen Zuschüssen zu einer Krankenvollversicherung nachkommen.

Die Beihilfe ist aber auch nicht Bestandteil des ebenfalls als hergebrachter Grundsatz anerkannten Alimentationsprinzips. Die Alimentation muss nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „lediglich die Kosten einer Krankenversicherung decken, die zur Abwendung krankheitsbedingter, durch Leistungen aufgrund der Fürsorgepflicht nicht ausgeglichener Belastungen erforderlich ist.“ Und weiter heißt es: „Die Alimentation wäre erst dann nicht mehr ausreichend, wenn die Krankenversicherungsprämien, die zur Abwendung von krankheitsbedingten

und nicht von der Beihilfe ausgeglichenen Belastungen erforderlich sind, einen solchen Umfang erreichen, dass der angemessene Lebensunterhalt des Beamten oder Versorgungsempfängers nicht mehr gewährleistet wäre.“¹⁴ Wenn das tatsächlich einmal eintreten sollte – wofür es aber bei einem Beitragsanteil von 7,5 % in der GKV und den hälftigen Aufwendungen für die PKV-Versicherung im Basistarif keine Anhaltspunkte gibt – so müsste ggfs. die Alimentation erhöht werden; daraus folgt aber nicht die Verfassungswidrigkeit der pauschalen Beihilfe. Im Übrigen darf nicht vergessen werden, dass auch diejenigen Beamten, die die Pauschale in Anspruch nehmen, nach wie vor nach § 80 Abs. 9 HBG beihilfeberechtigt sind, wenn besondere finanzielle Belastungen durch Krankheit eintreten.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist also an sich unmissverständlich und klar. Der Dienstherr hat zwar eine Fürsorge- und Alimentationspflicht, die auch die Absicherung im Krankheitsfall umfasst, aber es obliegt seiner Gestaltungsfreiheit, wie er diese Verpflichtung erfüllt. Dennoch wird im Schrifttum teilweise versucht, das Beihilfesystem in seiner gegenwärtigen Form für verfassungsfest zu erklären, indem behauptet wird, der Dienstherr müsse diese Pflicht „eigenverantwortlich“ erfüllen, dürfe sich also seiner Pflicht nicht durch Delegation auf ein externes Versorgungssystem entziehen, auf dessen nähere Ausgestaltung er keinen Einfluss habe.¹⁵ Ein solches Delegationsverbot für die Krankenversorgung ist aber eher ein hergeholter Grundsatz des Berufsbeamtentums: Zwar hat das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die Beamtenversorgung aus Art. 33 Abs. 5 GG abgeleitet, dass die Versorgungsleistungen vom Dienstherrn selbst gewährt werden müssen; dieser dürfe sich „hinsichtlich keiner der bedeutsamen Alimentationsleistungen durch einen Dritten entlasten.“¹⁶ Diese Aussage bezieht sich allerdings nur auf die Besoldung und Versorgung, und selbst für diese ist es explizit für zulässig erklärt worden, Beamte auf Einkünfte aus anderen öffentlichen Versorgungssystemen (hier der gesetzlichen Rentenversicherung) zu verweisen, soweit diese in der Lage sind, den Beamten zu versorgen.¹⁷ Selbst wenn man aber auch für die Krankenversorgung ein Delegationsverbot bejahen wollte, so könnte dieses nicht weiter reichen als die Fürsorgepflicht selbst. Diese garantiert aber, wie bereits ausgeführt, das Beihilfesystem in seiner jetzigen Ausgestaltung gar nicht. Es ist dem Dienstherrn überlassen, ob er seiner Pflicht über eine entsprechende Bemessung der Dienstbezüge, über Sachleistungen, Zuschüsse oder in sonst geeigneter Weise nachkommt. Und er ist auch nicht gehalten, alle Krankheitskosten des Beamten zu übernehmen: „Eine in Ergänzung der zumutbaren Eigenvorsorge lückenlose Erstattung jeglicher Aufwendungen verlangt die Fürsorgepflicht [...] nicht.“¹⁸ Ein Delegationsverbot, das sich auf Leistungen bezieht, zu denen der Dienstherr verfassungsrechtlich gar nicht verpflichtet ist, kann daher schon logisch gar nicht aus der Verfassung folgen – abgesehen davon, dass der Hamburger Dienstherr seinen Beamten ja nur ein Wahlrecht einräumt, sie also nicht etwa in ein bestimmtes Versorgungssystem zwingt.

¹⁴ Beide Zitate aus BVerfGE 106, 225 (233).

¹⁵ Isensee, „Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem der Verfassung, NZS 2004, 393 (399f.) und daran anschließend Lindner, Einbeziehung der Beamten in die gesetzliche Krankenversicherung, ZBR 2018, 10 (20).

¹⁶ BVerfGE 76, 256 (319f.).

¹⁷ BVerfGE 76, 256 (Leitsatz 2 und S. 298): „Der Dienstherr kann sich von der ihm nach Art. 33 Abs. 5 GG obliegenden Alimentationspflicht dadurch entlasten, daß er den Versorgungsberechtigten auf Einkünfte aus einer anderen öffentlichen Kasse verweist, sofern diese ebenfalls der Existenzsicherung des Versorgungsberechtigten und seiner Familie zu dienen bestimmt sind.“

¹⁸ BVerfG, NVwZ 2008, 1004 (1004).

¹¹ BVerfGE 107, 218 (237); 117, 330 (348f.); 121, 205 (209).

¹² Dazu Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 33 Rn. 80ff.

¹³ Alle vorstehenden Zitate aus BVerfGE 106, 225 (232).

In der Sache wäre ein uneingeschränktes Delegationsverbot also eine, vorsichtig gesagt, doch ziemlich sportliche Konstruktion: Es hätte zur Konsequenz, dass der Dienstherr alle Leistungen im Krankheitsfall zu 100 % selbst in eigener Verantwortung abdecken müsste.¹⁹ Dann ist aber auch das geltende Recht verfassungswidrig. Da die Beihilfeleistungen nicht 100 % der Krankheitskosten abdecken, verlassen sich alle Dienstherrn schon seit jeher auf externe Versorgungssysteme, insbesondere die private Krankenversicherung, auf deren Prämiengestaltung sie keinen Einfluss haben und bei der Selbstbehalte bis zu 5.000 € zulässig sind (§ 193 Abs. 3 VVG). Das ist übrigens ein wesentlich größeres Problem als wenn er sich, wie nunmehr in Hamburg möglich, auf die GKV „verlässt“. Während nämlich bei der PKV stets die Gefahr besteht, dass die einkommensunabhängigen Prämien die Alimentation aufzehren, bleibt der GKV-Beitrag einkommensabhängig. Dementsprechend hat die GKV schon jetzt eine große Bedeutung bei der Absicherung der Beamten gegen Krankheit. Bei Beamten mit Vorerkrankungen und Behinderungen, die sich nicht in der PKV versichern können, verlässt sich der Dienstherr derzeit sogar zu 100 % auf die GKV. Auch in der Pflegeversicherung wird delegiert:²⁰ Beamte, die freiwillig gesetzlich krankenversichert sind, sind in der sozialen Pflegeversicherung pflichtversichert (§ 20 Abs. 3 SGB XI) und erhalten nach § 28 Abs. 2 SGB XI die ihnen zustehenden Leistungen zur Hälfte aus der sozialen Pflegeversicherung; die andere Hälfte erhalten sie nach § 22 Abs. 2 S. 2 der Hamburger Beihilfeverordnung als Beihilfe. Dass diese Delegation auf die soziale Pflegeversicherung verfassungswidrig sein soll, ist – soweit ersichtlich – noch nirgends behauptet worden.

3. Gesundheitspolitische Bewertung

Der Hamburger Gesetzentwurf belegt beispielhaft das Innovationspotenzial des Föderalismus. Es gibt keinen rechtlichen oder politischen Grund, warum Beamte zwingend nur privatversichert sein müssen. Im Gegenteil wird dadurch der Eindruck kultiviert, dass es sich bei den Staatsdienern um eine privilegierte Schicht der Gesellschaft handelt, die von den Umverteilungssystemen der Restgesellschaft möglichst fernzuhalten sind.

Positiv zu bewerten ist vor allem, dass den meisten Beamten zukünftig zumindest einmal, i. d. R. beim Eintritt in den Beamtenstatus, die freie Entscheidung eingeräumt wird, wie sie sich versichern wollen. Besonders hervorzuheben ist, dass die Neuregelung nunmehr Beamte mit Vorerkrankungen oder Behinderungen nicht mehr verpflichtet, sich zu 100 % auf eigene Kosten in der GKV zu versichern und damit auf die Beihilfeansprüche im Leistungsfall zu verzichten; wenn etwas verfassungswidrig ist, dann ist es genau diese Benachteiligung von Beamten mit Behinderung, die sich nicht mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (Verbot der Benachteiligung wegen der Behinderung) verträgt.

Auf einem ganz anderen Blatt steht, welche und wie viele Beamte sich tatsächlich für die pauschale Beihilfe entscheiden werden. Interessant ist sie vermutlich nur für gesetzlich Versicherte, denn in der Privatversicherung ist Bemessungsgrundlage der Pauschale der Basistarif, in dem nur wenige Beamte versichert sein dürften; sie tragen damit das Risiko, zukünftig mehr als 50 % der Prämie selbst übernehmen zu müssen. Daran zeigt sich, dass das Modell einer Pauschale vor allem im Hinblick auf die GKV entwickelt wurde. Für Beamte kann die GKV aus einer Vielzahl von Gründen interessant sein: Die Höhe des Beitrages hängt nicht

von Vorerkrankungen, sondern von der Leistungsfähigkeit ab und könnte daher für Beamte mit prämiensrelevanten Gesundheitsrisiken und solche der niedrigen Besoldungsstufen attraktiv sein, zumal, wenn sie viele Kinder haben, die nach § 10 SGB V beitragsfrei mitversichert werden können. Ganz generell ist die GKV attraktiver als die PKV, weil sie Versichertenwahlrechte einräumt (§ 175 SGB V). Während Versicherte an die Wahl eines privaten Krankenversicherungsunternehmens wegen der auch für Neuversicherte nur eingeschränkt möglichen Mitnahme der Alterungsrückstellungen (§ 204 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 a) VVG) i. d. R. ein Leben lang gebunden und damit auch allen Prämiensteigerungen schutzlos ausgeliefert sind,²¹ können GKV-Versicherte ihre Krankenkasse theoretisch alle 18 Monate wechseln (§ 175 Abs. 2 SGB V); bei der Erhebung oder Erhöhung des Zusatzbeitrages kann nach § 175 Abs. 4 S. 5 SGB V sogar fristlos zum Monatsende gekündigt werden. Es gibt eben, wie die Monopolkommission erst kürzlich wieder kritisch angemerkt hat, in der PKV praktisch keinen Bestandskundenwettbewerb,²² es kann sich daher für die Versicherten nur nachteilig auswirken, wenn ihr Unternehmen die Gewissheit hat, dass ihnen ihre Kundschaft bis zum Lebensende erhalten bleibt.²³ Das stärkste Argument für die GKV mit pauschaler Beihilfe dürfte für viele Beamte aber der Beitrag zum individuellen Bürokratieabbau sein, denn das aufwändige doppelte Abrechnungsregime mit der PKV und der Beihilfe entfällt.²⁴ Insbesondere ältere Menschen berichten immer wieder davon, wie belastend es im Angesicht schwerer Erkrankungen sein kann, mit zwei verschiedenen und nicht immer serviceorientierten Trägern über die Erstattung von Leistungen verhandeln zu müssen.

Es gibt aber auch Gründe für die Annahme, dass sich viele Beamte nach wie vor für die PKV und damit auch gegen die Pauschale entscheiden werden. Die Entscheidung für die GKV und die Gewährung einer pauschalen Beihilfe wird zum Problem, wenn Hamburger Beamte den Dienstherrn wechseln. Da weder der Bund noch andere Bundesländer bislang das Hamburger Modell vorsehen, müssten gesetzlich versicherte Beamte bei einem Wechsel ihre GKV-Krankenversicherung zukünftig entweder zu 100 % bezahlen oder müssten sich wieder privat versichern, was mit zunehmendem Alter recht teuer wird. Denn die monatlich abzuführenden Versicherungsprämien dienen zu einem nicht unerheblichen Teil dem Aufbau von Alterungsrückstellungen; je später daher der Wechsel in die PKV erfolgt, desto kürzer ist der für den Aufbau der Alterungsrückstellungen zur Verfügung stehende Zeitraum. Ein grundsätzlicheres Problem ist die weit verbreitete Annahme, dass die Versorgung in der PKV irgendwie besser, jedenfalls aber zügiger erfolgt. Insbesondere die Wartezeiten bei den Fachärzten divergieren ganz offensichtlich, was auch mit der unterschiedlichen Vergütung zu tun hat.²⁵ Viele Beamte werden auch deshalb geneigt sein, sich eher für die PKV zu entscheiden.

Auf diese beiden Faktoren – Beihilferecht im Bund und den anderen Bundesländern, unterschiedliche Gebührenordnungen für ärztliche Leistungen – hat der Hamburger Landesgesetzgeber allerdings keinen bzw. praktisch keinen Einfluss. Die in-

¹⁹ So auch Schröder, *Bürgerversicherung und Grundgesetz*, 2008, S. 211: „ein wenig weit hergeholt“.

²⁰ Vgl. bereits oben 1.

²¹ Dazu Kingreen, *Niemals geht man so ganz: Die Alterungsrückstellungen in der PKV, Gesundheit und Gesellschaft: Wissenschaft (GGW) 2014*, S. 16ff.

²² Monopolkommission, *Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem*, Sondergutachten 75, 2017, S. 7.

²³ Treffend Leber, *AKV pronto! Eine Streitschrift zur sofortigen Einführung einer Allgemeinen Krankenversicherung (AKV)*; G + S 6/2017, 44 (44f.).

²⁴ Leber, *AKV pronto! Eine Streitschrift zur sofortigen Einführung einer Allgemeinen Krankenversicherung (AKV)*; G + S 6/2017, 44 (48): „archaische Zettelwirtschaft in Zeiten der Digitalisierung“.

²⁵ Dazu gleich näher III. 2. a).

novativen Möglichkeiten des Föderalismus geraten hier also gewissermaßen an die ihm immanenten Grenzen. Das leitet über zu den bundesrechtlichen Reformbaustellen.

III. Bundesrechtliche Reformbaustellen

1. Beseitigung des Mobilitätshindernisses durch eine sozialversicherungsrechtliche Lösung

Das vorstehend angesprochene Problem der Mobilität der Hamburger Beamten ließe sich vergleichsweise leicht lösen. Zwar ist politisch nicht abzusehen, ob der Bund und die übrigen Länder ihr Beihilferecht nach Hamburger Vorbild öffnen werden. Auf der einen Seite kann das Hamburger Modell zwar politischen Druck ausüben, insbesondere Beamten mit Behinderung eine Lösung im GKV-Kontext auch anderenorts zu eröffnen. Auf der anderen Seite ist die Hamburger Lösung zunächst einmal sehr teuer und kommt daher selbst für Länder, in denen der politische Wille vorhanden ist, kaum in Betracht. Andere Länder werden aus grundsätzlichen Erwägungen nicht folgen, weil sie den Einstieg in eine Einwohnerversicherung fürchten.

Denkbar ist aber eine sozialversicherungsrechtliche Lösung durch die Öffnung von § 14 Abs. 1 SGB V. Danach haben bislang nur die bei den Krankenkassen beschäftigten Angestellten und Beamten, die nach beamtenrechtlichen Grundsätzen Ansprüche auf Beihilfe im Krankheitsfall haben (sog. DO-Angestellte), einen Anspruch auf Teilkostenerstattung, der an die Stelle des üblichen Sachleistungsanspruchs tritt. § 14 Abs. 1 SGB V setzt zwar, anders als § 80 Abs. 1 HBG-neu, auf der Leistungs- und nicht auf der Finanzierungsseite an, orientiert sich daher am Modell der klassischen Beihilfe im Krankheitsfall. Aber der Krankenversicherungsbeitrag müsste und dürfte gleichwohl nur noch denjenigen Teil des Risikos abdecken, der nicht durch die Beihilfe getragen wird; rechtstechnisch geschieht die „Beitragsermäßigung“ derzeit durch die Gewährung von Prämien nach § 53 Abs. 7 SGB V. Beamte, die aus Hamburg zu einem anderen Dienstherrn wechseln, hätten bei einer solchen Öffnung des § 14 Abs. 1 SGB V im Ergebnis daher jedenfalls keine Nachteile zu befürchten.

Allerdings gilt die Regelung des § 14 SGB V vielfach als bürokratisch und zu teuer, weil namentlich die ärztlichen Leistungen außerhalb des Sachleistungssystems erbracht und dementsprechend höher (nämlich nach der GOÄ) vergütet werden. Es gibt daher offenbar viele Krankenkassen, die es ihren DO-Angestellten schon jetzt ermöglichen, ihre Leistungen im Sachleistungssystem in Anspruch zu nehmen. Sie erhalten einen Zuschuss zu ihren Beiträgen in Höhe von 50 % und verzichten im Gegenzug auf ihren Beihilfeanspruch auf der Leistungsseite.²⁶ Dafür gibt es zwar keine Rechtsgrundlage, der Gesetzgeber hält diesen Weg aber gleichwohl für zulässig und begünstigt ihn steuerlich sogar.²⁷ Das ist allerdings wenig befriedigend und spricht dafür, § 14 SGB V insgesamt zu reformieren, ihn in das Beitragsrecht zu überführen und dort für alle Beamten zu öffnen.

2. Angleichung der Gebührenordnungen

a) Die Einsetzung einer wissenschaftlichen Kommission

Die Unterschiede zwischen EBM und GOÄ²⁸ sind auf der einen Seite ein wesentliches Argument für die Zusammenführung der beiden Versicherungszweige. In vielen Arztgruppen stammen

30 % der Einnahmen aus der Behandlung privat Versicherter, obwohl diese im Schnitt nur gut 10 % der Patienten ausmachen.²⁹ Das Wissenschaftliche Institut der Privaten Krankenversicherung hat für das Jahr 2014 ermittelt, dass die privaten Krankenversicherungen für ärztliche Leistungen statt den tatsächlich verauslagten Ausgaben von 10,44 Mrd. € Ausgaben von nur 4,45 Mrd. € gehabt hätten, wenn die Privatversicherten nach den gleichen Vorgaben und Regularien wie in der GKV abgerechnet und versorgt worden wären.³⁰ Das ist verteilungspolitisch schon deshalb unbefriedigend, weil die höheren Vergütungen für die Privatversicherten zu einem erheblichen Anteil aus Steuermitteln finanziert werden – fast die Hälfte aller PKV-Versicherten ist beihilfeberechtigt. Die überwiegend aus gesetzlich Versicherten bestehenden Steuerzahler haben also über die Beihilfe Milliarden für die ärztliche Versorgung ihrer privat versicherten Mitbürger bezahlt – eine Versorgung, wohlgemerkt, die ihnen selbst vorenthalten bleibt. Die zum Teil erheblich attraktivere Vergütung nach der GOÄ führt nämlich tendenziell dazu, dass PKV-Versicherte signifikant eher Termine bei Fachärzten erhalten als GKV-Versicherte, die diese Benachteiligung absurderweise auch noch mitfinanzieren. Dass Ärzte für identische Leistungen unterschiedliche Vergütungen bekommen, ist weder gesundheits- noch sozialpolitisch erklärbar; das ärztliche Vergütungsrecht teilt die Bevölkerung in zwei Gruppen von Patienten ein und verstärkt damit das derzeit ohnehin latent vorhandene Gefühl einer Spaltung der Gesellschaft. Das rational kaum begründbare Vergütungsrecht wirkt sich auch auf die Gleichmäßigkeit der Versorgung aus, weil die Niederlassung in Gegenden mit wenigen Privatversicherten weniger attraktiv ist. Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen hat bereits in seinem Jahresgutachten 2014 auf den Zusammenhang zwischen dem Anteil an Privatversicherten und der Arztichte hingewiesen:

„Ein um einen Prozentpunkt höherer Privatversicherteranteil geht statistisch mit einer Zunahme von mehr als drei Vertragsärzten je 100.000 Einwohner einher, was mit der Anziehungskraft durch die besseren Verdienstmöglichkeiten im Rahmen der PKV-Abrechnung in Verbindung gebracht wird (ebd.). Im Ergebnis lässt sich eine Konzentration der ärztlichen Versorgung in wohlhabenden urbanen Regionen feststellen, in denen auch viele Privatversicherte leben.“³¹

Eine Reform des Vergütungsrechts ist also unabhängig von ihrer positiven Auswirkung auf die Attraktivität des Hamburger Modells ein sozial- und gesundheitspolitisch sinnvolles Projekt. Es ist allerdings auch sehr ambitioniert. Die Vergütungssystematik weist erhebliche Unterschiede auf; insbesondere kennt die GOÄ keine ab einer bestimmten Leistungsmenge ansetzenden Honorarbegrenzungsregelungen. In einem sehr speziellen Fall (Behandlung von Privatversicherten im Basistarif und im Notlagentarif, §§ 152 Abs. 1, 153 VAG) ist zwar mit § 75 Abs. 3a S. 2 SGB V eine gesetzliche Vergütungsbestimmung geschaffen worden, die unter dem Vorbehalt einer vertraglichen Vereinbarung zwischen PKV-Verband und Kassenärztlichen Vereinigungen (§ 75 Abs. 3b SGB V) steht.³² Aber es stellt eine Herausforderung ganz anderen Ausmaßes dar, die beiden Vergütungssysteme insgesamt zu fusio-

²⁶ Dazu etwa Helbig, in: Juris-Praxiskommentar SGB V, § 14 [2018] Rn. 17.
²⁷ BT-Drucks. 16/4247, 70.

²⁸ Entsprechendes gilt auch für die Gebührenordnung für Zahnärzte (GOZ), die nachfolgend nicht eigens behandelt wird.

²⁹ Statistisches Bundesamt, Unternehmen und Arbeitsstätten. Kostenstruktur bei Arzt-, Zahnarzt- und Tierarztpraxen, 2006, S. 15.

³⁰ Wild, Mehrumsatz und Leistungsausgaben in der PKV, WIP Diskussionspapier 1/2016, S. 12.

³¹ Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen 2014. Bedarfsgerechte Versorgung – Perspektiven für ländliche Regionen und ausgewählte Leistungsbereiche, Ziffer 441.

³² Zur existierenden Vereinbarung nach § 75 Abs. 3b SGB V Rademacker, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 75 SGB V [2017] Rn. 73.

nieren und die Einnahmen und Ausgaben für alle Arztgruppen und in allen Regionen stabil zu halten. Dieser Fusionsprozess wird sich über mehrere Jahre hinziehen, und er muss durch eine Institution verantwortet werden, die diesen Prozess politisch gestaltet und begleitet. Ein erhebliches Transformationsproblem stellen in diesem Zusammenhang die unterschiedlichen Zuständigkeiten dar: Der EBM wird nach § 87 Abs. 1 S. 1 SGB V zwischen den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen durch Bewertungsausschüsse vereinbart; er ist mithin ein Kernelement der Gemeinsamen Selbstverwaltung von Ärzten und Krankenkassen. Die GOÄ hingegen ist eine staatliche Rechtsverordnung; ihre Rechtsgrundlage ist § 11 BÄO, der die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Entgelte für die ärztliche Tätigkeit in einer Gebührenordnung zu regeln.

Es ist daher zumindest auf den ersten Blick erst einmal eine gute Nachricht, dass der Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode die Einsetzung einer wissenschaftlichen Kommission ankündigt. Die auf Vorschlag des Bundesministeriums für Gesundheit von der Bundesregierung einzusetzende Kommission „soll bis Ende 2019 unter Berücksichtigung aller hiermit zusammenhängenden medizinischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Fragen“ Vorschläge für „ein modernes Vergütungssystem“ erarbeiten, „das den Versorgungsbedarf der Bevölkerung und den Stand des medizinischen Fortschritts abbildet.“³³ Wenn man sich an der Rabulistik von Koalitionsverhandlungen beteiligen wollte, so könnte man das auf der einen Seite als Auftrag interpretieren, einen Vorschlag für eine einheitliche Gebührenordnung zu erarbeiten („ein modernes Vergütungssystem“). Wenn nur beide Vergütungssysteme unabhängig voneinander fortentwickelt werden sollten, so bräuchte man dafür keine gemeinsame Kommission mit einer Zuständigkeit für die Verbesserung beider Systeme. Offenbar hängt also das eine mit dem anderen zusammen. Auf der anderen Seite ist nirgends von einer einheitlichen Gebührenordnung die Rede und wird angemerkt, dass – eigentlich selbstverständlich – erst nach Vorlage der Vorschläge entschieden werde, ob diese umgesetzt werden. Die Zeit, die die Kommission zur Verfügung haben soll, ist allerdings ohnehin recht knapp bemessen. Denn zunächst muss eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, in der ihre Zusammensetzung geregelt und der Arbeitsauftrag definiert werden muss. Offenbar schwebt den Koalitionären kein verbändedominiertes Verhandlungsgremium (also eine Art Erweiterter Gemeinsamer Selbstverwaltung unter Beteiligung des PKV-Verbands) vor, sondern eine tendenziell politikferne Fachkommission, die die Vertreter der betroffenen Verbände lediglich anhört, um die notwendigen Grundlagen für eine Entscheidung zu fällen.

Man wird abwarten müssen, was die Kommission bewirken kann. Ein zentral gesteuerter Konvergenzprozess hat den Nachteil, dass er durch eine zumindest vorübergehende Erhöhung des Bundeszuschusses für die GKV oder durch Beitragssatzsteigerungen finanziert werden müsste, da es zwischen GKV und PKV keinen Finanzausgleich nach dem Vorbild des Gesundheitsfonds gibt. Möglicherweise würden sich die Vergütungen viel schneller angleichen, wenn dem PKV-Verband das von diesem seit langem geforderte Mandat eingeräumt würde, mit den Kassenärztlichen Vereinigungen auch Vergütungsverhandlungen zu führen.³⁴ Auch

bei solchen Verhandlungen dürfte kein reines Einzelleistungvergütungssystem herauskommen. Auch Privatversicherungsunternehmen müssen sich nämlich gegenüber ihren Versicherten erklären, warum sie so viel mehr Versichertengelder für Ärzte ausgeben als die gesetzlichen Krankenkassen. Derzeit können sie noch auf das zwingende staatliche Recht in der GOÄ verweisen, die ihnen diesen Preis diktiert; wenn sie ein eigenes Verhandlungsmandat hätten, wären sie selbst dafür verantwortlich. Es könnte also zu einem Verhandlungswettbewerb zwischen GKV und PKV mit dem Ergebnis kommen, dass die Vergütungen am Ende nur noch geringfügig divergieren.

b) Verfassungs- und europarechtliche Fragen

Wie nicht anders zu erwarten, ist von interessierter Seite versucht worden, das Verfassungsrecht (und auch das Europarecht) gegen die Zusammenführung der beiden Gebührenordnungen in Stellung zu bringen. Pünktlich in die heiße Phase der Koalitionsverhandlungen platzte eine Stellungnahme, die – sich selbst als „Memorandum“ titulierend – mit grundsätzlichen Anspruch auftritt.³⁵ Schon ihre Prämisse ist aber, vorsichtig gesagt, ein wenig unrealistisch: Prüfungsgegenstand ist nämlich das nirgends ernsthaft diskutierte Szenario, dass der EBM auch im Hinblick auf die PKV-Versicherten qua Gesetz für maßgeblich erklärt werden soll. Das ist aber schon deshalb schwer vorstellbar, weil es zu einer unverhältnismäßigen Reduzierung des insgesamt für die ärztliche Versorgung zur Verfügung stehenden Honorarvolumens führen würde. Es kann also realistischerweise nur darum gehen, die unterschiedlichen Vergütungssystematiken so zusammenzuführen, dass das Morbiditätsrisiko angemessen zwischen Krankenversicherungen und Ärzten verteilt wird, aber nicht um eine Verringerung der insgesamt für die ärztliche Versorgung bereitzustellenden Mittel. Allerdings formuliert das Memorandum teilweise so apodiktisch und grundsätzlich,³⁶ dass man davon ausgehen muss, dass die Verfasser eine einheitliche Gebührenordnung insgesamt für verfassungsrechtlich unzulässig halten. Nähme man also die verfassungs- und europarechtlichen Ausführungen des Gutachtens beim Wort, so dürfte die im Koalitionsvertrag angedachte Kommission nur mit der Maßgabe eingesetzt werden, dass sie an eine einheitliche Gebührenordnung noch nicht einmal denken darf. Man fragt sich, wie man ernsthaft die Verfassungs- und Europarechtswidrigkeit einer einheitlichen Gebührenordnung behaupten kann, wo es diese im Krankenhausrecht doch bereits gibt (§ 17b Abs. 2 KHG), ohne dass bislang behauptet worden wäre, dass diese verfassungs- oder europarechtswidrig wäre. Und andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben ebenfalls einheitliche Gebührenordnungen für Ärzte, ohne dass bislang europarechtliche Bedenken geäußert worden wären. Insgesamt entsteht der Eindruck, dass hier das Verfassungs- und Europarecht wieder einmal für eine bestimmte gesundheitspolitische Position instrumentalisiert werden sollen. Rechtswissenschaftlich wird das „Memorandum“ daher, horrible dictu, nicht in Erinnerung bleiben. Im Einzelnen:

35 Hess/Thüsing/Ulrich/Wille/Wollenschläger, Einheitliche Vergütung im dualen Krankenversicherungssystem? Memorandum zur Diskussion einer Einheitlichen Gebührenordnung für Ärzte (EGO) v. 30.1.2018, zu finden etwa unter http://www.bundesaeztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Politik/Memorandum_Krankenversicherungssystem.pdf (im Folgenden: Memorandum)

36 Memorandum, S. 10: „Die einheitliche Gebührenordnung wäre im Ergebnis ein in großen Teilen verfassungswidriges Unterfangen.“

33 Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, S. 98 Zeilen 4600–4609.

34 S. Deutsches Ärzteblatt v. 7.4.2010, PKV-Verband fordert mehr Verhandlungsrechte, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/40738/PKV-Verband-fordert-mehr-Verhandlungsrechte>.

aa) Art. 12 Abs. 1 GG

Die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit umfasst „die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen oder mit denen, die an diesen Leistungen interessiert sind, auszuhandeln.“³⁷ Diese Freiheit hat in Deutschland allerdings kein Arzt, der versicherungsfinanzierte Leistungen vergütet bekommen möchte. Schon das geltende Recht in der GOÄ bzw. in den §§ 87ff. SGB V begründet also einen Grundrechtseingriff, weil es die Honorargestaltung eben nicht der individuellen ärztlichen Gestaltungsfreiheit überlässt. Die GOÄ ist sogar ein wesentlich gravierenderer Eingriff, weil hier noch nicht einmal die Verbände der Ärzte über die Honorare verhandeln können. Es ist also nicht erkennbar, warum hier nun ein besonders schwerwiegender Eingriff³⁸ vorliegen soll, der über das hinausginge, was den Ärzten ohnehin an Einschränkungen ihrer Berufsfreiheit zugemutet wird. Regelungen, die dem Arzt das Recht absprechen, Gebühren individuell festzulegen oder auszuhandeln, sind stets Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG. Wie schwerwiegend der Eingriff dann ist, hängt vom Einzelfall ab und nicht davon, ob es eine, zwei oder hundert Gebührenordnungen gibt.

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit setzt nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG eine gesetzliche Grundlage voraus, die verfassungsgemäß, insbesondere also verhältnismäßig sein muss. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird bei Art. 12 Abs. 1 GG durch die sog. Drei-Stufen-Theorie konkretisiert, die mit den Berufsausübungsregelungen, den subjektiven sowie den objektiven Berufszulassungsregeln drei Stufen zunehmender Eingriffsintensität und damit einhergehend abnehmender Gestaltungsfreiheit insbesondere des Gesetzgebers unterscheidet.³⁹ Vergütungsregelungen sind Berufsausübungsregelungen, weil sie nicht das „Ob“ eines Berufes betreffen, sondern lediglich die Modalitäten regeln, die für die Honorierung erbrachter Leistungen gelten. Bei Berufsausübungsregelungen hat der Gesetzgeber anders als bei den Berufswahlregelungen nach gefestigter, im „Memorandum“ leider überhaupt nicht zitierter Rechtsprechung einen erheblichen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum.⁴⁰ Es reicht hier „jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls.“⁴¹ Das hat das Bundesverfassungsgericht übrigens gerade im Hinblick auf den seinerzeit vom PKV-Verband erfolglos angegriffenen Basistarif ausdrücklich klargestellt⁴² – eine Entscheidung, die in der verfassungsrechtlichen Prüfung des „Memorandums“ überhaupt nicht vorkommt, obwohl sie geradezu die „Blaupause“ für die Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG liefert: Hier wird explizit ein GKV-analoger Tarif auch in der PKV für zulässig erklärt, und zwar unter Hinweis darauf, dass damit das Ziel einer bezahlbaren, gleichmäßigen Gesundheitsversorgung gesichert wird. Die entsprechende gesetzliche Vergütungsbestimmung für den Basistarif (§ 75 Abs. 3a S. 2 SGB V) ist seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von niemandem ernsthaft für verfassungswidrig angesehen worden.

Das „Memorandum“ nimmt bedauerlicherweise auch nicht die umfangreiche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundessozialgerichts zur Frage der Angemessenheit der ärztlichen Vergütung zur Kenntnis. Beide Gerichte sehen zwar die Honorierung vertragsärztlicher Tätigkeit durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt, bejahen seine Verletzung aber nur, wenn eine Vergütungsbestimmung die wirtschaftliche Existenz eines Arztes⁴³ oder die Funktionsfähigkeit der vertragsärztlichen Versorgung⁴⁴ gefährdet. Im Übrigen rechtfertigen Bundesverfassungsgericht und Bundessozialgericht auch gravierende Regulierungen der Vergütung stets unter Hinweis auf die Notwendigkeit der Finanzierbarkeit der Krankenversicherung.⁴⁵ Es gibt überhaupt keinen einzigen Fall, in dem die Rechtsprechung ärztliche Vergütungsregelungen wegen Unverhältnismäßigkeit für verfassungswidrig erklärt hätte.⁴⁶ Schon gar nicht ist eine komplette Systementscheidung des Gesetzgebers jemals wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG für verfassungswidrig erklärt worden.

Auch die weiteren rechtlichen Ausführungen des „Memorandums“ tragen nichts zur Klärung bei, warum hier ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG vorliegen soll. Unter anderem wird gesagt, dass die GKV-Selbstverwaltung keine Regelungsbefugnis für den PKV-Kontext habe.⁴⁷ Das ist zwar irgendwie selbstverständlich – deshalb wird sowohl im Vergütungsrecht der Krankenhäuser (§ 17b Abs. 2 KHG) als auch für Arzneimittel (§ 130b Abs. 1 S. 1 SGB V) der PKV-Verband beteiligt – hat aber mit der Frage der Berufsfreiheit ebenso wenig zu tun wie die in diesem Zusammenhang aufgeworfene Debatte um die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses.⁴⁸ Der Gemeinsame Bundesausschuss hat zwar viele, vielleicht sogar zu viele Kompetenzen, aber eine Zuständigkeit für das Vergütungsrecht hat er bislang nicht.

Man kann also zwar sagen, dass die Freiheit des Gesetzgebers im ärztlichen Vergütungsrecht natürlich nicht grenzenlos ist. Aber die pauschale Behauptung, eine einheitliche Gebührenordnung verstoße gegen Art. 12 Abs. 1 GG, ist methodisch etwas unterkomplex, weil sie die ebenfalls verfassungsrechtlich fundierte Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers aus der Verhältnismäßigkeitsprüfung ausblendet. Das Verfassungsrecht muss auf der einen Seite für den Bestandsschutz einer Gebührenordnung herhalten, die, wie die GOÄ, eigenständige Vergütungsvereinbarungen zwischen Arzt und Patient ermöglicht, soll aber auf der anderen Seite dem EBM nicht widersprechen, der für fast 90 % der Behandlungsfälle (nämlich derjenigen, die im GKV-System abgewickelt werden) genau diese Freiheit ausschließt. Dass dies alles im Vergütungsrecht der Pflegeversicherung, der Krankenhausleistungen und vieler nichtärztlicher Leistungen längst Realität ist, wird souverän übergangen. Wieder einmal stellt sich die Frage, warum verfassungswidrig sein soll, was ohnehin weitgehend und unangefochten gilt.

⁴³ Vgl. BVerfGE 101, 331 (351).

⁴⁴ BSGE 93, 258 (265).

⁴⁵ Nur exemplarisch und unter Hinweis auf BSGE 80, 223 (225ff.) BVerfG, NVwZ-RR 2002, 802 (802): „Der die Punktwertdegression rechtfertigende Zweck, die Qualität vertragszahnärztlicher Leistungen zu verbessern und die Beitragssatzstabilität und damit die Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung zu erhalten, ist ein ausreichend gewichtiger Grund des Gemeinwohls.“

⁴⁶ Vgl. die Zusammenstellung der Rechtsprechung bei Schnapp/Nolden, Verfassungsrechtliche Determinanten vertragsärztlicher Tätigkeit, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 4 Rn. 54. Memorandum, S. 13.

⁴⁸ Vgl. Memorandum, S. 13 mit dem Hinweis u. a. auf BVerfG NJW 2016, 1505 (1507).

³⁷ BVerfGE 88, 144 (159); 101, 331 (346); 134, 204/222f.; Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 33. Aufl. 2017, Rn. 964.

³⁸ Memorandum, S. 10.

³⁹ Seit BVerfGE 7, 377 (399ff.).

⁴⁰ BVerfGE 102, 197 (218); 116, 202 (224ff.).

⁴¹ BVerfGE 85, 248 (259).

⁴² BVerfGE 123, 186 (238).

bb) Art. 49 AEUV

Eine einheitliche Gebührenordnung soll auch europarechtlich unzulässig sein, weil sie gegen „die Niederlassungsfreiheit“⁴⁹ verstoße. Die Prüfung verbleibt allerdings noch mehr an der Oberfläche als diejenige zu Art. 12 Abs. 1 GG. Sie benennt keine Norm als Prüfungsmaßstab, zieht eine nicht einschlägige Entscheidung heran, nimmt die differenzierte Dogmatik zu den Grundfreiheiten nicht zur Kenntnis, hat aber dafür ein umso klareres Ergebnis: „Das Konzept einer einheitlichen Gebührenordnung kann schon im Inland den Nachweis nicht erbringen, die angestrebten Versorgungsziele zu erreichen – ihm droht dann erst recht Schiffbruch in Luxemburg vor dem EuGH.“⁵⁰

Einschlägiger Prüfungsmaßstab ist Art. 49 AEUV, der die Niederlassungsfreiheit garantiert. Zur Begründung des nicht zu rechtfertigenden Eingriffs wird mit dem Urteil Gebhard⁵¹ eine Entscheidung zitiert, die sich zur anwaltlichen Niederlassungsfreiheit verhält, aber mit ärztlichen Gebühren/Honoraren überhaupt nichts zu tun hat. Ohnehin kann in der Sache die Frage nach der Vereinbarkeit mit Art. 49 AEUV leicht beantwortet werden. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) bejaht einen Eingriff in die Grundfreiheiten nur dann, wenn eine mitgliedstaatliche Regelung den Marktzugang erschwert.⁵² Das ist aber bei Bestimmungen, die erst nach Marktzugang Wirkung zeigen (also etwa Ladenschlussregelungen), nicht der Fall. Vergütungsregelungen verhindern den Marktzugang nicht, sondern sie regulieren nur die berufliche Ausübung nach dem Marktzugang. Es handelt es sich m. a. W. um sog. vertriebsbezogene Regelungen, die nach der etablierten Keck-Rechtsprechung⁵³ einen Eingriff nur dann darstellen, wenn sie Ausländer gegenüber Inländern benachteiligen. Das ist hier aber ersichtlich nicht der Fall.

IV. Schluss

Die beiden hier behandelten Reformprojekte im Krankenversicherungsrecht sind auch eine Reaktion darauf, dass es für das Großprojekt einer „Bürgerversicherung“ derzeit keine politischen Mehrheiten gibt und ihre Etablierung ohnehin nur in einem sehr langen Konvergenzprozess erfolgen könnte. Die Stärkung der Wahlfreiheit der Versicherten und die Angleichung wesentlicher Bedingungen des Leistungserbringungsrechts sind allerdings Bausteine eines solchen Konvergenzprozesses, der in eine Einwohnerversicherung führen kann, aber nicht muss.

Über diesen Konvergenzprozess muss man politisch kontrovers diskutieren; dazu gehört vor allem, dass plakative Überschriften irgendwann auch einmal mit Inhalten gefüllt werden müssen. Solange dies nicht geschieht, werden viele Akteure, die die skizzierten Reformen an sich begrüßen, zurückhaltend bleiben, weil sie befürchten, durch eine unüberlegte Reform schlechter dazustehen als zuvor. Es ist eine auch rechtswissenschaftliche Herausforderung, diese Reformen ohne krankenversicherungsrechtliche Brüche gesetzestechisch zu implementieren. Aber die Kaschierung gesundheitspolitischer Interessen durch verfassungsrechtliche Wahrheitsanmutungen schadet dem gesundheitspolitischen Diskurs um die besten Lösungen und dem Verfassungsrecht gleichermaßen.

49 Memorandum, S. 14.

50 Memorandum, S. 14.

51 EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 (Gebhard).

52 Zu umfangreichen Nachweisen auf diese Rechtsprechung Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34-36 AEUV Rn. 51ff.

53 EuGH, Verb. Rs. C-267 u. 268/91, Slg. 1993, I-6097, Rn. 14 (Keck & Mithouard).