

# Fragen der Freiheit



Januar–März 1996  
Heft 238

Sozialstaat und Verfassung

# Die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) im Lichte des Grundgesetzes\*)

*Dieter Suhr †*

Inhaltsverzeichnis	Seite
1. KAPITEL: DIE BETROFFENEN UND IHRE GRUNDRECHTE	9
§ 1 Grundrechte der Versicherungspflichtigen	9
I. Eingriffswirkungen der Versicherungspflicht im allgemeinen	9
II. Die Pflichtversicherung als Eingriff in das Gesundheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)	10
1. Gesetzliche Regelung im Gesundheitswesen	
2. Einschlägigkeit des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG	
3. Eingriffscharakteristik der Regelungen der GKV	
III. Die Pflichtversicherung als Eingriff in das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG)	13
1. Verbindung von versicherungstechnischer Risiko- gemeinschaft und sozialrechtlichem Solidarverband	
2. Die Eingriffswirkung der Versicherungspflicht überhaupt	
3. Zwangsmitgliedschaft im sozialrechtlichen Solidarverband	
4. Zwang zur Selbstdarstellung als eines sozial Bevormundeten	
IV. Die Beitragslast als Eingriff in Freiheitsgrundrechte (Art. 14 bzw. Art. 2 Abs. 1 GG)	16
1. Die Beitragslast als »Eingriff«	
2. Die Beitragslast als Eingriff in das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG)	
3. Subsidiärer Eingriff in die Entfaltungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	
V. Der Versicherte als »gläserner Patient«	19
VI. Die Solidargemeinschaft als ungleich wirkende Ausgrenzungsgemeinschaft (Art. 3 Abs. 1 GG)	19

---

\*) Der Verfasser hat dieses Gutachten im Auftrag der »Aktion für biologische Medizin e. V.«, Pforzheim im Jahre 1989 erstellt. Durch seinen plötzlichen Tod bedingt konnte es nicht ganz zum Abschluß gebracht werden. An den Stellen, an denen offensichtlich noch weitere Ausführungen geplant waren, sind die entsprechenden Kennzeichnungen des Manuskripts übernommen worden. Die Überschrift wurde nachträglich hinzugefügt. Im 3. Kapitel sollten in § 7 die Abschnitte V bis VII möglicherweise einen eigenen § darstellen. Die abschließenden »Thesen zur Verfassungswidrigkeit von Vorschriften des Gesundheitsreformgesetzes« sind vermutlich vom Autor zur Veröffentlichung in anderem Zusammenhang niedergeschrieben worden; wegen der Nähe zum Thema des Gutachtens haben wir sie jedoch in dieses Heft mit aufgenommen. Wir danken der »Aktion für biologische Medizin e. V.« für die Erlaubnis der Veröffentlichung. Red.

	1. Freistellung von der Versicherungspflicht überhaupt	
	2. Freistellung von der Solidarpflichtigkeit	
	3. Wesentlich ungleiche Behandlung	
VII.	Die Grundrechtsgeltung im Leistungsbereich der GKV	20
	1. Problemstellung	
	2. Zusammenhang von Pflichten und Lasten einerseits und Leistungen andererseits	
	3. Nicht geringere, sondern stärkere Grundrechtsbeeinträchtigung im Bereich der GKV	
	4. Zwang zum sozialen Ausgleich	
VIII.	Grundrechtssymbiose im Arzt-Patienten-Verhältnis	23
§ 2	Die freiberuflich tätigen Ärzte	24
I.	Einschränkungen der Berufsfreiheit	24
	1. Ökonomischer »Zwang zum Kassenarzt« als quasi-gesetzliche Inpflichtnahme	
	2. Quasi-gesetzliche Regelungen der ärztlichen Berufsfreiheit	
	3. Quasi-gesetzliche Regelungen der Berufswahl und der Berufsausübung	
	a) Berufswahlfreiheit	
	b) Berufsausübungsfreiheit	
II.	Ärztliche Heilkunst als wissenschaftlich fundierte Berufstätigkeit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG)	26
	1. Zusammenhänge zwischen praktischer Heilkunst und medizinischer Wissenschaft	
	2. Regulierung der praktischen Medizin als mittelbare Regulierung auch der medizinischen Wissenschaft	
	3. Verpflichtung auf den »allgemein anerkannten Stand« der medizinischen Erkenntnisse	
	4. Gesetzliche Anerkennung des Universums aller »medizinischen Erkenntnisse«	
	5. Teilhabe des Arztes an der Wissenschaftsfreiheit?	
III.	Ärztliche Heilkunst als gewissensbezogene Berufstätigkeit (Art. 4 Abs. 1 GG, 2. Schutzgut)	30
IV.	Grundrechtsrelevanz des Zusammenhanges zwischen ärztlicher Leistung und ihrer Vergütung	30
	1. Sozialstaatliche Bevormundung eines freien Berufsstandes	
	2. Schwund von Freiheit und Selbstverantwortung durch Sozialisierung	
V.	Grundrechtssymbiose im Arzt-Patienten-Verhältnis	32
§ 3	Die Arzneimittelhersteller	34

2. KAPITEL: ALLGEMEINE FRAGEN DER RECHTFERTIGUNG DER GKV	35
§ 4 Komplexe Struktur der Rechtfertigungsfragen	36
I. Die gesetzliche Krankenversicherung als komplexes Gebilde	36
II. Wirkungen nur des Gesundheitsreformgesetzes und solche der gesetzlichen Krankenversicherung insgesamt	37
III. Herkommen und Gewohnheit machen blind	38
IV. Übergangsprobleme, Dauereffekte und Wandel in der verfassungsrechtlichen Beurteilung	39
V. Die komplexe Hintergrundfrage nach dem zulässigen Ausmaß der Sozialisierung des Gesundheitswesens	40
§ 5 Die Solidargemeinschaft der gesetzlichen Krankenversicherung als Eingriffs- und Leistungsverbund	41
I. Mit Beitragslasten »erkaufte« Teilhabe	41
II. Erzwungene Mitgliedschaft in der Solidargemeinschaft der GKV	42
III. »Beiträge«, »Abgaben«, »Transfers« aus verfassungsrechtlicher Sicht	42
IV. Transferverfassungsrechtliche Ansätze und Begriffe	42
V. Die Leistungserbringer als Drittbeteiligte der Solidargemeinschaft	44
1. Ärzte	
2. Sonstige Leistungserbringer	
VI. Abhängigkeiten der Beteiligten untereinander	45
§ 6 Die GKV im Kontext des Gesundheitswesens, der Medizin und der Wirtschaft	45
I. Ausstrahlungswirkungen der GKV auf das übrige Gesundheitswesen	45
II. Wechselbeziehungen zwischen der GKV und der Wirtschaft	45
III. Wechselbeziehungen zwischen der GKV und der Medizin	46

3. KAPITEL: RECHTFERTIGUNG DER GKV IN IHRER HEUTIGEN GESTALT	46
§ 7 Die GKV im »sozialen Rechtsstaat«	
I. Konversion von Sozialfunktionen in Herrschaftsfunktionen	46
II. Die Auseinandersetzung um den »sozialen Rechtsstaat«	47
III. Statt der Normativität des sozialen Rechtsstaates die Faktizität des Sozialstaates	49
IV. Sozialstaatliche Symptomtherapie	51
V. Zur Kontrolldichte der verfassungsrechtlichen Überprüfung in Abhängigkeit von der Durchschaubarkeit des Regelungsbereiches	52
1. Einschätzungs- und Prognosespielraum und Gestaltungsfreiheit	
2. Gestaltungsfreiheit bei verfassungsrechtlicher Äquivalenz der gesetzgeberischen Varianten	
3. Selbstinduzierte und sonst vermeidbare Probleme, Unschärfen und Verworrenheiten	
VI. Funktionsspezifische Rechtfertigung der komplexen Belastungen	53
1. Multidimensionale Rechtfertigungsprobleme bei multifunktionalen Grundrechtseinschränkungen	
2. Nicht kumulativ-diffuse, sondern selektiv-spezifische Rechtfertigung bei multifunktionalen Grundrechtseinschränkungen	
3. Dysfunktionale und inkonsistente Funktionenverkopplung	
3.11 Unterschiedliche Beitragskomponenten im allgemeinen	
3.12 Risikovorsorge durch Versicherung überhaupt	
3.13 Solidarbeiträge zugunsten Dritter	
3.14 Transferkosten als Lasten	
3.2 Leistungsempfänger	
3.21 Leistungen	
3.22 Leistungsbeschränkungen	
3.3 Transfersalden	
4. Der krankenversicherungsrechtliche Risikoverbund	
5. Die sozialpolitische Solidargemeinschaft	
VII. Strategie des verfassungsfreundlichsten Solidarausgleichs	58
§ 8 Rechtfertigung von Einzelregelungen im Systemkontext der GKV	58
Thesen zur Verfassungswidrigkeit von Vorschriften des Gesundheitsreformgesetzes (SGB V)	58

## 1. KAPITEL: DIE BETROFFENEN UND IHRE GRUNDRECHTE

Den Anlaß, über Grundrechtsverletzungen im sozialen Gesundheitswesen nachzudenken, liefert hier das Gesundheitsreformgesetz (GRG). Hauptgegenstand dieses Reformgesetzes ist die Neukodifizierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV). Auf sie konzentriert sich die nachfolgende Untersuchung.

Gesetze können in vielerlei Hinsicht auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz hin geprüft werden: Wurden die Gesetzgebungskompetenzen und das Gesetzgebungsverfahren eingehalten? Sind objektive Verfassungsprinzipien wie das Rechtsstaats-, das Demokratie- oder das Prinzip des sozialen Staates verletzt? Ist das Gesetz mit den Grundrechten der Betroffenen vereinbar?

Die Frage nach den verletzten Grundrechten gilt den Menschen und Bürgern als Grundrechtsbetroffenen. Sie entscheidet insbesondere über den Erfolg von Verfassungsbeschwerden. Solche Grundrechtsbetroffenheiten stehen denn auch in dieser Studie im Mittelpunkt. Das Gesundheitsreformgesetz betrifft nicht nur die Verpflichteten und Begünstigten der gesetzlichen Krankenversicherung, soweit sie Beitragszahler sind oder Leistungen der Versicherung erhalten; es betrifft auf ähnliche, freilich in ihrer Intensität unterschiedliche Weise Ärzte, Krankenhäuser, Leistungserbringer, Arzneimittelhersteller usw.

Im folgenden können nicht alle Betroffenen in allen ihren Betroffenheiten behandelt werden. Die gesetzliche Krankenversicherung erfaßt mit ihrer Versicherungspflicht ca. 90 % der Bevölkerung. Sie ist ein Sozialsystem mit einem insoweit fast lückenlosen, rechtlich verpflichtenden »Anschlußzwang« und mit einem fast ebenso zwingenden ökonomisch-faktischen »Benutzungszwang«. Der Benutzungszwang reicht sogar noch erheblich über den Kreis der Versicherten hinaus: Er betrifft auch die Leistungserbringer, und er erfaßt die betroffenen Menschen in verschiedenen, unterschiedlich sensiblen Bereichen des Grundrechtsschutzes. Beispielhaft für die Grundrechtswirkungen des GRG sollen drei Typen von Betroffenen ins Auge gefaßt werden: die Versicherungspflichtigen (unten § 1), die freiberuflich tätigen Ärzte (unten § 2) und die Hersteller von Arzneimitteln (unten § 3).

### *§ 1 Grundrechte der Versicherungspflichtigen*

#### *I. Eingriffswirkungen der Versicherungspflicht im allgemeinen*

§ 5 SGB V bestimmt, wer versicherungspflichtig ist. Das betrifft im wesentlichen die unselbständig beschäftigten Arbeiter und Angestellten (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V). Weiter legen die §§ 6–8 SGB V fest, wer versicherungsfrei und wer

versicherungsberechtigt ist. Zugleich wird damit die Restmenge aller anderen ausgegrenzt und festgelegt, die nicht oder nicht mehr der Versicherungspflicht unterliegen. Das sind zum einen Ausnahmen bei abhängig Beschäftigten und Sonderfälle, zum anderen und vor allem die Selbständigen (mit Ausnahme der Landwirte, Künstler und Publizisten). Versicherungsfrei sind auch die Unselbständigen, wenn ihr Jahresentgelt 75 % der Beitragsbemessungsgrenze nach § 1385 Abs. 2 RVO übersteigt (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V). Letzteren wird sogar ein Wahlrecht eingeräumt (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 und 3 SGB V).

Die Versicherten selbst werden mit ganzen Bündeln von Pflichten und Obliegenheiten einerseits und Leistungsanwartschaften und -berechtigungen andererseits belastet und begünstigt. Alle diese Verpflichtungen, Obliegenheiten und Regelungen, denen sich die Versicherten beugen müssen, sowie ihre Rechte hängen von der einen durchgreifenden Hauptpflicht ab: vom Versicherungszwang, dem sich nur wenige dank ihrer Wahlfreiheit entziehen können. Nicht erst die einzelnen Belastungen und Begünstigungen also berühren die einschlägigen Grundrechtsfragen, sondern schon und vor allem der Versicherungszwang überhaupt (und als solcher in Verbindung mit den jeweils anderen Vorschriften z. B. über Beiträge, Nebenpflichten oder Leistungsbegrenzungen) schlägt durch auf die jeweils betroffenen Grundrechtsbereiche der Versicherten.

Für sich allein haben die speziellen Vorschriften des SGB V keine Eingriffswirkung. Diese Wirkung tritt erst ein, wenn die Versicherungspflicht greift. Es ist ähnlich wie früher beim »besonderen Gewaltverhältnis«: Man hat es mit einem komplexen Verhältnis von Pflichten und Rechten zu tun, in welches man als Versicherter der GKV in der Regel gesetzlich hineingezwungen wird.

## *II. Die Pflichtversicherung als Eingriff in das Gesundheitsgrundrecht (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)*

### 1. Gesetzliche Regelung im Gesundheitswesen

Das Gesundheitsreformgesetz trägt es mit seinem Namen gewissermaßen auf der Stirn, daß es um die Gesundheit derer geht, denen das Gesetz gilt. Und indem das SGB V von der »Krankenversicherung«, von »Krankenkassen«, von Leistungen bei »Krankheit«, von der Mitverantwortung der Versicherten für ihre »Gesundheit« und vielem ähnlichen spricht, kommt immer wieder zum Ausdruck, daß es um die Gesundheit bzw. Krankheit von Menschen geht. So spricht aller Anschein dafür, daß die GKV mit ihren Regelungen in erster Linie und vor allem mit der körperlichen Unversehrtheit zu tun hat. Die Versicherten erscheinen insoweit als in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG betroffen.

Nur und erst, wenn man mit juristisch-dogmatisch gedriltem Verstand näher hinschaut, tauchen Zweifel daran auf, ob die Versicherten durch das SGB V in ihrem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit überhaupt verletzt sein können: Man vermißt den typischen sogenannten »Eingriff« in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, oder man erkennt ihn wenigstens nicht sogleich, und ohne einen solchen »Eingriff« erscheint einem dieses Grundrecht als nicht »berührt« oder nicht »betroffen«, also auch als nicht einschlägig. Man muß also doch, über die Evidenz des ersten Anscheins hinaus, danach fragen, inwiefern denn wirklich durch das Gesundheitsreformgesetz und durch die gesetzliche Krankenversicherung jenes Grundrecht auch wirklich berührt wird, welches mit seinem Schutz der »körperlichen Unversehrtheit« die Gesundheit der Menschen und die Abwehr von Gesundheitsschäden zum Gegenstande hat.

## 2. Einschlägigkeit des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Staatliche Eingriffe, die direkt und in der Hauptsache in ein bestimmtes Grundrecht eingreifen, können zugleich direkte oder indirekte Auswirkungen auf andere Grundrechte haben: Steuern etwa berühren in erster Linie die Wertkomponente des Eigentums (oder die Entfaltungsfreiheit); aber sie haben sehr häufig zugleich nachhaltige Auswirkungen auf die Berufsfreiheit. So ist es auch mit der Pflichtversicherung im sozialen Gesundheitswesen: Sie greift mit der Versicherungspflicht und mit ihren Beitragspflichten sicherlich ähnlich wie die Steuer in die Vermögens- bzw. sonstige Entfaltungssphäre der Betroffenen ein; das wird noch näher zu klären sein. Aber sie stellt zugleich und sogar vor allem einen Regelungskomplex dar, der die Gesundheit der Versicherten betrifft. Durch das Gesundheitsreformgesetz mit der Regelung der gesetzlichen Krankenversicherung im SGB V wird in ganz großem Stil die »Ausübung« eines großen Teils aller der Entscheidungen, Handlungen und Verhaltensweisen der Versicherten »geregelt«, welche ihre eigene Gesundheit und Krankheit, mithin ihre »körperliche Unversehrtheit« betreffen, die Gegenstand des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist.

Wie sehr die Pflichtversicherung die Eingriffsfreiheit im Bereiche der Gesundheit betrifft, wird z. B. evident, wenn man sich vorstellt, der Gesetzgeber würde verbieten, sich für den Krankheitsfall zu versichern. Hilflosigkeit für den Fall der körperlichen Versehrtheit wäre dann vorprogrammiert. Nicht weniger betrifft also auch die positive Versicherungspflicht mit allen ihren Begleitpflichten und Regulierungen der Leistungen bei Krankheit den Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.

Insbesondere mit ihren Beschränkungen und Regulierungen der Leistungen im Krankheitsfalle trifft die GKV die Menschen dort, wo es um ihr Leben und um ihre Gesundheit geht. Wenn z. B. bestimmte, behördlich als



»nicht wirtschaftlich« eingestufte oder sonst von der Leistung ausgeschlossene (§ 34 SGB V) Arzneimittel in Frage stehen, können die Wirkungen des Leistungsausschlusses direkt durchschlagen auf den weiteren Verlauf der betreffenden Krankheit. Daran ändert auch die Möglichkeit nichts, die ausgeschlossene Leistung unter Inkaufnahme zusätzlicher eigener Kosten doch noch in Anspruch zu nehmen; denn genau diese Entscheidung fällt nicht mehr frei, sondern unter Randbedingungen, die nachhaltig durch die GKV determiniert werden: Sowohl auf Seiten des Arztes wie auch auf Seiten des Versicherten kommen Motive, Strategien und Präferenzstrukturen mit ins Spiel, die dazu führen, daß andere Entscheidungen mit anderen Effekten beim Versicherten fallen, – von Veränderungen auf den Märkten ganz abgesehen, wenn z. B. Arzneimittel, die von der Leistung ausgeschlossen werden, am Ende nicht mehr rentabel produziert und vertrieben werden können, also ganz verschwinden.

### 3. Eingriffscharakteristik der Regelungen der GKV

Die Eingriffe, die mit dem SGB V einhergehen, insbesondere die hier ins Auge gefaßten Regelungen und Beeinträchtigungen des Rechts auf körperliche Unversehrtheit, beziehen einen großen Teil ihrer Eigenart daraus, daß der Gesetzgeber nicht klar und eindeutig »eingreifend« und »beschränkend« tätig wird, wie etwa bei der typischen Eingriffsverwaltung des Polizei- und Ordnungsrechts, sondern ein ganzes soziales Verbundsystem von Eingriffen und Leistungen einrichtet. Um die Charakteristiken der Grundrechtsbeeinträchtigungen im Zusammenhang mit dem GRG bzw. mit dem SGB V richtig zu erfassen, muß man sich dieses Verbundsystem vergegenwärtigen, in welchem die Eingriffe und Vergünstigungen und die Verkürzungen bei den Vergünstigungen vielfach miteinander zusammenhängen. So bezwecken Kürzungen auf der Leistungsseite z. B., die Eingriffe auf der Beitragsseite in Grenzen zu halten. Man hat es mit Verbundwirkungen zu tun, die nicht mehr als einfache »Eingriffe« der herkömmlichen Eingriffsverwaltung erfaßt und verfassungsrechtlich beurteilt werden können. Diese Fragen betreffen nicht erst und nur die Rechtfertigung der »Eingriffe«, sondern das Gefüge der Wirkungen sowohl der Eingriffe als auch der Begünstigungen. Die Legitimierungsfrage betrifft daher stets das System der GKV insgesamt und in diesem Zusammenhang des Ganzen dann die konkrete Art der Grundrechtsbetroffenheit innerhalb des Sozialsystems der GKV, wie sie durch einzelne Regelungen und Belastungen wie etwa die Beitragspflicht ausgelöst werden.

### *III. Die Pflichtversicherung als Eingriff in das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG)*

#### 1. Verbindung von versicherungstechnischer Risikogemeinschaft und sozialrechtlichem Solidarverband

Welche Art von Eingriff in das Recht auf die »freie und selbstverantwortliche Entfaltung der Persönlichkeit« die Versicherungspflicht mit allen ihren Folgen für die Versicherten bewirkt, wird erst richtig deutlich im Vergleich dieser Versicherungspflichtigen mit denen, die von der Versicherungspflicht verschont bleiben. Außerdem sind zwei Haupteffekte der Versicherungspflicht zu unterscheiden, die durchschlagen auf den spezifischen Charakter der hier zu identifizierenden »Eingriffe« in das Persönlichkeitsrecht. Nur wenn man diese unterschiedlichen Eingriffseffekte, die auf unterschiedlichen Zwecksetzungen beruhen, stets sorgfältig auseinanderhält, kommt man grundrechtlich den einschlägigen Problemen bei. Die Versicherungspflicht bewirkt:

a) einen Eintrittszwang in die GKV als einen bestimmten versicherungstechnischen Risikoverbund überhaupt: Versicherungspflicht mit weitgehender Vorbestimmtheit sowohl des Versicherers als auch der Versicherungsmodalitäten. Auch dieser Risikoverbund ist schon eine Art »Solidargemeinschaft«, nämlich insofern, als man die Risiken untereinander verteilt. Die Versicherungspflicht der GKV aber bewirkt wesentlich mehr, nämlich

b) die zusätzliche Zwangseingliederung der Versicherten in eine sozialrechtliche Solidargemeinschaft (§ 1 S. 1 SGB V). Diese zusätzliche Inpflichtnahme für (bzw. Begünstigung durch) Sozialtransfers ist fast unentwerrbar mit dem »bloß« versicherungstechnischen Risikoverbund verknüpft. Die GKV als ein solches System von Sozialtransfers geht weit über einen bloß krankenversicherungstechnischen Risikoverbund hinaus.

Diese Doppelfunktion und ihre höchst problematische Verknüpfung muß bei allen weiteren Überlegungen im Bewußtsein behalten werden.

#### 2. Die Eingriffswirkung der Versicherungspflicht überhaupt

Die Versicherungspflichtigen der GKV machen heute den weit überwiegenden Teil der Bevölkerung aus. Dabei knüpft der Gesetzgeber an das stark typisierende Hauptmerkmal der »unselbständigen« Beschäftigung an. Dann vollzieht der Gesetzgeber eine Art Schluß von der besonderen Beschäftigungsart auf den allgemeinen persönlichen Charakter der Betroffenen: So nämlich, wie die erfaßten Menschen typischerweise unselbständig beschäftigt sind, so werden sie auch typischerweise als »unselbständig« im persönlichen Bereich der Krankheitsvorsorge eingeschätzt und behandelt. Der Gesetzgeber läßt die Betroffenen nicht sich selbst um ihre Krankheitsvorsorge kümmern. Er verpflichtet sie auch nicht nur abstrakt, sich in gewissem Um-

fang für den Krankheitsfall zu versichern (wie z. B. die Kraftfahrzeughalter für den Fall der Schädigung Dritter). Sondern er nimmt sich der Aufgabe selbst bis in die Einzelheiten hinein an.

Der größte Teil der Bevölkerung wird auf diesem Wege als typischerweise der sozialrechtlichen Bevormundung in der Vorsorge bedürftig behandelt, – mit allen Konsequenzen, zu denen sich der Gesetzgeber offenbar gezwungen sieht, wenn er sich nicht einmal nur um die Vorsorge für den Krankheitsfall, sondern auch noch um alle die Sachleistungen kümmert, um die es bei Krankheit gehen kann. Der Gesetzgeber traut den erfaßten Menschen ganz offenbar und typischerweise nicht jenes Maß von Eigenverantwortlichkeit zu, das er bei den »Selbständigen« stillschweigend, also ganz selbstverständlich, voraussetzt.

Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, dieser allgemeine Versicherungszwang und die mit ihm verbundenen Bevormundungen gingen als Eingriff gewissermaßen unter darin, daß es sich ja um eine sozialrechtliche Solidargemeinschaft handele: um soziale Inpflichtnahmen und Begünstigungen, denen gegenüber der damit verkoppelte Mitgliedschaftszwang geradezu vernachlässigt werden könne. Ganz im Gegenteil: Die sozialen Inpflichtnahmen und Begünstigungen, die erforderlich sind oder dafür gehalten werden, lassen sich auf vielerlei Art verwirklichen, und wenn man nicht durch die Verkoppelung von Risikoverbund und Solidargemeinschaft eingengt und behindert ist, lassen sich womöglich Rechtstechniken finden, die erheblich weniger gängeln und bevormunden und die die Soziallasten und -begünstigungen womöglich sachlicher und gerechter verteilen, als das bei einer Funktionsverkoppelung möglich ist.

Es bleibt also dabei, daß der Eingriffseffekt der Versicherungspflicht als solcher – ungeachtet der zusätzlichen sozialen Transfers – auf eine grandiose und fast flächendeckende Bevormundung des bei weitem größten Teils der Bevölkerung hinausläuft. So unglaublich diese These nämlich auch klingen mag, – sie entspricht exakt nicht nur dem Regelungswerk, sondern auch dem Selbstbewußtsein des Gesetzgebers. Sie drückt sich nämlich geradezu explizit darin aus, daß dieser sich bemüht, die Eigenverantwortung im Kontext der sozialrechtlichen Systemverantwortung wieder stärker zu reaktivieren, und zwar in Form der Mitverantwortung der Versicherten: »Die Versicherten sind für ihre Gesundheit mitverantwortlich ...« (§ 1 S. 2 SGB V). In der Tat, es ist eines der großen Probleme der GKV, daß die Eigenverantwortung der Versicherten zu wünschen übrig läßt, – als würde der Gesetzgeber allmählich mit dem Geist der sozialen Bevormundung, welchen er so eindringlich praktiziert und implementiert, nicht mehr recht fertig.

Daraus erhellt jedenfalls, wie sehr die Versicherungspflicht zunächst einmal und vor allem in das Grundrecht auf die freie und eigenverantwortliche Entfaltung der Persönlichkeit (Art 2 Abs. 1 GG) eingreift. In dem Maße, wie durch die Zwangsversicherung Mittel gebunden werden, schrumpfen die Möglichkeiten zur freien und selbstverantwortlichen Vorsorge für den Krankheitsfall.

### 3. Zwangsmitgliedschaft im sozialrechtlichen Solidarverband

Die Versicherungspflicht zwingt aber nicht nur in den gesetzlichen Risikoverbund der GKV als solchen, sondern sie zwingt zugleich in die »Solidargemeinschaft« der GKV (§ 1 SGB V) hinein. Während jener Zwang bevormundend die freie Selbstverantwortung beschränkt, verpflichtet die Solidargemeinschaft zur Leistung von Solidarbeiträgen für andere; oder sie mutet den Versicherten zu, indirekt Solidarbeiträge anderer in Anspruch zu nehmen. Dabei geht es hier nicht mehr um den bloßen Vermögenseffekt der Beitragslasten; von deren Eingriffseffekten war schon die Rede. Hier geht es um die weiteren Auswirkungen auf die Persönlichkeitssphäre.

Im Hinblick auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit spielt es dann vor allem eine Rolle, daß die Versicherten, wenn sie zu den sozial Bedürftigeren gehören, zu Begünstigten von Sozialtransfers gemacht werden. Das scheint zunächst nur eine Wohltat zu sein. Aber es gilt zu bedenken: Während man sich im Privatrecht nichts schenken lassen muß, wird es in der GKV u.U. schwierig, noch als jemand aufzutreten und zu erscheinen, der aus eigener Kraft und Leistung für sich und die Seinen sorgt. Man wird gesetzlich gezwungen oder ökonomisch genötigt, ganz bestimmte Rollen in einem System des sozialisierten Gesundheitswesens zu spielen, auch wenn man selbst von ganz anderem persönlichen Charakter ist. Das reicht tief hinein in die Persönlichkeitsstruktur und in das persönliche Tun und Lassen. Man wird in die Rolle des »Sozialversicherten« zunächst durch gesetzliche Vorschriften hineingezwungen und hat dann die Mittel nicht mehr frei, sich trotzdem noch als freie, selbständige und selbstverantwortliche Persönlichkeit auch hinsichtlich der Gesundheitsvorsorge zu verhalten.

Diese Belastungen aus der Überstülpung des Persönlichkeitsfragmentes eines Sozialversicherten trifft wiederum nicht nur diejenigen, die durch die GKV tatsächlich sozial subventioniert werden. Es trifft vielmehr auch gerade die anderen, die diese Subventionierung durch ihre Beiträge mitfinanzieren.

### 4. Zwang zur Selbstdarstellung als eines sozial Bevormundeten

Der Zwang, höchst selbst die Rolle eines Sozialversicherten zu spielen, hat außer seiner direkten Wirkung auf die eigenen Entscheidungen und auf das

individuelle Verhalten noch eine nicht weniger grundrechtsrelevante Außenseite, nämlich im Hinblick auf das, was die Betroffenen nach außen hin, für die anderen, darstellen und als was sie für die anderen erscheinen. Zu dem primären Eingriff kommt mithin der Eingriff in die Selbstdarstellung, in das Recht auf die selbstbestimmte eigene Erscheinung hinzu. Man hat es mit einer kumulativen Eingriffswirkung zu tun.

Die Betroffenen werden durch die gesetzliche Krankenversicherung nicht nur gezwungen, sozial krankenversichert zu sein, sondern auch, als sozial krankenversichert aufzutreten und zu erscheinen. Sie sind gewissermaßen darauf programmiert, sich z. B. bei der Entgegennahme von Leistungen im Krankheitsfalle jeweils gegenüber den behandelnden Ärzten und ihrem Personal, gegenüber den Apothekern, gegenüber den Schwestern im Krankenhaus usw. als Menschen darzustellen, die der Sozialstaat der sozialrechtlichen Zwangsvorsorge und womöglich der sozialen Subventionierung für bedürftig erachtet. Das wiederum ist ein zusätzlicher Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, nämlich insofern, wie dieses Grundrecht ein Recht auf freie Selbstdarstellung miteinbegreift. Zu den Kassenpatienten zu gehören und sich so behandeln lassen zu müssen, ist eine Sache; es auch noch jedesmal offenbaren zu müssen, ist eine andere. Diesem Darstellungszwang können die Betroffenen sich so gut wie gar nicht und allenfalls mit zusätzlichem Aufwand und unter Inkaufnahme von zusätzlichen Kosten teilweise entziehen. Um sich den Effekt lebendig vorzustellen, empfiehlt es sich wiederum, sich auszumalen, wie ein typischer »Selbständiger« reagieren würde, wenn man ihm zumutete, als Kassenpatient aufzutreten.

#### *IV. Die Beitragslast als Eingriff in Freiheitsgrundrechte (Art. 14 bzw. Art. 2 Abs. 1 GG)*

Nachdem die Grundrechtswirkungen der Pflichtversicherung insgesamt bewußt gemacht sind, gilt es jetzt, einzelnen signifikanten Eingriffseffekten nachzugehen, die mit der Mitgliedschaft in der GKV zusammenhängen. Eine solche Eingriffswirkung für die betroffenen Versicherten liegt insbesondere in den Pflichtbeiträgen der Versicherten (§ 3 S. 2, 1. Alternative, SGB V). Aber es geht auch um die Beiträge, die von den Arbeitgebern abgeführt werden (§ 3 S. 2, 2. Alternative, SGB V) und die die Beschäftigung von Arbeitnehmern verteuern. Mittel, die ein Arbeitgeber an die GKV abführen muß, stehen ihm nicht mehr für die Bezahlung höherer Löhne an die Betroffenen zur Verfügung; sie können nicht für Investitionen verwendet werden, die allen Beteiligten zugute kämen, und sie erhöhen das Arbeitsplatzrisiko der Versicherten, wie sie die Einstellungschancen von Arbeitslosen vermindern.

Ökonomisch-faktisch wirken daher die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung mit ihrer Belastungswirkung für die Versicherten in vielerlei Hinsicht nicht anders als diejenigen, mit denen die Versicherten auch rechnerisch direkt belastet werden. Man darf sich durch die formale Verrechnungsweise nicht davon ablenken lassen, daß der Arbeitgeberanteil von niemand anderem als von den im Unternehmen tätigen Menschen selbst erarbeitet und finanziert wird, nämlich von den Arbeitnehmern und dem Management. Die Seite des »Kapitals«, soweit sie sich auf Seiten der Arbeitgeber mit Solidarbeiträgen zu beteiligen scheint, bleibt tatsächlich so gut wie verschont. Daran, daß die Arbeitnehmer auch den Arbeitgeberanteil am Ende im wesentlichen selbst finanzieren, würde sich nur dann etwas nennenswertes ändern, wenn die Beitragsanteile, die heute formal vom »Arbeitgeber« abgeführt werden, bei den Letztbeziehern der Vermögenseinkünfte als Abzug vom zu versteuernden Einkommen abzuführen wären, – und zwar so, daß die Vermögenshalter sich nicht durch Flucht in andere Geldanlagen dem Solidaritätsbeitrag doch wieder entziehen könnten.

#### 1. Die Beitragslast als »Eingriff«

Durch die Pflichtbeiträge wird das Einkommen der Versicherten geschmälert, das als Grundlage für ihren Lebensunterhalt, für ihre Entfaltung und z. B. für anderweitige Gesundheitsvorsorge zur Verfügung steht. Denn diese Beiträge erscheinen als Geldleistungsverpflichtungen, die regelmäßig durch Einbehaltung vom Lohn oder Gehalt und durch Überweisung an die GKV erfüllt werden.

An diesem Eingriffscharakter ändert sich auch nichts dadurch, daß der Beitragsbelastung typischerweise eigene Anwartschaften und Leistungsansprüche gegenüberstehen. Der Eingriff bleibt in jedem Falle bestehen. Der Zusammenhang mit Gewährungen betrifft nur die Rechtfertigung des Eingriffs in den grundrechtlich geschützten Bereich.

#### 2. Die Beitragslast als Eingriff in das Eigentumsgrundrecht

(Art. 14 Abs. 1 GG)

Wer Geldleistungen erbringt, muß dafür konkrete Vermögenswerte opfern: sei es, daß er Sachwerte verkauft, um zahlen zu können; sei es, daß er Geld, das er schon hat, dazu verwendet; sei es, daß der Anspruch auf Lohn oder Gehalt um den Betrag gekürzt wird, den der Arbeitgeber abführt. Stets und immer wird ein subjektives vermögenswertes Recht geopfert oder verkürzt. Ein solches Opfer an »subjektiven vermögenswerten Rechten« ist per Definition klar und eindeutig ein Opfer an »Eigentum« i. S. des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Also greift die GKV mit ihren Beitragspflichten in das grundrecht-

lich geschützte Eigentum der Versicherten ein, und zwar in die Wertkomponente dieses Eigentums. Daß nicht nur die Sachen und ihr Gebrauch, sondern auch und gerade ihr Wert als Eigentumsgegenstände verfassungsrechtlichen Schutz genießen, zeigt das Entschädigungsgebot des Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG: Der Eigentumswert stellt eine wesentliche Komponente des verfassungsrechtlich geschützten Eigentums dar.

Öffentlich-rechtliche Geldleistungspflichten müssen daher als Eingriffe in die Eigentumswertkomponente des Eigentumsgrundrechts angesehen werden. Zu dieser Sicht tendiert auch die inzwischen wohl herrschende Lehre, während das Bundesverfassungsgericht das Eigentum erst dann als berührt ansieht, wenn die betreffende Abgabe erdrosselnd wirkt. Die Deutung des Bundesverfassungsgerichts ist letztlich in sich widersprüchlich: Wie soll ein Eingriff, der auf niedrigerem Niveau das Eigentumsgrundrecht gar nicht berührt, plötzlich erdrosselnd wirken können? Eingriffe, die Eigentumswert entziehen, können, wie etwa legitime Steuern oder sonstige Abgaben, durchaus verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein und stellen dann gerechtfertigte Eingriffe ins Eigentum dar. Fehlt ihnen freilich im Einzelfall der Eingriffsgrund oder leidet die gesetzliche Grundlage an anderen Verstößen gegen die Verfassung, dann werden die Eingriffe wegen Verletzung des Eigentumsgrundrechts angreifbar. Daß die Abgaben so hoch sind, daß sie »erdrosselnd« wirken, stellt daher nur einen Sonderfall von Unvereinbarkeit von Wertopfern mit Art. 14 GG dar.

In den Vorstellungen, die der Meinung des Bundesverfassungsgerichts zugrundeliegen, wird mithin die bloße Grundrechtsbetreffenheit nicht scharf genug getrennt von der Frage nach dem spezifischen Grund für eine Verfassungswidrigkeit: Wo es nur um eine sehr spezifische Form des Eingriffsübermaßes, nämlich um den Fall der »Erdrosselung«, geht, wird so entschieden, als sei das Grundrecht nun erst, beim erdrosselnden Übermaß, überhaupt »berührt«.

### 3. Subsidiärer Eingriff in die Entfaltungsfreiheit

(Art. 2 Abs. 1 GG)

Hier, wo es um die Beurteilung der Beitragslasten der GKV geht, kommt es letztlich womöglich gar nicht entscheidend darauf an, welcher Grundrechtsbereich in der Hauptsache betroffen ist, wenn Geldleistungspflichten auferlegt werden; denn solche Lasten bedürfen auch dann einer rechtsstaatlich strengen Rechtfertigung, wenn man davon ausgeht, daß sie nicht ins Eigentum eingreifen, sondern nur in das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Art. 2 Abs. 1 GG. In jedem Falle stellen die Beitragslasten Grundrechtseingriffe dar, seien es Eingriffe ins Eigentum, seien es solche in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG.

## *V. Der Versicherte als »gläserner Patient«*

Mit der GKV ist für die Versicherten insbesondere in ihrer Rolle als Patienten eine umfassende, weitreichende und gründliche Erfassung so gut wie sämtlicher verfügbarer Krankheitsdaten verbunden (§§ 284 ff. SGB V), deren Umfang und Verfügbarkeit für vielerlei Stellen vom Sinn und Zweck der GKV her legitimiert wird. Diese Einzelvorschriften gehen mit ihren Wirkungen über die Beeinträchtigungen des allgemeinen Grundrechts der Persönlichkeitsentfaltung hinaus, die mit der Pflichtversicherung insgesamt ohnehin einhergehen: Sie greifen in das Recht der Menschen an ihrer eigenen Erscheinung ein. Dieses Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist miteinbegriffen in dem Recht auf Selbstdarstellung, welches mit umfaßt wird von dem Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG).

## *VI. Die Solidargemeinschaft als ungleich wirkende Ausgrenzungsgemeinschaft (Art. 3 Abs. 1 GG)*

Indem die §§ 5–8 SGB V festlegen, wer versicherungspflichtig ist, wird zugleich die Restmenge derer ausgegrenzt, die verschont bleiben: vor allem die »Selbständigen«. Einigen wird sogar Wahlfreiheit in Bezug auf Mitgliedschaft oder Nichtmitgliedschaft gewährt.

### **1. Freistellung von der Versicherungspflicht überhaupt**

Die unbedingt Versicherungspflichtigen und die übrigen werden in entscheidenden Punkten unterschiedlich behandelt: »Selbständige« werden als frei und selbstverantwortlich im Hinblick auf ihre Krankheitsvorsorge behandelt, während »Unselbständige« auch in Bezug auf Krankheitsvorsorge gesetzlich als unselbständig und nicht eigenverantwortlich eingestuft werden. Von dieser Unterscheidung hängt dann alles ab, was an Pflichten und Rechten und an Eingriffseffekten mit der GKV einhergeht.

### **2. Freistellung von der Solidarpflichtigkeit**

Hinzu kommt, daß die Selbständigen, die vom Gesetzgeber als typischerweise frei und eigenverantwortlich behandelt werden, auch von den Pflichten der Solidargemeinschaft der GKV verschont bleiben, während die anderen, die schon bei der Krankheitsvorsorge bevormundet werden, sich auch der Inpflichtnahme bzw. Begünstigung durch die Solidargemeinschaft nicht entziehen können. Das hängt damit zusammen, daß die sozialen Transfers mit dem krankenversicherungsrechtlichen Risikoausgleich durch die einheitliche GKV verkoppelt sind, so daß die Freistellung von der Versicherungspflicht immer auch durchschlägt als Freistellung von sozialer Solidarität.



### 3. Wesentlich ungleiche Behandlung

Bei alledem handelt es sich um »wesentliche« Ungleichbehandlungen; denn die GKV greift tief in grundrechtsgeschützte Sphären der Gesundheit, des Vermögens und der Persönlichkeit ein. Also fragt es sich, ob die mit Eingriffen und Solidarpflichten belasteten Versicherungspflichtigen im Verhältnis zu den übrigen nicht in ihrem Grundrecht auf Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 3 Abs. 1 GG) verletzt sind.

## *VII. Die Grundrechtsgeltung im Leistungsbereich der GKV*

### 1. Problemstellung

Schon oben hatte sich gezeigt, daß man es bei der GKV nicht mit den gängigen »Eingriffen« in Grundrechte zu tun hat, bei denen es genügen würde, zum einen die Betroffenheit im Grundrecht festzustellen und dann die formellen und inhaltlichen Eingriffsvoraussetzungen zu prüfen. Allerdings werden die Freiheitsrechte ihrer Hauptwirkung nach zunächst einmal als genuine Abwehrrechte gegenüber ungerechtfertigten Eingriffen des Staates gesehen. Soweit es hier jedoch um die Leistungen der GKV und um Beschränkungen und Regulierungen bei den Leistungen geht, liegt eine andere Konfiguration vor.

Hier wird gerade nicht nur – wie im idealtypischen Modellfall der Freiheitsrechte – in vorstaatliche Freiheitsphären »eingegriffen«. Hier werden vielmehr Leistungen gewährt, beschränkt und reguliert. Unser Grundgesetz aber verbürgt keine sozialen Grundrechte, insbesondere kein Leistungsgrundrecht auf Gesundheitsvorsorge und auf Hilfe im Krankheitsfalle. Also kann man die einschlägigen Leistungsbegrenzungen nicht ohne weiteres als Grundrechtseingriffe auffassen.

Diese Vorbehalte betreffen, so richtig sie sind, freilich nicht die Frage, ob der Schutzbereich eines Grundrechts überhaupt (z. B. der der »Gesundheit«) »thematisch einschlägig« und betroffen ist. Sie gelten vielmehr dem ganz anderen Problem, wie solche Beschränkungen und Regulierungen im Leistungsrecht als Grundrechtsbeeinträchtigungen erfaßt werden müssen (und später dann das Problem, ob diese Beeinträchtigungen dann an anderen, z. B. weniger strengen Maßstäben zu messen sind als bei echten Eingriffsgesetzen und Eingriffsakten). Und in der Tat: Im Hinblick auf die Grundrechtsverkürzung macht es einen erheblichen Unterschied, ob der Staat etwas selbst zusätzlich leistet und ob er dann seine Leistungen eingrenzt, oder ob er in vorgegebene Freiheitssphären des Bürgers belastend eingreift.

### 2. Zusammenhang von Pflichten und Lasten einerseits und Leistungen andererseits

Die gesetzliche Krankenversicherung ist aber alles andere als ein typischer Fall der reinen staatlichen »Leistungsverwaltung« in dem soeben angedeu-

teten, die Grundrechtsgeltung stark relativierenden, wenn nicht sogar weitgehend ausschließenden Sinne: Die – wie immer regulierten und begrenzten – Leistungen der GKV an ihre Versicherten kommen gerade nicht als reine soziale Wohltat allein daher. Vielmehr geht ihr typischerweise der Versicherungszwang voraus. Und die Leistungen stehen in der Regel mit Beiträgen in Zusammenhang, die erhebliche Eingriffe darstellen.

Die GKV ist, auch und gerade für die Versicherten, eine riesige sozialrechtliche Eingriffsmaschinerie, noch ehe sie zur sozialrechtlichen Leistungsmaschinerie wird. Man hat es hier also gerade nicht mit reinem Leistungsrecht zu tun, z. B. nicht mit bloßen Sozialtransfers des Staates an Sozialhilfeempfänger, sondern mit einem Pflichtsystem, in welchem die Leistungen mit Beitragsbelastungen erkaufte werden. Hinzu kommt, daß die Betroffenen auch noch den Betrieb des ganzen Systems, das ihnen oktroyiert wird, selbst mit ihren Beiträgen finanzieren müssen, während der Betrieb der Behörden, die Subventionen oder Sozialhilfe verteilen, vom Kollektiv der Steuerzahler getragen wird.

Also stellen die Einschränkungen und Regulierungen bei Leistungen, die ein solches Sozialsystem mit Anschlußzwang und Beitragslasten erbringt, wesentlich gewichtigere Begrenzungen dar als etwa Regelungen, denen sich jemand beugen muß, der nur wirtschaftliche Subventionen oder Sozialhilfe erhält.

### 3. Nicht geringere, sondern stärkere Grundrechtsbeeinträchtigung im Bereich der GKV

Wer sowohl die Leistungen, die verkürzt oder mit gängelnden Kontrollen verbunden werden, als auch den ganzen komplizierten Betrieb des Systems selbst zu bezahlen hat, und wer gar zu alledem durch Versicherungspflicht gezwungen wird, der muß sich gegen die Verkürzungen und Gängelungen bei den Leistungen mindestens ebenso wirksam wehren können wie gegen bloß einfache vergleichbare Eingriffe in »vorstaatliche« Freiheitsphären. Denn der Betroffene bekommt den Staat jetzt nicht nur und nicht erst bei den Beschränkungen zu spüren, die bei der Inanspruchnahme von Leistungen im Krankheitsfall greifen, sondern auch und schon bei der Versicherungspflicht und bei allen mit dem System sonst verbundenen Belastungen, Kosten und Regulierungen.

Der Versicherte als Pflichtversicherter und als Beitragszahler trägt eine Vorbelastung und Grundbelastung an Grundrechtseinschränkungen, bevor er Leistungen beanspruchen kann. Diese Vor- und Grundbelastung muß man stets im Bewußtsein haben, wenn es darum geht, mit grundrechtlichen Maßstäben zu beurteilen, wie mit dem Versicherten bei der Gewährung von Leistungen umgegangen wird. Der Versicherte wird nicht etwa weniger

»beschränkt«, weil er ja eine Leistung erhält; er wird vielmehr deutlich mehr beschränkt und gegängelt als in dem Falle eines vergleichbaren schlichten direkten Eingriffs; denn er wird in den ganzen Eingriffs- und Leistungsverbund hineingezwungen.

Um diesem Mehr an grundrechtserheblichen Regulierungen und Belastungen gerecht zu werden, genügt es nicht einmal, seine Grundrechtsbetroffenheit so anzusehen, als ob es sich bei den Leistungsbeschränkungen und -regulierungen um einfache »Eingriffe« handle. Diese als-ob-Formel kann vielmehr nur den Mindeststandard an grundrechtlicher Betroffenheit anzeigen, von dem bei Rechtfertigungsfragen auszugehen ist.

Besser wird man dem Befund gerecht mit einer erst-recht-Formel: Die Erforderlichkeit des Grundrechtsschutzes ergibt sich nicht trotz der sozialrechtlichen Erscheinungsweise der GKV auf ihrer Leistungsseite; Grundrechtsschutz im Sinne von »Freiheit und Gleichheit in der Teilhabe« ist vielmehr erst recht geboten, und zwar weil die Betroffenen ohnehin schon mit einer Hypothek von lästigen und bevormundenden Pflichten und Bürden vorbelastet sind.

#### 4. Zwang zum sozialen Ausgleich

Schließlich gilt es in diesem Zusammenhang noch zu bedenken: Innerhalb der GKV werden nicht nur die Krankheitsrisiken geteilt. Das ist das Prinzip einer jeden Krankenversicherung und kein Kennzeichen der GKV im Sinne der gesetzlichen »Solidargemeinschaft« (vgl. § 1 S. 1 SGB V). Vielmehr erzwingt das Gesetz zugleich einen sozialen Ausgleich von den jeweils weniger zu den jeweils stärker sozial Bedürftigen. Die Beiträge werden nach einem Prozentsatz vom Einkommen erhoben, steigen also, absolut genommen, mit wachsendem Einkommen. Wer mehr verdient, zahlt mehr, ohne deshalb auch mehr oder größere Ansprüche auf Leistungen der GKV zu haben.

Wer auf diese Art und Weise beim sozialen Ausgleich zum Draufzahlen gezwungen wird, erkaufte sich seine Leistungen im Krankheitsfalle nochmals teurer, nämlich mit einem sozialen Solidaritätsoffer. Daraus ergibt sich einmal mehr und »erst recht«: Der Staat darf solche sozialen Wohltäter nicht auch noch damit bestrafen, daß er den Standard des Grundrechtsschutzes auf der Leistungsseite herabsetzt – etwa mit dem fadenscheinigen und selbstbetrügerischen Argument, man befinde sich im sozialstaatlichen »Leistungsrecht«, wo es nicht um »Eingriffe«, sondern um die Verteilung von Wohltaten gehe. Die Vor- und Grundbelastung, die nunmehr auch noch die Beschwerde mit Solidaritätspflichten umfaßt (von denen die Selbständigen gerade verschont bleiben), entschärft die Situation nicht, sondern sie verschlimmert sie unter grundrechtlichem Aspekt einmal mehr.

Da hilft auch nicht der Einwand, unter den Versicherten gäbe es auch bloße Leistungsempfänger, für die das Argument mit der Vor- und Grundbelastung nicht zutrefte, und überhaupt sei die Belastung mit Solidarpflichten und die Begünstigung mit Ansprüchen eine relative Angelegenheit. Denn zweifellos gibt es Betroffene, die typischerweise mehr an Beiträgen zahlen, als sie an Leistungen in Anspruch nehmen. Es wäre absurd, sie für ihre Opfer damit zu bestrafen, daß man sie (und alle anderen) so behandelt, als erhielten sie nur soziale Wohltaten. Hier scheint sich die Verkoppelung von Krankenversicherung und Sozialtransfers in Eingriffsverbesserungen (und Rechtfertigungsnotén) niederzuschlagen.

Alles in allem: Die Grundrechtsbetroffenheiten bei Beschränkungen und Regulierungen im Leistungsbereich der GKV sind wenigstens so schwerwiegend wie schlichte Eingriffe in dem hypothetischen Vergleichsfall, daß jemand frei, selbständig und selbstverantwortlich handeln kann und dann bei der Inanspruchnahme von ärztlichen oder anderen Leistungen so gegängelt würde, als ob er in der GKV versichert wäre. Diese Anforderungen führen voraussichtlich zu schwierigen Problemen im Bereich der Eingriffsrechtfertigung; aber dem darf man nicht von vornherein ausweichen dadurch, daß man die Eingriffswirkungen verharmlost oder durch Unklarheiten vernebelt.

### *VIII. Grundrechtssymbiose im Arzt-Patienten-Verhältnis*

Die GKV stellt einen Verbund auch noch in einem ganz anderen Sinne dar, als bisher sichtbar geworden ist: Die Versicherten sind in ihrer Rolle als Patienten im sogenannten »Arzt-Patienten-Verhältnis« auf die Ärzte in deren Rollen als Arzt und Leistungserbringer angewiesen, so wie umgekehrt die Ärzte auf die Patienten angewiesen sind, um ihren Beruf auszuüben und ein Einkommen zu erzielen. Die Beteiligten sind gewissermaßen sozial symbiotisch wechselseitig voneinander abhängig. Deshalb schlagen Regelungen, die den einen betreffen, in der Regel auf den anderen durch.

Was den Patienten beschränkt und gängelt, das beschränkt und gängelt vielfach auch den Arzt, und umgekehrt. Regelungen in diesem Bereich zeitigen mithin eine charakteristische Doppelwirkung. Diese Doppelwirkung ist mit der herkömmlichen »Drittwirkung« nur teilweise zu vergleichen. Sie gleicht eher schon dem Effekt, den die Ausweisung eines Ehegatten oder eines Kindes auf den anderen Ehepartner bzw. die übrigen Familienmitglieder hat. Die Regelung trifft nicht einen einzelnen, sondern ein soziales Verhältnis oder eine Kommunikationssituation von mehreren. Und was für den Arzt und den Patienten ihre soziale Symbiose im Arzt-Patienten-Verhältnis ist, das ist, aus verfassungsrechtlicher Sicht, ihre Untrennbarkeit bei der Ausübung von Grundrechten: ihre Grundrechtssymbiose.

Wegen dieser Grundrechtssymbiose im Verhältnis zwischen Patient und Arzt treffen den Versicherten nicht nur die ihn als Patienten direkt angehenden Beschränkungen und Regulierungen der GKV, sondern auch diejenigen, denen der Arzt unterworfen ist.

In diesen Fällen symbiotischer Grundrechtsausübung überlagert und verstärkt sich das Gewicht der Eingriffe, die den einen treffen, dadurch, daß sie auf das grundrechtssymbiotische Verhältnis zwischen beiden sowie auf den jeweils anderen Symbiosepartner durchschlagen. Solche Durchschlagseffekte sind zuerst beim Ehegattenverhältnis aufgefallen und berücksichtigt worden. Dort nämlich ist z. B. schon seit längerem anerkannt, daß die Ausweisung eines verheirateten Ausländers zugleich die Ehe selbst sowie den Ehegatten trifft: mit der Konsequenz, daß strengere Maßstäbe an die Ausübung des Ausweisungsermessens angelegt werden müssen. Die Durchschlagseffekte und die damit verbundenen indirekten Grundrechtsbelastungen sind jedoch nicht auf die Fälle beschränkt, in denen die Verfassung selbst den betroffenen Verbund z. B. als Ehe oder Familie (Art. 6 GG) oder als Vereinigung (Art. 9 GG) anspricht und insgesamt schützt. Vielmehr hat man es hier mit Sonderfällen der mittelbaren Grundrechtseingriffe überhaupt zu tun.

Daß Arzt und Patient in der beschriebenen Weise wechselseitig aufeinander angewiesen und aufs Engste miteinander verbunden sind, spiegelt sich in der bisherigen juristischen Betrachtung darin wieder, daß von dem engen »Vertrauensverhältnis« zwischen beiden die Rede ist. Man hat es mit einer Grundrechtsausübung im Verbund und auf Gegenseitigkeit zu tun, und zwar so, daß dabei nicht nur, wie bei jedem gegenseitigen Vertrag, Leistung und Gegenleistung in einem wirtschaftlich reziproken Verhältnis zueinander stehen, sondern derart, daß eben gerade auch die grundrechtlichen Freiheiten einander wechselseitig bedingen.

## *§ 2 Die freiberuflich tätigen Ärzte*

### *I. Einschränkungen der Berufsfreiheit*

#### 1. Ökonomischer »Zwang zum Kassenarzt« als quasi-gesetzliche Inpflichtnahme

Zwar sind Ärzte nicht gesetzlich verpflichtet, sich als Kassenarzt in die GKV mit allen einschlägigen Pflichten und Rechten einzugliedern. Ihre rechtliche Wahlfreiheit ist jedoch durch wirtschaftliche Zwänge weitgehend aufgehoben. Denn wenn 90% der Bevölkerung der GKV angehören, ist evident, daß ein vergleichbar hoher Anteil der Ärzte, die ökonomisch in

ihrem Beruf überleben wollen, faktisch gezwungen ist, nicht mehr wirklich frei zu praktizieren, sondern die Kassenzulassung zu beantragen und sich mit allen Konsequenzen dem System der GKV zu unterwerfen.

Hinzu kommt ein sittliches Moment: Für Ärzte ist ihr Beruf auch heute noch vielfach nicht nur ein Job zum Geldverdienen, sondern eine Berufung dazu, Kranken zu helfen, und zwar Kranken, egal ob sie nun abhängig tätig und daher pflichtversichert oder selbständig oder sonst wohlhabend genug sind, um sich als Privatpatienten behandeln zu lassen. Solche Ärzte müssen sich, schon um ihre Berufung nicht zu verleugnen, unter das Regime der GKV begeben. Sonst können sie vielen Kranken einfach nicht helfen, und sie würden zu einem Arzt für die »oberen Zehntausend«.

Mit der GKV geht nach allem ein zwar faktischer, aber gesetzlich ausgelöster »Zwang zum Kassenarzt« einher. Dieser Zwang steht, was seine Wirkungen auf die ärztliche Berufsfreiheit angeht, einer gesetzlichen Verpflichtung zur Eingliederung in die GKV nicht nennenswert nach. Daraus wurde auch schon längst die verfassungsrechtliche Konsequenz gezogen, daß ein Arzt in der Regel ein grundrechtlich unterfürtetes Recht auf Zulassung als Kassenarzt hat.

## 2. Quasi-gesetzliche Regelungen der ärztlichen Berufsfreiheit

Da die GKV für den freiberuflich tätigen Arzt einen faktischen Zwang zum Kassenarzt mit sich bringt, der einer gesetzlichen Inpflichtnahme praktisch gleichkommt, muß man die Grundrechtsbeeinträchtigungen, die mit der GKV für die ärztliche Tätigkeit einhergehen, auch so beurteilen, als ob es sich um eine gesetzliche Verpflichtung handele. Das gilt zum einen für die quasi-gesetzliche Inpflichtnahme überhaupt, die womöglich die Berufswahlfreiheit einschränkt. Und das gilt ebenso für alle weiteren Beschränkungen, Regulierungen und Kontrollen, die sich der Kassenarzt bei der Ausübung seines Berufes gefallen lassen muß.

Mit dem Argument, der Arzt begeben sich ja freiwillig in das besondere Pflichten- und Rechtsverhältnis der GKV, lassen sich die Beschränkungen und Regulierungen im Bereiche der Berufsfreiheit weder beiseite schieben noch nennenswert relativieren. Von Freiwilligkeit kann nicht mehr die Rede sein. Durch das Sozialrecht der GKV wird vielmehr nicht nur das Gesundheitswesen für den größten Teil der Bevölkerung, nämlich für die abhängig beschäftigten Arbeitnehmer, sondern auch für den größten Teil der frei beruflich tätigen Ärzte weitgehend sozialisiert: mit all den Gefahren für die Freiheit, Selbständigkeit und Selbstverantwortlichkeit, die das mit sich bringt.

## 3. Quasi-gesetzliche Regelungen der Berufswahl und der Berufsausübung

Die GKV muß nach allem, was ihre Eingriffswirkungen auf die Berufsfreiheit von freiberuflich tätigen Ärzten betrifft, wie ein Gesetz beurteilt wer-

den, dem sich diese Ärzte nicht entziehen können: »quasi-gesetzliche Regelungen der Berufsfreiheit«.

#### a) Berufswahlfreiheit

Dem unterschiedlichen Wortlaut der Sätze 1 und 2 des Art. 12 Abs. 1 GG ist zu entnehmen, daß das Grundgesetz die Berufswahl und die Berufsausübung unterschiedlich stark gegen staatliche Regulierung schützt. Dementsprechend sind Kriterien eines abgestuften Grundrechtsschutzes entwickelt worden, je nach dem ob es sich um bloße Regelungen der Berufsausübung oder um persönliche oder sogar objektive Voraussetzungen für die Wahl des Berufes überhaupt handelt. Dementsprechend fragt sich hier, ob die GKV nur in die Freiheit der Berufsausübung oder auch in die der Berufswahl der Ärzte eingreift.

Der Beruf des wirklich frei und selbständig praktizierenden Arztes ist dem Durchschnittsarzt heute praktisch dadurch unmöglich gemacht, daß ihm dazu die Patienten fehlen; und sie fehlen ihm, weil sie Zwangsmitglieder der GKV sind. So bleibt faktisch nur die Berufsalternative, sich hauptsächlich als »Kassenarzt« zu betätigen.

Ob es sich dabei um zwei verschiedene Berufe handelt oder um unterschiedliche Erscheinungsweisen ein und desselben Berufes, ist nicht leicht zu beurteilen. Jedenfalls aber gehen die Zwänge, die die GKV für frei praktizierende Ärzte mit sich bringt, über sonst übliche Berufsausübungsregelungen bei »Selbständigen« weit hinaus und kommen Einschränkungen der Berufswahlfreiheit sehr nahe, – und zwar Einschränkungen, die die betroffenen Ärzte nicht durch subjektive Qualifikation oder Anstrengung überwinden können. Man hat es mithin mit Regelungen zu tun, die die Ausübung freiberuflicher ärztlicher Tätigkeit so weitgehend begrenzen, durchregulieren und kontrollieren, daß es sich um Regelungen handelt, die den Beruf des wirklich frei praktizierenden Arztes praktisch ausschließen. Also greift die GKV mit subjektiv praktisch nicht überwindbaren Anforderungen auch in die Freiheit der Berufswahl ein.

#### b) Berufsausübungspflicht

.....

### *II. Ärztliche Heilkunst als wissenschaftlich fundierte Berufstätigkeit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG)*

#### 1. Zusammenhänge zwischen praktischer Heilkunst und medizinischer Wissenschaft

Heilt der Arzt Kranke und hilft er anderen, gesund zu bleiben, so zeichnet sich seine Berufstätigkeit vor vielen anderen durch eine enge Wissenschaftsbindung aus: Die ärztliche Heilkunst weist eine besonders starke und unmittelbare Beziehung zur medizinischen Wissenschaft als dem Inbegriff

aller Verfahren der methodologisch bewußten Erarbeitung medizinischer Erkenntnisse aus. Also drängt sich die Frage auf, ob ein Gesetz wie das SGB V, das ärztliches Verhalten regelt, am Ende nicht auch Auswirkungen auf die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) hat. Bevor näher danach gefragt wird, ob der Arzt als solcher sich bei seiner Heiltätigkeit im Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit bewegt, muß der Zusammenhang zwischen ärztlicher Praxis und Medizin als Wissenschaft geklärt werden, selbst wenn sich am Ende erweisen sollte, daß die Beschränkungen, die das SGB V für den Bereich der medizinischen Wissenschaft gegebenenfalls mit sich bringt, nicht vom Arzt aus eigenem Grundrecht abgewehrt werden können.

## 2. Regulierung der praktischen Medizin als mittelbare Regulierung auch der medizinischen Wissenschaft

Die »medizinischen Erkenntnisse« (vgl. die §§ 2 Abs. 1 S. 3, 70 Abs. 1 S. 1 SGB V), die der Arzt in Ausübung seiner ärztlichen Heilkunst am Patienten anwendet, werden heute durch verschiedene Richtungen der medizinischen Wissenschaft erarbeitet, überprüft und weiterentwickelt. Wenn also der Gesetzgeber oder wenn andere normsetzende oder normvereinbarende Instanzen der GKV ihre Regulierung, Verrechtlichung und Bürokratisierung der ärztlichen Leistungen bis in konkrete Behandlungsgrundsätze, Medikamentierungen usw. hinein vorantreiben, dann greifen sie immer auch in das praktische Ende der medizinischen Wissenschaft und damit indirekt auch in den wissenschaftlichen Bereich selbst ein: Sie bemächtigen sich des Feldes, auf dem die medizinischen Erkenntnisse in Praxis münden. Auf diesem Feld führen die angewendeten Erkenntnisse selbst wiederum durch therapeutische Erfahrungen zu neuen medizinischen Einsichten sowohl beim individuell anwendenden Arzt als auch, über entsprechende Auswertungen, in der Medizin allgemein. Die Erfahrungen, die die praktische Anwendung der Erkenntnisse liefert, bildet insbesondere ein außerordentlich wichtiges Korrektiv für überlieferte oder sonst vorläufige Erkenntnisse.

Gesetzliche Regulierungen, durch die bestimmte medizinische Erkenntnisse oder Anwendungen von der Leistung der GKV ausgenommen werden, können zudem bewirken, daß es sinnlos wird, in dieser Richtung weiter zu forschen, entweder weil die Anwendungen ohnehin ausbleiben, oder weil sie – z.B. wegen Zusammenbruchs einer unrentabel werdenden Infrastruktur an Arzneimittelherstellung – nicht mehr weiter wirtschaftlich praktiziert werden können.

## 3. Verpflichtung auf den »allgemein anerkannten Stand« der medizinischen Erkenntnisse

Wie sehr der Gesetzgeber sich ausdrücklich zum Richter in dem Prozeß der medizinischen Erkenntniserarbeitung erhebt, zeigt im übrigen die Formu-



lierung des § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V: Qualität und Wirksamkeit der Leistungen haben dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse und dem medizinischen Fortschritt zu entsprechen. Bei oberflächlichem Hinsehen liest sich das zwar so, als sei es ebenso selbstverständlich wie unverfänglich. Tatsächlich aber offenbaren sich hier laienhafte Wunschvorstellungen von Wissenschaft im allgemeinen und von medizinischer Wissenschaft und Heilpraxis im besonderen.

Die Entwurfsfassung drückte dieses bürokratische Fehlverständnis von der praktischen Medizin als einer Harmonie allgemein anerkannter Behandlungsroutinen noch kompromißloser aus. Dort nämlich war nur vom »allgemein anerkannten Stand« der Erkenntnisse, nicht aber auch schon vom »medizinischen Fortschritt« die Rede: als ob nicht auch und gerade im Prozeß des Erkenntnisgewinns der Medizin als wissensgegründeter Heilkunst Kontroversen selbst um etablierte Erkenntnisse und Verfahren ausgetragen würden. Das sind oft recht harte Kontroversen, aus denen Erkenntnisfortschritt hervorgeht. Solche Streitigkeit auch und gerade innerhalb der sog. »Schulmedizin« machen für jeden aufmerksamen Beobachter evident, daß es sich in der Heilkunst nicht immer um »allgemein Anerkanntes« handelt.

Die Kontroversen haben durchaus nicht gleich zur Folge, daß die umstrittenen, also nicht »allgemein anerkannten« Erkenntnisse und Behandlungsmethoden sofort von der Anwendung in der Praxis ausgeschlossen werden. »Anhänger« etwa der Chemotherapie praktizieren sie auf bestimmten Gebieten weiter, weil sie gute Erfahrungen damit gemacht haben, auch wenn nahmhafte Kritiker oder Gutachtergremien sich dagegen aussprechen. Die Wirklichkeit der medizinischen Heilkunst entspricht also gerade nicht dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V, sondern läuft vielfach auf das gerade Gegenteil hinaus: Umstrittene Erkenntnisse werden so lange angewendet werden, bis sie nach »allgemein anerkanntem Stand« der Medizin als widerlegt gelten. Das hängt u. a. auch damit zusammen, daß Heilungschancen und Behandlungsschäden bzw. -risiken je nach Haltung und Erfahrung des Arztes und je nach Haltung und Risikofreudigkeit von Patienten unterschiedlich eingeschätzt werden. Nähme man den Gesetzgeber beim Wort, wäre die Chemotherapie längst für viele Anwendungsbereiche, in denen sie noch praktiziert wird, von den Leistungen der GKV ausgeschlossen, nämlich insoweit, wie sie dort von Anfang an umstritten war, oder, soweit sie dort jeweils auch heute alles andere, nur nicht »allgemein anerkannt« ist.

Die Entwurfsfassung war also lebensfremd und blockierte potentiell die Entwicklung. Erst eine diesbezügliche Kritik hat in letzter Minute zwar nicht zur Korrektur des in jedem Falle unpraktikablen Wortlautes, immerhin aber doch zu einer Öffnung für den »medizinischen Fortschritt« geführt.

Auch die Endfassung ist mithin nur praktikabel, wenn man sie, wie schon angedeutet, trickreich ins Gegenteil verkehrt: Auch umstrittene Erkenntnisse (wie etwa diejenigen betreffend chemotherapeutische Verfahren) bleiben nach allgemein anerkanntem Stand der medizinischen Erkenntnisse so lange vom Spektrum der Leistungen der GKV umfaßt, wie sie nicht als allgemein widerlegt gelten können.

#### 4. Gesetzliche Anerkennung des Universums aller »medizinischen Erkenntnisse«

In einer Hinsicht allerdings trägt der Gesetzgeber der Offenheit der Medizin als Wissenschaft und Heilkunde auf gelungene Weise Rechnung und geht damit über Formulierungen in anderen Gesetzen vorbildlich hinaus: In § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V ist nicht von Schul- oder experimenteller Medizin, sondern vom allgemein anerkannten Stand der »medizinischen Erkenntnisse« die Rede. Nach verschiedenen Erkenntnis- oder Therapierichtungen wird dabei nicht mehr unterschieden. Zwar scheint der Gesetzgeber in anderen Vorschriften noch implizit zu unterscheiden zwischen einer ohne weiteres anerkannten medizinischen Schulwissenschaft einerseits und den nur auch geduldeten »besonderen Therapierichtungen wie homöopathischen, phytotherapeutischen und anthroposophischen« andererseits (z.B. § 34 Abs. 2 S. 3 SGB V). Das könnte als eine gewisse stillschweigende Bevorzugung der experimentellen oder Schulmedizin verbunden mit einer gewissen Diskriminierung der besonderen Therapierichtungen gedeutet werden, – also als verdeckte Stellungnahme des Gesetzgebers im medizinischen Schulstreit. Tatsächlich aber werden in den §§ 2 Abs. 2 S. 3 und 70 Abs. 1 S. 1 SGB V die Weichen vom Gesetzgeber klar in Richtung auf das allgemeine Universum der »medizinischen Erkenntnisse« gestellt. Wenn es dann z.B. in § 34 Abs. 2 S. 3 SGB V heißt, bei der Beurteilung von Arzneimitteln der »besonderen Therapierichtungen« sei auch den »besonderen Wirkungsweisen dieser Arzneimittel Rechnung zu tragen«, so erinnert derselbe Gesetzgeber nurmehr deklaratorisch daran, daß auch in der bürokratischen Verwaltung der Medizin in den Institutionen der GKV Methodenhomogenität und Methodenkonsistenz gewahrt werden muß. Man kann z.B. die Erfolge einer Therapie, die betont auf die individuelle Konstitution des Patienten abstellt, nicht mit den statistischen Maßstäben einer Methode messen, bei welcher eben gerade all diese individuellen Eigenschaften statistisch weitgehend ausgefiltert und hinwegnivelliert werden.

#### 5. Teilhabe des Arztes an der Wissenschaftsfreiheit?

.....

### *III. Ärztliche Heilkunst als gewissensbezogene Berufstätigkeit (Art. 4 Abs. 1 GG, 2. Schutzgut)*

Die ärztliche Berufstätigkeit ist nicht nur durch ihre Fundierung in der Medizin als Wissenschaft gekennzeichnet, sondern auch durch ihren starken Bezug zum ärztlichen Gewissen. Seit ihren Anfängen kennt unsere abendländische Medizin den Eid des Hyppokrates. Der Arzt mit seinem Wissen über Krankheit, Leben und Tod und mit seiner Berufung, anderen Menschen durch Linderung oder Heilung ihrer Leiden zu helfen, arbeitet in einem sittlich sehr sensiblen Bereich.

Zwar handelt es sich bei dem Eid des Hyppokrates und beim ärztlichen Gewissen in der Regel nicht um Gewissensfragen in religiösen und weltanschaulichen Dingen. Doch darauf kommt es nicht an. Zwar ist die Freiheit des Gewissens in Art. 4 Abs. 1 GG sprachlich zwischen Glaubensfreiheit und Weltanschauungsfreiheit eingebettet. Aber sie ist gleichwohl ein selbständiges Grundrecht, das nicht davon abhängt, daß das Gewissen aus Gründen des Glaubens oder der Weltanschauung anschlägt.

Mit der Gewissensfreiheit wird vielmehr ganz allgemein die eigene Erkenntnis des Erlaubten und des Verbotenen sowie die Überzeugung geschützt, dieser Erkenntnis gemäß handeln zu müssen. Geschützt wird somit die »im Innern ursprünglich vorhandene Überzeugung von Recht und Unrecht und die sich daraus ergebende Verpflichtung des Betroffenen zu einem bestimmten Handeln oder Unterlassen« (BVerfGE 7, 242/246). Dabei geht es nicht nur um juristisches Recht und Unrecht, sondern um jede ernsthafte ethische bzw. sittliche oder religiös bzw. weltanschaulich gegründete Überzeugung, gegen die der Betroffene nicht ohne innere Not handeln kann. Unabdingbare Voraussetzung ist mithin das Gefühl einer die Persönlichkeit ergreifenden inneren Verpflichtung.

Wenn dem Arzt nun durch Regeln des SGB V selbst oder durch untergesetzliche Vorschriften und Richtlinien bis in therapeutische Einzelentscheidungen hinein vorgeschrieben wird, was er im Rahmen der GKV als Leistung erbringen kann, – wenn er dabei z. B. in Konflikt gerät zwischen dem Wirtschaftlichkeitsgebot und dem, was er für notwendig hält, dann kommt es zu Wissenskonflikten, die im Hinblick auf Art. 4 Abs. 1 GG relevant sind.

### *IV. Grundrechtsrelevanz des Zusammenhanges zwischen ärztlicher Leistung und ihrer Vergütung*

Ähnlich dem Versicherten ist der Arzt nicht nur kraft der Quasi-Inpflichtnahme durch die GKV in vielerlei Hinsichten mit Pflichten und Regulierungen belastet, sondern auch durch ein System zuverlässig fließender Vergü-

tungen begünstigt. Auch bei ihm also hat man es mit einem Belastungs- und Begünstigungsverbund zu tun. Dabei darf der sozialrechtliche Zusammenhang zwischen den Belastungen und den Begünstigungen nicht außer acht gelassen werden, wenn es darum geht, die grundrechtliche Legitimität der Belastungen zu beurteilen.

Und ähnlich wie bei den Versicherten der GKV das Recht auf freie und selbstverantwortliche Entfaltung der Persönlichkeit berührt ist, so ergeben sich hinsichtlich der Ärzte Fragen der Freiheit, der Selbständigkeit und der Selbstverantwortung, die über das hinausgehen, was normalerweise im Zusammenhang mit Problemen der Berufswahl und der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) erörtert zu werden pflegt. Hier geht es in besonders intensiver Weise um Möglichkeiten und Methoden der Persönlichkeitsentfaltung, soweit sie sich im Beruf abspielen und insbesondere durch die Berufswahlfreiheit abgesichert werden: durch die Freiheit nämlich, sich für die freiberufliche selbständige Tätigkeit zu entscheiden, – eine Freiheit, die durch die GKV, wie sich gezeigt hat, ganz erheblich beschnitten wird.

### 1. Sozialstaatliche Bevormundung eines freien Berufsstandes

Die GKV ist schon lange nicht mehr nur ein Sozialsystem für die Versicherten. Sie ist längst auch schon ein Sozialsystem für die ökonomische Versorgung von Ärzten, auch wenn das Moment des »sozialen« im Sinne einer Sorge für sozial Schwache bei den versorgten Ärzten nicht gleichermaßen zutrifft wie im Falle des Solidarverbandes der Pflichtversicherten. Zwar gehören die freiberuflichen Ärzte als Selbständige gerade nicht zu den Versicherungspflichtigen; aber sie sind sozialrechtliche Teilhaber im Solidarverband der Unselbständigen. Deren Beiträge sind auch ihre Einkommen.

Die Sozialisierung des Gesundheitswesens erfaßt insoweit nicht nur die Versicherten. Sie erfaßt in kaum geringerem Ausmaß auch den Stand der freiberuflich tätigen Ärzte. Sie instrumentalisiert diese Ärzte nicht nur; sie verstrickt sie damit zugleich in die Fäden des Systems. Zu den Verstrickungen gehören die Wohltaten: die Vergütungen, die Sicherheit, die Entlastung von Verantwortung durch gesetzlich-bürokratisch vorgeschriebene Regeln und Richtlinien der Patientenbehandlung. Das sind Erscheinungen, wie sie typischerweise mit sozialisierten Formen des Wirtschaftens einhergehen. Und die GKV verführt durch die Anreize, die durch Vergütungsschemata gesetzt werden, dazu, sich mehr und mehr um die optimale Ausnutzung der Vergütungsvorschriften statt um die optimale Behandlung der Patienten zu kümmern.

Kurz: Was sich bei der Versicherungspflicht für die Versicherten gleich zu Beginn aufdrängte, das zeichnet sich jetzt auch für die Ärzte ab: die sozialrechtliche Bevormundung durch das System der GKV. So wie den Versiche-

rungspflichtigen eine sozialstaatliche Gesundheitsvorsorge gesetzlich aufgezungen wird, so daß sie nicht mehr frei und selbstverantwortlich darüber entscheiden, so ähnlich werden die freiberuflich tätigen Ärzte quasi-gesetzlich genötigt, nicht mehr einfach nur frei und selbstverantwortlich und mit den damit verbundenen Risiken zu praktizieren, sondern sich in das kassenärztliche Leistungs- und Vergütungssystem hineinzubegeben.

2. Schwund von Freiheit und Selbstverantwortung durch Sozialisierung  
Man darf sich über diese Gängelungs- und Bevormundungswirkungen des Gesetzes auch nicht einfach deshalb hinwegsetzen, weil die davon betroffenen Ärzte nur in einer verschwindend kleinen Minderheit überhaupt kritisch gegen den Befund der fortgeschrittenen Sozialisierung und Bürokratisierung aufbegehren. Denn es ist aus der Ökonomie her bekannt, daß Entscheidungen für oder gegen etwas nach einem Nutzen-Kosten-Kalkül fallen: Wenn also nur die Wohltaten, bestehend aus den Vergütungen und aus der Entlastung von Risiken und Verantwortung, groß genug sind, um den Einsatz und die Belastungen durch Bevormundung überzukompensieren, besteht kein Grund mehr, das System kritisch in Frage zu stellen, es sei denn man bewertet Freiheit und Selbstverantwortung deutlich höher als Einkommen und Sicherheit.

Weil die Gefahr besteht, daß die Betroffenen wegen der Wohltaten des Systems unempfindsam für die Freiheitsbeschränkungen werden, die damit verbunden sind, muß der Verfassungsjurist auch hier erst recht aufmerksam bleiben und um so sorgfältiger prüfen, was den betroffenen Ärzten wirklich und objektiv zugemutet wird. Die Maßstäbe der Grundrechtsprüfung dürfen also nicht etwa deshalb herabgesetzt werden, weil die Ärzte ja nicht nur belastet, sondern auch begünstigt sind. Die Maßstäbe sind vielmehr aus zweifachem Grund mit besonderer Strenge zu beachten. Erstens ist die Teilnahme am kassenärztlichen System praktisch unausweichlich (quasigesetzlicher Zwang zum Kassenarzt). Zweitens besteht nicht nur die eine Gefahr, daß Freiheit und Selbstverantwortung im Zuckerwasser kassenärztlicher Wohlversorgung ertränkt werden, sondern auch die andere, daß sich nämlich dieser verhängnisvolle Schwund an Freiheit und Selbständigkeit auch noch dem Bewußtsein entzieht: dem Bewußtsein sowohl der Kassenärzte selbst wie auch dem der Hüter der Verfassung.

#### *V. Grundrechtssymbiose im Arzt-Patienten-Verhältnis*

Um die Dimensionen der Grundrechtseingriffe, die mit dem SGB V einhergehen, einigermaßen vollständig zu erfassen, genügt es nicht, sich den Betroffenen in ihren Rollen als einzelnen allein zuzuwenden, wie es hier bisher

der Fall war: Die ärztliche Berufstätigkeit ist ganz wesentlich ein Umgang mit Patienten, eine Interaktion mit anderen Menschen; ohne Patienten keine ärztliche Berufsausübung. Die Patienten sind Grundlage, Voraussetzung und Partner der ärztlichen Berufsfreiheit. Und umgekehrt brauchen die Patienten den Arzt, wenn sie wegen Krankheit oder sonstiger Beeinträchtigungen ihrer körperlichen Unversehrtheit der fachgerechten Hilfe bedürfen. Arzt und Patient sind nicht nur im alltäglichen Leben so aufeinander angewiesen. Sie kommunizieren vielmehr auch bei der Wahrnehmung ihrer einschlägigen Grundrechte in einem Grundrechtsverbund bzw. in einer Grundrechtssymbiose.

Zur ärztlichen Berufsfreiheit gehört insbesondere, daß der Arzt dem Patienten zuhört. Er muß sich mit ihm, mit seiner Lage und mit seinen Leiden vertraut machen. Vor allem muß er dabei auf die Persönlichkeit des Patienten eingehen, z. B. auf dessen religiöse Überzeugungen Rücksicht nehmen (vgl. § 2 Abs. 3 S. 2 SGB V). Er hat den Patienten vielfach aufzuklären und sich dessen Einverständnisses zu versichern. Er wird mit seinem Patienten Chancen und Risiken unterschiedlicher Therapieansätze besprechen und dabei auf dessen persönliche Einstellungen und Überzeugungen eingehen.

Für den Arzt nämlich stellt das Grundrecht des Patienten auf körperliche Unversehrtheit, so wie es durch die unterverfassungsrechtliche Rechtsordnung ausgeformt ist, eine Grenze dar, die er zwar zu Heilzwecken immer wieder überschreiten muß, die er aber im Regelfalle nur im Einverständnis mit dem Patienten überschreiten darf. Der Patient muß sich ihm gegenüber gewissermaßen immer wieder erst für die Therapie öffnen. So ist das, was der Arzt tun will, tun darf und schließlich wirklich tut, auf das Eindringlichste verknüpft mit dem, was der Patient, vom Arzt beraten, für sich für richtig hält und mit sich geschehen läßt.

Die Beschränkungen und Regulierungen, durch welche die Leistungen der GKV zu Lasten der Patienten eingegrenzt werden, sowie die Beschränkungen und Regulierungen, die den Arzt bei seinem Umgang mit dem Patienten behindern und gängeln, beschneiden mithin stets auch den Spielraum, welcher dem Arzt und seinem Patienten in ihrem sensiblen Vertrauensverhältnis offen steht, um aufeinander einzugehen und das herauszufinden, was dem Patienten körperlich und in Bezug auf seine Einstellung zu Krankheit und Heilung am besten hilft. Oder, anders ausgedrückt: Was den Arzt in seinen therapeutischen Möglichkeiten einschränkt und reguliert, das trifft auch das Verhältnis zwischen ihm und seinem Patienten, und es trifft den Patienten selbst. Und umgekehrt: Leistungsbeschränkungen auf Seiten des Versicherten treffen stets auch sein Verhältnis zum Arzt und den Arzt in seiner Therapiefreiheit. Und bei alledem hat der Arzt nicht nur die grundrechtliche Berufsfreiheit auf seiner Seite, sondern auch seine Verpflichtung auf die

wissenschaftlich fundierten medizinischen Erkenntnisse und seine Gewissensfreiheit. In dieses hochsensible und vielschichtige grundrechtssymbiotische Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient greifen die Regelungen des SGB V nachhaltig und weitreichend ein.

### *§ 3 Die Arzneimittelhersteller*

Die Hersteller von Arzneimitteln sind von der GKV im allgemeinen und vom Gesundheitsreformgesetz im besonderen betroffen, und zwar u. a. insofern, als bestimmte Arzneimittel von der Versorgung ausgeschlossen sind oder werden können (§ 34 SGB V) und als Festbeträge für sie festgesetzt werden können (§ 35 SGB V). Das wirkt sich auf die wirtschaftliche Betätigung, also auf die Berufsfreiheit der davon betroffenen Unternehmer und Unternehmungen aus.

Auch diese Regeln und Ermächtigungen erscheinen zunächst unter grundrechtlichem Aspekt als relativ geringfügig und unbedenklich, wenn man unbesehen von dem überlieferten System der GKV ausgeht und die Probleme der Kostendämpfung ins Auge faßt, die der Gesetzgeber bewältigen mußte. Nimmt man weiter unbesehen hinzu, daß dem Gesetzgeber bei der Lösung solch komplexer Aufgaben, bei denen es kaum eindeutig beste Lösungen gibt, ein großer Gestaltungsspielraum zuzubilligen ist, dann mutet es fast abwegig an, solche Kostendämpfungsmaßnahmen verfassungsrechtlich in Frage zu stellen: Arzneimittelhersteller an der Klagemauer mit viel Lärm um fast nichts. Dieser erste Anschein verstärkt sich noch, wenn man bedenkt, daß es sich ja um Leistungseinschränkungen handelt, die offen lassen, sowohl ob sich die betroffenen Firmen mit ihrer Preisgestaltung anpassen, als auch ob sich die betroffenen Versicherten zur Zuzahlung entschließen, um das gewünschte Präparat gegebenenfalls doch noch zu erhalten. Die Volksgesundheit und ihre Finanzierbarkeit als wichtigste Gemeinschaftsziele lassen den Streit um die §§ 34, 35 SGB V als Streit um Kleinigkeiten erscheinen.

Dieser erste Anschein wird jedoch erschüttert, wenn man bedenkt, daß die fraglichen Kostendämpfungsmaßnahmen womöglich nur deshalb derart regulierenden Charakter annehmen, weil man unter einer Art Systemzwang steht. Will man dieser Hypothese auf den Grund gehen, dann darf man das überlieferte System nicht mehr einfach unbesehen hinnehmen, sondern man muß weiterfragen: Operiert der Gesetzgeber mit dem Gesundheitsreformgesetz insgesamt noch innerhalb des Rahmens und in der Richtung eines verfassungsfreundlichen Sozialsystems? Oder befindet man sich, ohne es recht zu wissen, wegen früherer Weichenstellungen schon längst auf einem

Weg, der Kraft eines unerbittlichen Systemzwangs zu immer neuen Einschränkungen, Regulierungen und Kontrollen führt, die Schritt für Schritt zu immer weitergehenden Grundrechtseinschränkungen hinführen?

Im letzteren Falle hätte man es mit Verschlimmerungen eines ohnehin grundrechtlich schon sehr fragwürdigen Systems zu tun, und jener erste Anschein, wonach eine grundrechtliche Überprüfung der einzelnen Kostendämpfungsmaßnahmen fast abwegig erschien, würde sich ins Gegenteil verwandeln: nämlich in die hochbrisante Einsicht oder Vermutung, daß die jeweils letzten Einschränkungen und Regulierungen womöglich als die bloße Spitze eines sehr viel massigeren Eisberges an Grundrechtsbelastungen begriffen werden müssen. Trifft diese Vermutung zu, dann lag die gefährliche übrige Hauptmasse dieses Eisberges bisher unterhalb der Oberfläche des Bewußtseins, wohin ihn Überlieferung, Gewohnheit und sozialstaatliche Unbefangenheit mit ihrer ganzen Schwerkraft gezogen haben, – dann wurde die eigentliche Grundrechtsgefahr nicht recht wahrgenommen, folglich auch ungenügend bedacht und schließlich nicht nachhaltig genug verfassungsrechtlich abgewehrt. Und dann ist jede weitere Grundrechtseinschränkung, auch wenn sie als Reformmaßnahme relativ wenig eigene Belastungswirkung mit sich führt, eine Einschränkung zu viel.

## 2. KAPITEL: ALLGEMEINE FRAGEN DER RECHTFERTIGUNG DER GKV

Das Gesundheitsreformgesetz (GRG) umfaßt ein ganzes Reformpaket, dessen wichtigster Bestandteil die Neukodifizierung der gesetzlichen Krankenversicherung in Gestalt des fünften Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V) darstellt. Das ganze Paket und alle seine Bestimmungen auf Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu überprüfen, wie es der Titel dieser Studie suggerieren könnte, übersteigt freilich bei weitem die Aufgabe, um die es hier geht, und die Möglichkeiten einer einzelnen Untersuchung.

Aber selbst die Aufgabe, die verbleibt, wenn man sich auf Grundrechtsprobleme und bei diesen nochmals auf das Wesentliche und Wichtige konzentriert, führt so schnell in derart verwickelte Fragen, die vielfach ineinandergreifen, daß man schnell den Faden und die Übersicht verliert. Deshalb soll hier zunächst ein Überblick und eine Orientierung gegeben werden. Dabei sollen die Umrisse des Gegenstandes nur skizziert werden, und zwar im Hinblick auf die Strukturen und Zusammenhänge, auf die es unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Überprüfung ankommt.

Auch wenn im Verlaufe dieser Orientierung noch keine konkreten Prüfungen vorgenommen und noch keine bestimmten Antworten formuliert wer-



den, hat dieses Vorgehen doch zur Folge, daß die in dieser Einführung ange-rissenen Fragen und Problemkonfigurationen sich später bei der exakteren Analyse wiederholen. Doch diese Gefahr war geringer zu achten als die an-dere, sich frühzeitig im Detail zu verlieren. Das Ganze muß in Umrissen in der Vorstellung sein, um die Einzelheiten im Zusammenhang sehen und be-urteilen zu können. Da diese systematische Gesamtsicht zudem eine Reihe von Perspektiven umfaßt, die nicht gerade alltäglich sind, mag sich die Not der Wiederholung wenigstens teilweise auch als Tugend erweisen, weil manches im Zuge der Wiederkehr vertrauter wird, als es bei seiner ersten, knappen Erwähnung und Darstellung sein kann.

## *§ 4 Komplexe Struktur der Rechtfertigungsfragen*

### *I. Die gesetzliche Krankenversicherung als komplexes Gebilde*

Die Solidargemeinschaft der gesetzlichen Krankenversicherung ist ein sehr komplexes Gebilde mit unterschiedlichen Außenseiten und verwickelten Binnenstrukturen:

- Eine Eingriffsfront des Systems richtet sich gegen die Versicherten in ih- rer Rolle als Beitragszahler.
- Mit einer Leistungsfront wendet es sich den Versicherten in ihrer anderen Rolle als Leistungsempfänger zu.
- An einer weiteren Inanspruchnahmefront bedient es sich unterschiedlich- ster Leistungserbringer von den Ärzten über die Krankenhäuser bis hin zu den Apotheken und den Unternehmen der pharmazeutischen Industrie.
- Zur Abwicklung und Kontrolle seiner Aktivitäten an den Fronten weist das System der gesetzlichen Krankenversicherung eine wiederum viel- fach untergliederte und differenzierte Aufbau- und Ablauforganisation mit Koordinierungs-, Regelungs-, Überwachungs- und Kontrollmecha- nismen aus, die sich ihrerseits an den Fronten des Systems als beschrän- kende oder sonst regulierende Wirkungen gegenüber den Betroffenen auswirken können.
- Die Beitragsströme, die dem System der GKV an der Eingriffsfront von den Beitragszahlern zufließen, lassen sich weiterverfolgen, beispielswei- se wie folgt:
  - Die Beiträge kommen den Beitragszahlern selbst, soweit sie Versicher- te sind, in der gewandelten Gestalt von Zuwendungen des Systems (Lei- stungen) teilweise wieder zugute.
  - Teilweise gehen diese Leistungen aber auch an Mitbegünstigte, die kei- ne Beiträge entrichten.

- Das Geld aus den Beitragszuflüssen als solches fließt teils auf Umwegen an die Leistungserbringer als Leistungsvergütung, teils an das Personal des Systems, teils werden andere Kosten damit abgedeckt.

Angesichts dieser komplizierten Transferzusammenhänge und -gefüge kann es im weiteren nur darum gehen, sich mit den Schwerpunkten des Regelungswerkes, mit seinen charakteristischen Prinzipien und Strukturen, mit den Hauptwirkungen und mit den Vorschriften zu befassen, die im Hinblick auf die Maßstäbe der Verfassung als besonders entscheidend erscheinen. An jeder »Front« des Systems stellen sich charakteristische Fragen: z. B. Fragen nach der Rechtfertigung von Eingriffen, nach der Begründetheit von Beschränkungen bei den Leistungen und von Regulierungen bei der Leistungserbringung.

Bei alledem wiederum lassen sich die Fragen auf der Eingriffsseite nicht trennen von denen auf der Leistungsseite, weil zwischen der Pflicht zur Zahlung von Beiträgen und den Leistungen, die dafür beansprucht werden dürfen, ein enger Zusammenhang besteht, der, trotz aller sozialrechtlicher Modifizierungen, dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung nicht unähnlich ist.

## *II. Wirkungen nur des Gesundheitsreformgesetzes und solche der gesetzlichen Krankenversicherung insgesamt*

Eine Prüfung des Gesundheitsreformgesetzes hat freilich wenig Sinn, wenn sie sich nur auf die Auswirkungen der Reform erstreckt. Die Prüfung muß vielmehr die gesetzliche Krankenversicherung zum Gegenstand haben so, wie sie sich aus dem überlieferten und rezipierten Normbestand zuzüglich der im Verlaufe der Gesundheitsreform geänderten oder hinzugefügten Bestimmungen ergibt. An der Verfassung werden mithin nicht nur die Veränderungen gegenüber dem bisherigen Zustand gemessen, sondern diese Veränderungen im Gefüge mit alledem, was übernommen worden ist. Andernfalls würden alle diejenigen Eingriffs- und Belastungswirkungen sowie alle diejenigen Begünstigungen und eventuell Besitzstände ausgeblendet, die die Rechtslage zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Reformwerkes kennzeichneten.

Dieses besondere Problem hängt damit zusammen, daß es sich beim Sozialrecht um alles andere, nur nicht um ein einfaches Eingriffsgesetz handelt, welches erstmals in »Freiheit und Eigentum« eingreift: Statt mit erstmaligen Eingriffen in solche absolut geschützten Grundrechtsfreiheiten hat man es zu tun mit eingerichteten und umfassend durchgeregelten Systemen des Eingreifens und Belastens einerseits und des Begünstigens und Leistens andererseits, kurz: mit einer gesetzlich-künstlich vorgefabrizierten Welt sozial

motivierten Nehmens und Gebens, die sich als eine Art Netzwerk von Rechtsbeziehungen oder als Gefüge von Rechtsverhältnissen darstellt.

### *III. Herkommen und Gewohnheit machen blind*

Wie auch sonst entziehen sich im Falle des Gesundheitsreformgesetzes die Eigenheiten überlieferter und »alt hergebrachter« Zustände leicht der Aufmerksamkeit. Die Gesetze und sonstigen Regelungen, die ihnen zugrunde liegen, sind zur sozialstaatlichen Selbstverständlichkeit geworden: zu einer Vorgegebenheit im Sinne der Systeme sozialer Sicherheit und Vorsorge, nach denen man sich richtet und einrichtet, die man daher gewohnt ist, die man folglich kaum noch in Frage stellt und die man eher unbewußt als bewußt ständig voraussetzt.

Gewohnheit macht unsichtbar, was uns beherrscht und lenkt. Sie schläfert uns ein insbesondere gegenüber längst eingeschliffenen Belastungen und Zumutungen, selbst wenn diese so groß sind, daß sie helle Empörung und Ablehnung hervorriefen, kämen sie mit ganzer Wucht aus heiterem Himmel, also erstmals und zugleich mit den womöglich nur relativ geringfügigen Veränderungen, die mit dem Reformwerk einhergehen. Gewohnheit aber läßt auch überlieferte Begünstigungen leicht als berechnete und schützenswerte Besitzstände, gelegentlich sogar als »Eigentum« erscheinen, selbst wenn es sich bei genauerem Hinsehen um höchst fragliche Positionen, vielleicht sogar um Vorrechte oder um Pfründen handelt.

So kann das Überlieferte und Gewohnte zur Täuschung führen: Die hergebrachten Eingriffs- und Belastungswirkungen ebenso wie die vertrauten Begünstigungen und Besitzstände bestimmen dann psychologisch und argumentativ das Niveau, von dem aus die Veränderungswirkungen gemessen werden, als ob dieses überlieferte, relative Niveau der unverrückbare verfassungsrechtliche Meeresspiegel sei, an welchem man sich auszurichten hat. Das ursprüngliche oder gewissermaßen verfassungsrechtlich geeichte Ausgangsniveau für die verfassungsrechtliche Prüfung verliert sich dabei im Grau-in-Grau der überlieferten Vorgegebenheiten. Diese Gefahr ist besonders groß, wenn die Überlieferung – wie bei der gesetzlichen Krankenversicherung – in vorkonstitutionelle Zeiten des vorigen Jahrhunderts zurückreicht.

Um sich trotz der einschläfernden Wirkung von Überlieferung und Gewohnheit lebendig vorstellen zu können, welche Eingriffs- und Bevormundungseffekte die gesetzliche Krankenversicherung als ganze hat (also nicht nur die geringfügigen Veränderungen, die das Gesundheitsreformgesetz mit sich gebracht hat), hilft recht gut eine Fiktion. Man nehme beispielsweise Folgendes an: Alle diejenigen, die bislang nicht versicherungspflichtig wa-

ren, würden miteinbezogen. Das beträfe Selbständige der unterschiedlichsten Berufe: Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder; Rentiers, die von den Renditen ihrer Aktien und Obligationen oder von den Mieteinkünften aus ihrem Hausbesitz leben; ... usw. Dann male man sich nur aus, was diese erstmals Betroffenen zum einen gegen ihre Zwangsmitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung überhaupt und zum anderen gegen ihre Inpflichtnahme für die soziale Solidarität in der »Solidargemeinschaft« der GKV vorbringen würden. Dann wird deutlich, was hier mit dem »Gesamteffekt« der GKV z. B. schon allein in Bezug auf die von der GKV erfaßten Versicherten gemeint ist.

#### *IV. Übergangsprobleme, Dauereffekte und Wandel in der verfassungsrechtlichen Beurteilung*

Sicherlich geben auch die jeweiligen relativen Veränderungen einer Gesetzesreform gegenüber dem status quo ante Probleme auf:

- einerseits Fragen des Vertrauensschutzes in Bezug auf die Umstellung: ein Feld für Übergangsregelungen;
- andererseits Fragen der Verschärfung von hergebrachten Eingriffen und Belastungen (oder ihrer Milderung) sowie Fragen der Vergrößerung (oder des Abbaus) von hergebrachten Vergünstigungen: ein Feld z. B. für Schutz vor verbösernden Eingriffen, für positiven Bestandsschutz, eventuell sogar für Eigentumsschutz.

Aber um eben diese Effekte in ihrem Unterschied richtig zu erfassen, muß man sich bewußt sein, daß die Veränderungen des Reformwerkes auf eine schon gesetzlich vorgefertigte Lage von Eingriffs-, Vergünstigungs- und Regulierungsniveaus treffen, die als solche miteinzubeziehen ist. Es ist z. B. denkbar, daß durch eine Reform vorgängige Eingriffsroutinen so verschärft werden, daß sie insgesamt unzulässig werden. Oder althergebrachte Regulierungen bei den Leistungen, die bisher schon angezweifelt wurden, überschreiten wegen der mit der Gesetzesänderung verbundenen Verbesserungen bei der bürokratischen Bevormundung das Maß des verfassungsrechtlich Tragbaren.

Von der geschichtlichen Entwicklung kann man allerdings selbst dann nicht völlig abstrahieren, wenn man die vorgefertigten Altbelastungen und Altbesitzstände in ihrem Gefüge von Wechselwirkungen wie beschrieben bedenkt; denn auch das Verfassungsrecht und verfassungsrechtliche Beurteilungen unterliegen bei aller Rigidität und Tendenz zur Dauerhaftigkeit einem gewissen Wandel. Mit diesem Wandel bewegt sich auch der »verfassungsrechtliche Meeresspiegel«, von dem oben die Rede war, oder der verfassungsrechtliche Horizont, der zunächst fest und vorgegeben zu sein schien.

Solche Sichtverschiebungen ergeben sich vor allem bei faktischem Wandel grundlegender Verhältnisse oder auf Grund von neuen Einsichten.

So erschien uns z. B. bisher die GKV vorbehaltlos und selbstverständlich als eine sozialstaatlich eingerichtete Solidargemeinschaft. Tatsächlich aber stellt diese Solidargemeinschaft wie fast jede Gemeinschaft zugleich eine Ausgrenzungsgemeinschaft dar: nämlich eine Gemeinschaft, in die bestimmte Personen gar nicht erst miteinbezogen werden oder aus der wiederum andere bestimmte Personen ausscheren dürfen. Durch ihre Ausgrenzung werden die Ausgegrenzten von Solidarität entbunden und entpflichtet. Da nun diejenigen, die als Ausgegrenzte nicht versicherungspflichtig sind, vielleicht typischerweise sozial stärker und leistungsfähiger sind als die Personen, die krankenversicherungsrechtlich in die Solidarpflicht genommen werden, drängt sich folgende Hypothese auf: Diese »Solidargemeinschaft« der GKV ist heute womöglich als ein asoziales Entpflichtungs- und Privilegierungssystem anzusehen. Zwar mag in vorkonstitutioneller Zeit gerade eine unsoziale »Sozialversicherung« politisch opportun und deshalb realisierbar gewesen sein, weil sie sich auf eine Solidarität der Schwachen mit den Schwachen beschränkte und die Interessen der Begüterten weniger tangierte. Heute aber würde dieses System gegen das Gebot des sozialen Rechtsstaates verstoßen, weil es sich als Instrument zur sozialen Entpflichtung und Entlastung ausgerechnet derjenigen entpuppte, die sozial am ehesten pflichtig und belastbar sind.

#### *V. Die komplexe Hintergrundfrage nach dem zulässigen Ausmaß der Sozialisierung des Gesundheitswesens*

Man sieht nach allem leicht, mit welcher verwickelten und ungewohnten verfassungsrechtlichen Fragestellungen man es bei der Überprüfung des Gesundheitsreformgesetzes zu tun bekommt, und zwar ohne Rücksicht darauf, daß es zudem noch gilt, die für die verfassungsrechtliche Prüfung wesentlichen Prinzipien, Strukturen und Bestimmungen herauszuholen. Das bedingt, daß die Überlegungen über längere Strecken hinweg einen etwas globaleren Charakter haben als den, den man von der gezielten verfassungsrechtlichen Überprüfung einzelner Paragraphen etwa eines typischen Eingriffsgesetzes kennt.

So fragt sich in Bezug auf das Gesundheitsreformgesetz und die GKV insgesamt z. B. sehr konkret und fundamental und doch zugleich auch sehr global und vielschichtig: Ist das Ausmaß an Sozialisierung des Gesundheitswesens, welches mit dem Gesundheitsreformgesetz erreicht und kodifiziert wird, noch geeignet, erforderlich, verhältnismäßig und zumutbar als ein System sozialrechtlicher Solidarität? Ist dieses System der gesetzlichen Krankenversicherung, das Patienten, Ärzte, Krankenhäuser und andere Lei-

stungserbringer mit einem dichten Netzwerk öffentlich-rechtlicher Vorschriften und bürokratischer Kontrollen überzieht, noch eine mit Freiheit, Selbstverantwortung und echter Solidarität zu vereinbarende Lösung praktischer Probleme des Gesundheitswesens? Ist dieses System im strengen rechtsstaatlichen Sinne noch »gerechtfertigt«: dieses fast allgegenwärtige Transfergeschiebe mit all seinen Eingriffs-, Belastungs-, Begünstigungs-, Gängelungs-, Bevormundungs- und Überwachungsmechanismen, dem sich der allergrößte Teil der Bevölkerung und insbesondere ein ganzer Zweig freiberuflicher Tätigkeit so gut wie überhaupt nicht mehr entziehen kann? Oder haben wir die Grenze bereits überschritten, welche die zulässigen Formen der Solidarität im sozialen Rechtsstaat trennt von unzulässigen Formen sozialstaatlicher Sozialisierung und Bürokratisierung?

### *§ 5 Die Solidargemeinschaft der gesetzlichen Krankenversicherung als Eingriffs- und Leistungsverbund*

Schaut man sich das »komplexe Gebilde« der GKV (oben § 4 I) jetzt genauer an, und zwar im Hinblick auf die verfassungsrechtlich bedeutsamen ökonomischen Zusammenhänge zwischen Beitrags-Eingriffen hier und Leistungen dort, so erweist sich die Solidargemeinschaft der GKV (§ 1 S. 1 SGB V) als ein Eingriffs- und Leistungsverbund.

#### *1. Mit Beitragslasten »erkaufte« Teilhabe*

Bei einem Verbundsystem von Eingriffen und Leistungen stellen sich auch die einschlägigen Fragen nach der etwaigen Verletzung dieses oder jenes Grundrechts in der für solche sozialrechtlichen Eingriffs- und Teilhabesysteme charakteristischen, komplexen Weise: Man hat es zu tun mit grundrechts-erheblichen Vorgängen positiver Teilhabe, die von den beitragszahlenden Versicherten »erkauft« werden, und mit eigenen, ebenso grundrechtserheblichen Beitragsbelastungen (also mit einer Art negativer Teilhabe).

Darin nun, daß die Leistungsanwartschaften bzw. die Leistungsansprüche in der GKV in diesem Sinne typischerweise »erkauft« sind, unterscheidet sich die GKV auf sehr charakteristische Weise vom Sozialhilferecht, – und zwar auf eine Weise, die womöglich eine entscheidende Rolle spielt, wenn es darum geht, die Beschränkungen und Regulierungen grundrechtlich zu beurteilen, die den Leistungsempfängern auferlegt werden. Denn bei der Frage, was einem Teilhabeberechtigten an Regulierungen zugemutet werden darf, dürfte es einen Unterschied machen, ob er »nur« einseitig Sozialhilfe empfängt, oder ob er sich seine Teilhaberechte mit eigenen Einsätzen verdient oder »erkauft«.

## *II. Erzwungene Mitgliedschaft in der Solidargemeinschaft der GKV*

Zu dem soeben beschriebenen typischen Junktum zwischen Beitragslast und Teilhabeberechtigung kommt nun noch hinzu, daß (wiederum für den typischen Fall der GKV) auch noch Versicherungspflicht besteht. Die Versicherten werden insoweit gesetzlich gezwungen, sich diesem System der »erkauften« Teilhabe an den Leistungen der GKV anzuschließen und zu unterwerfen. Das verschärft den Unterschied zwischen den erzwungenen und erkauften Leistungsanwartschaften sowie ihrer Inanspruchnahme bei der GKV einerseits und der ganz anders angelegten Sozialhilfe andererseits.

Obendrein stellt die Solidargemeinschaft der GKV zugleich eine Ausgrenzungsgemeinschaft i. S. v. Freistellung von Solidarität dar (oben § 4 IV). Das unterminiert womöglich die Legitimität der Eingriffe, die mit der Solidargemeinschaft verbunden sind; denn wie gerechtfertigt ist eine Solidaritätspflicht noch, wenn diejenigen, die am ehesten zur Solidarität berufen sind, systematisch davon ausgenommen werden?

### *III. »Beiträge«, »Abgaben«, »Transfers« aus verfassungsrechtlicher Sicht*

Was oben als Solidargemeinschaft mit einer Eingriffs- und einer Leistungsfront gegenüber den Mitgliedern beschrieben wurde, wird an seiner Eingriffsfront mit »Beiträgen« gespeist. Solche Beiträge ordnen sich bei herkömmlicher Argumentationsweise in die Gruppe der »Abgaben« (Steuern, Gebühren, Beiträge, Sonderlasten) ein. Dementsprechend muß zur verfassungsrechtlichen Überprüfung des Geschehens an der Eingriffsfront der GKV auf die Maßstäbe zurückgegriffen werden, die von Rechtsprechung und Lehre für die verfassungsrechtliche Beurteilung von »Beiträgen« zur Sozialversicherung entwickelt worden sind. Es hat sich freilich in anderen Zusammenhängen erwiesen, daß mit den bislang entwickelten abgabenverfassungsrechtlichen Kategorien eine ganze Reihe von hoheitlich veranlaßten Transfers mit ihrem eventuellen Legitimierungszusammenhang zwischen Belastungen und Vergünstigungen nicht hinreichend erfaßt werden kann. Daher sind zur Ergänzung transferverfassungsrechtliche Ansätze und Beurteilungskriterien entwickelt worden, die auf eine generellere und doch zugleich schärfere Erfassung der gesamten Transfervorgänge in ihrem jeweiligen Zusammenhang hinaus laufen.

### *IV. Transferverfassungsrechtliche Ansätze und Begriffe*

Macht man sich bewußt, worin das Gemeinsame und worin die Unterschiede bei den unterschiedlichen Transferstrukturen der verschiedenen Abgaben (und anderen Transfervorgängen im Rechtsleben) jeweils bestehen,

nimmt die Schärfe der begrifflichen Abbildung ebenso zu wie das verfassungsrechtliche Problemanalyse- und Problemlösungsvermögen. Insbesondere werden z.B. folgende Vorgänge schärfer erfaßt und einander exakter zugeordnet:

a) die hoheitlich durch »Eingriff« (oder allgemeiner: durch Pflichten) veranlaßten Abströme. Das sind aus der Sicht der Betroffenen »negative Transfers«. Dazu gehören z.B. die Beiträge, mit denen die Versicherten an der Eingriffsfront der GKV belastet werden.

b) die hoheitlich veranlaßten Zuströme. Dabei handelt es sich um die spiegelbildlich-gegenläufige Gestalt der Abströme: um »positive Transfers«. Dazu gehört z.B., daß die GKV an die Versicherten positiv Sicherheit »transferiert« dadurch, daß sie Leistungsansprüche gewährt und im Krankheitsfall Hilfen erbringt.

c) die Zweck- und Funktionszusammenhänge zwischen Zuströmen und Abströmen. Versicherte etwa zahlen Beiträge, um Sicherheit zu erlangen in Bezug auf spätere Renten oder in Bezug auf Krankheitsfälle. Diese Zusammenhänge machen Sinn und Zweck des jeweiligen Transfersystems aus. Sie entscheiden daher auch vorrangig

- erstens über die inhaltliche Rechtfertigung und Verfassungsverträglichkeit der Eingriffe und ihrer näheren Ausgestaltung überhaupt;
- zweitens über Rechtfertigung und Verfassungsverträglichkeit der näheren Ausgestaltung der Leistungen und der Regulierungen, denen sich die Leistungsempfänger und die Leistungserbringer ausgeliefert sehen.

d) die etwaigen Transfersalden aus Abströmen und Zuströmen. Das sind die Differenzen aus den Belastungen und den Begünstigungen: also das, was an einseitigen Belastungen (Eingriffen zugunsten Dritter) oder Begünstigungen (Subventionen zu Lasten Dritter) verbleibt, wenn das Empfangene vom Beigetragenen abgezogen wird. Solche verbleibenden Transfers von den Belasteten zu den Begünstigten des Systems überschreiten womöglich den genuinen (z.B. krankenversicherungsrechtlichen) Legitimierungszusammenhang zwischen den Leistungen und den Beiträgen. Sie bedürfen dann zusätzlicher Rechtfertigung (z.B. als sozialrechtliche Transfers anlässlich der Inanspruchnahme durch die gesetzliche Krankenversicherung).

e) die Kosten des Transfersystems, die die Betroffenen zu tragen haben. Diese laufenden Betriebskosten z.B. der GKV erhöhen entweder die Beiträge und sonstigen Belastungen oder sie schmälern die Leistungen. Dabei sind die rein pekuniären Kosten nicht weniger gewichtig als die immateriellen:



- Stehen die pekuniären Kosten des Transfersystems außer Verhältnis zu dem, was mit dem solidarischen Transfervorband an Leistungen oder sozialem Ausgleich bezweckt und erreicht wird, dann ergeben sich Zweifel daran, ob die so funktionierende Solidargemeinschaft mit dem Grundgesetz vereinbar ist; denn Leistungen, die mit einem Übermaß an Lasten aus Betriebs- und Reibungsverlusten erkaufte werden müssen, sind sinnlos und nicht zu rechtfertigen.
- Hinzu kommen aber noch die übrigen, immateriellen Kosten. Gemeint sind Einbußen an grundrechtlich geschützter Freiheit und Gleichheit, die auf die Versicherten und die sonst Beteiligten zukommen. Die Betroffenen müssen sich den Regulierungen und Begleitumständen unterwerfen, die damit einhergehen, daß die GKV Beiträge erhebt, Leistungen erbringt und Leistungserbringer miteinbezieht. Das betrifft insbesondere die – durch kassenärztliche Selbstverwaltung kaum gemilderte, sondern auch komplizierte – Bürokratisierung fast des gesamten Gesundheitswesens nach dem Muster einer hoheitlichen Sozialverwaltung nebst allen damit verbundenen Gesetzen, Verordnungen, Vorschriften, Verträgen, Kontrollen und »Diensten«. Je allgegenwärtiger und gewichtiger diese Reibungskosten an Freiheit und Gleichheit sind, desto fraglicher wiederum wird die verfassungsrechtliche Legitimität des so funktionierenden Solidarverbandes.
- Eine besondere Form von Kosten der GKV stellen auch die verschiedenen Formen und Möglichkeiten der Transferausbeutung dar: Die GKV verschafft den Beteiligten innerhalb gewisser Grenzen die Möglichkeit, sich legal-geschickt oder auch arglistig-illegal so zu verhalten, daß sie individuell mehr Leistungen in Anspruch nehmen, als ihnen zustehen, und das zu Lasten der anderen. Das erhöht nicht nur die Aufwendungen, sondern verführt die Beteiligten auch zu kontraproduktivem und unmoralischem Verhalten, und es verursacht Ungerechtigkeiten. Auch die Transferausbeutung verursacht mithin pekuniäre und immaterielle Kosten, die die Legitimität des Gesamtsystems verringern.

#### *V. Die Leistungserbringer als Drittbeteiligte der Solidargemeinschaft*

In das System der GKV werden die Leistungserbringer mit unterschiedlicher Intensität eingespannt.

##### 1. Ärzte

Am eindringlichsten von der GKV mitbetroffen sind die Ärzte, die sich nur noch in ganz seltenen Fällen erlauben können, ohne Zulassung als Kassenarzt ihren Beruf wirklich »freiberuflich« auszuüben. Kraft ökonomischer Zwänge sind auch sie faktisch »versicherungspflichtig«; sie können regel-

mäßig nicht anders, als sich dem System der GKV zu unterwerfen. So entfaltet auch und gerade für sie die GKV eine Art von unerbittlichem Anschluß- und Benutzungszwang. Das ist zugleich ein Zwang, sich in die Abhängigkeit von Kassen und kassenärztlichen Vereinigungen zu begeben, sich den zunehmend bürokratischen Spielregeln der GKV zu unterwerfen und sich ihren Kontrollen zu fügen.

Auch aus der Sicht der Ärzte freilich erscheint die GKV als ein Transfersystem, das sie nicht nur zur Erbringung von Leistungen in die Pflicht nimmt und benutzt, sondern dafür auch mit Vergütungsleistungen bezahlt. Dementsprechend stellen sich auch hier wieder die transferrechtlichen Fragen und Ansätze, die oben für das Verhältnis zwischen der GKV und den Versicherten formuliert wurden, freilich mit gewissen Abweichungen und Nuancierungen: insbesondere die Fragen nach Vergütungszustromen und ihrem Zusammenhang mit den Leistungsabströmen sowie die Fragen nach der Rechtfertigung von Regulierungen und Kontrollen.

## 2. Sonstige Leistungserbringer

.....

### *VI. Abhängigkeiten der Beteiligten untereinander*

Die GKV stellt auch insofern einen Verbund dar, als die Versicherten als Patienten im sogenannten »Arzt-Patienten-Verhältnis« auf die Ärzte als Leistungserbringer und umgekehrt die Ärzte auf die Patienten gleichsam sozial-symbiotisch angewiesen sind, und zwar wechselseitig. Was den Patienten beschränkt und gängelt, das beschränkt und gängelt daher vielfach auch den Arzt, und umgekehrt. Regelungen in diesem Bereich zeitigen mithin eine charakteristische Doppelwirkung. Diese Doppelwirkung ist mit der herkömmlichen »Drittwirkung« nur teilweise zu vergleichen, eher schon mit dem Effekt, den die Ausweisung eines Ehegatten (Kindes) sowohl auf Ehe (Familie) als auch auf den anderen Ehepartner (die Eltern) hat. Die Regelung trifft nicht einen einzelnen, sondern ein soziales Verhältnis von mehreren.

### *§ 6 Die GKV im Kontext des Gesundheitswesens, der Medizin und der Wirtschaft*

#### *I. Ausstrahlungswirkungen der GKV auf das übrige Gesundheitswesen*

#### *II. Wechselbeziehungen zwischen der GKV und der Wirtschaft*

Als ein Bereich des wirklichen Lebens ist das Gesundheitswesen und mit ihm die GKV eingebettet in das wirtschaftliche Umfeld unseres Gemeinwe-

sens. Es geht bei der GKV auch und vor allem um die wirtschaftliche Bewältigung des von der Sozialversicherung erfaßten Bereichs des Gesundheitswesens. Während andere Wirtschaftsbereiche unter der freiheitlichen Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes im wesentlichen marktwirtschaftlich funktionieren und damit die Allokations- und Verteilungsprobleme vor allem über Wettbewerb und Preisbildung lösen, funktionieren die Gesetze von Angebot und Nachfrage in Sachen Gesundheit schon dann nicht so wie in den übrigen Wirtschaftsbereichen, wenn man eine Welt fingiert, in der es keine Pflichtkrankenversicherung gibt:

.....  
Erst recht marktfremd wird die ärztliche Versorgung, wenn sie sich im Rahmen der gesetzlichen Krankenversorgung abspielt ... Allokations- und Verteilungsentscheidungen ... und Verteilungs- bzw. Akquisitionskämpfe ... zwischen ... und nach kollektiv-vertraglichen Regeln und bürokratischen Verrechnungsmodi ... Bodenlos, was die Suche nach sicheren Maßstäben betrifft.

### *III. Wechselbeziehungen zwischen der GKV und der Medizin*

Gesetzliche Bestimmungen wie die der GKV reichen mit ihren Wirkungen auch bis tief in die Sphären der »Medizin« als Heilkunst und Wissenschaft hinein. Wofür die GKV nicht zahlt bzw. was sie als Leistung nicht gelten läßt, das lohnt bald nicht mehr zu erbringen oder zu produzieren, und was sich nicht mehr zu produzieren lohnt, lohnt auch alsbald nicht mehr zu erforschen und zu verfolgen. So droht – über direkt rechtliche oder indirekt ökonomische Zwänge – eine Bevormundung und Beschränkung von Medizin, Heilkunst und Wissenschaft... So sind es denn auch vor allem Ärzte und Forscher von der Front medizinischer Erkenntnissuche, die empfindsam die Tendenzen zur direkten und vor allem zur versteckt-indirekten Regulierung nicht nur der medizinischen Versorgung, sondern auch der medizinischen Erkenntnisse aufgedeckt haben und dagegen streiten ...

## 3. KAPITEL: DIE RECHTFERTIGUNG DER GKV IN IHRER HEUTIGEN GESTALT

### *§ 7 Die GKV im „sozialen Rechtsstaat“*

#### *I. Konversion von Sozialfunktionen in Herrschaftsfunktionen*

Mit der Gesundheitsreform wurde der bisherige Vertrauensärztliche Dienst, eine Einrichtung der . . . . , zum Medizinischen Dienst als einer Kontroll-

und Überwachungsinstanz – man darf ruhig sagen: – aufgerüstet. Allein in Baden-Württemberg . . . . . Auch im übrigen droht der Arzt in Vorschriften und Pflichten zu ersticken. Ihm bleibt kaum noch Zeit für seine Patienten, wenn er alle Gesetze, Verordnungen, Vereinbarungen und Richtlinien, die für ihn gelten oder noch erst auf ihn zukommen werden, wirklich lesen, wirklich kennen und wirklich beachten will.

Mit den Einrichtungen des sozialen Gesundheitswesens geht eine schleichende oder auch schon galoppierende Verrechtlichung und Bürokratisierung einher: eine Konversion der Sozialfunktionen in Recht, Herrschaft und Überwachung. Und das führt direkt zum Thema dieses Abschnittes; denn vor eben einer solchen sozialstaatlichen »Konversion der Sozialfunktionen in Herrschaftsfunktionen« ist längst gewarnt worden. Besondere Aufmerksamkeit war dieser Gefahr zuteilgeworden in der Auseinandersetzung um »Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates«. In dieser Diskussion um »Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit«, die in den ersten zwei bis drei Jahrzehnten des Grundgesetzes ausgefochten wurde, hatten sich die Verfassungsrechtler noch sehr gründliche Gedanken über grundsätzliche sozialpolitische Weichenstellungen gemacht.

## *II. Die Auseinandersetzung um den »sozialen Rechtsstaat«*

Die Ursprünge und Strukturen des heutigen Sozialstaats im allgemeinen und der gesetzlichen Krankenversicherung im besonderen, die das Sozialrecht auch heute noch stark mitprägen, stammen aus weit vorkonstitutioneller Zeit. Als das Grundgesetz dann mit einem strengeren rechtsstaatlichen Geltungsanspruch als irgend eine frühere deutsche Verfassung in Kraft getreten war, mußte es in der Tat zu einer ersten Konfrontation der herkömmlichen Sozialinstitutionen mit den Prinzipien und Strukturen der neuen Verfassung kommen, – bevor die Gegensätze alsbald wieder unter der Macht der Gewohnheit verblassen konnten und bevor die alltägliche Routine den Blick wieder von den verfassungsrechtlich fragwürdigen Grundstrukturen sozialrechtlicher Einrichtungen abzog und auf die Bewältigung des Sozialrechts selbst ausrichtete.

Schon früh freilich hatten scharfsinnige Beobachter des Wohlfahrtsstaates die Befunde beschrieben und – aus jeweils unterschiedlichen Haltungen heraus – Bedenken angemeldet, freilich im wesentlichen vergeblich. Erich Fechner etwa, der seinen Blick durch eine Studie über »Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat« (Tübingen 1953) geschärft hatte, stellte 1955 fest, viel eher sei die Sozialstaatlichkeit eine Wirklichkeit, welche die Norm regiere, als daß der soziale Rechtsstaat eine Norm sei, welche die Wirklichkeit bestimme. Auch Ernst Forsthoff, Pionier der verwaltungsrechtlichen

Durchdringung der »Daseinsvorsorge« und unerbittlicher Analytiker des Sozialstaates, sah den Sozialstaat als eine Faktizität im tatsächlichen und rechtlichen Sinne. Dessen wohlfahrtsstaatliche Elemente erschienen ihm aber so wenig mit dem Rechtsstaat vereinbar, daß er auf der Verfassungsebene beide für miteinander unvereinbar hielt. Läßt man einmal beide Beobachtungen als plausible Hypothesen gelten und fügt sie zusammen, so bekommt man eine dritte: Der Sozialstaat, so wie er geschichtlich entstanden war und sich in den ersten Jahren unter dem Grundgesetz weiterentwickelte, war von Anfang an eine einfachrechtliche und faktische Gegebenheit, welche sich mit den rechtsstaatlichen Strukturen der Verfassung nicht oder nur sehr bedingt vertrug.

Aus dem Streit »Rechtsstaatlichkeit vs. Sozialstaatlichkeit« sind wichtige Einsichten hervorgegangen, die zu Regeln oder Maßstäben verdichtet wurden. Die geistigen Stränge dessen, worum es jetzt geht, reichen weit zurück, etwa bis zu der humboldtschen Frage nach den Grenzen des Staates. Vorangegangen in der moderneren Diskussion war 1929 denn auch Friedrich Darmstaedter, der unter einem ganz ähnlichen Buchtitel wie Humboldt eine Regel formulierte, die in dieser Strenge nicht realisierbar war und ist, die aber, zu einer Vorrangregel gemildert, heute als Anhaltspunkt dafür genommen werden kann, in welcher Richtung die rechtsstaatsfreundlichste Einrichtung sozialen Ausgleichs zu suchen ist:

»Im Rechtsstaat sollen die Quellen der Wohlfahrt für den Staatsbürger die anderen Staatsbürger, das Zusammenleben, die Gemeinschaft mit diesen werden. Die Herrschermacht des Staates soll dazu dienen, das Geben und Nehmen von Wohlfahrt unter den Staatsbürgern (...) vermittelnd zu ermöglichen, das, was an Wohlfahrtsmöglichkeiten hier ruht, wirklich werden zu lassen. Der Rechtsstaat soll Wohlfahrtsmittler, nicht Wohlfahrtsspender sein.« (Friedrich Darmstaedter, *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates*, 1930, S. 191 f.; auch zitiert bei Christian-Friedrich Menger, *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz*, Tübingen 1953, S. 28).

In die gleiche Richtung zielt es, wenn Karl August Bettermann meint, die entscheidende Schlacht für den sozialen Gedanken werde auf dem Gebiet des Privatrechts ausgetragen, und das Ausmaß an Rechtsstaatlichkeit hänge geradezu davon ab, wieweit das Soziale mit den Mitteln nicht des öffentlichen, sondern des Privatrechts verwirklicht werde. (Karl August Bettermann, *Grundfragen des Preisrechts für Mieten und Pachten*, 1952, S. 120 f.; im wesentlichen zustimmend Otto Bachof, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, VVDStRL 12 (1954), S. 37–84, ... – fn 29, 50 –). Es empfiehlt sich allerdings, sich dabei nicht erneut von der Trennlinie zwischen öffentlichem und Privatrecht bornieren zu lassen, sondern die Regulie-

rungsprinzipien ins Auge zu fassen, um die es dabei unabhängig davon geht, in welchem Rechtsmedium sie implementiert werden: einerseits um Selbstregelung in möglichst umwegfreien Rechtsverhältnissen, in denen Freiheit und Verantwortung der Beteiligten geordnet werden, und andererseits um Zwänge von außen und um Sozialleistungen, die auf vermeidbar langen Umwegen mit entsprechenden pekuniären und sonstigen Kosten und Reibungsverlusten verbunden sind. Diese Unterscheidung läuft parallel mit der zwischen reflexivem und nicht reflexivem Recht, und sie entspricht den modernen sozialrechtstheoretischen Kategorien »internalisierender« und »externalisierender« sozialrechtlicher Problemlösungsstrategien, die ihrerseits eine gewisse Verwandtschaft mit der einschlägigen wohlfahrtsökonomischen Sichtweise hat, wonach »Externalitäten« nach Möglichkeit zu vermeiden oder zu »reinternalisieren« sind. Meine eigene frühere Fassung der Vorzugsregel lautet:

»Soziales Ordnen bedeutet auf lange Sicht die gegenüber sozialstaatlichem Nehmen und Geben rechtsstaatsfreundlichere Lösung. (...) Zwar geht wegen Dringlichkeit (...) aus faktischen Gründen Gewähren vor Ordnen, langfristig aber geht Ordnen vor Gewähren. Insoweit wohnt dem sozialen Staat der Auftrag inne, den Verteilerstaat zu reduzieren.« (Dieter Suhr, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, in: *Der Staat* 9 (1970), S. 67–93, 78).

### *III. Statt der Normativität des sozialen Rechtsstaates die Faktizität des Sozialstaates*

Das sozialstaatliche Inventar, das aus vorkonstitutioneller Zeit übernommen und unter dem Grundgesetz immer wieder umgebaut und ergänzt worden ist, hat ungeachtet der damaligen Diagnosen und Warnungen eine eigene normative Kraft des Faktischen entfaltet, und zwar durch die Schwerkraft all dessen, was nun schon einmal ins Werk gesetzt worden war und was sich immerhin einigermaßen bewährt hatte. Sachliche Gründe für diese Dominanz des faktischen Sozialstaates gibt es viele. Außerordentliche Schwierigkeiten etwa tun sich auf, wenn man auch nur daran denkt, eines der vertrauten und arbeitenden Systeme von Grund her in Frage zu stellen. Teilhabeströme werden als Besitzstände aufgefaßt und wie Eigentum und Pfründe gegen Veränderungen verteidigt. Wer bisher zu den Glücklichen gehörte, die von sozialer Inpflichtnahme verschont blieben, setzt seine Kräfte ein, damit alles beim alten bleibt. So schlägt das Vorgegebene die jeweilige Gegenwart in seinen Bann.

In diesem Bann bewegen auch wir uns noch, und insbesondere die Architekten des neuesten Sozialrechts der gesetzlichen Krankenversicherung. Von diesen und anderen frühen grundrechts- und rechtsstaatspolitischen

Hellhörigkeiten gegenüber sozialstaatlichen Institutionen ist heute nicht mehr viel zu spüren. Nur indirekt, nämlich über die Kostendämpfungszwänge, kommen regulative Prinzipien wieder ins Spiel wie »Selbstbeteiligung« und »Selbstverantwortung«. Weil aber die Grundstrukturen als solche nicht in Frage gestellt werden, spielen diese Argumente nur dort eine Rolle, wo es um Modifikationen am Detail, um Symptombehandlung geht. Außerdem ist es beschämend, daß die Sozial- und Verfassungsrechtler sich hier von Ökonomen eine Art Nachhilfeunterricht geben lassen müssen in Sachen Freiheit, Selbstständigkeit und Selbstverantwortung.

Die Juristen haben keine Mühe, aus dem »Sozialstaatsprinzip« so gut wie alles abzuleiten oder abzusichern, was an Sozialrecht geschaffen und praktiziert wird, wenn sie dabei nur immer sorgfältig jenen frühen, sehr berechtigten rechtsstaatlichen Zweifeln aus dem Weg gehen und wenn sie weiterhin, statt vom Text des Grundgesetzes auszugehen und nach dem »sozialen Rechtsstaat« zu fragen, mit dem »Sozialstaat« und dem »Sozialstaatsprinzip« arbeiten. Dann können sie den Sozialstaat als ein verselbständigtes Wesen perfektionieren. Dabei können sie, soweit nach Identifizierung mit dem Sozialstaat überhaupt noch möglich, den grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Anforderungen auch noch Rechnung tragen. Das Grundgesetz aber spricht nicht von einem »auch noch« rechtsstaatlichen Sozialstaat, sondern von einem »sozialen« Rechtsstaat und vom »sozialen« Bundesstaat (Art. 28 Abs. 1 S. 1, 20 Abs. 1 GG). Diese adjektivische Fassung des Sozialen im Grundgesetz deutet sowohl nach dem Wortlaut als auch in Konsequenz der Weimarer Erfahrungen auf eine sehr viel innigere Verbindung des Sozialen mit dem Rechtsstaat hin, als sie bei der ausufernden institutionellen Verselbständigung des Sozialstaates, die unser Gemeinwesen derzeit kennzeichnet, jemals möglich ist.

Dazu, daß der normative »soziale Rechtsstaat« sich als so kraftlos gegenüber der normativen Kraft des faktischen »Sozialstaats« erwiesen hat, gehört wenigstens zweierlei, worauf noch zurückzukommen sein wird:

- Wie zum Deckel der Topf, so gehört zum Sozialstaat die unsoziale sozio-ökonomische Lage, auf die er reagiert. Das sind die Zustände, aus welchen die sozialen Probleme hervorgehen und auf deren Grundlage sie zu lösen sind. Diese Zustände scheinen schicksalhaft vorgegeben, also unveränderbar zu sein. Folglich kann man sich auch gar nicht vorstellen, daß die soziale Frage von den Ursachen her angegangen werden kann, ohne daß dabei die Wirklichkeit vergewaltigt wird. Schon gar nicht ist denkbar, daß dergleichen versucht werden könnte, ohne daß Rechtsstaatlichkeit und Eigentumsschutz in Frage gestellt werden.
- Daß die soziale Pathologie mit den sozio-ökonomischen Zuständen als schicksalhaft vorgegeben erscheint und daß man daher glaubt, jeder Ge-

danke an ihre Bewältigung von den Ursachen her sei Zeitverschwendung, das hat damit zu tun, daß der ganze Bereich wirtschafts- und rechtswissenschaftlich nur unzulänglich durchdrungen ist. Man durchschaut nicht, welche Gesetzmäßigkeiten in den sozio-ökonomischen Vorgegebenheiten für die ständige Produktion von sozialer Asymmetrie sorgen. Man erkennt daher auch den Zusammenhang nicht, welcher zwischen diesen Gesetzmäßigkeiten auf der einen Seite und den grundrechtsunfreundlichen sozialstaatlichen Kompensationen andererseits besteht. Und so verkennt man schließlich, daß und wie einfach jene unsozialen Gesetzmäßigkeiten auf marktkonforme und rechtsstaatsfreundliche Weise korrigiert werden können.

#### *IV. Sozialstaatliche Symptomtherapie*

Sozialrechtliche Strategien, Einrichtungen und Leistungen, die sich an der »Pathologie eines sozialen Zustandes« orientieren (Arnold Köttgen, Der soziale Bundesstaat, in: Neue Wege der Fürsorge, Festgabe für Hans Muthesius zum 75 Geburtstag. Köln 1960, S. ... – hier zitiert nach RuS, S. 431 ff., 455–), sitzen diesem Zustand samt seiner Pathologie zugleich auch auf. Sie kommen davon nicht nur nicht los, sondern sie anerkennen und bestätigen ihn.

Sozialstaatliche Bemühungen, die derart angesetzt sind, können nichts anderes sein als soziale »Nachsorge« in Gestalt einer Behandlung nur der sozialpathologischen Symptome. Ein Rechtsstaat, der nur mit sozial- und wohlfahrtsstaatlichen Instrumenten an den Symptomen seiner Sozialpathologie herumkuriert, ist alles andere als schon selbst »sozial«. Er findet sich vielmehr mit seiner unsozialen Struktur in den sozio-ökonomischen Grundlagen des Gemeinwesens endgültig ab und verfehlt genau dadurch nachhaltig seine verfassungsrechtliche Bestimmung als »sozialer Rechtsstaat«. Mehr noch: Der »reaktive« (Forsthoff) Sozialstaat, der sich zur sozialen Eingriffs- und Leistungsmaschinerie verselbständigt hat, ist als solcher geradezu eine großangelegte institutionelle Konfirmation dafür, daß unser Rechtsstaat in sich selbst unsozial ist und offenbar bleiben soll. Und die Staatsrechtslehre spendet zu dieser Konfirmation ihren terminologischen und begrifflichen Segen, indem sie fast ausschließlich in Kategorien des »Sozialstaates«, der »Sozialstaatlichkeit«, des »Sozialstaatsprinzips« und des »Sozialstaatsgebotes«, aber so wie gar nicht mehr in Kategorien des Verbundbegriffes vom »sozialen Rechtsstaat« denkt, gliedert, argumentiert und urteilt.

Soweit jedoch das Grundgesetz mit seiner Vision vom und Bestimmung zum sozialen Rechtsstaat recht hat, – soweit es also möglich ist, die soziale



Pathologie in den sozio-ökonomischen Vorgegebenheiten direkt zu beheben, und zwar unter Wahrung, ja bei Förderung grundrechtlich unterfütterter Rechtsstaatlichkeit – genau in diesem Umfange ist die ganze riesige Eingriffs- und Leistungsmaschinerie mit allen ihren belastenden und bevorzugenenden Wirkungen für die Betroffenen vermeidbar, also übermäßig, also grundrechts – und damit verfassungswidrig.

#### *V. Zur Kontrolldichte der verfassungsrechtlichen Überprüfung in Abhängigkeit von der Durchschaubarkeit des Regelungsbereiches*

##### 1. Einschätzungs- und Prognosepielraum und Gestaltungsfreiheit

Wie überhaupt, so ist der Gesetzgeber auch des SGB V für die Formung seines Regelungsbereiches mit gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit ausgestattet. Er hat die Freiheit, die Strategien des sozialen Ausgleichs im allgemeinen und z. B. der Kosteneinsparung im besonderen zu wählen. Auch hinsichtlich der Auswirkungen seiner Regelungen kommt ihm ein gewisser Einschätzungsspielraum für seine Prognosen zu. Beides begrenzt die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte. Je komplexer nun ein Lebensbereich und seine Regelung, desto unsicherer werden die Einschätzungen und desto größer wird der dadurch bedingte prognostische Freiraum; und das soziale Gesundheitssystem ist wahrlich komplex. Man kann das ironisierend mit einer Redewendung veranschaulichen: Im Trüben ist gut Fischen. Wie trüb aber ist – um in diesem Bilde zu bleiben – das Wasser, in welchem der Gesetzgeber beim Erlaß des GRG gefischt hat? Und bleibt da überhaupt noch ein Ansatzpunkt für verfassungsrechtliche Prüfung, bezogen auf das Konzept der GKV insgesamt und dann auch bezogen auf einzelne Regelungen?

##### 2. Gestaltungsfreiheit bei verfassungsrechtlicher Äquivalenz der gesetzgeberischen Varianten

Unter dem Vorbehalt der Unschärfen und Kontrollrestriktionen, die aus Unsicherheiten und Freiheiten bei der Einschätzung der Ausgangslage und der Gesetzeswirkungen resultieren, bleibt zunächst allgemein in Erinnerung zu rufen und festzuhalten: Die »Gestaltungsfreiheit« liefert jedenfalls keine Rechtfertigung dafür, daß der Gesetzgeber eine Regelung auswählt und in Kraft setzt, die stärker in die Grundrechte der Betroffenen eingreift als eine andere, – etwa, weil Wählergruppen einer Regierungspartei zufriedengestellt werden sollen, oder aus anderen, z. B. politideologischen Gründen. Die Gestaltungsfreiheit ist kein Freibrief für politischen Opportunismus unter Mißachtung der Verfassung.

Das Verhältnismäßigkeitsgebot wird durch die dem Gesetzgeber zustehende Gestaltungsfreiheit weder außer Kraft gesetzt noch überspielt. Es

kann sich immer nur darum handeln, daß der Gesetzgeber unter verfassungsrechtlich gleichwertigen Gestaltungsmöglichkeiten »frei« wählen kann, – immer unter dem Vorbehalt, daß die verfassungsrechtliche Kontroll-dichte in Bezug auf diese verfassungsrechtliche Äquivalenz wegen der erwähnten empirischen Unschärfen und Prognosespielräume selbst wiederum stark eingeschränkt sein kann.

### 3. Selbstinduzierte und sonst vermeidbare Probleme, Unschärfen und Verworrenheiten

Unklarheit bei der Bestandsaufnahme und Unsicherheiten bei den Prognosen können auch daher rühren, daß die Gedanken und Konzepte des Gesetzgebers selbst unklar oder widersprüchlich sind, so daß sie bei ihrer gesetzlichen Implementierung zu Komplizierungen und Zwängen führen, die vermeidbar gewesen wären, hätte man nur mit klareren Konzepten begonnen und sich daran gehalten...

## *VI. Funktionsspezifische Rechtfertigung der komplexen Belastungen*

### 1. Multidimensionale Rechtfertigungsprobleme bei multifunktionalen Grundrechtseinschränkungen

Mit Komplexgebilden wie der GKV, um deren Verfassungsverträglichkeit es hier geht, werden durchweg viele Ziele zugleich verfolgt. Die GKV soll viele verschiedene Zwecke und Funktionen erfüllen: Sicherung der Vorsorge für den Krankheitsfall für die Versicherten; Entlastung der öffentlichen Hand von Problemen im Gesundheitswesen, die zu lösen wären, gäbe es keine GKV; sozialer Ausgleich in der Solidargemeinschaft mit Transfereffekten von den besser Verdienenden zu den schlechter Verdienenden oder zu den bloß mitversicherten Familienangehörigen; Versorgung von Ärzten durch das Kassenarztsystem; usw.

Die GKV erfüllt womöglich weitere Funktionen, an die zunächst gar nicht gedacht worden ist, so wie es auch zu dysfunktionalen bzw. kontraproduktiven Entwicklungen kommen kann, welche den eigentlichen Zwecksetzungen zuwiderlaufen und ihnen Abbruch tun. Dementsprechend viele unterschiedliche Gesichtspunkte können ins Feld geführt werden, um die Grundrechtseinschränkungen, die mit der GKV verbunden sind, zu begründen und zu rechtfertigen.

### 2. Nicht kumulativ-diffuse sondern selektiv-spezifische Rechtfertigung bei multifunktionalen Grundrechtseinschränkungen

Solche mehrdimensionalen Eingriffs- und Rechtfertigungsprobleme sind gerade vom Abgabenrecht her bekannt, auch wenn sie dort nicht mit der

gleichen Komplexität auftreten wie hier im System der GKV, in welchem die abgabenrechtlichen Beitragspflichten selbst wiederum nur eine Komponente innerhalb des Spektrums der Gesamtbelastung mit Pflichten ausmachen. Im Abgabenrecht etwa rechtfertigen Lenkungszwecke bei Gebühren die Abweichung von Kostendeckungs- oder Äquivalenzmaßstäben; Zwecke sozialen Ausgleichs legitimieren Beitragshöhen, die per Saldo auf Transfers zwischen den Betroffenen hinauslaufen; usw.

Die Beispiele aus dem Abgabenrecht zeigen eines sehr deutlich: Bei der Rechtfertigung von Eingriffen wird nicht bloß die Gesamtbelastung pauschal mit dem ganzen Bündel von Eingriffsgründen in einen Legitimierungszusammenhang gebracht. Vielmehr wird jeweils ein relativer Rechtfertigungsbezug hergestellt zwischen den jeweiligen bestimmten Zwecken (Lenkung, Sozialausgleich, usw.) einerseits und denjenigen besonderen Belastungskomponenten, die auf die bestimmten Zwecksetzungen zurückzuführen sind. Die Gesamtbelastung, welche ins Auge gefaßt und analysiert wird, erscheint dann als ein Bündel von Einzelbelastungen, deren jede mit genau der Zwecksetzung in Beziehung gebracht werden muß, die gerade die betroffene Einzelbelastung als Teil der Gesamtbelastung rechtfertigt.

Die vielfältigen Eingriffszwecke, die hinter derartigen Komplexbelastungen bzw. Belastungskomplexen stehen, wirken also nicht kumulativ und diffus, sondern selektiv und relativ, also funktionsspezifisch. So – und nur so – kann der Gefahr vorgebeugt werden, daß Rechtfertigungsgründe zur Legitimation von Belastungen mißbraucht werden, mit denen sie nichts zu tun haben, und daß Belastungen scheinbar gerechtfertigt werden, obwohl die dafür angeführten Gründe nur einen Teil der Belastung oder nur einen ganz anderen Eingriff tragen.

### 3. Dysfunktionale und inkonsistente Funktionenverkoppelung

#### 3.11 Unterschiedliche Beitragskomponenten im allgemeinen

Ob und in welchem Umfang nun die Auferlegung solcher Pflichten, also die »Eingriffe« in das Vermögen der Betroffenen, verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind, hängt davon ab, auf welchen Zweck der Eingriff zielt und ob die Mittel entsprechend verwendet werden. Sind die Zwecke, die mit den Beiträgen verfolgt werden, und sind die Verwendungen vielfältig, muß daher auch bei der Prüfung entsprechend differenziert werden. Die Zwecke der Beiträge zur GKV sind in der Tat vielfältig: Risikovorsorge, soziale Solidarität, Betriebskosten des Systems, usw.

Um nun im Zuge der verfassungsrechtlichen Prüfung alsbald aufzudecken, welche signifikanten Belastungskomponenten tatsächlich bestehen und welche als solche einer besonderen Rechtfertigung etwa als Eingriff in

das Vermögen des Betroffenen bedürfen, muß man schon hier möglichst genau und konkret festhalten, im Hinblick auf welche Zwecke die Beitragszahler mit Beitragsanteilen belastet werden.

Dabei ergibt sich unvermeidlich ein relativ verwickeltes Bild. Dieses Bild ist jedoch durchaus noch nicht so kompliziert, daß man verfassungsrechtlich von vornherein davor kapitulieren und sich angesichts undurchdringlicher Befunde mit gröbsten und pauschalen verfassungsrechtlichen Schätzungen und mit diffusen Abwägungen begnügen müßte. Ganz im Gegenteil: Wenn man nur will, läßt sich recht gut Klarheit und Übersicht schaffen. Man muß nur die bewährten rechtsstaatlichen Maßstäbe, mit denen sonst die einfachen Probleme von Grundrechtseingriffen bewältigt werden, im Hinblick auf die etwas verwickelteren Konfigurationen in sozialrechtlichen Transfersystemen entsprechend bündeln und anwenden.

Die Zwecke und Funktionen, denen die Beiträge zur GKV dienen, sind im wesentlichen folgende:....

### 3.12 Risikovorsorge durch Versicherung überhaupt

Hinter Beiträgen zur Risikovorsorge für den Krankheitsfall stecken z. B. starke eigene Interessen der persönlichen Absicherung: Der Belastete erwirbt Versicherungsanwartschaften und er erbringt auf dem Umweg über die GKV nur eine Art von indirekten Sicherungsleistungen an sich selbst; denn er transformiert gewissermaßen bloß sein wertvolles eigenes Geld (nämlich seinen Beitrag) in eine vergleichbar wertvolle eigene Leistungsanwartschaft (nämlich den Leistungsanspruch für den Fall der Krankheit). Diese Anwartschaft verschafft ihm sogleich jeweils gegenwärtig mitlaufende Sicherheit, auch wenn er sie erst später einmal wirklich in Anspruch nimmt. Die Versicherungspflicht bewirkt daher insoweit nur, daß der Betroffene sich mit eigenen Beiträgen Sicherheit in Gestalt von Leistungsanwartschaften erwerben muß.

### 3.13 Solidarbeiträge zugunsten Dritter

Solidarbeiträge dagegen, wie sie z. B. von Beschäftigten für Rentner und Gebrechliche oder von besser Verdienenden für Empfänger niedriger Einkommen erbracht werden, bedürfen als Transfers zugunsten Dritter einer anderen, sozialen Legitimation.

Aber solche Solidarbeiträge werfen nicht nur Betroffenheitsprobleme auf im Verhältnis zu den Begünstigten der Sozialtransfers. Vielmehr sind die Beitragszahler auch insofern betroffen, als andere Personen womöglich gänzlich von Solidarbeiträgen zur GKV freigestellt sind, sei es, daß diese anderen von vornherein nicht zum Kreis der Versicherungspflichtigen zählen, sei es, daß sie sich aus der GKV zurückziehen. Solche Nichtbetroffenheiten haben bei den Betroffenen den Effekt, daß sich die Soziallasten

auf weniger Schultern verteilen. Tragen weniger Schultern die soziale Last, dann ist, sonst gleiche Bedingungen vorausgesetzt, die jeweilige individuelle Eingriffstiefe bei den Adressaten der Transferbelastung entsprechend größer. Man kann also die Betroffenheit von sozialen Transfers nicht adäquat beurteilen, ohne die nicht Betroffenen in die Betrachtung miteinzubeziehen, – und das ganz abgesehen davon, daß die Unterscheidung zwischen Sozialpflichtigen einerseits und Nichtpflichtigen oder Entpflichteten andererseits zusätzlich Gleichheitsfragen aufwirft.

### 3.14 Transferkosten als Lasten

### 3.2 Leistungsempfänger

#### 3.21 Leistungen

#### 3.22 Leistungsbeschränkungen

### 3.3 Transfersalden

Transferopfer (negative Transfersalden)

Transferbegünstigungen (positive Transfersalden)

Leistungen ohne Beiträge

Überschuß der Leistungen über die Beiträge

Freistellung von Solidarbeiträgen überhaupt

Transferkosten als zusätzliche Belastung bzw. als

Leistungsverkürzung

Ökonomischer Aufwand

Sonstige Kosten der Regulierung und Bürokratisierung

Die Beitragssolidarität der Versicherungspflichtigen wird gesetzlich auferlegt und erzwungen. Im Gegenzuge dafür bekommen sie aber nicht etwa nur auch selbst Leistungen im Krankheitsfalle und einige andere Vergünstigungen, sondern müssen sich dabei eine durchdringende sozialrechtliche Regulierung gefallen lassen. Zwar stehen die positiven Leistungen und Vergünstigungen durchweg im Vordergrund, wenn es darum geht, Leistungskürzungen, Regulierungen und Kontrollen zu rechtfertigen: Weil der Leistungsempfänger ja Begünstigter einer Leistung sei, könnten ihm auch entsprechend strenge Regeln auferlegt und zugemutet werden. Teilhabe sei eben nur um diesen Preis zu haben. Tatsächlich aber bezahlen die Betroffenen, soweit sie schon mit Beiträgen zur Solidarität in die Pflicht genommen werden, für ihre Solidarität zusätzlich damit, daß sie selbst weniger frei in der Inanspruchnahme von Leistungen sind. Sie müssen sich, gewissermaßen zum Dank für ihre Solidarität, so behandeln lassen, als ob sie Solidarität vor allem beanspruchten und nicht in erster Linie mit ihren Beiträgen längst selbst leisteten. Man betrachtet sie vor allem als Leistungsempfänger,

denen eine Wohltat zuteil wird. Dadurch wird suggeriert, sie seien mit anderen Empfängern staatlicher Hilfe auf eine Stufe zu stellen.

Wie sehr die Beitragszahler für ihre Solidarität mit Regulierung, Gängelung und Bevormundung bei der Inanspruchnahme von Hilfe im Krankheitsfalle zahlen, wird wiederum besonders deutlich, wenn man als Kontrast dazu die nicht Versicherungspflichtigen ins Auge faßt, die aus dem Solidarverband austreten oder gar nicht erst in ihn eintreten müssen: Diesen Menschen, die von den sozialen Solidaritätspflichten der gesetzlichen Krankenversicherung entbunden werden, sofern nur ihr Einkommen hinreichend groß ist, oder die gar von Solidarbeiträgen überhaupt freigestellt bleiben, verbleibt die ganze Freiheit, sich ihren etwaigen Versicherungsschutz und die weniger gegängelten Formen der Versorgung im Krankheitsfalle auszusuchen. Und dafür, daß ihnen diese Freiheit verbleibt, werden sie obendrein auch noch von Solidarbeiträgen verschont. Der doppelten Belastung mit Beiträgen und systembedingten Einschränkungen bei den Versicherungspflichtigen steht dann anschaulich gegenüber die doppelte Freiheit nicht nur von den Einschränkungen des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung im Leistungsfalle, sondern auch noch die Freiheit von Solidarbeiträgen überhaupt.

Auf Seiten der Leistungserbringer sieht die Sache ähnlich aus: Auch »frei« praktizierende Ärzte können sich den Wirkungen der gesetzlichen Krankenversicherung in der Regel nicht entziehen; wirtschaftlicher Druck wirkt als faktischer Zwang zum Eintritt in den Kreis der Kassenärzte und damit zur Unterwerfung unter das Geflecht von Normen und Kontrollen, das mit der Zulassung als Kassenarzt und mit der Behandlung von Kassenpatienten für den betroffenen Arzt verbindlich wird. Apotheker, Optiker, Arzneimittelhersteller und alle anderen Leistungserbringer bekommen es ebenfalls mit den gründlichen Regulierungen des Gesetzes und der untergesetzlichen Vorschriften zu tun. Kurz: Kaum ein Gesetz . . .

Das unterminiert womöglich die Legitimität der Eingriffe, die mit der Solidargemeinschaft verbunden sind; denn wie gerechtfertigt ist eine Solidaritätspflicht noch, wenn diejenigen, die am ehesten zur Solidarität berufen sind, systematisch davon ausgenommen werden?

§ 5 SGB V bestimmt, wer versicherungspflichtig ist. Das betrifft im wesentlichen die unselbständig beschäftigten Arbeiter und Angestellten (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V). Weiter legen die §§ 6–8 SGB V fest, wer versicherungsfrei und wer versicherungsberechtigt ist. Zugleich wird damit die Restmenge aller anderen ausgegrenzt und festgelegt, die nicht oder nicht mehr der Versicherungspflicht unterliegen. Das sind zum einen Ausnahmen bei abhängig Beschäftigten und Sonderfälle, zum anderen und vor allem die Selbständigen (mit Ausnahme der Landwirte, Künstler und Publizisten).

Versicherungsfrei sind auch die Unselbständigen, wenn ihr Jahresentgelt 75 % der Beitragsbemessungsgrenze nach § 1385 Abs. 2 RVO übersteigt (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V). Letzteren wird sogar ein Wahlrecht eingeräumt (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 und 3 SGB V). Insofern werden die unbedingt Versicherungspflichtigen und die übrigen in entscheidenden Punkten unterschiedlich behandelt. Also kommt eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) in Frage.

4. Der krankenversicherungsrechtliche Risikoverbund

5. Die sozialpolitische Solidargemeinschaft

### *VII. Strategie des verfassungsfreundlichsten Sozialausgleichs*

## *§ 8 Rechtfertigung von Einzelregelungen im Systemkontext der GKV*

---

### *Thesen zur Verfassungswidrigkeit von Vorschriften des Gesundheitsreformgesetzes (SGB V)*

#### *Zusammenfassung*

Das Gesundheitsreformgesetz (zugleich Sozialgesetzbuch Buch V) überschreitet – trotz oberflächlicher gegenteiliger Formulierungen und Regelungen – auf breiter Front die Grenze, welche ein zulässiges freiheitliches Sozialrecht im sozialen Rechtsstaat von der druchdringenden verfassungswidrigen Sozialisierung und Bürokratisierung eines ganzen Lebensbereichs trennt.

Diese Grundcharakteristik des Gesetzes kennzeichnet auch die Art und Weise der Grundrechtsverletzungen, die es mit sich bringt. Betroffen sind die Versicherten als Beitragszahler und Patienten, die Ärzte als medizinisch Berufstätige und andere wie etwa die Hersteller von Arzneimitteln bei der wissenschaftlich fundierten Nutzung ihres Eigentums. Sie können sich nur noch in einem durch Verordnungen, Richtlinien und Kontrollen immer aufdringlicher wuchernden Dickicht von Vorschriften und Überwachungen bewegen.

Die Therapiefreiheit von Arzt und Patient gründet in den Grundrechten der freien Entfaltung der Persönlichkeit, der körperlichen Unversehrtheit und der Freiheit in einem wissenschaftlich fundierten Beruf. Sie erscheint in dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient. Aber ge-

rade sie wird durch Beschneidung der Mittel, durch Normierung der Patienten und ihrer Leiden, durch statistische Standardisierung von Behandlungsvorgängen und Vergütungen, durch Empfehlungen, Richtlinien und Kontrollen unverhältnismäßig stark eingeschränkt und gegängelt, – und zwar zusätzlich zu dem belastenden Eingriff, den schon die Zwangsmitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenkasse mit ihren einschneidenden Beitrags- und Nebenpflichten für die Versicherten und mit ihren Konsequenzen für die ärztliche Berufstätigkeit verkörpert.

Typisch für alles das sind die weitreichenden Ermächtigungen und Kompetenzzuweisungen, die das Gesetz etwa in den §§ 34 und 92 enthält: Ermächtigungen, die insgesamt darauf hinauslaufen, daß das Gesundheitswesen aus der Sicht der Betroffenen weitgehend so geregelt, verwaltet, durchnormiert und kontrolliert wird, als handele es sich um den Innenbereich einer hierarchischen Staatsbehörde.

### *I. Die Hauptbetroffenen und ihre Grundrechte*

1. Die Patienten als die »Begünstigten« der sozialen Krankenversicherung (SKV) sind zugleich die Hauptbelasteten der bürokratischen Beschneidung und Standardisierung der Versorgung. Betroffen sind somit über 90 % der Bevölkerung in ihrer Therapiefreiheit. Diese betrifft die geistige, seelische und körperliche Integrität der Versicherten als Patienten, fällt also in den Bereich der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).
2. Auch die Ärzte müssen sich im Bereich ihrer Therapiefreiheit immer dann, wenn sie es mit Versicherten zu tun haben, den gesetzlichen Regeln, den Verordnungen, Richtlinien und Kontrollen weitgehend beugen, sei es direkt kraft des Gesetzes, sei es, daß sie unter dem Diktat wirtschaftlicher Notwendigkeit nicht anders können. Sie sind betroffen jedenfalls in ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).  
Der Arztberuf ragt zudem in den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit hinein: Regelungen, die das therapeutische Handeln des Arztes gängeln, tangieren nämlich so gut wie immer auch mehr oder weniger das praktische Ende der Medizin als einer auf Erfahrungs- und experimenteller Wissenschaft (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) gründenden Heilkunst.
3. Auch die anderen Leistungserbringer und Beteiligten sind betroffen, insbesondere die Hersteller von Arznei- und Heilmitteln, und zwar nicht nur in bloßen wirtschaftlichen Chancen, sondern unter Umständen substantiell in ihrem Eigentum am Gewerbebetrieb und vielfach in Berufsbereichen (Art. 12 Abs. 1 GG), die auch bei ihnen wieder hineinragen in den



grundrechtlich besonders streng geschützten Bereich von Forschung und Wissenschaft (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG).

## *II. Verfassungswidrigkeit von Vorschriften des Gesundheitsreformgesetzes (SGB V)*

### 1. Beispielhafte Einzelbestimmungen

a) § 34 III und IV SGB V: Hier werden Verordnungsermächtigungen formuliert, die zwar dem ersten Anschein zufolge nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt scheinen mögen (Art. 80 Abs. 1 GG), die tatsächlich jedoch dazu führen, daß medizinisch-wissenschaftlich und ärztlich-individualtherapeutische Beurteilungen in ganz großem Stile ministeriell-bürokratisch entschieden werden: Die Frage der Wirtschaftlichkeit von Arzneimitteln ist wissenschaftlich und im praktischen Individualfall um einiges komplexer als die vom Gesetzgeber mit sehr viel größerer Sorgfalt und Sensibilität geregelten arzneimittelrechtlichen Probleme der »bloßen« Wirksamkeit und Gefährlichkeit, – aber hier wird der Minister ermächtigt, darüber ohne entsprechende organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen und Sicherungen zu befinden. Das ist weder funktional sachgerecht noch verhältnismäßig im Hinblick auf die Therapiefreiheit im Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient.

b) § 92 SGB V: Hier werden Normen von außerordentlicher Tragweite für die ärztliche Praxis unter dem verharmlosenden und verschleiernenden Namen »Richtlinien« von einem Organ erarbeitet, das seiner Zusammensetzung nach (§ 91 SGB V) keinerlei Gewähr für eine minimale, geschweige denn für eine gleichberechtigte Berücksichtigung der nicht-experimentellen Medizin bietet. Eher noch gravierender ist die Ermächtigung des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung in § 94 SGB V, diese »Richtlinien« allein zu erlassen, und zwar über so inhaltsleer und allgemein gehaltene Gegenstände wie die »ärztliche« oder »zahnärztliche Behandlung«.

Das sind Schritte in die perfekte Bürokratisierung der ohnehin sozialrechtlich sozialisierten Medizin. Kein Arzt kann danach auch nur ungefähr wissen, was auf ihn zukommt, es sei denn dies, daß es sich um eine unübersehbare Flut von Vorschriften handeln dürfte, die zu studieren, im Kopf zu behalten und gewissenhaft anzuwenden ihm wenig Zeit übrig läßt für seine ärztliche Tätigkeit in Freiheit und Selbständigkeit von Arzt und Patient.

Instrumente nach dem Vorbild detaillierter Verwaltungsvorschriften, wie sie im Internbereich streng hierarchischer Behörden legitim sein

mögen, werden hier angewendet praktisch auf eine gesamte Berufsgruppe, insbesondere auf die frei und selbständig praktizierenden Ärzte in ihrem Verhältnis zu ihren Patienten.

## 2. Kumulative und synergetische Effekte im Eingriffssystem des sozialisierten Gesundheitswesens

Es ist charakteristisch, daß die gravierendsten Beschränkungen des Arzt-Patient-Verhältnisses mit ihren grundrechtlichen Effekten sich hinter den gesetzlichen Ermächtigungen zum Erlaß von Verordnungen und Richtlinien verstecken. Die weitestreichenden grundrechtlichen und sonstigen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Gesundheitsreformgesetz (SGB V) ergeben sich nämlich daraus, daß es sich nicht um einfache, punktuelle oder generelle klassische »Eingriffe« rechtstaatlicher Art handelt, sondern um allgegenwärtige, alltäglich laufende Mechanismen des sozialrechtlichen Gesundheitswesens: Soziale, ursprünglich fürsorgereich konzipierte Notbehelfe, die für bedürftige schwache Bevölkerungsschichten bestimmt waren und ihnen aufgenötigt wurden, durchdringen nunmehr das Leben fast der Gesamtbevölkerung und eines ganzen freiberuflichen Berufsstandes mit einem versicherungsrechtlichen Anschlußzwang, mit Zwangsbeiträgen, mit einem feingewebten Korsett von Vorschriften, Pflichten, Obliegenheiten, Standardisierungen, Nivellierungen, Kontrollen usw. Das alles ist zugleich verbunden mit den bekannten Möglichkeiten, ja geradezu Verführungsanreizen zur Transferausbeutung.

Auf dem Weg in die vollkommene Sozialisierung des Gesundheitswesens ist man nun noch einen entscheidenden Schritt weitergegangen, ohne je die Frage gründlich aufzuwerfen, ob dieses ganze System mit seinen Verwaltungskosten, Gefahren der Transferausbeutung, Gängelungseffekten, Begleitpflichten, Freiheitsbeschränkungen, Bevormundungen und Kontrollen jemals verhältnismäßig war und ob es nicht effektivere, mildere, freierlichere und letztlich auch gerade sozial gerechtere Lösungen gibt. Allein für den medizinischen Dienst sind wegen des Gesetzes in Baden-Württemberg 500 neue Stellen vorgesehen: Stellen nicht eigentlich für medizinische Dienstleistungen, sondern für Kontrolle und Überwachung. Man muß alle Beschränkungen, bürokratischen Richtlinien usw. vor diesem Hintergrund sehen:

- Das System der GKV qualifiziert durch seinen mit wenigen Wahlmöglichkeiten ausgestatteten Anschlußzwang den Versicherten von vornherein zum bevormundeten Bürger, den man zur Sozialisierung seines Gesundheitswesens nötigt, und zwar unter dem Vorwand, es gut mit ihm zu meinen und ihn später mit entsprechenden Leistungen zu »begünstigen«;

- Das System der GKV nötigt damit zugleich praktisch die gesamte Ärzteschaft, sich in dieses sozialisierte Gesundheitswesen mit allen Konsequenzen als eine Art von »in Dienst genötigten Privaten« einzufügen;
- Das System der GKV verschlingt immense Betriebskosten und verursacht dadurch Belastungen, die kaum mehr von den Solidaritätsgewinnen her zu rechtfertigen sind, die das System legitimieren sollen, die aber ohnehin durch die Tendenzen zur Transferausbeutung im Endeffekt weitgehend paralytisiert werden.
- Das System der GKV steckt in einem unauflöslichen verfassungsrechtlichen Dilemma: Je wirtschaftlicher und sozial gerechter mit den zwangsweise erhobenen Beiträgen umgegangen werden soll, desto rechtsstaatlich-strenger müssen bei den Leistungen die Gesetze, die Ermächtigungen, die Vorschriften, die Kontrollen sein, und desto weniger bleibt am Ende von der persönlichen, geistigen, seelischen und körperlichen Integrität, Freiheit und Selbständigkeit übrig, um deretwillen das System da sein soll. Und die negativen Momente wachsen dabei schneller als die positiven Effekte, die man sich von der Perfektionierung der bürokratischen Regeln und Kontrollen noch erhofft.

Es geht nach allem gerade nicht nur, wie in der bloß gewährenden Leistungsverwaltung, um einfache staatliche Begünstigungen, bei denen Legislative und Exekutive verfassungsrechtlich mit relativ großen Regelungs- und Dispositionsspielräumen ausgestattet sind. Es geht vielmehr darum, daß ein ganzer Bereich menschlicher Selbstversorgung in ein System gezwungen wird, das zu allererst auf Zwangsbeiträgen beruht, so daß der Staat bei der Gewährung der Vergünstigungen nicht etwa geringeren, sondern, ganz im Gegenteil, sehr viel strengeren Anforderungen genügen muß als selbst dort, wo er »Eingriffe« in vorausgesetzte Bereiche menschlicher Freiheit tätigt. Er muß also in der sozialen Krankenversicherung ganz besonders darauf bedacht sein, wenigstens in der leistenden Phase des Systems Freiheit in der Teilhabe zu wahren. Bei allen Schwierigkeiten geht es jedenfalls nicht an, diesen ganzen Lebensbereich des Gesundheitswesens mit Instrumenten und nach Maßstäben zu regeln, die ihre Vorbilder im Bereich der innerbehördlichen Bürokratie und Hierarchie haben. Und hier, bei der nicht mehr nur »schleichenden« Durchsozialisierung und Durchbürokratisierung des Gesundheitswesens liegt die eigentliche und schwerwiegende, sozusagen flächendeckende Verletzung der Betroffenen in ihren oben genannten Grundrechten.