

Schriften zur
Gesundheitspolitik
und zum
Gesundheitsrecht

17

Astrid Wallrabenstein / Ingwer Ebsen
(Hrsg.)

Stand und Perspektiven
der Gesundheitsversorgung

Optionen und Probleme rechtlicher Gestaltung

Ingwer Ebsen

Einführung

Ein Element des deutschen Gesundheitssystems ist seine permanente „Reform“, deren Permanenz – jedenfalls in Teilen – allerdings zugleich etwas Beharrendes hat. Neben einigen Feldern, auf denen jedenfalls weitgehend eine schrittweise Weiterentwicklung in eine Richtung zu konstatieren ist – Hauptbeispiele sind der Druck auf die Krankenkassen zur Steigerung von Wirtschaftlichkeit und Kundenorientierung im Wettbewerb um Versicherte und wohl inzwischen auch, wengleich noch weniger weit entwickelt, der Druck auf die Leistungserbringer zu Qualitätssicherung –, gibt es einige Bereiche, in denen sich die Reformen als ein Hin und Her zwischen gegensätzlichen Tendenzen beschreiben lassen. Wenn man die Zeitspanne seit der Rekodifizierung des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung im SGB V mit Wirkung ab 1.1.1989 für die Beobachtung dieses Phänomens zugrunde legt¹, lassen sich mehrere Themenfelder ausmachen, auf denen die gesetzgeberische Gesundheitspolitik als ein solches Hin und Her zwischen gegensätzlichen Tendenzen erscheint²:

- Zwischen kostentreibender Leistungsausweitung und kostensparender Verweisung auf „Eigenverantwortung“ der Versicherten/Patienten (auch durch Zuzahlungen);
- entsprechend im Verhältnis zu den Leistungserbringern zwischen Budgetierung am Maßstab von Beitragsstabilität und mengenabhängiger Honorierung;
- zwischen dezentraler (gemeinsamer) Autonomie und zentraler Steuerung auf Bundesebene – durchaus weiterhin in (gemeinsamer) Selbstverwaltung;
- zwischen eher unternehmerischer und eher staatlicher (mittelbare Staatsverwaltung) Qualifikation der Kassen mit korrespondierend eher größeren oder eher kleineren Spielräumen für marktbezogene Strategien;

1 Tatsächlich zeigten auch vorherige Jahrzehnte ein ähnliches Hin und Her zwischen gegensätzlichen Tendenzen wie Leistungsausweitungen und Leistungskürzungen oder Ausweitung solidarischer Krankenversicherung auf zusätzliche Gruppen und Erhöhung eigenverantwortlicher Mitfinanzierung; zu den Reformschritten in den ersten 40 Jahrzehnten der Bundesrepublik siehe Ebsen, in: v. Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl. 2012, § 15 Rn. 11–17.

2 Zu den Hauptstationen dieses Hin und Her siehe *I. Ebsen* (Fn. 1) Rn. 18–29.

- zwischen Ausweitung und Ausdünnung der sozialen Umverteilung im Gesamtsystem von Beiträgen und Leistungen sowie Versicherungspflicht und Versicherungsfreiheit (auch unter Einbeziehung der PKV).

Ein solches Hin und Her bei ständiger Reformaktivität lässt sich sicherlich mit politischen Konjunkturen bei wechselnden politischen Mehrheiten mit unterschiedlichen Affinitäten zu Gruppeninteressen erklären – ebenso wie die kontinuierliche Verfolgung bestimmter Reformpfade trotz wechselnder politischer Mehrheiten sicherlich Ausdruck breiten Konsenses über offensichtlich vernünftige Ziel und Wege ist. Allerdings lassen sich manche der von jeweiligen politischen Mehrheiten gegensätzlich verfolgten Tendenzen auch verstehen als Ausdruck tiefer liegender schwieriger Dilemmata, auf welche keine einfachen Antworten möglich sind und gegenüber denen im politischen Alltag ein vorsichtiges Lavieren eine nachvollziehbare Strategie ist. Zwei solche Dilemmata, die ihrerseits nicht unverbunden nebeneinanderstehen, sind zentral und lassen sich zwanglos mit den meisten der oben genannten Bereiche des Hin und Her verknüpfen. Das eine Dilemma ist die wachsende Spannung zwischen dem sozialen Versprechen einer Gesundheitsversorgung für alle auf sehr hohem Niveau, nämlich demjenigen des jeweiligen Standes der medizinischen Erkenntnisse auch unter Berücksichtigung des medizinischen Fortschritts (siehe § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V), und der dafür nötigen Kosten, wenn man dieses Versprechen wörtlich nähme und absolut setzte. Und das andere Dilemma ist dasjenige der Verteilung dieser Kosten, also des Maßes sozialer Umverteilung und der hierin einzubeziehenden Gruppen. Dies ist in der GKV im Vergleich zu anderen Zweigen der Sozialversicherung ohnehin besonders groß, weil hier die nicht mit dem Einkommen korrelierenden Gesundheitsleistungen gegenüber den Lohnersatzleistungen so sehr im Vordergrund stehen.

Offensichtlich hängen dabei das Niveau und damit die Kosten der Gesundheitsversorgung und das erforderliche Maß sozialer Umverteilung miteinander zusammen. Je teurer die einkommensunabhängige Gesundheitsversorgung, umso dringlicher ist eine Verteilung der daraus erwachsenden Last auf möglichst viele und insbesondere breite Schultern. Umgekehrt muss, wer dies begrenzen will, entsprechend die Kosten begrenzen – gegebenenfalls auch zu Lasten des Niveaus der Gesundheitsversorgung.

Dies ist der sozialpolitische Hintergrund der Tagung vom April 2013, deren Referate in diesem Band versammelt sind. Die Referate von Thorsten Kingreen und Astrid Wallrabenstein befassen sich mit unterschiedlichen Aspekten und bei genauer Betrachtung unterschiedlichen Modellen der Ersetzung der nach

gegebenen Rechtslage praktisch umfassenden³ Einwohnerpflichtversicherung im dualistischen System von GKV und PKV durch eine einheitliche soziale Krankenversicherung mit Solidarausgleich innerhalb derselben. Während der Kingreenske Beitrag das Konzept einer privatrechtlich organisierten umfassenden Einwohner-Pflichtversicherung auf der Basis von Krankenversicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (VVaG) so durch dekliniert, dass im Wesentlichen ein funktionales Äquivalent zur GKV entsteht, konzentriert sich Astrid Wallrabenstein detailliert auf die Verfassungsfragen, die für eine Überführung aller Versicherungspflichtigen in eine öffentlich-rechtlich organisierte soziale Krankenversicherung (also die GKV) zu lösen sind. Das sind insbesondere diejenigen, die sich aus der Beendigung des Geschäftsmodells der privaten Kranken-Vollversicherung ergeben – einschließlich des Umgangs mit den zu diesem Geschäftsmodell gehörenden Altersrückstellungen.

Die Zusammenschau beider Beiträge macht klar, dass der Unterschied zwischen einer auf dem VVaG basierenden sozialen Pflichtkrankenversicherung (ähnlich dem niederländischen Modell, auf das Kingreen explizit verweist) und einer auf alle ausgeweiteten GKV nicht allzu groß ist und nichts mit dem vor 10 Jahren wogenden Streit um die Modelle der Bürgerversicherung und der einheitlichen Gesundheitsprämie („Kopfpauschale“) mit allein steuerfinanziertem Sozialausgleich⁴ zu tun hat. Vereinfachend kann man sagen, während es seinerzeit im Kern darum ging, ob eine Umverteilung der Kostenlast für die Krankenversicherung nach dem Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit allein über Besteuerung und Staatszuschüsse oder neben dem Steuer-Transfer-System auch innerhalb der Krankenversicherung stattfinden solle, befassen sich beide Beiträge in diesem Band mit Problemen und Varianten einer umfassenden Krankenversicherung mit internem Solidarausgleich.

Die beiden anderen Referate – von Stefan Huster und Ulrich Wenner – sind, wiederum mit unterschiedlichem Ansatz, mit dem zweiten Problem verknüpft, dem Niveau und damit den Kosten der Gesundheitsversorgung. Der Hustersche Beitrag zielt in das Zentrum des Dilemmas von Versorgungsniveau und Kosten. Die generellen gesetzlichen Vorgaben, die sich am deutlichsten in der Kombination des in § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V umschriebenen Versorgungsstandards mit

3 Seit der Einfügung von § 193 Abs. 3 VVG durch das Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts v. 23.11.2007, BGBl. I S. 2631.

4 Siehe dazu die in der Rürup-Kommission ausgearbeiteten Alternativen: Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hg.), Nachhaltigkeit in der Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme. Der Bericht der Kommission, 2003, S. 147–176 (www.bmas.de/DE/Service/Publikationen/c318-ruerup-bericht.html).

dem in § 12 Abs. 1 SGB V formulierten Wirtschaftlichkeitsgebot zeigen, sind an Vagheit kaum zu überbieten.⁵ Insofern ist es klar und gesetzlich gewollt, dass die Vermittlung von Niveau und Kosten der Versorgung sowohl generalisierend als auch im konkreten Behandlungsfall der „Konkretisierung“⁶ des Leistungsanspruchs durch die Normsetzung der „gemeinsamen Selbstverwaltung“ – an der Spitze der G-BA – und die ärztlichen Behandler überantwortet ist, die ihrerseits wieder durch ökonomische Handlungsanreize einschließlich statistischer Wirtschaftlichkeitsprüfungen gesteuert werden.

Huster zeigt exemplarisch auf, dass und wie auf allen Stufen dieser Konkretisierung zwar einerseits die Fiktion aufrechterhalten wird, es gebe keine Befugnis, die nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft bestgeeignete Therapie aus Kostengründen zu verweigern, andererseits aber doch solche Kosten-Nutzen-Erwägungen in die Konkretisierung einfließen. Gegen solche „versteckte Rationierung“ wendet er sich. Er plädiert dafür, das Unvermeidliche, nämlich die durch konkrete gesetzgeberische Entscheidungen nicht zu leistende Abwägung von Kosten und Nutzen jeweiliger Therapieoptionen offen in zu entwickelnden und gesetzlich zu regelnden Verfahren „offener Rationierung“ zu leisten. Solche schmerzlichen Abwägungsaufgaben sind heute vielleicht am deutlichsten erkennbar in der Frage, welche Dauer und welche Qualität der Lebensverlängerung bei tödlichen Erkrankungen den Einsatz welcher Therapiekosten vernünftigerweise rechtfertigen.

Die Analyse ist zutreffend und könnte noch durch viele weitere Beispiele versteckter Rationierung im Einzelfall – am effektivsten wohl aufgrund der Lenkung des Therapieverhaltens der Leistungserbringer durch pauschal wirkende Honorargestaltungen – erweitert werden. Fraglich ist allerdings, ob es nicht geradezu zu den auch durch Entscheidungen des BVerfG geschützten⁷ Konsensgrundlagen der deutschen Gesellschaft gehört, vor solchen schmerzlichen Entscheidungen die Augen verschließen zu dürfen, und ob insofern nicht die

-
- 5 Genauer sind lediglich punktuelle gesetzliche Leistungsausschlüsse zumeist mit ihrerseits wieder vagen Ermächtigung des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) zu Rückausnahmen.
 - 6 Zum „Konkretisierungskonzept“ *R. Steege*, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, 517 ff.; aus jüngerer Zeit: *C. Zimmermann*, Der Gemeinsame Bundesausschuss. Normsetzung durch Richtlinien sowie Integration neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in den Leistungskatalog der GKV, 2011, Kap 13 D II.
 - 7 Unmittelbar einschlägig der sog. „Nikolausbeschluss“ des BVerfG v. 6.12.2005, BVerfGE 115, 25; passend, wenn auch aus einem ganz anderen Themenfeld BVerfG v. 15. 2.2006, BVerfGE 115, 118 (Flugsicherheitsgesetz).

versteckte Rationierung die latente Funktion hat, das Erforderliche zu ermöglichen, ohne eine gesellschaftliche „Lebenslüge“ aufgeben zu müssen.

Während Husters Beitrag aus der Perspektive des Wissenschaftlers „von außen“ die auch durch Kostenerwägungen beeinflusste Gestaltung des Versorgungsniveaus der GKV durch die (gemeinsame) Selbstverwaltung thematisiert, zeichnet sich derjenige von Ulrich Wenner, der sich schon länger als es das SGB V gibt, als Richter mit dem Gesundheitssystem auseinandersetzt, durch eine Innenperspektive aus. Er beleuchtet anhand von Beispielen die sozialpolitische Gestaltungsfunktion, welche die Rechtsprechung – selbstverständlich nicht nur, aber auch – für das Leistungsniveau der Gesundheitsversorgung hat. Die Beispiele zeigen, wie und mit welchen Kostenwirkungen die Rechtsprechung neben und im Konfliktfall mit Vorrang vor der untergesetzlichen Regulierung in Selbstverwaltung in der Lage ist, durch Anwendung der vagen gesetzlichen Vorgaben generalisierend das Niveau der Versorgung zu bestimmen. Auch lassen die Beispiele bei aller kollegialen Zurückhaltung des Autors ahnen, dass es sozialpolitische Tendenzen der Rechtsprechung gibt, die sowohl durch wechselnden Zeitgeist als auch durch teilweise unterschiedliche höchstrichterliche „Senatslinien“ geprägt sind.

Demgegenüber erscheint die ebenfalls in den Bericht einbezogene Rechtsprechung des BVerfG – jedenfalls soweit sie korrigierend auf die sozialgerichtliche Rechtsprechung einwirkt – eher punktuell nach Art eines *deus ex machina* zu wirken. Allerdings dürften neben der schon genannten Schutzfunktion für den Konsens über die Vermeidung „harter“ Entscheidungen die lediglich punktuellen verfassungsgerichtlichen Korrekturentscheidungen doch auch eine generalisierende Steuerungsfunktion für das Abwägungssensorium von Selbstverwaltung und Sozialgerichtsbarkeit haben, die auch dann wirkt, wenn sie nicht eingesetzt wird – in diesem Sinne also nicht nur „*deus ex machina*“, sondern auch „*fleet in being*“.

Ähnlich wie bei den beiden ersten Beiträgen zum Problem der Gestaltung der Versicherung gibt auch hier wieder erst die Zusammenschau ein Gesamtbild von der Konkretisierung des Leistungsniveaus im Zusammenwirken von Gesetz, untergesetzlicher Regulierung, richterlicher Korrekturmöglichkeit, der Möglichkeit von deren Korrektur durch das Gesetz und übergeordnetem punktuellen Kontrolleingriff durch das Bundesverfassungsgericht.

Die Tagung fand bereits im April 2013 statt. Im Hinblick auf die politische Diskussion gerade um die Gegenstände der beiden ersten Referate waren sich die Herausgeber und die Referenten aber einig, dass es sinnvoll sei, nicht nur die anstehende Wahl zum Bundestag, sondern auch die sich als deren Ergebnis

herausbildende gesundheitspolitische Agenda für dessen 18. Legislaturperiode abzuwarten und erst in deren Licht die Beiträge zu publizieren. Inzwischen ist dieser Klärungsprozess (vorläufig) abgeschlossen. Der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD⁸ enthält einerseits eine Vielzahl von Einzelmaßnahmen – auch solche zu punktuellen Leistungsverbesserungen und zur Weiterentwicklung auf den oben genannten Pfaden des Wettbewerbs zwischen den Kassen und im Leistungserbringungsverhältnis sowie der Qualitätssicherung. Zum anderen enthält er mit dem Plan der Beseitigung der erst durch das GKV-FinG vom 22.12.2010 durch die vorherige Koalition eingeführten Einkommensunabhängigkeit des Zusatzbeitrags nach § 242 SGB V und entsprechend der Beseitigung des Sozialausgleichs nach § 242b SGB V einen Schritt zur Abschaffung des einzigen ohnehin eher symbolischen Anklangs an das Konzept einer einkommensunabhängigen Gesundheitsprämie mit Sozialausgleich aus dem Steuer-Transfer-System. Dieser Plan ist inzwischen durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Finanzstruktur und der Qualität in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Finanzstruktur- und Qualitäts-Weiterentwicklungsgesetz – GKV-FQWG)⁹ umgesetzt worden und gehört in die Kategorie des oben beschriebenen Hin und Her.

Es spricht viel dafür, dass die Grundsatzfragen der Organisation der Krankenversicherung über die Grenzen von GKV und PKV hinaus und der Gestaltung des Sozialausgleichs zwischen Versicherten mit unterschiedlicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit nur aufgeschoben sind. Dasselbe dürfte für das weiterbestehende und aktuell lediglich aufgrund konjunkturbedingt günstiger Kassenlage der GKV verdeckte Spannungsverhältnis zwischen der Kostenentwicklung des Medizinsektors und vertretbarem Aufwand für die Gesundheitsversorgung und die fehlende Transparenz der Auflösung dieser Spannung im Prozess der Konkretisierung des Leistungsanspruchs gelten.

8 <http://www.bundestag.de/blob/194886/696f36f795961df200fb27fb6803d83e/koalitionsvertrag-data.pdf>

9 GKV-FQWG v. 21.7.2014, BGBl. I, S. 1133.