

REVOLUTION DER KRANKENVERSICHERUNG

von

Wilhelm Hankel

Karl Albrecht Schachtschneider

Angelika Emmerich-Fritsche

im Auftrag der

Vertragsärztlichen Bundesvereinigung

Erlangen-Nürnberg

Juli 2002

INHALT

1. TEIL

WIRTSCHAFTLICHE BEGRÜNDUNG

A. Zusammenfassung	1
B. Die Argumente im einzelnen	5

2. TEIL

RECHTLICHE BEGRÜNDUNG

A. Verfassungswidrigkeit der Gesetzlichen Krankenversicherung	18
I. Solidarprinzip	18
II. Sachleistungsprinzip	23
III. Grundrechtsschutz der heilberuflichen Vereinigungen	30
IV. Vertragsarzt als öffentlicher Dienst?	41
V. Zulassungsbeschränkungen	47
VI. Beitragssatzstabilität zu Lasten des Vertragsprinzips	53
VII. Verfassungswidrige Regelungen des SGB V	55
B. Grundprinzipien einer rechtmäßigen Krankenversicherung	59
I. Privatheitsprinzip	59
1. Menschheitliches Privatheitsprinzip	59
2. Binnenmarktliches Privatheitsprinzip	65
II. Vertragsprinzip	67
III. Versicherungsprinzip	70
IV. Tarifvertragsprinzip	75
C. Zusammenfassung	84

3. TEIL

GESETZESVORSCHLAG

Art. 1 Aufhebung des Sozialgesetzbuches Fünftes Buch	90
Art. 2 Gesetz über die Krankenpflichtversicherung	90
1. Abschnitt: Versicherungspflicht	90

§ 1 Krankenversicherungspflicht	90
§ 2 Befreiung von der Versicherungspflicht	91
§ 3 Versicherungspflichtige Leistungen.....	91
§ 4 Kontrahierungszwang	92
2. Abschnitt: Verhältnis zwischen Erbringern heilberuflicher Leistungen und Patienten	93
§ 5 Behandlungsvertrag.....	93
3. Abschnitt: Versicherungsverhältnis	94
§ 6 Versicherungsprämie.....	94
§ 7 Erstattungsanspruch gegenüber dem Versicherer	95
§ 8 Grundlage der Leistungspflicht des Versicherers.....	96
§ 9 Rücktritt	96
§ 10 Kündigung des Versicherers	97
§ 11 Kündigung des Versicherungsnehmers	97
§ 12 Sonstige Beendigungsgründe, Bestandsschutz.....	98
4. Abschnitt: Patientenvertretung	99
§ 13 Patientenvertretung	99
5. Abschnitt: Versicherer.....	99
§ 14 Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.....	99
§ 15 Versicherer in anderen Unternehmensformen.....	100
§ 16 Andere Versicherungen.....	101
§ 17 Fonds der Versicherer	101
§ 18 Altersrückstellung	101
6. Abschnitt: Tarifvertrag	102
§ 19 Tarifverträge.....	102
§ 20 Tarifvertragsparteien	102
7. Abschnitt: Staatliche Prämienunterstützung.....	103
§ 21 Staatliche Prämienunterstützung	103
8. Abschnitt: Erbringer heilberuflicher Leistungen	103
§ 22 Erbringer heilberuflicher Leistungen	103
§ 23 Auskunftspflicht.....	104
§ 24 Vertrauensärzte	105
9. Abschnitt: Verweis auf andere Bestimmungen	105
§ 25 Geltung des Versicherungsvertragsgesetzes.....	105
Art. 3 Sozialversicherungsberechtigte	106
Art. 4 Pflegeversicherung.....	106
Art. 5 Übergangsregelungen	106

1. Teil

Wirtschaftliche Begründung

Wilhelm Hankel

A.

Zusammenfassung

Das in Deutschland praktizierte System der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) krankt an seinen inneren Widersprüchen und Konstruktionsmängeln. Seine Finanzierungsbasis stagniert, seit der Anteil der monatlichen Lohneinkommen unterhalb der derzeitigen Pflichtversicherungsgrenze (unter rd. € 3.375 im Einzelfall) am gesamten Volkseinkommen rückläufig ist und zudem auf immer weniger Nachwuchs verteilt werden muß. Wie im System der sozialen Alterssicherung wird die individuelle Belastung junger und relativ gesunder Beitragszahler übergebührlich hoch. Die GKV rechnet sich nicht mehr für junge und neue Beitragszahler. Andererseits ist ihnen der Austritt aus diesem sie ausbeutendem System gesetzlich untersagt.

Drei Konstruktionsfehler verurteilen das GKV-System zu wachsender Ineffizienz. Erstens: Obwohl das GKV-System 90 % der Bevölkerung erfaßt, grenzt es den reichsten Teil der Bevölkerung und die dynamischsten Segmente des Volkseinkommens aus, nämlich die Einkünfte aus Gewinn und Kapital sowie die der Spitzenverdiener über der Pflichtversicherungsgrenze. Die GKV verzichtet auf Einnahmen, die sie als Volks-Versicherung leicht erzielen könnte. Zweitens: Mit der Bindung der Beiträge an das "pflichtige" Lohneinkommen plus 50%igem Arbeitgeberbeitrag macht die GKV ihre Finanzkraft faktisch von Konjunktur und Lage am Arbeitsmarkt abhängig. Sie ist solange gut "bei Kasse", wie die Wirtschaft floriert und immer dann zu Leistungskürzungen gezwungen, wenn Arbeitslosigkeit und Lohnausfall drohen. Die Lage am Arbeitsmarkt bestimmt somit das Volumen der Gesundheitsausgaben und nicht mehr der Zustand der Volksgesundheit. Drittens: Mit dem doppelten Kontrahierungszwang von Patienten und "Kassenärzten" der GKV gegenüber werden beide entrechtet: Den Patienten wird die Therapie von ihrer Krankenkasse verordnet statt von ihrem Arzt. Der Arzt wiederum verliert einen Teil seiner Therapie- sowie seine Honorarbemessungsfreiheit; er

wird zum Quasi-GKV-Angestellten. Dem Patienten wird in vielen Fällen die bestmögliche Versorgung vorenthalten, nämlich immer dann, wenn sie der Kasse als "zu teuer" erscheint. Ärzte werden gezwungen, Therapieentscheidungen unter (Abrechnungs)Kostenaspekten zu treffen. Das beeinträchtigt nicht nur ihre Motivation, sich auf dem neuesten Stand des medizinischen Wissens und Könnens zu halten. Auch der medizinische Fortschritt leidet, wenn seine Anwendung zunehmend infrage gestellt wird. Wenn Deutschland als einstiges Spitzenland auf diesem Gebiet deutlich zurückfällt, dann liegt das weniger am Mangel an Forschungskapazitäten als an den fehlenden Möglichkeiten seiner Anwendung und Erprobung.

Unterfinanzierung und Ineffizienz des GKV-Systems bedingen und steigern sich wechselseitig. Der selbstverordnete Finanzierungsengpaß des GKV-System hat zudem die Reformer der Vergangenheit zu dem fatalen Trugschluß verführt, das deutsche Gesundheitssystem sei – u.a. wegen zu hoher ärztlicher Honorarforderungen – überteuert und unwirtschaftlich. Es enthielte eine Fülle "innerer" Leistungs- und Produktivitätsreserven. Es gelte, sie durch eine Politik der Kostendämpfung zu mobilisieren: u.a. durch Druck auf ärztliche Honorare, Leistungskürzungen der GKV und bei aufwendigen Therapien zunehmende Zuzahlung seitens der Patienten. Nach einem Jahrzehnt der erfolglosen, weil auf falscher Diagnose beruhenden, Experimente steht fest: Nicht die Gesundheitsausgaben sind zu hoch, die Einnahmen des staatlich dirigierte GKV-Systems sind zu niedrig!

Hinzu kommt, daß diese Einnahmen wegen der fatalen Lage am Arbeitsmarkt weder laufend und bedarfsgerecht erhöht werden können noch es dürfen, sollen die Beschäftigungsprobleme der deutschen Volkswirtschaft nicht noch prekärer werden.

Das GKV-System entlarvt sich damit als Problemverstärker am Arbeitsmarkt wie im Gesundheitswesen. Es stellt die sowohl mit der Arbeitsmarkt- wie mit der Gesundheitspolitik verfolgten sozialen Ziele infrage und macht den Sozialstaat in den Augen der Öffentlichkeit unglaubwürdig.

Der deutsche Sozialstaat ist weder "zu teuer" noch "unfinanzierbar", wie immer wieder (und zu Unrecht) behauptet wird. Er ist jedoch – und zwar unnötigerweise – falsch und im Bezug auf die junge Generation auch noch unsolidarisch und ungerecht finanziert.

Der Anstieg der Gesundheitsausgaben ist in einer Gesellschaft alternder Menschen mit (gottlob noch immer) hohen Raten des medizinischen Fortschritts ebenso natürlich wie unvermeidlich. Ältere Menschen brauchen mehr medizinische Versorgung und nicht weniger und verfügen in der Regel auch über die Mittel, sie

sich leisten zu können, notfalls unter Verzicht auf andere, weniger dringliche Ausgaben. Und: Medizinischer Fortschritt kostet forschungs- und entwicklungsbedingt nicht weniger Geld, sondern mehr. Dieses ist, angesichts der Bereitschaft gerade älterer Menschen mehr Geld in ihre Gesundheit zu investieren, auch durchaus vorhanden. Daher ist eine Kostendämpfungspolitik im Gesundheitswesen – noch dazu zu Lasten Dritter, nämlich der unersetzlichen Leistungserbringer (Ärzte plus Pflegepersonal) – ebenso inhuman wie kontraproduktiv. Wenn Ärzte gezwungen werden, Ausgabenbudgets einzuhalten und Gratisleistungen zu erbringen, wird das hier bestehende Produktivitätspotential nicht gehoben, sondern vernichtet. Wenn Patienten immer größere Teile ihrer Therapien und Kuren, weil von der GKV-Finanzierung ausgenommen, selber bezahlen müssen, wird das System dadurch weder effizienter noch schlanker; es leistet seinen Offenbarungseid lediglich auf Raten. Der Krankenschein hat im letzten Jahrzehnt mehr an medizinischer Kaufkraft verloren als DM oder € – und zwar zulasten der betrogenen Patienten und ihrer entrechteten Ärzte.

Es ist nur noch eine Frage der Zeit, wann ein solches "System" kollabiert. Es zwingt, weil es erkennbar immer weniger leistet und leisten kann, immer mehr Beitragszahler in teure Zusatzversicherungen und veranlaßt sie als Wähler, diejenigen politischen Parteien eine Absage zu erteilen, die sich seiner Reform widersetzen oder versuchen, diese mit ungeeigneten Teil- und Zwischenlösungen auf den St. Nimmerleinstag zu verschieben.

Denn eines ist klar: Effizienz, Beitragsgerechtigkeit und sichere Finanzierungsgrundlagen im deutschen Gesundheitswesen können nicht mehr durch Reparaturen oder Flickschustereien am alten System zurückgewonnen und für die Zukunft garantiert werden. Das alte System kann nur durch ein neues – marktwirtschaftliches – ersetzt werden.

Es gilt darum, einen ebenso leistungsfähigen wie dynamischen Gesundheitsmarkt zu schaffen mit dem Ziel, Patienten und Kranken eine bezahlbare Qualitätsmedizin und Ärzteschaft wie Pflegepersonal wieder eine leistungsgerechte Bezahlung zu verschaffen. Wie die Erfahrungen in anderen Ländern innerhalb und außerhalb der EU bestätigen, würde ein solcher Markt – der größte Dienstleistungsmarkt der Volkswirtschaft – über seine dann ungebremste Ausweitung Millionen neuer Arbeitsplätze in den Heilberufen und -zentren entstehen lassen. Die Schaffung dieses Marktes wäre ein ebenso verlässliches wie durchschlagendes volkswirtschaftliches Beschäftigungsprogramm.

Die im Folgenden vorgeschlagene Überführung des öffentlich-rechtlichen deutschen Gesundheitswesens in ein System der allgemeinen, aber privaten Krankenversicherungspflicht für alle Deutschen (einschließlich Unternehmer, Manager,

freier Berufe) bei individuell freier Wahl von Krankenkasse und -tarif würde nicht nur die unerträglichen Kassen- und Klassenschranken in der medizinischen Behandlung und Versorgung der Bevölkerung ("Zwei-Klassen-Medizin") beseitigen, sondern auch aus allen Kranken Privatpatienten machen. Der freie Zugang zu allen im Lande verfügbaren Heilangeboten und Therapien brächte zudem einen Qualitätsschub im medizinischen Heil- und Therapieangebot. Er würde über den mit ihm verbundenen härteren Wettbewerb den Leistungsstandard von Ärzten und Krankenhäusern deutlich anheben und trotzdem die den Arbeitsmarkt belastenden Lohnnebenkosten substantiell senken.

Die neue soziale Marktwirtschaft im Gesundheitswesen ist weder "zu teuer", noch belastet sie einseitig den Faktor Arbeit. Sie stützt sich auf alle in der Volkswirtschaft verfügbaren Finanzierungsressourcen: das gesamte Wertschöpfungs- und Einkommenspotential (Volkseinkommen) sowie die bei Bedarf auflösbaren Altvermögen (Altersrücklagen) der Bevölkerung. Obwohl Pflichtversicherung, und insoweit Fortschreibung des alten gesetzlichen Krankenversicherungssystems, öffnet sie sich Marktwirtschaft und Wettbewerb. Insoweit erfüllt sie jedwede Pflichtversicherungsgrenze à la GKV. Dieser bedarf es in der neuen privaten Volksversicherung nicht mehr.

Der Übergang vom alten zum neuen System belastet weder den Staat noch den Steuerzahler. Das alte öffentlich-rechtliche (Zwangs)Umlage-System läßt sich nahtlos in das neue privatrechtliche überführen. Dieser Akt der Privatisierung mag jede Menge rechtlicher Probleme aufwerfen, aber keine Staat und Öffentlichkeit berührenden finanziellen. Mit dem Übergang zum privaten Versicherungsmodus entschärft sich auch der Streit zwischen den Anhängern eines "sozialistischen" Umlageverfahrens und denen einer "kapitalistischen" Kapitaldeckung. Im versicherungsmathematischen Kalkül der "richtigen" Prämienbemessung löst er sich buchstäblich auf.

Offen muß bleiben, ob die Überführung der GKV in den Wettbewerb und gegebenenfalls in private Hände die Kosten (Prämien) der Krankenversicherung erhöht – oder nicht. Eine "Kostenexplosion" kann schon deswegen ausgeschlossen werden, weil ja auch der Wettbewerb "explodiert" und mit der Privatisierung des deutschen Gesundheitsmarktes seine Europäisierung einhergeht: Der deutsche Gesundheitsmarkt wird Teil des EU-weiten gemeinsamen Versicherungsmarktes. Wie Deutschlands öffentlich-rechtliche Landesbanken und Sparkassen verlieren auch die öffentlich-rechtlichen GKVen ihre nationalen Privilegien und Standortvorteile.

Wie einstens Ludwig Erhards Abschaffung der Zwangswirtschaft in Deutschland ein Wirtschaftswunder auslöste, würde das Ende der Zwangs-

Krankenversicherung für die Masse der arbeitenden Bevölkerung ein "Wunder" in ihrer medizinischen Versorgung bewirken: Sie würde besser, billiger – und gerechter angeboten und vermittelt werden.

Einmal mehr würde sich zeigen, daß ein Markt (einmal geschaffen) weit wirksamer soziale Schranken abbaut als ein noch so "soziales" System, das diese schon aus nacktem Selbstinteresse konserviert. Es darf sich ja nicht selber überflüssig machen!

Daher ist der hier vorgelegte Gesetzentwurf nicht nur ein Beitrag zur Gesundheitsreform. Er verstärkt die Chancen der deutschen Gesellschaft, mit den einschneidendsten Veränderungen unserer Zeit fertig zu werden: mit Alterung, den neuen Formen und Gefahren der Arbeitswelt (Teilzeitarbeit, Arbeitslosigkeit, neuer Selbstständigkeit) mit Europa (Binnenmarkt, Gemeinschaftswährung) und den Herausforderungen der Globalisierung. Je eher Regierung und Gesetzgeber die Schlüsselrolle des Gesundheitsmarktes bei der Bewältigung all dieser Probleme erkennen, desto schneller und nachhaltiger werden sie sich lösen lassen.

B.

Die Argumente im einzelnen

1. Das deutsche öffentlich-rechtliche Gesundheitswesen, vor 120 Jahren ein viel beachtetes Modell für alle damals noch jungen Industriestaaten, hat sich überlebt. Was in der Bismarck-Ära als ein System der "naturalen" Versorgung der ärmeren Schichten (damals rund ein Zehntel der Bevölkerung) mit ärztlichen und medizinischen Dienstleistungen begann und der Ärzteschaft den inoffiziellen Status eines im Staatsauftrag tätigen Quasibeamten verschaffte sowie ein durchaus ins Gewicht fallendes Zubrot über den Krankenschein, hat sich zu einer umfassenden Volksversicherung ausgewachsen. Sie erfaßt heute 90 % der Bevölkerung. Damit sind die schon in den Anfängen der GKV angelegten Mißstände des Systems zu einer generellen Gefahr für seinen Bestand und seine Fortentwicklung geworden. Was bei einer gesetzlichen Krankenpflichtversicherung jenseits des Ordnungsrahmens von privatem Vertragsrecht und öffentlicher Geldwirtschaft für 10 % der Bevölkerung hingenommen werden konnte, droht sich nun zu einer schweren Wachstums- und Sozialhypothek für Gesellschaft, Staat und die gesamte Volkswirtschaft zu entwickeln.

2. Deutschland leistet sich den "Luxus", Gesundheitssystem und Gesundheitsmarkt zu trennen. Auf Seiten des medizinischen Angebots herrscht Markt: Ärzte und Krankenhäuser stehen im Wettbewerb und sind gezwungen, ihren Praxis- und Krankenhausbetrieb betriebswirtschaftlich zu führen und auch zu finanzieren; kommunale Krankenhäuser müssen es demnächst. Auf der Nachfrageseite beim

Patienten dominiert das "System": Ausgaben für Gesundheitsfür- und -vorsorge werden nicht in gesetzlichen Zahlungsmitteln (DM, €) bezahlt, sondern in einem medizinischen Spezialgeld: dem Krankenschein, - inzwischen ist er ein elektronisch verwertbarer Chip. Die Patienten erwerben diesen Bezugsschein für medizinische Versorgung "im Abonnement" gegen monatlichen Abzug eines vom Staat festgesetzten und in der Vergangenheit permanent heraufgesetzten Zwangsbeitrages zu "ihrer" GKV. Er wird ihnen von ihrem Arbeitseinkommen abgezogen, wobei die Hälfte formal vom Arbeitgeber übernommen wird ("Lohnnebenkosten") - formal deswegen, weil er ja den vollen Bruttolohn erwirtschaften muß.

Zwar haben sich Patienten wie Therapeuten an diesen Zustand gewöhnt, aber darüber vergessen oder verdrängt, was er in Wahrheit bedeutet: eine Entrechtung des Patienten und des Arztes durch Staat und GKV. Denn mit Krankenschein und GKV-Zwang sperrt der Staat neun Zehntel aller pflichtversicherten Deutschen und alle bei den GKV zugelassenen Ärzte und Krankenhäuser aus der Marktwirtschaft sowie der Privatrechtsordnung aus. Den Vertrag über medizinische Behandlung schließen nicht mehr die Betroffenen miteinander ab: Patient und Arzt oder Krankenhaus, sondern beide Letzteren mit einem Dritten: der GKV. Diese regelt von außen, was nur Patient und Arzt im Arztzimmer oder Behandlungsraum zu besprechen und auszuhandeln haben. Der Patient erfährt von der Kasse, welche Therapie sie für ihn vorsieht und bezahlt, der Arzt, welches Honorar er dafür bekommt. Es wird ihm dann über seine Kassenärztliche Vereinigung (KV) ausbezahlt.

Dieses System hat solange zur Zufriedenheit aller funktioniert, wie es weder Streit über die Bezahlbarkeit von Leistungen noch die der Angemessenheit von Honoraren gegeben hat, d. h. solange die Kassen selber gut "bei Kasse" waren. Seit dieses nicht mehr der Fall ist – und das ist seit langem so –, offenbart es seine fatale Schwäche: Es bindet die Finanzierung der Volksgesundheit an einen willkürlich abgegrenzten und volkswirtschaftlich irrelevanten Teil des gesamten Volkseinkommens, nämlich die Lohnsumme der pflichtversicherten Arbeitnehmer, also jener, die derzeit jährlich nicht mehr als etwa 40.500 € verdienen. Weder läßt sich begründen, warum es diese Pflichtversicherungsgrenze gibt und nicht eine andere. Noch fataler wirkt sich jedoch aus, daß man als Finanzierungstopf des Gesamt-Systems eine Teilgröße des Volkseinkommens heranzieht, die seit gut einem Jahrzehnt kaum noch steigt, real sogar stagniert, während andere Teile desselben Volkseinkommens kräftig boomen, wie Gewinne, Kapitaleinkünfte und Managergehälter und wieder andere nicht erfaßt werden können, wie die Einnahmen aus der Schwarzarbeit.

Hinzukommt als politische Sonderhypothek die Hereinnahme einer Bevölkerungsgruppe, die überdurchschnittlich (und schuldlos) unter Arbeitslosigkeit und Minderbezahlung leidet, der ostdeutschen.

Obwohl es offensichtlich ist und kaum großer volkswirtschaftlicher Kenntnisse bedarf, um zu erkennen, worunter das deutsche Gesundheitssystem leidet: an seiner Unterfinanzierung wegen klar erkennbarer Systemmängel, pfuschen alle Bundesregierungen, jetzige wie frühere, lediglich an dem einen oder anderen "störenden" Detail des Systems herum, ohne wahrhaben zu wollen, daß es sich um bloße Symptome handelt. Fast ein Jahrzehnt lang versuchten "schwarze" Reformer wie Blüm oder Seehofer die Gesundheitskosten zu dämpfen, obwohl es nichts zu dämpfen gab: Eine alternde Gesellschaft investiert nun mal mehr in die Erhaltung ihrer Gesundheit als eine junge – und warum auch nicht. Und der medizinische Fortschritt kostet von Jahr zu Jahr nicht weniger, sondern mehr, denn Forschung und Entwicklung müssen finanziert werden. Und das geschieht einzig und allein durch seine Anwendung.

In Wahrheit zielten Blüms und Seehofers "Reformen" nicht auf Kostensenkung, sondern Kostenverlagerung: Ärzte und Krankenhäuser sollten billiger arbeiten, notfalls gratis, Patienten auf teure, die Rentabilität der GKV gefährdende Therapien verzichten, notfalls zuzahlen. Ausgerechnet die Partei Ludwig Erhards schreckte, um diese Ziele zu erreichen, nicht davor zurück, immer neue planwirtschaftliche Folterinstrumente einzusetzen, wie Leistungskataloge der GKV, Ausgaben- und Honorarbudgets und Rezeptvorschriften für Ärzte und Krankenhäuser.

Seehofers "grüne" Nachfolgerin im Amt hat diese Roßkuren dann noch rigoroser und inkompetent verstärkt. Zwar hat die gegenwärtige "rote" Gesundheitsministerin einige Akzente neu gesetzt und gibt sich liberaler. Aber auch sie verweigert sich jeder Reform des Gesundheitswesens an Haupt und Gliedern, denn diese ist in ihrer Partei nicht konsensfähig. Gerade in der SPD darf an überholten Instrumenten, wie Krankenschein, GKV und Pflichtversicherungsgrenzen nicht gerüttelt werden!

Dabei liegen Ziel- und Stoßrichtung der nicht mehr aufschiebbaren Reform des deutschen Gesundheitswesens klar zutage: Seine Ineffizienz als Folge seiner Unterfinanzierung muß beseitigt werden. Das verlangt der öffentlichen Hand weder neue Haushaltsmittel ab noch der Arbeitswelt höhere GKV-Beiträge, die als Lohnnebenkosten zu Buche schlagen. Erstere wären mit oder ohne die Haushaltsauflagen aus "Brüssel" nicht aufbringbar, letztere wegen der katastrophalen Lage am Arbeitsmarkt überhaupt nicht zu verantworten.

Und der Ausweg aus beiden Finanzengpässen? Deutschlands Gesundheitspolitiker müssen (endlich) zur Kenntnis nehmen: Jede Gesellschaft kann ihre Gesundheitsausgaben mühelos finanzieren, wenn sie dafür die Dienste eines "Marktes" statt eines staatlich regulierten "Systems" in Anspruch nimmt – freilich muß dieser Markt angesichts der gesellschaftlichen Dimension des Gutes Volksgesundheit auch wirklich ein "sozialer" sein.

Jeder Markt löst seine Finanzierungsprobleme ebenso effizient wie geräuschlos. Was immer er an Nachfrage nach seinem Angebot vorfindet, finanziert er über den Preis. Es kommt also darauf an, was und wieviel den Bürgern ihre Gesundheit wert ist und ob und inwieweit sie dafür notfalls bereit sind, auf andere Ausgaben, wie die sommerliche Ferienreise, den Skiurlaub, das neue Auto usw., zu verzichten.

Die Bürger legen also ihr Gesundheitsbudget selber fest: nach persönlichen Kriterien, Präferenzen und Befindlichkeiten. Sie entscheiden privat und individuell über ihr wertvollstes Gut, nämlich ihre Gesundheit. Und sie lassen darüber nicht mehr über ihren Kopf hinweg entscheiden: durch eine staatliche Medizinalbürokratie mit "unpersönlichen" Vorgaben für Krankenkassenbeiträge, Ärzte- oder Medikamentenbudgets.

Freilich: Dieser Markt kann nicht nur über Preise, Kosten und Einkommenshöhe reguliert werden. Er bedarf der Einbettung in eine soziale und familienfreundliche Rahmengesetzgebung. Dieses gilt zwingend für die steuerliche Ebene, sollte sich aber nicht nur auf diese beschränken. Eine Gesellschaft, die diese Probleme vernachlässigt, wird weder auf Dauer stabil bleiben noch wird sie mangels Nachwuchs überleben. Auch die Gesundheitspolitik steht unter diesem Imperativ, zumal wenn sie als Volksversicherung weiter entwickelt und ausgebaut werden soll.

3. Im Bismarck'schen Gesundheitssystem sollte lediglich ein kleiner Kreis ärmerer Menschen im (gutsherrlichen) Deputatwege versorgt werden. Der Krankenschein genügte diesem Anspruch. Er war – und ist auch heute noch – ein Bezugsrecht auf Arztleistungen, an dem sich der jeweilige "Patron" mit einem Lohnzuschuß beteiligt. Im Gegensatz zur natürlichen Evolution, die von Groß zu Klein fortschreitet (vom Dinosaurier zur Eidechse), schlägt die soziale Evolution oftmals den entgegengesetzten Weg ein: von der kleinen Einheit zur großen, von der Ausnahme zum Auswuchs. Die Sozialgeschenke an Arme und Kleinverdiener, die sich den Doktor auf eigene Rechnung nicht leisten konnten, verdrängten durch ihre Hypertrophie das, was an Markt ursprünglich vorhanden war. Obwohl die Gesellschaft immer wohlhabender wurde und die Zahl der Bedürftigen ständig abnahm, setzte man die (Einkommens)Grenzen für ihre Behandlung auf Krankenschein permanent herauf. Der GKV wie Ärzten und anderen Leistungserbringern

war es recht. Um die neue Kundschaft nicht zu verlieren, beantragten immer mehr Ärzte und Krankenhäuser ihre Zulassung als "Kassenarzt" bzw. GKV-Partner. Um mit dem wachsenden GKV-Abrechnungsmonopol auf Augenhöhe verhandeln zu können, gründeten die Ärzte ihr eigenes kollektives Abrechnungsmonopol: die KV. Doch was nützen zwei Monopole, wenn ihre gemeinsame Finanzierungsgrundlage: das "tributpflichtige" Lohneinkommen, wegbricht?

Zum ersten Mal geschah dies vor über 70 Jahren in der Krise der Dreißigerjahre. Auch damals eskalierte die Krise am Arbeitsmarkt zu einer des Gesundheitswesens. Auch damals stellte sich die Frage: Was hat die Volksgesundheit mit der Konjunktur und der Lage am Arbeitsmarkt zu tun? Damals flüchteten die für GKV und KV Verantwortlichen, dem Zeitgeist huldigend, nicht in den Markt, sondern in den NS-Staat! Die KVen wurden zu Organen "mittelbarer Staatsverwaltung" mit politischen Lenkungs- und Disziplinierungsaufgaben für ihre Mitglieder "aufgewertet". Die medizinischen Leistungserbringer verloren die letzten Reste zivilrechtlicher Vertrags- und Koalitionsfreiheit, u.a. das Koalitions- und Streikrecht. Dafür "gewannen" sie als Garanten der Volksgesundheit statt des informellen einen halbamtlichen Quasi-Beamtenstatus, freilich ohne Beschäftigungs- und Pensionsgarantie – ein "Privileg", an dem viele KV-Mitglieder, Bürger- und Berufsrechte her oder hin, noch immer festhalten. Auch Praxissterben und beruflicher Niedergang scheinen dem Abtreten persönlicher Rechte an obrigkeitsstaatlich gesteuerte Standesorganisationen keinen Abbruch zu tun.

Man kann es nicht oft genug wiederholen: Wer Krankenschein, GKV-Abrechnung und Einkommensgrenzen in der Krankenpflichtversicherung für ein Gesundheitsparadies auf Erden hält, verzichtet nicht nur auf eine effiziente, auf der Höhe der Zeit stehende medizinische Versorgung, eine Medizin erster Klasse für alle Kranken. Er verzichtet auch auf durch Verfassung und Rechtsstaat garantierte persönliche Rechte, nämlich auf seine Vertrags-, Therapie- und Unternehmerfreiheit. Denn all dieses ist nur um den Preis der Brechung des Dreifachmonopols der GKV für Praxiszulassung, -abrechnung und -finanzierung zu haben. Das Know-how für eine moderne Volksmedizin, die höchsten Ansprüchen genügt, und auch das dafür notwendige Geld ist vorhanden. Worum es geht, ist beide Potentiale: das Wissen und das Anwenden-Können zusammenzubringen und gesundheitspolitisch zu nutzen. Das aber geht nur, wenn es gelingt, die sinnlos gewordene "Arme-Leute"-Begrenzung und -Finanzierung der Pflichtkrankenkassen zu beseitigen.

Beide "Säulen" des deutschen Gesundheitssystems: seine Institutionen und seine Finanzierungsgrundlagen, haben sich überlebt. Sie sind ebenso anachronistisch wie kontraproduktiv geworden. Wir sahen schon: Sie verletzen das Intimverhältnis von Arzt und Patient, in das keine Krankenkasse hineinreden darf, nicht nur aus Gründen des Datenschutzes. Sie muten den Patienten eine medizinische Min-

derversorgung zu, weit unter dem Niveau der möglichen Qualitätsstandards und Erfolgsquoten. Gerade damit schaden sie dem Arztberuf moralisch, denn mit seiner Effizienz verliert er einen Großteil seiner Überzeugungskraft und Glaubwürdigkeit. Darf er als Kassenarzt seinen Patienten doch nur das verschreiben, was die Kasse "auf Krankenschein" anerkennt und übernimmt. Damit wird die berufliche Zukunft des Ärztestandes zunehmend untergraben. Er verarmt, denn der Krankenschein verliert für ihn permanent an realem Geld- und Honorarwert für seine Leistung. Sein Kaufkraftverlust war im letzten Jahrzehnt deutlich höher als der von DM und €! Entsprechend rückläufig ist seit langem das Realeinkommen der Ärzte, namentlich derjenigen mit eigener Praxis, bei denen immerhin 70 % der Patienten in Deutschland behandelt und medizinisch versorgt werden. Ältere Ärzte können sich damit abfinden, weil sie bald in Pension gehen oder von Rücklagen zehren können. Die Jüngeren verführt es zu Abrechnungstricks, Mehrfachbehandlungen und anderen Formen zweifelhafter Selbsthilfe; müssen sie doch mit Praxisschulden starten, die ihnen oft nur die Wahl lassen zwischen drohendem Bankrott und geschönter Abrechnung.

Am übelsten aber wird den Patienten mitgespielt. Sie bekommen für ihren All-round-Bezugsschein auf medizinischen Vollservice immer weniger ärztliche Leistung, sei es als Betreuung oder Medikamentierung. Den oft lebensrettenden Rest müssen die Patienten zunehmend aus eigener Tasche bezahlen!

Mit der system-bedingten Abhängigkeit des Gesundheitssystems vom Finanzierungspotential des Arbeitsmarktes nimmt aber nicht nur das Gesundheitssystem Schaden, sondern auch der Arbeitsmarkt selber. Je ertragloser und unrentabler Arztpraxen und Krankenhäuser aufgrund der GKV-Restriktionen arbeiten müssen, desto gnadenloser müssen sie ihrerseits "rationalisieren": Stellen streichen und medizinisches Pflege- und Hilfspersonal entlassen. Der auf sie ausgeübte Ertrags- und Kostensenkungsdruck läßt ihnen keine andere Wahl. Auch dies wirkt sich letztlich zu Lasten der Patienten aus. Er wird buchstäblich schlechter behandelt.

Die Bundesrepublik Deutschland könnte – verglichen mit den Relationen in vergleichbaren Nachbarländern, vor allem verglichen mit den USA – bis zu zwei Millionen mehr Beschäftigte haben, wenn das Gesundheitswesen nicht nur auf der Angebotsseite marktwirtschaftlich organisiert wäre, sondern auch bei der Nachfrage. Wenn die Patienten nicht nur ihren Arzt, sondern auch ihre Krankenkassen frei wählen dürften und nicht mehr an die GKV-Zwangstarife gebunden wären, sondern sich bei einer Versicherung ihrer Wahl gegen ihre spezifischen und individuellen Krankheitsrisiken auch ebenso spezifisch und individuell absichern könnten, gäbe es keine andere Grenze für das Wachstum des Gesundheitsmarktes als die von der Bevölkerung ausgehende finanzierbare Nachfrage nach Gesundheitsleistungen und medizinischem Service. Der Gesundheitsmarkt könnte wach-

sen, wie es seine Kranken und Patienten und deren Bedürfnisse vorgeben. Er könnte seine Qualität steigern und seine Angebotspalette erweitern – mit der Folge, daß er auch immer mehr Menschen auskömmliche Arbeit und Beschäftigung bietet.

Wenn nicht die jetzige, so wird die nächste Bundesregierung einsehen müssen, daß das heutige Gesundheitssystem weder aufrecht erhalten werden kann noch so wie bisher zu sanieren ist. Es gibt für das deutsche Gesundheitswesen mit seinen strukturell zunehmenden Auf- und Ausgaben nur noch eine Rettung und Reform: Seine Überführung in eine soziale Marktwirtschaft, die diesen Namen verdient.

4. Ändern sich in der Gesellschaft Alters- und Erwerbsstrukturen, muß sich auch der Sozialstaat mit ihnen verändern. Er kann weder seine Strukturen konservieren noch durch Tradition geheiligte Besitzstände zementieren. Er hat keine andere Wahl, als sich den Veränderungen seines gesellschaftlichen Umfeldes anzupassen.

Weder in der staatlichen Renten- noch in der Krankenversicherung dürfen die jungen, aktiven und gesunden Teile der Bevölkerung über Gebühr zugunsten der älteren, inaktiven und in aller Regel auch gesundheitlich anfälligeren Mitglieder benachteiligt werden. Das Lebensrecht der Jungen und Aktiven setzt jedem Sozialausgleich Grenzen. Jedes Wolfsrudel weiß das und geht daher mit seinem Nachwuchs pfleglich um. Denn er sichert das Überleben der Art und damit auch der Alten, Schwachen und Kranken. Der modernen Gesellschaft scheint dieser vitale Überlebensinstinkt weitgehend abhanden zu kommen.

Im künftigen System der Alterssicherung sollen die Jungen durch Anrechnung individueller Ansparleistungen entlastet werden, wenn auch vorläufig noch recht zaghafte. Im Gesundheitswesen ist diese Entlastung genauso zwingend, läßt sich aber über den Einbau marktwirtschaftlicher Elemente sehr viel leichter realisieren.

Erstens stehen als Finanzierungsbasis alle verfügbaren Einkommen zur Verfügung und nicht nur die arbeits- und lohnabhängigen. Und man kann zweitens auf die beträchtlichen Vermögensbestände und –reserven der älteren (und teurer kranken) Menschen zurückgreifen. Diese Altersvermögen können und sollten verbraucht werden. Man muß sie nicht um jeden Preis vererben wollen (wozu eine in diesem Punkte fragwürdige staatliche Altenpflegeversicherung tendiert). Deswegen kann man im Gesundheitswesen verstärkt auf Eigenleistungen und Vermögensabbau setzen. Das Erbschaftsvolumen wird in Deutschland noch bis zur Mitte des Jahrhunderts in der (jetzigen) Größenordnung von rund 100 Mrd. € jährlich (einem Drittel der jährlichen Gesundheitsausgaben) einigermaßen konstant bleiben, wie neuere Berechnungen erweisen. Vor diesem (Vermögens)Hintergrund bieten sich

zwei ebenso einfache wie grundlegende Reformschritte im deutschen Gesundheitswesen an.

Erstens: Die Krankenversicherungspflicht in Deutschland wird zwar grundsätzlich beibehalten, aber sie wird sowohl privatisiert wie generalisiert. Das heißt: Jeder, der in Deutschland ständigen Aufenthalt hat, muß sich ohne jede Einkommensbegrenzung krankenversichern, aber die Wahl seiner Kasse und seines Tarifs steht ihm frei.

Er ist zwar zwangsversichert, wird aber Privatpatient.

Zweitens: Für das neue, privatisierte und marktwirtschaftlich geöffnete Angebot an Gesundheitsleistungen ist an gesetzgeberische Auflagen hinsichtlich der Mindesthöhe der Krankenversicherung, der familienfreundlichen Ausgestaltung des Tarifsystems und der Prämien und an einen Sozialkrankenschein für Einkommensschwache oder Einkommenslose zu denken.

Die Mindestversicherung hat zu verhindern, daß es un- oder unterversorgte Personengruppen gibt, die letztlich der Sozialhilfe zur Last fallen. Und die Tarife aller Krankenversicherungen sollen eine kinderfreundliche Komponente haben. Die Versicherungsleistungen für die mitversicherten Kinder der Versicherungsnehmer werden aus den Prämien letzterer finanziert, so daß die jeweilige Versicherungsgemeinschaft das Versicherungsrisiko der Kinder trägt. Das stellt sicher, daß Nachwuchs nicht bestraft wird bzw. zu einem Privileg reicher Eltern wird. Kinder als Quelle künftiger Wertschöpfung und Einkommenserzielung haben einen Anspruch auf den Schutz ihrer Gesundheit und darum Anspruch auf Kostenübernahme im Krankheitsfall. Dieser Anspruch richtet sich nicht nur gegen ihre Eltern und gesetzlichen Vertreter, sondern gegen die Rechtsgemeinschaft. Diesen "Bruch" in einem auf Individualversicherung angelegten Tarif- und Prämiensystem muß der Gesetzgeber verantworten. Er entspricht dem Geist des in keinem Volk aufhebbaren "Generationenvertrages" sowie den Forderungen einer "sozialen" Marktwirtschaft. Familiärer Kinderreichtum darf weder zu familiärer Benachteiligung noch gar zu Verarmung führen.

5. Die Eckpunkte und Folgen dieser marktwirtschaftlichen Öffnung des deutschen Gesundheitswesens können in den folgenden 7 Punkten zusammengefaßt werden:

- Die Unterschiede zwischen gesetzlicher und freiwilliger (privater) Krankenversicherung fallen weg. Die Tarife zwischen alter GKV und privater Krankenversicherung (PKV) bilden sich in Konkurrenz am Markt, unterliegen jedoch wie bisher der Versicherungsaufsicht. In einer neuen und gesamtstaatlichen Tarifgemeinschaft stellen sich bereits versicherungsmathematisch für die

Krankenversicherung kalkulationsbedingt die Tarife für Junge und (relativ) Gesunde günstiger als für Alte und (öfter oder permanent) Kranke. Der Gesetzgeber setzt - der Kfz-Haftpflichtversicherung vergleichbare - Mindeststandards fest. Sie lassen den Versicherten die Wahl, im Falle "teurer" Krankheiten oder Therapien zuzahlen oder sich vorbeugend auf Kaskobasis zusätzlich abzusichern. Gesellschaftlich gesehen gebührt dem Gut Gesundheit eine höhere Priorität als etwa Konsumgütern, wie dem Auto!

- Mit dieser generellen und obligatorischen Krankenversicherungspflicht für alle Menschen, die in Deutschland leben, unbeschadet von Einkommenshöhe und -quelle, erweitert sich die volkswirtschaftliche Finanzierungsgrundlage für sämtliche Gesundheitsausgaben von der begrenzten Lohnsumme eines Teils der Arbeitnehmerschaft auf das gesamte Volkseinkommen, um schätzungsweise 40 %. Mit den Pflichtversicherungsgrenzen fallen zugleich auch die bisherigen Finanzierungsgrenzen und -engpässe im Gesundheitswesen weg. Die individuellen Beitragssätze zur Krankenversicherung sinken: Einmal wegen des stark erweiterten volkswirtschaftlichen Finanzierungs"pools" (Bemessungsbasis) und zum anderen wegen des wachsenden Wettbewerbs der privaten und öffentlichen Krankenkassen um ihre Kunden. Das neue System ist effizienter, billiger – und europäischer, denn mit seiner Einführung werden alle europäischen Krankenkassen und -versicherungen am deutschen Gesundheitsmarkt als Anbieter zugelassen. Die GKV verlieren ihr Gebiets- und Kundenmonopol. Der neue Wettbewerb zwingt sie auch in den alten Strukturen zu großflächigerer Reorganisation und verbessert damit ihren internen Strukturgleichgewicht. Der Gesetzgeber gibt ihnen ein Wahlrecht, sich zu privatisieren. Sie werden damit für die Übernahme durch private Versicherungen frei. In jedem Fall erlischt ihre öffentliche Funktion und Zuständigkeit. Insofern teilen die GKV das Schicksal der öffentlich-rechtlichen (Landes)Banken und Sparkassen.
- Über generelle Versicherungspflicht und freie Versicherungswahl verwandelt sich das überkommene deutsche Gesundheitssystem in einen Dienstleistungsmarkt – den vermutlich größten und dynamischsten der Volkswirtschaft, vergleichbar dem der USA – nur deutlich sozialer, da es hierzulande ja keine armen und unversicherten Patienten (US-Anteil 40 %) geben wird. Freilich: Die Tarife und Prämien dieses Marktes unterliegen wie bisher der staatlichen Versicherungsaufsicht. Die gegenwärtige Beschäftigtenzahl der Heil- und Pflegeberufe (von rund 2 Millionen) könnte mit der Ausweitung dieses Marktes verdoppelt, wenn nicht gar verdreifacht werden. Arztpraxen wie Krankenhäuser könnten, statt an Pflegepersonal zu sparen, das längst benötigte Zusatzpersonal einstellen und auch finanzieren. Die Liberalisierung des Gesundheitsmarktes wäre somit das größte und wirksamste Beschäftigungsprogramm der

Nachkriegszeit, ein Beschäftigungswunder mit regionalen Schwerpunkten. Bislang darniederliegende Heilzentren, Badeorte und -regionen verwandelten sich (wieder) in blühende Landschaften.

- Deutschlands "Zwei-Klassen-Medizin": die Unterteilung in Privat- und Kassenpatienten, wird hinfällig: Es gibt nur noch privatversicherte Patienten 1. Klasse. Auch die Zulassung zum "Kassenarzt" entfällt, denn zwischen Arzt und Krankenkasse gibt es weder Vertrag noch Ansprüche. Die Kasse, Versicherer, ist nur noch für "ihren" Kunden, den Patienten da. Patient und Arzt schließen "ihren" privaten (und intimen) Heil- und Honorarvertrag. Letzterer wird der Kasse zur Erstattung oder Abtretung an den Arzt oder das Krankenhaus vorgelegt (Kostenerstattung mit je nach Vertrag gestalteter Zuzahlung durch den Patienten).
- Die Leistungserbringer: Arzt und/oder Krankenhausbetreiber werden endlich das, was sie sein wollten, aber seit den 1930er Jahren nicht mehr waren, freie Dienstleistungsanbieter und Unternehmer, die ihren "Betrieb" (Praxis, Klinik) nach betriebswirtschaftlichen Kriterien führen und auch so finanzieren. Das Honorar für ihre Leistungen bestimmen Markt und Wettbewerb, nicht mehr Zahl der Scheine und Honorarsätze der GKV. Den KVen können neue Aufgaben zuwachsen, wie Fortbildung, interne Leitlinien für eine (freilich unverbindliche) Gebührenordnung (GO).
- Zu den sozialen Rahmenbedingungen dieses Modells gehören die erwähnten Auflagen des Gesetzgebers über die Ausgestaltung der am Markt angebotenen Krankenversicherungspolice und –tarife. Dazu zählen Familienfreundlichkeit (Mitversicherung von Kindern) sowie Sozialtarife für Arbeitslose, Sozialhilfeempfänger und einkommensschwache Rentner. Zu diesen Randgruppen der Gesellschaft leistet der Staat entweder Tarifzuschüsse, oder er beschränkt (nach US-Vorbild) das alte System der Krankenscheine auf sie. Dabei wäre zu erwägen, die Ansprüche aus diesen Sozial-Krankenscheinen durch Amts- oder Sozialärzte genehmigen bzw. überprüfen zu lassen, um Mißbrauch zu begrenzen.
- Den Gewerkschaften wächst in diesem Modell eine neue, wichtige Aufgabe zu: Sie müssen den alten, direkt abgeführten Beitrag der Arbeitgeber zu den Gesundheitskosten ihrer Mitarbeiter in das tarifäre Lohnsystem einarbeiten. Am Grundsatz der Arbeitgebermitbeteiligung an den Gesundheitskosten und -risiken ihrer Mitarbeiter darf nicht gerüttelt werden, soll das neue Modell nicht zu einer unbeabsichtigten (Real)Lohnsenkung führen bzw. durch eine solche diskreditiert werden. Auch in einem marktwirtschaftlich reformierten

Gesundheitswesen zahlen die Arbeitgeber unverändert ihre Löhne brutto für netto.

6. Es sind längst erprobte Prinzipien, die, wieder in Kraft gesetzt, das kranke Gesundheitswesen in Deutschland gesunden ließen. Es würde weder entsozialisiert, noch entsolidarisiert werden. Der Uralt-Streit über "Umlageverfahren" und "Kapitaldeckung" käme über das Privatversicherungsgebot zur Auflösung. Für die Finanzierung der Gesundheitsleistungen stünden alle volkswirtschaftlich verfügbaren ("makroökonomischen") Ressourcen zur Verfügung: die Gesamtheit aller laufend verdienten Einkommen (Volkseinkommen) sowie die Auflösung individuell verdienter Altvermögen (private Altersrücklagen und -reserven).

Staat und Steuerzahler entstehen aus dieser Reform an Haupt und Gliedern weder Zusatz- noch Übergangskosten. Ob die Privatisierung des GKV-Systems zu einer generellen Anhebung der Beitragssätze bzw. Versicherungstarife führt, ist offen, aber wenig wahrscheinlich. Sowohl der verschärfte Wettbewerb der Versicherungsunternehmen wie auch die geräuschlose Integration des deutschen Gesundheitsmarktes in den europäischen (mit der der Wettbewerb nochmals verstärkt wird) stehen dem entgegen.

Die deutsche Gesellschaft würde sich über diese Prinzipien und ihre (fast) berechenbare Folgen ebenso rasch wie erfolgreich den Veränderungen unserer Zeit anpassen: der Alterung, den neuen Strukturen (und Gefahren) in der Arbeitswelt (Teilarbeitszeit, Arbeitslosigkeit bei zunehmender Selbstständigkeit und Fluktuation) und in der EU (durch Binnenmarkt und Gemeinschaftswährung) sowie denjenigen aus der weltweiten Wirtschafts- und Kapitalmarktverflechtung ("Globalisierung").

Wie vor einem halben Jahrhundert Ludwig Erhards Abschaffung der Zwangswirtschaft in Deutschland ein Wirtschaftswunder auslöste, würde das Ende der Zwangsversicherung für das Gros der beruflich abhängigen Bevölkerung im deutschen Gesundheitswesen ein "Wunder" in der medizinischen Versorgung bewirken: Sie würde besser, billiger und gerechter angeboten und verteilt werden. Einmal mehr würde sich erweisen, daß ein Markt soziale Schranken abbaut, während ein soziales System davon lebt, sie (sich !) zu erhalten.

Je eher sich Regierung und Gesetzgeber dieser Aufgabe stellen, sie aufgreifen und umsetzen, desto schneller und nachhaltiger werden sich die Probleme lösen lassen, die vielen heute noch immer als unlösbar erscheinen.

2. Teil

Rechtliche Begründung

Karl Albrecht Schachtschneider / Angelika Emmerich-Fritsche

Allgemeines

Auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist das System der Gesetzlichen Krankenversicherung, insbesondere das Sachleistungsprinzip, als solches nicht vom Grundgesetz vorgeschrieben, aber auch vom Grundgesetz nicht verboten. Es kann somit durch ein anderes Krankenversicherungssystem ersetzt werden (BVerfGE 103, 172 (185)). Das GKV-System ist jedoch mit den grundlegenden Verfassungsprinzipien unvereinbar. In einem marktlichen und wettbewerblichen Gesundheitssystem im echten Sinne, das versicherungsrechtlich mit einem Erstattungssystem verbunden sein muß, wäre die Kostenentwicklung gänzlich anders, jedenfalls würde die Selbständigkeit und Selbstverantwortung der Patienten als Krankenversicherte gestützt und dem Mißbrauch der Partner des Gesundheitssystems entgegenwirkt, die von ihrer übermäßigen Inanspruchnahme der Systemleistungen zu profitieren hoffen. Ein System, das die Kostenlast (Beiträge) und den Leistungsnutzen trennt, also im Einzelfall Leistungen für den Leistungsempfänger ohne besondere Kosten offeriert, ist überfordert. Das System der Mitgliedschaft in der Gesetzlichen Krankenversicherung trennt die Beitragsleistungen von den Sachleistungen und ermöglicht dadurch die Ungleichheit der Beitragslasten. Auch soziale Leistungen sollten nicht die menschliche Natur, den homo phaenomenon, ignorieren, hier die Neigung, Vorteile zu suchen. Die Instrumente der Rechtsordnung müssen das beachten. Sie müssen den Menschen so nehmen, wie er ist, und dennoch die Sittlichkeit wahren, also die Menschenwürde und die Menschenrechte, d.h. die Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit¹. Der gesundheitspolitische Gesetzgeber begegnet den Vertragsärzten mit Mißtrauen, obwohl diese im-

¹ Dazu *K. A. Schachtschneider*, *Res publica res populi*. Grundlagen einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre, 1994, S. 1 ff., 9 f., 234 ff., 253 ff., 284 ff.; *ders.*, *Freiheit in der Republik*, Manuskript 2002, S. 1 ff.; *ders.*, *Das Recht am und das Recht auf Eigentum*, FS W. Leisner, S. 756 ff.

merhin zu einem Ethos erzogen sind, dem ärztlichen Ethos der Hilfe, und hat das Instrumentarium des SGB V durchgehend von diesem Mißtrauen leiten lassen. Er hat daher die Menschen- und Grundrechte der Ärzte, Zahnärzte und anderer heilberuflicher Leistungserbringer ignoriert, weitgehend deren Berufsfreiheit und gänzlich deren Koalitionsfreiheit. Der Gesetzgeber hat es aber nicht gewagt, die Erfahrungen mit den Kassenmitgliedern, den Patienten, zur Grundlage der Regelungen der Gesetzlichen Krankenversicherung zu machen, obwohl die Vorteilssuche von Kassenmitgliedern die Finanzierbarkeit des Systems der Gesetzlichen Krankenversicherung erheblich gefährdet. Sie wollen, nicht alle, aber viele, so viel wie möglich für ihre Beiträge, oft sehr geringe Beiträge, bekommen. Aber die Kassenmitglieder sind viele, die große Masse des Volkes, etwa 90 % der Bevölkerung, die entscheidende Wählerschaft. Die Kosten sollen die Leistungserbringer tragen, deren Zahl nicht wählerheblich ist. Wahlen allein führen nicht schon von selbst zur Sachlichkeit, Sittlichkeit und Rechtlichkeit, auch nicht in der Sozialpolitik. Das altbewährte Instrument des Interessenausgleichs ist der Vertrag, der echte Vertrag, der dem die Lasten (Kosten) überträgt, der das Interesse an der Leistung hat und über die Leistungserbringung entscheidet, der also die Leistung und damit die Kosten materiell und dezisionell verantwortet. Zum Vertragssystem gehört der gemeinschaftliche Vertrag, der Kollektivvertrag, der Tarifvertrag.

Das derzeitige System der Gesetzlichen Krankenversicherung ist schon deshalb nicht finanzierbar, weil es trotz des medizinischen Fortschritts und der hohen Lebenserwartung nicht nur die Versicherung der Krankheit leisten soll, sondern Sozial- und Familienpolitik betreibt. In Zeiten hoher Arbeitslosigkeit verschärft sich die Finanzierungskrise. Ein rechtlich tragfähiges und finanzierbares System, welches zugleich die Rechte der heilberuflichen Leistungserbringer (Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Psychotherapeuten, Physiotherapeuten, usw.), Patienten und Versicherungen bestmöglich berücksichtigt, ist ein privates Krankenversicherungssystem, welches das Sachleistungs- durch das Erstattungsprinzip ersetzt. Das Erstattungsprinzip schafft aber Transparenz für den Leistungsempfänger und ermöglicht dadurch dessen Kontrolle. Im übrigen erleichtert das Erstattungssystem die Kostenselbstbeteiligung, welche die stärkste Kostendämpfung zu bewirken vermag. Keinesfalls kann das Versicherungssystem mit Aufgaben der Einkommensumverteilung belastet werden.

A.

Verfassungswidrigkeit der Gesetzlichen Krankenversicherung

I. Solidarprinzip

§ 1 S. 1 SGB V definiert die "Krankenversicherung" als "Solidargemeinschaft". Das Solidarprinzip (oder Solidaritätsprinzip) wird gern zur Rechtfertigung der staatlichen Gesundheitspolitik bemüht.

1. Aus der Logik der allgemeinen Freiheit, also der Logik der Gleichheit aller in der Freiheit, ist das gemeinsame Leben in einer Republik der allgemeinen Brüderlichkeit verpflichtet. Dieses Grundprinzip des gemeinsamen Lebens in einem Staat ist das grundgesetzliche Sozialprinzip des Art. 20 Abs. 1 S. 1 GG, welches auch gemeinschaftsrechtlich in Art. 2 EGV verankert ist und wegen Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, der integrationsrechtlichen Struktursicherungsklausel, verankert sein muß. Das Sozialprinzip als Prinzip des gemeinschaftlichen Lebens in Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit verwirklicht sich in den allgemeinen Gesetzen der um der Grundprinzipien des Rechts willen notwendig demokratischen Republik. Der allgemeine Wille des Volkes als der Bürgerschaft materialisiert sich in den allgemeinen Gesetzen als den Gesetzen aller. Repräsentativ kann der Wille des Volkes nur in der Sittlichkeit der Gesetze Wirklichkeit finden und nur in Moralität der Vertreter des ganzen Volkes erkannt werden. Moralität der Repräsentanten ist deren Gewissensverpflichtung, d. h. vor allem deren Unparteilichkeit. Die Repräsentanten haben auf der Grundlage der Wahrheit als der bestmöglichen Theorie von der Wirklichkeit das Richtige für das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit zu beschließen. Das Richtige ist sozial; denn es ermöglicht ein gutes Leben aller in Freiheit, ein Leben in einer Gemeinschaft der Brüderlichkeit, ein Leben in Solidarität der Bürgerschaft. Die Gemeinschaftlichkeit ist die vom Sozialprinzip intendierte Solidarität, welche sich aus der (staatlich organisierten) Schicksalsgemeinschaft ergibt. Solidarität ist die Gemeinschaftlichkeit des Volkes, das bestmöglich in einer Republik lebt. Sie wird durch den Grundsatz plakatiert: Einer für alle und alle für einen.

Das Soziale des Sozialprinzips als offenes, wenn nicht formales Prinzip, welches, wie gesagt, durch die allgemeinen Gesetze verwirklicht wird, bedarf der orientierenden Kriterien. Diese Kriterien sind nichts anderes als die Menschenwürde, wie § 1 Abs. 1 S. 2 SGB I als Maßstab der staatlichen Sozialhilfe erweist. Die Menschenwürde wird durch die Menschenrechte materialisiert. Art. 1 Abs. 2 GG belegt das mit dem Wort "darum". Die Menschenrechte finden ihre verfassungsgesetzliche Positivierung weitgehend in den Grundrechten des Grundgesetzes. Das Sozialprinzip ist somit verwirklicht, wenn die Grundrechte als menschen-

rechtliche Rechtsprinzipien verwirklicht sind. Das erfordert freilich die volle Entfaltung der grundrechtlichen Prinzipien für alle Menschen im Lande, d. h. die Grundrechte dürfen nicht (liberalistisch) zu Abwehrrechten restringiert werden, sondern müssen (republikanisch) als bestimmende Orientierungen der Lebenswelt Wirklichkeit finden. Nur dann ist es gerechtfertigt, daß das Grundgesetz die sozialen Menschenrechte, welche mit den liberalen Menschenrechten eine untrennbare Einheit bilden und mit den ersteren in den Menschenrechtstexten zur Geltung gebracht sind, nicht näher materialisiert, sondern als Sozialprinzip zusammenfaßt. Wenn die Menschen ihre Persönlichkeit so entfalten können, daß die liberalen Menschenrechte eine bestmögliche Wirkung zu entfalten vermögen, ist es gerechtfertigt, daß das Sozialprinzip als solches nicht wie ein liberales Grundrecht verfassungsbeschwerdebewehrt ist und darum vornehmlich durch die Gesetzgebung realisiert werden muß. Das schließt freilich die Judiziabilität des Sozialprinzips nicht gänzlich aus; denn das Sozialprinzip materialisiert das Prinzip der praktischen Vernunft, welches institutionell als Prinzip der gesetzlich zu verwirklichenden Sittlichkeit des Gemeinwesens judiziabel ist. Die Gesetze können also nur Recht schaffen, wenn sie den Menschenrechten und damit den Grundrechten genügen, d. h. die Politik der Grundrechte verwirklichen. Die Politik der Grundrechte ist die objektive Dimension letzterer. Demgemäß sind die Grundrechte, insbesondere die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 und 2 GG, sozial zu materialisieren (sozialer Eigentumsbegriff).

Das Freiheitsprinzip schließt seine soziale Komponente im Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 GG begrifflich selbst ein; denn die Freiheit ist als äußere Freiheit die Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür, als innere Freiheit die Sittlichkeit, d. h. die Achtung des Sittengesetzes, wie das Grundgesetz expliziert. Das Sittengesetz formuliert das Ethos des Sozialen. Sittlichkeit ist sozial; denn sie achtet den anderen Menschen, alle Menschen also, als Brüder, als gleich in der Freiheit, als Subjekte ihrer selbst, welche das gleiche Recht auf Glück und damit das gleiche Recht auf ein menschenwürdiges Eigentum und folglich das gleiche Recht auf Teilnahme an der Gesetzgebung, also Autonomie des Willens, haben. Die allgemeine Gesetzgeberschaft ist die prozedurale Institution der Verwirklichung des Sozialprinzips. Vor allem gebietet dieses Sozialprinzip die Selbständigkeit und Selbstverantwortlichkeit der Menschen, weil die Menschen sonst nicht frei und gleich sind, aber sich auch nicht als Brüder begegnen können.

Wenn also die Grundrechte als die im Grundgesetz positivierten Menschenrechte beachtet sind, verwirklichen die allgemeinen Gesetze, deren Sittlichkeit durch Moralität vorausgesetzt, das Sozialprinzip und damit die Solidarität des Gemeinwesens. Die Sittlichkeit wird durch die allgemeinen Gesetze materialisiert, ist aber institutionell von den Gerichten überprüfbar. Die Gerichte können also ihre in Moralität gewonnene Materie des Richtigen an die Stelle derer des legislativen

Gesetzes verbindlich machen, weil die Formalität der Sittlichkeit einen materialen Maßstab desselben und damit eine materiale Überprüfung der Richtigkeit der Politik des Gesetzes ausschließt. Wegen der gewaltenteiligen Funktionenordnung üben die Gerichte bei der institutionellen Jurisdiktion der Sittlichkeit der Gesetze Zurückhaltung und sind dazu auch verpflichtet. Nur die Politik des Gesetzgebers, welche das rechte Maß unerträglich verkennt, also die praktische Vernunft als die Sittlichkeit oder eben die Sachlichkeit allzu sehr verfehlt, wird als rechtswidrig zurückgewiesen - zu Recht.

Aus dem Solidarprinzip lassen sich somit keine über das Sozialprinzip hinausgehenden Materien entfalten. Die durch die allgemeine Gesetzlichkeit materialisierte Sittlichkeit oder eben Sozialität ist die Wirklichkeit der Solidarität und bestimmt auch die Grundrechtswirkungen; denn die Grundrechte bedürfen der Materialisierung durch die allgemeinen Gesetze (grundrechtsimmanenter Gesetzesvorbehalt) oder stehen explizit unter Gesetzesvorbehalt, jedenfalls, falls sie vorbehaltlos formuliert sind, unter dem Vorbehalt der Einheit der Verfassung, also der bestmöglichen Verwirklichung anderer Verfassungsprinzipien (verfassungsimmanente Grundrechtsschranken). Das durch die allgemeinen Gesetze realisierte Sozial- oder Solidarprinzip, die Sittlichkeit der Freiheit, bestimmt die Dogmatik der Grundrechte. Es gibt keine Grundrechte, die dem Gesetzgeber eine Politik der praktischen Vernunft verwehren. Aber die praktische Vernunft wird (höchststrangig) durch die Leitentscheidungen der Grundrechte, durch deren objektive Dimension, materialisiert. Diese Grundrechtlichkeit verwirklicht das Prinzip der Solidarität. Das gilt auch für die Gesetzliche Krankenversicherung. Wenn diese die (wohlgemerkt: sozial dogmatisierten) Grundrechte mißachtet, ist sie nicht solidarisch, nicht sozial, nicht sittlich, nicht frei, gleich und brüderlich, sondern rechtswidrig. Das Solidarprinzip vermag die staatliche Gesundheitspolitik nicht über die Legitimität allgemeiner Gesetze hinaus zu rechtfertigen. Die Gesetze müssen sich freilich dem Recht beugen, also durch bestmögliche Verwirklichung der Menschenrechte, der liberalen und der sozialen, sozial und damit solidarisch sein.

2. Das Solidarprinzip bestimmt außer das staatliche Gemeinwesen, die Republik, auch kleinere menschliche Einheiten, etwa und insbesondere die Familie, ohne daß es jeweils in die rechtliche Dogmatik eingebracht wird oder eingebracht werden müßte. Es haben sich eigenständige Prinzipien, wie das Familiaritätsprinzip, entwickelt, die alle in die Gruppe des Solidarprinzips gehören. Solidarität setzt aber eine vorgängige Gemeinschaft voraus, welche nicht vom Staat verordnet werden kann. Die Gemeinschaft begründet die Gemeinschaftlichkeit. Der Zusammenhalt von Menschen kann durch die (gesetzliche) Ordnung gestärkt, nicht aber begründet werden. Ein gewisses Maß an Gemeinschaftlichkeit ist Voraussetzung der Gemeinschaft. Das gilt gerade für die Republik, deren Stabilität die hinreichende Einheit der Menschen voraussetzt, die in dem Gemeinwesen freiheitlich

zusammenleben. Das gilt im übrigen auch für die Europäische Gemeinschaft, deren Ziel nach Art. 2 EGV ebenfalls die Solidarität unter dem Mitgliedstaaten ist und sein muß, wenn die Europäische Union zu einem Vereinten Europa als einer Schicksalsgemeinschaft zusammenwachsen will (vgl. die Präambel und Art. 23 Abs. 1 S. 1 des Grundgesetzes). Bestmöglich sollte Homogenität in aufgeklärter Menschlichkeit bestehen. Übermäßige Heterogenität von Menschen ist wenig gemeinschaftsgeeignet und keine mögliche Grundlage von Solidarität, abgesehen von der allgemeinen Solidarität von Menschen mit Menschen, welche zum Weltbürgertum führen kann und führen sollte. Die letzte Grundlage der Solidarität ist die Liebe, die Nächstenliebe. Demgemäß ist das Solidarprinzip ein Baustein der christlichen Soziallehre. Die Nähe aber, die es erlaubt, vom Nächsten zu sprechen, kann der Staat nicht durch Gesetze herstellen. Diese ist vielmehr eine Frage der Lebensverhältnisse. Der Staat kann sie fördern und gestalten. Solidarpolitik muß auf vorgängiger Solidarität aufbauen. Sonst oktroyiert der Staat Gemeinschaftlichkeit, die nicht besteht, zwanghaft und rechtlos. Oktroyierte Solidarität wird zum schmerzhaften Eingriff in die freie Entfaltung der Persönlichkeit, ja zum Eingriff in die Würde des Menschen. Sie will zusammenführen, was nicht zusammengehört. Das Solidarprinzip kann somit nur in hinreichend homogenen Lebensseinheiten zur Geltung gebracht werden. Die Menschen müssen aus spezifischen Gründen, welche es erlauben, ihr Leben in besonderer Gemeinschaft zu leben, zusammengehören, wenn von ihnen erwartet werden dürfen soll, daß sie in engerer Gemeinschaftlichkeit, also in spezifischer Solidarität, ihr Leben teilen. Diese Gemeinschaften umfassen meist Teilbereiche des Lebens. Typisch führen sie zu Vereinen oder Körperschaften. Deren Gemeinschaftlichkeit findet menschen- und grundrechtlichen Schutz in den Vereinigungsfreiheiten, im beruflichen und wirtschaftlichen Bereich vor allem in Art. 9 Abs. 3 GG.

3. Der Sozialgesetzgeber stößt somit auf harte Grenzen, wenn er seine Politik gegenüber der Vertrags(zahn)ärzteschaft mit dem Solidarprinzip zu rechtfertigen versucht. Zum ersten taugt dieses Argument nicht zwischen den Mitgliedern der Gesetzlichen Krankenversicherung und den Krankenkassen sowie deren Verbänden zum einen und den Vertrags(zahn)ärzten und deren Körperschaften, den Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen, zum anderen, weil diese, wenn auch Partner, keine Gemeinschaft bilden, in der Solidarität waltet oder walten müßte. Beide Seiten sind vielmehr Interessengegner und darum Vertragspartner. Beide Seiten gehören zur umfassenden Schicksalsgemeinschaft des Volkes und damit des Staates, deren Sozialität und Solidarität durch die allgemeinen Gesetze verwirklicht wird. Mit dem Argument der Solidarität kann eine Politik zu Lasten der Vertrags(zahn)ärzteschaft und anderer Leistungserbringer, welche die Mitgliedschaft der gesetzlichen Krankenkassen entlasten soll, nicht begründet werden. Zum zweiten erlaubt das Solidarprinzip es nicht, die Menschen- und Grundrechte, insbesondere die Berufsfreiheit, zu relativieren. Zum dritten ist es nicht Sache des

Staates, die Solidarität eines Berufsstandes mit einer Interessengruppe, den gesetzlich Krankenversicherten, zu erzwingen, sondern gerade Sache des Berufsstandes selbst, geschützt durch das Menschen- und Grundrecht der Koalitionsfreiheit. Der Staat, der diese Subsidiarität nicht respektiert, bevormundet die Menschen und deren Stände. Er agiert paternalistisch, wie jeder sozialistische Staat. Er maßt sich mittels des Gesetzes eine Macht an, die ihm in der Republik nicht zusteht. Er mißachtet die Menschenwürde, nämlich die freie Entfaltung der Persönlichkeit gerade auch im solidarischen Berufsstand. Er wird zu dem vormundtschaftlichen Staat, zur sanften Despotie. Das Argument Solidarität hat somit im Rahmen der Politik der Gesetzlichen Krankenversicherung gegenüber der Vertrags(zahn)ärzteschaft wie überhaupt der Ärzteschaft und auch gegenüber den anderen heilberuflichen Leistungserbringern kein eigenständiges Gewicht. Das Solidarprinzip als besondere Rechtfertigung von gesetzlichen Maßnahmen anzuführen, findet im Grundgesetz keine Stütze, jedenfalls nicht zu Lasten der (Vertrags)Ärzteschaft und auch nicht zu Lasten der anderen heilberuflichen Leistungserbringer.

4. Eine andere Frage ist, ob das Solidarprinzip die gesetzlich erzwungene Mitgliedschaft in den Krankenkassen und die damit verbundene unterschiedliche Beitragspflicht zu rechtfertigen vermag. Das krankenversicherungsrechtliche Solidarprinzip, das die Beitragspflicht an der Leistungsfähigkeit der Mitglieder orientiert und Grundlage des Sachleistungsprinzips ist, hat wegen des daraus erwachsenden Prinzips der Beitragssatzstabilität erhebliche Auswirkungen auf die gesetzliche Gestaltung der beruflichen Entfaltung der Vertragsärzte, insbesondere auf das Honorarrecht. Das Prinzip prägt das planwirtschaftliche, sozialistische Gefüge der Gesetzlichen Krankenversicherung. Die Fragwürdigkeit einer Solidarität der Mitgliedschaft der Gesetzlichen Krankenversicherung erweist sich bereits darin, daß in etwa 90 % der Bevölkerung vom Gesetzgeber in die Krankenversicherung gezwungen sind. Diese Mitglieder haben die Homogenität, aber auch die Heterogenität, welche in einer Bevölkerung besteht. Eine Eigenart, eine spezifische Homogenität, welche es erlauben würde, die in den gesetzlichen Krankenkassen vereinigten Mitglieder zu einer Solidargemeinschaft zusammenzuführen, ist nicht erkennbar. Diese ergibt sich nicht schon „aus dem gemeinsamen Interesse der Versicherten an bedarfsgerechter medizinischer Versorgung im Krankheitsfall“. Dieses Interesse haben alle Menschen gemeinsam. Es werden lediglich bestimmte Gruppen der Bevölkerung aus Gründen, die eigentlich mit den Prinzipien der Krankenversicherung nichts zu tun haben, aus der gesetzlichen Pflicht zur Krankenversicherung in den gesetzlichen Krankenkassen ausgenommen, wie die Unternehmer, die Beamten, aber auch die Arbeitnehmer, welche die Beitragsgrenze überschreiten. Eine besondere Bedürftigkeit der durch die Pflicht zur Krankenversicherung gewissermaßen geschützten Bevölkerung ist nicht das einigende, solidaritätsbegründende Merkmal. Sie mag das einmal für die Arbeiterklasse we-

gen der Sozialen Frage im 19. Jahrhundert gewesen sein. Die Verhältnisse haben sich derart gewandelt, daß eine besondere Homogenität der Arbeiterschaft nicht mehr besteht. Das Solidarprinzip der Gesetzlichen Krankenversicherung ist zur Fiktion geworden, soll aber deren gesamtes System rechtfertigen. Planwirtschaftliche Lebensbewältigung ist nicht nur durch den ökonomischen Verfall des sogenannten realen Sozialismus diskreditiert, sie mißachtet auch die wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundprinzipien des europäisierten Deutschlands, nämlich die des Marktes und des Wettbewerbs (Art. 4 Abs. 1 EGV), die ausweislich der Art. 98 und 105 Abs. 1 EGV die Wirtschaftsordnung bestimmen sollen, soweit das den effizienten Einsatz der Ressourcen fördert, sowie das menschenrechtliche Subsidiaritätsprinzip. Die nicht am Äquivalenzprinzip, sondern an der Leistungsfähigkeit der Versicherten orientierte, beitragsfinanzierte Gesetzliche Krankenversicherung ist schon deswegen als Wirtschaftsordnung des Gesundheitswesens ungeeignet, weil sie einen außerordentlich großen Mißbrauch des Leistungssystems mit sich bringt. Die vermeintliche Solidargemeinschaft dieser Krankenversicherung verteilt darüber hinaus Nutzen und Lasten derart ungleich, daß ihr die Ungerechtigkeit ins Gesicht geschrieben ist. Das läßt sich nicht mit dem (zudem nicht gelebten) Solidargedanken rechtfertigen.

II. Sachleistungsprinzip

1. Das System der Gesetzlichen Krankenversicherungen ist vom "Sachleistungsprinzip" oder "Naturalleistungsprinzip" (§ 2 Abs. 2 SGB V) geprägt. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB V stellen die Krankenkassen "den Versicherten die im Dritten Kapitel genannten Leistungen unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12 SGB V) zur Verfügung, soweit diese Leistungen nicht der Eigenverantwortung der Versicherten zugerechnet werden" (vgl. auch § 11 Abs. 1 Nr. 4, § 27 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Durch diesen nach Auffassung des Bundessozialgerichts "wesentlichen Grundsatz" der Gesetzlichen Krankenversicherung (BSGE 46, 179 (181)) unterscheidet sich die gesetzliche von der privaten Krankenversicherung, die "weitgehend auf dem Erstattungsprinzip" beruht, wonach der Versicherte Anspruch auf von ihm verauslagte Kosten hat (BSGE 69, 170 (173)).

Das Naturalleistungsprinzip ist die wesentliche Ursache für zahlreiche grundrechtserhebliche (Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1, Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1, Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG) Reglementierungen. Weil die Vertrags(zahn)ärzte stark in das öffentlich-rechtliche System der Gesetzlichen Krankenversicherung eingebunden sind, ist deren private Lebensgestaltung und Berufsausübung erheblich beschnitten. Diese Beschränkungen werden dadurch zu rechtfertigen versucht, daß das Sachleistungsprinzip mit der Existenz des Krankenversicherungswesens, das vom Solidarprinzip getragen werde, verbunden wird. Sie sind nicht zu rechtfertigen, wenn das Solidarprinzip der Gesetzlichen

Krankenversicherung und deren Sachleistungsprinzip vor dem Grundgesetz nicht mehr verteidigt werden können.

Das Kostenerstattungsprinzip der privaten Krankenkassen läßt prima facie den Schluß zu, daß ein funktionierendes Versicherungswesen nicht notwendig vom Naturalleistungsprinzip abhängt. Dies zeigt auch die Praxis in den Staaten, die einen Nationalen Gesundheitsdienst eingerichtet haben oder ein weitgehend privates Krankenversicherungssystem, wie die Schweiz (Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung). Die Kosten- und Finanzierungsprobleme, die im Gesundheitswesen unter dem Sachleistungsprinzip entstanden sind, stellen das Sachleistungsprinzip offenkundig in Frage. Weil der Patient im Sachleistungssystem nicht Partner des ärztlichen Dienstvertrages ist, wird er über die Behandlungskosten in der Regel nicht informiert. Er kann daher nicht kostenbewußt handeln. Weil darüber hinaus der Patient zur Zahlung der Arzthonorare und (weitestgehend) der Arzneimittelkosten nicht verpflichtet ist, also keine wirtschaftliche Verantwortung trägt, hat er keinen Anreiz, Kosten zu vermeiden, auch unnötige nicht. Sie sind ihm bestenfalls gleichgültig, aber er kann auch bestrebt sein, gesundheitliche Leistungen als Ausgleich für seine Versicherungsbeiträge größtmöglich in Anspruch zu nehmen. Folglich stellt sich die Frage nach der rechtlichen Tragfähigkeit des Sachleistungsprinzips.

2. In der Rechtsprechung und auch in der Literatur wird das Sachleistungsprinzip verfassungsrechtlich kaum angezweifelt oder auch nur problematisiert. Zwar entscheidet der Gesetzgeber, welche Aufgaben der Lebensbewältigung staatlich organisiert werden sollen, er muß sich jedoch im Verfassungsstaat Deutschland in den Grenzen des Privatheitsprinzips halten. Der freiheitsrechtliche Grundsatz und Vorrang der Privatheit der Lebensbewältigung (menschenrechtliches Subsidiaritätsprinzip) gebietet die möglichst institutionelle und funktionale Privatheit der beruflichen und unternehmerischen Tätigkeit. Das folgt aus der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG einerseits und aus der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG andererseits. Dieses privatheitliche Subsidiaritätsprinzip korrespondiert mit dem wirtschaftsverfassungsrechtlichen "Grundsatz der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb", den das europäische Gemeinschaftsrecht in Art. 4 EGV vorschreibt, solange das den "effizienten Einsatz der Ressourcen fördert" (Art. 98 und 105 EGV). Der Vorrang des Privaten vor dem Staatlichen wird durch die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten für die freien Berufe, insbesondere durch die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV, die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EGV und auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 EGV, das Binnenmarktpinzip (Art. 14 EGV) also, gestützt. Diese gebieten, das institutionell Staatliche, vor allem soweit dieses dem Sonderrecht der Mitgliedstaaten vorbehalten ist, aber auch die funktionale Staatlichkeit im Interesse bestmöglicher gemein-

schaftsweiter Marktlichkeit und Wettbewerblichkeit und damit zumindest funktionaler Privatheit zu minimieren.

3. Die angeblich u.a. mit dem Sachleistungsprinzip gerechtfertigte Begrenzung auf Leistungen im Inland (§§ 16, 18 SGB V) ist mit der Dienstleistungs- und der Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages nicht vereinbar. Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV) sichert den Selbständigen, also auch den Ärzten, das Recht auf grenzüberschreitende Betätigung, persönlich oder durch Mitarbeiter. In gleicher Weise steht dieses einklagbare Recht dem Empfänger von Diensten, also den Patienten, zu (passive Dienstleistungsfreiheit). Auch die Freiheit des Warenverkehrs (Art. 28 EGV) ist zu beachten. Eine den Warenverkehr beschränkende „Maßnahme gleicher Wirkung“ im Sinne des Art. 28 EGV ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs jede mitgliedstaatliche Handlung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar tatsächlich oder potentiell zu behindern (EuGH Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837 (852, Rdn. 5)). Unterschiedslose, nur „verkaufsfördernde Maßnahmen“ sind allerdings seit dem Urteil Keck vom Tatbestand des Art. 28 EGV ausgeschlossen (EuGH Rs. C-267/92 (Keck u. Mithourand), Slg. 1993, I-6097 (6131, Rdn. 16)).

Der Europäische Gerichtshof hat in den Rechtssachen Kohll und Decker ausgeführt, daß die Ausgestaltung der nationalen Systeme sozialer Sicherheit noch immer der Kompetenz der Mitgliedstaaten vorbehalten sei (vgl. auch Art. 152 EGV). Bei der Wahrnehmung dieser Befugnis hätten diese indessen das Gemeinschaftsrecht in vollem Umfang zu beachten (EuGH Rs. C-158/96 (Kohll/Union de Cassis de maladie), Slg. 1998, I-1931 ff.; EuGH Rs. C-120/95 (Decker/Caisse de maladie des employés privés), Slg. 1998, I-1831 ff.). Der Gerichtshof stellte fest, daß eine nationale Regelung, welche die Übernahme erstattungsfähiger Krankheitsleistungen nach den Modalitäten des Rechts des Versicherungsstaates von der vorherigen Genehmigung des Trägers dieses Staates abhängig mache, den freien Dienstleistungsverkehr (Art. 49 ff. EGV) beschränke (passive Dienstleistungsfreiheit). Rein wirtschaftliche Gründe könnten eine Beschränkung des elementaren Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen. Nur eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit könne einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen, welcher eine solche Beschränkung erlauben könne. Die Erstattung von Kosten einer Zahnbehandlung, die in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wurde, nach den Tarifen des Versicherungsstaates wirke sich auf die Finanzierung des Systems der sozialen Sicherheit nicht wesentlich aus. Auch aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit und der Aufrechterhaltung der ärztlichen Versorgung könne eine solche Regelung die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nicht rechtfertigen, weil nach dem jetzigen Stand der Harmonisierung der ärztlichen Qualifikationen von deren grundsätzlicher Gleichwertigkeit ausgegangen werden müsse. Im Er-

gebnis stellte der Gerichtshof fest, daß ein solches Genehmigungserfordernis mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar sei. Entsprechend kam der Gerichtshof im Urteil Decker zu dem Tenor, daß eine nationale Regelung gegen die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 und Art. 30 EGV) verstoße, wenn nach ihr der Träger der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaates einem Versicherten die pauschale Kostenerstattung für eine Brille mit Korrekturgläsern, die dieser bei einem Optiker in einem anderen Mitgliedstaat gekauft hat, mit der Begründung versage, daß der Erwerb medizinischer Erzeugnisse im Ausland vorheriger Genehmigung bedürfe.

Das Sachleistungsprinzip, wonach die Krankenkassen den Versicherten Gesundheitsleistungen unmittelbar zur Verfügung stellen (§ 2 Abs. 2 SGB V), hat die privatheitliche Vertragsfreiheit zwischen Arzt und Patienten außer Kraft gesetzt und diese durch öffentlichrechtlich geordnete Rechtsbeziehungen ersetzt. Die Begründungen des Gerichtshofs in den genannten Rechtssachen Kohll und Decker beziehen sich indes auf ein System sozialer Sicherheit, in welchem privatwirtschaftliche und privatrechtliche Elemente überwiegen. In einem solchen Modell beschränkt sich das Sozialrecht darauf, die Teilnahme der Versicherten am Markt der Gesundheitsdienstleistungen durch Geldzahlungen zu erleichtern oder zu ermöglichen (Kostenerstattungsprinzip). Ein solches System greift weitaus weniger in die Grundfreiheiten und in das Privatheitsprinzip ein, als eines, in dem die geschuldeten Sach- und Dienstleistungen unmittelbar bereitgestellt werden müssen (Natural- oder Sachleistungsprinzip).

Die territoriale Begrenztheit folgt aus dem Sachleistungsprinzip. Es stellt sich somit die Frage nach der Rechtfertigung des Sachleistungsprinzips. Die Grundfreiheiten setzen das Territorialitätsprinzip und mit ihm letztlich das vom staatlichen Sachleistungsprinzip geprägte deutsche Krankenversicherungssystem einem Rechtfertigungszwang wegen des Grundsatzes bestmöglicher Privatheit der Lebensbewältigung aus. Der Gesundheitsschutz ist zwar grundsätzlich ein legitimer Grund, welcher Beschränkungen der Dienstleistungs- und der Warenverkehrsfreiheit rechtfertigen kann (vgl. Art. 46 i.V.m. Art. 55, Art. 30 EGV). Der pauschale Verweis auf die Erhaltung der finanziellen Stabilität des Krankenversicherungssystems und auf die Qualitätssicherung der Leistungen genügt jedoch nicht. Das zeigen die Urteile Decker und Kohll. Es müßte eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts der sozialen Krankenversicherung belegt werden. Weil die Befugnis zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit in der Hand der Mitgliedstaaten liegt, ist es deren Sache, zu entscheiden, ob sie dem Sachleistungs- oder dem Kostenerstattungsprinzip folgen wollen. Sie müssen dabei aber die Grundfreiheiten beachten. Diese fordern, die territoriale Begrenzung der Leistungen aufzuheben. Weil die Erbringer von Gesundheitsleistungen aus anderen Mitgliedstaaten generell nicht in das deutsche Vertragssystem eingebunden sind, ist das Sachleistungsprinzip wegen dessen Territorialität, zumal wenn

die grenzüberschreitenden Leistungen mit dem rechtlich gebotenen Abbau der Beschränkungen zunehmen, nicht mehr sachgerecht. Anders fiele die Bewertung aus, wenn das Sachleistungsprinzip gemeinschaftsweit gelten würde. Dies ist nicht der Fall. Auch eine grundsätzliche Ausweitung des Vertrags(zahn)ärztesystems über die Staatsgrenzen hinaus, was mit einer entsprechenden Ausweitung des ohnehin schon strapazierten Solidaritätsprinzips einher gehen müßte, wird sich in den Mitgliedstaaten nicht durchsetzen. Viele Mitgliedstaaten folgen prinzipiell dem Kostenerstattungsprinzip. Eine Befugnis zur Angleichung (und nicht nur Koordinierung) der Gesundheitsleistungssysteme fehlt der Gemeinschaft. Jedenfalls für die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Leistungen im Gesundheitsbereich ist das Kostenerstattungsprinzip geboten. Dies zeigt auch das deutsche Sozialrecht, welches in § 18 SGB V ausnahmsweise, wenn auch unzureichend, die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im Ausland nach dem Prinzip der Kostenerstattung regelt. Weil die Grundfreiheiten dazu verpflichten, die Inanspruchnahme von Leistungen im Ausland nicht mehr nur ausnahmsweise zuzulassen, würde die Bedeutung des Kostenerstattungsprinzips und damit des Privatheitsprinzips im deutschen Krankenversicherungssystem zunehmen und gleichzeitig das Sachleistungsprinzip zurückgedrängt werden.

Das Sachleistungsprinzip ist für die Aufrechterhaltung des deutschen Gesundheitsleistungssystems weder geeignet noch erforderlich. Das Sachleistungsprinzip (§ 2 Abs. 2 SGB V) bewirkt, durchaus gewollt, eine Nullkostenmentalität und ist somit mitursächlich für die finanzielle Krise des Gesundheitswesens. Der unmittelbare Bedarfsbefriedigungsanspruch des deutschen Systems geht vom „Leitbild eines unmündigen Patienten“ aus. Dieses ist weder mit der der Menschenwürde zugrundeliegenden Idee der Vernunftbegabtheit des Menschen noch mit dem Leitbild des „vernünftigen Verbrauchers“, das in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Warenverkehrsfreiheit zum Ausdruck kommt (EuGH Rs. C-362/88 (INNO/Confédération du commerce), Slg. 1990, I-667 (688, Rdn. 17); Rs. C-238/89 (Pall/Dahlhausen), Slg. 1990, I-4827 (4849)), vereinbar. Auch ein kranker Mensch verliert in den meisten Fällen nicht seine Fähigkeit zu vernunftgesteuerten Entscheidungen. Er ist sogar umgekehrt meist um seine Gesundheit besorgt und durchaus bemüht und in der Lage, sich über auf dem Markt angebotene Gesundheitsleistungen zu informieren und diese wahrzunehmen. Das zeigt sich insbesondere, wenn er sich zu diesem Zweck in einen anderen Unionsstaat begibt. Wie der Europäische Gerichtshof zu Recht festgestellt hat, fügen sich derartige Fälle nicht in das Sachleistungssystem ein, weil sich der Patient selbst gegenüber dem Arzt vertraglich verpflichtet, die Behandlungskosten zu zahlen. Das Kostenerstattungsprinzip ist, wie auch die Praxis der privaten Versicherungen und diejenige in anderen Mitgliedstaaten erweisen, nicht minder geeignet als das Sachleistungsprinzip, das Gesundheitssystem zu tragen, greift aber weitaus weniger in die Selbständigkeit der Patienten ein und ist damit eingriffsrechtlich im

sozialen Krankenversicherungsrecht das mildere Mittel. Das Sozialprinzip und die Volksgesundheit können durch das Kostenerstattungsprinzip, von dem für Sozialfälle Ausnahmen bedacht werden können, ebenso gut verwirklicht werden. Das Sachleistungsprinzip kann allenfalls für wirklich Bedürftige, nicht aber für 90% der Bevölkerung, sachgerecht und erforderlich sein.

Das Gemeinschaftsrecht fordert somit das privatheitliche Kostenerstattungsprinzip jedenfalls für den grenzüberschreitenden Bereich und stellt damit das staatliche Sachleistungssystem ebenso im innerstaatlichen System in Frage.

4. Auch auf dem Gebiet des deutschen Verfassungsrechts ist die Problematik nicht damit gelöst, daß der Gesetzgeber im Bereich der Sozialpolitik über einen weiten Spielraum bei der Wahl der Mittel zur Erreichung seiner Ziele verfügt. Dies gibt ihm keine unbeschränkte legislatorische Befugnis zur Zwecksetzung und zur Mittelbestimmung. Ob ein verfassungsgemäßer Zweck verfolgt wird, ist in der Praxis regelmäßiger Gegenstand der Grundrechtsprüfung und muß dies sein, weil staatliche Zwecke einerseits verfassungswidrig und verboten, andererseits vom Grundgesetz, insbesondere den Schutzpflichten, geboten sein können.

Das Sozialprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG) vermag das Naturalleistungsprinzip nicht mittels des Solidarprinzips zu rechtfertigen, wenn es nicht im Rahmen des Freiheitsprinzips interpretiert wird. Der soziale Staat soll das Prinzip der Brüderlichkeit verwirklichen. Das Sozialprinzip postuliert um der Menschenwürde willen bestmögliche Befähigung der Bürger zur Selbständigkeit und widerstreitet deren versorgter Unmündigkeit.

Zum Zweck des Naturalleistungsgrundsatzes hat das Bundessozialgericht ausgeführt:

"Nur das Sachleistungsprinzip stellt sicher, daß alle Krankenkassenpatienten hinreichend ärztlich betreut werden. Wenn die Krankenkassen die Beschaffung der ärztlichen Behandlung ihren Mitgliedern überließen und lediglich die Behandlungskosten übernehmen, könnte der Fall eintreten, daß Versicherte, die nicht über hinreichende finanzielle Mittel verfügen, aus diesem Grunde von der Inanspruchnahme versicherungsmäßiger Leistungen Abstand nähmen" (BSGE 42, 117 (119)).

Das Sachleistungsprinzip soll die "Hemmschwelle" des Versicherten herabsetzen, ärztliche Leistungen in Anspruch zu nehmen. Die Kosten der Leistung sollen den Kranken nicht stören. Das Sachleistungsprinzip führt zur "Unmittelbarkeit der Bedarfsbefriedigung" (BSGE 55, 188 (193)). Diese kann für wirklich sozial Schwache, nicht aber für (fast) die ganze Bevölkerung, sachgerecht und erforderlich sein. Darüber hinaus ist sie übermäßig. Die "Unmittelbarkeit der Bedarfs-

befriedigung" fördert, wie gesagt, eine Mißbrauchsneigung der Versicherten, welche zu steigenden Kosten im Gesundheitswesen führt. Dies ist durch das Naturalleistungsprinzip geradezu programmiert. Der Versicherungszwang in Verbindung mit der "unmittelbaren Bedarfsbefriedigung" entmündigt die gesetzlich versicherten Menschen. Ihnen wird nicht zugetraut, selbstbestimmt Arztverträge zu schließen und in wirtschaftlicher Verantwortung für ihre Gesundheit Sorge zu tragen. Dieses paternalistische Konzept, das ursprünglich nur für einen kleinen Kreis von Schutzbedürftigen geschaffen worden war, mag der Untertänigkeit im 19. Jahrhundert entsprochen und für benachteiligte Bevölkerungsgruppen eine Berechtigung haben, mit dem Sozialprinzip eines Bürgerstaates, also einer Republik als dem Gemeinwesen freier Menschen, ist es nicht vereinbar. Die Freiheit ist Autonomie des Willens und findet wesentlich im Privatheitsprinzip Wirklichkeit. Diesem entspricht der Vorrang privater Lebensbewältigung. Das Privatheitsprinzip findet seine Wirklichkeit insbesondere in der Vertragsfreiheit. Auch wenn der Gesundheitsschutz, gestützt auf das Grundrecht des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, besser verankert im Sozialprinzip des Art. 20 Abs. 1 S. 1 GG, Aufgabe des Staates ist, folgt hieraus keine umfassende gesundheitliche Versorgungspflicht des Staates. Das Untermaßverbot ist allerdings zu beachten. Der Sozialauftrag darf nicht zur Entmündigung der großen Menge von Menschen führen, die der gesetzlichen Krankenversicherungspflicht unterliegen. Das ist der bei weitem größte Teil des Volkes (etwa 90 %). Auch die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG gibt kein Recht gegen den Staat, vor allen Gefahren von Krankheiten geschützt zu werden. Aus dem Freiheitsprinzip des Art. 2 Abs. 1 GG folgt, daß der Bürger für seine Gesundheit vornehmlich selbst verantwortlich ist. Die Menschenwürde und die Freiheit des Menschen als Kern aller Grundrechte gebieten, die Selbstverantwortlichkeit des Menschen zu achten und zu schützen. Das Leitbild der Menschenwürde setzt die Vernunftbegabtheit des Menschen voraus. Das ist das Weltrechtsprinzip des Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948. Staatliche Maßnahmen, die von der Unvernunft und Unmündigkeit des Menschen ausgehen, sind freiheitswidrig. Die Menschen dürfen nicht zum Objekt staatlicher Bevormundung werden. Patienten sind nicht als Unmündige zu behandeln. Auch im Krankheitszustand ist die Fähigkeit zur Selbstbestimmung nicht generell ausgeschaltet. Allenfalls ein kleiner Teil der Bevölkerung benötigt aus sozialen Erwägungen eine Sachleistungsversorgung. Das Problem der Vorfinanzierung besonders hoher Arztrechnungen ließe sich auch durch Anträge auf unmittelbare Kostenübernahme lösen.

§ 13 SGB V erlaubt Kostenerstattung nur für freiwillige Mitglieder und soweit es im SGB V (ausnahmsweise) ausdrücklich vorgesehen ist. Die mit dem 2. GKV-Neuordnungsgesetz vom 23. Juni 1997 vorgesehene Möglichkeit, daß auch

Pflichtversicherte Kostenerstattung wählen können, wurde durch das Solidaritätsstärkungsgesetz 1998, das am 1.1.1999 in Kraft getreten ist, zurückgenommen.

III. Grundrechtsschutz der heilberuflichen Vereinigungen

Das System der Gesetzlichen Krankenversicherung ist verfassungswidrig, weil es auf der Verweigerung des Grundrechtsschutzes der Vertragsärzte und Vertragszahnärzte, aber auch anderer heilberuflichen Leistungserbringer, zumal des Schutzes der Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und des Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit) beruht.

1. Wegen und nach Maßgabe ihrer gesetzlichen Aufgaben und der daraus folgenden (vermeintlich institutionellen, nicht funktionalen) Staatlichkeit verweigert die Rechtsprechung den Körperschaften des öffentlichen Rechts, zu denen auch die Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen zählen (§ 77 Abs. 5 SGB V), weitestgehend den Grundrechtsschutz, weil diese zur mittelbaren Staatsverwaltung gehören würden, der Staat aber nicht grundrechtsfähig sei (BVerfGE 68, 193 (206); 70, 1 (15 ff.)). Anerkannt ist aber die Grundrechtsberechtigung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, der staatlichen Universitäten und der als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisierten Kirchen.

Das nach der überwiegenden Meinung die Grundrechtsberechtigung verhindernde Kriterium der öffentlichen (also der gesetzlichen) Aufgaben ist unergiebig, weil es formal (d. h. vom Gesetz abhängig) ist und keine materiale Unterscheidung von grundrechtsunfähiger Staatlichkeit und grundrechtsberechtigter Nicht-Staatlichkeit, also Privatheit oder privatheitlicher Verbandlichkeit, bietet.

Privat ist das, was nicht staatlich ist. Institutionell staatlich sind die Bürgerschaft als der Staat im weiteren Sinne und die Organe der Ausübung der Staatsgewalt (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) als der Staat im engeren Sinne. Institutionell privat sind die einzelnen Menschen und deren nicht-staatliche Vereinigungen.

Jede berufliche Tätigkeit ist wie alles bürgerliche Handeln funktional sowohl staatlich als auch privat, sowohl die institutionell private als auch die institutionell staatliche. Die funktionale Staatlichkeit ist die Gesetzlichkeit. Diese Staatlichkeit zielt auf die Wirklichkeit des guten Lebens aller in allgemeiner Freiheit. Die Gesetze definieren das gemeine Wohl der Bürgerschaft als deren allgemeines Interesse. Die funktionale Privatheit entfaltet sich im Rahmen der Gesetze. Sie berechtigt, die Maximen des Handelns allein zu bestimmen, zur freien, also sittlichen, Willkür.

Die die berufliche Tätigkeit bindenden Gesetze sind nach den grundrechtlichen Prinzipien der praktischen Vernunft im Interesse der Staatszwecke, insbesondere in dem vor allem in den Grundrechten definierten guten Leben und damit vornehmlich gemäß den grundrechtlichen Schutzpflichten, zu bestimmen. Es gibt aber keine spezifisch staatlich gebundenen Berufe, die zugleich institutionell privat und institutionell staatlich wären und darum einem Sonderrecht unterworfen werden dürften, welches diese Berufe wegen Art. 33 GG als einen Teil des öffentlichen Dienstes quasi wie Ämter des Staates gestaltet.

Die Organe der institutionellen Staatlichkeit (Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung von Bund, Ländern und Gemeinden, unmittelbar und mittelbar) haben ausschließlich staatliche Aufgaben. Die institutionell Privaten, die Bürger also, haben auch staatliche, wenn man so will, öffentliche Aufgaben, nämlich gesetzliche Verpflichtungen (funktionale Staatlichkeit), und dürfen im übrigen ihre besonderen Interessen verfolgen (funktionale Privatheit).

Die Gesetze definieren die staatlichen (meist "öffentlich" genannten) Aufgaben. Es gibt zwar nach dem Verfassungsgesetz und nach der Erfahrung Aufgaben, die entweder der Staat wahrnehmen sollte (öffentliche Güter) oder deren Erledigung staatlich sichergestellt, also gesetzlich vorgeschrieben werden sollte, aber es gibt keine institutionelle oder funktionale Staatlichkeit oder Privatheit von Aufgaben aus der Sache heraus. Es ist Sache der Politik, ob Aufgaben vom Staat übernommen, den Privaten vorgeschrieben oder deren Interessen anheimgestellt werden. Der Begriff der staatlichen (öffentlichen) Aufgabe ist somit formal, nicht material. Freilich muß der Gesetzgeber das Privatheitsprinzip, das menschenrechtliche Subsidiaritätsprinzip beachten .

Aus den öffentlichen Aufgaben eines Berufes kann folglich nicht auf dessen institutionelle Staatlichkeit, sei diese unmittelbar oder mittelbar, geschlossen werden. Die institutionelle Staatlichkeit ergibt sich ausschließlich aus der Trägerschaft der Institution und nur die Trägerschaft der allgemeinen Bürgerschaft, also des Volkes (gegebenenfalls von Teilvölkern in Ländern oder Kommunen), kann Staatlichkeit begründen; denn Staatlichkeit/"Staatsgewalt" ist Sache des Volkes oder "geht vom Volke aus", wie Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG formuliert. Der Staat kann keine Institutionen des Staates schaffen, deren Träger nicht das ganze Volk (oder Teilvölker) wäre(n), etwa die Kassen(zahn)ärztliche Vereinigungen, weil diese nicht demokratisch legitimiert handeln könnten (Art. 20 Abs. 2 GG). Die institutionelle Staatlichkeit ist ausschließlich die Organisation des Volkes.

Alle Körperschaften des öffentlichen Rechts, deren Mitglieder nicht das (ganze) Volk sind, also auch die Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen, sind institutionell privatheitlich, unabhängig davon, ob sie vom Staat (durch Gesetz also) vorge-

geschrieben sind oder nicht. Sie gehören nicht zum Staat im institutionellen Sinne als Organe, auch nicht zur mittelbaren Staatsverwaltung, weil diese institutionell zu dogmatisieren ist. Wollte man die mittelbare Staatsverwaltung funktional verstehen, also als jede Gesetzlichkeit (als funktionale Staatlichkeit), so würde jeder Mensch zur mittelbaren Staatsverwaltung gehören, weil er durch sein Handeln mit den Gesetzen das Gemeinwohl verwirklicht. Der Gesetzesgehorsam würde ihn quasi zum Beamten machen. Jeder Bürger wird durch die Gesetze mit Aufgaben betraut und wäre gehindert, sich auf die Grundrechte zu berufen, wenn ihm öffentliche Aufgaben wegen ihrer Staatlichkeit die Grundrechtsfähigkeit nähmen. Die Gesetzesverwirklichung ist allgemeine, also öffentliche, Aufgabe jedes Bürgers (funktionale Staatlichkeit). Die Grundrechte des Grundgesetzes führen die Grundrechtsverweigerung wegen öffentlicher Aufgaben ad absurdum.

Die Rechtsform der Organisation der berufsständischen Selbstverwaltung (und nicht nur dieser) folgt also nicht deren institutionellem Status und klärt schon wegen der (zu Unrecht) praktizierten Rechtsformenwahl die institutionelle Zuordnung nicht. Eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist nicht schon wegen ihrer Form oder wegen ihrer Aufgabe ein Organ der Ausübung der Staatsgewalt im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG als mittelbare Staatsverwaltung. Die öffentlich-rechtliche Form ist akzeptabel, wenn man für sie die öffentliche Bedeutung der Aufgaben, etwa der Berufsstände, genügen läßt. Öffentlichkeit ist nicht schon Staatlichkeit. Die öffentlich-rechtliche Organisationsform ändert an der institutionellen und substantiellen Privatheit einer Organisation nichts, die aus der Privatheit der Mitglieder folgt. Der Gesetzgeber darf den Körperschaften Aufgaben geben und damit deren funktionale Staatlichkeit verstärken. Aber die Körperschaften bleiben wegen der institutionellen Privatheit der Mitglieder privatheitlich, nämlich verbandlich, wenn ihre Träger nicht das Volk oder ein gebietlich bestimmtes Teilvolk sind.

Das Bundesverfassungsgericht hat eine Verfassungsbeschwerde einer Kassenärztlichen Vereinigung gegen ein ihren Honorarverteilungsmaßstab aufhebendes Urteil des Bundessozialgerichts mit der Begründung nicht zur Entscheidung angenommen, daß die Kassenärztliche Vereinigung nicht grundrechtsfähig sei (BVerfG SozR 3-2500, § 85 Nr. 9).

Die berufsständischen Körperschaften des öffentlichen Rechts sind jedoch grundrechtsfähig, wenn und weil sie Angelegenheiten von Grundrechtsträgern, von Menschen in deren Besonderheit, von den berufstätigen Bürgern, wahrnehmen. Der Verbund (institutionell) privater Freiberufler begründet einen Verband. Die berufliche Aufgabenbewältigung ist Sache des Berufsstandes und darum verbandlich, also sozial, gestaltet. Art. 19 Abs. 3 GG hat der verbandlichen Aufgabenbewältigung einen besonderen (neuen) Grundrechtsschutz gegeben. Das Recht zur

Verbandlichkeit der Lebensbewältigung selbst, das Recht zur Sozialität also, schützt Art. 9 GG, die Vereinigungsfreiheit des Absatzes 1, und insbesondere die (sogenannte) Koalitionsfreiheit des Absatzes 3. Der Verband (nach dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 GG die "juristische Person") kann sich auch auf die Grundrechte berufen, soweit letztere "ihrem Wesen nach" auf erstere anwendbar sind. Juristische Personen im Sinne des Art. 19 Abs. 3 GG sind nicht nur die zivilistischen juristischen Personen (herkömmlicher Dogmatik), sondern alle hinreichend gefestigten Verbände von Menschen (BVerfGE 4, 7 (12, 17); 53, 1 (13)). Der Verbandsschutz des Art. 19 Abs. 3 GG kommt auch den Körperschaften des öffentlichen Rechts zugute, wenn und weil sie nicht-staatlich sind. Die Grundrechtsberechtigung der Verbände läßt sich aber auch auf Art. 9 Abs. 1 oder Abs. 3 GG, die allgemeine und die besondere Vereinigungsfreiheit stützen.

Die Rechtsprechung gibt demgegenüber nur den Angehörigen von Berufsständen selbst gegen die gesetzliche Korporierung des Berufsstandes und gegen die Pflicht zur Mitgliedschaft Grundrechtsschutz, wenn diese wegen ihrer öffentlichen Aufgaben zur mittelbaren Staatsverwaltung gehören würden. Dieser Grundrechtsschutz erfaßt auch die Erweiterung der Pflichten, welche mit der Mitgliedschaft verbunden sind. Er wird lediglich auf das Grundrecht der (sogenannten) allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG gestellt, nicht auf die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG, weil letztere nur privatrechtliche, nämlich freiwillige, Vereinigungen und Gesellschaften erfasse (BVerfGE 10, 89 (102); 38, 281 (297)). Der praktizierte Grundrechtsschutz der Verbandsmitglieder, der lediglich unvernünftige, also willkürliche, Maßnahmen des Gesetzgebers abzuwehren erlaubt, ist denkbar schwach, weil die Rechtsprechung es dem Gesetzgeber weitestgehend zugesteht, den Berufsständen Aufgaben zuzuweisen, welche im öffentlichen Interesse liegen.

Insbesondere gesteht die Rechtsprechung den Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht zu, ihren Bestand zu behaupten und ihre Aufgaben selbst zu gestalten. Nicht einmal ihr Eigentum würden sie etwa im Falle der Auflösung als staatliche Institutionen mittels Art. 14 Abs. 1 GG verteidigen dürfen, wenn sie (wie der Staat ausschließlich) öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Die Körperschaften des öffentlichen Rechts haben somit grundrechtlich einen deutlich schlechteren Status als privatrechtliche Vereinigungen oder Gesellschaften und vor allem als die Verbände des Arbeitslebens, insbesondere die Gewerkschaften, die sich zumindest zum Schutz ihres Bestandes, aber auch zum Schutz ihrer Aufgaben auf Art. 9 Abs. 1 bzw. Art. 9 Abs. 3 GG berufen können (BVerfGE 4, 96 (101 f.); 50, 290 (353 f.); 84, 372 (378)). Immerhin dürfen die Berufsstände neben den Kammern und sonstigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften wie den Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen privatrechtliche Vereinigungen zur Förderung ihrer beruflichen Interessen bilden.

Die praktizierte Dogmatik, welche öffentlich-rechtlich gestaltete Körperschaften grundrechtlich wegen ihrer vermeintlichen (mittelbaren) Staatlichkeit diskriminiert, widerspricht deren durch ihre Privatheit gekennzeichneten Verbandlichkeit. Sie wird durch die Pflichtmitgliedschaft nicht gerechtfertigt, weil letztere weder die grundrechtsschädliche Staatlichkeit begründet noch sonst ein Argument gegen die Grundrechtsfähigkeit hergibt. Vielmehr ist die Pflichtmitgliedschaft selbst eine Grundrechtsbeeinträchtigung. Wenn sie nicht durch hinreichende öffentliche Interessen gerechtfertigt werden kann, verletzt diese entweder die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG (und nicht lediglich die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG) oder, wenn es um die Wahrung oder Förderung der Arbeits- oder der Wirtschaftsbedingungen geht, Art. 9 Abs. 3 GG, die sogenannte Koalitionsfreiheit. Sie wird damit begründet, daß "die Übertragung berufsständischer öffentlicher Aufgaben auf körperschaftlich verfaßte juristische Personen die Pflichtmitgliedschaft aller Angehörigen der Profession" voraussetze (A. Laufs/W. Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 1992, S. 99 f.).

2. Die berufsständischen Selbstverwaltungskörperschaften, wie auch die Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen, haben das Recht, Entscheidungen gegenüber ihren Mitgliedern zu treffen, aber auch an Entscheidungen gegenüber Außenseitern, etwa Berufsbewerbern, mitzuwirken. Diese Befugnisse werden als hoheitlich (im Sinne staatlicher Gewalt) dogmatisiert. Eine solche Hoheitlichkeit würde der Grundrechtsfähigkeit entgegenstehen, weil Hoheitsbefugnisse als solche staatlich seien, der Staat aber nicht grundrechtsfähig ist. Der Staat als der originäre Hoheitsträger müßte die Hoheit vermittelt haben, sei es durch Verleihung, Delegation, Beleihung oder anderswie. Jedenfalls soweit die Körperschaften hoheitlich zu handeln befugt seien, seien sie in die Staatsverwaltung integriert und folglich wie der Staat im Rahmen der öffentlichen Aufgaben (also ausschließlich) grundrechtsunfähig (BVerfGE 39, 302 (312 f.)).

Hoheit hat nur das Volk als die Bürgerschaft. Hoheit ist die Staatsgewalt im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG. Diese aber ist Sache des Volkes. Res publica res populi. Hoheit ist somit die allgemeine Gewalt der verfaßten Bürgerschaft, mittels derer sie das Recht verwirklicht. Dazu gehört die verbindliche Erkenntnis des Rechts durch den Gesetzgeber, die Klärung des Rechts durch Richtersprüche und die Vollziehung der Gesetze des Rechts durch die vollziehende Gewalt, die Verwaltung, kurz die Gesetzlichkeit. Derartige Gesetzlichkeit verwirklicht die allgemeine Freiheit, also jedermanns Autonomie des Willens oder das Recht jeden Bürgers zur allgemeinen Gesetzgebung, den allgemeinen Willen. Diese politische Freiheit ist die Menschheit des Menschen, seine Persönlichkeit, seine Würde, deren der Mensch sich rechtens nicht entledigen darf. Hoheit läßt sich nicht-staatlichen Einrichtungen nicht vermitteln; denn nur der institutionelle Staat ist die "Vereinigung

einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen" (*Kant*, *Metaphysik der Sitten*, *Rechtslehre*, § 45). Dieser Staat aber ist nur Wirklichkeit der allgemeinen Freiheit, wenn alle seine Organe demokratisch legitimiert sind. Die Hoheit des Staates differenziert sich in Kompetenzen, nämlich in Befugnisse zur Ausübung der Staatsgewalt. Diese Befugnisse oder Hoheitsrechte können, wie es das Integrationsprinzip des Grundgesetzes in Art. 23 und 24 zeigt, übertragen werden, freilich nur, wenn und soweit es das Verfassungsgesetz vorsieht. Die jeweilige Organisation der Ausübung der Staatsgewalt ist nämlich Sache des Volkes, welches seine Hoheit in dem Verfassungsgesetz organisiert und ausweislich des Integrationsprinzips auch als gemeinschaftliche Ausübung der jeweiligen Staatsgewalt mit anderen Völkern und Staaten organisieren kann, freilich nur, wenn das demokratische Prinzip und damit die allgemeine Freiheit gewahrt bleiben (i.d.S. BVerfGE 89, 155 (181 ff., 191 ff.)). Die staatlichen Organe des Volkes üben namens des Volkes dessen Hoheit aus. Die vom Volk im Verfassungsgesetz mit der Ausübung der Hoheit des Volkes betrauten Organe haben die Befugnis, ihre Hoheitsrechte weiterzuleiten, nur, wenn das Volk sie dazu (ausdrücklich) ermächtigt hat. Das ergibt sich aus dem allgemeinen Vertretungsrecht. Eine Ermächtigung, die berufsständischen Körperschaften mit der Ausübung der Staatsgewalt des Volkes zu betrauen, ist im Grundgesetz nicht vorgesehen.

Die Ausübung der Staatsgewalt, also der Hoheit des Volkes, kann bundesrechtlich wegen Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG nur Organen übertragen werden, die demokratisch legitimiert sind. Demokratische Legitimation setzt Wahlen des Volkes als der "Gesamtheit der Bürger" oder Berufungen durch gewählte Vertreter des Volkes voraus. Die Bindung an die Gesetze allein vermittelt nicht schon demokratische Legitimation, zumal nicht, wenn die Gesetze nicht eng binden, sondern weit ermächtigen, obwohl diese Bindung das demokratische Legitimationsniveau stärkt. Die berufsständischen Körperschaften sind nicht demokratisch legitimiert. Ihre Mitglieder sind nicht das Volk oder ein Teilvolk, sondern eine besondere Berufsgruppe, welche gegenüber der Staatlichkeit des Volkes privat ist. Der Volksbegriff des Grundgesetzes läßt kein anderes Kriterium zu als das der Staatsangehörigkeit.

Die Privatheitlichkeit der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen steht nicht im Widerspruch zu deren Verbandsgewalt. Die berufsständischen Körperschaften verfügen über verbandliche Gewalt, unabhängig davon, ob sie öffentlich- oder privatrechtlich gestaltet sind. Verbandlichkeit ist eine Art der Privatheit. Privatheit ist dadurch und nur dadurch definiert, daß sie nicht-staatlich ist. Gewalt hat nicht nur der Staat, sondern jeder Mensch und nur deswegen auch der Staat, der der Staatsidee nach die Gewalt seiner Bürger in sich vereinigt und dadurch jedem einzelnen Menschen und jeder Gruppe in seinem Gebiet an Gewalt überlegen ist (*suprema potestas*). Das ist die friedensphilosophische Begründung des Modernen Staates

(*Herbert Krüger*) als Territorialstaat, der durch die Gebietlichkeit gekennzeichnet ist. Zur Gebietshoheit gehört die Möglichkeit, die Rechtlichkeit zu erzwingen. Diese Möglichkeit erfordert eine Organisation, die sich gegenüber jeder Gewalt in ihrem Gebiet durchzusetzen vermag, eben den Staat, denn der Staat (*civitas*) ist nach *Cicero* die Rechtsgemeinschaft seiner Bürger oder nach *Kant* "die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen" (*Metaphysik der Sitten*, § 45). "Recht" aber, lehrt *Kant*, "ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden" (*Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, § D).

Die dem Staat um seines wesentlichen Zweckes, der allgemeinen Freiheit, also des Friedens, willen zugestandene Gebietshoheit hebt weder die Gewalt der einzelnen Menschen auf, wie der kriminelle Alltag erweist, noch schließt er das Recht der Menschen aus, Gewalt auszuüben, freilich um der allgemeinen Freiheit willen nur nach Maßgabe der Gesetze; denn unter den Gesetzen sind alle Menschen frei, nämlich "unabhängig von eines anderen nötiger Willkür" (*Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, Einteilung, B), wenn und weil die Gesetze in republikanischer Repräsentation (oder auch plebiszitär) erkannt und beschlossen wurden. Gewaltrechte des einzelnen Menschen sind augenscheinlich die Notwehr- und die Selbsthilferechte, aber darüber hinaus alle Handlungsrechte. Handeln ist Bewirken (Kausalität des Handelns) und damit im gewissen Sinne gewaltsam. Auch die Staatsgewalt wird weitestgehend ohne körperlichen Zwang, der *ultima ratio* eingesetzt wird, ausgeübt. In rechtlichem Sinne ist auch privatrechtlich gestaltetes Handeln Gewaltausübung. Die Ablehnung eines Antrags auf Vertragsschluß etwa nötigt, nämlich einen anderen Vertragspartner zu finden oder das Geschäft aufzugeben, nur eben rechtens. Möglichkeit und Befugnis zur Gewalt ist Vermögen (*δύναμις/potestas*).

Die Rechtsordnung regelt die Legalität, insbesondere das rechte Maß der Gewaltausübung. Sie gibt weder Möglichkeiten der Gewalt noch nimmt sie solche. Freilich kann es verboten sein, die Zwangsmöglichkeiten zu verstärken, etwa sich in bestimmter Weise zu bewaffnen. Die Rechtsordnung hält Rechte bereit, die *ultima ratio* mittels staatlichen Zwanges durchgesetzt werden.

Die in den Körperschaften organisierten Verbände, also auch die der Ärzte, vereinigen die Gewalt ihrer Mitglieder. Die Befugnis der Körperschaften, ihre Gewalt auszuüben, ist eine von der Rechtsordnung abhängige Frage der Legalität. Die Körperschaften benötigen aber keine vermittelte staatliche Gewalt und können und dürfen eine solche nicht erlangen. Die Verbände verfügen im Rahmen der Gesetze über eine eigenständige, etwa berufsständische Verbandsgewalt. Eine Grundrechtsverweigerung läßt sich aus dieser privaten Gewalt nicht herleiten, sondern die Pflicht des Staates, diese Gewalt im Interesse der allgemeinen Freiheit zu ordnen, die Pflicht des Staates somit, das Gemeinwesen durch Gesetze zu be-

frieden. Wäre die Gewaltmöglichkeit grundrechtsschädlich, würden die Grundrechte leerlaufen, weil alles menschliche Handeln, wie gesagt, als Bewirken Gewaltausübung ist.

3. Die Grundrechtsfähigkeit der berufsständischen Selbstverwaltungskörperschaften, wie der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen, ergibt sich aus der Personalität der Mitglieder. Die humane Personalität des Menschen ist Zweck der Grundrechtspolitik des Modernen Staates, wie Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte erweist. Die Personalität des Menschen ist als seine Würde identisch mit seiner Freiheit. Der Mensch ist jedoch ein soziales Wesen, "nicht isoliertes und selbtherrliches Individuum, sondern gemeinschaftsbezogene und gemeinschaftsgebundene Person" (BVerfGE 4, 7 (15 f.); 50, 290 (353 f.); 80, 367 (373 f.)). Diese soziale Personalität schützen die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 GG, die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG, die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, aber auch die Religionsfreiheit des Art. 4 GG und die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG, letztlich alle Grundrechte. Vor allem dient die Grundrechtsbefähigung der Verbände nach Art. 19 Abs. 3 GG der personalen Sozialität der Menschen.

Auch das Sozialprinzip der Art. 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 S. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG schützt die Menschen in ihrer personalen Sozialität, schützt also deren nicht-staatlichen Verbände. Das Sozialprinzip, das Prinzip der Brüderlichkeit, gebietet Förderung der Selbständigkeit, aber auch Förderung der Gemeinschaftlichkeit. Die Menschen sollen sich vereinigen und ihre Angelegenheiten in ihren Vereinigungen eigenständig zu bewältigen suchen. Das Sozialprinzip wird auch durch die Vereinigungsfreiheiten materialisiert, deren objektive Dimension einer negativen Vereinigungsfreiheit widerstreitet. In einer Verfassung der Freiheit kann das Sozialprinzip nur freiheitlich interpretiert werden und ist dadurch eine wesentliche Stärkung des Selbstverwaltungsprinzips.

Die gesetzliche Einrichtung der Kammern und auch anderer Selbstverwaltungskörperschaften und die gesetzlich begründete Pflichtmitgliedschaft der Berufsstände wie der Ärzte und Zahnärzte in diesen ändert nichts an der sozial-personalen Substantialität dieser Vereinigungen. Der Gesetzgeber stützt im Interesse einer sinnvollen Berufsordnung die Wirkungsmöglichkeiten der Berufsstände und nutzt dafür die Organisationsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts, vor allem wegen der öffentlichen Bedeutung der Körperschaften. Die Pflichtmitgliedschaft, welche als eine "mit legitimen öffentlichen Aufgaben" begründungspflichtige "empfindliche" Grundrechtsbeeinträchtigung (Art. 2 Abs. 1 GG) der einzelnen Angehörigen des Berufsstandes angesehen wird (BVerfGE 10, 89 (102 f.); 78, 320 (329 f.)), entspricht im Prinzip der Sozialität des Berufsstandes, nämlich der aus dem gemeinsamen Beruf erwachsenen Berufsgemeinschaft.

Der dritte institutionelle Bereich neben dem des Staates und neben dem der Privaten ist der der Selbstverwaltung, vor allem der beruflichen Selbstverwaltung, welche neben dem Schutz bestimmter Grundrechte auch den Schutz des Sozialprinzips genießt.

Die Sozialität der Gemeinschaften findet in den Körperschaften eine geeignete Organisationsform. Der Korporatismus hat in dem liberalistischen Dualismus von Staat und Gesellschaft (entgegen der hegelianischen Philosophie dieses Dualismus) keinen dogmatischen Stand bewahren können, weil die Gesellschaft gemäß dem liberalistischen Freiheitsbegriff individualistisch konzipiert worden ist. Die republikanisch begriffene Freiheit entfaltet sich jedoch in Rechtsgemeinschaften, welche eine alle Lebensbereiche erfassende institutionelle Staatlichkeit erübrigen. Das entspricht dem vom Sittengesetz, dem kategorischen Imperativ, geprägten Freiheitsbegriff, der eine bestmögliche Ordnung des gemeinsamen Lebens in Rechtsgemeinschaften fordert. Wenn die Privatheit liberalistisch und individualistisch konzipiert wird, geraten die berufsständischen Gemeinschaften spezifisch wegen ihrer Verbindlichkeit begründenden Gewalt in Rechtfertigungsnot, so daß sie zum Bereich des Staatlichen gedrängt werden, zu dem sie aus demokratierechtlichen und vor allem aus grundrechtlichen Gründen keinesfalls gehören. Es sind substantiell eigene Angelegenheiten, die in körperschaftlicher Selbstverwaltung wahrgenommen werden.

Den Vertragsärzten und Vertragszahnärzten darf der Grundrechtsschutz nicht deswegen verweigert werden, weil ihre Arbeit in die Vertrags(zahn)ärztlichen Vereinigungen eingebunden ist.

4. Die Vereinigungsfreiheiten geben auch den Freiberuflern das Recht zur Vereinigung (Art. 9 Abs. 1 GG) und auch zur Koalition (Art. 9 Abs. 3 GG). Die allgemeine Vereinigungsfreiheit wird von der Praxis trotz ständiger Kritik in der Lehre auf die privatrechtlichen Vereinigungen beschränkt, ohne Begründung und zu Unrecht. Eine negative Vereinigungsfreiheit, welche der staatlich vorgeschriebenen Pflichtmitgliedschaft entgegenstehen könnte, kennt das Grundgesetz genauso wenig wie sonst sogenannte (den positiven spiegelbildliche) negative Freiheiten. Das Grundrecht schützt das Recht, sich zu vereinigen und Gesellschaften zu bilden, nicht das Recht, dies zu unterlassen. Ebenso schützt die Koalitionsfreiheit das Recht zu koalieren, nicht das Recht, im Sinne einer negativen Koalitionsfreiheit nicht zu koalieren. Um trotz der (vermeintlichen) negativen Vereinigungsfreiheit die Pflichtmitgliedschaften in den Körperschaften des öffentlichen Rechts zu ermöglichen, hat die Rechtsprechung den Grundrechtsschutz gegen dahingehende Vorschriften auf die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG reduziert. Auch die positive Vereinigungsfreiheit gibt das Recht, selbst zu entscheiden, ob man sich vereinigt und mit wem man sich vereinigt. Dieses (schwa-

che) Grundrecht wird beeinträchtigt, wenn der Staat zur Mitgliedschaft in einer Körperschaft verpflichtet. Er bedarf dafür hinreichender Gründe.

Die Vereinigungen können sich aber selbst auf Art. 9 Abs. 1 GG genauso wie die Koalitionen auf Art. 9 Abs. 3 GG (sogenannte kollektive Koalitionsfreiheit) berufen, unabhängig von der Rechtsform, weil die Substanz der Vereinigungen die soziale Personalität der Mitgliedschaft ist. Die Vereinigungsfreiheiten sind dadurch die Grundrechte der berufsständischen Selbstverwaltung, unabhängig davon, ob ihre Organisation den Berufsständen vom Staat vorgeschrieben ist oder nicht.

Das Grundgesetz kennt kein explizites Prinzip der berufsständischen Selbstverwaltung, ohne daß erkennbar wäre, daß dem überlieferten und bewährten berufsständischen Korporationswesen der Schutz der Verfassung genommen werden sollte. Abgesehen von dem Republik- und dessen Sozialprinzip, welche das Selbstverwaltungsprinzip stützen, findet sich die wesentliche Grundlage des Selbstverwaltungsprinzips auch und insbesondere wegen der Egalität der Berufe in den Grundrechten des Art. 9 Abs. 1 und Abs. 3 GG.

Vor allem die (sogenannte) Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG ist die verfassungsgesetzliche Grundlage der berufsständischen Selbstverwaltung. Dieses Grundrecht ist auch die Verfassungsgrundlage der öffentlich-rechtlichen Koalition. Das folgt aus dem Wortlaut, der Geschichte und vor allem der Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 3 GG. Die Reduzierung der Koalitionsfreiheit auf die Partner des Arbeitslebens ist mit dem Grundrecht unvereinbar. Dem steht der Wortlaut "für jedermann und für alle Berufe", aber auch "zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" entgegen. Berufe sind vor allem die freien Berufe. Die Wahrung und Förderung der Wirtschaftsbedingungen ist ausdrücklich genannt. Die Eliminierung dieses Begriffs aus dem Grundrechtstext durch dessen Verklammerung mit den Arbeitsbedingungen entgegen dem alternativen "und" reduziert den Grundrechtsgehalt mit der Wirkung, daß die berufsständischen Körperschaften des öffentlichen Rechts grundrechtlich jeden wirksamen Schutz einbüßen. Die Entstehungsgeschichte kennt demgegenüber die folgenden Sätze des Entwurfs von Art. 9 Abs. 3:

"Ein Zwang zum Beitritt darf nicht ausgeübt werden. Ausnahmen von diesem Verbot können für öffentlich-rechtliche Berufsverbände durch Gesetz zugelassen werden."

Die Sätze stehen nicht mehr im Grundrechtstext, ohne daß dadurch die "öffentlich-rechtlichen Berufsverbände" aus dem Wirkungsbereich des Grundrechts ausgeklammert worden wären. Ganz im Gegenteil läßt sich diesem entstehungsgeschichtlichen Umstand entnehmen, daß die Vereinigungsfreiheiten einem Bei-

trittszwang nicht entgegenstehen. Das praktische Problem der Koalitionsfreiheit ist die Sorge, der Gesetzgeber könne die Mitgliedschaft in Gewerkschaften erzwingen. Demgemäß wird ein Prinzip der freien Bildung der Gewerkschaften dogmatisiert und mit dem fragwürdigen Argument der negativen Koalitionsfreiheit begründet. Die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft folgt aus der (positiven) Koalitionsfreiheit als solcher oder aus der allgemeinen Freiheit. Der Gesetzgeber muß hinreichende Gründe haben, wenn er Zwangsgewerkschaften vorschreiben will. Solche sind nicht ersichtlich. Sie entsprächen auch nicht der Geschichte der Gewerkschaftsbewegung, ganz im Gegensatz zur Geschichte der Berufsstände. Die dogmatische Entwicklung der Koalitionsfreiheit ist durch die Verengung des Blicks auf die Arbeitnehmerkoalitionen, aber auch wegen des Wettbewerbsprinzips, welches Koalitionen als Kartelle ohne eine besondere Rechtfertigung ins Unrecht setzen könnte, in die Irre geraten und hat den Berufsständen das Grundrecht der Selbstverwaltung genommen.

Die Korporierung eines Berufsstandes dient der Optimierung der Belange aller Beteiligten. Der Gesetzgeber fördert durch die Pflichtmitgliedschaft aller Angehörigen des Berufsstandes deren Zusammenarbeit und schafft eine Selbstverwaltung, der Belange der Allgemeinheit als öffentliche Aufgaben überantwortet werden können. Der Staat entlastet damit seine Verwaltung, ohne daß die Selbstverwaltung dadurch zur mittelbaren Staatsverwaltung würde. Jede gesetzliche Inpflichtnahme der Bürger ist eine Entlastung des Staates (im engeren Sinne). Die Bürger werden dadurch nicht zu Amtswaltern des Staates, sondern handeln in ihrer Bürgerlichkeit. Keinesfalls büßen sie deswegen den Grundrechtsschutz ein, der nicht spezifisch die Privatheit des Bürgers schützt, sondern deren Bürgerlichkeit, die staatlich und privat zugleich ist. Die Inpflichtnahme der Außenseiter, die gemäß dem sozialen Prinzip der gemeinschaftlichen Verwaltung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten, also dem Selbstverwaltungsprinzip, zur Mitwirkung verpflichtet werden, ist eine zumutbare Belastung, welche freilich guter Gründe bedarf. Es ist nach aller Erfahrung vernünftig, daß die Angehörigen eines Berufsstandes zusammenwirken. Ein Berufsstand ist gewissermaßen eine Gemeinschaft aus der Natur der Sache, ähnlich den Städten und Dörfern, in denen Menschen eng zusammenleben, den Kommunen im üblichen Sinne.

Der überzogene Individualismus des liberalistischen Grundrechtsverständnisses hat die Eigensinnigkeit der Außenseiter mittels der Dogmatik der negativen Koalitionsfreiheit im übrigen nur scheinbar gestärkt. Der Staat kann nämlich mittels der öffentlich-rechtlichen Korporierung den Berufsstand zusammenführen. Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gibt gegen diese Korporierung durch den Staat nur einen notdürftigen Schutz dagegen, daß das Gesetz die praktische Vernunft verkennt.

Die Auswirkungen des Prinzips freien Koalierens sind jedoch übermäßig, weil dieses Prinzip dazu geführt hat, daß den öffentlich-rechtlichen Körperschaften, die typisch mit der Pflichtmitgliedschaft verbunden sind, der Grundrechtsschutz gänzlich versagt wird, entgegen ihrer sozial-personalen Substanz und entgegen ihrer privatheitlichen Verbandlichkeit. Das Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG anerkennt die Kollektivität der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und ist das Verfassungsprinzip der solidarischen Sozialität eines Berufsstandes und damit das wesentliche Grundrecht der berufsständischen Selbstverwaltung.

5. Die Überlegungen, die zur Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG angestellt wurden, treffen auch für die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG zu, die einschlägig ist, wenn Zweck der Vereinigung nicht die Wahrung der Arbeits- und/oder der Wirtschaftsbedingungen ist.

Art. 9 Abs. 1 GG schützt das prinzipielle Recht zur autonomen, gruppenförmigen Selbstorganisation. Art. 9 GG gestaltet das Vereinigungs- und Koalitionswesen auch als privatrechtlichen Ordnungstatbestand, wenn Verbände und Koalitionen (auch) öffentliche Funktionen wahrnehmen.

Die allgemeine Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit gewährleistet dem Einzelnen das Recht, sich in Vereinigungen prinzipiell beliebiger Art sowie in Koalitionen zusammenzuschließen und in diesen Organisationen tätig zu werden. Die Praxis sieht überdies sowohl in der Vereinigungsfreiheit als auch in der Koalitionsfreiheit ein "Gruppengrundrecht". Jedenfalls läßt sich das Recht der Vereinigungen und Koalitionen, sich auf das Grundrecht zu berufen, aus Art. 19 Abs. 3 GG herleiten. In der Praxis hat die Vereinigung im Rahmen der Vereinigungsfreiheit ein Grundrecht auf funktionsgerechte Betätigung. Die Koalitionsfreiheit ist eine spezielle Regelung der allgemeinen Vereinigungsfreiheit.

IV. Vertragsarzt als öffentlicher Dienst?

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 11, 30 (40); 12, 144 (147)) wird der Beruf des Arztes als freier Beruf angesehen, der dem Tatbestand der Berufsfreiheit des Art. 12 GG unterfällt. Nach § 1 Abs. 2 BÄO ist der ärztliche Beruf "seiner Natur nach", d.h. seinem Wesen gemäß, ein freier Beruf. "Freier Beruf" ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts "kein eindeutiger Rechtsbegriff", sondern unterliegt gesellschaftsbedingten Wandlungen. Insbesondere lasse sich daraus "kein erhöhter Anspruch auf Freiheit vor gesetzgeberischen Eingriffen" ableiten (BVerfGE 10, 354 (361); 11, 105 (117)). Freier Beruf sei zunächst ein soziologischer Begriff. Für freiberufliche Tätigkeiten sind geistige Leistungen, besondere Vertrauensverhältnisse zum Leistungsemp-

fänger, persönliche und unabhängige Entscheidungen, besondere Verantwortung für die Allgemeinheit und wirtschaftliche Eigenständigkeit typisch. Diese soziologischen Berufseigenschaften gewinnen konstituierende Bedeutung für den normativen Berufsbegriff. Der Begriff des "freien Berufes" ist ein normativer Begriff. Man kann ihn auch als Typusbegriff ansehen. Verlöre die Ärzteschaft ihre spezifische berufliche Freiheit, so würde sie ihre freiberufliche Eigenart einbüßen. Art. 12 Abs. 1 GG sichert zwar nach der überwiegenden Meinung weder berufliche Institute noch den Bestand bestimmter Berufe. Dennoch muß das Leitbild des freien Berufs bei berufsbildverändernden gesetzlichen Maßnahmen berücksichtigt werden, weil der Grundrechtsschutz des Art. 12 Abs. 1 GG auch die freie Entwicklung des Berufstypus und des Berufsbildes umfaßt; denn diese sind zum einen Ausdruck der beruflichen Tätigkeit, der Berufsausübung, und zum anderen haben sie wesentlichen Einfluß auf die Wahl des Berufs. Einen freien Beruf auszuüben ist vor allem wegen des Status etwas anderes als der öffentliche Dienst oder die Arbeit im Arbeitsverhältnis, selbst wenn sich die Tätigkeiten als solche gleichen. Es wird jeweils ein anderer Beruf im Sinne der Berufsfreiheit ausgeübt.

Gemäß § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V wirken "Ärzte, Zahnärzte und Krankenkassen zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten zusammen." Die Einbeziehung des Vertragsarztes in ein öffentlich-rechtliches System ändert an seiner Freiberuflichkeit nichts. Die vertragsärztliche Tätigkeit ist durch das SGB V Beschränkungen unterworfen, "die der Gesetzgeber für unentbehrlich hielt", um die Freiberuflichkeit des Vertragsarztes beizubehalten (BVerfGE 68, 11, 30 (40)).

Der freie, insbesondere der ärztliche, Beruf ist durch seine berufsständische Einbindung gekennzeichnet. Um die Aufgaben der vertragsärztlichen Versorgung erfüllen zu können, schreibt § 77 Abs. 1 S. 1 SGB V vor, daß "die Vertragsärzte für den Bereich jedes Landes eine Kassenärztliche und eine Kassenzahnärztliche Vereinigung (Kassenärztliche Vereinigungen)" bilden. Die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung setzt eine Zulassung als Vertragsarzt nach den Vorschriften des § 95 SGB V voraus. Um die Zulassung kann sich gemäß § 95 Abs. 2 SGB V jeder Arzt bewerben, der seine Eintragung in ein Arzt- oder Zahnarztregister, das von den Kassenärztlichen bzw. Kassenzahnärztlichen Vereinigungen geführt wird, nachweist. Die Voraussetzungen für die Eintragung regelt § 95a SGB V. Die (Zwangs)mitgliedschaft in der Kassenärztlichen bzw. Kassenzahnärztlichen Vereinigung sichert die besondere Gemeinwohlverantwortung und die berufsständische Selbstverwaltung. Die Freiheit des ärztlichen Berufes verwirklicht sich im Standesrecht, welches die Berufspflichten und -rechte regelt.

Ausgehend von einer Definition *Heinrich Triepels* wird dem Begriff des freien Berufes derjenige des "staatlich gebundenen Berufs" gegenüber gestellt. Die Be-

schränkungen der Berufsausübung des Vertragsarztes hat der Gesetzgeber damit zu rechtfertigen versucht, daß beim Vertragsarzt "freiberufliche Elemente durch Elemente eines staatlich gebundenen Berufes überlagert würden", was eine erweiterte Regelungsbefugnis des Gesetzgebers begründe (BT-Drs. 12/3608, S. 98 ff.). Soweit ein Privater im Rahmen seiner Berufsausübung Leistungen erbringt, die auch für den Staat erforderlich seien, und die Berufsausübung nicht allein nach marktwirtschaftlich-privatrechtlichen Prinzipien ausgestaltet sei, sondern zumindest auch die Wahrnehmung hoheitlicher Funktionen beinhalte, werden solche Berufe nicht mehr (nur) dem Grundrecht des Art. 12 GG, sondern mehr oder weniger stark der Sonderregelung für den öffentlichen Dienst in Art. 33 GG unterworfen. Die Zuordnung zum öffentlichen Dienst gelte nach *Triepel* auch für die Tätigkeit des Arztes, die im besonderen Maße der Erhaltung der Volksgesundheit und der sich daraus ergebenden ethischen Bindungen des Arztes verpflichtet sei. Der Vertragsarzt sei, so wird vertreten, "im Verhältnis zum Versicherten mit Hoheitsmacht beliehen". Im öffentlichen Dienst aber bestimmt "allein die öffentliche Organisationsgewalt im öffentlichen Interesse den Stellenplan ..., so daß sich die Berufsfreiheit der Bewerber auf das Recht des gleichen Zugangs zu den öffentlichen Ämtern reduziert" (BVerfGE 11, 30 (39)).

Der freiberufliche Charakter der gesamten beruflichen Tätigkeit des Vertrags(zahn)arztes schließt es indes aus, die Teilnahme an der vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung als "öffentlichen Dienst" im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG zu qualifizieren. Der Zugehörigkeit der Vertragsärzte zum öffentlichen Dienst steht bereits der Umstand entgegen, daß sich diese trotz aller Reglementierung in keinem Dienstverhältnis zu einem öffentlichen Dienstherrn befinden.

"Zwar erfüllt der Kassenarzt mit der Behandlung der Kassenmitglieder auch eine öffentliche Aufgabe; er wird sogar durch die Zulassung in ein öffentlich-rechtliches System einbezogen. Innerhalb dieses Systems steht er jedoch weder zu den Kassen noch zur Kassenärztlichen Vereinigung in einem Dienstverhältnis" (BVerfGE 11, 30 (39)).

Ein Dienstverhältnis des Vertragsarztes zu einer oder mehreren Krankenkassen scheidet schon deshalb aus, weil der Vertragsarzt für seine Tätigkeit von den Krankenkassen, mit denen ihn keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen verbinden, kein Gehalt empfängt. Genausowenig werden Dienstverhältnisse zwischen Vertrags(zahn)ärzten und Kassen(zahn)ärztlicher Vereinigung begründet. Der einzelne Vertragsarzt ist nicht Dienstnehmer, sondern Mitglied der für seinen Kassenarztsitz zuständigen Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung und damit Mitglied einer Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 77 Abs. 3 S. 1, § 95 Abs. 3 S. 1 in Verbindung mit § 72 Abs. 1 S. 2 SGB V). Das sieht das Bundesverfassungsgericht nicht anders:

"Der Kassenärztlichen Vereinigung gegenüber übernimmt er mit der Zulassung die Verpflichtung, sich zur Versorgung der Kassenmitglieder bereitzuhalten und ihre Behandlung im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen und der Richtlinien durchzuführen; insoweit bestehen auch gewisse Disziplinarbefugnisse, die aber ein Abhängigkeitsverhältnis weder begründen noch voraussetzen. Die Kassenärztliche Vereinigung ist organisiert als genossenschaftliche Vereinigung der Kassenärzte zur kooperativen Erfüllung der Verpflichtung, die ärztliche Versorgung der Kassenmitglieder sicherzustellen. Der Kassenarzt ist nicht ihr Dienstnehmer, sondern ihr Mitglied und nimmt als freiberuflich tätiger Arzt an der Versorgung der Kassenmitglieder teil. Die Kassenärztliche Vereinigung hat dementsprechend weder die dem öffentlichen Dienst eigentümliche Fürsorgepflicht eines Dienstherrn, der dem Kassenarzt die Sorge um die Existenz und die Alterssicherung abnehmen würde, noch haftet sie wie ein Dienstherr für Verschulden des Arztes. Dieser allein ist dem Kassenpatienten, dessen Behandlung er übernommen hat, für Behandlungsfehler ... verantwortlich. Er trägt das ganze wirtschaftliche Risiko seines Berufs selbst" (BVerfGE 11, 30 (39 f.)).

Aus den in Art. 33 Abs. 5 GG genannten hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums würde sich eine Fürsorgepflicht des Dienstherrn ergeben (insbesondere eine Alimentationspflicht). Daran fehlt es. Der Gesetzgeber hat sich darauf beschränkt, in § 72 Abs. 2 SGB V die Angemessenheit der Vergütungen vertragsärztlicher Leistungen als einen von mehreren Parametern zu nennen, welche bei der Festsetzung der Vergütungshöhe zu berücksichtigen sind. Der Rechtsbegriff der angemessenen Vergütung ist die verfassungsgeboteene Kompensation für den Ausschluß des Vergütungsanspruchs gegenüber dem Patienten. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist die Angemessenheit der Vergütung ein Gebot, das den beteiligten Körperschaften einen großen Beurteilungsspielraum belasse (BSGE 20, 73 (84); 51, 58 (63)). Die Einhaltung des Grundsatzes angemessener Vergütung sei nur auf offensichtliche Fehler hin überprüfbar. Eine allgemeine Verpflichtung eines öffentlichen Dienstherrn zur Sicherstellung einer angemessenen Vergütung oder sogar eines standesgemäßen Unterhalts ist damit nicht begründet worden. Dies folge allgemein aus dem Grundsatz der Beitragsatzstabilität. Besonders deutlich wurde dies durch die zeitweise geltende Budgetierung der Gesamtvergütungen für vertragsärztliche Leistungen (§ 85 Abs. 3a und 3b SGB V). Damit sollte eine absolute Begrenzung der Gesamtvergütung unabhängig von den Kriterien des § 72 Abs. 2 SGB V erreicht werden.

2. Dem Vertragsarzt im Sinn von § 76 Abs. 1 SGB V wird teilweise eine Stellung zwischen freipraktizierendem Arzt und einem öffentlichen Organwalter und Amtsträger zugewiesen. Dies wird mit der Einbindung des Vertragsarztes in ein öffentlich-rechtlich geregeltes System der vertragsärztlichen Versorgung begründet, in der "eigenverantwortlich-privatrechtliche Elemente" (funktionale Pri-

vatheit) zwar noch vorhanden seien, die aber durch "öffentlich-rechtliche Verpflichtungen" (funktionale Staatlichkeit) weitgehend zurückgedrängt würden. Art. 12 GG wird zwar als grundsätzlich anwendbar angesehen, dem Gesetzgeber wird jedoch, wegen der Nähe der vertragsärztlichen Tätigkeit zu den (fragwürdig) von Art. 33 GG erfaßten staatlich gebundenen Berufen, eine erweiterte Regelungsbezugnis eingeräumt. Die vom Gesetzgeber in Anspruch genommene Regelungsdichte kann jedoch nicht dazu führen, daß der Schutzgehalt des Art. 12 Abs. 1 GG gegenüber den Vertragsärzten entleert wird. Die vertragsärztliche Tätigkeit könnte nicht einmal als öffentlicher Dienst im Sinne des Art. 33 GG angesehen werden, wenn der Staat, wie auch sonst im öffentlichen Dienst, die mit der Berufsausübung verbundenen wirtschaftlichen Risiken übernehmen würde. Die Amtsverfassung des Grundgesetzes läßt nur einen Öffentlichen Dienst in Ämtern zu, die als "öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnisse" nach den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums geordnet sind, also Beamtenverhältnisse. Selbst die privatrechtlichen Anstellungen im öffentlichen Dienst, die immerhin beamtennah geregelt sind, werfen Bedenken wegen der republikanischen Amtsverfassung auf. Keinesfalls läßt sich ein Zwitter zwischen dem institutionell privaten Beruf und dem institutionell staatlichen Amt dogmatisieren, weil Privatheit und Staatlichkeit wesensverschieden sind. Die staatlichen Interessen an der Berufsausübung der Privaten sind mittels der Gesetze durchzusetzen, welche die institutionelle Privatheit nicht aufheben, sondern deren funktionale Staatlichkeit variieren. Insbesondere wäre der "staatlich gebundene Beruf" als Amt nicht demokratisch legitimiert. Das Bundesverfassungsgericht nutzt gern selbstkreierte Spannungsverhältnisse zwischen unterschiedlichen Rechtsprinzipien, die in textgerechter Anwendung als unvereinbar hingestellt werden, um den verfassungsrechtlichen Argumentationshaushalt zu erweitern (etwa BVerfGE 2, 1 (72); 4, 144 (149); 41, 126 (146)). Meist gefallen lediglich die Ergebnisse stringenter Dogmatik nicht, weil sie die verfassungswidrige Praxis zu ändern geböten. Die Einheit der Verfassung und des Verfassungsgesetzes gebieten eine rechtliche Begrifflichkeit, welche uneingeschränkt die klassischen Interpretationsmethoden wahrt und sich dem Rechtssystem des Grundgesetzes als der Verwirklichung der Verfassung der Menschheit des Menschen unterwirft. Die übermäßig weite Öffnung der Begriffe des Grundgesetzes hat dessen Ordnung verlassen und zu einem Gesetzespositivismus geführt, unter dem jetzt etwa die Vertrags(zahn)ärzte zu leiden haben. Es gibt Spannungsverhältnisse zwischen Rechtsprinzipien, welche einer abwägenden Materialisierung fähig und bedürftig sind. Rechtsprinzipien, die nicht gleichzeitig uneingeschränkt verwirklicht werden können, müssen zu praktischer Konkordanz entfaltet werden. Die Abwägung der prinzipienhaften Werte ist unvermeidbar (vgl. BVerfGE 100, 214 (222); 100, 271 (283 f.)). Aber die berücksichtigten Prinzipien müssen im Rahmen der verfassungsgesetzlichen Begrifflichkeit bleiben, jedenfalls soweit diese der menschheitlichen Verfassung gemäß ist, wie durchgehend das Grundgesetz in seiner ursprünglichen Fassung, wenn es

denn richtig, nämlich freiheitlich im republikanischen Sinne, gelesen wird. Die Spannungsdogmatik darf nicht Willkürentscheidungen bemänteln. Für die Dogmatik des staatlich gebundenen Berufs als einer Institution der Amtsverfassung des Art. 33 GG gibt es keinerlei Ansatzpunkt. Die betroffenen freien Berufe sind institutionell privat, nicht staatlich und sie sind wie alle Berufe den Gesetzen verpflichtet und somit funktional staatlich. Die Dogmatik vom staatlich gebundenen Beruf würde für jeden Beruf passen und folglich die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG entwerten. Die Relativierung des berufsfreiheitsrechtlichen Schutzes der Vertrags(zahn)ärzte als Freiberufler ist reine Willkür.

Die ärztliche Behandlung ist nicht einmal staatliche Aufgabe, die als solche nicht material, sondern formal zu bestimmen ist. Vielmehr stellen die Krankenkassen, ihrer gesetzlichen Verpflichtung entsprechend, den Versicherten die Leistungen grundsätzlich als Sach- und Dienstleistung mit Hilfe der freiberuflichen Tätigkeit der Ärzte zur Verfügung (vgl. § 2 Abs. 1 und 2, § 13 Abs. 1 und 2 SGB V). Die Gesetzliche Krankenversicherung baut, wie das Bundesverfassungsgericht bereits im Kassenarzturteil festgestellt hat, "nicht nur ihr Kassenarztsystem auf dem Arztberufe als einem freien Berufe auf, indem sie das Vorhandensein eines solchen Berufes praktisch und rechtlich voraussetzt und sich zunutze macht, sondern sie beläßt auch die Tätigkeit als Kassenarzt im Rahmen dieses freien Berufes" (BVerfGE 11, 30 (40)). Der Vertragsarzt hat das volle wirtschaftliche Risiko seiner Berufsausübung allein zu tragen. Ebenso wie der privat behandelnde Arzt muß der Vertragsarzt die Finanzierung der Praxisgründung und des Praxisbetriebs, den Aufbau und Erhalt des Patientenstammes, die Eigenfinanzierung der Altersversorgung und die Haftung gegenüber dem Patienten für eventuelle Behandlungsfehler sicherstellen. Art. 33 GG ermächtigt zudem nicht dazu, bestimmte Berufsgruppen in die Pflicht zu nehmen oder zu verstaatlichen. Jede berufliche Tätigkeit wie jede Tätigkeit überhaupt ist aber staatlich, d.h. gesetzlich, bestimmt, je nachdem in welchem Maße die Verwirklichung des Gemeinwohls die allgemeine Gesetzgebung erfordert. Alle institutionell privaten Tätigkeiten sind immer auch Verwirklichung staatlicher Gesetze, welche die Privatheit des Handelns erlauben, aber auch (einschränkend) regeln. Jedes Handeln von Menschen ist (auch) funktional staatlich, nämlich Gemeinwohlverwirklichung durch Gesetzesvollzug. Es gibt darum nur ein Mehr oder Weniger staatlicher Bindung, ohne daß daraus eine besondere Gruppe "staatlich gebundener Berufe" erwüchse. Der Begriff des staatlich gebundenen Berufs ist unergiebig und hat keinen rechtlichen Status. Das Bundesverfassungsgericht nutzt ihn zu Unrecht, um Restriktionen der Berufsfreiheit in Anlehnung an das Recht des öffentlichen Dienstes zu begründen.

Im übrigen erscheint eine Dogmatik des "staatlich gebundenen Berufes" ohnehin nicht weiterführend: Tritt an die Stelle des Berufs eine staatliche Aufgabe, dann muß diese durch ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 33 GG erledigt werden.

Bleibt es beim privaten Beruf, kann dieser staatlichen Bindungen unterliegen, deren Begrenzung allein nach Art. 12 GG zu beurteilen ist. Nur weil sich diese Bindungen an Art. 12 Abs. 1 GG messen lassen müssen, ist die Berufsausübung der Vertrags(zahn)ärzte nicht wegen ihrer Einbindung in das System der gesetzlichen Krankenversicherung besonders einschränkbar. Jede Einschränkung muß sich den Prinzipien der Berufsfreiheit fügen und darf diese nicht im Wesensgehalt (Art. 19 Abs. 2 GG) beeinträchtigen.

Auch die besondere sittliche Verpflichtung des Arztes gegenüber den Patienten kann die Einordnung als staatlich gebunden Beruf nicht begründen. Die ethische Verantwortung ist Wesensmerkmal des freien Berufes, wie allen Handelns in Freiheit, und kann nicht zur Qualifizierung einer quasi-öffentlichen Diensttätigkeit des Vertrags(zahn)arztes dienen.

V. Zulassungsbeschränkungen

Zur Freiheit der Berufsausübung gehört auch die Freiheit, sich an jedem Ort Deutschlands in seinem Beruf zu betätigen. Seit dem Gesundheitsstrukturgesetz ist eine freiberufliche Standortentscheidung durch §§ 101 ff. SGB V ausgeschlossen. Damit sind niederlassungswillige Ärzte in der Freiheit, den Ort ihrer Berufsausübung zu wählen, betroffen. Dies beeinträchtigt auch die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie Wahl des Arbeitsplatzes.

In den Kassenarztentscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht selbst feste Zulassungsgrenzen, die einen ungehinderten Zugang zur Kassenpraxis beseitigen, lediglich als Berufsausübungsbeschränkungen angesehen. Die Tätigkeit als Kassenarzt sei (entgegen der von uns vertretenen Auffassung) kein eigenständiger Beruf, sondern lediglich eine Ausübungsform des einheitlichen Berufs des "frei praktizierenden Arztes" (BVerfGE 11, 30 (40); vgl. BSGE 82, 41 (43)). Auch der Arzt, dem der Zugang zur Kassenpraxis aufgrund von Zulassungssperren verwehrt wird, könne Privatbehandlungen durchführen und mit dieser Einschränkung seinen Beruf ausüben. Die Zulassungsregelung kommt jedoch einer Berufswahlbeschränkung zumindest nahe. Der Arzt, besonders der Berufsanfänger, ist angesichts der Tatsache, daß 90% der Gesamtbevölkerung gesetzlich krankenversichert sind, zur Schaffung und Erhaltung einer Existenzgrundlage in der Regel auf eine Kassenzulassung angewiesen. Die Berufsausübungsregelung kommt einer Berufswahlbeschränkung umso näher, "je länger und je fachlich spezialisierter die Vor- und Ausbildung war, je eindeutiger mit der Wahl dieser Ausbildung zugleich dieser konkrete Beruf gewählt wurde" (BVerfGE 7, 377 (407)). Das Bundesverfassungsgericht hat an die Regelung der Bedarfszulassung den Prüfungsmaßstab angelegt, an dem nach seiner Stufenlehre (BVerfGE 7, 377 (400 ff.)) objektive Zulassungsvoraussetzungen zu messen sind. Sie sind nur zulässig, wenn

sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut erforderlich sind (etwa BVerfGE 7, 377 (407 ff.)).

Die mit dem Gesundheitsstrukturgesetz eingeführten rigorosen Zulassungssteuerungen sollen dem Ziel dienen, die zukünftige Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung zu sichern. Ausgehend von der Überzeugung, daß "das Überangebot an Kassenärzten ein wesentlicher Grund für die Finanzentwicklung der Gesetzlichen Krankenkassen ist" (BT-Drs. 12/3608, S. 96 ff.), meinte der Gesetzgeber, dem nur noch mit Zulassungsbeschränkungen begegnen zu können. Die Zulassungsbeschränkungen sollen regionale Überversorgungen mit Ärzten verhindern.

Das Bundesverfassungsgericht gesteht dem Gesetzgeber einen erheblichen politischen Spielraum zu, wenn zu beurteilen ist, ob Gemeininteressen derart wesentlich sind, daß sie die Berufswahl beschränkende Regelungen rechtfertigen können. In dem Spielraum dürfe die gerichtliche Nachprüfung nur mit Zurückhaltung erfolgen. Das Bundesverfassungsgericht hat die "Sicherung der finanziellen Stabilität der Gesetzlichen Krankenversicherung" als eine "Gemeinwohlaufgabe" bezeichnet, "welche der Gesetzgeber nicht nur verfolgen darf, sondern der er sich nicht einmal entziehen dürfte" (BVerfGE 68, 193 (218)). Daß ein echtes Vertragssystem für ärztliche Leistungen verbunden mit einem nicht durch eine Solidari-tätsideologie verfälschten Versicherungssystem das Kostenproblem sachgerecht, nämlich marktgerecht und somit bedarfsgerecht, lösen würde, ist oben mehrfach ausgeführt, wenn auch jedes Versicherungssystem zum Mißbrauch reizt.

Die Zulassungsbeschränkungen verfolgen nur in systemimmanenter Betrachtung einen legitimen Zweck. Die Legitimität des gegenwärtigen planwirtschaftlich regulierten Gesundheitswesens und seine Zwangsfinanzierung ist oben kritisiert worden. Kostenprobleme werden am besten durch ein echtes leistungs- und bedarfadäquates Vertragssystem, gegebenenfalls mit selbstverantworteter Versicherung, gelöst.

Ein vom Gesetzgeber vorgesehenes Mittel ist im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geeignet, "wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann" (BVerfGE 7, 377 (410)). Zur Frage der verfassungsgerichtlichen Überprüfbarkeit von Zulassungsbeschränkungen führt das Bundesverfassungsgericht aus, "daß bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Zwecktauglichkeit eines Gesetzes Zurückhaltung geboten" sei (BVerfGE 50, 290 (322 f.)). Das Bundesverfassungsgericht könne die Einschätzung des Gesetzgebers erst dann beanstanden, wenn das eingesetzte Mittel zur Erreichung des verfolgten Ziels "objektiv untauglich oder ungeeignet" oder "schlechthin ungeeignet" sei. Der angestrebte

Erfolg müsse bei einer ex ante-Betrachtung zumindest als möglich erscheinen (vgl. BVerfGE 16, 147 (181)). Erweise sich die Maßnahme später als ungeeignet, sei der Gesetzgeber allerdings zur Korrektur verpflichtet (BVerfGE 25, 1 (13); 50, 290 (335)).

Der vom Gesetzgeber behauptete "unlösbare Zusammenhang zwischen Arztzahl und Finanzentwicklung der Gesetzlichen Krankenversicherung" wird zwar oft herausgestellt (sogenannte anbieterinduzierte Nachfrage; BT-Drs. 11, 6380, S. 62), ist aber in der Gesetzesbegründung nicht hinreichend plausibel dargetan. Möglich ist auch, daß eine weitere Steigerung der Zahl der Vertragsärzte nur zu einer anderen Verteilung der Arbeitslast und des Einkommens unter den Ärzten führen würde. Die Finanzprobleme im Gesundheitswesen sind wesentlich auf die Altersstruktur der Bevölkerung, die hohe Arbeitslosigkeit und insbesondere auf das kostenfördernde Naturalleistungsprinzip, aber auch auf eine fragwürdige Beitragsstruktur einschließlich der beitragslosen Leistungsberechtigten zurückzuführen. Zulassungsbeschränkungen können die Kosten allenfalls begrenzt mindern.

Erforderlich wären die Zulassungsbeschränkungen nicht, wenn der erstrebte Zweck mit einem gleich wirksamen, aber die Berufsausübung weniger beschränkenden Mittel hätte erreicht werden können. Das Bundesverfassungsgericht hat an den Nachweis einer Regelung, durch die in jeder Hinsicht geeignete Bewerber vom Beruf ferngehalten werden, "besonders strenge Anforderungen" gestellt (BVerfGE 7, 377 (408)), zu Recht. Wegen der dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG nach an sich schrankenlosen Garantie der Freiheit der Berufswahl und der Wahl des Arbeitsplatzes, gilt bei Zulassungsbeschränkungen, die der einzelne nicht durch angemessene Qualifikation überwinden kann, eine prima facie-Präferenz der Berufsfreiheit gegenüber den vom Gesetzgeber verfolgten Zwecken; es sei denn, die Zulassungsregelung schützt ein vergleichbar hochrangiges Gut, wie es die Berufsfreiheit ist. Der Gesetzgeber muß somit alle anderen Möglichkeiten zur Sicherstellung der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung, welche in die Berufsausübung, zumal die mit Wirkung auf die Berufswahlfreiheit, weniger intensiv eingreifen, ohne Erfolg ausgeschöpft haben, bevor er die Zulassungsbeschränkungen derart drastisch verschärfen darf.

Die selbstregulative Wirkung von Angebot und Nachfrage, die ohne staatlichen Eingriff auskommt, ist in einem marktwirtschaftlichen System effektiv (argumentum aus Art. 4, 98, 105 EGV). Davon ging auch das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen aus den Jahren 1960/61 aus (BVerfGE 11, 30 (48); 12, 144 (148 ff.)). Die Erfüllung solcher Erwartung setzt allerdings voraus, daß in diesen Markt nicht übermäßig regulierend eingegriffen worden ist, insbesondere die für die Kostenentwicklung entscheidende Nachfrageseite der Patienten durch das

Sachleistungsprinzip, aber auch durch das soziale Versicherungsprinzip nicht zur unnötigen Inanspruchnahme von ärztlichen Leistungen und Arzneimitteln angereizt wird, wie dies durch die derzeitigen Regelungen im Gesundheitswesen geschieht. Das dürfte zur Überversorgung mit Ärzten beigetragen haben, wenn auch staatlich geförderte Entwicklungen, wie die Vermassung der Studienberechtigung und damit des Akademikertums bedeutsam sein dürften. Der Staat hat dem Beruf des Arztes die einstmals hohe Attraktivität genommen, um deren Anziehungskraft auf den akademischen Nachwuchs zu mindern, wirksam, aber menschen- und grundrechtswidrig. Die Probleme allzu reichlichen Angebots muß der Markt lösen. Reglementierungen der Berufswahl mißachten die freie Entfaltung der Persönlichkeit im Kern des Beruflichen. Sie sind in einem Gemeinwesen freier Bürger schlechterdings unerträglich.

Der Niederlassungsmarkt hat jedenfalls bis zu den Zulassungsbeschränkungen der §§ 101 ff. SGB V funktioniert. Der Verkauf einer Praxis regelte sich nach Angebot und Nachfrage. Der Zeitpunkt der Niederlassung wurde vornehmlich von der Selbsteinschätzung der Qualität der bisherigen ärztlichen Aus- und Weiterbildung, der Bereitschaft zur Übernahme eines unternehmerischen Risikos, dem Angebot an geeignet erscheinenden Praxisstandorten oder Praxen, den Finanzierungsüberlegungen und nicht zuletzt dem Stellenmarkt für (leitende) Ärzte bestimmt.

Der Gefahr, daß sich Ärzte mißbräuchlich mehr Einkommen durch unnötige medizinische Maßnahmen verschaffen und so entgegen dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 70 Abs. 1 SGB V die gesetzlichen Krankenkassen rechtswidrig belasten, könnte durch effiziente Kontrollen der Einhaltung der in § 12 Abs. 1 SGB V verankerten Wirtschaftlichkeitsgebote begegnet werden. Allerdings wird die Effizienz sowohl von Stichprobenprüfungen als auch von Einzelprüfungen teilweise in Frage gestellt. Soweit die These stimmt, daß die erhöhte Kostenbelastung der gesetzlichen Krankenkassen damit zusammenhängt, daß die Vertragsärzte medizinisch unnötige Therapien verschreiben, verspricht deren strengere Kontrolle durch auch medizinisch sachverständige (unabhängige) Prüfer Abhilfe. Kontrollprobleme nehmen diesem milderen Mittel nicht von vornherein die Effizienz, weil die Kontrolle organisierbar erscheint. Fachliche Einzelkontrollen mit gegebenenfalls wirksamen Sanktionen des Mißbrauchs (Strafbarkeit) stehen im übrigen in keinem Verhältnis zu den allgemeinen Beschränkungen der Berufsfreiheit, welche auch die große Mehrheit der Ärzteschaft zu tragen hat, die ihrem Beruf dem ärztlichen Ethos gemäß nachgeht, hilft und nicht rafft. Die Transparenz würde sich schon erhöhen, wenn die Patienten im Erstattungssystem Adressaten der Liquidationen wären oder im Sachleistungssystem zumindest eine Kostenaufstellung erhalten würden. Besser noch und letztlich notwendig ist die finanzielle Verantwortung der Patienten für die Kosten, die sie veranlassen. Das kann auch prozentual und auch

mittelbar gestaltet sein, wie privatwirtschaftliche Versicherungssysteme erweisen. Es gibt keine Rechtfertigung für ein kostenloses Leistungssystem im Gesundheitswesen, das von einem fragwürdigen, Gerechtigkeit ignorierenden und von den Leistungsverhältnissen losgelösten, Beitragssystem finanziert wird. Gesundheit ist ein sehr hohes Gut des Menschen, aber das heißt nicht, daß Gesundheit nicht ein selbstverantwortetes Gut ist, auch wirtschaftlich. Solidarische Hilfe im Sinne des Sozialprinzips muß den leistungsschwachen Angehörigen des Volkes gegeben werden, aber Hilfe muß, wenn sie der Staat erzwingt, auf den Notfall begrenzt sein. Die Finanzierung der Gesundheit muß den Menschen der Finanzierung der Freizeitgestaltung vorgehen. Nur eine freiheitliche Sozialpolitik, welche mit der Selbständigkeit des Menschen auch seine Selbstverantwortung verbindet, wird auch eine Wirtschaftspolitik hervorbringen, welche die globale Herausforderung an die Wirtschaft meistert, ohne die Lebensqualität in Deutschland gänzlich zu ruinieren. Die Sozialpolitik, zumal die des SGB V, ist längst eine Politik der Entbürgerlichung; d.h. der "Verhausschweinung" der Menschen (*Konrad Lorenz*), geworden. Mit der Sittlichkeit einer Republik, des Gemeinwesens freier Bürger, ist das Leben auf Kosten anderer prinzipiell nicht vereinbar, schon gar nicht, wenn deswegen ein lebenswichtiger Berufsstand diskriminiert und auch ruiniert wird.

Die Berufszulassungsbeschränkungen können nur verhältnismäßig sein, wenn der Gesetzgeber alle relevanten Ursachen für die Kostenprobleme eines Lebensbereichs angemessen zu bekämpfen versucht. Unangemessen und gleichheitswidrig ist eine Maßnahme, wenn einzelne Personen oder Sachbereiche übermäßig belastet, andere hingegen sachwidrig ausgespart werden. Eine solche Maßnahme ist unzumutbar. Die Finanzmisere der Krankenkassen hat ihre Hauptursache in strukturellen Problemen. Diese zu beseitigen ist aber nicht Ziel der Bedarfszulassung und kann nicht deren Wirkung sein. Vielmehr wird die Arztdichte zur Hauptursache des Kostenproblems erklärt. Dies erscheint, jedenfalls mit dieser Gewichtung, sachwidrig, zumal diese Annahme der Vertrags(zahn)ärzteschaft unterstellt, permanent gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot zu verstoßen. Finanzielle Probleme, welche sich offensichtlich anders lösen lassen und somit nicht den Gesundheitsschutz der Kassenpatienten gefährden, können einen so schwerwiegenden Eingriff in die Freiheit des Arztberufs nicht rechtfertigen.

Die Pflicht zur Bedarfsplanerstellung ist eine planwirtschaftliche Maßnahme, welche aus Gründen des Gesundheitsschutzes nicht zu rechtfertigen ist. Sie beschränkt die ärztliche Berufsfreiheit übermäßig. Eine ärztliche Überversorgung, die keine negativen Auswirkungen auf die gesundheitliche Versorgung hat, zu beseitigen, bedarf keiner staatlichen Regulierung. Sie reguliert sich in einer marktwirtschaftlichen Ordnung selbst. Auch Unterversorgungen gleichen sich im Wettbewerb zumeist aus. Jedenfalls können sie der ärztlichen Selbstverwaltung überlassen bleiben.

Die Bedarfszulassung nach Verhältniszahlen gemäß § 102 SGB V ist eine die Berufswahl betreffende Regelung, auf die der Arzt keinerlei Einfluß etwa durch Eignung, Befähigung oder Leistung hat. Die Ablehnung der Kassenzulassung kann den antragsstellenden Arzt schicksalhaft treffen und unter Umständen seine gesamte Ausbildung entwerten. Existentiell ist die Grundrechtsbeeinträchtigung, wenn ein Arzt nirgendwo eine Kassenzulassung erhält.

Mit der Einführung von gesetzlich festgelegten Verhältniszahlen ist ein Berufslenkungsinstrument wiederbelebt worden, welches § 368a Abs. 1 Satz 1 der Reichsversicherungsordnung in der Fassung des Gesetzes über Kassenarztrecht vom 17. August 1955 als Zulassungsbeschränkung enthalten hatte. Diese Regelung war vom Bundesverfassungsgericht 1960/61 wegen Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG sowohl für Ärzte als auch für Zahnärzte für nichtig erklärt worden (BVerfGE 11, 30 ff.; 12, 144 ff.).

Das Gericht hat in diesen grundlegenden Erkenntnissen die wirtschaftliche Abhängigkeit des ganz überwiegenden Teils der Ärzte von der Kassenzulassung herausgestellt und den starren schematischen Charakter dieser Verhältniszahl als objektive Zulassungsbeschränkung eingestuft. Eine solche sei nur dann gerechtfertigt, wenn sie durch besonders wichtige Interessen der Allgemeinheit gefordert werde. Das Bundesverfassungsgericht konnte sich nicht davon überzeugen, daß eine Freigabe der Zulassung zu der von den Kassen so gefürchteten Vielgeschäftigkeit der Ärzte führen würde, damit zu einer Erhöhung der Gesamtvergütungen für die Kassenärzte und im Endeffekt zu einer Gefährdung der Finanzierbarkeit des gesamten Systems. Das Bundesverfassungsgericht hatte erklärt, daß eine "einschneidende Mehrbelastung der Krankenkassen jedenfalls bei dem gegenwärtigen System der Abgeltung ... nicht zu erwarten" sei (BVerfGE 11, 30 (46)).

Die existentielle Betroffenheit der nicht zugelassenen Ärzte steht in keinem angemessenen Verhältnis zu dem Ziel, wirksame Kosteneinsparungen im Gesundheitssystem zu erreichen, zumal die Finanzierbarkeit des Gesundheitssystems auf andere Weise, insbesondere durch ein echtes Vertragswesen, erreicht werden kann. Die Kosteneinsparung im Wege der Bedarfszulassung ist schon deshalb unangemessen, weil sie einseitig zu Lasten der Vertragsärzte geht. Das Menschenrecht, den Beruf frei zu wählen, ist für die Persönlichkeitsentfaltung von derart existentieller Bedeutung, daß die Berufssteuerung durch Bedarfsregelungen mit dem Freiheitsprinzip einer Republik, eines Gemeinwesens der Menschenwürde und der Menschenrechte, also einem sozialen Staat, nicht vereinbart werden kann. Die große Berufsfreiheit wird zurückgedrängt, um vergleichsweise kleine Kosten- und Verteilungsinteressen zu sichern. Der Staat betreibt eine Art Oligopolpolitik durch Gesetz. Der Mißbrauch des freilich leicht zu mißbrauchenden Systems der

(vermeintlich) solidarischen Krankenversicherung muß ad personam und ad rem bekämpft werden. Ein System, das so wenig menschengerecht ist und so wenig in die Wirtschaftsordnung eines freiheitlichen Gemeinwesens, nämlich die Ordnung des Marktes, des Wettbewerbs und des Vertrages und damit die Ordnung der Selbständigkeit und der Selbstverantwortung, des eigentlich Sozialen als des Brüderlichen, paßt, verdient die Verteidigung durch eine die freie Entfaltung der Persönlichkeit ebenso wie das freiheitliche Leistungsprinzip verachtende Politik der Wahlgeschenke nicht.

Letztlich wird nur eine grundlegende Umgestaltung des Gesundheitswesens zum Recht führen und die Finanzierbarkeit sicherstellen. Alles andere bleibt Kurieren an Symptomen. Auch das sozialistische Gesundheitswesen muß revolutioniert, d.h. zur Freiheit geführt werden.

VI. Beitragssatzstabilität zu Lasten des Vertragsprinzips

Das System der Gesetzlichen Krankenversicherung mißachtet das Vertragsprinzip als einer Grundlage menschheitlicher Ordnung (dazu B, II). Das koalitions- und berufsrechtliche Vertragsprinzip wird im SGB V ohne sachliche Rechtfertigung zugunsten einer staatlichen Reglementierung zurückgedrängt. Das ist mit dem fundamentalen menschheitlichen Privatheitsprinzip (dazu B, I) unvereinbar. Dem Vertragsprinzip muß wegen Art. 9 Abs. 3 GG, aber auch wegen Art. 12 Abs. 1 GG eine durchgängige, alle beruflichen Angelegenheiten der Vertragsärzte betreffende Geltung verschafft werden. Das Vertragsprinzip hat zumal im Vergütungswesen im SGB V nur noch ergänzende Funktion der namentlich in § 84 ff. vorgegebenen materialen Regelungen des Gesetzgebers, welche den Vertragspartnern des Gesundheitswesens den substantiellen Einfluß auf ihre beruflichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, der ihnen menschen- und grundrechtlich zusteht, nimmt. Diese, vor allem die Regelungen über die Gesamtvergütung (§ 85 SGB V), wirken sich einseitig zu Lasten der Vertrags(zahn)ärzte aus, insbesondere wegen der Bindung an den Grundsatz der Beitragssatzstabilität (§ 71 Abs. 2 SGB V).

Insgesamt kann unter dem geltenden SGB V von einer Vergütungsautonomie, welche einen Interessenausgleich der Partner des Gesundheitswesens ermöglicht, nicht mehr gesprochen werden. Dies zeigen die §§ 71 Abs. 2, 85 Abs. 4, 87 Abs. 2a und Abs. 4 SGB V. Eine Vertragsparität zwischen den Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen und den Krankenkassen, welche Art. 9 Abs. 3 GG sicherzustellen gebietet, wird durch diese Reglementierungen des SGB V systematisch unterlaufen. Die hohen Kosten des Gesundheitswesens können die übermäßige Regulierung zu Lasten der ärztlichen Selbständigkeit nicht rechtfertigen, weil das Vertrags- und damit das Wettbewerbsprinzip genauso wirksam sind oder Kostensenkungen zu bewirken vermögen. Das quasi-sozialistische, jedenfalls planwirtschaftliche, Regelwerk des

SGB V nimmt der freiberuflichen Selbstverwaltung, die in Art. 9 Abs. 3 GG ihre Verfassungsgrundlage hat, die materielle Substanz.

Die kritisierten Reglementierungen beschneiden die Interessen und Rechte der Vertrags(zahn)ärzte einseitig und übermäßig. § 72 Abs. 2 SGB V ändert hieran im Grundsatz nichts. Nach dieser Vorschrift sind die ärztlichen Leistungen zwar "angemessen" zu vergüten, aber aufgrund seiner Offenheit ist der Begriff der angemessenen Vergütung, auch wenn ihn § 85 Abs. 3 SGB V in gewissem Maße materialisiert, nur bedingt judiziabel. Seine Einhaltung sichert kein besonderes Aufsichtsverfahren, wie dies zur Durchsetzung des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität eingerichtet worden ist. Von einer Gleichrangigkeit zwischen den Grundsätzen der Angemessenheit der Vergütung einerseits und dem Grundsatz der Beitragssatzstabilität, wie dies behauptet wird, kann jedenfalls seit Einführung des § 71 Abs. 2 SGB V nicht mehr gesprochen werden. Der Gesetzgeber hat den Grundsatz der Beitragssatzstabilität materiell durch die oben kritisierten Vorschriften mit einem Vorrang vor dem offenen, kaum judiziablen Rechtsbegriff der angemessenen Vergütung versehen. Weil vom Gesetzgeber die Durchsetzungsmöglichkeiten für den Grundsatz der Beitragssatzstabilität weitaus intensiver entwickelt worden sind als für den Grundsatz der Angemessenheit der Vergütung, der den Vertrags(zahn)ärzten nach Auffassung der Rechtsprechung grundsätzlich nicht auch ein subjektives Recht gibt, wird offenbar, daß der Gesetzgeber den Interessen der Krankenkassen und damit der gesetzlich Krankenversicherten, den vielen Wählern ein deutliches Übergewicht eingeräumt hat. Dieses ist zum Zwecke der Sicherung des Systems der Gesetzlichen Krankenversicherung nicht geboten, weil dasselbe unter dem aktuellen regulativen, planwirtschaftlichen (quasi-sozialistischen) System, ersichtlich nicht in der Lage ist, die Finanzkrise im Gesundheitswesen zu beseitigen. Eine derart harte Präferenzentscheidung zugunsten der Beitragssatzstabilität tastet die Grundrechte der Art. 9 Abs. 1, Art. 9 Abs. 3, Art. 12 Abs. 1 GG in ihrem Wesensgehalt an (Art. 19 Abs. 2 GG), jedenfalls insofern dieser nach der relativen Wesensgehaltslehre die Möglichkeit einer verhältnismäßigen Abwägung gebietet. Eine solche ermöglicht das Gesetz jedoch zwischen dem Grundsatz der Beitragssatzstabilität und anderen Grundsätzen, insbesondere dem angemessener Vergütung, nach der derzeitigen Gesetzeslage nicht, weil dem Grundsatz der Beitragssatzstabilität Vorrang beigemessen ist.

Die übermäßig reglementierende Ausgestaltung des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität führt zu einer einseitigen Begrenzung des vertraglichen Gestaltungsspielraums zu Lasten der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen, also der Vertrags(zahn)ärzte, und zu Gunsten der Krankenkassen, aber letztlich nicht zu Gunsten der nicht wirklich begünstigten sozialversicherten Menschen. Damit hat der Gesetzgeber seiner Pflicht aus Art. 9 Abs. 3 GG, einerseits den privaten Verträgen einen bestmöglichen Spielraum zu geben und andererseits die Vertragsparität nicht zu verzerren, verletzt. Der Gesetzgeber hat verhindert, daß der Zweck der privatheitlichen

Selbstverwaltung im Gesundheitswesen, nämlich ein Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien, der das Rechtsprinzip verwirklicht, also im besten Sinne gerecht ist, und damit auch eine "angemessene Vergütung" der Vertrags(zahn)ärzte im Sinne des § 72 Abs. 2 SGB V eine Verwirklichungschance hat. Die leistungswidrige Abstufung der Punktwerte nach §§ 85 Abs. 4 S. 7, 87 Abs. 2a S. 7 SGB V mißachtet nicht nur das wirtschaftsverfassungsrechtliche Marktprinzip, dessen wichtigster und die Verteilung rechtfertigender Parameter die Leistung ist, sondern entwürdigt die Leistungserbringer, indem ihr Leistungswillen finanziell demotiviert wird. Eine solche Politik ist Ausdruck sozialistischer Entbürgerlichung der freien Berufe im Gesundheitswesen, der Ärzteschaft. Die Vertrags(zahn)ärzte werden zu mäßig bezahlten Dienstleistern der von der pluralen Parteienoligarchie hofierten Wähler, die alle einmal krank werden oder zu werden befürchten müssen. Das hohe Gut der Gesundheit wird vielen Menschen im Lande zu Kosten angeboten, welche den Leistungen der Vertrags(zahn)ärzte und auch anderer heilberuflicher Leistungserbringer keinesfalls und zunehmend weniger entsprechen. Die Unterschiede der Leistungsfähigkeit der Patienten sollen möglichst nivelliert werden. Dafür wird das Solidaritätsprinzip bemüht. Es ist aber nur noch ein rechtloser Sozialismus. Alle Menschen sollen eine ausreichende medizinische Versorgung genießen und können diese wegen der Schutzpflicht des Staates zugunsten des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und wegen des Sozialprinzips des Art. 20 Abs. 1 S. 1 GG beanspruchen, aber das Gesundheitssystem muß sich auch in die anderen Prinzipien eines menschenwürdigen und menschenrechtlichen Gemeinwesens, der Republik, fügen, also in die freiberufliche Koalitionsfreiheit, in die Berufsfreiheit und damit in die privatheitliche Vertragsfreiheit. Keinesfalls darf die sozialpolitische Verteilung einen Partner im System, hier das Gesundheitssystem, ausbeuten, schon gar nicht die Leistungserbringer. Das führt nicht nur zum Niedergang eines (vielleicht einstmals) leistungsgerechten Systems, sondern ist, weil gegen die praktische Vernunft und gegen das Prinzip bestmöglichen Interessenausgleichs gerichtet, rechtlos. Die Vertrags(zahn)ärzte und auch andere heilberufliche Leistungserbringer werden durch die Politik der Sozialversicherung zur Selbstausbeutung gezwungen, um das überforderte System der Gesetzlichen Krankenversicherung zu stützen. Dem Parteienstaat gelingt der Interessenausgleich nicht.

VII. Verfassungswidrige Regelungen des SGB V

Nur wegen der Grundrechtsverweigerung zu Lasten der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen und anderer heilberuflicher Körperschaften des öffentlichen Rechts hat das System der Gesetzlichen Krankenversicherung des SGB V sich behaupten können. Es verletzt die Würde der Menschen, die im Gesundheitswesen als unmündige Untertanen einer sozialistischen Obrigkeit behandelt werden, und es verletzt die wesentlichen berufsrechtlichen Grundrechte von heilberuflichen Leistungserbringern, insbesondere der Ärzte und Zahnärzte, nämlich die

Berufsfreiheit und die Koalitionsfreiheit. Wenn die Regelungen des SGB V an diesen Grundrechten der Ärzte und Zahnärzte gemessen werden, ergeben sich vielfältige Rechtsverstöße. Im Folgenden werden nur die Ergebnisse der Untersuchungen aufgeführt. Die Begründungen finden sich im Zweiten Teil der Abhandlung *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche, Das Unrecht gegenüber den Vertragsärzten in der Gesetzlichen Krankenversicherung, 2002, S. 73 ff.*

Die Verfassungsverstöße des SGB V sind:

1. §§ 71, 85 Abs. 3 S. 2 SGB V sind mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar, weil der Grundsatz der Beitragssatzstabilität die gesundheitspolitische Tarifautonomie im Kern beeinträchtigt, aber nicht gerechtfertigt werden kann und zudem das Verhältnismäßigkeitsprinzip mißachtet.
2. § 84 Abs. 1 SGB V in der Fassung vom 19.12.1998 hat § 9 Abs. 3 GG verletzt, weil Budgetierungen der Arznei-, Verbands- und Heilmittel zur Stabilisierung des gesetzlichen Gesundheitswesens weder sachgerecht, noch erforderlich und schon gar nicht angemessen sind.
3. Die Richtgrößenregelung ist in Verbindung mit § 106 Abs. 5a SGB V eine unverhältnismäßige und nicht gerechtfertigte Berufsausübungsregelung. Die Regelungen des § 84 Abs. 1 und Abs. 3 SGB V verletzen Art. 12 Abs. 1 GG.
4. Die in § 85 Abs. 4 S. 5 und S. 7 SGB V vorgesehenen Vergütungsminderungen verstoßen gegen das in Art. 12 Abs. 1 GG enthaltene Prinzip, daß der Gesetzgeber keine leistungswidrigen, für die verfolgten Zwecke ungenügenden und in der Zweck-Mittel-Relation unverhältnismäßigen Vergütungsbegrenzungen anordnen darf. Die Regelungen sind zudem entwürdigend, weil sie freiheitswidrig Mißbrauch des Leistungssystems durch Vertragsärzte und Kassenpatienten unterstellen, die nur in Falle des Nachweises zu Sanktionen führen dürfen. § 85 Abs. 4 S. 7 SGB V verstößt nicht gegen Art. 9 Abs. 1 und Abs. 3 GG.
5. Die Regelung des § 85 Abs. 2 S. 3 SGB V verletzt Art. 9 Abs. 3 GG, weil durch sie die Vertragsfreiheit ungerechtfertigt eingeschränkt wird. Das Willkürverbot gebietet ein solches Differenzierungsverbot nicht.
6. § 71 Abs. 2 SGB V verstößt gegen Art. 9 Abs. 3 GG, weil der Genehmigungsvorbehalt, der aus dem Beanstandungsrecht folgt, weder materiell (Verfassungswidrigkeit des absoluten Grundsatzes der Beitragssatzstabilität) noch prozedural gerechtfertigt werden kann.
7. Die Ausgestaltung der Vertragsfreiheit der Gesundheitspartner durch ein diskursives, konsensuales Beschlußverfahren im Bewertungsausschuß stellt die durch Art. 9

Abs. 3 GG geschützte Unabhängigkeit der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen von den Krankenkassen zwar nicht in Frage, verletzt aber Art. 9 Abs. 3 GG, weil es durch Gesetz erzwungen und nicht vertraglich eingerichtet ist.

8. § 87 Abs. 2a SGB V verstößt gegen Art. 12 Abs. 1 GG, weil Vergütung der Hausärzte nach Fallpauschalen dem Prinzip leistungsgerechter Vergütung widerspricht.

9. § 87 Abs. 2a SGB V verstößt gegen das Gebot der Einheitlichkeit der Rechtsordnung und somit gegen das rechtsstaatliche Willkürverbot, weil fall- und nicht leistungsorientierte Vergütung der Hausärzte Angebotsanreize schafft, die im Widerspruch zu den angebotsmindernden Leistungsobergrenzen stehen.

10. Weil die Beschränkungen der koalitionsrechtlichen Vertragsfreiheit nicht zu rechtfertigen sind, verletzt § 87 Abs. 2a SGB V auch Art. 9 Abs. 3 GG.

11. Die Regelungen in § 95b Abs. 1 SGB V verstoßen gegen Art. 9 Abs. 3 GG, weil die pauschale Einordnung ärzteverbandlicher Kampfmaßnahmen als Pflichtverletzung übermäßig und darüber hinaus systemwidrig ist.

12. § 95 b Abs. 2 und 3 SGB V sind wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG verfassungswidrig, weil der Staat seine Gesetzgebungsbefugnis entgegen seiner Neutralitätspflicht zum Kampf in der verfassungsgeschützten Tarifaueinandersetzung zwischen den gesundheitspolitischen Partnern mißbraucht und eine berufsfreiheitsrechtlich untragbare Sanktion gegen eine koalitionsrechtlich geschützte Maßnahme von Vertrags(zahn)ärzten verhängt.

13. Das den Streik ausschließende Schiedsverfahren in § 89 SGB V verstößt wegen des Zwangscharakters und wegen der materialen Entmündigung der Vertrags(zahn)ärzteschaft gegen die Streikfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG.

14. § 72a SGB V verstößt gegen Art. 9 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 1 GG, weil der Übergang des Sicherstellungsauftrages auf die Krankenkassen und deren Verbände der Vertrags(zahn)ärzteschaft die Mittel der Interessenwahrnehmung aus der Hand schlägt und die Ärzte gegeneinander entgegen dem Gebot der Kollegialität und der gemeinschaftlichen Selbstverwaltung ausspielt. Der Staat darf sich keiner gegnerischen Kampfmaßnahmen bedienen. Die Vertrags(zahn)ärzteschaft wird durch das SGB V in ihrer Würde verletzt und erniedrigt.

15. § 79a SGB V verstößt gegen Art. 9 Abs. 3 GG; denn die in dieser Vorschrift angeordnete Sequestration drängt die ärztliche Selbstverwaltung durch die Staatsverwaltung übermäßig zurück, ohne daß dies aus Gründen des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt wäre. Sie mißachtet die grundrechtsgeschützte Privatheitlichkeit der freiberuflichen ärztlichen Selbstverwaltung.

16. §§ 91, 92 und § 94 SGB V sind mit Art. 9 Abs. 3 nicht vereinbar, weil die Ausschüsse und deren Richtlinienbefugnisse, zumal diese dem Beanstandungs- und Ersatzvornahmerecht des Bundesgesundheitsministers unterliegen, sich vor der Koalitionsfreiheit nicht rechtfertigen lassen.

17. § 106 SGB V verstößt gegen Art. 12 Abs. 1 GG, weil die Berufsausübung nicht dem Leistungsprinzip gemäß geordnet ist.

18. Die Beteiligung der Krankenkassen an der Wirtschaftlichkeitsprüfung ist wegen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 GG verfassungswidrig. Die Wirtschaftlichkeitsprüfung verletzt im übrigen das allen Grundrechten immanente Prinzip der praktischen Vernunft, weil ihre statistischen, apersonalen Methoden, insbesondere die Relevanz der Durchschnittswerte und Richtgrößen, das menschheitliche Leistungsprinzip de-savouieren.

19. Die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlagen der Zulassungsbeschränkungen ist fragwürdig, dürfte aber von der Praxis anerkannt werden. Das Bundessozialgericht jedenfalls hat die Befugnis des Bundesausschusses zur "Normenkonkretisierung" anerkannt.

20. Die Regelungen zur Bedarfszulassung der §§ 99 ff. SGB V sind empirisch nicht hinreichend begründet. Die Zulassungsbeschränkungen sind angesichts ihrer nur bedingten Eignung als schärfstes grundrechtsbeschränkendes Mittel nicht erforderlich, jedenfalls nicht zur Sicherung der Finanzierung des Gesundheitswesens. Sie sind unangemessen.

21. Die Zulassungsregelungen nach §§ 101, 103 SGB V verstoßen gegen Art. 12 Abs. 1 GG, weil sie auch im (fragwürdigen) System der gesetzlichen Krankenversicherung des SGB V nicht gerechtfertigt werden können und weder geeignet, noch erforderlich, geschweige denn angemessen sind.

22. § 102 SGB V verstößt gegen Art. 12 Abs. 1 GG, weil die Unentbehrlichkeit der engen Bedarfszulassung für die Erhaltung des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung nicht belegt ist, zumal das System selbst keinen Bestandsschutz gegenüber den Menschen- und Grundrechten verdient.

23. Die Zulassungsregelungen verstoßen gegen die Niederlassungsfreiheit des Gemeinschaftsrechts, weil sie nicht zwingend vom Allgemeininteresse geboten sind, ihr Ziel, die Sicherung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung, nicht erreichen und nicht erforderlich sind, weil das Ziel anders erreicht werden kann, vor allem durch ein echtes Vertragssystem.

24. Das Ende der Zulassung wegen Erreichens der Altershöchstgrenze verletzt Art. 12 Abs. 1 GG, weil die Altershöchstgrenze vor der Berufsfreiheit nicht gerechtfertigt werden kann und ihre Begründung mit einer altersbedingten Leistungsschwäche widersprüchlich, undifferenziert und menschenverachtend ist.

25. Das Ende der Zulassung wegen der Altershöchstgrenze verstößt gegen Art. 14 Abs. 1 GG, weil es dem Vertragsarzt die Praxis und die Arbeit nimmt, sein Eigentum.

26. Die Zulassungsschranke des Alters von 55 Jahren des § 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V ist unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig. Sie verletzt die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EGV, weil für diesen Eingriff keine hinreichenden Allgemeininteressen bestehen.

27. Die Beschränkungen des Rechts der Vertrags(zahn)ärzte, die Praxis oder den Anteil an einer Gemeinschaftspraxis frei zu veräußern, durch § 103 Abs. 4 und 5 SGB V sind wegen Verstoßes gegen die Gewährleistung des Eigentums und des Erbrechts und wegen Mißachtung des den Ehen und Familien vom Grundgesetz besonders zugesagten Schutzes der staatlichen Ordnung verfassungswidrig. § 103 Abs. 4 und 5 SGB V verletzen die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EGV.

Diese Verfassungsverstöße lassen sich weder durch das Solidarprinzip (dazu I) noch durch das Sachleistungsprinzip (dazu II) rechtfertigen. Das System der gesetzlichen Krankenversicherung ist nicht nur grundgesetzwidrig, es ist auch nicht integrationsfähig, weil es das gemeinschaftsrechtliche Privatheitsprinzip mißachtet (dazu auch B, I, 2), insbesondere die aktive und passive Dienstleistungsfreiheit.

B.

Grundprinzipien einer rechtmäßigen Krankenversicherung

I. Privatheitsprinzip

1. Menschheitliches Privatheitsprinzip

Der Grundsatz und der Vorrang der Privatheit der Lebensbewältigung findet eine Verfassungsgrundlage objektiver Dimension in den besonderen Grundrechten. Eine Verfassung der Eigentumsgewährleistung, der Berufsfreiheit, der Vereini-

gungsfreiheit usw., ist eine Verfassung der größtmöglichen Privatheit. Die grundrechtlichen Leitentscheidungen verpflichten die Gesetzgeber, eine Rechtsordnung zu gestalten, welche den Bürgern und Menschen die größtmögliche Vielfalt der Persönlichkeitsentfaltung, den alleinbestimmten Wege zum Glück, ermöglichen, wenn sie dadurch nur anderen nicht schaden, d.h. wenn ihr Leben, ihr Handeln also, allgemeinverträglich bleibt. Das gewährleisten die allgemeinen Gesetze, das Recht. Insbesondere Eigentum, welches Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet, ist nur als Recht zur Privatheit denkbar, wie Absatz 2 des Art. 14 GG, die sogenannte Sozialpflichtigkeit des Eigentums, beweist. Diese hat nur Logik, wenn das Eigentum im Grundsatz aus Rechten der Privatheit besteht. Eine privatrechtliche Eigentumsverfassung zwingt aber insgesamt zu einer Rechtsordnung der größtmöglichen Privatheit, weil das Eigentum sonst nicht privatnützig sein kann. Fast jedes Gesetz ist für das Eigentum bedeutsam. Auch die Arbeitsverhältnisse konzipiert Art. 9 Abs. 3 GG privatrechtlich. Sonst kämen Tarifverträge zwischen den gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern und den Arbeitgebern oder deren Verbänden (§ 2 TVG) nicht in Betracht. Der Grundsatz privatrechtlicher Unternehmensformen läßt sich aus Art. 9 Abs. 1 GG herleiten u.a.m. Insgesamt folgt aus den besonderen Grundrechten der Wirtschaft ein Grundsatz der Privatheit unternehmerischer Wirtschaft, der untrennbar verbunden ist mit den Grundsätzen der Marktlichkeit und Wettbewerbslichkeit dieser Wirtschaft.

Insbesondere die nichtwirtschaftlichen Lebensbereiche sind nach Maßgabe der Grundrechte der bestmöglichen Privatheit zu überlassen. Das Bundesverfassungsgericht hat der Sache nach den Grundsatz der Privatheit der Lebensbewältigung aus dem Menschenwürdeprinzip und aus der sogenannten allgemeinen Handlungsfreiheit hergeleitet (vgl. BVerfGE 27, 1 (6 ff.); 65, 1 (41 ff.); 72, 155 (170)). Er folgt jedenfalls aus den besonderen Grundrechten und ist gemäß der praktischen Vernunft, geleitet durch die grundrechtlichen Leitentscheidungen, gesetzlich zu verwirklichen.

Art. 2 Abs. 1 GG definiert kein objektives Prinzip der Privatheit und keine subjektiven Rechte der Privatheit; denn dieses allgemeine Recht der Freiheit ist formal. Es verpflichtet aber den Gesetzgeber und damit auch die funktional gesetzgebende Verfassungsrechtsprechung, derartige subjektive Rechte zu begründen, welche die freie (sittliche) Entfaltung der Persönlichkeit der Menschen ermöglichen. Ein freiheitliches Gemeinwesen muß größtmöglich Privatheit zuteilen, freilich in den Grenzen der gesetzlich bestimmten Allgemeinverträglichkeit. Das Bundesverfassungsgericht kreiert "unbenannte Freiheitsrechte" (etwa BVerfGE 27, 1 (26); 65, 1 (41 ff.); 72, 155 (170)). Das sind der Sache nach die subjektiven Rechte der Privatheit, welche die von Art. 2 Abs. 1 GG aufgegebenen praktische Vernunft, zu der der Grundsatz der Privatheit der Lebensbewältigung gehört, verwirklichen. Die Grundrechtsverwirklichung ist aber funktional gesetzgeberisch,

nicht etwa interpretative Entfaltung einer Materialität des Freiheitsgrundrechts als vermeintlicher allgemeiner Handlungsfreiheit. Eine bestimmte materiale Verteilung der Staatlichkeit und der Privatheit läßt sich dem allgemeinen Freiheitsprinzip nicht abgewinnen, auch nicht der Formel von der "freien Entfaltung seiner Persönlichkeit", weil diese staatlich oder privat sein kann. Der Soweitsatz erweist die Formalität der grundrechtlich geschützten Freiheit; denn er hat keinerlei Materialität außer der der Bürgerlichkeit des Menschen. Die Freiheit verwirklicht sich privat und staatlich. Das Grundgesetz nennt etwa weder eine Markt- noch eine Wettbewerbsfreiheit. Weil aber die Marktlichkeit und Wettbewerbslichkeit der Wirtschaft nach aller Erfahrung dem Gemeinwohl dienlich sind, gebietet das Privatheitsprinzip, das im Freiheitsprinzip des Art. 2 Abs. 1 GG enthalten ist, eine Wirtschaftsordnung der Marktlichkeit und Wettbewerbslichkeit, die zudem durch die anderen Grundrecht, zumal die Eigentumsgewährleistung, gestützt wird; denn Privatheit der Unternehmen und auch der Verbraucher führt zu Markt und Wettbewerb.

Die besonderen Grundrechte des Grundgesetzes formulieren verfassungskräftig Leitentscheidungen des gemeinsamen Lebens, die zu verwirklichen die Bürger (im engeren oder auch im weiteren Sinne) beanspruchen können. Sie wirken gegebenenfalls als positive oder negative Kompetenzvorschriften des Gesetzgebers. Das ist Verpflichtung der Vertreter des Volkes zu (offen) bestimmter Politik oder der Schutz vor (weit) bestimmter Politik der Vertreter des Volkes, jedenfalls verfassungsgesetzlich verbindlich gemachte Erkenntnis dessen, was für das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit richtig ist, etwa die Kunst möglichst wenig zu reglementieren. Sowohl das Verfassungsgesetz und die Gesetze als auch die guten Sitten und die Verträge verwirklichen die Freiheit, wie schließlich jede Handlungsmaxime eines Menschen. Es geht um die Befugnisse zur verbindlichen Erkenntnis von Handlungsmaximen. Die Kompetenzordnung ist freilich für die Persönlichkeitsentfaltung des Menschen und das gemeinsame Leben, also für die Politik, von Relevanz, weil kein repräsentierendes Verfahren die Sittlichkeit der Gesetzgebung (durch Moralität der Abgeordneten) und damit die Verwirklichung der allgemeinen Freiheit sicherzustellen vermag. Die Grundrechte entfalten sich als subjektive Rechte (Ansprüche) der Grundrechtsberechtigten, in dem jeweiligen grundrechtlichen Wirkungsbereich entweder nicht von staatlichen Akten bestimmt zu werden, oder auch als subjektive Rechte, staatliche Maßnahmen fordern zu dürfen. Sie haben dadurch entweder eine Abwehrfunktion und begründen Unterlassungsansprüche oder eine Schutzfunktion, die Handlungsansprüche hervorbringt.

Die besonderen Grundrechte haben gegen eine Staatlichkeit der Lebensbewältigung entschieden und sichern im Sinne eines Nachranges staatlicher Lebensbewältigung die Privatheit des Handelns, insbesondere der Handlungsmaximen.

Sie sollen je nach ihrem Regelungs- und dessen Wesensgehalt vor einer totalen Staatlichkeit der Lebensbewältigung schützen. Die Erfahrungen der Menschen mit der Herrschaft, die sich des Staates bedient und bedienen muß, wenn sie herrschen will, gebieten es, Grundrechte in die Verfassung des gemeinsamen Lebens zu schreiben, welche der Staatlichkeit von Handlungsmaximen Barrieren entgegenstellen. Freilich ist das nur ein Schutz gegen die Politik des einfachen Gesetzgebers. Kompetenzverschiebungen durch Änderung des Grundgesetzes können nur insoweit abgewehrt werden, als der Schutz der Menschenwürde und das Bekenntnis zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten (Art. 1 Abs. 1 und 2 GG) die Privatheit der Lebensbewältigung sichert. Das Bundesverfassungsgericht leitet demgemäß aus Art. 2 Abs. 1 GG her, daß der oder ein Intimbereich jeder staatlichen Regelung entzogen sei (etwa BVerfGE 6, 32 (41); 65, 1 (41); 72, 153 (170)). Im übrigen ist die Schutzwirkung der Grundrechte, soweit die Tatbestandsmerkmale derselben material offene Begriffe enthalten, von der Politik der Hüter der Verfassung abhängig.

Die politische Verantwortung des Bundesverfassungsgerichts ist angesichts der geringen Grundrechtsbestimmtheit die Substanz des Schutzes der Privatheit. Diese Verantwortung hat sich im Lauf der Entwicklung des Parteienstaates als zunehmend brüchig erwiesen. Auf die Verteilung der Staatlichkeit und der Privatheit des Lebens haben jedoch die Bürger Einfluß, der in dem Maße schwindet, in dem sie diesen Einfluß nicht in Anspruch nehmen. Die erfolgreiche Privatheit der Lebensbewältigung ist der beste Garant der Privatheit als der Rechte zur freien Willkür (im Rahmen der allgemeinen Gesetze). Aber auch der Widerspruch gegebenenfalls bis zum Widerstand gegen eine unerträgliche Verstaatlichung des Lebens schützt vor der Überwältigung des Privaten durch das Staatliche. Das wichtigste besondere Grundrecht ist auch insofern die Meinungsäußerungsfreiheit. Die sogenannte Unternehmensfreiheit erweist die skizzierte Verfassungslage; denn sie ist stabil, obwohl sie in keinem Grundrecht expliziert ist.

Das Privatheitsprinzip ist eine politische Maxime, die der Gesetzgeber zu beachten hat. Wenn dieser weitgehend grundrechtlich materialisierte Vorrang der Privatheit der Lebensbewältigung auch nicht subsumibel ist, so ist doch seine Verwirklichung institutionell judiziabel. Die Entscheidung darüber, ob eine Aufgabe dem Staat übertragen werden soll, ist lagebedingt und muß darum vom Gesetzgeber getroffen werden. Die Rechtsprechung hat bisher wenig Bereitschaft gezeigt, das mit dem Privatheitsprinzip verwandte Subsidiaritätsprinzip zu judizieren, etwa zu überprüfen, ob die Kommunen das gemeindewirtschaftsrechtliche Subsidiaritätsprinzip einhalten. Immerhin mehrten sich die Judikate, welche den Kommunen, gestützt auf § 1 UWG, privatwirtschaftliche Tätigkeiten verweigern, bemerkenswert ist, daß das Judikate der Zivilgerichte sind. Auch die im Grundgesetz in Art. 72 Abs. 2 angeordnete Subsidiarität der konkurrierenden Gesetzgebung des

Bundes hatte das Bundesverfassungsgericht zu kontrollieren abgelehnt. Im Zuge der gemeinschaftsrechtlichen Implementierung des Subsidiaritätsprinzips (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, Art. 3 b EGV) haben die Länder mittels Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 a GG durchgesetzt, daß das Bundesverfassungsgericht der Verbindlichkeit des (neugefaßten) föderalistischen Subsidiaritätsprinzips des Art. 72 Abs. 2 GG nicht mehr ausweichen kann. Der Grundsatz und Vorrang der Privatheit der Lebensbewältigung, welches die Aufgabenübertragung durch den Staat unter Begründungspflicht stellt, ist als ein politisches und rechtliches Prinzip von großer Relevanz für die Republik, das lagegemäß verwirklicht werden muß. Immer besteht die Gefahr institutioneller, vor allem aber funktionaler Verstaatlichung des gemeinsamen Lebens, zumal die staatliche Verantwortung den Bürgern zunächst als finanzielle Entlastung erscheint. Die Schwierigkeit, staatliche Hilfestellungen zurückzunehmen (Besitzstandswahrung), erweist sich in dem vergeblichen Bemühen, Subventionen abzubauen. Derzeit allerdings gibt es, veranlaßt durch das Binnenmarktpinzip der Europäischen Gemeinschaft (Art. 14 Abs. 2 EGV) und mehr noch durch die Haushaltsprobleme Deutschlands in Bund, Ländern und Kommunen eine deregulierende und liberalisierende Entstaatlichung, welche formelle, aber auch materielle Privatisierungen mit sich bringt. Diese Politik verwirklicht (nolens volens) das Privatheitsprinzip, nicht immer tragfähig. Die Staatlichkeit oder die Privatheit der Lebensbewältigung, die Entscheidung insbesondere, ob die Maximen des Handelns allgemein durch Gesetze des Staates oder in besonderer Weise privat durch Verträge oder auch besondere gute Sitten oder auch durch Maximen des Einzelnen bestimmt werden sollen, aber auch, ob Aufgaben institutionell durch den Staat oder durch Private ausgeführt werden sollen, ist Sache der praktischen Vernunft des Gemeinwesens, der *res publica*, die durch allgemeine Gesetze verbindlich gemacht wird. Dabei sind die vor allem in den besonderen Grundrechten festgelegten politischen Leitentscheidungen und damit die grundrechtlichen subjektiven Rechte zu wahren. Weil die letzte ordentliche Verantwortung für die praktische Vernunft des gemeinsamen Lebens das Bundesverfassungsgericht tragen soll und der Grundsatz der privaten Lebensbewältigung Ausdruck der praktischen Vernünftigkeit der Aufgabenordnung ist, hat das Bundesverfassungsgericht auch dafür Sorge zu tragen, daß dieser mit dem Prinzip der praktischen Vernunft in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz eingehalten werde. Entgegen der jedenfalls früher herrschenden Meinung folgt daraus die institutionelle Judiziabilität dieses Grundsatzes, die sich wie überhaupt die verfassungsgerichtliche Grundrechtrechtsprechung als funktional gesetzgebende Rechtserkenntnis darstellt. Ein persönlicher Entfaltungsspielraum von Substanz müsse erhalten bleiben, pflegt das Bundesverfassungsgericht zu postulieren (BVerfGE 27, 1 (6 ff.); 38, 281 (298)). Der außerordentliche Hüter auch des Verfassungsgrundsatzes der Privatheit und damit der richtigen Zuteilung von Staatlichkeit und Privatheit der Lebensbewältigung ist das Volk selbst, das alle Entscheidungen seiner Vertreter zu ertragen und zu verantworten hat.

In der parteienstaatlichen Verfassungswirklichkeit begrenzt der Grundsatz der Privatheit der Lebensbewältigung zusätzlich die parteiliche Herrschaft. Ein solcher Grundsatz würde auch den Minderheitenschutz stärken, den ein Prinzip der Mehrheitsherrschaft, wenn es ein solches gäbe, unerlässlich machen würde. In der (weitestgehend) repräsentativen Republik kann der Grundsatz der Privatheit dem herrschaftlichen Mißbrauch der Vertretungsmacht der Abgeordneten, aber auch dem Irrtum des Parlaments über das Richtige für das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit Wirkungsgrenzen ziehen. Die Grundrechte haben auch eine Abwehrfunktion gegen Herrschaft und Irrtum der Vertreter des Volkes. Die liberalistische Funktionsverschiebung der Grundrechtewirkungen im entwickelten Parteienstaat gibt dem Grundsatz der Privatheit der Lebensbewältigung eine zusätzliche dogmatische Grundlage.

Weil die Parteien der Sache nach, wenn auch illegitim, herrschen, muß ihnen eine Dogmatik der Staatszweckbegrenzung entgegengehalten werden. Der entwickelte Parteienstaat entspricht unter Herrschaftsgesichtspunkten allemal der konstitutionellen, liberalen Monarchie, welche gerade durch die Trennung von Staat und Gesellschaft für die Bürger tragfähig wurde; denn deren Logik war - und sie wäre es auch im Parteienstaat - den Staat auf bestimmte Zwecke zu begrenzen, möglichst auf die der Sicherheit der bürgerlichen Gesellschaft, deren (privatistische) Freiheit und deren Eigentum. Die Republik gebietet, die Parteilichkeit im Staat mit allen Mitteln zurückzudrängen, damit die Gesetze Recht sein können. Dem dienen auch das Privatheitsprinzip der Grundrechte und die durch die Grundrechte vermittelte Verantwortung des Bundesverfassungsgerichts wie aller Gerichte für die praktische Vernünftigkeit der Ordnung des Gemeinwesens.

Die vom Bundesverfassungsgericht (neben einem neuerdings eigenständig materialisierten subjektiv-rechtlichen Gehalt) als Vernunftprinzip, geleitet durch ihre material offenen Leitentscheidungen, praktizierten Grundrechte sind für die Entwicklung des Staatlichen keine unüberwindliche Schranke. In die Entwicklung des Staatlichen ist aber das Bundesverfassungsgericht vermittelt gerade dieser Grundrechte verantwortlich einbezogen. Der Anteil des Staates am Bruttosozialprodukt, mehr als 50%, und dessen Anstieg in den letzten Jahrzehnten zeigt die Entwicklung zu einer mehr und mehr Lebensbereiche erfassenden Staatlichkeit, zum totalen Staat, der erreicht wäre, wenn die Selbständigkeit der Bürger durch die Staatlichkeit der Lebensbewältigung derart ausgehöhlt sein sollte, daß sie gänzlich auf die Daseinsvorsorge des verwaltungswirtschaftlichen Staates angewiesen sind und die schon genannte erschreckliche Erkenntnis *Ernst Forsthoffs* sich erneut bewahrheiten sollte, daß "die Grundrechte völlig unbezweifelbar der Vergangenheit angehören" (Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938). Immerhin

wirken dem die deregulierende und liberalisierende Integration entgegen, freilich mit entdemokratisierenden und entsozialisierenden Effekten.

2. Binnenmarktliches Privatheitsprinzip

Gefestigt wird dieser Grundsatz durch das Europäische Gemeinschaftsrecht, das eine Verfassung des Marktes und damit des Wettbewerbs in der Gemeinschaft geschaffen hat. Der Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 (Maastricht-Vertrag) verpflichtet in Art. 4 EGV der Amsterdamer Fassung die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft "dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb." Dieser Grundsatz macht die grundsätzliche Privatheit der unternehmerischen Wirtschaft verbindlich, weil Marktlichkeit und Wettbewerbsfähigkeit nur privatwirtschaftlich möglich sind. Dieses Prinzip wird nicht durch die Art. 98 und 105 EGV erschüttert, welche die Wirtschafts- und Währungspolitik dem genannten Grundsatz verpflichten, das aber durch den Zusatz "wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird" zugunsten eines wohlfahrtsstaatlichen Effizienzprinzips relativieren. Auch Art. 86 EGV verpflichtet die Politik der öffentlichen Unternehmen trotz des Art. 295 EGV, der die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten unberührt läßt, dem Wettbewerbs- und damit dem Marktprinzip und intendiert damit durchaus wirkungsmächtig die langfristig materielle Privatisierung der Staatsunternehmen. Dem Grundsatz der Marktlichkeit und Wettbewerbsfähigkeit, also dem Privatheitsprinzip in der Wirtschaft, widerstreitet die Erkenntnis einer wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes. Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes ist wesentlich durch das Sozialprinzip, aber auch durch die Möglichkeit der sogenannten Sozialisierung nach Art. 15 bestimmt. Es ist die Wirtschaftsverfassung der marktlichen Sozialwirtschaft, nicht die der sozialen Marktwirtschaft. Das Sozialprinzip soll bestmöglich marktlich und wettbewerbsfähig verwirklicht werden, weil die Effizienz von Markt und Wettbewerb der Erfahrung entspricht. Aber das findet seine Grenzen in einer Erfolglosigkeit dieses Wegs. Das Sozialprinzip hat den höheren Rang als der Grundsatz von Markt und Wettbewerb, auch gemeinschaftsrechtlich, wie der Wodurchsatz in Verbindung mit Art. 2 EGV erweist. Wirtschaftspolitisch neutral ist diese Verfassung nicht, aber offen der sozialen Effizienz verpflichtet.

Für die freien Berufe wird der freiheitliche Vorrang des Privaten vor dem Staatlichen oder das menschenrechtliche Subsidiaritätsprinzip insbesondere durch die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. EGV), die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 ff. EGV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff. EGV) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 ff. EGV), gestützt.

Die Grundfreiheiten binden die Mitgliedstaaten, aber auch die Gemeinschaftsorgane. Der Gerichtshof bezeichnet die Grundfreiheiten als die fundamentalen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts (vgl. EuGH Rs. 279/80 (Webb), Slg. 1981, 3305, Rdn. 17; Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-6959, EWS 1998, 212, Rdn. 24). Als solche sind sie grundlegende Leitprinzipien. Prinzipien sind Optimierungsgebote, die gebieten, "daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohem Maße realisiert wird". Die Grundfreiheiten sind somit Prima-facie-Präferenzen. Gleichzeitig sind die Grundfreiheiten subjektive Rechte mit Grundrechtsfunktion im grenzüberschreitenden Bereich. Jedermann kann sich vor den staatlichen Gerichten auf sie berufen. Sie erweisen sich daher als besonders durchsetzungsstarke Prinzipien zur Verwirklichung des Binnenmarktes. Es gibt kaum einen staatlichen Bereich, in dem die Grundfreiheiten nicht Wirkung zeigen können.

Die Grundfreiheiten definieren den Binnenmarkt. Der Binnenmarkt umfaßt nach Art. 14 Abs. 2 EGV "einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist." Die Verwirklichung der Grundfreiheiten realisiert den Binnenmarkt. Dies geschieht am besten durch die Privatheit der Aufgabenbewältigung, weil die Staatlichkeit derselben unvermeidlich auf die mitgliedstaatlichen Grenzen stößt.

Trotz ihrer fundamentalen Bedeutung sind die Grundfreiheiten nicht schrankenlos. Sie finden ihre Grenzen in aus vertragslegitimen Gemeinwohlgründen gerechtfertigten staatlichen Regelungen. Ausnahmen von den Prinzipien der Grundfreiheiten müssen besonders gerechtfertigt sein. Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ergibt sich, "daß nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziel erforderlich ist" (EuGH Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rdn. 37). Ob diese Voraussetzungen eingehalten sind, insbesondere die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, überprüft der Europäische Gerichtshof nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts. Wollte man zulassen, daß jeder Mitgliedstaat seine eigene Ausnahmepolitik macht, welche auf die gemeinschaftlichen Ziele keine Rücksicht nehmen muß, wäre die Gemeinschaft schnell ihrer Gemeinschaftlichkeit beraubt.

Die Praxis des Europäischen Gerichtshofs legt die Begriffe des Gemeinschaftsrechts gemeinschaftlich aus und überläßt sie nur teilweise der mitgliedstaatlichen Bestimmung. Die gemeinschaftliche Auslegung vermag am besten die Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts und der Gemeinschaft zu gewährleisten. Deshalb und wegen der fundamentalen Bedeutung der Grundfreiheiten als Grundsätze des Gemeinschaftsrechts interpretiert der Gerichtshof die Begriffe in den Ausnahmebestimmungen eng und fordert eine ernsthafte Gefahr für das jeweilige Schutzgut. Er behält sich meist eine genaue gerichtliche Nachprüfung der Verhältnismäßigkeit der Beschränkung vor. Staatliche Regulierung, welche die grenzüberschreitende wirtschaftliche, vertragliche Tätigkeit von Privaten behindert, unterliegt also aufgrund der Grundfreiheiten einem Rechtfertigungszwang, der tendenziell den Vorrang der Privatheit stärkt. Der nur im Einzelfall zu rechtfertigende Ausschluß der Dienst- und der Niederlassungsfreiheit zugunsten staatlicher Aufgabenbewältigung läßt eine Präferenz für die private Aufgabenbewältigung erkennen.

Zu A, II, 3 ist dargelegt, daß das Sachleistungsprinzip nicht integrationsfähig ist, weil es mit den Grundfreiheiten und damit mit dem binnenmarktlichen Privatheitsprinzip schwer vereinbar ist. Die Privatheitlichkeit der Krankenversicherung im Verbund mit dem Erstattungsprinzip ermöglicht die prinzipiell weltweite, jedenfalls die grenzüberschreitende Wahl des Leistungserbringers, insbesondere des Arztes oder Zahnarztes, aber auch des Krankenhauses. Staatliche Reglementierungen der Leistungserbringer, insbesondere das Zulassungssystem für Vertragsärzte und Vertragszahnärzte, entfallen. Das revolutionierte Krankenversicherungssystem verwirklicht damit die aktive und passive Dienstleistungsfreiheit im Inland und im Ausland, jedenfalls die in der Europäischen Gemeinschaft und zugleich die allgemeine Privatheit, insbesondere die der Arztwahl, aber auch die Berufsfreiheit der Ärzte, Zahnärzte und anderer Leistungserbringer, sowie die Unternehmensfreiheit der Krankenhausbetreiber usw. Gewissermaßen ist das Prinzip der vorgeschlagenen aber auch notwendigen Revolution des Krankenversicherungssystems die Befreiung des Gesundheitswesens von einem sozialistischen System, dem die große Mehrheit der Bevölkerung ausgeliefert ist, zu einem System liberaler Privatheit, das im Gesundheitswesen dem Sozialprinzip am besten gerecht wird.

II. Vertragsprinzip

1. Ein zentrales Institut der freiheitlichen Privatheit ist die Vertragsfreiheit, d.h. das Recht, Verträge zu schließen, welche auf Grund der allgemeinen Gesetze verbindlich sind. Die Gleichheitlichkeit der Vertragspartner vorausgesetzt, ist das Vertragsprinzip das bestmögliche Verfahren, durch Interessenausgleich zur sozi-

alen Gerechtigkeit zu finden. Auf diesem Prinzip beruht der Markt und der Wettbewerb, auf diesem Prinzip beruht das Tarifvertragssystem. Die Vertragsprivatheit ist wesentlicher Teil der sogenannten Privatautonomie, besser: der privaten Autonomie als der Autonomie des institutionell und funktionell Privaten, der aus sich und für sich das Gesetz gibt, das freilich nur ihn bindet (und reziprok den Vertragspartner), nicht andere Dritte oder die Allgemeinheit, weil das deren Freiheit verletzen würde. Die Gesetzlichkeit ist das Prinzip der Autonomie des Willens, der nur frei ist, wenn er sich dem Gesetz unterwirft, das er selbst gibt. Allgemeine Verbindlichkeit kann nur das Gesetz aller haben. Jeder aber kann das allgemeine Gesetz erkennen; denn sonst könnte er nicht mit allen anderen zusammen Gesetzgeber sein. Der Bürger ist durch die Sittlichkeit definiert; die Sittlichkeit aber dadurch, daß die Maximen des Handelns sich zur allgemeinen Gesetzgebung qualifizieren, also durch die Legalität im juridischen und ethischen Sinne. Von dem allgemeinen Diskurs ist der Private freilich um der Privatheit willen entbunden, so daß seine Erkenntnisse des richtigen Gesetzes das Allgemeine verkennen können, weil sie nicht allgemein sind, eben nicht von allen (im Diskurs) ermittelt sind. Aber diese Privatheit ist dem Privaten durch das allgemeine Gesetz aller spezifisch zugestanden. Die materiale Allgemeinheitlichkeit (Sittlichkeit) seines privaten Gesetzes ist darum Tugendpflicht.

Das Recht, privat Verträge zu schließen, muß der Gesetzgeber je nach den Lebensverhältnissen auf Grund aller Grundrechte einräumen, insbesondere wegen der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG, wegen der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, aber auch wegen der Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG, der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG und der Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG. Wenn die besonderen materialen Freiheitsrechte nicht eingreifen, ist die Verfassungsgrundlage des Rechts auf ein Recht, private Verträge zu schließen, das formale Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, weil zur freien Entfaltung der Persönlichkeit das Recht der Privatheit, insbesondere das, privat durch Verträge das Leben zu gestalten, gehört. Art. 2 Abs. 1 GG ist nach Maßgabe praktischer Vernunft zu materialisieren; denn die allgemeine Freiheit verlangt nach gesetzlicher Lebensbewältigung. Das gute Leben aller wird nach der Erfahrung bestmöglich durch weitgehende Rechte der Bürger als Privater, Verträge zu schließen, gefördert. Diese Vertragsfreiheit wird aber keineswegs grenzenlos gewährt und sollte das auch nicht. Schon deswegen können subjektive Rechte, Verträge zu schließen nicht unmittelbar aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet werden; denn das formale Prinzip der Freiheit gibt keinen Anhaltspunkt für bestimmte Materialisierungen und schon gar nicht für bestimmte Schranken einer Vertragsfreiheit. Auch wenn Art. 2 Abs. 1 GG material als allgemeine Handlungsfreiheit begriffen wird, wie vom Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 6, 32 (36 ff.); 80, 137 (152 ff.)), ist kein differenzierender Ansatz in dem Grundrecht zu erkennen, so daß das Grundrecht unter

uneingeschränktem Gesetzesvorbehalt stünde und damit gegenüber dem Gesetzgeber leerliefe. Der eigentliche Gehalt des materialen Handlungsrechts ist allemal nur den Gesetzen zu entnehmen.

Jeder Mensch in einem Gemeinwesen, das bestmöglich Privatheit läßt, vollzieht durch seine Verträge die staatlichen Gesetze und materialisiert zugleich für seinen Bereich das gute Leben. Das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit ist der Staatszweck einer Republik. Dieser wird durch allgemeine Gesetze, welche das allgemeine Interesse verbindlich machen, und durch Verträge, welche das jeweils alleinbestimmte Besondere der Vertragspartner und damit das Private derselben festlegen, verwirklicht. Der Vorrang privater Lebensbewältigung ist durch die größere Leistungsfähigkeit einer Verteilung des Staatlichen und des Privaten begründet, welche bestmöglich dem Grundsatz privater Lebensbewältigung folgt, mehr aber noch durch die Humanität größtmöglicher Privatheit. Sie ist aber auch rational, wenn die Privatheit klug zugemessen ist. Die Verträge als gelebte Privatheit sind wegen ihrer Gesetzlichkeit Freiheitsverwirklichung.

Der Vertrag ist ein notwendiges Rechtsinstitut privater Wirtschaft, insbesondere einer Wettbewerbswirtschaft. Der Vertrag ist als ein Rechtsinstitut zivilisierten gemeinsamen Lebens entwickelt und ausgestaltet. Er ermöglicht eine Vielfalt rechtsverbindlicher Entscheidungen, die es erlauben, das Leben interessengerecht zu planen, vor allem unternehmerisch tätig zu sein. In dem jeweiligen Weg zu eigenem Glück sichert der Mensch seine Interessen, die er ohne die Menschen, in deren Gemeinschaft er lebt, nicht verwirklichen könnte, durch Verträge. Deren Allgemeinverträglichkeit ergibt sich aus den allgemeinen Gesetzen. Der Vertrag kann trotz seiner äußeren Willkür wegen der Gesetzlichkeit niemandem Unrecht tun, weil das allgemeine Gesetz das Einverständnis aller mit dem gesetzesgemäßen Vertrag ist. Besondere Willkür kann und darf aufgrund und nach Maßgabe der allgemeinen Gesetze Verbindlichkeiten begründen, wenn sie niemandes (freie) Willkür mißachtet. Insbesondere das Bürgerliche Gesetzbuch gibt dem vielfältige Rechtsgrundlagen. Verträge schaffen jedoch nicht schon Recht, weil Recht mit der Befugnis zum Zwang verbunden, des staatlichen Gesetzes bedarf, aber auf Grund des Rechts Rechte, nämlich Ansprüche (§ 194 Abs. 1 BGB).

2. Das systembestimmende Verhältnis des Gesundheitswesens muß das Vertragsverhältnis zwischen dem Leistungserbringer und dem Leistungsnehmer, insbesondere das zwischen Arzt und Patient oder das zwischen dem Krankenhaus und dem Patienten sein. Nur eine solche Konzeption wird der Menschheit des Menschen gerecht. In der Gesetzlichen Krankenversicherung besteht nach Auffassung des Bundessozialgerichts zwischen dem Vertragsarzt und dem Kassenmitglied kein Vertragsverhältnis (BSGE 33, 158 (160 f.); 59, 172 (177)). Der Bundesgerichtshof praktiziert eine "vertragliche Beziehung dienstlicher Natur", jedenfalls ein

Schuldverhältnis. Offen läßt er dessen vertragliche Grundlage (BGHZ 36, 91 (92 ff.); 97, 273 (276)). Der Patient ist im Sachleistungssystem der Gesetzlichen Krankenversicherung Objekt des Systems, nicht Bürger, sondern Untertan. Er wird verwaltet, ist aber nicht wie ein Vertragspartner Herr des Geschehens, obwohl es um seine Gesundheit geht, um sein Leben. Allein der echte Vertrag im Rahmen der Gesetze, welche das gemeine Wohl sichern, entspricht der Freiheit des Menschen als dessen Würde. Das Sach- oder Naturalleistungsprinzip (dazu A, II) hat zur Folge, daß der Vertrags(zahn)arzt gegen seinen Patienten keinen Honoraranspruch hat. Der Vertrags(zahn)arzt erhält sein Honorar von der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung. Diese verteilt die Gesamtvergütung unter die Vertrags(zahn)ärzte und "wendet dabei den im Benehmen mit den Verbänden der Krankenkassen festgesetzten Verteilungsmaßstab" (Honorarverteilungsmaßstab) an (§ 85 Abs. 4 S. 1 u. 2 SGB V). Dieser wird von der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung als Satzung im Benehmen mit den Krankenkassen beschlossen. Bei der Verteilung sind nicht nur Art und Umfang der Leistungen des Vertragsarztes zugrunde zu legen. Der Verteilungsmaßstab soll eine übermäßige Ausdehnung der Tätigkeit des Vertragsarztes verhüten (§ 85 Abs. 4 S. 5 SGB V), wodurch die in § 85 Abs. 4 S. 3 SGB V genannte leistungsgerechte Vergütung (Leistungsprinzip) empfindlich geschmälert wird.

III. Versicherungsprinzip

1. Der Mensch sucht Sicherheit und benötigt Sicherheit. Seine Vorsorge dient der Sicherung seines Lebens. Um der Sicherheit willen gibt es die Polizei, gibt es den Staat. Um der Sicherheit im Alter willen sorgt der Mensch vor, solange er die Kraft dazu hat, sei es durch Kinder, sei es durch Vermögen, insbesondere durch Ansprüche auf Versorgungsleistungen, sei es durch Versicherungen. Um der Sicherheit seiner Beschaffung, seines täglichen Brotes, willen, sorgt er für stetige Einnahmen, sei es durch einen sicheren freien Beruf, sei es durch ein sicheres Amt, sei es durch einen sicheren Arbeitsplatz, sei es durch Arbeitslosenversicherung. Um der Versicherung seiner Gesundheit willen lebt er möglichst so, daß er gesund bleibt und sorgt dafür vor, daß er die Kosten, welche durch eine Krankheit entstehen, tragen kann, nämlich durch eine Krankenkostenversicherung.

Gesicherte Sicherheit beeinflußt aber auch das Handeln der Menschen, auch die bloße Versicherung der Kosten besonderer Lebenslagen. Wenn die Bezahlung der Kosten schwieriger Lebenslagen gesichert ist, ist das Risiko derartiger Lebenslagen tragfähiger, so daß das Bemühen, derartige Lagen zu vermeiden, weniger Anreiz findet. Wer gegen Diebstahl versichert ist, sicherte sein Hab und Gut weniger als der, der den Schaden aus dem Diebstahl auch wirtschaftlich tragen muß. Die Kos-

tenvermeidung ist der wesentliche Zweck der Versicherungen, aber die Erleichterung der sonstigen Sicherheitsvorsorge muß auch zu den Zwecken der Versicherung gerechnet werden. Die besonderen Kosten eines Schadensfalles treffen den Geschädigten nicht, wenn der Schadensfall auch Versicherungsfall ist. Die allgemeinen Kosten der Versicherungen, die Beiträge und Prämien, sind davon allenfalls mittelbar beeinflußt. Der Versicherte hat sie schon vor dem Versicherungsfall aufgewandt. Nach dem Versicherungsprinzip trägt die Versichertengemeinschaft die besonderen Kosten des Schadens-/Versicherungsfalles, gerade um den einzelnen Geschädigten von den besonderen Kosten zu entlasten, welche seine Lebenssicherheit beeinträchtigen würden oder zumindest könnten. Die Schadensrisiken sind in einem solchen Maße gemindert, daß, wie gesagt, die sonstige Vorsorge gegen Lebensrisiken eingeschränkt wird.

Hinzu kommt, daß ein Versicherungsbetrug von den Versicherern nur schwer nachgewiesen werden kann. Der Versicherungsbetrug ist sicher nicht der Zweck der Versicherungen, er gehört aber unausrottbar zum Versicherungswesen, weil je nach der Art der Versicherung der Versicherte selbst oder ein Dritter, etwa ein Leistungserbringer, aus dem Versicherungsbetrug Vorteile zu ziehen vermag, spezifisch Vorteile zu Lasten der Versichertengemeinschaft, die an dem Schadensereignis nicht beteiligt sein kann, aber die Schadenskosten trägt. Nicht nur die Lebensrisiken werden auf die Versichertengemeinschaften verteilt, gewissermaßen sozialisiert, sondern auch die Mißbrauchskosten. Die Mißbrauchskosten erzwingen höhere Beiträge oder Prämien. Trotz der allgemeinen Belastungen der Versichertengemeinschaft oder gerade wegen der Allgemeinheit der Belastung reizen Versicherungen zum Versicherungsbetrug. Der wichtigste Schutz vor dem betrügerischen Versicherungsfall ist das eigene Interesse an der Schadensvermeidung. Es versagt weitgehend, wenn und weil der Schadensfall, also der Versicherungsfall, keine besonderen Kosten für den Geschädigten mit sich bringt. Darin liegt die menschliche Schwäche jeder Versicherung und damit ein Charakteristikum der Versicherungen, welche das Versicherungsprinzip zwar nicht definiert, aber doch kennzeichnet. Der Versicherungsfall der Krankenversicherung ist die Krankheit. Diesen Fall wird kaum einer mutwillig herbeiführen, aber in gewissem Maße entfalten sich auch in der Krankenversicherung die allgemeinen Schwächen von Versicherungen.

Dennoch ist das Recht, sich gegen Risiken des Lebens zu versichern, ein Grundrecht, ja ein Menschenrecht. Die Vorsorge gegen Lebensrisiken durch Versicherungen gehört zum Wirtschaften des Menschen und damit zur Entfaltung der Persönlichkeit. Die Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG umfaßt die Freiheit wirtschaftlichen Handelns als einem wesentlichen Teil der Privatheit und damit auch das Recht

zur Versicherung. Die Versicherung darf dem Menschen allenfalls verboten werden, wenn Gründe des Gemeinwohls, welche menschheitlichen Verfassungsrang haben, das notwendig machen. Die Mißbrauchserfahrung rechtfertigt ein allgemeines Versicherungsverbot nicht, weil nicht jeder Versicherte seine Versicherung mißbraucht, weil nicht jeder Mensch ein Betrüger ist. Der Mißbrauch, die Straftat, muß, so schwierig das ist, im Einzelfall, also repressiv, nachgewiesen werden. Man kann den Menschen nicht verbieten, ihre Risiken zu versichern, weil andere Menschen die Versicherung durch Betrug mißbrauchen. Darum muß aus Rechtsgründen auch die Kostenselbstbeteiligung in der Krankenversicherung wie eben überhaupt die Krankheitskosten versicherbar sein. Die Kostenselbstbeteiligung ist in der Pflichtversicherung gerechtfertigt, weil sonst der Staat, der die Menschen zwingt, die Kosten auch des Mißbrauchs der Versicherung zu tragen, hinreichende Maßnahmen anderer Art gegen den Mißbrauch treffen müßte. Das Verbot, privat alle Kostenrisiken auch des Krankheitsfalles durch Versicherungen abzuwehren, ist nicht begründbar. Der Staat ist nicht berechtigt, alle Menschen zu disziplinieren, weil einige oder auch viele das Recht zu verletzen bereit sind, es sei denn, es gibt keinen anderen Weg, um schwerwiegende Gefahren für das Gemeinwesen abzuwehren.

2. Eine Versicherungspflicht widerspricht an sich der Privatheit der Lebensbewältigung, dem Privatheitsprinzip, wenn sie aber mit guten Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden kann, verletzt sie die allgemeine Freiheit nicht. Die Kraftverkehrsversicherungspflicht ist anerkannt, weil die Erfüllung der Schadensersatzansprüche der durch Verkehrsunfälle Geschädigten sichergestellt werden soll. Die Sicherung der Ersatzansprüche der geschädigten Gläubiger ist die häufigste Rechtfertigung für Versicherungspflichten. Eine Krankenkostenpflichtversicherung soll zum einen das Gemeinwesen vor den Lasten schützen, welche die Verarmung von Menschen durch Krankenkosten zu Folge haben können, soll zum anderen die Erfüllung der Ansprüche der Leistungserbringer sichern, welche sich wegen ihrer Hilfeleistungspflicht oft, ja meist, der Leistung nicht entziehen können, und soll des weiteren auch und wesentlich verhindern, daß kranke Menschen aus Armut oder Sparsamkeit die heilberufliche Hilfe nicht in Anspruch nehmen oder daß gar alten oder schwachen Menschen die Hilfe aus Kostengründen vorenthalten wird. Diese Gemeinwohlbelange sind eine hinreichende Rechtfertigung für die Versicherungspflicht.

Um die genannten Gemeinwohlbelange zu verwirklichen, genügt die Versicherungspflicht aber auch. Sie ist wie im Grundsatz jede Versicherung mit dem Kostenersatzprinzip verbunden. Die Versicherungspflicht läßt zwar den Menschen nicht die Entscheidung, ob sie sich krankenversichern wollen, entmündigt die Menschen aber nicht wie die Gesetzliche Krankenversicherung. Der Versicherer und

weitgehend auch die Ausgestaltung der Versicherung bleibt Sache des Versicherungsnehmers. Die Pflichtmitgliedschaft in der quasi-staatlichen Krankenversicherung oder auch in Ersatzkassen ist der weitaus einschneidendere Eingriff in die Privatheit, der denn auch zu einem sozialistischen Krankenkassensystem geführt hat. Das rechtsstaatliche Gebot, nicht mehr als notwendig in die grundrechtlich geschützte Privatheit einzugreifen, ist durch die Pflichtmitgliedschaft in der Gesetzlichen Krankenversicherung verletzt.

Es gibt keinen überzeugenden Grund, die Pflichtmitgliedschaft in der Gesetzlichen Krankenversicherung auf einen Teil der Bevölkerung zu begrenzen, schon gar nicht, wenn man reklamiert, daß diese Krankenversicherung auf dem Solidarprinzip gründe. Die Beschränkung der Solidarpflicht auf den Teil der Bevölkerung, welcher weniger leistungsstark oder gar leistungsschwach ist, ist abwegig. Daß ausgerechnet der leistungsstarke Teil der Bevölkerung davor verschont wird, die Leistungsschwachen zu stützen, verhöhnt das Solidarprinzip geradezu. Der wirkliche Grund der Begrenzung der Pflichtmitgliedschaft auf die Arbeitnehmer, die ein begrenztes, meist geringes, Einkommen haben, ist es, den privaten Krankenversicherern die (attraktive) Geschäftsmöglichkeit zu belassen. Die Beamten, die den größten Teil der Privatversicherten ausmachen, sind zudem ausgenommen, weil die öffentlichen Dienstherrn dadurch Kosten sparen. Die Beihilfekosten werden als geringer angesehen als die Kosten für die Versicherungsprämien, welche letztlich die Dienstherrn aufzubringen hätten. Mit dem Solidarprinzip ist auch das schwerlich vereinbar. Es gibt keinen Grund, der es zu rechtfertigen vermag, daß ein Teil der Bevölkerung von der Versicherungspflicht ausgenommen wird. Die allgemeine Krankenversicherungspflicht ist wohl begründet.

3. Mit der Krankenversicherungspflicht ist der Kontrahierungszwang der Versicherer verbunden, weil der versicherungspflichtige Mensch auf die Annahme seines Versicherungsvertragsangebots angewiesen ist. Wenn die Versicherer Anträge ablehnen können, ohne daß es dafür besondere Gründe wie etwa Prämienrückstände gibt, sammeln sich die abgelehnten Risikofälle bei einem gegebenenfalls besonders teuren Versicherer oder einem staatlichen Auffangversicherer. Das ist unzutraglich.

4. Versicherungen schützen vor den besonderen Kosten für besondere Risiken. Die Kostenrisiken wegen Krankheit (usw.) erhöhen sich mit der Zahl der versicherten Menschen. Ein elementares Prinzip der Krankenversicherung ist, daß das Versicherungsverhältnis sich auf eine Person bezieht. Dieses Prinzip ist durch die Familienversicherung der Gesetzlichen Krankenversicherung um familienpolitischer Zwecke willen durchbrochen. Mit demselben Beitrag, mit dem sich eine einzelne Person zu

versichern hat, wird unabhängig von der Zahl der Familienmitglieder eine ganze Familie versichert. Das ist unter Gleichheitsgesichtspunkten nicht zu begründen. Mit der Gesetzlichen Krankenversicherung entfällt die Familienversicherung wie in jeder privaten Krankenversicherung. Allerdings unterstehen Ehe und Familie dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung (Art. 6 Abs. 1 GG). Der Ehepartner, der nicht durch eigenes Einkommen zum Familienunterhalt beiträgt, bedarf keines besonderen Schutzes. Wenn er arbeitslos ist, muß er den Beitrag aus dem Arbeitslosengeld aufbringen. Wenn er sozialhilfeberechtigt ist, trägt die Kosten der Versicherung die öffentliche Hand. Das galt im Prinzip auch schon im System der Gesetzlichen Krankenversicherung. Wenn der Ehegatte freiwillig erwerbslos ist, bedarf er keines besonderen Schutzes, weil das Modell der Hausfrauenehe keine Rechtfertigung für eine Begünstigung gibt. Anders ist die Lage des kindererziehenden Elternteils. Kosten der Kindererziehung müssen durch das Kindergeld berücksichtigt werden. Familien mit Kindern dürfen durch die Versicherungspflicht im Verhältnis zu kinderlosen Ehepaaren nicht übermäßig belastet werden. Angesichts der geringen Kinderzahl ist eine Förderung von Familien mit Kindern bedenkenswert. Bevölkerungspolitik ist angesichts der internationalisierten Lebensverhältnisse fragwürdig. Der sogenannte Generationenvertrag ist ein Modell der geschlossenen Gesellschaft. Er überzeugt auch wegen der menschenarmen Produktionsverhältnisse nicht mehr. Die Kosten der Familienförderung sind jedenfalls nicht Sache der privaten Krankenversicherung, sondern Sache der öffentlichen Hand. Der Staat muß den Familien Beihilfen für die Gesundheitsaufwendungen gewähren, etwa durch erhöhtes Kindergeld oder durch Steuervergünstigungen. Die privaten Versicherungen bieten bisher schon Familientarife an. Dies kann ein Faktor im Wettbewerb der Versicherungen sein. Wegen der Versicherungspflicht besteht allerdings die Gefahr, daß die Versicherer Kartelle bilden, um besondere Vergünstigungen niedrig zu halten. Zu bedenken wäre eine nach der Zahl der Kinder abgestufte Prämienermäßigungspflicht.

5. Wegen der grundsätzlichen Privatheit der Versicherungen sind alle Versicherten als Versicherte gleich. Die zwei Klassen in der Krankenversicherung, nämlich die Mitglieder in der Gesetzlichen Krankenversicherung und die Mitglieder der privaten Krankenversicherungen, gibt es nach der hier vorgeschlagenen Revolution der Krankenversicherung, welche sowohl die Leistungserbringer als auch und vor allem die Patienten aus der Unmündigkeit im Krankheitsfall befreien soll, nicht mehr. Die Pflichtversicherung kann von Einzelnen und im Einzelnen durch weitere Versicherungen ergänzt werden. Das führt in dem pflichtversicherten Leistungsbereich nicht zur 'Zweiklassenmedizin'. Das Krankenpflichtversicherungsprinzip mit dem Erstat-

tungsprinzip verwirklicht somit auch das bürgerliche Gleichheitsprinzip und ist allein schon dadurch dem sozialistischen Krankenversicherungssystem überlegen. Alle Patienten sind in dem durch die privatheitliche Krankenversicherung revolutionierten System Privatpatienten.

6. Der Privatheit der Krankenversicherung entspricht es, daß der Versicherungsnehmer seine Versicherungsprämie selbst leistet und nicht der Arbeitgeber durch den Staat gezwungen wird, zumindest die Hälfte des Mitgliedsbeitrages zu bezahlen, wie durch § 249 SGB V. Das ist schon deswegen nicht (mehr) tragfähig, weil nur der kleinere Teil der Bevölkerung im Arbeitsverhältnis steht, alle aber krankenversicherungspflichtig sein sollen. An sich hat ein Arbeitsverhältnis mit einer Krankenversicherung nichts zu tun. Der Mensch wird nicht durch die Arbeit krank, jedenfalls nicht in den heutigen Arbeitsgegebenheiten in Deutschland. Eher wird er durch Arbeitslosigkeit krank. Aus welchen Mitteln der Versicherungsnehmer die Prämie begleicht, ist ihm überlassen. Vielfach wird er seine Zahlungsmöglichkeit durch Arbeit verdienen müssen, oft wird er auf staatliche Hilfe angewiesen sein, oft wird er aber auch seine Kapitalerträge oder sein Vermögen nutzen müssen. Die Verknüpfung der Sozialversicherung mit dem Arbeitsverhältnis ist nicht mehr sachgerecht und nicht mehr leistungsfähig. Im übrigen sind die Lohnnebenkosten, zu denen die Beiträge zur Gesetzlichen Krankenversicherung gehören, eine viel kritisierte Belastung der deutschen Unternehmen, die einen erheblichen Standortnachteil mit sich bringen. Fraglos können die Arbeitnehmer in Tarifverträgen mit den Arbeitgebern gemäß Art. 9 Abs. 3 GG und § 1 TVG die Übernahme der Krankenversicherungsprämie durch die Arbeitgeber als Entgeltanteil vereinbaren. Das kann auch in Einzelarbeitsverträgen geschehen. In den Vereinigten Staaten von Amerika ist das üblich. Auch diese Deregulierung ist eine Stütze der Privatheit der Lebensverhältnisse.

IV. Tarifvertragsprinzip

1. Art. 9 Abs. 3 GG schützt koalitionspezifische Betätigungen, jedenfalls einen Kernbereich der Tarifautonomie, also der Vertragsfreiheit der Koalitionen.

Die Tarifautonomie verfolgt den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck, in dem "von der staatlichen Rechtsetzung freigelassenen Raum das Arbeitsleben im Einzelnen durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, insbesondere die Höhe der Arbeitsvergütung für die verschiedenen Berufstätigkeiten festzulegen, und so letztlich die Gemeinschaft sozial zu befrieden" (BVerfGE 18, 18 (28); 50, 290 (368 f.); 88, 103 (115)). Den Tarifpartnern des Gesundheitswesens ist dabei ebensowenig wie den Tarifpartnern des Arbeitslebens im Sinne der mit Art. 20 Abs. 2 GG unvereinbaren (sogenannten) Delegationslehre eine quasi-staatliche Befugnis ü-

bertragen, das Gemeinwohl zu materialisieren; denn das ist ausschließlich Sache des Volkes und dessen staatlicher Organisationen. Sie sind vielmehr Interessenvertreter und verwirklichen das Gemeinwohl spezifisch durch den privaten Interessenausgleich, dessen Gemeinverträglichkeit durch die Gesetzmäßigkeit nach den allgemeinen Gesetzen sichergestellt ist. Die Definition des Gemeinwohls ist Aufgabe des (demokratischen) Gesetzgebers, der aber gemäß dem Privatheitsprinzip größtmögliche Privatheit einzuräumen hat. Gelungene Privatheit gehört zur Gemeinwohlverwirklichung in der Republik.

Staatlichen Vorschriften, welche die Materie von Tarifverträgen betreffen, steht nicht von vornherein Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG entgegen. Er lautet: "Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig." "Dieses Recht" im Sinne des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ist das Recht "zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden". Die damit um der Sinnhaftigkeit der berechtigten Vereinigungen willen grundrechtsgeschützte Koalitionsbetätigungsfreiheit gewährleistet allenfalls einen staatlich nicht regelbaren "Kernbereich" der Tarifautonomie (als der wesentlichen Koalitionsbetätigung, vgl. BVerfGE 4, 96 (106 ff.); 84, 212 (224)). Der Begriff des "Kerns" der Tarifautonomie ist offen. In der objektiven Dimension des Art. 9 Abs. 3 GG könnte das Tarifvertragswesen, "in dem die Tarifvertragsparteien ihre Angelegenheiten grundsätzlich selbstverantwortlich und ohne staatliche Einflußnahme regeln können", als Rechtsinstitut dieser "Kern" sein (vgl. BVerfGE 92, 365 (394); 100, 271 (282 ff.)).

Vertreten wird auch ein relativer Wesensgehaltsschutz als geschützter Kernbereich (vgl. BGHSt 4, 375 (377)). Ausgeschlossen wären danach nur unverhältnismäßige, zumal unsachliche Maßnahmen. Das Bundesverfassungsgericht hat den Kern des geschützten Betätigungsrechts der Koalitionen als verletzt angesehen, wenn Schranken gezogen werden, die nicht "zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten" seien, also den Kernbereich relativiert (BVerfGE 19, 303 (321 f.); 50, 290 (369); 88, 103 (114); 100, 271 (282 f.)).

Der Kern der Tarifautonomie ist richtigerweise als der Wesensgehalt der Koalitionsfreiheit (neben der Vereinigungsfreiheit selbst) gemäß Art. 19 Abs. 2 GG unantastbar. Der Wesensgehalt eines Grundrechts ist nicht abstrakt definierbar. Er wird von der Praxis, in Verantwortung der Rechtsprechung, letztlich in der des Bundesverfassungsgerichts, materialisiert. Die Politik des grundrechtlichen Wesensgehalts ist Politik der praktischen Vernunft, orientiert an den Leitentscheidungen der Grundrechte, also an der menschenrechtlichen Erkenntnis der politischen Richtigkeit bestmöglicher tariflicher Vertragsfreiheit (Art. 23 Nr. 4 AEMR, Art. 11 Abs. 1 EMRK, Art. 8c IPwR). Diese Politik wird in Verfahren materialisiert, welche dem menschenrechtlichen Subsidiaritätsprinzip gemäß den sachlich

betroffenen Menschen, gegebenenfalls (kollektiv) als Vereinigung, überlassen wird. Wenn der Staat um des Gemeinwohls willen regelnd eingreift, so darf er das entweder, um Interessen der Allgemeinheit zu schützen, die nicht in den Tarifverfahren repräsentiert sind, oder um einen schwachen Vertragspartner zu stärken, der sich im Verfahren nicht zu behaupten vermag. Beides ist im Gesundheitswesen nicht der Fall. Die Ärzte- und die Patientenschaft, jeweils in Vereinigungen und Versicherungen organisiert, sind mächtig genug, um ihre Interessen zu behaupten. Legitime Interessen Dritter sind nicht im Spiel. Die wahlpolitischen Interessen der Parteien, welche Sozialpolitik als Wahlpolitik betreiben, sind nicht legitim, vielmehr verletzt derartige Wahlpolitik die Aufgabe des Staates, das Recht zu erkennen, d.h. subsidiär für materiellen Interessenausgleich Sorge zu tragen, wenn ein solcher von den in der Sache Betroffenen nicht erreicht werden kann.

Das Bundesverfassungsgericht hält Art. 9 Abs. 3 GG für ein "vorbehaltlos gewährleitetes Grundrecht", dem "nur zur Wahrung verfassungsrechtlich geschützter Güter" Schranken gezogen werden könnten (BVerfGE 92, 26 (41); 100, 271 (283 f.)). Dies ergibt einen verfassungsimmanenten Gesetzesvorbehalt der Koalitionsfreiheit. Trotz der durch Art. 9 Abs. 3 GG hervorragend geschützten Tarifautonomie müssen sich diese Grenze im Interesse anderer, allgemeiner Verfassungsgüter ziehen lassen (BVerfGE 38, 386 (393)). Weil diese durch Gesetze, welche die allgemeine Freiheit verwirklichen, materialisiert werden und die Gesetze im materialen Verfassungsstaat durchgehend verfassungsgebote Ziele, etwa die soziale Realisation gemäß dem Sozialprinzip, insbesondere das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht (Art. 104a Abs. 4, Art. 109 Abs. 2, Art. 115 Abs. 1 S. 2 GG) verfolgen, besteht kein wesentlicher Unterschied zwischen einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt und den sogenannten verfassungsimmanenten Schranken. Es können sich allerdings zugunsten eines Grundrechts, dem das Grundgesetz nicht ausdrücklich Schranken zieht, besondere "prima facie-Präferenzen" ergeben. Dies führt zu einem relativen Vorrang (Präponderanz) des Grundsatzes der Tarifautonomie (vgl. BVerfGE 44, 322 (341); 100, 271 (282 ff.)) vor allgemeinen Zwecken des Gesetzgebers.

Als Verfassungsgüter kommen der Schutz der Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und das Sozialprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) in Betracht. Ein effektiver Gesundheitsschutz verlangt in Verbindung mit dem Sozialprinzip nach einem funktionierenden, für die Patienten bezahlbaren Gesundheitswesen. Das Bundesverfassungsgericht hat die "Sicherung der finanziellen Stabilität der Gesetzlichen Krankenversicherung" als eine "Gemeinwohlaufgabe" bezeichnet, "welche der Gesetzgeber nicht nur verfolgen darf, sondern der er sich nicht einmal entziehen dürfte" (BVerfGE 68, 193 (218); BSG 89, 9 (13)), vorausgesetzt, daß der Gesetzgeber sich für dieses System entschieden hat.

Bei der Ausformung der Tarifautonomie "hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum" (BVerfGE 20, 312 (317)). Der Gesetzgeber kann vor allem die Sachbereiche der Tarifverträge "im einzelnen ausgestalten und näher regeln", "wenn das zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten ist" (BVerfGE 100, 214 (223 f.); 100, 271 (283 f.)). Staatliche Lohnleitlinien etwa müssen jedenfalls praktisch vernünftig sein. Der Grundsatz der Beitragssatzstabilität wirkt wie eine Lohnleitlinie. Lohnleitlinien, die wie etwa die Mindestarbeitsbedingungen, Lohnuntergrenzen sind, können aus sozialpolitischen Gründen gerechtfertigt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat 1958 im Preisurteil eine verteilungspolitische Umsetzung des Preisgesetzes zurückgewiesen, allerdings aus Gründen der materialen Offenheit (geringen Bestimmtheit) des Preisgesetzes, welches nur als Rechtsgrundlage für die Aufrechterhaltung des Preisstandes (Preisniveaustabilität) herangezogen werden dürfe (BVerfGE 8, 274 (311, 323)). Die Verteilung ist aber grundsätzlich Sache des Marktes und des Wettbewerbs. Der Staat darf durchaus Verteilungspolitik betreiben, aber gemäß dem sozialrechtlichen Subsidiaritätsprinzip nur, um den sozial Schwachen zu helfen. Die Versicherung von Kostenrisiken mit Sozialpolitik zu belasten, ist sachfremd. Er ist um der Gleichheitlichkeit der sozialpolitischen Belastung willen auf die Steuer- und Sozialpolitik verwiesen. Der Staat darf keinesfalls Verteilungspolitik zugunsten einer großen Zahl von Menschen (Wählern) betreiben, die als solche nicht einmal bedürftig sind, und dafür eine kleine Zahl von Menschen belasten, zumal wenn diesen damit die beruflichen Entfaltungsmöglichkeiten drastisch beschnitten werden. Es gibt keinen verfassungslegitimen Grund, die Vergütungen und damit Einkommen der heilberuflichen Leistungserbringer zu deckeln, um die Löhne und Gehälter und damit die Einkommen der Patientenschaft zu begünstigen, auch nicht, um zugunsten der Unternehmer die Arbeitskosten zu begrenzen.

Lohnleitlinien, wie die Beitragssatzstabilität oder sonstige honorarbegrenzende Maßnahmen, lassen sich mit der Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts rechtfertigen. Das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht, nämlich Preisniveaustabilität, hohe Beschäftigung, außenwirtschaftliches Gleichgewicht und stetiges Wachstum, eine marktwirtschaftliche Ordnung vorausgesetzt (§ 1 StabWachsG), sind aber nicht durch die Beitragssätze gestört. Im übrigen müßte als Voraussetzung von Maßnahmen zur Wiederherstellung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts die Störung desselben verbindlich festgestellt werden. Das wiederum würde ein dahingehendes Gesetz erfordern, das es bisher nicht gibt. Schon gar nicht wäre das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht erkennbar beeinträchtigt, wenn die Vergütungen für die vertragsärztlichen Leistungen (verfassungsgemäß) von den gesundheitspolitischen Partnern gemäß Art. 9 Abs. 3 GG ausgehandelt würden. Die Politik der kostendämpfenden Beitragssatzstabilität im System der Gesetzlichen Krankenversicherung schränkt die wirtschaftlichen

Grundrechte zumindest der Vertrags(zahn)ärzteschaft ein, ohne daß die verfassungsrechtlich tragfähigen gesetzlichen Grundlagen für eine gesamtwirtschaftliche Stabilitätspolitik, welche sich die spezifischen gesamtwirtschaftspolitischen Grenzen gefallen lassen müßte, geschaffen wären, geschweige denn, daß die Kostenprobleme der Gesetzlichen Krankenversicherung es rechtfertigen könnten, eine Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu erklären; denn das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht ist vor allem durch die außerordentlich hohe Arbeitslosigkeit gestört, welche ihre Ursache auch in der übermäßigen Deregulierung vor allem des Kapitalverkehrs, wie überhaupt in der internationalistischen Wirtschaftspolitik auch Deutschlands hat, welche notwendig den Lebensstandard in Deutschland senkt und auch darauf ausgerichtet ist, die Lebensverhältnisse in Deutschland auf einen europäischen Durchschnitt auszurichten.

Die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Vertragsfreiheit der Partner im Gesundheitswesen soll einen gerechten Ausgleich zwischen den divergierenden Interessen der Krankenversicherungen und den Patienten (Versicherten) einerseits und den heilberuflichen Leistungserbringern und deren Vereinigungen andererseits sichern. Das besondere Interesse der Leistungserbringer ist auf die freie Berufsausübung und auf eine angemessene Vergütung gerichtet, während die an ihrer medizinischen Versorgung und die Krankenversicherungen an ihrem wirtschaftlichen Erfolg interessiert sind und sein müssen. Das gemeinsame Bestreben aller Gruppen sollte im Rahmen der finanziellen Möglichkeiten auf die bestmögliche Versorgung der Patienten nach dem neuesten Stand der medizinischen Wissenschaft und der Medizintechnik gerichtet sein (vgl. § 72 Abs. 2 SGB V, der auf den "allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse" abstellt). Das vertragliche Einigungsverfahren ist das klassische Instrument, in gemeinsamer Erkenntnis des bestmöglichen Interessenausgleichs eine für alle Beteiligten angemessene und dadurch befriedende Regelung zu finden. Weil die Gesetze des freiheitlichen Gemeinwesens das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit verwirklichen sollen, soll der Gesetzgeber in praktischer Vernunft die jeweiligen um des gemeinen Wohls willen notwendigen Grenzen der Vertragsfreiheit bestimmen. Um einen gerechten Interessenausgleich zu ermöglichen, muß der Gesetzgeber den Vertragsparteien einen hinreichenden Gestaltungsspielraum belassen und darf die Verhandlungsparität nicht stören (BVerfGE 84, 212 (228 f.); 92, 26 (41); 92, 365 (394 f.)).

Insbesondere muß die Vergütung für die heilberuflichen Leistungen angemessen sein können. Der Grundsatz der "angemessenen" Vergütung, der verfassungsrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG gesichert ist (BVerfGE 88, 145 (159); BSGE 73, 131 (136); 75, 37 (44)), ist weit und offen. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts verpflichtet der Grundsatz lediglich objektivrechtlich die Vertragspartner, bei der Ausgestaltung der Verträge auch die jewei-

lige Vergütung der ärztlichen Leistungen zu berücksichtigen. Das Bundesverfassungsgericht hat als verfassungsrechtliche Vorgaben für die Angemessenheit der Vergütung u.a. die Berücksichtigung der Kosten einer Durchschnittspraxis sowie Art und Umfang der ärztlichen Leistungen zu beachten aufgegeben (BVerfGE 33, 171 (182 ff.)). Im Schrifttum wird verlangt, daß die Vergütung einen "Arztlohn" enthält, die Möglichkeit der Gewinnerzielung offenläßt und nicht wesentlich unter den Vergütungen vergleichbarer Tätigkeit liegt. Eine "angemessene Vergütung" und damit ein gerechter Interessenausgleich zwischen den Patienten, Versicherten und Leistungserbringern ist aber nur insoweit möglich, als den Verhandlungspartnern noch genügend Verhandlungsspielraum bleibt und das Gleichgewicht zwischen ihnen nicht zugunsten einer Partei verschoben wird. Der die Tarifautonomie regelnde Gesetzgeber darf die Parität der Vertragspartner nicht verfälschen, er muß sie vielmehr gegen "strukturelle Ungleichgewichte" schützen (BVerfGE 92, 365 (397)).

2. Das Tarifvertragssystem ist mit der Streikfreiheit verbunden.

Art. 9 Abs. 3 GG sichert "jedermann und für alle Berufe" "das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden". Alle Vereinigungen von Ärzten und anderer heilberuflicher Leistungserbringer, deren Zweck die Wahrung und Förderung der (beruflichen) Wirtschaftsbedingungen ist, im übrigen auch die Kassenärztlichen Vereinigungen, sind im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG Koalitionen (A, III, 4).

Art. 9 Abs. 1 GG schützt die gemeinschaftliche Betätigung in Vereinigungen, Art. 9 Abs. 3 GG in besonderer Weise die Betätigung in Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Zur Durchsetzung ihrer Ziele, soweit diese legal sind, dürfen Koalitionen kollektive Maßnahmen, insbesondere Kampfmaßnahmen, ergreifen (Arbeitskampffreiheit, BVerfGE 18, 18 (32), st. Rspr.).

Die sogenannte Koalitionsverfahrens- und die Koalitionsmittelgarantie sichert u.a. den freien Koalitionskampf und die freie Wahl der verfahrensmäßig einzusetzenden Mittel (BVerfGE 18, 18 (32)). Die Garantie des Koalitionsverfahrens bezieht sich auf den Prozeß der spezifisch koalitionsmäßigen Betätigung, also auf das Verfahren zur Erreichung des Koalitionszwecks (BVerfGE 4, 96 (106)). Dieses Verfahren meint alle Formen koalitionsmäßiger Einigung und Auseinandersetzung. Art. 9 Abs. 3 GG überläßt den Koalitionen dabei grundsätzlich die Wahl der Mittel, die sie für geeignet halten, um ihren Zweck zu erreichen, ultima ratio auch den Streik (BVerfGE 18, 18 (32)). Die gesetzliche Stigmatisierung kollektiven Verzichts auf die Zulassung (§ 95b SGB V) steht damit in Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Recht der Vereinigungen, sich im Rahmen ihrer Vereini-

gungszwecke kollektiv zu betätigen. Nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG sind "Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, ... nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig". Dieses Ingerenzverbot erfaßt auch die koalitionsgemäße Betätigung einschließlich der Kampfmittel, soweit deren gesetzliche Einschränkung nicht "durch Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte" gerechtfertigt werden kann (BVerfGE 84, 212 (228)). Das Bundesverfassungsgericht hat es darüber hinaus als rechtens erkannt, "dem Betätigungsrecht der Koalitionen solche Schranken zu ziehen, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind". Sonst werde "der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Kerngehalt der Koalitionsbetätigung angetastet" (BVerfGE 19, 303 (320 f.); 88, 103 (114 ff.)). Der ins Auge fallende Unterschied der Schranken der Koalitionsfreiheit erweist sich bei näherer Betrachtung als wenig substantiell, weil zu den "Grundrechten Dritter und zu den mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechten" auch die (sogenannte) allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG gehört, die den Staat zu einer praktisch vernünftigen, also sachlichen Gesetzgebung verpflichtet, um der Freiheit aller gerecht zu werden. Sachliche Gesetzgebung ist wegen des durch das Sittengesetz definierten Freiheitsprinzips des Grundgesetzes das wesentliche Verfassungsprinzip der grundgesetzlichen Republik. Die Auseinandersetzung um die Vergütungen ist verfassungslegitimer Gegenstand des Koalitionskampfes, der spezifisch den Grundrechtsschutz des Art. 9 Abs. 3 GG genießt. Die Sicherstellung der Krankenversorgung läßt sich von der krankensicherungsrechtlichen Kostenfrage trennen. Die ärztliche Hilfeleistungspflicht hat Eigenstand. Sie wird durch die Auseinandersetzung um die Vergütung nicht relativiert. Die Vergütungsfrage aber ist ein Feld der Interessenauseinandersetzung, welches durch Art. 9 Abs. 3 GG der beruflichen Selbstverwaltung und damit dem privatheitlichen Vertragsprinzip überantwortet ist - um der Freiheit willen.

Art. 9 Abs. 3 GG schützt ausweislich des Begriffs "Arbeitskampf" grundsätzlich auch "kämpferische" Maßnahmen, die eingesetzt werden, um auf den koalitionspolitischen Gegner Druck auszuüben. Art. 9 Abs. 3 schützt die Streikfreiheit und damit auch die Wahl des Streiks als Mittel. Streik in diesem Sinne wäre die von mehreren Vertrags(zahn)ärzten, die in Vereinigungen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG verbunden sind, planmäßige und gemeinschaftliche Aussetzung der Vertragserfüllung gegenüber den Kassen, in denen die Patienten mitgliederschaftlich organisiert sind, also der Krankenversorgung. Die Möglichkeit privater Dienstverträge sowie deren Erfüllung und private Abrechnung bliebe davon unberührt.

Es stellt sich die Frage, ob Kampfmaßnahmen von Ärzten überhaupt, nicht nur als Streik im engeren Sinne, zulässig sind. Ein ausdrückliches gesetzliches Streikverbot für Ärzte gibt es nicht. Der "Ärztestreik", der auch und gerade gegenüber den Krankenkassen nicht ohne historische Beispiele geblieben ist, wird überwiegend

als rechtswidrig, teilweise aber auch als nicht grundsätzlich rechtswidrig beurteilt. Die Streikfreiheit der freiberuflich tätigen Vertragsärzte aus Art. 9 Abs. 3 GG könnte schon deshalb zu verneinen sein, weil diesen die Arbeitnehmereigenschaft fehlt, welche zwar nicht von Art. 9 Abs. 3 GG generell, aber von dem Begriff "Arbeitskampf" vorausgesetzt wird. Ein Streikrecht im weiteren Sinne wird auch aus Art. 5 Abs. 1 GG als Betätigungsform des Rechts auf freie Meinungsäußerung hergeleitet. Das ist wenig überzeugend, wenn auch ein Streik Form der Meinungsäußerung sein kann, so findet doch das Recht der berufsständischen Interessenwahrnehmung seine verfassungsrechtliche Grundlage in der Selbstverwaltungsverfassung des Art. 9 Abs. 3 GG und in der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. Streik, Aussperrung und Arbeitskampf sind Begriffe des Arbeitsrechts. Der Begriff "Arbeitskampf" ist aber kein Tatbestandsmerkmal des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG, sondern nur ein Argument dafür, daß die Streikfreiheit von der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten koalitionsmäßigen Betätigung umfaßt ist. Er wurde eingeführt, nachdem sich die restriktive arbeitsrechtliche Interpretation des Art. 9 Abs. 3 GG entgegen den Wortlaut "für alle Berufe" die Praxis bestimmt hat. Der Begriff steht somit der Streikfreiheit der Ärzte nicht entgegen.

Das Recht der Ärzte und Zahnärzte zu berufsständischer Kampfbetätigung könnte in der verfassungsmäßigen Ordnung durch die allgemeinen Gesetze, durch das ärztliche Standesrecht, durch das Wesen des Arzttums und die daraus resultierende "Liebespflicht als Rechtspflicht", durch das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient und schließlich durch das "öffentlich-rechtliche Funktionsverhältnis" des Arztes zum Staat ausgeschlossen sein. Durch die verbandsmäßige Betätigung wird der einzelne Arzt nicht von der allgemeinen Pflicht zur Hilfeleistung (§ 323c StGB), der er nach seinem Wissen und Sachverstand nachzukommen hat, befreit. Das Argument, der Ärztestreik sei funktionswidrig, vermag nicht zu überzeugen. Gerade die ärztliche Fürsorgepflicht kann eine verbandsmäßige Maßnahme gebieten, etwa wenn die Therapiefreiheit durch Arzneimittelbudgetierungen allzu stark eingeengt wird. Außerdem gewährleistet eine vernünftige Abstufung der Mittel der Auseinandersetzung im Hinblick auf das erstrebte Ziel die Rechtmäßigkeit angemessener Maßnahmen, zumal wenn die ärztliche Versorgung der Patienten sichergestellt ist. Der Arztberuf wird "entsprechend den Regelungen in den ärztlichen Berufsordnungen nach den Geboten der Menschlichkeit ausgeübt und merkantile Gesichtspunkte haben ... zwangsläufig in den Hintergrund zu treten" (W. Uhlenbruck, RdA 1972, 333). Der Ärztestreik ist jedenfalls rechtmäßig, "wenn er unter Gewährleistung der ärztlichen Versorgung mit angemessenen Mitteln durchgeführt wird, um den Kranken zu helfen und evidente Mißstände in der ärztlichen Versorgung zu beseitigen. Der Ärztestreik erscheint nur untragbar, wenn Ärzte Standespflichten verletzen, um wirtschaftliche Interessen im Wege des Behandlungstreiks als Mittel des Arbeitskampfes durchzusetzen.

Das Recht, als Kampfmaßnahmen die Krankenversorgung für die gesetzlichen Krankenkassen (Sachleistungsprinzip) zu verweigern, steht den ärztlichen Vereinigungen nicht zu, wenn hierdurch andere Verfassungsgüter oder Rechte Dritter rechtswidrig vernachlässigt werden würden. Bei jeglichen Kampfmaßnahmen der Ärzte müssen die medizinischen Risiken überschaubar sein, insbesondere muß der Einsatz von Kampfmitteln grundsätzlich zeitlich begrenzt sein. Eine pauschale Einordnung kollektiver Maßnahmen als Pflichtverletzung ist somit weder erforderlich noch angemessen und daher übermäßig.

Im übrigen liegt der Streik als Verweigerung weiterer Dienstleistung in der Logik des verbandlichen / kollektiven Vertrages über die Dienstleistungen. Wenn der Vertrag seine Verbindlichkeit verliert, regelmäßig durch Beendigung seiner Laufzeit, entfällt die Dienstleistungspflicht. Es bedarf eines neuen, alle wesentlichen Aspekte des Dienstverhältnisses regelnden Vertrages. Ohne Vergütungsregelung besteht ein offener Dissens (§ 154 BGB). Wegen der Verbandlichkeit der Vereinbarung kann sich nur der Verband auf das Ende des Verbandsvertrages berufen. Das folgt aus der Kollektivität der koalitionären Vereinbarung, welche grundrechtlich durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt wird. Wenn sich aber der Verband auf das Ende der Vertragslaufzeit beruft, ist das kein Rechtsverstoß, sondern sein gutes Recht. Die Verpflichtung zur Dienstleistung beruht ausschließlich auf den Verbandsvertrag, wenn nicht auch Einzelverträge bestehen.

Die ärztliche Hilfeleistungspflicht ist davon nicht berührt. Prinzipiell ist aber kein Arzt verpflichtet, einen Kranken zu behandeln, der mit ihm keinen Vertrag schließt. Dieses Prinzip ist auf die Verbandsverträge zu übertragen. Ohne Vertrag ist die ärztliche Behandlung eine Geschäftsführung ohne Auftrag und gibt den Aufwendungsersatzanspruch des § 683 BGB. Die Rechtsprinzipien, die aus Art. 9 Abs. 3 GG, aber auch aus Art. 12 Abs. 1 GG folgen, sind für die verfassungsrechtliche Betrachtung bestimmend. Demgemäß setzt der Gesetzgeber auch den abgestimmten Zulassungsverzicht ins Unrecht. Eine Verweigerung der ärztlichen Versorgung durch einen Arzt wäre ohnehin gesetzeswidrig.

Honorarforderungen und sonstige berufliche Interessen der Vertragsärzte können durch einen Streik verursachte Gefährdungen des Lebens und der Gesundheit anderer nicht rechtfertigen. Das durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützte Leben und die Gesundheit der Patienten haben einen höheren Rang als wirtschaftliche Interessen. Der Gesetzgeber würde die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG mißachten, wenn er einen wirklichen Behandlungstreik zur Durchsetzung der Vergütungsinteressen der Ärzte zulassen würde. Gegen ein Streikrecht der Ärzte spricht die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG aber nicht, wenn die ärztliche Versorgung der Patienten sichergestellt ist. Weil der Streik nur auf den Abschluß eines neuen Ta-

rifvertrags gerichtet sein darf, kommt ein Streikrecht nur gegenüber dem Tarifpartner in Betracht. Den Vereinigungen der Leistungserbringer stehen als Tarifpartner die Patienten und gegebenenfalls deren Versicherer gegenüber. Ein Streik wegen Honorarforderungen richtet sich gegen die versicherte Patientenschaft, indem die Vertragsärzte die Erbringung ihrer tariflich geregelten Leistungen verweigern. Die Behandlungspflicht gegenüber den Patienten bleibt bestehen. Freilich müssen die Patienten sich privat behandeln lassen, selbst das Honorar zahlen und Erstattung von ihren Krankenversicherung einfordern. Es ist Sache der Patienten, daß ihre Vertretungen sich auf Verträge mit den Leistungserbringern einlassen. Der finanzielle Druck ist das koalitionstypische und legitime Mittel der Interessensauseinandersetzung unter Tarifparteien. Auch die Leistungserbringer sind an dem schnellen Vertragsschluß interessiert, weil ihnen dieser die Patientenschaft und die Honorierung ihrer Leistungen sichert. Der Markt würde erheblichen Druck auf die Ärztehonorare ausüben. Die Kampfparität der Vertragspartner wäre gewahrt. Auswüchsen hätte der Gesetzgeber entgegenzuwirken.

C.

Zusammenfassung

1. Das Solidarprinzip hat seine menschheitliche Verfassungsgrundlage im Sozialprinzip und ist eine tragende Säule des gemeinsamen Lebens in der Republik. Das Sozialprinzip ist verwirklicht, wenn die Menschen- und Grundrechte die Lebenswirklichkeit aller Menschen im Gemeinwesen sind. Das Solidarprinzip bestimmt auch die Aufgabenbewältigung besonderer Gruppen eines Gemeinwesens, wie der Berufsgemeinschaften, etwa der Ärzteschaften. Das Solidarprinzip vermag aber das System der Gesetzlichen Krankenversicherung nicht zu begründen. Die Pflichtmitglieder der GKV, etwa 90 % der Bevölkerung, sind keine besondere Solidargemeinschaft, zumal die besonders leistungsfähigen Mitglieder des Gemeinwesens nicht zur Mitgliedschaft in der GKV verpflichtet sind. Der Gesetzgeber hat nicht das Recht, die Solidarität über das gesamtstaatliche Sozialprinzip hinaus vorzuschreiben. Das Solidarprinzip rechtfertigt keinesfalls eine Sozialpolitik zu Lasten der Menschen- und Grundrechte besonderer Gruppen, hier der heilberuflichen Leistungserbringer, die kein besonderes Solidarverhältnis zu den Leistungsempfängern, den Mitgliedern der GKV, haben.
2. Das Sach- oder Naturalleistungsprinzip, welches das System der GKV bestimmt, ist verfassungswidrig. Es findet keine Verfassungsgrundlage im Grundgesetz, schon gar nicht eine Rechtfertigung im Solidarprinzip, und rechtfertigt die Einschränkung der Menschen- und Grundrechte der heilberuflichen Leistungserbringer nicht. Das Sachleistungsprinzip ist die Kehrseite des mitgliedschaftlichen Beitragsprinzips der GKV. Dieses System hebt die Äqui-

valenz von Leistung und Gegenleistung auf, weil der Wert der Sachleistungen unabhängig von dem Wert der Beiträge ist. Diese Logik des nicht zu rechtfertigenden Solidarprinzips ist der Grund für die Überforderung der GKV. Das Sachleistungsprinzip ist weder geeignet noch erforderlich, um das Gesundheitsleistungssystem aufrecht zu erhalten. Es schafft falsche Anreize. Urprinzip des Rechts ist die Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung, welche der Vertrag bewirkt.

3. Das Sachleistungsprinzip ist territorial auf das Hoheitsgebiet eines Staates begrenzt, der die Mitgliedschaft in einer vermeintlichen Solidargemeinschaft erzwingen kann. Es ist nicht fähig, in die Europäische Gemeinschaft integriert zu werden, weil das die Leistungsfähigkeit der Völker der Europäischen Union überfordern würde. Demgemäß ist es mit den europäischen Grundfreiheiten, insbesondere der aktiven und passiven Dienstleistungsfreiheit, unvereinbar.
4. Den heilberuflichen Körperschaften, insbesondere den Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen, darf der Grundrechtsschutz nicht mit dem Argument versagt werden, daß sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen und damit Teil der mittelbaren Staatsverwaltung seien. Die Körperschaften, welche der Gesetzgeber erzwingt, organisieren insbesondere die heilberufliche Leistungserbringung, welche der Sache nach privatheitlich bleibt. Die Körperschaften gehören nicht zur staatlichen Organisation, schon weil sie nicht demokratisch legitimiert sind und die Leistungserbringer nicht Beamte werden. Gesetzliche Aufgaben haben alle Menschen im Gemeinwesen, ohne daß ihnen das den Grundrechtsschutz nimmt. Die Rechtsform der Körperschaften ist gewillkürt und vermag den Grundrechtsschutz nicht zu beeinträchtigen.
5. Die Vereinigungen können sich entgegen der Praxis, aber dem Recht nach auf die Wirtschaftsgrundrechte, insbesondere die Berufsfreiheit, die Eigentumsgewährleistung und insbesondere die Koalitionsfreiheit berufen. Mit der Koalitionsfreiheit, deren Kern das Recht ist, die berufsständischen Verhältnisse, insbesondere mittels Tarifverträgen, selbst zu regeln, sind die planwirtschaftlichen Regelungen des SGB V weitestgehend unvereinbar. Wegen der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG muß aus Verfassungsgründen neben dem Leistungsvertrag, insbesondere dem Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient, der wichtigste Baustein eines rechtmäßigen Systems der Krankenversicherung der Tarifvertrag zwischen den Ärzteschaften und den Patientenschaften sein.
6. Die Vertragsärzte üben eigenständige freie Berufe aus. Ihre Tätigkeit gehört nicht zum öffentlichen Dienst. Die Vertragsärzte haben keine staatlich gebunde-

ne Berufe, weil sie schon aus demokratierechtlichen Gründen nicht institutionell Teil des Staates sind.

7. Die Bedarfszulassung im System der GKV ist zur Sicherung der Finanzierung des Gesundheitswesens nicht erforderlich, schon gar nicht gerechtfertigt. Zulassungsbeschränkungen, die das Bundesverfassungsgericht bereits 1960/61 als Verletzung der Berufsfreiheit sowohl der Ärzte als auch der Zahnärzte für nichtig erklärt hat, sind nach wie vor unangemessen. Sie verstoßen zudem gegen die Niederlassungsfreiheit des Gemeinschaftsrechts, weil sie nicht zwingend vom Allgemeininteresse, dem ein privatheitliches Versicherungssystem besser gerecht wird, geboten sind. Das Ende der Kassenzulassung aus Altersgründen verletzt sowohl die Berufsfreiheit als auch die Eigentumsgewährleistung. Die Nichtzulassung aus Altersgründen ist weder mit der Berufsfreiheit des Grundgesetzes noch mit der Niederlassungsfreiheit des Gemeinschaftsrechts zu vereinbaren.
8. Der Grundsatz der Beitragssatzstabilität behindert eine verantwortliche Behandlung der Patienten. Er verletzt das menschheitliche Vertragsprinzip, insbesondere die Tarifautonomie, sowohl der heilberuflichen Leistungserbringer als auch der Patientenschaften, welche diesen aus der Koalitionsfreiheit, aber auch aus der Berufsfreiheit erwächst. Der Grundsatz der Beitragssatzstabilität verschärft den planwirtschaftlichen Charakter des quasi-sozialistischen Regelwerks der GKV. In diesem System können die Vergütungen der Leistungserbringer nicht mehr, wie es die Verfassung verlangt, angemessen sein.
9. Eine Vielfalt der Regelungen des SGB V, welche das Berufsrecht der heilberuflichen Leistungserbringer ordnen, ist mit der Berufsfreiheit und der Koalitionsfreiheit, aber auch mit der Eigentumsgewährleistung unvereinbar. Die Regelungen haben bisher nur deswegen Bestand, weil den heilberuflichen Körperschaften des öffentlichen Rechts der Grundrechtsschutz verfassungswidrig verweigert worden ist.
10. Aus dem Freiheitsprinzip, welches der Menschenwürde gemäß ist, folgt der Grundsatz und der Vorrang der Privatheit der Lebensbewältigung, das menschheitliche Privatheitsprinzip. Nur dieses entspricht einer Verfassung der Eigentumsgewährleistung, der Berufsfreiheit und der Vereinigungsfreiheit. Das Staatliche hat hinter der privatheitlichen Lebensbewältigung zurückzustehen, wenn letztere nicht versagt. Nationale und internationale Erfahrungen beweisen, daß die privatheitliche Krankenversicherung leistungsfähiger ist als die staatliche, zumal diese mit versicherungsfremden sozialpolitischen Aufgaben belastet wird. Aus dem Privatheitsprinzip folgt das Markt- und Wettbewerbsprinzip, welches erfahrungsgemäß größtmögliche Leistungsfähigkeit mit

sich bringt. Das gilt auch für das Gesundheits- und das Krankenversicherungswesen. Das Privatheitsprinzip entlastet den Staat von Verantwortlichkeiten, die er, wie die tendenziell sozialistische Praxis beweist, nicht zu bewältigen vermag. Die Entstaatlichung reduziert zugleich die Parteilichkeit der Politik.

11. Die Europäische Gemeinschaft kennt ein binnenmarktliches Privatheitsprinzip, welches den Grundfreiheiten erwächst. Dem Binnenmarktprinzip entspricht wiederum die Marktlichkeit und Wettbewerblichkeit, also die Privatheitlichkeit der Lebensbewältigung. Nur privatheitliche Leistungssysteme sind integrationsfähig und entsprechen damit der gemeinschaftsrechtlichen Wirtschaftsverfassung der marktlichen Sozialwirtschaft. Der Europäische Gerichtshof hat das sozialistische System der GKV bisher nur deswegen nicht dem gemeinschaftsrechtlichen Privatheitsprinzip anzupassen gezwungen, weil er die durch das Solidaritätsprinzip bestimmte Sozialpolitik den Mitgliedstaaten überantwortet. Das Solidarprinzip ist aber für die Krankenversicherung nicht tragfähig.
12. Dem Menschen gemäß ist das Gesundheitswesen und damit das Krankenversicherungswesen nur geregelt, wenn das Vertragsprinzip in den Mittelpunkt der Leistungsverhältnisse gestellt wird. Das Verhältnis zwischen den Leistungserbringern und den Leistungsempfängern, insbesondere das zwischen Ärzten und Zahnärzten einerseits und den Patienten andererseits, ist ein Vertrauensverhältnis, dessen rechtliche Grundlage ein Vertrag sein muß. Nur das entspricht der Würde der Patienten und auch der Leistungserbringer. Durchgehend entspricht die vertragliche Lebensbewältigung dem grundrechtlichen Privatheitsprinzip mehr als die gesetzliche Ordnung der Lebensverhältnisse, die zu sozialistischer Bevormundung und Ineffizienz tendiert. Der Gesetzgeber hat die Sozialverträglichkeit der Vertragsverhältnisse sicherzustellen.
13. Der Privatheitlichkeit der Lebensverhältnisse entspricht es, daß der Mensch sich gegen die wirtschaftlichen Risiken des Lebens zu versichern das Recht hat. Eine Krankenkostenversicherung läßt sich weder insgesamt noch zum Teil unterbinden, auch nicht um dem in jedem Versicherungswesen angelegten Versicherungsmißbrauch entgegenzusteuern. Versicherungen verteilen das wirtschaftliche Risiko auf die Versichertengemeinschaft und sind dadurch wirtschaftliche Vorsorge für den Schadensfall. Das Versicherungsprinzip wahrt mit der gemeinschaftlichen Vorsorge vor Kostenrisiken das vertragsgemäße Äquivalenzprinzip. Das Versicherungsprinzip ist seiner Eigenart nach mit dem Erstattungsprinzip verbunden. Das versicherungsgemäße Erstattungsprinzip bleibt im Rahmen des Vertragsprinzips und erlaubt es eher als

das Sachleistungsprinzip, Systemmißbräuche abzuwehren. Das Erstattungsprinzip respektiert den Patienten als mündigen Bürger.

14. Die Krankenversicherungspflicht ist, obwohl sie die Privatheitlichkeit der Lebensbewältigung einschränkt, gut begründet, weil sie das Gemeinwesen vor Lasten schützt, welche privat veranlaßt sind, aber doch wegen der Sozialhilfepflicht des Gemeinwesens von diesem zu tragen wären, wenn keine private Vorsorge getroffen ist. Die Pflichtversicherung muß so gestaltet sein, daß sie die Persönlichkeit der Versicherten größtmöglich schont. Darum muß sie mit dem Erstattungsprinzip verbunden sein, welches bestmögliche Kostentransparenz schafft.
15. Es gibt keinen Grund, die Krankenversicherungspflicht auf einen Teil der Bevölkerung zu begrenzen, abgesehen von dem öffentlichen Dienst, dessen krankheitsbedingtes Kostenrisiko der Dienstherr zu tragen hat. Eine Begrenzung der (vermeintlichen) Solidarpflicht auf den Teil der Bevölkerung, der weniger leistungsstark ist, ist abwegig.
16. Mit der Krankenversicherungspflicht ist der Kontrahierungszwang der Versicherer verbunden, weil sich sonst abgelehnte Risikofälle bei einem staatlichen Auffangversicherer sammeln würden.
17. Der Privatheitlichkeit der Versicherung widerspricht es, wenn die Versicherung mit versicherungsfremden Politiken belastet wird. Krankenversicherungen sind ihrer Eigenart nach auf einzelne Menschen bezogen, die ein Krankheitsrisiko haben. Familienpolitik ist nicht Sache einer Krankenversicherung, sondern Sache der staatlichen Gemeinschaft, die bestmöglich durch Steuerpolitik zu bewältigen ist. Eine gleichheitliche Belastung der Versicherer mit familienpolitischen Lasten wäre allenfalls mit außergewöhnlichem bürokratischen Aufwand, insbesondere mit einem Finanzausgleich der Versicherer, denkbar. Europaweit ist das schwerlich organisierbar.
18. Privatheitliche Krankenversicherungen beenden das Zweiklassensystem im Gesundheitswesen.
19. In einem privatheitlichen Krankenversicherungssystem leistet jeder Versicherungsnehmer die Prämie selbst. Eine sozialpolitische Verpflichtung der Arbeitgeber, die Hälfte der Versicherungskosten zu tragen, ist im System einer allgemeinen Krankenpflichtversicherung nicht begründbar. Dieses System ist keine Arbeitnehmersicherung mehr. In arbeitsrechtlichen Tarifverträgen können die Arbeitgeber die Versicherungsprämien ihrer Arbeitnehmer ganz oder zum Teil übernehmen.

20. Stützfeiler eines privatheitlichen Krankenversicherungssystems ist das gesundheitliche Tarifvertragsprinzip, welches die gemeinschaftliche (kollektive) Verwirklichung des Vertragsprinzips ermöglicht. Die Tarifautonomie ist nicht auf das Arbeitsverhältnis beschränkt, sondern ermöglicht auch den heilberuflichen Leistungserbringern zum einen und den Patienten zum anderen die privatheitliche Regelung ihrer Verhältnisse. Als Tarifpartner des Gesundheitswesens können sie bestmöglich ihre Interessen verwirklichen. Die Versicherer sind entweder als Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit geborene Tarifpartner oder müssen Patientenvertretungen als Tarifpartner organisieren. Weil alle Parteien, die am Krankheitsfall beteiligt sind, die Patienten, die Leistungserbringer und die Versicherer, auf die Tarifverträge Einfluß haben, sichern deren durch Tarifvertrag ausgeglichene gegenläufige Interessen bestmöglich die Wirtschaftlichkeit des Gesundheitswesens, ohne daß der Staat eingreifen muß.
21. Das Tarifvertragssystem ist mit der Streikfreiheit verbunden. Die heilberuflichen Leistungserbringer sind zwar verpflichtet, den Kranken zu helfen. Das verpflichtet sie aber nicht, ihre Leistungen ohne vertragliche Grundlage zu erbringen. Die Behandlung aufgrund eines individuellen Behandlungsvertrages bleibt Pflicht, auch wenn die Leistungserbringer den Tarifpartner bestreiten.
22. Eine dispositive Gebührenordnung des Bundes soll den tariflichen und einzelvertraglichen Honorarvereinbarungen Orientierung geben, ohne diese zu binden.

3. Teil

Gesetzesvorschlag*

Art. 1

Aufhebung des Sozialgesetzbuches Fünftes Buch

Das Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V) über die Gesetzliche Krankenversicherung vom 20.12.1988 (BGBl. I S. 2477) zuletzt geändert am 17.08.2001 (BGBl. I, S. 2144) wird aufgehoben.

Art. 2

Gesetz über die Krankenpflichtversicherung

1. Abschnitt: Versicherungspflicht

§ 1 Krankenversicherungspflicht

Jeder, der seinen ständigen Aufenthalt im Inland hat, ist zur Versicherung seines Krankenkostenrisikos durch einen Versicherer seiner Wahl verpflichtet, der seinen Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union hat und die Kosten der versicherungspflichtigen Leistungen nach Maßgabe des § 3 erstattet.

Anmerkung:

Die privaten Krankenversicherungen können Leistungen in jedem beliebigem Umfang anbieten. Um zu vermeiden, daß der Einzelne durch eine Erkrankung in wirtschaftliche Not gerät, weil er etwa aus Kostengründen auf den Abschluß einer gesetzlichen Krankenversicherung verzichtet hat, ist jedenfalls für medizinisch notwendige Leistungen eine allgemeine Versicherungspflicht notwendig.

* Formuliert von K. A. Schachtschneider und A. Emmerich-Fritsche.

§ 2 Befreiung von der Versicherungspflicht

§ 1 gilt nicht, soweit ein Dienstherr oder öffentlicher Arbeitgeber sich verpflichtet, die Kosten der versicherungspflichtigen Leistungen (§ 3) zu erstatten.

Anmerkung:

Beamte sind von der Versicherungspflicht, soweit ihre Beihilfeberechtigung reicht, ausgenommen. Die Beihilfegewährung ist Teil der Alimentierung der Beamten und gehört zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums². Die Frage, ob den Beamten der Beihilfeanspruch genommen werden sollte, ist keine Frage der Gesundheitsreform, sondern eine Frage des öffentlichen Dienstrechts. Die Regelung ermöglicht, das Beihilfesystem auf die Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst auszudehnen. Das unterschiedliche Dienstrecht für Beamte und Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst ist wegen Art. 33 GG bedenklich³. Es begünstigt bisher die Privatversicherer. Dieser Zweck entfällt mit der Umgestaltung der Krankenversicherung.

§ 3 Versicherungspflichtige Leistungen

(1) Versicherungspflichtig sind alle medizinisch notwendigen Leistungen. Dies sind Leistungen, die erforderlich sind, um eine Krankheit oder die Folgen eines Unfalls zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder die Beschwerden zu lindern, die Untersuchung und Behandlung wegen einer Schwangerschaft sowie die Entbindung. Dazu gehören:

1. ärztliche Behandlung einschließlich Psychotherapie als ärztliche und psychotherapeutische Behandlung,
2. zahnärztliche Behandlung einschließlich der Versorgung mit Zahnersatz, wenn diese durch eine nicht vermeidbare Erkrankung des Kausystems oder eine Allgemeinerkrankung und ihre Folgen bedingt ist oder zur Behandlung einer schweren Allgemeinerkrankung oder ihrer Folgen notwendig ist,

² BGH, ZPR 1958, 246; W. Thieme, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, 1961, S. 52, Fn. 167; a.A. Th. Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, 1966, Art. 33, Rdn. 63.

³ Dazu K. A. Schachtschneider, Fallstudie zum Streik im öffentlichen Dienst, in: ders. Fallstudien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2001, S. 156 ff., 181 ff.

3. ärztliche Betreuung von Schwangerschaft und Mutterschaft, Hebammenhilfe, stationäre Entbindung und häusliche Pflege,
 4. Versorgung mit Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln,
 5. häusliche Krankenpflege
 6. Krankenhausbehandlung
 7. medizinische und ergänzende Leistungen zur Rehabilitation sowie Belastungs-erprobung und Arbeitstherapie
 8. Früherkennung von Krankheiten
- (2) Näheres kann in Tarifverträgen geregelt werden.

Anmerkung:

Die medizinische Grundversorgung soll bis auf wenige Einschränkungen, insbesondere im zahnmedizinischen Bereich, im wesentlichen dem bisherigen Leistungsbereich der Gesetzlichen Krankenversicherung entsprechen. Ihr Leistungsumfang muß im Diskurs dynamisch entwickelt werden.

Das Tarifvertragswesen ist ein wesentlicher Baustein des neuen Krankenversicherungssystems.

§ 4 Kontrahierungszwang

- (1) Die im Inland zur Krankenversicherung befugten Versicherer sind verpflichtet, die krankenversicherungspflichtigen Personen (§ 1) für die in § 3 genannten Leistungen zu versichern. Die Aufnahme in die Krankenpflichtversicherung darf nicht von einer Gesundheitsprüfung oder einem Gesundheitsnachweis abhängig gemacht werden.
- (2) Der Antrag auf Aufnahme in die Krankenpflichtversicherung darf nur abgelehnt werden, wenn der Antragsteller bereits bei dem Versicherungsunternehmen versichert war und das Versicherungsunternehmen
 1. den Versicherungsvertrag wegen Drohung oder arglistiger Täuschung angefochten hat,

2. vom Versicherungsvertrag wegen Nichtzahlung der ersten Prämie zurückgetreten ist oder
3. den Versicherungsvertrag wegen Prämienverzugs gekündigt hat.

Anmerkung:

Der Versicherungspflicht der Patienten muß in einem privaten Vertragssystem auf Seiten der Versicherer ein Kontrahierungszwang entsprechen, damit eine allseitige Krankenversicherung für notwendige medizinische Leistungen gewährleistet ist. Diese Beschränkung der Vertrags- und Unternehmensfreiheit ist aus sozialen Gründen gerechtfertigt. Gesundheitsprüfungen würden dazu führen, daß schutzbedürftige Personen für bestimmte oder alle ihre Risiken keinen hinreichenden Versicherungsschutz erhalten würden. Sie ist auch angemessen, weil den Versicherern unbenommen bleibt, Beiträge risikogerecht festzulegen oder auszuhandeln (§ 18).

Die Rücktrittsmöglichkeit des Versicherers nach § 18 VVG bleibt unberührt.

2. Abschnitt: Verhältnis zwischen Erbringern heilberuflicher Leistungen und Patienten

§ 5 Behandlungsvertrag

- (1) Der Erbringer heilberuflicher Leistungen (§ 22) schuldet dem Patienten die medizinisch notwendige Leistung
- (2) Der Patient schuldet dem Erbringer heilberuflicher Leistungen die Vergütung für die medizinisch notwendige Leistung. Die Vergütung bemißt sich nach den Gebührenordnungen der Heilberufe, nach den tarifvertraglichen Regelungen oder nach dem Behandlungsvertrag. Der Erbringer heilberuflicher Leistungen muß dem Patienten eine Rechnung stellen, die alle Angaben enthalten muß, die nötig sind, um die Berechnung der Vergütung und die medizinische Notwendigkeit der Leistung überprüfen zu können.
- (3) Der Bundesminister für Gesundheit erläßt mit Zustimmung des Bundesrates Gebührenordnungen für die heilberuflichen Leistungen. Diese müssen die Kosten der Leistungen zugrundelegen und eine angemessene Vergütung für die Leistungen einbeziehen. Die Tarifverträge und schriftliche Behandlungs-

verträge können höhere Honorare vereinbaren, als die Gebührenordnungen vorsehen.

- (4) Verträge über Leistungen, die nicht Gegenstand des § 3 sind, bleiben unberührt. Sie bedürfen der Schriftform. Die Berechnung der Leistungen aus diesen Verträgen muß gesondert erfolgen.

Anmerkung:

Die Erbringer medizinischer Leitungen, die nicht mehr Leistungserbringer im sozialen Krankenversicherungssystem (Vertragsärzte) sind, haben nur zu ihren Patienten ein Vertragsverhältnis. Das privatheitliche, vertragliche Prinzip achtet anders als das sozialgesetzliche, in dem der Patient zwar versorgt wurde, aber auch entmündigt war, den Patienten als Vertragspartner und damit als selbständigen Menschen und mündigen Patienten, auch gegenüber dem Arzt. Die Ärzte, Zahnärzte, Krankenhäuser, Therapeuten und Apotheker schulden dem Patienten die medizinisch notwendige Leistung und sind diesem gegenüber verantwortlich und rechenschaftspflichtig. Umgekehrt schuldet der Patient dem Erbringer medizinischer Leistungen die Vergütung, die aufgrund der Gebührenordnung etwa für Ärzte oder Zahnärzte oder aufgrund eines Tarifvertrags berechnet oder, soweit sie über den pflichtversicherten Bereich hinausgeht, vertraglich festgelegt wird. Der Behandlungsvertrag ist vom Versicherungsverhältnis, auf dessen Grundlage der Patient als Versicherter eine Erstattung seiner Kosten von seinem Versicherer verlangen kann, zu trennen. Zusätzliche Leistungen können der Patient und der Leistungserbringer vereinbaren. Das soll aber besonders schriftlich vereinbart und gesondert berechnet werden.

Die Gebührenordnungen sollen eine Orientierung für die Honorare geben und die Honorare tendenziell vereinheitlichen. Ihre Honorarregelungen sind dispositiv. Im Interesse einheitlicher Lebensverhältnisse in Deutschland ist der Bund zuständig. Die Ansätze sollen kostengerecht sein.

3. Abschnitt: Versicherungsverhältnis

§ 6 Versicherungsprämie

- (1) Der Versicherungsnehmer schuldet dem Versicherer die vereinbarte Versicherungsprämie.

Alternative:

Dem Absatz 1 wird ein Satz 2 angefügt, der lautet: Kinder von Versicherungsnehmern sind bis zum 21. Lebensjahr ohne Versicherungsprämie von dem Versicherer des Versicherungsnehmers mitzuversichern.

Anmerkung:

Für die prämienfreie Mitversicherung von Kindern eines Versicherungsnehmers werden bevölkerungspolitische Argumente geltend gemacht. Sie wird als Alternative zum vom Versicherungsprinzip bestimmten reinen Risikoprinzip vorgeschlagen, das jedem Versicherten einen prinzipiell gleichheitlichen Beitrag zu den Krankheitskosten der Versichertengemeinschaft abverlangt, also auch den versicherten jungen Menschen, weil auch diese ein Kostenrisiko mit sich bringen. Die jeweilige Versichertengemeinschaft eines Versicherers muß die Krankheitskosten des Nachwuchses weitgehend schon im System der GKV mittragen. Der Vorschlag geht insoweit über die Familienversicherung der GKV hinaus, als er nicht darauf abstellt, ob die jungen Menschen Erwerbseinkommen haben. Die Privatversicherungen versichern den Nachwuchs nicht ohne eigene Prämie. Die Frauen oder Männer, welche die Kinder erziehen, werden freilich nicht von der Prämie freigestellt. Die Altersgrenze von 21 Jahren ist ein Kompromiß zwischen dem Volljährigkeitsalter von 18 und dem Alter von 27 Jahren, bis zu dem derzeit Kindergeldansprüche bestehen können.

- (2) Die Versicherungsprämien können nach Alter, Geschlecht und Gesundheit oder sonstigen Risiken differenziert werden.

Anmerkung:

Die Vorschrift soll die Sachlichkeit der Prämien ermöglichen, die vornehmlich alters-, geschlechts- und gesundheitsabhängig ist.

§ 7 Erstattungsanspruch gegenüber dem Versicherer

- (1) Der Versicherte hat gegen den Versicherer einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Leistungen im Sinne des § 3.
- (2) Der Versicherte beteiligt sich mit 15 % an den Kosten der Leistungen, nicht aber mit mehr als 10 % der Einkünfte in einem Jahr. Für unterhaltsberechtigten Kinder bis zum 27. Lebensjahr betragen die Kostenselbstbeteiligung 7,5 %, die maximale Kostenselbstbeteiligung im Jahr nicht mehr als 5 % der Ein-

künfte des Unterhaltspflichtigen, dessen gesamte Kostenselbstbeteiligung im Jahr auf 15 % des zu versteuernden Jahreseinkommens begrenzt ist.

(3) Für Sozialhilfeempfänger gelten die Regelungen des Sozialhilfegesetzes.

Anmerkung:

Das rechtswidrige Sachleistungs- oder Naturalleistungsprinzip wird durch das Erstattungsprinzip ersetzt. Um der Finanzierbarkeit der Pflichtversicherung willen, die wegen des Kontrahierungszwanges nicht ausschließlich nach Risikoerwägungen kalkuliert werden kann, wird eine sozialverträgliche Kostenselbstbeteiligung eingeführt. Die Kostenselbstbeteiligung soll spürbar sein, um der die Gesundheitskosten in die Höhe treibenden Nullkostenmentalität, also dem Mißbrauch der Versicherung, entgegenzuwirken. Deswegen unterliegen auch Sozialhilfeempfänger einer Kostenbeteiligungspflicht. Allerdings kann die zusätzliche Versicherung des Risikos der Selbstkosten nicht verboten werden.

§ 8 Grundlage der Leistungspflicht des Versicherers

Die Leistungspflicht des Versicherers nach § 3 dieses Gesetzes bemißt sich nach allgemeinen Versicherungsbedingungen, nach dem Versicherungsvertrag oder nach dem Tarifvertrag.

Anmerkung:

Zum Tarifvertrag siehe 5. Abschnitt.

§ 9 Rücktritt

Der Versicherer kann nicht vom Vertrag zurücktreten, weil der Versicherungsnehmer Anzeigepflichten, die seinen Gesundheitszustand betreffen, nicht oder nicht richtig erfüllt hat. In einem solchen Fall ist der Versicherer berechtigt, den Vertrag den wirklichen Risiken anzupassen.

Anmerkung:

Der Kontrahierungszwang schließt die Ablehnung des Vertragsangebots durch den Versicherer wegen gesundheitlicher Risiken aus. Fehlerhafte Angaben zur Gesundheit sind eine Obliegenheitsverletzung. Diese berechtigt aber nicht zur

Rückgängigmachung des Versicherungsvertrages, sondern nur zur Anpassung des Vertrages an die richtigen, den wirklichen Risiken entsprechenden Regelungen.

§ 10 Kündigung des Versicherers

Eine ordentliche Kündigung des Versicherers ist ausgeschlossen. Der Versicherer kann den Versicherungsvertrag kündigen, wenn der Versicherungsnehmer mit der Versicherungsprämie in Verzug ist.

Anmerkung:

Die Krankenversicherungspflicht schließt die ordentliche Kündigung aus. Die Möglichkeit ordentlicher Kündigung würde den Kontrahierungszwang aushöhlen. Die Versicherer würden im Interesse der Kostenvermeidung versuchen, sich von Versicherten mit erhöhtem Risiko durch Kündigung zu trennen. Der Kontrahierungszwang würde einer anderen Versicherung diese Last aufbürden. Es könnte zu einer ständigen Verschiebung schlechter Risiken führen. Dies wäre für die Versicherten unzumutbar, insbesondere deshalb, weil der Versicherungsstatus auch von der Dauer der Zugehörigkeit zu einer Versicherung abhängt, jedenfalls abhängen kann. Diesen Bestand verliert der Versicherte, wenn er die Versicherung wechselt. Eine Pflicht der Versicherer, Versicherungssuchende mit ihrem Versicherungsbestand aufzunehmen, würde deren Unternehmensfreiheit weitaus stärker belasten als der Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechts.

§ 11 Kündigung des Versicherungsnehmers

- (1) Der Versicherungsnehmer kann den Versicherungsvertrag, der für die Dauer von mehr als einem Jahr geschlossen worden ist, zum Ende des ersten oder jedes darauf folgenden Jahres kündigen. Die Kündigung kann auf einzelne Personen oder einzelne Tarife beschränkt werden. Die Vereinbarung einer Versicherungszeit bleibt unberührt.
- (2) Erhöht der Versicherer aufgrund einer Anpassungsklausel die Prämie, ohne daß sich der Versicherungsschutz des Versicherten ändert, oder vermindert er aufgrund einer Anpassungsklausel seine Leistung gegenüber dem Versicherten, kann der Versicherungsnehmer innerhalb eines Monats nach Zugang der Anpassungserklärung mit Wirkung für den Zeitpunkt kündigen, zu dem die Prämienhöhung oder die Leistungsminderung wirksam werden soll.

Anmerkung:

1. Soll die Versicherungspflicht nicht dazu führen, daß die Versicherer den Versicherungsnehmern die Versicherungsbedingungen diktieren, muß der Wettbewerb unter den Versicherern gefördert werden. Um die Vertragsfreiheit trotz der Einschränkungen durch dieses Gesetz bestmöglich zu wahren, muß den Versicherungsnehmern das ordentliche Kündigungsrecht verbleiben. Die lange Frist ermöglicht dem Versicherer, sich unternehmerisch auf die Kündigungen einzustellen.

Das Vertragsprinzip verlangt die Zustimmung beider Vertragspartner zu den wesentlichen Inhalten des Vertrages, die auch hinreichend bestimmt sein müssen. Einseitige Änderungen der Leistungsbestimmungen durch den Versicherer, auch wenn sie durch eine Anpassungsklausel im Vertrag gerechtfertigt sind, entbehren der Zustimmung des Versicherungsnehmers zu der (einseitigen) Änderung. Zum Schutz der Vertragsfreiheit soll sich der Versicherungsnehmer kurzfristig aus dem Vertrag lösen können, damit er wenigstens nachträglich sein Einverständnis verweigern kann.

2. Der Versicherungsnehmer genießt nach dem Wechsel in eine andere Versicherung aufgrund seiner Kündigung keinen gesetzlichen Anspruch, von einem anderen Versicherer zu seinen bisherigen Konditionen weiterversichert zu werden. Ein Bestandsschutz des den Versicherer wechselnden Versicherungsnehmers würde die Versicherer, denen ordentliche Kündigungen aufgrund des Kontrahierungszwangs verwehrt sind, übermäßig belasten.

§ 12 Sonstige Beendigungsgründe, Bestandsschutz

- (1) Das Versicherungsverhältnis endet mit dem Tod des Versicherten, wenn der Versicherte aus dem Tätigkeitsgebiet des Versicherers verzieht oder wenn der bisherige Versicherer die Krankenpflichtversicherung nicht mehr betreibt.
- (2) In der 2. und 3. Alternative des Absatzes 1 hat der Versicherungsnehmer Anspruch auf Weiterversicherung durch einen anderen Versicherer. Im Rahmen der Versicherungsbedingungen des neuen Versicherers genießt er größtmöglichen Bestandsschutz seines Versicherungsverhältnisses.

Anmerkung:

Der Tod ist ein natürlicher Grund zur Beendigung des Versicherungsverhältnisses, weil dieses auf die Person des Versicherten abgestimmt ist. Eine "Vererbung" des Versicherungsbestandes ist nicht geboten. Falls der Versicherte die Versicherung wechselt, ist der Bestandsverlust nicht angemessen, wenn der Grund für den Wechsel in der Sphäre des Versicherers liegt. Dazu zählen das Tätigkeitsgebiet und der Tätigkeitsbereich des Versicherers.

4. Abschnitt: Patientenvertretung

§ 13 Patientenvertretung

- (1) Die Interessen der von einem Versicherer in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union versicherten Patienten werden durch die Patientenvertretung wahrgenommen.
- (2) Versicherte, die nicht durch die Patientenvertretung vertreten werden wollen, müssen dies dem Versicherer erklären.

Anmerkung:

1. Die Versicherung gesundheitlicher Risiken ist kein gewöhnliches Unternehmen, das beliebig der Gewinnmaximierung überlassen werden kann. Das Privatheitsprinzip gebietet die Entstaatlichung des planwirtschaftlichen Krankenversicherungssystems nicht zugunsten unternehmerischer Interessen. Das Privatheitsprinzip wird im Gesundheitswesen dadurch verwirklicht, daß die Patienten ihre Interessen weitgehend selbst verantworten. Dafür sind Patientenvertretungen notwendig, die vor allem Tarifpartner sein sollen.

2. Die Patientenvertretung ist eine Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG. Die individuelle Koalitionsfreiheit sollte möglichst gewahrt bleiben.

5. Abschnitt: Versicherer

§ 14 Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit

- (1) Krankenversicherer, welche die Krankenpflichtversicherung im Sinne dieses Gesetzes betreiben, sind die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit gemäß §§ 15 ff. Versicherungsaufsichtsgesetz.

- (2) Die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit nehmen die Aufgaben der Patientenvertretung wahr.

Anmerkung:

Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit arbeitet nach dem Genossenschaftsprinzip. Die Patienten sind Mitglieder der Versicherung. Diese Versicherung kann somit zugleich die Patientenvertretung sein. Diese Gesellschaftsform ermöglicht bestmöglich die Interessenvertretung der Patienten, welche tarifvertragliche Vereinbarungen zwischen der Patientenschaft und den Ärzte-/Zahnärzteschaften (u.a.) ist.

Auch Betriebskrankenkassen können die Krankenversicherung betreiben.

§ 15 Versicherer in anderen Unternehmensformen

Versicherungsgesellschaften aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit anderer Unternehmensform können die Versicherungsleistungen nach § 3 anbieten. Die Patientenvertreter sind von den durch einen Versicherer versicherten Patienten eines Mitgliedstaates gleichheitlich zu wählen. Die Wahl führt der Versicherer durch.

Anmerkung:

Die Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages (Art. 49 ff.) verbietet grundsätzlich Beschränkungen des Angebots von Versicherungsdienstleistungen zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Dürften die Krankenversicherungsleistungen, welche der Versicherungspflicht unterliegen, nur von Versicherungsgesellschaften in bestimmter Unternehmensform angeboten werden, würde das den freien Dienstleistungsverkehr im Sinne des Art. 49 EGV beschränken. Die Patientenvertretung ist zwar ein legitimer Rechtfertigungsgrund, aber eine ausschließliche Zulassung von Versicherungen auf Gegenseitigkeit müßte sich am Verhältnismäßigkeitsprinzip messen lassen. Danach wäre es nicht erforderlich, zum Zwecke der Patientenvertretung andere Gesellschaftsformen auszuschließen, wenn auch in diesen eine hinreichende Vertretung der Patienten ermöglicht wird.

§ 16 Andere Versicherungen

Der Versicherer kann neben der Krankenpflichtversicherung nach diesem Gesetz weitere Versicherungen anbieten.

Anmerkung:

Die Erfordernisse der Krankenpflichtversicherung schließen andere Versicherungsgeschäfte nicht aus, solange die Vorschriften dieses Gesetzes für die Krankenpflichtversicherung beachtet werden können.

§ 17 Fonds der Versicherer

Die Versicherer, die in Deutschland Krankenpflichtversicherungen im Sinne dieses Gesetzes betreiben, schaffen einen gemeinsamen Fonds. Der Fonds tritt für die Leistungspflichten von Versicherern ein, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet ist. Die Beiträge der Versicherer müssen die Leistungsfähigkeit des Fonds sicherstellen. Das nähere, insbesondere die Beiträge und die Höhe der Einstandspflicht, regelt der Bundesminister für Gesundheit durch Rechtsverordnung.

Anmerkung:

Der Fonds dient nicht dem Risikoausgleich der Versicherer, sondern dem Schutz der Versicherten vor dem Insolvenzrisiko des Versicherers. Er ist mangels gemeinschaftsrechtlicher Rechtsgrundlage auf Deutschland zu beschränken.

§ 18 Altersrückstellung

Die Krankenversicherer sind verpflichtet, nach Maßgabe des Versicherungsaufsichtsgesetzes Altersrückstellungen zu bilden.

Anmerkung:

Die Altersrückstellung soll verhindern, daß die Versicherungsprämie wegen des zunehmenden Alters des Versicherten unverhältnismäßig angehoben wird.

6. Abschnitt: Tarifvertrag

§ 19 Tarifverträge

- (1) Im Rahmen der Gesetze können Tarifverträge die Verhältnisse der Erbringer heilberuflicher Leistungen (§ 22) zu den Patienten, die Qualität der heilberuflichen Leistungen, die Qualitätskontrolle und die Wirtschaftlichkeit der Leistungen regeln.
- (2) Die Tarifverträge binden die Tarifparteien in ihren einzelvertraglichen Beziehungen. Von den Tarifverträgen abweichende Einzelverträge bedürfen der Schriftform.

Anmerkung:

Die Richtigkeit des Tarifwesens im Gesundheitswesen ist in den Prinzipien der rechtlichen Begründung im 2. Teil, B, IV dargelegt. Die Qualitätssicherung ist dem Tarifwesen überlassen, einerseits um das den sachkompetenten Gesundheitspartnern zu überantworten, andererseits um größtmögliche Beweglichkeit zu schaffen. Im Interesse der Rechtsklarheit sollen einzelvertragliche Abweichungen vom Tarifvertrag der Schriftform bedürfen.

§ 20 Tarifvertragsparteien

- (1) Tarifvertragsparteien sind einzelne oder mehrere Leistungserbringer oder deren Vereinigungen einerseits und einzelne oder mehrere Patientenvertretungen andererseits.
- (2) Außer im Falle des § 14 Abs. 2 kann die Patientenvertretung einen Tarifvertrag nur im Einvernehmen mit dem Versicherer schließen.

Anmerkung:

1. Jeder Leistungserbringer ist tariffähig. Das ist insbesondere für Krankenhäuser bedeutsam. Zu erwarten ist eine differenzierte Verbandsbildung der Leistungserbringer.

2. Die Tarifverträge regeln die Honorare und sind dadurch wesentlich für die Kosten. Darum müssen die Versicherer, die die Kosten tragen, den Tarifverträgen zustimmen. Die Tarifverträge sind somit gemäß der Interessenlage dreiseitig.

7. Abschnitt: Staatliche Prämienunterstützung

§ 21 Staatliche Prämienunterstützung

Soweit die Versicherungsprämie 12 % des Einkommens der versicherten Person oder der Unterhaltspflichtigen übersteigt, trägt diesen Prämienanteil der zuständige Träger der Sozialhilfe. Das Nähere regelt der Bundesminister für Arbeit und Soziales im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Gesundheit durch Rechtsverordnung.

Anmerkung:

Das vorgeschlagene Krankenpflichtversicherungsgesetz trennt das privatheitliche Versicherungsprinzip von sozialen Prinzipien der Solidarität und der Verteilungsgerechtigkeit. Zum einen ist die Krankenversicherung wirtschaftlich zum Scheitern verurteilt, wenn ihr der soziale Ausgleich aufgebürdet wird, wie das gegenwärtige System der Gesetzlichen Krankenversicherung zeigt. Zum anderen ist privaten Versicherern und Versicherungsnehmern der soziale Ausgleich nicht zumutbar. Das versicherungsrechtliche Solidarprinzip trägt dies nicht. Der soziale Ausgleich ist Aufgabe der öffentlichen Hand, die als Allgemeinheit der Bürger das gute Leben aller in Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit allgemeinheitlich zu verantworten hat. Eine Versicherung ist keine soziale Anstalt.

8. Abschnitt: Erbringer heilberuflicher Leistungen

§ 22 Erbringer heilberuflicher Leistungen

(1) Heilberufliche Leistungen im Sinne des § 3 werden insbesondere erbracht von

1. Ärzten
2. Zahnärzten
3. Psychotherapeuten
4. Physiotherapeuten
5. Hebammen
6. Hilfsmittelerbringern

7. Heilmittelerbringern
8. Apotheker
9. Krankenhäuser
10. Rehabilitationseinrichtungen
11. Heilbädern
12. Transport- und Rettungsunternehmen
13. Laboratorien

(2) Die Versicherten können ihre Vertragspartner unter den Erbringern heilberuflicher Leistungen wählen. In Tarifverträgen kann das Recht, den Vertragspartner zu wählen, eingeschränkt werden.

Anmerkung:

1. Die Liste ist nicht abschließend, um einerseits die Entwicklungen in der Medizin und in den Heilberufen nicht zu behindern und um andererseits weitergehende tarifvertragliche Regelungen zu ermöglichen.

2. Das Recht, den Vertragspartner unter den Leistungserbringern zu wählen, vor allem also die Arztwahlfreiheit, ist ein elementarer Baustein eines privatheitlichen Gesundheitswesens. Die Wahlmöglichkeit einzuschränken kann im Interesse der Tarifpartner (§ 20) liegen, die die Zustimmung der Patientenvertretung finden muß.

§ 23 Auskunftspflicht

Der Versicherer kann mit Einwilligung des Patienten von dem Erbringer heilberuflicher Leistung die erforderlichen fachlichen Auskünfte verlangen.

Anmerkung:

Aus Wirtschaftlichkeits- und Praktikabilitätserwägungen sollen die Erbringer heilberuflicher Leistungen im Sinne des § 3 nicht nur gegenüber den Patienten aus dem Vertrag, sondern gesetzlich auch gegenüber den Versicherern auskunftspflichtig sein. Die Einwilligung des Patienten entbindet von der ärztlichen Schweigepflicht.

§ 24 Vertrauensärzte

- (1) Die Patientenvertretungen bestellen im Einvernehmen mit den heilberuflichen Kammern Vertrauensärzte und andere fachkundige Vertrauenspersonen. Diese müssen mindestens fünf Jahre in der Praxis tätig gewesen sein. Sie sind unabhängig und weisungsfrei.
- (2) Vertrauensärzte und andere fachkundige Vertrauenspersonen beraten die Versicherer, Patientenvertretungen und Erbringer heilberuflicher Leistungen in Fachfragen, in Vergütungs- und Tariffragen sowie in Fragen der Leistungspflicht der Versicherer.
- (3) Der Versicherer kann vom Versicherten die Untersuchung durch einen Vertrauensarzt verlangen.
- (4) Die Leistungserbringer sind verpflichtet, den Vertrauensärzten zur Erfüllung ihrer Aufgaben die notwendigen Angaben zu machen. Die Vertrauensärzte können Versicherte auch persönlich zu untersuchen. Sie haben den behandelnden Arzt vor der Untersuchung und über das Ergebnis der Untersuchung zu unterrichten.

Anmerkung:

Die Möglichkeit für Patienten und Versicherer, Vertrauensärzte zu konsultieren, dient der Wirtschaftlichkeit und Qualität medizinischer Leistungen. Als objektive Dritte können sie in Streitfragen zur sachlichen Entscheidung beitragen. Die Qualifikation der Vertrauensärzte wird durch das Auswahlverfahren und die vorausgesetzte Erfahrung gesichert.

9. Abschnitt: Verweis auf andere Bestimmungen

§ 25 Geltung des Versicherungsvertragsgesetzes

Soweit dieses Gesetz nichts Abweichendes regelt, gelten die Vorschriften des Gesetzes über den Versicherungsvertrag vom 30.5.1908, zuletzt geändert durch Gesetz vom 13.7.2001 (BGBl. I, 1542).

Art. 3

Sozialversicherungsberechtigte

§ 21 SGB I wird durch folgenden Text ersetzt:

- (1) Es können Beiträge zu den Krankenpflichtversicherungen zur Deckung der gesundheitlichen Mindestversorgung in Anspruch genommen werden.
- (2) Sozialhilfeempfänger beteiligen sich zu 10% der Kosten jedes Behandlungsfalles, höchstens in Höhe von 10 % ihres monatlichen Sozialhilfebezugs an den Kosten für versicherungspflichtige Leistungen im Sinne des § 3.

Art. 4

Pflegeversicherung

Bemerkung:

Das Elfte Buch über die Soziale Pflegeversicherung vom 26.5.1994 (BGBl. I, S. 1014), zuletzt geändert durch Gesetz vom 9.9.2001 (BGBl. I, S. 2320) bedarf der Anpassung, die erst konzipiert werden sollte, wenn dieses Gesetz in dieser oder jener Form akzeptiert ist.

Art. 5

Übergangsregelungen

Bemerkung:

Die Übergangsregelungen bedürfen der Bearbeitung durch die Ministerialbürokratie im Benehmen mit den Versicherern, wenn die "Revolution" der Krankenversicherung beschlossen ist.

Die Allgemeinen Ortskrankenkassen und die Ersatzkassen können und sollten in Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (§ 14) umgewandelt werden, weil diese auch mitgliedschaftlich organisiert sind.