



UNIVERSITÄT ZU KÖLN
SEMINAR FÜR
STAATSPHILOSOPHIE UND RECHTSPOLITIK
Prof. Dr. Otto Depenheuer

Albertus-Magnus-Platz
50923 Köln (Lindenthal)
Tel. 0221 470 22 30
Fax. 0221 470 50 10
www.seminar-staatsphilosophie.de

9. Oktober 2006

**Verfassungsrechtliche Grenzen einer Portabilität von Altersrückstellungen
in der Krankenversicherung**

– Kurzgutachten –

erstellt im Auftrag des Verbandes der Privaten Krankenversicherung e.V.

Die Ergebnisse des Kurzgutachtens in Leitsätzen:

- Die Alterungsrückstellungen (ARS) in der privaten Krankenversicherung sind Eigentum der Versicherten und unterliegen objektiv der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des privaten Eigentums gem. Art. 14 Abs. 1 GG.
- Dem Staat obliegt hinsichtlich der ARS in Wahrnehmung seiner grundrechtlichen Schutzpflicht die Aufgabe, durch geeignete rechtliche Maßnahmen die Integrität des Kapitalstocks sowie eine angemessene Beteiligung an den daraus erwirtschafteten Überschüssen sicherzustellen, um das mit der Bildung von ARS verbundene Versprechen der Beitragskonstanz im Alter auch einlösen zu können.

- Eine Portabilität der ARS erweiterte den Eigentumsschutz der ARS über die objektiv-rechtliche Dimension hinaus auch auf die subjektiv-rechtliche: der Versicherungsnehmer erhalte partiell Verfügungsbefugnis über „seine“ individualisierte ARS.
- Die Ausgestaltung portabler ARS innerhalb der PKV ist unter dem Gesichtspunkt, einen effektiven Wettbewerb im Markt der Krankenversicherung zu ermöglichen, durch legitime Gründe des Allgemeinwohls im Prinzip verfassungsrechtlich gerechtfertigt.
- Hinsichtlich portabel ausgestalteter ARS obliegt dem Staat aufgrund seiner grundrechtlichen Schutzpflicht die weitere Aufgabe, Integrität, Fortentwicklung und Funktion der ARS, durch Beitragsgutschriften im Alter konstanten Beiträge zu garantieren, auch beim Wechsel des Versicherungsunternehmens sicherzustellen. Bei einem Wechsel innerhalb der PKV ist das der Fall, weil alle Unternehmen der PKV nach Maßgabe der gleichen Vorschriften zur Bildung und Verwendung der ARS verpflichtet sind.
- Eine Portabilität zwischen den Systemen der PKV und GKV ist de lege lata schon aus dem Grunde verfassungswidrig, weil die GKV nicht zur Bildung von ARS verpflichtet ist. Reziproker Wettbewerb der Krankenversicherungen wäre entgegen der eine Portabilität legitimierenden Idee ausgeschlossen: Privatversicherte könnten ihre ARS in die GKV mitnehmen, nicht aber gesetzlich Versicherte in die PKV, weil es in der GKV keine ARS gibt.
- Bei einem Wechsel eines Versicherten von der PKV in die GKV würde die mitgenommene ARS umgekehrt – unmittelbar oder mittelbar – nur für die Finanzierung von deren allgemeinen Leistungen verwendet werden können. Dadurch würde die Zuordnung der individuellen ARS an den einzelnen Versicherten aufgehoben, der eigentumsrechtlich geschützte Kapitalstock aufgelöst und zugunsten der Mitglieder der GKV sozialisiert. Darin läge eine Enteignung der wechselnden Versicherten, die mangels Rechtsfertigungsfähigkeit verfassungswidrig wäre.
- Die ARS der PKV sind gesetzlich veranlaßtes und verfassungsrechtlich geschütztes zweckgebundenes Eigentum der Versicherten in der PKV. Nur zu de-

ren Gunsten können sie nach Maßgabe der im Versicherungsvertrag vorgesehenen Funktion ausgeschüttet werden. Unter keinem verfassungsrechtlich tragfähigen Gesichtspunkt bilden die ARS der in der PKV Versicherten eine taugliche Vermögensmasse, mittels derer die Finanzprobleme der GKV gelindert werden können.

Gliederung

I. Gutachtauftrag

II. Problemanalyse

1. Die Alterungsrückstellungen in der privaten Krankenversicherung
2. Solidaritätsprinzip statt Alterungsrückstellungen in der GKV

III. Der verfassungsrechtliche Status der ARS

1. Verfassungsrechtliche Legitimation der ARS
2. Eigentumsqualität der ARS
3. Eigentumsschutz durch objektives Recht
4. Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates hinsichtlich der ARS
5. Verfassungsrechtliche Konsequenzen einer Portabilität der ARS
 - a) Subjektivierung des Eigentumsschutzes
 - b) Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates hinsichtlich portabler ARS
 - c) Zwischenergebnis

IV. Verfassungsrechtliche Qualifikation und Legitimation einer Portabilität der ARS innerhalb der PKV

1. Inhaltsbestimmung des Eigentums
2. Stärkung des Wettbewerbs als legitimer öffentlicher Zweck
3. Wahrung der Zweckbindung der individuellen ARS als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer Portabilität

V. Verfassungswidrigkeit einer Portabilität der ARS bei einem Wechsel in die GKV

1. Faktische Wirkungen der Portabilität bei einem Wechsel PKV-GKV
2. Entlegitimierung des Wettbewerbsarguments
3. Verstoß gegen die grundrechtliche Schutzpflicht
4. Entlegitimierung der ARS
5. Verfassungswidrige Enteignung
 - a) Enteignung
 - b) Unzulässige Fiskalenteignung
6. Keine Solidarverpflichtung der PKV zugunsten der GKV

I. Gutachtauftrag

Die von der Großen Koalition vereinbarten „Eckpunkte zu einer Gesundheitsreform 2006“ vom 4. Juli 2006 sehen unter Punkt 16 eine Neuordnung des Verhältnisses von PKV und GKV vor. Im einzelnen wird u.a. ausgeführt:

- „Das plurale System des deutschen Gesundheitswesens soll im Sinne eines fairen Wettbewerbs zwischen den privaten Krankenversicherungen (PKV) und den gesetzlichen Krankenkassen erhalten bleiben. Daher müssen die privaten Krankenversicherungen auch zukünftig als Vollversicherer im Markt bleiben.
- Um den Wettbewerb sowohl innerhalb der privaten Krankenversicherung als auch zwischen den Systemen GKV und PKV zu ermöglichen, wird die Portabilität der individuellen Alterungsrückstellungen innerhalb der PKV für den Alt wie den Neubestand und beim Wechsel zwischen den Systemen gesetzlich geregelt.“

Vor dem Hintergrund dieser Eckpunkte hat mich der Verband der Privaten Krankenversicherung e.V. um Klärung der Frage gebeten, ob einer Mitnahme der Alterungsrückstellungen (ARS) bei einem Wechsel von der PKV zur GKV verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstehen. Gegenstand dieses Gutachtens ist nicht die Einführung einer Portabilität der ARS an sich. Diese sieht sich hinsichtlich des Versichertenbestands durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt, weil sie mit der Eigentumsgarantie der verbleibenden, d.h. nicht wechselnden Mitglieder des Versichertenkollektivs unüberbrückbar kollidiert.

– Vgl. *Otto Depenheuer*, „Alterungsrückstellungen und Eigentums-garantie“, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer gesetzlichen Einführung portabler Alterungsrückstellungen, in: Festschrift Ruppert Scholz [erscheint demnächst (2007)].

Unterstellt, daß der Einführung einer Portabilität von ARS innerhalb der PKV für das Neugeschäft keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstehen, stellt sich für die-

sen Fall die hier zu beurteilende Frage, ob eine Portabilität der ARS auch bei einem Wechsel eines Versicherungsnehmers (VN) in die GKV verfassungsrechtlich zulässig wäre.

II. Problemanalyse

1. Die Alterungsrückstellungen in der privaten Krankenversicherung

Die private Versicherung gegen das Risiko der Krankheit geht davon aus, daß die gesamten Leistungen des Versicherungsunternehmens für jeden Versicherten durch seinen Beitrag gedeckt sein müssen (Prinzip der Individualäquivalenz). Dafür wird eine homogene Versichertengruppe gebildet, die gleiche Leistungsansprüche, gleiches Eintrittsalter und gleiches Geschlecht haben. Da mit zunehmendem Alter das Krankheitsrisiko steigt, würde ein System der Risikoprämienbildung dazu führen, daß die Beiträge in der Jugend sehr gering wären und mit zunehmendem Alter immer stärker anstiegen. Sie wären schließlich so hoch, daß sie von einem Teil der älteren Versicherungsnehmer nicht mehr bezahlt werden könnten.

– Vgl. dazu und zum folgenden: Verband der privaten Krankenversicherung e.V. (Hg.), Zu den Altersbeiträgen der Privatversicherten. Gutachten der unabhängigen Expertenkommission zur Untersuchung der Problematik steigender Beiträge der privat Krankenversicherten im Alter, PKV-Dokumentation 19, 1997, S. 39 ff.; Abschlußbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts v. 19. April 2004, S. 141 ff.

Um dieses Ergebnis zu vermeiden, wird gem. § 12 Abs. 1 VAG die substitutive Krankenversicherung seit Jahrzehnten nach Art der Lebensversicherung betrieben. Bei ihr müssen die Beiträge so festgesetzt werden, daß sie vom Vertragsschluß bis zum Vertragsende gleich hoch bleiben. Dies gelingt mit Hilfe der Alterungsrückstellungen. Diese haben die Privaten Krankenversicherungen gem. § 12 Abs. 1 Nr. 2 VAG nach § 341 f HGB zu bilden. Dieser speist sich aus einem Zuschlag, der zur Risikoprämie des Versicherten hinzugerechnet wird (sog. Sparanteil).

– Solche Sparanteile werden vom Versicherungsunternehmen ertragbringend angelegt, bis sie benötigt werden. Dabei wird als sicher angenommen, daß die Versicherungsunternehmen mit den Kapitalanlagen aus solchen Sparanteilen mindestens einen Zinsertrag von 3,5 % erwirtschaften (sog. rechnungsmäßiger Zinssatz).

Die Summe der Sparanteile aller Versicherten bildet die sog. Alterungsrückstellung i. S. d. § 341 f HGB. Beitragsmindernd wird bei der Kalkulation der Alterungsrückstellung berücksichtigt, daß beim Ausscheiden eines Versicherten durch Tod oder Kündigung

(„Storno“) der für ihn noch vorhandene Teil der Alterungsrückstellung der Versicherungsgemeinschaft zugute kommt (sog. „Vererbung“). Sobald bei steigendem Alter infolge des höheren Krankheitsrisikos die altersabhängige Risikoprämie die konstante Prämie übersteigt, ist der für den jeweiligen versicherten vorgesehene Anteil aus der Alterungsrückstellung sukzessive zur Finanzierung des übersteigenden Teils der Risikoprämie heranzuziehen. Der Sparanteil ist so zu kalkulieren, daß die Alterungsrückstellung gerade ausreicht, um den Beitrag für die gesamte Lebensdauer des Versicherten konstant zu halten. Mittels der ARS wird dem Versicherungsnehmer garantiert, dass seine Prämien jedenfalls nicht aufgrund des Älterwerdens steigen.

– Alterungsrückstellungen dienen also lediglich dazu, dass das Versicherungsunternehmen seine rechtliche Verpflichtung einlösen kann, dass die Versicherungsbeiträge nicht allein wegen des Älterwerdens steigen. Beitragserhöhungen wegen steigender Preise, steigender Lebenserwartung und eines (nicht altersbedingten) veränderten Inanspruchnahmeverhalten bleiben hingegen weiter möglich.

Daneben müssen seit dem Jahr 2000 alle Versicherten zwischen dem 21. und 60. Lebensjahr gem. § 12 Abs. 4a VAG einen weiteren 10%-Zuschlag der jährlichen Bruttoprämie leisten. Dieser dient der Vorsorge für die möglichen Mehrkosten des medizinischen Fortschritts und ist den Alterungsrückstellungen direkt zuzuführen. Auch diese Zuschläge sind nach § 12 Abs. 4a VAG „zur Prämienermäßigung im Alter nach § 12a Abs. 2a,“ d.h. „ab der Vollendung des 65. Lebensjahres als Beitragsgutschrift zu verwenden“. Die gesamten Alterungsrückstellungen im Bereich der privaten Krankenversicherung dürften derzeit ein Volumen von ca. 100 Mrd. EUR betragen.

2. Solidaritätsprinzip statt Alterungsrückstellungen in der GKV

Die GKV hingegen kennt systembedingt keine ARS. Als auf der Idee der Solidarität gründender Versicherungsgemeinschaft leisten die VN in der GKV ihre Beiträge nicht am Maßstab ihrer individuellen Gesundheitsrisiken, sondern im Umlageverfahren nach Maßgabe ihrer individuellen Leistungsfähigkeit. Die Leistungen der GKV orientieren sich entsprechend nicht an den eingezahlten Beiträgen, sondern an den jeweils individu-

ellen Bedarfslagen: jedes Mitglied der GKV kann erwarten, im Versicherungsfall die medizinisch notwendigen Leistungen als von der GKV zu erbringende Sachleistung bereitgestellt zu erhalten. In diesem Solidarsystem kommt es – bewußt und gewollt – zu zahlreichen Umverteilungswirkungen: von den finanzstärkeren Mitgliedern zu den einkommensschwächeren, von Alleinlebenden zu Familien, von Gesunden zu Kranken, von Jüngeren zu Älteren etc. In der GKV wird also das höhere Gesundheitsrisiko der älteren Mitglieder von den Jüngeren als Folge des die Sozialversicherung beherrschenden Solidarprinzips mitgetragen. Da es keine Individualäquivalenz von Beitrag und Leistung gibt, wäre eine auf das individuelle Mitglied bezogene ARS systemwidrig.

Die verfassungsrechtliche Untersuchung der Zulässigkeit einer Portabilität der ARS bei einem Wechsel in die GKV gliedert sich in drei Abschnitte. Zunächst gilt es den verfassungsrechtlichen Status der ARS zu klären, um auf dieser Grundlage die einfachrechtliche Einführung einer Portabilität in verfassungsrechtliche Kategorien zu rekonstruieren (III.). Sodann wird eine Regelung der Portabilität der ARS verfassungsrechtlich diskutiert, die sich auf eine Portabilität innerhalb der PKV beschränkt (IV.). Abschließend wird eine systemübergreifende Portabilitätsregelung einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen, die nur mit den systemimmanenten Grundsätzen der GKV unvereinbar, sondern auch wegen eines nicht zu rechtfertigenden Eigentumseingriffs verfassungswidrig ist (V.).

Die nachfolgende Untersuchung konzentriert sich im wesentlichen auf die durch die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes gezogenen Grenzen einer Portabilität. Weitergehende Bedenken finanzverfassungsrechtlicher, freiheits- und gleichheitsrechtlicher Provenienz bleiben außer Betracht.

III. Der verfassungsrechtliche Status der ARS

1. Verfassungsrechtliche Legitimation der ARS

Die Alterungsrückstellungen in der PKV speisen sich aus zwei Quellen: aus dem Sparanteil der Risikoprämie und dem 10%-Beitragszuschlag nach § 12 Abs. 4a VAG. Sie dienen beide der Beitragsstabilisierung durch Prämienermäßigung im Alter. Der Sache nach handelt es sich dabei um eine gesetzlich angeordnete (Zusatz-) Zwangsversicherung der privat Krankenversicherten, die ihrerseits in deren Grundrechte aus Art. 2 und 14 GG eingreift. Dieser Grundrechtseingriff legitimiert sich aus der plausiblen Überlegung, durch diese (Zusatz-) Zwangsversicherung die Beiträge der VN auch im Alter konstant halten zu können. Die nach dem Prinzip der Individualäquivalenz berechneten Beiträge zur PKV können im Alter wegen des damit verbundenen erhöhten Gesundheitsrisikos zu sehr hohen Beitragsbelastungen führen, was sozial schon deshalb problematisch erscheint, als gleichzeitig das verfügbare Einkommen nach Ausscheiden aus dem Berufsleben in aller Regel deutlich vermindert ist. Dem Versicherungsnehmer (VN) wird durch die Bildung von ARS also garantiert, dass seine Prämien jedenfalls nicht aufgrund seines Älterwerdens steigen. Dieser Eingriff in die grundrechtliche Freiheitssphäre ist legitim, geeignet, erforderlich und umso mehr auch als verhältnismäßig zu qualifizieren, als dem Vermögensverlust durch erhöhte Beitragslast in der Aufbauphase eine entsprechende Beitragsgutschrift in der Abbauphase gegenübersteht. Fazit: Die Verpflichtung zur Bildung von ARS durch darauf gerichtete Beiträge der VN ist als verfassungsrechtlich unbedenklich dieser Untersuchung zugrunde zu legen.

2. Eigentumsqualität der ARS

Maßgebliche Bedeutung für die Beantwortung einer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Mitnahme der ARS von der PKV in die GKV ist der verfassungsrechtliche Status dieser zwangsweise angesparten ARS. Der primäre Maßstab, an dem sich eine gesetzliche Einführung der Portabilität der Alterungsrückstellungen verfassungsrechtlich messen lassen muß, ist die grundgesetzliche Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG. Die

durch Beiträge der VN gebildeten Rückstellungen sind verfassungsrechtlich Eigentum der VN.

– Zwar erwirbt das Versicherungsunternehmen (VU) zivilrechtlich Eigentum an den Rückstellungen. Es kann, darf und soll über das Geld nach eigenem unternehmerischem Kalkül verfügen, Erträge erwirtschaften und Gewinne erzielen. Insoweit ist das in den ARS zusammengefaßte Kapital auch als Eigentum des VU verfassungsrechtlich geschützt und garantiert ihm die Freiheiten eines Eigentümers (vgl. dazu näher *Otto Depenheuer*, Art. 14 Rn. 65 ff., in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Band 1, 2005). Aber diesen Eigentumsschutz genießt das VU hinsichtlich der ARS nur formal als Treuhänder des ihm von den Versicherten anvertrauten Geldes: nur in deren Interesse darf und muß es das Kapital verwalten, mehren und schützen.

a) Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Material ist in den ARS das durch Beiträge gebildete Eigentum der einzelnen Versicherungsnehmer zusammengefaßt. Die Versicherten genießen insoweit objektiv Eigentumsschutz für „ihre“ individuellen, wenn auch nach Maßgabe des Versicherungsprinzips gebundenen Rückstellungen. Diese Frage kann nach den insoweit wegweisenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur kapitalbildenden Lebensversicherung prinzipiell als geklärt angesehen werden.

– BVerfGE, NJW 2005, S. 2363; NJW 2005, S. 2376 ff.; BVerfG, NJW 2006, 1783, Ziff. 54 ff..

Danach erfaßt der Schutzbereich der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie das bei einem VU von den VN durch Beiträge angesammelte Kapital. Denn „den durch die laufenden Prämienzahlungen angesammelten Vermögenswerten entsprechen im Laufe der Vertragszeit auf unterschiedliche Weise herausgebildete vermögensrechtliche Positionen“ [sc. der Versicherten]. Die im Versicherungsverhältnis entstehenden Ansprüche sind durch die rechtlichen Vorgaben des Versicherungsvertrags- und des Versicherungsaufsichtsrechts so vorgezeichnet, daß es sich um mehr als bloße Chancen handelt. Der Schutz des Art. 14 GG erstreckt sich auch auf die Sicherung der späteren Konkretisierung und Realisierung des zunächst nur dem Grunde nach bestehenden Anspruchs auf Überschußbeteiligung

– BVerfG, NJW 2005, S. 2366 f.

Diese Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts markieren die Maßstäbe, an denen sich auch die künftige Rechtsprechung zu Fragen des privaten Versicherungsrechts orientieren wird. Die Maßstäbe der Entscheidungen kommen dem Grundsatz nach bei allen kapitalbildenden Versicherungstypen zur Anwendung. Insbesondere gilt dies auch für die ARS in der PKV, die „nach Art der Lebensversicherung“ gebildet werden: das in den ARS angesammelte Kapital aus Beiträgen, Vererbung und ggf. Überschußbeteiligungen, das für lebenslang konstante Beiträge verwendet wird, unterfällt mithin der Garantiewirkung der verfassungsrechtlichen Eigentumsgewährleistung nach Art. 14 Abs. 1 GG.

Diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verdient auch in der Sache Zustimmung. Die VN haben die in der ARS zusammengefaßten Vermögen durch ihre darauf entfallenden Beiträge „angesparrt“. Das positive Recht – Versicherungsaufsichtsgesetz i.V.m. dem individuellen Versicherungsvertrag – hat diese Vermögenswerte objektiv den VN zugeordnet. Daher dürfen die PKV diese Vermögenswerte verfassungsrechtlich auch nur in deren Interesse verwalten und mehren; insbesondere steht das Kapital den Versicherten zu mit der Maßgabe, daß es ausschließlich zu ihren Gunsten ausgeschüttet werden darf. Die ARS sind zwar formal, nicht aber material Eigentum des Versicherungsunternehmens, sondern dieses ist nur Treuhänder des ihm anvertrauten Kapitals.

b) Versicherungsrechtlich gebundenes Eigentum

Der eigentumsrechtlichen Qualifikation der ARS steht nicht entgegen, daß das in Rückstellungen angelegte Kapital vor der individuellen Gutschreibung nicht dem konkreten Versicherungsnehmer zugewiesen, sondern nach dem Prinzip der Versicherung an der Deckung der kalkulatorisch berechneten Ausschüttungen insgesamt orientiert ist. Bei den von den Versicherten durch Beiträge finanzierten und von den Versicherungen angelegten Rückstellungen handelt es sich also nicht um ein vom einzelnen Versiche-

rungsnehmer für sich erspartes Kapital, sondern um das Kapital aller zum Versichertenkollektiv kalkulatorisch zusammengefaßten Versicherten. Innerhalb dieses Versichertenkollektivs hat der einzelne Versicherungsnehmer nur die Chance, bei Realisierung des versicherten Risikos bzw. bei Erleben des Versicherungsfalls seine Ansprüche konkret und individuell realisieren zu können. Verstirbt er vorher oder kündigt er den Versicherungsvertrag, „vererbt“ oder storniert er seine Anwartschaften oder Erwartungen ganz oder teilweise zugunsten des Versichertenkollektivs. Die kalkulatorische Bindung des zurückgestellten Kapitals schließt es nach herkömmlicher Betrachtungsweise aus, die einzelnen Ansprüche der Versicherungsnehmer vor der Gutscheibung bzw. dem Eintritt des Versicherungsfalls überhaupt aus ihrer Bindung an das Versichertenkollektiv herauszulösen, zu isolieren und dem Versicherten rechtlich individuell zuzurechnen. Denn eine Portabilität durch Individualisierung der Rückstellungen veränderte die Kalkulationsvoraussetzungen und damit die Grundlagen des Versicherungsvertrags.

– Maßgeblich auf die Logik der versicherungsmathematischer Beitragskalkulation für die zu beurteilende Problematik abstellend: *Rupert Scholz*, „Mitgabe“ der Alterungsrückstellung in der privaten Krankenversicherung beim Wechsel des Versicherers?, in: PKV-Dokumentation, 2001, S. 8 ff.

Doch steht die versicherungskalkulatorische Bindung der Rückstellungen im Rahmen von Versicherungsverhältnissen einer isolierten rechtlichen Betrachtung und verfassungsrechtlichen Zuordnung der Rückstellungen an den Versicherungsnehmer nicht entgegen.

– Eine andere Frage ist es, ob kalkulatorisch gebildete Rückstellungen auch rechnerisch individualisierbar sind. Aber dies ist kein rechtliches, sondern ein mathematisches Problem. Skeptisch für die Alterungsrückstellungen im Rahmen der privaten Krankenversicherung die Unabhängige Expertenkommission, a.a.O., S. 120 ff.

Denn diese Bindung resultiert aus dem Eintritt des Einzelnen in ein Versichertenkollektiv. Solange die vertragliche Bindung trägt, schließt dies in der notwendigen Konsequenz eine Verfügungsmacht des einzelnen über das in den Rückstellungen angelegte Kapital aus, weil nur so Risikoschutz durch Kollektivversicherung möglich wird. Nicht aber beantwortet die kalkulatorische Bindung des rückgestellten Kapitals an und durch das Versichertenkollektiv die Frage nach dem verfassungsrechtlichen Status der Rück-

stellungen im Rahmen von Privatversicherungsverhältnissen: auch versicherungskalkulatorisch gebundenes Eigentum ist Eigentum.

c) Im Ergebnis läßt sich daher feststellen: die ARS sind verfassungsrechtlich in erster Linie Eigentum der Versicherten und unterfallen der Schutzgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG. Allerdings kommt der Eigentumsschutz den Versicherten verfassungsrechtlich de lege lata nur in seinem objektiv-rechtlichen Garantiegehalt zugute.

3. Eigentumsschutz durch objektives Recht

Das Bundesverfassungsgericht spricht den in den Rückstellungen angesammelten Vermögenswerten nur den „objektiv-rechtlichen Schutz aus Art. 14 I GG“ zu.

– BVerfG, NJW 2005, S. 2366; NJW 2005, S. 2378.

Der nur objektivrechtliche Schutz der Rückstellungen folgt rechtsdogmatisch aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber bzw. die Vertragsparteien des Versicherungsvertrages eine allgemeine Portabilität für die Rückstellungen nicht geschaffen haben. Es gibt mithin keine positivrechtliche vermögenswerte Rechtsposition, an die ein subjektivrechtlicher Eigentumsschutz nach Art. 14 Abs. 1 GG anknüpfen könnte.

– Vgl. BGHZ 141, 214 ff.; Zur Notwendigkeit positiv-rechtlicher Vermittlung des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes vgl. BVerfGE 58, 300, 330; *Depenheuer*, a.a.O., Rn. 29 ff.

Schon deswegen kann der Versicherungsnehmer über den auf ihn entfallenden rechnerischen Anteil an den Rückstellungen nicht verfügen; sie bilden nur die objektivrechtliche Grundlage für die Erfüllung seiner subjektiv-rechtlichen Teilhabe auf künftige Ausschüttung.

Der Ausschluß des Verfügungsrechts an den individualisierten Rückstellungen sowie – damit korrespondierend – der nur objektiv-rechtliche Schutz der Rückstellung stellt auch nur scheinbar eine Atypizität des Versicherungseigentums dar. Tatsächlich ist die

fehlende Verfügungsmacht des Versicherungsnehmer an „seiner“ Rückstellung nur Folge der – gesetzlich durch Versicherungszwang legitim formierten – Ausübung seiner eigentumsrechtlichen Verfügungsbefugnisse: weil und insoweit Versicherungsnehmer kapitalbildende Beiträge an das Versicherungsunternehmen übereignen, d.h. über ihr Geld verfügen, haben sie sich durch Vertrag ihrer Verfügungsmacht über ihr Eigentum begeben. Nach Maßgabe des Vertrages haben sie einen Teil ihres Vermögens dem Versicherungsunternehmen anvertraut und damit zugleich für die Dauer des Vertrags auf eigene Vermögensdispositionen verzichtet.

– Eigentumsdogmatisch gesprochen hat der Eigentümer, der sein Eigentum vertraglich der Nutzung durch Dritte zuführt (= verfügt), seine Verfügungsmacht über sein Eigentum ausgeübt, und zwar mit dem Inhalt, für die Zeit des Vertrages seine Verfügungsmacht nicht auszuüben (Zur fundamentalen Bedeutung der Verfügungsbefugnis für den verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff vgl. *Depenheuer*. a.a.O., Rn. 65 ff. Dies gilt bei der kapitalbildenden Versicherung in gleicher Weise wie bei Miete und Pacht. Dies gilt auch unabhängig von der hier nicht erheblichen Frage, ob die Versicherung freiwillig oder pflichtig ist. Allerdings muß bei einer kapitalbildenden Pflichtversicherung der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und der partielle Ausschluß des Verfügungsrechts über die zu zahlenden Beiträge (Art. 14 Abs. 1 GG) ihrerseits verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

Schließlich resultiert die Versagung subjektiv-rechtlicher Eigentumsqualität an den Rückstellungen aus der Tatsache, daß das in den Rückstellungen angesammelte Kapital in einem solidarischen Verbund aller Versicherungsnehmer steht. Der einzelne Versicherungsnehmer kann über seinen Anteil an den angesammelten Vermögenswerten *de lege lata* und der Logik des Versicherungsprinzips entsprechend nicht frei verfügen. Andernfalls würden nicht nur die Kalkulationsgrundlagen des Versicherungsunternehmens in Fortfall geraten; vor allem könnte es seine Versicherungsleistungen gegenüber den Bestandskunden nicht mehr in dem vertraglich zugesicherten Umfang einlösen, wenn die Versicherten jederzeit frei über ihre Anteile verfügen könnten. Die Rückstellungen sind nämlich nicht identisch mit der Summe angesparter Beiträge aller Versicherungsnehmer, sondern das Resultat kalkulatorischer Berechnungen, die auf das jeweilige Gesamtkollektiv bezogen sind und die aus Beiträgen, Vererbung, Stornowahrscheinlichkeiten und ggf. Überschußbeteiligungen bestehen. Das positive Recht räumt dem einzelnen Versicherungsnehmer daher keine subjektive Rechtsmacht ein, über seine vermögensmäßige Beteiligung an den Rückstellungen zu verfügen. Er kann seine Frei-

heit als Eigentümer nicht ausüben und über „seine“ individuellen ARS nicht frei verfügen; nur objektiv garantiert die Verfassung diese Vermögenswerte als Eigentum der Versicherten.

4. Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates hinsichtlich der ARS

Der objektiv-rechtliche Eigentumsschutz der ARS löst allerdings seinerseits eine grundrechtliche Schutzpflicht des Staates aus: in dem Maße der einzelne Versicherte weder eine Verfügungsbefugnis noch sonstige Einflußmöglichkeiten hinsichtlich „seiner“ ARS zukommt, erwächst dem Staat kompensatorisch die verfassungsrechtliche Aufgabe und Verantwortung, durch geeignete rechtliche Maßnahmen die Integrität des Kapitalstocks sowie eine angemessene Beteiligung an den daraus erwirtschafteten Überschüssen sicherzustellen, um das mit der Bildung von ARS verbundene Versprechen der Beitragskonstanz im Alter auch einlösen zu können.

– Vgl. grundlegend BVerfG, NJW 2005, S. 2366 ff.; NJW 2005, S. 2378 ff.; vgl. auch gleichsinnig BGH, NJW 2005, S. 3559, 3562. Zur dogmatischen Begründung und Wirkkraft grundrechtlicher Schutzpflichten vgl. *Josef Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 1992, § 111.

„Diese Schutzpflicht fordert insbesondere Schutzvorkehrungen dafür, dass die durch Prämienzahlungen der Versicherungsnehmer beim Versicherer geschaffenen Vermögenswerte als Quellen für die Erwirtschaftung von Überschüssen erhalten bleiben und den Versicherten im Fall von Bestandsübertragungen in gleichem Umfang zugute kommen wie ohne Austausch des Schuldners“. Auch muß der Gesetzgeber hinreichende rechtliche Vorkehrungen dafür vorsehen, daß bei der Ermittlung eines bei Vertragsende zuzuteilenden Schlussüberschusses die Vermögenswerte angemessen berücksichtigt werden, die durch die Prämienzahlungen geschaffen worden sind.“

– BVerfG, NJW 2005, S. 2363, 2365 ff.; BVerfG, NJW 2006, S. 1783, Ziff. 55.

5. Verfassungsrechtliche Konsequenzen einer Portabilität der ARS

a) Subjektivierung des Eigentumsschutzes

Die gesetzliche Einführung einer Portabilität hätte verfassungsdogmatisch zur Konsequenz, daß der objektiv-rechtlich gegebene Eigentumsschutz der ARS durch Art. 14 Abs. 1 GG partiell zu einem subjektiv-rechtlichen Eigentumsrecht ausgebaut und aufgewertet würde. Mit der Subjektivierung des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz der ARS würde der Gesetzgeber nicht nur die eigentumsrechtliche Qualität der ARS unterstreichen und bestätigen, sondern dem einzelnen VN verfassungsrechtlich eine partielle Verfügungsmacht über das in der individuellen ARS angesammelte Kapital zuweisen, indem er seine ARS bei einem Versicherungswechsel mitnehmen könnte. Beschränkungen dieser partiellen Verfügungsbefugnis wären dann ihrerseits rechtfertigungsbedürftig vor dem Garantieanspruch des Art. 14 Abs. 1 GG.

– Freilich wird dieser Zugewinn an Eigentumsbefugnissen erkaufte durch die Notwendigkeit einer Neukalkulation und Neufestsetzung höherer Beiträge für die ARS durch die privaten Versicherungsunternehmen. Durch den Wegfall von Stornowahrscheinlichkeiten steigen die Beitragssätze notwendig. Ob dieser Preis die erwarteten positiven Wirkungen einer Portabilität überwiegt, obliegt indes in der politisch legitimen Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.

b) Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates hinsichtlich portabler ARS

Die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates hinsichtlich der ARS erlischt nicht, weil dem einzelnen VN durch eine Portabilitätsregelung eine partielle Verfügungsbefugnis über die ARS zugewiesen wird. Weiterhin ist es verfassungsrechtlich Aufgabe des Staates, Vorsorge für die Integrität des Kapitalstocks sowie eine angemessene Beteiligung an den daraus erwirtschafteten Überschüssen sicherzustellen, um das Ziel relativer Beitragskonstanz im Alter erfüllen zu können.

– Vgl. grundlegend BVerfG, NJW 2005, S. 2366 ff.; NJW 2005, S. 2378 ff.; BGH, NJW 2005, S. 3559, 3562.

Bei Einführung einer Portabilität der ARS folgt aus der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates aber darüberhinausgehend, daß er insbesondere sicherstellen muß, daß diese ihre Funktion als kapitalgedeckte Subventionierung von Krankenversicherungsbeiträgen im Alter auch in einem offenen Versicherungsmarkt bewahren können. Dem Versicherungsnehmer muß seine Erwartung in Funktion und Bestand seiner ARS auch bei mehreren Wechseln des Versicherungsunternehmens garantiert bleiben. Portabilität darf für ihn nicht zum Risiko werden, seine individuelle ARS ganz oder teilweise zu verlieren. „Diese Schutzpflicht fordert insbesondere Schutzvorkehrungen dafür, daß die durch Prämienzahlungen der Versicherungsnehmer beim Versicherer geschaffenen Vermögenswerte als Quellen für die Erwirtschaftung von Überschüssen erhalten bleiben und den Versicherten im Falle von Bestandsübertragungen in gleichem Umfang zugute kommen wie ohne Austausch des Schuldners.“

– BVerfG, Kammerbeschuß v. 15. Febr. 2006, Ziff. 55; Vgl. auch BVerfGE, NJW 2005, 2363, 2365 ff.;

c) Schlußfolgerungen

Auf der Grundlage dieser verfassungsrechtlichen Vorüberlegungen lassen sich zwei Schlußfolgerungen für die Frage nach ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Portabilität von Alterungsrückstellungen ziehen: 1) einer Portabilität innerhalb des Systems der PKV stehen keine grundsätzlichen Bedenken entgegen (nachfolgend IV.); demgegenüber wäre eine systemübergreifende, die GKV einbeziehende Portabilität unter den gegebenen Verhältnissen verfassungswidrig (nachfolgend V.).

IV. Verfassungsrechtliche Qualifikation und Legitimation einer Portabilität der ARS innerhalb der PKV

1. Inhaltsbestimmung des Eigentums

Die Einführung einer Portabilität der ARS im Neugeschäft der PKV würde rechtsdogmatisch als eine Inhaltsbestimmung des Eigentums der VN an den ARS qualifiziert werden müssen. Das objektiv-rechtlich bereits geschützte Eigentum der VN an den ARS würde abstrakt-generell neu ausgestaltet, indem es um die subjektive Schutz- und Verfügungsdimension ergänzt wird.

– Vgl. BVerfGE 52, 1, 27 f.; st. Rspr.; zur dogmatischen Kategorie der Inhaltsbestimmung *Depenheuer*, a.a.O., Rn. 203.

Inhaltsbestimmungen des Eigentums bedürfen nach der eindeutigen Vorgabe des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG einer gesetzlichen Grundlage. Indem die Einführung einer Portabilität dem VN ein Mehr an Freiheit zuweist, ergibt sich zwar verfassungsrechtlich kein Rechtfertigungsbedarf hinsichtlich seiner verfassungsrechtlichen Eigentümerstellung. Wohl aber werden die Vertragsbeziehungen zwischen PKV und Versicherten dadurch auf eine neue rechtliche Grundlage gestellt. Durch die gesetzliche Einführung der Portabilität werden die kalkulatorischen Grundlagen des Versicherungsvertrags für beide Vertragspartner verbindlich vorgegeben; der Wegfall von Stornowahrscheinlichkeiten führt kalkulatorisch zwingend zu höheren Beiträgen zur ARS. Die Neuausgestaltung der Vertragsbeziehungen ist verfassungsrechtlich an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen und insoweit nur zulässig, wenn sie einen legitimen öffentlichen Zweck zu erzielen sucht, insoweit geeignet und erforderlich ist und die betroffenen Grundrechtsträger nicht unverhältnismäßig belastet.

2. Stärkung des Wettbewerbs als legitimer öffentlicher Zweck

Insoweit in der rechtspolitischen Diskussion und in der diesem Gutachten zugrundeliegenden Koalitionsvereinbarung die Einführung einer Portabilität der ARS damit begründet wird, nur so ließe sich Wettbewerb im Markt der PKV etablieren, so ist dieses Ziel in seiner Legitimität plausibel und das Mittel der Portabilität in seiner Tauglichkeit zur Zielerreichung schlüssig. Entsprechende Darlegungen des Gesetzgebers vorausgesetzt lassen sich vom Ziel der Stärkung des Wettbewerbs her keine Einwände gegen eine Portabilität erkennen.

– In einer freiheitlichen Verfassungsordnung ist die Freiheit des Wettbewerbs die verfassungsrechtliche Normalität und nur die Beschränkung von Wettbewerb die begründungs- und rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Wettbewerbsfördernde Maßnahmen haben im Prinzip daher die Vermutung der Verfassungskonformität für sich.

3. Wahrung der Zweckbindung der individuellen ARS als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung einer Portabilität

Diese Rechtfertigung einer Portabilitätsregelung von ihrer rechtspolitischen Zielsetzung her hat keinen gesetzgeberischen Freibrief zur Folge, sondern stellt eine Portabilitätsregelung unter eine verfassungsrechtliche Rechtmäßigkeitsbedingung. Wenn der Gesetzgeber eine Portabilität der ARS mit der Stärkung des Wettbewerbs im Bereich der Krankenversicherung begründet, muß er sich an diesem Ziel auch messen lassen. Eine Portabilität der ARS ist daher nur dann verfassungskonform, wenn die Portabilität der ARS den Wettbewerb in der PKV auch dauerhaft ermöglicht. Das ist aber nur dann der Fall, wenn der VN bei jedem Wechsel seines Versicherers „seine“ ARS in der für ihn berechneten Höhe mitnehmen kann und diese bei seinem neuen Versicherer fortgeschrieben wird.

Diese Voraussetzung ist bei einem Wechsel innerhalb der Unternehmen der PKV sichergestellt, da diese alle zwingend nach Maßgabe des positiven Rechts – §§ 12 Abs. 1 Nr. 1, 12 Abs. 4a VAG, § 341 f HGB – in prinzipiell gleicher Weise ARS anlegen müssen. Bei einer Portabilität innerhalb der PKV wandern die individualisierten ARS nur

von einem Versicherer – in der Substanz unverändert und für die Zukunft fortgeschrieben – zum nächsten. Insoweit derart die Zweckbindung der ARS als Beitragsgutschrift für die Krankenversicherungsbeiträge im Alter durch die Portabilität sichergestellt ist, bestehen gegen eine entsprechende gesetzliche Portabilitätsregelung aus verfassungsrechtlicher Perspektive keine Bedenken.

V. Verfassungswidrigkeit einer systemübergreifenden Portabilität der ARS in die Gesetzliche Krankenversicherung

Die Einführung einer systemübergreifenden Portabilität stünde indes nicht nur mit dem System der GKV als einem auf dem Umlageverfahren basierenden Solidarsystem im eklatanten systematischen und dogmatischen Widerspruch. Unter den gegenwärtigen Bedingungen des Nebeneinanders eines privaten, grundrechtlich legitimierten und eines sozialen, vom Staat getragenen Versicherungssystems wäre sie in mehrfacher Hinsicht verfassungswidrig.

– Für die nachfolgenden Überlegungen wird daher davon ausgegangen, daß die sachlich grundsätzlich verschieden konzipierten und verfassungsrechtlich unterschiedlich legitimierten Systeme von PKV und GKV im wesentlichen unangetastet bleiben. Diese Position liegt auch den „Eckpunkten zu einer Gesundheitsreform 2006“ zugrunde (o. S. 4 unter I.) und steht im übrigen auch nicht zur Disposition des Gesetzgebers, sondern ist diesem in seinen Grundstrukturen vorgegeben, vgl. *Josef Isensee*, Privatautonomie der Individualversicherung und soziale Selbstverwaltung, PKV-Dokumentation 6, 1980, S. 10 ff.

Die strukturelle Unvereinbarkeit einer systemübergreifenden Portabilität zeigt sich bereits bei den Wirkungen einer Mitnahme der individualisierten ARS in das System der GKV. Das Schicksal einer „individuellen“ und portablen ARS würde sich bei einem Wechsel in die staatliche Sozialversicherung grundlegend anders darstellen als bei einem Wechsel innerhalb der PKV:

1. Faktische Wirkungen der Portabilität bei einem Wechsel PKV-GKV

Die Einführung einer Portabilität über den Kreis der PKV hinaus, insbesondere also eine solche in das System der GKV, würde ARS in ihrer sachlogischen Idee notwendig denaturieren. Da die GKV keine ARS kennt und auch nicht kennen kann, wäre eine mitgenommene ARS im System der GKV ohne Funktion. Bei einer Mitnahme der individuellen ARS in die GKV müßte die mitgenommenen ARS von ihrer Zweckbindung – Subventionierung der Beiträge des VN im Alter – notwendig gelöst werden, würde in den allgemeinen Haushalt der GKV fließen und könnte derart für die Finanzierung der GKV-Leistungen verwendet werden. M.a.W.: die in der PKV angesammelten und in die

GKV mitgenommenen ARS würden sich für den einzelnen VN buchstäblich in nichts auflösen: ein individuell dem VN zugewiesenes Kapital gäbe es nicht mehr.

Dadurch würde zugleich das Ziel, durch Einführung einer Portabilität der ARS den Wettbewerb zwischen PKV und GKV zu stärken, konterkariert. Denn effektive Wettbewerbswirkung würde eine Portabilität nur in eine Richtung hin entfalten können: nämlich bei einem Wechsel von der PKV zur GKV. Im umgekehrten Fall könnte ein VN seine ARS schon deswegen nicht mitnehmen, weil es solche in der GKV systembedingt nicht gibt. Bei einem Wechsel zurück zur PKV müßte der VN daher nach Maßgabe seines individuellen – und im Alter erhöhten – Risikos sowohl höhere (individual-äquivalente) Beiträge leisten als auch erneut beginnen, eine ARS aufzubauen. Damit würde just die Barriere für einen effektiven Wettbewerb in der Krankenversicherung wieder errichtet, die durch Einführung einer Portabilität aufgelöst werden sollte. Ein Wechsel von der GKV zur PKV wäre zwar rechtlich möglich, faktisch aber nicht mehr attraktiv. Das verfassungsrechtlich legitimierende Ziel einer Portabilität, den Wettbewerb im Krankenversicherungsmarkt zu ermöglichen, entpuppte sich im Ergebnis als Einbahnstraße von der PKV zur GKV.

Sollte dieses Szenario zutreffend sein, würde eine derartig wirkende Portabilität der ARS gleich in mehrfacher und zudem in evidenter Weise gegen Verfassungsrecht verstoßen:

- es würde die prinzipielle verfassungsrechtliche Legitimation der Portabilität untergraben (nachfolgend 2.);
- der Staat verstieße in elementarer Weise gegen seine grundrechtliche Schutzpflicht zugunsten der Integrität der ARS (nachfolgend 3.);
- es würde gar die verfassungsrechtliche Legitimation der ARS im Grundsatz in Fortfall kommen (nachfolgend 4.);
- und schließlich stellte die Auflösung der angesparten ARS im System der GKV als verfassungswidrige Enteignung dar (nachfolgend 5.).

2. Entlegitimierung des Wettbewerbsarguments

Prinzipiell vermag das Ziel der Ermöglichung bzw. Stärkung des Wettbewerbs im Krankenversicherungsmarkt die Einführung einer Portabilität zwar zu legitimieren. Diese rechtfertigende Funktion vermag das rechtspolitische Anliegen jedoch nur zu erfüllen, wenn dieser Wettbewerb auch effektiv, auf Dauer und in jede Richtung hin entstehen und sich entfalten kann. Bei dem erwünschten systemübergreifenden Wettbewerb zwischen PKV und GKV würde dies voraussetzen, daß es zu einem jederzeitigen Wechsel von einem Versicherer zum anderen und zurück kommen können muß. Gerade dies soll die Portabilität der ARS ermöglichen. Wenn aber bei einem Wechsel von der PKV zur GKV die ARS aufgelöst, d.h. der mitgenommene Kapitalstock für die allgemeinen Ausgaben der GKV sozialisiert würde, bedeutete dies im Ergebnis eine Blockierung, jedenfalls Erschwerung des umgekehrten Wechsels von der GKV zur PKV. Denn dann könnte eine ARS nicht mehr mitgenommen werden, weil es eine solche nicht mehr gibt. Ein Wettbewerb zwischen den System PKV und GKV muß aber – dem gesetzpolitischen Anliegen zufolge – auch ein solcher sein können; er darf nicht in der Wirkung zu einer Einbahnstraße in Richtung PKV – GKV sein. Andernfalls würde die Einführung einer Portabilität der ARS ihr rechtfertigendes Ziel nicht erreichen können, sich damit selbst verfassungsrechtlich mit der Folge entlegitimieren, daß sie bereits mangels legitimen öffentlichen Zwecks als verfassungswidrig qualifiziert werden müßte.

3. Verstoß gegen die grundrechtliche Schutzpflicht

Eine materielle Auflösung der ARS bei einem Wechsel von der PKV zur GKV führte weiterhin zu einer Verletzung der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates für die Integrität des Kapitalstocks und die Zweckverwendung der ARS. Denn eine rückstandslose Überführung der ARS in das System der GKV löst diese von ihrer Zweckbindung der Beitragsgutschrift im Alter. Der VN verfügte über keine auf ihn bezogene individualisierte ARS, sondern über nichts mehr als seinen Anteil im Rahmen des solidarischen Umlageverfahrens: das individuell auf ihn bezogene Kapital der ARS würden im System der GKV sozialisiert. Daher könnte ihm auch keine individuelle ARS mitgege-

ben werden, wenn der VN zurück in die PKV wechseln wollte, weil es individualisierbare ARS in der GKV nicht gibt.

Eine derartige Erosion der ARS bei einem Wechsel in die GKV stellte das exakte Gegenteil der Aufgabe dar, die das Bundesverfassungsgericht aus der grundrechtlichen Schutzverpflichtung des Staates abgeleitet und dem Gesetzgeber in Ansehung des vorhandenen Kapitalstock einer kapitalbildenden Versicherung ins Stammbuch geschrieben hat: der Staat ist verfassungsrechtlich verpflichtet, die Integrität des Kapitalstocks sowie eine angemessene Beteiligung an den daraus erwirtschafteten Überschüssen zu gewährleisten, um die kalkulatorisch vorgesehene Beitragsminderung im Alter im Interesse der VN sicherzustellen.

– Vgl. BVerfG, NJW 2005, S. 2366 ff.

Führte die Einführung einer Portabilität hingegen bei einem Wechsel von der PKV zur GKV zu vollständiger Auflösung des materiellen Substrates der ARS, so hätte der Gesetzgeber damit nicht nur seiner grundrechtlichen Schutzpflicht nicht Genüge getan, sondern direkt gegen die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes verstoßen. Eine derartige vorsätzliche Mißachtung einer staatlichen Schutzverpflichtung zugunsten des von den Versicherten angesammelten Kapitalstocks wird man von einem rechtsstaatlich agierenden Gesetzgeber kaum erwarten können. Es wäre auch kaum vorstellbar, wie ein derart eklatanter Verstoß gerechtfertigt werden könnte: jeder Versuch einer schlüssigen Gesetzesbegründung stieße hier an die Grenzen rechtsstaatlicher Plausibilität.

4. Entlegitimierung der ARS

Mehr noch: eine ersatzlose Auflösung der ARS bei einem Wechsel von der PKV in die GKV ließe sogar die Legitimation der gesetzlichen Pflicht zum Aufbau einer kapitalgedeckten ARS in Fortfall geraten (vgl. oben III.1). Wenn die Pflicht zur Bildung von ARS legitim ist, kann die gesetzlich ermöglichte Auflösung eben dieses zwangsweise ersparten Kapitals und dessen Übertragung auf die GKV nicht auch legitim sein. Die

ARS sind verfassungsrechtlich als eine Form der Individual-, nicht der Kollektivvorsorge legitimiert; sie werden nur nach Versicherungsgrundsätzen kollektiv verwaltet und berechnet. Die ARS sind daher eigennütziges, und jedenfalls kein fremdnütziges Sparen, das der Staat nach Belieben instrumentalisieren und für andere Zwecke als der Beitragsgutschrift im Alter verwenden kann. Indem der Staat die rückstandslose Auflösung der ARS bei einem Wechsel in das System der GKV ermöglichte, verhielte er sich also nicht nur in der Sache widersprüchlich, er entlegitimierte ferner die vernünftige Idee der ARS, unterhöhlte die verfassungsrechtliche Legitimation dieses versicherungsrechtlich organisierten Zwangssparens. Vor allem aber griffe der Staat dadurch in das dem VN zustehende Eigentum an der ARS im Wege der Enteignung ein, die gleichfalls verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann.

5. *Verfassungswidrige Enteignung*

a) Enteignung

aa) Ein unmittelbarer Zugriff des Staates auf die ARS der in die GKV wechselnden Privatversicherten zu Gunsten der GKV stellt sich verfassungsrechtlich nicht mehr als Inhaltsbestimmung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, sondern als Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG dar. Nicht der abstrakte Anspruch auf alterungskonstante Beitragssätze wird rechtlich neu bestimmt, sondern der konkrete Vermögenswert des in den individuellen ARS angesammelten Kapitalstocks wird dem einzelnen VN entzogen und dem Haushalt der GKV zugewiesen. Der Staat griffe durch Gesetz auf die ARS der in die GKV wechselnden VN und damit auf deren konkret-individuelle und kapitalgedeckte Anwartschaft auf konstante Beitragssätze im Alter zu und überführte sie in das Kollektiveigentum aller in der GKV-Versicherten.

So der jüngste Stand in der Enteignungsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. BVerfGE 104, 1, 10. – Zum Begriff der Enteignung vgl. näher *Depenheuer*, a.a.O., Rn. 401 ff.

bb) Der Qualifikation als Enteignung kann nicht das Argument entgegengehalten werden, daß kein PKV-Versicherter gezwungen werde, in die GKV zu wechseln; wechsle er aber aus freien Stücken zur GKV im Wissen darum, dadurch seine konkrete, kapitalgedeckte ARS zu verlieren, liege mangels hoheitlichen Zwangs kein Grundrechtseingriff vor.

Die Ungereimtheit und verfassungsrechtliche Irrelevanz einer solchen Argumentation liegt auf der Hand. Der Gesetzgeber, der eine Portabilität der ARS schafft, um einen Wettbewerb innerhalb der Systeme der Krankenversicherungen zu ermöglichen, knüpft an den Wechsel in die GKV zwingend den Verlust der ARS. Ein Wechsel unter Aufrechterhaltung der ARS wird dem wechselwilligen Privatversicherten gerade untersagt; ihm wird die ARS aus Anlaß des Wechsel gegen seinen Willen entzogen. Darin liegt ein geradezu klassischer Eingriff in die grundrechtlich geschützte Eigentumssphäre.

– So verliert auch der staatliche Steuerzugriff nicht seinen Eingriffscharakter deswegen, weil der Steuerpflichtige selbst es ist, der „freiwillig“ den Tatbestand verwirklicht, an den das Gesetz die Steuerpflicht knüpft. So hat z.B. aus der Freiwilligkeit der Berufstätigkeit noch niemand den hoheitlichen Zwangscharakter der Steuerpflicht versucht abzuleiten.

cc) Schließlich könnte einer Qualifikation als Enteignung entgegengehalten werden, daß der VN zwar seine individuelle ARS verliere, er aber dafür kompensatorisch im Rahmen der solidarischen Lastentragung innerhalb der GKV gleichfalls nicht mit höheren Beiträgen belastet werde, die auf sein höheres Alter reagierten. Dem System der GKV sei eine ARS „quasi inhärent“; deshalb kompensiere die Teilhabe am Solidarsystem der GKV den Verlust der ARS beim Wechsel aus dem PKV-System.

Aber auch dieser Einwand vermag nicht zu verfangen, was sich sofort in dem Augenblick zeigt, wenn der gesetzlich Versicherte – seine gesetzlich intendierte Freiheit, zwischen verschiedenen Anbietern von Krankenversicherungsleistungen wählen zu können, aktualisierend – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen wieder zurück in die PKV wechseln will. Dann nämlich zeigt sich, daß eine umlagefinanzierte Versicherung mit einer kapitalgedeckten unvergleichlich ist, da es dort keine Rückstellungen gibt, die mitgegeben werden könnten.

dd) Im Ergebnis stellt sich daher einer zwangsweise Überführung der individualisierten Kapitals der ARS in den allgemeinen Haushalt der sozialen Krankenversicherung bei einem Wechsel von der PKV in die GKV als ein Eigentumseingriff in der Form einer Enteignung dar.

b) Unzulässige Fiskalenteignung

Enteignungen sind gem. Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG aber nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig. Erforderlich ist ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben, daß dem Entzug der Rechtsposition in der Hand des Eigentümers erforderlich macht. In Betracht käme hier allein das Ziel der Linderung der notorisch Labilität der finanziellen Leistungsfähigkeit der GKV. Doch darin ersichtlich liegt kein legitimer Enteignungszweck: fiskalische Interessen des Staates – und die GKV ist mittelbare Staatsverwaltung – können Enteignungen prinzipiell nicht rechtfertigen.

Allgemeine Meinung, vgl. BVerfGE 38, 175, 180; BVerfG, NJW 1999, 1176. Weitere Nachweise *Depenheuer* a.a.O., Rn. 424. – Zwar würde der an die GKV zu überführende Kapitalstock der individuellen ARS des PKV-Versicherten nicht unmittelbar dem Staatshaushalt zufließen. Aber darauf kommt es nicht an: verfassungsrechtlich zählt die Sozialversicherung in all ihren Zweigen zur mittelbaren Staatsgewalt. Die GKV ist verfassungsrechtlich „Staat“ und unterliegt ihrerseits der Grundrechtsbindung. Damit ist sie fundamental wesensverschieden von der PKV, die grundrechtliche Freiheit gegen jede Form staatlicher Ingerenz genießt, näher *Isensee*, a.a.O., S. 11 ff.

Seine Fiskalinteressen kann der Staat nur durch die Auferlegung neuer oder Erhöhung bestehender Abgaben befriedigen, die von der Allgemeinheit über Steuern finanziert werden, nicht aber durch den Zugriff auf eigentumsrechtlich geschützte Rechtspositionen bzw. durch Enteignung von Geldvermögen Einzelner. Ist das staatliche Fiskalinteresse aber kein legitimer Zweck des allgemeinen Wohls i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG, ist – mangels erkennbarer anderweitiger Gründe des allgemeinen Wohls – die Enteignung der in die GKV wechselnden Privatversicherten durch eine Sozialisierung ihrer ARS verfassungswidrig.

6. Keine Solidarverpflichtung der PKV zugunsten der GKV

Auch als Solidarbeitrag wechselwilliger PKV-Versicherter zur Sanierung der GKV lässt sich die ersatzlose Enteignung der individuellen ARS nicht legitimieren. Es fehlt insoweit an einer rechtlichen Solidarverpflichtung der PKV-Versicherten. Entgegen der politischen Blankettformel „Solidarität“ besteht eine Verantwortungsbeziehung zwischen den Versicherten der PKV und denen der GKV gerade nicht. Es ist das Lebensgesetz der GKV, eine Solidareinrichtung der schutzbedürftigen Teile der Bevölkerung zu sein,

– Vgl. BVerfGE 10, 354 (365 ff.).

die zunächst ihre Mitglieder untereinander zu einem solidarischen Einstehensfüreinander verpflichtet. Diese Solidargemeinschaft kann der Gesetzgeber in gewissen Grenzen personell neu zuschneiden. Aber immer bleibt es die konkrete Solidargemeinschaft, innerhalb derer das Solidaritätsprinzip Geltung erheischt; alle anderen stehen – im Guten wie im Bösen – außerhalb der solidarischen Pflichtbindung.

– Vgl. *Otto Depenheuer*, Solidarität im Verfassungsstaat, 1991 [MS], 384 ff.

Getragen und gestützt werden kann und wird diese sozialversicherungsrechtliche Solidarität – hilfsweise – von der gesamtgesellschaftlichen, durch den Staat vermittelten Solidarität aller Bürger, wie sie sich in der Form von Zuschüssen aus dem Steueraufkommen an die GKV, der Übernahme „versicherungsfremder“ Leistungen u.ä. niederschlagen kann.

– *Depenheuer*, a.a.O., S. 265 ff., 372 ff.; *ders.*, „Nicht alle Menschen werden Brüder“, Unterscheidung als praktische Bedingung von Solidarität, in: Josef Isensee (Hg.), *Solidarität in Knappheit*, 1998, S. 41 ff., 60 ff.

Jenseits dieser gesamtgesellschaftlichen Solidarität sind die grundrechtlich legitimierten unterstaatlichen Solidarverbände wie die der Privatversicherten auf sich gestellt. Hier herrscht das Prinzip grundrechtlicher Freiheit und autonom gebildeter Solidargemein-

schaften. Sie verbindet keinerlei solidarische Verpflichtungen untereinander und gegenüber staatlichen Solidarverbänden, auch dann, wenn sie gleichen oder ähnlichen Zwecken dienen. Daher gibt es auch keine gemeinsame rechtliche Basis, die eine systemübergreifende Homogenität begründen oder an die eine Solidarverpflichtung der PKV gegenüber der GKV anknüpfen könnte. Es bleibt daher dabei: eine Umverteilung von der PKV zur GKV durch Sozialisierung der ARS wäre eine verfassungswidrige Enteignung der wechselnden Privatversicherten.

– Ergänzend und abschließend sei noch knapp auf eine weitere Irregularität hingewiesen, die aus der Sozialisierung der individuellen ARS bei einem Wechsel in die GKV resultierte. Eine gesetzliche Regelung, die den wechselwilligen Versicherten verpflichtete, seine kapitalgedeckte individuelle ARS gleichsam als „Mitgift“ der GKV zur Verfügung zu stellen, verletzte einen elementaren Grundsatz staatlicher Sozialversicherung: die Sozialversicherungspflichtigkeit tritt bei Erfüllung der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen ipso iure ein. Sozialversicherungsrechtliche Pflichtversicherungsschutz zusätzlich von der vorherigen Abführung einer konkreten Vermögensposition abhängig zu machen – gleichsam ein Eintrittsgeld zu erheben, um sozial versichert sein zu dürfen –, pervertierte die Idee der Sozialversicherung in einem bislang unbekanntem Maße.

Köln, den 9. Oktober 2006

Depenheuer