

Die gesetzliche Krankenversicherung im Kräftefeld der Gesundheitspolitik

Prof. Dr. Felix Welti, Universität Kassel

I. Einführung

Gesundheitspolitik ist schlecht angesehen.¹ Mangelnde Transparenz und die Vielfalt von Akteuren und Interessengruppen werden beklagt. Aber Gesundheitspolitik besteht nicht allein darin, dass Gruppen ihre Interessen formulieren und vertreten. Das ist normal und legitim im freiheitlichen und demokratischen Staat, ebenso, dass Unternehmen und Personen bei ihrer Berufsausübung Geld verdienen wollen und dafür auch politisch handeln. Was aber bei Internet, Automobil und selbst Nahrungsmitteln hingenommen wird, regt die Menschen in der Gesundheitspolitik auf. Schon das Wort Gesundheitswirtschaft ist für viele ein Reizwort.²

Das mag an den besonderen Funktionsbedingungen des Gesundheitswesens liegen.³ Es ist anfällig, weil Informationen ungleich verteilt sind, individuelle und kollektive Entscheidungen unter Unsicherheit getroffen werden und weil Gesundheitssysteme komplex sind.⁴

»Gesundheit ist keine Ware!« Diesem Volksentscheid gegen die Privatisierung städtischer Krankenhäuser stimmten im Februar 2004 76,8 % der abstimmenden Bürgerinnen und Bürger Hamburgs zu.⁵ Dieser kurze mehrheitsfähige Satz bringt Probleme eines regulierten Gesundheitswesens auf den Punkt. Auch der Rat der Evangelischen Kirche in Deutschland sah sich veranlasst, entschieden vor einem Gesundheitsmarkt zu warnen, der notwendige Leistungen nach Kaufkraft verteilt.⁶

Gesundheit ist keine Ware, sondern ein fundamentales Ziel aller Menschen, eine Bedingung, um die Persönlichkeit entfalten zu können⁷. Um dieses Ziel zu erreichen, werden auch Güter und Dienste benötigt, die in unserer Wirtschaftsordnung Waren sind und die den Lebensunterhalt und die berufliche Entfaltung von rund einem Zehntel der Bevölkerung sichern. Doch weil Gesundheitsgüter und -dienste besonders sind, können sie nicht nach den gleichen Regeln wie andere ausgetauscht oder hoheitlich gewährt werden.

Wer krank ist, kann oft nicht alleine entscheiden, welche Güter und Leistungen nötig sind, sondern muss auf die

Sachkunde der Gesundheitsberufe vertrauen können. Ein gegenseitiger Vertrag über Gesundheitsdienste und -güter muss das Ungleichgewicht berücksichtigen.⁸ Mehr Transparenz kann das Informationsgefälle verkleinern, nicht beseitigen. Kranke und ihre Angehörigen sind in vielen Fällen individuell schwach, weil sie existenziell auf Hilfe angewiesen sind. Nötiges Vertrauen kann allein durch Vertragsrecht nicht ersetzt oder hergestellt werden.

Ungewissheit über Zeit, Dauer und Kosten von Krankheit drängt danach, sie durch Versicherung und Solidarität zu überwinden. Ungewissheit, ob Güter und Dienste wirksam und nützlich sind, ist durch Wissenschaft und Professionalität zu verkleinern, deren Erkenntnisse und Standards kollektiv verbindlich werden können.

Gesundheitsleistungen sind keine Waren wie andere. Das gilt umso mehr, wenn der gleiche Zugang zu Gesundheitsleistungen ethische, politische und rechtliche Norm ist, wie im europäischen Sozialmodell. Doch das beschreibt erst die Herausforderung an den sozialen Rechtsstaat, noch nicht die Lösungen.

1 Zur Veröffentlichung erweiterte und aktualisierte Fassung eines am 26.09.2011 bei einer Veranstaltung der Evangelischen Akademie Berlin und von Transparency International gehaltenen Vortrags.

2 Vgl. Peter Hensen, in: Hensen/Kölzer (Hrsg.), Die gesunde Gesellschaft, Wiesbaden 2011, S. 11 ff.; Armin Lang, SozSich 2010, 85 ff.; Braun/Larisch, SozSich 2010, 90 ff.; Hajen, in: Gerlinger/Mosebach/Schmucker (Hrsg.), Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, Frankfurt a. M. 2010, S. 39 ff.

3 Vgl. Global Corruption Report 2006 – Special Focus: Corruption and Health, Download: http://archive.transparency.org/publications/gcr/gcr_2006 (01.08.2012).

4 Vgl. Martiny, in: Müller/Giegold/Arhelger (Hrsg.), Gesteuerte Demokratie?, Hamburg 2004, S. 75 ff.; Schönhofer, in: Deppe/Burkhardt (Hrsg.), Solidarische Gesundheitspolitik, Hamburg 2002, S. 116 ff.

5 Vgl. VerfG Hamburg, 15.12.2004–6/04 – DÖV 2005, 252.

6 Denkschrift des Rates der EKD »Und unsern kranken Nachbarn auch!« – Aktuelle Herausforderungen der Gesundheitspolitik, Gütersloh 2011, S. 53 ff.

7 Vgl. Landwehr, PVS 2011, 29 ff.

8 Vgl. BVerfG, 25.07.1979–2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131 – NJW 1979, 1925; BVerfG-Kammerbeschluss, 15.12.1988–1 BvR 750/88 – juris. Zuletzt: Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte der Patientinnen und Patienten, BR-Drs. 12/312; hier §§ 630d-h BGB.

II. Übergeordnetes Recht

Das übergeordnete Recht des Grundgesetzes und der Europäischen Union bietet den Rahmen, in dem Gesundheitspolitik und -recht im sozialen Rechtsstaat zu organisieren sind.

1. Rechtsstaat

Der Rechtsstaat muss Menschenwürde, Grund- und Menschenrechte achten und schützen. Die Charta der Grundrechte der EU hat dabei die Rechte auf Leben und Unversehrtheit, die freie Einwilligung in der Medizin, das Verbot der Eugenik und der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers mit der Menschenwürde verbunden (Art. 1–3). Die Grundrechte der im Gesundheitswesen beruflich Tätigen und der an der Sozialversicherung Beteiligten sind zu respektieren. Doch der Schutzauftrag des Rechtsstaats ermöglicht, ja verlangt Priorität für den Schutz der Kranken. Das Recht auf Soziale Sicherheit und das Recht auf bestmögliche Gesundheit sind nach Art. 9 und 12 des UN-Sozialpakts⁹ anerkannte soziale Menschenrechte.¹⁰ Die Behindertenrechtskonvention (BRK) der Vereinten Nationen, die seit 2009 in Deutschland gilt¹¹, formuliert international die Pflicht der Staaten, Teilhabe an den Menschenrechten trotz gesundheitlicher Beeinträchtigung zu ermöglichen.

2. Sozialstaat

Der soziale Rechtsstaat ist verantwortlich für die Voraussetzungen individueller Rechte.¹² Hermann Heller wies ihm die Aufgabe zu, Grundrechte und Demokratie zu stabilisieren, indem durch gleichmäßige Interessenwertung aller eine gerechtere Güterverteilung erreicht werden soll.¹³ Dazu gehört der Zugang zu Gesundheitsleistungen als Teil des Existenzminimums.¹⁴ Die Integrationsfunktion des gleichen Zugangs zu Gesundheitsleistungen und sein Beitrag zum allgemeinen Wohlstand¹⁵ ist ein starkes Argument für ein gesundheitliches Grundsicherungs-niveau, das sich am Standard der Durchschnittsbevölkerung orientiert.

Der soziale Rechtsstaat teilt die Verantwortung rechtlich zu, nimmt die in der Gesellschaft vorgefundenen Kräfte und Ressourcen in Anspruch, ohne sie zu verstaatlichen. Dies ist erkennbar in der Mitverantwortung von Arbeitge-

bern und Beschäftigten, freier Wohlfahrtspflege, ärztlicher Profession und gewerblichen Leistungserbringern für Krankenversicherung und Gesundheitswesen.

Das Bundesverfassungsgericht hat die verfassungsrechtlichen Vorgaben verdeutlicht: In der sogenannten »Nikolaus-Entscheidung« von 2005¹⁶ wurde herausgestellt, dass wer in ein gesetzliches Pflichtsystem einbezogen ist, auch bedarfsdeckende Ansprüche jedenfalls bei lebensbedrohlicher Krankheit haben muss¹⁷. Damit sind auch Schranken für die Diskussion um Rationierung und Priorisierung von Leistungen beschrieben.¹⁸

Zur Pflege-Pflichtversicherung 2001¹⁹ und zum PKV-Basistarif 2009²⁰ hat das Gericht verdeutlicht, dass der Gesetzgeber eine umfassende Versicherungspflicht anordnen und private Versicherungsträger in Anspruch nehmen darf²¹. Mit der Entscheidung zur Grundsicherung für Arbeitsuchende 2010²² wurde die Pflicht geschärft, das Existenzminimum zu gewährleisten und realitätsgerecht zu ermitteln. Ungleichbehandlung im Zugang zu Versicherungsschutz und Leistungen ist rechtfertigungsbedürftig, insbesondere, wenn Herkunft, Geschlecht oder Behinderung betroffen sind.²³

9 Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, BGBl. 1973 II, S. 1570; vgl. Ramm, VSSR 2008, 203 ff.

10 Ausführlich: Steiner, Das Recht auf soziale Gesundheitsversorgung, zugl. Mannheim, Univ., Diss. 2003, Frankfurt a. M. 2004.

11 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BGBl. 2008 II, S. 1420.

12 Vgl. Welti, Betrifft Justiz 2011, 81 ff.

13 Vgl. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur, in: Gesammelte Schriften, 2. Band, Leiden 1971, S. 449 f.

14 BVerfG, 13.02.2008–2 BvL 1/06 – BVerfGE 120, 125 (Krankenversicherungsbeitrag als Sonderausgabe im Steuerrecht); Neumann, RsDE 68 (2009), 1 ff.; Hänlein, ZIAS 1998, 454 ff.

15 Wilkinson/Pickett, Gleichheit ist Glück – Warum gerechte Gesellschaften für alle besser sind, Berlin 2009.

16 BVerfG, 06.12.2005–1 BvR 347/98 – BVerfGE 115, 25.

17 Vgl. jetzt § 2 Abs. 1a SGB V.

18 Vgl. Welti, Medizinrecht 2010, 379 ff.; Wenner, GesR 2009, 169 ff.; Ulrich Becker, FS Steiner, 2009, S. 51 ff.; Neumann, NZS 2005, 617 ff.; kritisch: Huster, JZ 2008, 859 ff.

19 BVerfG, 03.04.2001–1 BvR 2014/95 – BVerfGE 103, 197.

20 BVerfG, 10.06.2009–1 BvR 706/08 ua. – BVerfGE 123, 186; vgl. dazu Hufen, NZS 2009, 649 ff.

21 Anders als in den USA, in denen diese Pflicht jedenfalls durch Bundesrecht nur höchst mittelbar als verfassungskonform gelten soll: Supreme Court, 28/6/2012, National Federation of Independent Business et. al. vs. Sebelius, Secretary of Health and Human Services et.al, 567 US.

22 BVerfG, 09.02.2010–1 BvL 1/09 ua. – BVerfGE 125, 175.

23 Welti, Sozialrecht + Praxis 2012, 71 ff.

3. Demokratie

Auch wenn die verfassungsgerichtliche Kontrolle sie beschränkt, sind doch primär die demokratisch legitimierte Gesetzgebung und Regierung berufen, den sozialen Rechtsstaat zu konkretisieren. Was wesentlich ist, muss durch Gesetz entschieden werden, konkretisiert wird es durch die Verwaltung oder in der Gesellschaft. In welchem Verhältnis Demokratie zur sozialen, beruflichen und kommunalen Selbstverwaltung steht, ist gerade für das Gesundheitswesen umstritten. Ist es weniger demokratisch, betroffene und fachkundige – und damit auch interessierte – Kreise einzubeziehen, wenn Normen konkretisiert werden, weil das die gesundheitspolitische Bedeutung von Wahlen schmälern könnte? Oder ist das demokratischer, weil größere Teile des Volkes einbezogen sind, wenn Normen vollzogen werden?

Allgemeine Zugänglichkeit der Gesundheitsversorgung wird in Europa, anders als in den USA, politisch kaum in Frage gestellt. Bevölkerungsumfragen in Deutschland zeigen eine stabil hohe Zustimmung dafür, dass für gleichen Zugang zur Gesundheitsversorgung Solidarität zwischen Gesünderen und Kränkeren, Reicheren und Ärmeren, Älteren und Jüngeren, Erwachsenen und Kindern zu organisieren ist.²⁴ Diese Zustimmung gehört zu den langfristigen Voraussetzungen des Sozialstaats, die er zu stabilisieren, aber nicht zu garantieren vermag. Die Einstellungen der europäischen Bevölkerung zu einer – in den Staaten der Union spezifischen – Mischung aus Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsgerechtigkeit und Besitzstandsgerechtigkeit als Grundlage öffentlich garantierter sozialer Sicherung speisen sich aus verschiedenen geistigen und materiellen Grundlagen und haben sich bislang als resistent gegen ökonomische und politische Konjunkturen und Umerziehungsversuche gezeigt.

Wie die Gesundheitsversorgung geregelt und durch Regierung und Verwaltung – soweit öffentlich-rechtlich – organisiert wird, liegt in der Verantwortung des Gesetzgebers. Die deutsche Entscheidung für ein gemischtes System mit gesetzlicher und privater Krankenversicherung sowie Fürsorge mit Auffangfunktion und mit freiberuflichen, gewerblichen, gemeinnützigen und öffentlichen Leistungserbringern mag nicht die zweckmäßigste sein, steht aber im Rahmen des Verfassungsrechts und der auch an Entwicklungspfaden und Besitzständen orientierten Gesundheitspolitik. Sowohl gesetzliche als auch private Krankenversicherung würden sich auf einen verfassungs-

mäßigen Bestandsschutz berufen, die einen aus der Erwähnung der Sozialversicherung in Art. 87 Abs. 2 GG²⁵, die anderen aus Eigentum und Berufsfreiheit. Beide können sich dazu aber bislang nur bedingt auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts berufen, das jedenfalls weder das gegliederte Kassensystem²⁶ noch die Erwerbschancen der Versicherungsunternehmen unbedingtem Schutz unterstellt. Somit ist Spielraum für eine politische Strategie, die eine Konvergenz von gesetzlicher und privater Krankenversicherung, etwa im Hinblick auf Zugangsbedingungen und Leistungsvergütung, für einen Weg aus der so wahrgenommenen Zwei-Klassen-Medizin hält.²⁷

4. Bundesstaat

Im Bundesstaat ist Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern aufgeteilt. Gesundheitspolitik als Gesetzgebungstitel kennt das Grundgesetz nicht. Aber Bundesgesetzgebung überwiegt, gestützt auf die Kompetenzen für Sozialversicherung, bürgerliches Recht, Recht der Wirtschaft, Zulassung zu Heilberufen, Arzneimittel- und Medizinprodukte-recht und wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser.²⁸ Darüber wird manchmal vergessen, dass den Ländern wichtige Bereiche verbleiben: Infrastrukturplanung, öffentlicher Gesundheitsdienst, Berufsrecht und Gesetzesvollzug. Die Krankenversicherung vereinheitlicht und gleicht im Bundesstaat aus, was das BVerfG 2005 gebilligt hat, als es die gegen den Risikostrukturausgleich gerichtete Klage Bayerns, Baden-Württembergs und Hessens abgewiesen hat²⁹. Das Gericht führte aus:

»Die bundesgesetzliche Regelung des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung war zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse und zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit erforderlich (...). Die bundesweite Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung hat elementare Bedeutung für die Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland. Eine in allen Landesteilen gleich funktionsfähige Sozialversicherung ist auf der Basis

24 Ude-Koeller/Wermes/Eisert/Ganser/Dörries, Sozialer Fortschritt 2011, 73 ff.; Christoph/Ullrich, Sozialer Fortschritt 2006, 75 ff.; Gerlinger/Rosenbrock, Jahrbuch für kritische Medizin 41 (2005), S. 109 ff.

25 Vgl. Simon, Sozialer Fortschritt 2011, 97 ff.

26 BVerfG, 09.04.1975 – 2 BvR 879/73 – BVerfGE 39, 302.

27 Vgl. kritisch: Wallrabenstein, in: Bieback (Hrsg.), Neue Mitgliedschaft in der Sozialversicherung – Auf dem Weg zur Volksversicherung?, Berlin 2010, S. 138 ff.

28 Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 11, 12, 19, 19a GG.

29 BVerfG, 18.07.2005 – 2 BvF 2/01 – BVerfGE 113, 167.

unterschiedlicher Landesgesetze praktisch kaum denkbar, so dass die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse entscheidend von einer bundesgesetzlichen Regelung abhängt. Nicht zuletzt die gleichheitsrechtlich gebotene bundesweite Angleichung der Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung (...) lässt sich mit unterschiedlichen landesrechtlichen Regelungen nicht erreichen. Divergierendes Landesrecht könnte auch die Mobilität der Versicherten innerhalb des Bundesgebiets einschränken und für die abführungspflichtigen Unternehmen Handlungsbeschränkungen verursachen, so dass der Bund auch zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik Deutschland bundeseinheitliches Recht setzen durfte.«

5. Europäische Union

Die immer enger werdende Europäische Union hat, ausweislich Art. 168 AEUV, nur ergänzende Kompetenzen für Gesundheitspolitik. Gleichwohl hat der EuGH mit Hilfe der Grundfreiheiten des Binnenmarktes den Rahmen nationaler Gesundheitspolitik verändert. Jeder national eröffnete Markt für Arzneimittel, Gesundheitsdienstleistungen oder Krankenversicherung muss ohne Benachteiligung für die Teilnehmer aus allen anderen Mitgliedstaaten geöffnet werden. Erstattungsregelungen³⁰, Qualitätsstandards³¹ oder Wartelistenregeln³² müssen das berücksichtigen. Das europäische Recht hat bisher nicht nur bestehende Märkte zusammengeführt, sondern auch marktförmige Regulierung gefördert und gefordert.³³ Der Vertrag von Lissabon mit der Charta der Grundrechte betont demgegenüber soziale Grundrechte und Institutionen. Die Mitgliedstaaten der Union bleiben primär für die Gestaltung des Gesundheitswesens verantwortlich, wie auch das BVerfG zum Lissabon-Vertrag verdeutlicht hat.³⁴

III. Regelungen und Akteure

Gesundheitspolitik kann und darf von ihren vielen Akteuren auf mehreren Ebenen nicht »aus einem Guss« gemacht werden. Sie ist ein Ergebnis vieler Kräfte, die im günstigen Fall eine Richtung finden.

1. Krankenkassen im Wettbewerb

Die Solidarität bei Krankheit wird durch die gesetzliche Krankenversicherung organisiert. Deren Prinzip des Aus-

gleichs von gesund zu krank, von reicher zu ärmer, von jung zu alt, Kinderlosen zu Familien wird in Deutschland durch die Trennung von gesetzlicher und privater Krankenversicherung, durch Zuzahlungen, durch einkommensunabhängige Zusatzbeiträge und die Wahrnehmung einer »Zwei-Klassen-Medizin« relativiert und herausgefordert.

Die Krankenkassen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts. Ihre gesetzlichen Aufgaben zur Gesundheitsversorgung sind ihr einziger Zweck. Für sie ist Versicherungsschutz bei Krankheit öffentlicher Auftrag und keine Ware. Daran muss erinnert werden, denn seit es die freie Kassenwahl gibt, bezeichnen sich Krankenkassen als »Unternehmen« und ihre Versicherten als »Kunden«³⁵, Rücklagen werden fälschlich als »Gewinne« bezeichnet. Es entsteht der falsche Eindruck, nicht nur die »Kunden« könnten sich die Kasse aussuchen, sondern auch die Kasse die erwünschten »Kunden«, nämlich junge, gesunde und gutverdienende Versicherte. Rechte auf Zugehörigkeit und Mitgestaltung der Krankenkassen werden nicht mehr wahrgenommen. Das Risiko, dass eine Kasse geschlossen worden ist, tragen unter dem Namen »Insolvenz«³⁶ stärker die Beschäftigten, nicht mehr nur die anderen Kassen. Damit werden Organe und Beschäftigte noch stärker an der eigenen Organisation und Existenz ausgerichtet. Der Gesetzgeber hat erwartet, dass die Kassen im Wettbewerb effizienter arbeiten. Ob dieses Ziel erreicht worden ist, ist nie evaluiert worden. Stattdessen gibt es Hinweise, dass der Wettbewerb Mehrkosten, zB. für Marketing, induziert.³⁷ Für manche Versicherten waren Risikoselektion und Rechtsverweigerung die Folge.³⁸ Gleichwohl diskutiert etwa der 69. Deutsche Juristentag über die Frage: »Welche

30 EuGH, 28.04.1998 – C-158/96 – Slg. 1998, I-01931 (Kohll); vgl. Welti, in: Gerlinger/Mosebach/Schmucker (Hrsg.), Gesundheitsdienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, Frankfurt a. M. 2010, S. 85 ff.

31 EuGH, 12.07.2001 – C-157/99 – Slg. 2001, I-5473 (Smits und Peerbooms).

32 EuGH, 16.05.2006 – C-372/04 – Slg. 2006, I-04325 (Watts).

33 Vgl. Fisahn/Viotto, ZRP 2007, 198; Höpner, WSI-Mitteilungen 2009, 407 ff.; Wunder, Grenzüberschreitende Krankenbehandlung im Spannungsfeld von Grundfreiheiten und vertraglicher Kompetenzverteilung, Frankfurt a. M. 2008, 196 ff.; Schlegel, SGB 2007, 700 ff.

34 BVerfG, 30.06.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 – BVerfGE 123, 267; dazu: Kocher, ArbuR 2009, 332 ff.; Schuler-Harms, JöR 2011, 477 ff.

35 Vgl. zur Kunden-Metaphorik im Bereich des SGB II die Beiträge in Gern/Segbers (Hrsg.), Als Kunde bezeichnet, als Bettler behandelt, Hamburg 2009; weiterhin: Welti, VuR 2011, 363 ff.

36 § 171 b-f SGB V; vgl. Heberlein, GesR 2009, 141 ff.

37 Vgl. Reiners, Mythen der Gesundheitspolitik, 2. Aufl., Bern 2011, 177 ff.

38 Vgl. Wodarg, SozSich 2008, 414 ff.

gesetzlichen Regelungen empfehlen sich zur Verbesserung eines Wettbewerbs der Versicherer und Leistungserbringer im Gesundheitswesen?³⁹ und lässt somit die Frage nach dem Sinn dieses Wettbewerbs gar nicht zu.

Jede öffentliche Behörde und Körperschaft hat ein für ihren öffentlichen Auftrag problematisches Interesse an sich selbst. Der Wettbewerb hat dies verstärkt, weil gerade Führungskräfte materiell und existenziell an der Wettbewerbsposition interessiert sind. Selektive Verträge mit Krankenhäusern, Ärzten oder Arzneimittelherstellern führen zu einer neuen Ebene geschäftlicher Verbindungen, die nicht nur Effizienz fördert und keinesfalls Transparenz hervorbringt.

Zur Kontrolle ihrer Nutzerfreundlichkeit, Rechtstreue und Wirtschaftlichkeit haben die Kassen intern den Verwaltungsrat aus Vertretern der Versicherten und Arbeitgebern und extern eine Aufsichtsbehörde in Bund oder Land. Die soziale Selbstverwaltung der meisten Kassen hat sich durch den Wettbewerb verändert:⁴⁰ Die Versichertenschaft ist nicht mehr ein nach Region, Betrieb oder Branche überschaubares Kollektiv, sondern eine fluktuierende anonyme Gruppe, der durch den Wettbewerb eher nahegelegt wird, bei Unzufriedenheit zu wechseln als sich zu beschweren oder zu engagieren. Es ist aber belegt, dass gerade kranke und sozial schwache Versicherte ihre Kasse selten wechseln.⁴¹

Immer größere Einheiten, Anonymisierung, Professionalisierung und eine deplatzierte Konsumentenrolle beeinträchtigen auch kommunale und berufliche Selbstverwaltung, Parteien, Gewerkschaften, Wohlfahrtsverbände oder Kirchen. Sie alle benötigen bürgerschaftliches Engagement. Das ist aber nicht ohne eigenes Interesse und Interessen zu haben, die dort legitim vertreten werden.

Soziale Selbstverwaltung bleibt ein sinnvoller Ansatz für Transparenz und Kontrolle durch Nutzer und Finanziers. Um ihn wieder zu beleben braucht es jedoch innere und äußere Reformen. Die Gewerkschaften, christlichen⁴² und weiteren Arbeitnehmerorganisationen und die Arbeitgeberverbände müssten ihr gesundheitspolitisches Mandat stärker im Kontakt mit den Versicherten und Arbeitgebern profilieren⁴³ und durch ein transparenteres und öffentlich sichtbares Wahlverfahren legitimieren. Die gewählten Vertreterinnen und Vertreter müssen umfassende Einsichts- und Kontrollrechte haben, die sie auch wirklich wahrnehmen können.

Zu fragen ist auch, ob in den Verwaltungsräten alle relevanten Interessen vertreten sind. Die gesetzliche Kran-

kenversicherung hat sich von der Beschäftigten- zur Volksversicherung entwickelt, in der auch Rentner, Arbeitslose, Studierende und Familienangehörige versichert sind. Es ist daher zu diskutieren, den Anteil der Arbeitgeber auf ein Drittel zu senken und die Vertretung der Versicherten auch für andere Verbände als Arbeitnehmerorganisationen zu öffnen.⁴⁴ Chronisch kranke und behinderte Versicherte sind eine strukturelle Minderheit, die besonders auf die Krankenversicherung angewiesen ist. Auch Art. 4 Abs. 3 BRK fordert, ihre Verbände an allen für behinderte Menschen wichtigen Entscheidungen zu beteiligen.

2. Die gemeinsame Selbstverwaltung

Die gemeinsame Selbstverwaltung der Kassen und Leistungserbringer konkretisiert im gesetzlichen Rahmen das Recht auf ausreichende und wirtschaftliche Leistungen und die Infrastruktur der gesundheitlichen Versorgung. Für die Konkretisierung der Leistungsansprüche ist aus Vertretern der Krankenkassen, der Kassenärztlichen Vereinigungen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) gebildet (§ 91 SGB V), Vertreter des Patienteninteresses wirken beratend mit. Der G-BA muss die Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft aufnehmen. Er steht unter der Rechtsaufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit.⁴⁵

In den letzten 15 Jahren wurde die Legitimation vor allem des G-BA in Frage gestellt, jedenfalls soweit ihm nicht Gesetzesvollzug, sondern auch Gesetzeskonkretisierung durch untergesetzliche Normen übertragen ist. Seine Richtlinien über ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung betreffen unmittelbar die Leistungsansprüche der

39 Becker/Schweitzer, Wettbewerb im Gesundheitswesen, Gutachten B zum 69. DJT 2012.

40 Vgl. Axer, Verw 2002 (35), 377 ff.; Standfest, SDSRV 2003 (50), 95 ff.; Michelsen, in: Deppe/Burkhardt (Hrsg.), Solidarische Gesundheitspolitik, Hamburg 2002, S. 104 ff.; Welti, VSSR 2006, 133; Klenk, ZSR 2006, 273; Schroeder, ZSR 2006, 253; Jung, SGB 2007, 65; Schroeder/Burau, SozSich 2008, 251; Braun/Klenk/Kluth/Nullmeier/Welti, SozSich 2008, 245; dies., Modernisierung der Sozialversicherungswahlen, Baden-Baden 2009; Güner et. al., SozSich 2009, 133 und 165; Kruse/Kruse, WzS 2010, 233; Welti, SGB 2011, 485 ff.; Güner, SozSich 2012, 206 ff.

41 Grefl/Braun/Rothgang/Wasem, SozSich 2008, 12 ff.

42 Nicht die sogenannten christlichen Gewerkschaften, sondern die real in der sozialen Selbstverwaltung engagierten katholischen und evangelischen Sozialverbände.

43 Kruse/Kruse, SozSich 2012, 211 ff.

44 Braun/Klenk/Kluth/Nullmeier/Welti, (Fn. 40), 105 ff., 232 f.

45 BSG, 06.05.2009 – B 6 A 1/08 R – BSGE 103, 106.

gesetzlich Versicherten und tangieren finanzielle Interessen, zum Teil auch die Berufsausübung von Ärzten und anderen Leistungserbringern im Gesundheitswesen. Die Kritik machte vor allem geltend, der G-BA sei nicht hinreichend demokratisch legitimiert für diese wesentlichen Entscheidungen; hierfür wird unter anderem die schwache und mehrfach vermittelte Vertretung der Versicherten angeführt.⁴⁶

Wer die Richtliniensetzung durch den G-BA kritisiert, müsste benennen, wer die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Leistungsrechts an seiner Stelle vornehmen sollte. Denkbar wäre einerseits die Rückkehr zur rein individuellen Konkretisierung durch Arzt oder Krankenkasse. Im Hinblick auf die demokratische Legitimation der Entscheidungen wäre dann nicht viel gewonnen. Auch der Rechtsschutz gegen solche Einzelfallentscheidungen wäre jedenfalls faktisch schwach, denn Konflikte um akut benötigte Gesundheitsleistungen sind stets schwierig und belastet. Verloren gingen aber die durch die Richtlinien bezweckte Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit des Leistungsrechts und auch die Möglichkeit, wissenschaftliche Evidenz über Notwendigkeit und Nutzen von Gesundheitsleistungen in einem geregelten Verfahren zu rezipieren. Eine andere Möglichkeit wäre, die Richtlinien als Verordnungen des zuständigen Ministeriums⁴⁷ oder gar als Gesetze zu konzipieren. Die Leistungsfähigkeit und Lobbyfestigkeit staatlicher Gesundheitspolitik wäre damit gewiss herausgefordert.

Die Kernfrage ist, ob es dem Gesetzgeber verwehrt sein soll, die Gesetzeskonkretisierung in – vielleicht weiser – Selbstbeschränkung an eine durch Sachkunde und Interesse ausgewiesene funktionale Selbstverwaltung zu delegieren. Im Zuge einer etatistisch-zentralistischen Anschauung von Staat und Demokratie⁴⁸ könnte man dies verneinen und jegliche Staatsgewalt möglichst gerade auf die gewählten Parlamente zurückführen wollen. Dem steht jedoch ein um partizipatorische Elemente angereichertes Demokratieverständnis gegenüber, das auch dezentrale Mitbestimmung von Betroffenen, Interessierten und Sachkundigen integriert.⁴⁹

Das BVerfG hat mit der Entscheidung zu den nordrhein-westfälischen Wasserverbänden die Zulässigkeit funktionaler Selbstverwaltung grundsätzlich bestätigt⁵⁰ und im »Nikolaus-Beschluss« die Gelegenheit nicht genutzt, dem G-BA die Legitimation zur Konkretisierung des Leistungsrechts abzuspochen. Allerdings hat das BVerfG deutlich gemacht, dass jede Delegation von Ent-

scheidungen unter dem Vorbehalt von Rechtsschutz steht, der die Übereinstimmung delegierter Rechtsetzung mit gesetzlichem Recht und Verfassungsrecht überprüfen muss. Insofern hatte das BSG mit einer weit zurückgenommenen Rechtskontrolle von G-BA-Richtlinien zur Zuspitzung der Diskussion beigetragen.⁵¹

Insgesamt erscheint das gesetzgeberische Konzept plausibel, mit den Krankenkassen – damit indirekt den Versicherten und den Arbeitgebern – und den Leistungserbringern des Gesundheitswesens diejenigen Gruppen in die gemeinsame Entscheidungsverantwortung zu nehmen, die das Gesundheitssystem in unterschiedlichen Rollen finanzieren und tragen⁵² und sie zugleich zu einer engen Anbindung an den Stand der medizinischen Wissenschaft zu verpflichten, zumal der Gesetzgeber weiter alle wesentlichen Entscheidungen treffen oder an sich ziehen kann und ein Bundesministerium die Rechtsaufsicht ausübt.

Doch bleiben Fragen offen: So sind nichtärztliche Leistungserbringer durch Entscheidungen des G-BA betroffen, ohne dort repräsentiert zu sein.⁵³ Noch gewichtiger ist die Frage, ob und wie die Versicherten im G-BA vertreten sind. Hier ist deren doppelte Rolle als Beitragszahler und als Patienten zu bedenken, die zum Spannungsfeld zwischen dem Interesse an niedrigen Beiträgen und demjenigen an ausreichenden Leistungen führt. Kritiker spitzen dies so zu, dass die Krankenkassen die Versicherten allein als Beitragszahler, nicht jedoch als Patienten und Nutzer repräsentierten.⁵⁴ Je stärker dieser Eindruck – nicht zuletzt in Folge des Wettbewerbs – zutrifft, desto problematischer ist in der Tat die rechtliche Legitimation der unter Mitwirkung der Krankenkassenvertreter getroffenen Entscheidungen.

46 So zuletzt *Kingreen*, VVdStRL 2011 (70), 150, 184 ff.; ausführlicher: *ders.*, Die Verwaltung 2009, 339, 362 ff.

47 So *Kingreen*, NZS 2007, 113, 120, der den G-BA zur Vorbereitung solcher Verordnungen heranziehen will.

48 *Bull*, KrV 1976, 175, 178; zugespitzt in diesem Sinne die Kritik am BVerfG bei *Blanke*, KJ 1998, 452 ff.; vgl. BVerfG, 31.10.1990 – 2 BvF 3/89 – BVerfGE 83, 60; BVerfG, 24.05.1995 – 2 BvF 1/92 – BVerfGE 93, 37.

49 Vgl. mit differenzierter Kritik: *Neumann*, NZS 2010, 593 ff.; *Ernst Hauck*, NZS 2010, 600 ff.

50 BVerfG, 05.12.2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98 – BVerfGE 107, 59; dazu: *Musil*, DÖV 2004, 116 ff.

51 Vgl. *Kingreen*, ZGMR 2010, 216 ff.; *Schlegel*, MedR 2008, 30 ff.; *Engelmann*, MedR 2006, 245 ff.

52 So im Ergebnis bereits: *Elsen*, VSSR 1990, 57 ff.

53 Vgl. BSG, 28.06.2000 – B 6 KA 26/99 R – BSGE 86, 223.

54 *Kingreen* (Fn. 46), 150, 187 f.

Dabei sind kranke Versicherte stets eine schutzbedürftige Minderheit, zumal sich das Risiko ungleich verteilt. Chronisch kranke, behinderte und ältere Versicherte brauchen mehr Leistungen und zahlen weniger Beiträge. Es besteht die Gefahr, dass das Interesse der jungen, gesunden und leistungsfähigen Versicherten sich zu häufig durchsetzt und das Nutzer- und Patienteninteresse strukturell unterlegen ist.⁵⁵ Das wäre nicht nur ein Verstoß gegen das solidarische Prinzip der gesetzlichen Krankenversicherung, sondern würde auch den Generationenausgleich beeinträchtigen, der der Pflichtversicherung zu Grunde liegt: Die meisten Menschen werden im Lebenslauf chronisch krank, behindert und alt, würden jedoch ohne organisierten Generationenvertrag die Vorsorge dafür vernachlässigen. Eine gute gesundheitliche Versorgung für chronisch kranke, behinderte und alte Menschen ist aber nicht nur in der Summe wohlverstandener Einzelinteressen zu fordern, sondern ermöglicht auch erst eine integrierte und inklusive Gesellschaft, an der alle teilhaben können.⁵⁶ Um dieses Interesse besser zu repräsentieren, sind Organisationen von Patienten und der Selbsthilfe chronisch kranker und behinderter Menschen beratend und mit Verfahrensrechten im G-BA vertreten.⁵⁷ Es ist plausibel, schwachen Interessen auf diese Weise Gehör zu geben,⁵⁸ zumal die Mitwirkung behinderter Menschen durch ihre Verbände in sie betreffenden Angelegenheiten auch in Art. 4 Abs. 3 BRK verlangt wird. Da funktionale Selbstverwaltung nicht auf numerischer Gleichheit, sondern auf Interesse und Sachkunde aufbaut, wäre auch ein Stimmrecht dieser Vertreter möglich, wenn auch keineswegs geboten.

Die Transparenz des G-BA ist in den letzten Jahren deutlich besser geworden. Ebenso hat das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (IQWiG) dazu beigetragen, dass der G-BA zumindest partiell auf der Basis unabhängiger Fachlichkeit entscheiden kann. Darum sind G-BA und IQWiG Gegenstand erbitterter Angriffe von Lobbygruppen, die sich ohne das geregelte Verfahren einen vereinfachten Zugang zum Leistungskatalog versprechen.⁵⁹ G-BA und IQWiG sind in der Öffentlichkeit wenig bekannt. Sie eignen sich darum gut als Schurken, wenn in den Medien Geschichten von vorenthaltenen Leistungen lanciert werden oder wenn staatliche Politik die Verantwortung nicht übernehmen mag. Es wäre gut, wenn Arbeit und Arbeitsweise des G-BA der Öffentlichkeit bekannter wären.

3. Infrastrukturrecht

Ob und wie Ärzte, Krankenhäuser, medizinische Versorgungszentren, Pflegedienste und Heime in den Gemeinden und Regionen zur Verfügung stehen, beeinflussen Kassenverbände, Kassenärztliche Vereinigungen und Leistungserbringerverbände, indem sie Versorgung und Vergütung in den Ländern vertraglich regeln. Für die Krankenhausplanung sind die Länder verantwortlich. Integrierte Versorgung mit ambulanten und stationären Leistungserbringern wird nur punktuell und nur durch Verträge einzelner Kassen hergestellt. Was sich entwickelt, hängt oft von den Vergütungsströmen ab. Politische Planung im eigentlichen Sinne gibt es nur für die Krankenhäuser. Es wäre transparenter und wohl auch effektiver, die Verantwortung für die Infrastruktur des Gesundheitswesens in den Ländern zusammenzufassen. Ansätze dafür sind nach dem Versorgungsstrukturgesetz gegeben, das ein Gemeinsames Landesgremium zu sektorenübergreifenden Versorgungsfragen ermöglicht (§ 90a SGB V).⁶⁰

Öffentliche und gemeinnützige Einrichtungen brauchen einen Rahmen, in dem sie gemeinwirtschaftlich sein können. Im Sozial- und Gesundheitswesen muss, auch für das Europäische Recht, besonderer Raum für Unternehmen bleiben, die nicht an Gewinn, sondern an Bedarfsdeckung ausgerichtet sind.

Freiberuflichkeit muss die Freiheit bedeuten, zuerst professionellen Standards und erst dann wirtschaftlichen Zwängen zu folgen. Dass die Vertragsärzte in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zusammengefasst sind, mildert und bündelt Interessenvertretung – reine Agenturen des Gemeinwohls können die Kassenärztlichen Vereinigungen trotzdem nicht sein.

Wer vor allem private gewinnorientierte Leistungserbringer will, darf sich nicht beschweren, wenn sie als solche agieren. Insbesondere die Privatisierung vormals öffentlicher Krankenhäuser ist politisch sehr umstritten. Das Votum von drei Vierteln der Abstimmenden hat den Ham-

55 So im Ergebnis Neumann (Fn. 49), 593 ff.; Pitschas, VSSR 2007, 319 ff.

56 Vgl. Art. 25 BRK.

57 Vgl. Schlacke, in: Schmehl/Wallrabenstein (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Tübingen 2007, S. 41 ff.; kritisch: Pitschas, VSSR 2007, 319 ff.

58 Ebenso: Ebsen, MedR 2006, 528 ff.

59 Vgl. Bartsch, in: Hensen/Kölzer (Fn. 2), S. 161 ff.

60 Vgl. Möller, SGB 2011, 557 ff.

burger Senat seinerzeit nicht gehindert, die Krankenhäuser der Hansestadt zu verkaufen. Ob die Privatisierung die Versorgung verbessert hat, wird bezweifelt.⁶¹

4. Zwischen Kooperation und Korruption

Der Vielfalt in der Leistungserbringung liegt die Annahme zu Grunde, dass die Gesamtheit von Entscheidungen öffentlicher, gemeinnütziger, freiberuflicher und gewerblicher Leistungserbringer das System laufend verbessert, seien sie gemeinwirtschaftlich oder kapitalistisch motiviert. Regulierter Wettbewerb um neue Lösungen ist gewollt. Leistungserbringer dürfen und sollen dabei auch miteinander kooperieren, etwa im Rahmen medizinischer Versorgungszentren und Integrierter Versorgung.

Klassische Instrumente für Kooperation sind die ärztliche Verordnung und Überweisung. In neueren Formen werden sie ergänzt durch Vertragsbeziehungen, die zum Teil eine gemeinsame Vergütung mehrerer Leistungserbringer vorsehen.

Die Kritik an der Kooperation schwankt zwischen zwei Polen: Ineffizienz wird dann gesehen, wenn Leistungserbringer zu wenig voneinander wissen und nicht kooperieren. Korruption wird befürchtet, wenn Patienten zielgerichtet zu bestimmten Arzneimitteln, Fachärzten oder Krankenhäusern geleitet werden, ohne dass dies medizinisch-fachlich motiviert wäre.

Das Krankenversicherungsrecht, ärztliche Berufsrecht, Krankenhausrecht und Arzneimittelrecht verpflichten die Leistungserbringer zu einer allein am Patienteninteresse ausgerichteten Kooperation. Zuweisung oder Verordnung gegen Entgelt oder Vorteile und die Annahme von Vorteilen sind nach §§ 31–33 der Berufsordnung verboten. Doch scheint diese Rechtslage in einem Spannungsverhältnis zur Praxis der pharmazeutischen und der Krankenhausunternehmen zu stehen, für die die ärztliche Entscheidung einer der wichtigsten Wettbewerbsfaktoren ist und die sie durch Verträge, Werbung und Geschenke zu beeinflussen suchen. Ebenso sehen sich Ärztinnen und Ärzte unter Druck, zur Kostendeckung und Realisierung ihrer Einkommenswünsche unternehmerisch zu handeln.

Fraglich ist, wie den geltenden Regeln zur Durchsetzung verholten werden kann, damit der bisweilen schmale Grat zwischen Kooperation und Korruption nicht in der falschen Richtung überschritten wird. Der Große Senat für

Strafsachen des BGH hat vor kurzem entschieden, dass keine Strafbarkeit nach § 299 StGB besteht, wenn Vertragsärzte Prämien für die Verschreibung von Medikamenten von einem pharmazeutischen Unternehmen erhalten, weil Vertragsärzte keine Amtsträger oder Beauftragte der Krankenkassen sind.⁶²

Damit ist aber nicht gesagt, wie unzutreffend berichtet wurde, dieses Verhalten sei erlaubt. Für die Ärzte setzt das Recht traditionell auf berufsständische Selbstkontrolle in öffentlich-rechtlichen Körperschaften, den Kammern und Kassenärztlichen Vereinigungen. Für eine selbstbewusste Profession, die eine eigene berufliche Ethik behauptet, ist dies ein grundsätzlich guter Weg zurückgenommener Staatlichkeit. Doch trägt er nur, wenn diese Berufsethik breit verankert ist und nicht von den ökonomischen Verhältnissen untergraben wird. Die Gesundheitspolitik jedenfalls scheint schon lange nicht mehr auf ärztliche Ethik zu setzen, sondern auf ökonomische Anreize, die das richtige Verhalten steuern sollen. Doch hier entsteht ein Dilemma: Je stärker Leistungserbringer im System von ökonomischen Reizen gesteuert werden sollen, desto weniger werden sie einsehen, warum sie etwas ohne Anreiz tun sollen. Die Mitglieder von Gesundheitsberufen als »homo oeconomicus« anzusprechen, anerkennt zum Teil längst vorhandene Verhaltensweisen, konditioniert sie aber zugleich.⁶³ Das Gesundheitswesen braucht klare Regeln über Notwendigkeit und Schranken der Ökonomisierung. Dabei ist weder die Fiktion des ökonomisch uninteressierten Arztes hilfreich noch kann man die Gesundheitswirtschaft als Branche wie andere auch verstehen. Wenn nicht mehr Unternehmen im Dienst der Produktion von Gesundheitsleistungen stehen, sondern Patienten zum Objekt des Handels zwischen Unternehmern werden, werden Krankheit und Gesundheit zur Ware.

Die Gesundheitswirtschaft muss ein Maß finden, in dessen Mitte die Patienten stehen. Die individuellen Patientenrechte aus Vertrag und Haftung sind dabei wichtig. Gerade das Haftungsrecht hat viel dazu beigetragen, Patienten zu beteiligten Subjekten ihrer Heilung zu machen. Doch werden individuelle Rechte angesichts des Informations- und Machtgefälles immer nur lückenhaft und nach-

61 Braun, SozSich 2010, 405 ff.; vgl. zu den Arbeitnehmerrechten: BVerfG, 25.01.2011–1 BvR 1741/09 – BVerfGE 128, 157.

62 BGH, 29.03.2012 – GSSSt 2/11 – juris; vgl. LG Hamburg, GesR 2011, 641; Kiefer/Meseke, VSSR 2011, 211 ff.; Badle, NJW 2008, 1028 ff.

63 Vgl. Huster, VSSR 2011, 183 ff.

träglich genutzt. Sie müssen durch kollektive Rechte ergänzt werden.

Die Krankenkassen als Kollektiv der Versicherten haben einen doppelten Auftrag zur wirtschaftlichen und zur nutzerfreundlichen Gestaltung der Versorgung. Sie haben nicht nur auf günstige Preise, sondern auch auf korrekte Beziehungen zwischen Leistungserbringern und den Versicherten zu achten. Die Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen (§ 197a SGB V)⁶⁴ können effektive Rechtsdurchsetzung fördern. Möglicherweise könnte aber eine von Kassen und Leistungserbringern unabhängige Stelle in Verantwortung der gemeinsamen Selbstverwaltung dies effektiver erreichen.

Wer Wettbewerb im Gesundheitswesen will, muss die rechtlichen Instrumentarien für die Lauterkeit dieses Wettbewerbs schärfen und nutzen. Die Verknüpfung von ärztlichem Berufsrecht und Wettbewerbsrecht ermöglicht gerichtliche Entscheidungen, mit denen das Verbot der Zuweisung von Patienten gegen Entgelt durchgesetzt werden kann.⁶⁵ Zukünftig könnte auch das aus dem Verbraucherschutzrecht bekannte Verbandsklagerecht genutzt werden.

5. Unabhängigkeit der Wissenschaft

Das Krankenversicherungsrecht baut in Inhalt und Verfahren auf dem anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse auf.⁶⁶ Diese Bindung des G-BA macht seine Entscheidungsbefugnisse aus demokratischer Sicht erträglich. Das setzt aber voraus, dass Gesetzgeber und G-BA darauf vertrauen können, dass der Stand der medizinischen Erkenntnisse grundsätzlich ohne bestimmten Einfluss materiell interessierter Kreise zu ermitteln ist. Das ist schon im Grundsatz schwierig bei einer Handlungswissenschaft, die sich aus Erkenntnissen der klinischen Praxis speist, die wiederum nicht frei von Interessen agiert.⁶⁷ Gerade deshalb ist Anbindung an die evidenzbasierte Medizin wichtig, damit der Stand der Wissenschaft sich auf Nachweise und nicht auf Autorität stützt.⁶⁸

Jedenfalls sollten die den Entscheidungen in der Krankenversicherung oder Arzneimittelzulassung zu Grunde liegenden Forschungsergebnisse richtig und unbeeinflusst zu Stande gekommen sein. Privatisierung und Kostendruck in Universitätskliniken gefährden jedoch die nötige Unabhängigkeit der Wissenschaft strukturell. Auch in öffentli-

chen Hochschulen ist es die Dienstaufgabe der Hochschullehrer, Drittmittel einzuwerben. Ist jedoch Forschung von privaten Geldgebern abhängig, drohen Forschungsgegenstände beschränkt zu werden. Auch kann bezweifelt werden, ob alle Forschungsergebnisse – auch negative – gleichermaßen publiziert werden. Soll also wissenschaftliche Erkenntnis Grundlage von Entscheidungen sein, ist es öffentliche Aufgabe, ihre Unabhängigkeit zu sichern. Dazu kommt, dass im Bereich der Pharmazie weit mehr durch private Unternehmen geforscht wird als durch öffentliche Einrichtungen. Wenn Forschungsausgaben refinanziert werden müssen, steigt aber der Druck, Forschungsergebnisse zu vermarkten, auch wenn der gesundheitliche Nutzen gering ist.

6. Transparenz und Öffentlichkeit

Öffentliche Transparenz von Entscheidungen und ihren Grundlagen ist eine Grundlage demokratischer Politik. In den Parlamenten und im G-BA sind viele Sitzungen öffentlich, Unterlagen zugänglich. Fraglich ist aber, ob und wie Informationen die Öffentlichkeit erreichen und dort eingeordnet werden können. Auch wenn der Inhalt von Gesetzen, Richtlinien und Gerichtsentscheidungen vollständig publiziert wird, kennen ihn viele am Gesundheitswesen Beteiligte trotzdem nicht.

Zur Vermittlung sind zunächst die an der Gesundheitspolitik selbst beteiligten Abgeordneten, die Mitglieder der Selbstverwaltung und der Verbände berufen. Sie benötigen selbst Zeit, Kenntnis und Unterstützung, um die oft komplexen medizinischen, epidemiologischen, soziologischen, ökonomischen und rechtlichen Hintergründe verstehen und dann auch weiter vermitteln zu können und sie müssen an Kommunikation über ihre Verbände hinaus interessiert sein.

Vermitteln sollten auch Presse und Rundfunk. Doch ist wenig transparent, ob sie von Anzeigen und Sponsoring abhängig sind. Oft ist es ihnen wichtiger, mit Skandalen und personalisierten Geschichten zu unterhalten, als fach-

64 Vgl. *Rixen*, ZfSH/SGB 2005, 131 ff.

65 OLG Düsseldorf, 01.09.2009 – I-20 U 121/08, 20 U 121/08 – MedR 2009, 664; BGH, 24.06.2010 – I ZR 182/08 – GesR 2010, 552.

66 § 2 Abs. 1 Satz 3 SGB V; vgl. *Francke/Hart*, MedR 2008, S. 2 ff.

67 Vgl. *Martiny*, in: Müller/Giegold/Arhelger (Fn. 4), S. 75, 78.

68 *Welti*, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen (ZaeFQ) 2007, 447 ff.

lich kompetent zu berichten, so dass über das gesundheitspolitische Geschehen nicht hinreichend aufgeklärt wird.⁶⁹ Verantwortliche Gesundheitsinformation darf nicht zur Ware werden, deren Funktion sich in verdeckter Werbung oder dem offenen Spiel mit Ängsten und Hoffnungen erschöpft.

Es ist darauf zu hoffen, dass eine fachlich interessierte Öffentlichkeit sich neue Informationsquellen, Stellen der Beratung und des Diskurses sucht und schafft. Doch auch hier ist Kommunikation nicht frei von Interessen. Wer Interesse an Transparenz und unabhängiger Information hat, muss die Mittel dafür bereitstellen, etwa beim Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen, das schon einen gesetzlichen Auftrag hat, für alle Bürgerinnen und Bürger verständliche Informationen zu Qualität und Effizienz in der Gesundheitsversorgung bereitzustellen. Ob die zivile Gesellschaft sich mit Informationen orientieren kann, liegt daran, welche Urteilskraft wir selbst gemeinsam entwickeln.⁷⁰

Demografischer Wandel und Familienförderung

Habilitationsschrift von Frauke Brosius-Gersdorf, Verlag Mohr Siebeck, Tübingen 2011, Jus Publicum – Beiträge zum Öffentlichen Recht Bd. 204 (ISBN 978-3-16-150391-7), 134 €

Frauenförderung durch Förderung der Doppelverdienerfamilie – ein Beitrag zur Lösung des demografischen Problems

Frauke Brosius-Gersdorf hat ein monumentales Werk vorgelegt, das politisch Verantwortliche zurate ziehen können, wenn sie unter den Bedingungen des demografischen Wandels finanzielle Leistungen für Familien organisieren.¹ Die Verfasserin geht von einem klaren Kausalzusammenhang aus: Die Geburtenrate sei untrennbar mit der Entwicklung der Frauenerwerbstätigkeit verbunden (S. 3), der Schlüssel zur Lösung des Geburtendefizits liege in der Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf (S. 3). Im Mittelpunkt stehen für sie die (kinderreichen)² »Doppelverdienerfamilien«³. Sie seien in Deutschland gegenüber den Alleinverdienerfamilien »tatsächlich gesellschaftlich benachteiligt«

IV. Schluss

Gesundheitspolitik im sozialen Rechtsstaat kann und sollte Selbstbestimmung, Teilhabe und Schutz des verletzbaren, kranken, behinderten Menschen in den Mittelpunkt stellen. Sie muss Bedingungen schaffen, damit Gesundheitsleistungen erbracht werden, und Solidarität organisieren, damit sie allgemein zugänglich werden. Dazu muss sie den Wirtschaftsbürger und den Staatsbürger zugleich ansprechen und ihnen Schranken auferlegen, damit Gesundheit nicht zur Ware wird und Gesundheitspolitik sich nicht in Wirtschaftspolitik erschöpft, sondern die Bedingungen von Gesundheit als öffentliche Angelegenheit behandelt. Was eine Gesellschaft für ihre kranken Mitglieder tut, das tut sie für sich selbst, denn das Vertrauen auf Solidarität und Schutz stärkt das Vertrauen, dass sie gerecht und gestaltbar sein kann.

69 Vgl. *Leif*, in: Müller/Giegold/Arhelger (Fn. 4), S. 84 ff.

70 Grundlegend: *Negt*, *Der politische Mensch*, Göttingen 2010.

(S. 510), was zugleich und in besonderem Maße für die (Ehe-)Frauen in den Doppelverdienerfamilien gelte (S. 510).

»Pronatalistische Familienförderung«

Die verfassungs- und EU-rechtlichen Parameter, an denen sich der politische Betrieb orientieren müsse, wenn er »Anreize für die Geburt von mehr Kindern«⁴ setzen und so (Frauen in) Doppelverdienerfamilien fördern wolle, entwickelt die Verfasserin in vier groß angelegten Teilen. Der erste Teil gilt einer rechtstatsächlichen Analyse der Situation und der Handlungsoptionen. Das »deutsche Dilemma« (S. 111), das »Dilemma der Unvereinbarkeit von Familie und Beruf« (S. 682), sei, wie der

1 Andere Formen der Familienförderung klammert die Verfasserin ausdrücklich aus (S. 3). Im Folgenden beziehen sich Seitenangaben ohne weitere bibliographische Angaben auf das hier besprochene Buch.

2 S. 354.

3 S. 510; s. auch die Überschrift S. 104: »Das Geld: Der Staat vernachlässigt Doppelverdiener mit Kindern«.

4 So etwa S. 193, S. 565; ähnl. S. 600: »Anreize für eine Erhöhung der Geburtenrate«; S. 720: »Anreize für die Geburt von Kindern«; s. auch S. 550: »[p]ositive Effekte«; S. 511: keine »negative[n] Steuerungsimpulse für die Geburtenrate«.