

Prof. Dr. Karl-Jürgen Bieback

Hamburg, August 2010

**Verfassungsrechtliche Probleme einer Erweiterung der
Gesetzlichen Rentenversicherung zur
Erwerbstätigenversicherung**

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung: Konzeption der GRV als Erwerbstätigenversicherung	1
II. Kompetenz des Bundesgesetzgebers zur Einführung der Erwerbstätigenversicherung aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG?	2
III. Sozialversicherungs- und Beitragspflicht als Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG	3
IV. Verhältnismäßigkeit eines Vorsorgezwangs für alle Selbstständigen	5
1. Bedarf und Ziel einer Verpflichtung zur Vorsorge	5
a. Schutzbedürftigkeit	5
b. Mangelnde Vorsorgewilligkeit	7
c. Standardisierung und Rationalisierung, Ausgleich von Marktversagen	8
2. Fazit: Vorsorgezwang als ein verhältnismäßiges Mittel	8
V. Verhältnismäßigkeit der Versicherungspflicht <i>speziell zur GRV</i>	8
1. „Schutzbedürftigkeit“ und Typisierungsbefugnis in der Rechtsprechung des BVerfG	9
a. Traditionelle Rechtsprechung	9
b. Änderung im Urteil vom 10.6.2009 zur Gesundheitsreform 2007?	13
2. Besonderheit der GRV: Sozialer Ausgleich	14
a. Formen des sozialen Ausgleichs in der GRV	14
b. Verhältnismäßigkeit der Einbeziehung in den sozialen Ausgleich	15
(a) Verhältnismäßigkeit des sozialen Ausgleichs der Sozialversicherung im Verhältnis zur Privatversicherung	15
(b) Unzumutbarkeit des sozialen Ausgleichs, insbes. wegen Einkommenschwäche?	16
3. Sozio-ökonomische Neutralität sozialer Sicherheit	18
4. Ausweitung der Mitgliedschaft zur Sicherung der Stabilität der GRV	21
5. Versicherungsverbund und die Finanzierung von Kollektivgütern	23
6. GRV als langfristig stabilere und preiswertere Versicherung?	24
7. Zwischenfazit	25
8. Probleme des Art. 3 Abs. 1 GG	25
a. Hinreichende Gleichheit mit den abhängig Beschäftigten	26
b. Einheitliche Versicherungspflicht für alle Selbstständigen?	27
c. Art. 3 Abs. 1 GG und die Steuerfinanzierung von Sozialversicherungssystemen	29
d. Gleichheitsprobleme in der Umsetzung	29
9. Verhältnismäßige Alternative: Sozial regulierte Privatversicherung?	30
VI. Eingriff in die Grundrechte der Privaten Versicherungsunternehmen	31
1. Art. 12 GG: Schutzbereich und Eingriff	31
2. Mittelbarer Eingriff ohne berufsregelnde Tendenz	32
VII. Schutz bisheriger Vorsorge in privater Form (Art. 14 GG)	34
1. Schutz durch Art. 14 Abs. 1 GG	34
2. Schutzbereich und Eingriff	35
3. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs / der Ausgestaltung	36
VIII. Fazit	37

I. Einleitung: Konzeption der GRV als Erwerbstätigenversicherung

Gegenwärtig ist der vollständige Einbezug aller Bürger in die Sozialversicherung oder entsprechende Systeme in allen Nachbarstaaten Deutschlands, den westlichen wie den östlichen, abgeschlossen.¹ In Deutschland wird dies z. B. für die gesetzliche Rentenversicherung (GRV) seit langem gefordert, so z. B. durch den Sachverständigenrat 2006 sowie den Sozialbeirat 2007 und 2009.² Die juristische Diskussion über die Zulässigkeit der Ausweitung der Sozialversicherung hin zu einer „Bürger-“ oder „Erwerbstätigen-Versicherung“ ist 2004 bis 2007 intensiv vor allem unter dem Aspekt der finanziellen Stabilität der Sozialversicherung geführt worden (unten V, 2 und 4). Zwischenzeitlich hat der Gesetzgeber³ mit dem GKV-WSG 2007 eine allgemeine Versicherungspflicht zur KV eingeführt, nicht um die GKV finanziell zu stabilisieren, sondern um eine sozialpolitische Sicherungslücke in der GKV und PKV zu schließen, die PKV stärker sozial auszugestalten und die Solidarität zwischen den Leistungsfähigen und den weniger leistungsfähigen abhängig Beschäftigten zu stärken. Das BVerfG hat 2009⁴ die Erweiterung für verfassungsgemäß erklärt und sich dabei vor allem mit den Grundrechtspositionen der Versicherungsunternehmen befasst.

Diese Entwicklung rechtfertigt es, die Diskussion um die Erwerbstätigenversicherung noch einmal aufzugreifen, zumal es um Grundfragen des Rechts der sozialen Sicherung geht. Dabei soll sich die Untersuchung jetzt auf einen Teilaspekt konzentrieren: Die Ausdehnung der Versicherungspflicht zur GRV auf alle Selbstständigen, die noch nicht in anderen Systemen pflichtversichert sind („Erwerbstätigenversicherung“).⁵ Seit der Föderalisierung der Kompetenzen für das Beamtenrecht hat der Bund wohl keine Kompetenz mehr, den Einbezug der Beamten in die GRV zu regeln;⁶ das soll hier nicht geprüft werden. Ebenfalls nicht mehr zu erörtern sind Fragen des Europäischen Rechts. Mit dem Urteil zum Versicherungsmonopol

-
- 1 Hans-Joachim Reinhard, Modelle der Erwerbstätigenversicherung in Europa, DRV 2009, 319; Christoph Schnell, Die Alterssicherung Selbständiger in Europa, RVaktuell 2008, 88-93.
 - 2 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2006/2007, 2006, S. 269. Gutachten des Sozialbeirats zum Rentenversicherungsbericht 2007, BT-Drs. 16/7300 S. 80 ff. und 2009, BT-Drs. 17/52, S. 78-80.
 - 3 BT-Drs. 16/3100, S. 85 Nr. 3, S. 92, S. 94 zu Art. 1 Nr. 2, a, aa, S. 95 zu Art. 1 Nr. 3, a und S. 207 zu Art. 43 Nr. 5.
 - 4 BVerfGE 123, 186.
 - 5 Zu ihr vgl. Herbert Rische, ebda. Franz Ruland, Ausbau der Rentenversicherung zu einer allgemeinen Erwerbstätigenversicherung?, ZRP 2009, 165.
 - 6 Dazu Jan Erik Schenkel, Sozialversicherung und Grundgesetz, 2008, S. 59 ff.

der deutschen UV hat der EuGH klargestellt,⁷ dass eine allgemeine Versicherungspflicht unter Ausschluss privater Versicherungen europarechtlich zulässig ist, wenn die öffentliche Zwangsversicherung durch Elemente des sozialen Ausgleichs geprägt wird.⁸

II. Kompetenz des Bundesgesetzgebers zur Einführung der Erwerbstätigenversicherung aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG?

Lange Zeit wurden rigide Grenzen der Reform der Sozialversicherung aus der Kompetenz des Bundes zur Regelung der „Sozialversicherung“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gewonnen, indem ein der Verfassung vorgegebener oder ihr detailliert zu entnehmender enger Begriff von „Sozialversicherung“ entwickelt wurde.⁹ Danach dürfen Regelungen der Sozialversicherung nur einen Teil der Bevölkerung, nicht jedoch alle Bürger oder auch nur alle Erwerbstätigen erfassen. Aber alle neueren Untersuchungen zur Kompetenznorm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG¹⁰ kommen zum Ergebnis, dass „Sozialversicherung“ relativ weit zu verstehen sei. Weder nach dem Wortlaut, noch nach der systematischen, funktionalen oder historisch-genetischen Interpretation lässt sich rechtfertigen, unter einer (Sozial-/oder Privat-) Versicherung immer nur die Versicherung eines Teils der Bevölkerung zu verstehen.¹¹ Und die Kompetenz zur Regelung der Sozialversicherung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG beinhaltet auch die Kompetenz zur Einführung und Ausgestaltung des Sozialversicherungsbeitrags und gerät deshalb nicht in Konflikt mit der Finanzverfassung des Grundgesetzes.¹²

Dementsprechend hat das BVerfG bisher keine sozialversicherungsrechtliche Regelung des Mitgliedschaftsrechts und auch nicht die der beiden „Volksversicherungen“ Kranken- und Pflegeversicherung an mangelnder Gesetzgebungskompetenz scheitern lassen. Die möglichen

7. EuGH, Rs. C-350/07 (Kattner), NJW 2009, 1325 = ZESAR 2009, 343.

8. Anders noch Natalie Brall/Hans-Joachim Voges, Modell Bürgerversicherung – Verfassungsrechtliche und europarechtliche Fragen, 2005, S. 57-82. Differenzierter: Jörg Gundel, Europarechtliche Probleme der Bürgerversicherung, EuR 2004, 575.

9. Vgl. zuletzt Peter Axer, Verfassungsrechtliche Fragen einer Bürgerversicherung, Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2004, 1, 2-4 und ders., B-K GG, -Art. 74 Nr. 12, Rz. 25, 31 ff. und 43 ff. m. w. N.

10. Jan Erik Schenkel, Sozialversicherung und Grundgesetz, 2008, insbes. S.56 ff., 72 ff., 156 ff.; ders., Das Grundgesetz und das „Bild“ der Sozialversicherung, VSSR 2010, 79; Markus Zimmermann, Sozialversicherung und Privatversicherung im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, 2009, S. 84 ff.; Jutta Schröder, Bürgerversicherung und Grundgesetz, 2008, S. 43-195; Sonja Füsser, Ausweitung der Sozialversicherungspflicht auf Selbständige in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung unter verfassungsrechtlichem und europarechtlichem Blickwinkel, 2005, S. 44-65; Karl-Jürgen Bieback, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, 2005, S. 51-66.

11. Jan Erik Schenkel, ebda., S. 142 ff.; Markus Zimmermann, ebda., S. 229 ff.; Jutta Schröder, ebda., S. 85-104; Karl- Jürgen Bieback, ebda., S. 51 ff.

12. BVerfGE 113, 167, 195 ff; ebenso Jan Erik Schenkel, ebda., S. 56 ff., 117 ff.; Markus Zimmermann, ebda.,

Grenzen einer Erwerbstätigenversicherung liegen in den Grundrechten, nicht in den Kompetenznormen.

III. Sozialversicherungs- und Beitragspflicht als Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG

Die Einführung der Sozialversicherungspflicht ist ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) der Personen, die versicherungspflichtig werden.¹³ Soweit die Versicherungspflicht an den Status als Erwerbstätiger anknüpft, wird auch die Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) tangiert. Aber die Prüfung des Art. 12 GG unterscheidet sich in diesem Punkt nicht von der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG,¹⁴ da die Auferlegung der Beitragspflicht allenfalls eine Regelung der „Berufsausübung“ und nicht der stärker geschützten „Berufswahl“ ist.¹⁵

Die heute wohl überwiegende Meinung in der Literatur¹⁶ fasst den grundrechtlichen Schutzbereich und den Eingriff präziser als Eingriff in die spezielle Freiheit, selbständig über das „Ob“ und „Wie“ der eigenen Vorsorge zu entscheiden. Damit wird nicht nur die Art des Eingriffs präziser umschrieben, sondern auch seine Stärke deutlicher hervorgehoben. Zwangsmitgliedschaft und Beitragspflicht zur GRV begleiten eine Person lebenslang und binden erhebliche finanzielle Mittel. Deshalb sind auch die Anforderungen an die Rechtfertigung und die Verhältnismäßigkeitsprüfung spezieller und höher als bei einem „normalen“ Eingriff in die allgemeine Freiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.

S. 244 ff.; Jutta Schröder, ebda., S. 141-195; Karl-Jürgen Bieback, ebda., S. 60-66.

13. BVerfGE 103, 197 (215) m.w.N.; Renate Jaeger, Die Reformen in der gesetzlichen Sozialversicherung im Spiegel der Rechtsprechung des BVerfG, NZS 2003, 225, 227, 229.
14. Vgl. die Ergebnisse der jeweiligen Prüfung bei Hermann Butzer, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, S. 337-352 einerseits und S. 558-564 andererseits; ansonsten wohl allg. Meinung vgl. BVerfGE 103, 197 (205); BVerfGE 123, 186, (262); Friedhelm Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 46 ff.; Florian Reuther, Verfassungsrechtliche Determinanten für die Beitragsbemessung in der sozialen Kranken- und Pflegeversicherung, in: Otto Depenheuer u.a. (Hrsg.), Nomos und Ethos, Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern, 2002, S. 435, 438 und Peter Axer, Verfassungsrechtliche Fragen einer Bürgerversicherung, Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2004, 1, 4/5. Vor allem Friedrich E. Schnapp/Markus Kaltenborn, Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung, 2001, S. 42 ff. stellen strikt auf Art. 12 GG ab.
15. Vgl. Rica Werner, Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Beitragsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2004, S. 142-143.
16. Friedhelm Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 1, S. 46 ff.; Hermann Butzer, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, S. 337-352; Rica Werner, Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Beitragsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2004, S. 120/1; Maximilian Fuchs, Zivilrecht und Sozialrecht, 1991, S. 113 ff.; Florian Reuther, Verfassungsrechtliche Determinanten für die Beitragsbemessung in der sozialen Kranken- und Pflegeversicherung, in: Otto Depenheuer u.a. (Hrsg.), Nomos und Ethos, Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern, 2002, S. 435, 448/9.

Das BVerfG bleibt dagegen bei einer allgemeinen Prüfung des Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁷ Selbst dort, wo es um die Einführung einer neuen Versicherungspflicht¹⁸ oder die grundsätzliche Prüfung einer schon (länger) bestehenden Versicherungspflicht¹⁹ geht, macht es keine weiteren Ausführungen zur Schwere des Eingriffs, sondern beschränkt sich darauf, den Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG als solches zu konstatieren. Dies dürfte damit zusammenhängen, dass die Sozialversicherungspflicht in Deutschland und Europa eine Normalität ist (s. oben I) und zum anderen damit, dass der Schutzbereich des Art. 2 GG vom BVerfG denkbar weit gefasst worden ist²⁰ und eine bereichsspezifische Konkretisierung – wie z. B. beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht – hier anscheinend nicht für notwendig und/oder als schwer praktikabel angesehen wird.

Mit der allgemeinen Versicherungspflicht zur Krankenversicherung von 2007 und der Verteilung der Versicherungspflichtigen zwischen GKV und PKV, aber auch mit der Diskussion, die zusätzliche Altersvorsorge in den „Riester-“ und „Rürup-Modellen“ verbindlich zu machen, wird deutlich, dass zwei Aspekte zu trennen sind:

1. Einmal dürfte der geringere Eingriff sicherlich darin liegen, den Selbstständigen nur eine allgemeine Vorsorgepflicht sei es in der GRV sei es in privaten Systemen aufzuerlegen.
2. Weiter geht der Eingriff, sie speziell in eine Vorsorgeform, die GRV, verpflichtend einzubeziehen, was gegenüber der allgemeinen Vorsorgepflicht besonders zu rechtfertigen ist.²¹

Viele Untersuchungen²² und auch die Rechtsprechung des BVerfG (dazu unten V, 1, a) verlieren an Klarheit, weil sie beide Fragen nicht unterscheiden. Dabei scheint die gestufte Argumentationslast unausgesprochen dem Urteil des BVerfG zur KV-Reform 2007 zu Grund zu

17. Vgl. zuletzt BVerfGE 123, 186 (262); 2. Kammer des 1. Senats v. 11.9.2008 – 1 BvR 2007/05 – NZS 2009, 379 Rz 8; 3. Kammer des 1. Senats v. 26.6.2007 – 1 BvR 2204/00 – BVerfGK 11, 352 = SGB 2008, 476, 23; BVerfGE 115, 25 (42) Nikolausbeschluss; BVerfGE 109, 96 (109 f.) Versicherungspflicht für Landwirtsehegatten.

18. So BVerfGE 109, 96 (109 f.) Versicherungspflicht für Landwirtsehegatten; BVerfGE 103, 197 (215, 221) Pflegeversicherung.

19. 3. Kammer des 1. Senats v. 26.6.2007 – 1 BvR 2204/00 – BVerfGK 11, 352 = SGB 2008, 476, 23 Versicherungspflicht selbständiger Lehrer.

20. Vgl. zum Schutz des „Reitens im Walde“ BVerfGE 80, 137 (154). Dazu Murswiek in: Sachs, Grundgesetz, 5. Auflage, 2009, Art. 2 Rz. 42 ff.

21. Friedhelm Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 43 ff.; Maximilian Fuchs, Zivilrecht und Sozialrecht, 1991, S. 112 ff. beide m. w. N.; Franz Ruland, Ausbau der Rentenversicherung zu einer allgemeinen Erwerbstätigenversicherung?, ZRP 2009, 165, 168; Kurt Jantz, Sicherheit und Freiheit in der Versicherung, in: Festgabe für Hans Möller, 1972, S. 329, 336 ff.

22. Vgl. Melanie Eykmann, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die öffentlich-rechtliche Gewährleistungen im Gesundheitswesen, 2007, S. 78-161; Natalie Brall/Hans-Joachim Voges, Modell Bürgerversicherung – Verfassungsrechtliche und europarechtliche Fragen, 2005, S. 57-82.

liegen. Während die Verfassungsmäßigkeit der neu eingeführten allgemeinen Vorsorgepflicht in der KV von allen Richtern bejaht wurde, stimmten drei Richter der Verfassungsmäßigkeit der vorläufigen dreijährigen Pflichtmitgliedschaft zur GKV für Beschäftigungen oberhalb der Pflichtversicherungsgrenze nicht zu (unten V, 1, b und VI, 2).

IV. Verhältnismäßigkeit des allgemeinen *Vorsorgezwangs* für Selbstständige

Nach den Urteilen des BVerfG²³ zur Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen Versicherungszwang zur Abdeckung des Risikos Pflegebedürftigkeit und Krankheit dürfte auch ein entsprechender allgemeiner Zwang, für das Einkommensrisiko im Alter vorzusorgen, gut zu begründen sein. Strittig und bisher vom BVerfG nicht entschieden ist dagegen die Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Versicherungspflicht speziell zur Sozialversicherung.

1. Bedarf und Ziel einer Verpflichtung zur Vorsorge

a. Schutzbedürftigkeit

Erst in letzter Zeit sind durch mehrere Untersuchungen die Probleme der mangelnden sozialen Sicherheit Selbständiger in Deutschland intensiver untersucht worden.²⁴ Sieht man von den Mitgliedern der verkammerten freien Berufe ab, so weisen die selbständig Erwerbstätigen eine große Spreizung im Alterseinkommen auf. Große Teile haben keine bzw. keine ausreichende (d. h. über der Sozialhilfeschwelle liegende) Alterseinkommen. Im Zeitraum 1990 bis 2000 verfügten 15,3 % aller Haushalte, bei denen der Haupteinkommensbezieher einer selbständigen Tätigkeit nachgeht, weder über eine Vorsorge in der GRV noch in der privaten Altersvorsorge.²⁵ Auf der Basis dieser und ähnlicher Befunde stellte der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung 2006 ähnlich wie später der Sozi-

23. BVerfGE 103, 197 (221 – 223); BVerfGE 123, 186 (242/3).

24. Jürgen Ehler/Dina Frommert, Für eine Pflichtversicherung bei Selbständigkeit ohne obligatorische Alterssicherung, DRV 2009, 36; Karin Schulze Buschoff, Neue Selbstständige im europäischen Vergleich – Struktur, Dynamik und soziale Sicherheit, 2007; Uwe Fachinger/Angelika Oelschläger/Winfried Schmähl, Die Alterssicherung von Selbständigen – Bestandsaufnahme und Reformoptionen, 2004, S. 125 ff.; Angelika Oelschläger, Alterssicherung von Selbständigen. Entwicklung, Status quo und Reformoptionen, 2005.

25. Uwe Fachinger/Angelika Oelschläger/Winfried Schmähl, Die Alterssicherung von Selbständigen – Bestandsaufnahme und Reformoptionen, 2004, S. 8 ff., 202 ff. Ähnlich Kerstin Windhövel/Claudia Funke/Jan-Christian Möller, Fortentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung zu einer Erwerbstätigenversicherung. Konsequenzen bei Einkommensverteilung, Beitragssatz und Gesamtwirtschaft, Abschlussbericht 2008 (Hans Böckler Stiftung/Prognos), S. 13/14 und 44-50 und Jürgen Ehler/Dina Frommert, Für eine Pflichtversicherung bei Selbständigkeit ohne obligatorische Alterssicherung, DRV 2009, 36, 47ff.

albeirat 2007 und 2009 fest, „dass für die Selbständigen mit geringen Einkommen Schutzbedürftigkeit besteht und deshalb eine Versicherungspflicht für Selbständige, die noch nicht in einem obligatorischen Alterssicherungssystem abgesichert sind, angebracht ist.“²⁶

Die Schutzbedürftigkeit ist besonders groß, wenn die Selbständigen wie Arbeitnehmer allein oder überwiegend auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft angewiesen sind, so dass jeder Ausfall ihrer Arbeitskraft zu einer erheblichen Schmälerung bzw. vollen Gefährdung ihres Einkommens führt. Dies ist sicherlich bei „Solo-Selbständigen“ der Fall, aber auch bei den „Neuen Selbständigen“²⁷ mit oder ohne Beschäftigte. Das sind u. a. freie Mitarbeiter im Außendienst, in der Entwicklung von Produkten, der Kundenbetreuung, in den Medien etc. Im Gegensatz zu den „Alten Selbständigen“ („Normalunternehmer“:²⁸ Handwerker, Bauern, freie Berufe und Kaufleute) sind die „Neuen Selbständigen“ nicht auf bestimmte Tätigkeiten und Berufe beschränkt, sondern haben völlig unterschiedliche, oft nicht standardisierte oder gar „berufsständisch“ gebundene Qualifikationen. Anders als die „alten“ Selbständigen, wie Landwirte und Handwerker, brauchen sie zu ihrer Berufsausübung nur wenig und nicht spezifisch gebundenes Kapital, das der Alterssicherung dienen kann.

Diese Schutzbedürftigkeit besteht also unabhängig von der Höhe des Einkommens, das zudem oft stark schwankt und eben nicht notwendigerweise mit verwertbarem Produktionskapital verbunden ist. Es lassen sich auch kaum andere Kriterien dafür finden, ab wann ein Selbständiger so viel eigenes Kapital hat, dass er nicht mehr als schutzbedürftig anzusehen ist. Damit ist es sachlich gerechtfertigt, alle Selbständigen in eine allgemeine Vorsorgepflicht einzubeziehen.

In den Urteilen von 2000 und 2009 legitimierte das BVerfG²⁹ die *allgemeine Versicherungspflicht* zur Absicherung der Risiken Pflegebedürftigkeit und Krankheit mit der Pflicht des Staates, die soziale Absicherung gegen existentielle Risiken sicher zu stellen, und die *Allge-*

26 Oben Fn. 2.

27 Allg. Betzelt/Fachinger, Jenseits des „Normalunternehmers“: Selbständige Erwerbsformen und ihre soziale Absicherung, ZSR 2004, 312; Silvia Lubet/René Leicht, Growing Self-employment in Western Europe: an Effect of Modernization? International Review of Sociology 2000, 101; A. Franco, Selbständige außerhalb der Landwirtschaft in der Europäischen Union, in: IVSS/CANAM (Hrsg.), Soziale Sicherheit und die Entwicklung der selbständigen Erwerbstätigkeit außerhalb der Landwirtschaft, Genf 1998, S. 37 ff.; Thomas Kruppe u.a., Selbständigkeit: Beschäftigungsdynamik in der Europäischen Union, in: Beschäftigungsobservatorium MISEP Nr. 64/1998 S. 36 ff.

28 Sigrid Betzelt/Uwe Fachinger, Jenseits des „Normalunternehmers“: Selbständige Erwerbsformen und ihre soziale Absicherung, ZSR 2004, S. 312.

29 BVerfGE 103, 197 (221 – 223); BVerfGE 123, 186 (242/3).

meinheit der Versicherungspflicht mit der Allgemeinheit des Risikos. Die Frage, ob die Bürger etwa auch ohne Vorsorge das existentielle Risiko (aus Vermögen etc.) abdecken können, hat es in keinem Fall erörtert – es hielt die Vorsorge wohl für selbstverständlich.

Schon jetzt sind viele Selbstständige gesetzlich gegen die Risiken des Alters und der Erwerbsunfähigkeit abgesichert: Sei es in der GRV (kleine und Solo-Selbständige, Handwerker), sei es in besonderen Zweigen der Sozialversicherung (Landwirte, Künstler und Publizisten), sei es in eigenen Einrichtungen (Ärzte, Apotheker, Rechtsanwälte und Notare). Die bisher nicht obligatorisch versicherten selbstständigen Erwerbstätigen sind also eine „Restgruppe“, bei der man sich schon unter Gleichbehandlungsaspekten fragen muss, weshalb sie (noch) nicht kraft Gesetzes in ein System der Altersvorsorge einbezogen worden sind.

b. Mangelnde Vorsorgewilligkeit – Vermeidung von Sozialhilfebedürftigkeit

Die sozialpolitische Literatur³⁰ geht bei der Absicherung langfristiger Risiken von einem „Marktversagen“ aus, weil die Individuen ihren Sicherungsbedarf unterschätzen und freiwillig entsprechende Leistungen nicht nachfragen. Selbst die starke Förderung der „Riesterrente“ hat die Sparquote der Geringverdiener nicht erhöht.³¹ Eine Verpflichtung zur Vorsorge vermeidet zudem die Ungleichheiten, die entstehen, wenn sich die Vorsichtigen selbst absichern, während die Risikofreudigen auf eine Absicherung verzichten und dann u. U. auf die allgemeine Absicherung durch die Sozialhilfe zurückgreifen müssen.³² Nach Ansicht des BVerfG³³ rechtfertigt dies einen allgemeinen Vorsorgezwang. Beide Probleme sind aber nur zu lösen, wenn die Vorsorgepflicht auch hinreichen auf ein standardisiertes Mindestprogramm (Höhe des Schutzes; Risiken wie Alter und daneben Absicherung der Hinterbliebenen, vorzeitige Erwerbsminderung, etc.) konkretisiert wird.

30 Vgl. Lawrence H. Thompson, Grundsätze der Rentenfinanzierung im Rahmen der sozialen Sicherheit, Internationale Revue für Soziale Sicherheit, Bd. 49, 1996, 51 ff., 52/3 m.w.N.

31 Giacomo Corneo u.a., The Riester Scheme and Private Savings: An Empirical Analysis, Schmollers Jahrbuch 2009, 321.

32 Christoph Ziems, Welche Gründe liefert die ökonomische Theorie für die Pflichtversicherung und die Versicherungspflicht?, in: Christian Thomann (Hrsg.), Pflichtversicherung - ein Allheilmittel?, 2005, 3, 9/10; Stephan Fasshauer/Dina Frommert, Die Rolle des Staates in der Alterssicherung, DRV 2006, 691.

33 Vgl. BVerfG 26.6.2007 – 1BvR 2204/00 – BVerfGK 11, 352 (354) = NZS, 2008, 143, Rz. 6; BVerfGE 109, 96 (112/3) Einbeziehung der Landwirtehegatten; BVerfGE 103, 197 (223) Pflegeversicherung; BVerfGE 102, 68 (89) KV der Rentner. Allg. Bertram Schulin, Die soziale Pflegeversicherung des SGB XI – Grundstrukturen und Probleme, NZS 1994, 433 ff.; ders., Empfiehlt es sich, die Zuweisung von Risiken und Lasten im Sozialrecht neu zu ordnen? Gutachten E zum 59. Deutschen Juristentag, 1992, S. E 3 ff., 35 ff. Kritik bei Friedhelm Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich 2000, S. 61-63.

c. Standardisierung und Rationalisierung, Ausgleich von Marktversagen

Ein allgemeiner Versicherungszwang für allgemeine und existentielle Risiken hat auch versicherungsökonomisch viele Vorteile.³⁴ Bei einer allgemeinen Verpflichtung, ein Mindestpaket und Mindestniveau abzusichern, werden gleiche Produkte auf dem Markt angeboten und dadurch kann – unabhängig von einer sozial- oder privatversicherungsrechtlichen Lösung – Wettbewerb auf der Basis einer Vergleichbarkeit der Produkte stattfinden. Auch wird die Risikoabsicherung kalkulierbarer, wenn große Versicherungsgemeinschaften entstehen, die den Vorteil einer „economy of scale“ bieten. Ein allgemeiner Versicherungszwang verhindert auch das, was man „adverse“ Selektion nennt: Das sich bei einer Kalkulation der Versicherungsprämie nach Durchschnittsrisiken die guten Risiken nicht versichern.

2. Fazit: Vorsorgezwang als ein verhältnismäßiges Mittel

Zur Erreichung aller Ziele – Risikoabsicherung vor existentiellen Risiken, Behebung der Vorsorgeunwilligkeit, Vermeidung von Sozialhilfebedürftigkeit und Rationalisierung des Schutzes – ist der allgemeine Zwang zur Vorsorge ein geeignetes und auch ein erforderliches Mittel. Allerdings lassen sich letztlich alle Ziele nur erreichen, wenn – unabhängig von der Form der Vorsorge – die Verpflichtung intensiv gesetzlich geregelt und ihre Implementation kontrolliert wird.

V. Verhältnismäßigkeit der Versicherungspflicht *speziell zur GRV*

Der weitergehende Eingriff, den versicherungspflichtigen Selbstständigen nicht mehr die Wahl der Vorsorge-Institution und des Vorsorge-Programms zu lassen, sondern eine Versicherungspflicht zur GRV vorzusehen, muss durch spezielle Gründe gerechtfertigt werden. Erst an diesem Punkt setzt die heftige Diskussion um die Ausdehnung der Versicherungspflicht und um das an, was „Bürgerversicherung“, etc. genannt wird, ein (unten V, 2, b). Sie steht im krassen Gegensatz zur Rechtsprechung des BVerfG, das bisher keine Probleme in der fortschreitenden Ausweitung der Sozialversicherung sah.

34. Allg. Friedrich Breyer/Wolfgang Buchholz, *Ökonomie des Sozialstaats*, 2. Aufl. 2008, S. 147-160; Peter Zweifel/Roland Eisen, *Versicherungsökonomie*, 2000, S. 383-390; Beiträge in Christian Thomann (Hrsg.), *Pflichtversicherung - ein Allheilmittel?*, 2005, insbes. Christoph Ziems, *Welche Gründe liefert die ökonomische Theorie für die Pflichtversicherung und die Versicherungspflicht?*, S. 3-16, Felix Kadelbach, *Versicherungspflicht/Pflichtversicherung in Europa und anderswo: Ein internationaler Vergleich*, 17-29; Torben Krey, *Wege aus der Krise - Alternativen zu Versicherungspflicht/Pflichtversicherung in der GKV*, S. 45-58; Claudia Janas, *Ist die gesetzliche Rentenversicherung als Pflichtversicherung noch zeitgemäß?*, S. 59-71.

1. „Schutzbedürftigkeit“ und Typisierungsbefugnis in der Rechtsprechung des BVerfG

a. Traditionelle Rechtsprechung

Das BVerfG hat in den Urteilen, in denen es die Verfassungsmäßigkeit einer Begründung oder Ausdehnung der Mitgliedschaft in der Sozialversicherung zu beurteilen hatte, mal diese, mal jene Mischung von Aspekten der Schutzbedürftigkeit und sonstiger Gründe ausreichen lassen und dem Gesetzgeber eine große Befugnis zur Typisierung gegeben.

(1) Die ersten Entscheidungen des BVerfG³⁵ hielten 1960 die Pflichtmitgliedschaft in den Versorgungswerken der freien Berufe für verfassungsgemäß und führten dafür neben der (vom Gesetzgeber geregelten) Gruppensolidarität des Berufsstands auch ein gewandeltes Verständnis von sozialer Schutzbedürftigkeit der freien Berufe an.³⁶

Ebenso sah es 1960 den Kinderlastenausgleich über die Familienausgleichskassen der Berufsgenossenschaften materiell als verfassungsgemäß an, um „den durch Kinder bedingten erhöhten Aufwand einer Familie teilweise auszugleichen, insbesondere den Leistungslohn sozial zu korrigieren“.³⁷ Auch Selbstständigen, die keine eigenen Kinder hatten und auch nicht mehr bekommen konnten, durften Beitragspflichten auferlegt werden. Die Sozialversicherung beherrsche „der Grundsatz sozialen Ausgleichs, nicht der Abgeltung eines individuellen Vorteils“.³⁸

(2) Diese allgemeine Einschätzung einer Schutzbedürftigkeit wiederholte sich dann in der Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Aufhebung der Jahresarbeitsverdienstgrenze in der Angestelltenrentenversicherung von 1967,³⁹ wonach sich

„die Möglichkeiten und Mittel, die dem Einzelnen zur Verfügung stehen, um den gestiegenen Bedarf aus eigener Kraft zu decken, vergleichsweise ständig vermindern, zumal die Zahl derer, deren einzige Erwerbsquelle ihre Arbeitskraft ist, ständig steigt“.⁴⁰

35 Vgl. BVerfGE 10, 354 ff. (361 ff.) und BVerfGE 12, 319. Zur Diskussion in der Literatur vor allem der 50er und 60er Jahre vgl. zusammenfassend Winfried Boecken, Die Pflichtaltersversorgung der verkammerten freien Berufe und der Bundesgesetzgeber, 1986, S. 264 ff.

36 BVerfGE 10, 354 (368/9).

37 BVerfGE 11, 105 (115).

38 BVerfGE 11, 105 (117).

39 BVerfGE 29, 221 (236 – 238).

40 BVerfGE 29, 221 (238).

Über diese wichtige Grundlage hinaus analysierte das BVerfG die „Schutzbedürftigkeit“ der Angestellten jenseits der alten Versicherungspflichtgrenze nicht. Es wies noch darauf hin, dass immer mehr Personen dieser Gruppe freiwillig in der Angestelltenrentenversicherung geblieben seien und Repräsentanten dieser Gruppe zunehmend auch ihre Einbeziehung in die Angestelltenrentenversicherung befürworten würden.⁴¹ Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt das BVerfG einerseits darauf ab, dass den höher verdienenden Angestellten weiterhin genug finanzieller Spielraum zur Eigenvorsorge verbliebe, sie aber andererseits selbst in ein System einbezogen würden, das ihnen in weiten Teilen die Eigenvorsorge für das Alter abnähme und ihnen eigene Versicherungsansprüche einräume.⁴²

Schließlich führt das BVerfG bei den öffentlichen Interessen, die die Einbeziehung in die Angestelltenversicherung rechtfertigen können, auch das Interesse an, die Versichertengemeinschaft zu verbreitern und die Risikoabsicherung der anderen, weniger leistungsstarken Mitglieder dadurch zu stabilisieren.⁴³

(3) Die Einführung der Krankenversicherungspflicht für Landwirte hielt das BVerfG 1977 in sehr allgemeiner Form mit Art. 2 Abs. 1 GG für vereinbar⁴⁴ und prüfte ansonsten nur die Vereinbarkeit der zahlreichen Ausnahmebestimmungen mit Art. 3 Abs. 1 GG. Es verwies auf den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im „Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz der Freiheit des Einzelnen und den Anforderungen einer sozialstaatlichen Ordnung“ und ließ die Vorsorge gegen ein allgemeines existentielles Risiko ausreichen.⁴⁵

(4) In seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Künstlersozialversicherung von 1987 stellte das BVerfG unter Verweis auf das Urteil zu den Familienausgleichskassen⁴⁶ fest, dass sich „Sozialversicherung“ nicht auf die Absicherung abhängig Beschäftigter und auf „Notfälle“ begrenze.⁴⁷

(5) 1990 entschied die 2. Kammer des 1. Senats,⁴⁸ dass die Zwangsmitgliedschaft in berufsständischen Versorgungswerken auch so ausgestaltet werden muss und kann, dass leistungs-

41 BVerfGE 29, 240/41.

42 BVerfG 29, 236, 237, 242/43.

43 BVerfG 29, 241 und 242.

44 BVerfGE 44, 70 (89/90).

45 BVerfGE 44, 70 (89).

46 BVerfGE 11, 105 (113).

47 BVerfGE 75, 108 (146 ff.).

48 BVerfGE 2. Kammer 1. Senat v. 25.09.1990 – 1 BvR 907/87 – NJW 1991, 746.

fähige Solidargemeinschaften erhalten bleiben. Es verstieße nicht gegen Art. 14 GG, wenn eine neue Versicherungspflicht die Fortführung älterer Anwartschaften in einem anderen System beeinträchtigen oder diese Anwartschaften entwerten könne.

(6) In den Entscheidungen zur Pflegeversicherung von 2000 stellte das BVerfG⁴⁹ die fehlende Vorsorgebereitschaft der Bevölkerung fest und rechtfertigte ansonsten die neue Versicherung mit einer recht pauschalen Analyse der „Schutzbedürftigkeit“. Dass die Pflegeversicherung wie die GKV eine starke Komponente der interpersonalen sozialen Umverteilung enthält, da die Leistungen unabhängig von der Höhe der Beiträge sind, hielt es für unproblematisch und nicht für besonders rechtfertigungsbedürftig.⁵⁰

(7) Bei der Ausdehnung der Rentenversicherungs- und Beitragspflicht in der landwirtschaftlichen Altersversicherung auf die Ehegatten von Landwirten begnügte sich das BVerfG 2003⁵¹ damit, die Schutzwürdigkeit sehr allgemein festzustellen, da die Ehegatten schon bisher, aber abgeleitet über den Partner in der landwirtschaftlichen Altersversorgung mitversichert waren. Es betonte vor allem die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers, um alle Landwirtehegatten einzubeziehen, sowohl die von Haupt- wie die von Nebenerwerbslandwirten, auch wenn sie einer eigenen versicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit nachgehen.

(8) Die 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG⁵² musste 2004 über die Betroffenheit der privaten Versicherungsunternehmen durch die Erhöhung der Versicherungspflichtgrenze in der GKV entscheiden, hatte dabei aber auch allgemein die Legitimität der Erweiterung der Versicherungspflicht bejaht. Dabei spielt die Sicherung der finanziellen Stabilität der Sozialversicherung als „besonders wichtiges Gemeinschaftsgut“ eine zentrale Rolle, was immer die Stabilität der Solidargemeinschaft und damit des sozialen Ausgleichs meint.⁵³

(9) Die 3. Kammer des 1. Senats hielt 2007⁵⁴ die Versicherungspflicht der selbständigen Lehrer gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI selbst dann für verfassungsgemäß, wenn die Betroffenen

49 BVerfGE 103, 197 (221 – 223).

50 BVerfGE 103, 271 (288).

51 BVerfGE 109, 96 (113/4).

52 BVerfG 2. Kammer des Ersten Senats – 1 BvR 1103/03 – vom 4.2.2004 unter: <http://www.bverfg.de/entscheidungen>, Rz. 25 und 27. Stark verkürzt abgedruckt in BVerfGK 2, 283 (287/8).

53 „Der Gesetzgeber (kann) den Mitgliederkreis von Pflichtversicherungen so abgrenzen, wie es für die Begründung einer leistungsfähigen Solidargemeinschaft erforderlich ist“ BVerfGK 2, 283 (287/8) unter Verweis auf BVerfGE 10, 354 (363 ff.); 12, 319 (323 ff.); 29, 221 (235 ff.); 44, 70 (90); 48, 227 (234); 103, 197 (221 ff.); 103, 271 (288).

54 BVerfGE 3. Kammer des 1. Senats v. 26.6.2007 SGB 2008, 476.

schon eine private Vorsorge unterhielten, die sie wegen der Versicherungspflicht nicht (mehr) weiter betreiben konnten. Dass die Versicherungspflicht selbstständiger Lehrer nicht hinreichend umgesetzt wurde und deshalb gleichheitswidrig sei, ließ die Kammer nicht gelten.

(10) *Zusammenfassend* ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung des BVerfG davon ausgeht, im Bereich der klassischen Risiken der Sozialversicherung, inklusive der Pflegeversicherung, seien alle Bürger schutzbedürftig und sei es ein legitimes und ausreichendes Ziel des Gesetzgebers, Hilfsbedürftigkeit und Inanspruchnahme der Sozialhilfe zu vermeiden.⁵⁵ Als speziellere Argumente für den Einbezug in die Sozialversicherung wird schon im Urteil zu den Kindergeldkassen der soziale Ausgleich zwischen den nicht und den stärker risikobehafteten sowie den finanzstarken und finanzschwachen Mitgliedern herangezogen,⁵⁶ was dann im Urteil zur Einbeziehung der höher verdienenden Angestellten in die Angestelltenversicherung dahingehend zusammengefasst wird, es gelte die Versichertengemeinschaft zu verbreitern und die Risikoabsicherung der weniger leistungsstarken Mitglieder zu stabilisieren.⁵⁷ Der Solidaritätsgleich unabhängig vom Risiko und Einkommen spielte auch in der Legitimierung der berufsständischen Versicherung eine Rolle. Seit diesen Urteilen wird mit dem Argument, die Ausweitung der Sozialversicherungspflicht sei durch die Schaffung einer leistungsfähigen/leistungsfähigeren Versicherungsgemeinschaft legitimiert, verbunden, dass es dabei um die Leistungsfähigkeit und Stabilität des sozialen Ausgleichs innerhalb der Versicherten geht (Pflegeversicherung,⁵⁸ Versicherungspflicht von Landwirtsehegatten,⁵⁹ berufsständische Versicherungen,⁶⁰ allgemeine Versicherungspflicht in der KV.⁶¹). Dies mag erklären, weshalb die Urteile zur Pflegeversicherung die spezielle Zuordnung zum sozialen Ausgleich der Sozialversicherung nicht für legitimierungsbedürftig, aber die Stabilisierung der Versicherung für wichtig hielten. Den besonderen sozialen Ausgleich nicht zu erwähnen, mag auch damit zusammenhängen, dass er auch in der privaten Pflegeversicherung installiert wurde. So konnte sich das Gericht darauf beschränken zu betonen, der Gesetzgeber habe einen großen Gestal-

55. Vgl. vor allem BVerfGE 103, 197 (221) Pflegeversicherung.

56. BVerfGE 11, 105 (115, 117).

57. BVerfGE 29, 241 und 242.

58. BVerfGE 103, 197 (221 ff.); 103, 271 (288).

59. BVerfGE 109, 96 (112 ff.).

60. BVerfGE 10, 354 ff. (361 ff., 370); BVerfGE 12, 319; BVerfGE 2. Kammer 1. Senat v. 25.09.1990 – 1 BvR 907/87 – NJW 1991, 746.

61. BVerfGE 2, 283 (288) unter Verweis auf BVerfGE 10, 354 (363 ff.); 12, 319 (323 ff.); 29, 221 (235 ff.); 44, 70 (90); 48, 227 (234); 103, 197 (221 ff.); 103, 271 (288).

tungsspielraum, wie er die Versicherten zwischen der gesetzlichen und privaten Pflegeversicherung verteilt.⁶²

b. Änderung im Urteil vom 10.6.2009 zur Gesundheitsreform 2007?

Im Urteil vom 10.6.2009 zur in der Gesundheitsreform 2007 hat das BVerfG – wie gezeigt (III, 2, a) – die Verfassungsmäßigkeit der allgemeinen Krankenversicherungspflicht einstimmig bejaht, weil es sich um die Absicherung eines existentiellen Risikos handele.⁶³ Nur eine Mehrheit von 5 Richtern hielt dagegen die weitere Ausdehnung der Versicherungspflicht zur GKV auf die ersten 3 Jahre, in denen Personen die Pflichtversicherungsgrenze überschreiten (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V), für verfassungsgemäß, speziell wegen (1) nachgehender Solidaritätspflichten der vorher Versicherten, und allgemeiner wegen (2) der Gewährleistung einer „leistungsfähigen Solidargemeinschaft“ zwischen Gesunden und Kranken und zwischen Mitgliedern mit hohem und mit niedrigem Einkommen, (3) der Typisierungsbefugnis und des Nachweises der Beständigkeit des hohen Einkommens bei jenen Personen, die von Beginn der Beschäftigung an oberhalb der Pflichtversicherungsgrenze verdienen und (4) der Stärkung der Finanzgrundlagen der GKV und der Absicherung ihrer Funktionsfähigkeit.⁶⁴

Dies sind die gerade analysierten traditionellen Argumente des BVerfG zur Begründung und Ausweitung der Pflichtmitgliedschaft in der Sozialversicherung. Da die Ablehnung der Minderheit nicht begründet wurde, sind zwei Interpretationen möglich: Entweder waren nach Ansicht der Minderheit andere, zusätzliche Argumente erforderlich oder diese Regelung war für sie unter keinem Aspekt legitimierbar.⁶⁵ Nicht unwahrscheinlich ist es, dass eine Besonderheit der GKV nach Ansicht der Minderheit die Argumentationslast erhöhte. Die Pflichtversicherungsgrenze der GKV indiziert innerhalb des Systems, dass bei höheren Einkommen keine Notwendigkeit für eine Pflichtversicherung in der GKV und den Einbezug in den Solidarausgleich besteht, so dass unter Aspekten des Art. 3 GG besonders zu begründen wäre, weshalb bei dieser Gruppe für eine Zeit von drei Jahren davon abgewichen werden soll. Insbesondere gilt dies für jene, die mit einem hohen Einkommen ins Berufsleben eintreten und deshalb auch nicht über eine „nachgehende Solidarpflicht“ aus einer vorherigen Mitgliedschaft zur

62 BVerfGE 103, 271 (288).

63 BVerfGE 123, 186 (263-265) unter Verweis auf die Urteile zur Pflegeversicherung.

64 BVerfGE 123, 186 (263-265).

65 Nur diese zweite Interpretation bei Friedhelm Hufen, Das Urteil des BVerfG zur Privaten Krankenversicherung – Ein Freibrief für den Gesetzgeber?, NZS 2009, 649.

Sozialversicherung gebunden werden können. Die Pflichtversicherungsgrenze ist aber eine Besonderheit, die es ansonsten in der Sozialversicherung und auch in der GRV nicht (mehr)⁶⁶ gibt.

Das Urteil von 2009 legt aber nahe, genauer als bisher in der Rechtsprechung des BVerfG geschehen zu fragen, was speziell die Versicherungspflicht zur GRV legitimiert. Dies sind vor allem der Solidarausgleich, aber auch weitere Gründe.

2. Besonderheit der GRV: Sozialer Ausgleich

a. Formen des sozialen Ausgleichs in der GRV⁶⁷

Der *versicherungsmäßige Risikoausgleich* wird von jeder Versicherung bewerkstelligt, da jede Versicherung innerhalb einer Vielheit von Risikobetroffenen („Gefahrgemeinschaft“) zwischen jenen umverteilt, die das Risiko trifft, und jenen, die das Risiko (gerade) nicht trifft. Der besondere soziale Ausgleich der Sozialversicherung geht darüber hinaus.

(1) Der *soziale Risikoausgleich* blendet bei der Aufnahme in die Versicherung wie bei der Höhe der Beitragszahlung die Vorbelastung mit Risiken und die individuelle Risikoneigung aus. So wird z. B. eine behinderte Person bei gleichem Einkommen zu denselben Beiträgen wie eine nicht behinderte Person Mitglied in der GRV und der GKV.

(2) Der „*interpersonale soziale Ausgleich*“ gleicht die *Vorsorgeschwäche* aus:⁶⁸

- (a) ohne höhere Beiträge können *Angehörige mitversichert* bzw. Unterhaltsansprüche abgesichert werden,
- (b) bei Eintritt des Risikos trägt die GRV auch das Risiko der Beitragszahlung zu den anderen Systemen („sekundäre Risiken“);
- (c) fehlende Beiträge wegen anderer Risiken werden ausgeglichen (Berufsausbildung, Pflege, Kindererziehung), und

66 Ihre Abschaffung durch das FinÄndG 1967 (BGBl I 1259) war verfassungsgemäß: BVerfGE 29, 221.

67 Axel Reimann, Der soziale Ausgleich – ein fester Bestandteil der gesetzlichen Rentenversicherung, DRV-Schriften Bd. 89, xx; Susanne Heidel/Brigitte Loose, Das „Soziale“ in der gesetzlichen Rentenversicherung, DAngVers 2004, 221; Rica Werner, Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Beitragsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2004, S. 88 ff.; Hermann Butzer, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, S. 219 ff.; Christian Rolfs, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000, S. 208 ff. Eine etwas andere Systematik bei Thorsten Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 268 ff.

68 Friedhelm Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 290 ff.

(d) die Beiträge steigen proportional zum Einkommen, während die Leistungen unabhängig vom Einkommen gewährt werden, d. h. für den gleichen Versicherungsschutz zahlt der besser Verdienende mehr als der gering Verdienende. Diese Einkommensumverteilung ist in der GKV und Pflegeversicherung stark, in der GRV schwach, da die GRV verhältnismäßig wenige Sachleistungen gewährt.⁶⁹

Dabei prägten und prägen alle vier Formen des interpersonellen sozialen Ausgleichs wegen Vorsorgeschwäche die Sozialversicherung schon vor Entstehung des Grundgesetzes.⁷⁰ Sowohl die Arbeiter- wie die Angestelltenrentenversicherung gewährten seit ihrer Entstehung bis zur Reform von 1956 einen von der Höhe der Beiträge unabhängigen Grundbeitrag/Sockelbetrag; nur der Steigerungsbetrag war von der Höhe der gezahlten Beiträge abhängig.⁷¹

b. Verhältnismäßigkeit der Einbeziehung in den sozialen Ausgleich

(a) Verhältnismäßigkeit des sozialen Ausgleichs der Sozialversicherung im Verhältnis zur Privatversicherung

Die beiden spezifischen Formen des „sozialen Ausgleichs“ der Sozialversicherung, „*sozialer Risikoausgleich*“ und „*interpersonaler sozialer Ausgleich*“ der Vorsorgeschwäche können in der Regel nicht über den Markt und eine Privatversicherung gedeckt werden.⁷² Sie widersprechen dem Prinzip der privatversicherungsrechtlichen Äquivalenz, den Preis der Versicherung an der Höhe des Risikos auszurichten, so dass in der Privatversicherung Personen mit einem hohen Risiko einen hohen Preis bezahlen müssten.

Behinderte können in der Privatversicherung keinen Versicherungsschutz zu sozial akzeptablen Preisen erlangen. Die Absicherung der Familienmitglieder, vor allem der Kinder über die

69 In der GKV machen die lohn- und beitragsbezogene Leistung, das Krankengeld 2002-2009 nur ca. 4% aller Leistungen aus: BMAS, Sozialbericht 2009, S. 267; in der GRV machen die einzigen lohn- und beitragsunabhängigen Sachleistungen der Rehabilitation 2008 4.3 Mrd, d. h. ca. 1,8% aller Leistungen aus: DRV, Rentenversicherung in Zahlen, 2009, S. 9 und S. 83.

70 Vgl. Ursula Rust, Familienlastenausgleich in der gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung, 1990.

71 Vgl. Peter A. Köhler, Entwicklungslinien der 100jährigen Geschichte der gesetzlichen Rentenversicherung: Die Zeit von 1891-1957, S. 51 ff., Rz. 36 ff., S. 62 ff. und Günter Hockerts, Die Rentenreform 1957, in: Franz Ruland (Hrsg.), Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung, 1990, S. 93 ff. Vgl. dazu auch Renate Jäger, Soziale Sicherheit und solidarische Gemeinschaftsbeziehungen. ZRP 1998, 55 ff., 60. Angehoben wurde die umverteilende Wirkung der Mindestrente auch durch die zahlreichen Pauschalen pro Kopfzuschläge unmittelbar vor und nach der Währungsreform, zur Zeit der Schaffung des Grundgesetzes: Peter A. Köhler, ebda. S. 84/5.

72 Vgl. BVerfGE 123, 186 (235 ff.).

Hinterbliebenenversicherung kann der Markt nur zu zusätzlichen Beiträgen absichern, was zu sozial inakzeptablen Preisen führen und aus prekären Einkommen nicht geleistet werden kann, so dass z. B. viele Selbständige auch auf den sozialen Ausgleich der Vorsorgeschwäche wegen Familienlasten angewiesen sind. Da abhängig Beschäftigte wie auch viele Selbständige ganz auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft angewiesen sind und sie bei einem plötzlichen Ausfall bzw. einer Einschränkung ihrer Arbeitsfähigkeit nicht mehr über hinreichende Mittel verfügen, schon bestehende Formen der Eigenvorsorge fortzusetzen, bedürfen sie der Absicherung der sekundären Risiken. Der interpersonale soziale Ausgleich ermöglicht also jedem Bürger, durch eigene Vorsorge sein Risiko nicht nur teilweise, sondern vollständig abzuschließen, ohne hierbei auf die öffentliche Fürsorge angewiesen zu sein. So wurde auch schon früh erkannt, dass der soziale Ausgleich der GRV, der soziale Risikoausgleich und der Ausgleich von Familienlasten und sekundärer Risiken dafür sprechen, die Selbständigen in die Sozialversicherung einzubeziehen.⁷³ Dies zu tun, ist also ein geeignetes und notwendiges Instrument zur Absicherung gegen die sozialen Risiken der Vorsorgeschwäche.

(b) Unzumutbarkeit des sozialen Ausgleichs, insbes. wegen Einkommenschwäche?

(1) Einige beschränken den sozialen Ausgleich auf die Solidarität der dem Staat vorgegebenen, gewachsenen Gemeinschaften (Berufsstand, gemeinsame sozioökonomische Lage, Betrieb, etc.) und verlangen deshalb zumindest eine gleiche sozio-ökonomische Lage als schutzbedürftige abhängig Beschäftigte.⁷⁴ Sonst sei die Einbeziehung in die Sozialversicherung ein unzumutbarer Eingriff und Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

In der Zeit vor und nach Schaffung des Grundgesetzes kann „Solidarität“ angesichts der Enttraditionalisierung, Individualisierung und Globalisierung von Sozialbeziehungen nicht mehr auf dem Staat vorgegebene, „natürliche“, homogene (Groß-) Gruppen beschränkt werden.⁷⁵

73. Vgl. hierzu Georg Wannagat, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. I 1965, S. 360 ff; Kurt Jantz, Die neueren Ausweitungen des Personenkreises und des Leistungsrechts der Sozialversicherung und ihre Bedeutung für das Verhältnis der Sozialversicherung zur Privatversicherung, ZVersWiss 1973, 213 ff.

74. Vgl: Friedhelm Hufen, Gesetzliche und private Kranken- und Pflegeversicherung – Eine Solidargemeinschaft?, in: Bitburger Gespräche Jahrbuch 2007 II, 2008, 147, 149-51; Natalie Brall/Hans-Joachim Voges, Modell Bürgerversicherung – Verfassungsrechtliche und europarechtliche Fragen, 2005, S. 22/3; Meinhard Heinze, Grund und Missbrauch der Solidarität im System der sozialen Gerechtigkeit, in: Josef Isensee (Hrsg.), Solidarität in Knappheit, 1998, S. 68 ff; Josef Isensee, Solidarität – sozialetische Substanz eines Blankettbegriffs, in: Josef Isensee (Hrsg.), Solidarität in Knappheit, 1998, S. 97 ff.

75. Vgl. hierzu Hanno Kube, Äquivalenz und Solidarität im Sozialversicherungsrecht, Der Staat 2002, S. 472 ff. Franz-Xaver Kaufmann, Herausforderungen des Sozialstaates, 1997, S. 154 ff; Karl-Otto Hondrich/C. Koch/Arzberger, Solidarität in der modernen Gesellschaft, 1992.

Es ist Aufgabe des Staates, staatsbürgerliche Solidarität einzufordern und zu begründen, sowie konkrete Solidaritätszusammenhänge zu stiften und zu stabilisieren. Gerade hier bleibt die Sozialversicherung eine „moderne Form“ der Solidarität in Großgruppen, da sie den sozialen Ausgleich mit der Eigenvorsorge der Individuen verbindet.⁷⁶

(2) Von mehreren Autoren wird vertreten,⁷⁷ es sei nur verhältnismäßig, jene in die Zwangsmitgliedschaft und Beitragspflicht der Sozialversicherung einzubeziehen, die gerade auch in Bezug auf den sozialen Ausgleich der Vorsorgeschwäche schutzbedürftig seien. Sonst sei der Einbezug der Leistungsstarken nur Mittel zum Zweck, die fehlende Vorsorgemöglichkeit der anderen Mitglieder sicher zu stellen, der Beitrag der Leistungsstarken sei ein „fremdnütziger“ Beitrag.⁷⁸ Diese Argumente beziehen sich vor allem auf die GKV. In der GRV dagegen werden die Leistungen im Wesentlichen zwar nach der Höhe der vorherigen Beiträge berechnet.⁷⁹ Aber der interpersonale soziale Ausgleich beansprucht ca. ¼ des Ausgabenvolumens der GRV.⁸⁰

Die neueren grundlegenden Untersuchungen zum Versicherungsprinzip in der Sozialversicherung von Hase, Rolfs und Butzer haben gezeigt, dass auch der „interpersonale soziale Ausgleich“ in die Struktur eines sozialen Versicherungs- und Vorsorgesystems integrierbar ist.⁸¹

76. Darauf weisen zu Recht hin: Franz Ruland, *Solidarität und Individualität – ein allgemeines Thema konkretisiert am Beispiel der Rentenversicherung*, Deutsche Rentenversicherung, 2000, Friedhelm Hase, *Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich*, 2000 und Thorsten Kingreen, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, 2003, S. 183 ff.; Stefan Muckel, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Reformvorschläge zur Krankenversicherung*, SGB 2004, 672; Rainer Schlegel, *Solidarität – ein Rechtsbegriff?*, SGB 2008, 565.

77. So deutlich bei Friedhelm Hase, *Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich*, 2000, S. 43 ff.; S. 60 ff., 64, S. 165 ff, S. 290 ff. und S. 307 („These dieser Arbeit“); Melanie Eykmann, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die öffentlich-rechtliche Gewährleistungen im Gesundheitswesen*, 2007, S. 83 ff.; Michael Wolenschläger/Jutta Krogull, *Zur Verfassungsmäßigkeit der Erhöhung der Versicherungspflichtgrenze in der gesetzlichen Krankenversicherung durch das Beitragssatzsicherungsgesetz*, NZS 2005, 237, 241 ff.; Josef Isensee, „Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem der Verfassung, NZS 2004, S. 20; Rica Werner, *Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Beitragsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung*, 2004, S. 180 ff.; Florian Reuther, *Verfassungsrechtliche Determinanten für die Beitragsbemessung in der sozialen Kranken- und Pflegeversicherung*, in: Otto Depenheuer u.a. (Hrsg.), *Nomos und Ethos, Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*, 2002, S. 438 ff., 460; Friedrich E. Schnapp/Markus Kaltenborn, *Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung*, 2001, S. 42 ff.; Thorsten Kingreen, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, 2003, S. 262 ff.

78. Hermann Butzer, *Fremdlasten in der Sozialversicherung*, 2001, S. 332, 356 ff.

79. Oben, Fn. 69.

80. Axel Reimann, *Der soziale Ausgleich – ein fester Bestandteil der gesetzlichen Rentenversicherung*, DRV-Schriften Bd. 89, S. xx.

81. Christian Rolfs, *Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht*, 2000, S. 208 ff.; Friedhelm Hase, *Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich*, 2000, S. 290 ff.; Hermann Butzer, *Fremdlasten in der Sozialversicherung*, 2001, S. 219 ff., 354 ff., 423 ff.; Thorsten Kingreen, *Das Sozialstaatsprinzip im europäi-*

Er betrifft Risiken und Ereignisse, die bei jedem, auch dem reichsten Mitglied eintreten können: Ungleiche Risikoverteilung, neue Familienlasten, Bedarf der Absicherung sekundärer Risiken und der Einkommensschwäche. An sich kann jeder „potentiell“, und das reicht für eine Versicherung aus,⁸² am sozialen Risikoausgleich und am Sozialausgleich wegen Vorsorgeschwäche partizipieren. Von keinem Autor wird festgelegt und es lässt sich auch objektiv nicht festlegen, welcher Grad der Wahrscheinlichkeit vorliegen muss, nach dem beim „normalen Verlauf“ der Dinge der/die Versicherte das Risiko der Vorsorgeschwäche realisieren wird und unter welchen Bedingungen er/sie so viel stabiles Einkommen und/oder Vermögen hat, um sich selbst absichern zu können.

(3) Gegen beide Anforderungen an die Homogenität der Solidargemeinschaft spricht zudem, dass dann, wenn man den sozialen Ausgleich mangelnder Leistungsfähigkeit nur zwischen gleich „schutzbedürftigen“, d. h. Leistungsschwachen zulässt, dies als „Solidarität unter Habenichtsen“ nicht funktioniert. Solidarität setzt immer den Ausgleich zwischen Einkommensstarken und Einkommensschwachen und d. h. zwischen Ungleichen voraus. Und es ist unter Aspekten der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs und des Art. 3 Abs. 1 GG schwer zu begründen, warum zur solidarischen Absicherung der kleinen Selbstständigen in der GRV nur diese Gruppe selbst und die abhängig Beschäftigten, nicht aber auch die „großen“ Selbstständigen herangezogen werden sollen (dazu unten V, 8).

3. Sozio-ökonomische Neutralität sozialer Sicherheit

Die neuen Organisationsformen der Arbeit und die neuen Kommunikationstechniken können Außenstehende und Selbständige flexibel und intensiv in den betrieblichen Produktionsprozess integrieren und umgekehrt vormals abhängig Beschäftigten eine größere Gestaltungsfreiheit in ihren Arbeitsbedingungen zugestehen, ohne die soziale und ökonomische Bindung an den Betrieb zu ändern („Telearbeit“, Outsourcing, projektbasierte Arbeit, Untervergabe).⁸³ Im

schen Verfassungsverbund, 2003, S. 178 ff.; A. A. vor allem Joachim Becker, Transfergerechtigkeit und Verfassung, 2001, S. 283 ff.; zu ihm krit. Karl-Jürgen Bieback, Begriff und verfassungsrechtliche Interpretation von „Sozialversicherung“, VSSR 2003, 1, S. 33 ff.

82 Das reicht auch bei Friedhelm Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 312 an sich aus. Vgl. allg. Karl-Jürgen Bieback, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, 2005, S. 71 ff.; Stefan Muckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Reformvorschläge zur Krankenversicherung, SGB 2004, 583, 592/3.

83 Zu diesen Prozessen Robert Rebhahn, Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, RdA 2009, 154, 163-4; Wolfgang Däubler, Die offenen Flanken des Arbeitsrechts, AuR 2010, 142; Karin Schulze Buschoff, Neue Selbstständigkeit und wachsender Grenzbereich zwischen selbstständiger und abhängiger Er-

Grünbuch der EG-Kommission zum Arbeitsrecht 2006 heißt es dazu: „Die herkömmliche Unterscheidung zwischen abhängigen „Beschäftigten“ und nicht abhängigen „Selbstständigen“ spiegelt die wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten der Arbeitswelt nicht mehr angemessen wider.“⁸⁴ Die Zahl der „Neuen Selbständigen“ nimmt von Jahr zu Jahr zu, in Europa (auf jetzt mehr als 10%)⁸⁵ und in Deutschland.⁸⁶ Das Wachstum erfolgt auch dadurch, dass von abhängiger Arbeit in Selbständigkeit gewechselt wird oder beide Formen nebeneinander ausgeübt werden.

Diese Entwicklung entspricht sozioökonomischen Notwendigkeiten und oft auch den Wünschen der Beteiligten.⁸⁷ Deshalb sollte das Sozialrecht diesem Wechsel keine Hindernisse in den Weg stellen und alle Erwerbsformen gleich behandeln und in gleichem Maße absichern.⁸⁸ Nur dann wird – so zu Recht der Sachverständigenrat⁸⁹ – sichergestellt, dass die Entscheidungen der Marktteilnehmer nicht durch unterschiedliche, extern auferlegte (Neben-) Kosten des Produktionsfaktors Arbeit, sondern allein durch die Optimierung des ökonomischen Prozesses und die Wahlfreiheit der Beteiligten beeinflusst werden. Eine vergleichende Untersuchung kommt zu dem Schluss: „Im Länder-Vergleich ist in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht der Wechsel zwischen Selbständigkeit und abhängiger Beschäftigung in Deutschland am folgenreichsten“.⁹⁰

Daraus folgt:

werbsarbeit – Europäische Trends vor dem Hintergrund sozialpolitischer und arbeitsrechtlicher Entwicklungen, WZB discussion paper, SP I 2004-108, 2004.

84. Kommission der EG, Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts (Grünbuch), KOM(2006) 708 endgültig, S. 12.
85. Kommission der EG, Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts (Grünbuch), KOM(2006) 708 endgültig, S. 9.
86. Thomas Kruppe, ebda., S. 36 ff., 42 ff.; Karin Schulze-Buschoff, Neue Selbständigkeit und wachsender Grenzbereich zwischen selbständiger und abhängiger Arbeit, WZB discussion paper SP I 2004-108; Karin Schulze Buschoff/Claudia Schmidt, Die Status-Mobilität der Solo-Selbstständigen und ihre soziale Sicherung im europäischen Vergleich, ZAF 4/2005, S. 531.
87. Karin Schulze-Buschoff, ebda.
88. Vgl. Eberhard Eichenhofer, Ist die Abgrenzung des versicherten Personenkreises im deutschen Sozialversicherungsrecht zeitgemäß?, DRV 2009, 293306; Karl-Jürgen Bieback, Neue Selbständigkeit und soziale Sicherheit - Notwendigkeit einer Neuorientierung, Sozialer Fortschritt 1999, S. 166/7, 172 ff. und Sigrid Betzelt, Konzeptvorschlag zur sozialen Alterssicherung Selbständiger, Zentrum für Sozialpolitik, Universität Bremen, Januar 2004, S. 34 ff.
89. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2006/2007, 2006, S. 269.
90. Karin Schulze Buschoff/Claudia Schmidt, ebda. S. 549.

- (1) Es sollte zu keinen Brüchen in der sozialen Sicherung kommen. Auf sehr unterschiedlicher Datenbasis (AVID 2005 bzw. SOEP) kommt die Sozialforschung übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass ca. 2,3 Mio Personen zu den Selbständigen ohne obligatorische Alterssicherung gehören und von ihnen gut die Hälfte Anwartschaften in der GRV hat,⁹¹ die sie ohne Verlust fortsetzen sollten.
- (2) Zum anderen sollte es keine unterschiedlichen Sicherungsniveaus und Beitragslasten zwischen den Systemen geben. Dies spricht für eine Verallgemeinerung des einen Systems und angesichts der sozialpolitischen Vorzüge der Sozialversicherung für die GRV.
- (3) Nur große, umfassende Systeme können diese beiden Ziele erfüllen. Das setzt voraus, dass ihre Mitgliedschaft nicht mehr an selektiven Kriterien anknüpft, sondern schlicht Erwerbstätigkeit voraussetzt (dazu sogleich).

Es sind diese Gründe, die auch schon zur Einführung der Pflichtversicherung der (selbständigen) Handwerker von 1938 (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 SGB VI)⁹² und seit 1998 zu vielen Änderungen in der Versicherungspflicht vor allem der GRV führten (§ 2 Nr. 9 und 10 SGB VI; §§ 7 Abs. 1, 7 Abs. 4 a. F. – Vermutungsregel –, 7a Anfrageverfahren SGB IV).

Um die „Neutralität“ der staatlichen Regulierung der Vorsorgesysteme zu erreichen, ist also die Einführung einer möglichst umfassenden und gleichen Versicherungspflicht ein geeignetes und notwendiges Instrument. Angemessen ist sie, solange sie keine „erdrosselnde“ Wirkung hat. Die dürfte sie schon deshalb nicht haben, weil die (neu) Versicherten ja auch eine eigene Vorsorge erhalten, die sie vernünftigerweise vorgenommen hätten und zu der sie der Staat legitimer Weise (s. oben III, 2, a und b) zwingen kann. Zudem ist die GRV auch insoweit „neutral“, als sie Beiträge nur auf das jeweils erzielte Einkommen erhebt⁹³ und nicht wie die private Absicherung einen festen Betrag verlangt, der dann bei Einkommensschwankungen zu sehr unterschiedlichen, „antizyklischen“ relativen Belastungen des Einkommens führt.

91 Kerstin Windhövel/Claudia Funke/Jan-Christian Möller, Fortentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung zu einer Erwerbstätigenversicherung. Konsequenzen bei Einkommensverteilung, Beitragssatz und Gesamtwirtschaft, Abschlussbericht 2008 (Hans Böckler Stiftung/Prognos), S. 13/14 und 44-50 und Jürgen Ehler/Dina Frommert, Für eine Pflichtversicherung bei Selbständigkeit ohne obligatorische Alterssicherung, DRV 2009, 36, 47ff.

92 Gerhard Wolff, Versicherter Personenkreis, in: VDR/Ruland (Hrsg.), Handbuch der Rentenversicherung 1990, § 20, Rz. 53-58, S. 537-8.

93 Vgl. die Regelung des Mindestbeitrags und variabler Beitragsbemessung in § 165 SGB VI.

4. Ausweitung der Mitgliedschaft zur Sicherung der Stabilität der GRV

Die Sicherung der Stabilität i. S. der finanziellen Stabilität und Leistungsfähigkeit eines Zweiges der Sozialversicherung, insbes. der GKV und der GRV, hat das BVerfG immer wieder als einen „überragend wichtigen“ Gemeinwohlbelang angesehen, um Eingriffe in die Grundrechte von Versicherten, Leistungsanbietern und auch Versicherern zu rechtfertigen (oben V, 1). Dieser Topos ist oft auch bei der Einbeziehung neuer Gruppen in die Sozialversicherung und der Erweiterung der Beitragspflicht verwandt worden, wobei gerade in der neueren Zeit immer auch darauf verwiesen wurde, dass die Stabilität dem Erhalt eines funktionsfähigen Systems sozialstaatlicher Sicherung und Ausgleichs gilt.⁹⁴ Dieses Ziel rechtfertigt gar die Beitragspflichten individuell nicht schutzbedürftiger Personen und von Nichtmitgliedern.⁹⁵

Gegen die Relevanz dieses (allgemeinen) Ziels wird eingewandt, es sei nicht explizit verfassungsrechtlich garantiert und die (Gewährleistungs-) Pflicht des Staates zur Effektivierung des Schutzes „Schutzbedürftiger“ erfordere nicht die konkrete Absicherung und Finanzierung durch die Sozialversicherung.⁹⁶ Dagegen spricht aber, dass es überhaupt keine einzige Form gibt, diese staatliche Gewährleistungspflicht zu erfüllen, und der Gesetzgeber deshalb die Absicherung durch vorhandene Institutionen betreiben kann.

Ähnlich wie die Verwendung des Begriffs der „Schutzbedürftigkeit“ muss allerdings der Begriff der „Stabilisierung“ der Sozialversicherung ausdifferenziert werden, um eine genauere Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu ermöglichen.

(1) Einmal sind die im vorigen Abschnitt analysierten Regelungsziele auch hier einschlägig: Ein Vorsorgesystem, dessen Zugehörigkeit an seinen *Grenzen nicht mehr trennscharf* und oft in der Hand der Betroffenen selbst liegt, also beliebig ist, wird stabilisiert, wenn mit seiner Erweiterung diese Abgrenzungsprobleme entfallen.

94 Vgl. BVerfGE 29, 221 ff., 241-242; 44, 70 (90); 102, 68 (89) Krankenversicherung der Rentner; 103, 271 (288) Pflegeversicherung; BVerfGE 109, 96 (113) Altersversorgung der Ehegattinnen von Landwirten; BVerfGE 123, 186 (263) Ausdehnung Versicherungspflicht GKV.

95 BVerfGE 53, 313 (Beitragspflicht von abhängig beschäftigten Rentnern über 65 zur Arbeitslosenversicherung, jetzt § 346 Abs. 3 SGB III) und BVerfGE 14, 312 (Beitragspflicht von abhängig beschäftigten Altersrentnern zur Rentenversicherung ohne Wirkung auf die Rentenanwartschaften; jetzt § 172 SGB VI) sowie u. a. Ingwer Ebsen, in: HS-RV § 4 Rz. 43 ff.; Maximilian Fuchs, Zivilrecht und Sozialrecht, S. 114 ff.; ders., in: HS-PV § 4 Rz. 15 ff.

96 So die Argumente von Nils Schaks, Der Grundsatz der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung, 2007.

(2) Ebenso wird das System – im Interesse aller Versicherungspflichtigen – stabilisiert und leistungsfähiger, wenn seine *Mitgliedschaft sehr breit*⁹⁷ und gegenüber internen Veränderung und Wechseln im Risiko, Sozialstatus und Erwerbstätigenstruktur neutral bzw. unempfindlich ist. Das Ziel, die Mitgliedschaft zu erweitern, ist also sehr eng verbunden mit dem Ziel, eine effektive Absicherung bei „Schutzbedürftigkeit“ zu gewährleisten und dabei typisierend vorzugehen.

Zur Erreichung dieser beiden „Stabilitätsziele“ ist die allgemeine Sozialversicherungspflicht geeignet und erforderlich. Würde man hier eine Privatversicherung installieren, ginge es immer um große Versicherungseinheiten bis hin zu privaten Monopolen, was eine entsprechend intensive staatliche Regulierung voraussetzen würde (unten V, 8); würden sie mit denen der Sozialversicherung konkurrieren, müssten die Versicherungsbedingungen angeglichen werden oder es käme zu Risikoentmischungen zwischen den Systemen zu Lasten desjenigen, welches eine stärkere soziale Orientierung hat.⁹⁸

(3) Schließlich wird unter „Stabilität“ auch die *finanzielle Stabilität* der Sozialversicherung verstanden.⁹⁹ Ob sie durch die neuen Mitglieder verbessert wird, hängt davon ab, ob diese den „sozialen Risikoausgleich“ weniger oder mehr beanspruchen werden und ob mit den Selbständigen durchschnittlich leistungsfähigere Personen einbezogen werden. Letzteres dürfte wohl eine längerfristige Verbesserung der Finanzsituation in der GRV bringen.¹⁰⁰

Bei der Erforderlichkeit der Regelungen zu Stabilisierung wird immer wieder der Einwand vorgebracht, es gäbe doch andere, weniger einschneidende Maßnahmen, die finanzielle Stabilisierung der bestehenden Systeme zu erreichen, und dabei auf die vielen Reformvorschläge

97 Christoph Ziems, Welche Gründe liefert die ökonomische Theorie für die Pflichtversicherung und die Versicherungspflicht?, in: Christian Thomann (Hrsg.), Pflichtversicherung - ein Allheilmittel?, 2005, 3, 11/12.

98 Rebecca Jahn/Susanne Staudt/Jürgen Wasem, Rückkehrer, Basistarif und Risikostrukturausgleich in der PKV Anmerkungen aus ökonomischer Sicht, in: Karl-Jürgen Bieback (Hrsg.), Neue Mitgliedschaft in der Sozialversicherung, 2010, S. 153 ff.

99 Heinz-Uwe Dettling, GKV, Grundrechte und Verhältnismäßigkeitsprüfung – zugleich Besprechung des Beschlusses des BVerfG zum Beitragssatzsicherungsgesetz, MedR 2006, 81, 84-86; Stefan Muckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Reformvorschläge zur Krankenversicherung, SGB 2004, 583.

100 Kerstin Windhövel/Claudia Funke/Jan-Christian Möller, Fortentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung zu einer Erwerbstätigenversicherung. Konsequenzen bei Einkommensverteilung, Beitragssatz und Gesamtwirtschaft, Abschlussbericht 2008 (Hans Böckler Stiftung/Prognos), S. 97 ff.; Prognos AG/DRV Bund, Szenarien einer Eingliederung des Selbständigen ohne obligatorische Altersvorsorge in die GRV, DRV-Schriften Bd. 86, 2009.

unterschiedlichster Kommissionen verwiesen.¹⁰¹ Plausibel ist dieses Argument nur, wenn die anderen Maßnahmen genauso geeignet und weniger belastend und angemessener wären.¹⁰² Das aber lässt sich mit einigermaßen großer Sicherheit meist nicht sagen; müsste zumindest näher dargelegt werden.

5. Versicherungsverbund und die Finanzierung von Kollektivgütern

(1) Die GRV bietet ein ganzes Paket von Versicherungsleistungen an: Zusätzlich zur Absicherung gegen den Einkommensausfall im Alter sichert sie das Risiko der Erwerbsminderung und des Fortfalls der Unterhaltsleistungen.¹⁰³ ab und über die medizinische und berufliche Rehabilitation Leistungen zur Prävention. Alle diese Risiken und ihre Bewältigung gehören eng zusammen, bedingen sich oft. Es ist deshalb sinnvoller, sie in einer Versicherung zusammenzufassen, als eine zerstückelte, voneinander unabhängige Absicherung über den Markt zu suchen, die – wie gezeigt – zudem einige Aufgaben nur sehr imperfekt erledigen kann.

(2) Die Defizite der Privatversicherung in der Prävention sind intensiv diskutiert worden, als nach dem Ausbau des Sozialstaats in den 50er und 60er Jahren des vorigen Jahrhunderts zum ersten Mal übergreifend und intensiv Konzepte einer präventiven Sozialpolitik entwickelt wurden.¹⁰⁴ Die Diskussion zeigte die engen Grenzen auf, die der Prävention in der Privatversicherung, vor allem der KV und der UV, gesetzt sind.¹⁰⁵

101 Peter Axer, Verfassungsrechtliche Fragen einer Bürgerversicherung, Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2004, 1, 7; Melanie Eykmann, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die öffentlich-rechtliche Gewährleistungen im Gesundheitswesen, 2007, S. 89 mwN in Fn. 499; Natalie Brall/Hans-Joachim Voges, Modell Bürgerversicherung – Verfassungsrechtliche und europarechtliche Fragen, 2005, S. 26-32; Heinz-Uwe Dettling, GKV, Grundrechte und Verhältnismäßigkeitsprüfung – zugleich Besprechung des Beschlusses des BVerfG zum Beitragssatzsicherungsgesetz, MedR 2006, 81, 87 ff.

102 BVerfGE 77, 84 (109); 81, 70 (91).

103 Zur Hinterbliebenenversicherung als „Eigenversicherung“ Manuel Mielke, Wer ist eigentlich Inhaber einer Anwartschaft auf Hinterbliebenenrente?, VSSR 2009, 141 ff. m. w. Nachw.

104 Vgl. hierzu Hans-Peter Widmaier, Aspekte einer aktiven Sozialpolitik, in: H. Sanmann (Hrsg.), zur Problematik der Sozialinvestitionen, Berlin 1970 m.w.N.; Knuth Dohse/Ulrich Jürgens/Harald Russig, Die präventive Wende der staatlichen Sozialpolitik, WzB-Berlin 80-201, 1980.

105 Vgl. Ralf Möller, Verfassungsrechtliche Fragen hinsichtlich der Zulässigkeit eines Finanzausgleichs zwischen gesetzlicher und privater Pflegeversicherung, ZFSH/SGB 2006, 464 sowie Emil Frey, Ist die Schadensverhütung eine Aufgabe des Privatversicherers?, ZVersWiss 1968, 15 ff. sowie Walter Bogs, Die Vorsorge im System des Sozialrechts, ZfS 1968, 654 ff. und 738 ff.; Harald Bogs, Chancen und Grenzen produktiver staatsentlastender Schadensverhütung bei Privat- und Sozialversicherung, in: Grundprobleme des Versicherungsrechts, Festgabe für Hans Möller, 1972, S. 72 ff.

Prävention durch den Versicherungsträger ist eine Investition in das Versicherungsverhältnis, die nur langfristig eine „Rendite“ verspricht,¹⁰⁶ also voraussetzt, dass das Versicherungsverhältnis nicht beliebig gekündigt werden kann. Bei der Privatversicherung ist dies mit dem Kündigungsrecht des Versicherten schon ausgeschlossen. Außerdem tendiert die Konkurrenz um den niedrigsten Preis für den Versicherungsschutz dahin, eine so unsichere und vom Preis-Leistungs-Verhältnis her intransparente Maßnahme wie insbesondere die berufliche Rehabilitation nicht zu finanzieren.¹⁰⁷ Prävention in Form der Rehabilitation wird eine Privatversicherung allenfalls in der Höhe erbringen, die der Höhe der damit vermiedenen Hauptleistung entspricht, oder die Rehabilitation muss durch einen Extra-Beitrag abgesichert werden. In der GRV unterliegt die Prävention beiden Beschränkungen nicht.

6. GRV als langfristig stabilere und preiswertere Versicherung?

Mit den beiden vorherigen Punkten eng verbunden ist ein letzter Aspekt: Sind die privaten Instrumente der Vorsorge langfristig stabiler und preiswerter als die Sozialversicherungen? Ob die Privatisierung der Vorsorge billiger und effizienter ist, ist bisher nicht bewiesen. Soweit wir Empirie haben, spricht sie eher dagegen.¹⁰⁸ Empirische Vergleiche zwischen der Sozialversicherung und einer Privatversicherung, die auch Aufgaben des sozialen Ausgleichs erfüllt, gibt es nicht. So wird der Vorteil privater Vorsorge immer an der Alternative der langfristigen Rendite und Sicherheit „funktionierender“ Kapitalmärkte (zu ihrem Vorteil) gemessen.¹⁰⁹ Die privaten Altersvorsorgeunternehmen haben in der Krise der Finanzmärkte seit 2007 starke Einbußen in ihrer Leistungsfähigkeit erlitten,¹¹⁰ und an die früher so über-

106 Vgl. die Diskussion in Gutachten 2000/2001 des Sachverständigenrates für die konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, BT-Drs 14/5660, Band I 2001, S. 73 ff.; Wolfgang Kohl/Sandra Carius, Prävention im Spannungsfeld von Eigenverantwortung, Solidarität und Finanzierbarkeit, DRV 2003, 30, 48.

107 Vgl. zur Unwirtschaftlichkeit der Prävention für private Versicherungen ausführlich Axel Busch, Eine ökonomische Analyse der gesetzlichen Unfallversicherung, 2005, Diss. Universität für Wirtschaft und Politik Hamburg, 2004, 104 ff., 164 ff.; Günther Sokoll, die gesetzliche Unfallversicherung als Gestaltungsfaktor der sozialen Sicherheit in Europa, BG, 1994, 706, 710; Bernhard Grossfeld/Ulrich Hübner, Schadensverhütung und Versicherung, ZfgVersW 1977, 393, 398. Zur ökonomischen Vorteilhaftigkeit langfristiger Versicherungsverhältnisse allg. Matthias J. v. Schulenburg, Ökonomie langfristiger Versicherungsverhältnisse, in: Leonhard Männer (Hrsg.), Langfristige Versicherungsverhältnisse. Ökonomie, Technik, Institution, 1997, S. 21 ff.

108 Axel Busch, Eine ökonomische Analyse der gesetzlichen Unfallversicherung, 2005, Diss. Universität für Wirtschaft und Politik Hamburg, 2004, S. 309-403.

109 So durchgängig Friedrich Breyer/Wolfgang Buchholz, Ökonomie des Sozialstaats, 2. Aufl. 2008, z. B. S. 93 ff., 124 ff.

110 SZ 9.6.2010, S. 26 „Private Rentenversicherung bringt immer weniger“; Pablo Antolin, Private pensions and the financial crisis, OECD Journal: Financial Market Trends, Nr. 22 2010; EUREPORT 1-2/2010, S. 34; Europ. Kommission, Grünbuch „Angemessene, nachhaltige und sichere europäische Pensions- und

schwänglich gelobte Leistungsfähigkeit der Finanzmärkte, die eine starke Lobby in der wissenschaftlichen Politikberatung¹¹¹ beim „Umbau“ der Alterssicherungssysteme hatte, dürfte man heute nicht mehr glauben.

Zumindest liegt es im sozialpolitischen Spielraum des Gesetzgebers, wenn er nach diesen Erfahrungen wieder umsteuert und eher die Allgemeinheit der Sozialversicherungssysteme vergrößert und ihre Leistungsfähigkeit stärkt.

7. Zwischenfazit

Bei den Zielen, (1) Schutz von Schutzbedürftigen i. S. eines sozialen Ausgleichs existentieller Risiken und einer breiteren Absicherung des sozialen Ausgleichs, (2) Stabilisierung des Systems, (3) Neutralisierung gegenüber der wirtschaftlichen Dynamik und (4) bessere Verzahnung der Vorsorge unterschiedlicher Risiken und Absicherung der Prävention handelt es sich durchweg um überragend wichtige Gemeinschaftsgüter. Zu ihrer Sicherung ist eine Erwerbstätigenversicherung ein geeignetes und notwendiges Mittel der Einschränkungen der „Vorsorgefreiheit“ der bisher nicht versicherungspflichtigen Erwerbstätigen. Diese Aufgaben kann die private Vorsorge nicht hinreichend erfüllen; einige allenfalls über eine intensive staatliche Regulierung.

8. Probleme des Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 3 GG verpflichtet den Gesetzgeber nicht nur dazu, wesentlich Gleiches gleich, sondern auch, wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Dabei hat allerdings das BVerfG an die Differenzierungspflicht des Gesetzgebers geringere Anforderungen gestellt und betont, der Gesetzgeber müsse nicht jede Ungleichheit berücksichtigen.¹¹² Wie weit hierbei der Spielraum geht, ist oben (IV) schon erörtert worden; es sei nur an die „Volksversicherungssysteme“ der KV und Pflege erinnert.

Rentensysteme“, KOM(2010)365 endgültig, S. 7 f.

111 Zu den Verquickungen der Berater und Wissenschaftler in der Reform der GRV vgl. Diana Wehlau, Lobbyismus und Rentenreform, 2009, insbes. S. 262 ff.; zur GKV vgl. Soziale Sicherheit 11/2009, S. 388 f. Zum Ganzen Anne Lenze, Abschied von der Solidargemeinschaft, KJ 2010, 132.

112 Vgl. BVerfGE 86, 81 (87); 90, 226 (239). Osterloh, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 3, Rz. 83. Kritisch zum BVerfG insoweit Wolfgang Rübner, Der allgemeine Gleichheitssatz als Differenzierungsgebot, in: Festschrift Martin Kriele, 1997, 271.

a. Hinreichende Gleichheit mit den abhängig Beschäftigten

Sind die abhängig Beschäftigten auf der einen Seite und die Gruppe der nicht obligatorisch gesicherten Selbständigen so unterschiedlich, dass sie nicht in *einem* System der Sozialversicherung mit sehr stark typisierenden und pauschalierenden Leistungen zusammengefasst werden dürfen?

Eine hinreichend starke Unterschiedlichkeit zwischen den abhängig Beschäftigten einerseits und den Selbständigen andererseits, die zumindest eine gewisse interne Differenzierung der Systeme der sozialen Sicherung verpflichtend gebietet, ist nicht auszumachen. Dies bestätigt die sozialpolitische Tradition, große Teile der „Alten Selbständigen“ (Handwerker, Landwirte, Künstler) in die Sozialversicherung, insbes. die GRV, einzubeziehen. Dahinter, wie auch hinter der zunehmenden Bedeutung der Absicherung der „Neuen Selbständigen“, steht die Erkenntnis, dass der größte Teil der Selbständigen vollständig oder überwiegend vom Einsatz der eigenen Arbeitskraft abhängig ist und damit den gleichen Bedarf wie die abhängig Beschäftigten an Absicherung der typischen sozialen Risiken hat.

Auf der anderen Seite ist dem Gesetzgeber unbenommen, angesichts unterschiedlicher Sicherungsbedürfnisse innerhalb der Sozialversicherung, Versicherungspflicht und Leistungsansprüche differenziert zu regeln, wie er dies z. B. für die Handwerker in der GRV oder die Künstler in der Künstlersozialversicherung getan hat.

Bei gleichem Beitragssatz müssen Selbständige den ganzen Beitrag selbst tragen, während bei abhängig Beschäftigten der Arbeitgeber eine Hälfte trägt. Dies ist der unterschiedlichen rechtlichen und sozioökonomischen Situation beider Gruppen geschuldet, so dass hierin kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liegt.¹¹³ Insgesamt gibt es aber eine Vielzahl konkreter Besonderheiten in der ökonomischen Lage Selbständiger (Grundlage der Beiträge das Gesamteinkommen oder Einkommen aus Erwerbsarbeit, Netto- versus Bruttoeinkommen), so dass hier Regelungsbedarf bestehen wird und man dabei auf sehr unterschiedliche Vorbilder im gegenwärtigen Recht,¹¹⁴ wie auf neue Modelle¹¹⁵ zurückgreifen kann.

113 Jutta Schröder, *Bürgerversicherung und Grundgesetz*, 2008, S. 271/2.

114 Ralf Kreikebohm, *Die Erwerbstätigenversicherung aus beitragsrechtlicher Sicht*, DRV 2009, 336; Heinrich Jess, *Ausgestaltungsalternativen einer Einbeziehung der Selbständigen in die gesetzliche Rentenversicherung*, DRV 2009, 23. Zu Differenzierungen vgl. BVerfGE 103, 392.

115 Zu ihnen Karin Schulze Buschoff, *Die soziale Sicherung von selbständig Erwerbstätigen in Deutschland*, WZB discussion paper SP I 2006-107, S. 18-21.

b. Einheitliche Versicherungspflicht für alle Selbständigen?

Existieren innerhalb der Gruppe der Selbständigen größere Gruppen, die in dieser Hinsicht nicht mit abhängig Beschäftigten und den übrigen Selbständigen vergleichbar sind und die keinen oder einen unterschiedlichen Bedarf einer sozialen Absicherung haben und deshalb unter Aspekten des Art. 3 Abs. 1 GG differenziert zu behandeln wären?

Unbestrittenermaßen ist die Gruppe der Selbständigen ohne obligatorische Alterssicherung sehr heterogen, aber insoweit wieder vergleichbar, als sie überwiegend im Vergleich zu den abhängig Beschäftigten keine hinreichende Alterssicherung haben, über keine ausreichenden Anwartschaften in der GRV verfügen und stärker als abhängig Beschäftigte Episoden der Arbeitslosigkeit hatten (s. oben IV, 1, a). Eine Differenzierung nach beruflichen Gesichtspunkten ist nicht sachangemessen, da sie nicht an die soziale Schutzbedürftigkeit anknüpft, sondern an die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Beruf, der an sich¹¹⁶ nichts mit der sozialen Schutzbedürftigkeit zu tun hat.

In sozioökonomischen Untersuchungen wird zwischen vier Gruppen der Selbständigen unterschieden:¹¹⁷ (1) „Self-employed“, d.h. Selbstständige ohne Angestellte, (2) „Small Employers“, Selbstständige, die Arbeitnehmer beschäftigen und die neben den Aufgaben der Geschäftsführung auch gleichwertige Arbeiten wie ihre Beschäftigten erledigen, (3) „Owner-Controllers“, Selbstständige mit ausschließlich Führungsaufgaben und (4) „Owner-Directors“, Selbstständige, die einen Teil der Führungsaufgaben delegieren. Anders als eine abhängige Beschäftigung sind dies aber keine exakten, subsumierbaren Abgrenzungen. Zudem sind die beiden letzten Gruppen sehr klein und ist die Abgrenzung zwischen der Gruppe (1) und (2) zwar leicht an dem äußeren Kriterium „Beschäftigung von Arbeitnehmern“ fest zu machen, aber als allgemeines Kriterium schwankt es zu stark im jeweiligen Erwerbsverlauf. Das gilt auch für andere Kriterien wie Jahresumsatz/Jahreseinkommen. Von daher liegt es in der Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers, hier eine generelle Regelung zu treffen und die abhängig Beschäftigten und Selbständigen in einheitliche Sozialversicherungssysteme einzubinden.

116 Auch wenn die soziale Schutzbedürftigkeit evtl. allgemein bejaht werden kann vgl. BVerfGE 10, 354 (361) und BVerfGE 12, 319 sowie Winfried Boecken, Die Pflichtaltersversorgung der verkammerten freien Berufe und der Bundesgesetzgeber, 1986.

117 Paula Protsch, Lebens- und Arbeitsqualität von Selbständigen, WZB discussion paper, SP I 2006-106, 2006, S. 3.

Speziell zum Zweck, eine Erosion der Mitgliedschaft innerhalb der gesetzlichen Systeme zu vermeiden, ist eine Einbeziehung aller „kleinen Selbständigen“ gerechtfertigt; mangels hinreichend valider und trennscharfer Abgrenzungsmöglichkeiten (s. oben IV, 1, a und V, 3) ist dann auch die Einbeziehung der „großen Selbständigen“ zulässig. Zudem zeigt sich, dass für Zeiten der Selbstständigkeit eine deutliche Verbesserung der Alterssicherung schon erreicht werden kann, wenn Beiträge in der Größenordnung des halben Regelbeitrags geleistet werden.¹¹⁸

Dabei hat das BVerfG den Spielraum des Gesetzgebers bei der Beurteilung, ob der sehr heterogene Katalog der Versicherungspflicht Selbständiger gem. § 2 Abs. 1 SGB VI mit Art. 3 Abs. 1 GG übereinstimmt, extrem weit gefasst.¹¹⁹ Dort sind Selbständige einmal nur dann versicherungspflichtig, wenn sie keine anderen Arbeitskräfte beschäftigen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 2, 9 SGB VI), ein anderes Mal dürfen sie bis zu 4 Personen beschäftigen (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 SGB VI) und schließlich spielt die Tatsache und die Zahl der Beschäftigung von Arbeitnehmern gar keine Rolle (§ 2 Abs. 1 Nr. 3-6, 8 SGB VI). Sicherlich würde es dem Gleichbehandlungsgrundsatz mehr entsprechen, diese nicht begründbaren Unterscheidungen aufzugeben und alle Selbständigen in der GRV zu versichern.¹²⁰

Die Gründe der Absicherung des sozialen Ausgleichs und der Stabilisierung dieses Systems sowie die Typisierung und Pauschalierung legitimieren nach Ansicht des BVerfG die Ausweitung der Rentenversicherungspflicht auf alle abhängig Beschäftigten unabhängig von ihrem Einkommen und ihrer individuellen Schutzbedürftigkeit.¹²¹ Und im Urteil zur Pflegeversicherung reichte die Gleichheit der Risikobetroffenheit aus, alle Selbständigen in eine „umverteilende“ Sozial- bzw. Privatversicherung einzubeziehen.¹²² Gleiches gilt für eine mögliche Umverteilung über den Basistarif in der PKV, die nach Ansicht des BVerfG¹²³ durch das Ziel gerechtfertigt wird, einen für alle bezahlbaren Versicherungsschutz vor dem „allgemeinen Lebensrisiko“ der Krankheit einzuführen.

118 Brigitte L. Loose/Dina Frommert, Verstetigung in der Alterssicherung durch Integration ungesicherter Selbstständigkeit in die gesetzliche Rentenversicherung (GRV), DRV 1/2010.

119 BVerfG 3. Kammer des 1. Senats v. 26.6.2007 – 1 BvR 2204/00 – BVerfGK 11, 352 (354/5) = SGB 2008, 476, 478 Rz. 34/35 und BVerfG 2. Kammer 1. Senat v. 11.9.2008 NZS 2009, 379. Kritik bei Felipe Temming, Anmerkung SGB 2008, S. 479, 480/481 m.w.N.

120 Vgl. auch Felipe Temming, ebda.

121 Vgl. BVerfGE 29, 221 ff.; 29, 245 ff.; 29, 269 ff. (alle: GRV); 10, 354 ff. (363 ff., 370 ff.) und 12, 319 (berufsständische Altersversorgung).

122 BVerfGE 103, 197, 223/224.

c. Art. 3 Abs. 1 GG und die Steuerfinanzierung von Sozialversicherungssystemen

Unter Aspekten des Art. 3 Abs. 1 GG ist es ebenfalls problematisch, wenn staatliche Zuschüsse zu bestimmten Leistungen nur an die Sozialversicherung gezahlt werden, solange die GRV noch wesentliche Gruppen nicht einbezieht. Bei der Überprüfung der Subventionen an Art. 3 Abs. 1 GG wird dem Gesetzgeber ein großer Spielraum beim Zuschnitt der Subventionsempfänger und der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung Ausgeschlossener eingeräumt.¹²⁴ Personen außerhalb des persönlichen Einzugsbereichs des subventionierten Systems können kaum geltend machen, in die Subvention einbezogen zu werden.

Aber Ungleichbehandlungen lassen sich nur so lange rechtfertigen, wie das subventionierte System und die Zahl der Begünstigten klar abgegrenzt und der Zweck der Subvention speziell ist – wie bei der Subventionierung der Systeme der landwirtschaftlichen oder der Künstlersozialversicherung. Anders ist es, wenn die Systeme eine große Reichweite haben und der Zweck allgemein ist, wie bei der staatlichen Finanzierung „versicherungsfremder“ (§ 221 SGB V) oder „nicht beitragsgedeckter“ (§ 213 Abs. 3 SGB VI) Leistungen, etwa die Mitversicherung von Kindern in der GKV oder Kindererziehungszeiten in der GRV. Hier ist die Förderung zudem auch mit dem allgemeinen Schutzgebot des Art. 6 Abs. 1 GG verbunden. So ist es nur folgerichtig und von Art. 3 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG her geboten, dass von der Familienförderung in der Gesetzlichen Rentenversicherung nicht nur die Mitglieder der GRV, sondern – bis auf wenige Ausnahmen (§ 56 Abs. 4 SGB VI) – alle Bürger profitieren und eigene Beitragszeiten in der GRV begründen können, auch wenn sie sonst nicht beitragspflichtig beschäftigt sind (§ 56 Abs. 1 bis 3 SGB VI).¹²⁵

d. Gleichheitsprobleme in der Umsetzung

Wie bei den bisher in der GRV pflichtversicherten Selbständigen beginnen Mitgliedschafts- und Beitragspflicht idR in allen Sozialversicherungszweigen automatisch mit Aufnahme der versicherungspflichtigen Beschäftigung. Und das hat zwei Probleme, die erst jüngst wieder bei der allgemeinen Versicherungspflicht der Selbständigen in der KV¹²⁶ auftraten:

123 BVerfGE 123, 186 (242/3 und 250-252).

124 Christian Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG 4. Aufl. 1999, Art. 3 Rz. 18 ff.

125 Vgl. BSG 31.1.2008 –B 13 R 64/06 R – NZS 2009, 164: Verfassungskonforme Kindererziehungszeiten in der GRV auch an abhängig Beschäftigte, die Mitglieder der berufsständischen Versorgungswerke sind.

126 Dazu: in: Eckhard Bloch, Neue Mitglieder in der GKV und Wettbewerb um Mitglieder, in Karl-Jürgen Bieback (Hrsg.), Neue Mitgliedschaft in der Sozialversicherung, 2010, S. 191 ff.

- (1) Die Versicherungspflicht lässt sich schwer feststellen und durchsetzen und
- (2) sie wird erst längere Zeit nach Aufnahme der versicherungspflichtigen Erwerbstätigkeit umgesetzt, so dass zwischenzeitlich hohe Beitragslasten aufgelaufen sind, die das oft finanzschwache Mitglied nicht abtragen kann.

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG kann hier darin liegen, dass die Umsetzung so lückenhaft ist, dass ein Mindestmaß rechtsstaatlicher Gleichbehandlung nicht mehr gewahrt ist. Bei der Umsetzung der Steuerpflicht von Kapitaleinkünften hat das BVerfG¹²⁷ dies für möglich gehalten, aber später offen gelassen, ob diese Rechtsprechung auch auf die mangelhafte Umsetzung der Sozialversicherungspflicht selbständiger Lehrer in der GRV zu übertragen ist.¹²⁸ Erst die Realisierung der allgemeinen Versicherungspflicht wird abschätzbar machen, wie stark die Versicherungspflicht durchgesetzt werden kann und ob hierin ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liegen könnte. Das Umsetzungsdefizit lässt sich zudem vermeiden, wenn man z. B. die Feststellung der Mitgliedschaft mit anderen universellen Systemen der Verwaltung verbindet, wie dem System der Steuer- oder Einwohnermeldeverwaltung.¹²⁹

9. Verhältnismäßige Alternative: Sozial regulierte Privatversicherung?

Zwar ließ sich mehrfach zeigen, dass die private Vorsorge und Privatversicherung „per se“ viele wichtige Ziele der GRV nicht bewirken kann. Viele Ziele ließen sich aber durch eine starke Regulierung der Privatversicherung und/oder durch staatliche Subventionierung der Beiträge erreichen.¹³⁰ Wie weit das gehen kann, zeigt die soziale Ausgestaltung der privaten Pflegeversicherung (§§ 22 ff. und 110 SGB XI), die substitutive Vollkrankenversicherung (§ 257 Abs. 2a und 2b SGB V) und der Basistarif der PKV (§§ 12, 12g VAG; §§ 193 Abs. 6, 203 Abs. 1 und 206 Abs. 1 VVG). Das BVerfG hat diese stark eingreifende Regulierung immer für verfassungsgemäß angesehen.¹³¹

127. BVerfGE 84, 239-285 (Besteuerung der Zinserträge).

128. Dahingestellt BVerfGE 3. Kammer des 1. Senats v. 26.6.2007 – 1 BvR 2204/00 - BVerfGK 11, 352 (355/6) = SGB 2008, 476, 478 Rz. 34/35 (mit zustimmender Anmerkung Felipe Temming, ebda., S. 480/481) und BVerfG 2. Kammer 1. Senat v. 11.9.2008 NZS 2009, 379.

129. So die Lösung in der Schweiz und den Niederlanden Stefan Greß/Anke Walendzik/Jürgen Wasem, Auswirkungen des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes auf Nichtversicherung im deutschen Krankenversicherungssystem, Expertise für die Hans-Böckler-Stiftung, 2008, S. 22 ff.

130. Allg. zu den vielfältigen Anforderungen an eine Einbeziehung der Privatversicherung in die soziale Sicherung Konrad Leube, Sozialversicherung in Gestalt der Privatversicherung – Rechtliche Rahmenbedingungen, NZS 2003, 449 ff.

131. BVerfGE 103, 197 (221 ff.); BVerfGE 103, 271 (288); BVerfGE 123, 186. A. A. Peter Axer, Soziale Sicherheit vor neuen Grenzziehungen zwischen öffentlichem und privatem Recht, Schriftenreihe des Deut-

Die private Altersvorsorge hatte früher ein völlig anderes, jetzt mit der intensiv staatlich geförderten und regulierten „Riester- und Rürup-Rente“ ein ergänzendes, aber kein gleichartiges Leistungsspektrum wie die GRV. Um sie an den sozialen Ausgleich der GRV anzupassen, bedürfte es einmal eines intensiven Eingriffs in die Berufsfreiheit der Privatversicherer, ähnlich dem in §§ 110/111 SGB XI, und der Eingriff in die Vorsorgefreiheit der Versicherten wäre weitgehend der Gleiche. Ob die Vorsorge über private Systeme dann billiger und effizienter wird, ist bisher nicht bewiesen (s. oben V, 5 und 6). Vor allem aber liegt es in der Einschätzungsprärogative und Ausgestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, statt eines Zwangs zu einer hochgradig regulierten Privatversicherung einen Zwang zur Sozialversicherung zu wählen, zumal wenn er damit noch weitere Ziele des sozialen Ausgleichs realisieren kann.¹³² Bei der Prüfung der Erforderlichkeit von Eingriffen in die Grundrechte gewährt das BVerfG dem Gesetzgeber zu Recht immer einen breiten Spielraum, zwischen alternativen Eingriffen zu wählen, und der Gesetzgeber kann in der Regel nicht auf andere Eingriffe in anderen Bereichen verwiesen werden.¹³³

VI. Eingriff in die Grundrechte der Privaten Versicherungsunternehmen

Die Ausdehnung der Versicherungspflicht auf alle Erwerbstätige drängen die privaten Vorsorgelösungen und die privaten Lebensversicherer zurück. Liegt darin ein Eingriff in die Grundrechte?

1. Art. 12 GG: Schutzbereich und Eingriff

Nach der klassischen Abgrenzungsformel, dass Art. 14 GG das Erworbenere und Art. 12 GG den Erwerb, also die zukünftige Möglichkeit gewerblicher Tätigkeit, schützt,¹³⁴ betrifft die Ausdehnung der Pflichtversicherung zur GRV auf alle Selbstständigen vor allem die zukünftigen Geschäftsmöglichkeiten privater Vorsorger und Versicherer und damit ihre Berufsfrei-

schen Sozialrechtsverbandes, Bd. 51, 2004, S. 111, 119-121; Josef Isensee, Sozialversicherung über Privatversicherung, in: Meinhard Heinze/Jochem Schmitt (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Gitter, 1995, S. 401.

132 Im Ergebnis so auch Jutta Schröder, Bürgerversicherung und Grundgesetz, 2008, S. 226/7; Sonja Füsser, Ausweitung der Sozialversicherungspflicht auf Selbstständige in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung unter verfassungsrechtlichem und europarechtlichem Blickwinkel, 2005, S. 96-98.

133 Zuletzt BVerfGE 123, 186 (243/4).

134 BVerfGE 30, 292 (335); 45, 142 (173); 51, 193 (221 f.); 85, 360 (383); 88, 366 (377) sowie zuletzt BVerfG 2. Kammer des Ersten Senats – 1 BvR 1103/03 - vom 4.2.2004 unter: <http://www.bverfg.de/entscheidungen>, Rz. 15 = BVerfGK 2, 283 (286).

heit gem. Art. 12 Abs. 1 GG.¹³⁵ Erwerbs- und Gewinnchancen sowie tatsächliche Gegebenheiten, die für das Unternehmen von erheblicher Bedeutung sind, werden eigentumsrechtlich nicht dem geschützten Bestand des einzelnen Unternehmens zugeordnet.¹³⁶ Zum Schutz der Altverträge siehe sogleich unter VI.

2. Mittelbarer Eingriff ohne berufsregelnde Tendenz

Die Grundrechte der betroffenen Unternehmen bei Ausweitung des Versichertenkreises der Sozialversicherung waren erstmals und sehr ausführlich Gegenstand der Entscheidung der 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 4.2.2004.¹³⁷ zur Erhöhung der Versicherungspflichtgrenze in der GKV und dann wieder, aber sehr knapp, in der Entscheidung zur KV-Reform 2007 vom 10.6.2009.¹³⁸

Einmal führte die Kammer 2004 aus,¹³⁹ es sei nur eine „mittelbar faktische Folgen von Regelungen, die Versicherte betreffen“, dass sich der Kreis der „möglichen Kunden“ und „potenziellen Versicherungsnehmer“ verringere. Deshalb habe die Ausweitung bei den Versicherungsunternehmen „keine berufsregelnde Tendenz“ und sei regelmäßig nicht am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen. Zum anderen stellte die Kammer fest,¹⁴⁰ dass nur die „zukünftigen Erwerbsmöglichkeiten“ der PKV betroffen seien, gegen Veränderungen des Marktgeschehens schütze aber Art. 12 GG nicht.

Im Urteil zum GKV-WSG¹⁴¹ hat das BVerfG in der Ausdehnung der Sozialversicherungspflicht ohne Relativierung und Differenzierungen einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der privaten Versicherungsunternehmen gesehen, „weil ihnen temporär der Kundenkreis eingeschränkt wird, der sich bei ihnen versichern kann“. Gegenüber der Entscheidung von 2004 fehlt es einmal an der Differenzierung zwischen nur tatsächlicher mittelbarer Betroffenheit/berufsregelnder Tendenz einerseits und Änderung der Rahmenbedingun-

135 Josef Isensee, „Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem der Verfassung, NZS 2004, S. 400; Hans-Jürgen Papier, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der PKV, 1992, S. 18 ff.

136 BVerfGE 68, 193 (222 f.); 77, 84 (118); 81, 208 (227 f.); 105, 252 (278); BVerfG 123, 186 (252 ff. und 258 ff.).

137 BVerfG 2. Kammer des Ersten Senats – 1 BvR 1103/03 - vom 4.2.2004 unter: <http://www.bverfg.de/entscheidungen>, Rz. 25 und 27 = BVerfGK 2, 283 (287/8 mit wesentlichen Auslassungen und Verkürzungen!).

138 BVerfGE 123, 186 (265).

139 BVerfG 2. Kammer des Ersten Senats – 1 BvR 1103/03 - vom 4.2.2004, Rz. 13 = BVerfGK 2, 283 (285/6).

140 BVerfG 2. Kammer des Ersten Senats – 1 BvR 1103/03 - vom 4.2.2004, Rz. 15 = BVerfGK 2, 283 (286).

141 BVerfGE 123, 186 (238 f., 265).

gen/Ausgestaltung andererseits. Ob das eine Aufgabe der vorherigen Rechtsprechung ist, lässt sich noch nicht sagen.¹⁴²

Gerechtfertigt ist diese andere Akzentsetzung 2009 aber durch die Besonderheiten im Verhältnis GKV-PKV, die es so in keinem anderen Zweig der Sozialversicherung gibt: Die Versicherungspopulation wird zwischen der GKV und der PKV mit einem weitgehend identischen Leistungsprogramm, vor allem in der substitutiven Krankheitsvollversicherung (§ 257 Abs. 2 SGB V) zweigeteilt. Die Änderung der Versicherungspflichtgrenze geht immer zu Lasten des einen oder anderen Versicherungszweigs.

Eine solche Grenzziehung hat es zwischen der GRV einerseits und den privaten Vorsorgeformen für das Alter, die Erwerbsminderung und die Leistungen an Hinterbliebene andererseits nie gegeben. Auch ist das Leistungsspektrum der GRV einmalig komplex und in sich aufeinander abgestimmt und kann – wenn überhaupt – nur schwer von der Privatversicherung kopiert werden (s. o. V, 5). Es war nie und ist weiterhin auch nicht „Regulierungsmodell“ für die private Vorsorge.¹⁴³ Das „Drei-Säulen-Modell“ der Altersvorsorge¹⁴⁴ befürwortet ein Nebeneinander von gesetzlichen Systemen, betrieblicher Altersvorsorge und privater Eigenvorsorge ohne Aussagen über ihr genaueres Verhältnis zu einander zu machen. Normative, gar verfassungsrechtlich relevante Aussagen lassen sich aus ihm nicht gewinnen.

Deshalb kann man mit der Kammerentscheidung von 2004 davon ausgehen, dass die Erweiterung der Pflichtmitgliedschaft in der GRV keine direkt berufsregelnde Tendenz für die privaten Altersvorsorgeunternehmen hat, sondern sie nur durch eine Änderung der Rahmenbedingungen ihrer Tätigkeit trifft.

Sowohl die 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG von 2004¹⁴⁵ als auch der 1. Senat 2009¹⁴⁶ haben zur Rechtfertigung der Neuregelung gegenüber den Privatversicherungen ein-

142 So aber Friedhelm Hufen, Das Urteil des BVerfG zur Privaten Krankenversicherung – Ein Freibrief für den Gesetzgeber?, NZS 2009, 649/650. Vorsichtiger Hermann Butzer, BVerfG und duales Krankenversicherungssystem, MedR 2010, 283.

143 Ausnahme: Die Befreiung von der Versicherungspflicht vorher privat abgesicherter Angestellter jenseits der alten Versicherungspflichtgrenze gem. Art. 2 §1 AnVNG idF Art. 2 § 2 Nr. 1 FinÄndG 1997 (BGBl I 1259) mit so gut wie keinen Ansprüchen an den Charakter des privaten Lebensversicherungsvertrags.

144 Weit verbreitet und von der EU propagiert: Europäische Kommission (Hrsg.), Generaldirektion Beschäftigung und Soziales, Referat E2, Angemessene und nachhaltige Renten – Gemeinsamer Bericht der Kommission und des Rates, 2004, S. 77 ff.; BMAS (Hrsg.), Nationaler Strategiebericht Sozialschutz und soziale Eingliederung, 2008-2010 Deutschland, 2009, S. 64 ff.

145 BVerfG 2. Kammer des Ersten Senats – 1 BvR 1103/03 - vom 4.2.2004 unter: <http://www.bverfg.de/entscheidungen>, Rz. 25 und 27 = BVerfGK 2, 283 (287/8) jedoch mit Auslassungen und Verkürzungen.

fach auf die Ausführungen zur Rechtfertigung der Neuregelung gegenüber den neuen Pflichtversicherten verwiesen. Zieht man alle objektiv legitimen Ziele der Regulierung heran, denen ein überragend hoher Stellenwert zukommt, dann ist es gerechtfertigt, dass das Mittel „Erwerbstätigenversicherung“ zu Lasten privater Vorsorgeinstitutionen gehen würde – vorausgesetzt es ließe sich überhaupt hinreichend genau nachweisen, dass die Erwerbstätigenversicherung ihre berufliche Tätigkeit in der Zukunft in relevantem Maße beeinträchtigt.

Bei der Überprüfung der Prognosen von Eingriffsfolgen verwendet das BVerfG in Abhängigkeit von dem zu regelnden Sachbereich und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter differenzierte Maßstäbe, die von einer Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen.¹⁴⁷ Es gibt keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass durch die Ausweitung der Versicherungspflicht auf Selbständige die Geschäftstätigkeit der Privatversicherer in einem Maße beeinträchtigt wird, dass sie ganz aufgeben werden müsste. Andererseits kann als sicher gelten, dass die mit der Erwerbstätigenversicherung angestrebte bessere Absicherung der Versicherten erreicht werden wird.

VII. Schutz bisheriger Vorsorge in privater Form (Art. 14 GG)

1. Schutz durch Art. 14 Abs. 1 GG

Nach der Rechtsprechung des BVerfG schützt Art. 14 Abs. 1 GG den konkreten Bestand an vermögenswerten Gütern vor ungerechtfertigten Eingriffen durch die öffentliche Gewalt, wozu nur Rechtspositionen gehören, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, nicht aber in der Zukunft liegende Umsatz-, Gewinn und Vertragschancen und Vorsorgemöglichkeiten.¹⁴⁸ (oben VI, 1). Deshalb ist auch der „Kundenstamm“ als die zukünftige Erwartung, die bisherigen Kunden – trotz aller Widrigkeiten im politischen und sozioökonomischen Umfeld und gegen das Handeln der Wettbewerber – an sich binden und behalten zu können, nicht von Art. 14 GG, sondern allenfalls von Art. 12 GG geschützt. So hat es das BVerfG bisher immer dahingestellt sein lassen, ob Art. 14 GG auch einen Schutz des eingerichteten und ausgeübten Ge-

146 BVerfGE 123, 186 (265/6). Insgesamt vgl. Karl-Jürgen Bieback, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, 2005, S. 110-112.

147 So zuletzt BVerfGE 123, 168 (241/2) unter Verweis auf BVerfGE 50, 290 (332 f. m.w.N.).

148 BVerfGE 105, 252 (277); 95, 172 (187 f.), BVerfGE 68, 193 (222).

werbebetriebs der Versicherungsunternehmen beinhaltet; selbst wenn das der Fall wäre, beträfe dies auch nur den Schutz der schon erworbenen Rechtsgüter und Positionen.¹⁴⁹

2. Schutzbereich und Eingriff

Die sofortige Ausdehnung der Versicherungspflicht auf alle selbständig Erwerbstätigen kann indirekt in die bestehenden privaten Versicherungsverhältnisse eingreifen.

(1) Bei den *Vorsorgeunternehmen* und den *Versicherten* einmal dadurch, dass sie in bestimmten Bereichen keine neuen Versicherungsverhältnisse abschließen werden, was auch die Fortführung der alten Verträge beeinträchtigt. Die langfristige Altersvorsorge wird aber durchweg in individuell zurechenbaren Vermögensanlagen abgewickelt und ist in ihrem Bestand nicht an den Zufluss neuer Mittel gebunden.

(2) Ein Eingriff in bestehende Vorsorgeverhältnisse und damit in Eigentumspositionen *der Versicherten* (wie auch noch mittelbarer der *Versicherungsunternehmen*) könnte darin liegen, dass die neuen Beitragspflichten zur GRV den Versicherten keine bzw. nicht hinreichende finanzielle Mittel übrig lassen, um ihr privates Versicherungsverhältnis zu einem Lebensversicherer oder ihre sonstigen Vorsorgeverpflichtungen ganz oder nur teilweise weiterzuführen, so dass sie die alten Verträge nicht oder nicht mehr ausreichend bedienen und dadurch erworbene Anwartschaften verlieren könnten.¹⁵⁰

Grundsätzlich gehört eine solche Beeinträchtigung langfristiger Vertragsverhältnisse nicht zum Schutzbereich des Art. 14 GG. Sie betrifft nicht das konkrete Recht direkt, sondern das Vermögen im Allgemeinen. Diese Gefährdung tritt bei *jeder* Minderung der finanziellen Leistungsfähigkeit, z. B. durch die gravierende Erhöhung öffentlicher Abgaben oder der Preise für lebenswichtige öffentliche Güter oder die Einführung der Entgeltlichkeit vorher unentgeltlicher öffentlicher Leistungen (Schul- und Studiengebühren; Straßenmaut etc.). Eine verfassungsrechtliche, eigentumsmäßig geschützte Garantie des Vermögens und der „Leistungs- und Zahlungsfähigkeit“ vor öffentlichen Abgaben, um private Verpflichtungen zu erfüllen,

149 BVerfG 123, 186 (259 mwN). A.A. unter Berufung auf eine H. M. Natalie Brall/Hans-Joachim Voges, Modell Bürgerversicherung – Verfassungsrechtliche und europarechtliche Fragen, 2005, S. 33.

150 Stefan Muckel, Verfassungsrechtliche Grenzen der Reformvorschläge zur Krankenversicherung, SGB 2004, 672, 674; Sonja Füsser, Ausweitung der Versicherungspflicht auf Selbständige in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung, 2005, S. 235; Friedrich E. Schnapp/Markus Kaltenborn, Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung, 2001, S.40/41.

gibt es nicht,¹⁵¹ es sei denn es handele sich um eine „Erdrosselungsabgabe“.¹⁵² Das BVerfG hatte zwar einmal so etwas wie einen „Halbteilungsgrundsatz“ aufgestellt,¹⁵³ aber ihn nicht weiter geführt;¹⁵⁴ er wäre auch nur schwer auf Sozialversicherungsbeiträge zu übertragen, die ja anders als Steuern eine konkrete Gegenleistung gewähren.

(3) Bedeutsam wird dieser Aspekt erst, wenn er sich mit dem *Vertrauensschutz* der Versicherten verbindet. Angesichts der jahrzehntelangen Veränderungen in den Regelungen zur Sozialversicherungspflicht, hatte das Vertrauen der bisher versicherungsfreien Selbstständigen in die Regelung ihrer Versicherungsfreiheit keinen hinreichend vertrauensstiftenden objektiven Anknüpfungspunkt.

3. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs / der Ausgestaltung

Selbst wenn man einen Eingriff unterstellt, ist aber die Ausdehnung der Versicherungspflicht eine gerechtfertigte Ausgestaltung des Eigentums. Zwischen Sozialversicherung und Privatversicherung hat es immer einen Vorbehalt der Grenzregelung durch den Gesetzgeber gegeben. Nur in der GKV traf er weitgehend dasselbe Geschäftsgebiet, während es in der GRV nie eine scharfe und verlässliche Abgrenzung durch den Gesetzgeber gab.

Nur dort, wo es schützenswerte konkrete Altverträge gibt, muss über ein Übergangsrecht Bestandsschutz gewährt werden. Dies trifft sich mit der Schutzbedürftigkeit (s. o. III, 2 und 3, b). Die Versicherungspflicht und Pflicht zur Beitragszahlung wird eine übermäßige Belastung, wenn schon eine hinreichende eigene Sicherung besteht. Deshalb ist eine Übergangsregelung notwendig.¹⁵⁵ Vorbilder für eine Überleitung der Versicherten in die neue Erwerbstä-

151 BVerfGE 2. Kammer 1. Senat v. 25.09.1990 – 1 BvR 907/87 – NJW 1991, 746; BVerfGE 3. Kammer des 1. Senats v. 26.6.2007 SGB 2008, 476, 477 Rz. 25/26; Sonja Füsser, Ausweitung der Sozialversicherungspflicht auf Selbständige in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung unter verfassungsrechtlichem und europarechtlichem Blickwinkel, 2005, S. 32 ff.

152 BVerfGE 29, 402 (413); 70, 219 (230); 75, 108 (154); 76, 130 (141); 81, 108 (122); 82, 159 (190). Hans Wolfgang Arndt/Andreas Schumacher, Die verfassungsrechtlich zulässige Höhe der Steuerlast – Fingerzeig des BVerfG an den Gesetzgeber?, NJW 1995, 2603, 2604; Ludger Wellkamp, Verfassungsrechtliche Schranken belastender Sozialversicherungsbeiträge, SuP 2000, 496, 500.

153 BVerfGE 93, 121 ff. und 165 ff.

154 BVerfGE 115, 97 (108); Ute Sacksofsky, NVwZ 2006, 661.

155 Herbert Rische, Weiterentwicklung der gesetzlichen Rentenversicherung zu einer Erwerbstätigenversicherung, DRV 2009, 285, 291; Jutta Schröder, Bürgerversicherung und Grundgesetz, 2008, S. 202 ff. und 309/310; Karl-Jürgen Bieback, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, 2005, S. 106/7, 113.

tigenversicherung, die im Rahmen des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers Art. 14 GG und den Vertrauensschutz beachtet, gibt es viele:

- 1) Einmal hat der Gesetzgeber bei der Anhebungen der Pflichtversicherungsgrenze zur GKV zum 1.1.2003 Personen, die eine substitutive Krankenversicherung in der PKV abgeschlossen hatten, von der Anhebung ausgenommen (§ 6 Abs. 7 SGB V).¹⁵⁶
- 2) Von der neuen Rentenversicherungspflicht für Soloselbständige gem. § 2 Abs. 1 Nr. 9 SGB VI wurden 1998/99 gem. § 231 Abs. 5 SGB VI die über 50-Jährigen und jene Personen ausgenommen, die eine Alterssicherung abgeschlossen hatte, die (a) auch Leistungen bei Erwerbsminderung und für Hinterbliebenen vorsah *und* (b) mindestens so viele Beiträge erforderte, wie zur GRV zu zahlen wären.¹⁵⁷
- 3) Das letztere Modell ist eine erweiterte und modernisierte Fassung der Befreiung bei Aufhebung der Versicherungspflichtgrenze in der GRV von 1967.¹⁵⁸ für jene Angestellten, die bei Inkrafttreten der allgemeinen Versicherungspflicht das 50. Lebensjahr vollendet hatten *oder* die schon eine private Altersversicherung besaßen, für die sie in etwa so viel aufwenden mussten, wie für sie Beiträge für die GRV fällig geworden wären.¹⁵⁹

VIII. Fazit

Das Vorhaben einer Einbeziehung aller bisher nicht obligatorisch versicherten Selbstständigen in die GRV (Erwerbstätigenversicherung) ist verfassungsgemäß, wie das BVerfG 2000 die Einführung der Pflegeversicherung als Volksversicherung und 2009 die Einführung einer allgemeine Krankenversicherungspflicht als verfassungsgemäß angesehen hat.

Die Ziele, (1) Schutz von Schutzbedürftigen i. S. eines sozialen Ausgleichs existentieller Risiken und einer breiteren Absicherung des sozialen Ausgleichs, (2) Stabilisierung des Systems, (3) Neutralisierung gegenüber der wirtschaftlichen Dynamik und (4) bessere Verzahnung der Vorsorge unterschiedlicher Risiken und Absicherung der Prävention sind durchweg überragend wichtige Gemeinschaftsbelange, zu deren Erreichung die Erwerbstätigenversicherung speziell in der GRV ein geeignetes und notwendiges Mittel ist. Die GRV kann diese Aufgaben besser als eine private Vorsorge erledigen. Einen Teil könnte die Privatversicherung zwar auch aufgrund intensiver gesetzlicher Regulierung erfüllen, wie die Regulierung

¹⁵⁶ Art. 1 Nr. 1 BeitragssicherungsG v. 23.12.2002 (BGBl I 4637).

¹⁵⁷ G v. 19.12.1998 BGBl I 4843 idF des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit v. 20.12.1999, BGBl 2000 I, 2. Es genügte auch, dass bei ausreichenden Vermögen eine vergleichbare Form der Vorsorge betrieben worden war.

¹⁵⁸ Art. 2 § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. b) AnVNG idF des Art. 2 § 2 Nr. 1 FinÄndG 1967 (BGBl I, 1259).

¹⁵⁹ Art. 2 § 1 AnVNG in der Fassung des FinÄndG 1967 vom 21.12.1967 (BGBl. I S. 1259).

der privaten Pflegeversicherung zeigt. Aber dem Gesetzgeber steht es frei, diese Aufgaben im Rahmen der herkömmlichen Systeme der Sozialversicherung zu erledigen.

Durch die Ausdehnung der Pflichtversicherung der GRV ist die Berufsfreiheit privater Vorsorgeanbieter nicht verletzt, da nur die Rahmenbedingungen ihrer Tätigkeit geändert werden. Selbst wenn man hierin eine mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigung sehen würde, wäre sie durch dieselben Gründe gerechtfertigt, wie die direkte Grundrechtsbeeinträchtigung bei den Versicherungspflichtigen selbst.

Schon bestehende Altersvorsorgeverträge, die gleichwertigen Schutz wie die GRV gewähren, genießen allenfalls einen Schutz durch Ausnahmeregelungen bei Einführung der Erwerbstätigenversicherung.