

Dezember 2010

WISO

Diskurs

Expertisen und Dokumentationen
zur Wirtschafts- und Sozialpolitik

Ausweitung des Pflichtversicherungskreises in der GKV

Gesprächskreis
Sozialpolitik





Expertise im Auftrag der Abteilung Wirtschafts- und
Sozialpolitik der Friedrich-Ebert-Stiftung

Ausweitung des Pflichtversicherungskreises in der GKV

Karl-Jürgen Bieback

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	4
Zusammenfassung	5
I. Einleitung: Konzeption einer Ausweitung der GKV	7
II. Zulässigkeit einer allgemeinen Vorsorgepflicht gegen das Krankheitsrisiko	8
III. Ziele und Zulässigkeit einer allgemeinen Versicherungspflicht speziell zur GKV	9
1. „Schutzbedürftigkeit“ und Typisierungsbefugnis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	9
(a) Traditionelle Rechtsprechung	9
(b) Änderung im Urteil vom 10.6.2009 zur Gesundheitsreform 2007?	10
2. Verhältnismäßigkeit der Ausdehnung der Versicherungspflicht in der GKV	10
a. Besonderheit der GKV: Sozialer Ausgleich	10
(a) Formen des sozialen Ausgleichs in der GKV	10
(b) Verhältnismäßigkeit des Einbezugs in den sozialen Ausgleich	11
(c) Unzumutbarkeit des sozialen Ausgleichs wegen Einkommensschwäche?	11
b. Sozio-ökonomische Neutralität sozialer Sicherheit	12
c. Sicherung der Stabilität bestehender gesetzlicher Systeme	14
d. Versicherungsverbund und die Finanzierung von Kollektivgütern	15
e. Einheitlicher, wettbewerbsorientierter Krankenversicherungsmarkt	15
3. Probleme des Art. 3 Abs. 1 GG	16
a. Hinreichende Gleichheit innerhalb der Versicherten	16
b. Art. 3 Abs. 1 GG und die Steuerfinanzierung der GKV	16
c. Art. 3 Abs. 1 GG und die Pflichtversicherungsgrenze in der GKV	17
4. Verhältnismäßige Alternative: Sozial regulierte private Pflichtversicherung oder Steuerfinanzierung?	18

Diese Expertise wird von der Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik der Friedrich-Ebert-Stiftung veröffentlicht. Die Ausführungen und Schlussfolgerungen sind vom Autor in eigener Verantwortung vorgenommen worden.

IV. Eingriff in die Grundrechte der Privaten Versicherungsunternehmen	20
1. Art. 12 GG und 14 GG: Schutzbereich und Eingriff	20
a. Schutzbereich des Grundrechts	20
(a) Entscheidung des BVerfG von 2004	20
(b) Neue Maßstäbe in der Entscheidung des BVerfG vom Juni 2009?	21
b. Art und Weise des Eingriffs, Eingriffsintensität	22
(a) Vollkrankenversicherer ein eigener Beruf?	22
(b) Gravierender Eingriff in die Berufsausübung	23
(c) Fazit	23
c. Eingriffsgrenze: Bipolare Versicherungsverfassung?	24
d. Schutz des „Geschäftsmodells“ der Privatversicherung	24
2. Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsausübung	25
V. Schutz bisheriger Vorsorge in privater Form (Art. 14 GG)	27
1. Schutz durch Art. 14 Abs. 1 GG	27
2. Schutzbereich und Eingriff	27
a. Direkter Eingriff – Enteignung	27
b. Indirekter Eingriff – Enteignung oder Ausgestaltung	27
3. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs / der Ausgestaltung	29
Kommentar von Dr. Carola Reimann, MdB	30
Der Autor	32

Vorbemerkung

Die vorliegende Studie ist im Rahmen eines Projektes entstanden, in dem die Integration der Solo-Selbstständigen in die gesetzliche Arbeitslosen-, Kranken- und Rentenversicherung einen Schwerpunkt bildete. Damit in Verbindung wurde auch danach gefragt, ob die Weiterentwicklung der gesetzlichen sozialen Sicherungssysteme durch die Einbeziehung weiterer Erwerbstätigen Gruppen ein anzustrebender und rechtlich vertretbarer Weg ist.

Im Unterschied zur Arbeitslosen- und Rentenversicherung sind alle Personen in Deutschland verpflichtet, eine Krankenversicherung abzuschließen. Dies gilt auch für Solo-Selbstständige. Prof. Bieback haben wir gebeten, sich dennoch auf die Krankenversicherung zu konzentrieren und der Frage nachzugehen, ob es aus verfassungsrechtlicher Sicht legitim ist, nicht nur die Solo-Selbstständigen, sondern zukünftig alle Selbstständigen in die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) einzubeziehen.

Bei einer solchen Betrachtungsweise geht es um die Weiterentwicklung der GKV zu einer Erwerbstätigenversicherung. Der Schutzgedanke spielt hier zwar auch eine Rolle, aber es geht außerdem darum, bisher anderweitig versicherte Personen in die gesetzlichen Sicherungssysteme zu integrieren, um darüber auch einen Beitrag zur finanziellen Stabilisierung der Systeme zu erreichen und den sozialen Ausgleich zu verallgemeinern.

Sollte die Antwort lauten, dass Selbstständige zukünftig nur noch der GKV angehören sollen, dann hat dies weitreichende Konsequenzen für die private Krankenversicherung. Es würde für sie keine Neuzugänge mehr geben und es stellt sich die Frage, wie mit den Altbeständen zu verfahren ist.

Prof. Bieback hat hierzu in dieser Expertise seine Einschätzungen mit fundierten Begründungen vorgelegt. Wir bedanken uns bei ihm für seine Ausführungen und seine konstruktive Zusammenarbeit. Wir hoffen, dass die Debatte um eine Erwerbstätigenversicherung durch diese Veröffentlichung noch einmal eine stärkere Dynamik entfaltet.

Seine konzeptionellen Überlegungen hat Herr Bieback in einem unserer Workshops vorgelesen, wo sie von Dr. Carola Reinmann, MdB, Vorsitzende des Bundestagsausschusses für Gesundheit, kommentiert wurden. Diesen Kommentar haben wir ebenfalls in dieser Veröffentlichung abgedruckt. Auch ihr gilt unser Dank.

Peter König

Leiter Gesprächskreis Sozialpolitik
Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik
Friedrich-Ebert-Stiftung

Zusammenfassung

(1) Untersucht werden die verfassungsrechtlichen Fragen einer Abschaffung der Versicherungspflichtgrenze und der Einbezug aller Selbstständigen in die gesetzliche Krankenversicherung (GKV), so dass die GKV eine „*Erwerbstätigenversicherung*“ wird. Angesichts der nunmehr starken Kompetenz der Länder im Beamtenrecht bleibt der KV-Schutz der Beamten unerörtert. Konzentrierte sich die Diskussion um die „Bürger-“ oder „Erwerbstätigen-Versicherung“ 2004-2007 auf die finanzielle Stabilität der Sozialversicherung, geht es nach Einführung der allgemeinen Versicherungspflicht zur KV 2007 und der Verteilung der neuen Versicherungspflichtigen zwischen der GKV und der privaten Krankenversicherung (PKV) um die sozialpolitische und verfassungsrechtliche Frage, *was eigentlich eine allgemeine Versicherungspflicht zur GKV gerade im Verhältnis zur PKV rechtfertigt* und ob eine solche Einschränkung des Tätigkeitsfelds der PKV-Unternehmen verfassungsgemäß ist.

(2) *Europarechtlich* ist seit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) von 2009 zur deutschen Unfallversicherung (UV) geklärt, dass ein Monopol der Sozialversicherung zulässig ist. Ebenfalls ist mit den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) 2000 zur Pflegeversicherung und 2009 zur allgemeinen Krankenversicherungspflicht klar, dass aus der *Kompetenz des Bundes* zur Sozialversicherung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 14 GG keine Grenzen für umfassende Vorsorgesysteme abgeleitet werden können und ein allgemeiner Vorsorgezwang zulässig ist.

(3) Eine allgemeine Versicherungspflicht zur GKV greift in die „*Vorsorgefreiheit*“ der *Erwerbstätigen* (allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG) ein und muss verhältnismäßig, insbesondere notwendig und zumutbar, sein.

(3.1) Im Verhältnis zur PKV ist die allgemeine Versicherungspflicht zur GKV zulässig, um den *sozialen Ausgleich* zu verallgemeinern, d. h. den sozialen Risikoausgleich (Versicherungsschutz unabhängig von der Höhe des Risikos) und den sozialen Ausgleich unterschiedlicher Familienbelastung und Einkommenshöhen. Sie sind vom BVerfG immer als verfassungsrechtlich gerechtfertigt und ihre Stabilisierung als ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut angesehen worden. Durch sie erhalten auch geringverdienende abhängig Beschäftigte wie Selbstständige eine sozial vertretbare Absicherung gegen ein existentielles Risiko. Die Höherverdienenden in den sozialen Ausgleich der GKV einzubeziehen ist gerechtfertigt, (1) weil auch sie die Risiken, die der soziale Ausgleich absichert, realisieren können, auch wenn bei ihnen die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts geringer ist als bei den Niedrigverdienern; (2) zudem setzt der Solidarausgleich voraus, dass Leistungsfähigere und Leistungsschwächere in einer Sozialversicherung zusammengefasst werden; (3) es ist auch unter dem Aspekt der Gleichbehandlung nicht zu akzeptieren, dass sich gerade die Höherverdienenden oberhalb der Versicherungspflichtgrenze der GKV (2010: 49.950 Euro jährlich) dem Sozialausgleich entziehen können, gleichzeitig aber zwischen GKV und PKV wählen und ihren Versicherungsschutz zu Lasten der Pflichtversicherten optimieren können.

(3.2) Die Erweiterung der GKV zur Erwerbstätigenversicherung kann die GKV von den *Verwerfungen des Arbeitsmarktes* und von den Optimierungsentscheidungen über die Beschäftigungsformen (abhängig oder selbstständig) abkoppeln. Zudem können die Verteilungswirkungen der Sozialversicherungspflicht in der GKV, insbesondere auch die *negativen Verteilungswirkungen der*

Versicherungspflichtgrenze, sowie die *Finanzierung der zahlreichen externen Effekte* der GKV gerechter gestaltet werden und ermöglichen *Wettbewerb zwischen den Versicherern*. Zur Erreichung dieser Ziele ist die Erweiterung der GKV zur Erwerbstätigenversicherung ein geeignetes und erforderliches Mittel.

(3.3.) Diese besonderen Aufgaben der GKV kann die PKV nicht hinreichend erfüllen; einige allenfalls über eine intensive staatliche Regulierung. Es steht aber im Ermessen des Gesetzgebers, ob er die GKV oder eine stark regulierte PKV zur Aufgabenerfüllung heranzieht.

(4) Die Ausdehnung des Kreises der Pflichtversicherten der GKV ist eine *Regelung der Berufsausübung der PKV-Unternehmen*, nicht aber der Berufswahl, weil ihnen die großen Geschäftsfelder Krankheitsvollversicherung der Beamten und Zusatzversicherung erhalten bleiben. Dieser Eingriff ist durch die gleichen Gründe gerechtfertigt, die auch die Ausdehnung der Versicherungspflicht auf Selbstständige und Höherverdienende legitimieren. Eine Garantie einer „bipolaren Versiche-

rungsverfassung“ gibt es nicht. Wenn das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum GKV-WSG 2009 untersucht, ob und wie das „Geschäftsmodell der Privatversicherung“ beeinträchtigt sein könnte, hat es damit keine Garantie eines solchen Modells ausgesprochen; zudem ging es um Regelungen, die direkt in die Tarifgestaltung eingriffen. Bei einer Ausdehnung der GKV bleiben diese aber unangetastet.

(5) Aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG folgt ein *Schutz der Altverträge*, die weitergeführt werden müssen. Die Versicherungspflichtgrenze der GKV hat zwar immer nur eine schwankende Grenze zwischen GKV und PKV gezogen. Aber zusammen mit den neuen Verteilungsregeln des GKV-WSG von 2007 hat sie einen Vertrauensschutz für die unter ihrer Geltung abgeschlossenen Altverträge geschaffen. Die Altverträge können auch nach dem „Geschäftsmodell“ der PKV auf der Basis von Rücklagen weitergeführt werden und sind nicht, wie ein „Umlagesystem“ auf den Neuzugang von Versicherungsverträgen angewiesen.

I. Einleitung: Konzeption einer Ausweitung der GKV

Die juristische Diskussion über die Zulässigkeit der Ausweitung der Sozialversicherung hin zu einer „Bürger-“ oder „Erwerbstätigen-Versicherung“ ist 2004 bis 2007 vor allem unter dem Aspekt intensiv geführt worden, die Sozialversicherung finanziell zu stabilisieren (s. unten III, 3, d).¹ Zwischenzeitlich hat der Gesetzgeber mit der KV-Reform 2007 eine allgemeine Versicherungspflicht zur KV eingeführt,² um eine sozialpolitische Sicherungslücke in der GKV und PKV zu schließen, die PKV stärker sozial auszugestalten und die Solidarität zwischen den Leistungsfähigeren und den weniger leistungsfähigen Versicherten zu stärken; die finanzielle Stabilisierung spielte keine Rolle. Das Bundesverfassungsgericht hat dies 2009 für verfassungsgemäß erklärt³ und sich dabei vor allem mit den Grundrechtspositionen der Versicherungsunternehmen befasst.

Fordert man weiterhin eine allgemeine Versicherung in der GKV, so muss man die Verteilung der Versicherungspflicht zwischen PKV und GKV

revidieren und die Notwendigkeit gerade einer Versicherungspflicht zur GKV diskutieren. Dabei soll sich die verfassungsrechtliche Untersuchung jetzt auf Teilaspekte konzentrieren: Die Abschaffung der Versicherungspflichtgrenze in der GKV und den Einbezug aller Selbstständigen in sie, so dass die GKV eine „Erwerbstätigen-Versicherung“ wird.⁴ Mit der Föderalisierung der Kompetenzen für das Beamtenrecht ist die Kompetenz des Bundes unklar, auch bezüglich der Regelungen zur Sozialversicherungspflicht der Beamten; dies soll hier nicht geprüft werden.⁵ Ebenfalls nicht mehr zu erörtern sind Fragen des Europäischen Rechts. Denn mit dem Urteil zum Versicherungsmonopol der deutschen UV hat der EuGH klargestellt⁶, dass eine allgemeine Versicherungspflicht unter Ausschluss privater Versicherungen europarechtlich zulässig ist, wenn die öffentliche Zwangsversicherung durch Elemente des sozialen Ausgleichs geprägt wird, was bei der GKV der Fall ist (unten III, 3, b).

1 Dettling, MedR 2006, 81, 84-86; Muckel, SGB 2004: 583.

2 BT-16/3100, 85, Nr. 3, 92, 94 zu Art. 1 Nr. 2, a, aa, 95 zu Art. 1 Nr. 3, a und 207 zu Art. 43 Nr. 5.

3 BVerfGE 123, 186.

4 Zu ihr in der GRV Rische, DRV 2009: 285; Ruland, ZRP 2009: 165.

5 Dazu Schenkel, Sozialversicherung und Grundgesetz, 2008: 59 ff.

6 EuGH, Rs. C-350/07 (Kattner), NJW 2009, 1325 = ZESAR 2009: 343. Vgl. schon Gundel, EuR 2004: 575. A.A. noch Brall/Voges, Modell Bürgerversicherung – Verfassungsrechtliche und europarechtliche Fragen, 2005: 57-82.

II. Zulässigkeit einer allgemeinen Vorsorgepflicht gegen das Krankheitsrisiko

Die Einführung der Sozialversicherungspflicht ist ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) der Personen, die versicherungspflichtig werden.⁷ Soweit die Versicherungspflicht an den Status als Erwerbstätiger anknüpft, wird auch die Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) tangiert. Die Prüfung des Art. 12 GG unterscheidet sich allerdings in diesem Punkt nicht von der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG,⁸ da die Auferlegung der Beitragspflicht allenfalls eine Regelung der „Berufsausübung“ und nicht der stärker geschützten „Berufswahl“ ist.⁹

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil von 2009 zum GKV-WSG entschieden¹⁰, dass eine allgemeine Versicherungspflicht zu einer Krankenversicherung verfassungsrechtlich zulässig ist. Gerechtfertigt wurde dies vor allem mit der allgemeinen Schutzbedürftigkeit gegenüber einem existentiellen und in seinem Ausmaß nicht vorhersehbaren Risiko (dazu sogleich). Auch wurde noch einmal bestätigt, dass der Gesetzgeber formell die Kompetenz zur Einführung einer allgemeinen Versicherungspflicht hat, so dass die früher¹¹ sehr verbreitete Ableitung rigider Grenzen der Sozialversicherung aus der Kompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ohne Grundlage ist.¹²

Bei der Ausweitung der Versicherungspflicht zur GKV sind also zwei Aspekte zu trennen:

(1) Einmal die Zulässigkeit einer allgemeinen *Vorsorge- und Versicherungspflicht*, unabhängig vom System (GKV und/oder PKV) und
(2) die Regelung, allen Erwerbstätigen auch noch die Vorsorgeform *Sozialversicherungspflicht* vorzuschreiben. Sie ist dann gerechtfertigt, wenn sie im Verhältnis zur allgemeinen Vorsorgepflicht und auch zur Versicherungspflicht in der PKV sehr wichtige Gemeinschaftsbelange schützt.¹³

Viele Untersuchungen¹⁴ und auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (dazu unten III, 1) verlieren an Klarheit, da sie beide Fragen nicht unterscheiden. Diese gestufte Argumentationslast und Plausibilität scheint auch unausgesprochen dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur KV-Reform 2007 zu Grunde zu liegen (dazu unten III, 1). Während die Verfassungsmäßigkeit der neu eingeführten allgemeinen Vorsorgepflicht in der KV von allen Richtern bejaht wurde, stimmten drei Richter den Gründen für die Verfassungsmäßigkeit der vorläufigen dreijährigen GKV-Pflichtmitgliedschaft der abhängig Beschäftigten mit Einkommen oberhalb der Pflichtversicherungsgrenze nicht zu.

7 BVerfGE 103, 197 (215) m. w. N.; Jaeger, NZS 2003: 225, 227, 229.

8 Vgl. die Ergebnisse der jeweiligen Prüfung bei Butzer, Fremdstellen in der Sozialversicherung, 2001, 337-352 einerseits und 558-564 andererseits. Allg. Meinung vgl. BVerfGE 103, 197 (205); BVerfGE 123, 186, (262); Friedhelm Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000: 46 ff.; 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: 435, 438; Peter Axer, Verfassungsrechtliche Fragen einer Bürgerversicherung, Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, 2004: 1, 4/5. Vor allem Schnapp/Kaltenborn, Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung, 2001: 42 ff. stellen strikt auf Art. 12 GG ab.

9 Vgl. Werner, Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Beitragsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2004: 142-143.

10 BVerfGE 123, 186 (242/3).

11 Vgl. zuletzt Axer, Fn. 8, 2-4; ders., B-K GG, Art. 74 Nr. 12, Rz. 25, 31 ff. und 43 ff. m. w. N.

12 Dazu Schenkel, Fn. 5, 84 ff.; Schröder, Bürgerversicherung und Grundgesetz, 2008: 43-195; Füsser, Ausweitung der Sozialversicherungspflicht auf Selbstständige in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung unter verfassungsrechtlichem und europarechtlichem Blickwinkel, 2005: 44-65; Bieback, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, 2005: 51-66.

13 Hase, Fn. 8, 43 ff.; Fuchs, Zivilrecht und Sozialrecht, 1991: 112 ff. beide m. w. N.; Ruland, ZRP 2009: 165, 168; Jantz, Sicherheit und Freiheit in der Versicherung, in: Festgabe für Hans Möller, 1972: 329, 336 ff.

14 Vgl. Eykmann, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die öffentlich-rechtliche Gewährleistungen im Gesundheitswesen, 2007: 78-161; Brall/Voges, Fn. 6, 57-82.

III. Ziele und Zulässigkeit einer allgemeinen Versicherungspflicht *speziell zur GKV*

Erst an der Erweiterung der Versicherungspflicht zur GKV setzt die heftige Diskussion um das an, was „Bürgerversicherung“, etc. genannt wird. Rechtfertigen die im Folgenden zu untersuchenden Ziele, den Einbezug auch der höher verdienenden abhängig Beschäftigten und aller selbstständig Erwerbstätigen in die GKV, die Einschränkung der „Vorsorgefreiheit“ der Versicherten: (1) Die Ausdehnung des speziellen sozialen Ausgleichs der GKV, um einen angemessenen, ausgewogenen und stabilen Schutz aller Versicherten zu gewährleisten (unten III, 2, a) und (2) die Gewährleistung wichtiger sonstiger sozio-ökonomischer Zielsetzungen (unten III, 2, b-e)? Die Diskussion in der Sozialpolitik und juristischen Fachliteratur um die „Bürgerversicherung“ stand immer im Gegensatz zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das bisher keine Probleme in der fortschreitenden Ausweitung der GKV sah. Deshalb soll zuerst analysiert werden, wie der Ausweitungprozess der Sozialversicherung in der Rechtsprechung des BVerfG bisher gerechtfertigt wurde und ob dies auch noch nach dem Urteil des 1. Senats von 2009 zum GKV-WSG so unproblematisch ist (sogleich III, 1).

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

(a) Traditionelle Rechtsprechung

Das BVerfG geht davon aus, dass im Bereich der klassischen Risiken der Sozialversicherung inklusive der Pflegeversicherung alle Bürger schutzbedürftig seien. Es ist dann ein legitimes und ausreichendes Ziel des Gesetzgebers, der mangelnden eigenen Vorsorge der Individuen vorzubeugen

und Hilfsbedürftigkeit und Inanspruchnahme der Sozialhilfe zu vermeiden (vor allem BVerfGE 103, 197 (221) Pflegeversicherung). Dieses Argument kann nur einen Zwang zur Vorsorge und Versicherung, nicht aber speziell die Sozialversicherungspflicht rechtfertigen. Aber im Zusammenspiel mit anderen Argumenten, können diese Argumente auch den Versicherungszwang zur GKV mitbegründen.

Als speziellere Argumente für den Einbezug in die Sozialversicherung wurde schon 1960 im Urteil zu den Kindergeldkassen der soziale Ausgleich zwischen den nicht und den stärker risikobehafteten sowie den finanzstarken und finanzschwachen Mitgliedern herangezogen (BVerfGE 11, 105, 115, 117). Dies wurde dann 1970 im Urteil zur Einbeziehung der höher verdienenden Angestellten in die Angestelltenversicherung dahin zusammengefasst, es gelte die Versichertengemeinschaft zu verbreitern und die Risikoabsicherung der anderen, weniger leistungsstarken Mitglieder zu stabilisieren (BVerfGE 29, 241/2). Der solidarische Ausgleich unabhängig vom Risiko und Einkommen spielte 1960 auch in der Legitimierung der berufsständischen Versicherung eine Rolle (BVerfGE 10, 354 ff., 361 ff.; BVerfGE 12, 319. Seit diesen ersten Urteilen verbindet das BVerfG mit dem Argument, die Erweiterung sei durch die Schaffung einer leistungsfähigeren Versicherungsgemeinschaft legitimiert, immer auch, dass es dabei um den sozialen Ausgleich innerhalb der Versicherten geht, so bei der Pflegeversicherung (BVerfGE 103, 197, 221 ff., 271, 288), der Versicherungspflicht von Landwirtsehegatten (BVerfGE 109, 96, 112 ff.), den berufsständischen Versicherungen¹⁵ und der allgemeinen Versicherungspflicht in der KV (BVerfGE 123, 186, 263-265). Dies mag erklären, weshalb die Urteile zur

15 BVerfGE 10, 354 ff. (361 ff., 370); BVerfGE 12, 319; BVerfGE 2. Kammer 1. Senat v. 25.9.1990 – 1 BvR 907/87 – NJW 1991: 746.

Pflegeversicherung die spezielle Zuordnung zum sozialen Ausgleich der Sozialversicherung nicht erwähnen, aber die Schaffung leistungsfähiger Solidargemeinschaften betonen.

(b) *Änderung im Urteil vom 10.6.2009 zur Gesundheitsreform 2007?*

Im Urteil vom 10.6.2009 zur Gesundheitsreform 2007 hat das BVerfG die allgemeine Krankenversicherungspflicht – unter Verweis auf die Entscheidungen zur Pflegeversicherung – einstimmig bejaht, weil es sich um ein existentielles Risiko handele (BVerfGE 123, 186, 263-265). Nur eine Mehrheit von fünf Richtern hielt dagegen die weitere Ausdehnung der Versicherungspflicht zur GKV auf die ersten drei Jahre, in denen Personen die Pflichtversicherungsgrenze überschreiten (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V), für verfassungsgemäß, speziell wegen nachgehender Solidaritätspflichten der vorher Versicherten, und allgemeiner wegen der Gewährleistung einer „leistungsfähigen Solidargemeinschaft“ zwischen Gesunden und Kranken und zwischen Mitgliedern mit hohem und mit niedrigem Einkommen, der Typisierungsbefugnis sowie der Stärkung der Finanzgrundlagen der GKV und Absicherung ihrer Funktionsfähigkeit.

Dies sind die gerade analysierten traditionellen Argumente des BVerfG zur Begründung und Ausweitung der Pflichtmitgliedschaft in der Sozialversicherung. Da die Minderheit ihre Ablehnung nicht begründet, sind zwei Interpretationen möglich: Entweder waren nach Ansicht der Minderheit andere, zusätzliche Argumente erforderlich oder die Ausdehnung der Versicherungspflicht war für sie unter keinem Aspekt legitimierbar.¹⁶ Nicht unwahrscheinlich ist es, dass es eine Besonderheit der GKV ist, die nach Ansicht der Minderheit die Argumentationslast erhöhte: Die Pflichtversicherungsgrenze der GKV indiziert innerhalb des Systems, dass keine Notwendigkeit

für eine Pflichtversicherung in der GKV und den Einbezug in ihren Solidarausgleich besteht. Deshalb wäre unter Aspekten des Art. 3 GG besonders zu begründen, weshalb bei dieser Gruppe für einen Zeitraum von drei Jahren die Grenze nicht gilt, insbesondere bei jenen, die mit einem hohen Einkommen ins Berufsleben eintreten und deshalb nicht über eine „nachgehende Solidarpflicht“ aus einer früheren Mitgliedschaft zur GKV gebunden werden können. Dieses Problem würde gerade bei der hier untersuchten Erweiterung der Mitgliedschaft und der Abschaffung der Pflichtversicherungsgrenze keine Rolle mehr spielen.

2. Verhältnismäßigkeit der Ausdehnung der Versicherungspflicht in der GKV

Wenn es um die Konkurrenz mit privaten Vorsorgeformen und die Absicherung vormals privat Versicherter geht, ist also präziser zu fragen, worin die Besonderheiten der Sozialversicherung und speziell der GKV liegen, die eine allgemeine Versicherungspflicht zur GKV rechtfertigen können? Dies sind vor allem der Solidarausgleich, aber auch weitere Gründe.¹⁷

a. *Besonderheit der GKV: Sozialer Ausgleich*

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.

(a) *Formen des sozialen Ausgleichs in der GKV*¹⁸

Der *soziale Risikoausgleich* macht weder die Beitragszahlung noch die Leistungsgewährung von der Höhe des Risikos abhängig. Z. B. wird bei glei-

16 Nur diese zweite Interpretation bei Hufen, NZS 2009, 649.

17 Übersicht über die Notwendigkeiten und relativen Vorteile der Sozialversicherung: Fachinger, Grundlagen und Grenzen der Mitgliedschaft in der Sozialversicherung – Sozialpolitische Aspekte, in: Bieback (Hrsg.), Neue Mitgliedschaft in der Sozialversicherung, 2010: 29-54.

18 Reimann, Der soziale Ausgleich – ein fester Bestandteil der gesetzlichen Rentenversicherung, DRV-Schriften Bd. 89, 2010: 16 ff. (mit einer etwas anderen Kategorienbildung); Heidel/Loose, DAngVers 2004: 221; Werner, Fn. 9, 88 ff.; Butzer, Fn. 8, 219 ff.; Rolfs, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000: 208 ff. Eine etwas andere Systematik bei Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003: 268 ff.

chem Einkommen eine ältere, behinderte Person zu denselben Beiträgen wie eine jüngere, nicht behinderte Person Mitglied in der GKV. Anders als der versicherungsmäßige Risikoausgleich werden die Beiträge nicht nach der Höhe des Risikos bemessen.

Der „*interpersonale soziale Ausgleich*“ gleicht die *Vorsorgeschwäche* aus:¹⁹

(a) ohne höhere Beiträge können Angehörige mitversichert werden;

(b) bei Eintritt des Risikos trägt die GKV auch das Risiko der Beitragszahlung zu den anderen Systemen („sekundäre Risiken“, Beitragszahlung während der Arbeitslosigkeit) und

(c) die Beiträge steigen proportional zum Einkommen, während die Leistungen unabhängig vom Einkommen gewährt werden, d.h. für den gleichen Versicherungsschutz zahlt der gering Verdienende weniger als der besser Verdienende.²⁰

Dabei prägten und prägen alle drei Formen des interpersonellen sozialen Ausgleichs aufgrund der Vorsorgeschwäche die Sozialversicherung schon vor Entstehung des Grundgesetzes.²¹

(b) *Verhältnismäßigkeit des Einbezugs in den sozialen Ausgleich*

Die beiden spezifischen Formen des „sozialen Ausgleichs“ der Sozialversicherung, „*sozialer Risikoausgleich*“ und „*interpersonaler sozialer Ausgleich*“ der Vorsorgeschwäche, widersprechen dem Prinzip der privatversicherungsrechtlichen Äquivalenz, den Preis der Versicherung an der Höhe des Risikos auszurichten (vgl. BVerfGE 123, 186 235 ff.). In der Privatversicherung müssen Personen mit einem hohen Risiko einen hohen Preis bezahlen, so dass z.B. Behinderte keinen Versicherungsschutz zu sozial akzeptablen Preisen erlangen können oder für Familienmitglieder zusätzliche Beiträge zu zahlen sind, was aus einem

mittlerem Einkommen oft nicht mehr geleistet werden kann. Da viele Selbstständige wie abhängig Beschäftigte ganz auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft angewiesen sind und sie bei einem plötzlichen Ausfall ihrer Arbeitsfähigkeit nicht mehr über hinreichende Mittel verfügen, schon bestehende Formen der Eigenvorsorge fortzusetzen, bedürfen auch sie der Absicherung der sekundären Risiken. Der interpersonale soziale Ausgleich ermöglicht also jedem Bürger, durch eigene Vorsorge sein Risiko nicht nur teilweise, sondern vollständig abzusichern, ohne hierbei auf die öffentliche Fürsorge angewiesen zu sein.

Die Einbeziehung in die Sozialversicherung ist also ein geeignetes und notwendiges Instrument zur Absicherung gegen die Risiken der Vorsorgeschwäche. Eine Alternative wäre allenfalls eine stark sozial regulierte PKV (unten III, 4).

(c) *Unzumutbarkeit des sozialen Ausgleichs wegen Einkommensschwäche?*

Von mehreren Autoren wird vertreten,²² es sei nur verhältnismäßig, jene in die Zwangsmemberschaft und Beitragspflicht der Sozialversicherung einzubeziehen, die gerade auch in Bezug auf den sozialen Ausgleich wegen Vorsorgeschwäche schutzbedürftig seien. Der Einbezug der Leistungsstarken sei nur Mittel zum Zweck, die fehlende Vorsorgemöglichkeit der Leistungsschwachen sicher zu stellen, der Beitrag der Leistungsstarken sei ein „fremdnütziger“ Beitrag.²³

Der „interpersonale soziale Ausgleich“ ist kein Fremdkörper im Versicherungssystem, sondern in es integrierbar.²⁴ 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 „potenziell“, und

19 Hase, Fn. 8, 290 ff.

20 In der GKV machen die lohn- und beitragsbezogene Leistung, das Krankengeld 2002-2009 nur ca. vier Prozent aller Leistungen aus: BMAS, Sozialbericht 2009: 267.

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

22 So deutlich bei Hase, Fn. 8, 43 ff.; 60 ff., 64, 165 ff., 290 ff. und 307 („These dieser Arbeit“); Eykmann, Fn. 14, 83 ff.; Wollenschläger/Krogull, NZS 2005: 237, 241 ff.; Isensee, NZS 2004: 20; Werner, Fn. 9, 180 ff.; Reuther, Fn. 8, 438 ff., 460; Schnapp/Kaltenborn, Fn. 8, 42 ff.; Kingreen, Fn. 18, 262 ff.

23 Butzer, Fn. 8, 332, 356 ff.

24 Rolfs, Fn. 18, 208 ff.; Hase, Fn. 8, 290 ff.; Butzer, Fn. 8, 219 ff., 354 ff., 423 ff.; Kingreen, Fn. 18, 178 ff.; A. A. vor allem Joachim Becker, Transfergerechtigkeit und Verfassung, 2001: 283 ff.; zu ihm krit. Bieback, VSSR 2003: 1, 33 ff.

das reicht für eine Versicherung aus,²⁵ 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. Ebenso gibt es weder valide und trennscharfe noch sozialverträgliche Abgrenzungskriterien, um zwischen Personen zu unterscheiden, die unter Aspekten der Schutzbedürftigkeit und des Art. 3 Abs. 1 GG (auch unten III, 4, a) in die Sozialversicherungspflicht legitimer Weise einzubeziehen sind, und solchen, bei denen dies unangemessen ist.²⁶

Lässt man den sozialen Ausgleich mangelnder Leistungsfähigkeit nur zwischen gleich „Schutzbedürftigen“, d. h. Leistungsschwachen zu, kann diese „Solidarität unter Habenichtsen“ nicht funktionieren. Der soziale Ausgleich setzt immer den Zusammenschluss von mehr oder weniger Riskobehafteten, von Einkommensstarken und Einkommensschwachen 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 Geringverdienenden oder Kinderreichen nur die abhängig Beschäftigten bis zur Pflichtversicherungsgrenze und nicht die einkommensstarken abhängig Beschäftigten und die Selbstständigen herangezogen werden (dazu unten III, 2, e und III, 3, c).²⁷

Geht man mit dem Bundesverfassungsgericht²⁸ von der sozialstaatlichen Pflicht aus, eine sozialverträgliche Vorsorge gegen existentielle Ri-

siken sicherzustellen, bietet sich als Lösung, die die Beitragszahler weniger belastet, nur an, den „sozialen Ausgleich wegen Vorsorgeschwäche“ rein über Steuerzuschüsse zu finanzieren, wie dies auch in den Systemen der Gesundheitsprämie befürwortet wird. Das mag zwar eine sozialpolitische Alternative zur klassischen Sozialversicherung sein. Doch würde es erst recht für eine allgemeine Absicherung sprechen: Es ist schwer zu rechtfertigen, weshalb die Steuerzahler nur die Mitglieder der so bereinigten Sozialversicherung und nicht auch die „Bedürftigen“ außerhalb der GKV unterstützen sollen.²⁹ Es steht bei aller Unsicherheit über die finanzielle Stabilität und die Verteilungswirkungen dieser beiden Alternativen³⁰ in der sozialpolitischen Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers, zwischen ihnen zu wählen.

Deshalb ist es nur konsequent, wenn das Bundesverfassungsgericht 2000 den umfassenden sozialen Ausgleich in der Pflegeversicherung nicht als verfassungsrechtlich problematisch thematisiert hatte (BVerfGE 103, 197 und 271), genauso wenig wie das Urteil von 2009 zur KV-Reform 2007, das ausdrücklich auf den besonders großen Spielraum des Gesetzgebers verweist,³¹ „den Kreis der Pflichtversicherten so ab[zu]grenzen, wie es für die Begründung einer leistungsfähigen Solidargemeinschaft erforderlich ist. Er hat dabei einen weiten Gestaltungsspielraum.“ Dem stimmt ein Großteil der Literatur zu.³²

b. Sozio-ökonomische Neutralität sozialer Sicherheit

Die neuen Organisationsformen der Arbeit und die neuen Kommunikationstechniken können Selbstständige flexibel und intensiv in den be-

25 Das reicht auch bei Hase, Fn. 8, 312 an sich aus. Vgl. allg. Bieback, Fn. 12, 71 ff.; Muckel, SGb 2004: 583, 592/3.

26 So im Ergebnis auch Schröder, Fn. 12, 268 ff.; Füsser, Fn. 12, 110-129.

27 Giesen, NZS 2006: 449, 450/451; Bieback, Fn. 12, S. 100-106. Siehe auch unten Fn. 63.

28 Zuletzt BVerfGE 123, 186 (242 ff.).

29 So gehen auch alle Modelle der Steuerfinanzierung und die Prämienmodelle von einer allgemeinen Mitgliedschaft aus vgl. BMGS (Hrsg.), Nachhaltigkeit in der Finanzierung der Sozialen Sicherungssysteme („Rürup-Kommission“), 2003: 109 ff. (Basis- und Sockelrenten) und 167 (Prämienmodell der KV).

30 Zu beiden Modellen vergleichend Weselski, VSSR 2006: 25. Einige Zahlen in BT-Drs. 17/3130.

31 BVerfGE 123, 186 (263) unter Verweis auf BVerfGE 44, 70 (90); 103, 271 (288); BVerfGK 2, 283 (288).

32 Schröder, Fn. 12, 231-258; Füsser, Fn. 12, 100-143; Bieback, Fn. 12, 70-76 alle m. w. N. auf die ältere Literatur. Noch stärker die Schutzbedürftigkeit relativierend: Schlegel, NZS 2000: 421.

trieblichen Produktionsprozess integrieren und umgekehrt vormalig abhängig Beschäftigte eine größere Gestaltungsfreiheit in ihren Arbeitsbedingungen zugestehen, ohne die soziale und ökonomische Bindung an den Betrieb zu ändern („Telearbeit“, Outsourcing, projektbasierte Arbeit, Untervergabe).³³ Im 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.“³⁴ Die Zahl der „Neuen Selbstständigen“ nimmt von Jahr zu Jahr zu, sowohl in Europa,³⁵ als auch in Deutschland.³⁶ Das Wachstum erfolgt auch dadurch, dass von abhängiger Arbeit in Selbstständigkeit gewechselt wird oder beide Formen nebeneinander ausgeübt werden.

Diese Entwicklung entspricht sozioökonomischen Notwendigkeiten und oft auch den Wünschen der Beteiligten.³⁷ Deshalb sollte das Sozialrecht diesem Wechsel keine Hindernisse in den Weg stellen und alle Erwerbsformen gleich behandeln und in gleichem Maße absichern.³⁸ Nur dann wird – so zu Recht der Sachverständigenrat³⁹ – 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 Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung in Deutschland am folgenreichsten“.⁴⁰

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 eh zur eigenen Vorsorge verpflichtet sind und diejenigen, die neben einer abhängigen Beschäftigung selbstständig erwerbstätig sind, dann – unabhängig von der Einkommensquelle – mit ihrem gesamten Einkommen aus Erwerbstätigkeit beitragspflichtig werden. Zudem ist die GKV auch insoweit „neutral“, als sie Beiträge auf das jeweils erzielte Einkommen erhebt und nicht wie die private Absicherung einen festen Betrag verlangt, der dann bei Einkommenschwankungen zu stark schwankenden relativen Belastungen des Einkommens führt. Bei einer allgemeinen Versicherungspflicht aller Selbstständiger bräuchte man keinen festen, nur begrenzt variablen Mindestbeitrag zu verlangen wie jetzt (§ 240 SGB V), da mit einer allgemeinen Versicherungspflicht zur GKV eine individuelle Optimierung des Versicherungsschutzes zu Lasten der Pflichtversicherten nicht mehr möglich ist und zugleich ein sozialer Ausgleich zwischen Hoch- und Niedrigverdienern (s. oben III, 2) auch bei den Selbstständigen stattfinden kann.

33 Zu diesen Prozessen Rebhahn, RdA 2009: 154, 163-4; Däubler, AuR 2010: 142; Schulze-Buschoff, Neue Selbstständigkeit und wachsender Grenzbereich zwischen selbstständiger und abhängiger Erwerbsarbeit – Europäische Trends vor dem Hintergrund sozialpolitischer und arbeitsrechtlicher Entwicklungen, WZB discussion paper, SP I 2004-108, 2004. Allg. Mühlberger/Böheim, ZAF 2009: 182. 2007.

34 Kommission der EG, Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts (Grünbuch), KOM 2006: 708 endgültig, 12.

35 Auf jetzt mehr als 10 Prozent der Beschäftigten: Kommission der EG, Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts (Grünbuch), KOM 2006: 708 endgültig, 9.

36 Kruppe u.a., Selbstständigkeit: Beschäftigungsdynamik in der Europäischen Union, in: Beschäftigungsobservatorium MISEP Nr. 64/1998: 36 ff., 42 ff.; Schulze-Buschoff, Fn. 33; Schulze-Buschoff/Schmidt, ZAF 4/2005: 531.

37 Schulze-Buschoff, Fn. 33.

38 Vgl. Eichenhofer, DRV 2009, 293, 306; Bieback, Sozialer Fortschritt 1999: 166/7, 172 ff.; Betzelt, Konzeptvorschlag zur sozialen Alterssicherung Selbstständiger, Zentrum für Sozialpolitik, Universität Bremen, Januar 2004: 34 ff.; Leschke, WSI-Mitt. 2009: 383 ff.

39 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2006/2007, 2006: 269.

40 Schulze-Buschoff/Schmidt, ZAF 4/2005: 549.

c. Sicherung der Stabilität bestehender gesetzlicher Systeme

Die Sicherung der Stabilität i. S. der finanziellen Stabilität und Leistungsfähigkeit eines Zweiges der Sozialversicherung, insbes. der GKV und der GRV, hat das Bundesverfassungsgericht⁴¹ immer wieder als einen „überragend wichtigen“ Gemeinwohlbelang angesehen, um Eingriffe in die Grundrechte von Versicherten, Leistungsanbietern und auch Versicherern zu rechtfertigen (oben III, 1, a). 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. Ebenso wird das System – im Interesse aller Versicherungspflichtigen – stabilisiert und leistungsfähiger, wenn seine Mitgliedschaft sehr breit⁴² und gegenüber internen Veränderungen 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, bliebe es bei der schwankenden Abgrenzung zwischen PKV und GKV und es ginge immer um große Versiche-

rungseinheiten bis hin zu privaten Monopolen, was eine entsprechend intensive staatliche Regulierung voraussetzen würde (s. unten III, 3); würde die PKV weiterhin mit der GKV konkurrieren, müssten die Versicherungsbedingungen angeglichen werden oder es käme zu Risikoentmischungen zu Lasten des Systems, das eine stärkere soziale Orientierung hat.⁴³

(2) Schließlich wird unter „Stabilität“ auch die finanzielle Stabilität der Sozialversicherung verstanden.⁴⁴ 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 Selbstständigen durchschnittlich leistungsfähigere Personen einbezogen werden. Letzteres könnte sein, dürfte aber wohl nur eine kurzfristige Verbesserung der Finanzsituation in der GKV⁴⁵ bringen. Für ein negatives Ergebnis und fehlende Eignung gibt es aber keine Anhaltspunkte. Andererseits würde allein die (kurzfristige) finanzielle Stabilisierung der GKV kaum ausreichen, um eine Ausweitung der Versicherungspflicht als verhältnismäßig zu rechtfertigen, wenn diese Maßnahme nicht auch weitreichende und dauerhafte Veränderungen der Struktur bewirken würde.

(3) 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.⁴⁶ Plausibel ist dieses Argument nur, wenn die anderen Maßnahmen in ähnlicher Weise die Struktur der GKV sichern und genauso geeignet und weniger belastend und angemessener wären (BVerfGE 77, 84 (109); 81, 70 (91)). Das aber lässt sich mit einigermaßen großer Sicherheit nicht sagen, es müsste zumindest näher dargelegt werden.

41 In der GKV und PflVG zuletzt BVerfGE 123, 186 (240 und 264/5); 114, 196 (248); 103, 172 (184 f.). In der GRV zuletzt BVerfGE 122, 151 (183); BVerfGE 117, 272 (297); 116, 96 (125 ff.).

42 Ziems, Welche Gründe liefert die ökonomische Theorie für die Pflichtversicherung und die Versicherungspflicht?, in: Thomann (Hrsg.), Pflichtversicherung – ein Allheilmittel?, 2005: 3, 11, 12.

43 Jahn/Staudt/Wasem, Rückkehrer, Basistarif und Risikostrukturausgleich in der PKV Anmerkungen aus ökonomischer Sicht, in: Bieback (Hrsg.), Neue Mitgliedschaft in der Sozialversicherung, 2010: 153 ff.

44 Dettling, MedR 2006: 81, 84-86; Muckel, SGB 2004: 583.

45 Deshalb dürfte die Einbeziehung aller Selbstständigen auch nur zu einer sehr geringen Senkung des Beitrags in der GKV führen; ob dies „nachhaltig“ ist, lässt sich letztlich nicht feststellen, vgl. den Streit in BMGS (Hrsg.), Fn. 29, 143 ff. einerseits und 177, 180 andererseits; Langer u.a., 9-10/2004: 44.

46 Axer, Fn. 8, 1, 7; Eykmann, Fn. 14, 89; Brall/Voges, Fn. 6, 26-32; Dettling, GKV, MedR 2006: 81, 87 ff.

d. *Versicherungsverbund und die Finanzierung von Kollektivgütern*

(1) Die GKV bietet ein ganzes Paket von Versicherungsleistungen an: Zusätzlich zur Absicherung gegen das Risiko der Krankheit die Mitversicherung der Angehörigen, die Prävention und die Vertretung der Interessen der Versicherten sowie die Sicherung der Qualität der Leistungen auf den Märkten für Gesundheitsgüter. Diese Aufgaben gehören eng zusammen, bedingen sich oft. Es ist deshalb sinnvoller, sie in einer Versicherung zusammenzufassen.

(2) Die Defizite und Grenzen der Privatversicherung in der Prävention⁴⁷ 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.⁴⁸ Prävention ist eine Investition in die Allgemeinheit oder in die Versicherungsverhältnisse, die nur langfristig eine „Rendite“ verspricht.⁴⁹ Bei der Privatversicherung führt die Konkurrenz um die niedrigste Prämie dahin, eine so unsichere und vom Preis-Leistungs-Verhältnis her intransparente Maßnahme, wie die Prävention, nicht oder nur zum Teil, vor allem bei sicherem, kurzfristigem Erfolg (z. B. Impfungen) zu finanzieren.⁵⁰ Langfristige Investitionen in ein Versicherungsverhältnis, das jederzeit gekündigt werden kann, sind nicht rational und werden vermieden.⁵¹

Zudem ist die primäre, an die Allgemeinheit gerichtete Prävention durch Aufklärung und Verbesserung der allgemeinen Information und Verhaltensweisen, wie auch das starke Engagement der GKV in der Sicherung der Versorgung und Qualität der Leistungen, kaum zielgerichtet auf die eigenen Versicherten beschränkbar. Als Kollektivgüter sollten sie immer durch eine möglichst große Zahl derjenigen, die von ihnen profitieren, finanziert werden – was für eine Finanzierung über Steuern oder die gemeinsame (Selbst-)Verwaltung der GKV spricht.⁵²

e. *Einheitlicher, wettbewerbsorientierter Krankenversicherungsmarkt*

Ein allgemeiner Versicherungszwang in der GKV hat auch sozioökonomisch viele Vorteile.⁵³ Bei einer allgemeinen Verpflichtung, ein Mindestpaket und Mindestniveau abzusichern, werden gleiche Produkte auf dem Markt angeboten und dadurch kann 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. Notwendig wäre also eine Aufhebung der Pflichtversicherungsgrenze, mit ihren ungleichen Wirkungen (dazu sogleich unten III, 3, c).

47 Möller, ZFSH/SGB 2006: 464 sowie Frey, ZVersWiss 1968: 15 ff. und Walter Bogs, 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: 72 ff.

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

49 Vgl. die Diskussion in Gutachten 2000/2001 des Sachverständigenrates für die konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, BT-Drs 14/5660, Band I 2001: 73 ff.; Kohl/Carius, DRV 2003: 30, 48.

50 Vgl. zur Unwirtschaftlichkeit der Prävention für private Versicherungen ausführlich Busch, Eine ökonomische Analyse der gesetzlichen Unfallversicherung, 2005, Diss. Universität für Wirtschaft und Politik Hamburg, 2004: 104 ff., 164 ff.; Sokoll, BG, 1994: 706, 710; Grossfeld/Hübner, ZfgVersW 1977: 393, 398.

51 Zur ökonomischen Vorteilhaftigkeit langfristiger Versicherungsverhältnisse allg. v. Schulenburg, Ökonomie langfristiger Versicherungsverhältnisse, in: Männer (Hrsg.), Langfristige Versicherungsverhältnisse. Ökonomie, Technik, Institution, 1997: 21 ff.

52 Vgl. Ziems, Fn. 42, 3, 12/13.

53 Allg. Berner/Leisering/Buhr, Innenansichten eines Wohlfahrtsmarktes, KZfSS 2009, S. 56 ff. (zur Privatisierung der Altersvorsorge); Beiträge in Thomann (Hrsg.), Pflichtversicherung – ein Allheilmittel?, 2005, insbes. Christoph Ziems, Welche Gründe liefert die ökonomische Theorie für die Pflichtversicherung und die Versicherungspflicht?, S. 3-16, Kadelbach, Versicherungspflicht/Pflichtversicherung in Europa und anderswo: Ein internationaler Vergleich, 17-29; Krey, Wege aus der Krise – Alternativen zu Versicherungspflicht/Pflichtversicherung in der GKV, S. 45-58; Janas, Ist die gesetzliche Rentenversicherung als Pflichtversicherung noch zeitgemäß?, S. 59-71.

3. Probleme des Art. 3 Abs. 1 GG

Art. 3 GG verpflichtet den Gesetzgeber nicht nur dazu, Gleiches gleich, sondern auch, wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht allerdings an die Differenzierungspflicht des Gesetzgebers geringere Anforderungen gestellt und betont, der Gesetzgeber müsse nicht jede Ungleichheit berücksichtigen.⁵⁴

a. *Hinreichende Gleichheit innerhalb der Versicherten*

Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zur allgemeinen Versicherungspflicht in der Pflegeversicherung⁵⁵ und der KV⁵⁶ ließen es als Anknüpfungspunkt ausreichen, dass alle Personen gleichermaßen von einem existentiellen Risiko betroffen sind.⁵⁷ Unterschiede zwischen Gering- und Höherverdienenden spielen dabei keine Rolle.

Eine hinreichend starke Unterschiedlichkeit zwischen den abhängig Beschäftigten einerseits und den Selbstständigen 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 Selbstständigen“ (Landwirte, Künstler) in die Sozialversicherung und die GKV einzubeziehen. Dahinter, wie auch hinter der zunehmenden Bedeutung der Absicherung der „Neuen Selbstständigen“ steht die Erkenntnis, dass der größte Teil der Selbstständigen 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.

Bei gleichem Beitragssatz müssen Selbstständige 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 kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt.⁵⁸ Insgesamt gibt es aber eine Vielzahl konkreter Besonderheiten in der ökonomischen Lage Selbstständiger (andere Zusammensetzung des Einkommens, Netto- versus Bruttoeinkommen), so dass hier Regelungsbedarf bestehen wird und man dabei auf sehr unterschiedliche Vorbilder im gegenwärtigen Recht,⁵⁹ wie auf neue Modelle⁶⁰ zurückgreifen kann.

b. *Art. 3 Abs. 1 GG und die Steuerfinanzierung der GKV*

Unter Aspekten des Art. 3 Abs. 1 GG ist es ebenfalls problematisch, wenn staatliche Zuschüsse zu bestimmten Leistungen nur an die Sozialversicherung gezahlt werden. Bei der Überprüfung der Subventionen an Art. 3 Abs. 1 GG wird dem Gesetzgeber zwar ein großer Spielraum beim Zuschnitt der Subventionsempfänger und der Gleich-/Ungleichbehandlung Ausgeschlossener eingeräumt.⁶¹ 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

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

55 BVerfGE 103, 197, 223/224.

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

57 Zur Vereinbarkeit des sehr heterogene Katalogs der Versicherungspflicht Selbstständiger gem. § 2 Abs. 1 SGB VI mit Art. 3 Abs. 1 GG 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.

58 Schröder, Fn. 12, 271/2.

59 Kreikebohm, DRV 2009: 336; Jess, DRV 2009: 23. Zu Differenzierungen vgl. BVerfGE 103, 392.

60 Zu ihnen Schulze-Buschhoff, Die soziale Sicherung von selbstständig Erwerbstätigen in Deutschland, WZB discussion paper SP I 2006: 107, 18-21.

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

die Systeme und der Zweck allgemein sind, wie bei der staatlichen Finanzierung „versicherungsfremder“ Leistungen in der GKV (§ 221 SGB V) und der Mitversicherung von Kindern. 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, wenn das BSG über eine „verfassungskonforme Interpretation“ auch Nicht-Mitglieder an der Familienförderung in der GRV teilhaben lässt.⁶²

c. *Art. 3 Abs. 1 GG und die Pflichtversicherungsgrenze in der GKV*

Bisher wenig erörtert wurden die Probleme der Versicherungspflichtgrenze in der GKV,⁶³ die mit der Einführung einer allgemeinen Versicherungspflicht zur GKV aufgehoben würde. Bei der Versicherungspflichtgrenze wird den Personengruppen, die ein hohes Einkommen haben, ein Recht zur Optimierung ihres Versicherungsschutzes gegeben. Wenn es sich für sie z. B. wegen zahlreicher Familienangehöriger lohnt, können sie in der GKV bleiben, weshalb die Anzahl der Mitversicherten bei den freiwillig Versicherten erheblich höher ist als bei den Pflichtmitgliedern.⁶⁴ Lohnt es sich nicht, wechseln sie zur PKV. Dieses Wahlrecht der Einkommensstarken führt zu einer negativen Risikoselektion zu Lasten der Pflichtversicherten in der GKV im Verhältnis zur PKV; sie schwächt die nachhaltige Finanzierung der GKV

und verhindert eine einheitliche Wettbewerbsordnung zwischen den Anbietern von Leistungen der Krankenversicherung.⁶⁵ Innerhalb Europas ist ein solches Wahlrecht einmalig.⁶⁶ Auch unter Aspekten des „intertemporalen Ausgleichs“ ist die Versicherungspflichtgrenze schwer zu rechtfertigen. Viele Wahlberechtigte erreichen die höheren Einkommensgruppen, nachdem sie während des Studiums oder der Ausbildung, in den ersten Berufsjahren und in Zeiten der Familiengründung in der GKV am sozialen Ausgleich zu ihren Gunsten teilgenommen haben, dem sie sich nun in der aktiven Lebensphase mit hohem Einkommen entziehen dürfen.⁶⁷

Diese Ungleichbehandlung zwischen „Groß“- und „Niedrigverdienern“ lässt sich vor dem Gebot der Gleichbehandlung nicht rechtfertigen. Eine Lösung wäre sicherlich, jenseits der Pflichtversicherungsgrenze eine freiwillige Mitgliedschaft in der GKV grundsätzlich auszuschließen. Unter Aspekten des sozialen Schutzes insbesondere auch der Familie gem. Art. 6 Abs. 1 GG⁶⁸ wäre dies aber kaum zu legitimieren. Die Lösung, abhängig Beschäftigte mit hohen Familienlasten in den Solidarausgleich der GKV einzubeziehen, lässt sich bruchlos mit Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG nur vereinbaren, wenn man die Versicherungspflichtgrenze ganz beseitigt.

Auch die anderen Lösungen sind vielfältig.⁶⁹ Es liegt deshalb im Ermessensspielraum des Gesetzgebers, die „am wenigsten komplexe Lösung“,⁷⁰ die Aufhebung des dualen Systems durch

62 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.

63 Bedenken bei Greß/Leiber/Manouguian, WSI-Mitt 2009, 369; Giesen, NZS 2006, 449, 450/451; Bieback, ZSR 1993, 197, 200; Tegtmeyer, Konzept Sozialstaat und Sozialversicherungspflicht, in: 8. Speyerer Sozialrechtsgespräch, „Ausweitung der Sozialversicherungspflicht“? 1998, 81 ff., 102; Bieback, ZSR 1993, 197, 200; Sachverständigenrat der Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen 1997, 291 ff., Rz. 458 ff. und Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2004/05, 2004, BT-Drs. 15/4300 Ziff. 487 ff. Sehr allg. Schnapp/Kaltenborn, Fn. 8, 69/70.

64 Anita B./Martin Pfaff, Die Familie als Leistungsträger und Leistungsempfänger im Gesundheitswesen, in: Soziale Ausgestaltung der Marktwirtschaft, Festschrift für Heinz Lampert, 1995, 195 ff., 204.

65 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2004/05, 2004, BT-Drs. 15/4300 Ziff. 487 ff.; Greß/Leiber/Manouguian, WSI-Mitt 2009, 369 ff.

66 Greß/Leiber/Manouguian, WSI-Mitt 2009, 369; Thomson/Mossialos, Private health insurance in the European Union, LSE 2009, S. 14/15.

67 So auch die Kritik von Werner, Fn. 9, 185 f.; Greß/Leiber/Manouguian, WSI-Mitt 2009, 369

68 Vgl. zuletzt und m.w.N. BVerfGE 103, 242 (258 ff.). Kritisch bejahend m. w. N. Bieback, Fn. 12, 41 f.

69 Greß/Leiber/Manouguian, WSI-Mitt 2009, 369, 372-374.

70 Greß/Leiber/Manouguian, WSI-Mitt 2009, 369, 272/3.

Ausdehnung der Versicherungspflicht zur GKV und Beseitigung der Versicherungspflichtgrenze, zu wählen. Die anderen wären steuerungstechnisch sehr kompliziert und führten ebenfalls zu einer erheblichen Regulierung der PKV (einheitlicher Markt für alle Krankenversicherungen; duales System mit einer allgemeinen GKV als Basis; ausschließlich PKV). Nebenbei würde diese Lösung auch die erheblichen Wettbewerbsrestriktionen im Markt der PKV⁷¹ beseitigen.

4. Verhältnismäßige Alternative: Sozial regulierte private Pflichtversicherung oder Steuerfinanzierung?

(1) Zwar ließ sich mehrfach zeigen, dass die PKV „per se“ viele wichtige Ziele der GKV nicht bewirken kann. Einige von ihnen ließen sich aber durch eine starke Regulierung der PKV und/oder durch staatliche Subventionierung der Beiträge erreichen.⁷² Wie weit das gehen kann zeigen 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 Bundesverfassungsgericht hat die stark

eingreifende Regulierung der PKV und der privaten PflegeV für verfassungsgemäß angesehen.⁷³

Es liegt aber 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.⁷⁴ Bei der Prüfung der Erforderlichkeit von Eingriffen in die Grundrechte gewährt das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber zu Recht immer einen breiten Spielraum, um zwischen alternativen Eingriffen zu wählen, und der Gesetzgeber kann in der Regel nicht auf Eingriffe in anderen Bereichen verwiesen werden (zuletzt BVerfGE 123, 186, 243/4).

Ein „sozialer“ PKV-Tarif scheint nicht oder nur schwer realisierbar zu sein. Die PKV hatte einst den Basistarif selbst im Austausch für eine allgemeine Senkung der Pflichtversicherungsgrenze vorgeschlagen,⁷⁵ ihn aber jetzt so teuer kalkuliert,⁷⁶ dass die Beiträge bei den Höchstbeiträgen der GKV inklusive Pflegeversicherung liegen (ca. 325 Euro/Monat).⁷⁷ Der allgemeine Versicherungszwang hat im Basistarif nur zu 5.200 neuen Versicherten geführt, während der Neuzugang in der GKV 101.000 Personen betrug.⁷⁸ Ein Verhältnis von 1:20 dürfte kaum jene gerechte

71 Zu ihnen Albrecht u.a. (IGES)/Rürup, Die Bedeutung von Wettbewerb im Bereich der privaten Krankenversicherungen vor dem Hintergrund der erwarteten demografischen Entwicklung, 2010.

72 Allg. zu den vielfältigen Anforderungen an eine Einbeziehung der Privatversicherung in die soziale Sicherung Leube, NZS 2003: 449 ff.

73 BVerfGE 103, 197 (221 ff.); BVerfGE 103, 271 (288); BVerfGE 123, 186. Ausführlich Wallrabenstein, Versicherung im Sozialstaat, Tübingen 2009. A. A. Axer, Soziale Sicherheit vor neuen Grenzziehungen zwischen öffentlichem und privatem Recht, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd. 51, 2004: 111, 119-121; Isensee, Sozialversicherung über Privatversicherung, in: Meinhard Heinze/Jochem Schmitt (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Gitter, 1995: 401.

74 Im Ergebnis so auch Schröder, Fn. 12, 226 f.; Füsser, Fn. 12, 96-98.

75 Verband der privaten Krankenversicherung PKV (Hrsg.), PKV-Reformkonzept „Reformieren statt zerschlagen“ v. 15.6.2005: 11; Verband der privaten Krankenversicherung PKV (Hrsg.), Die private Krankenversicherung, Rechenschaftsbericht 2004: 124-127.

76 Zu Grunde gelegt wurden die Kopfschäden des sehr untypischen, modifizierten (früheren) Standardtarifs Vgl. Verband der privaten Krankenversicherung PKV (Hrsg.), Die private Krankenversicherung, Rechenschaftsbericht 2008: 145 ff.; Görs, in: Bieback (Hrsg.), Neue Mitgliedschaft in der Sozialversicherung, 2010: 163 ff.

77 BT-Drs. 17/548 und 2284; Spekker ZfSH/SGB 4/2010: 212; Greß/Walendzik/Wasem, Sozialer Fortschritt 2009: 147.

78 PKV (Hrsg.), Rechenschaftsbericht der privaten Krankenversicherung 2009, o.J., 2010: S.15/16; BMG (Hrsg.), Mitglieder, mitversicherte Angehörige und Krankenstand GKV, Jahresdurchschnitt 2009.

Verteilung der Lasten zwischen PKV und GKV sein, die der Gesetzgeber anstrebte⁷⁹ und das Bundesverfassungsgericht auszumachen meinte (BVerfGE 123, 186, 245).

(2) Sozialpolitisch mag man vertreten, dass sowohl der soziale Ausgleich wie auch die Aufgaben im Allgemeininteresse besser vom Staat und über

Steuern finanziert würden. Verfassungsrechtlich geboten ist dies nicht. Angesichts der anerkannten zahlreichen „Gewährleistungsverantwortungen“ des Staates, kann man von einer Aufgabe des Staates weder auf den Modus ihrer Erledigung noch der Finanzierung schließen.⁸⁰

79 So BT-Drs. 16/3100, 94/5.

80 Allg. Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 12, 761 ff. Für einen Kernbereich: Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002. Zur Diskussion um „versicherungsfremde Leistungen“ vgl. Schenkel, Fn. 5, 93, 116; Bieback, Festschrift 50 Jahre BSG, 2004: 117.

IV. Eingriff in die Grundrechte der Privaten Versicherungsunternehmen

Von der Ausdehnung der Versicherungspflicht zur GKV sind nicht nur die Versicherten, sondern auch die alternativen Anbieter von Privatversicherungen betroffen.

1. Art. 12 GG und 14 GG: Schutzbereich und Eingriff

Nach der klassischen Abgrenzungsformel, dass Art. 14 GG das Erworbene schützt, Art. 12 GG hingegen den Erwerb, also die zukünftige Möglichkeit gewerblicher Tätigkeit,⁸¹ betrifft die Ausdehnung der Pflichtversicherung zur GKV auf alle Selbstständigen vor allem die zukünftigen Geschäftsmöglichkeiten der PKV und damit ihre Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG.⁸² Erwerbs- und Gewinnchancen sowie tatsächliche Gegebenheiten, die für das Unternehmen von erheblicher Bedeutung sind, werden eigentumsrechtlich nicht dem geschützten Bestand des einzelnen Unternehmens zugeordnet.⁸³ Hier ist nur Art. 12 GG einschlägig. So hat es das BVerfG 2009 gerade für die Neugestaltung der Rechte in Vorsorgesystemen noch einmal im Urteil zur Gesundheitsreform 2007 bestätigt. Die Einführung der begrenzten Portabilität von Altersrückstellungen in der PKV hat es zu Recht bei den Neuverträgen als Einschränkung der Vertragsfreiheit anhand von Art. 12 Abs. 1 GG und bei den Altverträgen als Eingriff in den Bestand von Rechten anhand von Art. 14 Abs. 1 GG geprüft (BVerfG 123, 186 (252 ff., 258 ff.)). Zum Schutz der Altverträge siehe sogleich unter V.

a. Schutzbereich des Grundrechts

Die Grundrechte der betroffenen Unternehmen waren erstmals Gegenstand der Entscheidung der 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 4.2.2004 zur Erhöhung der Versicherungspflichtgrenze in der GKV⁸⁴ und dann wieder in der Entscheidung zur KV-Reform 2007 vom 10.6.2009 (BVerfGE 123, 186, 265). Dabei erörtert die Entscheidung von 2004 Schutzbereich und Eingriff umfassender als die von 2009.

(a) Entscheidung des BVerfG von 2004

(1) Einmal führte die Kammer aus,⁸⁵ dass sich zwar der Kreis der „möglichen Kunden“ und „potenziellen Versicherungsnehmer“ verringere, dies aber nur „mittelbar faktische Folgen von Regelungen, die Versicherte betreffen“ seien, die „für Unternehmen im Gesundheitssystem“ regelmäßig nicht am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen seien. Verwiesen wurde auf die Entscheidungen zu Regelungen des Leistungsrechts in der GKV, im Verhältnis Krankenkasse/Versicherte und eventuell Krankenkasse/Vertragsärzte, die private Leistungsanbieter nur „mittelbar faktisch“ betreffen, ihnen gegenüber „keine berufsregelnde Tendenz“ hätten und ihre Beeinträchtigungen nur ein „Reflex der auf das System der GKV bezogenen Regelung“ wären.⁸⁶

Kritisiert wird, das Bundesverfassungsgericht weiche damit von der sonst scharfen Überprüfung von Einschränkungen der beruflichen Frei-

81 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, Rz. 15 = BVerfGK 2, 283 (286).

82 Isensee, NZS 2004: 400; Papier, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der PKV, 1992, 18 ff.

83 BVerfGE 68, 193 (222 f.); 77, 84 (118); 81, 208 (227 f.); 105, 252 (278).

84 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!

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

86 BVerfGE 106, 275 (301 f.). Zur Rspr. des BVerfG zur Berufsfreiheit speziell der Leistungserbringer in der GKV Jaeger, NZS 2003: 225 und Steiner, MedR 2003: 1. Zur Kritik an dieser Rechtsprechung Hufen, Gesetzliche und private Kranken- und Pflegeversicherung – Eine Solidargemeinschaft?, in: Bitburger Gespräche Jahrbuch 2007 II, 2008: 147.

heit ab,⁸⁷ wozu auf den Normalfall der Rechtsprechung zur Regulierung der freien Berufe verwiesen wird. Diese Kritik übersieht einmal, dass das Bundesverfassungsgericht seine Prüfung wegen fehlender „berufsregelnder“ Tendenz auch in anderen Bereichen zurücknimmt, es sich also um einen allgemeineren Topos seiner Rechtsprechung handelt.⁸⁸ Zum anderen geht es bei den freien Berufen um direkte Regulierungen der beruflichen Tätigkeit, während sich bei der Regulierung der Sozialversicherung die Eingriffe auf das Verhältnis Sozialversicherung/Versicherungspflichtiger beziehen und dadurch erst die Unternehmen der Leistungserbringer bzw. die PKV betroffen sind, es also um mehrdimensionale Grundrechtsbeziehungen geht.

Die Kritik ist aber insoweit berechtigt, als unklar ist, wie die „mittelbare“ Beeinträchtigung „Dritt betroffener“ und die Mehrdimensionalität der Grundrechtsbetroffenheit zu behandeln ist.⁸⁹ Zwar kann auch die mittelbare Betroffenheit zu Grundrechtsbeeinträchtigungen führen, die auf ihre Verhältnismäßigkeit geprüft werden müssen.⁹⁰ Aber zumindest rechtfertigt diese Konstellation die Zurückhaltung bei der Überprüfung der Rechtspositionen der PKV, wenn es um Regulierungen der GKV geht.

(2) Zum anderen stellte die Kammer fest,⁹¹ dass die Veränderung der Versicherungspflicht zur GKV nur die „zukünftigen Erwerbsmöglichkeiten“ der PKV erfasse; dagegen und gegen Veränderungen des Marktgeschehens schütze aber Art. 12 GG nicht. Mit diesen Formulierungen weist das Gericht auf die Tatsache hin, dass sich die Berufsfreiheit der Versicherungsunternehmen immer in einem rechtlich geregelten Bereich entfaltet hat und durch ihn konstituiert wird. Insoweit handelt es sich bei diesen Regelungen nicht um „Eingriffe“ im klassischen Sinne, sondern um

Ausgestaltungen. Aber auch wenn man diesem Ansatz folgt, muss man grundrechtliche Beeinträchtigung beachten und prüfen,⁹² nur ist der Eingriff nicht als so gravierend anzusehen, d.h. die marktregulierenden Eingriffe des Staates können auch leichter als notwendig und angemessen gerechtfertigt werden.

(b) Neue Maßstäbe in der Entscheidung des BVerfG vom Juni 2009?

Im Urteil zum GKV-WSG hat das Bundesverfassungsgericht 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“ (BVerfGE 123, 186, 238f., 265). Gegenüber der Entscheidung von 2004 fehlt es einmal an der Differenzierung zwischen nur tatsächlicher mittelbarer Betroffenheit/berufsregelnder Tendenz einerseits und den Änderung der Rahmenbedingungen/Ausgestaltung andererseits. Ob das eine Aufgabe der vorherigen Rechtsprechung ist, lässt sich noch nicht sagen.⁹³

Gerechtfertigt ist diese andere Akzentsetzung 2009 aber durch die Besonderheiten im Verhältnis GKV/PKV. Immer gab es in der KV tatsächlich und rechtlich eine Zweiteilung der Versicherungspopulation zwischen der GKV und der PKV, mit – und das ist wichtig – einem weitgehend identischen Leistungsprogramm (s. unten IV, 1, c). Eine Erweiterung der Versicherungspflicht zur GKV geht fast immer zu Lasten der PKV und umgekehrt.

Soweit eine Beeinträchtigung des ganz allgemein definierten grundrechtlichen Schutzbereichs staatlichem Handeln kausal zugerechnet werden kann, sollte der Schutzbereich und der

87 Hufen, NJW 2004: 14; ders., Fn. 86, S. 147 ff., 153 f. Überspitzt wird nach Isensee die Regulierung der Privatversicherer zum „Kollateralschaden“ verharmlost, der hinzunehmen sei: Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 111, Rz. 63 ff.

88 So z.B. zum Steuerrecht BVerfGE 81, 108 (121/2); Schadensersatzrecht BVerfGE 96, 375; Belegungspflicht 2. Kammer 2. Senat v. 17.10.2007 – 2 BvR 1095/05 – DVBl 2007: 1555-1564 = BVerfGK 12, 308-340.

89 Sachs, in: Sachs, GG 5. Aufl. 2009, vor Art. 1 Rz. 83 ff. m. w. N.

90 So BVerfGE 111, 191 (213) Notarkassensatzung; BVerfGE 81, 108 (121/2).

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

92 So auch Wallrabenstein/Boucarde, MedR 2008: 415.

93 So aber Hufen, NZS 2009: 649 f. Vorsichtiger Butzer, MedR 2010: 283.

Eingriff nicht im Vorherein restriktiv über vage Begriffe wie „mittelbare Betroffenheit“ oder „Änderung der Rahmenbedingung“ restriktiv interpretiert. Sondern – wie 2009 – ein Grundrechtseingriff bejaht⁹⁴ und die aufgezeigten Besonderheiten bei der Analyse der Schwere des Eingriffs und vor allem der Rechtfertigung und Prüfung der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden.⁹⁵ Und in diesem Punkt lässt sich die neue Herangehensweise von 2009 mit der von 2004 vereinbaren. So hatte das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum GKV-WSG dann auch bei der Prüfung der Rechtfertigung des Eingriffs bei den Grundrechten der Versicherungsunternehmen vollständig auf die Gründe verwiesen, die auch die Ausdehnung der Versicherungspflicht gegenüber den Versicherten rechtfertigen (BVerfGE 123, 186, 265). Gerade dies ist eine Folge der Multidimensionalität der Regelung: Im Verhältnis zur PKV kann sie auch durch Regelungsziele gerechtfertigt werden, die an sich nur gegenüber den Versicherten verfolgt werden.

b. Art und Weise des Eingriffs, Eingriffsintensität

Einschränkungen der Berufsfreiheit werden nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹⁶ danach unterschieden, auf welcher Stufe der Berufsfreiheit die Regelung angreift. Bleibt es bei Beschränkungen der Berufsausübung können diese grundsätzlich durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert werden; Eingriffszweck und Eingriffsintensität müssen jedoch auch hier in einem angemessenen Verhältnis stehen. Hingegen sind objektive oder subjektive Berufswahlbeschränkungen – mit Abstufungen im Einzelnen – nur zum Schutz vor höchst-

wahrscheinlichen, schwerwiegenden Gefahren für überragende Gemeinwohlgüter⁹⁷ zulässig.

(a) Vollkrankenversicherer ein eigener Beruf?

Die Einführung einer umfassenden Versicherungspflicht zur GKV wird im Verhältnis GKV/PKV von einigen Autoren als ein Eingriff in die *Berufswahlfreiheit* angesehen, weil der PKV damit ein Geschäftsfeld total fortgenommen würde bzw. die Tätigkeit des „Privatkrankenversicherers“ nicht schlechthin, sondern auch schon die „Krankheitsvollversicherung“ ein eigenständiger, durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützter Beruf sei.⁹⁸

Bei der Bestimmung dessen, was ein Beruf ist, greift die ganz h. M. auf die „Verkehrsanschauung“ und die historische Entwicklung zurück.⁹⁹ Dabei geht man z. T. von dem Grundsatz aus, dass ein Beruf i. d. R. mehrere Tätigkeitsfelder umfasst.¹⁰⁰ Die Tätigkeit „Krankheitsvollversicherungsverträge“ zu verkaufen und zu verwalten ist aber nicht substantiell von der Ausbildung und Abwicklung her, von der Tätigkeit unterschieden, „Zusatz-“ oder „Teilverträge“ zu verkaufen. Vielmehr geht es nur um ein „Mehr“ („Voll-“) oder „Weniger“ („Teil-“ oder „Zusatz-“ Krankenversicherung) im Versicherungsschutz. Schon das spricht dagegen, hier von mehr als einem – allerdings sehr wichtigen – Tätigkeitsbereich innerhalb des breiteren Feldes „Private Krankenversicherung“ auszugehen.¹⁰¹ Faktisch verbleiben mit der Erwerbstätigenversicherung der PKV wichtige Berufsfelder (dazu sogleich).

Bisher ist das Bundesverfassungsgericht in seinen Urteilen zur Verschiebung der Versicherungspflichtgrenze zu Lasten der PKV immer von einem einheitlichen Beruf des privaten Krankenversicherers ausgegangen.¹⁰²

94 So BVerfGE 111, 191 (213) Notarkassensatzung; BVerfGE 81, 108 (121/2). Vgl. in Kritik an der Entscheidung von 2004 Wollenschläger/Krogull, NZS 2005: 237, 239 ff.

95 Sachs, in: Sachs, GG 5. Aufl. 2009, vor Art. 1, Rz. 85.

96 vgl. BVerfGE 123, 186 (238/9); BVerfGE 108, 150 (160); BVerfGE 103, 1 (10); BVerfGE 102, 197 (214).

97 Vgl. BVerfGE 97, 12 (32); 85, 360 (374).

98 Muckel, SGB 2004: 583, 675 f.; Brall/Voges, Fn. 6, 19-20; Dettling, MedR 2006: 81, 84; Isensee, NZS 2004: 400; Axer, Fn. 8, 1, 12; Beer/Klahn, SGB 2004: 13, 15; Schnapp/Kaltenborn, Fn. 8, 71 ff.

99 Vgl. BVerfGE 77, 85 (105 ff.); Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 12 Abs. 1 Rz. 52 ff.

100 Manssen, Fn. 99.

101 Schröder, Fn. 12, 299-305; Füsser, Fn. 12, 213 f.; Bieback, Fn. 12, 108-110. Schmidt, SGB 2004: 732, 734. Muckel, SGB 2004: 583, 675.

102 BVerfGE 123, 186 (238; 265); BVerfG 2. Kammer des Ersten Senats – 1 BvR 1103/03 – vom 4.2.2004, Rz. 20. So auch Schmidt, SGB 2004: 732, 734 und Fn. 109.

(b) Gravierender Eingriff in die Berufsausübung

Einen strengeren Maßstab muss man allerdings dann anlegen, wenn die Einschränkung der Berufsausübung so gravierend ist, dass sie einer Einschränkung der Berufswahl nahe- oder gleichkommt. Insbesondere dann, wenn die Regulierung die Berufsangehörigen zur Aufgabe des Berufs zwingt oder von der Wahl des Berufs abhält,¹⁰³ was sogar schon bei einer relativ leichten Anhebung der Versicherungspflichtgrenze und der daraus folgenden Beschränkungen des Kundenkreises der PKV der Fall sein soll.¹⁰⁴

Vom Feld der Krankheitsvollversicherung, das in den letzten Jahren ca. 75 Prozent der Beitragseinnahmen der PKV einbrachte,¹⁰⁵ verbleibt ihr das Segment der Krankenvollversicherung der Beamten, das in 2008 und 2009 fast 50 Prozent der Krankheitsvollversicherungen ausmachte.¹⁰⁶ Hinzu kommt das ständig wachsende Segment der Zusatzversicherungen.¹⁰⁷ Zudem muss eine Übergangsregelung sicherstellen, dass die alten Verträge weitergeführt werden können (s. unten V), das Geschäftsfeld also erst langsam schrumpft. Da die Krankheitsvollversicherung wie die Lebensversicherung abgewickelt werden muss und über die Altersrückstellungen individuelle Konten innerhalb gleicher altersmäßiger Versichertenkohorten gebildet werden, kann sie ohne Zufluss neuer Mitglieder durchgeführt werden (unten V, 2, b).¹⁰⁸ Man kann also nicht davon ausgehen, dass der Eingriff einer Beschränkung der Berufswahlfreiheit gleichkommt.¹⁰⁹

Wie mehrere Regelungen der Berufsausübung sich kumulativ zu einem schweren Eingriff¹¹⁰ bzw. einer Regelung der Berufswahl addieren können,¹¹¹ so kann eine Regelung der Berufsausübung gleichzeitig auch durch andere Regelungen wie-

der gemildert werden,¹¹² wie hier die Ausdehnung der Versicherungspflicht gemildert werden kann, durch die gleichzeitige Reduktion der Leistungen der GKV und den daraus folgenden neuen Möglichkeiten der PKV für Zusatzversicherungen. So ist der Prozess einer vorsichtigen Ausdehnung der Mitgliedschaft der GKV in den letzten Jahren begleitet worden durch eine Reduzierung der Leistungen der GKV, für die gleichzeitig private Zusatzversicherungen abgeschlossen und sogar von den Krankenkassen in Verbindung mit Unternehmen der PKV angeboten werden können (§ 194 Abs. 1a SGB V): Für den Ausfall durch die begrenzten Zuschüssen bei Brillen, Hörgeräten, Zahnersatz, etc. Diese neuen Zusatzversicherungen bestehen neben dem klassischen Feld der Zusatzversicherung für die Behandlung als Privatpatient und für das Krankentagegeld.

Butzer¹¹³ entnimmt dem Urteil von 2009 die Einschätzung, dass Bundesverfassungsgericht habe einen sehr schweren Eingriff in die Berufsausübung für möglich gehalten und nur aus tatsächlichen Gründen verneint und deshalb auch die Beobachtungspflicht angeordnet. Butzer kann das aber nur an den Ausführungen des Gerichts zu den direkten Regulierungen des Geschäfts der Privatversicherer belegen, der Regelung des Basis tarifs und teilweise der Portabilität. Für die eher mittelbare Betroffenheit durch die Änderung der Versicherungspflichtgrenze zur GKV finden sich keine entsprechenden Hinweise im Urteil.

(c) Fazit

„Krankheitsvollversicherer“ ist also kein eigener Beruf. Folglich ist die Etablierung des Monopols der GKV im Bereich der Krankenvollversicherungen nicht der stärkste Eingriff in die Berufsfrei-

103 Allg. vgl. BVerfGE 82, 209 (229) und 103, 172 (184); Mann in Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 12, Rz. 146 und Mannsen in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 12, Rz. 142 beide auch mit erheblicher Skepsis und Kritik.

104 Eykmann, Fn. 14, 101 f. m. w. N.; Muckel, SGB 2004: 583, 675/6; Beer/Klahn, SGB 2004: 13, 15; Schnapp/Kaltenborn, Fn. 8, 71 ff.; Butzer, MedR 2010: 283, 285 ff.; Egger, SGB 2003: 76, 78.

105 PKV (Hrsg.), Fn. 78, 20; PKV (Hrsg.), Zahlenbericht der privaten Krankenversicherung 2008/2009, o.J., 17. Dabei macht die reine GKV-Zusatzversicherung nur ca. 65 Prozent aller Zusatzversicherungen aus.

106 PKV (Hrsg.), Fn. 78, 13 f.; PKV (Hrsg.), Fn. 105, 28 f.

107 Zum stärkeren Wachstum der Zusatzversicherungen gegenüber der Krankheitsvollversicherung PKV (Hrsg.), Fn. 105, 91 f.

108 Albrecht u.a., Fn. 71, 31 ff.

109 Schröder, Fn. 12, 299-305; Füsser, Fn. 12, 213 f.; Bieback, Fn. 12, 108-110; Schmidt, SGB 2004: 732, 734.

110 So BVerfGE Rz. 238 („additiver Grundrechtseingriff“) unter Verweis auf BVerfGE 112.304 (319 f.) und BVerfGE 114. 196 (247).

111 Vgl. Hufen, NJW 2004: 14, 15 m.w.N. in Fn. 29.

112 Zur nicht einfachen Saldierung von Vor- und Nachteilen bei Grundrechtseingriffen vgl. Hey, AÖR 128, 2003: 226.

113 Butzer, MedR 2010: 283, 286 ff..

heit, eine objektive Schranke der Berufswahlfreiheit oder eine ihr gleichzustellende Regelung der Berufsausübung.

c. *Eingriffsgrenze: Bipolare Versicherungsverfassung?*

Einige Autoren leiten aus einer Zusammenschau der Kompetenznormen, dem Nebeneinander von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und Nr. 12 GG, und von Art. 12 und 14 GG sowie der traditionellen gesetzlichen Grenzmarkierung ab, dass das Grundgesetz von einer bipolaren Versicherungsverfassung von GKV und PKV, gar von ihrer Garantie ausgehe.¹¹⁴ Diese Auffassung wurde aber zu Recht von der verfassungs- und sozialgerichtlichen Rechtsprechung nicht aufgegriffen, noch fand sie in der Wissenschaft hinreichend Anhänger.¹¹⁵

Sie ist abzulehnen, da eine „Zusammenschau“ immer beliebige Akzentsetzungen erlaubt, der Unterschied von Kompetenznormen und Grundrechten vermengt wird, die Kompetenznormen über ihren eigentlichen Bedeutung Gehalt hinaus aufgeladen werden und eine differenzierte Prüfung der Schutzbereiche der Grundrechte und der Grundrechtseingriffe vermieden wird.

Zudem ist einfachgesetzlich bisher nur eine Variante der „Voll-Krankenversicherung“, die substitutive Krankenversicherung der Arbeitnehmer oberhalb der Pflichtversicherungsgrenze, abhängig von der Entwicklung der GKV, auf sie bezogen gewesen und von ihr geprägt. Nur sie ist als „Voll-Krankenversicherung“ vom Gesetzgeber anerkannt. Sie unterliegt – gerade wegen ihres Bezugs auf den sozialstaatlichen Standard der GKV – einer intensiven Regulierung (vgl. § 257 Abs. 2 bis 2b SGB V, § 12-12e VAG), die weit über die der allgemeinen privaten Krankenversicherung hinausgeht (§§ 178a ff. VVG).

Die Versicherungspflichtgrenze der GKV und damit auch das Verhältnis von GKV/PKV wurden in den letzten Jahrzehnten mehrfach in einer Weise geändert, die nur schwer ein Konzept erkennen und „Besitzstände“ entstehen lässt: 1970 von einem festen Wert auf eine dynamische Formel (75 Prozent der Beitragsbemessungsgrenze der GRV) umgestellt,¹¹⁶ 1988 auch auf die Arbeiter ausgedehnt, bei gleichzeitiger Erschwerung der freiwilligen (Weiter-) Versicherung,¹¹⁷ blieb 2002 von dem Plan, die Grenze auf die Beitragsbemessungsgrenze der GRV anzuheben, nur übrig, dass sie von der Beitragsbemessungsgrenze der GRV abgekoppelt, leicht erhöht und mit der Steigerungsrate der Bruttolöhne dynamisiert wurde.¹¹⁸ Seit 2007 werden Versicherte nach Überschreitung der Grenze noch für drei weitere Jahre im System festgehalten,¹¹⁹ was die neue Regierungskoalition wieder ändern will.

Statt von einer „Friedensgrenze“¹²⁰ sollte man eher von einem sehr dehnbaren Waffenstillstand ausgehen, bei dem – berücksichtigt man die große Veränderung von 1988 – der Kreis der Versicherungspflichtigen auch zu Lasten der GKV reduziert wurde. Es mutet deshalb seltsam an, wenn verfassungsrechtliche Gutachten zum Ergebnis kommen, der vorherige Stand der Grenzziehung sei (gerade noch) verfassungsgemäß, die neue Korrektur zu Gunsten der GKV aber verfassungswidrig.¹²¹

d. *Schutz des „Geschäftsmodells“ der Privatversicherung*

In der Entscheidung von 2009 zur KV-Reform 2007 wurde im Verfahren mehrfach vorgetragen, das „Geschäftsmodell“ der PKV¹²² sei gefährdet bzw. würde unmöglich gemacht. Bei der Analyse der Schwere des Eingriffs in Art. 12 GG hat

114 Heinze, ZgesVersW 2000: 243 ff. m.w.N.

115 Vgl. die Kritik bei Schröder, Fn. 12, 122-124 und 314 f. m. w. N.; Schnapp/Kaltenborn, Fn. 8, 24-30 und Schenkel, Fn. 5, 92 ff.

116 2. GKV-Änderungsgesetz 1970 BGBl I 1770.

117 GRG 1988, BGBl I 2477.

118 BeitragssicherungsG 2002, BGBl 2002 I 4621

119 GKV-WSG 2007, BGBl 2007 I 378.

120 Schnapp/Kaltenborn, Fn. 8; dazu krit. Spellbrink, NZS 2002: 142.

121 Vgl. Schnapp/Kaltenborn, Fn. 8; Bethge/von Coelln, VSSR 2004: 199; Sodan, NJW 2003: 1761; ders., Finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung und Grundrechte der Leistungserbringer, 2004.

122 BVerfGE 123, 186 (203, 212, 215, 217/8), 239/40.

das Bundesverfassungsgericht diesen Vortrag auch aufgegriffen, ihn aber vom Tatsächlichen her verneint (BVerfGE 123, 186, 239/40, 241, 266). Ob und wie damit aus Art. 12 GG eine Garantie dieses „Geschäftsmodells“ folgt, hat das Bundesverfassungsgericht nicht erörtert; es hat zum Schluss betont, dass dann, wenn das „eigentliche Hauptgeschäft“ der PKV durch das Zusammenwirken unterschiedlicher Regulierungen „ausgezehrt“ werde, das Gericht erneut zu prüfen habe (BVerfGE 123, 186, 266).

Hieraus eine allgemeine Garantie der PKV im Verhältnis zur GKV zu entnehmen,¹²³ übersieht nicht nur diese vorsichtigen Formulierungen und die Zurückhaltung des Gerichts, sondern auch den Kontext. Es ging um konkrete Regulierungen der PKV, um Abschlusszwang und Eingriffe in ihre Tarifgestaltung. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt den Reformen von 2007, dass das duale System und die Funktion der PKV in ihm gestärkt werden sollte (BVerfGE 123, 186, 245). Das ist eine – zumal nicht einfache – Rekonstruktion der gesetzgeberischen Ziele, aber keine Aussage zur verfassungsrechtlichen Garantie des status quo.¹²⁴

Noch in einem anderem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht formuliert, dass es eine gewisse Kontinuitätsgarantie für die private Versicherung geben könne, wenn sie durch die soziale Regulierung stärker von „Umlageelementen“ abhängen würde und dann auf nachwachsende Generationen angewiesen sei.¹²⁵ Dafür gibt es aber bisher keine Anhaltspunkte, da sich an dem Modell der Prämienkalkulation und den Altersrückstellungen nichts geändert hat.

2. Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsausübung

Wie gezeigt ist dem Ansatz der 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts¹²⁶ vom 4.2.2004 (oben IV, 1, a) insoweit zuzustimmen, als er deutlich macht, dass die Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit der Versicherungsunternehmen an den Notwendigkeiten einer Regulierung der Vorsorge der direkt betroffenen Bürgern zu messen ist. Das ist auch der Ansatz des Urteils von 2009 zum GKV-WSG, das zur Rechtfertigung der Neuregelung der Pflichtversicherungsgrenze gegenüber den Privatversicherungen einfach auf die Ausführungen zur Rechtfertigung der Neuregelung gegenüber den Pflichtversicherten verweist.¹²⁷ Was zum Schutze der Bürger legitim und notwendig ist, ist durch vorrangige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Diese Gründe müssen auch gegenüber den Grundrechten der Privatversicherer Geltung beanspruchen. Ist die Ausdehnung der Versicherungspflicht auf alle Erwerbstätigen zwar gegenüber den Bürgern verfassungsgemäß, ließe man sie aber an den Grundrechten der Privatversicherer scheitern, dann hieße das, den sozialstaatlich legitimen Schutz der Bürger von den zukünftigen Erwerbsinteressen der Privatversicherer abhängig zu machen.¹²⁸

Dabei kann man die mit der Erweiterung der GKV verfolgten Ziele nicht auf den Anlass der Diskussion der Jahre 2004-05, die finanzielle Stabilisierung der Sozialversicherung, reduzieren.¹²⁹ Vielmehr muss man alle objektiv legitimen Ziele heranziehen und denen kommt – wie unter III dargelegt – ein überragend hoher Stellenwert zu.

123 Vgl. Schulte, PKVpublik Juli 2009, 8 f.; Vorsichtig Butzer, MedR 2010: 283, 284.

124 So auch Butzer, MedR 2010: 283, 284 ff. und 288 ff., allerdings in Kombination mit angeblichen Indizien für hohe Anforderungen an die Regulierung wegen Eingriffs in die Berufswahl.

125 So hypothetisch BVerfGE 103, 271 (293) mit der Forderung, dass dann die Kindererziehung bei den Prämien mit zu berücksichtigen wäre.

126 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.

127 BVerfGE 123, 186 (265/6). Insgesamt vgl. Bieback, Fn. 12, 110-112.

128 Vgl. Jaeger, NZS 2003: 231 ff.

129 So beschränkt und deshalb ablehnend: Papier, Fn. 82, 22; Isensee, Finanzverfassung und Sozialrecht, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Band 35, Sozialfinanzverfassung, 1992: 7, 19 f.; Brall/Voges, Fn. 6, 25 ff.; Dettling, MedR 2006: 81, 84-86.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Zielen, effektiver Schutz vor dem existenziellen Risiko der Krankheit¹³⁰ und Stabilisierung der GKV¹³¹, den Rang eines „überragend wichtigen Gemeinschaftsguts“ eingeräumt, das die stärkste Einschränkung der Berufsfreiheit, die objektive Einschränkung der Berufswahl, rechtfertigen kann. Das so hoch bewertete Stabilisierungsziel hat auch in den Entscheidungen um die Neujustierungen zwischen der GKV und PKV eine wichtige Rolle gespielt.¹³² Dabei ist nach hiesiger Ansicht nicht nur die finanzielle Stabilität der GKV zu betonen, sondern auch die Stabilität der Versicherung überhaupt und ihre Neutralität gegenüber den sozioökonomischen Entwicklungen.

Geht man, wie hier abgelehnt, von einer Einschränkung der Berufswahlfreiheit aus, dann muss die Ausdehnung der GKV auch ein „unerlässliches“ Mittel sein, um „schwere und höchstwahrscheinliche Gefahren“¹³³ von diesen überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern abzuwehren. Dies erfordert einmal eine ziemlich sichere Prognose der Gefahren. Sie ist möglich,

denn schon seit langem gibt es die Flexibilisierung des Arbeitseinsatzes und des Arbeitsstatus. Eine Vergrößerung der Solidargemeinschaft ist das einzige und unerlässliche Mittel, um diese Gefährdungen einzudämmen.

Bei der Überprüfung der hier anzustellenden Prognosen verwendet das Bundesverfassungsgericht, 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.¹³⁴ Es gibt keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass durch die Ausweitung der Versicherungspflicht auf Selbstständige die Geschäftstätigkeit der Privatversicherer in einem Maße beeinträchtigt wird, dass sie ihre Geschäftstätigkeit ganz aufgeben müssen. Andererseits kann als sicher gelten, dass die mit der Erwerbstätigenversicherung angestrebte bessere Absicherung der Versicherten erreicht werden wird.

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

131 BVerfGE 82, 209 (230); 77, 84 (107); 70, 1 (29); 68, 192 (218).

132 BVerfGE 123, 186 (263) Ausdehnung Versicherungspflicht GKV und BVerfGK 2, 283 (287/8) „Der Gesetzgeber (kann) den Mitgliederkreis von Pflichtversicherungen so abgrenzen, wie es für die Begründung einer leistungsfähigen Solidargemeinschaft erforderlich ist“ 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).

133 Vgl. BVerfGE 63, 266 (268 ff.).

134 So zuletzt BVerfGE 123, 186 (241/2) unter Verweis auf BVerfGE 50, 290 (332 f. m.w.N.).

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

1. Schutz durch Art. 14 Abs. 1 GG

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 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- und Gewinnchancen¹³⁵ (s. oben IV, 1). Deshalb ist auch die zukünftige Erwartung, die bisherigen Kunden, den „Kundenstamm“ – als 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 Bundesverfassungsgericht bisher immer dahingestellt sein lassen, ob Art. 14 GG auch einen Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs der Versicherungsunternehmen beinhaltet; selbst wenn das der Fall wäre, beträfe dies auch nur den Schutz der schon erworbenen Rechtsgüter und Positionen.¹³⁶

2. Schutzbereich und Eingriff

a. Direkter Eingriff – Enteignung

Würde die wirtschaftliche Substanz dieser Rechte und Rechtspositionen den Betroffenen für öffentliche Zwecke entzogen, liegt nach heute einhel-

liger Ansicht¹³⁷ eine entschädigungspflichtige Enteignung vor. Jedoch ändert die Ausweitung der Versicherungspflicht an der Zuordnung und dem weiteren rechtlichen Bestand sowie der Nutzung der Altverträge nichts; wie man deshalb eine Enteignung bejahen kann,¹³⁸ bleibt ohne Begründung.¹³⁹

Eventuell kann der Gesetzgeber im Rahmen einer Regulierung der Privatversicherungen besondere Kündigungsrechte, Ansprüche auf Umgestaltung, etc. einführen. Ebenfalls möglich ist es, die Altverträge in die neue Mitgliedschaft so zu überführen, dass ihre Funktion, Zuordnung und Substanz erhalten bliebe. Dazu gibt es zahlreiche Vorschläge.¹⁴⁰

b. Indirekter Eingriff – Enteignung oder Ausgestaltung

Die sofortige Ausdehnung der Versicherungspflicht auf alle selbstständig 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. Beeinträchtigt das auch die Fortführung der alten Verträge?

Das Versicherungsvertrags- und Versicherungsaufsichtsgesetz zwingen die Versicherungsunternehmen bei den Krankenvollversicherungen und der substitutiven Krankenversicherung Altersrückstellungen zu bilden und dadurch eine

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

136 BVerfG 123, 186 (259 mwN). A.A. unter Berufung auf eine H. M. Brall/Voges, Fn. 6, 33.

137 Seit BVerfGE 58, 300 (330 ff.) Nassauskiesungsbeschluss. Vgl. BVerfGE 104, 1 (9); BGHZ 120, 38 (42).

138 So ohne Begründung Axer, Fn. 8, 1, 8 f.

139 Ablehnend: Schröder, Fn. 12, 203-205 und 311-315; Füsser, Fn. 12, 24 ff.

140 Albrecht u.a. (Hrsg.), Modelle einer integrierten Krankenversicherung, 2006, darin auch: Bieback/Brockmann/Goertz, Die Einbeziehung der Alterungsrückstellungen der PKV in die erweiterte GKV, 143-206.

grundsätzlich gleichbleibende Prämie zu gewährleisten, damit die Prämien nicht wegen des Alterungsprozesses, sondern nur wegen des allgemeinen Faktors, wie der steigenden Kosten der Leistungsanbieter steigen (§§ 178g, 203 Abs. 2 und 3 VVG iVm. §§ 12 ff. VAG). Ein entsprechendes Vermögen muss als Sicherungsvermögen des Unternehmens vorhanden und vor Zugriff geschützt sein (§ 66 Abs. 1, Abs. 1a Nr. 3, Abs. 2 und § 77 Abs. 1 VAG). Auch wenn neue Versicherte fortbleiben, können also bestehende Verträge fortgeführt werden. Ein Eingriff in Art. 14 GG scheidet insoweit aus.¹⁴¹

Wenn Zweifel dahingehend geäußert werden, dass diese Rücklagen tatsächlich nicht ausreichen und die PKV-Unternehmen wie ein Umlagesystem auf den ständigen Zustrom neuer Versicherter angewiesen seien,¹⁴² die vielgelobten Vorteile des Systems der PKV, die Bildung von Kapitalrücklagen, träfen also gar nicht zu, so wäre dies erst einmal genauer zu verifizieren; auch pauschale Behauptungen wie im Verfahren 2004 vor dem Bundesverfassungsgericht¹⁴³ genügen nicht. Gegen diese Szenarien spricht zudem, dass es zur Praxis der PKV gehört, alte Tarife nicht mehr zu bewerben und auslaufen zu lassen,¹⁴⁴ ebenso wie Tarife auch offiziell geschlossen wurden.¹⁴⁵

(2) Ein Eingriff in bestehende Vorsorgeverhältnisse und damit in Eigentumspositionen *der Versicherten* (wie noch mittelbarer *der Versicherer*) könnte darin liegen, dass die neuen Beitragspflichten zur GKV den Versicherten keine bzw. nicht hinreichende finanzielle Mittel übrig lassen, um ihr privates Versicherungsverhältnis z. B. als Zusatzversicherung weiterzuführen, so dass

sie erworbene Anwartschaften verlieren könnten.¹⁴⁶

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 ein, 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, gibt es nicht,¹⁴⁷ es sei denn, es handele sich um eine „Erdrosselungsabgabe“.¹⁴⁸ Das BVerfG hatte zwar einmal so etwas wie einen „Halbteilungsgrundsatz“ aufgestellt (BVerfGE 93, 121 ff., 165 ff.), aber ihn nicht weiter geführt;¹⁴⁹ er wäre auch nur schwer auf Sozialversicherungsbeiträge zu übertragen, die ja anders als Steuern eine konkrete Gegenleistung gewähren. Deshalb hatten auch die 2. und 3. Kammer des 1. Senats des BVerfG 1990 und 2007 entschieden, dass es kein Verstoß gegen Art. 14 GG sei, wenn eine neue Pflichtmitgliedschaft in der Sozialversicherung die Weiterführung alter privater Vorsorgeverträge erheblich erschwere.¹⁵⁰

(3) Allerdings könnte etwas anderes gelten, wenn es sich um die Konkurrenz weitgehend *zweckidentischer Aufwendungen* handelt. Wer sich langfristig gebunden und erhebliche Mittel investiert hat, um einen Vorsorgeschutz aufzubauen, dessen vorherige Investition in die private Vorsorge wird

141 So auch BVerfGE 123, 186 (231/2) in Bezug auf die einzelnen Versicherten.

142 So der Sachverständigenrat für die konzertierte Aktion im Gesundheitswesen: Gutachten 2003, BT-Drs. 15/530, Rz. 105; BMGS (Hrsg.), Fn. 29, 167; ähnlich Wallrabenstein, SGB 2004: 24, 26.

143 BVerfG 2. Kammer des Ersten Senats – 1 BvR 1103/03 – vom 4.2.2004 unter: <http://www.bverfg.de/entscheidungen>, Rz. 34 = BVerfGK 2, 283 (289).

144 Albrecht u.a. (IGES)/Rürup, Fn. 71, 43 f. Dies ist dem Verfasser in seinen mehr als 40 Jahren Mitgliedschaft in der PKV schon zweimal geschehen.

145 Albrecht u.a. (IGES)/Rürup, Fn. 71. So die Postbeamtenkrankenkasse und die Krankenversorgung der Bundesbahnbeamten, vgl. Verband der privaten Krankenversicherung, Jahresbericht 2001/2002, 2003: 22.

146 Muckel, SGB 2004: 672, 674; Füsser, Fn. 12, 235; Schnapp/Kaltenborn, Fn. 8, 40 f.

147 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; Füsser, Fn. 12, 32 ff.

148 BVerfGE 29, 402 (413); 70, 219 (230); 75, 108 (154); 76, 130 (141); 81, 108 (122); 82, 159 (190). Arndt/Schumacher, NJW 1995: 2603, 2604; Wellkamp, SuP 2000: 496, 500.

149 BVerfGE 115, 97 (108); Sacksofsky, NVwZ 2006: 661.

150 2. Kammer v. 25.09.1990 – 1 BvR 907/87 – NJW 1991: 746 und 3. Kammer v. 26.6.2007 SGB 2008: 476.

entwertet, wenn er zu einer weitgehend identischen Sicherung gezwungen wird. Hier Schutz über Art. 14 GG zu gewähren käme einer Garantie der Sinnhaftigkeit von Investitionen und Verträgen gleich, was in einem Wettbewerbssystem nicht möglich ist. Auch dieser Ansatz führt letztlich zu einem Schutz des Vermögens vor öffentlichen Abgaben.¹⁵¹

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 Versicherungsfreien in die Regelung ihrer Versicherungsfreiheit keinen hinreichend vertrauensstiftenden objektiven Anknüpfungspunkt. Einmal sind die Versicherten durch Gesetz gezwungen, über die Altersrückstellungen langfristig in ihre PKV-Verträge zu investieren (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 VAG; Beitragszuschlag gem. § 12 Abs. 4a VAG). Zudem zwingen sie die Regelungen der KV-Reform von 2007, einen privaten, auf lange Frist angelegten Krankenversicherungsvertrag mit einem Standardleistungsspektrum abzuschließen und alle Versicherungsunternehmen, dieses Vertragsangebot auch anzunehmen. Deshalb muss man den Betroffenen einen besonderen Vertrauensschutz am Erhalt dieses Vorsorgevertrages zuerkennen.

3. Verhältnismäßigkeit des Eingriffs/ der Ausgestaltung

Selbst wenn man einen Eingriff unterstellt, ist aber die Ausdehnung der Versicherungspflicht eine gerechtfertigte Ausgestaltung des Eigentums. Zwischen GKV und PKV hat es immer eine Grenzregelung durch den Gesetzgeber gegeben soweit es um dasselbe Geschäftsgebiet ging. Man wird

aber aus den schon in Teil III, 3 genannten Gründen die neue Grenzziehung durch Ausweitung der Versicherungspflicht zur GKV als verhältnismäßig ansehen.

Nur dort, wo es schützenswerte konkrete Altverträge gibt, muss über ein Übergangsrecht Bestandsschutz gewährt werden. Die gesetzgeberischen Ziele lassen sich auch erreichen, wenn die bestehenden Verträge mit der PKV fortgeführt werden können. Deshalb ist eine Übergangsregelung notwendig.¹⁵² Vorbilder für eine Überleitung der Versicherten in die neue Erwerbstätigenversicherung, 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).¹⁵³

(2) Von der neuen Rentenversicherungspflicht für Solo-Selbstständige 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 hatten, die (a) auch Leistungen bei Erwerbsminderung und für Hinterbliebenen vorsah *und* (b) mindestens so viele Beiträge erforderte, wie zur GRV zu zahlen wären.¹⁵⁴

(3) Das letztere Modell ist eine erweiterte und modernisierte Fassung der Befreiung bei Aufhebung der Versicherungspflichtgrenze in der GRV von 1967¹⁵⁵ 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.¹⁵⁶

151 Vgl. auch Füsser, Fn. 12, 32-35.

152 Rische, DRV 2009: 285, 291; Schröder, Fn. 12, 202 ff. und 309 f.; Bieback, Fn. 12, 106 f., 113.

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

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

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

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

Kommentar von Dr. Carola Reimann, MdB

Die Expertise von Professor Bieback trägt den Titel „Ausweitung des Pflichtversicherungskreises in der GKV“. Dies macht deutlich, dass die Expertise weiter gefasst ist als der Titel des Workshops „Weiterentwicklung der sozialen Sicherung für Solo-Selbstständige“.

In der Expertise von Professor Bieback geht es nicht nur um die Krankenversicherung von Solo-Selbstständigen, sondern um die verfassungsrechtlichen Fragen einer Abschaffung der Versicherungspflichtgrenze und den Einbezug aller Selbstständigen in die gesetzliche Krankenversicherung (GKV).

Zunächst zum Problem des unzureichenden Schutzes von Solo-Selbstständigen in der gesetzlichen Krankenversicherung:

Selbstständige werden in der GKV als freiwillig Versicherte geführt. Bei der Festsetzung ihres Beitrags wird ein Mindesteinkommen angenommen. Damit soll vermieden werden, dass sich eigentlich gut verdienende Selbstständige gegenüber ihrer Krankenversicherung „arm rechnen“ können. Diese Regelung wird jedoch der wirtschaftlichen Lage von Solo-Selbstständigen nicht gerecht. Solo-Selbstständige sind Menschen, die ohne eigene Angestellte selbstständig arbeiten. Solo-Selbstständige findet man v. a. in Branchen wie Kultur und Medien, aber auch Dienstleistungen. Diese Selbstständigen erreichen oft geringere Einkommen als die in § 240 SGB V gesetzlich festgelegten Mindesteinkommen für Selbstständige. Das geringste anzunehmende Einkommen ist dort mit 1.277,50 Euro festgelegt; das ergibt einen Beitragssatz von über 190 Euro.

Die hohe Mindestbeitragsbemessungsgrenze führt zu einer überproportionalen Belastung der Solo-Selbstständigen. Der einheitliche Satz zur

GKV von derzeit 14,9 Prozent wird bei besonders geringen Einkommen häufig deutlich überschritten.

Ziel muss sein, die Beiträge zur GKV auch für die Bevölkerungsgruppe Solo-Selbstständige bezahlbar zu machen.

Die Lösung des Problems kann langfristig nur die Einführung einer Bürgerversicherung sein. Das SPD-Konzept der Bürgerversicherung basiert auf Eckpunkten, die bereits 2004 vorgelegt wurden. Grundprinzip der Bürgerversicherung ist, dass alle Bürger entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit zur Finanzierung unseres Gesundheitswesens beitragen. Über einen Bürgerversicherungstarif, den sowohl gesetzliche als auch private Krankenversicherungen anbieten müssten, würden beide in eine nachhaltige Finanzierung des Gesundheitswesens einbezogen werden. Zudem würden neben lohnbezogenen Beiträgen auch andere Einkommen, wie z. B. Kapitaleinkommen bei der Beitragsberechnung berücksichtigt werden.

Zur Konkretisierung des Konzeptes der Bürgerversicherung hat die SPD eine Arbeitsgruppe eingesetzt. Diese wird ihr Ergebnis voraussichtlich im Frühjahr 2011 vorlegen. Das Konzept wird 2011 auf dem Bundesparteitag der SPD vorgestellt.

Professor Biebacks Expertise befasst sich genau mit dem Thema Erweiterung der GKV zur Erwerbstätigenversicherung:

- Professor Bieback geht der sozialpolitischen und verfassungsrechtlichen Frage nach, was eine allgemeine Versicherungspflicht zur GKV gerade im Verhältnis zur PKV rechtfertigt und ob eine solche Einschränkung des Tätigkeitsfelds der PKV verfassungsgemäß ist.

- Europarechtlich ist eine allgemeine Versicherungspflicht unter Ausschluss privater Versicherungen zulässig, wenn die öffentliche Zwangsversicherung durch Elemente des sozialen Ausgleichs geprägt wird. Dies ist bei der GKV der Fall.
- Eine allgemeine Versicherungspflicht zur GKV greift in die „Vorsorgefreiheit“ der Erwerbstätigen ein und muss verhältnismäßig, insbesondere notwendig und zumutbar, sein.
 - Die allgemeine Versicherungspflicht zur GKV ist zulässig, um den sozialen Ausgleich zu verallgemeinern (vom Bundesverfassungsgericht immer verfassungsrechtlich gerechtfertigt). „Es ist auch unter dem Aspekt der Gleichbehandlung nicht zu akzeptieren, dass sich gerade die Höherverdienenden oberhalb der Versicherungspflichtgrenze der GKV (2010: 49.950 Euro jährlich) dem Sozialausgleich entziehen können, gleichzeitig aber zwischen GKV und PKV wählen und ihren Versicherungsschutz zu Lasten der Pflichtversicherten optimieren können.“
- Durch eine Erwerbstätigenversicherung kann die GKV von den Verwerfungen des Arbeitsmarktes abgekoppelt werden. Es gäbe keine negativen Verteilungswirkungen der Versicherungspflichtgrenze mehr, die Finanzierung der zahlreichen externen Effekte der GKV würden gerechter gestaltet und es gäbe mehr Wettbewerb zwischen den Versicherern.
- Die Ausdehnung des Kreises der Versicherten der GKV auf Solo-Selbstständige ist eine Regelung der Berufsausübung der PKV-Unternehmen, nicht aber der Berufswahl, weil ihnen die großen Geschäftsfelder Krankheitsvollversicherung der Beamten und Zusatzversicherung erhalten bleiben.
- Aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG folgt ein Schutz der Altverträge, die weitergeführt werden müssen.

Der Autor

Prof. Dr. Karl-Jürgen Bieback

Fakultät für Rechtswissenschaft
Universität Hamburg



Neuere Veröffentlichungen der Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik

Wirtschaftspolitik

Wirtschaftspolitische Konsequenzen aus der Krise

WISO Diskurs

Wirtschaftspolitik

Soziales Wachstum gegen die Schuldenkrise

WISO Diskurs

Wirtschaftspolitik

Wieder Wohlstand für alle – Politik für eine integrierte Arbeitsgesellschaft

WISO direkt

Nachhaltige Strukturpolitik

Exporte um jeden Preis? Zur Diskussion um das deutsche Wachstumsmodell

WISO direkt

Europäische Wirtschafts- und Sozialpolitik

Europas unterschätzte Ungleichheit

WISO direkt

Steuerpolitik

Welche Steuerpolitik gehört zum „sozialdemokratischen Modell“?

WISO direkt

Arbeitskreis Mittelstand

Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz – Förderungsgesetz für KMU?

WISO direkt

Gesprächskreis Verbraucherpolitik

Was die Verbraucherpolitik von der Verhaltensökonomie lernen kann

WISO direkt

Gesprächskreis Verbraucherpolitik

Was die Verbraucherpolitik wissen sollte – Handlungsfelder der Verbraucherforschung

WISO direkt

Arbeitskreis Innovative Verkehrspolitik

Eckpfeiler einer zukünftigen nachhaltigen Verkehrspolitik

WISO Diskurs

Arbeitskreis Stadtentwicklung, Bau und Wohnen

Das Programm Soziale Stadt

Kluge Städtebauförderung für die Zukunft der Städte

WISO Diskurs

Gesprächskreis Sozialpolitik

Rückkehr zur lebensstandardsichernden und armutsfesten Rente

WISO Diskurs

Gesprächskreis Arbeit und Qualifizierung

**Bedarfsbemessung bei Hartz IV
Zur Ableitung von Regelleistungen auf der Basis des „Hartz-IV-Urteils“ des Bundesverfassungsgerichts**

WISO direkt

Gesprächskreis Arbeit und Qualifizierung

**Perspektiven der Erwerbsarbeit:
Facharbeit in Deutschland**

WISO Diskurs

Arbeitskreis Arbeit-Betrieb-Politik

Die Mitbestimmung im Kontext europäischer Herausforderungen

WISO direkt

Arbeitskreis Dienstleistungen

**Arbeitsplatz Hochschule
Zum Wandel von Arbeit und Beschäftigung in der „unternehmerischen Universität“**

WISO Diskurs

Gesprächskreis Migration und Integration

Wirkungen der Zuwanderungen aus den neuen mittel- und osteuropäischen EU-Staaten auf Arbeitsmarkt und Gesamtwirtschaft

WISO Diskurs

Frauen- und Geschlechterforschung

**Wem werden Konjunkturprogramme gerecht?
Eine budgetorientierte Gender-Analyse der Konjunkturpakete I und II**

WISO Diskurs

Volltexte dieser Veröffentlichungen finden Sie bei uns im Internet unter

www.fes.de/wiso