

JOSEF ISENSEE

## „Bürgerversicherung“ im Koordinatensystem der Verfassung

### I. Projekt „Bürgerversicherung“

#### 1. Falsches Etikett

Der Name lügt. Die „Bürgerversicherung“, wie sie heute propagiert wird, ist nicht Versicherung, sondern Versorgung. Sie bezieht sich nicht auf den Bürger im staatsrechtlichen Sinne, also den Staatsangehörigen, sondern auf den Einwohner. Sie hat auch nichts zu tun mit dem Bürger im staatsethischen Sinn, dem Individuum, das aus freier Einsicht die allgemeine Sache zu seiner eigenen macht, wie es anklingt in Bürgerfreiheit, Bürgerrechte, Bürgersinn, Bürgerinitiative, Bürgergesellschaft. Die Assoziation wird freilich ihrer politischen Werbewirksamkeit wegen von den Betreibern des Projekts bewusst geweckt. Doch die Sache spottet aller Bürgeremphase. Es geht nicht darum, die Eigenverantwortung des Citoyen zu aktivieren, sondern zahlungskräftige Bourgeois zu rekrutieren. Die gesamte Bevölkerung soll in ein geschlossenes System der Krankenversicherung gepfercht werden. Das vorhandene Potential an Initiative, Privatautonomie, Wahlfreiheit und Wettbewerb wird ausgeschaltet durch ein Verwaltungsmonopol mit Anschluss- und Benutzungszwang. Der Name gaukelt vor, was der Sache gerade am meisten abgeht. „Bürgerversicherung“ ähnelt darin dem Slogan „Europa der Bürger“.

Die politischen Ziele des Reformprojekts liegen weitab aller bürgergesellschaftlichen Ideale. Im wesentlichen geht es darum, die an Hypertrophie ihrer Kosten leidende Gesetzliche Krankenversicherung zu sanieren, genauer: den bisherigen Mitgliedern weitere Beitragserhöhungen zu ersparen durch Zuführung neuer potenter Beitragszahler („guter Risiken“).<sup>1</sup> Hinzu kommen ideologische Nebenzwecke: die Einheitlichkeit der Leistungen zu erzwingen, Beitragsgerechtigkeit zu erhöhen, die klassenlose Patientengesellschaft herzustellen, alle Differenzierungsmöglichkeiten, damit den Systemvergleich, zu unterbinden. Altbekannte Leitvorstellungen des Sozialismus tauchen unter neuer Flagge wieder auf. Eigentlich müsste das Wort „Bürgerversicherung“ fortwährend mit Anführungszeichen versehen werden, damit der Widerspruch zwischen Wort und Sache deutlich bleibt. Doch Anführungszeichen lassen sich nun

---

<sup>1</sup> Aufschlussreich die Begründungen aus dem DGB: *Karl Lauterbach*, Das Prinzip der Bürgerversicherung, in: *Ursula Engelen-Kefer* (Hg.), Reformoption Bürgerversicherung, 2004, S. 48 ff.

einmal nicht sprechen. Lassen wir es beim Namen, der nach Faust weiter nichts ist als Schall und Rauch.

## 2. Idealtypisches Modell

Die rechtspolitischen Vorstellungen zur Bürgerversicherung sind noch im Fluss.<sup>2</sup> Jederzeit können neue Vorschläge das Bild erheblich verändern.

Die juristische Diskussion bedarf aber eines eindeutigen und festen Gegenstandes. Dieser sei vorab auf die Krankenversicherung beschränkt, obwohl auch andere Zweige der sozialen Sicherheit im Gespräch sind. Ein leidlich klares Bild der Bürgerversicherung ergibt sich am ehesten aus einem der beiden Modelle, das die sog. Rürup-Kommission, die sich nicht auf einen einheitlichen Vorschlag verständigen konnte, im Jahre 2003 präsentierte.<sup>3</sup> Eine Gruppe der Kommissionsmitglieder entwarf ein nahezu idealtypisches Konzept einer „die gesamte Bevölkerung umfassenden Bürgerversicherung, welche von allen Bürgerinnen und Bürgern in Orientierung am Leistungsfähigkeitsprinzip über einkommensabhängige Beiträge zu finanzieren ist, wobei das Ziel der personellen Einkommensumverteilung integrierter Bestandteil des Systems bleibt“.<sup>4</sup> Das Modell lässt sich auf vier Elemente zurückführen:

- (1) Die *Versicherungspflicht* wird auf alle Gruppen der Gesellschaft erstreckt, erstmals auch auf Selbständige, Beamte, Abgeordnete, Sozialhilfeempfänger. Die bisherige Versicherungspflichtgrenze entfällt ersatzlos.
- (2) Die *Beitragsbemessungsgrundlage* erweitert sich auf alle sieben Einkunftsarten gemäß § 2 EStG, also über die Einkünfte aus unselbständiger Tätigkeit hinaus auf Gewinn- und Vermögenseinkünfte. Die paritätische Beitragsfinanzierung von Arbeitnehmern und Arbeitgebern besteht weiterhin für das Arbeitsentgelt. Im übrigen trägt der Versicherte die volle Beitragslast für seine gewerblichen, freiberuflichen, Kapital-, Miet- oder sonstigen Einkünfte. Die Einziehung obliegt dem Finanzamt nach Maßgabe der Feststellungen für die Einkommensteuer, wobei dunkel bleibt, ob es sich wie beim Arbeitsentgelt auch hier um die (Brutto-) Einnahmen oder nunmehr um die (Netto-)Einkünfte handelt.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Siehe etwa die Beiträge in BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Hg.), Eine für alle. Bürgerversicherung, Berlin 2003, mit Beschluss des Parteirates, ebd., S. 20 ff.; Ursula Engelen-Kefer (Hg.), Reformoption Bürgerversicherung, 2004; Ursula Engelen-Kefer, Vier Schritte zur Bürgerversicherung, Erläuterungen vom 16.1.2004 (abzurufen unter [www.dgb.de/themen](http://www.dgb.de/themen)); dies., Erwerbstätigenversicherung als gewerkschaftliche Reformoption, in: SozSich 2003, S. 271 ff. Siehe auch Beschluss des SPD-Bundesparteitages Mitte November 2003 in Bochum, abgedruckt in: SozSich 2003, S. 403. Dazu Michael Opielka, Bürgerversicherung als politisches Projekt, in: FAZ v. 8.3.2004, Nr. 57, S. 8. – Kritik: Alfred Schüller, Bürgerversicherung – Mangelverwaltungswirtschaft für alle, in: Orientierungen September 2003, S. 32 ff.

Darstellung der divergierenden Konzepte in Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung (Hg.), Nachhaltigkeit in der Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme. Bericht der Kommission (= Kommissionsbericht), 2003, S. 149 ff., 161 ff. Zusammenfassung unter Einschluss der Ergebnisse der Herzog-Kommission bei Jens Flintrip, Eine Jahrhundertentscheidung, in: Deutsches Ärzteblatt, 2003, A-540 ff.

<sup>3</sup> Kommission für die Nachhaltigkeit in der Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme, Kommissionsbericht (N 2), S. 147 ff.

<sup>4</sup> Kommissionsbericht (N 2), S. 148.

<sup>5</sup> Zum Begriff des Arbeitsentgelts § 14 Abs. 1 SGB IV.

- (3) Die *Beitragsbemessungsgrenze* steigt auf das Niveau der gesetzlichen Rentenversicherung (derzeitiger Stand 5.100 €).
- (4) Die Bürgerversicherung umfasst *das ganze Leistungstableau* der Gesetzlichen Krankenversicherung, also alle medizinisch notwendigen und wirksamen samt den sonstigen gesetzlich zugewiesenen Leistungen. Die Private Krankenversicherung wird abgedrängt auf die Zusatzversicherung für Leistungen, „deren medizinische Notwendigkeit nicht nachgewiesen werden kann oder die reinen Wellness-Charakter haben“.<sup>6</sup>

Einzelne Übergangsvorschriften und Zwischenlösungen mildern die Radikalität des Modells. Sie seien im folgenden vernachlässigt. Der Einfachheit halber soll die „Bürgerversicherung pur“ der Prüfung auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung unterzogen werden.<sup>7</sup>

Wie immer man zu dem Projekt rechtspolitisch steht, auf eine Feststellung können sich alle verständigen, dass die Bürgerversicherung das geltende System der Vorsorge von Grund auf verändern wird. Sie ist nicht darauf angelegt, die bestehende Sozialversicherung zu reformieren, sondern abzulösen.

### 3. Vorbemerkung zur verfassungsrechtlichen Überprüfung

Das Bundesverfassungsgericht neigt dazu, dem Gesetzgeber freie Hand zu lassen, wenn er das Sozialwesen ausgestaltet, umformt, ausweitet. Notfalls auf Biegen und Brechen seiner eigenen Prämissen nimmt es die Systembrüche der Künstlersozialversicherung hin.<sup>8</sup> Gegenüber der Materie des Sozialrechts erweisen sich sonst strenge Prüfungsmaßstäbe geschmeidig und nachgiebig – mit Ausnahme eines einzigen, der Garantie von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG), die sich als fest genug erweist, den status quo des Sozialversicherungsrechts aufzubrechen. In ihrer Ausgangslage ist die Verfassungsrechtsprechung im Sozialrecht vergleichbar der im Steuerrecht vor 50 Jahren. Der eine wie der andere Rechtsstoff erscheint dem nichtspezialisierten Richter schwer zugänglich, technisch kompliziert, unstet, wandelbar, infolge hektischer, situationsbedingter, planloser Maßnahmen des Gesetzgebers mehr oder weniger Chaos. Er lebe, so die herkömmliche Sicht, allein aus dem Diktum des Gesetzgebers, mithin ein untaugliches Objekt für rechtsdogmatische Systematisierung, immun gegen Forderungen

---

<sup>6</sup> Aber selbst diese Nischenfunktion soll reguliert werden. Ein Leistungskatalog wird von einem Ausschuss definiert, der sich aus Gesetzlicher Krankenversicherung, Privater Krankenversicherung, Leistungsanbietern und Patientenvertretern zusammensetzt (Kommissionsbericht [N 2], S. 149).

<sup>7</sup> Verfassungsrechtliche Apologie der Bürgerversicherung: *Karl-Jürgen Bieback*, Der Bund hat die Kompetenz zur Einführung einer umfassenden Versicherung, in: *SozSich* 2003, S. 416 ff. – Verfassungsrechtliche Kritik: *Detlef Merten*, Die Ausweitung der Sozialversicherungspflicht und die Grenzen der Verfassung, in: *NZS* 1998, S. 545 ff.; *Friedhelm Hufen*, Grundrechtsschutz der Leistungserbringer und der privaten Versicherer in Zeiten der Gesundheitsreform, in: *NJW* 2004, S. 14 ff.; *Ferdinand Kirchhof*, Verfassungsrechtliche Probleme einer umfassenden Kranken- und Renten-„Bürgerversicherung“, in: *NZS* 2004, S. 1 ff.; *Peter Axer*, Verfassungsrechtliche Fragen einer Bürgerversicherung, in: *Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze*, 2004 (zitiert nach Typoskript).

<sup>8</sup> BVerfGE 75, 108 ff.

gen materialer Gerechtigkeit, kaum fassbar für Grundrechte und Liberalitätsgarantien. Hinter den Judikaten steht das (vor allem sozialdemokratischen Leitvorstellungen korrespondierende) Dogma, dass das Grundgesetz sich in Fragen der Wirtschafts-, Sozial- und Finanzpolitik „neutral“ verhalte, der demokratische Gesetzgeber auf Einkommen und Vermögen kraft seiner Finanzgewalt souverän zugreifen könne, ohne auf prinzipiellen Widerstand in den Grundrechten oder in den Form- und Sachkriterien der Finanzverfassung zu stoßen. Das „spätabolutistische“ Grundrechtsverständnis im ökonomischen Sektor kontrastiert dem hoch- bis hypersensiblen, wie es andernorts, etwa in der Meinungs-, Wohnungs- oder *negativen* Religionsfreiheit waltet.<sup>9</sup>

Die Rechtswissenschaft unter dem Grundgesetz hat Erhebliches geleistet, um das Steuerrecht dogmatisch zu durchdringen, aus der Sicht der Verfassung systematisch aufzubereiten und ein Steuer- wie Finanzverfassungsrecht zu entwickeln. Unter ihrem Einfluss hat die Verfassungsjudikatur eine Wende vollzogen, für die der Name des Richters Paul Kirchhof repräsentativ steht. Nunmehr wird das wildwüchsige Recht der Steuer wie das der nichtsteuerlichen Abgaben an den strikt interpretierten Vorgaben des Grundgesetzes gemessen, seinen Kompetenznormen, den Freiheits- und Gleichheitsgrundrechten, dem rechtsstaatlichen Gebot der Konsequenz, und die Finanzmacht des Staates normativ diszipliniert.

Eine vergleichbare Wende in der Rechtsprechung zum Sozialrecht ist bisher ausgeblieben. Es ist weithin Tohuwabohu, wo schwer auszumachen ist, was Regel, was Ausnahme ist. Kaum dämmern Systemeinsichten auf über die polare Versicherungsverfassung zwischen Gesetzlicher und Privater Versicherung,<sup>10</sup> kommt der Gesetzgeber nieder mit der ordnungspolitischen Missgeburt der Pflegeversicherung. Gleichwohl hat die Rechtswissenschaft der letzten Jahrzehnte sich nicht beirren lassen, die Systembausteine und die verfassungsrechtlichen Determinanten des Sozialrechts herauszuarbeiten. Als Exempel aus der jüngeren Literatur seien nur die hervorragenden, rechtsstaatlich engagierten Habilitationsschriften von Friedhelm Hase, Peter Axer und Hermann Butzer genannt.<sup>11</sup> Das Bundesverfassungsgericht zeigt sich den dogmatischen Erkenntnissen gegenüber resistent. Die Grundrechte – abgesehen von der schon genannten Ausnahme des Art. 6 Abs. 1 GG – verlieren in der gerichtlichen Handhabung ihre sonstige normative Stringenz, wenn Eingriffe zugunsten der Sozialversicherung erfolgen. Die Formel „Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der Gesetzlichen Krankenversicherung“ wirkt als Codewort, das alle verfassungsrechtlichen Türen aufschließt.<sup>12</sup> Die Verfassungsbeschwerde gegen die

---

<sup>9</sup> Die Analogie zum Spätabolutismus ist gemünzt auf Ernst-Wolfgang Böckenfördes Sondervotum (BVerfGE 93, 149 [146]) von *Wolfgang Schön*, Steuergesetzgebung, in: *Rudolf Mellinghoff/Gerd Morgenthaller/Thomas Publ* (Hg.), Die Erneuerung des Verfassungsstaates, 2003, S. 143 (150).

<sup>10</sup> *Walter Leisner*, Sozialversicherung und Privatversicherung, 1974, S. 161 ff.

<sup>11</sup> *Friedhelm Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000; *Peter Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000; *Hermann Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001. – Ironische Abwehr des „Anträumens“ eines in sich stimmigen Sozialrechts durch Richterrecht: *Bundesverfassungsrichter Udo Steiner*, Sozialer Konflikt und sozialer Ausgleich – Zur Kontrolle der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Walter Schmitt Glaeser, 2003, S. 335 (343).

<sup>12</sup> Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss v. 4.2.2004 – 1 BvR 1103/03 –, Rn. 24.

Anhebung der „Friedensgrenze“ zulasten der Privaten Krankenversicherung erreichte erst gar nicht den Senat; sie versank im Bermudadreieck der von der Richterin Renate Jäger dominierten Kammer.<sup>13</sup> Der Erste Senat erteilt, jenseits seiner richterlichen Kompetenz, jenseits der Erkenntnisse des Zweiten Senats zu den Grenzen der Möglichkeit nichtsteuerlicher Abgaben, dem Gesetzgeber Wegweisungen zur Verbreiterung der Bemessungsgrundlage, damit in Richtung Bürgerversicherung. Er gibt zu bedenken, dass sich angesichts demographischer, volkswirtschaftlicher und soziologischer Veränderungen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht mehr allein aus dem Arbeitseinkommen, sondern beispielsweise auch aus Erbschaften konstituiert. Soweit ein solcher Vermögenszuwachs bei den *Pflichtmitgliedern* festzustellen sei, „wäre es nicht mehr gerechtfertigt, bei der Bemessung der Krankenversicherungsbeiträge der Pflichtversicherten – anders als bei den freiwillig Versicherten – bestimmte Einkünfte unberücksichtigt zu lassen.“<sup>14</sup> Die Bundesverfassungsrichterin Renate Jäger hat im übrigen bei einer Anhörung des Wissenschaftsforums der Sozialdemokratie in Hessen zum Thema „Bürgerversicherung und Verfassung“ am 13. Oktober 2003 dem Projekt Bürgerversicherung so etwas wie ein Unbedenklichkeitsattest erteilt.<sup>15</sup>

Dennoch: wir sind keine Auguren, ersparen uns die verfassungsgerichtliche Vogelzugs- und Eingeweideschau und gehen bei der Überprüfung des Projekts nach den anerkannten Regeln juristischer Auslegungskunst vor.

## II. „Sozialversicherung“ als Kompetenztitel (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG)

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die „Sozialversicherung“ beschränkt sich nicht auf den hergebrachten, vorgrundgesetzlichen Normenbestand. Das Bundesverfassungsgericht hat von Anfang an die Kompetenz weit und dynamisch verstanden, offen für neue Entwicklungen.<sup>16</sup> Doch damit erhält der Bundesgesetzgeber keine Blankovollmacht. Er verfügt auch nicht schon darum über den Kompetenztitel, weil er seine Regelung als „Sozialversicherung“ etikettiert und etwa die Bürgerversicherung als Erscheinungsform der Gesetzlichen Krankenversicherung ausweist.<sup>17</sup> Vielmehr muss die gesetzliche Regelung in ihren wesentlichen Strukturelementen „dem Bild entsprechen, das durch die klassische Sozialversicherung geprägt ist.“<sup>18</sup> „Sozialversicherung“ erweist sich nicht als ein Klassen- oder Allgemeinbegriff, der nach abgezählten Merkmalen definiert wird, sondern als ein Gattungsbegriff,<sup>19</sup> ein normativer

---

<sup>13</sup> BVerfG, Kammerbeschluss (N 12).

<sup>14</sup> BVerfGE 102, 68 (94). Dazu *Florian Reuther*, Verfassungsrechtliche Determinanten für die Beitragsbemessung in der Sozialen Kranken- und Pflegeversicherung, in: *Hommage an Josef Isensee*, 2002, S. 435 (456 ff.).

<sup>15</sup> Bürgerversicherung und Verfassung, Anhörung des Wissenschaftsforums der Sozialdemokratie in Hessen e.V. am 13. Oktober 2003 im Hessischen Landtag, Dokumentation, S. 4 ff., 9 f., 11, 14 f., 17 f., 19.

<sup>16</sup> BVerfGE 11, 105 (112); 87, 1 (34) – st. Rspr.

<sup>17</sup> Vgl. *Josef Isensee*, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973, S. 44 (Nachw.).

<sup>18</sup> BVerfGE 87, 1 (34).

<sup>19</sup> Ausdrücklich BVerfGE 11, 105 (112).

Typus, der sich nicht definieren, sondern nur beschreiben lässt als eine unabgeschlossene Vielzahl von Strukturen, die sich zu einer bestimmten Gestalt fügen.<sup>20</sup> Die Gestalt der Sozialversicherung aber lässt den Archetypus der Arbeiterversicherung Bismarcks erkennen. Die erste und eigentliche Gruppe der Versicherungspflichtigen ist wie eh und je die der Arbeiter und Angestellten (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V). Der ursprüngliche Sinn der Sozialversicherung ist bis heute in Geltung geblieben: Personen, die auf ihr Arbeitseinkommen angewiesen sind, um sich und ihre Familie zu unterhalten, vor dem Risiko zu schützen, dass ihr Arbeitsentgelt wegfällt. Daher bemisst sich die Höhe des Beitrags weiterhin nach dem Arbeitsentgelt. Die Krankenversicherung gewährleistet im Krankengeld ein Surrogat, soweit der Arbeitgeber den Lohn im Krankheitsfall nicht fortzahlt. Aus dem Konnex des Sozialversicherungs- mit dem Arbeitsverhältnis erwächst die Beitragspflicht des Arbeitgebers wie seine Mitwirkung in der sozialen Selbstverwaltung.

Gleichwohl wird das Urbild der Arbeiterversicherung nicht kompetenzrechtlich versteinert. Vielmehr bildet sie gleichsam das Genom, nach dem sich die Sozialversicherung entfaltet: „geprägte Form, die lebend sich entwickelt“. Laut Bundesverfassungsgericht umfasst der entwicklungs offene Gattungsbegriff heute „alles, was sich der Sache nach als Sozialversicherung darstellt“.<sup>21</sup> Als Merkmale dieser Sache nennt das Gericht etwa

- gemeinsame Deckung eines möglichen in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit,
- das soziale Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten,
- die organisatorische Bewältigung der Aufgabe durch selbständige Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts,
- die Finanzierung durch Beiträge der „Beteiligten“ (leitbildhaft Arbeitnehmer und Arbeitgeber).<sup>22</sup>

Grosso modo neigt das Bundesverfassungsgericht zu einer Entgrenzung des Kompetenztitels, insbesondere soweit es um die Bundeskompetenz zur Verschiebung der Versicherungspflichtgrenze zugunsten der Sozial-, zulasten der Privatversicherung geht.<sup>23</sup> Doch mit der Bürgerversicherung verschiebt sich die Versicherungspflichtgrenze nicht bloß um einen weiteren Schritt. Vielmehr wird sie schlechthin beseitigt. Die bisherige quantitative Ausdehnung der Gesetzlichen Krankenversicherung schlägt um in eine neue Qualität der Vorsorge.<sup>24</sup>

Auf einem Feld besteht bereits eine Art Bürgerversicherung, in der Pflege. Sie ist als Volksversicherung konzipiert. Das Bundesverfassungsgericht qualifiziert sie als Sozialversicherung im kompetenzrechtlichen Sinne jedoch nur, soweit sie von den Kassen

<sup>20</sup> Dazu Isensee (N 17), S. 44 f. (Nachw.).

<sup>21</sup> BVerfGE 11, 105 (112).

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 11, 105 (113); 75, 108 (146); 87, 1 (34).

<sup>23</sup> Affirmativ Friedrich E. Schnapp/Markus Kaltenborn, *Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung*, 2001, S. 12 ff. Unter den Prämissen des Bundesverfassungsgerichts bejaht die Bundeskompetenz Bieback (N 7), S. 417.

<sup>24</sup> Zutreffend Axer (N 7), S. 2 f.

prästiert wird, indes es die Durchführung durch Privatversicherer der Zuständigkeit für „privatrechtliches Versicherungswesen“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) zurechnet, obwohl sie sozialversicherungsrechtlichen Regeln unterliegt und Privatautonomie weder für den Abschluss noch für die Gestaltung der Verträge besteht.<sup>25</sup> Doch die Bürgerversicherung geht weiter als die Pflegeversicherung. Diese hält, wenn auch ungleichgewichtig und substantiell ausgezehrt, immerhin noch einen Rest Polarität von Sozial- und Privatversicherung aufrecht.<sup>26</sup> Die Bürgerversicherung dagegen schafft ein Verwaltungsmonopol der Kassen. Die Feststellungen zur Pflegeversicherung lassen sich also nicht ohne weiteres auf die Bürgerversicherung übertragen. Hier erkennt das Gericht eine unübersteigbare Kompetenzgrenze in der öffentlichrechtlichen Organisation der Sozialversicherung an.

Es handelt sich jedoch nicht um die einzige Grenze. „Sozialversicherung“ deckt nicht die ganze Thematik des sozialen Staatszieles ab, das ohnehin kein staatliches Sozialmonopol begründet. Der Kompetenztitel umfasst noch nicht einmal den vollen Bereich der sozialen Sicherheit. Die Zuständigkeit folgt der Dreier-Typologie der sozialen Sicherheit Fürsorge – Versicherung – Versorgung. Die einzelnen Typen werden jeweils durch besondere Kompetenzen erfasst, erstere durch die „öffentliche Fürsorge“ (Art. 74 Abs. 1 GG) und spezielle Titel,<sup>27</sup> letztere durch „Beamtenversorgung“ (Art. 74a Abs. 1, 3, 4 GG) und durch „Versorgung der Kriegsbeschädigten und Kriegshinterbliebenen“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 10 GG). Die Sozialversicherung hat ein spezifisches Profil, das sie von den anderen Typen der sozialen Sicherheit unterscheidet.<sup>28</sup>

Der Typus Sozialversicherung, auf den sich der Kompetenztitel bezieht, wird bestimmt durch das Versicherungsprinzip, das die Fähigkeit der Beteiligten voraussetzt, aus dem eigenen Erwerbseinkommen zur gemeinsamen Risikovorsorge Beiträge zu leisten. Das Mindestmaß an Leistungsfähigkeit begründet den Unterschied zur Sozialhilfe, die in den Kompetenzbereich der „öffentlichen Fürsorge“ fällt und aus dem allgemeinen Staatshaushalt finanziert wird. Auf der anderen Seite erfasst die als Zwangsverband organisierte Sozialversicherung nur Personenkreise, deren Vorsorge nicht der Eigeninitiative und dem Markt überlassen werden kann, weil sie „der Wechselfälle des Lebens nicht Herr zu werden vermögen“,<sup>29</sup> mithin sozial schutzbedürftig und auf Solidarität angewiesen sind.<sup>30</sup> Das soziale Moment in der Sozialversicherung deckt Abweichungen vom Versicherungsprinzip: Pflichtmitgliedschaft und Sozialausgleich. Es markiert auch die Grenze zum Bereich der Versicherungsfreiheit.

---

<sup>25</sup> BVerfGE 103, 197 (210, 215 ff.). – Verfassungsrechtliche Kritik an der Privaten Pflegeversicherung *Josef Isensee*, Sozialversicherung über Privatversicherer, in: Festschrift für Wolfgang Gitter, 1995, S. 401 ff.

<sup>26</sup> Dazu *Isensee* (N 25), S. 401 ff.

<sup>27</sup> „Fürsorge für die ehemaligen Kriegsgefangenen“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 10 GG) und „Ausbildungsbeihilfen“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 GG).

<sup>28</sup> Zur klassischen Typologie *Wolfgang Riefner*, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (= HStR), Bd. III, 21996, § 80 Rn. 78.

<sup>29</sup> BVerfGE 18, 257 (270).

<sup>30</sup> Zu diesem Kriterium *Hase* (N 11), S. 60 ff., 65 ff. (Nachw.).

Die Sozialversicherung bezieht sich ihrer Konzeption nach auf Gruppen der Bevölkerung, nicht auf die Gesamtheit.<sup>31</sup> Sie wahrt darin den Konnex mit ihrem Urbild, dass sie sich primär auf Arbeitnehmer ausrichtet, und in ihrer Ausweitung auf Erwerbstätige, für die ein analoger sozialer Schutzbedarf besteht. Die Fassung des Kompetenztitels lässt den Zusammenhang erkennen: „das Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung, des Arbeitsschutzes und der Arbeitsvermittlung sowie der Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Die Gruppe, die der Sozialversicherung unterliegt, wird nicht willkürlich vom Gesetzgeber definiert. Vielmehr knüpft dieser an Gemeinsamkeiten des gesellschaftlichen Lebens an:

- Erwerbstätigkeit, und zwar in der Regel abhängiger Art, damit die Stellung im Arbeitsmarkt;
- gleichartiges soziales Schutzbedürfnis;
- Erwerbseinkommen, das befähigt, zur staatlich vermittelten Vorsorge einen eigenen Beitrag zu leisten.

Diese vorgegebene Homogenität bildet die Grundlage für die vom Gesetzgeber errichtete Solidargemeinschaft mit ihren Umverteilungsmechanismen.

Dennoch hat sich die Sozialversicherung heute auf neun Zehntel der Bevölkerung ausgedehnt, und das mit wiederholtem Segen des Bundesverfassungsgerichts.<sup>32</sup> Der Anteil sinkt freilich um einiges, wenn man nur auf die beitragspflichtigen Mitglieder abstellt und die lediglich akzessorisch mitversicherten Familienangehörigen vernachlässigt. Verfassungsrechtlich gesehen, bildet die ausgesparte Minderheit keine *quantité négligeable*.<sup>33</sup> Die Minderheit erbringt den lebendigen Beweis dafür, dass eine funktionstüchtige Alternative zur Sozialversicherung besteht. Sie ermöglicht den Systemvergleich und hält ihre Zwangsstrukturen unter verfassungsrechtlichem Rechtfertigungszwang.

Alle kompetenziellen Kriterien werden hinfällig mit der Bürgerversicherung. Sie zerschneidet die Verbindung der Sozialversicherung mit dem Arbeitsmarkt.<sup>34</sup> Sie ebnet den Unterschied zur öffentlichen Fürsorge ein, indem sie auch den zu Beitragsleistungen unfähigen Sozialhilfeempfänger in den Umverteilungsverband einbezieht, und sie gibt den Charakter des Sozialen preis, indem sie Personen erfasst, die, erwiesenermaßen nicht auf staatlich oktroyierte Vorsorge angewiesen, lediglich deshalb zwangsrekrutiert werden, weil sie zahlungskräftig sind. Das Kriterium des sozialen Schutzes greift ins Leere, wenn unterschiedslos alle erfasst werden. Die Bürgerversicherung ist, kompetenzrechtlich gesehen, weder Versicherung noch sozial. Vielmehr ist sie eine Form der Versorgung. Als solche wird sie nicht mehr von der Kompetenz für die Sozialversicherung gedeckt.<sup>35</sup> Die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes für die

<sup>31</sup> Vgl. *Isensee* (N 17), S. 49 ff.; *Christian Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000, S. 105 ff.

<sup>32</sup> BVerfGE 103, 172 (184 f.); Kammerbeschluss (N 12).

<sup>33</sup> Näher *Josef Isensee*, Finanzverfassung und Sozialrecht, in: Sozialfinanzverfassung, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V., Bd. 35, 1992, S. 4 (22 f.).

<sup>34</sup> Beachtliche Argumentation *Rolfs* (N 31), S. 109.

<sup>35</sup> Vgl. *Isensee* (N 17), S. 51 f.; *Hase* (N 11), S. 64.



Versorgung sind aber nur schmal zugeschnitten auf Beamte oder auf Kriegssopfer. Sie decken eine Volksversorgung nicht ab. Der Kompetenztitel für die „öffentliche Fürsorge“, vollends der für das „privatrechtliche Versicherungswesen“ sind nicht einschlägig, daher ungeeignet, die Lücken der Kompetenzdeckung auszufüllen.

### III. Vorgaben der Finanzverfassung

Mit dem Kompetenztitel Sozialversicherung entfällt auch die Grundlage für den Sozialversicherungsbeitrag. Dieser bildet einen wesentlichen Bestandteil des Typus Sozialversicherung, die ein integrales System von Leistungen und Lasten darstellt. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den Kompetenztiteln der Fürsorge und der Versorgung, die nur die Leistungsseite abdecken. Darüber hinaus zeichnet sich eine Kollision mit der Finanzverfassung ab. Deren unmittelbares Thema ist die Verteilung der Steuerhoheit auf Bund und Länder, damit die Entscheidung der wichtigsten Machtfrage im Bundesstaat, weil politische Macht nun einmal in der Verfügung über Geld besteht. Der Gesetzgeber darf die Zuweisung des Steueraufkommens nicht durch die Regelung anderer Abgaben unterlaufen und die ökonomische Quelle, die etwa die Umsatzsteuer speist, durch Sonderabgaben anzapfen. Diese wie alle nichtsteuerlichen Abgaben müssen daher strukturellen Abstand zur Steuer halten und sich in ihrem Tatbestand wie in ihrer Legitimation von dieser absetzen.<sup>36</sup> Nur unter dieser Bedingung lässt das Grundgesetz sie zu. Der Sozialversicherungsbeitrag weist bereits in seiner regulären Erscheinung eine gefährliche Ähnlichkeit zur Steuer auf. Wie diese ist er dazu bestimmt, Einnahmen zu erzielen.<sup>37</sup> Die Übereinstimmung wird geradezu penetrant, wenn der Beitrag zur Bürgerversicherung sich nach allen sieben Einkunftsarten des Einkommensteuergesetzes bemisst.

1. Dennoch fällt schon auf den ersten Blick ein fortdauernder Unterschied auf: der Beitrag fließt den Sozialversicherungsträgern zu, also *parafiskalischen Fonds*, nicht aber wie die Steuer dem allgemeinen Staatshaushalt. Das rettende Argument der Verfechter der Bürgerversicherung geht dahin, der Beitrag könne deshalb gar nicht mit der Steuerverteilung kollidieren,<sup>38</sup> die Finanzverfassung lasse dem Gesetzgeber freie Hand, die Bürgerversicherung einzuführen. In der Tat können die Krankenkassen wie die sonstigen Sozialversicherungsträger nicht Steuergläubiger sein. Der Kreis der möglichen Inhaber der Ertragszuständigkeit ist abschließend vom Grundgesetz abgesteckt. Zu ihm gehören Bund und Länder, die kommunalen und die kirchlichen Körperschaften, niemand sonst. Doch daraus folgt nicht, dass der Beitrag, wie immer er ausgestaltet ist, den finanzverfassungsrechtlich erforderlichen Sicherheitsabstand zur

---

<sup>36</sup> Zur Grundsatzentscheidung für eine Steuerfinanzierung *Paul Kirchhof*, Staatliche Einnahme, in: HStR, Bd. IV, <sup>2</sup>1999, § 88 Rn. 45 ff. – Zur Eigenart des Sozialversicherungsbeitrags als nichtsteuerliche Abgabe sui generis: *Josef Isensee*, Die Rolle des Beitrags bei der rechtlichen Einordnung und Gewährleistung der sozialen Sicherung, in: *Hans F. Zacher* (Hg.), Die Rolle des Beitrags in der sozialen Sicherung, 1980, S. 461 (465 ff.).

<sup>37</sup> Näher *Isensee* (N 36), S. 473.

<sup>38</sup> Vgl. *Bieback* (N 7), S. 419, 425.

Steuer hält. Die Ertragskompetenz des Steuergläubigers ist nämlich kein verfassungsrechtliches Begriffsmerkmal mit der Folge, dass eine parafiskalische Abgabe wie der Beitrag von vornherein keine Steuer sein kann, sondern ein Zulässigkeitsmerkmal.<sup>39</sup> Das aber bedeutet: der Beitrag kann zur Steuer mutieren. Geschieht das, ist er verfassungswidrig.

2. Das Aufkommen des Beitrags ist zweckgebunden für die Krankenversorgung. Die Sicherung der Zweckbindung gegenüber dem Zugriff des Parlaments ist der eigentliche Sinn der rechtlichen Verselbständigung der Kassen als Fondsverwaltung. Doch ein Wesensunterschied zur Steuer liegt darin nicht. Denn in ihrer Erscheinung als *Zwecksteuer* ist auch ihr Ertrag ganz oder teilweise bestimmten Ausgaben gewidmet; die Mineralöl- wie die Ökosteuern bilden Beispiele.

3. Der hergebrachte Konnex des Sozialversicherungs- mit dem *Arbeitsverhältnis* gibt dem Beitrag ein spezifisches Gepräge, das ihn von der steuerlichen Gemeinlast unterscheidet. Doch der Konnex löst sich auf, wenn die Sozialversicherung voraussetzungslos alle erfasst.

4. Schon im geltenden Recht knüpft der Tatbestand des Beitrags an Merkmale der *Einkommensteuer* an. Sein prototypischer Gegenstand, das Arbeitsentgelt, bestimmt sich nach den Einkünften aus unselbständiger Tätigkeit, also dem Objekt der Lohnsteuer. Künftig sollen alle Einnahmearten die Bemessungsgrundlage bilden. Damit ist die Kongruenz mit der Einkommensteuer hergestellt. Sie beschränkt sich freilich nur auf die Ausgangsgröße, das Bruttoentgelt. Die weitere Verarbeitung, die dieser Rohling im Einkommensteuerrecht durch das objektive wie das subjektive Nettoprinzip erfährt, bis sich schließlich das zu versteuernde Einkommen ergibt, wird vom Sozialrecht allenfalls ansatzweise nachvollzogen. Gleichwohl schöpft der Beitrag aus derselben Quelle wie die Einkommensteuer. Er erfasst denselben Aspekt der finanziellen Leistungsfähigkeit des Schuldners.

5. Grundsätzlicher gewendet: der Beitrag folgt der *Leistungsfähigkeit*, also demselben Maßstab wie die Steuer. Das Prinzip gehört an sich von jeher auch zu den Grundstrukturen der Sozialversicherung. Allerdings steht es notwendig im Verbund mit dem Prinzip des sozialen Schutzes. Nur wer aufgrund seines Arbeitsentgelts über ein Mindestmaß an Leistungsfähigkeit verfügt und zugleich, ebenfalls nach Maßgabe seines Arbeitsentgelts, als schutzbedürftig gilt, wird legitim dem Versicherungszwang und der ihm folgenden Beitragspflicht unterworfen. Die Leistungsfähigkeit markiert die Grenze nach unten zur Sozialhilfe, der Schutzbedarf nach oben zur Versicherungsfreiheit der höherverdienenden Angestellten und Selbständigen. In der Bürgerversicherung entfallen beide Grenzen. Alle Einwohner erhalten Leistungen, ohne Rücksicht darauf, ob und, wenn ja, in welcher Höhe sie Beiträge entrichten. Die Beitragslast trifft alle, die sie aufgrund ihres Gesamteinkommens aufbringen können. Es herrscht

---

<sup>39</sup> So der verfassungsrechtliche Steuerbegriff bei *Peter Selmer*, *Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht*, 1972, S. 192; *Wolfgang Knies*, *Steuerzweck und Steuerbegriff*, 1976, S. 136; *Josef Isensee*, *Der „Maschinenbeitrag“ ist Steuer*, in: DRV 1981, S. 53 ff. – Für einen kompetenz-einschließenden Steuerbegriff *Klaus Vogel/Christian Waldhoff*, in: *Bonner Kommentar, Loseblatt*, Stand: November 1997, Art. 105 Rn. 377 mit weiteren Nachw. zum Streitstand.

das fiskalische Prinzip „wer kann, der muß“. Das Kriterium des sozialen Schutzes als Grund wie als Grenze der Sozialversicherung hat sich erledigt. Nunmehr herrscht „Leistungsfähigkeit pur“ – wie bei der Steuer.

6. Quer zu diesen Strukturen laufen zwei andere, die ebenfalls antinomisch sind: *Äquivalenz* und *Solidarausgleich*.<sup>40</sup> Sie sind in den Zweigen der Sozialversicherung unterschiedlich ausgeprägt, die versicherungsmäßige (Individual-)Äquivalenz stark in der Renten-, schwach in der Krankenversicherung. Hier kommt sie lediglich im beitragsproportionalen Krankengeld zur Wirkung. Die Sachleistungen im Krankheitsfall werden dagegen ohne Rücksicht auf die Höhe der Beiträge erbracht. Diese bemessen sich nach dem Arbeitsentgelt, nicht nach dem Versicherungsrisiko. Es herrscht in der gesetzlichen Krankenversicherung gleichsam der kommunistische Endzustand, wie Marx ihn prophezeit hat: dass jeder nach seinen Fähigkeiten gibt und nach seinen Bedürfnissen nimmt. Wo die Äquivalenz ansetzt, tritt der Solidarausgleich ein, Umverteilung nach Arbeitseinkommen, nach Versicherungsrisiko, nach familiärer Unterhaltspflicht. Umverteilung leistet auch der Sozialstaat als Ganzes über das Medium der Steuer. Im geltenden Recht wird – oft nicht ohne Mühe und Gewalttätigkeit – die Differenz der Umverteilung durch Beiträge zu der durch Steuer darin gesehen, dass diese sich innerhalb einer homogenen Gruppe vollzieht, nicht innerhalb der Gesamtgesellschaft. Der Beitragslast des Versicherten muss ein Vorteil korrespondieren. Soweit er nicht individualnützig ist, so ist er wenigstens gruppennützig.<sup>41</sup> Die fremdnützige Zuwendung scheidet als Beitrag aus, vom Sondertatbestand des altruistischen Beitrags des Arbeitgebers abgesehen, der aber eine Leistung zugunsten seines Arbeitnehmers erbringt, dessen Beitragspflicht akzessorisch.<sup>42</sup> Diese Differenzierungen werden mit der Bürgerversicherung hinfällig. Damit gleicht sich die Sonderlast der Sozialversicherung der steuerstaatlichen Gemeinlast an.

7. Was bleibt überhaupt noch an Besonderheit des Beitrags? Weiterhin ist er nicht gegenleistungsfrei wie die Steuer. Der Beitragspflichtige erhält den Versicherungsschutz. Insofern besteht ein Junktum zwischen *Beitragspflicht* und *Anspruch auf Versicherungsschutz*.<sup>43</sup> Doch der Faden, der sie verbindet, ist dünn und mürbe, juristische Kunstseide. Da den Versicherungsschutz jeder voraussetzungslos erhält, bedeutet er für den, der dafür einen Zwangsbeitrag zu zahlen hat, keinen Vorteil. Der Nachteil der Geldlast aber bleibt spürbar. Vollends erscheint der Versicherungsschutz dem, der den Höchstsatz zu entrichten hat, wertlos; er könnte, wäre der Versicherungsmarkt noch offen, für weniger Geld besseren Schutz erlangen. Für ihn ist der Beitrag letztlich eine fremdnützige Abgabe. Er steht praktisch nicht anders da als der Zahler der Mineralölsteuer, deren Aufkommen teilweise dem Straßenbau gewidmet ist: die Straßen stehen allen offen, ob sie Mineralölsteuer zahlen oder nicht, und, so sie es tun, ohne

<sup>40</sup> Näher *Josef Isensee*, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973, S. 49 ff.; *Hase* (N 11), S. 71 ff., 254 ff.; *Reuther* (N 14), S. 442 f.

<sup>41</sup> Näher *Isensee* (N 36), S. 453 f., 454 ff. Vgl. auch *Rolfs* (N 31), S. 105 ff.

<sup>42</sup> Dazu *Josef Isensee*, Nichtsteuerliche Abgaben – ein weißer Fleck in der Finanzverfassung, in: *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, Bd. 134, 1983, S. 435 (459 ff.); *Butzer* (N 11), S. 575 ff.

<sup>43</sup> Zu diesem Junktum nach geltendem Recht *Isensee* (N 36), S. 468. Zu einer Ausnahme, welche die Regel des Junktums bestätigt, in § 113 AVG: BVerfGE 14, 312 (317 ff.).

Rücksicht auf die Höhe der Zahlung. Der Gemeingebrauch ist nicht an die Steuer gekoppelt. Wenn beim Beitrag zur Bürgerversicherung überhaupt ein Leistungsjunktim aufrechterhalten bleibt, so ist das ein symbolischer Rückstand ohne rechtliches Gewicht. In Wahrheit entsteht ein voraussetzungsloses subjektives Recht, vergleichbar dem auf Sozialhilfe.

8. Dennoch bleibt ein Unterschied zur Einkommensteuer. Die Höhe des Beitrags folgt nicht proportional oder progressiv unbegrenzt der Höhe des Einkommens. Vielmehr stößt sie an die *Beitragsbemessungsgrenze*. Sie wird also gedeckelt. Die Deckelung entspricht dem begrenzten Finanzierungszweck. Da dieser zum Wachstum neigt, wird auch die Grenze stetig steigen. Eine strukturelle, finanzverfassungsrechtliche Grenze zur Steuer markiert sie nicht.

*Fazit:* Mit der Bürgerversicherung wandelt sich der Beitrag zu einer zweiten Einkommensteuer in der Form einer Zwecksteuer.<sup>44</sup> Er erweist sich schon dadurch als verfassungswidrig, als er die Verteilung der Ertragshoheit zwischen Bund und Ländern unterläuft und den parafiskalischen Fonds der Kassen zufließt.

#### IV. Grundrechte der Privatversicherten

Wenn eine gesetzliche Regelung durch die Kompetenzordnung gedeckt wird und gegen die Maßstäbe der Finanzverfassung verstößt, scheidet sie von vornherein als mögliche Grundrechtsschranke aus. Jedes Grundrecht bietet Schutz vor Eingriffen durch Normen, die gegen objektives Recht verstoßen. Die Prozedur der Rechtfertigung erübrigt sich. Das gilt auch für das Gesetz, das die Bürgerversicherung einführt.

Gleichwohl sei im folgenden das Ergebnis der kompetenz- und verfassungsrechtlichen Prüfung vernachlässigt, und die Frage, ob die Bürgerversicherung mit den Grundrechten vereinbar ist, ohne außergrundrechtliche Vorfestlegung à fonds diskutiert.

##### 1. Inpflichtnahme für die Versichertengemeinschaft

Der Oktroi der Pflichtmitgliedschaft in einem öffentlichrechtlichen Verband ist ein Grundrechtseingriff. Umstritten ist freilich, welcher Schutzbereich betroffen ist. Nach

---

<sup>44</sup> So auch *Hans-Jürgen Papier*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der PKV, 1992, S. 13; *Dieter Dziadkowski*, in: *Der Steuerberater* 2003, S. 441; *F. Kirchhof* (N 7), S. 6. Allgemein *Isensee* (N 17), S. 41, 51 ff.; *ders.* (N 36), S. 481; *Leisner* (N 10), S. 106 ff.; *Butzer* (N 11), S. 264 ff.; *Walter Kannengießer/Christoph Kannengießer*, Vom Sozialbeitrag zur Sozialsteuer?, in: *Festschrift für Franz Klein*, 1994, S. 1119 (1139). A. A. *Bieback* (N 7), S. 418 f.; *Renate Jaeger*, Diskussionsbeitrag (N 15), S. 19. Nach geltendem Verfassungsrecht ist die Einführung einer Volksversicherung nicht zulässig; *Rupert Scholz*, Öffentliche und Privatversicherung, in: *Festschrift für Karl Sieg*, 1976, S. 515; *Peter Lerche/Christian Graf Pestalozza*, Verfassungsfragen einer Künstlersozialabgabe, 1976, S. 11 f. – Gegenansicht: *Michael Kloepfer*, Sozialversicherungsbeiträge und Gruppensolidarität, VSSR 1974, S. 162 (169); *Bernd Udo Hindrichs*, Zur Problematik der Einkommensumverteilung durch Sozialversicherung, 1978, S. 125 ff.

der älteren, immer noch herrschenden Auffassung ist es die Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG),<sup>45</sup> nach jüngerer die Vereinsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG).<sup>46</sup> Diese Zuordnung ist vorzuziehen. Sie entspricht dem Spezialcharakter der Vereinsfreiheit. Diese ist auf die Gefährdungslage zugeschnitten.<sup>47</sup> Die Eingliederung der bisher versicherungsfreien Personengruppen in die körperschaftlichen Verbände der Kassen bildet jedoch nur die formell-organisatorische Seite der Bürgerversicherung. Der eigentliche Eingriff liegt darin, dass sie den Schutz der Gesetzlichen Krankenversicherung aufzwingt, eine aufgedrängte Wohltat mit Kostenfolge, und damit die Freiheit nimmt, über die Vorsorge zu bestimmen und unter verschiedenen Anbietern zu wählen (Vorsorgefreiheit).<sup>48</sup> Die Folgen der Pflichtmitgliedschaft haben ihren grundrechtlichen Ort in Art. 2 Abs. 1 GG. Daher kommt das Auffanggrundrecht auf jeden Fall zum Zuge.

Gleich, welcher Schutzbereich betroffen wird, stets bedarf der Eingriff der Rechtfertigung. Diese aber ist so oder so prekär. Der nackte Geldbedarf, der eigentliche Grund der Bürgerversicherung, rechtfertigt nicht. Geldbedarf rechtfertigt die Steuer, die, soweit sie sich in den finanzverfassungsrechtlichen Bahnen bewegt, auch grundrechtlich legitim ist. Die Steuer ist begriffsnotwendig ausgerichtet auf die Erzielung von Einnahmen, sei es auch nur als Nebenzweck. Sie erfasst voraussetzungslos alle, die den Tatbestand erfüllen, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft.<sup>49</sup> Der Beitrag dagegen, wiewohl auch er zur Erzielung von Einnahmen dient, setzt die Mitgliedschaft voraus. Ihr Oktroi aber muss sich aus einem anderen als dem fiskalischen Zweck legitimieren. Als solcher wird herkömmlich das Bedürfnis des Betroffenen nach *sozialem Schutz* gesehen.<sup>50</sup> Das Bedürfnis braucht sich nicht bei jedem einzelnen zu regen, es genügt, dass es sich wenigstens bei typisierender Betrachtungsweise feststellen lässt. Die Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte und ihre Apologeten neigen dazu, den Legitimationsgrund des Schutzbedarfs zu dehnen, um weitere Anhebungen der Versicherungspflichtgrenze zu begründen. Die Glaubwürdigkeit des Arguments nimmt freilich mit jedem Schritt ab, weil die hinzutretende Schicht die jeweils einkommensstärkste, also fiskalisch attraktivste, aber am wenigsten schutzbedürftige ist. Doch die schlichte Kalkulation, dass die Einvernahme einer zahlungskräftigen Gruppe den bisherigen Mitgliedern und ihren Arbeitgebern höhere Beitragssätze erspart, bietet keine grundrechtliche Rechtfertigung. Das Bundesverfassungsgericht verwehrt dem Gesetzgeber grundsätzlich, einer Gruppe fremdnützige Sonderabgaben zugunsten

---

<sup>45</sup> So BVerfGE 10, 89 (102 ff.); 89, 365 (376); 92, 53 (69). Dazu *Hase* (N 11), S. 46 ff.; *Detlef Merten*, Vereinsfreiheit, in: HStR, Bd. III, <sup>2</sup>2001, § 144 Rn. 58 ff. (Nachw.); *ders.* (N 7), S. 547 f.; *Reuther* (N 14), S. 443 ff.

<sup>46</sup> *Rupert Scholz*, Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 270 ff.; *ders.*, in: *Maunz-Dürig*, Grundgesetz, Stand 1999, Art. 9 Rn. 90; *Markus Kaltenborn*, Negative Vereinigungsfreiheit als Schutz vor Einbeziehung in die Sozialversicherung?, in: NZS 2001, S. 300 (303 f.) – Maßstab der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 GG. – Weithergeholt ist die Heranziehung der Berufsfreiheit, so *Schnapp/Kaltenborn* (N 23), S. 42 ff.

<sup>47</sup> Dazu *Scholz* (N 46), S. 272 ff.

<sup>48</sup> Dazu *Hase* (N 11), S. 46 ff.; *Butzer* (N 11), S. 337 ff.

<sup>49</sup> Legaldefinition des § 3 AO.

<sup>50</sup> Dazu *Hase* (N 11), S. 60 ff., 65 ff.; *ders.*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die staatliche Gewährleistung sozialer Sicherheit, in: *Soziale Sicherheit durch öffentliches und Privatrecht*, in: SDSRV 51 (2004), S. 7 (22 ff.); *Reuther* (N 14), S. 447 ff. (Nachw.).

einer anderen aufzuerlegen.<sup>51</sup> Immerhin unterwirft sich die bisherige Praxis wenigstens pro forma der Rechtfertigungsprozedur nach dem Schutzbedarf. Das endet nunmehr mit der Bürgerversicherung. Wenn sie jedermann in den Solidarausgleich einspannt, erübrigen sich die bisherigen Bemühungen um Differenzierung. Das Kriterium des Schutzbedarfs hat ausgedient, wenn sie, der Realitätserfahrung zum Trotz, jedermann unterstellt, er bedürfe des Schutzes. Oder aber es nimmt neuen Inhalt an: dass jeder vor Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten geschützt werden müsse. Ein Bevormundungsziel solcher Art wäre unvereinbar mit den Grundrechten.<sup>52</sup>

a) Es liegt nahe, das Stereotyp des Bundesverfassungsgerichts zu bemühen, dass die Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der Gesetzlichen Krankenversicherung ein überragend wichtiger Gemeinwohlbelang sei, der Grundrechtseingriffe rechtfertige.<sup>53</sup> Das Argument ist plausibel, soweit es um Belastungen, etwa Beitragserhöhungen oder Leistungskürzungen, von Personen geht, die (grundrechtslegitim) der Gesetzlichen Krankenversicherung angehören. Es versagt, soweit Außenstehende für deren Belange in die Pflicht genommen werden sollen. Es beantwortet nicht die Frage, weshalb sie als „Zwangspaten“ fungieren sollen für ein System, mit dem sie nichts zu tun haben.<sup>54</sup> Im übrigen versagt der Topos, der auf Reformen der Gesetzlichen Krankenversicherung gemünzt ist, bei der Bürgerversicherung, die nicht dazu bestimmt ist, das vorhandene System zu stabilisieren, sondern es abzulösen.

b) Das soziale Staatsziel als solches eignet sich nicht, konkrete Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen.<sup>55</sup> Dafür ist es zu abstrakt und zu diffus. Es konstituiert kein Sozialmonopol der öffentlichen Hand.<sup>56</sup> Vielmehr enthält es lediglich einen Stellungsauftrag an den Staat dahin, einen Grundstandard an sozialer Sicherheit zu gewährleisten, falls dieser sich nicht im Wege gesellschaftlicher Selbstregulierung einspielt. Das soziale Staatsziel setzt den grundrechtlich geschützten Primat der Selbstregulierung voraus. Es verträgt sich mit der Pluralität der Systeme sozialer Sicherheit. Es bildet kein Argument für die Bürgerversicherung.

c) Ein gängiger Topos ist die Solidarität.<sup>57</sup> Die Bürgerversicherung soll die bisher versicherungsfreien Bevölkerungsgruppen zur Solidarität mit den schon versicherten verpflichten und deshalb in das Umverteilungssystem der Gesetzlichen Krankenversicherung eingliedern. Dergestalt erzwungene Solidarität ergibt keine Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs. Vielmehr bildet sie den Inhalt des Eingriffs, der die Recht-

---

<sup>51</sup> BVerfGE 55, 274 (307); 57, 139 (158 ff.).

<sup>52</sup> So *Papier* (N 44), S. 14.

<sup>53</sup> BVerfGE 103, 172 (184 f.); Kammerbeschluss (N 12), Rn. 24.

<sup>54</sup> Terminus von *Reinhard Mußgnug*, Die zweckgebundene öffentliche Abgabe, in: Festschrift für Ernst Forsthoft, 1972, S. 259 (292).

<sup>55</sup> Vgl. BVerfGE 68, 182 (193). Vgl. auch *Hans F. Zacher*, Das soziale Staatsziel, in: HStR Bd. II, <sup>3</sup>2004, § 28 Rn. 113.

<sup>56</sup> BVerfGE 22, 180 (204); 29, 221 (236).

<sup>57</sup> Kommissionsbericht (N 2), S. 152. Vgl. auch BVerfG, Kammerbeschluss (N 12), Rn. 28.

fertigung nötig hat.<sup>58</sup> Anders als die Gesetzliche Krankenversicherung herkömmlichen Zuschnitts greift die Bürgerversicherung nicht auf gruppen- und bereichsspezifische Strukturen der Gesellschaft zurück, um eine Solidargemeinschaft zu knüpfen. Vielmehr baut sie auf der gesamtgesellschaftlichen Solidarität. Diese ist aber bereits organisiert im Staat. Dieser gewährleistet als sozialer Steuerstaat den sozialen Ausgleich durch steuerfinanzierte Transferleistungen. Das Argument der Solidarität erklärt nicht, warum darüber hinaus der Aufbau einer Parallelorganisation von parafiskalischen Umverteilungsverbänden sachgerecht und die korrespondierenden Grundrechtseingriffe erforderlich sind.

## 2. Belastung mit Beiträgen

Soweit der Versicherungszwang nicht mit den Grundrechten vereinbar ist, lässt sich auch die akzessorische Beitragspflicht nicht rechtfertigen. Sie verstieße gegen das Freiheitsrecht, von rechtswidrigen Geldlasten verschont zu bleiben,<sup>59</sup> und gegen den Gleichheitssatz in seinen Facetten der Belastungsgleichheit und der Systemgerechtigkeit. Aus grundrechtlicher Sicht wäre an sich die Finanzierung über Steuern gangbar. Doch lässt die Finanzverfassung nicht zu, dass deren Aufkommen unmittelbar den Kassen zufließt.

In der Bürgerversicherung ließen sich hergebrachte Strukturen der Gesetzlichen Krankenversicherung nicht mehr rechtfertigen. Das gilt für den Familien-Solidarausgleich. Denn die bislang beitragsfrei mitversicherten Familienangehörigen partizipieren aus eigenem Recht an der Bürgerversicherung, und zwar beitragsfrei, wenn sie über kein eigenes Einkommen, oder nunmehr beitragspflichtig, wenn sie über ein solches verfügen, etwa über Miet- oder Kapitaleinkünfte. Delegitimiert wird das Krankengeld des Arbeitnehmers, wenn die Bürgerversicherung nicht allen Versicherten einen Ausgleich für den krankheitsbedingten Ausfall des Erwerbseinkommens leistet, dem Rechtsanwalt wie dem Gewerbetreibenden. Wenn sich die Versicherungspflicht vom Arbeitsverhältnis löst und zur allgemeinen Einwohnerpflicht verselbständigt, verliert der Arbeitgeberbeitrag seine Rechtfertigung. Fällt dieser, so zieht er die paritätische Beteiligung der Arbeitgeber an der sozialen Selbstverwaltung nach. Das Prinzip der Sozialpartnerschaft greift nicht mehr. Im Modell der Volksversorgung sind die angemessenen Interessenvertreter nicht die Gewerkschaften, sondern die Parteien.

## 3. Sonderstatus der Beamten

Ein Problem für sich schafft die Einbeziehung der Beamten.<sup>60</sup> Mit ihr erledigt sich die Beihilfe. Da die Beamten nun zu den Beiträgen herangezogen werden, erleiden sie

---

<sup>58</sup> Zum Verhältnis des Solidarprinzips zu den Grundrechten *Josef Isensee*, Solidarität – sozialethische Substanz eines Blankettbegriffs, in: *ders.*, Solidarität in Knappheit, 1998, S. 97 (133 ff.).

<sup>59</sup> Umstritten ist der grundrechtliche Standort: ob in der Allgemeinen Handlungsfreiheit oder in der Eigentumsgarantie. Dazu *Kirchhof* (N 36), § 88 Rn. 86 ff.

<sup>60</sup> Keine verfassungsrechtlichen Bedenken: Kommissionsbericht (N 2), S. 152 ff.; *Bieback* (N 7), S. 421. Dagegen *F. Kirchhof* (N 7), S. 3.

eine doppelte Einbuße an Einkommen.<sup>61</sup> Die Beihilfe ist neueren Datums und wird deshalb von der herrschenden, doch keineswegs unangefochtenen Lehre nicht zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums gerechnet, die das Grundgesetz gewährleistet (Art. 33 Abs. 5 GG).<sup>62</sup> Doch wäre es voreilig, allein deswegen die Vereinbarkeit mit der Verfassung anzunehmen. Die Beihilfe entspringt der Fürsorgepflicht des Dienstherrn. Diese aber gehört zum Kern der institutionellen Garantie des Berufsbeamtentums. Die Verfassung belässt dem Dienstherrn Spielraum, wie er seiner Fürsorgepflicht für die Beamten nachkommt: über eine entsprechende Bemessung der Dienstbezüge, über Sachleistungen, Zuschüsse oder sonst in geeigneter Weise.<sup>63</sup> Doch hat er dafür einzustehen, dass krankheitsbedingte Belastungen nicht einen solchen Umfang erreichen, dass der amtsangemessene Lebensunterhalt nicht mehr gesichert ist.<sup>64</sup> Der einzelne Beamte hat ein grundrechtsgleiches Recht auf den Unterhalt. Unter dem geltenden Recht könnte er, wenn die erforderlichen Krankenversicherungsprämien für die nicht durch Beihilfe abgedeckten Leistungen die amtsgemäße Alimentation gefährdeten, die Korrektur der Besoldungs- und Versorgungsgesetze verlangen.<sup>65</sup> Die Folgerung liegt nahe, dass die zweifache Einkommenseinbuße, die durch den Wegfall der Beihilfe und die entsprechende Beitragsbelastung in der Bürgerversicherung erfolgte, durch eine entsprechende Anhebung der Besoldung und Versorgung auszugleichen sei. Doch das setzt voraus, dass die Einbeziehung in die Bürgerversicherung überhaupt mit der Strukturgarantie des Berufsbeamtentums vereinbar ist. Eben das ist nicht der Fall.

Die Verfassung verlangt nicht vom Dienstherrn, dass er seiner Fürsorgepflicht über die Beihilfe genügt, wohl aber, dass er die Pflicht eigenverantwortlich erfüllt und die Erfüllung nicht dem Gewährleistungsbereich des Art. 33 Abs. 5 GG entzogen wird.<sup>66</sup> Er darf die Wahrnehmung seiner Fürsorgepflicht nicht auf ein externes, rechtlich verselbständigtetes Vorsorgesystem abschieben, die Beamten darauf verweisen und sich aus seiner dienstrechtlichen Verantwortung zurückziehen. Dass er dies in der Pflegeversicherung getan hat, ist ein Verfassungsverstoß.<sup>67</sup> Die Einbeziehung der Beamten in eine allgemeine Pflichtversicherung ist unvereinbar mit der Vorsorgefreiheit, die Ausdruck ihrer persönlichen Unabhängigkeit ist. Die Vorsorgefreiheit wird als hergebrachter Grundsatz von der Strukturgarantie des Art. 33 Abs. 5 GG unterfangen.<sup>68</sup>

<sup>61</sup> Ähnlich wie bei der Heranziehung zur Pflegeversicherung. Bestätigt von BVerfG, in: NZS 2002, S. 87 ff.

<sup>62</sup> So BVerfGE 58, 68 (77 f.); 79, 223 (235); 83, 89 (98); 106, 225 (232); *Christina Grün*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Beihilfe der Beamten, Diss. Bonn 2002, S. 36 ff. (Nachw.). Dagegen *Walter Leisner*, Beamtenversicherung zwischen Beihilfe und Krankenversicherung, 1978, S. 53 ff.

<sup>63</sup> BVerfGE 83, 89 (100); 106, 225 (232).

<sup>64</sup> BVerfGE 58, 68 (77 f.); 79, 223 (235); 83, 89 (98); 106, 225 (233).

<sup>65</sup> BVerfGE 58, 68 (77 f.); 79, 223 (235); 83, 89 (98); 106, 225 (233).

<sup>66</sup> BVerfGE 44, 249 (269 f.); 76, 256 (319 f.); 79, 223 (232); *Merten* (N 7), S. 545 (547); *Axer* (N 7), S. 11 ff. Gegen die Einbeziehung der Beamten in die Sozialversicherung *Wolfgang Riefner*, Beamtenversorgung und Sozialversicherung, in: *Walter Leisner* (Hg.), Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, 1975, S. 147 ff.; *Walter Leisner*, Sozialversicherungspflicht für Ruhestandsbeamte? (1981), in: *ders.*, Beamtentum, 1995, S. 410 ff.; *ders.* (N 62), S. 57, 61 ff.; *Grün* (N 62), S. 47 ff. A. A. *Bieback* (N 7), S. 421.

<sup>67</sup> Dagegen wird das Konzept als Volksversicherung bestätigt von BVerfGE 103, 225 (236 f.).

<sup>68</sup> Zutreffend: *Leisner* (N 62), S. 34 f.; *Axer* (N 7), S. 13 f. Offengelassen in BVerfGE 79, 223 (232); 83, 89 (105).



#### 4. Anwartschaften der Privatversicherten

Heikle Übergangsprobleme ergeben sich für die bisher Privatversicherten. Mit der Eingliederung in die Bürgerversicherung werden die erworbenen Leistungsansprüche und Altersanwartschaften praktisch entwertet. Die Rechtspositionen, die sie aufgrund ihrer Versicherungsverträge über ihre Prämien erlangt haben, bilden Eigentum im grundrechtlichen Sinne, über das der Gesetzgeber nicht ohne weiteres disponieren kann.<sup>69</sup> Er muss den Bestand der Altverträge respektieren und lange Übergangszeiten für die bisher Versicherten einbauen.

Doch damit erledigen sich nicht sämtliche Schwierigkeiten. Wenn nämlich, wie die Rürup-Kommission vorschlägt, das neue Konzept stufenweise eingeführt werden und den Privatversicherern zunächst das Geschäft mit Neukunden untersagt werden soll,<sup>70</sup> wird damit auch der wirtschaftliche Boden der Altverträge unterminiert. Die Altersrückstellungen, welche die Privatversicherer gebildet haben und auch von Gesetzes wegen haben bilden müssen, um Prämien erhöhungen im Alter abzumildern,<sup>71</sup> reichen nicht aus, damit die Versicherer, wenn die Neuzugänge ausbleiben und sie vom Markt verdrängt werden, ihre Verpflichtungen erfüllen können.<sup>72</sup>

#### V. Berufsfreiheit der Privatversicherer

Mit der Bürgerversicherung werden die Privatversicherer vom Gesundheitsmarkt verbannt und allenfalls noch neben den Verwaltungsmonopolen der Kassen in Marktnischen für medizinisch nicht notwendige und „Wellness“-Leistungen geduldet, in einen Monopoleränzungsberuf abgedrängt. Die Privatversicherer genießen aber als juristische Personen den grundrechtlichen Schutz der Berufsfreiheit.<sup>73</sup> Freilich garantiert das Grundrecht nicht bloße Erwerbchancen.<sup>74</sup> Es hält dem privaten Unternehmer den Zugang zum Markt offen und sichert die Rahmenbedingungen der Freiheit und Chancengleichheit des Wettbewerbs. Aber es enthebt ihn nicht der Risiken des Wettbewerbs, und es gewährleistet nicht den wirtschaftlichen Erfolg.<sup>75</sup> Doch ergeben sich die Verwaltungsmonopole, die den Kassen mit der Einführung der Bürgerversicherung zukommen, nicht aus Vorgängen des Marktes, sondern aus Akten des Ge-

---

<sup>69</sup> Vgl. *Axer* (N 7), S. 11; *Bieback* (N 7), S. 422 f.; *Schnapp/Kaltenborn* (N 23), S. 61 f. Für das Problem des Umgangs mit Altersrückstellungen machen praktische Lösungsvorschläge *Wilhelm F. Schröder/Stephanie Sehlen/Jürgen Hofmann*, Integration von privat Krankenversicherten, in: *SozSich* 2003, S. 6 (10 ff.).

<sup>70</sup> Kommissionsbericht (N 2), S. 149.

<sup>71</sup> § 12 VVG.

<sup>72</sup> Lebensfremd und wirtschaftsblind der Kommissionsbericht (N 2), S. 152. Lakonisch der Hinweis auf die Altersrückstellungen durch den Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts (N 12, Rn. 34).

<sup>73</sup> Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG. – Zu den europarechtlichen Problemen *Axer* (N 7), S. 19 f.; *Jörg Gundel*, Europarechtliche Probleme der Bürgerversicherung, in: *EuR* 2004, S. 575 ff. Andere Sicht *Bieback* (N 7), S. 42 f.

<sup>74</sup> BVerfGE 24, 236 (251); 34, 252 (256); 105, 252 (265); 106, 275 (299).

<sup>75</sup> Vgl. BVerfGE 105, 252 (265); 106, 275 (299).

setzgebers. Sie sind nicht Folge des grundrechtsautonomen Wettbewerbs, sondern Werk öffentlicher Gewalt, als solche grundrechtsgebunden.<sup>76</sup>

Gleichwohl hält das Bundesverfassungsgericht die planmäßige Zurückdrängung der Privaten zugunsten der Gesetzlichen Krankenversicherung durch die Anhebung der Versicherungspflichtgrenze (eine freilich gegenüber der Einführung der Bürgerversicherung schwächere Maßnahme) nicht für einen Eingriff. Es bestehe kein Konkurrenzverhältnis, in dem die Sozialversicherung einen Bereich monopolisiere, vielmehr handele es sich um verschiedene Systeme, die unter ganz unterschiedlichen Gesichtspunkten Krankheitskosten abdecken.<sup>77</sup> Die Logik bleibt dunkel, wieso Verschiedenheit der Systeme die Möglichkeit von Konkurrenz ausschließen soll. Die Verschiebung der Versicherungspflichtgrenze, mehr noch deren Aufhebung in der Bürgerversicherung verwehrt den Privatversicherern die weitere Tätigkeit. Auch wenn das Gesetz sich unmittelbar nur an die (Pflicht-)Versicherten wendet, bildet die alleinige Inanspruchnahme des betreffenden Marktsegments ein Betätigungsverbot für die Privatversicherer: insoweit einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Versicherer, nicht etwa bloß einen belastenden Reflex.<sup>78</sup> Man kann hier sogar von einem Grundrechtseingriff im klassischen Sinne sprechen; auf jeden Fall handelt es sich um einen ihm in der realen Wirkung und rechtlichen Behandlung entsprechenden faktischen Eingriff.<sup>79</sup> In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts berührt die Konkurrenz einer auf Zwangsmitgliedschaft gegründeten Arbeitnehmerkammer zu den Gewerkschaften die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften und löst daher den grundrechtlichen Rechtfertigungszwang aus.<sup>80</sup> Das Monopol der staatlichen Spielbanken gilt als objektive Zulassungssperre für die Berufswahl privater Prätendenten.<sup>81</sup> In der Tat begründet die Bürgerversicherung für die Privatversicherer ein Verbot ihrer beruflichen Tätigkeit, soweit das Monopol der Kassen reicht. Die Frage ist, ob dieser Eingriff die Berufswahl oder die Berufsausübung trifft. Für letztere Annahme wird angeführt, dass dem Versicherer noch das Zusatzgeschäft verbleibe, ihm also nicht jedwede Tätigkeit verwehrt werde.<sup>82</sup> Doch handelt es sich lediglich um eine Randnutzung, der Zugang zum eigentlichen Berufsfeld wird entzogen. Der Beruf des Privatversicherers, der sich in Deutschland im Geschäft der Vollversicherung entwickelt hat, verlöre seine Identität, wenn ihm nur noch Marktsegmente verblieben, wie jene, die in Großbritannien der staatliche Gesundheitsdienst den Privatversicherern belässt.<sup>83</sup> Damit ist die Berufswahl betroffen,<sup>84</sup>

<sup>76</sup> Den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG zugunsten der Privatversicherer gegen die Sozialversicherungsmonopole bejaht: *Papier* (N 44), S. 18 ff.

<sup>77</sup> BVerfG, Kammerbeschluss (N 12), Rn. 20. Andere Grundrechtssicht *Leisner* (N 10), S. 128 ff.

<sup>78</sup> So aber BVerfGE 106, 275 (299 ff.) – zu den Auswirkungen der Festbeträge für Arzneimittel auf die Arzneimittelhersteller.

<sup>79</sup> Zu den Spielarten des Grundrechtseingriffs: *Josef Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *HStR*, Bd. V, <sup>2</sup>2000, § 111 Rn. 58 ff.; *Herbert Bethge*, Der Grundrechtseingriff, in: *VVDStRL* 57 (1998), S. 7 (10 ff.), mit Nachw.

<sup>80</sup> BVerfGE 38, 281 (299 ff., 311 f.).

<sup>81</sup> BVerfGE 102, 197 (212 ff.). Dazu mit Folgerungen für den Grundrechtsschutz der Privatversicherer *Hufen* (N 7), S. 16.

<sup>82</sup> So *Bieback* (N 7), S. 423; *Jaeger* (N 44), S. 9. Auf dieser Linie auch BVerfG, Kammerbeschluss (N 12), Rn. 36.

<sup>83</sup> Dazu: Das Gesundheitssystem in Großbritannien, in: *PKV Publik* 3/2004, S. 30 f.

und zwar auf der objektiven, von der Person des Grundrechtsträgers unabhängigen Stufe, also der eingriffsempfindlichsten Dimension der Berufsfreiheit, die der Gesetzgeber, wenn überhaupt, nur zugunsten öffentlicher Belange von höchstem Gewicht und unter strengster Wahrung des Übermaßverbots einschränken darf.<sup>85</sup>

Nach einer Auffassung im Schrifttum braucht sich die Bürgerversicherung nur an den Grundrechten der Zwangsversicherten, nicht aber an denen der Privatversicherer messen zu lassen. Was sich jenen gegenüber als gerechtfertigt erweise, setze sich notwendig auch gegenüber diesen durch. Andernfalls mache man den sozialstaatlich legitimen Schutz der Bürger abhängig von den zukünftigen Erwerbsinteressen der Privatversicherer.<sup>86</sup> Der bisherigen Dogmatik ist jedoch eine solche Auflösung mehrpoliger Grundrechtsbeziehungen fremd. Sie übernimmt ein Legitimationsmuster des Kriegsvölkerrechts, behandelt die sozialpolitische Zwangsbeglückung wie ein Bombardement und legitimiert die Grundrechtsbeeinträchtigung der Privatversicherer als hinzunehmenden Kollateralschaden.

Die bloßen Finanzinteressen der Gesetzlichen Krankenversicherung bilden kein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut, das die Verdrängung eines Berufszweiges, die kalte Sozialisierung der Privatversicherung, legitimieren könnte.<sup>87</sup> Grundrechtskompatible Gründe, um eine objektive Berufssperre zu verhängen, könnten in den Gefahren liegen, die der privaten Berufstätigkeit entspringen.<sup>88</sup> Als solche wird die Gefahr eines Marktversagens genannt, das die Absicherung des Gesundheitsrisikos durch eine private Versicherung nach sich ziehe.<sup>89</sup> Diese Gefahr zeichnet sich nicht ab. Gegen sie gibt es grundrechtsschonende Vorkehrungen des Staates, über die er seinem Sicherstellungsauftrag genügt. Das Gegenwartsproblem, das den Reformdruck auslöst, ist dagegen das Systemversagen des öffentlichen Systems der Gesetzlichen Krankenversicherung.<sup>90</sup>

Es liegt nahe, dass das Bundesverfassungsgericht, so es über die Bürgerversicherung zu entscheiden hätte, auf seine Formel von der finanziellen Stabilität und Funktionsfähigkeit der Gesetzlichen Krankenversicherung zurückgriffe. Das Bundesverfassungsgericht nimmt ihm das Odium des Fiskalischen, wenn es feststellt, die Stabilität des Systems sei kein Selbstzweck. Die Gesetzliche Krankenversicherung diene der Absicherung der als sozial schutzbedürftig angesehenen Versicherten vor den finanziellen Risiken einer Erkrankung.<sup>91</sup> Auch wenn man die Bedenken gegen die Anwendbarkeit

---

<sup>84</sup> So zu Recht *Papier* (N 44), S. 18 ff.; *F. Kirchhof* (N 7), S. 4; *Axer* (N 7), S. 15. Ebenso unter dem Aspekt der Anhebung der Versicherungspflichtgrenze *Schnapp/Kaltenborn* (N 23), S. 71 ff.

<sup>85</sup> So auch *Axer* (N 7), S. 15 – zur Stufentheorie in BVerfGE 7, 377 (397 ff.). – Auch wenn der private Vollversicherer nicht als eigener Beruf, sondern – ähnlich wie der Kassenarzt – nur als Modalität der Berufsausübung qualifiziert werden sollte, müsste sich wie beim Kassenarzt die Zugangssperre nach strengsten Kautelen rechtfertigen, weil sie in ihrer Wirkung einer objektiven Sperre der Berufswahl nahekäme. Zum Kassenarzt BVerfGE 11, 30 (39 ff.); 12, 144 (147 ff.).

<sup>86</sup> So *Bieback* (N 7), S. 423.

<sup>87</sup> So auch *Hufen* (N 7), S. 18; *F. Kirchhof* (N 7), S. 4.

<sup>88</sup> Vgl. *F. Kirchhof* (N 7), S. 4.

<sup>89</sup> *Bieback* (N 7), S. 421.

<sup>90</sup> Dazu *Schüller* (N 2), S. 34 ff.

<sup>91</sup> BVerfGE 103, 172 (183, 184); Kammerbeschluss (N 12), Rn. 24.

der Stabilitätsformel vernachlässigt, böte sie dem Gesetzgeber keinen Freibrief. Die objektive Zulassungsschranke müsste der strengsten Prüfung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in allen seinen Facetten standhalten.<sup>92</sup> Die Einbuße, die den Privatversicherern droht, besteht nicht deshalb die Prüfung vor dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, weil ihnen noch die Geschäftschancen der Zusatzversicherung bleiben.<sup>93</sup> Denn diese soll auf enge Marktnischen beschränkt werden: Kuren, Einzelzimmerzuschläge, Luxus- und Wohlfühlmedizin. Damit sich aber noch nicht einmal hier Marktfreiheit rege, soll das Leistungsangebot durch Kataloge reguliert werden, die ein Ausschuss aufstellt, paritätisch besetzt aus Gesetzlicher und Privater Krankenversicherung sowie Leistungsanbietern und Patientenvertretern.<sup>94</sup> Überdies will die Gesetzliche Krankenversicherung ihren Mitgliedern Zusatzversicherungen offerieren und damit am Wettbewerb teilnehmen.<sup>95</sup> Der Beruf des Versicherers verlöre seine Identität. Der Eingriff wäre auch nicht erforderlich, weil schonendere Problemlösungen bereitstehen.<sup>96</sup>

Zweifel erheben sich schon, ob die Ausschaltung der Privaten Krankenversicherung überhaupt ein taugliches Mittel ist, um die Gesetzliche Krankenversicherung zu stabilisieren.<sup>97</sup> Die Private Krankenversicherung hält, wenn auch nur in einem Sektor des Gesundheitswesens, den Wettbewerb aufrecht. Sie ermöglicht den Leistungs- und Systemvergleich. Sie bildet ein Reservat des Marktes inmitten der Gesundheitsplanwirtschaft. Ein solches Reservat ist freilich für das Gesamtsystem überaus nützlich. Das wusste schon Lenin. Er sah vor, dass nach dem Sieg der Weltrevolution die globale Planwirtschaft eine Insel des Kapitalismus, etwa die Schweiz aussparen solle, damit man überhaupt noch einen Indikator für echte Preise behalte. Die Privatversicherer leisten freilich mehr für die Gesetzliche Krankenversicherung. Sie stützen indirekt ihr Versorgungsniveau, weil sie ein Alternativangebot prästieren und als Pfahl im Fleische des Monopolismus seinem natürlichen Hang zur Trägheit, zu Leistungsverfall und Leistungsverzögerung (Wartezeiten!) entgegenwirken, kurz: das staatliche System, dem Subsidiaritätsprinzip entsprechend, unter Rechtfertigungszwang halten.

---

<sup>92</sup> Dazu *Rüdiger Breuer*, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, in: HStR, Bd. VI, <sup>2</sup>2001, Rn. 47 ff. (Nachw.). Dagegen weicht das Bundesverfassungsgericht die Kriterien des Übermaßverbots auf, wenn es um die Beitragsbemessungsgrenze geht (Kammerbeschluss, N 12, Rn. 25 ff.).

<sup>93</sup> In diesem Sinne BVerfG, Kammerbeschluss (N 12), Rn. 36. Ablehnend *Axer* (N 7), S. 16.

<sup>94</sup> Kommissionsbericht (N 2), S. 149.

<sup>95</sup> Überlegungen zur Öffnung der Zusatzversicherung für die Gesetzliche Krankenversicherung: *Norbert Klusen* (Hg.), *Zuwahlleistungen in der Gesetzlichen Krankenversicherung*, 2003. Grundrechtliche Bedenken *Papier* (N 44), S. 24 ff.

<sup>96</sup> Wenn der versicherungsinterne Solidarausgleich zu unzumutbaren Beitragsbelastungen der Mitglieder und Arbeitgeber führen sollte, ist immerhin auch der subsidiäre Ausgleich über den Staatshaushalt zu erwägen.

<sup>97</sup> Kritik an den Prognosen der Befürworter der Bürgerversicherung und Aufweis der Widersprüche: *Schüller* (N 2), S. 34 ff.