

Schutz der privaten Versicherungsunternehmen

I. Einführung und Problemstellung

Der Begriff der „Bürgerversicherung“ ist ein verbaler Sympathieträger. Er erscheint durchweg positiv besetzt. Der Terminus klingt solide und seriös im Unterschied zur sozialstaatlich verschwiemelten Solidargemeinschaft und ihrem vormaligen DDR-Pendant, der Volkssolidarität, die beide mehr an die Sozialhaft des schwedischen Volkshauses erinnern. Juristisch strömt der Begriff der Bürgerversicherung einen sanften Nebel aus, der von den harten Fragestellungen der Zunft ablenkt. Eine illusionslose und nüchterne rechtliche Analyse ist aber unumgänglich. Sie setzt voraus, dass man zunächst einmal exakt zu Grunde legt, was eigentlich inhaltlich und prozedural mit der Bürgerversicherung gemeint ist. Soll es darum gehen, die Finanznöte der chronisch defizitären Gesetzlichen Krankenversicherung durch die Einbeziehung weiterer Personen als beitragszahlende Leistungserbringer zu beseitigen, verliert das Unternehmen viel von seinem Charme. Nicht nur, dass von den parteipolitischen Sponsoren einer solchen Bürgerversicherung sozialpsychologisch geschickt der Neidkomplex gegen Beamte und Selbstständige mobilisiert wird. Das Unternehmen läuft schlicht und einfach auf die Etablierung eines großdimensionierten staatlichen Sozialverwaltungsmonopols mit Anschluss- und Benutzungszwang hinaus. Dabei mag man sich im Einzelnen darüber streiten, ob es sich – das hängt auch von der konkreten Regelung ab – um die Konstituierung eines neuen oder um die Expansion eines bestehenden Monopols handelt. An der Tatsache, dass sozialstaatliche Hoheitsgewalt Freiheitsrechte Privater planiert, besteht kein Zweifel. Die Bürgerversicherung beschneidet Bürgerfreiheiten.

Hinter der semantischen Verharmlosung einer Bürgerversicherung verbirgt sich bei genauem juristischen Zusehen eine hoheitlich verordnete Bürgerzwangsversicherung. Sie hätte weitreichende Konsequenzen grundrechtlicher Art. Von ihr wäre nicht nur der Kreis der Versicherten betroffen, in deren allgemeine Handlungsfreiheit (oder negative Vereinigungsfreiheit) eine staatlich angeordnete Versicherungspflicht eingreift¹. Auch die Unternehmen der privaten Versicherungswirtschaft würden sich handfesten Grundrechtseingriffen ausgesetzt sehen. Ähnlich wie im Fall der Anhebung der Versicherungspflichtgrenze in der überkommenen Gesetzlichen Kranken-

¹ Pitschas, Festschrift 50 Jahre BVerfG II, 2001, S. 841 m.w.N.; Sodan, JZ 2002, 59; ders., ZRP 2004, 217 ff.

versicherung (GKV) würden sich die Unternehmen der privaten Versicherungswirtschaft im Fall einer allgemeinen Bürgerversicherung einer Erweiterung des Monopolanspruchs einer staatlichen Zwangsversicherung gegenübersehen. Auf diese Kontrastierung – staatliches Verwaltungsmonopol einerseits, Grundrechte der Zivilgesellschaft und der Privatwirtschaft andererseits – kommt es an, um die Verfassungsrechtslage von vornherein in den rechten Griff zu bekommen. In Rede steht die Polarität von Bürgerfreiheit und Staatskompetenz². An der Existenz der Voraussetzungen für diese Konstellation besteht kein Zweifel.

II. Allgemeine grundrechtliche Vorgaben und Maßstäbe

1. Zu Grundrechten privater Versicherungsträger

a) Die prinzipielle Geltung der Grundrechte

Dass eine Bürgerversicherung, soweit sie als Pflichtversicherung ausgestaltet ist, ein Verwaltungsmonopol darstellt, das das Wirkungsfeld privater Organisationen einschränkt, steht außer Frage³. Zur Sozialversicherung gehört typischerweise die Versicherungspflicht und damit die Konstituierung eines öffentlich-rechtlichen Verwaltungsmonopols⁴. Im System einer grundsätzlich freien Wirtschaft bildet ein vom Gesetz geschaffenes Monopol einen Fremdkörper; es schließt diejenigen, welche die monopolisierte Tätigkeit selbstständig ausüben oder ausüben möchten, hiervon aus⁵. Verwaltungsmonopole stellen wegen ihrer normativen Sperrwirkung wenn nicht ein Berufsverbot, so doch jedenfalls einen schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit dar⁶.

Das wirft die prinzipielle Frage nach der Vereinbarkeit des Monopols mit den Grundrechten der Privatwirtschaft, namentlich Art. 12 Abs. 1 GG auf. Nicht anders liegen die Dinge, wenn der Gesetzgeber ein bestehendes Verwaltungsmonopol – und sei es unter neuer Etikettierung – normativ ausbaut. Auch hier geht kein Weg an der Erkenntnis vorbei, dass Monopole des Staates oder sonstiger öffentlich-rechtlicher Träger berufliche Betätigungen Privater in ihrem Anwendungsbereich mit normativer Wirkung ausschließen⁷. Auch die Expansion eines schon bestehenden Verwaltungsmonopols vermag auf Seiten der Träger der Privatversicherung zu grundrechtlichen

² Allgemein *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, S. 15; *ders.*, NJW 2004, 1694; *Isensee*, ZBR 2004, 6.

³ Vgl. auch *Schnapp/Kaltenborn*, Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung, 2001, S. 71 m.w.N.; *Axer*, in: Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V. (SDSRV), Bd. 51, 2004, S. 122.

⁴ *Papier*, ZSR 1990, 348.

⁵ BVerfGE 21, 245 (249).

⁶ *Papier*, Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 548.

⁷ *Papier*, a.a.O.

Abwehrmechanismen führen⁸. Den eingreifenden Staat – in diesem Fall den Gesetzgeber – trifft auch für diesen Fall der grundrechtsspezifische besondere Rechtfertigungszwang⁹, dem er sich nicht schon durch den Hinweis auf seine sozialstaatliche Handlungsvollmacht im Allgemeinen und auf seine sozialversicherungsrechtliche Gestaltungsfreiheit im Besonderen entziehen kann.

Für die privaten Versicherungsunternehmen sind sowohl Art. 12 Abs. 1 GG als auch Art. 14 Abs. 1 GG einschlägig, ohne dass die eine Vorschrift die andere a priori verdrängt¹⁰. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) sind die beiden Säulen der wirtschaftlichen Freiheit des Unternehmensbestandes. Sie sind in dieser Statik nicht nur funktionell aufeinander bezogen; ihre Schutzbereiche überschneiden sich sachlich¹¹.

b) Die materielle Substanz der Freiheitsrechte

aa) Auch inhaltlich sind die beiden Unternehmerfreiheiten durchaus von Substanz. Das ebenso stereotype wie formelhafte Argument, dass Art. 12 Abs. 1 GG keinen Schutz vor Konkurrenz gewährleiste¹² und dass Art. 14 Abs. 1 GG keine bloßen Aussichten, Interessen, Verdienstmöglichkeiten und Hoffnungen schütze¹³, greift jedenfalls entschieden zu kurz¹⁴. Entsprechendes gilt für die schlagwortartige Einlassung, dass die Beibehaltung wirtschaftlicher Vorteile zur unternehmerischen Risikosphäre rechne und dass sich niemand auf die Beibehaltung der Gesetzeslage bzw. der vorhandenen Rahmenbedingungen verlassen dürfe¹⁵. Die freiheitsrechtliche Abwehrformation der beiden Gewährleistungen (Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG) reicht weiter. In Rede steht ein zentraler Einschnitt in die betriebliche Kernsubstanz der Unternehmen der Privaten Krankenversicherung¹⁶. Ob daneben auch noch Art. 2 Abs. 1 GG selbstständige Relevanz entfaltet, ist in erster Linie eine Frage der Grundrechtskonkurrenzen. In dem Maße, in dem die beiden Spezialfreiheiten des Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG unternehmerischen Bestands- und Erwerbsschutz thematisch konsumieren, ist Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht der privaten Versicherungswirtschaft in aller Regel thematisch verbraucht¹⁷.

⁸ *Isensee*, ZRP 1982, 141; *Sodan*, NJW 2003, 1766.

⁹ *Bethge*, VVDStRL Heft 57 (1998), S. 7 ff.

¹⁰ Vgl. *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, 4. Aufl., 1999, Art. 14 Rdnr. 99; *Manssen*, ebda, Art. 12 Abs. 2 und 3 Rdnr. 283; *Scholz*, in: *Mauz/Dürig*, GG, Art. 12 Rdnr. 138; *Sodan*, NJW 2003, 1766; siehe allerdings auch *Hans-Peter Schneider*, VVDStRL Heft 43 (1985), S. 39.

¹¹ *Ossenbühl*, AöR Bd. 115 (1990), S. 25; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 298; *Maurer*, JZ 1991, 39; *Hilf/Hörmann*, NJW 2003, 5.

¹² Vgl. *Jarass/Pieroth*, GG, 7. Aufl., 2004, Art. 12 Rdnr. 16; *Manssen*, a.a.O., Art. 12 Rdnr. 67.

¹³ So jüngst wieder BVerfGE 108, 370 (384), im Anschluss an BVerfGE 102, 197 (211). – Kritisch gegenüber der „allzu harten Theorie“, dass Verdienstchancen kein Eigentum seien, zu Recht *Leisner*, HStR VI, 2. Aufl., 2001, § 149 Rdnr. 10; vgl. auch *Wendt*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 14 Rdnr. 48; *Bryde*, in: *v. Münch/Kunig* (Hrsg.), GGK I, 5. Aufl., 2000, Art. 14 Rdnr. 21.

¹⁴ Zutreffend *Stettner*, UFITA Bd. 2002/III, S. 779 f.

¹⁵ Vgl. allgemein BGH NJW 1964, 769; *Wendt*, a.a.O., Art. 14 Rdnr. 47; *Ossenbühl*, AöR Bd. 115 (1990), S. 28; siehe auch *Kyrill-A. Schwartz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 506 f.

¹⁶ Vgl. *Wendt*, a.a.O., Art. 14 Rdnr. 97 a.E.; *Ossenbühl*, AöR Bd. 124 (1999), S. 7 f.

¹⁷ Vgl. *Scholz*, in: *Mauz/Dürig*, GG, Art. 12 Rdnr. 110, unter Bezugnahme auf BVerfGE 6, 32 ff.

bb) Doch mindert das selbstredend nicht die grundrechtsspezifische Rechtfertigungslast des sozialgestaltenden Staates. Sein Mandat zur Realisierung der Staatszielbestimmung der Sozialstaatlichkeit¹⁸ und zur Erfüllung der Staatsaufgabe Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG)¹⁹ stellt ihn nicht von der Bindung an die Grundrechte frei. Der Staatsaufgabe korrespondiert keine Befugnis, die für erforderlich erachteten Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Sphäre der Gesellschaft zu tätigen, zu der auch die Privatwirtschaft rechnet. Für die Gesetzliche Krankenversicherung wie für die gesamte staatliche Leistungsverwaltung gilt nach wie vor, dass es kein natürliches Monopol des Staates zur Erbringung bzw. zur Ermöglichung bestimmter Leistungen gibt, die auch von Privaten erbracht werden können²⁰. Sozialversicherung ist zwar fakultative Staatsaufgabe. Sie ist aber keine ausschließliche Staatsaufgabe, noch weniger eine originäre Staatsfunktion, die sich wesensmäßig einer Einkleidung in grundrechtliche Schutzbereiche entzöge²¹. Verwaltungsmonopole bedürfen darum der grundrechtlichen Legitimation²². Eine Art „vorverfassungsrechtliches Gesamtbild“ (Hans Nawiasky) reicht nicht aus und ist heute nur noch eine Argumentationsrequisite aus der Gründerzeit des Grundgesetzes.

cc) Aus anderen Bestimmungen und Grundsätzen des Grundgesetzes ergibt sich nichts prinzipiell Gegenteiliges. Es mag sein, dass sich aus den Kompetenz-, Organisations- und Zuständigkeitsvorschriften der Art. 74 Abs. 1 Nr. 12, 87 Abs. 2 und 120 Abs. 1 Satz 4 GG eine prinzipielle Entscheidung des Verfassungsgebers für die Existenz und das Fortbestehen der *vorhandenen* (öffentlich-rechtlichen) Sozialversicherung entnehmen lässt, die insoweit die – periodisch denkbare – grundrechtliche Gegenprobe entbehrllich macht²³. Eine generelle Freizeichnung jedweder Ausbauarten und Fortschreibungen ist damit aber nicht verbunden. Namentlich *sukzessive Verwaltungsmonopole* wirtschaftlich-daseinsvorsorgender Art – das sind solche staatlich verantworteten Monopole, die *schrittweise* expandieren – haben sich eben mit Blick auf diese Expansion prinzipiell an den Grundrechten messen zu lassen²⁴. Umgekehrt ist beim Abbau von Verwaltungsmonopolen und bei der Aktivierung privatwirtschaftlichen Engagements die Legitimationswirkung des Art. 12 Abs. 1 GG nur ausgeschlossen, wenn das Grundgesetz dafür eine explizite Ausnahmeregelung bereithält²⁵.

¹⁸ BVerfGE 59, 231 (263).

¹⁹ Zum staatsaufgabenrechtlichen Gehalt von Kompetenzbestimmungen *Jestaedt*, in: *Aulehner u. a.* (Hrsg.), *Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit*, 1997, S. 333 ff.

²⁰ So schon *Rüfner*, VVDStRL Heft 28 (1970), S. 192; siehe weiter *Isensee*, HStR III, 2. Aufl., 1996, § 57 Rdnrn. 150 ff.

²¹ Vgl. *Isensee*, a.a.O., § 57 Rdnr. 151.

²² Zur differenzierten Rechtsprechung BVerfGE 14, 105 (111); 21, 245 (251 ff.); 37, 314 (320 ff.); 41, 205 (217 ff.); 108, 370 (388). Vgl. weiter *Tettinger*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 12 Rdnrn. 45, 113; *Papier*, Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 543 ff.

²³ Zurückhaltend *Becker*, DÖV 2002, 405 f.; befürwortend *Tettinger*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 12 Rdnr. 45.

²⁴ *Scholz*, in: *Mauz/Dürig*, GG, Art. 12 Rdnrn. 406 ff. (408 f.).

²⁵ So BVerfGE 108, 370 (388 f.) zu Art. 143b Abs. 2 Satz 1 GG.

2. Keine Relativierung oder gar Dekonstituierung der Grundrechte durch legislatorische Freiräume

a) Keine Grundrechtsgeltung nach Maßgabe gesetzgeberischer Spielräume

Die Direktionskraft der Freiheitsrechte gegenüber der gesetzlichen Ausdehnung von Verwaltungsmonopolen lässt sich nicht schon dadurch relativieren, dass allgemeine Pauschalbegriffe wie die „wirtschafts- bzw. sozialpolitische Offenheit des Grundgesetzes“ und ein „weitgehender Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers“ ins Feld geführt werden. Ebenso ist Skepsis geboten gegenüber leichthändigen Operationen mit vermeintlichen gesetzgeberischen Prognosespielräumen und Einschätzungsprärogativen nach Evidenzkriterien²⁶; eine Vorgehensweise, die nicht selten gekoppelt ist mit der Empfehlung an das Bundesverfassungsgericht, sich bei der nachträglichen Kontrolle des Gesetzgebers zur Vermeidung eines Jurisdiktionsstaates auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle bzw. Willkürprüfung zu beschränken. Bei solchen und ähnlichen Gedankenführungen werden nicht selten einzelne Argumentationstopoi aus dem jeweiligen Zusammenhang gerissen bzw. kompiliert. Das Ergebnis derartiger undifferenzierter Operationen kann nur ein Leerlauf der Freiheitsrechte in ihrer eingriffsabwehrenden Funktion sein. Differenzierung tut daher Not.

aa) Die allgemeine Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers ist zwar unbestritten. Der Gesetzgeber konkretisiert das Gemeinwohl und formuliert die Präferenzen und Prioritäten der Sozialgestaltung. Ihm kommt die Zwecksetzungsprärogative zu²⁷. Ebenso steht fest, dass das Parlament die wesentlichen Entscheidungen trifft. Zu den rahmensetzenden Direktiven der Ausübung der Staatsgewalt gehört in der parlamentarischen Demokratie des Gesetzgebers die Regelungsvollmacht der gesetzgebenden Volksvertretung, der politische Gestaltungsfreiheit zukommt²⁸. Schließlich trifft es auch zu, dass die Tätigkeit der Volksvertretung sich nicht als schlichter und strikt gebundener Normenvollzug nach Art der gesetzesausführenden Verwaltung darstellt. Auch die Verfassung wird vom Gesetzgeber nicht einfach „vollzogen“, etwa mit der Maßgabe, dass jede Handlungsalternative ausgeschlossen wäre bzw. sofort zum Verfassungsverstoß geriete²⁹.

bb) Über Gestaltungsbefugnis muss das Parlament also sehr wohl verfügen. Doch lässt sie sich weder über einen Kamm scheren, noch voraussetzungslos vor die Klammer ziehen. Sie muss gegenüber den anderen Staatsfunktionen abgegrenzt und vor dem Hintergrund freiheitsrechtlicher Gewährleistungen abgesteckt werden. Dringend geboten ist eine Besinnung auf die verschiedenen Konstellationen gesetzgeberischen Aktivwerdens, in denen sich jeweils die Frage nach dessen spezifischen Gründen und Grenzen stellt³⁰. Mit den verschiedenen Stufen gesetzgeberischer Gestaltungsmacht

²⁶ Z. B. bei *Hans-Peter Schneider*, VVDStRL Heft 43 (1985), S. 37 f.

²⁷ BVerfGE 96, 375 (395); vgl. auch BVerfGE 103, 172 (185).

²⁸ *Badura*, HStR VII, 1992, § 163 Rdnr. 8.

²⁹ So zutreffend *Hans H. Klein*, DVBl. 1991, 735; vgl. auch *Bethge*, Die Verwaltung Bd. 27 (1994), S. 436.

³⁰ *Papier*, Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 554 f.

korrespondiert zwangsläufig eine unterschiedliche Kontrolldichte der normenüberprüfenden Verfassungsgerichtsbarkeit³¹. So handhabt es notabene auch das Bundesverfassungsgericht. Das Mitbestimmungsurteil unterscheidet mehrere Stufen, die von der strengen inhaltlosen Kontrolle über die Vertretbarkeit bis zur Evidenzkontrolle reichen³².

Auf die spezifische Konstellation kommt es also an: *Den* Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers als solchen gibt es nicht. In dieser Voraussetzungslosigkeit ist er Schlagwort oder Füllwort, Chimäre oder deus ex machina³³.

b) Unterschiedliche Handlungsvollmachten des Gesetzgebers

aa) Grundrechtliche Konkretisierungs- und Ordnungsfunktion hat der Gesetzgeber im Rahmen der Ausgestaltung von Grundrechten. Eigentumsgarantie³⁴ und Berufsfreiheit³⁵ sind zu großen Teilen rechtserzeugt und normgeprägt.

Eine ganz andere Situation ist indessen gegeben, wenn staatliche Verwaltungsmonopole zu Lasten privater Grundrechtsträger ausgebaut werden. Hier geht es nicht um die Umsetzung bzw. Schaffung von Grundrechtssubstanz. In Rede steht ein Eingriff und Einschnitt in existente Grundrechtssubstanz, der sich nicht einfach mit der pauschalen Berufung auf gesetzgeberische Freiräume rechtfertigen lässt³⁶.

bb) Gegenteiliges folgt auch nicht aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG).

Das Sozialstaatsprinzip ist in erster Linie Gesetzgebungsvorbehalt, aber kein Gesetzesvorbehalt, der ohne weiteres Freiheitsrechte beschränkt³⁷. Die Staatszielbestimmung bedarf der Umsetzung durch den Gesetzgeber. Ohne eine solche Ausformung verharret sie als Gesetzgebungsauftrag im Ungewissen und erlangt allenfalls als Auslegungsgrundsatz bei Abwägungen Relevanz. Im Fall einer Umsetzung durch den Leistungsgesetzgeber sind die entsprechenden einfachrechtlichen Normen an den Grundrechten zu messen. Das Sozialstaatsprinzip verleiht dem Gesetzgeber aber kein allgemeines sozialpolitisches Mandat, grundrechtlich abgesicherte Lebensbereiche in verstärkte staatliche Verantwortung zu überführen³⁸. Noch weniger liegt es in der Logik bzw. in der Sogwirkung der staatlich verantworteten öffentlich-rechtlichen Sozialversicherung, dass sie vom Gesetzgeber beliebig auf bislang von der Zwangsver-

³¹ BVerfGE 88, 87 (96 f.).

³² Vgl. *Deppenheuer*, Festschrift 50 Jahre BVerfG II, 2001, S. 262 f., im Anschluss an BVerfGE 50, 290 (333); 88, 87 (96 f.).

³³ *Konrad Hesse*, Festschrift für Ernst-Gottfried Mahrenholz, 1994, S. 541 f.; *Vosskuhle*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG III, 4. Aufl., 2001, Art. 93 Rdnr. 43 Fn. 187; *Jarass/Pieroth*, GG, 7. Aufl., 2004, Art. 93 Rdnr. 4, unter Hinweis auf *Bethge*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, Vorb vor § 1 Rdnr. 158; vgl. auch BVerfGE 64, 87 (101).

³⁴ BVerfGE 58, 300 (330); *Isensee*, HStR V, 2. Aufl., 2000, § 111 Rdnr. 51; *ders.*, ebda, § 115 Rdnr. 139; *Lerche*, ebda, § 121 Rdnrn. 38 ff.

³⁵ *Peter M. Huber*, Festschrift für Martin Kriele, 1997, S. 391; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 430 f.

³⁶ *Sodan*, NJW 2003, 1766.

³⁷ Vgl. BVerfGE 59, 231 (263); 100, 271 (284); *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 20a Rdnr. 46; *Schnapp*, LdR 1996, 5/350, S. 4; *Pitschas*, Festschrift 50 Jahre BVerfG II, S. 833; *Eckart Klein*, HGR I, 2004, § 5 Rdnr. 104.

³⁸ *Sodan*, NJW 2003, 1766; vgl. auch *Di Fabio*, VVDStRL Heft 56 (1997), S. 258.

sicherung ausgesparte Bereiche erstreckt werden dürfe. Noch nicht einmal der erreichte Stand sozialstaatlicher Leistungen ist kraft der Sozialstaatsklausel verfassungsrechtlich gewährleistet³⁹.

cc) Wiederum völlig anders strukturiert und legitimiert ist der legislatorische Spielraum innerhalb des existenten sozialverwaltungsrechtlichen Monopols. Auch insoweit ist vor Fehlschlüssen zu warnen. Zwar genießt der Gesetzgeber *innerhalb* des einmal begründeten Bereichs der öffentlich-rechtlichen Sozialversicherung weitgehende Gestaltungsfreiheit, die ihn ohne Bindung an einen verfassungsrechtlichen „Überbau“ zu organisatorischen Regulierungen und Änderungen befähigt⁴⁰. Das hat seinen Sinn. Die Hauptaufgabe der gesetzlichen Sozialversicherungsträger besteht schließlich im Vollzug detaillierter Sozialgesetzgebung⁴¹. Die Träger der öffentlich-rechtlichen Sozialversicherung ressortieren zur mittelbaren Staatsverwaltung⁴². Im staatsorganisationsrechtlichen Binnenbereich dominieren darum andere als grundrechtsorientierte Bewertungsmuster. Weder Kompetenz- und Organisationsnormen noch Grundrechte⁴³ schränken von Verfassungen wegen die Organisationsfreiheit des Gesetzgebers ein⁴⁴.

Ganz anders stellen sich die Fragen indessen, wenn es um die Erweiterung des Aufgabenbereichs bzw. des Adressatenkreises der Träger der staatlichen Versicherung zu Lasten Privater – das sind Versicherte und Versicherer – geht. In diesem Fall treten sehr wohl grundrechtliche Legitimationsprobleme auf. Der Gesetzgeber verfügt über keine Gestaltungs- und Verfügungsmacht über die gesamte duale bzw. bipolare Ordnung der Sozialversicherung, d. h. über deren öffentlich-rechtliche *und* privatrechtliche Träger. Ihm steht kein beliebiges Ergänzungsrecht zu.

III. Das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

1. Grundlagen des Grundrechtsschutzes der juristischen Person

a) Der personelle Anwendungsbereich

Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist für juristische Personen anwendbar (Art. 19 Abs. 3 GG)⁴⁵. Dieser Befund gilt ungeachtet der Tatsache, dass das Bundesverfas-

³⁹ So zutreffend *Iseensee*, HStR III, 2. Aufl., 1996, § 57 Rdnr. 153; vgl. auch *Pitschas*, a.a.O., S. 832.

⁴⁰ BVerfGE 39, 302 (314); vgl. auch BSGE 52, 294 (298); 61, 254 (261).

⁴¹ BVerfGE 39, 302 (313 f.); *Axer*, Die Verwaltung Bd. 35 (2002), S. 396 f.

⁴² BVerfGE 39, 302 (313 ff.); *Bull*, Festschrift für Hartmut Maurer, 2001, S. 554 Fn. 54; *Sodan*, NJW 2003, 1762; *Axer*, in: *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg.), Finanzausgleich in der Gesetzlichen Krankenversicherung, 2002, S. 34; *ders.*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 259; *Schmidt-Aßmann*, NJW 2004, 1693.

⁴³ Zur fehlenden Grundrechtsberechtigung von Trägern mittelbarer Staatsverwaltung im Anschluss an BVerfGE 39, 302 (314 f.) vgl. BVerfGE 61, 82 (103); 68, 193 (208 f.); 75, 192 (197 ff.).

⁴⁴ Vgl. *Geis*, in: *Schnapp* (Hrsg.), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip am Beispiel der Sozialversicherung, 2001, S. 74 f.; *Becker*, DÖV 2002, 406.

⁴⁵ H.M. Zuletzt etwa *Rüfner*, Festschrift 50 Jahre BVerfG II, 2001, S. 67; *Jarass/Pieroth*, GG, 7. Aufl., 2004, Art. 12 Rdnr. 11; *Tettinger*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 12 Rdnr. 22; BVerfGE 97, 228 (253); 102, 197 (213); 106, 275 (298).

sungsgericht dem Art. 12 Abs. 1 GG einen vornehmlich individualrechtlich-personalen Ansatz entnimmt, der wiederum in erster Linie natürliche Personen als Träger dieses Grundrechts begreift⁴⁶. Zwar wird nach dieser Judikatur die Arbeit als Beruf geschützt, d. h. „in ihrer Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen im Ganzen, die sich erst darin voll ausformt und vollendet, dass der Einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist und durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt“⁴⁷. Doch erschöpft sich der Gewährleistungsgehalt des Art. 12 Abs. 1 GG keineswegs in dieser individualrechtlich-personalen Ausrichtung⁴⁸. Art. 12 Abs. 1 GG schützt unter dem Sammelbegriff der Berufsfreiheit auch die Gewerbefreiheit, die in Art. 151 Abs. 3 WRV noch besonders erwähnt war⁴⁹. Gewerbefreiheit ist auch und vor allem Unternehmerfreiheit⁵⁰. Die Gewerbefreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG kommt als Unternehmensfreiheit auch der juristischen Person als Unternehmerfreiheit zu Gute. Von einem „weiten, nicht personal gebundenen Berufsbegriff“ des Art. 12 Abs. 1 GG geht denn auch in letzter Zeit unmissverständlich das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen aus⁵¹.

aa) Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht angemessen, die Unternehmerfreiheit lediglich als Emanation der Wettbewerbsfreiheit zu begreifen und sie der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG zuzuordnen⁵². Die Freiheit des ungestörten Marktzugangs, die privatautonome Gründungs-, Planungs- und Leitungsmacht des Unternehmers und die Wettbewerbsfreiheit sind vielmehr Teil des Art. 12 Abs. 1 GG als des Grundrechts der Unternehmerfreiheit⁵³. Auch die Wettbewerbsfreiheit gehört mithin unmittelbar zu den durch Art. 12 Abs. 1 (und Art. 14 Abs. 1) GG geschützten Rechtsgütern und Annexfreiheiten⁵⁴. In sachlicher Hinsicht ist Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG bei juristischen Personen die Freiheit, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe zu betreiben, soweit diese Tätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen

⁴⁶ BVerfGE 50, 290 (363), im Anschluss an BVerfGE 7, 377 (397).

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 7, 377 (397); 50, 290 (361 f. und 364 f.); dazu *Breuer*, HStR VI, 2. Aufl., 2001, § 147 Rdnr. 22.

⁴⁸ Kritisch gegenüber einem solchen einseitigen Ansatz *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12 Rdnr. 35; *Papier*, DVBl. 1984, 806 f.

⁴⁹ BVerfGE 50, 290 (362).

⁵⁰ *Gubelt*, in: v. *Münch/Kunig* (Hrsg.), GGK I, 5. Aufl., 2000, Art. 12 Rdnr. 18; siehe auch *Papier*, VVDStRL Heft 35 (1977), S. 57; *ders.*, Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 546 f. Vgl. weiter BVerfGE 105, 252 (265); BVerfGE 106, 275 (298 ff.).

⁵¹ BVerfGE 102, 197 (212 f.); siehe weiter BVerfGE 108, 370 (383 ff.).

⁵² So noch Ansätze in BVerfGE 4, 7 (15 f.); 10, 89 (99); BVerwGE 60, 154 (159 f.); 65, 167 (174). Anders liegt es, soweit die Rechtsposition nicht professioneller Teilnehmer des Wirtschaftslebens angesprochen ist; zutreffend *Manssen*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rdnr. 67. Zur allgemeinen, insbesondere der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit *nicht* beruflich Tätiger aus Art. 2 Abs. 1 GG vgl. auch BVerfGE 95, 267 (303); 97, 228 (263 f.).

⁵³ *Ossenbühl*, AöR Bd. 115 (1990), S. 3 ff.; *Di Fabio*, JZ 1993, 694 Fn. 39; *Breuer*, HStR VI, 2. Aufl., 2001, § 147 Rdnr. 23; *Papier*, VVDStRL Heft 35 (1977), S. 57; *Lecheler*, VVDStRL Heft 43 (1985), S. 54 f.; *Wieland*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Art. 12 Rdnr. 61.

⁵⁴ *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12 Rdnr. 136; *Tettinger*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 12 Rdnr. 14a; *Sodan*, NJW 2003, 2582.

Person ausgeübt werden kann⁵⁵. Dazu gehören anerkanntermaßen die Berufe der Versicherungswirtschaft⁵⁶.

bb) Bei Großunternehmen wird freilich eine graduelle Herabstufung des Schutzniveaus wegen des angeblich geringeren personellen Charakters der Grundrechtsbetätigung für denkbar gehalten⁵⁷. Doch ist gegenüber solchen Einschätzungen Vorsicht geboten; zumindest dürfen sie nicht verallgemeinert werden. Zum einen ändern sie nichts an der grundsätzlichen Grundrechtsträgerschaft auch von Großunternehmen⁵⁸. Zum anderen geraten Relativierungen dieser Art in Kollision mit Art. 19 Abs. 3 GG, dessen materielle Bedeutung gerade in der konstitutiven Erweiterung des Kreises der Grundrechtsberechtigten ohne zwangsläufige Abstriche an der inhaltlichen Substanz liegt⁵⁹. Art. 19 Abs. 3 GG sichert die Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person um ihrer selbst willen, nicht nur wegen des dahinterstehenden personalen Substrats. Die juristische Person wird geschützt, weil und wenn sie sich gegenüber dem Staat als Hoheitsträger in derselben grundrechtstypischen Gefährdungslage wie die natürliche Person befindet⁶⁰.

cc) Wegen dieser Grundentscheidung des Art. 19 Abs. 3 GG verbieten sich jegliche Resubjektivierungen in Gestalt von Reindividualisierungen der Grundrechte; dies um so mehr, als Art. 19 Abs. 3 GG die Geltungserweiterung der Grundrechte sehr wohl als mit dem „Wesen“ der Grundrechte vereinbar erachtet. Für Art. 12 Abs. 1 GG hat dies zur Folge, dass die Bestimmung sowohl die Berufsfreiheit vornehmlich der Einzelperson als auch die Unternehmerfreiheit (auch) der juristischen Person schützt, ohne dass damit qualitative Gefällegagen verbunden wären. Dass die einzelnen Freiheiten eine unterschiedliche soziale Dimension und soziale Pflichtigkeit trifft, ist eine andere Frage.

dd) Die Gewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG enthält angesichts dessen mehrere inhaltlich nicht völlig identische Grundrechtspositionen und/oder Freiheitsdimensionen⁶¹. Art. 12 Abs. 1 GG schützt zum einen den abhängigen Arbeitnehmer. Er ist weiter das „Grundrecht des Mittelstandes“⁶². Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet schließlich auch die Unternehmerfreiheit der regelmäßig als Kapitalgesellschaft strukturierten privaten Versicherungsträger. Damit stellt sich die prinzipielle Frage, ob und inwieweit das Grundrecht der Berufsfreiheit über seine Schutzfunktion gegen staatliche Reglementierungen der privaten Berufstätigkeit hinaus auch der *Ersetzung* privatwirtschaftlicher Tätigkeit durch staatliche Unternehmungen eine verfassungsrechtliche Grenze zieht⁶³.

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 21, 261 (266); 50, 290 (363); 65, 196 (209 f.); 74, 129 (148 f.); 95, 173 (181).

⁵⁶ Obermayer/Steiner, NJW 1969, 1460 f.; Gubelt, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GGK I, 5. Aufl., 2000, Art. 12 Rdnr. 22; Sodan, NJW 2003, 1766.

⁵⁷ BVerfGE 50, 290 (363 ff.).

⁵⁸ Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 262.

⁵⁹ Peter M. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 4. Aufl., 1999, Art. 19 Abs. 3 Rdnrn. 244 ff.

⁶⁰ Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Art. 19 III Rdnr. 21.

⁶¹ Siehe auch BVerfGE 92, 140 (150 f.); 103, 172 (182 f.).

⁶² So Ossenbühl, AöR Bd. 115 (1990), S. 6.

⁶³ So schon Obermayer/Steiner, NJW 1969, 1457; vgl. auch Sodan, NJW 2003, 1766.

2. Private Versicherungswirtschaft und staatliches Verwaltungsmonopol

a) Bürgerversicherung als originäre Staatsfunktion?

Die genannte grundrechtliche Legitimationsfrage würde sich freilich dann nicht stellen, wenn es sich bei der Sozialversicherung von vornherein um eine originäre Staatsfunktion handelte, die wesensmäßig nicht Gegenstand privater Freiheit sein könnte. Solche „Stammlände staatlichen Ausschließlichkeitsrechts“ (*Fritz Fleiner*) gibt es in der Tat. Es sind die regelmäßig mit staatlicher Herrschaftsgewalt verbundenen existentiellen Funktionen des Staates: Polizei, Justiz, Strafvollzug, Steuerverwaltung, Militär. Privatwirtschaftlichem Engagement sind derartige Staatsvorbehalte nicht zugänglich. Nicht nur ein Privateigentum an Staatsfunktionen ist ein Widerspruch in sich. Überhaupt sind originäre Staatsfunktionen solchen Zuschnitts nicht der grundrechtlich geschützten Privatautonomie überlassen⁶⁴.

Bei Gegenständen sozialer Daseinsvorsorge versagen solche polarisierenden Sichtweisen. Existenzsicherung ist keine originäre Staatsfunktion und kein natürliches Staatsmonopol. Daseinssicherung kann auch privatautonom und privatnützlich, karitativ wie erwerbsorientiert betrieben werden⁶⁵. Krankenversicherung ist wenn nicht primär, so doch mindestens gleichwertig Gegenstand privater und privatwirtschaftlicher Initiative, deren Schutz Anliegen der Grundrechte ist⁶⁶. Von daher müssen sich Verstaatlichungen und/oder Monopolisierungen solcher Aktivitäten die grundrechtliche Legitimationsfrage gefallen lassen⁶⁷.

b) Die begrenzte Reichweite des Kompetenzvorbehalts des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG

Es geht auch nicht an, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG über seinen unbestrittenen Stellenwert als formelle Kompetenzvorschrift (Art. 30, 70 GG) hinaus zugleich als materielle Bestimmung zu qualifizieren, die ohne weitere Rückkoppelung mit Art. 12 GG staatliche Monopole aus sich heraus rechtfertigt. Ansätze in dieser Richtung hat es in Vergleichsfällen allerdings in der Vergangenheit gelegentlich gegeben. In diesem Fall greifen sie jedenfalls nicht.

aa) Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG kommt nur begrenzter Stellenwert zu. Er ist wie auch Art. 87 Abs. 2 GG bloße formelle Zuständigkeitsvorschrift⁶⁸. Eine zugleich materiellrechtliche Anerkennung von Verwaltungsmonopolen im Sinne einer völligen grundrechtlichen Unbedenklichkeit oder Unmaßstäblichkeit kann den Vorschriften nicht entnommen werden⁶⁹. Allenfalls ließe sich aus dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1

⁶⁴ Vgl. *Rupp*, Privateigentum an Staatsfunktionen?, *Recht und Staat* Heft 278 (1963); *Bethge*, Der verfassungsrechtliche Standort der staatlich gebundenen Berufe, 1968; *Isensee*, *HStR* III, 2. Aufl., 1996, § 57 Rdnrn. 150 ff.; *Papier*, *Festschrift für Klaus Stern*, 1997, S. 549; *Rozeck*, in: *Mecking/Schulte* (Hrsg.), *Grenzen der Instrumentalisierung von Stiftungen*, 2002, S. 63.

⁶⁵ Vgl. *Axer*, in: *Soziale Sicherheit durch öffentliches und Privatrecht*, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V. (SDSRV), Bd. 51, 2004, S. 111 ff.

⁶⁶ Vgl. *Isensee*, *HStR* III, 2. Aufl., 1996, § 57 Rdnr. 151; *Papier*, *ZSR* 1990, 348.

⁶⁷ *BVerfGE* 7, 377 (408); *Janz*, *NJW* 2003, 1699.

⁶⁸ *BVerfGE* 39, 302 (314 f.); vgl. auch *BVerfGE* 21, 362 (371).

⁶⁹ *Pieroth*, *AöR* Bd. 114 (1989), S. 448; siehe auch *Schnapp*, *JZ* 1999, 622 f.; *Becker*, *DÖV* 2002, 405.

Nr. 12 GG die Grundannahme des Verfassungsgebers schließen, dass staatliche Monopole auf dem Terrain der Krankenversicherung nicht per se und a priori mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar sind⁷⁰. Der zusätzlichen grundrechtlichen Legitimationsfrage, d. h. der Gegenprobe am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG stellen müssen sich staatliche Verwaltungsmonopole mitsamt der dafür maßgeblichen Detailgesetzgebung dagegen schon⁷¹.

bb) Das nötigt zu zwei Konsequenzen.

Zum Ersten: Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Verwaltungsmonopols einer Bürgerversicherung als neu etikettierte Variante der Gesetzlichen Krankenversicherung ergibt sich keine abschließende Legitimation schon aus den Vorschriften des Grundgesetzes über die Gesetzgebungszuständigkeit und die Verwaltungskompetenz. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG erschöpft sich in einer bloßen Kompetenzzuweisung im Sinne der Art. 30, 70 GG. Die Bestimmung hat indessen keinen materiellen überschießenden Gehalt, der die zusätzliche Grundrechtsprüfung entbehrlich macht. Ebenso beschränkt sich Art. 87 Abs. 2 GG auf die Funktion einer Verwaltungskompetenz.

Zum Zweiten: Auch der legislatorische Ausbau eines Verwaltungsmonopols – z. B. durch die Anhebung der Versicherungspflichtgrenze in der GKV – erlangt nicht schon seine abschließende grundgesetzliche Sanktion durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG bzw. Art. 87 Abs. 2 GG. Hinzu kommen muss die Rechtfertigung des gesetzgeberischen Schritts durch dessen Prüfung am Maßstab der Grundrechte privater Wirtschaftsteilnehmer, hier der privaten Versicherungsträger.

cc) Diesem Befund steht nicht entgegen, dass der kompetenzrechtliche Begriff Sozialversicherung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG nicht auf traditionelle Strukturen beschränkt ist, sondern sehr wohl Fortentwicklungen und Innovationsformen deckt⁷².

Nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* zum Kompetenztitel „Sozialversicherung“ ist dieser Begriff in der Tat als weit gefasster verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff zu verstehen. Er umfasst alles, was sich der Sache nach als Sozialversicherung darstellt. Neue Lebenssachverhalte können in das Gesamtsystem „Sozialversicherung“ einbezogen werden, wenn die neuen Sozialleistungen in ihren wesentlichen Strukturelementen, insbesondere in der organisatorischen Durchführung und hinsichtlich der abzudeckenden Risiken, dem Bild entsprechen, das durch die „klassische“ Sozialversicherung geprägt ist. Zur Sozialversicherung gehört jedenfalls die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit⁷³. Der Gesetzgeber hat von dem Kompetenztitel durch umfangreiche Regelungen Gebrauch gemacht.

⁷⁰ *Papier*, ZSR 1990, 348 f.; vgl. auch *Schnapp/Kaltenborn*, Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung, 2001, S. 73 f.; siehe auch BVerfGE 68, 193 (209).

⁷¹ *Papier*, a.a.O.; *ders.*, Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 546; *Janz*, NJW 2003, 1699.

⁷² Vgl. BVerfGE 75, 108 (146); 88, 203 (313); ferner BVerfGE 81, 156 (185); 87, 1 (34); dazu *Sodan*, NZS 1999, 110; *ders.*, NZS 2001, 170; *ders.*, ZRP 2004, 218. Zurückhaltend *Schmidt-Aßmann*, NJW 2004, 1694.

⁷³ BVerfGE 75, 108 (146).

Doch stehen alle Weiterentwicklungen und sozialstaatlichen Ausbauten des Systems unter einem Vorbehalt:

Kompetenzrechtlich (Art. 30, 70, 83 GG) mag der legislatorische bzw. administrative Ausbau der Gesetzlichen Krankenversicherung bzw. einer ihr nachfolgenden Bürgerversicherung in Ordnung gehen. Über die *grundrechtliche* Kompatibilität dieses Ausbaus ist damit noch nichts gesagt. Das muss zwar nicht zwingend bedeuten, dass auch das gewachsene System der Gesetzlichen Krankenversicherung ständig auf seine Übereinstimmung mit Art. 12 Abs. 1 GG überprüft werden müsste⁷⁴. Auf jeden Fall müssen indessen Fortschreibungen und Erweiterungen des Systems, also sukzessive Monopolverdichtungen – sei es nach Art der Anhebung der Versicherungspflichtgrenze in der GKV, sei es durch Einführung einer allgemeinen Bürgerversicherung – am Maßstab der Grundrechte, vornehmlich dem des Art. 12 GG, überprüft werden. Daran ändert sich nichts, wenn in der Sicherung der finanziellen Stabilität der Gesetzlichen Krankenversicherung eine Gemeinwohlaufgabe von großer Bedeutung gesehen wird⁷⁵. Diese fraglos wichtige Gemeinwohlaufgabe muss mit den Belangen des Art. 12 Abs. 1 GG in Konkordanz gebracht werden.

dd) Nicht akzeptiert werden kann darum die Überlegung, dass das einmal zulässigerweise begründete Verwaltungsmonopol auch dessen beliebigen Ausbau gestatte, ohne dass noch einmal zusätzlich Art. 12 Abs. 1 GG befragt werden müsste. Dem steht zum einen entgegen, dass das bisherige Verwaltungsmonopol unter Umständen in weniger grundrechtssensiblen bzw. in vorgrundgesetzlichen Zeiten überhaupt nicht am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt zu werden brauchte bzw. dass dieses Erfordernis nicht gesehen wurde. Zum anderen ist nicht auszuschließen, dass gerade der Ausbau des Verwaltungsmonopols jenes Übermaß an Grundrechtseingriff bewirkt, das das Verwaltungsmonopol im bisherigen Umfang nicht aufwies.

c) Art. 12 Abs. 1 GG und der Schutz vor Konkurrenz

Dieses Ergebnis – prinzipielle Maßstäblichkeit des Art. 12 Abs. 1 GG als Kontrollnorm – kollidiert nicht mit dem Grundsatz, dass Art. 12 Abs. 1 GG keinen Schutz vor Konkurrenz gewährleistet⁷⁶.

Die nicht selten schlagwortartig und darum undifferenziert verwandte Argumentationsformel bezieht sich ohnehin lupenrein und bedenkenfrei nur auf die Konstellation der Konkurrenz Privater. Diese Konkurrenzlage ist in der Tat idealtypische Voraussetzung, nicht Hindernis einer privaten Wirtschaftsordnung. Insoweit handelt es sich bei der Konkurrenz Privater um die freiheitsrechtliche Normallage des Art. 12 Abs. 1 GG. Darum ist der Schluss zutreffend, dass es nach der freiheitlichen Ordnung des Grundgesetzes kein subjektives verfassungskräftiges Recht auf die Erhaltung des

⁷⁴ Vgl. allerdings *Tettinger*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 12 Rdnr. 45; *Becker*, DÖV 2002, 405 f.

⁷⁵ BVerfGE 68, 193 (218); 70, 1 (29 f.); 82, 209 (230); 103, 172 (184).

⁷⁶ BVerfGE 34, 252 (256); 55, 261 (269); *Manssen*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 67; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12 Rdnr. 40; umfassend *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 2 I Rdnrn. 119 ff. m.w.N.; *Lindner*, DÖV 2003, 186 f.; *Kabl*, Der Staat Bd. 43 (2004), S. 173.

Geschäftsumfangs und die Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten gibt⁷⁷. Konkurrenzschutz ist denn auch grundsätzlich kein Gemeinwohlbelang⁷⁸.

aa) Schon die Konkurrenz des Staates bzw. der öffentlichen Hand ist demgegenüber so selbstverständlich nicht⁷⁹, weil zumindest Verdrängungs- und Vernichtungswettbewerb der öffentlichen Hand ausgeschlossen ist⁸⁰. Zwischen privater und öffentlicher Konkurrenz ist sehr wohl zu unterscheiden⁸¹. Wettbewerb ist verfassungsrechtlich der Wettbewerb Privater⁸².

bb) Völlig anders gelagert ist die (partielle bzw. sukzessive) Monopolisierung bestimmter, dem privatwirtschaftlichen Engagement zugänglicher Tätigkeitsbereiche. Hier entsteht die Frage, ob Art. 12 Abs. 1 GG den Ausschluss privater Unternehmen bzw. ihrer Klientel gestattet⁸³. Die Frage lässt sich nicht dadurch beantworten, dass das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten gewährleistet⁸⁴. Entsprechendes betrifft das Argument, die Wettbewerbspositionen sowie der Umsatz und die Erträge unterlägen dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen⁸⁵. Das bezieht sich auf die Berufsfreiheit und die Konkurrenz des am Markt Tätigen, nicht aber legitimiert dies den Grundrechtseingriff durch staatliche Monopole, genauer: durch den Ausbau staatlicher Monopole.

cc) Vollends verfehlt wäre schließlich der Hinweis darauf, dass auch jetzt schon zwischen Privater Krankenversicherung (PKV) und GKV ein Konkurrenzverhältnis bestünde. Diese Wettbewerbssituation ist schon von der Grundanlage her nicht vergleichbar mit dem Konkurrenzverhältnis zwischen privatwirtschaftlichen Unternehmen, auf das der oben genannte Satz gemünzt ist. Der Vergleich hinkt schon deshalb, weil die sozialverwaltungsrechtlichen Versicherungsträger selbst eben wegen ihrer Zugehörigkeit zur mittelbaren Staatsverwaltung keinen Grundrechtsschutz genießen. *Bettermanns* geflügeltes Wort von der „Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand“⁸⁶ hat sich – zu Recht – nie durchgesetzt. Das Bundesverfassungsgericht hat den Grundrechtsschutz der öffentlich-rechtlichen Sozialversicherungsträger dezidiert abgelehnt⁸⁷.

⁷⁷ BVerfGE 34, 252 (256) m.w.N.; vgl. auch BVerfGE 106, 275 (299 ff.); 108, 370 (384).

⁷⁸ BVerfGE 93, 362 (370).

⁷⁹ So zutreffend *Stober*, Festschrift für Hartmut Maurer, 2001, S. 836 f.; *Angela Faber*, DVBl. 2003, 762; vgl. auch *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 223 f.; OVG Münster DVBl. 2004, 133 ff. mit Anm. von *Schliesky*, DVBl. 2004, 138 f.

⁸⁰ Vgl. BVerwGE 39, 329 (336); *Jarass/Pieroth*, GG, 7. Aufl., 2004, Art. 12 Rdnr. 16 m.w.N.; *Manssen*, a.a.O., Art. 12 Abs. 1 Rdnrn. 79 ff.; *Di Fabio*, a.a.O., Art. 2 I Rdnrn. 120 f.; *Papier*, DVBl. 2003, 689.

⁸¹ *Reiner Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990, S. 24; vgl. auch *Pieroth/Hartmann*, DVBl. 2002, 423.

⁸² *Löwer*, VVDStRL Heft 60 (2001), S. 444 f.

⁸³ *Papier*, ZSR 1990, 351.

⁸⁴ BVerfGE 24, 236 (251); 34, 252 (256); 106, 275 (299 ff.).

⁸⁵ BVerfGE 106, 275 (299).

⁸⁶ *Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch*, 1968, S. 1 ff.; vgl. auch *dens.*, NJW 1969, 1323 ff.; siehe demgegenüber *Jarass*, DÖV 2002, 491 f.

⁸⁷ Vgl. BVerfGE 39, 302 (314); siehe auch schon BVerfGE 21, 362 (369 ff.); vgl. weiter BVerfGE 68, 193 (211); 75, 192 (196 f.); *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 259.

Das (erweiterte) Sozialverwaltungsmonopol ist nicht gleichermaßen grundrechtlicher geschützter Konkurrent um die nämliche Klientel, sondern staatlich verantworteter Exklusivinhaber bei Ausschluss privater Konkurrenz. Mit anderen Worten: Es geht um einen Grundrechtseingriff durch staatliche Konkurrenz⁸⁸.

d) **Kein substanzieller Perspektivwechsel durch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG)**

Die herausgearbeitete Perspektive – keine Geltung des Berufsgrundrechts nach Maßgabe von beliebig dekretierbaren Staatsmonopolen – erfährt keine qualitative Verschiebung durch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG). Dabei kann offen bleiben, ob und inwieweit schon die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG als weitgehende oder gar abschließende Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips verstanden werden kann. Sozialstaatlichkeit ist offene Staatszielbestimmung. Das Sozialstaatsprinzip enthält einen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber⁸⁹. Verfassungsdogmatisch ist der Sozialstaatsgrundsatz Gesetzgebungsvorbehalt, kein grundrechtsbegrenzender Gesetzesvorbehalt⁹⁰. Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet den Gesetzgeber, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze zu sorgen⁹¹. Wie der Gesetzgeber diesen Auftrag erfüllt, ist mangels Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips seine Sache⁹².

Vor allem aber: Die staatliche Umsetzung des sozialen Staatsziels hat *ausnahmslos* die grundgesetzlichen Verfahrens-, Kompetenz- und Grundrechtsbestimmungen zu wahren⁹³. Auch für die Etablierung bzw. Expansion sozialstaatlich motivierter Verwaltungsmonopole, zu denen die Träger einer Bürgerversicherung zweifellos gehören, ändert sich an den Etiketten dieser grundgesetzlichen Kleiderordnung nichts: Die Maßnahmen müssen von den Kompetenzen *und* den grundrechtlichen Wertentscheidungen gedeckt sein. Die entscheidende Frage ist nach allem nicht, ob der Ausbau eines bestehenden Verwaltungsmonopols überhaupt vor Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt werden muss. Sie ist eindeutig zu bejahen. Das Problem ist, in welchem Maße und mit welcher Intensität Art. 12 Abs. 1 GG Kontrollwirkung entfaltet und der gesetzgebenden Gestaltungsfreiheit Grenzen setzt.

3. Die Schranken des Art. 12 Abs. 1 GG für die Errichtung und den Ausbau von Verwaltungsmonopolen

Die inhaltlichen Schranken, die Art. 12 Abs. 1 GG staatlichen Monopolmaßnahmen mitsamt deren Ausdehnungen setzt, können nicht fixiert werden ohne Bewertung des stattfindenden Grundrechtseingriffs. Die Intensität des Eingriffs determiniert nämlich

⁸⁸ Vgl. *Di Fabio*, in: *Mauñz/Dürig*, GG, Art. 2 I, Rdnr. 122; *Lindner*, DÖV 2003, 187.

⁸⁹ Vgl. BVerfGE 50, 57 (108); 100, 271 (284).

⁹⁰ *Bethge*, VVDStRL Heft 57 (1998), S. 23, 48.

⁹¹ BVerfGE 22, 180 (204); 100, 271 (284).

⁹² BVerfGE 1, 97 (105); 100, 271 (284).

⁹³ *Pitschas*, Festschrift 50 Jahre BVerfG II, 2001, S. 833; *Papier*, ZSR 1990, 345 f.; *Bieback*, VSSR 2003, 6.

das Ausmaß des staatlichen Rechtfertigungszwangs⁹⁴. Die eingriffsbedingte Rechtfertigungslast des Staates bestimmt des Weiteren den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum, nach dem sich wiederum die Kontrolldichte des normenüberprüfenden Bundesverfassungsgerichts richtet⁹⁵.

a) Sukzessive Monopolisierung als Grundrechtseingriff

aa) Die Prüfung und Bejahung eines Eingriffs in das Grundrecht der Berufsfreiheit ist erforderlich, damit überhaupt die grundrechtsspezifische Rechtfertigungspflicht des Staates entsteht⁹⁶. Erst der Grundrechtseingriff löst die Verpflichtung des Staates aus, die von ihm verantwortete Freiheitsverkürzung zu legitimieren. Dies erfordert zum Einen von Seiten des Staates den Nachweis einer dem Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gerecht werdenden Eingriffsgrundlage⁹⁷. Ihr steht ein Gesetz gleich, das als self-executing wirkende Norm den Eingriff selbst vollzieht.

Zum Zweiten hat der Eingriff den Kriterien des Übermaßverbots (Verhältnismäßigkeit als Eingriffskautele oder Schranken-Schranke) zu entsprechen⁹⁸. Mit einem pauschalen Hinweis auf den Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann der Staat seiner Rechtfertigungspflicht nicht genügen. Gelingt dem Staat die Rechtfertigung nicht, verletzt er das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG. Ein Gesetz, das einen derartigen Eingriff vorsieht bzw. vornimmt, ist verfassungswidrig.

Auf den Grundrechtseingriff als Kriterium der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung kommt es andererseits an. Bloße Grundrechtsberührungen, Grundrechtsbelästigungen und/oder Grundrechtsgefährdungen der Inhaber der Berufsfreiheit *unterhalb der Eingriffsschwelle* sind demgegenüber irrelevant. Sie muss der Grundrechtsinhaber ohne Abwehr- oder Kompensationsmöglichkeiten hinnehmen. Prozessual bedeutet dies, dass eine rechtliche Betroffenheit des Beschwerdeführers vorliegen muss; eine nur faktische Beeinträchtigung im Sinne einer Reflexwirkung reicht nicht⁹⁹.

bb) Auch für Art. 12 Abs. 1 GG gilt, dass nicht schon jeder reflexhaften Auswirkung staatlichen Handelns auf die Berufstätigkeit Eingriffscharakter zukommt. Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht gegen jedwede auch nur mittelbare Beeinträchtigung des Berufs¹⁰⁰. Angesichts des Umstandes, dass nahezu jede Norm oder deren Anwendung unter bestimmten Voraussetzungen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit haben kann, muss einer Entgrenzung des Tatbestandes des Art. 12 Abs. 1 GG entgegengewirkt werden. Zur Vermeidung der Konturlosigkeit des Freiheitsrechts entfaltet Art. 12 Abs. 1 GG seine Schutzwirkung nur gegenüber solchen Normen oder Akten, die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen oder die zumindest eine

⁹⁴ BVerfGE 104, 357 (364 f.).

⁹⁵ Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Art. 12 Rdnrn. 129 ff.

⁹⁶ Dazu Ossenbühl, DVBl. 2003, 882 ff.

⁹⁷ Jarass/Pieroth, GG, 7. Aufl., 2004, Art. 12 Rdnr. 41; Ossenbühl, DVBl. 2003, 882.

⁹⁸ Ossenbühl, a.a.O.

⁹⁹ BVerfGE 13, 230 (232 f.); 78, 350 (354); 108, 370 (384).

¹⁰⁰ BVerfGE 97, 228 (253).

objektiv berufsregelnde Tendenz haben¹⁰¹. Der eingriffsrelevante Berufsbezug ist andererseits auch gegeben, wenn eine Norm die Berufsfreiheit selbst unberührt lässt, aber im Blick auf den Beruf die Rahmenbedingungen verändert, unter denen er ausgeübt werden kann¹⁰².

cc) Die Anordnung einer Bürgerversicherung durch den Gesetzgeber stellt eine eingriffsrelevante und daher besonders rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der Berufsfreiheit dar. Die Norm bewirkt eine Reduktion des Betätigungsfeldes der privaten Krankenversicherungsträger.

Zwar werden die privaten Versicherungsträger nicht selbst vom Gesetzgeber angesprochen. Primäre und im strengen rechtsförmlichen Sinne einzige Normadressaten¹⁰³ sind die Versicherungsnehmer, die nunmehr auch der staatlichen Pflichtversicherung unterworfen werden. Wie bei jeder Monopolisierung eines Wirtschaftssektors bzw. sukzessiven Erweiterung des Monopols impliziert der staatliche Normakt aber einen faktischen Tätigkeitsausschluss für die privaten Versicherungsträger, denen potenzielle Kunden verloren gehen. Das sozialverwaltungsrechtliche Monopol bzw. seine Expansion schließt die Tätigkeit privater Unternehmen in bestimmten Versicherungssparten und in Bezug auf bestimmte Personengruppen aus¹⁰⁴. Der Sache nach sind also die privaten Versicherungsträger zwar nicht unmittelbare Normadressaten, aber doch von der Norm unmittelbar betroffen, ohne dass man erst – wie bei nur mittelbaren Beeinträchtigungen – die unbestreitbar¹⁰⁵ berufsregelnde Tendenz des Gesetzes zu bemühen braucht. Eine rechtlich relevante Selbstbetroffenheit ist auch dann gegeben, wenn der Normsetzungsakt an Dritte gerichtet ist und eine hinreichend enge Beziehung zwischen der Grundrechtsposition des beschwerdeführenden Privatversicherers und der gesetzlichen Maßnahme besteht¹⁰⁶.

Selbst wenn man sich aber auf den – formalen – Standpunkt zurückziehen wollte, dass die Norm selbst die Berufstätigkeit (der Privatversicherer) unberührt lässt, ist doch nicht von der Hand zu weisen, dass die Einführung einer allgemeinen Bürgerversicherung die Rahmenbedingungen der Träger der Privatversicherung erheblich verändert, d. h. „nennenswert trifft“¹⁰⁷. Auch von daher ist der eingriffsgleiche „Berufsbezug“ gegeben. Nicht nur die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁰⁸, sondern auch das Schrifttum gehen denn auch bei verwaltungsrechtlichen Monopolen vom Vorliegen eines Grundrechtseingriffs aus¹⁰⁹.

¹⁰¹ BVerfGE 95, 267 (302); 97, 228 (254); 106, 275 (299 f.).

¹⁰² BVerfGE 95, 267 (302).

¹⁰³ Zur Selbstbetroffenheit jedenfalls der Normadressaten BVerfGE 102, 197 (206 f.); 108, 370 (384).

¹⁰⁴ *Papier*, ZSR 1990, 348.

¹⁰⁵ Siehe *Sodan*, NJW 2003, 2582.

¹⁰⁶ Vgl. BVerfGE 108, 370 (384).

¹⁰⁷ Vgl. BVerfGE 81, 108 (122).

¹⁰⁸ BVerfGE 21, 245 (249).

¹⁰⁹ *Papier*, ZSR 1990, 348; *ders.*, Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 548; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12 Rdnr. 401; *Breuer*, HStR VI, 2. Aufl., 2001, § 148 Rdnr. 62; *Tettinger*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 12 Rdnr. 113; *Manssen*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rdnr. 77; *Schnapp/Kaltenborn*, Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung, 2001, S. 71 ff.

Wenn in diesem Zusammenhang sogar von Berufssperre und Berufsverbot die Rede ist¹¹⁰, spricht das jedenfalls nicht gegen den Eingriffscharakter des staatlichen (Normsetzungs-) Akts.

b) Eingriff in die Freiheit der Berufswahl oder in die Freiheit der Berufsausübung?

Die Anschlussfrage ist, in welches Segment der einheitlich zu verstehenden Berufsfreiheit der Eingriff erfolgt. Ist es die Berufswahl – was hier nur die Komponente der *objektiven* Berufszulassung sein könnte – oder „nur“ die Berufsausübung? Dabei verbindet sich die Funktion des Grundrechtseingriffs mit der zu Art. 12 Abs. 1 GG konzipierten Dreistufenlehre des Bundesverfassungsgerichts¹¹¹. Die strikt am Prinzip des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (bzw. des Übermaßverbots) ausgerichtete Judikatur¹¹² unterscheidet zwischen mehreren Stufen von Eingriffen in die Freiheit des Berufs mit unterschiedlichem Legitimationsniveau¹¹³.

aa) Eingriffe des Staates in die Freiheit der Berufswahl stehen unter einem erhöhten Rechtfertigungszwang. Laufen sie gar im Effekt auf die Statuierung einer objektiven, jedem Einfluss des Berufsbewerbers entzogenen Zulassungsbeschränkung hinaus, müssen diese durch „überragend wichtige Gemeinschaftsgüter“ legitimiert sein. Die Anforderung des Bundesverfassungsgerichts lautet genau: An den Nachweis der Notwendigkeit einer solchen Freiheitsbeschränkung sind besonders strenge Anforderungen zu stellen. Im Allgemeinen wird nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut den Eingriff in die Freiheit der Berufswahl legitimieren können. Der Zweck der Förderung sonstiger Gemeinschaftsinteressen reicht nicht aus¹¹⁴.

bb) Eine bloße Beschränkung der Freiheit der Berufsausübung hingegen ist schon zulässig, wenn „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen“¹¹⁵. Die dem Gesetzgeber danach eröffnete Regelungsweite und Motivationsbreite erscheint imponant und ernüchternd: Das Bundesverfassungsgericht verfügt über ein ausgefeiltes Instrumentarium von Argumentationstopoi, die zum Teil Konkretisierungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind, zum Teil das Übermaßverbot zusätzlich bemühen. In diesem Sinne soll gelten: Gesetzliche Regelungen der Berufsausübung sind statthaft und bleiben im Rahmen der dem Gesetzgeber durch Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG eingeräumten Regelungsbefugnis, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden, wenn die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und auch erforderlich sind und wenn

¹¹⁰ Vgl. *Gubelt*, in: *v. Münch/Kunig*, GGK I, 5. Aufl., 2000, Art. 12 Rdnr. 72; *Tettinger*, a.a.O., Art. 12 Rdnr. 113; siehe auch *Breuer*, HStR VI, 2. Aufl., 2001, § 148 Rdnrn. 62 und 64.

¹¹¹ BVerfGE 7, 377 ff.; dazu jüngst etwa *Ossenbühl*, DVBl. 2003, 882 f.

¹¹² Zuletzt etwa BVerfGE 104, 357 (364 f.); siehe auch BVerfGE 101, 331 (347); 103, 172 (183).

¹¹³ Vgl. auch BVerfGE 103, 172 (183).

¹¹⁴ BVerfGE 7, 377 (407 f.); siehe auch BVerfGE 97, 12 (32); 103, 172 (183).

¹¹⁵ BVerfGE 46, 246 (256 f.); 68, 193 (218); BVerwGE 116, 5 (26 f.).

bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt wird¹¹⁶.

Das Grundgesetz lässt dem Gesetzgeber im Zusammenhang mit Berufsausübungsregelungen mithin ein erhebliches Maß an Freiheit¹¹⁷ und räumt ihm bei der Festlegung der zu verfolgenden arbeits- oder sozialpolitischen Ziele eine ebenso weite Gestaltungsfreiheit wie bei der Bestimmung wirtschaftspolitischer Ziele ein¹¹⁸. Der Gesetzgeber darf dabei Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit in den Vordergrund stellen¹¹⁹. Seine Gestaltungsfreiheit ist in den Fällen noch größer, in denen die Regelung keinen unmittelbar berufsregelnden Charakter hat¹²⁰.

c) Das sozialverwaltungsrechtliche Monopol als Grundrechtseingriff auf der Ebene der objektiven Zulassungsbeschränkung

aa) Das monopolbedingte Wegbrechen einer nicht nur geringfügigen Klientel als potenzieller Vertragspartner bewegt sich nicht mehr nur auf der Stufe einer bloßen Berufsausübungsregelung¹²¹. Es geht nicht allein um die Regulierung bloßer Modalitäten und/oder Bedingungen einer im Übrigen substanziell unbeeinflussten Berufstätigkeit. Es geht um die Minderung der Substanz selbst. Die Berufsfreiheit impliziert neben der – hier nicht relevanten – „Zulassung“ zum Beruf auch die Marktzugangsfreiheit: Das ist das Recht auf den faktischen *Zugang zum Kunden*¹²². Eben dieser Zugang wird dem Berufsinhaber, hier den privaten Krankenversicherungsträgern, unmöglich gemacht, wenn der Gesetzgeber weitere Arbeitnehmer verpflichtend in die Gesetzliche Krankenversicherung einbezieht und damit dem Markt entzieht. In Rede steht eine *Kontingentierung* des Kundenkreises zu Lasten der *privaten* Versicherungswirtschaft und *zugunsten* eines *öffentlich-rechtlichen Monopols* aus Gründen, die der private Versicherungsträger *nicht* beeinflussen kann¹²³.

bb) Um einen Eingriff in die Berufsfreiheit im Stellenwert einer objektiven Zugangsbeschränkung handelt es sich nicht nur im Fall der erstmaligen Begründung eines Verwaltungsmonopols. Auch die quantitative bzw. sukzessive Fortschreibung eines schon bestehenden Verwaltungsmonopols stellt eine objektive Zugangsbeschränkung dar. Für eine Vorstellung, dass nur die Etablierung des Verwaltungsmonopols als solche den Berufszugang betreffe, während die Erweiterung eine bloße Berufsausübungsregelung ausmache, besteht keine Veranlassung.

¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 68, 115 (171); 71, 183 (196 f.); 72, 26 (31); 77, 308 (332).

¹¹⁷ Grundlegend BVerfGE 7, 377 (405 f.).

¹¹⁸ Vgl. BVerfGE 37, 1 (21); 39, 210 (225 f.); 46, 246 (257); 51, 193 (208).

¹¹⁹ Vgl. BVerfGE 7, 377 (406).

¹²⁰ Vgl. BVerfGE 46, 120 (145); 57, 139 (158 f.); 77, 308 (332).

¹²¹ *Sodan*, NJW 2003, 1766.

¹²² Vgl. auch BVerfGE 105, 252 (265).

¹²³ Zu dieser Sicht zutreffend *Papier*, Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 554; vgl. auch *Sodan*, NJW 2003, 1766; *ders.*, NJW 2003, 2582.

d) Die Voraussetzungen für die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs

Der Grundrechtseingriff bedarf der Rechtfertigung.

aa) Notwendig ist ein Gesetz. Des Weiteren müssen die Bedingungen erfüllt sein, die für die Statuierung objektiver Zulassungsvoraussetzungen verlangt werden. Die Einführung der Bürgerversicherung muss zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut unumgänglich sein¹²⁴.

bb) Die Umsetzung des Postulats des Schutzes überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter ist ein Problem im Spannungsfeld von sozialgestaltender Gesetzgebung einerseits und normenkontrollierender Verfassungsgerichtsbarkeit andererseits. Die Vorstellung, dass der Gesetzgeber über einen breiten Gestaltungsspielraum gekoppelt mit Einschätzungsprärogativen und Prognosevorgaben verfüge, ist verfehlt, weil viel zu undifferenziert. Ein derartiger allgemeiner, gewissermaßen abstrakt vorgelagerter und/oder apriorischer Gestaltungsspielraum existiert nicht¹²⁵. Entsprechendes gilt für die Annahme, dass solchen vermeintlichen legislatorischen Spielräumen eine auf Evidenz- und/oder Willkürkontrolle reduzierte Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht korrespondiere. So einfach liegen die Dinge nicht; namentlich nicht bei Eingriffen in die Berufsfreiheit.

Hans-Jürgen Papier hat die juristische Problematik und deren Lösung auf den Punkt gebracht:

„Die Stufentheorie erschöpft sich danach – was häufig verkannt wird – nicht in einer differenzierten Gewichtung der zu schützenden Gemeinschaftsbelange und in der Berücksichtigung im Ausmaß und in der Aktualität unterschiedlicher Gefährdungen der Gemeinschaftsgüter. Es geht vor allem auch um Abstufungen in der Stringenz und Justiziabilität der einzelnen Elemente des Übermaßverbotes. Im Falle objektiver Berufszulassungsbeschränkungen sind dem Gesetzgeber mit anderen Worten ein Beurteilungsspielraum und eine Einschätzungsprärogative in Bezug auf das Gewicht des zu schützenden Gemeinschaftsgutes, seine tatsächliche Gefährdung sowie die Eignung und Erforderlichkeit der eingesetzten Mittel nicht eingeräumt. Der Gesetzgeber trägt insoweit gewissermaßen die objektive Beweislast. Schon bei bloßer Nichterweislichkeit der konkreten gesetzgeberischen Gefahrenprognose, der Eignung und der Erforderlichkeit der ergriffenen Maßnahmen ist Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.

Anders als bei schlichten Berufsausübungsregelungen können hier – d. h. bei objektiven Berufszugangssperren und -beschränkungen – dem Gesetzgeber hinsichtlich der Beurteilung der zur Rechtfertigung des Eingriffs herangezogenen Gemeinschaftswerte, des Grades ihrer Gefährdungen und der Eignung und Erforderlichkeit der Eingriffsmittel kein Beurteilungsspielraum und keine Einschätzungsprärogative zubilligt werden. Die verfassungsrechtliche Kontrolle ist nicht auf die Feststellung evidenter gesetzgeberischer Fehleinschätzungen und -prognosen reduziert.“¹²⁶

¹²⁴ BVerfGE 21, 245 (251).

¹²⁵ Vgl. *Konrad Hesse*, Festschrift für Ernst-Gottfried Mahrenholz, 1994, S. 541 f.; *Vofskuble*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG III, 4. Aufl., 2001, Art. 93 Rdnr. 43 Fn. 187; *Jarass/Pieroth*, GG, 7. Aufl., 2004, Art. 93 Rdnr. 4.

¹²⁶ Festschrift für Klaus Stern, 1997, S. 554 f.; vgl. weiter *Janz*, NJW 2003, 1699 zu BVerwGE 114, 92 (99 ff.).

Auch in der Gesetzlichen Krankenversicherung reicht es nicht aus, die Finanzierbarkeit der Gesundheitsvorsorge der Bevölkerung abstrakt als überwiegend wichtigen Gemeinwohlbelang auszugeben, aber konkrete Gegenargumente bezüglich der Nichterforderlichkeit bestimmter Maßnahmen und Mittel abzuschneiden¹²⁷.

IV. Die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG)

1. Zum Verhältnis von Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie

Die Würdigung eines Gesetzes über die Einführung einer Bürgerversicherung zusätzlich am Maßstab des Art. 14 Abs. 1 GG ist nicht deshalb entbehrlich oder gar unzulässig, weil das Gesetz schon Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. Zwischen beiden grundrechtlichen Gewährleistungsbereichen – Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG – besteht kein Verdrängungsverhältnis¹²⁸. Die Eigentumsgarantie steht neben der Berufsfreiheit im Zentrum der grundgesetzlich unterfangenen Wirtschaftsverfassung¹²⁹. Keines der Grundrechte genießt gegenüber dem anderen Exklusivität. Gerade in der Frage des grundrechtlichen Unternehmensschutzes stehen beide Gewährleistungen in einem Verhältnis der Komplementarität und der „ergänzenden Verfestigung“¹³⁰. Erst in diesem Grundrechtsverbund¹³¹, der unter Umständen auch noch Partikel des Art. 2 Abs. 1 GG einschließt, ist der Grundrechtsschutz des „Wirtschaftsteilnehmers“ vollständig erfasst und gesichert¹³².

2. Der personelle Gewährleistungsbereich

Auf das Eigentumsgrundrecht können sich – ungeachtet eines personalen Bezuges der eng mit der Freiheit der natürlichen Person verknüpften Gewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG¹³³ – auch juristische Personen des Privatrechts (Art. 19 Abs. 3 GG) berufen¹³⁴. Dazu werden selbstredend die Kapitalgesellschaften gerechnet, gleich welcher Größenordnung, also auch die Aktiengesellschaft¹³⁵. Die Unternehmenseigen-

¹²⁷ So aber *Jaeger*, NJW 2004, 1494, unter Berufung auf BVerfGE 103, 172 (183 f.).

¹²⁸ *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), GG I, 4. Aufl., 1999, Art. 14 Rdnr. 99; *Manssen*, ebda, Art. 12 Abs. 2 und 3 Rdnr. 283; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 12 Rdnr. 138; siehe auch *Jarass*, DÖV 2002, 492; *Sodan*, NJW 2003, 1766.

¹²⁹ *Depenheuer*, Festschrift 50 Jahre BVerfG II, 2001, S. 241 f.

¹³⁰ So allgemein eine Formulierung von *Paul Kirchhof*, HStR IV, 2. Aufl., 1999, § 88 Rdnr. 97. Zum Unternehmensschutz durch beide Grundrechte speziell vgl. *Ossenbühl*, AöR Bd. 115 (1990), S. 25; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 298; *Maurer*, JZ 1991, 39.

¹³¹ Zur Figur des Grundrechtsverbundes *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Vorb Rdnrn. 156 f.

¹³² Vgl. *Hans-Peter Ipsen*, HStR IV, 2. Aufl., 1999, § 92 Rdnr. 73.

¹³³ Vgl. dazu BVerfGE 93, 121 (137); 97, 350 (370 f.); 102, 1 (15); *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, 4. Aufl., 1999, Art. 14 Rdnr. 12; *Klaus Vogel*, Festschrift 50 Jahre BVerfG II, 2001, S. 534 f.

¹³⁴ BVerfGE 66, 116 (130); *Wendt*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 14 Rdnr. 16.

¹³⁵ BVerfGE 66, 116 (130).

schaft bereitet keinen prinzipiellen oder auch nur graduellen Unterschied. Das Grundgesetz sichert kein Bündel von Einzelrechten, sondern ein einheitliches Eigentum. Es differenziert vor allem nicht zwischen „großem“ und „kleinem“ Eigentum¹³⁶. Wenn die Eigentumsgarantie ohne jeden Abstrich auch das Eigentum an (Groß-) Unternehmen umfasst¹³⁷, steht das Grundrecht auch dem Rechtsträger des Unternehmens zu.

3. Der sachliche Gewährleistungsbereich

a) Unternehmen als Eigentum?

aa) Problematisch ist bei Unternehmen das inhaltliche Substrat der Eigentums-gewährleistung. Mit der unbestreitbaren Prämisse, dass das Verfassungseigentum zweifellos weiter reicht als der Eigentumsbegriff des bürgerlichen Rechts, ist wenig gewonnen. Entsprechend unergiebig ist für diese Frage die Erkenntnis, dass die Grundrechtssubstanz des Eigentums wesentlich vom Gesetzgeber geformt und geprägt wird¹³⁸, dass also beim Eigentumsgrundrecht in der Regel keine natürliche, sondern eine rechtserzeugte Freiheit in Rede steht. Die Schwierigkeit ist, dass das Unternehmen keinen festgefügtten monolithischen Rechtsbegriff mit eindeutigen normativen Konturen darstellt. Es handelt sich vielmehr um einen Sammelbegriff, der sowohl tatsächliche Gegebenheiten (Faktizitäten) als auch einzelne Rechte (körperlich greifbare Sachen und geldwerte Forderungen), darüber hinaus Hoffnungen und Erwartungen umfasst. Von daher bestehen Bedenken, dem Unternehmen als solchem die konstituierenden Merkmale des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs zuzusprechen.

bb) Noch ein anderer neuralgischer Punkt, der in ähnlicher Weise ein heißes Eisen der Eigentumsdogmatik darstellt, liegt da nahe: Es ist die Überlegung, ob und inwieweit das Vermögen als solches den Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG genießt¹³⁹. Das Bundesverfassungsgericht verneint diesen Eigentumsschutz des Vermögens als solchen in ständiger Rechtsprechung¹⁴⁰. Danach ist das Vermögen an sich selber kein Recht; es stellt den Inbegriff der geldwerten Güter einer Person dar¹⁴¹. Ob sich aus der Entscheidung vom 22.6.1995 zu § 10 Abs. 1 des Vermögenssteuergesetzes¹⁴² eine Tendenzwende ableiten lässt, ist fraglich¹⁴³. Nach der etwas sibyllinischen Befundnahme

¹³⁶ So zutreffend *Leisner*, HStR VI, 2. Aufl., 2001, § 149 Rdnrn. 46 ff.; *Ossenbühl*, AöR Bd. 115 (1990), S. 27.

¹³⁷ So *Bryde*, in: v. *Münch/Kunig* (Hrsg.), GGK I, 5. Aufl., 2000, Art. 14 Rdnr. 22; *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 14 Rdnr. 98; vgl. auch *Hilf/Hörmann*, NJW 2003, 4.

¹³⁸ BVerfGE 53, 257 (292); 58, 300 (330); 100, 1 (37); dazu *Wendt*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 14 Rdnrn. 54 ff.; *Rozek*, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, 1998, S. 210.

¹³⁹ Diesen Zusammenhang sieht zutreffend *Wieland*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Art. 14 Rdnr. 45.

¹⁴⁰ BVerfGE 65, 196 (209); 77, 84 (118).

¹⁴¹ Seit BVerfGE 4, 7 (17) st. Rspr.; zuletzt etwa BVerfGE 95, 267 (300); 96, 375 (397); BVerfGE 105, 135 (164 ff.) (Vermögensstrafe).

¹⁴² BVerfGE 93, 121 ff.

¹⁴³ Kritisch *Wendt*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 14 Rdnr. 39; *Wieland*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Art. 14 Rdnr. 46. Vgl. auch *Klaus Vogel*, Festschrift 50 Jahre BVerfG II, 2001, S. 53 ff.; *Herdegen*, ebda, S. 274 f.; vgl. auch *Paul Kirchhof*, HStR IV, 2. Aufl., 1999, § 88 Rdnrn. 88 ff.

des Bundesverfassungsgerichts greift die Vermögenssteuer in die in der Verfügungsgewalt und Nutzungsbefugnis über ein Vermögen angelegte allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) gerade in deren Ausprägung als persönliche Entfaltung im vermögensrechtlichen Bereich ein (Art. 14 GG)¹⁴⁴.

cc) Wie auch immer: Wer die Frage untersuchen will, ob und inwieweit das Unternehmen die konstituierenden Merkmale des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs ausmacht, kommt in Anbetracht der geschilderten Implikationen nicht umhin, die grundrechtlichen Dimensionen des Eigentumsschutzes namentlich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und die damit zusammenhängenden Vermögenszuordnungen auszuloten.

Im Ergebnis lässt sich die verfassungsrechtliche Eigentumsqualität des Gewerbebetriebs nicht in Zweifel ziehen. Art. 14 Abs. 1 GG umfasst das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb¹⁴⁵.

dd) Dieser Schutz ist nicht identisch mit dem Schutz (bzw. Nichtschutz) seiner einzelnen Bestandteile. Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb reicht weiter als die Summe seiner Einzelbestandteile. Gewährleistet wird die „Sach- und Rechtsgesamtheit“ des Betriebs in ihrer Substanz¹⁴⁶. Geschützt ist das ungestörte Funktionieren des Betriebsorganismus, dessen Beeinträchtigung den Inhaber daran hindert, von der in dem Unternehmen verkörperten Organisation sachlicher und persönlicher Mittel bestimmungsgemäßen Gebrauch zu machen¹⁴⁷. Angesichts dieser notwendigen gesamtheitlichen Perspektive erfasst der Gewährleistungsbereich auch Partikel, die bei isolierter Handhabung nach den landläufigen Begriffsmustern nicht zu den konstituierenden Merkmalen der Eigentumsgarantie gehören. Allgemein trifft es zu, dass bloße (Erwerbs-) Chancen sowie erst in der Zukunft liegende Umsatz- und Gewinnmöglichkeiten keinen Eigentumsschutz genießen¹⁴⁸. Beim „Betriebseigentum“ verbieten sich solche generellen Aussagen bzw. Verwerfungen.

b) Irrelevanz von Hoffnungen und Chancen?

Aus diesem Grunde geht es nicht an, den Schutzgegenstand Recht am Gewerbebetrieb ganz allgemein durch die Ausklammerung von Hoffnungen und Chancen zu begrenzen¹⁴⁹. Ebenso problematisch ist es, den Verlust von Gewinnmöglichkeiten oder der Möglichkeit der Betriebserweiterung durchweg als eigentumsirrelevant einzuordnen und bestehende Geschäftsbeziehungen, den erworbenen Kundenstamm

¹⁴⁴ BVerfGE 93, 121 (137).

¹⁴⁵ *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 14 Rdnrn. 95 ff.; *Ossenbühl*, AöR Bd. 124 (1999), S. 7; *Maurer*, JZ 1991, 39; *Depenbeuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, 4. Aufl., 1999, Art. 14 Rdnr. 135.

¹⁴⁶ BVerfGE 13, 225 (229); BGHZ 111, 349 (356); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 161.

¹⁴⁷ *Ossenbühl*, AöR Bd. 115 (1990), S. 28.

¹⁴⁸ BVerfGE 45, 142 (173); 51, 193 (221 f.); 102, 197 (211); 108, 370 (384). Vgl. auch BVerfGE 106, 275 (299 ff.) zu Art. 12 Abs. 1 GG.

¹⁴⁹ So zutreffend *Wendt*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 14 Rdnr. 48; ebenso *Bryde*, in: *v. Münch/Kunig*, GGK I, 5. Aufl., 2000, Art. 14 Rdnr. 21.

oder die Marktstellung ebenso pauschal als nicht geschützt zu bezeichnen¹⁵⁰. Eine rein begriffliche Differenzierung zwischen eigentumsgeschützten Ausstrahlungen des Gewerbetriebs und nicht gewährleisteten Chancen ist nicht möglich. Art. 14 Abs. 1 GG bezweckt nicht allein den Bestandsschutz, sondern vor allem den Funktionsschutz, d. h. den gewinnerbringenden Einsatz des Unternehmens überhaupt¹⁵¹. Von daher können auch Gewinnaussichten als funktionspezifische Komponente des Gewerbebetriebs sehr wohl vom Tatbestand des Art. 14 Abs. 1 GG erfasst sein. Sie unterfallen nicht allein dem Gewährleistungsbereich des Art. 12 Abs. 1 GG, weil auch insofern die Formel, dass Art. 14 Abs. 1 GG nur das Erworbenere, Art. 12 Abs. 1 GG den Erwerb schütze, viel zu grobschlächtig ist¹⁵².

c) Eigentumsschutz des Vermögens?

Wegen dieser Sachlage lässt sich gegen die Eigentumsqualität des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auch nicht ins Feld führen, dass er – gleich dem ebenfalls nicht von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Vermögen – erst die Ansammlung von einzelnen konkreten Bestandteilen und Privatnützigkeiten sei. Die zwar komplexe, aber eben einheitliche Betriebssubstanz macht gerade die eigentumsrelevante Besonderheit aus.

Ob sich außerhalb gewerblicher bzw. betrieblicher Agglomerationen die Auffassung halten lässt, das Vermögen als solches sei kein Gegenstand der Eigentumsgarantie, ist im Übrigen sehr die Frage.

d) Eigentum als normgeprägtes Grundrecht

Das Argument, von Art. 14 Abs. 1 GG geschütztes Eigentum könne nur das vom Gesetzgeber ausgeformte und geprägte Eigentum sein¹⁵³, ist in seiner Rigidität nicht brauchbar.

aa) Der Eigentumsbegriff des Art. 14 Abs. 1 GG steht nicht unter dem ausnahmslosen Vorbehalt einfachgesetzlicher Anerkennung¹⁵⁴. Sicherlich ist es in erster Linie der (Zivil-) Gesetzgeber, der Inhalt und Schranken des Eigentums festlegt. Doch ist diese Befugnis nicht unbegrenzt. Verfehlt der Gesetzgeber die Institutsgarantie (oder das Schutzgut) Eigentum, indem er die im Verfassungsrecht selbst angelegte und geforderte Privatnützigkeit und die grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand beseitigt oder nicht herstellt, ist das betreffende Gesetz verfassungswidrig¹⁵⁵.

Hinzu kommt: Wenn es allein auf die Normprägung des einfachen Gesetzgebers ankäme und andere vermögenswerte Güter mangels Normprägung aus dem Garantie-

¹⁵⁰ Zutreffend *Wendt*, a.a.O., Art. 14 Rdnr. 48.

¹⁵¹ *Wendt*, a.a.O., Art. 14 Rdnr. 48.

¹⁵² Kritisch zu Recht *Herdegen*, Festschrift 50 Jahre BVerfG II, 2001, S. 277 f.

¹⁵³ So *Wieland*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Art. 14 Rdnr. 44.

¹⁵⁴ So auch *Engel*, AöR Bd. 118 (1993), S. 193 ff.

¹⁵⁵ BVerfGE 104, 1 (8 f.).

gehalt der Gewährleistung herausfielen, wäre nicht nur das normenhierarchische Rangverhältnis zwischen Verfassung und Gesetz auf den Kopf gestellt¹⁵⁶.

Zudem wäre bei dieser ausschließlich auf die Normprägung setzenden Sicht die abwehrrechtliche Funktion des Art. 14 Abs. 1 GG, die auch und gerade den Gesetzgeber in die Pflicht nimmt (Art. 1 Abs. 3 GG), vernachlässigt.

Schließlich darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die richterrechtliche Aufbereitung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als eines „sonstigen Rechts“ im Rahmen eines *gesetzlich* geschaffenen Haftungstatbestandes, nämlich des § 823 Abs. 1 BGB, stattfand. Sie wurde nicht freischwebend, d. h. nicht ohne jede normative Anseilung betrieben.

bb) Die richterrechtliche Herkunft des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist nach alledem kein Problem des Art. 14 Abs. 1 GG, sondern ein Thema des Art. 20 Abs. 3 GG, d. h. der Frage, ob und inwieweit die dritte Gewalt ungeachtet ihrer Bindung an Recht und Gesetz rechtsfortbildende Funktion entfalten darf¹⁵⁷. Für das hier in Rede stehende Recht dürfte diese Frage mittlerweile positiv beantwortet worden sein. Damit erledigt sich auch ein anderer Einwand:

e) Abwehr geht vor Kompensation

Der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs durch Art. 14 Abs. 1 GG bedeutet nicht, dass sich lediglich die nach § 823 Abs. 1 BGB bestehende Schadensersatzpflicht des Schädigers in eine Entschädigungspflicht des eingreifenden Staates nach Maßgabe des Eigentumsgrundrechts umwandelt. Schon einfach-rechtlich stimmt es nicht, dass der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ausschließlich unter dem Aspekt des Schadensersatzes gesehen wird. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb hat auch eine unbestreitbar negatorische und/oder präventive Komponente, die sich in Unterlassungs- und Störungsabwehransprüchen ausdrückt. Dafür lässt sich neben § 823 BGB auch § 1004 BGB heranziehen¹⁵⁸.

Wenn aber die einfachrechtliche Ordnung das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb umfassend, d. h. kompensatorisch und negatorisch, schützt, kann Art. 14 Abs. 1 GG nicht zurückstehen. Im Gegenteil: Art. 14 Abs. 1 GG entfaltet auch und vor allem *abwehrende Funktion* und muss in eben dieser Funktion im Interesse eines umfassenden Schutzes des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aktiviert werden.

¹⁵⁶ Zutreffend *Leisner*, HStR VI, 2. Aufl., 2001, § 149 Rdnr. 72.

¹⁵⁷ BVerfGE 34, 269 (287, 291); 87, 273 (280); 98, 49 (59 f.).

¹⁵⁸ Vgl. *Bassenge*, in: *Palandt*, BGB, 63. Aufl., 2004, § 1004 Rdnr. 4; *Medicus*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 6, 3. Aufl., 1997, § 1004 Rdnr. 6; *Jauernig*, in: *Jauernig*, BGB, 10. Aufl., 2003, § 1004 Rdnr. 2; siehe auch BGH NJW 1998, 2059; BGH DVBl. 2002, 1284.

4. Die Bürgerversicherung als rechtswidriger Eingriff in das Eigentumsgrundrecht der Privatversicherer

Die Einführung der Bürgerversicherung kann auf einen verfassungswidrigen Eingriff in das Eigentumsgrundrecht privater Krankenversicherer hinauslaufen.

a) Die Eigentumsrelevanz der Rechtsposition von Privatversicherern

Der sachliche Gewährleistungsbereich ist einschlägig. Das Unternehmen des Privatversicherers ist Gegenstand der Eigentumsgarantie.

aa) Die Eröffnung des sachlichen Gewährleistungsbereichs scheidet nicht daran, dass in diesem Fall – mit Blick auf die potenziellen künftigen Vertragspartner – angeblich bloße Hoffnungen und Chancen des privaten Krankenversicherers in Rede stünden. Zwar mag es im Allgemeinen zutreffen, dass bloße Erwartungen nicht eigentumsfähig sind. Doch geraten solche Argumentationstopoi nicht selten zu stereotypen Formeln, die in besonderen Fällen ihren Entlastungseffekt verfehlen. So liegen die Dinge hier. Beim Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bzw. bei dem diesem in etwa gleichstehenden Recht am Unternehmen ist es jedenfalls nicht zulässig, allein das statische Sach- bzw. Betriebsvermögen dem Tatbestand der Eigentumsgarantie zu unterstellen, davon aber die Kundenbeziehungen als pure Chancen und Expektanzen zu trennen und sie auf diese Weise schon aus dem Tatbestand auszuklammern. Beide Komponenten – Sachvermögen und Kundenstamm – sind nicht zu trennen. Erst sie zusammen machen die Funktionstüchtigkeit des Unternehmens aus¹⁵⁹.

Eben in dieser Komplementarität muss der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz des Unternehmens Platz greifen. Das gilt vor allem für die Unternehmen der Privaten Krankenversicherung. Unternehmen dieses Versicherungssektors sind auf neue Kunden angewiesen. Die künftige Klientel ist ein realer, ja existenzieller Berechnungsfaktor für das Funktionieren der Privaten Krankenversicherung; eingeschlossen ist dabei der gewinnbringende Einsatz des einzelnen Unternehmens. Nutzung schließt das Recht zum Gewinn ein. Wenn durch eine Gesetzesänderung beträchtliche Teile des Arbeitnehmer-Neugeschäftspotenzials wegbrechen, lässt sich dieser für das Unternehmen gravierende Einschnitt nicht mit der lakonischen Floskel abtun, es handle sich um eine eigentumsgrundrechtlich unmaßgebliche bloße Hoffnung und/oder Chance. Der Kern des Unternehmens ist betroffen. Anders gewendet: Es werden nicht bloße Hoffnungen oder gar Spekulationen enttäuscht. Es wird die Nutzungsmöglichkeit des Unternehmens, d. h. die Privatnützigkeit beschnitten. Das zu verhindern bzw. zu determinieren ist sehr wohl ein zentrales Anliegen der Eigentumsgarantie und ihrer Schutzfunktion¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Vgl. *Wendt*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 14 Rdnr. 14; *Bryde*, in: *v. Münch/Kunig*, GGK I, 5. Aufl., 2000, Art. 14 Rdnr. 21.

¹⁶⁰ Zutreffend *Axer*, in: *Depenbeuer* (Hrsg.), *Nomos und Ethos*, 2002, S. 132 f.

bb) Ebenso wenig lässt sich die Relevanz der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG mit dem Argument in Zweifel ziehen, es bestünde schließlich kein Vertrauensschutz auf Beibehaltung einer für den Privatversicherer günstigen Gesetzeslage.

Im Allgemeinen trifft es zwar zu, dass Art. 14 Abs. 1 GG – auch unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes – keinen Schutz gegenüber einer Veränderung der objektiven Gesetzeslage verbürgt¹⁶¹. Auch der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs steht unter dem Vorbehalt, dass die rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen, unter denen der Gewerbebetrieb tätig wird, außerhalb des Gewährleistungsbereichs bleiben. Rahmenbedingungen – so heißt es – sind keine „Bestandteile“ des Gewerbebetriebs und stehen damit außerhalb des Eigentumsschutzes, auch wenn sie sich nachteilig auf den Gewerbebetrieb auswirken, ja ihn womöglich zum Erliegen bringen¹⁶².

Doch ist das nicht vergleichbar dem Fall, dass der Gesetzgeber die Funktionsbedingungen der Privaten Krankenversicherung durch eine Expansion der Gesetzlichen Krankenversicherung, die eine Zwangsversicherung mit faktischem Monopolcharakter ist, substanziell verändert, d. h. existenziell verschlechtert. Art. 14 Abs. 1 GG garantiert die Funktionsfähigkeit und Funktionstüchtigkeit des Privatunternehmens, hier der Träger der Privaten Krankenversicherung. Das stellt die Unternehmen zwar nicht von jeglichen wirtschaftlichen Risiken frei; noch weniger gibt es eine staatliche Einstandspflicht in Gestalt einer Zementierung des gesetzlichen Umfeldes. Der Staat darf aber nicht ohne Weiteres durch den Ausbau eines gesetzlich begründeten, also eines staatlich verantworteten öffentlich-rechtlichen Monopols, die Position des privaten Konkurrenten beeinträchtigen. Tut er dies dennoch, stellt sich die Legitimationsfrage des Art. 14 GG. Ihr kann sich der Gesetzgeber nicht dadurch entziehen, dass er das Vertrauen auf den legislatorischen status quo als bloße eigentumsrechtlich irrelevante Hoffnung ausgibt. Denn hier werden nicht – losgelöst vom Eigentumsobjekt – die gesetzlichen Rahmenbedingungen oder „Umfeldbedingungen“¹⁶³ geändert. Es werden die für private Versicherer sehr wohl grundrechtlich maßgeblichen Koordinaten im Verhältnis zur Gesetzlichen Krankenversicherung verändert. Es handelt sich bei der Bürgerversicherung um einen zentralen Einschnitt in die betriebliche Kernsubstanz der Unternehmen der Privaten Krankenversicherung¹⁶⁴.

5. Die Rechtsfolgen

a) Abgrenzung gegenüber Enteignung und Eigentumsbindung

In Rede steht vor allem nicht das Problem einer (unzulässigen) Enteignung.

¹⁶¹ BGH NJW 1964, 769; BGH NJW 1968, 293; *Papier*, BB 1997, 1218; *Wendt*, a.a.O., Art. 14 Rdnr. 97; *Ossenbühl*, AöR Bd. 115 (1990), S. 28; vgl. auch unter dem Aspekt des gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutzes *Kyrill-A. Schwartz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 506 f.

¹⁶² So allgemein *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 162.

¹⁶³ So eine Bezeichnung von *Boujong*, Festschrift für Rudolf Nirk, 1992, S. 71 f.

¹⁶⁴ Vgl. *Wendt*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 14 Rdnr. 47 a.E.; *Ossenbühl*, AöR Bd. 124 (1999), S. 7 f.

aa) Nach dem herrschenden formalen Enteignungsbegriff¹⁶⁵ ist dieser Eingriffstatbestand geprägt durch den staatlichen Zugriff auf das Eigentum des Einzelnen, und zwar entweder durch Gesetz oder auf Grund einer gesetzlichen Regelung. Das wesentliche Merkmal ist der Entzug des Eigentums unter Überwindung der Eigentumsposition im Wege der (ausnahmsweisen) Durchbrechung der Eigentumsordnung¹⁶⁶.

Um einen derartigen formalisierten Güterbeschaffungsvorgang der öffentlichen Hand, der sich an den stringenten Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG messen lassen muss, handelt es sich bei der Bürgerversicherung zweifellos nicht. Doch ist es damit nicht getan.

bb) Der für Art. 14 GG relevante Eingriffsakt ist nicht auf die Enteignung (und deren Abwehr bzw. Kompensation) beschränkt. Neben der Enteignung sind auch andere Grundrechtseingriffe des Staates denkbar, die von vornherein gar nicht auf den formalisierten Eigentumsentzug, den Art. 14 Abs. 3 GG im Visier hat, gemünzt sind. Auch um derartige gesetzliche Beschränkungen, die sich weder als Enteignung noch als Eigentumsbegrenzung (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) bzw. als Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG) darstellen, muss sich die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG um ihrer Effektivität willen kümmern.

b) Die Abwehrfunktion der Eigentumsgarantie

Der Verstoß gegen die Eigentumsgarantie ist nicht allein dann relevant, wenn Entschädigungsfragen akut werden, um die es in diesem Zusammenhang nicht geht. Auch insoweit gilt: Die Bedeutung des Art. 14 GG erschöpft sich nicht in den Entschädigungssanktionen des sekundären Staatshaftungsrechts, zu denen die Fachgerichtsbarkeit und das Bundesverfassungsgericht beeindruckende Tatbestände und Institute entwickelt haben: von der (Administrativ- und Legal-) Enteignung bis zur ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung bei gleichzeitiger Überantwortung des enteignungs gleichen und enteignenden Eingriffs an den Aufopferungsgrundsatz. Doch geht die Eigentumsgarantie in diesen Haftungstatbeständen und Abgrenzungen nicht auf. Art. 14 GG ist zu allererst eine Norm des *primären* Staatshaftungsrechts. Art. 14 GG enthält zuvörderst ein subjektiv-öffentliches Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe¹⁶⁷. Der Eigentümer ist nicht auf die passive Rolle des „dulde und liquidiere“ beschränkt. Die Entschädigungskonsequenz – sei es wegen Enteignung, sei es wegen ausgleichspflichtiger Inhaltsbestimmung – ist erst die zweite Säule der Eigentumsgarantie. Art. 14 Abs. 1 GG ist in erster Linie eine Abwehnorm, die den Eigentümer befähigt, sich gegen ungerechtfertigte Eingriffe zur Wehr zu setzen (Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes¹⁶⁸).

¹⁶⁵ Grundlegend BVerfGE 58, 300 (330 f.); vgl. auch BVerfGE 74, 264 (280); 83, 201 (211 f.); 100, 226 (240).

¹⁶⁶ Vgl. *Rozeck*, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, 1998; vgl. weiter *Stüer/Honig*, VerwArch. Bd. 93 (2002), S. 353; *Axer*, in: *Depenheuer* (Hrsg.), *Nomos und Ethos*, 2002, S. 145 ff.

¹⁶⁷ BVerfGE 24, 367 (400); 31, 229 (239); *Wendt*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2003, Art. 14 Rdnr. 9; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 361; *Depenheuer*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG I, 4. Aufl., 1999, Art. 14 Rdnr. 28.

¹⁶⁸ BVerfGE 58, 300 ff.

Ein derartiger ungerechtfertigter Eingriff kann auch in einem Gesetz liegen, das sich nicht mehr als zulässige Bestimmung des Inhalts und der Grenzen des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) bzw. der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) darstellt. Art. 14 Abs. 1 GG ist vor allem dann verletzt, wenn ein Gesetz über die Inhalts- und Grenzenbestimmung hinausgeht¹⁶⁹.

Die rechtspraktische Folge ist die Nichtigkeit des Gesetzes. Eine andere Frage ist es, welche Tenorierungsform das Bundesverfassungsgericht im Einzelfall wählt (Nichtigserklärung ex tunc, Verfassungswidrigerklärung mit oder ohne Weitergeltensanordnung, Appellentscheidung)¹⁷⁰.

V. Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz privater Krankenversicherer

Die grundlegenden Probleme, die mit der Einführung einer Bürgerversicherung verbunden sind, hat das Bundesverfassungsgericht noch nicht entschieden. Zu wichtigen Teilaspekten der Materie liegen zwar gefestigte Rechtsprechungsstrukturen vor. Die fundamentale Frage indes wurde noch nicht principaliter beantwortet. Anfang des Jahres 2004 hat zwar die 2. Kammer des Ersten Senats die Verfassungsbeschwerden zweier privater Krankenversicherer, die sich gegen die Erhöhung der Versicherungspflichtgrenze in der Gesetzlichen Krankenversicherung durch das Beitragssatzsicherungsgesetz vom 23. Dezember 2003 wandten, nicht zur Entscheidung angenommen¹⁷¹. Doch besagen die beiden überhasteten¹⁷² Entscheidungen nichts. Beschlüsse von Kammern, mit denen Verfassungsbeschwerden nicht zur Entscheidung angenommen werden, entfalten schon darum keinerlei Bindungswirkung, weil sie keine Sachentscheidung enthalten¹⁷³. Auf keinen Fall handelt es sich bei den beiden Kammerbeschlüssen um Judikate, mit denen gesetzeskräftig gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG die Verfassungsmäßigkeit des Beitragssatzsicherungsgesetzes festgestellt worden wäre. Sachentscheidungen dieses Zuschnitts bleiben den Senaten vorbehalten. Die eigentlichen Fragen sind noch offen. Nichts ist entschieden oder auch nur präjudiziert. Jägerlatein ist keine Rechtsquelle.

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Zwischen den vom Staat geschaffenen Trägern einer Bürgerversicherung einerseits und den Unternehmen der Privatversicherung andererseits besteht kein Verhält-

¹⁶⁹ BVerfGE 102, 1 (15 ff.).

¹⁷⁰ Dazu Bethge, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, § 31 Rdnrn. 154 ff., 206 ff. und 250 ff.

¹⁷¹ 1 BvR 1103/03 vom 04. Februar 2004; 1 BvR 2152/03 vom 18. Februar 2004.

¹⁷² Zur Passivität des Richters als Bedingung seiner Neutralität *Bettermann*, HStR III, 2. Aufl., 1996, § 73 Rdnr. 35.

¹⁷³ BVerfGE 92, 91 (107); Bethge, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, BVerfGG, § 31 Rdnr. 84; *Hoffmann-Riem*, AöR Bd. 128 (2003), S. 179 Fn. 28.

nis verfassungsrechtlich gleichrangiger Rechtssubjekte, das sich allein nach den Regeln des Marktes und des Wettbewerbs(rechts) richtet.

a) Hinter dem verbalen Sympathieträger einer Bürgerversicherung als einer Solidargemeinschaft steht ein zumindest parzielles Sozialverwaltungsmonopol des Staates. Es fußt auf einer Zwangsmitgliedschaft; es nimmt Aufgaben der sozialstaatlichen Daseinsvorsorge wahr; seine Funktionsträger ressortieren zur mittelbaren Staatsverwaltung.

b) Die Unternehmen der privaten Versicherungswirtschaft sind Rechtsträger des Privatrechts, die an den Wirtschaftsgrundrechten des Grundgesetzes partizipieren (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG, ggf. Art. 2 Abs. 1 GG, jeweils i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG).

2. Die staatlicherseits veranlasste Installierung einer Bürgerzwangsversicherung ist ein mindestens mittelbarer, faktischer Eingriff in Grundrechte privater (Kranken-) Versicherer, dessen Legitimation sich folglich u. a. auch an deren Grundrechten messen lassen muss (Art. 1 Abs. 3 GG).

a) Der Bundesgesetzgeber verfügt auf dem Gebiet auch einer dynamisch zu verstehenden Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) über keine generelle Gestaltungsfreiheit. Ebenso wenig eignen ihm allgemeine Einschätzungsprärogativen und Prognosespielräume, die den Grundrechten Privater vorgelagert wären.

b) Das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) ist kein die staatliche Grundrechtsbindung überlagerndes Handlungsmandat des Gesetzgebers.

c) Weder genießt der Gesetzgeber eine unbegrenzte Dispositionsmacht über das komplexe Gefüge der dualen Sozialversicherung. Noch ist er befugt, nach politischem Gutdünken die Grenzen zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten Rechtsträgern zu verschieben. Der Gesetzgeber verfügt in der bipolaren Versicherungsverfassung über kein beliebiges Ergänzungsrecht zu Gunsten öffentlich-rechtlicher Versicherer auf Kosten privater Unternehmen.

3. Das Argument, Art. 12 Abs. 1 GG schütze Privatversicherer nicht vor Konkurrenz, ist gegenüber dem Ausbau staatlicher Monopole unstatthaft. Genauso wenig stimmig ist bei der Etablierung einer staatlichen Bürgerversicherung der Hinweis, Art. 14 Abs. 1 GG schütze keine Hoffnungen der Privatversicherer bzw. nicht ihr Vertrauen auf die Beibehaltung bloßer gesetzlicher Rahmenbedingungen. Eine Bürgerzwangsversicherung läuft Gefahr, den Wesensgehalt der grundlegenden Funktionsbedingungen der privaten Versicherungswirtschaft zu unterminieren.

4. Eine Bürgerversicherung verstößt gegen grundgesetzlich gewährleistete Bürgerfreiheiten.