Versicherungsfreiheit und Versicherungszwang – Bilanz und Perspektiven

I. Einleitung

1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat freiheitliche Linien in vielen Lebensbereichen gezogen und im Rahmen ihrer Möglichkeiten auch gesichert. Der Bereich der Verwaltungsmonopole gehört dazu nicht.¹ Für Frischluftzufuhr haben hier das Europäische Gemeinschaftsrecht und der Europäische Gerichtshof in Luxemburg gesorgt.² Immerhin hat sich das Bundesverfassungsgericht im Binnenbereich der gesetzlichen Krankenversicherung mit einer größeren Zahl von Entscheidungen um die Freiheit der Gesundheitsberufe und der Freiheit des Zugangs zu ihnen verdient gemacht. Es hat mit grundrechtlichen Mitteln eingegriffen, wo diese Freiheit eingeschränkt wurde, weil der Gesetzgeber der Auffassung war, Einschränkungen seien notwendig, um Gefahren für die Gesundheit der Bevölkerung abzuwenden.³ Für diese durchaus prominente Linie der Karlsruher Judikatur stehen das Apotheken-Urteil von 1958⁴ und das Kassenarzturteil von 1960.⁵ Zunehmend scheinen aber die Freiheitsrechte der Gesundheitsberufe in Deutschland in Konflikt zu stehen mit den Erfordernissen der Erhaltung einer funktionsfähigen gesetzlichen Krankenversicherung. Ob die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung dabei ihre freiheitliche Linie halten kann, steht nicht außer Zweifel. Kritiker meinen, sie sei bereits aufgegeben worden und verweisen auf eine Reihe von jüngeren Entscheidungen des Senats, z. B. zum Verlust der Vertragsarztzulassung mit Vollendung des 68. Lebensjahrs⁶ und zur Erschwerung des Zugangs zur vertragsärztlichen Versorgung ab dem 55. Lebensjahr⁷, und nicht zuletzt auf das sog. Festbetragsurteil des Ersten Senats vom 17. Dezember 2002⁸, das in diesen Tagen in seinem Kern vom Gerichtshof der Europäischen

¹ Vgl. BVerfGE 14, 105; 21, 245; 37, 314; 41, 205.

² Siehe z. B. zum Arbeitsvermittlungsmonopol für Führungskräfte der Wirtschaft EuGH, Entscheidung vom 23.4.1991, NZA 1991, S. 447 und dazu *Spellbrink*, in: *Spellbrink/Eicher*, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 39 Rdnr. 85 (S. 1715).

³ Siehe dazu *Steiner*, MedR 2003, S. 1 (2); *ders.*, DVP 2003, S. 385 (386 ff.).

⁴ BVerfGE 7, 377.

⁵ BVerfGE 11, 30.

⁶ BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, NJW 1998, S. 1776; kritisch dazu u. a. *Boecker*, in: *Festschrift für Brohm*, 2002, S. 231.

⁷ BVerfGE 103, 172.

⁸ BVerfGE 106, 275.

Gemeinschaften bestätigt wurde.⁹ Die Lektüre der Entscheidungen insgesamt bewirkt ein Wechselbad der Verfassungsgefühle.

2. Die Freiheitsbilanz des Gerichts scheint freilich noch geringer auszufallen, wenn es darum ging zu entscheiden, ob die Zusammenfassung von Bürgern in Zwangsvereinigungen mit öffentlich-rechtlichem Status, in Kammern der Ärzte beispielsweise und eben auch in Versichertengemeinschaften, mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Der Gesetzgeber hatte bisher verhältnismäßig leichtes Spiel, wenn er die Entscheidung für solche Zwangszusammenschlüsse einigermaßen ordentlich begründete. Er wird – so könnte man es spitz formulieren – verfassungsrechtlich wohl erst scheitern, wenn er sich dafür entscheiden wollte, die Skatspieler in Deutschland zu verkammern. Fachleute meinen¹⁰, dies hänge vor allem damit zusammen, dass man den öffentlich-rechtlichen Zwangszusammenschluss nur am Reservegrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG messe und nicht – was vorzugswürdig wäre – an dem möglicherweise wirkungsmächtigeren Spezialgrundrecht der Vereinigungsfreiheit in Art. 9 Abs. 1 GG. Gegen die bisherige Maßstabspraxis mag es im Gericht oppositionelle Kräfte geben. Eine Opposition ist nicht sichtbar. Wollte man den Maßstab wechseln, müsste man aber wohl die Grundrechtsdogmatik der negativen Vereinigungsfreiheit neu formulieren.¹¹ Ob ein Austausch des Maßstabs dann wirklich mehr als nur einen Umgebungswchsel oder einen Wechsel des Grundrechtsdesigns zur Folge hätte, lässt sich schwer einschätzen.

Jedenfalls unter der Maßstabsägide des Art. 2 Abs. 1 GG scheint das Freiheitsgrundrecht dem Gesetzgeber nicht gewachsen zu sein, wenn er sein Pflichtversicherungslasso wirft, um aus Bürgern Beitragszahler in den Sozialversicherungssystemen zu machen. Das Bundesverfassungsgericht lässt sich immer wieder vom Gesetzgeber davon überzeugen, dass er es sei, der bestimmen dürfe, wer solidarisch durch Mitgliedschaft in der Sozialversicherung zu sein habe. So ist der Kunstunternehmer zur Künstlersozialabgabe verpflichtet worden.¹² Der Land- und Forstwirtschaftslehgerin ist die Flucht aus der Pflichtversicherung in der Alterssicherung der Landwirte nicht gelungen, auch wenn sie mit Land- und Forstwirtschaft nichts zu tun und nichts im Sinne hatte.¹³ Der sozialen Pflegeversicherung und der Pflegepflichtversicherung konnte niemand entkommen.¹⁴ Nirgends hat sich das Bundesverfassungsgericht als Fluchthelfer betätigt. Wo der Rentengesetzgeber – wie beim Versuch einer Grenzüberschreitung von der unselbständigen in die selbständige Tätigkeit (Stichwort: Scheinselbständigkeit) – Haftbefehle ausgestellt hat, hat das Bundesverfassungsgericht es den Sozialgerichten überlassen, die Grenze anhand des einfachen Sozialrechts zu

⁹ Urteil vom 16. März 2004, C 264/01 u. a., EuZW 2004, S. 241.

¹⁰ Siehe zum Problem *Kaltenborn*, NZS 2001, S. 300.

¹¹ So z. B. *Di Fabio*, in: *Mauz/Dürig/Herzog*, Grundgesetz, Kommentar, Art. 2 Abs. 1 GG, Rdnr. 22 (Bearbeitungsstand: Juli 2001).

¹² BVerfGE 75, 108.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 9.12.2003, NVwZ 2004, S. 463; 3. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 1.3.2004, 1 BvR 2099/03.

¹⁴ Siehe z. B. BVerfGE 103, 197.

kontrollieren.¹⁵ Ergingen gegenüber Einzelnen, insbesondere Trägern freier Berufe, Geldbußbescheide, weil sie ordnungswidrig den Abschluss einer Privatpflegeversicherung verweigert hatten (vgl. § 112 Abs. 1 Nr. 2 SGB XI), so hat das Gericht die Verfassungsbeschwerden dagegen nicht angenommen und eine entsprechende Richtervorlage als unzulässig angesehen.

3. Zur Absenkung der Zuhörererwartung stelle ich gerne den Typus des Richtervortrags als die Variante im Spektrum des deutschen Vortragswesens dar, die dem Zuhörer Entbehrung und Geduld abverlangt: Was der Richter sagen darf, wissen schon alle. Und was noch nicht alle wissen, darf er nicht sagen. Mit diesem erstgemeinten Vorbehalt versuche ich im Folgenden einige Akzente zu setzen.¹⁶ Eine Art verfassungsrechtlicher Phantomkurs am Modell einer Bürgerversicherung ist mir „richterrechtlich“ nicht möglich.¹⁷

II. Der sozialrechtliche Versicherungszwang in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

1. Die Geschichte der wichtigen verfassungsrechtlichen Senatsverfahren, in denen direkt oder indirekt der sozialrechtliche Versicherungszwang Gegenstand war, ist verhältnismäßig schnell erzählt.

- 1960 befasst sich das Bundesverfassungsgericht mit der Verfassungsmäßigkeit der Pflichtmitgliedschaft der in Bayern tätigen Ärzte bei der Bayerischen Ärzteversorgung.¹⁸
- 1970 ist Gegenstand mehrerer Verfassungsbeschwerdeverfahren die Aufhebung der Jahresarbeitsverdienstgrenze in der Rentenversicherung der Angestellten.¹⁹
- 1977 hat sich das Bundesverfassungsgericht mit der Frage zu befassen, ob die Einführung einer berufsständischen Pflichtversicherung der Landwirte für den Krankheitsfall mit dem Grundgesetz vereinbar ist.²⁰

¹⁵ Siehe BVerfG, Beschl. der 2. Kammer des Ersten Senats v. 20.5.1996, NJW 1996, S. 2644. Aus jüngerer Zeit siehe *J. Brand*, Das Problem der Scheinselbständigkeit im Sozialrecht nach den Hartz-Gesetzen: Die Geschichte eines jahrelangen Irrtums und ein Nebenweg aus der Problematik?, in: Festschrift 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut e.V., 2003, S. 441.

¹⁶ Der folgende Beitrag versteht sich als Analyse der Rechtsprechung des BVerfG. Eine Auseinandersetzung mit dem wissenschaftlichen Schrifttum ist nicht beabsichtigt. Dazu – mit zahlreichen Nachweisen – *Merten*, NZS 1998, S. 545 und aus jüngerer Zeit *Schnapp/Kaltenborn*, Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung, 2001, S. 40 ff., 71 ff. sowie schon vorher *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 46 ff.

¹⁷ Natürlich hat die ordnungspolitische und verfassungsrechtliche Diskussion längst eingesetzt. Siehe z. B. *Albrecht*, ZfV 2003, S. 384; *Beer/Klahn*, SGB 2004, S. 13; *Greß/Wasen/Rothgang*, in: Gesundheits- und Sozialpolitik 2003, S. 18; *F. Kirchhof*, NZS 2004, S. 1; *Lohmann*, Die „Große Solidarität“ – verfassungsrechtlich möglich?, ZIAS 2003, S. 247; *Schmidt-Aßmann*, NJW 2004, S. 1689; *Schröder*, in: Soziale Sicherheit 2004, S. 6; *Schüller*, in: Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 2003, S. 32; *Schulte*, in: Universitas 2004, S. 31; *Sodan*, ZRP 2004, S. 217; *Storr*, SGB 2004, S. 279 (286 f.); *Wallrabenstein*, SGB 2004, S. 24; zum „Schweizer Modell“ vgl. *Riedel*, in: Die Sozialversicherung 2003, S. 287.

¹⁸ BVerfGE 10, 354.

¹⁹ BVerfGE 29, 221 ff.

²⁰ BVerfGE 44, 70.

- 1987 ist es die Heranziehung der professionellen Vermarkter von Künstlern und Publizisten zur Künstlersozialabgabe, über deren Verfassungsmäßigkeit zu entscheiden ist.²¹
- Im Jahr 2000 hat sich das Bundesverfassungsgericht einmal mehr mit der Krankenversicherung der Rentner (KVdR), der offenbar unendlichen Geschichte des Renten- und Krankenversicherungsrechts, zu befassen. Die Interessenlage in den Ausgangsverfahren ist allerdings atypisch. Die Rentner wollen pflichtversichert sein, nicht nur freiwillig versichert. Das rechnet sich aus ihrer Sicht.²²
- Im April 2001 ergehen die vier Urteile zur sozialen Pflegeversicherung und zur privatrechtlichen Pflegepflichtversicherung.²³ Dabei liegt den Verfahren ein unterschiedliches Interessenbild zugrunde: Einzelne Kläger der Ausgangsverfahren wollen Versicherungszwang und Versicherungspflicht entkommen, andere wollen – mit verfassungsgerichtlicher Hilfe – versichert werden.
- 2003 setzt sich schließlich das Gericht mit den Verfassungsklagen der Ehegatten von Land- und Forstwirten auseinander, die mit dem Unternehmen ihres Mannes nichts zu tun haben. Man will nicht pflichtversichert sein²⁴, will sich auch nicht auf die Möglichkeit des Seitenausstiegs durch Befreiung von der Pflichtversicherung verweisen lassen.²⁵

Die praktische Bilanz dieser Verfahren lässt sich einfach zusammenfassen: Wer sich gegen den direkten oder indirekten Versicherungszwang mit verfassungsrechtlichen Mitteln gewehrt hat, blieb ohne Erfolg. Mehr Erfolg war dagegen denjenigen vergönnt, die der soziale Versicherungsträger nicht oder nicht als Pflichtversicherte haben wollte.²⁶ Salopp gesprochen: Man gelangt eher hinein als heraus. Das ist erstaunlich, verspricht doch das Grundgesetz an vorderster Stelle den Deutschen Freiheit und verspricht ihnen nicht, Weltmeister der öffentlich-rechtlichen Assekuranz zu werden. Man muss diese Bilanz im Auge behalten, wenn man dem Gesetzgeber, in Deutschland bekanntlich politisches Brauchtum, mit Karlsruhe droht.

2. In der dargestellten Rechtsprechungsgeschichte zum Spannungsverhältnis von Versicherungsfreiheit und Versicherungszwang gilt die Entscheidung von 1960 zur bayerischen Ärzteversorgung als eine Art verfassungsrechtliches Basislager. Sie macht die grundrechtliche Kraftlosigkeit des Art. 2 Abs. 1 GG jedenfalls in der Abwehr von Versicherungszwang früh sichtbar.²⁷ Das Gericht stellt zwar klar, auch die Zwangsmitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlichen Versichertengemeinschaft setze voraus, dass diese eine legitime öffentliche Aufgabe erfülle. Ein Anknüpfungspunkt für eine

²¹ BVerfGE 75, 108.

²² BVerfGE 102, 68.

²³ BVerfGE 103, 197, 225, 242 und 271.

²⁴ Beschl. vom 9.12.2003, NVwZ 2004, S. 463.

²⁵ Vgl. 1 BvR 2099/03, BeckRS 2004, 21502.

²⁶ Vgl. BVerfGE 103, 225.

²⁷ BVerfGE 10, 354 (363); später: BVerfGE 29, 221 (235); 44, 70 (89); 75, 108 (154); Beschl. v. 9.12.2003, NVwZ 2004, S. 463 (464). BVerfGE 103, 197 (221) bezieht sich auf die Pflichtversicherung bei privaten Versicherern.

wirkliche substantielle verfassungsgerichtliche Prüfung wird mit diesem Erfordernis aber nicht geschaffen. Denn das Gericht stellt mit einfacher Bestimmtheit klar: Die Ärzteversorgung „fügt sich nach Idee und Gestaltung der modernen Sozialpolitik sinnvoll ein“²⁸. Der Schwerpunkt der verfassungsgerichtlichen Prüfung lastet daher auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der Goldader der verfassungsgerichtlichen Rechtsfindung. Wäre Spott dem Verfassungsrichter gegenüber einem Grundrecht erlaubt, könnte man insoweit Art. 2 Abs. 1 GG vorschlagen für die Verleihung des Oskars für die beste verfassungsrechtliche Nebenrolle. Dies schließt nicht aus, dass das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG auch im Sozialversicherungsrecht mehr leistet als ein Grundrecht, das den Zugang zur verfassungsgerichtlichen Prüfung des ordnungsgemäßen und insbesondere kompetenzgerechten Erlasses eines Gesetzes eröffnet. Für das Rentenversicherungsrecht hat der Erste Senat vor einiger Zeit formuliert:²⁹ Der Schutzbereich des Grundrechts ist berührt, wenn der Gesetzgeber einerseits durch die Anordnung von Zwangsmitgliedschaft und Beitragspflichten in einem öffentlich-rechtlichen Verband der Sozialversicherung die allgemeine Betätigungsfreiheit des Einzelnen durch Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Voraussetzungen nicht unerheblich einengt, andererseits dem Versicherten gesetzlich zugesagte und beitragsfinanzierte Leistungen dieses Verbandes wesentlich vermindert. Diese Formel könnte – unbeschadet der Leistungsfähigkeit des Art. 14 Abs. 1 GG und des Prinzips des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes – in der gesetzlichen Rentenversicherung Bedeutung erhalten³⁰, wenn sich die Lebensarbeitsleistung nicht mehr im Rentenniveau widerspiegelt und die „Rendite“ der Beiträge unter eine gewisse Grenze sinkt.³¹

Die Formeln zur Dogmatik des Art. 2 Abs. 1 GG bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Versicherungszwangs variieren in der Rechtsprechung, aber wohl ohne Veränderung der Substanz.³² Wehrt sich der Arbeitgeber oder Unternehmer gegen die Belastung mit Beiträgen als Kehrseite des Versicherungszwangs, steht ihm Art. 2 Abs. 1 GG ebenfalls nicht mit wirklich grundrechtlicher Kraft zur Seite. Das Gericht bescheinigt ihm zwar, dass ihn dieses Grundrecht auf wirtschaftlichem Gebiet schütze und ein angemessener Spielraum zur Entfaltung der Unternehmerinitiative unantastbar sei. Er müsse es aber hinnehmen, wenn der Gesetzgeber entsprechend dem Sozialstaatsprinzip aus überwiegenden gesamtwirtschaftlichen und sozialen Gründen die im Interesse des Gemeinwohls liegenden oder doch vertretbaren Maßnahmen treffe.³³ Das Sozialstaatsprinzip erweist sich hier und in anderen Fällen als

²⁸ BVerfGE 10, 354 (363); siehe auch BVerfGE 29, 221 (237).

²⁹ BVerfGE 97, 271 (286).

³⁰ Siehe in diesem Zusammenhang auch *Pitschas*, Soziale Sicherungssysteme im europäisierten Sozialstaat, in: Festschrift 50 Jahre BVerfG, 2003, S. 827 (841 f.).

³¹ Siehe jüngst zur Frage des Zusammenhangs zwischen Beitragsleistung und Rentenniveau *Schnapp*, Eigentumschutz, Speyerer Sozialrechtsgespräche 2004 m.w.N. (im Druck). Grundlegend zur Problematik der Gewährleistung eines bestimmten Leistungsniveaus in der Sozialversicherung *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 240 ff. Zur Auswirkung der Reformmaßnahmen zur Stabilisierung des Beitragssatzes zur Rentenversicherung auf das sog. Rentenniveau siehe *Grütz*, in: Deutsche Rentenversicherung 2004, S. 25 (34 ff.).

³² Siehe z. B. BVerfGE 103, 221.

³³ BVerfGE 29, 266 f.

verfassungsstarke Legitimation des Gesetzgebers, soziale Sicherheit auch mit den Mitteln des Grundrechtseingriffs zu organisieren. Im Ergebnis ist die verfassungsrechtliche Situation keine andere als wenn das Grundgesetz dem Bürger ein Grundrecht auf soziale Sicherheit durch Einrichtung einer Sozialversicherung, wie z. B. in Art. 171 der Bayerischen Verfassung, einräumen würde und dieses abzuwägen sei mit den Grundrechten derer, denen man bei einer solchen Organisation sozialer Sicherheit Versicherungszwang und Beitragspflicht abverlange.

3. Hinzu kommt, dass das Gericht dem Sozialgesetzgeber bei der Umwandlung des Bürgers zum Beitragszahler in sozialen Versicherungssystemen zwei Erwägungen zur Verfügung stellt, die wie Blankettermächtigungen formuliert sind. Zum einen: Bei der Einrichtung einer Zwangsversicherung könne sich der Gesetzgeber von der Schutzbedürftigkeit des Einzelnen leiten lassen³⁴, und diese Schutzbedürftigkeit könne er im Rahmen seines weiten sozialpolitischen Gestaltungsmessens bestimmen.³⁵ Von einer Definitionshoheit des Gesetzgebers könnte man insoweit fast sprechen, und dies auch deshalb, weil das Bundesverfassungsgericht dabei dem Gesetzgeber in gewissen Grenzen die Befugnis zur Typisierung einräumt, in Extremfällen sogar eine Art soziale Schutzhaft erlaubt.

Noch stärker fällt wohl politisch-praktisch eine andere Erwägung ins Gewicht. Der Gesetzgeber kann mit dem Mittel der Einbeziehung von Personen in eine Zwangsversicherung sicherstellen, dass die Solidargemeinschaft leistungsfähig ist und bleibt. Er kann von Anfang an diese Solidargemeinschaft so gestalten, und er kann sie gegebenenfalls durch Zugriff auf weitere Personen und Personengruppen stabilisieren.³⁶ Im Grunde wird argumentiert: Dem Versicherungszwang in der gesetzlichen Krankenversicherung kann unterworfen werden nicht nur derjenige, der der Solidarität anderer bedarf, sondern auch derjenige, der auf Grund seiner wirtschaftlichen Leistungskraft zur Solidarität fähig ist. Die Grenzen dieser Formel sind verfassungsrechtlich noch nicht ausgelotet. Bisher hatten die konkret zu prüfenden gesetzgeberischen Maßnahmen kein Gewicht, das Anlass gegeben hätte, die Belastbarkeit dieser Formeln zu testen. Dies steht aber vielleicht an, wenn mit der Bürger- oder Einwohnerversicherung die „große Solidarität“³⁷ eingefordert werden soll. Dieses Zugriffsrecht wird im Übrigen dadurch gestärkt, dass es sich bei der Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung um einen überragend wichtigen Gemeinwohlbelang handelt.³⁸ Insoweit steht auch die jüngere Entscheidung der 2. Kammer des Ersten Senats vom 4. Februar 2004³⁹ zur Verfassungsmäßigkeit der Anhebung der Pflichtversicherungsgrenze durch das Beitragsliche-

³⁴ BVerfGE 102, 68 (89).

³⁵ Siehe z. B. BVerfGE 29, 221 (242), Beschluss vom 9.12.2003, NVwZ 2004, S. 463 (464 ff.).

³⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. vom 9.12.2003, NVwZ 2004, S. 463; vgl. auch BVerfGE 29, 221 (241); 44, 70 (90); 102, 69.

³⁷ Vgl. *Lohmann*, ZIAS 2003, S. 247.

³⁸ Vgl. BVerfGE 103, 172 (184 f.); 103, 392 (404); 70, 1 (30); 82, 209 (230).

³⁹ 1 BvR 1103/03, ZfSH/SGB 2004, S. 185; vgl. auch NVwZ 2004, S. 455; siehe auch BVerfG, 3. Kammer des Ersten Senats vom 3. März 2004, 1 BvR 2670/03.

rungsgesetz von 2002 auf festen Senatsfüßen. Die Sicherung der Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung gilt als ein so dominanter Gemeinwohlbelang, weil die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung ganz vorrangig mit Hilfe dieses Sozialversicherungssystems erreicht werden soll.⁴⁰ Allgemeiner formuliert: Die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme ist ein Gemeinwohlbelang in der Brandung der Freiheitsgrundrechte. Oder etwas prosaischer: Sie ist die Gegenmacht zum Freiheitspotential des Grundgesetzes, wenn es um Selbstgestaltung der Risikovorsorge im Bereich der großen Lebensrisiken geht. Freilich sollte der Gesetzgeber nicht nur auf sein sozialversicherungsrechtliches Zugriffsrecht setzen, sondern auch auf die Akzeptanz seiner Sozialversicherungssysteme achten.

4. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip im weiteren Sinn ist der Ort, an dem das Bundesverfassungsgericht die Argumente der Befürworter und Gegner des Versicherungszwangs prüft, gewichtet und zur Entscheidung bringt. Dabei fällt auf, dass es die vom Gesetzgeber ins Feld geführten Argumente nicht nur gelten lässt, sondern immer wieder selbst zugunsten der öffentlich-rechtlichen Systeme der Risikovorsorge argumentiert.⁴¹ Das Gericht hat es dabei im Verhältnis zu anderen Versicherten, insbesondere Privatversicherten, immer wieder als legitim akzeptiert, dass der Gesetzgeber eine negative Selektion zu Lasten der öffentlich-rechtlichen Systeme vermeiden will.⁴²

5. Die Bereitschaft des Gerichts, Vor- und Nachteile von Lösungen zur Absicherung der großen Lebensrisiken zu erörtern, darf aber im Zusammenhang mit der gesetzlichen Krankenversicherung nicht zu der Annahme verleiten, dass es sich in eine Art Systemdiskussion einbinden lässt. Es hält sich insbesondere – soweit ersichtlich – aus der Frage heraus, ob die gesetzliche Krankenversicherung auf den Verbleib oder den Zugewinn von Beitragszahlern setzen darf oder ob die Reform des Systems auf der Ausgaben- und Einnahmenseite Vorrang hat vor dem Versicherungszwang: ob beispielsweise zunächst Einsparpotentiale zu nutzen sind, ob vom Sachleistungsprinzip auf das Erstattungsverfahren umzustellen ist und die gesetzliche Krankenversicherung ganz allgemein keine neuen Geldmittel erhalten sollte, um nicht den Kostendruck zu vermindern. Manche Erwartungen des Schrifttums an das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang lesen sich so, als ginge es um die Verhältnisprüfung bei Polizeiverwaltungsakten. Das Gericht hat sich bisher auch jedem Ansinnen verschlossen, mit den Wirkungen des § 31 BVerfGG für alle bindend festzustellen, wer der größte Kostenschurke im deutschen Gesundheitswesen ist. Es will im Grundsatz nicht reformklüger sein als der Sozialgesetzgeber, obgleich es – und hierin liegt sein Vorzug gegenüber den politischen Institutionen – in einem lobbyfreien Raum Recht findet.

6. In der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne fällt die Entscheidung zugunsten der Verfassungsmäßigkeit des Versicherungszwangs in den in Frage stehenden

⁴⁰ BVerfGE 103, 172 (185); 103, 392 (404).

⁴¹ Siehe etwa BVerfGE 29, 221 (241 ff.); 245 (254 ff.); 102, 68 (87 ff.); 103, 225 (236 ff.).

⁴² Etwa BVerfGE 29, 245 (257).

Entscheidungen deshalb, weil das Bundesverfassungsgericht – wie schon erwähnt – einen oft sehr konkreten Vorteils-Nachteils-Vergleich vornimmt und dieser immer wieder zugunsten der öffentlich-rechtlichen Systeme ausfällt.⁴³ Dabei ist die Prüfung auch von dem einfachen Gedanken bestimmt, dass der Versicherungszwang zwar eine Beitragspflicht auslöst, aber eben auch einen Anspruch auf konkrete Leistungen begründet. Keineswegs ist aber damit die grundrechtliche Beschwer entfallen. Der Versicherungszwang bleibt ein Grundrechtseingriff und ist nicht nur aufgedrängte Bereicherung. Dies gilt auch dann, wenn – wie in der Alterssicherung der Landwirte – die „Rendite“ der zur Rentenversicherung geleisteten Beiträge besonders günstig ist, weil die staatlichen Zuschüsse zwischen 70 und 75 % des Leistungsaufwandes ausmachen.⁴⁴

III. Die Judikate zum Pflege-Versicherungsgesetz

1. Die Einführung einer gesetzlichen Verpflichtung zur Vorsorge gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit Mitte der 1990er Jahre war vor allem unter zwei Aspekten ein herausragendes Gesetzgebungsereignis. Die Vorsorgeverpflichtung umfasst ca. 98 % der Bevölkerung, ist also als Volksversicherung, wenn auch nicht als Vollversicherung konzipiert. Die Organisation der Versicherung ist originell. Für die gesetzlich Krankenversicherten besteht Versicherungszwang in der sozialen Pflegeversicherung, für die privat Krankenversicherten Versicherungspflicht in der privaten Pflegepflichtversicherung. Diese wiederum richtet der Gesetzgeber sozialverträglich und familienfreundlich aus. Damit ist grob das gesetzgeberische Konzept am Ende einer fast 20jährigen Diskussion gekennzeichnet und zugleich das Ergebnis einer Einigung zwischen Staat und Privatversicherung. Zeitweilig war die Überlegung in der Diskussion, die Pflegeversicherung allein als Sozialversicherung auszugestalten.⁴⁵

2. Das Bundesverfassungsgericht hat den Komplex der Pflegeversicherung in vier Senatsentscheidungen vom 3. April 2001 auf der Grundlage einer dreistelligen Zahl von Verfassungsbeschwerden verfassungsrechtlich aufzuarbeiten versucht. Öffentlich und fachlich intensiv diskutiert wurde allerdings vorrangig das sog. Familienurteil zur Erziehungskomponente bei der Bemessung der Beiträge in der sozialen Pflegeversicherung.⁴⁶ Das besondere Interesse galt hier der Frage, ob das Gericht in Bezug auf andere Zweige der Sozialversicherung in pyromanischer Absicht gehandelt habe.⁴⁷ Für die verfassungsrechtliche Diskussion um die Bürger- oder Wohnerversicherung sind die drei anderen Entscheidungen vielleicht eher von Interesse. Ich setze einige Akzente, die mir wichtig erscheinen.

⁴³ Vgl. Fn. 41.

⁴⁴ Vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 9.12.2003, NVwZ 2004, S. 463 (466).

⁴⁵ Siehe BVerfGE 103, 197 (202).

⁴⁶ BVerfGE 103, 242.

⁴⁷ BVerfGE 103, 242 (270). Siehe zur Diskussion z. B. *Ruland*, NJW 2001, S. 1673 und *Rust*, VSSR 2004, S. 75. Vgl. auch *Steiner*, ZNS 2004, S. 505 (506 ff.).

a) Das Bundesverfassungsgericht hat die Kompetenz des Gesetzgebers zur Errichtung der sozialen Pflegeversicherung ganz herkömmlich aus der Kompetenz zur Gestaltung der Sozialversicherung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG abgeleitet, diejenige zur Einführung der privaten Pflegepflichtversicherung aus dem Kompetenztitel „privatrechtliches Versicherungswesen“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Das duale System der Gesundheitsversicherung in Deutschland sollte sich auch in der Pflegeversicherung in verschiedenen Kompetenztiteln spiegeln.⁴⁸ Selbstverständlich war dies nicht. Denn der Gesetzgeber hat bekanntlich die Bedingungen der privaten Pflegepflichtversicherung stark der sozialen Pflegeversicherung angenähert, sie in der Tendenz wie eine „Sozialversicherung in privater Hand“ ausgestaltet, also gleichsam sozialrechtlich geklont (§ 110 SGB XI): kein Ausschluss von Vorerkrankungen der Versicherten, kein Ausschluss bereits pflegebedürftiger Personen, keine längeren Wartezeiten als in der sozialen Pflegeversicherung, keine Staffelung der Prämien nach Geschlecht und Gesundheitszustand der Versicherten, beitragsfreie Mitversicherung der Kinder, Begrenzung der Prämienhöhe auf den Höchstbetrag der sozialen Pflegeversicherung und anderem mehr.

Das Gericht hat den ordnungspolitisch nicht unwichtigen kompetenzrechtlichen Verbleib der privaten Pflegeversicherung in der Kompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG damit rechtfertigen können, dass trotz dieser Vorgaben das auf statistischer Grundlage zu ermittelnde individuelle und vom Lebensalter abhängige Risiko, pflegebedürftig zu werden, und die sich daran orientierende versicherungsmathematische Berechnung der Prämien nach wie vor die gesamte Tarifgestaltung maßgeblich bestimmen.⁴⁹ Die private Pflegepflichtversicherung ist also kompetentiell Individualversicherung, nicht Sozialversicherung im Sinne eines – gegebenenfalls modifiziert interpretierten – Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Mit anderen Worten: Die Pflegeversicherung ist Volksversicherung, dies aber nicht als Sozialversicherung.⁵⁰ Das Gericht wollte das duale System der Krankenversicherung mit seiner kompetenzrechtlichen Aussage stärken, nicht schwächen.⁵¹

b) Hervorzuheben sind aber noch andere Gesichtspunkte, die im Zusammenhang mit der Frage verfassungsrechtlich geprüft und entschieden wurden, ob sich Privatpersonen gegen die Versicherungspflicht in der privaten Pflegeversicherung mit Erfolg auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen können.⁵² Sie sind bedeutsam auch für die Beurteilung des Versicherungszwangs in der sozialen Pflegeversicherung. Ich begnüge mich hier mit einer Skizze.

(1) Der Gemeinwohlzweck der Pflegepflichtversicherung und der sozialen Pflegeversicherung wurde aus dem Grundgesetz unmittelbar abgeleitet und dies aus promi-

⁴⁸ BVerfGE 103, 197 (217 ff.).

⁴⁹ BVerfGE 103, 197 (220).

⁵⁰ BVerfGE 103, 197 (224).

⁵¹ Vgl. auch die Beiträge in: Soziale Sicherheit durch öffentliches und Privatrecht, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes (SDSRV) Heft 51, 2004; *Hänlein*, NZS 2003, S. 617.

⁵² BVerfGE 103, 197.

nenter Stelle. Das Gericht formuliert, dem Staat sei die Wahrung der Würde des Menschen in einer Situation der pflegerischen Hilfsbedürftigkeit gemäß Art. 1 Abs. 1 GG besonders anvertraut.⁵³ Damit wird sichtbar: Bei der Ersteinführung eines neuen umfassenden Versicherungszweiges erscheint dem Bundesverfassungsgericht eine besondere Legitimation angemessen.

(2) Zu der höchst rationalen Sorge des Staates gehört, dass ihm der Mensch, der nicht selbst gegen Lebensrisiken vorsorgt, als Sozialhilfeberechtigter zur Last fällt. Diese Sorge vor der Überforderung des Sozialhilfesystems hat die Politik bei der Suche nach einer Versicherungslösung des Pflegerisikos von Anfang an stark bestimmt. Man wollte ein System der Finanzierung schaffen, das als vorgelagertes System die „Gefahr“ der Finanzierung aus Steuermitteln zumindest abschwächt. Das Gericht lässt dieses Argument gelten: Es sei ein legitimes öffentliches Anliegen, einer allein auf Pflegebedarf begründeten Abhängigkeit von Sozialleistungen vorzubeugen.⁵⁴

Werden sozialversicherungsrechtliche Pflichtversicherungen steuerfinanzierten Hilfesystemen vorgelagert, scheint dies auf den ersten Blick einen Freiheitsverlust anzuzeigen. Leistungen in steuerfinanzierten Systemen setzen andererseits zu Recht die Prüfung von Bedarf und Bedürfnis voraus. Solche Prüfungen bergen aber die Gefahr der Demütigungen in sich, sind mit staatlicher Investigation in der Privatsphäre notwendig verbunden. Das Bundesverfassungsgericht schwankt deshalb auch in seiner grundsätzlichen Bewertung der Sozialhilfe: Es adelt sie einerseits als eine Leistung, die der Staat der Menschenwürde des Einzelnen schuldet, spricht aber auch davon, dass dieser der Sozialhilfe „anheimfalle“.⁵⁵ Soziale Selbstachtung kann derjenige eher wahren, der Sozialleistungen erhält, die er selbst durch Beiträge finanziert hat. Man kann in diesen Tagen mehr denn je lesen, freiwillige Eigenvorsorge sei der Königsweg zur sozialen Selbstachtung. Das Grundgesetz weist diesen Weg der Vorsorgefreiheit freilich nicht als allgemeines verfassungsrechtliches Prinzip. Er muss primär politisch durchgesetzt werden.⁵⁶

(3) Für die verfassungsrechtliche Akzeptanz der Pflegepflichtversicherung und des Pflegeversicherungszwangs war für das Gericht eine Erfahrung von maßgeblicher Bedeutung. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Pflege-Versicherungsgesetzes zum 1. Januar 1995 gab es nur eine geringe Zahl von Personen, die freiwillig – trotz der dafür besonders entwickelten Angebote der Versicherungswirtschaft – eine Pflegeversicherung abgeschlossen hatten. Deshalb konnte das Gericht formulieren: Aus der mangelnden Bereitschaft zur entsprechenden Eigenvorsorge durfte der Gesetzgeber den Schluss ziehen, dass es der Bevölkerung am gebotenen Risikobewusstsein fehle

⁵³ BVerfGE 103, 221.

⁵⁴ BVerfGE 103, 221 f.

⁵⁵ Siehe dazu mit Nachweisen Steiner, Sozialer Konflikt und sozialer Ausgleich – Zur Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Recht im Pluralismus, Festschrift für Schmitt Glaeser, hrsg. v. H.-D. Horn, 2003, S. 335 (336 f.).

⁵⁶ Vgl. auch BVerfGE 29, 221 (236): Der Ausschluss selbstverantwortlicher Eigenvorsorge wird nicht schon vom Sozialstaatsprinzip gefordert. Dieses lässt vielmehr für die Verwirklichung des Ziels einer gerechten Sozialordnung auch andere Wege offen. Der Gesetzgeber hätte auch die Möglichkeit, die Eigenvorsorge vorzusehen.

und sie – anders als bei der Versicherung des Risikos Krankheit – keinen „Versicherungsdruck“ verspüre.⁵⁷ Das Pflege-Versicherungsgesetz hat also die Bevölkerung aus einem versicherungsfreien Raum in einen versicherten Raum überführt. An die Krankenversicherung konnte die Pflegeversicherung dabei anschließen, weil es hier einen solchen versicherungsfreien Raum bei einem nur ganz geringen Umfang von 2 % der Bevölkerung gab und gibt.

IV. Perspektiven

Ich bin mit dem Versuch einer Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Möglichkeiten und Grenzen der gesetzlichen Anordnung von Versicherungszwang und Versicherungspflicht im Bereich der sozialen Sicherheit am Ende. Vielleicht ist deutlich geworden, dass eine Versicherung, die die gesamte Bevölkerung in einem Sozialversicherungssystem gegen das Risiko Krankheit versichert, ordnungspolitisch und verfassungsrechtlich in eine neue Dimension vorstößt. Es geht nicht um die Errichtung eines öffentlich-rechtlichen Versicherungsträgers, der bestimmte Bevölkerungsgruppen *erstmal*s zur Versicherung von Lebensrisiken verpflichtet, wie in der bayerischen Ärzteversorgung gegen das Risiko des Alters, in der Sozialversicherung der Landwirte und der Künstler gegen das Risiko des Alters und der Krankheit oder in der Pflegeversicherung gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit versichert. Es geht auch nicht um den *Verbleib* bisher pflichtversicherter Personen in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung, auf deren einkommensabhängige Beiträge das System zur Finanzierung angewiesen ist. Es geht auch nicht um die Einbeziehung von Personen in die Pflichtversicherung, an die – wie bei den Ehegatten von Land- und Forstwirten – Versicherungsleistungen erbracht wurden, ohne dass sie beitragspflichtig waren. Das duale System in der Krankenversicherung in Deutschland soll abgelöst werden durch eine Einheitsversicherung. Ob die Verfassungsmäßigkeit dieses Schrittes anhand der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der durch sie entwickelten Formeln beurteilt werden kann, kann man wohl als eine offene Frage ansehen. Vieles spricht dafür, dass die verfassungsrechtlichen Karten hier neu zu mischen sind.

⁵⁷ BVerfGE 103, 197 (223).