

Univ.-Prof. Dr. Thorsten Kingreen

Agnes-Miegel-Weg 10
93055 Regensburg
Tel.: 0941-7040241
E-Mail: king@jura.uni-r.de

An das
Bundesverfassungsgericht
Schlossbezirk 3

76131 Karlsruhe

Regensburg, 24. 3. 2016

Namens und im Auftrag von

1. XX

- Beschwerdeführerin -

2. XX

- Beschwerdeführer -

erhebe ich

Verfassungsbeschwerde

gegen

1. das **Urteil des Bundessozialgerichts v. 30. 9. 2015, Az.: B 12 KR 15/12 R**, zugestellt am 29. 2. 2016 und
2. die **Vorschriften des Sozialgesetzbuchs V** (§§ 223 Abs. 2, 226 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 sowie 241 SGB V), **VI** (§§ 157, 161 Abs. 1, 162 Nr. 1 SGB VI) und **XI** (§ 55 Abs. 3 SGB XI).

wegen **Verletzung der Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG.**

Die erforderliche Vollmacht (§ 22 Abs. 2 BVerfGG) liegt bei.

Ich beantrage namens und im Auftrag der Beschwerdeführer

1. das Urteil des Bundessozialgerichts v. 30. 9. 2016, Az.: B 12 KR 15/12 R aufzuheben (§ 95 Abs. 2 BVerfGG) und
2. die Vorschriften des Sozialgesetzbuchs V (§§ 223 Abs. 2, 226 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 sowie 241 SGB V), VI (§§ 157, 161 Abs. 1, 162 Nr. 1 SGB VI) und XI (§ 55 Abs. 3 SGB XI) für nichtig zu erklären (§ 95 Abs. 3 S. 2 BVerfGG).

Nachfolgend werden in Teil 1 zunächst Rechtsgrundlagen, Sachverhalt und Verfahrensgang geschildert. Teil 2 enthält Ausführungen zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde. Es folgen die Ausführungen zur Begründetheit der Verfassungsbeschwerde: In Teil 3 wird begründet, dass die angegriffenen Vorschriften und das auf diesen beruhende Urteil die Beschwerdeführer in ihren Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG verletzt.

Teil 1: Rechtsgrundlagen, Sachverhalt und Verfahrensgang

Die Verfassungsbeschwerde wendet sich gegen die gleichheitswidrige Benachteiligung von Versicherten mit Kindern durch das Beitragsrecht der gesetzlichen Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung sowie das Urteil des Bundessozialgerichts vom 30. 9. 2015 (B 12 KR 15/12 R).

1. In der gesetzlichen Rentenversicherung werden die Beiträge gemäß § 157 SGB VI nach einem Vomhundertsatz (Beitragssatz) von der Beitragsbemessungsgrundlage erhoben, die nur bis zur Beitragsbemessungsgrenze (§ 159 SGB VI) berücksichtigt wird. Der Beitragssatz (§ 158 SGB VI) beträgt gemäß der auf § 160 Nr. 1 SGB VI beruhenden Beitragssatzverordnung¹ aktuell 18,7%. Beitragsbemessungsgrundlage für Versicherungspflichtige sind nach § 161 Abs. 1 SGB VI die beitragspflichtigen Einnahmen, bei den abhängig Beschäftigten (§ 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI) ist dies nach § 162 Nr. 1 SGB VI das Arbeitsentgelt aus der versicherungspflichtigen Beschäftigung (§ 14 SGB IV).

Das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung enthält entsprechende Bestimmungen. Nach § 223 Abs. 2 S. 1 SGB V werden die Beiträge nach den beitragspflichtigen Einnahmen des Mitglieds bis zur Beitragsbemessungsgrenze (§ 223 Abs. 3 SGB V) bemessen. Der Beitragspflicht unterliegen die in den §§ 226-240 SGB V beschriebenen Einnahmearten der jeweiligen Versichertengruppen. Hinsichtlich der Bemessungsgrundlagen unterscheiden die §§ 226-240 SGB V zwischen den in § 5 SGB V aufgeführten Mitgliedergruppen. Bemessungsgrundlage für die versicherungspflichtig Beschäftigten (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V) ist gemäß § 226 Abs. 1 Nr. 1 SGB V grundsätzlich das Arbeitsentgelt aus der versicherungspflichtigen Beschäftigung maßgebend, für Rentner der Zahlbetrag der Rente (§ 226 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V).

2. Das Bundesverfassungsgericht hat die Beitragsbemessung in der sozialen Pflegeversicherung (§§ 54, 55 SGB XI) mit Urteil vom 3. 4. 2001 (im Folgenden: Pflegeversicherungsurteil) wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG für verfassungswidrig erklärt, weil die Betreuung und Erziehung von Kindern bei der Bemessung der Beiträge nicht angemessen berücksichtigt wurden.² Es hat dem Gesetzgeber zugleich aufgegeben,

¹ § 1 der Verordnung zur Bestimmung der Beitragssätze in der gesetzlichen Rentenversicherung für das Jahr 2016 (Beitragssatzverordnung 2016 - BSV 2016), BGBl. I v. 2. 12. 2015, 2110.

² BVerfGE 103, 242 (263ff.).

„die Bedeutung des [...] Urteils auch für andere Zweige der Sozialversicherung zu prüfen.“³

3. Der Gesetzgeber hat das Pflegeversicherungsurteil lediglich in der Pflegeversicherung umgesetzt. Nach § 55 Abs. 3 S. 1 SGB XI erhöht sich der allgemeine Beitragssatz in der sozialen Pflegeversicherung (§ 55 Abs. 1 SGB XI) für Mitglieder nach Ablauf des Monats, in dem sie das 23. Lebensjahr vollendet haben, um einen Beitragszuschlag in Höhe von 0,25 Beitragssatzpunkten (Beitragszuschlag für Kinderlose). Eine Umsetzung in der sozialen Kranken- und der Rentenversicherung hält die Bundesregierung nicht für erforderlich.⁴ Die nach Meinung der Beschwerdeführerin und des Beschwerdeführers unzureichende Umsetzung des Pflegeversicherungsurteils in der Pflegeversicherung und die Nichtübertragung des Urteils auf die Kranken- und Rentenversicherung bilden die Gegenstände des vorliegenden Rechtsstreits.
4. Dass die damit aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen erst 15 Jahre nach dem Pflegeversicherungsurteil zum Bundesverfassungsgericht gelangen, beruht auf mehreren Kuriositäten in der Judikatur des 12. Senats des Bundessozialgerichts. Bereits 1996 hatten sich Versicherte bei der damaligen Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA), dem zuständigen Rentenversicherungsträger, gegen die Beitragsgestaltung in der gesetzlichen Rentenversicherung mit der Begründung gewandt, diese benachteilige Versicherte mit Kindern in gleichheitswidriger Weise. Die gegen die Ablehnungsbescheide der BfA eingelegten sozialgerichtlichen Klagen wurden 1999 vom Sozialgericht Köln (u. a. Ur. v. 14. 1. 1999, S 8 (6) RA 46/97) abgewiesen und die Berufungen, bereits in Kenntnis des Pflegeversicherungsurteils des Bundesverfassungsgerichts, 2002 vom Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Ur. v. 12. 4. 2002, L 13 RA 22/99) zurückgewiesen, allerdings mit dem Hinweis, dass die „Befürchtung des Klägers, er werde keine angemessene Altersvorsorge erhalten, [...] zwar angesichts der demographischen Entwicklung nicht unbegründet“ sei. Daraus folge aber nicht, dass die Beitragserhebung zur gesetzlichen Rentenversicherung verfassungswidrig sei oder dass gar die solidarische Rentenversicherung als solche gegen die Verfassung verstößt. Vielmehr sei es „eine permanente Aufgabe des Gesetzgebers, das System der solidarischen Versicherung zu erhalten.“⁵ Die dagegen

³ BVerfGE 103, 242 (270).

⁴ Bericht der Bundesregierung zur Bedeutung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur Sozialen Pflegeversicherung vom 3. April 2001 (1 BvR 1629/94) für andere Zweige der Sozialversicherung, BT-Drucks. 15/4375, S. 4ff.

⁵ LSG Nordrhein-Westfalen, Ur. v. 12. 4. 2002, L 13 RA 22/99, Rn. 32.

eingelegte Revision wies der 12. Senat des Bundessozialgerichts mit Urteil vom 23. 9. 2003 zurück, weil sie sich nicht gegen die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, sondern gegen die – im konkreten Fall gem. § 75 Abs. 2 SGG beigeladene – jeweilige Krankenkasse als für den Einzug der Rentenversicherung zuständige Behörde hätten wenden müssen.⁶ Mit dieser auch in der Fachwelt mit großem Erstaunen aufgenommenen Entscheidung, die die langjährige eigene Rechtsprechung⁷ für Fälle notwendiger Beiladungen aufgegeben hat, wurden die Kläger „ohne jeden Skrupel nach 7 (in Worten: sieben) Jahren Verfahrensdauer an die Startlinie zurückgeschickt“, wie es ein früherer Präsident des Landessozialgerichts Niedersachsen formuliert hat.⁸

5. Drei Kläger legten nunmehr Widerspruch bei der zuständigen Krankenkasse gegen die Beitragsgestaltung in der gesetzlichen Rentenversicherung ein, der zurückgewiesen wurde. Die hiergegen gerichtete Klage hat das Sozialgericht Köln (Urt. v. 22. 6. 2004, S 26 KR 21/04) abgewiesen, aber wegen grundsätzlicher Bedeutung die Sprungrevision zugelassen. Die eingelegte Revision hat der 12. Senat des Bundessozialgerichts mit Urteil vom 5. 7. 2006 (B 12 KR 20/04 R) abgewiesen. Der Aufwand, den Eltern für ihre Kinder zu tragen haben, gebiete es verfassungsrechtlich nicht, sie von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung freizustellen oder sie ganz oder teilweise von der Pflicht zur Beitragstragung zu befreien. Die Nichtvergleichbarkeit der Renten- mit der Pflegeversicherung begründet es u. a. mit der „kühnen Behauptung“⁹, dass Kinder für das rentenrechtliche Umlageverfahren bedeutungslos seien, ja ihm sogar schaden könnten, weil Eltern durch die Erziehung von Kindern an einer (vollen) Erwerbstätigkeit gehindert wären: „Für den insofern in Frage stehenden Teilzweck des Systems, im Sinne einer ‚Generatio- nen‘ übergreifenden Solidarität zwischen Erwerbstätigen und nicht mehr (voll) Erwerbs- tätigen aus den Beiträgen der erst Genannten aktuell die Renten der letzt Genannten zu finanzieren, leistet die Erziehung von Kindern keinen Beitrag. Es könnte im Gegenteil da- ran gedacht werden, dass bei Entlastung von anderweitigen Verpflichtungen mit zuneh- mender Erwerbstätigkeit auf Grund der faktischen Verbreiterung der Bemessungsgrund- lage die Anforderungen an die Solidarität mit den nicht mehr Erwerbstätigen durch Sen- kung der aktuellen Bemessungsgrundlage vermindert werden und/oder das Verteilungs-

⁶ BSG, Urt. v. 23. 9. 2003, B 12 RA 3/02 R, Rn. 14ff.

⁷ BSG, Urt. v. 17. 12. 1985, 12 RK 38/83, Rn. 15.

⁸ P. Lindemann, Anmerkung zum Urteil des BSG vom 23. 9. 2003, SGB 2004, 294 (294).

⁹ A. Lenze, Kindererziehung als generativer Beitrag in der gesetzlichen Rentenversicherung – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BSG vom 5. Juli 2006, NZS 2007, 407 (410).

burg mit Urteil vom 11. 5. 2010 (S 14 KR 3338/07) abgewiesen. Das Sozialgericht stütze sich auf das Urteil des Bundessozialgerichts vom 5. 7. 2006 – B 12 KR 20/04 R; dem Pflegeversicherungsurteil des Bundesverfassungsgerichts sei nicht zu entnehmen, dass es auch für andere Zweige der Sozialversicherung anzuwenden sei. Mit Urteil vom 24. 4. 2012 (L 11 KR 3416/10) hat das Landessozialgericht Baden-Württemberg die Berufung zurückgewiesen. Es beurteilte die streitigen Fragen ausschließlich unter Gesichtspunkt des Familienlastenausgleichs am Prüfmaßstab des Art. 6 Abs. 1 GG und vertrat dabei die Ansicht, der Gesetzgeber habe seinen Schutzauftrag in allen drei streitbefangenen Systemen erfüllt. Die von Verfassungs wegen zu beachtenden Vorgaben habe der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Rentenversicherungs-, Krankenversicherungs- und Pflegeversicherungsbeiträge beachtet. Die von den Klägern geltend gemachte Benachteiligung der Kindererziehenden in der Alterssicherung seien bereits mehrfach abgebaut worden; Entsprechendes gelte für die Gesetzliche Krankenversicherung. Verschiedene Rentenreformen hätten den „Familienlastenausgleich“ bzw. „Familienleistungsausgleich“ ausgeweitet.

Besonders hervorzuheben ist, dass das Landessozialgericht Baden-Württemberg die Revision zum Bundessozialgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung vollumfänglich, d. h. auch im Hinblick auf die Frage der Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils auf die Rentenversicherung, zugelassen hat, obwohl diese Frage durch das Urteil des Bundessozialgerichts vom 5. 7. 2006 bereits rechtskräftig entschieden worden war. Dieses prozessrechtliche Kuriosum – grundsätzliche Bedeutung trotz rechtskräftiger Entscheidung des Bundessozialgerichts – muss vor dem Hintergrund gesehen werden, dass die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 5. 7. 2006 massive Kritik¹² erfahren hat, weil sie das an sich einschlägige Pflegeversicherungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001 (BVerfGE 103, 242) als unerheblich marginalisiert und daher auch nach Meinung des Landessozialgerichts wesentliche Fragen noch nicht hinreichend geklärt hatte.

8. Der Unterzeichner hat gegen die Entscheidung des Landessozialgerichts Baden-Württemberg namens und im Auftrag der Beschwerdeführerin und des Beschwerdeführers unter dem 27. 2. 2012 fristgemäß Revision eingelegt und u. a. wegen der dienstlichen Belastung als Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Regens-

¹² Vgl. nur *T. Kingreen*, Bestand und Reform des Familienleistungsausgleichs in der Sozialversicherung, SDSRV 57 (2008), 71 (91ff.); *A. Lenze*, Kindererziehung als generativer Beitrag in der gesetzlichen Rentenversicherung – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BSG vom 5. Juli 2006, NZS 2007, 407ff.

burg um eine Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist (§ 164 Abs. 2 S. 2 SGG) bis zum 15. 10. 2012 gebeten.

Mit Schreiben des Senatsvorsitzenden vom 23. 3. 2012 wurde die Fristverlängerung „unter Zurückstellung von Bedenken“ gewährt. Weiter heißt es: „Eine derart lange Fristverlängerung ist beim Bundessozialgericht unüblich und entspricht auch nicht der Praxis des 12. Senats.“ Der Unterzeichner wurde daher gebeten, sich in seiner „Prozessvertretung künftig darauf einzustellen, Verzögerungen möglichst zu vermeiden.“ Dieses Schreiben wird hier als Beleg dafür zitiert, dass dem 12. Senat sein eigener Anteil an der kuriosen Verfahrenshistorie und den vielen Verzögerungen seit seinem ersten Urteil im Jahre 2003 offensichtlich noch nicht einmal bewusst ist. Der „Praxis des 12. Senats“ stand offenbar nicht entgegen, dass bis zum August 2014, also fast 2 Jahre nach Einreichung der Revisionsbegründungsschrift, keine mündliche Verhandlung anberaumt worden war und diese dann wegen eines Forschungsaufenthalts des Unterzeichners in den USA erst am 30. 9. 2015 stattfinden konnte. Den Verfahrensakten kann entnommen werden, dass der Senat wiederholt aufgefordert werden musste, endlich eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, die sich dann auf ein Rechtsgespräch über Förmlichkeiten und die Stellung der Anträge beschränkte, ohne dass der Senat eine einzige Frage in der Sache gestellt, geschweige denn sachlich gebotene Hinweise zu seinen Tatsachenannahmen und seiner Bewertung der von den Klägern beigebrachten Gutachten gegeben hätte (dazu unten 11.). Mit der „Praxis des 12. Senats“ ist es offenbar auch vereinbar, dass das Urteil erst am 29. 2. 2016, also fünf Monate nach seiner Verkündung, zugestellt wurde, obwohl seine wesentlichen Inhalte bereits Gegenstand einer am Tag der Urteilsverkündung herausgegebenen Pressemitteilung waren. Diese Äußerlichkeiten mögen zwar für die verfassungsrechtliche Bewertung irrelevant sein; sie machen allerdings die Ungeduld und das Unverständnis der Betroffenen, die sich seit nunmehr 20 Jahren mit Rechtsmitteln und zum dritten Mal in der gleichen Angelegenheit vor dem 12. Senat des Bundessozialgerichts gegen die Beitragsgestaltung im Sozialversicherungsrecht wehren, verständlich.

9. In seinem Urteil vom 30. 9. 2015 hat das Bundessozialgericht die Revision der Beschwerdeführer im Wesentlichen zurückgewiesen. Es begründet dies namentlich damit, dass die im Pflegeversicherungsurteil geforderte „Mindestgeschlossenheit des Systems“ im Rentenversicherungsrecht nicht gegeben sei, weil etwa die Hälfte der potentiellen Beitrags-

zahler keine oder nur geringe Beiträge leisteten,¹³ dass die gesetzliche Krankenversicherung kein Risiko abdecke, das überproportional im Alter auftrate¹⁴ und sich schließlich auch die durch das Pflegeversicherungsurteil des Bundesverfassungsgerichts ausgelöste Reform im Beitragsrecht der Pflegeversicherung im Rahmen des gesetzgeberischen Ermessens bewege.¹⁵ Sowohl für die Rentenversicherung als auch für die Krankenversicherung führt es zudem diverse weitere Argumente dafür auf, dass das Beitragsrecht „in einem weiteren gleichheitsrechtlichen Kontext“ sachlich gerechtfertigt sei.¹⁶

10. Beim Bundessozialgericht sind zwei weitere Verfahren in der gleichen Angelegenheit anhängig. Die Verfahren B 12 KR 6/12 R (XXXXX) und XXXXXX (B 12 KR 5/12 R) wurden auf Anregung des 12. Senats zunächst ruhend gestellt, sind aber nach der mündlichen Verhandlung wieder aufgerufen worden und nunmehr unter den Aktenzeichen B 12 KR 13/15 R (XXXXXX) und B 12 KR 14/15 R (XXXXX) anhängig.

11. Unmittelbar nach der mündlichen Verhandlung haben die Beschwerdeführerin und der Beschwerdeführer durch den Kollegen Dr. Ernst-Jürgen Borchert (weiterer Prozessbevollmächtigter neben dem Unterzeichner im Verfahren vor dem Bundessozialgericht) Anhörungsrüge nach § 178a SGG gestellt, weil der 12. Senat weder in der mündlichen Verhandlung noch in einem anderen Verfahrensstadium über die seines Erachtens entscheidenden Gründe für die Nichtübertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils auf die Rentenversicherung (keine Mindestgeschlossenheit des Systems) und die Krankenversicherung (keine Versicherung eines Risikos, das überproportional im Alter auftritt) verhandelt hat, obwohl der Unterzeichner ausdrücklich darum gebeten hatte. Die Anhörungsrüge ist am 29. 10. 2015 (B 12 KR 11/15 C) als unzulässig verworfen worden, weil sie erst nach Zustellung der schriftlichen Urteilsgründe erhoben werden könne. Die daher nunmehr erhobene Anhörungsrüge ist als **Anlage 1** beigefügt.

¹³ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 40-42.

¹⁴ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 64-68.

¹⁵ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 81-89.

¹⁶ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 43-60 (Rentenversicherung) und Rn. 69-75 (Krankenversicherung).

Teil 2: Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

Beschwerdegegenstände sind das Urteil des Bundessozialgerichts vom 30. 9. 2015 (Az: B 12 KR 15/12 R) sowie die angegriffenen Normen der Sozialgesetzbücher V, VI und XI. Die notwendige Beschwerdebefugnis (§ 90 Abs. 1 BVerfGG) ergibt sich daraus, dass die Beschwerdeführerin und der Beschwerdeführer durch das Urteil selbst, gegenwärtig und unmittelbar in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG verletzt werden. Der Rechtsweg ist mit der Entscheidung des Bundessozialgerichts erschöpft (§ 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG).

Die Verfassungsbeschwerde ist zudem form- und fristgerecht (§§ 23 Abs. 1, 93 Abs. 1 BVerfGG) eingereicht worden.

Teil 3: Begründetheit der Verfassungsbeschwerde I (Verletzung von Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG)

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, denn die streitgegenständlichen Bestimmungen der Sozialgesetzbücher V, VI und XI verstoßen gegen die Grundrechte der Beschwerdeführerin und des Beschwerdeführers aus Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG. Gleiches gilt für das ebenfalls angegriffene Urteil des Bundessozialgerichts vom 30. 9. 2015 (B 12 KR 15/12 R), das sich gegen die langjährige gefestigte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Familienlasten- und -leistungsausgleich positioniert.

Die nachfolgende verfassungsrechtliche Prüfung stützt sich maßgeblich auf das Pflegeversicherungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001, das daher im Folgenden zunächst analysiert wird (A.). Sodann wird seine Übertragbarkeit auf die gesetzliche Rentenversicherung (B.) und die gesetzliche Krankenversicherung (C.) begründet. Abschließend wird dargelegt, dass die Umsetzung des Pflegeversicherungsurteils im Beitragsrecht der gesetzlichen Pflegeversicherung verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht standhält (D.).

A. Das Pflegeversicherungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001

Mit dem Pflegeversicherungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, es sei mit Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbar, „dass Mitglieder der sozialen Pflegeversicherung, die Kinder betreuen und erziehen und damit neben dem Geldbeitrag einen generativen Beitrag zur Funktionsfähigkeit eines umlagefinanzierten Sozialversicherungssystems leisten, mit einem gleich hohen Pflegeversicherungsbeitrag wie Mitglieder ohne Kinder belastet werden.“¹⁷

Die Entscheidung beschreitet einen grundrechtsdogmatisch neuen Weg: Sie moniert nicht, dass der staatliche Familienlastenausgleich in der Pflegeversicherung verfassungsrechtlich unzureichend ist, sondern profiliert den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Verfassungsgebot intragenerationeller Gleichbehandlung (I.). Der Tenor des Urteils und seine wesentlichen Begründungselemente für die Annahme eines Verstoßes gegen den Grundsatz intragenerationeller Gleichbehandlung sind von zentraler Bedeutung für die Frage, welche Vorgaben das Grundgesetz für die Beitragsgestaltung in der gesetzlichen Renten- und Pflegeversicherung enthält (dazu nachfolgend II.). Einer näheren Analyse bedürfen darüber hinaus die sehr konkreten Vorgaben im Urteil für die Umsetzung in das Pflegeversicherungs-

¹⁷ BVerfGE 103, 242, Leitsatz.

recht (III.). Von erheblicher Bedeutung ist es darüber hinaus, die Neutralität des Pflegeversicherungsurteils gegenüber den unterschiedlichen Lebensentwürfen herauszuarbeiten (IV.).

I. Der verfassungsrechtliche Maßstab: Das Gebot intragenerationeller Gleichbehandlung

Die eigentliche verfassungsdogmatische Pointe des Pflegeversicherungsurteils ist seine Fokussierung auf eine Gleichheitsprüfung.¹⁸ Es grenzt sich damit zugleich von dem leistungsrechtlichen Ansatz ab, der die Rechtsprechung zum Familienlastenausgleich bis dahin geprägt hatte.

1. Der leistungsrechtliche Ansatz

Schon vor dem Urteil hatte das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber in mehreren Entscheidungen zu einer dem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz der Familie angemessenen Ausgestaltung des Sozial- und Steuerrechts verpflichtet. So hat es aus Art. 1 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 20 Abs. 1 GG abgeleitet, dass „bei der Besteuerung einer Familie das Existenzminimum sämtlicher Familienmitglieder steuerfrei bleiben muss“¹⁹, wobei zum familiären Existenzminimum auch der Betreuungsbedarf gehört, der daher gleichfalls einkommenssteuerlich unbelastet bleiben muss.²⁰ Es hat den Gesetzgeber ferner verpflichtet, „den Mangel des Rentenversicherungssystems, der in den durch Kindererziehung bedingten Nachteilen bei der Altersversorgung liegt, in weiterem Umfang als bisher auszugleichen.“²¹ Es hat aber stets betont, dass Art. 6 Abs. 1 GG nicht die Verpflichtung des Staates entnommen werden könne, die Familie

„ohne Rücksicht auf sonstige öffentliche Belange zu fördern. Die staatliche Familienförderung durch finanzielle Leistungen steht unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann. Der Gesetzgeber hat im Interesse des Gemeinwohls neben der Familienförderung auch andere Gemeinschaftsbelange bei seiner Haushaltswirtschaft zu berücksichtigen und dabei vor allem auf die Funktionsfähigkeit und das Gleichgewicht des Ganzen zu achten. Nur unter Beachtung dieser Grundsätze lässt sich ermitteln, ob die Familienförderung durch den Staat offensichtlich unangemessen ist und dem Förderungsgebot des Art. 6 Abs. 1 GG nicht mehr genügt [...]. Demgemäß lässt sich aus der Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip zwar die allgemeine Pflicht des Staates zu einem Familienlastenausgleich entnehmen, nicht aber die Entscheidung darüber, in welchem Umfang und in welcher Weise ein solcher sozialer Ausgleich vorzunehmen ist. Aus dem Verfassungsauftrag, einen wirksamen Familienlastenaus-

¹⁸ T. Kingreen, Familie als Kategorie des Sozialrechts, JZ 2004, 938 (942); A. Lenze, Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005, S. 294ff.

¹⁹ BVerfGE 82, 60 (85).

²⁰ BVerfGE 99, 216 (234).

²¹ BVerfGE 87, 1, Leitsatz 2.

gleich zu schaffen, lassen sich konkrete Folgerungen für die einzelnen Rechtsgebiete und Teilsysteme, in denen der Familienlastenausgleich zu verwirklichen ist, nicht ableiten. Insoweit besteht vielmehr grundsätzlich Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.“²²

Diese Rechtsprechung fügt sich in die allgemeine Grundrechtsdogmatik ein. Danach sind die Grundrechte „in erster Linie“ Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, die dazu bestimmt sind, „die Freiheitssphäre des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern.“²³ Hingegen lassen sie sich mit Rücksicht auf die finanzielle Belastungsfähigkeit des Staates und die Budgethoheit der Parlamente nur ausnahmsweise zu originären Ansprüchen auf konkrete Leistungen verdichten.²⁴ Sie müssen daher stets „unter den Vorbehalt des Möglichen“ gestellt werden, unter den sie das Bundesverfassungsgericht auch in den erwähnten Entscheidungen zum Familienlastenausgleich stellt. Hinzu kommt, dass die Gründung einer Familie eine grundsätzlich selbstverantwortete Entscheidung ist, deren finanzielle Konsequenzen daher in erster Linie auch die Grundrechtsträger und nicht der Staat zu tragen haben.²⁵

2. Der gleichheitsrechtliche Ansatz

Auch im Pflegeversicherungsurteil zitiert das Bundesverfassungsgericht zunächst diese leistungsrechtlich ansetzende Rechtsprechung. Art. 6 Abs. 1 GG werde nicht schon dadurch verletzt, dass Mitglieder der sozialen Pflegeversicherung auch dann, wenn sie Kinder betreuen und erziehen, Versicherungsbeiträge leisten müssen.²⁶

Von der allgemeinen, aber eben nicht spezifizierten Pflicht zu einem wirksamen Familienlastenausgleich unterscheidet es aber nun einen systemspezifischen, maßgeblich auf den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gestützten Vergleich der Beitragsbelastungen von Kinderlosen und Versicherten mit Kindern.²⁷ Hatte es bislang nur sehr allgemein die Notwendigkeit einer stärkeren Förderung der Familie auch in der Sozialversicherung betont, so gerät nun der systeminterne Vergleich von Versicherten mit und ohne Kinder in den Fokus des Gerichts: Die unzureichende Kompensation der Erziehungslasten wird nicht mehr nur unter dem Aspekt der allgemeinen leistungsrechtlichen Förderungspflicht diskutiert, son-

²² BVerfGE 87, 1 (34f.)

²³ Grundlegend BVerfGE 7, 198 (204).

²⁴ Dazu ausführlich etwa *D. Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte. Soziale Grundrechte, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 192 Rn. 5ff., 91ff.

²⁵ Vgl. dazu etwa *F. Ekardt*, Familienförderung durch Steuerrecht, KJ 2004, 116ff.

²⁶ BVerfGE 103, 242 (258ff.).

²⁷ BVerfGE 103, 242 (263ff.) sowie oben I.

dern als Gleichheits- und als Teilhabeproblem formuliert.²⁸ Damit ist der für die Unterscheidung zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten typische Wechsel der Perspektive verbunden: Während das Freiheitsrecht auf das zweidimensionale Verhältnis zwischen Staat und Bürger beschränkt ist und insoweit Grenzen für staatliche Eingriffe aufstellt, tritt bei der Gleichheitsprüfung eine dritte Dimension hinzu: das Verhältnis zweier Sachverhalte untereinander.

Die Gleichheitsprüfung basiert auf der Bildung von Vergleichsgruppen.²⁹ Deren Zuschnitt muss die Eigenart des zu regelnden Sachbereichs berücksichtigen,³⁰ der nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts geprägt ist durch das auf nachwachsende Generationen angewiesene Sozialversicherungssystem.³¹ Daher muss der im Rahmen der Gleichheitsprüfung anzustellende Vergleich generationenübergreifend, d. h. unter Einschluss der dritten Generation, erfolgen, um die herkömmliche Symmetrie des Gebens und Nehmens zwischen den Generationen zu rekonstruieren.³² Im Pflegeversicherungsurteil geschieht die Einbeziehung dieser zweiten Zeitebene durch die Konstruktion eines „generativen Beitrages“³³, mit dem das Bundesverfassungsgericht als Konsequenz aus dem „Dreigenerationenvertrag“³⁴ zieht. Dahinter steht die güterwirtschaftliche Tatsache, dass sowohl die monetären Beiträge als auch die Kindererziehung mit einem Verzicht auf gegenwärtige(n) Konsum und Vermögensbildung einhergehen.³⁵ Die systemspezifische und daher auch systemintern auszugleichende Benachteiligung besteht damit darin, dass in der nachwachsenden Generation die heutigen Kinder in der Zukunft mit ihren Beiträgen auch die Last derjenigen Versicherten mit abdecken müssen, die keine eigenen Kinder haben. Gegenstand der Gleichheitsprüfung ist daher auf der einen Seite der monetäre Beitrag kinderloser Versicherter, auf der anderen Seite der

²⁸ M. Estelmann, Das „Beitragskinderurteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001 – 1 BvR 1629/94, SGB 2002, 245 (248ff.); W. Meyer, Probleme einer familienorientierten Reform der sozialen Sicherung, in: J. Althammer/U. Klammer (Hrsg.), Ehe und Familie in der Steuerrechts- und Sozialordnung, 2006, S. 123 (149). Zur Unterscheidung zwischen einem derivativen Teilhaberecht, das auf die Integration in bestehende soziale Zusammenhänge gerichtet ist, und einem originären, auf Schaffung noch nicht vorhandener Einrichtungen zielenden Leistungsrecht B. Pieroth/B. Schlink/T. Kingreen/R. Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 31. Aufl. 2015, Rn. 110ff.; im hiesigen Zusammenhang speziell M. Tünnemann, Der verfassungsrechtliche Schutz der Familie und die Förderung der Kindererziehung im Rahmen des staatlichen Kinderleistungsausgleichs, 2002, S. 150ff.

²⁹ Vgl. zum Folgenden T. Kingreen, Bestand und Reform des Familienleistungsausgleichs in der Sozialversicherung, SDSRV 57 (2008), 71 (88f.).

³⁰ Vgl. etwa BVerfGE 75, 108 (157); 84, 239 (268); 103, 310 (318).

³¹ Dazu noch unten II.

³² Vgl. auch S. Mückl, „Auch in Verantwortung für die künftigen Generationen“, in: O. Depenheuer/M. Heintzen/M. Jestaedt/P. Axer (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 183 (197).

³³ BVerfGE 103, 242 (266).

³⁴ BVerfGE 103, 242 (266).

³⁵ A. Lenze, Kindererziehung als generativer Beitrag in der gesetzlichen Rentenversicherung – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BSG vom 5. Juli 2006, NZS 2006, 407 (408).

Beitrag der erwerbstätigen Eltern *und* der dazu gezogene zukünftige monetäre Beitrag des Kindes.³⁶ Das erklärt, warum das Bundesverfassungsgericht Art. 6 Abs. 1 GG im Rahmen der Gleichheitsprüfung heranzieht: Über das Schutzgut „Familie“ kann es nämlich Eltern und Kinder beitragsrechtlich als Einheit behandeln!

Dieser neue Prüfungsmaßstab ist überzeugend. Er stellt klar, dass es sich beim Beschwerdegegenstand um ein Gleichheitsproblem handelt: Es geht um die Beseitigung von Ungleichbehandlungen von Versicherten mit und ohne Kinder, mittelbar aber auch um geschlechtsbedingte Benachteiligungen von Frauen, deren Rentenhöhe sich als Aufsummierung von im Erwerbsleben erlittenen strukturellen Benachteiligungen erweist. Der verfassungsdogmatische Paradigmenwechsel von der leistungs- zur gleichheitsrechtlichen Prüfung macht deutlich, dass Gegenstand der verfassungsrechtlichen Beschwer nicht möglicherweise unzureichende staatliche Leistungen sind, sondern eine durch die Struktur der Sozialversicherung bedingte Ungleichbehandlung. Gerade durch *Beiträge* soll daher der spezifische Vorteil ausgeglichen werden, den die Pflegeversicherung Kinderlosen angedeihen lässt, und nicht etwa durch Steuern, die auch die Versicherten mit Kindern bezahlen müssten. Das Grundrecht verpflichtet die Staatsgewalt hier damit lediglich als Gesetzgeber, nicht aber als Finanzierungsverantwortlichen der Sozialversicherung. Als solcher unterliegt er aber nicht einem „Vorbehalt des Möglichen“, sondern einer strengen Gleichheitsprüfung, die spezifisch die unterschiedliche Situation von Versicherten mit und ohne Kinder in der sozialen Pflegeversicherung in den Blick nimmt.

Das Pflegeversicherungsurteil wird also durch einen auf die Spezifika der sozialen Pflegeversicherung scharf gestellten allgemeinen Gleichheitssatz getragen,³⁷ den das Bundesverfassungsgericht durch die Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 GG im Rahmen der Vergleichsgruppenbildung zu einem Grundrecht auf intragenerationelle Gleichbehandlung fortentwickelt.

Nachdem der 12. Senat diese beide Rechtsprechungslinien in seinem Urteil vom 5. 7. 2006 noch miteinander vermengt hatte,³⁸ ist das angegriffene Urteil zwar systematisch klarer, prüft aber gleichwohl wiederum den leistungsrechtlichen Art. 6 Abs. 1 GG.³⁹ Es verkennt

³⁶ Das wird von den meisten Kritikern des Pflegeversicherungsurteils verkannt, vgl. etwa *I. Ebsen*, Familienlastenausgleich und die Finanzierung der Sozialversicherung aus verfassungs- und sozialrechtlicher Sicht, VSSR 2004, 3 (9ff.).

³⁷ Dazu *A. Lenze*, Gleichheitssatz und Generationengerechtigkeit, *Der Staat* 46 (2007), 89 (103ff.).

³⁸ BSG, *Urt. v. 5. 7. 2006*, B 12 KR 20/04 R, Rn. 39ff.

³⁹ BSG, *Urt. v. 30. 9. 2015*, B 12 KR 15/12 R, Rn. 34f., 63.

daher nach wie vor den grundlegenden Unterschied zwischen beiden Rechtsprechungslinien des Bundesverfassungsgerichts: Es geht hier eben nicht darum, ob und was Familien vom Staat verlangen können, sondern schlicht um die systeminterne Gleichbehandlung: Gegenstand des Begehrens der Beschwerdeführerin und des Beschwerdeführers ist nicht Geld, sondern sind Strukturen.

II. Voraussetzungen für den intragenerationellen Gleichheitsverstoß

Das Pflegeversicherungsurteil benennt auch die Voraussetzungen für die Annahme eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz als intragenerationelles Gleichbehandlungsgebot im Sozialversicherungsrecht. Die fehlende Differenzierung im Beitragsrecht zwischen Versicherten mit und ohne Kinder verstößt in einem Versicherungssystem gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), wenn

- erstens das Sozialversicherungssystem ein Risiko abdeckt, das überproportional im Alter auftritt und durch Beiträge der nachwachsenden Generation finanziert wird (dazu 1.),
- zweitens das Sozialversicherungssystem ein geschlossenes intergenerationelles System darstellt (2.) und
- drittens absehbar ist, dass ein signifikanter Teil der Versicherten keine Kinder mehr bekommt (3.)

1. Das versicherte Risiko und seine Finanzierung

Das Bundesverfassungsgericht stützt sich maßgeblich auf das spezifische Risiko, das die soziale Pflegeversicherung absichert, sowie auf die Art und Weise seiner Finanzierung:

„Die Erziehungsleistung versicherter Eltern begünstigt innerhalb eines umlagefinanzierten Sozialversicherungssystems, das der Deckung eines maßgeblich vom Älterwerden der Versicherten bestimmten Risikos dient, in spezifischer Weise Versicherte ohne Kinder. Dabei ist entscheidend, dass der durch den Eintritt des Versicherungsfalls verursachte finanzielle Bedarf überproportional häufig in der Großelterngeneration (60 Jahre und älter) auftritt. Die Wahrscheinlichkeit, pflegebedürftig zu werden, nimmt mit dem Lebensalter deutlich zu. Sie steigt jenseits des 60. Lebensjahres zunächst leicht an, um dann jenseits des 80. Lebensjahres zu einem die Situation des Einzelnen maßgeblich prägenden Risiko zu werden (vgl. BT-Drucks. 12/5262, S. 62). Wird ein solches allgemeines, regelmäßig erst in höherem Alter auftretendes Lebensrisiko durch ein Umlageverfahren finanziert, so hat die Erziehungsleistung konstitutive Bedeutung für die Funktionsfähigkeit dieses Systems. Denn bei Eintritt der ganz überwiegenden Zahl der

Versicherungsfälle ist das Umlageverfahren auf die Beiträge der nachwachsenden Generation angewiesen.“⁴⁰

Es stellt also nicht generell einen Gleichheitsverstoß dar, dass Versicherte mit Kindern in einem Versicherungssystem die gleichen Beiträge zahlen wie Kinderlose. Eine verfassungswidrige Benachteiligung von Versicherten mit Kindern liegt aber dann vor, wenn dieses Versicherungssystem ein Risiko abdeckt, das erstens vor allem im Alter eintritt bzw. im Alter besondere Kosten verursacht (a)) und zweitens umlagefinanziert (b)) wird.

a) Alter und Älterwerden

Sozialversicherungsrechtlich formuliert kommt es damit zunächst auf die Relevanz des Alters bzw. des Älterwerdens für die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des jeweiligen Versicherungsfalls und das Ausmaß des finanziellen Bedarfs an, der durch den Versicherungsfall verursacht wird. Versicherungsfälle in der Sozialversicherung sind im Wesentlichen:

- die Arbeitslosigkeit in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung (§ 138 SGB III).
- die Krankheit in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 27 Abs. 1 SGB V),
- das Alter (§§ 35, 235 SGB VI), die Erwerbs-/Berufsunfähigkeit (§§ 43, 240 SGB VI) und der Tod (§§ 46ff., 242a ff. SGB VI) und die darauf zurückzuführenden Einkommensausfälle in der gesetzlichen Rentenversicherung,
- der Arbeitsunfall bzw. die Berufskrankheit in der gesetzlichen Unfallversicherung (§§ 7-9 SGB VII) und schließlich
- die Pflegebedürftigkeit in der gesetzlichen Pflegeversicherung (§§ 14, 15 SGB XI)

Das Pflegeversicherungsurteil und seine verfassungsrechtlichen Aussagen sind also einschlägig, wenn der Eintritt des Versicherungsfalls maßgeblich vom Älterwerden abhängt bzw. im Alter der finanzielle Bedarf für die Regulierung des Versicherungsfalls signifikant ansteigt. Das wird man etwa bei den Versicherungsfällen der Arbeitslosigkeit und des Arbeitsunfalls tendenziell zu verneinen haben, weil es keinen statistisch belastbaren Zusammenhang zwischen dem Alter und der Wahrscheinlichkeit, arbeitslos zu werden oder einen Arbeitsunfall zu erleiden, gibt.

⁴⁰ BVerfGE 103, 242 (263f.).

b) Umlagefinanzierung

Das Bundesverfassungsgericht beschränkt seine Aussagen auf Versicherungssysteme, die auf dem Grundsatz der Umlagefinanzierung beruhen. Anders als beim Anwartschaftsdeckungsverfahren, bei dem die Ausgaben für Leistungen namentlich im Alter durch die Bildung eines Kapitalstocks gedeckt werden, wird im Umlageverfahren der Finanzbedarf für eine bestimmte Versicherungsperiode auf alle Versicherungsnehmer umgelegt.⁴¹

Im Anwartschaftsdeckungsverfahren werden grundsätzlich auch die Leistungen der privaten Pflegeversicherung finanziert. Damit ist sie nach (allerdings sehr umstrittener) Ansicht des Bundesverfassungsgerichts „nicht in gleicher Weise auf die Prämienzahlungen der nachwachsenden Generationen angewiesen wie die soziale Pflegeversicherung, die auf dem Umlageverfahren und damit auf einer ‚intergenerativen‘ Umverteilung beruht.“⁴² Es hat daher insoweit einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG verneint, allerdings dem Gesetzgeber aufgegeben, insbesondere im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtlichen Umverteilungselemente (§ 110 SGB XI) zu prüfen, „ob nicht auch die Funktionsfähigkeit der privaten Pflegeversicherung auf längere Sicht entscheidend davon abhängt, dass in ausreichendem Maße neue Prämienzahler nachwachsen.“⁴³

Die im Umlageverfahren finanzierte soziale Pflegeversicherung ist hingegen ohne Zweifel „darauf angewiesen, dass Kinder in genügend großer Zahl nachwachsen.“⁴⁴ Das Umlageverfahren beruht auf dem *Prinzip intergenerationellen Vertrauens*: Die nicht mehr arbeitsfähigen Mitglieder der Gesellschaft werden durch die mittlere Generation versorgt, und zwar in der Erwartung, später durch die Generation der eigenen Kinder unterstützt zu werden:

„Die heutigen Beitragszahler der erwerbsfähigen Generation vertrauen im Umlageverfahren darauf, dass in der Zukunft in ausreichendem Umfang neue Beitragsschuldner vorhanden sind. Dies können nur die heutigen Kinder sein, denen in der Zukunft zugunsten der dann pflegebedürftigen Alten durch die mit Beitragslasten verbundene Pflichtmitgliedschaft eine kollektive Finanzierungspflicht auferlegt wird, die einer auf den besonderen Bedarf der Pflege bezogenen Unterhaltspflicht gleichkommt. Diese Pflicht besteht jedoch, unabhängig vom Vorhandensein familiärer Unterhaltsverpflichtungen, gegenüber allen pflegebedürftigen Alten. Beispielsweise ziehen alle in 20 oder 30 Jahren Pflegebedürftigen aus der gegenwärtigen Erziehungsleistung von Eltern in der Zukunft den gleichen Vorteil, für den eigenen Versicherungsfall durch ein öffentlich-rechtliches Pflichtversicherungssystem „gesamthänderisch verbundener Unterhaltsschuldner“ ab-

⁴¹ Vgl. zu den Unterschieden etwa *M. Fuchs/U. Preis*, Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl. 2009, § 13 I.

⁴² BVerfGE 103, 271 (292).

⁴³ BVerfGE 103, 271 (292f.).

⁴⁴ BVerfGE 103, 242 (264).

gesichert zu sein und Pflegeleistungen zu erhalten, unabhängig davon, ob sie selbst zum Erhalt des Beitragszahlerbestandes durch Kindererziehung beigetragen haben oder nicht.“⁴⁵

2. Mindestgeschlossenheit des Systems

Weitere Voraussetzung für die Annahme eines intragenerationellen Gleichheitsverstoßes ist die „Mindestgeschlossenheit des Systems“.⁴⁶ Was damit gemeint ist, ergibt sich aus dem Zusammenspiel zwischen dem Pflegeversicherungsurteil und dem nachfolgenden Urteil zur Beitragsgestaltung in der landwirtschaftlichen Sozialversicherung.⁴⁷

Im Pflegeversicherungsurteil befasst sich das Bundesverfassungsgericht mit dem Problem, dass im Zeitpunkt der Kindererziehung nicht mit Sicherheit feststeht, dass die Kinder zukünftig auch Beitragszahler in der sozialen Pflegeversicherung sein werden, erklärt diese Ungewissheit aber für irrelevant:

„Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass gegenwärtig rund 87% der Bevölkerung in der sozialen Pflegeversicherung versichert sind [...] und Kinder als Beitragszahler nicht nur das System der sozialen Pflegeversicherung verlassen, sondern auch von der privaten Pflege-Pflichtversicherung ihrer Eltern zu ihm wechseln werden, ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Erziehungsleistung in der sozialen Pflegeversicherung auch in Zukunft nachhaltig zum Tragen und den kinderlosen Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung zugutekommt.“⁴⁸

In der auf die spezifische Berufstätigkeit des Landwirts bezogenen landwirtschaftlichen Sozialversicherung ist dies hingegen anders:

„Es fehlt schon an der Mindestgeschlossenheit des Systems. Die soziale Pflegeversicherung weist einen sehr hohen Versichertengrad auf. Wer in ihr versichert ist, kann davon ausgehen, dass die heute von Versicherten erzogenen Kinder in diesem System in der Zukunft zu Beitragszahlern werden und die Finanzierung von Versicherungsleistungen, die er dann beansprucht, durch Beiträge sicherstellen (vgl. BVerfGE 103, 242 [265]). Diese Voraussetzung ist in der landwirtschaftlichen Alterssicherung nicht gegeben. In diesem Versicherungszweig geht die Zahl der Versicherten kontinuierlich zurück, weshalb der Anteil der Finanzierung des Systems aus Steuermitteln besonders hoch ist. Nur wenige der heute von beitragspflichtigen Landwirten erzogenen Kinder werden aller Voraussicht nach zu Beitragszahlern in der landwirtschaftlichen Alterssicherung werden. Die Kindererziehung ist unter diesen Gegebenheiten kein für das System konstitutiver, dem Geldbeitrag gleich zu erachtender generativer Beitrag, der im Beitragsrecht zum Ausgleich gebracht werden muss.“⁴⁹

⁴⁵ BVerfGE 103, 242 (264).

⁴⁶ BVerfGE 109, 96 (127).

⁴⁷ BVerfGE 109, 96.

⁴⁸ BVerfGE 103, 242 (265).

⁴⁹ BVerfGE 109, 96 (127).

Die im angegriffenen Urteil geäußerte Annahme, das Bundesverfassungsgericht habe mit dem Urteil zur landwirtschaftlichen Sozialversicherung sein Konzept aus dem Pflegeversicherungsurteil aufgegeben,⁵⁰ ist also schlicht falsch.⁵¹ Vielmehr hebt das Urteil lediglich die Sondersituation eines berufsbezogenen Sozialversicherungszweiges hervor, für den nicht mehr angenommen werden kann, dass die Kinder von Versicherten später versichert sein werden.

3. Absehbarkeit fehlender generativer Beiträge

Grundsätzlich hat der Gesetzgeber im Sozialversicherungsrecht einen weiten Gestaltungsspielraum.⁵² Insbesondere bei komplexen Sachverhalten hat er „in dem gesetzestypischen Spannungsverhältnis zwischen Individualität und Verallgemeinerung“⁵³ das Recht zur Typisierung und Generalisierung.⁵⁴ Er kann daher auch die Benachteiligung der beitragspflichtigen Versicherten mit Kindern gegenüber kinderlosen Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung

„so lange vernachlässigen, wie eine deutliche Mehrheit der Versicherten Erziehungsleistungen erbracht hat. Der Gesetzgeber kann unter solchen Umständen von seinem Recht zur Generalisierung Gebrauch machen und von einer die Erziehungsleistung berücksichtigenden Differenzierung der Beiträge absehen. Zieht die ganz überwiegende Zahl der beitragspflichtigen Versicherten Kinder auf, befindet sich ein auf dem Umlagesystem aufgebautes Sozialversicherungssystem und insbesondere die soziale Pflegeversicherung in einem generativen Gleichgewichtszustand. Die beitragspflichtigen Versicherten sichern durch ihre Beiträge die Pflegebedürftigen ab. Zugleich haben sie für ihre Kinder gesorgt. Dafür dürfen sie darauf vertrauen, dass diese dann als versicherte Erwerbstätige ihr Pflegerisiko im Alter mit Beiträgen abdecken und wiederum mit Erziehungsleistungen sich die Basis für die eigene Risikosicherung schaffen. Bleibt bei diesem ‚Dreigenerationenvertrag‘ der Anteil der kinderlosen Personen an der Mitgliederzahl der sozialen Pflegeversicherung in der deutlichen Minderheit, so kann sie der Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums in Bezug auf die Beiträge so behandeln wie erziehende Versicherte.“⁵⁵

Das Bundesverfassungsgericht gesteht dem Gesetzgeber im Pflegeversicherungsurteil auch zu, „eine angemessene Zeit zur Sammlung von Erkenntnissen und Erfahrungen“⁵⁶ in An-

⁵⁰ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 49.

⁵¹ Dazu auch noch unten B. II. 1. a).

⁵² BVerfGE 113, 167 (215).

⁵³ P. Kirchhof, Allgemeiner Gleichheitssatz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 181 Rn. 129.

⁵⁴ Dazu m. w. N. auf die Rechtsprechung H. D. Jarass, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 30ff.

⁵⁵ BVerfGE 103, 242 (266).

⁵⁶ BVerfGE 103, 242 (267).

spruch zu nehmen. In dieser Zeit dürfe er sich sogar mit „gröberen Generalisierungen“⁵⁷ begnügen. Doch selbst diesen vergleichsweise weiten Anforderungen ist der Gesetzgeber nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bei der Einführung der Pflegeversicherung nicht gerecht geworden, weil schon 1994 absehbar gewesen sei, dass die Pflegeversicherung auf nachwachsende Generationen angewiesen sei, die Zahl der Kinder aber massiv abnehme:

„Der Gesetzgeber konnte zu diesem Zeitpunkt nicht mehr davon ausgehen, dass die beitragspflichtig Versicherten in ihrer ganz überwiegenden Mehrheit neben den Beitragsleistungen durch das Aufziehen von Kindern zur nachhaltigen Stabilisierung und Finanzierung der Leistungen der sozialen Pflegeversicherung beitragen werden.“⁵⁸

Das Bundesverfassungsgericht beruft sich dazu im Wesentlichen auf sachverständige Einschätzungen und bereits 1994 vorliegende Daten, denen es einen „hohen Grad an Verlässlichkeit“⁵⁹ attestiert. In Deutschland sei die Zahl der Lebendgeborenen je Frau seit Mitte der 60er Jahre von 2,49 in rascher Folge auf mittlerweile 1,3 gesunken und es sei auch nichts dafür ersichtlich, dass sich die für diese Entwicklung verantwortlichen Rahmenbedingungen alsbald grundlegend wandeln. Dadurch sei „eine nicht mehr aufhaltbare Abwärtsspirale“⁶⁰ in Gang gesetzt worden:

„Denn die Bevölkerung verringert sich nicht allein dadurch, dass weniger Kinder geboren werden, als zur Bestandserhaltung erforderlich sind. Ganz wesentlich verstärkt wird diese Entwicklung dadurch, dass es infolgedessen immer weniger Personen gibt, die Kinder zeugen und gebären können. Außerdem bleiben immer mehr Frauen kinderlos. Wollte man auch nur die heutige Altersstruktur durch eine Erhöhung der Geburtenrate oder der Einwanderung stabilisieren, so müsste nach Angaben des Sachverständigen rein rechnerisch entweder die Geburtenrate pro Frau im gebärfähigen Alter von 1,3 umgehend auf 3,8 steigen oder es müssten 188 Mio. jüngere Personen bis zum Jahr 2050 einwandern.“⁶¹

Da beides nicht realistisch ist, müssen

„gleich bleibend hohe, wenn nicht gar steigende Leistungsausgaben von immer weniger Personen finanziert werden Dies führt auch dazu, dass immer weniger jüngere Versicherte neben ihrer Beitragslast zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der sozialen Pflegeversicherung die Kostenlast der Kindererziehung tragen. Die gleiche Belastung mit Versicherungsbeiträgen führt zu einem erkennbaren Ungleichgewicht zwischen dem Gesamtbeitrag, den Kindererziehende in die Versicherung einbringen, und dem Geldbeitrag von Kinderlosen. Hierin liegt eine Be-

⁵⁷ BVerfGE 103, 242 (267).

⁵⁸ BVerfGE 103, 242 (267).

⁵⁹ BVerfGE 103, 242 (267).

⁶⁰ BVerfGE 103, 242 (267).

⁶¹ BVerfGE 103, 242 (268).

nachteiligung von erziehenden Versicherten, die im Beitragsrecht auszugleichen ist.⁶²

Diese Erkenntnisse sind alles andere als spektakulär. Sie beschreiben eine grundlegend veränderte demografische Situation und zeigen, dass das sozialstaatliche Arrangement auf gesellschaftlichen Strukturen und Daten eines vergangenen Jahrhunderts beruht. In diesen voremanzipatorischen Gesellschaftsstrukturen kamen erwerbstätige Frauen ebenso wenig vor wie Menschen, die aus sehr nachvollziehbaren Gründen für sich die Entscheidung treffen, keine Kinder bekommen zu wollen. Das Sozialversicherungsrecht, und zwar insbesondere das Rentenversicherungsrecht, ist in seinen Strukturen noch immer ein auf der Alleinverdienerehe aufbauendes System, das davon ausgeht, dass die Eheleute später mit einer Rente auskommen, die für einen ohnehin nur überschaubaren Zeitraum bezogen wird. Doch diese gesellschaftlichen Strukturen existieren nicht mehr, jedenfalls nicht mehr in einem Maße, das noch im Anwendungsbereich zulässiger Typisierung läge. Die Lebenserwartung steigt stetig an; dementsprechend ist die durchschnittliche Rentenbezugsdauer in Westdeutschland bei Männern von 9,6 Jahre 1960 auf 17,3 Jahre 2007 angestiegen; bei den westdeutschen Frauen erhöhte sie sich von 10,6 Jahren 1960 auf 20,8 Jahre 2014.⁶³ Im gleichen Zeitraum also, in dem sich die Rentenbezugsdauer fast verdoppelt hat, hat sich die Geburtenrate nach den vom Bundesverfassungsgericht erhobenen Zahlen halbiert. Es bedürfte an sich nicht einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, um zu erkennen, dass diese demografischen Veränderungen ein konzeptionell auf drei Generationen angelegtes Umlagesystem erheblich beeinträchtigen. Die Sozialversicherung basiert hingegen nach wie vor auf der mittlerweile kontrafaktischen Prämisse, dass die für den Fortbestand des Umlageverfahrens erforderlichen Kinder nachwachsen werden; nach wie vor beschränkt sie sich auf die Umverteilung und Regulierung des Verhältnisses zwischen der arbeitenden zur alten Generation und blendet die Generation der Kinder aus, deren Existenz sie 1957, aber nicht mehr aktuell für selbstverständlich halten durfte.⁶⁴

Das auf die Umverteilung zwischen zwei Generationen beschränkte Sozialversicherungsrecht kann aufgrund dieser Anknüpfung an voremanzipatorische Gesellschaftsstrukturen auch die massiven Benachteiligungen von Frauen in der Alterssicherung („Gender Pension Gap“) nicht angemessen erfassen. In einer jüngst veröffentlichten Studie des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts der Hans-Böckler-Stiftung wird treffend ausgeführt:

⁶² BVerfGE 103, 242 (269).

⁶³ Deutsche Rentenversicherung, Rentenversicherung in Zahlen, 2015, S. 67.

⁶⁴ Dazu noch unten B. I. 1. b).

„Die Rente ist ein Spiegelbild der geschlechtsspezifischen Ungleichheiten bei der Erwerbsbeteiligung im Lebensverlauf: Längere Erwerbsunterbrechungen und damit verbundene Schwierigkeiten beim Wiedereinstieg in die Erwerbstätigkeit, geringere Entlohnung und häufigere Teilzeitbeschäftigung vor allem aufgrund familiärer Verpflichtungen wirken sich für Frauen immer noch auf die eigenständige Absicherung im Alter aus. Damit zeigt der Rentenbezug auch ‚(...) den gesamten Umfang der Geschlechterungleichheit‘ (Allmendinger/von den Driesch 2015) in Bezug auf die Erwerbs- und Einkommenssituation von Frauen und Männern sowie deren Veränderungen über die Zeit hinweg. Der Begriff der Rentenlücke bzw. des ‚Gender Pension Gap‘ (BMFJSJ 2015; Loose 2015) drückt analog zur Entgeltlücke bzw. dem ‚Gender Pay Gap‘ die Geschlechterungleichheit bezogen auf die Rente in konkret messbarer Form aus.“⁶⁵

Die nach wie frappierende Geschlechterungleichheit bei den Lohnzahlungen, aber auch die strukturellen Benachteiligungen, denen Frauen in der Arbeitswelt nach wie vor ausgesetzt sind, werden also in die Renten hinein verlängert.⁶⁶ Wegen der Kumulation der Benachteiligungen sind die Unterschiede bei der Rente sogar wesentlich höher als die Entgeltlücke. Die Kumulation dieser Diskriminierungen führt dazu, dass die Altersrenten der Frauen derzeit nur etwa halb so hoch sind wie diejenigen der Männer (566 € für Frauen, 1020 € am 31. 12. 2014).⁶⁷ Wie gravierend hier die Unterschiede sind, zeigt auch die Rentenschichtung nach monatlichem Zahlbetrag. Bei den Renten über 1200 € sind Frauen nur noch mit einem Anteil von unter 2%, Männer hingegen mit etwa 14% vertreten.⁶⁸ Zwar weist die Statistik der Deutschen Rentenversicherung keine separaten Zahlen für Alleinerziehende aus. Einschlägige Untersuchungen zeigen hier aber, dass gerade Alleinerziehende überproportional im Alter auf Grundsicherungsleistungen angewiesen sind, weil der familienrechtliche Versorgungsausgleich an der Ehe anknüpft. Betroffen sind ganz überwiegend Frauen.⁶⁹

III. Ausgleich des systemspezifischen Vorteils der kinderlosen Versicherten im Beitragsrecht

Die dritte Kernaussage des Bundesverfassungsgerichts betrifft die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers im Hinblick auf die Gewährleistung des intergenerationellen Vertrauens auf ein dem Älterwerden dienendes, durch das Umlageverfahren finanziertes Sozialversicherungssystem.

⁶⁵ C. Klenner/P. Sopp/A. Wagner, Große Rentenlücke zwischen Männern und Frauen. WSI-Report Nr. 29, 2/2016, S. 2.

⁶⁶ J. Allmendinger/E. von den Driesch, Der wahre Unterschied. Erst die Rente zeigt den ganzen Umfang der Geschlechterungleichheit, WZB Mitteilungen 149, S. 36ff.

⁶⁷ Deutsche Rentenversicherung, Rentenversicherung in Zahlen, 2015, S. 34f.

⁶⁸ Deutsche Rentenversicherung, Rentenversicherung in Zahlen, 2015, S. 38

⁶⁹ Dazu etwa M. Ott/H. Schürmann/M. Werding, Schnittstellen im Sozial-, Steuer- und Unterhaltsrecht, 2012, S. 189-194, 249f.

Insoweit ist von wesentlicher Bedeutung, dass das Bundesverfassungsgericht das unspezifische Interesse der Allgemeinheit an Betreuungs- und Erziehungsleistungen von Familien von dem „kinderlosen Versicherten erwachsende[n] ‚systemspezifischen‘ Vorteil“⁷⁰ in der sozialen Pflegeversicherung abgrenzt. Das Pflegeversicherungsurteil ist also nur auf solche Versicherungssysteme anwendbar, in denen kinderlosen Versicherten ein besonderer, über dieses Allgemeininteresse hinausgehender Vorteil erwächst. Das hat dann auch Konsequenzen für die Umsetzung: Das allgemeine Interesse einer Gesellschaft an Kindern und ihrer Betreuung und Erziehung gebietet es nämlich nicht, diese Leistungen zugunsten der Familie gerade in einem bestimmten sozialen Leistungssystem (hier also der sozialen Pflegeversicherung) zu berücksichtigen. Anders ist dies aber, wenn das soziale Leistungssystem selbst und in qualifizierter, vom Allgemeininteresse abgrenzbarer Weise auf diese Leistungen angewiesen ist. Dann ist es nämlich verfassungsrechtlich zwingend, den Vorteil auch im System auszugleichen:

„Wenn [...] ein soziales Leistungssystem ein Risiko abdecken soll, das vor allem die Altengeneration trifft, und seine Finanzierung so gestaltet ist, dass sie im Wesentlichen nur durch das Vorhandensein nachwachsender Generationen funktioniert, die jeweils im erwerbsfähigen Alter als Beitragszahler die mit den Versicherungsfällen der vorangegangenen Generationen entstehenden Kosten mittragen, dann ist für ein solches System nicht nur der Versicherungsbeitrag, sondern auch die Kindererziehungsleistung konstitutiv. Wird dieser generative Beitrag nicht mehr in der Regel von allen Versicherten erbracht, führt dies zu einer spezifischen Belastung kindererziehender Versicherter im Pflegeversicherungssystem, deren benachteiligende Wirkung *auch innerhalb dieses Systems* auszugleichen ist. Die kindererziehenden Versicherten sichern die Funktionsfähigkeit der Pflegeversicherung also nicht nur durch Beitragszahlung, sondern auch durch Betreuung und Erziehung von Kindern.“⁷¹

Die Kernaussage lautet also: Weil die Kindererziehung für die soziale Pflegeversicherung nicht minder bedeutsam ist als die Erbringung von Versicherungsbeiträgen, haben Kinderlose einen spezifischen, systembedingten Vorteil. Wenn sie aber aus der sozialen Pflegeversicherung diesen besonderen Vorteil ziehen, ist es nur konsequent, den Vorteil dort auszugleichen, wo er entsteht, nämlich innerhalb des Systems der sozialen Pflegeversicherung. Grundlage dieser systeminternen Ausgleichspflicht ist eine Gleichheitsprüfung: Es geht nicht um die allgemeine leistungsrechtliche Frage angemessener oder vertretbarer Familienförderung, sondern um einen Vergleich von Versicherten mit und ohne Kinder speziell in der so-

⁷⁰ BVerfGE 103, 242 (265).

⁷¹ BVerfGE 103, 242 (265f.); Hervorhebung nur hier.

zialen Pflegeversicherung. Der grundrechtsdogmatische Paradigmenwechsel⁷² und der systembezogene Ansatz sind dadurch untrennbar miteinander verbunden: Weil eine systeminterne intragenerationelle Ungleichbehandlung vorliegt, muss sie auch innerhalb des Systems zwischen Begünstigten und Belasteten ausgeglichen werden.

Das Bundesverfassungsgericht spezifiziert die Kompensationspflicht nicht nur in systemischer, sondern auch in zeitlicher Hinsicht. Der Ausgleich zwischen Eltern und kinderlosen Personen muss danach auf der Beitragsseite und nicht auf der (regelmäßig erst im Alter relevant werdenden) Leistungsseite erfolgen. Er muss dementsprechend

„durch Regelungen erfolgen, die die Elterngeneration während der Zeit der Betreuung und Erziehung entlasten, denn die Beiträge, die von der heutigen Kindergeneration später im Erwachsenenalter auch zugunsten kinderloser Versicherter geleistet werden, die dann den pflegenahen Jahrgängen angehören oder pflegebedürftig sind, basieren maßgeblich auf den Erziehungsleistungen ihrer heute versicherungspflichtigen Eltern. Die hiermit verbundene Belastung der Eltern tritt in deren Erwerbsphase auf; sie ist deshalb auch in diesem Zeitraum auszugleichen. Der verfassungsgebote Ausgleich zwischen erziehenden und nicht erziehenden Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung kann deshalb nicht durch unterschiedliche Leistungen im Falle des Eintritts der Pflegebedürftigkeit erfolgen.“⁷³

Das Pflegeversicherungsurteil zielt also auch nicht auf leistungsrechtliche Nachteile, die Versicherte mit Kindern in der Pflege- oder anderen Sozialversicherungszweigen haben könnten, sondern es geht um die gegenwärtige beitragsrechtliche Ungleichbehandlung, die auch in der Gegenwart kompensiert werden muss. In einem System, in dem Leistungen aber vorwiegend erst im Alter fließen, kann daher ein Ausgleich nur auf der Beitragsseite erfolgen.

IV. Die Neutralität des Pflegeversicherungsurteils gegenüber den unterschiedlichen Lebensentwürfen und -verläufen

Das Pflegeversicherungsurteil und die hier eingelegte Verfassungsbeschwerde müssen sich der Kritik stellen, sie spalteten die Gesellschaft in Menschen mit und ohne Kinder.

Wäre diese Kritik berechtigt, hätte der Unterzeichner diese Verfassungsbeschwerde nicht verantwortet.⁷⁴ In der Tat hat allerdings namentlich die Rechtswissenschaft dazu beigetragen, die unterschiedlichen Lebensformen in ein Verhältnis der Polarisierung zu rücken. Sie meinte, einen pejorativ als Werteverfall apostrophierten⁷⁵ Bewusstseinswandel ausgemacht

⁷² Dazu bereits I.

⁷³ BVerfGE 103, 242 (270).

⁷⁴ Vgl. zum Folgenden bereits *T. Kingreen*, Familie als Kategorie des Sozialrechts, JZ 2004, 938ff.

⁷⁵ Vgl. *W. Schmitt Glaeser*, Ethik und Wirklichkeitsbezug des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1999, S. 12ff.

zu haben, der auch die grundrechtlichen Schutzgüter der Ehe und der Familie erfasst habe, die als „Opfer der modernen Selbstverwirklichungs- und Konsumgesellschaft“⁷⁶ ausgemacht werden. Konstatiert wurde das Verschwinden kinderfreundlicher Leitbilder;⁷⁷ mitunter wurde gar ein Zusammenhang zwischen der Gleichberechtigung der Geschlechter und der geringen Geburtenrate hergestellt und eine allein „ökonomisch geprägte Weltsicht“ beklagt, in der der Berufs- über dem Familienerfolg stehe.⁷⁸ Verbreitet war schließlich auch der Ansatz, die niedrige Geburtenrate in einen unmittelbaren Kausalzusammenhang mit der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften zu stellen.⁷⁹ Dieser als Huldigung an den Zeitgeist kritisierten Tendenz wurde die aus Art. 6 GG abgeleitete Wertentscheidung für die Rechtsinstitute von Ehe und Familie entgegengestellt: Die Verfassung optiere „nicht für eine im Müßiggang aussterbende, sondern für die gedeihende, [...] die vitale Gemeinschaft.“⁸⁰

Diese kulturkritische Zerfallserzählung ist nicht nur falsch, sondern auch nicht sonderlich hilfreich. Die Polarisierung der Gesellschaft in Familien und Kinderlose erzeugt „auf beiden Seiten“ das Gefühl, in ungerechtfertigter Weise belastet oder stigmatisiert zu werden. Die dort postulierte Leitkultur der Lebensformen steht in einem elementaren Widerspruch zur liberalen Grundrechtsinterpretation, die Grundrechte nicht utilitaristisch auflädt;⁸¹ sie untergräbt auch die für die Lastenverteilung notwendige Legitimation. Der moderne säkulare Staat ist in religiös-weltanschaulichen Fragen neutral, weil er allen Bürgern und ihren Lebensformen mit gleicher Achtung und gleichem Respekt begegnen will.⁸² Seine Legitimität bezieht er nicht aus einer vorgefundenen Ordnung, die es umzusetzen gilt, sondern aus der Zustimmung der Betroffenen, nicht nur der periodischen Mehrheit. Er muss daher, will er „Heimstatt aller Staatsbürger“⁸³ sein, in seiner Gewaltausübung allen Bürgern gegenüber begründungs- und rechtfertigungsfähig sein. Die Rolle des Schiedsrichters über die unter-

⁷⁶ P. J. Tettinger, Der grundgesetzlich gewährleistete besondere Schutz von Ehe und Familie, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 2001, 117 (148).

⁷⁷ U. di Fabio, Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentscheidung für die vitale Gesellschaft, NJW 2003, 993 (993).

⁷⁸ P. Kirchhof, Maßstäbe für eine familiengerechte Besteuerung, ZRP 2003, 73 (73).

⁷⁹ J. Braun, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Ehe, ZRP 2001, S. 14 (18); tendenziell auch P. Kirchhof, Der verfassungsrechtliche Auftrag zu einer familiengerechten Wirtschafts- und Steuerordnung, in: C. Leipert (Hrsg.), Demographie und Wohlstand, 2003, S. 103 (104); P. J. Tettinger, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NJW 2001, 1010 (1013).

⁸⁰ U. di Fabio, Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentscheidung für die vitale Gesellschaft, NJW 2003, 993 (997).

⁸¹ S. Baer, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2008), 290 (349ff.).

⁸² BVerfGE 93, 1 (16f.).

⁸³ BVerfGE 19, 206 (216).

schiedlichen Deutungen der Welt und die Bestimmung über das gute Leben liegt ihm hingegen nicht.

Die Achtung gegenüber der Gleichheit der Bürger verbietet es ihm freilich nicht, Belastungen, die aus der Freiheit zur Wahl einer bestimmten Lebensform resultieren, zu berücksichtigen. Als Steuerstaat knüpft der Staat daher Belastungen an den Grundsatz der Leistungsfähigkeit,⁸⁴ und als Sozialstaat macht er die Gewährung von Sozialleistungen von einem Bedarf abhängig. Sicherlich ist das, was im Verhältnis zwischen Familien und Kinderlosen gerecht ist, ebenso umstritten wie jeder gesellschaftliche Umverteilungsvorgang. Doch beinhalten die Begründungen der Belastungsgerechtigkeit, der Schutzbedürftigkeit und der Leistungsfähigkeit nicht Wertungen über das gute und das richtige Leben, sondern sie beruhen auf dem prinzipiellen Konsens, dass es individuell unterschiedliche Bedarfslagen gibt, auf die der Steuer- und Sozialstaat in differenzierter Form reagieren darf und zum Teil auch muss. Das Verfassungsrecht akzeptiert und fordert bisweilen gar die helfende Hand des Staates, es missbilligt aber den erhobenen Zeigefinger.

Das bedeutet nicht, dass der Staat zur Behebung des demografischen Problems alle Kosten von Kindern kompensieren sollte. Das überschätzt nicht nur die finanziellen Kräfte des Staates, sondern auch die Steuerungsmöglichkeiten des staatlichen Rechts. Vielmehr stünde eine Totalkompensation auch im Widerspruch zur der Feststellung, dass Familie im ethisch neutralen Staat zuvörderst eine Privatangelegenheit ist.⁸⁵ Es ist daher auch nicht Sache des Staates, mittels finanzieller Lenkung den Bürgern Entscheidungen über fundamentale biografische Entscheidungen abzunehmen oder Rollenbilder vorzuschreiben.⁸⁶ Auch das erklärt den bundesverfassungsgerichtlichen Satz, dass der Staat nicht jegliche die Familie treffende finanzielle Belastung ausgleichen muss.⁸⁷

Eben darum geht es im Pflegeversicherungsurteil und der Verfassungsbeschwerde auch gar nicht. Sie hat mit der Aufteilung der Gesellschaft in Menschen mit und ohne Kinder nichts im Sinn. Die Existenz von Kindern versteht sie weder als biologischen noch als moralischen Tatbestand, sondern ausschließlich in dem wirtschaftlich-sozialen Sinne, dass Unterhaltspflichten bestehen und Erziehungs- und Betreuungsleistungen erbracht werden müssen und in diesem (und auch nur in diesem Zeitraum!) die Notwendigkeit von Entlastungen besteht.

⁸⁴ Vgl. *J. Becker*, *Transfergerechtigkeit und Verfassung*, 2001, S. 77ff. Grundlegend: *D. Birk*, *Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen*, 1983.

⁸⁵ BVerfGE 6, 55 (81).

⁸⁶ In diesem Sinne auch BVerfGE 99, 216 (231, 234).

⁸⁷ BVerfGE 75, 348 (360); vgl. auch *F. Hase*, *Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich*, 2000, S. 303.

Das eröffnet neue Perspektiven: Berücksichtigt man, dass Unterhaltspflichten, Erziehungs- und Betreuungsleistungen im Leben eines Menschen allenfalls 30 Jahre ausmachen, so ist fast jeder Mensch einen Großteil seines Lebens kinderlos.⁸⁸ Es geht also nicht darum, Familien gegen Kinderlose auszuspielen, sondern es geht in einem sozialstaatlichen Sinne darum, Defizite der sozialen Sicherungssysteme zu beseitigen und besondere temporäre Schutzbedarfe zu definieren. Es geht dabei vor allem um Frauen, insbesondere um Alleinerziehende, die nach einem überwiegend in Teilzeitbeschäftigungen verbrachten Berufsleben im Alter feststellen müssen, dass sie nirgends so diskriminiert werden wie in der Alterssicherung.⁸⁹

Zusammengefasst: Der Verfassungsbeschwerde geht es um eine Sozialversicherung, die alle unabhängig davon schützt, wie sie leben, und die die Lasten, die durch dieses Schutzversprechen ausgelöst werden, gleichmäßig verteilt. Das ist aber nur möglich, wenn damit begonnen wird, den historischen Konstruktionsfehler einer voremanzipatorischen Struktur zu korrigieren, die geprägt war von der Alleinverdienerehe, in der Frauen lediglich von ihren Männern abgeleitete Ansprüche auf Leistungen der Rentenversicherung hatten.

⁸⁸ J. Borchert, *Sozialstaatsdämmerung*, 2013, S. 109f.

⁸⁹ Vgl. oben II. 3.

B. Übertragbarkeit auf die gesetzliche Rentenversicherung

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber seinerzeit eine Frist von fast vier Jahren (bis Ende 2004) gesetzt, um den Gleichheitsverstoß in der sozialen Pflegeversicherung umzusetzen. Es hat diese lange Frist maßgeblich damit begründet, „dass die Bedeutung des vorliegenden Urteils auch für andere Zweige der Sozialversicherung zu prüfen sein wird.“⁹⁰ Damit war zwar kein verbindlicher Regelungsauftrag, wohl aber ein „Normprüfungsauftrag an den Gesetzgeber“⁹¹ im Hinblick auf andere Zweige der Sozialversicherung verbunden. Die Bundesregierung sah 2004 keine Notwendigkeit, die im Pflegeversicherungsurteil angeordnete beitragsrechtliche Differenzierung auch auf die Rentenversicherung zu übertragen.⁹² Die nachfolgende, an der vorstehend unter A. ausgearbeiteten Argumentationsstruktur des Pflegeversicherungsurteils orientierte Normprüfung belegt, dass diese Einschätzung verfassungsrechtlich unzutreffend ist. Sie behandelt daher die nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG aufgestellten Voraussetzungen für einen intragenerationellen Gleichheitsverstoß in einem Sozialversicherungssystem (I.) und setzt sich sodann mit den Umsetzungsvorgaben (II.) auseinander.

I. Maßstab: Voraussetzungen des Pflegeversicherungsurteils

Die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils auf die gesetzliche Rentenversicherung setzt voraus, dass diese erstens hinsichtlich des versicherten Risikos und seiner Finanzierung mit der Pflegeversicherung vergleichbar ist (1.), zweitens eine Mindestgeschlossenheit (2.) aufweist und drittens vorhersehbar war, dass ein relevanter Anteil der Versicherten kinderlos bleiben wird (3.):

1. Das versicherte Risiko und seine Finanzierung

a) Alter und Älterwerden

Das Leistungsspektrum der gesetzlichen Rentenversicherung wird in § 23 SGB I sowie den §§ 9ff. SGB VI zusammengefasst. Zu den Leistungen gehören danach Leistungen zur Teilhabe (§§ 9-32, 234-234a SGB VI), wozu namentlich auch Leistungen der medizinischen Rehabilitation zählen (§§ 13, 15 SGB VI), und Renten (§§ 32-105a, 235-268a SGB VI), wobei zu unter-

⁹⁰ BVerfGE 103, 242 (270).

⁹¹ H.-J. Papier, Ehe und Familie in der neueren Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2002, 2129 (2132).

⁹² Vgl. den „Bericht der Bundesregierung zur Bedeutung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur Sozialen Pflegeversicherung vom 3. April 2001 (1 BvR 1629/94) für andere Zweige der Sozialversicherung“ (BT-Drucks. 15/4375, S. 4ff.).

scheiden ist zwischen Renten wegen Alters, wegen verminderter Erwerbsfähigkeit und wegen Todes.

Damit ist das Alter zwar nicht der einzige relevante Versicherungsfall in der gesetzlichen Rentenversicherung. Von den 266,2 Milliarden € Gesamtausgaben im Jahre 2014 entfielen aber nur 5,9 Milliarden € auf Leistungen zur Teilhabe, während Renten mit knapp 239 Milliarden € den Löwenanteil an den Leistungsausgaben ausmachten, von denen wiederum ein Großteil auf Renten wegen Alters entfielen.⁹³ Bezieht man zudem ein, dass zumindest die Witwer/n-Renten auch tendenziell eher im Alter anfallen, ist offensichtlich, dass die Rentenversicherung nicht nur ein Risiko abdeckt, dessen Eintrittswahrscheinlichkeit maßgeblich vom Alter abhängt, sondern das Älterwerden selbst zum Gegenstand hat. Sie versichert nicht die Folgen des Alters, sondern das Alter selbst.

Es ist daher, soweit ersichtlich, unstrittig, dass die erste Voraussetzung für die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils auf die Rentenversicherung, gegeben ist.⁹⁴ Das Bundessozialgericht meint, die Frage in dem angegriffenen Urteil offen lassen zu können,⁹⁵ lässt aber auch nicht erkennen, dass es dies anders sieht.

b) Umlagefinanzierung

In der Rentenversicherung werden die Ausgaben eines Kalenderjahres nach § 153 Abs. 1 SGB VI grundsätzlich durch die Einnahmen des gleichen Kalenderjahres sowie erforderlichenfalls durch Entnahmen aus der Nachhaltigkeitsrücklage gedeckt.

§ 153 Abs. 1 SGB VI ist die Zentralnorm des umlagefinanzierten Rentenversicherungssystems. Deutlicher als in allen anderen Sozialversicherungszweigen kommt in ihr die Unvollständigkeit des generationsübergreifenden Altersversorgungssystems zum Ausdruck. Sie regelt nämlich die schon vorindustrielle Solidarverbünde⁹⁶ prägende Symmetrie des Gebens

⁹³ Rentenversicherung in Zahlen, 2015, http://www.deutsche-rentenversicherung.de/cae/servlet/contentblob/238692/publicationFile/61815/01_rv_in_zahlen_2013.pdf.

⁹⁴ I. Ebsen, Die gesetzliche Pflegeversicherung (SGB XI) auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts, Jura 2002, 401 (407f.); M. Estelmann, Das „Beitragskinderurteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001 – 1 BvR 1629/94, SGB 2002, 245 (252f.); A. Lenze, Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zur Pflegeversicherung – Konsequenzen für die Rentenversicherung und den Prozess der europäischen Sozialrechtsharmonisierung, EuGRZ 2001, 280 (281ff.); H. Rothgang, Die Verfassungsgerichtsurteile zur Pflegeversicherung: Ausgangspunkt für eine Neuordnung der Sozialversicherung?, Sozialer Fortschritt 2001, S. 121 (122).

⁹⁵ BSG, Urte. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 38.

⁹⁶ Dazu T. Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund. Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, S. 253ff.; W. Kluth, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 246 (253ff.); C. Seiler, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 144ff.

und Nehmens in der Gesellschaft⁹⁷ nur unvollständig. Grundsätzlich erhält jeder in seinem Leben zweimal Leistungen (als Kind und als alter Mensch), leistet dafür zeitlich versetzt aber auch zweimal, nämlich in Gestalt des Unterhalts der Kinder und der Finanzierung der alten Generation. Diesen „menschheitsalten, vorstaatlichen Zusammenhang“⁹⁸, den auch das Bundesverfassungsgericht explizit als „Dreigenerationenvertrag“⁹⁹ bezeichnet, reißt § 153 Abs. 1 SGB VI auseinander, indem er nur das Verhältnis der erwerbstätigen Generation zur Generation der Alten regelt und sozialisiert, das Verhältnis zu den Kindern hingegen nicht. Die Beiträge zur Rentenversicherung finanzieren damit die heute Rentenberechtigten, stellen aber keinerlei Vorsorge und Garantie für den eigenen Unterhalt dar. Die eigenen Kinder werden durch die Vergesellschaftung der Altersversorgung zum „Deckungskapital“ nicht nur für die Alterssicherung ihrer Elterngeneration, sondern auch derjenigen Angehörigen dieser Generation, die keine Kinder aufziehen.¹⁰⁰ Auf der Leistungsseite ergibt sich ein umgekehrtes Bild, weil die für die Leistungshöhe vor allem maßgeblichen Entgeltpunkte primär durch Beitrags- und damit in der Regel Beschäftigungszeiten erworben werden, Versicherte mit Kindern aber regelmäßig nicht über vollständige Versicherungsbiografien verfügen oder jedenfalls betreuungsbedingte Einkommenseinbußen haben:

„Die Familie, in der ein Elternteil zugunsten der Kindererziehung aus dem Erwerbsleben ausscheidet, nimmt im Vergleich zu Kinderlosen nicht nur Einkommenseinbußen hin, sie muss das gesunkene Einkommen vielmehr auch auf mehrere Köpfe verteilen. Wenn die Kinder in das Erwerbsleben eingetreten sind und durch ihre Beiträge die Alterssicherung der Elterngeneration mittragen, haben die Eltern selbst eine geringere Rente zu erwarten.“¹⁰¹

Das Problem war 1957, als der Umstieg vom Kapitaldeckungs- auf das Umlageverfahren beschlossen wurde, durchaus präsent. Einer der maßgeblichen sozialpolitischen Berater Adenauers, der Wirtschaftswissenschaftler und Unternehmer *Wilfrid Schreiber*, hatte dem Bundeskanzler einen in die Rentenversicherung zu integrierenden generationenübergreifenden Solidarpakt vorgeschlagen, der freilich in einem wichtigen Punkte nicht übernommen wurde:¹⁰² *Schreiber* dachte nämlich nicht nur an eine Altersrente. Vielmehr sollte auch jeder Jugendliche (bzw. dessen Eltern) während der Zeit des Heranwachsens eine „Kindheits- und

⁹⁷ R. Waltermann, „Beitragszuschlag“ für Kinderlose?, NJW-aktuell Heft 13/2012, S. 14.

⁹⁸ M. Pechstein, Familiengerechtigkeit als Gestaltungsgebot für die staatliche Ordnung, 1994, S. 323.

⁹⁹ BVerfGE 103, 242 (266).

¹⁰⁰ Vgl. bereits F. Ruland, Familiärer Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit, 1973, S. 341.

¹⁰¹ BVerfGE 87, 1 (36).

¹⁰² Vgl. zum Folgenden H. Butzer, Der Generationenvertrag, in: H. Butzer/M. Kaltenborn/W. Meyer (Hrsg.), Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag, 2008, S. 367 (370ff.).

Jugendrente“ erhalten, die nach *Schreibers* Vorstellungen ebenfalls im Umlageverfahren finanziert werden sollte.¹⁰³ Diese Rente sollte später zurückzahlen sein, wobei die jeweiligen Erstattungsleistungen nach der eigenen Kinderzahl der Pflichtigen gestaffelt werden sollten. *Schreiber* begründete die Jugendrente mit der Notwendigkeit, das Lebenseinkommen auf drei Lebensphasen zu verteilen: Kindheit/Jugend, Arbeitsalltag und Lebensabend.¹⁰⁴ Es war für ihn ein „Gebot ökonomischer Vernunft“¹⁰⁵, dass die Erwerbstätigen in einer Volkswirtschaft immer für zwei Generationen aufkommen müssen, die noch nicht und die nicht mehr Erwerbstätigen. Sozialpolitik musste daher, so *Schreiber*, nicht nur mit Bezug auf zwei, sondern auf drei Generationen entwickelt,¹⁰⁶ der Unterhalt der Kinder und der Rentner daher symmetrisch auf zwei Umverteilungssysteme aufgeteilt werden.

Dieser Plan ist niemals verwirklicht worden, weil die familienpolitischen Leitbilder der 50er Jahre des vergangenen Jahrhunderts den Schluss erlaubten, dass die Versicherten ohnehin für ausreichend Nachwuchs Sorge tragen würden. Die Geschichte hat diese optimistische Annahme nicht bestätigt.¹⁰⁷ Die Fertilitätsrate hat sich von etwa 5 Geburten pro Frau im Jahre 1900 auf derzeit 1,3 bis 1,4 Geburten verringert.¹⁰⁸ Im Zusammenwirken mit der verlängerten Lebenserwartung führt das dazu, dass das sog. Medianalter, das die Bevölkerung in zwei gleich große Gruppen von älteren und jüngeren Personen teilt, stetig ansteigt: von 35 Jahren im Jahre 1975 über derzeit etwa 40 bis auf etwa 50 Jahre im Jahr 2030.¹⁰⁹ In 14 Jahren ist also die Gruppe der über 50-jährigen genau so groß wie diejenige der unter 50-jährigen. Im Jahr 2060 wird nach den vorliegenden Vorausberechnungen bereits jeder Dritte 65 Lebensjahre durchlebt haben und es werden fast doppelt so viele 70-Jährige leben wie Kinder geboren werden.¹¹⁰

Für das Umlageverfahren in der Rentenversicherung hat das gravierende Konsequenzen:¹¹¹ Die Zahl der Personen im erwerbsfähigen Alter (20-65 Jahre) wird von heute knapp 50 Milli-

¹⁰³ *W. Schreiber*, Existenzsicherheit in der modernen Gesellschaft, 1955, S. 31ff.

¹⁰⁴ *W. Schreiber*, Existenzsicherheit in der modernen Gesellschaft, 1955, S. 7.

¹⁰⁵ *W. Schreiber*, Existenzsicherheit in der modernen Gesellschaft, 1955, S. 31.

¹⁰⁶ *F.-X. Kaufmann*, Herausforderungen des Sozialstaates, 1997, S. 81.

¹⁰⁷ Vgl. bereits oben A. II. 3.

¹⁰⁸ Bundesministerium für Familie, Die Familie im Spiegel der amtlichen Statistik, 2003, S. 72ff. sowie Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Bevölkerung Deutschlands bis 2060. 12. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, 2009, S. 6.

¹⁰⁹ Schlussbericht der Enquête-Kommission „Demographischer Wandel. Herausforderungen unserer älter werdenden Gesellschaft an den Einzelnen und die Politik“, BT-Drucks. 14/8800, S. 33.

¹¹⁰ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Bevölkerung Deutschlands bis 2060. 13. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, 2015, S. 6.

¹¹¹ Vgl. zum Folgenden Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Bevölkerung Deutschlands bis 2060. 13. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, 2015, S. 6.

onen Menschen auf etwa 45 Millionen im Jahre 2030 und 34 Millionen im Jahre 2060 zurückgehen, d. h. um mehr als ein Viertel. Zugleich steigt die Zahl der Rentenbezieher erheblich an, was zur Folge hat, dass sich der sog. Altersquotient (das zahlenmäßige Verhältnis zwischen Beitragszahlern und Leistungsbeziehern) gravierend verändert. Im Jahre 2008 entfielen auf 100 Personen im Erwerbsalter 34 Ältere (65 Jahre oder mehr); 2060 werden es nach den Vorausberechnungen knapp doppelt so viele sein. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Belastungen des Rentensystems bis zum Jahre 2040 nur zu einem Drittel aus der steigenden Lebenserwartung, aber zu zwei Dritteln aus der Geburtenentwicklung herrühren.¹¹²

Damit dürfte hinreichend deutlich geworden sein, dass die Finanzierung der Rentenversicherung von einem stabilen Gleichgewicht zwischen Beitragszahlern und Rentenbeziehern und damit insbesondere auch von „generativen Beiträgen“ abhängig ist; man kann daher nur staunen, dass das Bundessozialgericht tatsächlich versucht, diesen Zusammenhang durch eine reine Querschnittsbetrachtung systematisch auszublenden.¹¹³

Anders als in der Pflegeversicherung, für die die Rentner –allerdings aus den von der Nachwuchsgeneration der Beitragszahler transferierten Mitteln! – immerhin noch etwa 20% der Beitragseinnahmen aufbringen, leisten dabei die Bezieher von Renten noch nicht einmal mehr Beiträge.¹¹⁴ Wenn daher schon die Pflegeversicherung ein System darstellt, das auf nachwachsende Generationen angewiesen ist, so gilt dies „erst recht“¹¹⁵ für die Rentenversicherung. Das wird bemerkenswerterweise selbst in der Sozialgerichtsbarkeit so gesehen. Auch das Rentenversicherungssystem sei, so das Landessozialgericht Baden-Württemberg,

„darauf angewiesen, dass heute Kinder geboren und großgezogen werden, um später als mögliche Beitragszahler die Renten der dann Leistungsberechtigten zu finanzieren. Hierbei handelt es sich um einen systemspezifischen Vorteil, der über den Vorteil, der der Allgemeinheit durch Kinder erwächst, hinausgeht.“¹¹⁶

¹¹² B. Rürup, Solidarität im Rentensystem, in: G. Iben/P. Kemper/M. Maschke, Ende der Solidarität? Gemeinsinn und Zivilgesellschaft, 1999, S. 43 (55).

¹¹³ Vgl. nachfolgend 2. sowie unten II. 2.

¹¹⁴ H. Rothgang, Die Verfassungsgerichtsurteile zur Pflegeversicherung: Ausgangspunkt für eine Neuordnung der Sozialversicherung?, Sozialer Fortschritt 2001, S. 121 (122).

¹¹⁵ H. Rothgang, Die Verfassungsgerichtsurteile zur Pflegeversicherung: Ausgangspunkt für eine Neuordnung der Sozialversicherung?, Sozialer Fortschritt 2001, S. 121 (122); ferner etwa M. Estelmann, Das „Beitragskinderurteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001 – 1 BvR 1629/94 -, Die Sozialgerichtsbarkeit 2002, S. 245 (252f.); A. Lenze, Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zur Pflegeversicherung – Konsequenzen für die Rentenversicherung und den Prozess der europäischen Sozialrechtsharmonisierung, EuGRZ 2001, S. 280 (281ff.).

¹¹⁶ Vgl. stellvertretend LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 22.

2. Mindestgeschlossenheit des Systems

Zweite Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Verpflichtung, die Betreuung und Erziehung von Kindern in einer Sozialversicherung beitragsrechtlich zu berücksichtigen, ist die Mindestgeschlossenheit des Systems. Gemeint ist die rechtlich fundierte Wahrscheinlichkeit, dass die Kinder der Beitragszahler in dem sozialen Sicherungssystem zukünftig selbst Beiträge leisten und dadurch zum Fortbestand des Systems beitragen werden.

Das Bundessozialgericht übernimmt diese Formel aus dem Revisionsschriftsatz, möchte aber die Mindestgeschlossenheit mit einer geradezu abenteuerlichen Argumentation verneinen. Es meint, dem Pflegeversicherungsurteil entnehmen zu können, dass ein „generativer Beitrag“ allenfalls dann zu einem „Vorteil im Versicherungsfall“ für Kinderlose führe, wenn die nachwachsenden Generationen später auch tatsächlich Beiträge erbringen.¹¹⁷ Aus den „öffentlich zugänglichen statistischen Daten“ möchte es dann folgern, „dass etwa die Hälfte der potenziellen Beitragszahler – obwohl statistisch als „Versicherte“ geführt – tatsächlich keine Beiträge zur GRV zahlt bzw. wenn, dann nur in einem geringfügigen Umfang.“¹¹⁸ Es versteigt sich dann sogar zu dem Schluss, dass die im streitgegenständlichen Zeitraum 2006 bis 2012 „betreute[n] und erzogene[n] Kinder als spätere Rentenversicherte das System der GRV jedenfalls nicht (wie vom BVerfG gefordert) zu einem ‚wesentlichen Anteil‘ bzw. ‚maßgeblich‘ stützen werden.“ Es könne daher nicht davon gesprochen werden „dass eine aktuelle ‚Leistung‘ durch die Betreuung und Erziehung von Kindern in der GRV in Zukunft ‚nachhaltig‘ zum Tragen und Versicherten ohne Kinder bzw. solchen mit weniger Kindern zugutekommen wird.“¹¹⁹

An diesen Sätzen ist leider nur wenig richtig. Das Grundproblem besteht darin, dass das Bundessozialgericht weder das Pflegeversicherungsurteil des Bundesverfassungsgerichts noch das Umlageverfahren ernst nimmt. Es nimmt eine auf einen bestimmten Zeitabschnitt reduzierte Querschnittsperspektive ein, obwohl die Rentenversicherung konzeptionell den Lebenslängsschnitt spiegelt. Der Unterzeichner hat Herrn *Prof. Dr. Martin Werding*, Lehrstuhl für Sozialpolitik und öffentliche Finanzen, Ruhr Universität Bochum, um eine Stellungnahme zu den Ausführungen des Bundessozialgerichts gebeten, die dem Schriftsatz als **Anlage 2** beiliegt. Auf diese Ausführungen (S. 2-7) wird vollinhaltlich Bezug genommen. Sie zeigen auf, dass die vom Bundessozialgericht eingenommene Querschnittsbetrachtung für ein auf

¹¹⁷ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 39 zitiert BVerfGE 103, 242 (264f.).

¹¹⁸ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 40f.

¹¹⁹ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 40.

den Längsschnitt des Lebens angelegten Sozialversicherungssystem konzeptionell gänzlich ungeeignet ist:

„Ein zutreffendes Bild von der tatsächlichen Breitenwirkung der GRV lässt sich aufgrund der Charakteristika des Systems, das den Erwerb von Anwartschaften ganz überwiegend an Höhe und zeitlichen Verlauf entrichteter Beiträge knüpft, letztlich nur in einer Längsschnittperspektive gewinnen. Aufgrund von (ggfs. mehrfachen) Wechseln im Erwerbsstatus und in der beruflichen Stellung im Lebenszyklus trägt effektiv ein weit höherer Anteil der Erwerbs- und letztlich der Gesamtbevölkerung – mindestens phasenweise – zur Finanzierung der GRV bei als sich in einer reinen Querschnittsperspektive, d.h. an Daten für einzelne Jahre, ablesen lässt.“¹²⁰

Daher ist es konzeptionell konsequent, für die Frage der Mindestgeschlossenheit auf Versicherte, nicht auf Beitragszahler abzustellen: *Prof. Werding* zeigt in seiner Stellungnahme auf, dass man für die Frage, inwieweit ein Kind zum Fortbestand eines Sozialversicherungssystems beiträgt, nicht durch eine Querschnittbetrachtung zu einem angenommenen Zeitpunkt X oder durch Betrachtung nur eines einzelnen Kalenderjahres beantworten kann, sondern nur über den gesamten Lebensverlauf eines Menschen. Das gilt gerade für die Rentenversicherung, deren Struktur ja gerade auf dem Längsschnitt des Lebens aufbaut, darauf also, dass in bestimmten Lebensphasen keine Beiträge gezahlt, sondern Leistungen bezogen, dafür in anderen Lebensphasen Beiträge gezahlt, aber keine Leistungen bezogen werden. Hinter den sog. „passiv Versicherten“, die das Bundessozialgericht für die fehlende Mindestgeschlossenheit des Systems heranzieht, verbergen sich demgemäß ganz überwiegend die „latent Versicherten“. Darunter fallen alle Personen, „die noch keine Versichertenrente beziehen und in deren Versicherungskonto Beitragszeiten (Pflichtbeitragszeiten, freiwillige Beitragszeiten oder Zeiten einer geringfügigen Beschäftigung), Ersatzzeiten oder Anrechnungszeiten gespeichert sind. [...] Dazu gehören z.B. Hausfrauen, Beamte und Selbständige, die früher Beiträge entrichtet haben und jetzt über Ehegatten oder Versorgungswerke gesichert sind, aber auch Auswanderer und in ihre Heimat zurückgekehrte Ausländer, soweit sie sich ihre Beiträge nicht haben erstatten lassen. Aus technischen Gründen [...] sind hier auch Mütter oder andere Kindererziehende enthalten, die ein Kind in den ersten drei Lebensjahren erziehen, soweit die Zeit noch nicht festgestellt ist, Studenten mit früheren Beiträgen (auch Wehr- oder Zivildienst/freiwilliger Wehrdienst), Nachversicherte, Personen ohne aktuelle Beitragsentrichtung, aber mit Anwartschaften aus einem Versorgungsausgleich, sowie Personen, zu denen eine das ganze Jahr umfassende DEÜV-Meldung fehlt. Zu den technischen

¹²⁰ Stellungnahme von *Prof. Dr. Martin Werding* v. 9. 3. 2016, S. 4.

Gründen ist auch zu zählen, dass die gesetzliche Rentenversicherung nicht in allen Fällen vom Tod ihrer Versicherten erfahren hat. Solange der Tod eines Versicherten nicht bekannt ist, zählt er als latent Versicherter.¹²¹ Anders als es das Bundessozialgericht suggeriert, handelt es sich bei den Passivversicherten also ganz überwiegend um (frühere und zukünftige) Beitragszahler, die nur gerade in dem konkreten Jahr keine Beiträge geleistet haben. „Latent versichert“ war 2006 also etwa auch, wer zwischen 1976 und 2005 sowie zwischen 2007 und 2015 als Versicherungspflichtiger Beiträge geleistet hat!

Anders als es das Bundessozialgericht suggeriert, stellt das Bundesverfassungsgericht aus eben diesen Gründen in der zitierten Stelle des Pflegeversicherungsurteils¹²² für die Mindestgeschlossenheit des Systems gerade nicht auf die Zahl der *Beitragszahler*, sondern auf die 87% *Versicherten* in der gesetzlichen Pflegeversicherung ab. Auch im Urteil zur landwirtschaftlichen Sozialversicherung bezieht sich das Bundesverfassungsgericht explizit auf den „sehr hohen Versichertegrad“¹²³, über den die landwirtschaftliche Sozialversicherung nicht verfüge. Die Voraussetzung der „Mindestgeschlossenheit“ bezieht sich m. a. W. auf die Mitgliedschaft in der Pflegeversicherung, nicht aber darauf, ob in einem bestimmten Lebensabschnitt Beiträge geleistet werden. Auch viele der 87% Versicherten in der sozialen Pflegeversicherung zahlen nämlich derzeit keine Beiträge: So waren 2014 von den etwa 70 Millionen Versicherten in der sozialen Pflegeversicherung gut 17 Millionen familienversichert.¹²⁴ Fast 25% aller Versicherten zahlten also schon wegen der Familienversicherung keine Beiträge, hinzu kamen namentlich Bezieher von Arbeitslosengeld I und II, deren Beiträge der Bund bzw. die Bundesagentur für Arbeit tragen (§ 59 Abs. 1 S. 1 SGB XI i. V. m. § 251 Abs. 4 S. 1 und Abs. 4a SGB V). Etwa ein Drittel aller in der sozialen Pflegeversicherung Versicherten leistet also in einer auf ein bestimmtes Jahr bezogenen Querschnittsbetrachtung keine eigenen Beiträge. Aber darauf kam es dem Bundesverfassungsgericht, wie ausgeführt, auch gar nicht an.

Die Voraussetzung der Mindestgeschlossenheit steht schließlich in einem gewissen Kontext, den das Bundessozialgericht komplett ausblendet. Das Bundesverfassungsgericht möchte mit dieser Voraussetzung dem häufig erhobenen Einwand begegnen, dass Kinder von Versi-

¹²¹ Deutsche Rentenversicherung, Versicherte 2013, Berlin 2015, S. IX, XV.

¹²² BVerfGE 103, 242 (264f.).

¹²³ BVerfGE 109, 86 (127).

¹²⁴ Bundesministerium für Gesundheit, Soziale Pflegeversicherung, Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) und der sozialen Pflegeversicherung (SPV) nach Altersgruppen und Geschlecht am 1.7.2014 http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Downloads/Statistiken/Pflegeversicherung/Versicherte/140701_Versicherte.pdf

cherten später keine Mitglieder (!) werden, weil sie durch andere Sicherungssysteme geschützt werden. Für die landwirtschaftliche Sozialversicherung ist dieser Einwand tatsächlich berechtigt, für die breitbasige allgemeine Rentenversicherung aber nicht. Um diese Frage des dauerhaften Fortbestands des Systems beantworten zu können, musste es daher auf die Versicherten und nicht die aktuellen Beitragszahler abstellen.

Letztlich lässt sich daher das Argument der fehlenden Systemgeschlossenheit also nur halten, wenn man das Pflegeversicherungsurteil selbst in Frage stellt.¹²⁵ Es geht dem Bundesverfassungsgericht nämlich nicht um eine auf das Individuum bezogene Wahrscheinlichkeit der Mitgliedschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt. Entscheidend ist vielmehr, dass das System insgesamt auf den Erziehungsleistungen der Versicherten mit Kindern aufbaut und so ausgestaltet ist, dass ein wesentlicher Anteil aller (!) Kinder (also etwa auch der nicht in der sozialen Pflegeversicherung Versicherten) in Zukunft Mitglied werden wird. Um das beurteilen zu können, kommt es letztlich auf die rechtlichen Regelungen an, die den Zugang und den Verbleib im System regeln. Eben diese Regelungen zur Mitgliedschaft sind damit auch maßgebend für die Frage, ob die Rentenversicherung eine Mindestgeschlossenheit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufweist. Nach § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI sind zunächst alle Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind, versicherungspflichtig. Im Gegensatz zur Pflegeversicherung, wo eine Versicherungspflichtgrenze von derzeit (2016) 56.250 € besteht,¹²⁶ sind in der gesetzlichen Rentenversicherung alle abhängig Beschäftigten pflichtversichert. Hinzu kommt, dass auch der Kreis der versicherungspflichtigen Selbständigen wesentlich weiter gefasst ist als in § 20 SGB XI, der nur für vereinzelte und zahlenmäßig auch eher zu vernachlässigende Gruppen von Selbständigen gilt. Der Gesetzgeber zieht also den Kreis der Versicherungspflichtigen in der Rentenversicherung tendenziell sogar weiter als in der sozialen Pflegeversicherung. Das lässt sich damit erklären, dass in der Pflegeversicherung (ebenso wie in der Krankenversicherung) gleichwertige substitutive Sicherungssysteme zur Verfügung stehen, in denen sich diejenigen versichern müssen, die sich nicht freiwillig in der gesetzlichen Pflege- oder Krankenversicherung versichern (§§ 23 Abs. 1 SGB X, 193 Abs. 3 VVG). Für das soziale Risiko Alter gibt es ein solches obligatorisches Parallelsystem für die meisten Selbständigen nicht.

¹²⁵ Vgl. in diesem Sinne etwa *I. Ebsen*, Die gesetzliche Pflegeversicherung (SGB XI) auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts, *Jura* 2002, 401 (407); *F. Ruland*, Das BVerfG und der Familienlastenausgleich in der Pflegeversicherung, *NJW* 2001, 1673 (1676).

¹²⁶ Diese folgt aus den Regelungen für die gesetzliche Krankenversicherung (§ 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 6 SGB V), an die die Regelungen des Pflegeversicherungsrechts anknüpfen (§§ 1 Abs. 2, 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Abs. 3, 22 Abs. 1 und 23 Abs. 1 SGB XI).

Die gesetzliche Rentenversicherung ist damit nach wie vor *das* Alterssicherungssystem der Bundesrepublik Deutschland. Über 80% der erwerbstätigen Bevölkerung sind in ihr versichert, ihre Leistungen machen mehr als 80% des Einkommens der Rentnerhaushalte aus.¹²⁷ Wenn die soziale Pflegeversicherung ein geschlossenes System ist, in dem eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie von den Kindern der derzeit Versicherten in Zukunft maßgeblich getragen wird, so gilt dies für die gesetzliche Rentenversicherung auch insoweit „erst recht“¹²⁸. Das hat das Bundesverfassungsgericht bereits im sog. Trümmerfrauenurteil deutlich gemacht – ein Urteil, mit dem sich das Bundessozialgericht in dem hier behandelten Zusammenhang noch nicht einmal auseinandersetzt. Danach hat

„die Kindererziehung [...] bestandssichernde Bedeutung für das System der Altersversorgung. Denn die als Generationenvertrag ausgestaltete Rentenversicherung lässt sich ohne die nachrückende Generation nicht aufrecht erhalten. Diese bringt die Mittel für die Alterssicherung der jetzt erwerbstätigen Generation auf. Ohne nachrückende Generation hätte sie zwar Beiträge zur Rentenversicherung gezahlt, könnte aber keine Leistungen aus der Rentenversicherung erwarten. Dabei kann angesichts der Breitenwirkung der Rentenversicherung vernachlässigt werden, dass nicht jedes Kind später zum Beitragszahler wird.“¹²⁹

Im krassen Gegensatz zu dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts behauptet nun das Bundessozialgericht, dass Kinder das System „jedenfalls nicht maßgeblich stützen“¹³⁰. Selbst wenn daran irgendetwas richtig wäre, müsste das Bundessozialgericht doch fragen, warum das Pflegeversicherungsurteil in den beiden anderen für die gleichheitsrechtliche Prüfung relevanten Voraussetzungen Kinder überhaupt für sozialversicherungsrelevant erklärt. Es müsste auch erklären, wie diese Ausführungen zu der späteren (und richtigen!) Erkenntnis passen, die GRV sei „für ihren Fortbestand auf nachwachsende Beitragszahler [...] angewiesen.“¹³¹ Würde es diese Urteilspassage nicht geben, müsste man aus den vorangegangenen Ausführungen schließen, dass das Bundessozialgericht meint, dass sich die als Generationenvertrag ausgestaltete Rentenversicherung auch ohne die nachwachsende Generation aufrechterhalten lässt. Jahrzehnte der politischen und ökonomischen Diskussion darüber, wie die Rentenversicherung trotz zurückgehender Geburtenraten gesichert werden kann, hätten dann beim für das

¹²⁷ F. Ruland, Rentenversicherung, in: B. von Maydell/F. Ruland/U. Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl. 2012, § 17 Rn. 1f.

¹²⁸ H. Rothgang, Die Verfassungsgerichtsurteile zur Pflegeversicherung: Ausgangspunkt für eine Neuordnung der Sozialversicherung?, Sozialer Fortschritt 2001, S. 121 (122).

¹²⁹ BVerfGE 87, 1 (36).

¹³⁰ S. nochmals BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 40.

¹³¹ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 56.

Beitragsrecht der Sozialversicherung zuständigen Senat des höchsten deutschen Sozialgerichts keine Spuren hinterlassen.

3. Absehbarkeit fehlender generativer Beiträge

Die letzte Anwendungsvoraussetzung des Pflegeversicherungsurteils, die Absehbarkeit fehlender nachwachsender Beitragszahler, liegt unproblematisch vor. Es ist seit Jahrzehnten bekannt, ja bereits in den 50er Jahren diskutiert worden, dass eine über das Umlageverfahren finanzierte Rentenversicherung darauf angewiesen ist, dass eine Korrelation zwischen der Anzahl der Leistungsbezieher und der Beitragszahler besteht.¹³² Spätestens seit dem sog. Trümmerfrauen-Urteil aus dem Jahre 1992 gehört die Gefährdung der Rentenversicherung durch das Ausbleiben nachwachsender Beitragszahler zum Allgemeingut, bis zu der angegriffenen Entscheidung des Bundessozialgerichts.¹³³

4. Zwischenergebnis

Die gesetzliche Rentenversicherung entspricht in den wesentlichen Strukturelementen denjenigen Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht im Pflegeversicherungsurteil für die verfassungsrechtliche Notwendigkeit der beitragsrechtlichen Differenzierung zwischen Versicherten mit und ohne Kinder aufgestellt hat. Sie versichert ein wesentlich im Alter auftretendes Risiko (ja überwiegend das Alter selbst) im Wege der Umlagefinanzierung und weist eine Mindestgeschlossenheit auf, die die Erwartung stützt, dass die Kinder der heutigen Versicherten das System in Zukunft maßgeblich stützen werden. Es ist seit langem absehbar, dass ein relevanter Teil der Versicherten diese Beiträge nicht erbringt.

II. Umsetzung: Systeminterner Vorteilsausgleich

Die gesetzliche Rentenversicherung ist mit der Pflegeversicherung im Hinblick auf die im Pflegeversicherungsurteil des Bundesverfassungsgerichts aufgestellten Voraussetzungen tatbestandlich vergleichbar. Der Gesetzgeber ist daher gehalten, die Nachteile von Versicherten mit Kindern auch in der gesetzlichen Rentenversicherung auszugleichen. Der Leitsatz aus dem Pflegeversicherungsurteil wäre, da nunmehr alle Voraussetzungen für den Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG geprüft wurden, mithin für die Rentenversicherung nur minimal abzuwandeln: „Es ist mit Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren, dass Mitglieder der sozialen Rentenversicherung, die Kinder betreuen und erziehen und damit neben dem Geldbeitrag einen generativen Beitrag zur Funktionsfä-

¹³² Vgl. oben 1. b).

¹³³ S. vorstehend 2.

higkeit eines umlagefinanzierten Sozialversicherungssystems leisten, mit einem gleich hohen Rentenversicherungsbeitrag wie Mitglieder ohne Kinder belastet werden.“

Das Bundessozialgericht behauptet nun aber, „die beitragsrechtliche Gleichbehandlung bzw. Benachteiligung der von den Klägern repräsentierten Personengruppe“ sei „auch in einem weiteren gleichheitsrechtlichen Kontext sachlich gerechtfertigt.“¹³⁴ Damit begibt sich der Senat auf einen grundrechtsdogmatischen Abweg. Der „weitere gleichheitsrechtliche Kontext“ ist eine jedenfalls bislang in der grundgesetzlichen Gleichheitsrechtsdogmatik nicht gebräuchliche Formel. Das Bundesverfassungsgericht hat im Pflegeversicherungsurteil die drei Voraussetzungen dafür geprüft, dass in einem Sozialversicherungssystem Versicherte mit Kindern gegenüber Kinderlosen verfassungswidrig benachteiligt werden, hat aber keine „weiteren gleichheitsrechtlichen Kontexte“ eröffnet. Das Bundessozialgericht scheint aber nun diese erste und eigentliche Gleichheitsprüfung nicht für abschließend oder nicht für alternativlos („Unabhängig von...“¹³⁵) zu halten und macht gewissermaßen eine zweite Prüfung auf, deren Verhältnis zur eigentlichen verfassungsrechtlichen Prüfung von Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG aber auch deshalb unklar bleibt, weil eben diese beiden Grundrechte wieder als Prüfungsmaßstab präsentiert werden. Es gibt also zwei hintereinandergeschaltete Prüfungen mit ein- und desselben Prüfungsmaßstab! Der 12. Senat positioniert sich damit schon im Ausgangspunkt außerhalb der verfassungsrechtlichen Grundrechtsdogmatik.

Es ist daher schon im Ansatz nicht ganz einfach zu beurteilen, was überhaupt Gegenstand der Ausführungen ist und damit auch, wie auf diese zu replizieren ist. Die Argumente, die der 12. Senat in diesem Prüfungsabschnitt heranzieht, sind erstens durchweg nicht neu¹³⁶ und richten sich zweitens nicht gegen die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils auf die Rentenversicherung, sondern gegen das Pflegeversicherungsurteil selbst, das der Senat ganz offensichtlich ablehnt.¹³⁷ Bisweilen haben die Ausführungen, etwa zu den leistungsrechtlichen Unterschieden zwischen Pflege- und Rentenversicherung,¹³⁸ auch gar nichts mit dem Thema zu tun.

Der „weitere gleichheitsrechtliche Kontext“ ist damit in weiten Passagen eine Aneinanderreihung von Obiter Dicta, die den Umstand kaschieren, dass das eigentliche Referenzurteil

¹³⁴ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 43.

¹³⁵ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 43.

¹³⁶ Zu deren Widerlegung bereits umfassend A. Lenze, Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005, S. 300ff.

¹³⁷ Vgl. zu diesem Problem T. Kingreen, Bestand und Reform des Familienleistungsausgleichs in der Sozialversicherung, SDRV 57 (2008), 71 (91ff.).

¹³⁸ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 60.

trotz § 31 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 BVerfGG schlicht abgelehnt wird. Das Bundessozialgericht unternimmt es, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stillschweigend mit solchen Ausführungen für irrelevant zu erklären, die es zwar auf die Rentenversicherung beschränkt, die aber letztlich für alle umlagefinanzierten Sozialversicherungszweige gelten, die auf nachwachsende Generationen angewiesen sind – also auch die Pflegeversicherung, die Gegenstand des hier maßgeblichen Urteils des Bundesverfassungsgerichts war. Das Bundessozialgericht verfehlt damit aber das eigentliche Thema: eine substantiierte Auseinandersetzung mit der Frage, ob das Pflegeversicherungsurteil auf die Rentenversicherung übertragbar ist. Im Folgenden ist auf diese als „weiterer gleichheitsrechtlichen Kontext“ kaschierte Urteilsschelte näher einzugehen:

1. Systemgerechter Ausgleich im Leistungsrecht?

Die zweite Gleichheitsprüfung beginnt mit dem Hinweis, der Gesetzgeber habe doch die „durch die Kindererziehung entstehenden Nachteile systemgerecht bereits im Leistungsrecht der GRV ausgeglichen.“¹³⁹ Dieses Argument ist nicht neu, und es wird auch durch ständige Wiederholung nicht richtig. Es ist nämlich erstens mit den Prämissen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, und zwar namentlich des Pflegeversicherungsurteils, unvereinbar (dazu a)), und ist zweitens schon deshalb wenig überzeugend, weil sich in der Rentenversicherung die Erziehung von Kindern anders als in der Pflegeversicherung negativ auf den Leistungsumfang auswirkt (b)):

a) Notwendigkeit eines gegenwärtigen Vorteilsausgleichs

Das Bundesverfassungsgericht fordert im Pflegeversicherungsurteil, dass der Vorteilsausgleich durch Regelungen erfolgen müsse,

„die die Elterngeneration während der Zeit der Betreuung und Erziehung entlasten, denn die Beiträge, die von der heutigen Kindergeneration später im Erwachsenenalter auch zugunsten kinderloser Versicherter geleistet werden, die dann den pflegenahen Jahrgängen angehören oder pflegebedürftig sind, basieren maßgeblich auf den Erziehungsleistungen ihrer heute versicherungspflichtigen Eltern. Die hiermit verbundene Belastung der Eltern tritt in deren Erwerbsphase auf; sie ist deshalb auch in diesem Zeitraum auszugleichen. Der verfassungsgebote Gleichgewicht zwischen erziehenden und nicht erziehenden Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung kann deshalb nicht durch unterschiedliche Leistungen im Falle des Eintritts der Pflegebedürftigkeit erfolgen.“¹⁴⁰

¹³⁹ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 45; nähere Ausführungen dann in Rn. 46-52.

¹⁴⁰ BVerfGE 103, 242 (270).

Der Vorteilsausgleich muss also im Beitragsrecht erfolgen, weil das Bundesverfassungsgericht die gegenwärtigen Beitragszahler untereinander vergleicht und insoweit unterschiedliche Belastungen von Versicherten (nicht von Leistungsbeziehern!) mit und ohne Kinder konstatiert. Gegenwärtig bestehende Ungleichbehandlungen können aber nicht durch Aussichten auf zukünftige und wegen der Ungewissheit über den weiteren Lebensverlauf auch ungewisse Leistungen kompensiert werden. Die auf der Leistungsseite angesiedelten Kindererziehungszeiten sind strukturell insoweit ungeeignet, weil sie den Versicherten in einem das Alter absichernden System in der Regel erst wesentlich nach dem Zeitraum der Kindererziehung zugutekommen.

Hinzu kommt, dass die Kindererziehungszeiten in ihrer derzeitigen Ausgestaltung gar keinen echten Vorteilsausgleich zwischen Versicherten mit und ohne Kinder darstellen. Das wird deutlich, wenn man die Kindererziehungszeiten beitragsrechtlich wendet: Es entstehen nämlich, nicht anders als bei der sogenannten beitragsfreien Mitversicherung im Kranken- und Pflegeversicherungsrecht (§§ 10 SGB V, 25 SGB XI), Leistungsansprüche, ohne dass der Begünstigte selbst Beiträge geleistet hat. Anders als nunmehr in der Pflegeversicherung (§ 55 Abs. 3 SGB XI) wird aber der Gleichheitsverstoß, der darin liegt, dass Versicherte mit Kindern neben dem finanziellen auch einen generativen Beitrag leisten, den kinderlose Versicherte nicht erbringen, in der Rentenversicherung selbst nicht ausgeglichen. Die Beiträge für die Kindererziehungszeiten leistet nämlich nach § 177 SGB VI der Bund, d. h. es müssen alle Steuerpflichtigen und damit nicht nur Kinderlose, sondern auch Versicherte mit Kindern für die Finanzierung dieser nicht beitragsgestützten Leistungsansprüche aufkommen. Es findet also kein unmittelbarer Vorteilsausgleich zwischen Versicherten mit und ohne Kinder statt, sondern eine Kompensation von Familienlasten durch den Staat. Die Argumentation mit der Gleichwertigkeit der Kindererziehungszeiten wäre also nur schlüssig, wenn die Beiträge für die Kindererziehungszeiten nicht vom Staat, sondern von den kinderlosen Mitgliedern der Rentenversicherung finanziert würden. Stattdessen werden sie im Wesentlichen von der Nachwuchsgeneration und damit den Kindern der bedachten Eltern aufgebracht.

Das Argument, der Vorteilsausgleich könne auf der Leistungsseite erfolgen, missachtet den „grundlegenden Paradigmenwechsel“¹⁴¹ zwischen Trümmerfrauenurteil und Pflegeversicherungsurteil. Das Bundesverfassungsgericht prüft nämlich im Pflegeversicherungsurteil, anders als noch im Trümmerfrauenurteil, nicht, ob aus den Grundrechten, namentlich aus Art.

¹⁴¹ A. Lenze, Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005, S. 309.

6 Abs. 1 GG, ein Anspruch gegen den Staat (!) auf Kompensation der Familienlasten in der Sozialversicherung abzuleiten ist, sondern es prüft gleichheitsrechtlich allein das Verhältnis zwischen Versicherten mit und ohne Kinder.¹⁴² Die später am Pflegeversicherungsurteil beteiligte, frühere Richterin des Bundesverfassungsgerichts *Renate Jäger* hat die notwendige Veränderung der Perspektive schon vor dem Pflegeversicherungsurteil damit begründet, dass die Nachteile, die Versicherte mit Kindern in der Sozialversicherung erleiden, nicht erst in ferner Zukunft, sondern zeitnah ausgeglichen werden müssen: „Es kann nicht sein, dass wir jetzt im Beitragsrecht etwas machen mit dem Versprechen, es später einzulösen. Diesen Fehler haben wir genau mit der Aufstockung der Kindererziehungszeiten auf 3 Jahre begangen, *die noch niemandem zugutekommen*, die aber in allen Köpfen vorhanden sind. Das sind alles nur Wechsel auf die Zukunft.“¹⁴³

Das Bundessozialgericht versucht in dem angegriffenen Urteil nun, den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur landwirtschaftlichen Sozialversicherung für seine Argumentation ins Feld zu führen.¹⁴⁴ Tatsächlich hat das Bundesverfassungsgericht die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils in dieser Entscheidung nicht nur wegen der fehlenden Mindestgeschlossenheit des Systems, sondern auch unter Hinweis auf die auch in der landwirtschaftlichen Sozialversicherung anerkannten Kindererziehungszeiten abgelehnt.¹⁴⁵ Dieser Hinweis verkennt allerdings, dass es sich bei der landwirtschaftlichen Sozialversicherung „wegen des auf den geschützten Personenkreis zugeschnittenen speziellen Finanzierungs- und Leistungsregimes“ um ein „Sondersystem“ handelt.¹⁴⁶ Eine wichtige, vom allgemeinen Sozialversicherungsrecht abweichende Regelung findet sich in § 1 Abs. 3 S. 1 ALG. Danach gilt der Ehegatte eines Landwirtes als versicherungspflichtig, wenn beide Ehegatten nicht dauernd getrennt leben und der Ehegatte nicht voll erwerbsgemindert ist. Sozialpolitischer Hintergrund dieser 1995 eingeführten Regelung war eine Untersuchung, nach der zwar fast alle Ehepartner von Landwirten täglich zwischen 5 und 6 Stunden durchschnittlich im landwirtschaftlichen Unternehmen arbeiten, jedoch nicht entsprechend dieser gesellschaftlichen Realität durch ein Alterssicherungssystem geschützt wurden. In dem zugrunde liegenden Fall hatte sich eine mit einem Nebenerwerbslandwirt verheiratete Frau gegen die Fiktion des § 1 Abs. 3 S. 1 ALG

¹⁴² Vgl. oben A. I. 2.

¹⁴³ *R. Jäger* auf einem Workshop des Deutschen Juristinnenbundes am 21. 2. 2000, zitiert nach *A. Lenze*, Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005, S. 309 Fn. 247 (Hervorhebung nur hier).

¹⁴⁴ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 49.

¹⁴⁵ BVerfGE 109, 96 (127f.).

¹⁴⁶ *H. Deisler*, Die agrarsoziale Sicherung, in: B. von Maydell/F. Ruland/U. Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl. 2012, § 19 Rn 1.

gewandt, weil sie tatsächlich keine Arbeiten für den landwirtschaftlichen Betrieb erbrachte, sondern sich um die gemeinsamen vier Kinder sowie den Schwiegervater kümmerte. Die Klage richtete sich also, anders als im hiesigen Kontext, nicht gegen die Gestaltung des Beitragsrechts, sondern galt der vorgelagerten Frage, ob die Versicherungspflicht überhaupt verfassungsgemäß ist. Hauptanliegen der Beschwerdeführerin war insoweit, dass sie aufgrund ihrer Versicherungspflicht Beiträge zu leisten hatte, obwohl ihr keine eigenen Einnahmen aus der Landwirtschaft zuflossen, die Grundlage einer Beitragspflicht hätten sein können. Das Bundesverfassungsgericht hat die Regelung gleichwohl für verfassungsgemäß erachtet. Der an mehreren Stellen im Urteil zu findende Hinweis auf die Kindererziehungszeiten hat insoweit aber eine ganz andere Funktion als für den vorliegenden Zusammenhang relevant: Das mit den Kindererziehungszeiten verbundene Leistungsversprechen soll die Versicherungspflicht auch des nicht in der Landwirtschaft tätigen Ehegatten des Landwirts durch den Hinweis darauf legitimieren, dass immerhin auch ohne eigene Beitragsleistungen ein Leistungsanspruch begründet wird. Bei der Frage der Maßgeblichkeit des Pflegeversicherungsurteils für die Rentenversicherung geht es hingegen nicht um die Legitimation der Versicherungspflicht, sondern von beitragsrechtlichen (Un-)Gleichbehandlungen zwischen Versicherten, die die Legitimation ihrer Versicherungspflicht überhaupt gar nicht bestreiten. Dementsprechend enthält das Urteil zur landwirtschaftlichen Sozialversicherungspflicht auch keine Aussage dazu, ob die Kindererziehungszeiten ein hinreichender Vorteilsausgleich sind oder nicht. Denn der Vorteilsausgleich ist aus den genannten Gründen gar nicht Gegenstand des Urteils.

Um der Legendenbildung in der Sozialgerichtsbarkeit entgegenzuwirken, hat der seinerzeit sowohl für das Urteil zur Pflegeversicherung und als auch zur landwirtschaftlichen Sozialversicherung zuständige Berichterstatter im 1. Senat *Udo Steiner* auch noch nach beiden Urteilen nochmals klargestellt, dass ein Vorteilsausgleich auch in der Rentenversicherung nur unmittelbar zwischen Versicherten mit und ohne Kindern und, da er gegenwärtige Nachteile der Versicherten mit Kindern ausgleichen soll, auch gegenwärtig ausgeglichen werden muss. Dies funktioniert in einem Sozialversicherungssystem, in dem Leistungen typischerweise erst im Alter fließen, aber nur auf der Finanzierungsseite:

„Es erwächst [...] den Versicherten ohne Kinder im Versicherungsfall ein Vorteil aus der Erziehungsleistung anderer beitragspflichtiger Versicherter, die wegen der Erziehung zu ihrem Nachteil auf Konsum und Vermögensbildung verzichten. Versicherte, die Kinder erziehen, sichern die Funktionsfähigkeit der Pflegeversicherung also nicht nur durch Beitragszahlung, sondern auch durch Erziehungs-

leistung. Im Beitragsrecht entsteht dadurch ein Gleichheitsproblem zwischen Versicherten mit und Versicherten ohne Kinder. Die Antwort auf dieses Gleichheitsproblem kann nicht allein - und dies gilt es klarzustellen - die Anerkennung von Kindererziehungszeiten sein. Solche Zeiten gleichen kinderbedingte Nachteile im Aufbau von Rentenansparungen aus, nicht unterschiedliche wirtschaftliche Belastungen in der Phase der Kinderziehung.¹⁴⁷

Dass seine Ausführungen letztlich dem Versuch dienen, den offensichtlichen Widerspruch zum Pflegeversicherungsurteil zu kaschieren, zeigt die Auseinandersetzung des Bundessozialgerichts mit dem Gutachten von *Prof. Dr. Martin Werding* (Familien in der gesetzlichen Rentenversicherung: Das Umlageverfahren auf dem Prüfstand, 2013), das die „externen Effekte“ eines Kindes errechnet.¹⁴⁸ Der 12. Senat zitiert das Gutachten, hat es also offensichtlich gelesen, und behauptet gleichwohl, dass es keine relevanten externen Effekte gibt, deren Ausgleich verfassungsrechtlich geboten sei.¹⁴⁹ Das ist auch deshalb nicht nachvollziehbar, weil das Bundesverfassungsgericht im Pflegeversicherungsurteil allgemein, also nicht nur bezogen auf die Pflegeversicherung, die verfassungsrechtliche Relevanz dieser Effekte ausdrücklich betont:

„Die Erziehungsleistung versicherter Eltern begünstigt innerhalb eines umlagefinanzierten Sozialversicherungssystems, das der Deckung eines maßgeblich vom Älterwerden der Versicherten bestimmten Risikos dient, in spezifischer Weise Versicherte ohne Kinder.“¹⁵⁰

Explizit betont das Bundesverfassungsgericht, Versicherten ohne Kinder erwachse „im Versicherungsfall ein Vorteil aus der Erziehungsleistung anderer beitragspflichtiger Versicherter, die wegen der Erziehung zu ihrem Nachteil auf Konsum und Vermögensbildung verzichten.“¹⁵¹

Das Bundessozialgericht versucht gar nicht erst zu erklären, wie sich seine Ausführungen zu diesen verfassungsrechtlich begründeten Erkenntnissen des Bundesverfassungsgerichts verhalten. Das Pflegeversicherungsurteil kommt in diesen Passagen gar nicht mehr vor, sondern es werden allein kritische Anmerkungen aus dem Schrifttum zum Pflegeversicherungsurteil zitiert.¹⁵² Deutlicher kann man nicht ausdrücken, dass hinter dem „weiteren gleichheitsrechtlichen Kontext“ bei näherer Betrachtung die Ablehnung des nach § 31 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 BVerfGG an sich rechtlich maßgeblichen Urteils des Bundesverfassungsgerichts steht.

¹⁴⁷ U. Steiner, Generationenfolge und Grundgesetz, NZS 2004, 505 (507).

¹⁴⁸ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 50.

¹⁴⁹ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 51.

¹⁵⁰ BVerfGE 103, 242 (263).

¹⁵¹ BVerfGE 103, 242 (264).

¹⁵² Vgl. die Zitate in BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 56 a. E.

b) Benachteiligungen im Leistungsrecht der gesetzlichen Rentenversicherung

Das Pflegeversicherungsurteil ist ein beitragsrechtliches Urteil und verhält sich daher auch nicht zur Leistungsseite. In der Pflegeversicherung bestand dafür auch kein Anlass. Zwar wirken sich Kinderbetreuung und -erziehung auch positiv auf die Leistungsausgaben des Gesamtsystems aus, weil die häusliche Pflege nach wie vor zu etwa 75% durch Familienangehörige sichergestellt wird,¹⁵³ die wesentlich geringere finanzielle Belastungen auslöst als die professionelle Pflege.¹⁵⁴ Der Umfang des individuellen Leistungsanspruchs hängt in der Pflegeversicherung aber nicht davon ab, ob Kinder betreut und erzogen wurden oder nicht.

In der Rentenversicherung ist dies grundsätzlich anders. Hier sind die Versicherten mit Kindern die „Packesel des Sozialstaates“¹⁵⁵, weil sie zwar für die zukünftigen Beitragszahler sorgen, dies aber mit erheblichen Unterbrechungen und Einschränkungen (Teilzeitarbeit) ihrer Erwerbsbiografien und damit einem Verlust an persönlichen Entgeltpunkten (§ 66 SGB VI) bezahlen müssen, die durch die nur drei Jahre gewährten Kindererziehungszeiten (§ 56 SGB VI) nicht kompensiert werden können. Die Benachteiligung der in der Regel betroffenen Frauen gleicht auch der Anspruch auf Witwenrente (§ 46 SGB VI) nicht aus, weil es sich nicht um einen eigenen und unbedingten, sondern um einen abgeleiteten und bedingten Anspruch handelt. Er greift nämlich schon per definitionem erst beim Ableben des Versicherten, setzt den Fortbestand der Ehe voraus und steht, weil nicht beitragsgestützt,¹⁵⁶ unter einem Bedürftigkeitsvorbehalt (§ 97 SGB VI).

Das Leistungsrecht ist zwar, wie ausgeführt, nicht Gegenstand des Pflegeversicherungsurteils. Es ist allerdings befremdlich, dass ausgerechnet in der Rentenversicherung, in der der Leistungsumfang maßgeblich von durchgängigen Erwerbsbiografien abhängt, in der also Ver-

¹⁵³ Schlussbericht der Enquête-Kommission „Demographischer Wandel. Herausforderungen unserer älter werdenden Gesellschaft an den Einzelnen und die Politik“, BT-Drucks. 14/8800, S. 229ff.

¹⁵⁴ Vgl. die unterschiedlichen Sätze für die Pflegesachleistung nach § 36 Abs. 3 und das vorwiegend in der familiären Pflege zum Einsatz kommende Pflegegeld in 37 Abs. 1 SGB XI. Es wird daher davon ausgegangen, dass der Pflegeversicherung ohne die Pflege von Familienangehörigen im Jahre 2000 Mehrkosten in Höhe von umgerechnet 1,8 Milliarden € entstanden wären; vgl. *M. Pfaff*, Familienlastenausgleich und die Finanzierung der Sozialversicherung aus sozialpolitischer Sicht, VSSR 2004, 19 (22).

¹⁵⁵ *W. Zeidler*, Ehe und Familie, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1. Aufl. 1983, S. 555 (597). Vgl. ferner *R. Lamprecht*, Familie – Was ist das?, in: Süddeutsche Zeitung v. 23./24. 9. 2000, SZ am Wochenende, S. I): „Für Mütter, die einen wichtigen, aber verkannten Beruf ausüben, gibt es einen schwachen Trost: Sie dürfen von der profanen Kenntnis zehren, dass sich der Wert eines Menschen erst dann erweist, wenn er nicht mehr da ist. Die Haftpflichtversicherung eines Autofahrers, der eine Frau totgefahren hat, weiß darüber Bescheid. Sie muss für jemanden Regress zahlen, der sich post mortem als im Leben unerkanntes Wunderwesen herausstellt. Fällig wird der Mittelwert aus einem runden Dutzend von Tariflöhnen, die Berufsskala reicht von der Putzfrau und Köchin über die Kinderschwester bis zur Hauswirtschaftsmeisterin“. Zum Ganzen bereits *J. Borchert*, Die Berücksichtigung familiärer Kindererziehung im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung. Ein Beitrag zur Rentenreform, 1981, S. 179f.

¹⁵⁶ BVerfGE 97, 271 (284f.).

sicherte, die Kinder betreuen und erziehen, geringere Leistungen bekommen, der angebliche Vorteilsausgleich auf der Leistungsseite argumentativ gegen die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils ins Feld geführt wird. Um es noch einmal zu wiederholen: Die Altersrenten von Frauen sind derzeit nur etwa halb so hoch wie diejenigen der Männer (566 € für Frauen, 1020 € am 31. 12. 2014).¹⁵⁷ Diese Unterschiede sind das Ergebnis einer Kumulation von Diskriminierungen, denen Frauen über den Längsschnitt ihres Erwerbslebens ausgesetzt sind; sie fallen wegen des Kumulationseffekts auch noch größer aus als die ohnehin schon erheblichen Entgeltunterschiede.¹⁵⁸ Erst die Rente zeigt den ganzen Umfang der Geschlechterungleichheit!¹⁵⁹

Es bleibt unerfindlich, wie das Bundessozialgericht in der angegriffenen Entscheidung vor diesem Hintergrund ernsthaft „von einem ausreichenden Ausgleich der Kindererziehung auf der Leistungsseite“¹⁶⁰ sprechen kann. Selbst Kritiker des Pflegeversicherungsurteils weisen daher darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht zwar über die Pflegeversicherung geurteilt, aber vor allem auf die Rentenversicherung gezielt hat.¹⁶¹

2. Fehlende Gleichwertigkeit von generativem und monetärem Beitrag?

Der Befund, dass es dem Bundessozialgericht in seiner zweiten Gleichheitsprüfung allein darum geht, die Prämissen des Pflegeversicherungsurteils zu erschüttern, zeigt vor allem der zweite Baustein seines „weiteren gleichheitsrechtlichen Kontextes“. Hier versucht der Senat nämlich, die These des Pflegeversicherungsurteils von der Gleichwertigkeit des monetären und des „generativen“ Beitrags zu erschüttern:

„Die beitragsrechtliche Differenzierung bzw. Gleichbehandlung ist auch deshalb gerechtfertigt, weil ein in der Betreuung und Erziehung von Kindern liegender ‚Beitrag‘ und der Finanzbeitrag in der GRV weder gleichartig noch gleichwertig sind; denn mit der Erziehungsleistung wird für die - aktuell - zu finanzierenden Renten weder ein unmittelbarer noch ein mittelbarer Beitrag geleistet. Der Beitrag zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der GRV, der in Form von Kindererziehung geleistet wird, kann im Unterschied zu den ‚echten‘ monetären Beiträgen der Erwerbstätigen nicht sogleich wieder in Form von Rentenzahlungen an die nicht mehr Erwerbstätigen ausgeschüttet werden (BVerfGE 87, 1, 40 = SozR 3-5761 Allg Nr 1 S 9 <"Trümmerfrauen-Urteil">; im Ergebnis auch Ruland, NJW 2001, 1673, 1677). Im (einfachrechtlichen) Rentenrecht gibt es keine dokumen-

¹⁵⁷ Deutsche Rentenversicherung, Rentenversicherung in Zahlen, 2015, S. 34f.

¹⁵⁸ Dazu bereits oben A. II. 3.

¹⁵⁹ J. Allmendinger/E. von den Driesch, Der wahre Unterschied. Erst die Rente zeigt den ganzen Umfang der Geschlechterungleichheit, WZB Mitteilungen 149, S. 36ff.

¹⁶⁰ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 53.

¹⁶¹ I. Ebsen, Die gesetzliche Pflegeversicherung (SGB XI) auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts, Jura 2002, 401 (407).

tierte und fixierte Sonderbeziehung zwischen aktiv erwerbstätiger Generation und nachwachsender Generation. Eine solche Sonderbeziehung besteht nur zwischen der jeweiligen Generation der aktiv Erwerbstätigen einerseits und der jeweils aktuellen Rentnergeneration andererseits. Mit anderen Worten: Mit ‚generativen Beiträgen‘ (durch Kindererziehung) können aktuelle Renten nicht bezahlt werden.“

Das Bundessozialgericht versucht hier zwar den Eindruck zu erwecken, es handele sich um ein Spezifikum des Rentenversicherungsrechts. Doch das ist falsch. Auch die aktuellen Leistungen der Pflegeversicherung können nicht mit generativen Beiträgen bezahlt werden! Dennoch hat das Bundesverfassungsgericht sie in einem auf mehrere Generationen angelegten, umlagefinanzierten Sozialversicherungssystem als gleichwertig mit den monetären Beiträgen angesehen:

„Wenn [...] ein soziales Leistungssystem ein Risiko abdecken soll, das vor allem die Altengeneration trifft, und seine Finanzierung so gestaltet ist, dass sie im Wesentlichen nur durch das Vorhandensein nachwachsender Generationen funktioniert, die jeweils im erwerbsfähigen Alter als Beitragszahler die mit den Versicherungsfällen der vorangegangenen Generationen entstehenden Kosten mittragen, dann ist für ein solches System nicht nur der Versicherungsbeitrag, sondern auch die Kindererziehungsleistung konstitutiv. Wird dieser generative Beitrag nicht mehr in der Regel von allen Versicherten erbracht, führt dies zu einer spezifischen Belastung kindererziehender Versicherter im Pflegeversicherungssystem, deren benachteiligende Wirkung auch innerhalb dieses Systems auszugleichen ist. Die kindererziehenden Versicherten sichern die Funktionsfähigkeit der Pflegeversicherung also nicht nur durch Beitragszahlung, sondern auch durch Betreuung und Erziehung von Kindern.“¹⁶²

Das Bundessozialgericht stellt sich also, ohne dies offen zu legen, gegen das Pflegeversicherungsurteil des Bundesverfassungsgerichts. Seine Ausführungen belegen zudem, dass es die Sozialversicherung nicht im Längsschnitt betrachtet, sondern lediglich die Bedeutung von Kindern zu einem bestimmten Zeitpunkt meint – zu diesem Zeitpunkt sind sie in der Tat für die Sozialversicherung ökonomisch ohne Wert, weil sie noch keine monetären Beiträge erbringen können. Doch genau darum geht es nicht. Monetärer und generativer Beitrag werden hier nämlich nicht gleichgesetzt, sondern haben auf einer Zeitschiene unterschiedliche Funktionen:¹⁶³ Die systemspezifische und daher auch systemintern auszugleichende Benachteiligung besteht darin, dass in der nachwachsenden Generation die heutigen Kinder in der

¹⁶² BVerfGE 103, 242 (265f.).

¹⁶³ Vgl. zum Folgenden *M. Estelmann*, Das „Beitragskinderurteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001 – 1 BvR 1629/94, SGB 2002, 245 (248) und *F. Reuther*, Verfassungsrechtliche Determinanten für die Beitragsbemessung in der sozialen Kranken- und Pflegeversicherung, in: *Deppenheuer, Otto/Heintzen, Markus/Jestaedt, Matthias/Axer, Peter* (Hrsg.), *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*, S. 435 (461ff.).

Zukunft mit ihren Beiträgen auch die Last derjenigen Versicherten mit abdecken müssen, die keine eigenen Kinder zur Deckung der alten Last bereit gestellt haben. Gegenstand der Gleichheitsprüfung ist daher auf der einen Seite der monetäre Beitrag kinderloser Versicherter, auf der anderen Seite der Beitrag der erwerbstätigen Eltern *und* der dazu gezogene zukünftige monetäre Beitrag des Kindes.¹⁶⁴ Die Kinder und Eltern werden daher beitragsrechtlich als Einheit behandelt, was im Hinblick auf das grundrechtliche Schutzgut „Familie“ nur konsequent ist. Es ist daher im Schrifttum mit Recht gesagt worden, dass das Bundesverfassungsgericht mit der Profilierung des – begrifflich gewiss nicht besonders gelungenen, denn es geht der Sache nach um einen zukünftigen monetären Beitrag, der in einem umlagefinanzierten System bereits mitgedacht ist – generativen Beitrags lediglich „die Umlagefinanzierung ernst genommen“ habe.¹⁶⁵

Indem das Bundessozialgericht die Kinder „nur“ als Kinder und nicht auch als zukünftige Beitragszahler ansieht, nimmt es diese generationenüberspannende Konstruktion der Rentenversicherung nicht ernst. Sein Urteil erweist sich damit gerade an dieser Stelle als ein trauriges Beispiel einer gegenwartsintrovertierten Sozialstaatsinterpretation, deren Horizont über die aktuell gerechte Güterverteilung nicht hinausreicht. Ihm bleibt verborgen, dass die Sozialversicherung zwar als Zweigenerationensystem konzipiert ist, faktisch aber einen „Dreigenerationenvertrag“¹⁶⁶ voraussetzt. Es Mit den tatsächlichen Strukturen der Rentenversicherung hat daher der Gegenstand seiner „zweiten Gleichheitsprüfung“ nichts zu tun.

3. Familienlastenausgleich als Aufgabe der Gesamtgesellschaft; Ausgleich im Steuerrecht?

Die Belege dafür, dass das Bundessozialgericht den „weiteren gleichheitsrechtlichen Kontext“ dafür missbraucht, dem Bundesverfassungsgericht subkutan die angebliche Verfehltheit des Pflegeversicherungsurteils zu vermitteln, ließen sich beliebig fortsetzen.

Ein weiteres Argument des angegriffenen Urteils gegen einen systeminternen Vorteilsausgleich auch in der Rentenversicherung ist eher verteilungs- und ordnungspolitischer denn verfassungsrechtlicher Natur. Es geht dahin, dass nicht nur die Rentenversicherung, sondern letztlich alle Teilsysteme der Gesellschaft darauf angewiesen, dass Kinder nachwachsen. Die demografische Entwicklung sei daher ein gesamtgesellschaftliches Phänomen und müsse

¹⁶⁴ Eben dieser monetäre Zukunftsbezug war auch die Idee von *W. Schreiber*, Existenzsicherheit in der modernen Gesellschaft, 1955, S. 33: „Nicht seine Eltern werden mit einer „Zeugungsprämie“ belohnt, sondern das Kind selbst erhält ein Vorschusseinkommen.“

¹⁶⁵ *U. Becker*, Die alternde Gesellschaft – Recht im Wandel, JZ 2004, 929 (934f.).

¹⁶⁶ So ausdrücklich BVerfGE 103, 242 (266).

auch abgabenpolitisch auf gesamtgesellschaftlicher Ebene gelöst werden, d. h. durch Steuern.¹⁶⁷ Zur näheren Begründung gräbt das Bundessozialgericht kritische Anmerkungen aus dem Schrifttum zum Pflegeversicherungsurteil wieder aus, um zu begründen, die Rentenversicherung sei doch ebenso „wie das Staatswesen“ (?) auf ein „nachwachsendes Staatsvolk“¹⁶⁸ angewiesen. Daher bestehe auch keine Notwendigkeit eines systemspezifischen Ausgleichs gerade in der Rentenversicherung. Das Bundesverfassungsgericht selbst hingegen wird hier sicherheitshalber überhaupt nicht mehr zitiert, denn in seinem Pflegeversicherungsurteil steht exakt das Gegenteil:

„Der aus der Konzeption der sozialen Pflegeversicherung den kinderlosen Versicherten erwachsende ‚systemspezifische‘ Vorteil unterscheidet sich von dem Nutzen, der einer Gesellschaft durch Kinder und ihre Betreuung und Erziehung im Allgemeinen erwächst.“¹⁶⁹

Die Argumentation des Bundessozialgerichts wendet sich also nicht nur gegen eine Berücksichtigung generativer Beiträge im Beitragsrecht der gesetzlichen Rentenversicherung, sondern gegen einen systeminternen Vorteilsausgleich in allen Systemen, also etwa auch in der Pflegeversicherung. Es erweist sich damit wiederum als verkapptes Argument gegen die Prämissen des Pflegeversicherungsurteils. Dieses unterscheidet nämlich ausdrücklich den allgemeinen Nutzen, der der Gesellschaft aus der Betreuung und Erziehung von Kindern erwächst, vom systemspezifischen Vorteil der kinderlosen Versicherten gerade in der sozialen Pflegeversicherung. Gäbe es diesen Vorteil nicht, könnte das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber auch nicht zu einem internen Ausgleich verpflichten, sondern müsste es ihm, wie noch im Trümmerfrauen-Urteil, überlassen, wo er den Ausgleich vornimmt. Das Bundessozialgericht stellt sich also gegen das Pflegeversicherungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, wenn es nach wie vor die Behauptung aufrecht erhält, die Betreuung und Erziehung von Kindern nutze nur der Gesellschaft, nicht aber speziell einzelnen seiner Teilsysteme.

Vielmehr müsste begründet werden, warum Kinder zwar spezifisch dem System soziale Pflegeversicherung nutzen, nicht aber der sozialen Rentenversicherung. Es kommt also nicht darauf an, ob die Gesamtgesellschaft für den Familienleistungsausgleich im Allgemeinen zuständig ist, sondern darauf, ob sie diese Zuständigkeit gerade in dem konkreten sozialen Subsystem, hier der sozialen Rentenversicherung, hat. Dieser argumentative Transfer der in ihrer Allgemeinheit richtigen These in den konkreten sozialen Zusammenhang wird aber

¹⁶⁷ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 55-57.

¹⁶⁸ Nur ein Staatsvolk? Oder vielleicht doch auch Zuwanderer?

¹⁶⁹ BVerfGE 103, 242 (265).

durchweg nicht erbracht. Es ist zwar Aufgabe der Gesamtgesellschaft, die Familie als ihr Mitglied zu fördern; damit ist aber noch nicht zwingend gesagt, dass es Aufgabe der Gesamtgesellschaft ist, die Familie dort zu fördern, wo sie in spezifischen sozialen Zusammenhängen Funktionen übernimmt. Denn es gibt keine Institution, die ein Zuständigkeitsmonopol für den Familienlasten- und -leistungsausgleich hätte:¹⁷⁰ So hat die Gesamtgesellschaft selbstverständlich eine nur sehr subsidiäre Zuständigkeit für die Familie, soweit sich diese in den eigenen vier Wänden entfaltet, und es käme auch niemand auf die Idee, private Versicherungsunternehmen steuerlich zu subventionieren, die unter dem demografischen Problem leiden. Die Nichtzuständigkeit der Gesamtgesellschaft für die Familie ist in diesen konkreten sozialen Zusammenhängen ebenso unbestritten wie ihre sonstige Zuständigkeit im Allgemeinen. Damit entpuppt sich die schneidige Ausgangsthese bei näherem Hinsehen als *petitio principii*: Sie unterstellt die Allgemeingültigkeit ihrer Aussage in allen sozialen Zusammenhängen und übernimmt diese daher unbesehen auch in den Bereich der sozialen Rentenversicherung. Aus diesem Grund verfängt auch der spätere Hinweis, dass sich das Problem des Generationenvertrages etwa in der Beamtenversorgung in gleicher Weise stelle,¹⁷¹ nicht. Denn so richtig es ist, dass vom örtlichen Fußballverein bis zur katholischen Kirche alle gesellschaftlichen Subsysteme und Institutionen auf nachwachsende Generationen angewiesen sind, so unzutreffend wäre es, aus diesem Umstand eine Zuständigkeit der Gesamtgesellschaft abzuleiten. Abgesehen davon fehlt in der Beamtenversorgung schon jeglicher Ansatzpunkt für das Thema, weil sie gar nicht durch Beiträge finanziert wird. Auch sind die Differenzen zwischen Frauen und Männern bei den Leistungen aufgrund eigener Ansprüche hier wesentlich geringer als in der Rentenversicherung.¹⁷²

Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch der Hinweis, ein externer Ausgleich über Steuern sei verteilungspolitisch gerechter,¹⁷³ ohne rechtliche Substanz und Relevanz ist.¹⁷⁴ Es ist nämlich durchaus diskussionsbedürftig, ob es wirklich gerechter ist, wenn mit der Gesamtheit der Steuerzahler auch die Eltern die Beseitigung des Gleichheitsverstoßes und die Wiederherstellung der Leistungsgerechtigkeit mit finanzieren und nicht allein diejenigen, die

¹⁷⁰ F.-X. Kaufmann, Alterssicherung und Nachwuchssicherung, in: U. Becker/F.-X. Kaufmann/B. von Maydell/W. Schmähl/H. F. Zacher (Hrsg.), Alterssicherung in Deutschland. Festschrift für Franz Ruland zum 65. Geburtstag, 2007, S. 243 (262f.).

¹⁷¹ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 58.

¹⁷² Beamtenversorgung: 2101 zu 1834 €, vgl. Ergänzender Bericht der Bundesregierung zum Rentenversicherungsbericht 2005 (Alterssicherungsbericht 2005), BT-Drucks. 16/906, S. 178.

¹⁷³ So etwa J. Ehler/A. Langelüddecke, Systematisierung und Bewertung aktuell diskutierter Überlegungen für eine verstärkte Berücksichtigung von Kindern in der Alterssicherung, DRV 7-8/2006, 397 (402f.).

¹⁷⁴ Vgl. zum Folgenden T. Kingreen, Bestand und Reform des Familienleistungsausgleichs in der Sozialversicherung, SDSRV 57 (2008), 71 (90f.).

von der bisherigen Scheinäquivalenz profitiert haben.¹⁷⁵ Im Übrigen stützt sich das Gerechtigkeitsargument auf das Steuerrecht in seiner jetzigen Ausgestaltung, begründet aber nicht, warum die Steuer als Abgabentypus besser für den Familienleistungsausgleich geeignet ist als der Sozialversicherungsbeitrag. Zudem ist hochgradig umstritten, ob die Ausgestaltung der direkten Steuern zu einer gerechten Lastenverteilung zwischen den leistungsfähigen und den weniger leistungsfähigen Teilen führt; die Kompliziertheit der Materie und Vollzugsdefizite sind eher geeignet, das ohnehin schwache Gerechtigkeitsargument zu erschüttern. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber in den letzten Jahren die direkten Steuern tendenziell gesenkt hat, während die indirekten Steuern zum Teil massiv angestiegen sind. Indirekte Steuern belasten aber nach zutreffender Ansicht des Bundesverfassungsgerichts Familien wesentlich stärker als Kinderlose:

„Während bei der Einkommensteuer als Personensteuer eine Berücksichtigung der Familienverhältnisse möglich und geboten ist, belässt die Umsatzsteuer als indirekte Steuer den Verbraucher als Steuerträger in der Anonymität des Marktes, nimmt also seinen Familienstand, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht zur Kenntnis und kann dementsprechend nicht im Tatbestand nach Ehe und Familie differenziert werden [...]. Die indirekte Besteuerung belastet Familien, die wegen ihres höheren Bedarfs mehr indirekt besteuerte Güter und Leistungen erwerben müssen, mehr als Kinderlose.“¹⁷⁶

Auch diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nimmt das Bundessozialgericht nicht zur Kenntnis.

4. „Verfassungsrechtlich kaum hinnehmbare Verwerfungen“

Das Bundessozialgericht „krönt“ seinen „weiteren gleichheitsrechtlichen Kontext“ mit dunklen Andeutungen: Die Berücksichtigung einer auf der Betreuungs- und Erziehungsleistung beruhenden Vorleistung im Recht der GRV könnte „zu verfassungsrechtlich kaum hinnehmbaren Verwerfungen an anderer Stelle führen.“¹⁷⁷ An anderer Stelle ist ohne weitere Spezifizierung von „vielfältigen verfassungsrechtlichen Risiken“¹⁷⁸ die Rede. Es fällt schwer, derartige Zerfallstheorien in rechtswissenschaftliche Kategorien zu überführen. Es bleibt nämlich unklar, um welche Verwerfungen es genau gehen soll, und wo genau die verfassungsrechtlichen Probleme liegen sollen. Eine Norm des Grundgesetzes wird jedenfalls vorsichtshalber gar nicht erst präsentiert. Letztlich geht es hier wohl eher um einen kaschierten Systemkon-

¹⁷⁵ J. Kersten, Demographie als Verwaltungsaufgabe, Die Verwaltung 40 (2007), 309 (322ff.).

¹⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 23. 8. 1999, 1 BvR 2164/98 = DStRE 1999, 801 (802); vgl. ferner etwa G. Kirchhof, Der besondere Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR 129 (2004), 542 (572ff.)

¹⁷⁷ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 58.

¹⁷⁸ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 59.

servativismus: „Am besten bleibt einfach alles wie es ist“, so hätte man die Ausführungen in den Randnummern 58 und 59 auch auf einen einzigen Satz reduzieren können.

Offenbar stört sich das Bundessozialgericht daran, dass andere Alterssicherungssysteme von einem systeminternen Vorteilsausgleich in der Rentenversicherung nicht profitieren würden. Knapp zusammengefasst: Wenn nicht alle einen Nutzen haben können, dann lieber keiner; das konzeptionelle Defizit der gesetzlichen Rentenversicherung soll bestehen bleiben, weil es ja anderenorts auch noch Defizite gibt. Mit diesem Argument hätte man schon 1957 die Umlagefinanzierung in der Rentenversicherung nicht einführen dürfen, denn auch von dieser profitieren ja nicht alle Einwohner, sondern nur diejenigen, die eben Mitglieder der gesetzlichen Rentenversicherung sind. Eine seriöse Auseinandersetzung mit diesen Ausführungen würde zunächst einmal voraussetzen, dass das Bundessozialgericht ein Alterssicherungssystem benennt, das die im Pflegeversicherungsurteil aufgestellten Voraussetzungen erfüllt und dann mitteilt, wo verfassungsrechtlich nicht hinnehmbare Verwerfungen drohen. Die Beamtenversorgung ist es jedenfalls nicht, denn diese wird nicht durch Beiträge finanziert.

Letztlich betrifft dieses Argument bereits die Frage der Umsetzung, die indes nicht Gegenstand des Verfahrens einer Verfassungsbeschwerde ist. Das gilt schließlich auch für den Hinweis, „selbst bei einer Betrachtung nur innerhalb der GRV“ könne es „zu einer verfassungsrechtlich schwer zu rechtfertigenden Umverteilung von niedrigen zu höheren Einkommen kommen, weil besserverdienende Kindererziehende durch die Beitragsentlastung stärker begünstigt würden als Kindererziehende mit geringerem Einkommen. Bei Kinderlosen könnte es zu einer Privilegierung von gut verdienenden gegenüber weniger gut verdienenden Versicherten kommen.“¹⁷⁹

Das ist auch in der Sache schlicht falsch. Denn die Vorschläge, wie eine Beitragsdifferenzierung versicherungsmathematisch so ausgestaltet werden könnte, dass sie keine zusätzlichen Umverteilungseffekte auslösen, liegen seit langem auf dem Tisch; vorgeschlagen wird etwa, bei der Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen Kinderfreibeträge zu gewähren.¹⁸⁰ Diese Konzepte sind dem 12. Senat im Zuge des Verfahrens sogar präsentiert worden. Wenn der Senat sich also schon unnötigerweise auf die Umsetzungsebene meinte begeben zu müssen, so hätte er es nicht bei dieser oberflächlich-apodiktischen Behauptung lassen dürfen, son-

¹⁷⁹ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 59.

¹⁸⁰ M. Werding, Zur Rekonstruktion des Generationenvertrages, 1998, insbes. S. 433ff. und jetzt *ders.*, Familien in der gesetzlichen Rentenversicherung. Das Umlageverfahren auf dem Prüfstand, 2013, S. 71ff.

dern sich in der Sache mit diesen Vorschlägen auseinandersetzen müssen. So bleibt es bei diffusen, einer differenzierten Analyse nicht zugänglichen Andeutungen.

C. Übertragbarkeit auf die gesetzliche Krankenversicherung

Auch für die gesetzliche Krankenversicherung gilt die Vorgabe im Pflegeversicherungsurteil, „dass die Bedeutung des vorliegenden Urteils auch für andere Zweige der Sozialversicherung zu prüfen sein wird.“¹⁸¹

I. Maßstab: Voraussetzungen des Pflegeversicherungsurteils

Da die Organisations- und Finanzierungsstrukturen der Pflegeversicherung denjenigen der Krankenversicherung weitgehend entsprechen, ist die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils grundsätzlich noch weniger problematisch als in der Rentenversicherung. Selbst Kritiker des Pflegeversicherungsurteils bejahen daher seine Übertragbarkeit auf die Krankenversicherung.¹⁸² Voraussetzung ist auch hier, dass die Krankenversicherung hinsichtlich des versicherten Risikos und seiner Finanzierung mit der Pflegeversicherung vergleichbar ist (1.), zweitens eine Mindestgeschlossenheit (2.) aufweist und drittens vorhersehbar war, dass ein relevanter Anteil der Versicherten kinderlos bleiben wird (3.):

1. Das versicherte Risiko und seine Finanzierung

a) Alter und Älterwerden

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts führt, im Ausgangspunkt noch zutreffend, aus, dass das Risiko einer Erkrankung alle Altersgruppen der Gesellschaft trifft. Die Ausführungen der einschlägigen Randnummer enden dann mit folgendem Satz:

„Zwar steigen die Krankheitskosten pro Kopf nach den öffentlich, d. h. für jedermann verfügbaren statistischen Daten allgemein - unabhängig von der Zugehörigkeit zur GKV - grundsätzlich im Alter deutlich an.“¹⁸³

Auch dieser Satz ist richtig. Schon die Leistungsausgaben der 50-59-Jährigen sind je Versicherten etwa doppelt so hoch wie bei den unter 50-Jährigen. Bei den 70-79-Jährigen sind sie nochmals fast doppelt so hoch wie bei den 50-59-Jährigen; bei den über 80-Jährigen ist nochmals ein Anstieg von ca. 30% im Verhältnis zu den 70-79-Jährigen zu konstatieren.¹⁸⁴

¹⁸¹ BVerfGE 103, 242 (270).

¹⁸² I. Ebsen, Die gesetzliche Pflegeversicherung (SGB XI) auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts, Jura 2002, 401 (408). Vgl. ferner M. Estelmann, Das „Beitragskinderurteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001 – 1 BvR 1629/94, SGB 2002, 245 (252); H. Rothgang, Die Verfassungsgerichtsurteile zur Pflegeversicherung: Ausgangspunkt für eine Neuordnung der Sozialversicherung?, Sozialer Fortschritt 2001, S. 121 (123).

¹⁸³ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 66.

¹⁸⁴ Berechnungen aus dem Risikostrukturausgleich, vgl. BT-Drucks. 14/4863; ferner F. Niehaus, Ein Vergleich der von Familien geleisteten Beiträge und erhaltenen Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, Sozialer Fortschritt 2009, S. 282ff.

Das sieht, mit etwas anderer Differenzierung der Altersstruktur, auch das Bundessozialgericht:

„So lagen die Krankheitskosten etwa im Jahr 2006 für Einwohner unter 15 Jahren bei jährlich 1240 Euro, bei Einwohnern zwischen 15 und 30 Jahren bei 1180 Euro, bei den 30 bis 45-jährigen bei 1600 Euro, bei den 45 bis 65-jährigen bei 2930 Euro, bei den 65 bis 85-jährigen bei 6140 Euro und bei Einwohnern von 85 Jahren und älter bei 14 440 Euro (Statistisches Bundesamt, Gesundheit - Krankheitskosten, Wiesbaden 2010, S 14).“¹⁸⁵

Das soziale Risiko Krankheit tritt damit zwar nicht nur im Alter auf; die Zahlen zum Leistungsbedarf im Alter belegen aber eindrücklich, „dass der durch den Eintritt des Versicherungsfalls verursachte finanzielle Bedarf überproportional häufig in der Großelterngeneration (60 Jahre und älter) auftritt“¹⁸⁶. Man hätte daher erwarten können, dass das Bundessozialgericht diese erste Voraussetzung für die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils ohne weiteres bejahen würde. Tatsächlich erstellt der Senat aber eine Privatstatistik, die so abenteuerlich ist, dass bislang noch niemand auf sie gekommen ist –obwohl die Diskussion mittlerweile seit mehr als drei Jahrzehnten geführt wird. Der Senat kollektiviert das Problem nämlich dadurch, dass er zwei Gruppen von Versicherten vergleicht: die unter und die über 65-jährigen! Hier kann er dann keine wesentlichen Unterschiede feststellen:

„Das allgemeine Ausgabenvolumen stellte sich im Jahr 2008 jedoch so dar, dass für die Gruppe der unter 65 Jahre alten Personen Krankheitskosten von insgesamt rund 131,2 Mrd. Euro entstanden sind, für die Gruppe der 65-jährigen und älter aber "nur" rund 123,1 Mrd. Euro.“¹⁸⁷

Daraus folgert der Senat sodann:

„Der überwiegende Teil der Gesamtkosten (Krankheitskosten) entstand nach den vorstehenden Ausführungen in der Generation der Erwerbstätigen selbst, und nicht - wie vom BVerfG im sPV-Urteil gefordert (BVerfGE 103, 242, 263 = SozR 3-3300 § 54 Nr. 2 S 16 f) – ‚überproportional‘ in der Generation der Älteren/Nichterwerbstätigen.“¹⁸⁸

Die Beschwerdeführerin und der Beschwerdeführer wurden von dieser Begründung vollkommen überrascht. Der Senat hatte sie ausweislich seiner Ausführungen erst am 8. 9. 2015 recherchiert und weder zuvor noch in der mündlichen Verhandlung zum Gegenstand der Diskussion gemacht. Hätte er es getan, wäre es ein Leichtes gewesen, ihn darauf hinzuweisen, dass diese Ausführungen komplett neben der Sache liegen.

¹⁸⁵ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 67.

¹⁸⁶ BVerfGE 103, 242 (263).

¹⁸⁷ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 67.

¹⁸⁸ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 68.

Insoweit sei erneut auf die vom Unterzeichner eingeholte und in der **Anlage 2** übersandte Stellungnahme von *Prof. Dr. Martin Werding* verwiesen, denen kein Gesundheitsökonom in Deutschland widersprechen dürfte.¹⁸⁹

Die Stellungnahme belegt den grundlegenden methodischen Fehler, der diesen Ausführungen zugrunde liegt: Die beiden Vergleichsgruppen sind unterschiedlich groß; im vom Bundessozialgericht zugrunde gelegten Referenzjahr 2006 hatte die Altersgruppe der über 65-jährigen gerade einmal einen Anteil von 19,8% an der Gesamtbevölkerung.¹⁹⁰ Mit einer derart unterkomplexen Argumentation könnte man auch behaupten, dass Pflegebedürftigkeit kein überproportional mit dem Alter steigendes Risiko darstellt: Am 31. 12. 2014 gab es in der sozialen Pflegeversicherung insgesamt 2.568.936 Leistungsempfänger; gut die Hälfte davon (1.367.780) war 80 Jahre oder älter.¹⁹¹ Da die andere Hälfte der Leistungsbezieher unter 80 Jahre alt war, würde die Pflegeversicherung also gar kein Risiko versichern, das mit zunehmendem Alter überproportional auftritt. Denn die über 80jährigen haben schließlich keinen höheren Leistungsbedarf als die unter 80jährigen. Die Absurdität auch dieses Vergleichs zeigt, dass das Bundessozialgericht hier den methodischen Fehler begangen hat, auf die Gesamtleistungsausgaben des Versichertenkollektivs der über 65-jährigen abzustellen. Wäre er richtig, wäre das Alter auch für den Risikoausgleich unter den Krankenkassen irrelevant; tatsächlich ist es aber nach § 266 Abs. 1 SGB V ein zentrales Kriterium für die Zuweisungen der Krankenkassen aus dem Gesundheitsfonds.

Das Bundesverfassungsgericht stellt daher im Pflegeversicherungsurteil auch auf die durchschnittlichen Pro-Kopf-Ausgaben im Lebenslängsschnitt ab und fragt, ob diese im Alter überproportional steigen.¹⁹² Die Zahlen, die das Bundessozialgericht zu Beginn von Rn. 67 seines Urteils zitiert, belegen eindrücklich, dass dies auch in der gesetzlichen Krankenversicherung zu bejahen ist, ja es bestätigt diese Tatsache im letzten Satz der Randnummer 66 seines Urteils sogar ausdrücklich.

Auch im Übrigen ist der Umgang des 12. Senats mit statistischen Daten methodisch wenig reflektiert. Die Datenquelle des Senats ist offensichtlich der Band „Krankheitskosten 2002, 2004, 2006 und 2008 " in der Reihe „Statistisches Bundesamt, Gesundheit, Fachserie 12,

¹⁸⁹ Stellungnahme von *Prof. Dr. Martin Werding* v. 9. 3. 2016, S. 7-12.

¹⁹⁰ Stellungnahme von *Prof. Dr. Martin Werding* v. 9. 3. 2016, S. 7.

¹⁹¹ Bundesministerium für Gesundheit, Soziale Pflegeversicherung. Leistungsempfänger nach Altersgruppen und Pflegestufen am 31. 12. 2014, http://www.bmg.bund.de/fileadmin/dateien/Downloads/Statistiken/Pflegeversicherung/Leistungsempfaenger_insgesamt/Leistungsempfaenger-nach-Altersgruppen-und-Pflegestufen-insgesamt_01.pdf.

¹⁹² BVerfGE 103, 242 (263)

Reihe 7.2“, S. 13 u. 36. Dort heißt es, dass im Jahr 2008 die Ausgaben für die ab 65jährigen $96,837 + 26,252 = 123,089$ Mrd. Euro betragen, von insgesamt 254,280 Mrd. Euro für die gesamte Bevölkerung.¹⁹³ Leider handelt es sich bei diesem Betrag aber gar nicht um die Ausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung (diese betragen 2008 nur 160,76 Mrd. €), sondern um die Gesamtausgaben im Gesundheitswesen.¹⁹⁴ Die Daten des erkennenden Senats geben also eine andere Ausgabenmasse und -struktur als behauptet wieder und sind schon allein deshalb für die darauf gestützte Aussage nicht tragfähig. Zu wesentlichen Teilen betreffen sie überhaupt nicht die umlagefinanzierten GKV-Ausgaben.

Das Bundessozialgericht stützt seine Argumentation damit auf methodisch unhaltbare Grundannahmen, die zudem im offensichtlichen Widerspruch zu den im Pflegeversicherungsurteil zugrunde gelegten Prämissen stehen. Diese Prämissen gelten entsprechend auch für die gesetzliche Krankenversicherung, die ein maßgeblich durch das Alter und das Älterwerden bestimmtes Risiko versichert.

b) Umlagefinanzierung

Nach § 220 Abs. 1 S. 1 SGB V werden die Mittel der Krankenversicherung durch Beiträge der Versicherten und sonstige Einnahmen aufgebracht. Es wird also aus den Beiträgen kein Kapitalstock gebildet; vielmehr sind die Beiträge so zu bemessen, dass der Finanzbedarf der Krankenkassen für die Aufbringung der Leistungsausgaben gedeckt wird. Damit beruht die gesetzliche Krankenversicherung ebenso wie die Pflegeversicherung auf dem Umlageverfahren.

Die Beiträge werden gemäß § 223 Abs. 2 S. 1 SGB V nach den beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder bemessen; bei den Rentnern sind das die Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 228 SGB V). Da die Renten aber regelmäßig deutlich unter dem zuvor erzielten Arbeitseinkommen liegen, leisten die Rentner insgesamt weniger Beiträge als die Erwerbstätigen, verursachen aber, wie bereits ausgeführt,¹⁹⁵ wesentlich höhere Leistungsausgaben. Das Defizit zwischen Beitragseinnahmen und Leistungsausgaben in der Kranken-

¹⁹³ https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Gesundheit/Krankheitsknoten/Krankheitskosten/2120720089004.pdf?_blob=publicationFile).

¹⁹⁴ https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/redaktion/pdf_pressemitteilungen/2009/pm-03-03-09-finanzentwicklung-anlage.pdf; S. 2.

¹⁹⁵ S. vorstehend a).

versicherung für Rentner hat sich zwischen 1991 und 2008 von umgerechnet 21,5 Milliarden auf 39,9 Milliarden € fast verdoppelt.¹⁹⁶

Das Bundessozialgericht hält dem entgegen, dass der Eigenfinanzierungsanteil der Rentnerinnen und Rentner ja immerhin 46% betrage und damit mehr als in der sozialen Pflegeversicherung (25%).¹⁹⁷ Auch hier wird wieder sehr freihändig und eklektizistisch mit Datenmaterial hantiert. *Prof. Dr. Martin Werding* weist in seiner vom Unterzeichner eingeholten Stellungnahme darauf hin, dass

„Herkunft und Zusammensetzung dieser Zahl [...] im Urteil und auch im genannten Bericht nicht näher erläutert [werden]. Sie kann hier daher nicht überprüft werden. Es ist aber davon auszugehen, dass damit die Beiträge gemeint sind, die die Rentner auf ihre beitragspflichtigen Einnahmen – u.a. ihre gesetzlichen Renten, mit einem Beitragszuschuss der GRV in Höhe des hälftigen allgemeinen Beitragssatzes der GKV – an die Krankenversicherung der Rentner (KVdR) entrichten müssen. Falls das so ist, dürfte die ursprünglich auf das Jahr 2003 bezogene Zahl mittlerweile stark veraltet sein. Seit 2003 ist das Niveau gesetzlicher Renten – gemessen an einer Bruttostandardrente mit 45 Versicherungsjahren im Vergleich zu den durchschnittlichen, beitragspflichtigen Bruttoentgelten aktiver Versicherter – bis 2012 um rund 5,5% (bis 2014 sogar um rund 8,5%) gesunken.¹⁹⁸ Der Rentnerquotient ist dagegen, mit gewissen zwischenzeitlichen Schwankungen, tendenziell konstant geblieben, v.a. weil neben der Zahl der Rentner auch die Erwerbsbeteiligung und die sozialversicherungspflichtige Beschäftigung tendenziell gestiegen sind.“¹⁹⁹

Ergänzend ist zu sagen, dass der „Eigen“finanzierungsanteil dadurch in Zukunft noch wesentlich geringer ausfallen wird, weil einerseits der medizinische Fortschritt ausgabensteigernd wirkt, andererseits aber das für Bemessung der Beiträge maßgebliche Rentenniveau (vgl. § 154 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB VI) nach den Berechnungen der Bundesregierung von 53,6% im Jahre 2005 auf 43% im Jahre 2030 absinken soll.²⁰⁰

Prof. Werding zeigt ferner auf, dass schon die Prämissen des Bundessozialgerichts falsch sind:

„Gravierender ist jedoch, dass eine Zurechnung der für die Rentner abgeführten Beiträge zu den Rentnern selbst nicht der tatsächlichen intergenerationellen Verteilung der damit verbundenen Finanzierungslasten entspricht. Soweit die finanzielle „Beteiligung“ der Rentner auf ihrerseits im Umlageverfahren finanzierten Leistungen der GRV beruht, sind die daraus resultierenden Beiträge zur KVdR

¹⁹⁶ Kassenärztliche Bundesvereinigung, Grunddaten zur vertragsärztlichen Versorgung 2009, 71 = Daten des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, www.kbv.de/2422.html.

¹⁹⁷ So aber BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 68.

¹⁹⁸ Vgl. Deutsche Rentenversicherung, Rentenversicherung in Zeitreihen 2015, S. 258.

¹⁹⁹ Stellungnahme von *Prof. Dr. Martin Werding* v. 9. 3. 2016, S. 11.

²⁰⁰ BT-Drucks. 17/17770, S. 24.

letztlich ebenfalls den Mitgliedern der jeweils aktiven Generation zuzurechnen, die durch ihre Beiträge an die GRV die dafür nötigen Mittel erwirtschaften. Dies gilt völlig unabhängig davon, ob und in welchem Umfang ein Teil der KVdR-Beiträge von der GRV direkt bezuschusst wird bzw. ob und inwieweit die Bruttorenten dadurch rechnerisch vermindert werden. Der Verweis auf einen substantiellen ‚Eigenfinanzierungsanteil‘ der Rentner oder der 65-Jährigen und Älteren an den auf sie entfallenden Ausgaben der GKV erweist sich damit nicht nur als vermutlich überhöht, sondern v.a. als sachlich verfehlt.“²⁰¹

Die Rentenanwartschaften sind zwar verfassungsrechtlich Eigentum der Rentnerinnen und Rentner; realökonomisch stammen sie aber aus dem Sozialprodukt der Nachwuchsgeneration, d. h. es handelt sich bei den Beiträgen der Rentnerinnen und Rentner tatsächlich immer um Zahlungen der Nachwuchsgeneration – in der gesetzlichen Pflegeversicherung genauso wie in der gesetzlichen Krankenversicherung. Das Bundesverfassungsgericht hat daher von vornherein die Frage des Eigenfinanzierungsanteils gar nicht erst aufgeworfen, weil sie für die eigentlich entscheidende Frage, aus welchen Quellen die Ausgaben der Kranken- und Pflegeversicherung stammen (nämlich aus den Beiträgen der mittleren Generation und den zukünftigen monetären Beiträgen der Kinder), vollkommen irrelevant ist.

Daran wird deutlich, dass die Krankenversicherung nicht anders als die Pflege- und die Rentenversicherung darauf angewiesen ist, „dass Kinder in genügend großer Zahl nachwachsen.“²⁰² Eine vielbeachtete Untersuchung des renommierten Instituts für Mikrodaten-Analyse in Kiel geht sogar davon aus, dass der demografische Wandel die größte Herausforderung für die Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung ist:

„Das Umlageverfahren in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) wird nach Auffassung des Instituts für Mikrodaten-Analyse (IfMDA) in den Jahren 2030 bis 2050 durch den demografischen Wandel infrage gestellt werden. Grund dafür sei, dass sich die geburtenstarken Jahrgänge in dieser Zeit im Rentenalter befänden und ihre Gesundheitskosten von der nachrückenden Generation nicht mehr bezahlt werden könnten, erklärte der Leiter des IfMDA, Thomas Drabinski, heute in Berlin bei der Präsentation seiner Studie ‚GKV 2060‘. Hintergrund: Seit 2007 sei die Zahl der über 65-Jährigen höher als die Zahl der unter 20-Jährigen. Bis 2060 werde sich diese Differenz von heute zwei auf zwölf Millionen Personen erhöhen, so Drabinski. Im selben Zeitraum werde die Zahl der Erwerbstätigen um mehr als 17 Millionen sinken. ‚Die Bedeutung der Steuerzuschüsse für die gesetzliche Krankenversicherung wird bis 2060 kontinuierlich steigen‘, prognostizierte der IfMDA-Leiter. Gehe man davon aus, dass die Ausgaben der GKV weiterhin so anstiegen, wie sie in den vergangenen 40 Jahren angestiegen seien, müsse im Jahr 2060 der Staat 144 Milliarden Euro an Steuermittel zuschießen, wenn der Beitragssatz unter 16 Prozent bleiben solle – die GKV wäre dann zu fast 50 Pro-

²⁰¹ Stellungnahme von Prof. Dr. Martin Werding v. 9. 3. 2016, S. 11f.

²⁰² BVerfGE 103, 242 (264).

zent aus Steuern finanziert. Gäbe es jedoch keine Steuerzuschüsse, würde der GKV-Beitragssatz bis 2060 bei einer optimistischen Schätzung auf 23 Prozent steigen, realistischer noch seien 32 Prozent, so Drabinski. Zusammen mit der Renten- und Pflegeversicherung könnten dann die Sozialversicherungsbeiträge 70 Prozent des Bruttolohns ausmachen. ‚Eine grundlegende Reform der GKV-Finanzierungsstruktur ist bis zum Jahr 2015 unabdingbar‘, betonte Drabinski. Jede weitere Verzögerung werde dazu führen, dass sich der finanzierungsseitige GKV-Reformstau nur noch mit gravierenden Einschnitten in den Leistungskatalog auflösen ließe. Drabinski kritisierte, dass die Politik keine langfristige Strategie erarbeite, obwohl der demografische Wandel bereits in den 1970er Jahren so prognostiziert worden sei, wie er heute eingetreten ist. Ändern würde sich die Prognose nur, wenn zum Beispiel durch eine intensive Familien- oder Einwanderungspolitik die Geburtenrate stiege oder mehr qualifizierte Ausländer nach Deutschland kämen.“²⁰³

2. Mindestgeschlossenheit des Systems

Aufgrund der weitgehend identischen Versichertenstruktur weist die gesetzliche Krankenversicherung eine mit der Pflegeversicherung ohne weiteres vergleichbare Mindestgeschlossenheit auf. Im Jahre 2014 versicherte sie insgesamt 70,65 Millionen Personen.²⁰⁴ Damit sind etwa 87% der in Deutschland lebenden Bevölkerung gegen die Risiken Krankheit und Arbeitsunfähigkeit versichert, was ziemlich exakt der im Pflegeversicherungsurteil angegebenen und in der Pflegeversicherung für ausreichend gehaltenen Zahl entspricht.

3. Absehbarkeit fehlender generativer Beiträge

Für die letzte Voraussetzung der Anwendbarkeit des Pflegeversicherungsurteils, die Absehbarkeit fehlender generativer Beiträge, gilt das für die Rentenversicherung Gesagte entsprechend: Das Problem ist seit langem bekannt!²⁰⁵

4. Zwischenergebnis

Die gesetzliche Krankenversicherung entspricht in den wesentlichen Strukturelementen denjenigen Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht im Pflegeversicherungsurteil für die verfassungsrechtliche Notwendigkeit der beitragsrechtlichen Differenzierung zwischen Versicherten mit und ohne Kinder aufgestellt hat. Sie versichert ein wesentlich im Alter auftretendes Risiko im Wege der Umlagefinanzierung und weist eine Mindestgeschlossenheit auf, die die Erwartung stützt, dass die Kinder der heutigen Versicherten das System in Zu-

²⁰³ Deutsches Ärzteblatt v. 7. 3. 2012, GKV-Umlageverfahren ab 2030 nicht mehr haltbar, <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/49416>.

²⁰⁴ https://www.gkv-spitzenverband.de/media/grafiken/gkv_kennzahlen/kennzahlen_gkv_2015_q3/300dpi_10/GKV-Kennzahlen_Versicherte_jeSystem_absolut_300.jpg.

²⁰⁵ Vgl. oben B. I. 3.

kunft maßgeblich stützen werden. Es ist seit langem absehbar, dass ein relevanter Teil der Versicherten diese Beiträge nicht erbringt.

II. Umsetzung: Systeminterner Vorteilsausgleich

Ebenso wie in der Rentenversicherung gilt damit, dass die Prämissen des Pflegeversicherungsurteils für die Krankenversicherung gleichermaßen gelten.

Das Bundessozialgericht greift nun aber erneut auf seinen obskuren „weiteren gleichheitsrechtlichen Kontext“²⁰⁶ zurück, der die Gleichbehandlung/Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin und des Beschwerdeführers legitimieren soll. Auch hier gilt indes wieder: Diese „zweite Gleichheitsprüfung“ mit identischen Prüfungsmaßstäben ist grundrechtsdogmatisch unreflektiert und dient in der Sache nur wiederum dazu, die Abweichung der angegriffenen Entscheidung von der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu kaschieren. Sie bedürfte daher an sich gar keiner Auseinandersetzung. Ohnehin bringt der 12. Senat neben drei bekannten und bereits vorstehend abgehandelten Argumenten – angeblich fehlende Gleichwertigkeit zwischen monetärem und generativem Beitrag;²⁰⁷ Familienlastenausgleich als Aufgabe der Gesamtgesellschaft, daher Ausgleich im Steuerrecht²⁰⁸ und „verfassungsrechtlich kaum hinnehmbare Verwerfungen“²⁰⁹ – nur ein wirklich GKV-spezifisches Argument, nämlich den Hinweis, der Gesetzgeber habe doch die durch die Kindererziehung entstehenden Nachteile bereits im Beitrags- und Leistungsrecht der GKV ausgeglichen. Familienfördernde Elemente im System der GKV seien: die beitragsfreie Familienversicherung (§ 10 SGB V), Krankengeld bei Erkrankung des Kindes (§ 45 SGB V), Anspruch auf Haushaltshilfe (§ 38 SGB V), keine Zuzahlungspflicht für Kinder (§ 39 Abs 4, § 40 Abs 5, 6 SGB V), Minderung der Belastungsgrenze für Zuzahlungen (§ 62 Abs 2 SGB V), Fortbestehen der Pflichtmitgliedschaft bei Anspruch auf Mutterschaftsgeld, Bezug von Erziehungsgeld oder Elterngeld oder bei Inanspruchnahme von Elternzeit (§ 192 Abs 1 Nr. 2 SGB V), Beitragsfreiheit bei Anspruch auf Mutterschaftsgeld, Bezug von Erziehungsgeld oder von Elterngeld (§ 224 Abs 1 SGB V), Leistungen bei Schwangerschaft und Mutterschaft (§§ 24c bis 24i SGB V).²¹⁰

²⁰⁶ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 69.

²⁰⁷ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 73; dazu oben B. II. 2.

²⁰⁸ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 74; dazu oben B. II. 3.

²⁰⁹ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 75; dazu oben B. II. 3.

²¹⁰ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 70.

Der Hinweis auf die Familienversicherung nach § 10 SGB V ist erstaunlich, denn auch das Pflegeversicherungsrecht kennt die beitragsfreie Mitgliedschaft (§ 25 SGB XI), die das Bundesverfassungsgericht im Pflegeversicherungsurteil aber gerade nicht als hinreichenden Ausgleich angesehen hatte:

„Ein gewisser Ausgleich besteht zwar darin, dass die kinderbetreuenden und -erziehenden Versicherten bei gleichen Beiträgen, wie sie Kinderlose zahlen, Leistungen auch für die anderen Familienangehörigen erhalten. Diese Begünstigung wiegt aber den mit der Erziehungsleistung zusätzlich erbrachten generativen Beitrag und den damit verbundenen Nachteil der Erziehenden angesichts des Vorteils, der den Kinderlosen durch die Erziehungsleistung zuwächst, nicht vollständig auf. Dementsprechend fordert der Ausgleich der Benachteiligung mehr als nur den beitragsfreien Erwerb des Rechts auf Inanspruchnahme von Pflegeleistungen durch Familienangehörige.“²¹¹

Das Bundesverfassungsgericht hat im Pflegeversicherungsurteil also ausdrücklich und mit Bindungswirkung auch für das Bundessozialgericht (§ 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG) festgestellt, dass die beitragsfreie Mitversicherung der Familienangehörigen keinen hinreichenden Ausgleich für die Benachteiligung der Versicherten mit Kindern bildet. Das Bundessozialgericht möchte sich dieser Evidenz durch den Hinweis entziehen, dass

„die Leistungen im Krankheitsfall von Kindern und beitragsfrei versicherten Ehegatten auch häufiger in Anspruch genommen werden. Ohne die Familienversicherung müssten Eltern Beiträge für Kinder aufbringen oder für Behandlungskosten bei Eintritt des Versicherungsfalles selbst aufkommen.“²¹²

Hier fragt man sich zunächst, worauf sich der Komparativ „häufiger“ eigentlich beziehen soll. Vermutlich soll die Pflegeversicherung der Vergleichstatbestand sein. In der Sache führen die Ausführungen aber nicht weiter, denn die im Vergleich mit Pflegeleistungen häufigere Inanspruchnahme von Krankenversicherungsleistungen beruht ja wiederum nur darauf, dass es sich um unterschiedliche Versicherungsfälle handelt. Dieser Unterschied wäre aber nach den Prämissen des Pflegeversicherungsurteils nur relevant, wenn es sich nicht um ein Risiko handelt, das überproportional im Alter auftritt. Da aber auch Krankheit ein solches Risiko ist,²¹³ spielen diese Unterschiede hier keine Rolle und können daher auch nicht durch irgendwelche Hilferwägungen Relevanz bekommen.

Nur hilfsweise ist nochmals darauf hinzuweisen, dass mit dem Bruttoeinkommen der Eltern zugleich der vom Unterhaltsrecht den Kindern und nichterwerbstätige Ehegatten zugewie-

²¹¹ BVerfGE 103, 242 (269).

²¹² BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 71.

²¹³ Vgl. oben I. 1. a).

sene Einkommensanteil verbeitragt wird, so dass bei vollständiger Betrachtung unter Einbeziehung auch des Unterhaltsrechts von Beitragsfreiheit keine Rede sein kann und diese lediglich einen Unterfall des allgemeinen Solidarprinzips der Gesetzlichen Krankenversicherung darstellt. Das hat *Dr. Frank Niehaus* in seiner Studie „Familienlastenausgleich in der Gesetzlichen Krankenversicherung“ bereits 2009 deutlich herausgestellt:

„Tatsächlich ist die „beitragsfreie Mitversicherung“ für Familien eigentlich nicht beitragsfrei: Bei der Beitragserhebung wird – anders als bei der Steuerveranlagung – nicht berücksichtigt, dass Eltern mit ihrem Einkommen nicht nur sich selbst, sondern auch ihre Kinder und ggf. den nicht erwerbstätigen Ehegatten unterhalten müssen. Kinder werden als eigenständige Subjekte im Familienhaushalt nicht berücksichtigt. Die Unterhaltungspflichten für Kinder spielen für die Höhe des Krankenversicherungsbeitrags keine Rolle, so dass im Ergebnis die Leistungsfähigkeit von Familien nicht adäquat berücksichtigt wird.“²¹⁴

Im Übrigen findet schon deshalb kein Vorteilsausgleich durch Kinderlose statt, weil diese in aller Regel während ihrer Kindheit ebenfalls in den Genuss der Mitversicherung gekommen sind. Aus diesem Grunde scheiden auch die übrigen vom Bundessozialgericht aufgeführten Leistungen als Kompensationen zwischen Versicherten mit und ohne Kinder aus. Denn als Kinder sind alle GKV-Versicherten, auch diejenigen ohne eigene Kinder, in den Genuss der diesbezüglichen Risikoabsicherungen gekommen.

Vollkommen an der Oberfläche verbleibt schließlich der Versuch, das erwähnte Gutachten von *Dr. Frank Niehaus*, Familienlastenausgleich in der Gesetzlichen Krankenversicherung, zu widerlegen. *Niehaus* kommt in einer differenzierten Analyse unter Auswertung aller verfügbaren Daten zu dem Schluss, „dass die allermeisten Familien in der Phase, in der die Kinder noch im elterlichen Haushalt leben, ihre Krankheitskosten durch die eigenen Krankenversicherungsbeiträge im Durchschnitt selbst decken. In dieser Lebensphase tragen sie genauso wie auch Kinderlose im Umlagesystem als Nettozahler die Gesundheitsausgaben anderer mit.“²¹⁵ Dieses Verhältnis soll sich erst ab dem vierten Kind umdrehen.²¹⁶

Das Bundessozialgericht meint dem entgegen zu können, „dass die GKV eine Risikoabsicherung bietet, also im weiteren Sinne eine Risikoversicherung ist. Durch seine Beiträge ‚erkauft‘ der Versicherte für sich und seine Mitversicherten, dass er bzw. sie bei Eintritt des Versiche-

²¹⁴ *F. Niehaus*, Familienlastenausgleich in der Gesetzlichen Krankenversicherung? Die „beitragsfreie Mitversicherung“ auf dem Prüfstand, 2013, S. 8; vgl. auch *A. Lenze*, Familienlastenausgleich, in: B. v. Maydell u.a. (Hrsg.), Lexikon des Rechts/Sozialrecht, Loseblattsammlung, 138. Lfg., März 2010, S. 3.

²¹⁵ *F. Niehaus*, Familienlastenausgleich in der Gesetzlichen Krankenversicherung? Die „beitragsfreie Mitversicherung“ auf dem Prüfstand, 2013, S. 8.

²¹⁶ Näher *F. Niehaus*, Familienlastenausgleich in der Gesetzlichen Krankenversicherung? Die „beitragsfreie Mitversicherung“ auf dem Prüfstand, 2013, S. 45ff.

rungsfalles gegen das Risiko ‚Krankheit‘ verbunden mit Krankheitskosten abgesichert ist und sind und entsprechende Leistungen in Anspruch nehmen kann und können. Allein schon hierin besteht ein wirtschaftlicher Wert. Ob sich das Risiko tatsächlich verwirklicht und falls ja, in welchem Umfang, ist für die Beitragsbemessung unerheblich; Beiträge in der GKV sind bezogen auf den einzelnen Versicherten ausschließlich einnahmenorientiert.“²¹⁷

Das ist alles richtig, es bleibt aber unverständlich, was das eine mit dem anderen zu tun hat, denn die vermeintliche Besonderheit der GKV ist charakteristisch für jede Versicherung. Jede (auch) nach dem Versicherungsprinzip operierende Versicherung kalkuliert ihre Beiträge aufgrund von Risiken und bemisst diese Risiken nach der Struktur ihrer Versicherten. Bezugspunkt des versicherungstechnischen Äquivalenzprinzips ist dabei nicht der einzelne Versicherungsnehmer, sondern eine nach dem tatsächlichen Risikogewicht zusammengesetzte Versichertengruppe, deren eingezahlte Nettoprämien auf Dauer in einem Gleichgewicht zu den gezahlten Versicherungsleistungen (und dem Verwaltungsaufwand und den notwendigen Rücklagen) stehen müssen (sog. Globaläquivalenz).²¹⁸ Die Prämienhöhe orientiert sich nicht am Einkommen, sondern am Umfang des Leistungsversprechens und der Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Versicherungsfalles, also selbstverständlich auch nicht an der tatsächlichen Versicherungsleistung.²¹⁹ Aufgrund des Solidarprinzips wird dann diese versicherungstypische Äquivalenz zwischen Beitragslast und Leistungsanspruch aus Gründen des individuellen Risikos und/oder der Leistungsfähigkeit durchbrochen. Die stärkere Belastung höherer Einkommen und die entsprechende Entlastung niedrigerer Einkommen geschieht dadurch, dass ein einheitlicher, von den erbrachten Beiträgen unabhängiger Leistungsanspruch besteht²²⁰ und über die Höhe dieser Beiträge bei Mitgliedern nicht die versicherten Risiken, sondern allein das Arbeitsentgelt entscheidet.²²¹

Zu genau dieser gesetzlichen Krankenversicherung verhält sich das Gutachten von *Niehaus*, und genau diese gesetzliche Krankenversicherung beschreibt das Bundessozialgericht knapp, aber treffend. Das Argument, das die Studie erschüttern soll, verfehlt damit seine Funktion.

²¹⁷ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 72.

²¹⁸ *M. Dreher*, Die Versicherung als Rechtsprodukt, 1991, S. 129ff.

²¹⁹ *W. Bogs*, Grundfragen des Rechts der sozialen Sicherung und seiner Reform, 1955, S. 16f.

²²⁰ Vgl. BSGE 56, 259 (260ff.).

²²¹ *T. Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund. Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, S. 270ff.

D. Verfassungswidrigkeit des Beitragsrechts in der sozialen Pflegeversicherung

Nach § 55 Abs. 3 S. 1 SGB XI erhöht sich der Beitragssatz in der sozialen Pflegeversicherung für Mitglieder nach Ablauf des Monats, in dem sie das 23. Lebensjahr vollendet haben, um einen Beitragszuschlag in Höhe von 0,25 Beitragssatzpunkten (Beitragszuschlag für Kinderlose). Gemäß § 55 Abs. 3 S. 2 SGB XI sind davon Eltern i. S. v. § 65 Abs. 1 SGB I ausgenommen. Diese Normen genügen den Anforderungen des Pflegeversicherungsurteils nicht, weil sie nicht nach der Kinderzahl und der konkreten Lebensphase der Eltern differenzieren, sondern Eltern pauschal unabhängig von der Kinderzahl und unabhängig davon, ob noch Unterhalts-, Betreuungs- und Erziehungsleistungen erbracht werden, privilegiert.

Das Bundessozialgericht hält diese Regelung indes für verfassungsrechtlich hinreichend. Insbesondere sei der Gesetzgeber nicht verpflichtet, bei der Beitragsbemessung die Zahl der Kinder zu berücksichtigen.²²² Es beruft sich dabei auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, der es, im Ausgangspunkt zutreffend entnimmt, dass generalisierende, typisierende und pauschalierende Regeln zur Ordnung von Massenerscheinungen notwendig und unbedenklich sind.²²³ Es erkennt auch die verfassungsrechtlichen Grenzen der Typisierung, die das Bundesverfassungsgericht wie folgt formuliert:

„Die Typisierung setzt voraus, dass die durch sie eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären, lediglich eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist [...]. Der gesetzgeberische Spielraum für Typisierungen ist umso enger, je dichter die verfassungsrechtlichen Vorgaben außerhalb des Art. 3 Abs. 1 GG sind (vgl. zu Art. 6 Abs. 1 GG BVerfGE 28, 324 [356]).“²²⁴

In der zitierten Entscheidung weist das Bundesverfassungsgericht allerdings, vom Bundessozialgericht leider nicht erwähnt, darauf hin, dass der Spielraum für Typisierungen namentlich im Sozialrecht sowie im Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 1 GG ausgesprochen gering ist.²²⁵ Es ist bemerkenswert, dass das Bundessozialgericht ausgerechnet diese, hier ohne Zweifel einschlägigen Passagen unterschlägt und die grundsätzliche Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers dann doch als eine Art Freibrief missversteht. Denn die für die Typisierung maßgeblichen Anforderungen werden bei der knappen Subsumtion nur oberflächlich abgehandelt bzw. gar nicht erst geprüft. Im Grunde befasst sich das Bundessozialgericht nur mit

²²² BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 82ff.

²²³ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 89.

²²⁴ BVerfGE 133, 377 (413).

²²⁵ BVerfGE 28, 234 (256).

der Voraussetzung, dass nur eine verhältnismäßig kleine Zahl betroffen sein dürfe. In diesem Sinne muss man wohl die etwas zusammenhanglose Mitteilung der statistischen Erhebungen zur Kinderzahl in Privathaushalten interpretieren:

„Der Senat hat bereits entschieden, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Beitragsrechts in der sPV durch das KiBG vom Regelfall ausgegangen ist und so die vom BVerfG geforderte relative Entlastung gegenüber Kinderlosen an das (bloße) Vorhandensein bereits eines Kindes knüpfen sowie ab dessen Geburt eine dauerhafte Beitragsentlastung vorsehen durfte (BSGE 100, 77 = SozR 4-3300 § 55 Nr. 2, RdNr 17). So lebten im Jahr 2006 in 16 % aller Privathaushalte ein Kind, in 11,4 % aller Privathaushalte zwei Kinder, in 2,9 % der Privathaushalte - wie die Kläger einen führen - drei Kinder, in 0,6 % vier Kinder und in 0,2 % fünf Kinder und mehr (Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit - Haushalte und Familien - Ergebnisse des Mikrozensus 2006, 2008). Die Situation stellte sich im Jahr 2012 ähnlich dar: In 15,1 % aller Privathaushalte lebte ein Kind, in 10,6 % aller Privathaushalte lebten zwei Kinder, in 2,6 % drei Kinder, in 0,5 % vier Kinder und in 0,2 % fünf Kinder und mehr (Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit – Haushalte und Familien - Ergebnisse des Mikrozensus 2012, 2013, S 27). Die geforderte Berücksichtigung des "generativen Beitrags" reicht vor diesem Hintergrund aus, um typisierend an die Stellung als Eltern als solche, d. h. die Elterneigenschaft, anzuknüpfen, ohne dass etwa nach tatsächlichem Umfang oder tatsächlicher Dauer der Kinderbetreuung und -erziehung differenziert werden müsste; die Entlastung kann bei der Beitragsbemessung durch die Berücksichtigung allein der Tatsache geschehen, dass bei einem Versicherten betreuungs- bzw. erziehungsbedürftige Kinder vorhanden sind.“²²⁶

Damit will der Senat offensichtlich sagen, dass die Zahl der Mehrkindfamilien ohnehin so gering ist, dass man sie vernachlässigen kann. Das ist ausgesprochen befremdlich: Ausgerechnet diejenigen Familien, die am meisten belastet sind, soll der Sozialstaat vernachlässigen können, denn es sind ja ohnehin nur so wenige. Weil gerade dies nicht passieren soll, betont das Bundesverfassungsgericht in der zitierten Entscheidung den gerade im Sozialrecht geringen Spielraum zur Typisierung! Abgesehen davon tragen die Ausführungen auch die Grundthese nicht, denn § 55 Abs. 3 S. 1 SGB XI benachteiligt schon die zahlenmäßig nicht zu vernachlässigenden Familien mit zwei Kindern gegenüber solchen mit nur einem Kind.

Das Bundessozialgericht verkennt, dass es dem Bundesverfassungsgericht gerade auf die Zahl der Kinder ankam, es also insoweit gerade keine Typisierung zulassen wollte. Die Formulierung, dass „Versicherten ohne Kinder im Versicherungsfall ein Vorteil aus der Erziehungsleistung anderer beitragspflichtiger Versicherter [erwächst], die wegen der Erziehung zu ihrem Nachteil auf Konsum und Vermögensbildung verzichten“²²⁷, unterstreicht, dass die

²²⁶ BSG, Urt. v. 30. 9. 2015, B 12 KR 15/12 R, Rn. 89.

²²⁷ BVerfGE 103, 242 (264).

auszugleichenden Nachteile der Eltern und korrespondierenden Vorteile Kinderloser durch den Konsumverzicht und die mindere Vermögensbildung von Eltern bemessen sind. Dass Konsumverzicht und Vermögensbildung aber nicht nur abhängig vom Einkommen, sondern insbesondere auch der Kinderzahl größer oder kleiner ausfallen, liegt auf der Hand.²²⁸ Wenn es im Pflegeversicherungsurteil heißt, der Gesetzgeber sei

„von Verfassungs wegen verpflichtet, eine Lösung zu wählen, die Unterhaltsverpflichtete bereits ab dem ersten Kind relativ entlastet. Denn bereits dessen Betreuung und Erziehung führt dazu, dass Ungleiches im Beitragsrecht der sozialen Pflegeversicherung verfassungswidrig gleichbehandelt wird“²²⁹,

so spricht dies nicht für die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der Regelung, sondern dagegen. Damit wollte das Bundesverfassungsgericht – wie aus dem Kontext des Urteils zum Trümmerfrauenurteil („zu Lasten kinderloser und kinderarmer Personen“) ohne weiteres erkennbar – lediglich vermeiden, dass der Gesetzgeber den generativen Beitrag bei Ein-Kind-Paaren nicht berücksichtigen könnte. Er hat damit nur betont: Jedes Kind zählt!

Das war im Übrigen, soweit ersichtlich, auch die einhellige Auffassung der am 22. 9. 2004 vom Ausschuss für Gesundheit und Soziale Sicherung des Deutschen Bundestages zum Entwurf des Gesetzes zur Berücksichtigung der Kindererziehung im Beitragsrecht der sozialen Pflegeversicherung angehörten Einzelsachverständigen. Stellvertretend sei hier aus der Stellungnahme des Sachverständigen *Heinz Rothgang* zitiert:

„In seiner Forderung nach einer Besserstellung der Kindererziehenden und -betreuenden (im Folgenden kurz: Familien) stellt das Gericht damit nicht auf die Lasten ab, die Familien tragen müssen, sondern auf die Leistungen, die sie für die Versichertengemeinschaft erbringen. Der Vorteil für die Versichertengemeinschaft besteht dabei in der zukünftigen Beitragszahlung der Kinder. Damit ist aber klar, dass zwei (drei, etc.) Kinder einen doppelt (dreifach etc.) großen Vorteil für die Gemeinschaft generieren wie ein Kind. Da die zur Bewertung heranzuziehenden Leistungen der Familie damit proportional zur Kinderzahl sind, muss auch die Entlastung der Familien, die erfolgt, um eben diese Leistungen zu honorieren, proportional zur Kinderzahl erfolgen. Der Entwurf der Regierungsfraktionen genügt in diesem Punkt daher nicht dem Urteil des Verfassungsgerichts und der darin enthaltenen Begründung für eine Berücksichtigung der Kindererziehungsleistungen.“²³⁰

²²⁸ K. Bauer/O. Krämer, Das Gesetz zur Berücksichtigung der Kindererziehung im Beitragsrecht der sozialen Pflegeversicherung, NJW 2005, 180 (181f.).

²²⁹ BVerfGE 103, 242 (271).

²³⁰ Schriftliche Stellungnahme vom 20. September 2004, Ausschussdrucksache (13)0671 vom 21. 9. 2004 Deutscher Bundestag- Ausschuss für Gesundheit und Soziale Sicherung.

§ 55 Abs. 3 S. 1 und 2 SGB XI erweist sich aber auch noch vor einem anderen Hintergrund als unzulässige Typisierung. Bedauerlicherweise schafft es das Bundessozialgericht nämlich erneut nicht, die Dimension des Problems auch im Lebenslängsschnitt zu erfassen. Denn § 55 Abs. 3 S. 1 SGB X privilegiert Versicherte, die – möglicherweise auch nur vorübergehend – Eltern im Sinne von § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB I gewesen sind (§ 55 Abs. 3 S. 2 SGB XI). Auch Versicherte, die längst keine Unterhalts-, Betreuungs- und Erziehungsleistungen mehr erbringen, kommen bis an ihr Lebensende in den Genuss dieser Privilegierung! Hier zeigt sich einmal mehr und besonders deutlich: Es geht nicht darum, Versicherte mit und ohne Kinder gegeneinander auszuspielen,²³¹ denn unterhalts-, betreuungs- und erziehungsrechtlich sind die meisten Menschen den Großteil ihres Lebens kinderlos. Es geht nur darum, die Eltern in der Phase der Erbringung von Unterhaltsleistungen und der Erziehung und Betreuung der Kinder zu entlasten.

Nur zur Abrundung sei noch darauf hingewiesen, dass das Bundessozialgericht die weiteren Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Typisierung gar nicht erst mehr prüft. Weder befasst es sich mit der Intensität der Beeinträchtigung (die in einem Pflichtversicherungssystem, dem Versicherte i. d. R. ein Leben lang ohne eigene Wahlrechte zugeordnet sind, naturgemäß sehr hoch ist) noch prüft es, ob die eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären. Das lässt sich nicht ernsthaft behaupten, denn es wäre ein Leichtes, die Beitragserleichterungen noch weiter nach Kinderzahl auszudifferenzieren, diese aber zugleich auf die Zeiten der Erbringung von Unterhalts-, Betreuungs- und Erziehungszeiten zu begrenzen.

Prof. Dr. iur. Thorsten Kingreen

²³¹ Vgl. nochmals A. IV.