

# Rechtsanwalt Dr. Ernst Jürgen Borchert

Rechtsanwalt Dr. Borchert · Manfred-von-Richthofen-Str. 4 · 12101 Berlin

Bundessozialgericht  
Graf-Bernadotte-Platz 5  
34119 Kassel

Telefon: 030 / 786 6006  
Telefax: 030 / 785 5569  
Email: dr.borchert@ra-drborchert.de  
Homepage: www.kanzlei-stackmann.de

in Bürogemeinschaft mit :

**RA und Notar Christoph Stackmann**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht und für Sozialrecht

**Rechtsanwältin Nora Köhler**  
Fachanwältin für Sozialrecht  
Weitere Schwerpunkte: Zivilrecht, Strafrecht

**Bitte stets angeben:**  
**195/15JBsu K. & M. Essig ./ DAK/ drei weitere Beteiligte**

Berlin, 11.3.2016

**In dem Rechtsstreit**  
**K. & M. Essig ./ DAK/ drei weitere Beteiligte**  
**B 12 KR 15/12 R**

wird hiermit gegen das Urteil vom 30. September 2015 –Az.: B 12 KR 15/12 R-, zugestellt am 29. Februar 2016,

## **Anhörungsrüge gemäß § 178 a SGG**

erhoben.

Die Rüge ist statthaft, weil das angegriffene Urteil unanfechtbar und deshalb mit Verkündung rechtskräftig ist (§ 202 SGG i. V. m. § 705 ZPO), ein Rechtsmittel oder anderer Rechtsbehelf ist nicht weiter gegeben. Sie ist fristgemäß - § 178 a Abs. 2 Satz 1 und 4 SGG - innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis von der Verletzung des rechtlichen Gehörs erhoben, die mit Zustellung des Urteils am 29. 2.2016 erfolgte (vgl. den Beschluss des erkennenden Senats vom 29. Oktober 2015 – B 12 KR 11/15 C). Die zulässige Anhörungsrüge ist auch begründet, weil das Bundessozialgericht den Anspruch der Kläger auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat.

A.

I.

Art. 103 Abs. 1 GG gebietet nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG, dass gerichtliche Verfahren im Einzelfall ein Ausmaß an rechtlichem Gehör eröffnen, das sachangemessen ist, um dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Erfordernis eines wirkungsvollen Rechtsschutzes gerecht zu werden:

*„Art. 103 Abs. 1 GG steht daher in einem funktionalen Zusammenhang mit der Rechtsschutzgarantie [...]. Diese sichert den Zugang zum Verfahren, während Art. 103 Abs. 1 GG auf einen angemessenen Ablauf des Verfahrens zielt: Wer bei Gericht formell ankommt, soll auch substantiell ankommen, also wirklich gehört werden. Wenn ein Gericht im Verfahren einen Gehörsverstoß begeht, vereitelt es die Möglichkeit, eine Rechtsverletzung vor Gericht effektiv geltend zu machen“ (BVerfGE 107, 395/407 – Hervorhebungen im Original).*

Art. 103 Abs. 1 GG schützt damit auch das „prozessuale Vertrauen“

*Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 103 Rn. 42*

darauf, dass die Verfahrensbeteiligten mit den für die Entscheidung des Rechtsstreits entscheidenden tatsächlichen und rechtlichen Argumenten gehört werden:

*„Der Einzelne soll nicht nur Objekt der richterlichen Entscheidung sein, sondern vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um als Subjekt Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können“ (BVerfGE 107, 395/407).*

Selbstverständlich ist das Gericht nicht verpflichtet, bereits in der mündlichen Verhandlung seine Rechtsauffassung kundzutun, und es muss auch kein Rechtsgespräch führen. Erst recht schützt Art 103 Abs 1 GG nicht davor, dass ein Gericht die Rechtsansicht eines Beteiligten nicht teilt (vgl BVerfG, Kammerbeschluss vom 4.9.2008 - 2 BvR 2162/07, 2 BvR 2271/07 -unter Hinweis auf BVerfGE 64, 1, 12 und BVerfGE 87, 1, 33).

Art. 103 Abs. 1 GG setzt aber voraus, dass die Verfahrensbeteiligten zu erkennen vermögen

*„auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung ankommen kann [...]. Es kann im Ergebnis der Verhinderung eines Vortrags zur Rechtslage gleichkommen, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte“ (BVerfGE 86, 133/144f.; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 25. April 2015 – 1 BvR 2314/12 –, Rn. 20, juris).*

Art. 103 Abs. 1 GG gebietet deshalb den Gerichten auch, nur solche Tatsachen zu verwerten, zu denen sich die Verfahrensbeteiligten vorher äußern konnten (vgl BVerfG, 27.10.1999, 1 BvR 385/90, BVerfGE 101, 106 <129>). Ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör liegt auch dann

vor, wenn das Gericht entscheidungserheblichen Tatsachen- oder Rechtsvortrag der Beteiligten in den Entscheidungsgründen unberücksichtigt lässt, - es sei denn, der Tatsachenvortrag ist nach der materiellen Rechtsauffassung des Gerichts unerheblich (BVerfGE 86, 133, 146). Dasselbe gilt, wenn das Gericht von Gutachten abweicht oder sie unberücksichtigt lässt, ohne die Beteiligten auf seine Zweifel hinzuweisen. Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Berücksichtigung von Vorbringen ist dann anzunehmen, wenn sich dies aus den besonderen Umständen des Falles ergibt (vgl BVerfGE aaO), zB wenn das Gericht - ohne entsprechende Beweisaufnahme - das Gegenteil des Vorgebrachten annimmt oder den Vortrag eines Beteiligten als nicht existent behandelt (vgl BVerfGE 22, 267, 274).

## II.

Für das sozialgerichtliche Verfahren normiert dementsprechend § 62 SGG, dass den Beteiligten vor jeder Entscheidung rechtliches Gehör zu gewähren ist. Dazu konkretisieren (ua) die gemäß §§ 165, 153 Abs, 1 SGG anwendbaren Regelungen des § 112 SGG (Gang der mündlichen Verhandlung) sowie § 121 SGG (Schließung der mündlichen Verhandlung) im einzelnen (ua) Hinweis- und Erörterungspflichten. Dabei trifft den Vorsitzenden insbesondere die Pflicht, das Sach- und Streitverhältnis mit den Beteiligten zu erörtern und dahin zu wirken, dass sie sich über erhebliche Tatsachen vollständig erklären (§ 112 Abs. 2 S. 2 SGG i.V.m. §§ 202 SGG, 139 ZPO); die Schließung der mündlichen Verhandlung setzt gemäß § 121 SGG eine „genügende Erörterung der Streitsache“ voraus. Vor allem darf gemäß § 128 Abs. 2 SGG das Urteil nur auf Tatsachen und Beweisergebnisse gestützt werden, zu denen sich die Beteiligten äußern konnten. Ein Verstoß gegen § 128 SGG liegt auch dann vor, wenn das Gericht ohne eigene Sachkunde von Gutachten abweicht. In solchen Fällen und bei unklaren Sachverständigenaussagen muss das Gericht nachfragen (BSG SozR 1500 § 128 Nr. 36,37).

## III.

Im Sinne der vorangestellten Grundsätze hat der Senat sein Urteil nahezu durchgängig auf Behauptungen, Gesichtspunkte und Überlegungen gestützt, die **-erstens- zuvor nicht Gegenstand des Vortrags eines Verfahrensbeteiligten waren, die -zweitens- in ihrer Mehrzahl auch bislang so nirgends vertreten worden sind und -drittens- weder Gegenstand des schriftlichen Verfahrens noch Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren. Viertens ist zu rügen, dass der Senat mehrfach Vorbringen der Kläger unberücksichtigt gelassen hat, das auch aus seiner Sicht entscheidungserheblich gewesen sein muss, und -fünftens- ist er von den Klägern beigebrachten Gutachten abgewichen, ohne seine eigene Sachkunde nachzuweisen und Vorbehalte zu offenbaren. Zu rügen ist außerdem, dass der Senat im Urteil nun ausdrücklich zu Vorbringen der Kläger ausführt, dieses erschließe sich**

**nicht, ohne dass er spätestens in der mündlichen Verhandlung die gebotene Nachfrage gehalten hat.** Fast eine halbe Stunde der 90minütigen mündlichen Verhandlung verging aber damit, dass der Vorsitzende mit den Beteiligten über Fragen der Zustellungsbevollmächtigung diskutierte, obwohl diese bereits zuvor telefonisch abgeklärt worden waren, ferner über die Stellung der Anträge und andere prozessuale Fragen. Es folgten die widerstreitenden Sachvorträge der Beteiligten, die jeweils zweimal in Rede und Gegenrede auf die Vorträge der Gegenseite replizieren konnten. Danach äußerte der Vorsitzende, dass nunmehr die Argumente ausgetauscht seien und auch der Senat keine Fragen mehr habe. Daraufhin baten die Klägervorteiler ausdrücklich darum, die Sach- und Rechtslage zu erörtern. Der Vorsitzende antwortete darauf, dass es keinen Sinn mache, aus dem großen Problemkomplex einzelne Fragen herauszugreifen, zumal ja die Parteien ausführlich zu Wort gekommen seien. Es erfolgte also kein weiterer Hinweis, keine Frage und keine Erörterung. Das ist besonders befremdlich, nachdem es von der Einreichung der Revisionsbegründung bis zur mündlichen Verhandlung drei Jahre gedauert hat – ein Zeitraum, der ausreichend gewesen wäre, alle entscheidungserheblichen Fragen zu behandeln.

Das Urteil vom 30. September 2015 erklärt nun **zur vollständigen Überraschung der Kläger** Gesichtspunkte für entscheidungserheblich, die ihnen niemals zuvor begegnet sind. Dabei ist zu betonen, dass **die Prozessbevollmächtigten** sich bereits viele Jahre bzw. Jahrzehnte mit der Materie intensiv wissenschaftlich befassen (vgl. z.B. Borchert, Die Berücksichtigung familiärer Kindererziehung im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung, Berlin 1981). Der Unterzeichnete blickt zudem auf eine mittlerweile über 30-jährige Sachverständigentätigkeit zu einschlägigen Fragen zurück (beginnend mit der Anhörung zum HEZG 1985 im Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung des Deutschen Bundestages); darüber hinaus war er von der Klageerhebung 1986 bis zur Teilnahme an der mündlichen Verhandlung vom 28. April 1992 am „Trümmerfrauenverfahren“ beteiligt, welches mit dem Urteil vom 7. Juli 1992 endete, ebenso vom Beginn im Jahr 1994 bis zur Teilnahme an der mündlichen Verhandlung vom 10. Juli 2000 vor dem Bundesverfassungsgericht auch am Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen die soziale Pflegeversicherung, das mit dem Urteil des Ersten Senats vom 3.4.2001 endete (1 BvR 1629/94-nachfolgend „Pflegeurteil“), welches die Grundlage des Begehrens der Kläger und Dreh – und Angelpunkt ihrer Argumentation ist.

Die Begründungen, welche die Kläger nun lesen müssen, sind aber nicht nur völlig neu und überraschend, sondern darüber hinaus teilweise grob sachwidrig bzw. schlicht falsch. Bereits in seinem unmittelbar nach der mündlichen Verhandlung verfassten Schreiben vom 1. 10. 2015 hat der Unterzeichner dargelegt, dass der Senat sein Urteil vom 30. 9. 2015 auf Behauptungen, Gesichtspunkte

und Überlegungen gestützt hat, die **erstens zuvor nicht Gegenstand des Vorbringens eines Verfahrens beteiligten waren und die zweitens auch bislang so nirgends vertreten worden sind**. Der Senat hat sich m. a. W. auf tatsächlich und rechtlich entscheidende Gesichtspunkte gestützt, mit denen

*„auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte“ (BVerfGE 86, 133/144f.).*

#### B.

Die Kläger haben bereits mit Schriftsätzen vom 12. Oktober 2015 Anhörungsrüge erhoben und die Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör bei entscheidungserheblichen Fragen geltend gemacht, wobei sie sich auf die -mitprotokollierte- mündliche Urteilsbegründung stützten, welche sich zu größten Teilen wortwörtlich übereinstimmend im Terminbericht des 12. Senats wiederfand . Diese Anhörungsrüge hat der erkennende Senat mit Beschluss vom 29. Oktober 2015 als unzulässig verworfen; auf die Gründe wird Bezug genommen. Nach Erhalt der schriftlichen Urteilsgründe müssen die Kläger nun zur Kenntnis nehmen, dass auch dort die bereits gerügten Gesichtspunkte sich wiederfinden. **Sie machen deshalb den Inhalt der Anhörungsrüge vom 12. Oktober 2015 vollinhaltlich zum Gegenstand der vorliegenden Rüge.**

#### C.

Als eigenständige Gehörsverletzung ist zu rügen, dass die gegen den am 16.11.2015 zugestellten Beschluss vom 29. Oktober 2015 am **25.11.2015 erhobene Gegenvorstellung bisher nicht beschieden wurde**, welche beim Senat unter dem Aktenzeichen B 12 KR 12/15 C geführt wird. Rügegrund ist insoweit die Tatsache, dass der Senat in seinem Beschluss vom 29. Oktober 2015 zu Unrecht die Behauptung aufgestellt hat, die Kläger hätten den Terminbericht zur Grundlage der Anhörungsrüge gemacht (vgl. den Orientierungssatz zum Beschluss bei Juris: *„Medieninformationen und Terminberichte sind keine amtlichen Veröffentlichungen des BSG, sondern lediglich Arbeitsunterlagen für die beim Gericht tätigen Presse- und Medienvertreter“*). Richtig ist stattdessen, dass die Kläger die Anhörungsrüge –und dies eidesstattlich versichert- allein auf die mitprotokollierte Urteilsbegründung gestützt haben und später feststellten, dass diese wortwörtlich mit dem Terminbericht übereinstimmte. Auf den Inhalt der Gegenvorstellung, deren Dreh und Angelpunkte § 132 Abs. 2 Satz 2 SGG („wesentliche Inhalt der Entscheidungsgründe“) und § 128 Abs. 2 SGG sind, wird Bezug genommen. Dass der Terminbericht keine Grundlage für eine Anhörungsrüge sein kann, war den Klägern selbst-

verständlich klar. Die Kläger haben indes schon in ihrer Anhörungsrüge vom 12.10.2015 vorgetragen, dass der Senat bereits mit der mündlichen Urteilsverkündung und ungeachtet der schriftlich zu erwartenden Urteilsgründe eigenständige und nicht mehr heilbare Gehörsverletzungen dokumentiert hatte. Der Senat möge deshalb klarstellen, dass und warum die detaillierte mündliche Urteilsbegründung entgegen der Sollvorschrift des § 132 SGG unverbindlich ist. Den Klägern leuchtet dies nicht ein, da Sinn und Zweck des Instituts der Anhörungsrüge die Heilung der Gehörsverletzung(en) durch Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung ist (§ 178 a Abs. 5 S. 1 und 2 SGG). Die Rüge selbst bei offensichtlichen und schweren Verletzungen des rechtlichen Gehörs wie im vorliegenden Fall erst nach voller Ausschöpfung der Urteilsbegründungsfrist mehr als fünf Monate zu eröffnen, ist mit dem Anspruch der Kläger auf effektiven Rechtsschutz unvereinbar.

Die Gegenvorstellung vom 25.11.2015 ist beigelegt.

#### D.

Soweit der Senat sich in der schriftlichen Urteilsfassung nun –mehr als überraschend!- auf Quellen stützt, die erst nach Verkündung des Urteils datieren (so in Rn 41: „Oktober 2015“), liegt die Verletzung des Gebots rechtlichen Gehörs zudem auf der Hand, denn es ist ausgeschlossen, dass diese Urteilsgrundlage Gegenstand des Verfahrens und der mündlichen Verhandlung sowie der Beratung des Senats gewesen sein kann. Da der Senat auf diese Datenquelle zurückgreift, um den Klägervortrag zu entkräften, dass und warum die Grundsätze des Bundesverfassungsgerichtes aus dem Pflegeurteil auf die GRV und GKV zu übertragen sind, liegt die Entscheidungserheblichkeit dieser Gehörsverletzung auch offen zu Tage.

Ebenso unvereinbar mit den Geboten rechtlichen Gehörs und prozessualer Fairness ist es im Übrigen nach Überzeugung der Kläger, dass der Senat zu einzelnen Fragen recherchiert (so in Rn. 67: „recherchiert am 8.9.2015“), die Ergebnisse dieser Recherchen den Beteiligten jedoch nicht eröffnet hat. Auch hier gilt betreffend die Entscheidungserheblichkeit das zuvor Gesagte.

Dass der Senat des Weiteren eigene Urteile heranzieht, die bislang nicht veröffentlicht wurden (so in Rn 87: „BSG Urteil vom 28.5.2015 - B 12 KR 15/13 R - Juris RdNr 39, zur Veröffentlichung in BSGE und SozR 4-2500 § 240 Nr 25 vorgesehen“), ohne diese den Klägern zuvor zugänglich zu machen oder wenigstens auf sie hinzuweisen, empfinden die Kläger ebenfalls nicht als Ausdruck prozessualer Fairness.

E.

Völlig neu und überraschend für die Kläger sind die Feststellungen und Überlegungen, mit welchen der 12. KR- Senat in Rn 66-68 seines Urteils zu begründen versucht, dass die vom Bundesverfassungsgericht im Urteil zur sPV formulierten Voraussetzungen, dass

*"der durch den Eintritt des Versicherungsfalls verursachte finanzielle Bedarf überproportional häufig in der Großelterngeneration (60 Jahre und älter) auftritt",*

entgegen den Ausführungen der Revision für den Bereich der GKV nicht zuträfen. Dazu führt das BSG weiter aus:

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

67 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). Das allgemeine Ausgabenvolumen stellte sich im Jahr 2006 jedoch so dar, dass für die Gruppe der unter 65 Jahre alten Personen Krankheitskosten von insgesamt rund 124,7 Mrd Euro entstanden sind, für die Gruppe der 65-jährigen und älter aber "nur" rund 111,9 Mrd Euro (<https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/link/tabelleErgebnis/23631-0002>, recherchiert am 8.9.2015). Für das Jahr 2008 galt Folgendes: Die Krankheitskosten für Einwohner unter 15 Jahren lagen bei jährlich 1360 Euro, bei Einwohnern zwischen 15 und 30 Jahren bei 1320 Euro, bei den 30 bis 45-jährigen bei 1700 Euro, bei den 45 bis 65-jährigen bei 3010 Euro, bei den 65 bis 85-jährigen bei 6520 Euro und bei Einwohnern von 85 Jahren und älter bei 14 840 Euro (Statistisches Bundesamt, aaO, S 14). 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 (<https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/link/tabelleErgebnis/23631-0002> recherchiert am 8.9.2015). Öffentlich zugängliche Statistiken für die Jahre ab 2009 sind in der hier angegebenen Form nicht ersichtlich, was sich ua dadurch erklärt, dass nur bis 2008 die Zuteilung der Mittel an die Krankenkassen ua nach den durchschnittlichen altersabhängigen Leistungsausgaben erfolgte und diese dementsprechend altersabhängig ermittelt wurden. Seit 2009 werden die Mittel im Risikostrukturausgleich in erster Linie morbiditätsorientiert vergeben. Die altersabhängigen Gesundheitsausgaben werden seit 2009 vom Bundesversicherungsamt nur auf Stichprobenbasis ermittelt (vgl Niehaus, Familienlastenausgleich in der Gesetzlichen Krankenversicherung? Die "beitragsfreie Mitversicherung" auf dem Prüfstand, Gütersloh, 2013, S 33).

68 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. Hinzu kommt speziell im Beitragsrecht der GKV, dass ein nicht unerheblicher Anteil der Krankheitskosten von der nicht mehr erwerbstätigen Generation selbst ge-

*tragen wird, weil auch Rentner selbst Beiträge zur GKV aufbringen, sodass hier gerade keine eindeutige "überproportionale" Umverteilung von der jungen zur alten Generation erfolgt (vgl hierzu bereits BSG <1. Senat> BSGE 92, 46 RdNr 33 = SozR 4-2500 § 61 Nr 1 RdNr 34 <Zuzahlungen>; Lenze, EuGRZ 2001, 280, 282 Fn 16). Entsprechend wies die Bundesregierung in einer Unterrichtung des Deutschen Bundestages am 4.11.2004 darauf hin, dass Rentner in der sPV nur ca 25 % ihrer Leistungsausgaben durch Beitragszahlungen selbst aufbringen, jedoch mehr als 80 % der Gesamtausgaben verursachen. Demgegenüber liegt der Eigenfinanzierungsanteil von Rentnern in der GKV immerhin bei ca 46 % ihrer Leistungsausgaben (vgl Bericht der Bundesregierung, aaO, BT-Drucks 15/4375, S 8).“*

## I.

1. Den Klägern ist diese den Kern des Pflegeurteils und damit des vorliegenden Rechtsstreits betreffende Argumentation niemals zuvor begegnet -weder in der Rechtsprechung noch der Literatur. Sie wurde von keinem der Beteiligten vorgetragen und es erfolgte keinerlei Hinweis seitens des Senats, weder während des schriftlichen Verfahrens noch der mündlichen Verhandlung. Der Senat hat damit das Urteil auf entscheidungserhebliche Tatsachen gegründet, zu welchen die Kläger sich nicht äußern konnten. Infolgedessen wurde den Klägern die Möglichkeit genommen, ihrer Kritik an den schlechterdings unhaltbaren Datengrundlagen und irrigen Überlegungen des Senats Gehör zu verschaffen.

2. Die Kläger haben bereits in ihrer Anhörungsrüge vom 12. Oktober 2012 dazu ausgeführt, dass und warum die Datengrundlage des Senats neben der Sache liegt, -schon deshalb nämlich, weil es sich **erstens um eine unzulässige Gruppenbildung** handelt und **zweitens nicht um Daten der GKV handelt**. Hierauf nehmen die Kläger zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug.

3. Dass die Kläger von diesen Daten und der darauf gestützten, erklärtermaßen entscheidungserheblichen Argumentation überrascht wurden, ergibt sich schon aus der Tatsache, dass der Senat selbst hier dokumentiert, dass die entsprechende Recherche erst kurz vor der mündlichen Verhandlung vom 30. September 2015 „**am 8.9.2015**“ stattfand. Sie hätte also spätestens in der mündlichen Verhandlung in das Verfahren eingeführt werden müssen.

4. Auch hier gilt, dass eine solche Datenbasis und die darauf gestützte Argumentation den Prozessbevollmächtigten auch nicht aus anderweitigen Literaturen etc. hätte geläufig sein müssen. Im Gegenteil haben die Kläger bereits in der Klageschrift vom 10. Juli 2007 (ebenda zu Fn 27-29) auf mehrere Untersuchungen betreffend die rasant zunehmende Alterslastigkeit der GKV hingewiesen, welche den hier zitierten Ausführungen des BSG diametral entgegenstehen. Die Kläger haben dies so dann in der Revision weiter untermauert, zuletzt mit Schriftsatz vom 11.8.2015 unter Beifügung der Morbiditätsstatistiken des RSA und verbunden mit der Analyse fundamentaler methodischer Fehler



in der Rechtsprechung des BSG (v.a. im Urteil vom 16.12.2003). Bei dieser Sachlage ist ein richterlicher Hinweis zwingend geboten, seine Unterlassung eine klare Verletzung des rechtlichen Gehörs. So wurde den Klägern die Möglichkeit genommen, ein sachlich unhaltbares Urteil zu verhindern.

## II.

Denn betreffend die Frage der Übertragbarkeit der Grundsätze des Pflegeurteils auf die GKV beruht das Urteil vom 30. September 2015 nun auf einer evident falschen Tatsachengrundlage sowie methodisch unzulässigen Annahmen und damit insgesamt auf unhaltbaren Schlussfolgerungen; darauf haben die Kläger bereits in ihrer Anhörungsrüge vom 12. Oktober 2015 hingewiesen und hieran halten sie fest.

1. Ergänzend nehmen sie nunmehr Bezug auf die beigefügte **Stellungnahme von Professor Dr. Martin Werding** vom 9.3.2016, welche sie vollinhaltlich zum Gegenstand ihrer Rüge machen. Darin hat der Verfasser sich unter „2. Altersverteilung der in der GKV versicherten Risiken“ mit den Begründungen im Urteil des Senats vom 30. September 2015 auseinandergesetzt. Seine Ausführungen bestätigen vollauf die bereits in der Anhörungsrüge vorgebrachte Kritik der Kläger. Sie lassen keinen Zweifel daran, dass der 12. KR-Senat zum einen eine unzutreffende Datenauswahl vorgenommen hat, welche überhaupt nicht die maßgebenden Daten der GKV betrifft, und weisen überzeugend nach, dass entgegen der Annahme des 12. KR-Senats sehr wohl

*"der durch den Eintritt des Versicherungsfalls verursachte finanzielle Bedarf überproportional häufig in der Großelterngeneration (60 Jahre und älter) auftritt"*

und die Auffassung des Senats demnach unhaltbar ist.

Hätte der Senat den Klägern den nach der Recherche vom 8.9.2015, spätestens aber in der mündlichen Verhandlung zwingend gebotenen, aber pflichtwidrig unterlassenen Hinweis auf seine Annahmen und Schlussfolgerungen daraus gegeben, hätten die Kläger –notfalls durch einen Vertagungsantrag- die Möglichkeit gehabt, den Senat vor diesen elementaren Fehlern zu bewahren und sachverständigen Rat einzuholen.

2. Was den vom Senat im Urteil (Rn 68) betonten „Eigenfinanzierungsanteil der Rentner in der GKV“ angeht,

*„Hinzu kommt speziell im Beitragsrecht der GKV, dass ein nicht unerheblicher Anteil der Krankheitskosten von der nicht mehr erwerbstätigen Generation selbst getragen wird, weil auch Rentner selbst Beiträge zur GKV aufbringen, sodass hier gerade keine eindeutige "überproportionale" Umverteilung von der jungen zur alten Generation erfolgt.....Demgegenüber liegt der Eigenfinanzierungsanteil von*

*Rentnern in der GKV immerhin bei ca 46 % ihrer Leistungsausgaben (vgl Bericht der Bundesregierung, aaO, BT-Drucks 15/4375, S 8).“*

haben die Kläger in beiden Vorinstanzen und nachdrücklich noch einmal in der Revision darauf hingewiesen (Seite 68 des Schriftsatzes vom 8.10.2012), dass dieser im Gesamtzusammenhang des Generationenvertrages außer Betracht zu bleiben hat, weil er vollständig aus den Transfers der aktiven Beitragszahler stammt. Weder das LSG noch nun das BSG sind hierauf mit einer Silbe eingegangen. Deshalb ist die Gehörsverletzung hier ebenfalls evident.

3. Insoweit verweisen die Kläger ein weiteres Mal auf die Stellungnahme von Werding, der dazu folgendes ausführt (unter 2.c):

*„Hierzu weist das Gericht darauf hin..., dass der „Eigenfinanzierungsanteil“ der Rentner in der GKV nach Angaben der Bundesregierung in ihrem Bericht zur Bedeutung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur sozialen Pflegeversicherung vom 3.04.2001 (1 BvR 1629/94) für andere Zweige der Sozialversicherung immerhin 46% der auf sie entfallenden Leistungsausgaben betrage (vgl. BT-Drs. 15/4375, S. 8). Herkunft und Zusammensetzung dieser Zahl werden im Urteil und auch im genannten Bericht nicht näher erläutert. 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.<sup>1</sup> 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 trendmäßig gestiegen 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 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.“*

### III.

---

<sup>1</sup> Vgl. Deutsche Rentenversicherung, Rentenversicherung in Zeitreihen 2015, S. 258.

Als Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör rügen die Kläger weiter, dass der 12. KR-Senat in Rn. 70 seines Urteils nahezu wortwörtlich Passagen aus dem Urteil der Vorinstanz betreffend „Familienfördernde Elemente im System der GKV“ übernimmt, ohne auch nur ein Wort zu den Ausführungen der Revisionsbegründung vom 8.10.2012 zu verlieren, in welcher diese Argumentation detailliert wie folgt entkräftet wurde (ebenda Text zu Fußnoten 154- 159 -Fußnoten hier aus technischen Gründen mit anderer Zählung):

*„Mögliche Bedenken, die sich im Rentenversicherungsrecht gegen die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils richten, sind für das Krankenversicherungsrecht nicht ersichtlich. Insbesondere scheidet hier, ebenso wie in der Pflegeversicherung, ein Ausgleich der durch die Betreuung und Erziehung von Kindern verursachten Belastungen aus. Genau hierauf beschränkt sich das LSG jedoch im angefochtenen Urteil vom 24. 4. 2012, spricht insoweit sogar von einer „Privilegierung mitversicherter Familienangehöriger als Folge des Familienlastenausgleichs in der GKV“.<sup>2</sup>*

*Dass sowohl der 11. Senat als auch der 4. Senat des LSG Baden-Württemberg in den Urteilen vom 27. 1. 2012 und 24. 4. 2012 die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils unter Hinweis auf die einen ausreichenden Ausgleich sicherstellende beitragsfreie Familienversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 10 SGB V) ablehnen,<sup>3</sup> ist angesichts der Parallelität der Strukturen von Pflege- und Krankenversicherung erstaunlich. Besonders bemerkenswert ist, dass sich das Landessozialgericht zur Stützung dieser Aussage, wenn auch ohne exakten Nachweis, ausdrücklich auf das Pflegeversicherungsurteil beruft. Im Pflegeversicherungsurteil findet sich nämlich die exakt gegenteilige Auffassung:*

*„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.“<sup>4</sup>*

*Das Bundesverfassungsgericht hat im Pflegeversicherungsurteil also ausdrücklich und mit Bindungswirkung auch für das LSG Baden-Württemberg (§ 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG) festgestellt, dass die beitragsfreie Mitversicherung der Familienangehörigen keinen hinreichenden Ausgleich für die Benachteiligung der Versicherten mit Kindern bildet. Vor diesem Hintergrund ist es nicht nachvollziehbar, wie das LSG Baden-Württemberg in den Urteilen vom 27. 1. 2012 das Gegenteil annehmen und sich dazu auch noch auf das Pflegeversicherungsurteil berufen kann.*

*Schließlich lässt sich die Parallelität von gesetzlicher Pflege- und Krankenversicherung nicht mit dem Hinweis in Frage stellen, dass das Gesamtvolumen der beitragsfreien Mitversicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung wesentlich höher ist als in der sozialen Pflegeversicherung.<sup>5</sup> Denn dieser Unterschied ist lediglich Folge des unterschiedlich hohen absoluten Beitragsaufkommens, nicht aber*

---

<sup>2</sup> LSG Baden-Württemberg, L 11 KR 3416/10 v. 24. 4. 2012, S. 15f.

<sup>3</sup> Vgl. etwa LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 24.

<sup>4</sup> BVerfGE 103, 242 (269).

<sup>5</sup> So aber der 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. 8.

eines unterschiedlichen Anteils der Familienversicherung. Ohnehin wurde im Verlauf dieses Rechtsstreits mehrfach –zuletzt unter Beifügung des Beitrags von Anne Lenze aus dem Sozialrechtslexikon (GA LSG II, Bl. 266ff.) – darauf hingewiesen, dass mit dem Bruttoeinkommen der Eltern zugleich der vom Unterhaltsrecht den Kindern und nichterwerbstätige Ehegatten zugewiesene 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.<sup>6</sup> Dass im Übrigen insoweit kein Vorteilsausgleich durch Kinderlose stattfindet, weil diese in aller Regel während ihrer Kindheit ebenfalls in den Genuss der Mitversicherung gekommen sind, wurde unter Bezugnahme auf Herwig Birg im Schriftsatz vom 5. 3. 2012 dargelegt (GA LSG II, Bl. 199). Hier wird lediglich Symmetrie im Lebenslängsschnitt hergestellt. Aus diesem Grunde scheiden auch die weiteren

„den Familienlastenausgleich konkretisierenden Regelungen § 38 SGB V (Haushaltshilfe), §§ 39 Abs. 4, 40 Abs. 5 und 6 SGB V (Freiheit vor Zuzahlungen), § 45 SGB V (Krankengeld bei Erkrankung eines Kindes), § 62 Abs. 2 S. 3 SGB V (Verminderung der Belastungsgrenze), § 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V (Fortbestehen der Mitgliedschaft bei Anspruch auf Mutterschaftsgeld, Bezug von Eltern- oder Erziehungsgeld oder bei Inanspruchnahme von Elternzeit) und § 224 Abs. 1 SGB V (Beitragsfreiheit bei Anspruch auf Mutterschaftsgeld, Bezug von Erziehungsgeld oder von Elterngeld). Darüber hinaus sind in diesem Zusammenhang – zumindest mittelbar – auch die §§ 195-200 RVO (Leistungen bei Schwanger- und Mutterschaft)“<sup>7</sup>

als Kompensationen zwischen Eltern und Kinderlosen aus.

Auf diesen Vortrag der Kläger geht das LSG Baden-Württemberg im angefochtenen Urteil ebenfalls nicht ein.“

Ebenso wie das LSG hält es nun auch das Revisionsurteil in Rn 69 ff.). Dort ist nämlich zu lesen:

„Der Gesetzgeber hat bereits deshalb die äußersten Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit gewahrt, weil im Recht der GKV in erheblichem Umfang familienfördernde Elemente bestehen und er die durch Kinderbetreuung und -erziehung entstehenden Nachteile so - entgegen der Auffassung der Kläger - bereits im Beitrags- bzw Leistungsrecht der GKV ausgeglichen hat (Bericht der Bundesregierung, aaO, BT-Drucks 15/4375 S 7 ff; ebenso Axer, DStJG 29 <2006>, 175, 198 mwN; Plagemann, ZIP 2001, 1041, 1045; zweifelnd Rothgang, SF 2001, 121, 123). Wie schon oben zum Beitragsrecht der GRV unter 5 b) cc) (2) ausgeführt, kommt es für die Frage nach einer Kompensation der Nachteile darauf an, inwieweit die mit der Betreuungs- und Erziehungsleistung der Eltern verbundene Belastung, die in der Erwerbsphase auftritt, ausgeglichen wird. Das BVerfG verlangt in seinem sPV-Urteil gerade nicht den Ausgleich des Vorteils der Kinderlosen im Versicherungsfall, also des Transfers, den die heutigen Kinder als zukünftige Beitragszahler zugunsten der kinderlosen Versicherten im Rentenalter werden erbringen müssen (aA Estelmann, SGB 2002, 245, 252). Die mit der Betreuungs- und Erziehungsleistung verbundene Belastung der Eltern, die in deren Erwerbsphase auftritt, ist auch in diesem Zeitraum auszugleichen (BVerfGE 103, 242, 270 = SozR 3-3300 § 54 Nr 2 S 22). Familienfördernde Elemente im System der GKV sind - zusammengefasst -:

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

<sup>6</sup> A. Lenze, Familienlastenausgleich, in: B. v. Maydell u.a. (Hrsg.), Lexikon des Rechts/Sozialrecht, Loseblattsammlung, 138. Lfg., März 2010, S. 3 = GA LSG II, Bl. 268.

<sup>7</sup> LSG Baden-Württemberg, L 11 KR 3416/10 v. 24. 4. 2012, Umdruck S. 16.

*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 (früher: §§ 195 bis 200 RVO, seit 30.10.2012: §§ 24c bis 24i SGB V).*

71 *Das Beitragsrecht und Leistungsspektrum der GKV ist daher bereits spezifisch familien- und kinderorientiert; demzufolge ist die Solidarkomponente in der GKV zugunsten von Versicherten mit Kindern und Familien - de lege lata - erheblich stärker ausgeprägt als in der sPV.“*

Zu der differenzierten Argumentation und den detaillierten Angaben der Kläger in der Revision findet sich mithin kein Wort.

#### IV.

Diese Verletzung des Anspruchs der Kläger auf rechtliches Gehör wird durch die anschließende Feststellung dann noch vertieft:

1. Dort ist nämlich zu lesen (Rn 71):

***„Dass mit der Berücksichtigung dieser Elemente - wie die Kläger meinen - lediglich eine "Symmetrie im Lebenslängsschnitt hergestellt" werde mit der Folge, dass diese Vergünstigungen als Kompensationen zwischen Eltern und Kinderlosen ausscheiden, erschließt sich daher nicht.“***

Tatsächlich hatten die Kläger die Notwendigkeit einer Längsschnittbetrachtung bereits in ihren vorinstanzlichen Schriftsätzen sowie zuletzt in der Revision –siehe oben- unter Bezugnahme auf Herwig Birg unterstrichen, zuletzt dabei im Schriftsatz vom 11. August 2015 in dem einschlägig folgendes ausgeführt ist (S. 9):

*„Da die Auffassung, Familien würden durch die Mitversicherung gegenüber Kinderlosen bevorteilt, nach wie vor und allen bisherigen Richtigstellungen und gegenteiligen Untersuchungsergebnissen zum Trotz von vielen Seiten weiter vertreten wird (und selbst im Beitragskinderurteil Erwähnung findet), soll hierauf ergänzend zu den Ausführungen in der Revisionsbegründung sowie den Studien von Frank Niehaus noch kurz eingegangen werden, weil in dieser Auffassung ein fundamentaler methodischer Mangel zutage tritt:*

*Grundsätzlich ist bei derartigen Vergleichen nämlich zu beanstanden, dass nicht von vornherein klar gestellt wird, wer oder was miteinander verglichen wird. Sinnvollerweise kann ein solcher Vergleich doch nur anhand von zwei Personen A und B erfolgen, wobei A Kinder hat und B nicht. Zu vergleichen sind die Vorteile und Nachteile von A und B in der GKV, und zwar über den gesamten Lebenslauf als Vergleichszeitraum, also nicht zu einem willkürlich gewählten Zeitpunkt bzw. in einem willkürlich gewählten Alter. Wenn man das so macht, ist klar, dass A und B (bzw. die Eltern von A und B) in glei-*

*chem Maße von der beitragsfreien Mitversicherung ihrer Kinder profitieren, nicht etwa nur A, wie es hier stets insinuiert wird, denn beide waren einmal Kinder. Aus diesem Grund kann man die vermeintlichen Vorteile von A nicht gegen ihn geltend machen. Dieser methodische Punkt ist entscheidend, denn eine Ungenauigkeit in diesen einfachen, aber enorm wichtigen Methodenfragen führt zu irreparabel falschen Ergebnissen.“*

Damit ist nach Überzeugung der Kläger aber allgemeinverständlich klargestellt, was ohnehin evident ist: Dass diese Komponenten nämlich genauso den kinderlosen Generationsteilnehmern der Eltern- generation in ihrer Kindheit zugutekamen, für einen bilanzierenden Vergleich also auf der Aktiv- wie der Passivseite aufzuführen sind und sich unter dem Strich egalisieren.

2. Zu dieser hier erklärtermaßen entscheidungserheblichen Frage nun lediglich zu bemerken,

***dies erschließe sich dem Senat nicht,***

ohne dieses fehlende Verständnis den Klägern aber mitzuteilen und ihnen so die Möglichkeit zu verwehren, die beim Senat bestehenden Verständnisschwierigkeiten zu beheben, macht die Gehörsverletzung evident.

3. Die hier vorgebrachte Rüge fehlender Befassung des Gerichts mit dem Vorbringen der Kläger gilt erst recht unter Berücksichtigung der Tatsache, dass diese **noch im Schriftsatz vom 11.8.2015** (S. 17) nach erneuter detaillierter Darlegung dieser Aspekte insoweit klar und unmissverständlich **um einen Hinweis bei etwa noch bestehenden Unklarheiten gebeten hatten:**

*„Sollte der Senat im Hinblick auf die Größenordnung der Benachteiligung von Familien durch die drei intergenerationell verteilenden Sozialsysteme noch Informationsbedarf haben, **bittet die Klägerseite um einen Hinweis.**“*

## V.

Der aus der Tatsache fehlender Erörterung mit den Klägern resultierende fundamentale Mangel des Urteils wird auch durch die folgenden Zitierungen der diversen Berichte der Exekutive in Rn 71 nicht geheilt, da die Kläger deren Inhalt mehrfach detailliert widerlegt haben (siehe Klageschrift vom 10.7.2007, dort Text zu Fn 4-18 (namentlich zur Stellungnahme der Bundesregierung vom 4.11.2004); ferner Berufungsschriftsatz vom 5.3.2012, S. 15 -27 –unter Wiedergabe der einschlägigen Ausführungen von Lenze aus dem „Sozialrechtslexikon“ (Hg. von Maydell); siehe zu den verteilungspoliti-

schen Realitäten der Familienpolitik ferner Borchert, „Der „Wiesbadener Entwurf“ der familienpolitischen Strukturreform des Sozialstaats“, in: Hess. Staatskanzlei (Hg.), Die Familienpolitik muss neue Wege gehen!, Wiesbaden 2003, S. 55ff.-mvwN).

Die Kläger hatten überdies mehrfach auf die dynamische Scherenwirkung steigender Müttererwerbstätigkeit und schrumpfender Kinderzahlen hingewiesen, in deren Folge der Saldo „positiver externer Effekte“ zulasten der Familien ständig steigt -so im Berufungsschriftsatz vom 5.3.2012, S. 21 unter wörtlicher Bezugnahme auf Estelmann, SGB 2002, 252:

*„Im Hinblick auf den relativ geringen Anteil der Kinder und Jugendlichen an der Gesamtbevölkerung und der deutlich geringeren Kosten je Versicherten unter 50 kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Transfer, den die heutigen Kinder in der Zukunft zugunsten der kinderlosen Versicherten im Rentenalter werden erbringen müssen, auch nur annähernd dem Transfer entspricht, der den kinderlosen Versicherten gegenwärtig zugunsten der nach § 10 SGB V beitragsfrei versicherten Kinder und der während der Erziehungsphase nicht oder nur geringfügig beschäftigten Ehegatten von Mitgliedern auferlegt wird.“*

Zu dieser dynamischen Betrachtung schweigt der 12. KR-Senat ebenfalls vollständig. Es ist aber nicht die Aufgabe der Judikative, kritiklos Äußerungen der Exekutive zu übernehmen, sondern im Gegenteil diese kritisch zu prüfen; die Justiz ist schließlich kein Erfüllungsgehilfe der Regierung. Die Kläger konnten, nachdem sie mit einer Fülle von Literaturen die tatsächlich desolaten Verteilungsverhältnisse des sog. Familienlastenausgleichs aus wissenschaftlich unabhängigen Quellen belegt hatten, deshalb nicht damit rechnen, dass der Senat ihre Überlegungen stillschweigend übergeht. Dies gilt unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Kläger den Senat –siehe oben- ausdrücklich um einen Hinweis gebeten hatten, sollte er hierzu anderer Meinung sein

## VI.

Dass tatsächlich nur ein Vergleich unter Berücksichtigung der Lebenslängsschnittperspektiven sinnvoll verwertbare Ergebnisse zeitigt, ist in der bereits in Bezug genommenen Stellungnahme von Martin Werding vom 9.3.2016 ebenfalls schlüssig und überzeugend nachgewiesen. Um den Vortrag der Kläger betreffend die Saldierung der Familienkomponenten im Lebenslängsschnitt zu widerlegen, hätte der Senat diese also zumindest insoweit differenzieren müssen, ob sie womöglich bereits zu Kindheits- und Jugendzeiten der Elterngeneration vorhanden waren; er hätte dabei weiter beachten müssen, dass so gut wie alle scheinbar glänzenden familienpolitischen Verbesserungen der letzten

Jahrzehnte einhergingen mit Verschlechterungen an anderen versteckten Stellen und dabei zugunsten der öffentlichen Kassen regelmäßig überkompensiert wurden (skizziert zum Beispiel in der Verfassungsbeschwerde gegen die sPflV vom 16.8.1994 (1 BvR 1504/94)-mit Blick auf die Reformen seit Verkündung des Trümmerfrauenurteils-abgedruckt in: ZSR 1994, S. 687 ff (706-711); exemplarisch für die 1980er Jahre, als die hiesigen Kläger im Jugendalter waren: Thomas Schnabel, lieben wir Kinder? Bilanz der familienpolitischen Leistungen in den achtziger Jahren, Deutsche Liga für das Kind in Familie und Gesellschaft, 1986; siehe ferner Borchert, in: Deutsche Liga für das Kind in Familie und Gesellschaft (Hg.), Die familienpolitische Strukturreform des Sozialstaats: Verfassungsauftrag ohne Folgen?, Dokumentation der Fachtagung vom 21.2.1994, S. 31-34; Hatzold, ebenda, Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramm auf dem Rücken der Familien. Versuch einer Quantifizierung der familienpolitischen Rückschritte, S. 45- 50; Borchert, Die familienpolitische Strukturreform des Sozialstaats, in: Hessische Staatskanzlei (Herausgeber), Die Familienpolitik muss neue Wege gehen!, S. 23 f, 55 ff.).

Davon, dass per Saldo nach dem „Trümmerfrauenurteil“ familienpolitische Fortschritte zu verzeichnen sind, kann keine Rede sein. Das Gegenteil ist richtig.

## VII.

Die Kläger legen in diesem Zusammenhang Wert auf die Feststellung, dass diese Fragen bereits im „Trümmerfrauen“- Verfahren intensiv und weit über das Rentenrecht hinaus untersucht und erörtert wurden (siehe dazu die Dokumentation der Deutschen Liga für das Kind in Familie und Gesellschaft (Hg.), Das Jahrhundert Unrecht an den Müttern. Plädoyers für Familiengericht vor dem Bundesverfassungsgericht am 28. April 1992, Neuwied 1992, – darin ab Seite 35 die ausführliche Auseinandersetzung des Unterzeichneten mit dem Vorbringen des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung sowie den Rententrägern, die zur Abwehr der Verfassungsbeschwerden beide die nunmehr auch vom BSG vertretene Argumentation des Familienlastenausgleichs und der „Zuständigkeit der Gesamtgesellschaft“ vortrugen).

Diese vor dem Bundesverfassungsgericht damals intensiv geführte Auseinandersetzung endete mit dem klaren Ergebnis (Rn 132, 134 des BVerfG-Urteils vom 7.7.1992 „Trümmerfrauen“):

*„Im Kern bleibt es auf diese Weise trotz der staatlichen Bemühungen um einen Familienlastenausgleich dabei, daß die Kindererziehung als Privatsache, die Alterssicherung dagegen als gesellschaftliche Aufgabe gilt. Die Benachteiligung der Familie, wie sie die Beschwerdeführerinnen auf der Grund-*



*lage einer transferrechtlichen Betrachtung dargelegt haben, ist auch in der mündlichen Verhandlung nicht grundsätzlich in Abrede gestellt worden... Die festgestellten Nachteile haben ihre Wurzel nicht allein im Rentenrecht und brauchen folglich auch nicht nur dort behoben zu werden. Der von den Beschwerdeführerinnen in den Vordergrund gerückte Umstand, daß aufgrund der gegenwärtigen Rechtslage Transferleistungen von Familien mit mehreren Kindern an die ohnehin schon besser gestellten Familien mit einem Kind und die Kinderlosen stattfinden, betrifft nicht nur das Rentenrecht, sondern darüber hinaus den Familienlastenausgleich im allgemeinen. Er erlaubt ...den Schluß, daß der Gesetzgeber den Schutzauftrag des Art. 6 Abs. 1 GG bisher nur unvollkommen erfüllt hat.“*

Der selektiven Wahrnehmung des BSG bleibt diese Feststellung trotz der unverdrossenen Bemühungen der Kläger, die hierauf in jeder Instanz hinwiesen, verborgen.

#### VIII.

Als Gehörsverletzung ebenso wie die vorstehenden Punkte ist gleichermaßen die in Rn 72 des Urteils unmittelbar anschließende Auseinandersetzung mit dem **Gutachten von Frank Niehaus** zu rügen, **welches der Senat als „Simulationsrechnung“ bezeichnet und dabei offensichtlich nicht erkennt, dass es sich ausnahmslos um Ergebnisse der Empirie**, nämlich die Auswertung der Daten der GKV handelt (für welche Niehaus ua maßgeblich an den Analysen für den Risikostrukturausgleich beteiligt war). Auf diesen **empirischen Charakter** der Studien von Niehaus hatten die Kläger im Berufungsschriftsatz vom 5.3.2012, S. 16, sogar unter Beifügung seines Beitrags „*Ein Vergleich der von Familien geleisteten Beiträge und erhaltenen Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung*“ in der Fachzeitschrift „Sozialer Fortschritt“ 12/2009, S. 282 ff. ausdrücklich hingewiesen.

Aufgrund dieser eklatanten Fehlinterpretation geht die Argumentation des BSG folglich ins Leere, wovon die Kläger das Gericht hätten bewahren können, wenn ihnen diese Auffassung ordnungsgemäß rechtzeitig gemäß § 128 Abs. 2 SGG eröffnet worden wäre. Dies hat der Senat, der während des gesamten Revisionsverfahrens keine einzige Silbe zu den für erheblich angesehenen Entscheidungsgrundlagen oder Rechtsfragen verlauten ließ, jedoch auch insoweit gründlich versäumt.

#### F.

In gleicher Weise völlig überrascht sehen sich die Kläger ferner in Rn 81 und 87 ff **betreffend die SPV** mit der Begründung konfrontiert, die ohne Differenzierung nach der Kinderzahl zum 1.1.2005 mit

dem KiBG erfolgte Erhöhung der Beiträge zur sPV für Kinderlose um 0.25 Prozentpunkte sei nicht zu beanstanden, weil der Gesetzgeber bei der Ausfüllung des ihm insoweit zustehenden Gestaltungsspielraums die ihm eingeräumte Befugnis zur **Generalisierung und Typisierung** bei der Ordnung von Massenerscheinungen nicht überschritten habe:

„86 *bb) War der Gesetzgeber danach in den geschilderten Grenzen frei zu entscheiden, wie er Versicherte mit einem Kind oder mehreren Kindern im Hinblick auf ihren Betreuungs- und Erziehungsaufwand gegenüber kinderlosen Mitgliedern bei der Bemessung der Pflegeversicherungsbeiträge relativ entlastete, so hat er hier bei der Ausgestaltung eines den verfassungsgerichtlichen Vorgaben entsprechenden Beitragsrechts der sPV durch das KiBG die ihm von Verfassungs wegen im Sozialrecht gezogenen Grenzen für generalisierende bzw typisierende Regelungen eingehalten (vgl allgemein zu der hier bestehenden Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers BVerfG SozR 4-3300 § 55 Nr 3 RdNr 9-11).*

87 *Jede Norm muss verallgemeinern. Bei der Ordnung von Massenerscheinungen wie bei der Beitragsbemessung in der sPV (vgl - zur Beitragsbemessung bei freiwillig Versicherten der GKV - BSG Urteil vom 28.5.2015 - B 12 KR 15/13 R - Juris RdNr 39, zur Veröffentlichung in BSGE und SozR 4-2500 § 240 Nr 25 vorgesehen) sind generalisierende, typisierende und pauschalierende Regeln allgemein als notwendig anerkannt und vom BVerfG im Grundsatz ständig als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen worden (vgl BVerfGE 17, 1, 23; aus der letzten Zeit BVerfGE 113, 167, 236; stRspr); der Gesetzgeber ist dabei gezwungen, aber auch berechtigt, sich am Regelfall zu orientieren. Unbedenklich ist eine Typisierung aber nur, soweit eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen benachteiligt wird und der Grundrechtsverstoß nicht sehr intensiv ist (vgl BVerfGE 26, 265, 275 f; aus jüngerer Zeit BVerfGE 133, 377, 413); wesentlich für die Zulässigkeit einer typisierenden Regelung ist hierbei auch, ob eine durch sie entstehende Ungerechtigkeit nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wäre (vgl BVerfGE 63, 119, 128; BVerfGE 133, 377, 413).*

88 *Hieran gemessen ist die Entscheidung des Gesetzgebers, bei der Bemessung der Beiträge zur sPV von Mitgliedern mit Kindern nicht nach der Kinderzahl zu differenzieren, nicht zu beanstanden. Das Gesetz behandelt die von den Klägern repräsentierte Personengruppe - Eltern mit drei Kindern - und Eltern mit (nur) einem Kind oder zwei Kindern zwar gleich, weil alle Eltern weiter Pflegeversicherungsbeiträge nach dem bisherigen Beitragssatz bzw ohne Absetzungen für Kinder von der Bemessungsgrundlage zahlen. Die hierdurch entstehenden Härten und Ungerechtigkeiten sind jedoch hinzunehmen.*

89 *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, dh 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. Auch das hat der Senat in der genannten Entscheidung bereits ausgeführt (BSGE 100, 77 = SozR 4-3300 § 55 Nr 2, RdNr 17). Nichts anderes kann für einen tatsächlich erhöhten Umfang bzw eine tatsächlich längere Dauer der Kinderbetreuung und -erziehung infolge einer größeren Kinderzahl gelten. Soweit gesetzliche Verallgemeinerungen auf einer möglichst weiten, alle betroffenen Personengruppen einschließenden Beobachtung aufbauen, ist der Gesetzgeber nicht gehalten, allen Besonderheiten durch Sonderregelungen Rechnung zu tragen (BVerfGE 96, 1, 6 mwN; zuletzt BVerfGE 133, 377, 412 mwN).“*

Diese Überlegungen wurden weder von den Beteiligten noch vom Senat jemals zum Gegenstand des Verfahrens gemacht. Sie sind den Prozessbevollmächtigten der Kläger auch nirgendwo sonst in Rechtsprechung oder Literatur begegnet.

#### I.

Angesichts der Tatsache, dass der Senat in Rn. 89 wiederholt auf sein Urteil in BSG 100,77 hinweist, muss betont werden, dass dort weder die hier verwendeten Daten noch die daraus gezogene Schlussfolgerung zulässiger Typisierung abgehandelt sind. In der zitierten und dort allein einschlägigen Rn. 17 ist nämlich folgendes ausgeführt:

*„Der Gesetzgeber durfte in Ausübung seines ihm eingeräumten Spielraums bei der Ausgestaltung eines Art 3 Abs 1 iVm Art 6 Abs 1 GG entsprechenden Beitragsrechts in der sozialen Pflegeversicherung vom Regelfall ausgehen und die vom BVerfG geforderte Entlastung an das (bloße) Vorhandensein eines Kindes knüpfen sowie ab dessen Geburt eine dauerhafte Beitragsentlastung vorsehen. Das GG verpflichtet den Gesetzgeber entsprechend dem Urteil des BVerfG lediglich dazu, bei der gebotenen Differenzierung der Beitragshöhe den sog generativen Beitrag zu berücksichtigen und die beitragspflichtigen Mitglieder mit einem oder mehreren Kindern gegenüber kinderlosen Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung bei der Bemessung der Beiträge relativ zu entlasten. Dies kann durch die Berücksichtigung allein der Tatsache, dass ein Kind vorhanden ist, bei der Beitragsbemessung geschehen. Die geforderte Berücksichtigung des sog generativen Beitrags rechtfertigt es, an die Stellung als Eltern anzuknüpfen, ohne danach zu differenzieren, ob und inwieweit Eltern in der Erziehungsphase tatsächlich im Einzelfall Nachteile entstehen und inwieweit Kinder tatsächlich später zur sozialen Pflegeversicherung Beiträge leisten. Die Feststellung tatsächlicher Nachteile durch die Pflegekassen wäre darüber hinaus mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Schon im Hinblick auf die relativ geringe Differenz von 0,25 % Beitragssatzpunkten zwischen kinderlosen Versicherten und solchen mit Kindern steht die Beitragsentlastung letzterer über das Ende der Betreuungsphase und auch der Erwerbsphase der Versicherten hinaus nicht außer Verhältnis. Nach Umfang oder der Dauer der Kindererziehung und -betreuung musste deshalb nicht differenziert werden.“*

Der Senat hat deshalb auch insoweit entgegen § 128 Abs. 2 SGG eine Überraschungsentscheidung

getroffen und den Anspruch der Kläger auf rechtliches Gehör verletzt. Er hat damit den Klägern zugleich die Möglichkeit genommen, den Senat darauf hinzuweisen, dass die genannten Daten die Feststellung zulässiger Typisierung nicht zu tragen vermögen und die Überlegungen des 12. KR-Senats im Übrigen zum einen weder mit dem Familienrecht noch mit dem klaren Wortlaut des Pflegeurteils vereinbar und diese zum anderen –wie nachfolgend zu begründen sein wird- auch unvereinbar mit dem Sozialstaatsprinzip sind. Hinsichtlich der von der Verfassungsjudikatur formulierten Voraussetzungen zulässiger Typisierung nehmen die Kläger Bezug auf ihre Anhörungsrüge vom 12.10.2015; dort wurde auch bereits nachgewiesen, dass sie nicht erfüllt sind.

## II.

Weder setzt sich das BSG mit dem vom bürgerlichen Recht vorgegebenen Erziehungsbegriff auseinander, noch prüft es die Voraussetzungen zulässiger Typisierung in erkennbarer Weise. Es handelt sich ersichtlich vielmehr um eine Ansammlung von Postulaten, nicht jedoch um eine den anerkannten juristischen Methoden folgende Auslegung und Entscheidungsfindung.

1. Eine solche hätte vorliegend beim Wortlaut des Urteils des BVerfG vom 3.4.2001 zur sPV ansetzen müssen. Dort wird zwar Rn 70 der große Spielraum des Gesetzgebers betont, in Rn 71 juris wird dieser aber insoweit präzise wie folgt verengt

*„Der danach zwischen Eltern und kinderlosen Personen vorzunehmende Ausgleich muss allerdings durch Regelungen erfolgen, die die Elterngeneration **während der Zeit der Betreuung und Erziehung** entlasten.“*

Dass diese Präzisierung mit dem vorgelagerten Privatrecht (vgl. 1602 Abs. 2, 1630 BGB-„minderjährig“) nicht in Konflikt gerät, ist offenbar.

2. Stattdessen überrascht das BSG in Rn. 89 mit seinen Daten zur Typisierungsthese. Dass es vor *„diesem Hintergrund“* nun nach Ansicht des 12. KR-Senats

*für die geforderte Berücksichtigung des „generativen Beitrags“ ausreichen soll, „typisierend an die Stellung als Eltern als solche, dh die Elterneigenschaft, anzuknüpfen“*

erschließt sich den Klägern in keine Richtung: Zum einen ergibt sich aus den Daten nämlich, dass 2006 in 31,1 % der Haushalte Kinder lebten und in 2012 mit 29,1 % sogar 2 % weniger. Zum anderen lebten 2006 in 16 % der Haushalte nur ein Kind und in 15 % zwei und mehr Kinder, entsprechend im

2012 Jahr 15,1% gegenüber 13.9 %. Das bedeutet aber, dass in rund 70 % der Privathaushalte keine Kinder lebten, was durch die neuesten Zahlen des statistischen Bundesamtes tendenziell bestätigt wird, denen zufolge 2014 sogar nur noch in 8,061 Millionen von insgesamt 40,2 Millionen Haushalten -mithin in nur noch 20 % - Familien mit minderjährigen Kinder leben

[www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/HaushalteFamilien/Tabellen/FamilienKindern.html](http://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/HaushalteFamilien/Tabellen/FamilienKindern.html)-Pressemitteilung vom 28. September 2015

3. Zum anderen besagen die Daten, dass Ein-Kind-Familien und Mehrkinderfamilien sich in etwa die Waage halten. Eine solche Momentaufnahme, wie sie der Senat hier zur Grundlage seiner Entscheidung macht, besagt aber nichts über die (endgültige) Kinderverteilung in den Haushalten im Lebenslängsschnitt. Hier ist nämlich festzustellen, dass die endgültige Kinderzahl der Eltern im Alter der Kläger mit zwei und mehr Kindern rund 50 % und die Ein- Kind-Familien nur rund 23 % ausmachen (Herwig Birg, Die alternde Republik und das Versagen der Politik, Münster 2015, S. 44).

### III.

Nach allem **sprechen somit der Erziehungsbegriff** ebenso wie die Anknüpfung des Bundesverfassungsgerichtes in Rn 71 an der **temporären Belastung („während“)** und schließlich die Tatsache, dass mindestens 70 % der Haushalte durch Unterhaltsfreiheit imponieren und bei den aktuell unterhaltsbelasteten Elternhaushalten die Haushalte mit einem und die mit zwei und mehr Kindern annähernd im Gleichgewicht stehen, nicht für die vom BSG für zulässig gehaltene Typisierung, **sondern schließen eine solche im Gegenteil aus**. Denn der dominierende Zustand in der ganz überwiegenden Masse aller Haushalte, der allein eine Typisierung erlauben würde, ist laut der eigenen Datengrundlage des BSG **die Abwesenheit von Unterhaltsverpflichtungen**. Dies gilt überdies nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht nur sozial, sondern auch individuell im Leben der einzelnen Bürger, wo der Aggregatzustand „Kinderlosigkeit“ in der Regel stets nur zeitweise -bei den einen länger, bei den anderen kürzer- durch Unterhaltslasten (Erziehung, Betreuung, Pflege,- vgl. §§ 1603 ff. -§§ 1606 Abs. 3 S. 2 BGB) unterbrochen ist.

Die Berücksichtigung sowohl der von der Verfassungsjudikatur aufgestellten Kriterien einer zulässigen Typisierung als auch die dem Sozialrecht vorgelagerten Begrifflichkeiten des Privatrechts wie der Wortlaut des Pflegeurteils stehen somit der Auffassung des BSG, der Gesetzgeber habe

*„vom Regelfall ausgehen und die vom BVerfG geforderte Entlastung an das (bloße) Vorhandensein eines Kindes knüpfen sowie ab dessen Geburt eine dauerhafte Beitragsentlastung vorsehen dürfen“*

bei unvoreingenommener Betrachtung ohne weiteres erkennbar entgegen.

#### IV.

Nach allem ist deshalb auch die vom BSG in Rn. 83 des Urteils vom 30. September 2015 quasi als „schlussfolgernde Prämisse“ seiner Begründung vorangestellte Behauptung

*„Die von den Klägern geforderte Regelung würde demgegenüber zu Beitragsausfällen führen, die mit Beitragssatzerhöhungen für andere Pflegeversicherte kompensiert werden müssten; bei angestrebter Beibehaltung des Beitragsaufkommens hätte das zur Folge, dass Kinderlose (noch) höhere Pflegeversicherungsbeiträge zahlen müssten (BSGE 100, 77 = SozR 4-3300 § 55 Nr 2, RdNr 15)“*

-ganz abgesehen von ihrer fragwürdigen rechtlichen Tragfähigkeit- falsch. Denn die Tatsache, dass aktuell unterhaltsbelastete Familienhaushalte in der deutlichen Minderheit, dagegen die nicht – unterhaltsbelasteten („kinderlose“) dagegen in der deutlichen Mehrheit sind, vergrößert nicht nur das verteilbare Volumen, sondern zugleich die Spielräume für eine aus Gründen der Ungleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gebotene Differenzierung zwischen Ein- und Mehrkinderfamilien, die beispielsweise an der Kindergeldberechtigung anknüpft, ohne dass dies eine höhere Belastung des einzelnen „Kinderlosen“ zur Folge hätte. Entsprechend wüchsen das Beitragsvolumen und die Verteilungsspielräume in umgekehrtem Verhältnis zu heute. Nach derzeitiger Rechtslage wird per Saldo schätzungsweise lediglich ein Fünftel (20 %) der Pflegeversicherten mit einem Beitragszuschlag von 0,25 Prozentpunkten belastet, um vier Fünftel (80 %) der Haushalte zu entlasten, die in der Mehrheit aber gar nicht (mehr) durch Unterhalt belastet sind. Orientiert man sich also am familiären Unterhaltsrecht und den tatsächlichen sozialökonomischen Gegebenheiten des Fehlens jeglicher aktueller Unterhaltsbelastung bei ca. 80 Prozent der Privathaushalte, stünden das verteilbare Mittelvolumen der Revenue und die Verteilungsadressaten bei gleicher nominaler Belastung im genau umgekehrten Verhältnis. Dabei wäre aber den vom BSG betrachteten (biologisch) kinderlosen Versicherten entgegen der Prämisse des Gerichts kein höherer Beitrag als der nach geltendem Recht abzuverlangen.

## V.

Die zahlen- und anteilmäßig dominierende Mehrheit der Eltern auch dann „typisiert“ als Kinder erziehend und unterhaltsbelastet zu behandeln, wenn die Kinder längst erwachsen sind und/oder auf eigenen Beinen stehen, wie der 12. BSG-Senat es hier tut, verletzt den Gleichheitssatz sogar gleich doppelt und aus beiden bzw. in beide Richtungen: Einmal gegenüber der Minderheit aktuell kindererziehender Eltern, die tatsächlich unterhaltsbelastet sind, zum anderen gegenüber den lebenslang Kinderlosen, im Vergleich zu denen bei Eltern erwachsener Kinder kein entscheidender wirtschaftlicher Unterschied (mehr) zu erkennen ist. Dementsprechend erlauben die tatsächlichen Gegebenheiten die vom erkennenden Senat vorgenommene Typisierung keinesfalls: **Der Senat argumentiert hier also nicht juristisch, sondern biologistisch.**

Dies beleuchtet auch die Tatsache, dass der Gesetzgeber im Sozialrecht regelmäßig entweder auf die Vollendung des 18. Lebensjahres (so z.B. bei der großen Hinterbliebenenrente) oder die Kindergeldberechtigung Bezug nimmt (so z.B. beim Arbeitslosengeld, § 129 SGB III). Zu diesen Regelfällen der Sozialgesetzgebung, welche der auf die Notwendigkeiten der Massenverwaltung gestützten These des BSG die Grundlage entziehen, schweigt das BSG ebenso wie zum Vorbringen der Kläger.

## VI.

Offensichtlich unberücksichtigt blieb im Urteil des BSG im Übrigen, dass die im KiBG gefundene Lösung des Gesetzgebers dem Sozialstaatsprinzip widerspricht, welches gebietet, dass

*die annähernd gleichmäßige Verteilung der Lasten grundsätzlich zu erstreben ist und der Einsatz der nicht unbegrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel nach dem Grad der sozialen Schutzbedürftigkeit differenziert werden soll* (ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 5, 85, 198; 23, 135, 145).

In der Gleichbehandlung von Eltern erwachsener Kinder mit Eltern unterhaltsberechtigter Kinder unter Außerachtlassung der Bedarfslagen liegt im Ergebnis aber eine solche „Verteilung nicht unbegrenzt verfügbarer öffentlicher Mittel“ entgegen den tatsächlichen Bedarfslagen, für welche – was das BSG insoweit missachtet- auch noch das Fördergebot des Art. 6 Abs. 1 GG zu beachten ist. Das BSG missachtet vorliegend also, dass der Gesetzgeber mit der Lösung des KiBG neben der Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG in doppelter Richtung obendrein noch Art. 6 Abs. 1 GG und das Sozialstaatsprinzip verletzt hat.

## VII.

Weil der Senat über seine grundlegenden Annahmen der tatsächlichen Grundlagen seines Urteils und die daraus von ihm gezogenen Schlüsse und damit die insoweit entscheidungserheblichen Aspekte gegenüber den Beteiligten bis zum Ende der mündlichen Verhandlung geschwiegen hat, wurde den Klägern die Möglichkeit genommen, ihre die Ansicht des 12. KR Senats womöglich erschütternden Gegenargumente vorzubringen. Die Folge ist nun, dass ein Urteil in der Welt ist, welches den verfassungsrechtlichen Kriterien ersichtlich in keiner Hinsicht entspricht.

### G.

Ohne dass derartiges jemals von den Beteiligten vorgebracht, geschweige denn dass der Senat hierauf hingewiesen hätte, stoßen die Kläger in Rn 37 ff. der beglaubigten Urteilsabschrift betreffend die Übertragbarkeit der Grundsätze des sPV-Urteils des BVerfG auf die GRV ohne Vorwarnung auf die Feststellung des Senats

*„jedenfalls weist die GRV nicht die geforderte Mindestgeschlossenheit auf, weil nicht angenommen werden kann, dass ein wesentlicher Anteil aller Kinder in Zukunft Beitragszahler in der DRV sein wird.“*

Dazu wird in den Rn 40- 42 weiter ausgeführt:

*„Eine solche "rechtlich fundierte Wahrscheinlichkeit", dass Kinder von Beitragszahlern in Zukunft durch eigene Rentenversicherungsbeiträge zum Fortbestand der GRV beitragen werden, kann jedenfalls für den vorliegend streitigen Zeitraum der Jahre 2006 bis 2012 nicht angenommen werden, weil es sich nach den öffentlich zugänglichen statistischen Daten vielmehr so verhält, dass etwa die Hälfte der potentiellen Beitragszahler - obwohl statistisch als "Versicherte" geführt - tatsächlich keine Beiträge zur GRV zahlt bzw wenn, dann nur in einem geringfügigen Umfang. Beruhend auf den Beobachtungen aus der Vergangenheit und bei unveränderten Annahmen über die zukünftige Entwicklung muss davon ausgegangen werden, dass seinerzeit - im streitigen Zeitraum - betreute und erzogene Kinder als spätere Rentenversicherte das System der GRV jedenfalls nicht (wie vom BVerfG gefordert) zu einem "wesentlichen Anteil" bzw "maßgeblich" stützen werden. Insoweit kann auch 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.*

*41 So waren beispielsweise im Jahr 2006 rund 51,97 Mio Menschen in der GRV ohne Rentenbezug versichert, davon 35,02 Mio "aktiv" und 16,95 Mio "passiv" (zur Verteilung zwischen aktiv und passiv Versicherten in den Jahren ab 2006: DRV Bund, Rentenversicherung in Zeitreihen, Oktober 2015, S 14). Als "Versicherte" der GRV werden statistisch alle Personen bezeichnet, die einen Leistungsanspruch ihr gegenüber erworben haben. Die Versicherten mit Rentenbezug werden in den Rentenstatistiken erfasst und als "Rentenzahlfall" bzw bei personeller Zuordnung als "Rentner" bezeichnet. Gegenstand der Versichertenstatistik sind hingegen im Allgemeinen die Versicherten ohne Rentenbezug, die aktuell Rentenanwartschaften erwerben oder zu einem früheren Zeitpunkt erworben haben. Zu den "aktiv Versicherten" zählen alle Beitragszahler, aber auch sog Anrechnungszeitversicherte. Dies sind Versicherte mit Zeiten, für die grundsätzlich keine Beiträge zur GRV gezahlt werden (vgl § 58 SGB*



VI). Die Anrechnungszeitversicherten werden in den angegebenen Zahlen nicht separat ausgewiesen. Bei den "passiv Versicherten" handelt es sich um (lebende) Versicherte ohne Rentenbezug, deren Versichertenkonten aktuell keine Einträge aus aktiver Versicherung aufweisen, für die aber in den Zeiten davor mindestens ein versicherungspflichtiger Tatbestand oder ein Bonus aus einem Versorgungsausgleich gespeichert ist. In Abhängigkeit davon, ob solche Einträge innerhalb des Berichtsjahres oder davor liegen, unterscheidet man bei den passiv Versicherten zwischen Übergangsfällen und latent Versicherten, die wiederum nicht separat ausgewiesen wurden (zu den Definitionen: Kaldybajewa/Kruse/Strobel, RV aktuell 2009, 83; DRV Bund, Versichertenbericht 2014, S 11 ff, 18). Von den aktiv versicherten Personen waren im Jahr 2006 5,55 Mio Leistungsempfänger nach dem SGB III/SGB II, die ihre Beiträge nicht selbst tragen. Das bedeutet, dass von den 51,97 Mio Menschen ca 22,5 Mio Menschen (16,95 Mio passiv Versicherte plus 5,55 Mio Leistungsempfänger nach dem SGB 1011) nicht selbst oder tatsächlich keine Rentenversicherungsbeiträge im Berichtszeitraum bzw am Stichtag leisteten. Das sind immerhin 43 % aller Versicherten ohne Rentenbezug. Hierin sind die 5,1 Mio geringfügig Beschäftigten unter den aktiv Versicherten noch nicht eingerechnet. Unter Einrechnung auch dieser Personengruppe ergeben sich sogar 53 %, die nahezu keine Beiträge entrichten... 42 Ein ähnliches Bild ergeben die Zahlen des Jahres 2012. In diesem Jahr waren 35,71 Mio Menschen aktiv und 16,96 Mio Menschen passiv ohne Rentenbezug in der GRV versichert. Unter den aktiv Versicherten waren 926 406 Menschen Bezieher von Arbeitslosengeld nach dem SGB III und 2,5 Mio Anrechnungszeitversicherte (zu diesen Zahlen: DRV Bund, Versichertenbericht 2014, S 6). Von 52,67 Mio "Versicherten" zahlten also ca 20,39 Mio Menschen nicht selbst oder tatsächlich keine Rentenversicherungsbeiträge. Dies sind immerhin 38,7 % aller Versicherten. Berücksichtigt sind dabei noch nicht die 5,23 Mio geringfügig Beschäftigten unter den aktiv Versicherten, diese eingerechnet ergeben sogar 48,65 %."

Dem Senat ist, allerdings ohne dass er hierauf hinweist, insoweit zuzugestehen, dass vergleichbare Überlegungen im Beitrag von Martin Estelmann (SGB 2002, S. 253) anklingen, der dort aber unmittelbar anschließend fortfährt

*„Wenn das BVerfG an dieser Pauschalierung festhalten sollte, sind die Grundsätze des „Beitragskin-derurteils“ auch auf die gesetzliche Rentenversicherung anzuwenden“ (SGB 2002, S. 253).*

## I.

Deshalb mussten die Kläger auch keineswegs damit rechnen, dass das BSG diese Überlegung zur Grundlage seiner Entscheidung macht. Hinzu kommt, dass diese Überlegungen des BSG von vornherein als abwegig zu erkennen sind, was die Kläger bereits in der Anhörungsrüge vom 12. Oktober 2015 vorgetragen haben; denn die Datengrundlage trägt die Schlussfolgerung des Senats nicht. Hierauf wird vollinhaltlich Bezug genommen.

1. Erstens ist schon die Basis der Argumentation des Senats nicht tragfähig. Wer beispielsweise im Jahre 2006 oder heute Leistungsempfänger nach dem SGB II/III ist, ist dies in der Regel nur für be-

grenzte Zeiträume. Gleiches trifft auf die „passiv“ und dabei die „latent“ Versicherten zu, die außerhalb des Stichtages bzw. des Berichtsjahres in anderen Lebensabschnitten regelmäßig ebenfalls als Beitragszahler in Erscheinung getreten sind oder noch treten.

2. Abgesehen davon stellt sich die Frage, weshalb der 12. KR-Senat in Rn 40 f. eigentlich auf das Jahr 2006 abstellt und nicht entsprechend der Sichtweise und Argumentation des Bundesverfassungsgerichts im Urteil zu sPV auf die Verhältnisse des Zeitraums, in welchem die Kläger das Ruhestandsalter erreichen (also nach gegenwärtiger Rechtslage 2032 bzw. 2033). Die im Urteil des BVerfG zur sPV mit Blick auf das dermaleinst zu bestreitende Alter der Elterngeneration ersichtlich final angelegte Längsschnittbetrachtung führt angesichts der „Breitenwirkung“ der GRV nach den klaren Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung aber zu dem klaren Ergebnis, dass das vom BVerfG, aaO aufgestellte Postulat für die GRV erfüllt wird, -erst recht in Anbetracht der Tatsache, dass die Versicherungspflichttatbestände in den zurückliegenden Jahren stetig ausgeweitet wurden und die Zahl der anrechenbaren Beitragsjahre schon infolge der Heraufsetzung des Rentenalters stetig zunimmt.

3. Die gesetzliche Rentenversicherung wird ausweislich sämtlicher Rentenversicherungsberichte der letzten Jahre für die ganz überwiegende Mehrheit der Bevölkerung auch in Zukunft das dominierende Alterssicherungssystem sein und bis in die absehbare Zukunft. Sie ist anders als der 12. KR-Senat in Rn 40 offenbar andeuten will

*„Eine solche "rechtlich fundierte Wahrscheinlichkeit", dass Kinder von Beitragszahlern in Zukunft durch eigene Rentenversicherungsbeiträge zum Fortbestand der GRV beitragen werden, kann jedenfalls für den vorliegend streitigen Zeitraum der Jahre 2006 bis 2012 nicht angenommen werden, weil es sich nach den öffentlich zugänglichen statistischen Daten vielmehr so verhält, dass etwa die Hälfte der potentiellen Beitragszahler - obwohl statistisch als "Versicherte" geführt - tatsächlich keine Beiträge zur GRV zahlt bzw wenn, dann nur in einem geringfügigen Umfang. Beruhend auf den Beobachtungen aus der Vergangenheit und bei unveränderten Annahmen über die zukünftige Entwicklung muss davon ausgegangen werden, dass seinerzeit - im streitigen Zeitraum - betreute und erzeugte Kinder als spätere Rentenversicherte das System der GRV jedenfalls nicht (wie vom BVerfG gefordert) zu einem "wesentlichen Anteil" bzw "maßgeblich" stützen werden. Insoweit kann auch 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“*

**kein autopoietisches System, sondern „beruhend auf den Beobachtungen aus der Vergangenheit und bei unveränderten Annahmen über die zukünftige Entwicklung“** (BSG) wie eh und je weiterhin zu ganz überwiegenden Teilen aus Beiträgen von Pflichtversicherten und zu erheblichen Anteilen aus deren Steuern finanziert, welche ihrerseits die überwiegende Mehrheit der Nachwuchsgeneration

ausmachen werden und **die alle ausnahmslos Eltern hatten oder haben.**

4. So oder so wird es im Übrigen dabei bleiben, dass die kinderlos gebliebenen Angehörigen der Elterngeneration ihre Versorgung im Ruhestand vollständig von den „Kindern anderer Leute“ erhalten: Die nach den Vorstellungen des BVerfG auszugleichende Benachteiligung besteht deshalb darin, dass in der nachwachsenden Generation die heutigen Kinder in der Zukunft mit ihren Beiträgen auch und gerade die alte Last derjenigen Versicherten abdecken müssen, die kein Humankapital als „Deckungskapital der Sozialversicherung“ ( Ruland, Franz, Familiärer Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit, Berlin 1973, S. 237), also keine eigenen Kinder für die Sicherung *der alten* Last, „auf die Beine“ gestellt haben. Diese Betrachtung der Dinge entspricht den schlichten Realitäten des „*Dreigenerationenvertrags*“ (BVerfG): Das neue System der GRV begann 1957 mit dem „Sterntaler-märchen“ der „Dynamischen“ Rentenreform, die buchstäblich über Nacht den Alten plötzlich lohnere-setzende Renten leistete, ohne dass diese je einen Beitrag zu dem neuen System erbracht hatten. Im Schatten des neuen Systems standen diejenigen, die seit jeher dessen Fundamente mit ihren repro-duktiven Leistungen legten und legen. An diesem Grundsachverhalt hat sich bis heute nichts geän-dert.

5. Im Übrigen machen die Kläger die **beigefügte Stellungnahme Martin Werdings zum Inhalt ihrer Rüge**. Wissenschaftlich fundiert und vollkommen überzeugend wird darin unter dem Punkt „1. Min-destgeschlossenheit der GRV“ nachgewiesen, dass die Datenauswahl, Methodik und Schlussfolge-rungen des BSG einer an den Maßstäben des Pflegeurteils des BVerfG orientierten Prüfung unter keinem Gesichtspunkt standhalten: Das Gegenteil ist richtig. Tatsächlich errechnet sich unter Be-rücksichtigung eines dem Pflegeurteil entsprechendem Maßstabs nämlich eine Beitragszahlerquote der Nachwuchsgeneration im Lebenslängsschnitt von rund 90 %. Dem ist nichts hinzuzufügen.

## II.

Den hier vorzubringenden Rügen kann auch nicht etwa dadurch, dass der Senat auf sein Urteil vom 5.7.2006 Bezug nimmt (B 12 KR 20/04 R), entgegengehalten werden, er führe lediglich seine alte Rechtsprechung fort und diese sei den Klägern ja bekannt.

1. Denn tatsächlich haben die Kläger die fundamentalen Fehler dieses Urteils - **bis hin zu nachgewie-senen Verletzungen der Denkgesetze** (hier: Relationenlogik, dazu z.B. Engels, Wolfram, Eine kon-struktive Kritik des Wohlfahrtsstaats, in: Walter Eucken Institut (Hg.), Vorträge und Aufsätze: Nr 69,

Tübingen 1979, S. 1ff.) - von Anfang an wiederholt und detailliert analysiert, nicht zuletzt in der Revisionsbegründung. In dieser wurde ja der vom BSG und anschließend vom LSG vertretene leistungsrechtliche Ansatz ausführlichst behandelt und begründet, weshalb er überholt ist (zB. Text zu Fn. 10 ff.) – was das BSG allerdings nicht hinderte, diesen Vortrag im Urteil vom 30.9.2015 stillschweigend zu übergehen. Ausdrücklich und ausführlich beleuchtet wurde das Urteil dann noch einmal im Plädoyer des Unterzeichneten in der mündlichen Verhandlung vom 30. September 2015 (= Schriftsatz vom 29.9.2015 –dort Seite 3-11). In diesem Zusammenhang wiederholt und zuletzt in besagtem Schriftsatz hatten die Kläger auch zu der vom 12. Senat bereits in seinem Urteil vom 5.7.2006 (B 12 KR 20/04 R) aufgeworfenen Frage der „Sonderbeziehung“

*„Im (einfachrechtlichen) Rentenrecht gibt es keine dokumentierte 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“*

ausführlich Stellung genommen und deren Sinnlosigkeit nachgewiesen. Hierauf auch nur mit einem Wort einzugehen, unterlässt der Senat indes. Dabei hätte bereits die sorgfältige Lektüre des Pflegeurteils gezeigt, dass diese vom BSG geleugnete sog. „Sonderbeziehung“ tatsächlich „eine Systemwahrheit“ (Udo Steiner) ist, denn der GRV liegt genau wie der sPV ein

*„Dreigenerationenvertrag“* (BVerfG –Pflegeurteil-Rn 63 juris)

zugrunde. Der Respekt vor dem Bundesverfassungsgericht hätte das BSG deshalb dazu zwingen müssen darzulegen, dass der Grundsachverhalt bei der GRV ein anderer ist. Das wurde versäumt. Genauso wurde versäumt, auch nur ein Wort zum Vorbringen der Kläger in der Revisionsbegründung vom 8.10.2012 (Text zu Fn 18 ff.), dass das Pflegeurteil mit dem neuen gleichheitsrechtlichen Ansatz auch für die GKV und GRV bei der anzustellenden Gleichheitsprüfung dazu zwingt, den Vergleich generationenübergreifend, d. h. unter Einschluss der dritten Generation vorzunehmen, um die herkömmliche Symmetrie des Gebens und Nehmens zwischen den Generationen zu rekonstruieren. Das muss deshalb hier auch gerügt werden.

Abgesehen davon, dass das Urteil vom 30.9.2015 eine Fülle neuer zu rügender Aspekte beinhaltet, kann der Senat sich seinen Hinweis- und Erörterungspflichten jedenfalls nicht durch Bezugnahme auf jenes Urteil vom 5.7.2006 entziehen.

2. In ihrer umfassenden Auseinandersetzung mit dem Urteil des Senats vom 5.7.2006 (B 12 KR 20/04 R) haben die Kläger darüber hinaus detailliert begründet, dass und warum die -neuerlich als Hilfserwägungen - vorgebrachten Überlegungen des Senats (Rn 45 ff.) betreffend „Rahmenbedingungen

der GRV“, deren „Strukturprinzipien“ sowie zu „anderen verfassungsrechtlich kaum hinnehmbaren Verwerfungen“ sämtlich an der Tatsache vorbei gehen, dass die Sozialversicherung in das Synallagma der familiären Unterhaltsbeziehungen mit enteignungsgleichen Wirkungen einschneidet (BVerfG, Urteil v. 7.7.1992-„Trümmerfrauen“ –Rn 130 juris; zu diesem Problem ausführlich schon E.-J. Borchert, Die Berücksichtigung familiärer Kindererziehung, Berlin 1981, S. 39, 144 ff. 228; daran anschließend Suhr, aaO), weshalb die Erwägungen des Senats am Kern der Sache vollkommen vorbei gehen. Dem 12. KR-Senat scheint völlig unbekannt zu sein, dass Art. 6 Abs. 1 und 2 GG eine Funktion als besonderes Abwehrrecht innewohnt, welche den familiären Unterhaltsverband gegen solche enteignenden Eingriffe eigentlich schützen soll, wie Dieter Suhr (aaO) überzeugend und zu Recht festgestellt hat. Das ergibt sich im Übrigen schon aus der Tatsache, dass das vom Senat mehrfach betonte Fördergebot denknotwendig ein Verschlechterungsverbot voraussetzt. Warum dem Senat die Einsicht dafür fehlt, dass in dem vom Bundesverfassungsgericht geforderten Nachteilsausgleich sich nichts anderes als genau die Kehrseite und Korrektur der vom „Sondersystem“ selbst bewirkten Transferausbeutung verwirklicht, ist für die Kläger nach allem nicht nachvollziehbar. Tatsache ist jedenfalls, dass ihre diesbezüglichen Ausführungen wie schon in den Vorinstanzen so nun auch erneut vom Bundessozialgericht völlig unberücksichtigt bleiben. Wenn das BSG beispielweise behauptet,

*„Mit ‚generativen Beiträgen‘ (durch Kindererziehung) können aktuelle Renten nicht bezahlt werden“*

muss man sich doch fragen, ob das bei der sPflV eigentlich anders ist und das BVerfG dies nicht bemerkt haben sollte (Kingreen)!

Tatsächlich übergehen die Richter des 12. KR-Senats hier auch die Rechtstatsache, dass sich das BVerfG in seinen beiden einschlägigen Urteilen von 1992 und 2001 intensiv nicht nur mit den Verteilungsverhältnissen des gesamten staatlichen Transfersystems, sondern insbesondere mit der Frage befasst hat, ob

*„die Probleme des Ausgleichs des Aufwandes für Kinder <...>Teil der allgemeinen Rahmenbedingungen jedweder Altersvorsorge bzw Zukunftsfähigkeit jeder Gemeinschaft sind“*

-mit dem Ergebnis der Anerkennung des „Dreigenerationenvertrags“.

Das BVerfG hat seine Erwägungen, warum ein interner Ausgleich im Beitragsrecht unerlässlich ist, ausdrücklich in einer für alle intergenerationell verteilenden Sozialsysteme geltenden Abwägung

getroffen (Rn 56 f. Pflegeurteil):

*„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...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...Die Begünstigung Kinderloser wird sichtbar, wenn man die Gruppe der Eltern, die unterhaltsbedürftige Kinder haben, mit der Gruppe der kinderlos bleibenden Versicherten im erwerbsfähigen Alter vergleicht. Beide sind bei einer Finanzierung der Sozialversicherung im Umlageverfahren darauf angewiesen, dass Kinder in genügend großer Zahl nachwachsen. 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“.*

Deshalb wird vom BSG auch jeglicher Hinweis auf die klare Aussage im Pflegeurteil vermieden, in welcher das genaue Gegenteil zu seiner Auffassung steht:

*„Der ....den kinderlosen Versicherten erwachsende ‚systemspezifische‘ Vorteil unterscheidet sich von dem Nutzen, der einer Gesellschaft durch Kinder und ihre Betreuung und Erziehung im Allgemeinen erwächst“ (BVerfGE 103, 242 (265)).*

Das BSG setzt sich also über die Tatsache hinweg, dass der Prüfauftrag des BVerfG für die übrigen Systeme ausdrücklich vor diesem Hintergrund erteilt wurde und der im Verfahren ausführlich konträrkisch behandelte Aspekt „Sondersysteme/allgemeines System“ deshalb verfassungsrechtlich längst entschieden und für irrelevant befunden wurde.

### III.

1. Dass das Vorbringen der Kläger weitestgehend unberücksichtigt blieb, verdeutlichen weiter die Ausführungen des Senats zu Rn 58 des Urteils, denn dort lesen die Kläger

*„Die Berücksichtigung einer auf der Betreuungs- und Erziehungsleistung beruhenden Vorleistung im Recht der GRV könnte ferner zu verfassungsrechtlich kaum hinnehmbaren Verwerfungen an anderer Stelle führen (vgl hierzu die Nachweise in BSG SozR 4-2600 § 157 Nr 1 RdNr 58). Ein solcher Binnenangleich auf der Beitragsseite könnte Eltern benachteiligen, die einen gleich hohen Aufwand für die Betreuung und Erziehung von Kindern haben, aber nicht Mitglied der GRV sind und daher für ihre Altersvorsorge selbst (privat) zu sorgen haben (vgl hierzu Bericht der Bundesregierung, aaO, BT-Drucks 15/4375, S 5, 7; Unterrichtung durch die Bundesregierung - Stellungnahme des Sozialbeirats,*

*aaO, BT-Drucks 14/6099, S 8; Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung, aaO; Ruland, NJW 2001, 1673, 1675). Umgekehrt könnten Kinderlose, die nicht Versicherte der GRV sind, nicht an diesem Ausgleich teilnehmen (vgl hierzu Bericht der Bundesregierung, BT-Drucks 15/4375, S 5; Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung, aaO; Ruland, NJW 2001, 1673, 1674; Ebsen, Jura 2002, 401, 404; ders VSSR 2004, 3, 17; kritisch hierzu Kingreen, SDSRV 57 <2008>, 71, 90).*

Nicht einmal ansatzweise erscheint hier die einfache Tatsache, dass Eltern, die nicht Mitglied der GRV sind, auch nicht von deren „individualistisch verengter“, weil lohnbasierter und deshalb Familien überproportional belastenden Beitragswirkung getroffen werden. Genauso erhalten Kinderlose außerhalb der GRV auch keine Leistungen des Systems, die von beitragszahlenden Kindern aufgebracht werden. Anders als in der anschließenden Rn 59 vom BSG behauptet, ist genau dies entscheidend.

2. Auch hinsichtlich der weiteren unmittelbar anschließenden Ausführungen in Rn 59 müssen die Kläger leider feststellen, dass ihr wiederholtes Vorbringen in allen Instanzen unberücksichtigt blieb, weshalb auch insoweit die Verletzung ihres rechtlichen Gehörs in beiden Varianten -zum einen der Nichtberücksichtigung ihres Vortrags, zum anderen der fehlenden Hinweise auf die Senatsauffassung- gerügt werden muss. Dort lesen die Kläger nämlich:

*a) „Zum anderen könnte es selbst bei einer Betrachtung nur innerhalb der GRV 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 der von den Klägern angestrebten „Freibetragslösung“ tritt vielmehr angesichts der linearen Lohnproportionalität der Sozialbeiträge entgegen der Auffassung des BSG kein Vertikaleffekt ein. Dasselbe gilt, wenn Pauschalentlastungen nach den Berechnungen Prof. Hermann Adrians (Berufungsschriftsatz v. 5.3.2012) erfolgen würden.

*b) „Bei Kinderlosen könnte es zu einer Privilegierung von gut verdienenden gegenüber weniger gut verdienenden Versicherten kommen. Dies alles würde aus dem Umstand folgen, dass das beitragspflichtige Einkommen in der GRV durch die Beitragsbemessungsgrenze begrenzt ist (vgl hierzu Bericht der Bundesregierung, aaO, BT-Drucks 15/4375, S 5).“*

Hier gilt das zuvor Gesagte. In der Tat tritt dieser Effekt aber bei allen Steuerzuführungen in die Sozialversicherungssysteme ein, die vor allem unter Etikette des „Ausgleichs versicherungsfremder Leistungen“, dabei den Familienkomponenten allen voran, vorgenommen werden und die inzwischen die Größenordnung von bald 40 % des Sozialversicherungsvolumen in der GRV und GKV erreicht haben dürften. Diese Steuerfinanzierung betrifft, das sei unterstrichen, im Übrigen *genau die „familienfördernden Elemente“*, welche der Senat als ausreichenden internen Nachteilsausgleich in die argumentative Waagschale wirft.

Diese Steuerzuführungen, die der Senat ja offensichtlich begrüßt, haben aber unbestritten beitrags-senkenden bzw. -dämpfenden Charakter und führen tatsächlich zu vertikalen Entlastungswirkungen zugunsten höherer Einkommen!

Dieses Argument des Senats betrifft im Übrigen die Verteilungswirkungen der Sozialversicherung insgesamt, welche in der Tat gemessen an den Maßstäben einer Art. 3 Abs. 1 und 20 Abs. 1 GG folgenden Belastung nach Leistungsfähigkeit und des Sozialstaatsprinzips hoch problematisch sind. Das sehen die Kläger ganz genauso -und genau deshalb möchten Sie die im Ergebnis extrem regressive Belastung, die Familien wegen der doppelten individualistischen Engführung von Löhnen und Sozialbeiträgen je nach Kinderzahl multipliziert trifft, mindern.

*c) „Allgemein ist in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen, dass jedwede Änderung im Recht der GRV als einem auf lange Sicht angelegten System der sozialen Alterssicherung vielfältige verfassungsrechtliche Risiken und Folgewirkungen beinhalten würde. Den Sozialgesetzgeber trifft insoweit auch eine gewisse Schutzverpflichtung zugunsten des selbstgesetzten Systems“.*

Grundlage des „selbstgesetzten Systems“ ist aber die Bereitschaft und Fähigkeit der nachwachsenden Generation, dieses System am Leben zu erhalten. Der Gesetzgeber kann seiner Schutzverpflichtung deshalb nur dann nachkommen, wenn er die massive Benachteiligung der Familien und damit der Bildungsfähigkeit des Nachwuchses beendet, welche zuallererst von dem individualistisch verengten, lohnproportionalen Beitragssystem der Sozialversicherung verursacht wird, und er endlich zu familienverträglichen Verteilungsverhältnissen von Lasten und Leistungen im Sozialsystem gelangt, nachdem diese Ungeheuerlichkeit bereits seit Beginn der Sozialreformen der Nachkriegszeit von dem Gründungsvätern der wissenschaftlichen Sozialpolitik Mackenroth, Schreiber und von Nell-Breuning angeprangert wurde. Infolge seiner Lohnproportionalität und individualistischen Struktur führt das parafiskalische Beitragssystem zu einer Multiplikation der Belastung von Familien mit dem Faktor „X =Kinderzahl“ und zur fortschreitenden Deklassierung der Arbeitnehmerfamilien. Mit steigender Lebenserwartung der Leistungsempfänger und gleichzeitig schrumpfenden Anteilen von Beitragszahlern infolge zunehmender Kinderlosigkeit verstärken sich diese Effekte rasant. Gerade wenn der Gesetzgeber seine Schutzpflichten ernst nimmt, muss er Entwicklungen vorbeugen, welche die *Stabilität und das Gleichgewichts des Ganzen* erschüttern-und das bedeutet: die Sozialversicherung familienverträglich gestalten. Genau darum geht es beim Pflegeurteil, welches ausdrücklich den **„Dreigenerationenvertrag“** als Grundlage anerkennt (Rn 63) als

*„eine Systemwahrheit, die zu einer systemverändernden Wahrheit werden kann“*



(so der Berichterstatter des Ersten Senats für das Pflegeurteil Udo Steiner , Generationenfolge und Grundgesetz, NZS 10/2004, S. 507). Gegen diese Einsicht scheint sich das BSG hier also mit aller Kraft und unter Missachtung der störenden Verfassungsjudikatur sowie –das ist vorliegend entscheidend- unter nahezu „flächendeckender“ Verletzung des rechtlichen Gehörs der Kläger zu stemmen.

d) Das fehlende Verständnis des BSG für die grundlegenden Zusammenhänge verdeutlicht auch das bereits im Urteil vom 5. Juli 2006 vorfindliche und nunmehr in Rn. 57 wiederholte, von den Klägern ebenso oft widerlegte Postulat

*„Das Teilsystem der GRV kann die Elemente des dieses System fördernden und fordernden Umfeldes nicht selbst steuern oder intern ausgleichen; wer es unternimmt, innerhalb des Systems dessen äußere Voraussetzungen zu korrigieren, bewegt sich logisch außerhalb eines Systemausgleichs“*

denn tatsächlich sind es **genau umgekehrt** zu einem maßgeblichen Teil die „Sondersysteme GRV, GKV und sPflV“ selbst, welche mit ihrer individualistisch verengten, regressiven Abgabenlast und der „Transferausbeutung der Familien“ (Suhr) nicht nur ihre eigenen Fundamente unterspülen, sondern die Stabilität und das Gleichgewicht des Ganzen bedrohen. Denn die kardinale Ursache der rätselhaften „doppelten Kinderarmut“ - = Steigerung der Sozialhilfebedürftigkeit seit 1964 auf das 16fache bei gleichzeitiger Halbierung der Geburtenzahl- liegt in der Beitragsstruktur der Sozialversicherung (dazu ausführlich Borchert, Sozialstaatsdämmerung, München 2014- Kapitel 2).

#### IV.

Als weitere Gehörsverletzung müssen die Kläger sodann rügen, dass der 12. KR-Senat in Rn. 45 -49 unter großenteils wortwörtlicher Übernahme entsprechender Passagen aus dem vorinstanzlichen Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 24. April 2012 feststellt

*„Der Gesetzgeber hat bereits deshalb die äußersten Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit gewahrt, weil er seit Ergehen des "Trümmerfrauen"-Urteils (BVerfGE 87, 1 = SozR 3-5761 Allg Nr 1) in erheblichem Umfang familienfördernde Elemente in das Leistungsspektrum gerade der GRV eingefügt und die durch Kindererziehung entstehenden Nachteile so - entgegen der Auffassung der Kläger - systemgerecht bereits im Leistungsrecht der GRV ausgeglichen hat. Auf den Ausgleich eines von den Klägern angeführten "externen Effektes" eines Kindes für die GRV kommt es hierfür insoweit nicht an.“*

1. **Denn das detaillierte Revisionsvorbringen** (S. 43 -60 des Schriftsatzes vom 8.10.2012 (= Text zu Fn. 99- 130); S. 3-11 des Ss. v. 29.9.2015 (Plädoyer)) **bleibt hier völlig unberücksichtigt**. Darin haben die Kläger (wie zuvor durchgängig in den Vorinstanzen) begründet, dass der Gesetzgeber, welcher die konditionale Beitragsäquivalenz der Kindererziehung leugnet, tatsächlich die äußersten Grenzen sei-

ner Gestaltungsfreiheit verletzt. Dazu haben die Kläger im Einzelnen darauf hingewiesen, dass der hier allein sinnvolle ökonomische Vergleichsmaßstab zum Ergebnis führt, dass der generative und der monetäre Beitrag als Konsumverzicht identisch sind. Ebenfalls detailliert begründet haben sie in diesem Zusammenhang, dass das Bundesverfassungsgericht im Urteil zur sPV von der Behauptung, die beiden Beiträge seien „weder gleichartig noch gleichwertig“, klar und eindeutig abgerückt ist und deren konditionale Gleichwertigkeit ausdrücklich betont hat. Obwohl die Entscheidungserheblichkeit des Klägervortrags auf der Hand liegt, verliert der Senat hierzu kein Wort.

Das BSG stützt sich hier umfangreich auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes zur Landwirtschaftlichen Alterssicherung und übernimmt wortwörtlich Argumentationen des LSG, verliert aber zu den konträren Argumenten der Revisionsbegründung vom 8.10.2012 (Text zu Fn 36 f., 87, 104-107) kein Wort.

2. Tatsächlich haben die Kläger nach der gründlichen Behandlung dieser Frage bereits in der Revisionsbegründung vom 8.10.2012 und sodann mit ihren Schriftsätzen vom 11. August 2015 und 29.9.2015 (Plädoyer) zum wiederholten Male detailliert dargelegt, dass sich die Frage der „Gleichartigkeit“ bzw. „Gleichwertigkeit“ entgegen der Auffassung des BSG in Anerkennung der Identität von Kindererziehung und monetären Beiträgen auf der für den anzustellenden Vergleich einzig maßgeblichen Ebene der (güterwirtschaftlichen) Ökonomie als „Konsumverzicht“ ausweislich des Pflegeurteils erledigt hat. Auf die Seiten 4-7 des Schriftsatzes vom 29.9.2015 wird Bezug genommen und daran erinnert, dass das BVerfG seit dem Pflegeurteil die Erziehungsleistung ausdrücklich als Beitragsleistung anerkannt hat: *„Ein gleicher Versicherungsbeitrag führt damit zu erkennbarem Ungleichgewicht zwischen dem Gesamtbeitrag der Eltern (Kindererziehung und Geldbeitrag) und dem Geldbeitrag der Kinderlosen.“*

3. Der Vollständigkeit halber sei im Übrigen noch daran erinnert, dass die Kläger während des gesamten Verfahrens auf die Dissertation von Bernd Wegmann, *Transferverfassungsrechtliche Probleme der Sozialversicherung*, Frankfurt 1987, hingewiesen haben, der insbesondere zur Frage der steuerfinanzierten Honorierung der Anrechnung von Erziehungszeiten überzeugend begründet hat, dass eine derartige Kompensation der Familiennachteile, die - wie vom BSG hier gefordert- vom Renten- in das (allgemeine) Steuersystem verlagert wird, den Freiheits-/Verantwortungsbezug auflöst (weil die Freiheit für die Wahl des Lebensentwurfs von der Verantwortung für dessen Folgen entkoppelt) und verfassungswidrig ist. Auch hierzu findet sich erneut kein Wort.

4. Hätte das Gericht die Kläger zumindest in der mündlichen Verhandlung mit seiner Ansicht 46 -50 konfrontiert, der Gesetzgeber habe

*in erheblichem Umfang familienfördernde Elemente in das Leistungsspektrum gerade der GRV eingefügt und die durch Kindererziehung entstehenden Nachteile so - entgegen der Auffassung der Kläger - systemgerecht bereits im Leistungsrecht der GRV ausgeglichen*

wäre es ihnen im Übrigen möglich gewesen, den Senat **zum einem** in Wiederholung des Klage-, Berufungs- und Revisionsvorbringens darauf hinzuweisen, dass die in Rn 46 -50 genannten rentenrechtlichen Kompensationen

***im Gesamtzusammenhang des Generationenvertrages***

niemals den vom Bundesverfassungsgericht geforderten Nachteilsausgleich zwischen Eltern und Nichteltern beinhalten können, weil sie nämlich ausnahmslos von den Kindern der bedachten Eltern aufgebracht werden müssen und eben nicht von den begünstigten Generationsteilnehmern ohne Kinder aus den Elternjahrgängen. Insoweit erinnern die Kläger auch noch ein weiteres Mal an die Aussage Franz Rulands Franz Ruland (in: 7. Speyerer Sozialrechtsgespräch, S. 130 f.):

*„Worum es doch letztlich geht im Bereich der Familienpolitik, ist der Ausgleich zwischen denen, die Kinder haben, und denen, die keine Kinder haben. Wegen des Umlageverfahrens zahlen für die Kindererziehungszeiten die Kinder und nicht die Kinderlosen. Insofern ist dieser Ansatz ... verkehrt. Es ist allen bekannt! Aber die Familienpolitik muss Erfolge erzielen und darum geht man diesen Weg.“*

3. Hätte der Senat mit offenen Karten gespielt, hätten die Kläger ihn zum anderen auch auf den eklatanten Widerspruch hinweisen können, der sich insoweit zu seiner zutreffenden Feststellung in Rn. 50 ergibt

***„Entscheidend ist demgegenüber vielmehr, inwieweit die mit der Betreuungs- und Erziehungsleistung der Eltern verbundene Belastung, die in deren Erwerbsphase auftritt, ausgeglichen wird“***

denn dazu leisten die rentenrechtlichen Kompensationen nichts.

4. Weiter hätten die Kläger ihn darüber aufklären können, dass es sich bei vielen der von ihm angenommenen familienpolitischen Fortschritte in der GRV tatsächlich um „*einschneidende Verbesserun-*

gen“ (Norbert Blüm) handelt, weil sie mit überkompensierenden Belastungen zugunsten der öffentlichen Kassen einhergingen und frauen-, familien- und verteilungspolitisch nachteilige Ergebnisse brachten. Exemplarisch ist hierfür das Hinterbliebenen – und Erziehungszeiten Gesetz (HEZG) von 1985, welches unter anderem die Anerkennung von Erziehungszeiten brachte, dies allerdings mit der Einführung der Anwartschaftserhaltung für Invalidenrenten vor allen Dingen zulasten von Frauen überkompensierte. Gleichzeitig führte die Einführung der unbedingten Witwerrente im Anrechnungsmodell dazu, dass die über 30jährige Debatte um die Verbesserung der Alterssicherung von Frauen mit einer erheblichen Verschlechterung für diese, gleichzeitig aber einer deutlichen Verbesserung für Männer endete:

*„Das Anrechnungsmodell führt zu einer Belastung der Versorgung der Frauen in Höhe von etwa 365 Millionen DM, während sich die Versorgung der Witwer um 595 Millionen verbessert. Wir haben also beim Anrechnungsmodell zwangsläufig eine Verschiebung von Geldmitteln von den Witwen hin zu Witwern... Als Faktum bleibt, das von der ohnehin sozial schlechter gesicherten Gruppe der Witwen Geld weggezogen wird zu den Witwern“* (Franz Ruland, Stenografisches Protokoll der 49. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 28. Februar 1985 Seite 37; siehe auch Borchert, Innenweltzerstörung, Frankfurt am Main 1989, Seite 48 ff (Kapitel 5: „Nur eine tote Frau... Oder: Über Rentenrecht und Patriarchat“); im Übrigen wird auf die Quellennachweise oben zu E. V.-VII. verwiesen).

### III.

Mit größter Überraschung lesen die Kläger in Rn 50 des Urteils vom 30. September 2015 schließlich die Aussage des Senats

***„Auf den Ausgleich eines „externen Effektes“ eines Kindes für die GRV kommt es dabei – entgegen der Auffassung der Kläger – nicht an...“*** bzw. ***„Der Ausgleich eines „externen Effektes“ eines Kindes ist jedoch verfassungsrechtlich nicht geboten“*** (Rn 51).

Denn der Dreh- und Angelpunkt des Urteils vom 3.4.2001 zur sPV und dem darin enthaltenen Verfassungs- wie Prüfungsauftrag ist die Feststellung im Orientierungssatz 4. a sowie Rn 55 ff.:

***„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...“***

1. Diesen Feststellungen ging ein intensiver widerstreitender Schriftwechsel zwischen den damaligen Klägern, den beteiligten Sozialversicherungsträgern und der Bundesregierung (bzw. dem Bun-

dessozialministerium), die Einholung von Gutachten und die Anhörung von Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung am 10.7.2000 voraus; während dieses Verfahrens wurde so der gesamte einschlägige Fragenkomplex bis in die letzten Verästelungen durchleuchtet und waren auch die konträren Positionen der einschlägigen Literatur Gegenstand der Auseinandersetzung. Allen Beteiligten war dabei vollkommen bewusst, dass diese Fragen am Beispiel der sPflV stellvertretend für alle drei intergenerationell (BVerfG: „intergenerativ“) verteilenden Sozialsysteme abgehandelt wurden. Das vorstehend behandelte von der Pflegeversicherung abstrahierende, generalisierende Resümee im Pflegeurteil ist deshalb nicht etwa ein redaktionelles Versehen, sondern der bilanzierende Schlusstrich unter einer langjährigen, umfassenden Debatte, die von Anfang an explizit um die Frage der „positiven externen Effekte“ kreiste und von Dieter Suhr mit seinem Beitrag „Transferrechtliche Ausbeutung und verfassungsrechtlicher Schutz von Familien, Müttern und Kindern“, in: Der Staat, 1990, Seite 69 ff. eröffnet wurde. Darin heißt es (aaO, S. 70):

*„Durch die familienrechtlichen Unterhaltspflichten werden die Kosten der Kinderaufbringung bei den Eltern zivilrechtlich privatisiert. Sind die Kinder aufgebracht und arbeiten sie, werden ihre Leistungen zur Versorgung der Altengeneration rentenrechtlich sozialisiert. Bei der Verteilung dieser Kinderleistungen an die Alten werden die ehemaligen Eltern, vor allem die Mütter..., extrem benachteiligt, während die Kinderlosen ebenso extrem bevorzugt werden: zugleich **eine enteignungsartige wirtschaftliche Aushöhlung insbesondere der späteren Unterhaltsansprüche der Eltern gegen die eigenen Kinder. So wird die Familie gesetzlich gezwungen, auf Privatkosten „positive externe Effekte“ bei Kinderlosen zu produzieren.**“*

3. Das Echo hierauf findet sich wenig später dann bereits im „Trümmerfrauenurteil“ (BVerfGE 87, 1). Denn im Urteil wurde der von Suhr analysierte Zusammenhang zwischen den privatisierten Lasten im familiären Unterhaltssystem und der dieses sozialisiert aushöhlenden Beitragspflicht zur Sozialversicherung ausdrücklich unterstrichen (7.7.1992: Rn 130, 132 juris):

*„Die Pflicht zur Zahlung von Versicherungsbeiträgen beeinträchtigt die finanzielle Leistungsfähigkeit der Kinder. Geldmittel, die sie ohne den Beitragszwang zum Unterhalt ihrer nicht mehr erwerbstätigen Eltern aufbringen könnten, werden ihnen entzogen und auf die Solidargemeinschaft übergeleitet, die sie zur Rentenzahlung an die Versicherten insgesamt verwendet... Im Kern bleibt es auf diese Weise trotz der staatlichen Bemühungen um einen Familienlastenausgleich dabei, daß die Kindererziehung als Privatsache, die Alterssicherung dagegen als gesellschaftliche Aufgabe gilt.“*

Vollendet wurde diese Rezeption mit der Anerkennung des „Dreigenerationenvertrags“ als Systemwahrheit im Pflegeurteil, dessen Quintessenz dann wie folgt lautet:

*„Kernaussage des Urteils vom 3. 4. 2001 ist: Es liegt ein Gleichheitsverstoß vor, weil eine Personen-*

gruppe in einer sich verfestigenden Weise permanent mehr einzahle, als sie aus dem System erhält und der „Mehrwert“ der anderen Gruppe zugutekommt“ (Estelmann, M., Das „Beitragskinderurteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001 — 1 BvR 1629/94 — SGB 5/2002, S. 245 ff. (248)).

5. Nicht ohne Grund kommen deshalb die Professoren Dres. Winfried Schmähl et. al. in ihrem Gutachten zur Frage der Übertragbarkeit der Grundsätze des Pflegeurteils auf die gesetzliche Rentenversicherung, welches sie im April 2006 für die Deutsche Rentenversicherung Bund erstellt haben („Berücksichtigung von Familienleistungen in der Alterssicherung“, DRV-Schriften Bd. 65), zusammenfassend zu dem Ergebnis (S. 1 f.):

*„In seinem Urteil vom 3.4.2001 (BVerfG- BvR 1629/94) hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur eine verfassungswidrige Benachteiligung von Familien in der sozialen Pflegeversicherung konstatiert, sondern dem Gesetzgeber zugleich aufgetragen, „die Bedeutung des vorliegenden Urteils auch für andere Zweige der Sozialversicherung zu prüfen“. Dieser Prüfungsauftrag bezieht sich dabei auf die sozialen Sicherungssysteme, die ein Risiko abdecken, das „vor allem die Altengeneration trifft“ und in seiner „Finanzierung so gestaltet ist, dass sie im Wesentlichen nur durch das Vorhandensein nachwachsender Generationen funktioniert“. **Der Prototyp eines Sicherungssystems, für das diese Beschreibung zutrifft, ist eine umlagefinanzierte Rentenversicherung. Wie in Kapitel 2 noch gezeigt wird, finden sich zwischen der ökonomischen Begrifflichkeit, insbesondere dem aus der normativen Wohlfahrtstheorie stammenden Konzept der „externen Effekte“, und der Herangehensweise des Bundesverfassungsgerichtes nicht zu übersehende Parallelen.“***

Der Präsident der Deutschen Rentenversicherung Bund Herbert Rische konstatiert im Vorwort zu dieser Untersuchung,

*„dass zusätzlich zu den umfangreichen Leistungen, die die gesetzliche Rentenversicherung für Kindererziehungsleistungen gewährt, ein zusätzlicher Ausgleichsbedarf für Eltern besteht.“*

Wenn das BSG hierzu (Rn 52) ausführt, es komme auf „die positiven externen Effekte der Kindererziehung nicht an“, handelt es sich nach allem um eine willkürliche Fehlinterpretation dieses Gutachtens, welche dessen Inhalt, wie das Resümee des Herausgebers zeigt, ins Gegenteil verkehrt. **Entscheidend ist** dabei aber, dass das BSG auch diese abweichende und überraschende Wertung des Gutachtens nicht wenigstens in der mündlichen Verhandlung gegenüber den Klägern zur Diskussion gestellt hat und deren rechtliches Gehör gewahrt hat.

#### IV.

Nichts konnte für die Kläger nach allem deshalb überraschender kommen, als nunmehr im Urteil

lesen zu müssen

***„Auf den Ausgleich eines „externen Effektes“ eines Kindes für die DRV kommt es dabei – entgegen der Auffassung der Kläger – nicht an“***

Im Klartext bedeutet diese Aussage des 12. KR-Senats also nichts anderes, als dass der 12 KR-Senat dem BVerfG bei dessen grundlegender Feststellung im Urteil zur sPV nicht folgen will. Spätestens in der mündlichen Verhandlung hätte das ins Zentrum der Debatte vor dem Senat gehört; denn die hier zutage tretende Totalablehnung der Feststellungen und Schlussfolgerungen des Bundesverfassungsgerichtes, die mehr oder weniger unterschwellig das gesamte Urteil vom 30.9.2015 durchzieht, hätte ja nicht zuletzt unmittelbar die Frage der Befangenheit und damit die des gesetzlichen Richters (Art 101 Abs. 1 S. 2 GG) aufgeworfen.

Dass das Urteil mit der nun erstmals Schwarz auf Weiß zu lesenden Feststellung des Senats, welche die Kläger quasi aus heiterem Himmel trifft, steht und fällt, liegt per se auf der Hand.

## H.

Wenn der 12. KR-Senat abschließend feststellt (Rn 95),

*„Auch der Senat war - vor dem Hintergrund der vorstehend unter 8. gemachten Ausführungen - nicht gehalten, in eigene Ermittlungen einzutreten bzw insoweit auf die von den Klägern für entscheidungserheblich angesehenen und als allgemeine Tatsachen bewerteten Umstände einzugehen bzw diesen weiter nachzugehen. Es fehlt insoweit aus den oben wiederholt dargelegten rechtlichen Erwägungen an der Entscheidungserheblichkeit für den Ausgang des Rechtsstreits“*

so muss dem entgegengehalten werden, dass eine unter flächendeckender Verletzung rechtlichen Gehörs und anerkannter Regeln der Rechtsanwendung willkürlich und quasi „selbstermächtigend“ gewonnene „materiell-rechtliche Auffassung“ als Grundlage zur Beurteilung von Entscheidungserheblichkeit ausscheidet. Das gleiche gilt für die Rechtsauffassung des LSG, auf welche der Senat hier Bezug nimmt.

## I. Ergebnis:

Wie vorstehend zu zeigen war, hat der 12. KR-Senat die Kläger nahezu „flächendeckend“ mit Annah-

men zu den Tatsachengrundlagen des Urteils und Schlussfolgerungen dazu sowie Rechtsauffassungen und Stützerwägungen konfrontiert, zu denen die Kläger weder im langen Zeitraum des schriftlichen Verfahrens noch während der mündlichen Verhandlung irgendwelche Hinweise erhielten und zu denen sie sich deshalb auch nicht äußern konnten. Zudem ist das Urteil auf Quellen gestützt, welche auf Zeitpunkte datiert sind, die nach der Verkündung liegen. Ausweislich der Entscheidungsgründe hat der Senat überdies noch wenige Wochen vor der mündlichen Verhandlung Recherchen vorgenommen, welche den Klägern nicht mitgeteilt wurden. Das Gericht hat zudem unveröffentlichte eigene Entscheidungen, welche im Urteil zitiert sind, den Klägern nicht eröffnet. Von Gutachten, welche die Kläger beigebracht und auf die sie sich gestützt haben, ist der Senat ohne den Nachweis eigener Sachkunde und ohne jeden vorherigen Hinweis abgewichen. Ebenso „flächendeckend“ ist festzustellen, dass das Gericht im Urteil entscheidungserheblichen Vortrag der Kläger vollständig übergangen hat. Der Senat hat sein Urteil auf Erwägungen und zudem sein Vor-Urteil vom 5.7.2006 gestützt, zu denen bzw. zu dem die Beteiligten während der Vorinstanzen und in der Revision umfassend vorgetragen haben, ohne dass der Senat hierauf auch nur mit einem Wort eingegangen ist. Den Klägern kann dabei auch nicht etwa entgegengehalten werden, ihr Vortrag sei außerhalb der Revisionsbegründungsfrist erfolgt, weil es sich ausnahmslos um maßgebliche Gesichtspunkte der verfassungsrechtlichen Beurteilung des streitgegenständlichen Sachverhalts handelte, die Kläger diese in der wissenschaftlichen Debatte seit langem und insbesondere mit der Revisionsbegründung vom 8. Oktober 2012 selbst vorgetragen haben und die zahlreichen wissenschaftlichen Äußerungen der Prozessbevollmächtigten während des gesamten Verfahrens stets mit Fundstellen belegt wurden, welche öffentlich zugänglich sind. Da das Begehren der Kläger eine Normenkontrolle zum Ziel hat, ist der erkennende Senat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ohnehin zur umfassenden Prüfung der Sach- und Rechtslage unter Berücksichtigung aller nahe liegenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte sowie der in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Rechtsauffassungen verpflichtet und muss insbesondere auf die maßgebliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eingehen (vgl. z.B. BVerfG, Beschluss vom 11. Dezember 2014-1 BvL 16/12). Abgerundet wird das Bild flächendeckender Verletzungen des rechtlichen Gehörs der Kläger durch die Tatsache, dass der Senat zwar eingesteht, „*der Vortrag der Kläger erschließe sich ihm nicht*, er hierzu aber weder eine Nachfrage noch wenigstens einen Hinweis für erforderlich hielt,- und dies, obwohl die Kläger für genau diesen Fall ausdrücklich hierum gebeten hatte.

Genauso ist mit Blick auf die mündliche Verhandlung unerfindlich, warum der Senat trotz der ausdrücklichen Bitte der Prozessbevollmächtigten der Kläger, in ein Gespräch über die rechtlich relevanten Gesichtspunkte einzusteigen, nicht reagiert hat. Die Kläger können sich des Eindrucks nicht er-



wehren, dass **der Senat seine Entscheidung bereits zu Beginn der mündlichen Verhandlung getroffen hatte und seine Begründung nicht zum Gegenstand eines Rechtsgesprächs mit den Klägervertretern machen wollte, das die Brüchigkeit der Argumentation coram publico offen gelegt hätte. Es ist somit ganz offensichtlich, dass eine rechtliche Aussprache von Seiten des Senats nicht erwünscht war.**

Diese Gehörsverletzungen sind **entscheidungserheblich**. Dies belegt allein die Tatsache, dass wesentliche Annahmen des Senats zu den Grundlagen seiner Beurteilung Eingang in die mündliche Urteilsbegründung gefunden haben (§ 132 Abs. 2 Satz 2 SGG), wie in der Anhörungsrüge vom 12.10.2015 detailliert dargelegt wurde. Von Entscheidungserheblichkeit ist im Übrigen bereits dann auszugehen, wenn die Entscheidung darauf beruhen kann, also nicht auszuschließen ist, dass das Gericht ohne die Verletzung zu einer anderen Entscheidung gekommen wäre (*Leitherer*, in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer (Hrsg.), SGG-Kommentar, 10. Aufl. 2012, § 178a Rd. 5b).

Die bloße Möglichkeit dessen reicht nach allgemeiner Auffassung aus. Hiervon muss aber angesichts der Vielzahl der Gehörsverstöße und ihrer jeweils zentralen Bedeutung im Hinblick auf die zentrale Frage des vorliegenden Verfahrens – nämlich der Übertragbarkeit der Überlegungen des Pflegeurteils auf die tatsächlichen Verhältnisse der GRV und GKV - ausgegangen werden; gleiches gilt für die den Klägern nicht rechtzeitig eröffnete Annahme zulässiger Typisierung durch das KiBG.

Die Entscheidungserheblichkeit entfällt auch nicht etwa wegen der zahlreichen Hilfsbegründungen („*Unabhängig hiervon*“ usw.), die tatsächlich ja fast ausnahmslos nahezu deckungsgleich mit den Erwägungen der Vorinstanz übereinstimmen (ua.: *es gebe in nicht unerheblichem Umfang familienfördernde Elemente im Recht der GKV und der GRV; Argumentationen aus dem BSG-Urteil v. 5.7.2006 –B 12 KR 20/04 R etc.*), deren mangelnde Tragfähigkeit die Kläger jedoch in der Revisionschrift vom 8.10.2012 und dem Schriftsatz vom 11.8. 2015 Punkt für Punkt und zuletzt noch in der mündlichen Verhandlung detailliert nachgewiesen hatten- ohne dass dies auch nur die geringste Reaktion des Senats zur Folge hatte.

Bei dieser Sach- und Rechtslage trafen den Senat umfassende Hinweis- und Anhörungspflichten. Dies gilt umso mehr unter der Berücksichtigung der Tatsache, dass die Klägervertreter ausdrücklich ihn zur umfassenden Erörterung aller entscheidungserheblichen Gesichtspunkte aufgefordert hatten. Der Senat hat die Auseinandersetzung hierüber in der mündlichen Verhandlung jedoch gescheut, denn er hat Bitte der Kläger um ein ausführliches Gespräch zu allen entscheidungserheblichen Fragen abschlägig beschieden. Er hat stattdessen ohne auch nur einen einzigen rechtlichen Hinweis nahezu

den gesamten Revisionsvortrag der Kläger stillschweigend übergangen. **In Anbetracht dieser Umstände verfehlte die mündliche Verhandlung deshalb vollkommen ihren Sinn und Zweck. Der Senat war offensichtlich nicht nur auf ein Ergebnis, sondern auch auf seine Begründung festgelegt.** Ungeachtet dessen, dass keine Pflicht zu einem Rechtsgespräch oder zu einem Hinweis auf seine Rechtsauffassung angenommen wird, hat der Vorsitzende gem. § 112 Abs. 2 Satz 2 SGG in der mündlichen Verhandlung mit den Beteiligten nicht nur den Sachverhalt, sondern das Streitverhältnis zu erörtern. Diese Vorschrift dient erkennbar und ausdrücklich dem Zweck, den Beteiligten zu helfen, ihren Anspruch auf rechtliches Gehör geltend zu machen. Sie wurde vorliegend klar verletzt. Erörtert wurden lediglich – und dies vor dem Sachvortrag des Berichterstatters – prozessuale Fragen, die teilweise bereits zuvor telefonisch geklärt waren. **Der Senat hat mit den Verfahrensbeteiligten somit Unwesentliches ausführlich, Wesentliches hingegen überhaupt nicht diskutiert.** Über seine Beurteilung der Gutachten der Sachverständigen hätte er die Beteiligten keinesfalls vor Schließung der mündlichen Verhandlung im Unklaren lassen dürfen. Die Sachverständigen haben schlüssig nachgewiesen, dass das BVerfG im Pflegeversicherungsurteil auf den Ausgleich der „positiven externen Effekte“ abgestellt hat, welche durch die Sozialisierung der Altenlast bei privater Kinderlast entstehen, und sie haben festgestellt, dass diese „Produktion externer Effekte“ in erheblichem Ausmaß stattfinden. Dass der erkennende Senat diese Gutachten dann für nicht tragfähig hält, hat er den Klägern aber bis zur mündlichen Urteilsbegründung verschwiegen; zu den in der Vorinstanz beigebrachten Gutachten von Adrian und Loos, auf welche in der Revisionsbegründung ausdrücklich noch einmal hingewiesen wurde, hat er sogar überhaupt kein Wort verloren. Bei dieser Sachlage hätte er den Klägern seine Bedenken und diesbezüglichen Überlegungen jedoch so rechtzeitig mitteilen müssen, dass die Kläger darauf hätten eingehen können, zumal die Frage der „positiven Effekte“ den zentralen Gesichtspunkt der generalisierenden Aussagen des Pflegeversicherungsurteils und damit des Vorbringens der Kläger betrifft. Notfalls wäre die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen gewesen, falls der Senat erst in der Beratung zu diesen Überlegungen gekommen sein sollte (wofür aber die äußeren, vor allem zeitlichen Umstände und aus dem Urteil ersichtlichen Daten nicht die geringsten Hinweise bieten). Art. 103 Abs. 1 GG gebietet, dass sowohl die gesetzliche Ausgestaltung des Verfahrensrechts als auch das gerichtliche Verfahren im Einzelfall ein Maß an rechtlichem Gehör eröffnen, das dem Erfordernis eines wirkungsvollen Rechtsschutzes gerecht wird und den Beteiligten die Möglichkeit gibt, sich im Prozess mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten

BVerfGE 55, 1/6; 60, 305/310; 74, 228/233.

Insbesondere haben die Beteiligten einen Anspruch darauf, sich vor Erlass der gerichtlichen Ent-

scheidung zu dem zugrundeliegenden Sachverhalt zu äußern. Das schließt denotwendig aber die Pflicht des erkennenden Gerichts ein, den Beteiligten einen Hinweis zu geben, wenn es von Gutachten abweichen oder sie unberücksichtigt lassen will. Die zu gewährende Möglichkeit der weiteren Erläuterung des Sachverständigengutachtens trägt insoweit der entscheidenden Bedeutung der Sachverständigengutachten für den Ausgang des Verfahrens Rechnung. Diese Anhörungspflicht gilt insbesondere dann, wenn das Gericht einem Gutachten nicht folgen will. Denn in einem solchen Fall tritt der zusätzliche Erörterungsbedarf der Partei, deren Position durch das Sachverständigengutachten ursprünglich gestärkt worden war, ohne weiteres offen zu Tage

BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 14. Mai 2007 – 1 BvR 2485/06 –, Rn. 25 (juris).

Das angegriffene Urteil beruht auch auf diesen Gehörsverstößen. Es ist nicht auszuschließen, dass es den Klägern –gegebenenfalls unter Hilfestellung ihrer Sachverständigen - mit ergänzenden Stellungnahmen und/oder Erläuterungen gelungen wäre, die Würdigung der Gutachten bzw. deren willkürliche Auslegung durch den erkennenden Senat in Frage zu stellen und damit auch dessen Überzeugung von deren mangelnder Relevanz zu erschüttern. Gleiches gilt für alle Argumente der Kläger, zu denen der Senat ausdrücklich festgehalten hat, sie erschlossen sich ihm nicht. Sämtliche Gehörsverstöße – können, wie hier umfassend gezeigt wurde, nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Konstruktion des Urteils vom 30.9.2012 wie ein Kartenhaus zusammenfiele.

#### K.

Nach allem beantragen die Kläger,

**die Revision gemäß § 178a Abs. 5 SGG fortzuführen und unverzüglich wieder in die mündliche Verhandlung einzutreten.**

Dr. Borchert, Rechtsanwalt

Anlage: Stellungnahme Prof. Werding, Gegenvorstellung vom 25.11.2015 sowie Abschriften (jeweils

8 fach)