

Univ.-Prof. Dr. Thorsten Kingreen

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

An das
Bundessozialgericht
Graf-Bernadotte-Platz 5

34119 Kassel

Regensburg, 8. 10. 2012

In dem Verfahren der Eheleute [REDACTED] [REDACTED]

gegen

die DAK Gesundheit, Nagelsweg 27-31, 20097 Hamburg

- Aktenzeichen B 12 KR 15/12 R -

Beigeladen:

1. DAK Gesundheit – PFLEGEKASSE, Nagelsweg 27-31, 20097 Hamburg
2. Deutsche Rentenversicherung Bund, Ruhrstr. 2, 10709 Berlin
3. Erzbistum Freiburg, Schoferstr. 2, 79098 Freiburg

beantragen die Kläger,

**unter Aufhebung des Urteils des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 24.
April 2012 – L 11 KR 3416/10 – den vorinstanzlichen Anträgen –ausgenommen die
Beweisanträge - stattzugeben.**

Vorsorglich und hilfsweise wird beantragt,

das angefochtene Urteil mit den ihm zugrundeliegenden Feststellungen aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht Baden-Württemberg zurückzuverweisen.

Die Kläger rügen die Verletzung materiellen Rechts. Vorsorglich und hilfsweise wird auch ein Verstoß gegen die Amtsermittlungspflicht gerügt. Die Begründung für die Revision gliedert sich wie folgt:

Teil 1: Sachverhalt und Verfahrensgang	4
.....	4
A. Streitgegenständliche Rechtsfragen und einschlägige Rechtsgrundlagen.....	4
B. Ausgangsverfahren der Eheleute E.	6
Teil 2: Verletzung materiellen Rechts	11
A. Das Pflegeversicherungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001	11
I. Der verfassungsrechtliche Maßstab	11
1. Der leistungsrechtliche Ansatz.....	11
2. Der gleichheitsrechtliche Ansatz.....	13
II. Voraussetzungen für den intragenerationellen Gleichheitsverstoß.....	16
1. Das versicherte Risiko und seine Finanzierung.....	16
a) Alter und Älterwerden.....	17
b) Umlagefinanzierung.....	18
2. Mindestgeschlossenheit des Systems.....	20
3. Absehbarkeit fehlender generativer Beiträge.....	22
III. Ausgleich des systemspezifischen Vorteils der kinderlosen Versicherten im Beitragsrecht.....	24
B. Übertragbarkeit auf die gesetzliche Rentenversicherung.....	27
I. Maßstab: Voraussetzungen des Pflegeversicherungsurteils.....	28
1. Das versicherte Risiko und seine Finanzierung.....	28
a) Alter und Älterwerden.....	28

b)	Umlagefinanzierung.....	29
2.	Mindestgeschlossenheit des Systems.....	34
3.	Absehbarkeit fehlender generativer Beiträge.....	38
4.	Zwischenergebnis.....	38
II.	Umsetzung: Systeminterner Vorteilsausgleich.....	39
1.	Bindungswirkung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts, § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG.....	39
2.	Auseinandersetzung mit den Einwänden gegen einen systeminternen Vorteilsausgleich.....	40
a)	Vorteilsausgleich auf der Leistungsseite?.....	40
aa)	Notwendigkeit eines gegenwärtigen Vorteilsausgleichs.....	41
bb)	Benachteiligungen im Leistungsrecht der gesetzlichen Rentenversicherung.....	46
b)	Verletzung des Versicherungsprinzips (Art. 14 Abs. 1 GG) durch einen systeminternen Vorteilsausgleich?.....	47
c)	Zuständigkeit der Gesamtgesellschaft für den Familienlasten ausgleich?.....	55
III.	Ergebnis zu B.....	59
C.	Übertragbarkeit auf die gesetzliche Krankenversicherung.....	60
I.	Maßstab: Voraussetzungen des Pflegeversicherungsurteils.....	60
1.	Das versicherte Risiko und seine Finanzierung.....	60
a)	Alter und Älterwerden.....	60
b)	Umlagefinanzierung.....	62
2.	Mindestgeschlossenheit des Systems.....	64
3.	Absehbarkeit fehlender generativer Beiträge.....	65
II.	Umsetzung: Systeminterner Vorteilsausgleich.....	65
III.	Ergebnis zu C.....	68
D.	Verfassungsmäßigkeit des Beitragsrechts in der sozialen Pflegeversicherung.....	69
E.	Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG.....	72
Teil 3:	Verstoß gegen die Amtsermittlungspflicht.....	74

Teil 1: Sachverhalt und Verfahrensgang

A. Streitgegenständliche Rechtsfragen und einschlägige Rechtsgrundlagen

Die Revision betrifft verfassungsrechtliche Fragen im Beitragsrecht der gesetzlichen Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung.

In der gesetzlichen Rentenversicherung werden die Beiträge gemäß § 157 SGB VI nach einem Vomhundertsatz (Beitragssatz) von der Beitragsbemessungsgrundlage erhoben, die nur bis zur Beitragsbemessungsgrenze (§ 159 SGB VI) berücksichtigt wird. Der Beitragssatz (§ 158 SGB VI) beträgt gemäß der auf § 160 Nr. 1 SGB VI beruhenden Beitragssatzverordnung¹ aktuell 19,6%. Beitragsbemessungsgrundlage für Versicherungspflichtige sind nach § 161 Abs. 1 SGB VI die beitragspflichtigen Einnahmen, bei den abhängig Beschäftigten (§ 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI) ist dies nach § 162 Nr. 1 SGB VI das Arbeitsentgelt aus der versicherungspflichtigen Beschäftigung (§ 14 SGB IV).

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

¹ § 1 der Verordnung zur Bestimmung der Beitragssätze in der gesetzlichen Rentenversicherung für das Jahr 2012 (Beitragssatzverordnung 2012 - BSV 2012), BGBl. I, 2795.

versicherungspflichtigen Beschäftigung maßgebend, für Rentner der Zahlbetrag der Rente (§ 226 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V).

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

Der Gesetzgeber hat das Urteil in der Pflegeversicherung umgesetzt. Nach § 55 Abs. 3 S. 1 SGB XI erhöht sich der allgemeine Beitragssatz in der sozialen Pflegeversicherung (§ 55 Abs. 1 SGB XI) für Mitglieder nach Ablauf des Monats, in dem sie das 23. Lebensjahr vollendet haben, um einen Beitragszuschlag in Höhe von 0,25 Beitragssatzpunkten (Beitragszuschlag für Kinderlose). Eine Umsetzung in der sozialen Kranken- und der Rentenversicherung hält die Bundesregierung nicht für erforderlich.⁴ Eine Klage, die gegen die Nichtübertragung des Pflegeversicherungsurteils in das Beitragsrecht der gesetzlichen Rentenversicherung gerichtet war, hat das Bundessozialgericht abgewiesen;⁵ eine dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde wegen Unzulässigkeit nicht zur Entscheidung angenommen.⁶ Eine Entscheidung zur gesetzlichen Krankenversicherung liegt noch nicht vor.

² BVerfGE 103, 242 (263ff.).

³ BVerfGE 103, 242 (270).

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

⁵ BSG, NZS 2007, 311.

⁶ BVerfG, 1 BvR 2973/06 v. 5. 1. 2010, Rn. 3-5.

Die Kläger stützen sich auf dieses Pflegeversicherungsurteil und beanspruchen eine Berücksichtigung ihrer Unterhaltspflichten und Erziehungsleistungen bei der Beitragsbemessung auch in der sozialen Rentenversicherung und Krankenversicherung. Sie sehen zudem in der Regelung des § 55 Abs. 3 S. 1 SGB XI einen nur unzureichenden Vorteilsausgleich in der Pflegeversicherung.⁷

Die Revision sieht in der Nichtberücksichtigung der gemäß § 1606 Abs.3 Satz 2 BGB von beiden Eltern gemeinsam und gleichermaßen erbrachten familiären Unterhalts- und Erziehungsleistungen im Beitragsrecht der Kranken- und Rentenversicherung und der unzureichenden Berücksichtigung dieser Leistungen im Pflegeversicherungsrecht einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG. Sie hält die einschlägigen Normen des Beitragsrechts der gesetzlichen Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung für verfassungswidrig und regt daher an, gemäß Art. 100 Abs. 1 GG das Verfahren auszusetzen und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen. Dies wird im Teil 2 näher begründet.

B. Ausgangsverfahren der Eheleute

Die 1966 geborene Klägerin war seit dem 1. 5. 2003 als Verwaltungsangestellte im Umfang von 12 Wochenstunden beim Erzbistum Freiburg versicherungspflichtig beschäftigt. Sie arbeitet seit dem 12. 7. 2010 mit 24 Wochenstunden bei der Katholischen Gesamtkirchengemeinde Freiburg als Verwaltungsangestellte (TG 6 Stufe 6). Der 1965 geborene Kläger war zunächst beim Erzbistum Freiburg als Bildungsreferent in Vollzeit beschäftigt. Seit dem 1. 9. 2012 ist er in Vollzeit bei der Erzdiözese Freiburg als

⁷ Vgl. im Einzelnen nachfolgen B. I.-III.

hauptamtlicher Diakon (TG 11 Stufe 6) beschäftigt. Die Kläger sind verheiratet und Eltern von drei in den Jahren 1990, 1992 und 1995 geborenen Kindern. Sie sind bei der Beklagten sowie den Beigeladenen zu 1) und 2) versichert.

Ausweislich der detaillierten Angaben in der Klageschrift (Blatt 31 ff. GA) haben die Kläger im Jahr 2006 insgesamt 60.345,30 € verdient. Hierauf entrichteten sie für die drei vorgenannten Systeme (einschließlich des vorenthaltenen Lohns in Gestalt der so genannten Arbeitgeberbeiträge in Höhe von 7959,87 €) insgesamt 18.274,86 €. An diesen Verhältnissen hat sich seither nichts Grundlegendes verändert.

Damit zahl(t)en sie für die gesetzliche Renten- und Krankenversicherung exakt dieselben Beiträge wie ein kinderloses Paar und lediglich in der gesetzlichen Pflegeversicherung einen um 0,25 %-Punkte geringeren Beitrag. Dieser beziffert sich für den Kläger auf rund 107 € p.a. und für die Klägerin auf rund 24 € p.a., zusammen somit 131 € pro Jahr. Bezogen auf ihren Gesamtbeitrag zu den vorgenannten Systemen ist das eine Reduktion um 7 Promille gegenüber vergleichbaren Kinderlosen, wie aus den Tabellen auf S. 2f. der Klageschrift vom 15. Oktober 2007 (Blatt 32f. GA) im Einzelnen ersichtlich ist.

Ihre Klage gegen die Beitragsbemessung in der sozialen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung hat das Sozialgericht Freiburg (SG) mit Urteil vom 11. 5. 2010 (S 14 KR 3338/07) abgewiesen. Das SG stützte sich auf das Urteil des Bundessozialgerichts vom 5. 7. 2006 – B12KR 20/04 R; der Entscheidung des BVerfG vom 3. 4. 2001 sei nicht zu entnehmen, dass sie auch für andere Zweige der Sozialversicherung anzuwenden sei.

In ihrer Berufung haben sich die Kläger deshalb vertieft mit der Rechtsprechung des BSG zum streitgegenständlichen Fragenkomplex auseinandergesetzt. Ausführlich haben sie dabei begründet, dass es sich bei den streitgegenständlichen Fragen allenfalls am Rande um solche

des sog. Familienlastenausgleichs im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG handelt, es vielmehr um Eingriffslagen und Fragen aus dem Prüfbereich des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG geht. Gestützt auf rechtswissenschaftliche Fachliteratur haben sie den Paradigmenwechsel der Verfassungsjudikatur zwischen dem Trümmerfrauenurteil vom 7. 7. 1992 und dem Pflegeversicherungsurteil vom 3. 4. 2001 dargelegt. Sie haben weitere sozialökonomische Fachliteratur und gutachterliche Stellungnahmen von Sachverständigen zur Stützung ihres Vortrags hinsichtlich der tatsächlichen Verteilungsverhältnisse zwischen Eltern und Kinderlosen und deren Entwicklung im Zeitablauf sowie den daraus gemäß dem Pflegeversicherungsurteil des BVerfG vom 3. 4. 2001 abzuleitenden rechtlichen Folgerungen vorgelegt. So lässt sich ausweislich des Gutachtens des als Sachverständigen angebotenen **Reinhard Loos** der Nachteil zwischen zu erwartenden Rentenzahlungen einerseits und Finanzbeiträgen sowie Kinderkosten andererseits für die Familie mit drei Kindern bei Zugrundelegung nur der hälftigen Kinderkosten und ohne Berücksichtigung der Betreuungs- und Erziehungsleistungen mit 141.600 € beziffern. Der Nachteil der Eltern von drei Kindern bei den Sozialversicherungsbeiträgen insgesamt beläuft sich nach den Berechnungen des ebenfalls als Sachverständigen benannten **Prof. Dr. Adrian auf 1.389 € pro Monat**. Durch die Beiträge von Dr. Frank Niehaus und Prof. Herwig Birg wurde der Sachvortrag der Kläger ebenfalls bestätigt, dass Eltern auch in der Gesetzlichen Krankenversicherung gravierenden Nachteilen ausgesetzt sind, welche sich mit zunehmender Alterung rasch weiter vergrößern. **Im Schriftsatz vom 5. 3. 2012** haben die Kläger ausdrücklich beantragt, die Herren Niehaus, Birg, Adrian und Loos in der mündlichen Verhandlung als Sachverständige zu ihren Äußerungen betreffend die Vor- bzw. Nachteile von Kinderlosen/Eltern in den drei streitbefangenen Systemen zu hören bzw. entsprechende Gutachten einzuholen, falls der 11. Senat des Landessozialgerichts den tatsächlichen Feststellungen in diesen Gutachten,

Fachbeiträgen und Stellungnahmen nicht zu folgen bereit sei (vgl. GA Bl. 182, 188, 200f.). Erwähnenswert ist insoweit, dass dem Tatsachenvortrag der Kläger seitens der übrigen Beteiligten während des gesamten Verfahrens nicht substantiiert entgegengetreten wurde. Ausweislich der Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 24. 4. 2012 haben die Kläger auch ausdrücklich „mit den Anträgen aus dem Schriftsatz vom 5. 3. 2012“ verhandelt.

Mit Urteil vom 24. 4. 2012 (L 11 KR 3416/10) hat das LSG Baden-Württemberg die Berufung zurückgewiesen. Es beurteilte die streitigen Fragen ausschließlich unter Gesichtspunkt des Familienlastenausgleichs am Prüfmaßstab des Art. 6 Abs. 1 GG und vertrat dabei die Ansicht, der Gesetzgeber habe seinen Schutzauftrag in allen drei streitbefangenen Systemen erfüllt. Dabei stützte es sich insbesondere auf die Urteile des Bundessozialgerichts vom 5. 7. 2006 (B 12 KR 20/04 R) sowie vom 12. 12. 2006 (B 13 RJ 22/05 R). Die von Verfassungs wegen zu beachtenden Vorgaben habe der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der gesetzlichen Rentenversicherungs-, Krankenversicherungs- und Pflegeversicherungsbeiträge beachtet. Die von den Klägern geltend gemachte Benachteiligung der Kindererziehenden in der Alterssicherung seien bereits mehrfach abgebaut worden; Entsprechendes gelte für die Gesetzliche Krankenversicherung. Verschiedene Rentenreformen hätten den „Familienlastenausgleich“ bzw. „Familienleistungsausgleich“ ausgeweitet. Für die Gesetzliche Rentenversicherung sei das Bundesverfassungsgericht von seiner im Pflegeversicherungsurteil vertretenen Auffassung inzwischen jedoch wieder abgerückt. In seinem Beschluss vom 9. 12. 2003 (BVerfGE 109, 96 = SozR 4-5868 § 1 Nr. 2 zur Alterssicherung der Landwirte) habe es nämlich die eigenständige Berücksichtigung eines generativen Beitrags in der Rentenversicherung nicht für verfassungsrechtlich geboten erachtet. Eltern seien im Übrigen nicht nur bei einer im Umlageverfahren organisierten Versicherung benachteiligt. Denn Kinderlose könnten die Prämien für eine kapitalgedeckte

Versicherung i. d. R. eher aufbringen als Eltern, die zusätzlich ihre Kinder unterhalten müssten. Ein Familienlastenausgleich sei deswegen keine Frage des Versicherungsprinzips, sondern des gesamten Sozial- und Steuerrechts. Den vorsorglich gestellten Beweisanträgen folgte das Landessozialgericht nicht.

Teil 2: Verletzung materiellen Rechts

Die rechtliche Begründung der Revision erfolgt in vier Schritten: Das für die verfassungsrechtliche Beurteilung grundlegende Pflegeversicherungsurteil des Bundesverfassungsgerichts wird zunächst analysiert (A.) und sodann seine Übertragbarkeit auf die gesetzliche Rentenversicherung (B.) und die gesetzliche Krankenversicherung (C.) untersucht. Nachfolgend wird die Verfassungsmäßigkeit des Beitragsrechts in der gesetzlichen Pflegeversicherung geprüft. Abschließend werden die prozessrechtlichen Konsequenzen behandelt (E.).

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

Mit dem Pflegeversicherungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, es sei mit Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbar, „dass Mitglieder der sozialen Pflegeversicherung, die Kinder betreuen und erziehen und damit neben dem Geldbeitrag einen generativen Beitrag zur Funktionsfähigkeit eines umlagefinanzierten Sozialversicherungssystems leisten, mit einem gleich hohen Pflegeversicherungsbeitrag wie Mitglieder ohne Kinder belastet werden.“⁸ Die Entscheidung beschreitet einen grundrechtsdogmatisch neuen Weg: Sie moniert nicht, dass der staatliche Familienlastenausgleich in der Pflegeversicherung verfassungsrechtlich unzureichend ist,

⁸ BVerfGE 103, 242, Leitsatz.

sondern profiliert den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) als Verfassungsgebot intragenerationeller Gleichbehandlung (I.). Der Tenor des Urteils und seine wesentlichen Begründungselemente für die Annahme eines Verstoßes gegen den Grundsatz intragenerationeller Gleichbehandlung sind von zentraler Bedeutung für die Frage, welche Vorgaben das Grundgesetz für die Beitragsgestaltung in der gesetzlichen Renten- und Pflegeversicherung enthält (dazu nachfolgend II.). Einer näheren Analyse bedürfen darüber hinaus die sehr konkreten Vorgaben im Urteil für die Umsetzung in das Pflegeversicherungsrecht (III.).

I. Der verfassungsrechtliche Maßstab: Das Gebot intragenerationeller Gleichbehandlung

Die eigentliche verfassungsdogmatische Pointe des Pflegeversicherungsurteils ist seine Fokussierung auf eine Gleichheitsprüfung.⁹ Es grenzt sich damit zugleich von dem leistungsrechtlichen Ansatz ab, der die Rechtsprechung zum Familienlastenausgleich bis dahin geprägt hatte.

1. Der leistungsrechtliche Ansatz

Schon vor dem Urteil hatte das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber in mehreren Entscheidungen zu einer dem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz der Familie angemessenen Ausgestaltung des Sozial- und Steuerrechts verpflichtet. So hat es aus Art. 1 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 20 Abs. 1 GG abgeleitet, dass „bei der Besteuerung einer Familie das

⁹ T. Kingreen, Familie als Kategorie des Sozialrechts, JZ 2004, 938 (942); A. Lenze, Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005, S. 294ff.

Existenzminimum sämtlicher Familienmitglieder steuerfrei bleiben muss“¹⁰, wobei zum familiären Existenzminimum auch der Betreuungsbedarf gehört, der daher gleichfalls einkommenssteuerlich unbelastet bleiben muss.¹¹ Es hat den Gesetzgeber ferner verpflichtet, „den Mangel des Rentenversicherungssystems, der in den durch Kindererziehung bedingten Nachteilen bei der Altersversorgung liegt, in weiterem Umfang als bisher auszugleichen.“¹² Es hat aber stets betont, dass Art. 6 Abs. 1 GG nicht die Verpflichtung des Staates entnommen werden könne, die Familie

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

¹⁰ BVerfGE 82, 60 (85).

¹¹ BVerfGE 99, 216 (234).

¹² BVerfGE 87, 1, Leitsatz 2.

zu verwirklichen ist, nicht ableiten. Insoweit besteht vielmehr grundsätzlich Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.¹³

Diese Rechtsprechung fügt sich in die allgemeine Grundrechtsdogmatik ein. Danach sind die Grundrechte „in erster Linie“ Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, die dazu bestimmt sind, „die Freiheitssphäre des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern.“¹⁴ Hingegen lassen sie sich mit Rücksicht auf die finanzielle Belastungsfähigkeit des Staates und die Budgethoheit der Parlamente nur ausnahmsweise zu originären Ansprüchen auf konkrete Leistungen verdichten.¹⁵ Sie müssen daher stets „unter den Vorbehalt des Möglichen“¹⁶ gestellt werden, unter den sie das Bundesverfassungsgericht auch in den erwähnten Entscheidungen zum Familienlastenausgleich stellt. Hinzu kommt, dass die Gründung einer Familie eine grundsätzlich selbstverantwortete Entscheidung ist, deren finanzielle Konsequenzen daher in erster Linie auch die Grundrechtsträger und nicht der Staat zu tragen haben.¹⁷ Allein diesen leistungsrechtlichen Ansatz hat das LSG Baden-Württemberg seinem Urteil vom 24. April 2012 zugrundegelegt.

2. Der gleichheitsrechtliche Ansatz

Im Pflegeversicherungsurteil zitiert das Bundesverfassungsgericht diese leistungsrechtlich ansetzende Rechtsprechung. Art. 6 Abs. 1 GG wird daher nicht schon dadurch verletzt, dass

¹³ BVerfGE 87, 1 (34f.)

¹⁴ Grundlegend BVerfGE 7, 198 (204).

¹⁵ Dazu ausführlich etwa *D. Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte. Soziale Grundrechte, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 192 Rn. 5ff., 91ff.

¹⁶ *D. Murswiek*, Grundrechte als Teilhaberechte. Soziale Grundrechte, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 192 Rn. 63ff.

¹⁷ Vgl. dazu etwa *F. Ekardt*, Familienförderung durch Steuerrecht, KJ 2004, 116ff.

Mitglieder der sozialen Pflegeversicherung auch dann, wenn sie Kinder betreuen und erziehen, Versicherungsbeiträge leisten müssen.¹⁸

Von der allgemeinen, aber eben nicht spezifizierten Pflicht zu einem wirksamen Familienlastenausgleich unterscheidet es aber nun einen systemspezifischen, maßgeblich auf den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gestützten Vergleich der Beitragsbelastungen von Kinderlosen und Versicherten mit Kindern.¹⁹ Hatte es bislang nur sehr allgemein die Notwendigkeit einer stärkeren Förderung der Familie auch in der Sozialversicherung betont, so gerät nun der systeminterne Vergleich von Familien mit Kinderlosen in den Fokus des Gerichts: Die unzureichende Kompensation der Erziehungslasten wird nicht mehr nur unter dem Aspekt der allgemeinen leistungsrechtlichen Förderungspflicht diskutiert, sondern als Gleichheits- und als Teilhabeproblem formuliert.²⁰ Damit ist der für die Unterscheidung zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten typische Wechsel der Perspektive verbunden: Während das Freiheitsrecht auf das zweidimensionale Verhältnis zwischen Staat und Bürger beschränkt ist und insoweit Grenzen für staatliche Eingriffe aufstellt, tritt bei der Gleichheitsprüfung eine dritte Dimension hinzu: das Verhältnis zweier Sachverhalte untereinander.

¹⁸ BVerfGE 103, 242 (258ff.).

¹⁹ BVerfGE 103, 242 (263ff.) sowie oben I.

²⁰ *M. Estelmann*, Das „Beitragskinderurteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001 – 1 BvR 1629/94, SGB 2002, 245 (248ff.); *W. Meyer*, Probleme einer familienorientierten Reform der sozialen Sicherung, in: J. Althammer/U. Klammer (Hrsg.), *Ehe und Familie in der Steuerrechts- und Sozialordnung*, 2006, S. 123 (149). Zur Unterscheidung zwischen einem derivativen Teilhaberecht, das auf die Integration in bestehende soziale Zusammenhänge gerichtet ist, und einem originären, auf Schaffung noch nicht vorhandener Einrichtungen zielenden Leistungsrecht *B. Pieroth/B. Schlink*, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 28. Aufl. 2012, Rn. 104ff.; im hiesigen Zusammenhang speziell *M. Tünnemann*, *Der verfassungsrechtliche Schutz der Familie und die Förderung der Kindererziehung im Rahmen des staatlichen Kinderleistungsausgleichs*, 2002, S. 150ff.

Für die Gleichheitsprüfung kommt es wesentlich auf die Bildung der Vergleichsgruppen an.²¹ Diese muss die Eigenart des zu regelnden Sachbereichs berücksichtigen,²² der nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts geprägt ist durch das auf nachwachsende Generationen angewiesene Sozialversicherungssystem.²³ Daher muss der im Rahmen der Gleichheitsprüfung anzustellende Vergleich generationenübergreifend, d. h. unter Einschluss der dritten Generation, erfolgen, um die herkömmliche Symmetrie des Gebens und Nehmens zwischen den Generationen zu rekonstruieren.²⁴ Im Pflegeversicherungsurteil geschieht die Einbeziehung dieser zweiten Zeitebene durch die Konstruktion eines „generativen Beitrages“²⁵. Dahinter steht die güterwirtschaftliche Tatsache, dass sowohl die monetären Beiträge als auch die Kindererziehung mit einem Verzicht auf gegenwärtige(n) Konsum und Vermögensbildung einhergehen.²⁶ Die systemspezifische und daher auch systemintern auszugleichende Benachteiligung besteht damit darin, dass in der nachwachsenden Generation die heutigen Kinder in der Zukunft mit ihren Beiträgen auch die Last derjenigen Versicherten mit abdecken müssen, die keine eigenen Kinder zur Deckung der alten Last bereit gestellt haben. Gegenstand der Gleichheitsprüfung ist daher auf der einen Seite der monetäre Beitrag kinderloser Versicherter, auf der anderen Seite der Beitrag der erwerbstätigen Eltern *und* der dazu gezogene zukünftige monetäre Beitrag des Kindes.²⁷ Das erklärt, warum das Bundesverfassungsgericht Art. 6 Abs. 1 GG im Rahmen der

²¹ Vgl. zum Folgenden *T. Kingreen*, Bestand und Reform des Familienleistungsausgleichs in der Sozialversicherung, SDRV 57 (2008), 71 (88f.).

²² Vgl. etwa BVerfGE 75, 108 (157); 84, 239 (268); 103, 310 (318).

²³ Dazu noch unten II.

²⁴ Vgl. auch *S. Mückl*, „Auch in Verantwortung für die künftigen Generationen“, in: O. Depenheuer/M. Heintzen/M. Jestaedt/P. Axer (Hrsg.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 183 (197).

²⁵ BVerfGE 103, 242 (266).

²⁶ *A. Lenze*, Kindererziehung als generativer Beitrag in der gesetzlichen Rentenversicherung – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BSG vom 5. Juli 2006, NZS 2006, 407 (408).

²⁷ Das wird von den meisten Kritikern des Pflegeversicherungsurteils verkannt, vgl. etwa *I. Ebsen*, Familienlastenausgleich und die Finanzierung der Sozialversicherung aus verfassungs- und sozialrechtlicher Sicht, VSSR 2004, 3 (9ff.).

Gleichheitsprüfung heranzieht: Über das Schutzgut „Familie“ kann es nämlich Eltern und Kinder beitragsrechtlich als Einheit behandeln!

Der verfassungsdogmatische Paradigmenwechsel von der leistungs- zur gleichheitsrechtlichen Prüfung hat zur Folge, dass Gegenstand der verfassungsrechtlichen Beschwer nicht möglicherweise unzureichende staatliche Leistungen sind, sondern eine durch die Struktur der Sozialversicherung bedingte Ungleichbehandlung. Gerade durch *Beiträge* soll daher der spezifische Vorteil ausgeglichen werden, den die Pflegeversicherung Kinderlosen angedeihen lässt, und nicht etwa durch Steuern, die auch die Versicherten mit Kindern bezahlen müssten. Das Grundrecht verpflichtet die Staatsgewalt hier damit lediglich als Gesetzgeber, nicht aber als Finanzierungsverantwortlichen der Sozialversicherung. Als solcher unterliegt er aber nicht einem „Vorbehalt des Möglichen“, sondern einer strengen Gleichheitsprüfung, die spezifisch die unterschiedliche Situation von Versicherten mit und ohne Kinder in der sozialen Pflegeversicherung in den Blick nimmt.

Das Pflegeversicherungsurteil wird also durch einen auf die Spezifika der sozialen Pflegeversicherung scharf gestellten allgemeinen Gleichheitssatz getragen,²⁸ den das Bundesverfassungsgericht durch die Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 GG im Rahmen der Vergleichsgruppenbildung zu einem Grundrecht auf intragenerationelle Gleichbehandlung fortentwickelt.

Diesen neuen gleichheitsrechtlichen Ansatz aus dem „Beitragskinderurteil“ des Bundesverfassungsgerichts verkennt das LSG Baden-Württemberg im angefochtenen Urteil vom 24. 4. 2012. Es prüft nämlich allein vom leistungsrechtlichen Ansatz aus eine Verletzung

²⁸ Dazu A. Lenze, Gleichheitssatz und Generationengerechtigkeit, Der Staat 46 (2007), 89 (103ff.).

von „Art. 6 Abs. 1 GG i. V. m. Art 3 GG“, ohne auf Art. 3 Abs. 1 GG sodann auch nur mit einem Wort einzugehen.²⁹

II. Voraussetzungen für den intragenerationellen Gleichheitsverstoß

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

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

1. Das versicherte Risiko und seine Finanzierung

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

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

²⁹ LSG Baden-Württemberg, L 11 KR 3416/10 v. 24. 4. 2012, Umdruck S. 13ff.

durch den Eintritt des Versicherungsfalls verursachte finanzielle Bedarf überproportional häufig in der Großelterngeneration (60 Jahre und älter) auftritt. Die Wahrscheinlichkeit, pflegebedürftig zu werden, nimmt mit dem Lebensalter deutlich zu. Sie steigt jenseits des 60. Lebensjahres zunächst leicht an, um dann jenseits des 80. Lebensjahres zu einem die Situation des Einzelnen maßgeblich prägenden Risiko zu werden (vgl. BT-Drucks. 12/5262, S. 62). Wird ein solches allgemeines, regelmäßig erst in höherem Alter auftretendes Lebensrisiko durch ein Umlageverfahren finanziert, so hat die Erziehungsleistung konstitutive Bedeutung für die Funktionsfähigkeit dieses Systems. Denn bei Eintritt der ganz überwiegenden Zahl der Versicherungsfälle ist das Umlageverfahren auf die Beiträge der nachwachsenden Generation angewiesen.³⁰

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

a) Alter und Älterwerden

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

- die Arbeitslosigkeit in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung (§ 138 SGB III).
- die Krankheit in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 27 Abs. 1 SGB V),

³⁰ BVerfGE 103, 242 (263f.).

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

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

b) Umlagefinanzierung

Die Aussagen des Bundesverfassungsgerichts gelten allerdings nicht für alle Versicherungssysteme, die altersspezifische Risiken versichern, sondern nur, soweit sie auf dem Grundsatz der Umlagefinanzierung beruhen. Anders als beim Anwartschaftsdeckungsverfahren, bei dem die Ausgaben für Leistungen namentlich im Alter durch die Bildung eines Kapitalstocks gedeckt werden, wird im Umlageverfahren der

Finanzbedarf für eine bestimmte Versicherungsperiode auf alle Versicherungsnehmer umgelegt.³¹

Im Anwartschaftsdeckungsverfahren werden grundsätzlich auch die Leistungen der privaten Pflegeversicherung finanziert. Damit ist sie nach (allerdings sehr umstrittener) Ansicht des Bundesverfassungsgerichts „nicht in gleicher Weise auf die Prämienzahlungen der nachwachsenden Generationen angewiesen wie die soziale Pflegeversicherung, die auf dem Umlageverfahren und damit auf einer ‚intergenerativen‘ Umverteilung beruht.“³² Es hat daher insoweit einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG verneint, allerdings dem Gesetzgeber aufgegeben, insbesondere im Hinblick auf die sozialversicherungsrechtlichen Umverteilungselemente (§ 110 SGB XI) zu prüfen, „ob nicht auch die Funktionsfähigkeit der privaten Pflegeversicherung auf längere Sicht entscheidend davon abhängt, dass in ausreichendem Maße neue Prämienzahler nachwachsen.“³³

Die im Umlageverfahren finanzierte soziale Pflegeversicherung ist hingegen ohne Zweifel „darauf angewiesen, dass Kinder in genügend großer Zahl nachwachsen.“³⁴ Das Umlageverfahren beruht auf dem *Prinzip intergenerationellen Vertrauens*: Die nicht mehr arbeitsfähigen Mitglieder der Gesellschaft werden durch die mittlere Generation versorgt, und zwar in der Erwartung, später durch die Generation der eigenen Kinder unterstützt zu werden:

„Die heutigen Beitragszahler der erwerbsfähigen Generation vertrauen im Umlageverfahren darauf, dass in der Zukunft in ausreichendem Umfang neue Beitragsschuldner vorhanden sind. Dies können nur die heutigen Kinder sein,

³¹ Vgl. zu den Unterschieden etwa *M. Fuchs/U. Preis, Sozialversicherungsrecht*, 2. Aufl. 2009, § 13 I.

³² BVerfGE 103, 271 (292).

³³ BVerfGE 103, 271 (292f.).

³⁴ BVerfGE 103, 242 (264).

denen in der Zukunft zugunsten der dann pflegebedürftigen Alten durch die mit Beitragslasten verbundene Pflichtmitgliedschaft eine kollektive Finanzierungspflicht auferlegt wird, die einer auf den besonderen Bedarf der Pflege bezogenen Unterhaltspflicht gleichkommt. Diese Pflicht besteht jedoch, unabhängig vom Vorhandensein familiärer Unterhaltsverpflichtungen, gegenüber allen pflegebedürftigen Alten. Beispielsweise ziehen alle in 20 oder 30 Jahren Pflegebedürftigen aus der gegenwärtigen Erziehungsleistung von Eltern in der Zukunft den gleichen Vorteil, für den eigenen Versicherungsfall durch ein öffentlich-rechtliches Pflichtversicherungssystem „gesamthänderisch verbundener Unterhaltsschuldner“ abgesichert zu sein und Pflegeleistungen zu erhalten, unabhängig davon, ob sie selbst zum Erhalt des Beitragszahlerbestandes durch Kindererziehung beigetragen haben oder nicht.“³⁵

2. Mindestgeschlossenheit des Systems

Weitere Voraussetzung für die Annahme eines intragenerationellen Gleichheitsverstoßes ist die „Mindestgeschlossenheit des Systems“.³⁶ Was damit gemeint ist, ergibt sich aus dem Zusammenspiel zwischen dem Pflegeversicherungsurteil und dem nachfolgenden Urteil zur Beitragsgestaltung in der landwirtschaftlichen Sozialversicherung.³⁷

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

„Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass gegenwärtig rund 87% der Bevölkerung in der sozialen Pflegeversicherung versichert sind [...] und Kinder als Beitragszahler nicht nur das System der sozialen Pflegeversicherung verlassen,

³⁵ BVerfGE 103, 242 (264).

³⁶ BVerfGE 109, 96 (127).

³⁷ BVerfGE 109, 96.

sondern auch von der privaten Pflege-Pflichtversicherung ihrer Eltern zu ihm wechseln werden, ist jedenfalls davon auszugehen, dass die Erziehungsleistung in der sozialen Pflegeversicherung auch in Zukunft nachhaltig zum Tragen und den kinderlosen Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung zugutekommt.“³⁸

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

„Es fehlt schon an der Mindestgeschlossenheit des Systems. Die soziale Pflegeversicherung weist einen sehr hohen Versichertengrad auf. Wer in ihr versichert ist, kann davon ausgehen, dass die heute von Versicherten erzogenen Kinder in diesem System in der Zukunft zu Beitragszahlern werden und die Finanzierung von Versicherungsleistungen, die er dann beansprucht, durch Beiträge sicherstellen (vgl. BVerfGE 103, 242 [265]). Diese Voraussetzung ist in der landwirtschaftlichen Alterssicherung nicht gegeben. In diesem Versicherungszweig geht die Zahl der Versicherten kontinuierlich zurück, weshalb der Anteil der Finanzierung des Systems aus Steuermitteln besonders hoch ist. Nur wenige der heute von beitragspflichtigen Landwirten erzogenen Kinder werden aller Voraussicht nach zu Beitragszahlern in der landwirtschaftlichen Alterssicherung werden. Die Kindererziehung ist unter diesen Gegebenheiten kein für das System konstitutiver, dem Geldbeitrag gleich zu erachtender generativer Beitrag, der im Beitragsrecht zum Ausgleich gebracht werden muss.“³⁹

Obwohl die Kläger in ihren Schriftsätzen im Klage- wie im Berufungsverfahren hierauf ausdrücklich und umfassend hingewiesen haben, hat das LSG Baden-Württemberg sein Urteil gleichwohl darauf gestützt, das Bundesverfassungsgericht sei von seiner Auffassung im

³⁸ BVerfGE 103, 242 (265).

³⁹ BVerfGE 109, 96 (127).

Pflegeversicherungsurteil bereits mit seinem Urteil zur Alterssicherung der Landwirte wieder abgerückt.⁴⁰ Davon kann jedoch, wie hier gezeigt wurde, keine Rede sein.

⁴⁰ LSG Baden-Württemberg, L 11 KR 3416/10 v. 24. 4. 2012, Umdruck S. 15.

3. Absehbarkeit fehlender generativer Beiträge

Grundsätzlich hat der Gesetzgeber im Sozialversicherungsrecht einen weiten Gestaltungsspielraum.⁴¹ Insbesondere bei komplexen Sachverhalten hat er „in dem gesetzestypischen Spannungsverhältnis zwischen Individualität und Verallgemeinerung“⁴² das Recht zur Typisierung und Generalisierung.⁴³ Er kann daher auch die Benachteiligung der beitragspflichtigen Versicherten mit Kindern gegenüber kinderlosen Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung

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

⁴¹ BVerfGE 113, 167 (215).

⁴² P. Kirchhof, Allgemeiner Gleichheitssatz, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 181 Rn. 129.

⁴³ Dazu m. w. N. auf die Rechtsprechung H. D. Jarass, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 30ff.

Gestaltungsspielraums in Bezug auf die Beiträge so behandeln wie erziehende Versicherte.“⁴⁴

Das Bundesverfassungsgericht gesteht dem Gesetzgeber im Pflegeversicherungsurteil auch zu, „eine angemessene Zeit zur Sammlung von Erkenntnissen und Erfahrungen“⁴⁵ in Anspruch zu nehmen. In dieser Zeit dürfe er sich sogar mit „gröberen Generalisierungen“⁴⁶ begnügen. Doch selbst diesen vergleichsweise weiten Anforderungen ist der Gesetzgeber nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts bei der Einführung der Pflegeversicherung nicht gerecht geworden, weil schon 1994 absehbar gewesen sei, dass die Pflegeversicherung auf nachwachsende Generationen angewiesen sei, die Zahl der Kinder aber massiv abnehme:

„Der Gesetzgeber konnte zu diesem Zeitpunkt nicht mehr davon ausgehen, dass die beitragspflichtig Versicherten in ihrer ganz überwiegenden Mehrheit neben den Beitragsleistungen durch das Aufziehen von Kindern zur nachhaltigen Stabilisierung und Finanzierung der Leistungen der sozialen Pflegeversicherung beitragen werden.“⁴⁷

Das Bundesverfassungsgericht beruft sich dazu im Wesentlichen auf sachverständige Einschätzungen und bereits 1994 vorliegende Daten, denen es einen „hohen Grad an Verlässlichkeit“⁴⁸ attestiert. In Deutschland sei die Zahl der Lebendgeborenen je Frau seit Mitte der 60er Jahre von 2,49 in rascher Folge auf mittlerweile 1,3 gesunken und es sei auch nichts dafür ersichtlich, dass sich die für diese Entwicklung verantwortlichen

⁴⁴ BVerfGE 103, 242 (266).

⁴⁵ BVerfGE 103, 242 (267).

⁴⁶ BVerfGE 103, 242 (267).

⁴⁷ BVerfGE 103, 242 (267).

⁴⁸ BVerfGE 103, 242 (267).

Rahmenbedingungen alsbald grundlegend wandeln. Dadurch sei „eine nicht mehr aufhaltbare Abwärtsspirale“⁴⁹ in Gang gesetzt worden:

„Denn die Bevölkerung verringert sich nicht allein dadurch, dass weniger Kinder geboren werden, als zur Bestandserhaltung erforderlich sind. Ganz wesentlich verstärkt wird diese Entwicklung dadurch, dass es infolgedessen immer weniger Personen gibt, die Kinder zeugen und gebären können. Außerdem bleiben immer mehr Frauen kinderlos. Wollte man auch nur die heutige Altersstruktur durch eine Erhöhung der Geburtenrate oder der Einwanderung stabilisieren, so müsste nach Angaben des Sachverständigen rein rechnerisch entweder die Geburtenrate pro Frau im gebärfähigen Alter von 1,3 umgehend auf 3,8 steigen oder es müssten 188 Mio. jüngere Personen bis zum Jahr 2050 einwandern.“⁵⁰

Da beides nicht realistisch ist, müssen

„gleich bleibend hohe, wenn nicht gar steigende Leistungsausgaben von immer weniger Personen finanziert werden Dies führt auch dazu, dass immer weniger jüngere Versicherte neben ihrer Beitragslast zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der sozialen Pflegeversicherung die Kostenlast der Kindererziehung tragen. Die gleiche Belastung mit Versicherungsbeiträgen führt zu einem erkennbaren Ungleichgewicht zwischen dem Gesamtbeitrag, den Kindererziehende in die Versicherung einbringen, und dem Geldbeitrag von Kinderlosen. Hierin liegt eine Benachteiligung von erziehenden Versicherten, die im Beitragsrecht auszugleichen ist.“⁵¹

III. Ausgleich des systemspezifischen Vorteils der kinderlosen Versicherten im Beitragsrecht

Die dritte Kernaussage des Bundesverfassungsgerichts betrifft die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers im Hinblick auf die Gewährleistung des intergenerationellen Vertrauens

⁴⁹ BVerfGE 103, 242 (267).

⁵⁰ BVerfGE 103, 242 (268).

⁵¹ BVerfGE 103, 242 (269).

auf ein dem Älterwerden dienendes, durch das Umlageverfahren finanziertes Sozialversicherungssystem.

Insoweit ist von wesentlicher Bedeutung, dass das Bundesverfassungsgericht das unspezifische Interesse der Allgemeinheit an Betreuungs- und Erziehungsleistungen von Familien von dem „kinderlosen Versicherten erwachsende[n] ‚systemspezifischen‘ Vorteil“⁵² in der sozialen Pflegeversicherung abgrenzt. Das Pflegeversicherungsurteil ist also nur auf solche Versicherungssysteme anwendbar, in denen kinderlosen Versicherten ein besonderer, über dieses Allgemeininteresse hinausgehender Vorteil erwächst. Das hat dann auch Konsequenzen für die Umsetzung: Das allgemeine Interesse einer Gesellschaft an Kindern und ihrer Betreuung und Erziehung gebietet es nämlich nicht, diese Leistungen zugunsten der Familie gerade in einem bestimmten sozialen Leistungssystem (hier also der sozialen Pflegeversicherung) zu berücksichtigen. Anders ist dies aber, wenn das soziale Leistungssystem selbst und in qualifizierter, vom Allgemeininteresse abgrenzbarer Weise auf diese Leistungen angewiesen ist. Dann ist es nämlich verfassungsrechtlich zwingend, den Vorteil auch im System auszugleichen:

„Wenn [...] ein soziales Leistungssystem ein Risiko abdecken soll, das vor allem die Altengeneration trifft, und seine Finanzierung so gestaltet ist, dass sie im Wesentlichen nur durch das Vorhandensein nachwachsender Generationen funktioniert, die jeweils im erwerbsfähigen Alter als Beitragszahler die mit den Versicherungsfällen der vorangegangenen Generationen entstehenden Kosten mittragen, dann ist für ein solches System nicht nur der Versicherungsbeitrag, sondern auch die Kindererziehungsleistung konstitutiv. Wird dieser generative Beitrag nicht mehr in der Regel von allen Versicherten erbracht, führt dies zu einer spezifischen Belastung kindererziehender Versicherter im

⁵² BVerfGE 103, 242 (265).

Pflegeversicherungssystem, deren benachteiligende Wirkung *auch innerhalb dieses Systems* auszugleichen ist. Die kindererziehenden Versicherten sichern die Funktionsfähigkeit der Pflegeversicherung also nicht nur durch Beitragszahlung, sondern auch durch Betreuung und Erziehung von Kindern.⁵³

Die Kernaussage lautet also: Weil die Kindererziehung für die soziale Pflegeversicherung nicht minder bedeutsam ist als die Erbringung von Versicherungsbeiträgen, haben Kinderlose einen spezifischen, systembedingten Vorteil. Wenn sie aber aus der sozialen Pflegeversicherung diesen besonderen Vorteil ziehen, ist es nur konsequent, den Vorteil dort auszugleichen, wo er entsteht, nämlich innerhalb des Systems der sozialen Pflegeversicherung. Grundlage dieser systeminternen Ausgleichspflicht ist eine Gleichheitsprüfung: Es geht nicht um die allgemeine leistungsrechtliche Frage angemessener oder vertretbarer Familienförderung, sondern um einen Vergleich von Versicherten mit und ohne Kinder speziell in der sozialen Pflegeversicherung. Der grundrechtsdogmatische Paradigmenwechsel⁵⁴ und der systembezogene Ansatz sind dadurch untrennbar miteinander verbunden: Weil eine systeminterne intragenerationelle Ungleichbehandlung vorliegt, muss sie auch innerhalb des Systems zwischen Begünstigten und Belasteten ausgeglichen werden. Das Bundesverfassungsgericht spezifiziert die Kompensationspflicht nicht nur in systemischer, sondern auch in zeitlicher Hinsicht. Der Ausgleich zwischen Eltern und kinderlosen Personen muss danach auf der Beitragsseite und nicht auf der (regelmäßig erst im Alter relevant werdenden) Leistungsseite erfolgen. Er muss dementsprechend

„durch Regelungen erfolgen, die die Elterngeneration während der Zeit der Betreuung und Erziehung entlasten, denn die Beiträge, die von der heutigen Kindergeneration später im Erwachsenenalter auch zugunsten kinderloser

⁵³ BVerfGE 103, 242 (265f.); Hervorhebung nur hier.

⁵⁴ Dazu bereits I.

Versicherter geleistet werden, die dann den pflegenahen Jahrgängen angehören oder pflegebedürftig sind, basieren maßgeblich auf den Erziehungsleistungen ihrer heute versicherungspflichtigen Eltern. Die hiermit verbundene Belastung der Eltern tritt in deren Erwerbsphase auf; sie ist deshalb auch in diesem Zeitraum auszugleichen. Der verfassungsgebote Gleichgewicht zwischen erziehenden und nicht erziehenden Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung kann deshalb nicht durch unterschiedliche Leistungen im Falle des Eintritts der Pflegebedürftigkeit erfolgen.“⁵⁵

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

B. Übertragbarkeit auf die gesetzliche Rentenversicherung

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber seinerzeit eine Frist von fast vier Jahren gesetzt, um den Gleichheitsverstoß in der sozialen Pflegeversicherung umzusetzen. Es hat diese lange Frist maßgeblich damit begründet, „dass die Bedeutung des vorliegenden Urteils auch für andere Zweige der Sozialversicherung zu prüfen sein wird.“⁵⁶ Damit allein ist zwar, wie das Bundessozialgericht und in den Parallelfällen der 4. Senat des LSG Baden-Württemberg im Ausgangspunkt zutreffend feststellen, kein verbindlicher Regelungsauftrag,⁵⁷ wohl aber ein „Normprüfungsauftrag an den Gesetzgeber“⁵⁸ im Hinblick

⁵⁵ BVerfGE 103, 242 (270).

⁵⁶ BVerfGE 103, 242 (270).

⁵⁷ BSG, NZS 2007, 311 (314); LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 20.

auf andere Zweige der Sozialversicherung verbunden. Die Bundesregierung sah 2004 keine Notwendigkeit, die im Pflegeversicherungsurteil angeordnete beitragsrechtliche Differenzierung auch auf die Rentenversicherung zu übertragen.⁵⁹ Die nachfolgende, an der vorstehend unter A. ausgearbeiteten Argumentationsstruktur des Pflegeversicherungsurteils orientierte Normprüfung belegt, dass diese Einschätzung verfassungsrechtlich unzutreffend ist. Sie behandelt daher die nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG aufgestellten Voraussetzungen für einen intragenerationellen Gleichheitsverstoß in einem Sozialversicherungssystem (I.) und setzt sich sodann mit den Umsetzungsvorgaben (II.) auseinander.

I. Maßstab: Voraussetzungen des Pflegeversicherungsurteils

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

1. Das versicherte Risiko und seine Finanzierung

a) Alter und Älterwerden

Das Leistungsspektrum der gesetzlichen Rentenversicherung wird in § 23 SGB I sowie den §§ 9ff. SGB VI zusammengefasst. Zu den Leistungen gehören danach Leistungen zur Teilhabe

⁵⁸ H.-J. Papier, Ehe und Familie in der neueren Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2002, 2129 (2132).

⁵⁹ Vgl. den „Bericht der Bundesregierung zur Bedeutung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur Sozialen Pflegeversicherung vom 3. April 2001 (1 BvR 1629/94) für andere Zweige der Sozialversicherung“ (BT-Drucks. 15/4375, S. 4ff.).

(§§ 9-32, 234-234a SGB VI), wozu namentlich auch Leistungen der medizinischen Rehabilitation gehören (§§ 13, 15 SGB VI), und Renten (§§ 32-105a, 235-268a SGB VI), wobei zu unterscheiden ist zwischen Renten wegen Alters, wegen verminderter Erwerbsfähigkeit und wegen Todes.

Damit ist das Alter zwar nicht der einzige relevante Versicherungsfall in der gesetzlichen Rentenversicherung. Von den 242,6 Milliarden € Gesamtausgaben im Jahre 2010 entfielen aber nur 5,2 Milliarden € auf Leistungen zur Teilhabe, während Renten mit 211,0 Milliarden € den Löwenanteil an den Leistungsausgaben ausmachten, von denen wiederum ein Großteil auf Renten wegen Alters entfielen.⁶⁰ Bezieht man zudem ein, dass zumindest die Witwer/n-Renten auch tendenziell eher im Alter anfallen, ist offensichtlich, dass die Rentenversicherung nicht nur ein Risiko abdeckt, dessen Eintrittswahrscheinlichkeit maßgeblich vom Alter abhängt, sondern das Älterwerden selbst zum Gegenstand hat. Sie versichert nicht die Folgen des Alters, sondern das Alter selbst. Es ist daher, soweit ersichtlich, unstreitig, dass die erste Voraussetzung für die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils auf die Rentenversicherung, gegeben ist.⁶¹

b) Umlagefinanzierung

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

⁶⁰ Vgl. im Einzelnen die Zahlen unter <http://www.deutsche-rentenversicherung.de>.

⁶¹ I. Ebsen, Die gesetzliche Pflegeversicherung (SGB XI) auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts, Jura 2002, 401 (407f.); M. Estelmann, Das „Beitragskinderurteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001 – 1 BvR 1629/94, SGB 2002, 245 (252f.); A. Lenze, Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zur Pflegeversicherung – Konsequenzen für die Rentenversicherung und den Prozess der europäischen Sozialrechtsharmonisierung, EuGRZ 2001, 280 (281ff.); H. Rothgang, Die Verfassungsgerichtsurteile zur Pflegeversicherung: Ausgangspunkt für eine Neuordnung der Sozialversicherung?, Sozialer Fortschritt 2001, S. 121 (122).

§ 153 Abs. 1 SGB VI ist die Zentralnorm des umlagefinanzierten Rentenversicherungssystems. Deutlicher als in allen anderen Sozialversicherungszweigen kommt in ihr die Unvollständigkeit des generationsübergreifenden Altersversorgungssystems zum Ausdruck. Sie regelt nämlich die schon vorindustrielle Solidarverbünde⁶² prägende „Symmetrie des Gebens und Nehmens in der Gesellschaft“⁶³ nur unvollständig. Grundsätzlich erhält jeder in seinem Leben zweimal Leistungen (als Kind und als alter Mensch), leistet dafür zeitlich versetzt aber auch zweimal, nämlich in Gestalt des Unterhalts der Kinder und der Finanzierung der alten Generation. Diesen „menschheitsalten, vorstaatlichen Zusammenhang“⁶⁴ reißt § 153 Abs. 1 SGB VI auseinander, indem er nur das Verhältnis der erwerbstätigen Generation zur Generation der Alten regelt und sozialisiert, das Verhältnis zu den Kindern hingegen nicht. Die Beiträge zur Rentenversicherung finanzieren damit die heute Rentenberechtigten, stellen aber keinerlei Vorsorge und Garantie für den eigenen Unterhalt dar. Die eigenen Kinder werden durch die Vergesellschaftung der Altersversorgung zum „Deckungskapital“ indes nicht nur für die Alterssicherung ihrer Elterngeneration, sondern auch derjenigen Angehörigen dieser Generation, die keine Kinder aufziehen.⁶⁵ Auf der Leistungsseite ergibt sich ein umgekehrtes Bild, weil die für die Leistungshöhe vor allem maßgeblichen Entgeltpunkte primär durch Beitrags- und damit in der Regel Beschäftigungszeiten erworben werden, Versicherte mit Kindern aber regelmäßig nicht über vollständige Versicherungsbiografien verfügen oder jedenfalls betreuungsbedingte Einkommenseinbußen haben:

⁶² Dazu *T. Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund. Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, S. 253ff.; *W. Kluth*, Demografischer Wandel und Generationengerechtigkeit, VVDStRL 68 (2009), 246 (253ff.); *C. Seiler*, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 144ff.

⁶³ *R. Waltermann*, Sozialrecht, 9. Aufl. 2011, Rn. 519.

⁶⁴ *M. Pechstein*, Familiengerechtigkeit als Gestaltungsgebot für die staatliche Ordnung, 1994, S. 323.

⁶⁵ Vgl. bereits *F. Ruland*, Familiärer Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit, 1973, S. 341.

„Die Familie, in der ein Elternteil zugunsten der Kindererziehung aus dem Erwerbsleben ausscheidet, nimmt im Vergleich zu Kinderlosen nicht nur Einkommenseinbußen hin, sie muss das gesunkene Einkommen vielmehr auch auf mehrere Köpfe verteilen. Wenn die Kinder in das Erwerbsleben eingetreten sind und durch ihre Beiträge die Alterssicherung der Elterngeneration mittragen, haben die Eltern selbst eine geringere Rente zu erwarten.“⁶⁶

Das Problem war 1957, als der Umstieg vom Kapitaldeckungs- auf das Umlageverfahren beschlossen wurde, durchaus präsent. Einer der maßgeblichen sozialpolitischen Berater Adenauers, der Wirtschaftswissenschaftler und Unternehmer *Wilfrid Schreiber*, hatte dem Bundeskanzler einen in die Rentenversicherung zu integrierenden generationenübergreifenden Solidarpakt vorgeschlagen, der freilich in einem wichtigen Punkte nicht übernommen wurde:⁶⁷ *Schreiber* dachte nämlich nicht nur an eine Altersrente. Vielmehr sollte auch jeder Jugendliche (bzw. dessen Eltern) während der Zeit des Heranwachsens eine „Kindheits- und Jugendrente“ erhalten, die nach *Schreibers* Vorstellungen ebenfalls im Umlageverfahren finanziert werden sollte.⁶⁸ Diese Rente sollte später zurückzahlen sein, wobei die jeweiligen Erstattungsleistungen nach der eigenen Kinderzahl der Pflichtigen gestaffelt werden sollten. *Schreiber* begründete die Jugendrente mit der Notwendigkeit, das Lebens Einkommen auf drei Lebensphasen zu verteilen: Kindheit/Jugend, Arbeitsalltag und Lebensabend.⁶⁹ Es war für ihn ein „Gebot ökonomischer Vernunft“⁷⁰, dass die Erwerbstätigen in einer Volkswirtschaft immer für zwei Generationen aufkommen müssen, die noch nicht und die nicht mehr Erwerbstätigen. Sozialpolitik musste

⁶⁶ BVerfGE 87, 1 (36).

⁶⁷ Vgl. zum Folgenden *H. Butzer*, Der Generationenvertrag, in: *H. Butzer/M. Kaltenborn/W. Meyer* (Hrsg.), *Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat. Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag*, 2008, S. 367 (370ff.).

⁶⁸ *W. Schreiber*, Existenzsicherheit in der modernen Gesellschaft, 1955, S. 31ff.

⁶⁹ *W. Schreiber*, Existenzsicherheit in der modernen Gesellschaft, 1955, S. 7.

⁷⁰ *W. Schreiber*, Existenzsicherheit in der modernen Gesellschaft, 1955, S. 31.

daher, so *Schreiber*, nicht nur mit Bezug auf zwei, sondern auf drei Generationen entwickelt,⁷¹ der Unterhalt der Kinder und der Rentner daher symmetrisch auf zwei Umverteilungssysteme aufgeteilt werden.

Dieser Plan ist niemals verwirklicht worden, weil die familienpolitischen Leitbilder der 50er Jahre des vergangenen Jahrhunderts den Schluss erlaubten, dass die Versicherten ohnehin für ausreichend Nachwuchs Sorge tragen würden. Die Geschichte hat diese optimistische Annahme nicht bestätigt.⁷² Die Fertilitätsrate hat sich von etwa 5 Geburten pro Frau im Jahre 1900 auf derzeit 1,3 bis 1,4 Geburten verringert.⁷³ Man geht davon aus, dass etwa 30% der 1965 geborenen Frauen⁷⁴ kinderlos bleiben werden, mit einem deutlichen Ausschlag nach oben bei Akademikerinnen.⁷⁵ Im Zusammenwirken mit der verlängerten Lebenserwartung führt das dazu, dass das sog. Medianalter, das die Bevölkerung in zwei gleich große Gruppen von älteren und jüngeren Personen teilt, massiv ansteigt: von 35 Jahren im Jahre 1975 über derzeit etwa 40 bis auf etwa 50 Jahre im Jahr 2030.⁷⁶ In knapp 20 Jahren ist also die Gruppe der über 50-jährigen genau so groß wie diejenige der unter 50-jährigen. Im Jahr 2060 wird nach den vorliegenden Vorausberechnungen bereits jeder Dritte 65 Lebensjahre durchlebt haben und es werden doppelt so viele 70-Jährige leben wie Kinder geboren werden.⁷⁷

⁷¹ F.-X. Kaufmann, Herausforderungen des Sozialstaates, 1997, S. 81.

⁷² Vgl. zum Folgenden ausführlich F. Brosius-Gersdorf, Demografischer Wandel und Familienförderung, 2011, S. 9ff.

⁷³ Bundesministerium für Familie, Die Familie im Spiegel der amtlichen Statistik, 2003, S. 72ff. sowie Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Bevölkerung Deutschlands bis 2060. 12. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, 2009, S. 6.

⁷⁴ Zu kinderlosen Männern gibt es nur wenige verlässliche Daten; offenbar sind die Zahlen hier aber noch höher, vgl. Bundesministerium für Familie, Die Familie im Spiegel der amtlichen Statistik, 2003, S. 72.

⁷⁵ Bundesministerium für Familie, Die Familie im Spiegel der amtlichen Statistik, 2003, S. 76: Danach leben über 40% der Akademikerinnen zwischen 35 und 39 Jahren in einem Haushalt ohne Kinder.

⁷⁶ Schlussbericht der Enquête-Kommission „Demographischer Wandel. Herausforderungen unserer älter werdenden Gesellschaft an den Einzelnen und die Politik“, BT-Drucks. 14/8800, S. 33.

⁷⁷ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Bevölkerung Deutschlands bis 2060. 12. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, 2009, S. 5.

Für das Umlageverfahren in der Rentenversicherung hat das gravierende Konsequenzen:⁷⁸

Die Zahl der Personen im erwerbsfähigen Alter (20-65 Jahre) wird von heute knapp 50 Millionen Menschen auf etwa 40 Millionen im Jahre 2030 und 36 Millionen im Jahre 2060 zurückgehen, d. h. um mehr als ein Viertel. Zugleich steigt die Zahl der Rentenbezieher erheblich an, was zur Folge hat, dass sich der sog. Altersquotient (das zahlenmäßige Verhältnis zwischen Beitragszahlern und Leistungsbeziehern) gravierend verändert. Im Jahre 2008 entfielen auf 100 Personen im Erwerbsalter 34 Ältere (65 Jahre oder mehr); 2060 werden es nach den Vorausberechnungen knapp doppelt so viele sein. Dabei wird davon ausgegangen, dass die Belastungen des Rentensystems bis zum Jahre 2040 nur zu einem Drittel aus der steigenden Lebenserwartung, aber zu zwei Dritteln aus der Geburtenentwicklung herrühren.⁷⁹

Damit dürfte hinreichend deutlich geworden sein, dass die Finanzierung der Rentenversicherung von einem stabilen Gleichgewicht zwischen Beitragszahlern und Rentenbeziehern und damit insbesondere auch von „generativen Beiträgen“ abhängig ist.

Anders als in der Pflegeversicherung, für die die Rentner –allerdings aus den von der Nachwuchsgeneration der Beitragszahler transferierten Mitteln! – immerhin noch etwa 20% der Beitragseinnahmen aufbringen, leisten dabei die Bezieher von Renten noch nicht einmal mehr Beiträge.⁸⁰ Wenn daher schon die Pflegeversicherung ein System darstellt, das auf nachwachsende Generationen angewiesen ist, so gilt dies „erst recht“⁸¹ für die

⁷⁸ Vgl. zum Folgenden Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Bevölkerung Deutschlands bis 2060. 12. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, 2009, S. 6.

⁷⁹ B. Rürup, Solidarität im Rentensystem, in: G. Iben/P. Kemper/M. Maschke, Ende der Solidarität? Gemeinsinn und Zivilgesellschaft, 1999, S. 43 (55).

⁸⁰ H. Rothgang, Die Verfassungsgerichtsurteile zur Pflegeversicherung: Ausgangspunkt für eine Neuordnung der Sozialversicherung?, Sozialer Fortschritt 2001, S. 121 (122).

⁸¹ H. Rothgang, Die Verfassungsgerichtsurteile zur Pflegeversicherung: Ausgangspunkt für eine Neuordnung der Sozialversicherung?, Sozialer Fortschritt 2001, S. 121 (122).

Rentenversicherung. Das erkennt der 4. Senat des LSG Baden-Württemberg in den parallelen Verfahren Kirchgäßner und Schwär grundsätzlich auch an. Auch das Rentenversicherungssystem sei

„darauf angewiesen, dass heute Kinder geboren und großgezogen werden, um später als mögliche Beitragszahler die Renten der dann Leistungsberechtigten zu finanzieren. Hierbei handelt es sich um einen systemspezifischen Vorteil, der über den Vorteil, der der Allgemeinheit durch Kinder erwächst, hinausgeht.“⁸²

Das vorliegend angefochtene Urteil enthält dazu gar keine Ausführungen.

2. Mindestgeschlossenheit des Systems

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

Das LSG Baden-Württemberg vertritt in den Parallelverfahren die Ansicht, „dass im Zeitpunkt der Erziehung der Kinder keinesfalls feststeht, dass sie zukünftig Beitragszahler in der gesetzlichen Rentenversicherung sein werden. Das werden sie dann nicht sein, wenn sie in ihrer zukünftigen Erwerbstätigkeit nicht versicherungspflichtig, versicherungsfrei oder von der Versicherungspflicht befreit sind. In einem solchen Fall verlassen die Betroffenen das Sicherungssystem der gesetzlichen Rentenversicherung vollständig.“⁸³

⁸² Vgl. stellvertretend LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 22.

⁸³ LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 22f.

Diese Begründung ist deshalb etwas merkwürdig, weil das LSG Baden-Württemberg noch wenige Sätze zuvor betont hatte, dass die Versicherten, die Kinder erziehen, „einen systemerhaltenden generativen Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung“⁸⁴ leisten. Wenn aber gar nicht sicher sein sollte, dass sie Mitglieder der Rentenversicherung werden, ist auch unsicher, ob sie diesen Beitrag überhaupt leisten. Letztlich lässt sich daher das Argument der fehlenden Systemgeschlossenheit hier nur halten, wenn man das Pflegeversicherungsurteil selbst in Frage stellt.⁸⁵ Dort wird nämlich für die Mindestgeschlossenheit des Systems nicht gefordert, dass die Eigenschaft der Kinder als zukünftige Beitragszahler *feststehen* muss. Das Bundesverfassungsgericht lässt es vielmehr ausreichen, dass davon auszugehen ist, „dass die Erziehungsleistung in der sozialen Pflegeversicherung auch in Zukunft nachhaltig zum Tragen und den kinderlosen Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung zugutekommt.“⁸⁶ Diese Voraussetzung ist in einem sozialen Versicherungssystem, das, wie die landwirtschaftliche Sozialversicherung, nur für eine bestimmte und zudem massiven strukturellen Veränderungen unterworfenen Berufsgruppe gilt, tatsächlich nicht gegeben. Denn nur „wenige der heute von beitragspflichtigen Landwirten erzogenen Kinder werden aller Voraussicht nach zu Beitragszahlern in der landwirtschaftlichen Alterssicherung werden.“⁸⁷ Für die soziale Pflegeversicherung erklärt es das Bundesverfassungsgericht demgegenüber ausdrücklich für unerheblich, dass 13% der Bevölkerung keine Mitglieder sind und dass auch in Zukunft Kinder von Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung nicht Mitglieder derselben werden. Damit muss also, anders als

⁸⁴ LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 22, vgl. oben 1. b).

⁸⁵ Vgl. in diesem Sinne etwa *I. Ebsen*, Die gesetzliche Pflegeversicherung (SGB XI) auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts, Jura 2002, 401 (407); *F. Ruland*, Das BVerfG und der Familienlastenausgleich in der Pflegeversicherung, NJW 2001, 1673 (1676).

⁸⁶ BVerfGE 103, 242 (265).

⁸⁷ BVerfGE 109, 06 (127).

es das LSG Baden-Württemberg annimmt, gerade nicht *feststehen*, dass jedes Kind eines Mitglieds auch wieder Mitglied wird. Unerheblich ist es daher insbesondere, ob gerade die Kinder der Kläger im Ausgangsverfahren wieder Mitglieder werden. Denn es geht dem Bundesverfassungsgericht nicht um eine auf das Individuum bezogene Wahrscheinlichkeit der Mitgliedschaft, die in einem kollektiven Sicherungssystem ohnehin nicht gegeben sein kann und die für dieses auch irrelevant ist. Entscheidend ist vielmehr, dass das System insgesamt auf den Erziehungsleistungen der Versicherten mit Kindern aufbaut und so ausgestaltet ist, dass ein wesentlicher Anteil aller (!) Kinder (also etwa auch der nicht in der sozialen Pflegeversicherung Versicherten) in Zukunft Mitglied werden wird. Um das beurteilen zu können, kommt es letztlich auf die rechtlichen Regelungen an, die den Zugang und den Verbleib im System regeln.

Eben diese Regelungen zur Mitgliedschaft sind damit auch maßgebend für die Frage, ob die Rentenversicherung eine Mindestgeschlossenheit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufweist. Nach § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI sind zunächst alle Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind, versicherungspflichtig. Im Gegensatz zur Pflegeversicherung, wo eine Versicherungspflichtgrenze von derzeit (2012) 50.850 € besteht,⁸⁸ sind in der gesetzlichen Rentenversicherung alle abhängig Beschäftigten pflichtversichert. Hinzu kommt, dass auch der Kreis der versicherungspflichtigen Selbständigen wesentlich weiter gefasst ist als in § 20 SGB XI, der nur für vereinzelte und zahlenmäßig auch eher zu vernachlässigende Gruppen von Selbständigen gilt. Der Gesetzgeber zieht also den Kreis der Versicherungspflichtigen in

⁸⁸ Diese folgt aus den Regelungen für die gesetzliche Krankenversicherung (§ 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 6 SGB V), an die die Regelungen des Pflegeversicherungsrechts anknüpfen (§§ 1 Abs. 2, 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Abs. 3, 22 Abs. 1 und 23 Abs. 1 SGB XI).

der Rentenversicherung tendenziell sogar weiter als in der sozialen Pflegeversicherung. Das lässt sich damit erklären, dass in der Pflegeversicherung (ebenso wie in der Krankenversicherung) gleichwertige substitutive Sicherungssysteme zur Verfügung stehen, in denen sich diejenigen versichern müssen, die sich nicht freiwillig in der gesetzlichen Pflege- oder Krankenversicherung versichern (§§ 23 Abs. 1 SGB X, 193 Abs. 3 VVG). Für das soziale Risiko Alter gibt es ein solches obligatorisches Parallelsystem für die meisten Selbständigen nicht, was auch die aktuellen Überlegungen in der Politik erklärt, die Selbständigen weitergehend als bislang in die gesetzliche Rentenversicherung einzubeziehen.⁸⁹ Das gilt deshalb als besonders dringlich, weil etwa ein Drittel aller Selbständigen ein monatliches Nettoeinkommen von unter 1100 € hat und damit besonders schutzbedürftig ist.⁹⁰

Die gesetzliche Rentenversicherung ist damit nach wie vor *das* Alterssicherungssystem der Bundesrepublik Deutschland. Über 80% der erwerbstätigen Bevölkerung sind in ihr versichert, ihre Leistungen machen mehr als 80% des Einkommens der Rentnerhaushalte aus.⁹¹ Wenn die soziale Pflegeversicherung ein geschlossenes System ist, in dem eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie von den Kindern der derzeit Versicherten in Zukunft maßgeblich getragen wird, so gilt dies für die gesetzliche Rentenversicherung erst recht. Das hat das Bundesverfassungsgericht bereits im sog. Trümmerfrauenurteil deutlich gemacht – ein Urteil, mit dem sich beide Senate des LSG

⁸⁹ Vgl. zum allerdings kontrovers diskutierten Plan des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung, alle nicht anderweitig versicherten Selbständigen einer Versicherungspflicht in der sozialen Rentenversicherung zu unterwerfen http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Pressemitteilungen/rentendialog-selbststaendige.pdf?__blob=publicationFile.

⁹⁰ Betroffen sind hier vor allem die sog. Soloselbständigen, d. h. die Selbständigen ohne Beschäftigte, vgl. dazu Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2006/2007, Ziff. 354ff.; ferner etwa C. Wirth/U. Müllermeister-Faust, Die Alterssicherung Selbständiger in Deutschland und Europa – Stand und Perspektiven –, SF 2009, 210ff.

⁹¹ F. Ruland, Rentenversicherung, in: B. von Maydell/F. Ruland/U. Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl. 2012, § 17 Rn. 1f.

Baden-Württemberg im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls noch nicht einmal ansatzweise auseinandersetzen. Danach hat

„die Kindererziehung [...] bestandssichernde Bedeutung für das System der Altersversorgung. Denn die als Generationenvertrag ausgestaltete Rentenversicherung lässt sich ohne die nachrückende Generation nicht aufrecht erhalten. Diese bringt die Mittel für die Alterssicherung der jetzt erwerbstätigen Generation auf. Ohne nachrückende Generation hätte sie zwar Beiträge zur Rentenversicherung gezahlt, könnte aber keine Leistungen aus der Rentenversicherung erwarten. Dabei kann angesichts der Breitenwirkung der Rentenversicherung vernachlässigt werden, dass nicht jedes Kind später zum Beitragszahler wird.“⁹²

3. Absehbarkeit fehlender generativer Beiträge

Die letzte Anwendungsvoraussetzung des Pflegeversicherungsurteils, die Absehbarkeit fehlender nachwachsender Beitragszahler, liegt unproblematisch vor. Es ist seit Jahrzehnten bekannt, ja bereits in den 50er Jahren diskutiert worden, dass eine über das Umlageverfahren finanzierte Rentenversicherung darauf angewiesen ist, dass eine Korrelation zwischen der Anzahl der Leistungsbezieher und der Beitragszahler besteht.⁹³ Spätestens seit dem sog. Trümmerfrauen-Urteil aus dem Jahre 1992 gehört die Gefährdung der Rentenversicherung durch das Ausbleiben nachwachsender Beitragszahler zum Allgemeingut.

4. Zwischenergebnis

⁹² BVerfGE 87, 1 (36).

⁹³ Vgl. oben 1. b).

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

II. Umsetzung: Systeminterner Vorteilsausgleich

1. Bindungswirkung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts, § 31 Abs. 2 S. 2

BVerfGG

Die gesetzliche Rentenversicherung ist mit der Pflegeversicherung im Hinblick auf die im Pflegeversicherungsurteil des Bundesverfassungsgerichts aufgestellten Voraussetzungen tatbestandlich vergleichbar. Der Gesetzgeber ist daher gehalten, die Nachteile von Versicherten mit Kindern auch in der gesetzlichen Rentenversicherung auszugleichen. Es ist allerdings umstritten, ob dies nicht schon in hinreichendem Maße geschehen ist und, für den Fall, dass doch noch Defizite bestehen, wo und wie dieser Ausgleich zu bewerkstelligen ist.

Die Analyse dieser Auseinandersetzung wird allerdings durch eine merkwürdige Gemengelage nicht unerheblich erschwert: Viele der Argumente, die in diesem Kontext verwendet werden, richten sich nämlich weniger gegen die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils auf die Rentenversicherung, sondern gegen das Pflegeversicherungsurteil selbst.⁹⁴ Das ist deshalb bemerkenswert, weil die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG Gesetzeskraft hat und daher insbesondere auch für die Fachgerichte bindend ist. Das Bundesverfassungsgericht hat den fehlenden Vorteilsausgleich in der Pflegeversicherung als Verfassungsverstoß angesehen und die einschlägigen Vorschriften in der Entscheidungsformel für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt, „soweit Mitglieder der sozialen Pflegeversicherung, die Kinder betreuen und erziehen, mit einem gleich hohen Pflegeversicherungsbeitrag wie Mitglieder ohne

⁹⁴ Vgl. zu diesem Problem *T. Kingreen*, Bestand und Reform des Familienleistungsausgleichs in der Sozialversicherung, SDSRV 57 (2008), 71 (91ff.).

Kinder belastet werden.“⁹⁵ An diese Entscheidung sind alle Fachgerichte nach § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG gebunden.

Das Bundessozialgericht ist zwar der Ansicht, dass sich das Bundesverfassungsgericht verbindlich nur zur sozialen Pflegeversicherung geäußert habe.⁹⁶ Das Bundesverfassungsgericht erstreckt die Bindungswirkung seiner Entscheidungen aber auch auf die tragenden Gründe,⁹⁷ d. h. auf alle „Rechtssätze, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass das konkrete Entscheidungsergebnis nach dem in der Entscheidung zum Ausdruck kommenden Gedankengang entfielen.“⁹⁸ Dementsprechend dienen die folgenden Ausführungen auch dazu, die Argumente zu identifizieren, die genuin die hier allein relevante Frage der Übertragbarkeit betreffen, und diese von eher allgemeinen gerechtigkeitstheoretischen und verteilungspolitischen Überlegungen zur Überzeugungskraft des Pflegeversicherungsurteils abzugrenzen.

2. Auseinandersetzung mit den Einwänden gegen einen systeminternen Vorteilsausgleich

a) Vorteilsausgleich auf der Leistungsseite?

Das zentrale genuine Argument gegen die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils lautet, dass ein interner Ausgleich im Pflegeversicherungsrecht wegen des einheitlichen Leistungskataloges nur auf der Beitragsseite erfolgen könne, während die lohn- und beitragsbezogene Rente auch offen für leistungsrechtliche Begünstigungen sei, die es in Gestalt der Kindererziehungszeiten (§ 177 SGB VI) ja auch tatsächlich gibt. Wegen dieses

⁹⁵ BVerfGE 103, 242 (242).

⁹⁶ BSG, NZS 2007, 311 (316).

⁹⁷ BVerfGE 1, 14 (37); 40, 88 (93f.); 104, 151 (197f.).

⁹⁸ BVerfGE 96, 375 (404).

Ausgleichs im Leistungsrecht bedürfe es aber nicht noch einer zusätzlichen beitragsrechtlichen Begünstigung.⁹⁹ Dagegen sprechen aber erstens die Prämissen der Rechtsprechung und zweitens, dass sich in der Rentenversicherung die Erziehung von Kindern anders als in der Pflegeversicherung negativ auf den Leistungsumfang auswirkt:

aa) Notwendigkeit eines gegenwärtigen Vorteilsausgleichs

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

„die die Elterngeneration während der Zeit der Betreuung und Erziehung entlasten, denn die Beiträge, die von der heutigen Kindergeneration später im Erwachsenenalter auch zugunsten kinderloser Versicherter geleistet werden, die dann den pflegenahen Jahrgängen angehören oder pflegebedürftig sind, basieren maßgeblich auf den Erziehungsleistungen ihrer heute versicherungspflichtigen Eltern. Die hiermit verbundene Belastung der Eltern tritt in deren Erwerbsphase auf; sie ist deshalb auch in diesem Zeitraum auszugleichen. Der verfassungsgebote Ausgleich zwischen erziehenden und nicht erziehenden Mitgliedern der sozialen Pflegeversicherung kann deshalb nicht durch unterschiedliche Leistungen im Falle des Eintritts der Pflegebedürftigkeit erfolgen.“¹⁰⁰

Der Vorteilsausgleich muss also im Beitragsrecht erfolgen, weil das Bundesverfassungsgericht die gegenwärtigen Beitragszahler untereinander vergleicht und insoweit unterschiedliche Belastungen von Versicherten (nicht von Leistungsbeziehern!) mit und ohne Kinder konstatiert. Gegenwärtig bestehende Ungleichbehandlungen können aber

⁹⁹ BSG, NZS 2007, 311 (317f.); LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 22; ferner etwa „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. 4).

¹⁰⁰ BVerfGE 103, 242 (270).

nicht durch Aussichten auf zukünftige und wegen der Ungewissheit über den weiteren Lebensverlauf auch ungewisse Leistungen kompensiert werden. Die auf der Leistungsseite angesiedelten Kindererziehungszeiten sind strukturell insoweit ungeeignet, weil sie den Versicherten in einem das Alter absichernden System in der Regel erst wesentlich nach dem Zeitraum der Kindererziehung zugutekommen.

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

Das Argument, der Vorteilsausgleich könne auf der Leistungsseite erfolgen, missachtet den „grundlegenden Paradigmenwechsel“¹⁰¹ zwischen Trümmerfrauenurteil und Pflegeversicherungsurteil. Das Bundesverfassungsgericht prüft nämlich im Pflegeversicherungsurteil, anders als noch im Trümmerfrauenurteil, nicht, ob aus den Grundrechten, namentlich aus Art. 6 Abs. 1 GG, ein Anspruch gegen den Staat (!) auf Kompensation der Familienlasten in der Sozialversicherung abzuleiten ist, sondern es prüft gleichheitsrechtlich allein das Verhältnis zwischen Versicherten mit und ohne Kinder.¹⁰² Die später am Pflegeversicherungsurteil beteiligte, frühere Richterin des Bundesverfassungsgerichts *Renate Jäger* hat die notwendige Veränderung der Perspektive schon vor dem Pflegeversicherungsurteil damit begründet, dass die Nachteile, die Versicherte mit Kindern in der Sozialversicherung erleiden, nicht erst in ferner Zukunft, sondern zeitnah ausgeglichen werden müssen: „Es kann nicht sein, dass wir jetzt im Beitragsrecht etwas machen mit dem Versprechen, es später einzulösen. Diesen Fehler haben wir genau mit der Aufstockung der Kindererziehungszeiten auf 3 Jahre begangen, *die noch niemandem zugutekommen*, die aber in allen Köpfen vorhanden sind. Das sind alles nur Wechsel auf die Zukunft.“¹⁰³

Gegen die verfassungsrechtliche Notwendigkeit eines Beitragsausgleichs wird das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur landwirtschaftlichen Sozialversicherung ins Feld geführt.¹⁰⁴ Tatsächlich hat das Bundesverfassungsgericht die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils in diesem Urteil nicht nur wegen der fehlenden

¹⁰¹ A. Lenze, Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005, S. 309.

¹⁰² Vgl. oben A. I.

¹⁰³ R. Jäger auf einem Workshop des Deutschen Juristinnenbundes am 21. 2. 2000, zitiert nach A. Lenze, Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005, S. 309 Fn. 247 (Hervorhebung nur hier).

¹⁰⁴ F. Ruland, Berücksichtigung der Kindererziehung bei der Höhe von Sozialversicherungsbeiträgen, SDSRV 57 (2008), 53 (57).

Mindestgeschlossenheit des Systems, sondern auch unter Hinweis auf die auch in der landwirtschaftlichen Sozialversicherung anerkannten Kindererziehungszeiten abgelehnt.¹⁰⁵ Dieser Hinweis verkennt allerdings, dass es sich bei der landwirtschaftlichen Sozialversicherung „wegen des auf den geschützten Personenkreis zugeschnittenen speziellen Finanzierungs- und Leistungsregimes“ um ein „Sondersystem“ handelt.¹⁰⁶ Eine der zentralen, vom allgemeinen Sozialversicherungsrecht abweichenden Regelungen findet sich in § 1 Abs. 3 S. 1 ALG. Danach gilt der Ehegatte eines Landwirtes als versicherungspflichtig, wenn beide Ehegatten nicht dauernd getrennt leben und der Ehegatte nicht voll erwerbsgemindert ist. Sozialpolitischer Hintergrund dieser 1995 eingeführten Regelung war eine Untersuchung, nach der zwar fast alle Ehepartner von Landwirten täglich zwischen 5 und 6 Stunden durchschnittlich im landwirtschaftlichen Unternehmen arbeiten, jedoch nicht entsprechend dieser gesellschaftlichen Realität durch ein Alterssicherungssystem geschützt wurden. In dem zugrunde liegenden Fall hatte sich eine mit einem Nebenerwerbslandwirt verheiratete Frau gegen die Fiktion des § 1 Abs. 3 S. 1 ALG gewandt, weil sie tatsächlich keine Arbeiten für den landwirtschaftlichen Betrieb erbrachte, sondern sich um die gemeinsamen vier Kinder sowie den Schwiegervater kümmerte. Die Klage richtete sich also, anders als im hiesigen Kontext, nicht gegen die Gestaltung des Beitragsrechts, sondern galt der vorgelagerten Frage, ob die Versicherungspflicht überhaupt verfassungsgemäß ist. Hauptanliegen der Beschwerdeführerin war insoweit, dass sie aufgrund ihrer Versicherungspflicht Beiträge zu leisten hatte, obwohl ihr keine eigenen Einnahmen aus der Landwirtschaft zuflossen, die Grundlage einer Beitragspflicht hätten sein können. Das Bundesverfassungsgericht hat die Regelung gleichwohl für verfassungsgemäß erachtet. Der

¹⁰⁵ BVerfGE 109, 96 (127f.).

¹⁰⁶ H. Deisler, Die agrarsoziale Sicherung, in: B. von Maydell/F. Ruland/U. Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl. 2012, § 19 Rn 1.

an mehreren Stellen im Urteil zu findende Hinweis auf die Kindererziehungszeiten hat insoweit aber eine ganz andere Funktion als für den vorliegenden Zusammenhang relevant: Das mit den Kindererziehungszeiten verbundene Leistungsversprechen soll die Versicherungspflicht auch des nicht in der Landwirtschaft tätigen Ehegatten des Landwirts durch den Hinweis darauf legitimieren, dass immerhin auch ohne eigene Beitragsleistungen ein Leistungsanspruch begründet wird. Bei der Frage der Maßgeblichkeit des Pflegeversicherungsurteils für die Rentenversicherung geht es hingegen nicht um die Legitimation der Versicherungspflicht, sondern von beitragsrechtlichen (Un-)Gleichbehandlungen zwischen Versicherten, die die Legitimation ihrer Versicherungspflicht überhaupt gar nicht bestreiten. Dementsprechend enthält das Urteil zur landwirtschaftlichen Sozialversicherungspflicht auch keine Aussage dazu, ob die Kindererziehungszeiten ein hinreichender Vorteilsausgleich sind oder nicht. Denn der Vorteilsausgleich ist aus den genannten Gründen gar nicht Gegenstand des Urteils.

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

„Es erwächst [...] den Versicherten ohne Kinder im Versicherungsfall ein Vorteil aus der Erziehungsleistung anderer beitragspflichtiger Versicherter, die wegen der Erziehung zu ihrem Nachteil auf Konsum und Vermögensbildung verzichten.

Versicherte, die Kinder erziehen, sichern die Funktionsfähigkeit der Pflegeversicherung also nicht nur durch Beitragszahlung, sondern auch durch Erziehungsleistung. Im Beitragsrecht entsteht dadurch ein Gleichheitsproblem zwischen Versicherten mit und Versicherten ohne Kinder. Die Antwort auf dieses Gleichheitsproblem kann nicht allein - und dies gilt es klarzustellen - die Anerkennung von Kindererziehungszeiten sein. Solche Zeiten gleichen kinderbedingte Nachteile im Aufbau von Rentenanwartschaften aus, nicht unterschiedliche wirtschaftliche Belastungen in der Phase der Kinderziehung.¹⁰⁷

¹⁰⁷ U. Steiner, Generationenfolge und Grundgesetz, NZS 2004, 505 (507).

bb) Benachteiligungen im Leistungsrecht der gesetzlichen Rentenversicherung

Das Pflegeversicherungsurteil ist ein beitragsrechtliches Urteil und verhält sich daher auch nicht zur Leistungsseite. In der Pflegeversicherung bestand dafür auch kein Anlass. Zwar wirken sich Kinderbetreuung und -erziehung auch positiv auf die Leistungsausgaben des Gesamtsystems aus, weil die häusliche Pflege nach wie vor zu etwa 75% durch Familienangehörige sichergestellt wird,¹⁰⁸ die wesentlich geringere finanzielle Belastungen auslöst als die professionelle Pflege.¹⁰⁹ Der Umfang des individuellen Leistungsanspruchs hängt in der Pflegeversicherung aber nicht davon ab, ob Kinder betreut und erzogen wurden oder nicht.

In der Rentenversicherung ist dies grundsätzlich anders. Insoweit sind die Versicherten mit Kindern die „Packesel des Sozialstaates“¹¹⁰, weil sie zwar für die zukünftigen Beitragszahler sorgen, dies aber mit erheblichen Unterbrechungen und Einschränkungen (Teilzeitarbeit) ihrer Erwerbsbiografien und damit einem Verlust an persönlichen Entgeltpunkten (§ 66 SGB VI) bezahlen müssen, die durch die nur drei Jahre gewährten Kindererziehungszeiten (§ 56 SGB VI) nicht kompensiert werden können. Die Benachteiligung der in der Regel betroffenen

¹⁰⁸ Schlussbericht der Enquête-Kommission „Demographischer Wandel. Herausforderungen unserer älter werdenden Gesellschaft an den Einzelnen und die Politik“, BT-Drucks. 14/8800, S. 229ff.

¹⁰⁹ Vgl. die unterschiedlichen Sätze für die Pflegesachleistung nach § 36 Abs. 3 und das vorwiegend in der familiären Pflege zum Einsatz kommende Pflegegeld in 37 Abs. 1 SGB XI. Es wird daher davon ausgegangen, dass der Pflegeversicherung ohne die Pflege von Familienangehörigen im Jahre 2000 Mehrkosten in Höhe von umgerechnet 1,8 Milliarden € entstanden wären; vgl. *M. Pfaff*, Familienlastenausgleich und die Finanzierung der Sozialversicherung aus sozialpolitischer Sicht, VSSR 2004, 19 (22).

¹¹⁰ *W. Zeidler*, Ehe und Familie, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1. Aufl. 1983, S. 555 (597). Vgl. ferner *R. Lamprecht*, Familie – Was ist das?, in: *Süddeutsche Zeitung* v. 23./24. 9. 2000, SZ am Wochenende, S. I): „Für Mütter, die einen wichtigen, aber verkannten Beruf ausüben, gibt es einen schwachen Trost: Sie dürfen von der profanen Kenntnis zehren, dass sich der Wert eines Menschen erst dann erweist, wenn er nicht mehr da ist. Die Haftpflichtversicherung eines Autofahrers, der eine Frau totgefahren hat, weiß darüber Bescheid. Sie muss für jemanden Regress zahlen, der sich post mortem als im Leben unerkanntes Wunderwesen herausstellt. Fällig wird der Mittelwert aus einem runden Dutzend von Tariflöhnen, die Berufsskala reicht von der Putzfrau und Köchin über die Kinderschwester bis zur Hauswirtschaftsmeisterin“. Zum Ganzen bereits *J. Borchert*, Die Berücksichtigung familiärer Kindererziehung im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung. Ein Beitrag zur Rentenreform, 1981, S. 179f.

Frauen gleicht auch der Anspruch auf Witwenrente (§ 46 SGB VI) nicht aus, weil es sich nicht um einen eigenen und unbedingten, sondern um einen abgeleiteten und bedingten Anspruch handelt. Er greift nämlich schon per definitionem erst beim Ableben des Versicherten, setzt den Fortbestand der Ehe voraus und steht, weil nicht beitragsgestützt,¹¹¹ unter einem Bedürftigkeitsvorbehalt (§ 97 SGB VI). Kinderlose mit durchgehenden Erwerbsbiografien hingegen haben von vornherein zwei eigenständige und unbedingte Rentenansprüche, die durch die Beiträge von Kindern finanziert werden, die andere in die Welt gesetzt haben.

Das Leistungsrecht ist zwar, wie ausgeführt, nicht Gegenstand des Pflegeversicherungsurteils. Es ist allerdings befremdlich, dass ausgerechnet in der Rentenversicherung, in der der Leistungsumfang maßgeblich von durchgängigen Erwerbsbiografien abhängt, in der also Versicherte, die Kinder betreuen und erziehen, geringere Leistungen bekommen, der angebliche Vorteilsausgleich auf der Leistungsseite argumentativ gegen die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils ins Feld geführt wird.

b) Verletzung des Versicherungsprinzips (Art. 14 Abs. 1 GG) durch einen systeminternen Vorteilsausgleich?

Der 4. Senat des LSG Baden-Württemberg stützt seine Entscheidungen vom 27. 1. 2012 ferner auf das Argument, ein beitragsrechtlicher Ausgleich sei „ein krasser Verstoß gegen wesentliche Strukturprinzipien der gesetzlichen Rentenversicherung.“¹¹² Weil sich eine solche Aussage im hier angefochtenen Urteil des 11. Senats nicht findet, weichen die Urteile des 4. und 11. Senats auch insoweit voneinander ab. Jedoch hat der 11. Senat seine

¹¹¹ BVerfGE 97, 271 (284f.).

¹¹² LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 23; ähnlich auch BSG, NZS 2007, 311 (318).

Entscheidung ebenso wie der 4. Senat zentral auf das Urteil des BSG vom 5. 7. 2006 gestützt, so dass die nachfolgenden Ausführungen zu den Urteilen des 4. Senats wegen der inhaltlichen Übereinstimmung in Bezug auf das Urteil des BSG vom 5.7.2006 sinngemäß auch für das hier angefochtene Urteil des 11. Senats gelten.

Der 4. Senat begründet seine Auffassung, ein beitragsrechtlicher Ausgleich sei „ein krasser Verstoß gegen wesentliche Strukturprinzipien der gesetzlichen Rentenversicherung“, mit der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung, die die Rentenanwartschaften durch Art. 14 Abs. 1 GG schütze. Der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz beruhe insbesondere darauf,

„dass der Umfang der Rentenanwartschaften durch die persönliche Arbeitsleistung des Versicherten mitbestimmt wird. Deshalb müssen Berechtigung und Eigenleistung einander zwar nicht entsprechen, je höher indessen der einem Anspruch zugrunde liegende Anteil der eigenen Leistung ist, desto stärker tritt der verfassungsrechtlich wesentliche Bezug und mit ihm ein tragendes Prinzip des Eigentumsschutzes hervor [...]. In der Konsequenz bedeutet dies, dass es unzulässig wäre, kinderlose Versicherte mit höheren Beiträgen zu belegen, ohne ihnen gleichzeitig höhere Rentenanwartschaften und höhere Renten zuzubilligen, wodurch der von den Klägern gewünschte Ausgleich wieder zunichte gemacht würde. Die Erhöhung der Beitragsleistung für Kinderlose wäre jedoch zwangsläufige Folge der Verminderung der Beitragsleistung für Kindererziehende, weil ansonsten die finanzielle Basis der Rentenversicherung nicht gewährleistet wäre. Einem Ausgleich der Beitragsminderleistung der Kindererziehungszeiten durch Steuermittel steht entgegen, dass das BVerfG [...] im Urteil vom 03. April 2001 gefordert hat, dass der Beitragsausgleich systemimmanent, also gerade nicht durch die Inanspruchnahme von Steuermitteln zu erfolgen hat.“¹¹³

¹¹³ LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 23f.

Diese Argumentation ist nicht konsistent und führt auch zu ganz und gar merkwürdigen

Konsequenzen:

- Einerseits sollen für den Grundsatz der Beitragsäquivalenz in der Rentenversicherung nur die persönliche Arbeitsleistung und die aus dem Arbeitseinkommen geleisteten Beiträge maßgebend sein, nicht aber die Kindererziehung. Dieses Argument richtet sich nicht nur gegen die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils auf die Rentenversicherung, sondern gegen das Pflegeversicherungsurteil selbst. Denn im Pflegeversicherungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht gerade klargestellt, dass Beiträge für ein umlagefinanziertes Sozialversicherungssystem, das ein altersspezifisches Risiko abdeckt, nicht nur die monetären, sondern auch die generativen Beiträge sind, d. h. es hat im Hinblick auf Versicherte mit Kindern gerade die fehlende Äquivalenz zwischen Beitrag und Leistungsanspruch moniert. Der 4. Senat des LSG Baden-Württemberg erkennt sogar ausdrücklich an, dass „Versicherte, die Kinder erziehen, einen systemerhaltenden generativen Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung“¹¹⁴ leisten und bejaht einen „systemspezifischen Vorteil“¹¹⁵. Dann ist es aber wenig verständlich, dass dieser Beitrag im Rahmen der Ausführungen zum Versicherungsprinzip plötzlich überhaupt keine Rolle mehr spielt, ja seine Anerkennung sogar verfassungsrechtlich problematisch wäre. Letztlich lässt sich dieses Argument nur unter selektiver Ausblendung des Pflegeversicherungsurteils halten.
- Andererseits wird im zweiten Teil des vorstehenden Zitats das Pflegeversicherungsurteil wieder für maßgebend erklärt. Das LSG Baden-Württemberg erteilt nämlich auch einem

¹¹⁴ LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 22.

¹¹⁵ LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 22. Wer diesen Vorteil hat, sagt das Gericht zwar nicht explizit, aber es können in Anlehnung an das Pflegeversicherungsurteil nur die kinderlosen Versicherten sein.

Ausgleich der Beitragsminderleistung der Kindererziehenden aus Steuermitteln eine Absage, weil das Bundesverfassungsgericht im Pflegeversicherungsurteil ja gerade einen systemimmanenten Belastungsausgleich gefordert habe. Eben diesem systeminternen Ausgleich hatte es aber nur zwei Sätze zuvor unter Hinweis auf das die Rentenversicherung prägende Versicherungsprinzip verworfen! Anders formuliert: Es gibt zwar einen Vorteil der kinderlosen Versicherten, der aber intern nicht ausgeglichen werden darf, weil das Pflegeversicherungsurteil nicht gilt, aber auch nicht extern, weil er nach Maßgabe des Pflegeversicherungsurteils doch intern auszugleichen ist!

Das Urteil enthält damit letztlich drei Aussagen, die nur schwerlich zueinander passen:

- (1) Kindererziehende erbringen auch in der gesetzlichen Rentenversicherung einen systemerhaltenden generativen Beitrag.
- (2) Dieser generative Beitrag kann in der Rentenversicherung aber nicht systemintern ausgeglichen werden, weil anders als in der Pflegeversicherung Beiträge zur Rentenversicherung nur die monetären Beiträge aus dem Arbeitseinkommen sind.
- (3) Der generative Beitrag kann aber auch nicht durch Steuermittel ausgeglichen werden, weil dies dem systeminternen Ausgleich, den das Bundesverfassungsgericht im Pflegeversicherungsurteil fordert, widersprechen würde.

In den Parallelsachen Kirchgäßner und Schwär zieht der 4. Senat des LSG Baden-Württemberg das Pflegeversicherungsurteil damit so selektiv heran, dass der von ihm selbst anerkannte Vorteil, den kinderlose Versicherte im Beitragsrecht aus der Rentenversicherung ziehen, aus verfassungsrechtlichen Gründen auf der Beitragsseite nicht ausgeglichen werden darf!

Auch die Tatsache, dass Art. 14 Abs. 1 GG die auf eigenen Leistungen beruhenden Rentenanwartschaften schützt,¹¹⁶ führt nicht weiter. Denn aus Art. 14 Abs. 1 GG folgt nach der vom LSG Baden-Württemberg zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1980¹¹⁷ nur, dass Rentenansprüche und -anwartschaften „als vermögenswerte Güter die wesentlichen Merkmale verfassungsrechtlich geschützten Eigentums“ tragen.¹¹⁸ im Übrigen betont das Bundesverfassungsgericht aber ausgerechnet in dieser vom LSG Baden-Württemberg herangezogenen Entscheidung wegen des sozialen Bezugs der Rentenanwartschaften den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Das Eigentumsrecht sei

„eingefügt in einen Gesamtzusammenhang, der auf dem Gedanken der Solidargemeinschaft und des ‚Generationsvertrages‘ beruht: Es ist zu einem wesentlichen Teil die im Berufsleben stehende Generation, welche die Mittel für die Erfüllung der Ansprüche der älteren Generation aufzubringen hat und die ihrerseits von der folgenden Generation das gleiche erwartet. Der soziale Bezug wird auch darin deutlich, dass die Rentenversicherungen durch staatliche Zuschüsse, also aus Mitteln der Allgemeinheit, mitfinanziert werden. Daraus folgt: Bei der Bestimmung des Inhalts und der Schranken rentenversicherungsrechtlicher Positionen kommt dem Gesetzgeber grundsätzlich eine weite Gestaltungsfreiheit zu. Dies gilt *im Besonderen für Regelungen, die dazu dienen, die Funktions- und Leistungsfähigkeit des Systems der gesetzlichen Rentenversicherungen im Interesse aller zu erhalten, zu verbessern oder veränderten wirtschaftlichen Bedingungen anzupassen.*“¹¹⁹

¹¹⁶ LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 23.

¹¹⁷ Hier zitiert nach NJW 1980, 692. Die im weiteren Verlauf zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts betreffen gar nicht Art. 14 Abs. 1 GG, sondern Art. 3 Abs. 1 GG. Dazu noch nachfolgend im Text.

¹¹⁸ So die vom LSG zitierte Entscheidung BVerfG, NJW 1980, 692 (693).

¹¹⁹ BVerfG, NJW 1980, 692 (693); Hervorhebung nur hier.

Insbesondere der hervorgehobene, vom 4. Senat des LSG Baden-Württemberg leider nicht mit zitierte letzte Satz belegt, dass eine Berücksichtigung des generativen Beitrags im Beitragsrecht der Rentenversicherung kaum als Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG angesehen werden kann,¹²⁰ ja das Bundesverfassungsgericht hat im Trümmerfrauen-Urteil sogar eindeutig klargestellt, dass „der Schutz der Rentenanwartschaften durch Art. 14 Abs. 1 GG einer maßvollen Umverteilung innerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung zu Lasten kinderloser und kinderarmer Personen nicht entgegen[steht].“¹²¹ Wenn der 4. Senat des LSG Baden-Württemberg (und in der Sache ebenso das BSG im Urteil vom 5. 7. 2006) in den Urteilen vom 27. 1. 2012 in den Parallelverfahren Kirchgäßner und Schwär also von einem „krassen Verstoß“ gegen „wesentliche Strukturprinzipien der gesetzlichen Rentenversicherung“ spricht, so kann es diese Aussage jedenfalls nicht auf Art. 14 Abs. 1 GG stützen – abgesehen davon, dass diese „Strukturprinzipien“ ohnehin kein handbarer Maßstab verfassungsrechtlicher Prüfung sind.

Näher liegt es, die Frage der Einbeziehung des generativen Beitrags am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu prüfen. Das Bundesverfassungsgericht hält es zwar auch in der Rentenversicherung nicht für geboten, „dass eine versicherungsmathematische Äquivalenz zwischen den entrichteten Beiträgen und der Höhe der Leistungen erzielt wird. Für unterschiedliche Leistungen an Versicherte mit gleicher Beitragsbelastung muss aber ein hinreichender sachlicher Grund bestehen.“¹²² Daran knüpfen auch Teile des Schrifttums an. Wenn Beiträge und Leistungen in der Rentenversicherung nicht mehr aufeinander bezogen würden, werde die „bisher strikt egalitäre Regelungsstruktur des Rentenversicherungsrechts

¹²⁰ Ebenso etwa C. Seiler, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 147f.

¹²¹ BVerfGE 87, 1 (40).

¹²² BVerfG, NJW 2000, 2264 (2266).

möglicherweise irreparabel beschädigt.“¹²³ Wegen der Lohn- und Beitragsbezogenheit der Rente dürfen daher, so die Schlussfolgerung, nicht beitragsgedeckte Leistungen wie die Kindererziehungszeiten (§ 56 SGB VI) nur über Steuern finanziert werden.¹²⁴ Auch die Bundesregierung war jedenfalls 2004 noch der Ansicht, dass der Grundsatz der Beitragsäquivalenz einer Übertragung des Pflegeversicherungsurteils auf die Rentenversicherung entgegenstehe.¹²⁵

Diese Kanonisierung des Versicherungsprinzips und der beitragsrechtlichen Äquivalenz entsprechen allerdings nicht der rentenversicherungsrechtlichen Realität. Das belegt schon ein kurzer Blick auf die Faktoren, die für die Rentenhöhe maßgebend sind (§§ 63ff. SGB VI), insbesondere auf den für die Anpassung der Renten zentralen Rentenwert (§ 68 SGB VI), dessen konkrete Höhe sich nicht nur an der allgemeinen Bruttolohnentwicklung, sondern auch an der Entwicklung des allgemeinen Beitragssatzes und dem Nachhaltigkeitsfaktor orientiert – an Parametern also, die nicht von den konkret geleisteten individuellen Beiträgen abhängen, sondern von der gesamtwirtschaftlichen und -gesellschaftlichen (und insoweit auch: demografischen) Entwicklung. Die Reduzierung der gesetzlichen Rentenversicherung auf das Versicherungsprinzip ist auch deshalb irritierend, weil gerade der interne (und das heißt: beitragsgestützte!) soziale Ausgleich die Sozial- von der Privatversicherung unterscheidet. Mit Recht weist das Bundesverfassungsgericht daher

¹²³ F. Hase, Sozialversicherung und Familie zwischen sozialem Ausgleich und staatlicher Verantwortung, DRV-Schriften Bd. 46 (2003), 41 (71); ferner etwa P. Axer, Die Familie zwischen Privatrecht, Sozialrecht und Steuerrecht, DStJG 29 (2006), 175 (192); D. Felix, Die Familie zwischen Privatrecht, Sozialrecht und Steuerrecht, DStJG 29 (2006), 149 (170); H. Plagemann, Wirtschaftsfaktor „Familie“, ZIP 2001, 1041 (1043); F. Ruland, Familie und Alterssicherung, FamRZ 2004, 493 (497).

¹²⁴ Explizit in diesem Sinne etwa J. Becker, Urteilsanmerkung, JZ 2001, 820 (821); F. Hase, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, 2000, S. 301ff.

¹²⁵ Bericht der Bundesregierung zur Bedeutung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur Sozialen Pflegeversicherung vom 3. April 2001 (1 BvR 1629/94) für andere Zweige der Sozialversicherung, BT-Drucks. 15/4375, S. 4ff.

darauf hin, dass die gesetzliche Rentenversicherung zwar auch durch das Versicherungsprinzip geprägt und gerechtfertigt ist. Es unterscheidet sich aber von der Privatversicherung dadurch

„dass es von Anfang an nicht auf dem reinen Versicherungsprinzip beruht, insbesondere nicht von dem individualbezogenen Risikobegriff der Privatversicherung ausgeht. Die gesetzliche Rentenversicherung, vor allem auch die Einrichtung der Rentenkasse, dient nicht nur der Sicherung der Versicherten vor einer individuell unkalkulierbaren Gefahrenlage. Das Versicherungsprinzip wird bei ihr durch soziale und damit versicherungsfremde Gesichtspunkte zwar nicht vollständig beseitigt, aber doch - im Vergleich zur Privatversicherung - entscheidend modifiziert. Denn die gesetzliche Rentenversicherung beruht wesentlich auf dem Gedanken der Solidarität ihrer Mitglieder sowie des sozialen Ausgleichs und enthält von jeher auch ein Stück sozialer Fürsorge. Der versicherungsmäßige Risikoausgleich wird also mit sozialen Komponenten verbunden. Die annähernd gleichmäßige Förderung des Wohls aller Mitglieder der Solidargemeinschaft mit besonderer Berücksichtigung der Hilfsbedürftigen steht bei der gesetzlichen Rentenversicherung im Vordergrund.“¹²⁶

Trotz dieser bereits 1987 ergangenen Entscheidung hatte der damalige Verband der Rentenversicherungsträger in seiner Stellungnahme vor der Trümmerfrauen-Entscheidung erneut die Auffassung vertreten, der Gesetzgeber müsse es aus Gleichheitsgründen vermeiden, die Beitragszahler in der Rentenversicherung zugunsten von Personengruppen zu benachteiligen, die keine Beiträge entrichteten.¹²⁷ Vor dem Hintergrund, dass zu den Klägerinnen auch eine Mutter von 10 Kindern gehörte, die eine Rente von 346,70 DM bezog, war dieser Hinweis auf drohende Vorteile von Kindererziehenden schon einigermaßen befremdlich. Der Einwand hatte aber in der Sache auch keinen Erfolg, weshalb es erstaunlich

¹²⁶ BVerfGE 76, 256 (300f.).

¹²⁷ Wiedergabe in BVerfGE 87, 1 (26).

ist, dass er nach wie vor erhoben wird. Denn das Bundesverfassungsgericht hat das Gleichheitsargument schon in der die Rentenversicherung betreffenden Trümmerfrauen-Entscheidung gleichsam umgedreht und eine Benachteiligung von Versicherten mit Kindern festgestellt, für die es keine hinreichenden sachlichen Gründe gebe:

„Die bisherige Ausgestaltung der Rentenversicherung führt im Ergebnis zu einer Benachteiligung der Familie, namentlich der Familie mit mehreren Kindern. Die Familie, in der ein Elternteil zugunsten der Kindererziehung aus dem Erwerbsleben ausscheidet, nimmt im Vergleich zu Kinderlosen nicht nur Einkommenseinbußen hin, sie muss das gesunkene Einkommen vielmehr auch auf mehrere Köpfe verteilen. Wenn die Kinder in das Erwerbsleben eingetreten sind und durch ihre Beiträge die Alterssicherung der Elterngeneration mittragen, haben die Eltern selbst eine geringere Rente zu erwarten.“¹²⁸

Im Pflegeversicherungsurteil ist das Bundesverfassungsgericht dann noch einen Schritt weitergegangen, indem es den generativen Beitrag zu einem Baustein der systeminternen Gleichheitsprüfung gemacht hat und gerade aus dem Gleichheitssatz die verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Berücksichtigung des generativen Beitrages ableitet.¹²⁹ Selbst wenn man aber – unzutreffend – davon ausginge, dass das Urteil nicht auf die Rentenversicherung übertragbar ist, folgte schon aus dem Trümmerfrauen-Urteil, dass der allgemeine Gleichheitssatz und ein daraus abgeleitetes Versicherungsprinzip einer Einbeziehung generativer Beiträge nicht entgegensteht.

Insgesamt gibt es damit keine verfassungsrechtliche Grundlage für die Annahme, dass ein systeminterner Vorteilsausgleich im Beitragsrecht verfassungsrechtlich unzulässig wäre oder einen Fremdkörper im Rentenversicherungsrecht bilden würde – im Gegenteil: Die

¹²⁸ BVerfGE 87, 1 (36f.)

¹²⁹ Dazu bereits oben A. I. 2.

Einbeziehung des generativen Beitrags in das Beitragsrecht der gesetzlichen Rentenversicherung ist verfassungsrechtlich zwingend!

c) Zuständigkeit der Gesamtgesellschaft für den Familienlastenausgleich?

Ein letztes Argument gegen einen systeminternen Vorteilsausgleich auch in der Rentenversicherung ist eher verteilungs- und ordnungspolitischer denn verfassungsrechtlicher Natur. Es geht dahin, dass nicht nur die Rentenversicherung, sondern letztlich alle Teilsysteme der Gesellschaft darauf angewiesen, dass Kinder nachwachsen.¹³⁰

Die demografische Entwicklung sei daher ein gesamtgesellschaftliches Phänomen und müsse auch abgabenpolitisch auf gesamtgesellschaftlicher Ebene gelöst werden, d. h. durch Steuern.¹³¹

Das ist ein Argument, dass nicht nur gegen eine Berücksichtigung generativer Beiträge im Beitragsrecht der gesetzlichen Rentenversicherung spricht, sondern insgesamt, d. h. in allen sozialen Systemen gegen einen systeminternen Vorteilsausgleich zum Einsatz kommen kann, also etwa auch in der Pflegeversicherung. Damit stellt sich gerade hier die Frage, ob das Bundesverfassungsgericht nicht mit Bindungswirkung für alle Fachgerichte (§ 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG) bereits entschieden hat, dass dieses Argument ohne verfassungsrechtliche Relevanz ist. Es unterscheidet nämlich ausdrücklich den allgemeinen Nutzen, der der Gesellschaft aus der Betreuung und Erziehung von Kindern erwächst, vom systemspezifischen Vorteil der kinderlosen Versicherten gerade in der sozialen Pflegeversicherung. Gäbe es diesen Vorteil nicht, könnte das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber auch nicht zu einem internen Ausgleich verpflichten, sondern müsste es ihm,

¹³⁰ So namentlich BSG, NZS 2007, 311 (317).

¹³¹ Vgl. etwa *F. Ruland*, Berücksichtigung der Kindererziehung bei der Höhe von Sozialversicherungsbeiträgen, *SDSRV* 57 (2008), 53 (66).

wie noch im Trümmerfrauen-Urteil, überlassen, wo er den Ausgleich vornimmt. Damit ist die Identifizierung eines im Beitragsrecht auszugleichen systemspezifischen Vorteils eine tragende Erwägung des Urteils, die an der Bindungswirkung nach § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG teilhat.¹³² Dann verstößt es aber gegen § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG, wenn nach wie vor die Behauptung aufrecht erhalten wird, die Betreuung und Erziehung von Kindern nutze nur der Gesellschaft, nicht aber speziell einzelnen seiner Teilsysteme.

Vielmehr müsste begründet werden, warum Kinder zwar spezifisch dem System soziale Pflegeversicherung nutzen (was nach § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG bindend feststeht), nicht aber der sozialen Rentenversicherung. Es kommt also nicht darauf an, ob die Gesamtgesellschaft für den Familienleistungsausgleich im Allgemeinen zuständig ist, sondern darauf, ob sie diese Zuständigkeit gerade in dem konkreten sozialen Subsystem, hier der sozialen Rentenversicherung, hat. Dieser argumentative Transfer der in ihrer Allgemeinheit richtigen These in den konkreten sozialen Zusammenhang wird aber durchweg nicht erbracht. Es ist zwar Aufgabe der Gesamtgesellschaft, die Familie als ihr Mitglied zu fördern; damit ist aber noch nicht zwingend gesagt, dass es Aufgabe der Gesamtgesellschaft ist, die Familie dort zu fördern, wo sie in spezifischen sozialen Zusammenhängen Funktionen übernimmt. Denn es gibt keine Institution, die ein Zuständigkeitsmonopol für den Familienlasten- und -leistungsausgleich hätte.¹³³ So hat die Gesamtgesellschaft selbstverständlich eine nur sehr subsidiäre Zuständigkeit für die Familie, soweit sich diese in den eigenen vier Wänden entfaltet, und es käme auch niemand auf die Idee, private Versicherungsunternehmen steuerlich zu subventionieren, die unter dem demografischen Problem leiden. Die

¹³² Vgl. dazu oben 1.

¹³³ *F.-X. Kaufmann*, Alterssicherung und Nachwuchssicherung, in: U. Becker/F.-X. Kaufmann/B. von Maydell/W. Schmähl/H. F. Zacher (Hrsg.), *Alterssicherung in Deutschland. Festschrift für Franz Ruland zum 65. Geburtstag*, 2007, S. 243 (262f.).

Nichtzuständigkeit der Gesamtgesellschaft für die Familie ist in diesen konkreten sozialen Zusammenhängen ebenso unbestritten wie ihre sonstige Zuständigkeit im Allgemeinen. Damit entpuppt sich die schneidige Ausgangsthese bei näherem Hinsehen als *petitio principii*: Sie unterstellt die Allgemeingültigkeit ihrer Aussage in allen sozialen Zusammenhängen und übernimmt diese daher unbesehen auch in den Bereich der sozialen Rentenversicherung. Aus diesem Grund verfängt auch der Hinweis, dass sich das Problem des Generationenvertrages etwa in der Beamtenversorgung in gleicher Weise stelle,¹³⁴ nicht. Denn so richtig es ist, dass vom örtlichen Fußballverein bis zur katholischen Kirche alle gesellschaftlichen Subsysteme und Institutionen auf nachwachsende Generationen angewiesen sind, so unzutreffend wäre es, aus diesem Umstand eine Zuständigkeit der Gesamtgesellschaft abzuleiten. Abgesehen davon fehlt in der Beamtenversorgung schon jeglicher Ansatzpunkt für das Thema, weil sie gar nicht durch Beiträge finanziert wird. Auch sind die Differenzen zwischen Frauen und Männern bei den Leistungen aufgrund eigener Ansprüche hier wesentlich geringer als in der Rentenversicherung.¹³⁵

Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch der Hinweis, ein externer Ausgleich über Steuern sei verteilungspolitisch gerechter,¹³⁶ ohne rechtliche Substanz und Relevanz ist.¹³⁷ Es ist nämlich durchaus diskussionsbedürftig, ob es wirklich gerechter ist, wenn mit der Gesamtheit der Steuerzahler auch die Eltern die Beseitigung des Gleichheitsverstoßes und die Wiederherstellung der Leistungsgerechtigkeit mit finanzieren und nicht allein diejenigen,

¹³⁴ So der Versuch von *F. Ruland*, Berücksichtigung der Kindererziehung bei der Höhe von Sozialversicherungsbeiträgen, *SDSRV* 57 (2008), 53 (67).

¹³⁵ Rentenversicherung: 1104 zu 503 €; Beamtenversorgung: 2101 zu 1834 €, vgl. Ergänzender Bericht der Bundesregierung zum Rentenversicherungsbericht 2005 (Alterssicherungsbericht 2005), *BT-Drucks.* 16/906, S. 178.

¹³⁶ So etwa *J. Ehler/A. Langelüddecke*, Systematisierung und Bewertung aktuell diskutierter Überlegungen für eine verstärkte Berücksichtigung von Kindern in der Alterssicherung, *DRV* 7-8/2006, 397 (402f.).

¹³⁷ Vgl. zum Folgenden *T. Kingreen*, Bestand und Reform des Familienleistungsausgleichs in der Sozialversicherung, *SDSRV* 57 (2008), 71 (90f.).

die von der bisherigen Scheinäquivalenz profitiert haben.¹³⁸ Im Übrigen stützt sich das Gerechtigkeitsargument auf das Steuerrecht in seiner jetzigen Ausgestaltung, begründet aber nicht, warum die Steuer als Abgabentypus besser für den Familienleistungsausgleich geeignet ist als der Sozialversicherungsbeitrag. Zudem ist hochgradig umstritten, ob die Ausgestaltung der direkten Steuern zu einer gerechten Lastenverteilung zwischen den leistungsfähigen und den weniger leistungsfähigen Teilen führt; die Kompliziertheit der Materie und Vollzugsdefizite sind eher geeignet, das ohnehin schwache Gerechtigkeitsargument zu erschüttern. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber in den letzten Jahren die direkten Steuern tendenziell gesenkt hat, während die indirekten Steuern zum Teil massiv angestiegen sind. Indirekte Steuern belasten aber nach zutreffender Ansicht des Bundesverfassungsgerichts Familien wesentlich stärker als Kinderlose:

„Während bei der Einkommensteuer als Personensteuer eine Berücksichtigung der Familienverhältnisse möglich und geboten ist, belässt die Umsatzsteuer als indirekte Steuer den Verbraucher als Steuerträger in der Anonymität des Marktes, nimmt also seinen Familienstand, seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht zur Kenntnis und kann dementsprechend nicht im Tatbestand nach Ehe und Familie differenziert werden [...]. Die indirekte Besteuerung belastet Familien, die wegen ihres höheren Bedarfs mehr indirekt besteuerte Güter und Leistungen erwerben müssen, mehr als Kinderlose.“¹³⁹

III. Ergebnis zu B.

Die §§ 157, 161 Abs. 1, 162 Nr. 1 SGB VI sowie § 1 der Verordnung zur Bestimmung der Beitragssätze in der gesetzlichen Rentenversicherung für das Jahr 2012 (Beitragssatzverordnung 2012 - BSV 2012) sind mit Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG nicht

¹³⁸ J. Kersten, Demographie als Verwaltungsaufgabe, Die Verwaltung 40 (2007), 309 (322ff.).

¹³⁹ BVerfG, DStRE 1999, 801 (802); vgl. ferner etwa G. Kirchhof, Der besondere Schutz der Familie in Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR 129 (2004), 542 (572ff.).

vereinbar, soweit Mitglieder der sozialen Rentenversicherung, die Kinder betreuen und erziehen, mit einem gleich hohen Rentenversicherungsbeitrag wie Mitglieder ohne Kinder belastet werden.

Damit steht fest, dass die Rüge der Kläger, das LSG habe mit seinem Urteil vom 24. 4. 2012 gegen ihre Rechte aus den Art. 3 Abs. 1 und 6 Abs. 1 GG verstoßen, hinsichtlich des rentenrechtlichen Teils der Entscheidung begründet ist.

C. Übertragbarkeit auf die gesetzliche Krankenversicherung

Auch für die gesetzliche Krankenversicherung gilt die Vorgabe im Pflegeversicherungsurteil, „dass die Bedeutung des vorliegenden Urteils auch für andere Zweige der Sozialversicherung zu prüfen sein wird.“¹⁴⁰

I. Maßstab: Voraussetzungen des Pflegeversicherungsurteils

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

1. Das versicherte Risiko und seine Finanzierung

a) Alter und Älterwerden

Da die Organisations- und Finanzierungsstrukturen der Pflegeversicherung denjenigen der Krankenversicherung weitgehend entsprechen, ist die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils grundsätzlich noch weniger problematisch als in der Rentenversicherung.¹⁴¹

¹⁴⁰ BVerfGE 103, 242 (270).

¹⁴¹ Für eine Übertragbarkeit des Urteils dementsprechend etwa *I. Ebsen*, Die gesetzliche Pflegeversicherung (SGB XI) auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts, Jura 2002, 401 (408); *M. Estelmann*, Das „Beitragskinderurteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001 – 1 BvR 1629/94, SGB 2002, 245 (252); *H. Rothgang*, Die Verfassungsgerichtsurteile zur Pflegeversicherung: Ausgangspunkt für eine Neuordnung der Sozialversicherung?, Sozialer Fortschritt 2001, S. 121 (123).

Diskussionsbedürftig ist im Wesentlichen, dass die Krankenversicherung anders als die Pflegeversicherung mit dem Versicherungsfall Krankheit (§ 27 Abs. 1 SGB V) ein soziales Risiko abdeckt, das nicht vorwiegend im Alter, sondern in allen Altersklassen auftritt.¹⁴² Zudem werden Kinder in der gesetzlichen Krankenversicherung dadurch begünstigt, dass sie in der Regel keine Zuzahlungen leisten müssen.¹⁴³

Es ist zwar umstritten, ob die steigende individuelle Lebenserwartung auch zu einem Anstieg der individuellen Gesundheitskosten führt.¹⁴⁴ Unbestritten ist aber, dass die Leistungsausgaben im Alter, und zwar etwa ab dem 50. Lebensjahr geradezu sprunghaft ansteigen. Schon die Leistungsausgaben der 50-59-Jährigen sind je Versicherten etwa doppelt so hoch wie bei den unter 50-Jährigen. Bei den 70-79-Jährigen sind sie nochmals fast doppelt so hoch wie bei den 50-59-Jährigen; bei den über 80-Jährigen ist nochmals ein Anstieg von ca. 30% im Verhältnis zu den 70-79-Jährigen zu konstatieren.¹⁴⁵ Deshalb ist das Alter der Versicherten nach § 266 Abs. 1 SGB V auch ein zentrales Kriterium für die Zuweisungen der Krankenkassen aus dem Gesundheitsfonds. Das soziale Risiko Krankheit tritt damit zwar nicht nur im Alter auf; die Zahlen zum Leistungsbedarf im Alter belegen aber eindrücklich, „dass der durch den Eintritt des Versicherungsfalls verursachte finanzielle

¹⁴² Insoweit zutreffend LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 24 sowie 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. 7.

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ Vgl. für Nachweise auf die Debatte Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Gutachten 2005, BT-Drucks. 15/5670, 100ff.

¹⁴⁵ Berechnungen aus dem Risikostrukturausgleich, vgl. BT-Drucks. 14/4863; ferner *F. Niehaus*, Ein Vergleich der von Familien geleisteten Beiträge und erhaltenen Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, Sozialer Fortschritt 2009, S. 282ff. (= Bl. 51ff. der GA LSG II); auf die mit Schriftsatz vom 5.3.2012 überreichten Materialien von Niehaus sowie von Herwig Birg – Bl. 248ff., 264f., 274ff. GA LSG II – wird ebenfalls Bezug genommen; siehe ferner zu Fußnote 29 in der Klageschrift (= Bl. 26 GA SG).

Bedarf überproportional häufig in der Großelterngeneration (60 Jahre und älter) auftritt“¹⁴⁶
und damit die erste Voraussetzung für die Übertragbarkeit des Pflegeversicherungsurteils
auf die Krankenversicherung erfüllt ist.

¹⁴⁶ BVerfGE 103, 242 (263).

b) Umlagefinanzierung

Nach § 220 Abs. 1 S. 1 SGB V werden die Mittel der Krankenversicherung durch Beiträge der Versicherten und sonstige Einnahmen aufgebracht. Es wird also aus den Beiträgen kein Kapitalstock gebildet; vielmehr sind die Beiträge so zu bemessen, dass der Finanzbedarf der Krankenkassen für die Aufbringung der Leistungsausgaben gedeckt wird. Damit beruht die gesetzliche Krankenversicherung ebenso wie die Pflegeversicherung auf dem Umlageverfahren.¹⁴⁷

Die Beiträge werden gemäß § 223 Abs. 2 S. 1 SGB V nach den beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder bemessen; bei den Rentnern sind das die Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 228 SGB V). Da die Renten aber regelmäßig deutlich unter dem zuvor erzielten Arbeitseinkommen liegen, leisten die Rentner insgesamt weniger Beiträge als die Erwerbstätigen, verursachen aber, wie bereits ausgeführt,¹⁴⁸ wesentlich höhere Leistungsausgaben. Das Defizit zwischen Beitragseinnahmen und Leistungsausgaben in der Krankenversicherung für Rentner hat sich zwischen 1991 und 2008 von umgerechnet 21,5 Milliarden auf 39,9 Milliarden € fast verdoppelt.¹⁴⁹ Da sämtliche Rentenzahlungen aus dem Sozialprodukt der Nachwuchsgeneration stammen, handelt es sich bei den Rentnerbeiträgen zur Gesetzlichen Krankenversicherung realökonomisch um Zahlungen der Nachwuchsgeneration.

Daran wird deutlich, dass die Krankenversicherung nicht anders als die Pflege- und die Rentenversicherung darauf angewiesen ist, „dass Kinder in genügend großer Zahl

¹⁴⁷ Vgl. etwa *H. Sodan*, Duales Krankenversicherungssystem, in: *H. Sodan* (Hrsg.), *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 2010, § 1 Rn. 20ff.

¹⁴⁸ S. vorstehend a).

¹⁴⁹ Kassenärztliche Bundesvereinigung, *Grunddaten zur vertragsärztlichen Versorgung 2009*, 71 = Daten des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, www.kbv.de/2422.html.

nachwachsen.“¹⁵⁰ Aktuelle Untersuchungen des Instituts für Mikrodaten-Analyse in Kiel gehen sogar davon aus, dass der demografische Wandel die größte Herausforderung für die Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung ist:

„Das Umlageverfahren in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) wird nach Auffassung des Instituts für Mikrodaten-Analyse (IfMDA) in den Jahren 2030 bis 2050 durch den demografischen Wandel infrage gestellt werden. Grund dafür sei, dass sich die geburtenstarken Jahrgänge in dieser Zeit im Rentenalter befänden und ihre Gesundheitskosten von der nachrückenden Generation nicht mehr bezahlt werden könnten, erklärte der Leiter des IfMDA, Thomas Drabinski, heute in Berlin bei der Präsentation seiner Studie „GKV 2060“. Hintergrund: Seit 2007 sei die Zahl der über 65-Jährigen höher als die Zahl der unter 20-Jährigen. Bis 2060 werde sich diese Differenz von heute zwei auf zwölf Millionen Personen erhöhen, so Drabinski. Im selben Zeitraum werde die Zahl der Erwerbstätigen um mehr als 17 Millionen sinken. „Die Bedeutung der Steuerzuschüsse für die gesetzliche Krankenversicherung wird bis 2060 kontinuierlich steigen“, prognostizierte der IfMDA-Leiter. Gehe man davon aus, dass die Ausgaben der GKV weiterhin so anstiegen, wie sie in den vergangenen 40 Jahren angestiegen seien, müsse im Jahr 2060 der Staat 144 Milliarden Euro an Steuermittel zuschießen, wenn der Beitragssatz unter 16 Prozent bleiben solle – die GKV wäre dann zu fast 50 Prozent aus Steuern finanziert. Gäbe es jedoch keine Steuerzuschüsse, würde der GKV-Beitragssatz bis 2060 bei einer optimistischen Schätzung auf 23 Prozent steigen, realistischer noch seien 32 Prozent, so Drabinski. Zusammen mit der Renten- und Pflegeversicherung könnten dann die Sozialversicherungsbeiträge 70 Prozent des Bruttolohns ausmachen. „Eine grundlegende Reform der GKV-Finanzierungsstruktur ist bis zum Jahr 2015 unabdingbar“, betonte Drabinski. Jede weitere Verzögerung werde dazu führen, dass sich der finanzierungsseitige GKV-Reformstau nur noch mit gravierenden Einschnitten in den Leistungskatalog auflösen ließe. Drabinski kritisierte, dass die

¹⁵⁰ BVerfGE 103, 242 (264).

Politik keine langfristige Strategie erarbeite, obwohl der demografische Wandel bereits in den 1970er Jahren so prognostiziert worden sei, wie er heute eingetreten ist. Ändern würde sich die Prognose nur, wenn zum Beispiel durch eine intensive Familien- oder Einwanderungspolitik die Geburtenrate stiege oder mehr qualifizierte Ausländer nach Deutschland kämen.“¹⁵¹

2. Mindestgeschlossenheit des Systems

Aufgrund der weitgehend identischen Versichertenstruktur weist die gesetzliche Krankenversicherung eine mit der Pflegeversicherung ohne Weiteres vergleichbare Mindestgeschlossenheit auf. Die in § 5 Abs. 1 SGB V genannten Personen sind kraft Gesetzes in der Gesetzlichen Krankenversicherung versichert, wenn nicht ausnahmsweise ein Befreiungsanspruch nach den §§ 6-8 SGB V besteht. Zählt man die beitragsfrei mitversicherten Familienangehörigen der Pflichtversicherten (§ 10 SGB V) hinzu, handelt es sich um etwa 67 Millionen Versicherte.¹⁵² Hinzu kommen etwa 4 Millionen Menschen, die sich nach § 9 SGB V freiwillig versichern. Somit versichert die gesetzliche Krankenversicherung in Deutschland fast 90% der in Deutschland lebenden Bevölkerung gegen die Risiken Krankheit und Arbeitsunfähigkeit, was ziemlich exakt der im Pflegeversicherungsurteil angegebenen und in der Pflegeversicherung für ausreichend gehaltenen Zahl entspricht.

¹⁵¹ Deutsches Ärzteblatt v. 7. 3. 2012, GKV-Umlageverfahren ab 2030 nicht mehr haltbar, <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/49416>.

¹⁵² Zahlen von 2007, vgl. Bundesministerium für Gesundheit. Daten des Gesundheitswesens 2011, Abschnitt 8 (S. 112ff.).

3. Absehbarkeit fehlender generativer Beiträge

Für die letzte Voraussetzung der Anwendbarkeit des Pflegeversicherungsurteils, die Absehbarkeit fehlender generativer Beiträge, gilt das für die Rentenversicherung Gesagte entsprechend: Das Problem ist seit langem bekannt!¹⁵³

II. Umsetzung: Systeminterner Vorteilsausgleich

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“.¹⁵⁴

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,¹⁵⁵ 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:

¹⁵³ Vgl. oben B. I. 3.

¹⁵⁴ LSG Baden-Württemberg, L 11 KR 3416/10 v. 24. 4. 2012, S. 15f.

¹⁵⁵ Vgl. etwa LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 24.

„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.“¹⁵⁶

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.¹⁵⁷ Denn dieser Unterschied ist lediglich Folge des unterschiedlich hohen absoluten Beitragsaufkommens, nicht aber 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,

¹⁵⁶ BVerfGE 103, 242 (269).

¹⁵⁷ 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.

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.¹⁵⁸ 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)“¹⁵⁹

als Kompensationen zwischen Eltern und Kinderlosen aus.

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

¹⁵⁸ 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.

¹⁵⁹ LSG Baden-Württemberg, L 11 KR 3416/10 v. 24. 4. 2012, Umdruck S. 16.

III. Ergebnis zu C.

Die §§ 223 Abs. 2, 226 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 sowie 241 SGB V sind mit Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG nicht vereinbar, soweit Mitglieder der sozialen Krankenversicherung, die Kinder betreuen und erziehen, mit einem gleich hohen Krankenversicherungsbeitrag wie Mitglieder ohne Kinder belastet werden.

D. Verfassungsmäßigkeit des Beitragsrechts in der sozialen Pflegeversicherung

Nach § 55 Abs. 3 S. 1 SGB XI erhöht sich der Beitragssatz in der sozialen Pflegeversicherung für Mitglieder nach Ablauf des Monats, in dem sie das 23. Lebensjahr vollendet haben, um einen Beitragszuschlag in Höhe von 0,25 Beitragssatzpunkten (Beitragszuschlag für Kinderlose).

Das LSG Baden-Württemberg hält diese Regelung für hinreichend. Insbesondere sei der Gesetzgeber nicht verpflichtet, bei der Beitragsbemessung die Zahl der Kinder zu berücksichtigen.¹⁶⁰ Das ist deshalb unzutreffend, weil ein beitragspflichtiges Mitglied mit, wie in den Ausgangsfällen, mit mehreren Kindern einen größeren generativen Beitrag erbringt als ein Mitglied mit nur einem Kind.¹⁶¹ Gerade auf die Zahl der generativen Beiträge stellt das Bundesverfassungsgericht aber in seinem Urteil ab. Die Formulierung, dass „Versicherten ohne Kinder im Versicherungsfall ein Vorteil aus der Erziehungsleistung anderer beitragspflichtiger Versicherter [erwächst], die wegen der Erziehung zu ihrem Nachteil auf Konsum und Vermögensbildung verzichten“¹⁶², unterstreicht, dass die ausgleichenden Nachteile der Eltern und korrespondierenden Vorteile Kinderloser durch den Konsumverzicht und die mindere Vermögensbildung von Eltern bemessen sind. Dass Konsumverzicht und Vermögensbildung aber nicht nur abhängig vom Einkommen, sondern insbesondere auch der Kinderzahl größer oder kleiner ausfallen, liegt auf der Hand. Wenn es im Pflegeversicherungsurteil heißt, der Gesetzgeber sei

¹⁶⁰ LSG Baden-Württemberg, L 4 KR 4537/10 v. 27. 1. 2012, Umdruck S. 20.

¹⁶¹ K. Bauer/O. Krämer, Das Gesetz zur Berücksichtigung der Kindererziehung im Beitragsrecht der sozialen Pflegeversicherung, NJW 2005, 180 (181f.).

¹⁶² BVerfGE 103, 242 (264).

„von Verfassungs wegen verpflichtet, eine Lösung zu wählen, die Unterhaltsverpflichtete bereits ab dem ersten Kind relativ entlastet. Denn bereits dessen Betreuung und Erziehung führt dazu, dass Ungleiches im Beitragsrecht der sozialen Pflegeversicherung verfassungswidrig gleichbehandelt wird“¹⁶³,

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

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

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

¹⁶³ BVerfGE 103, 242 (271).

des Verfassungsgerichts und der darin enthaltenen Begründung für eine Berücksichtigung der Kindererziehungsleistungen.“¹⁶⁴

§ 55 Abs. 3 SGB XI verstößt damit gegen Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG, soweit er lediglich einen Beitragszuschlag für Kinderlose anordnet, aber keine Differenzierung nach der Kinderzahl enthält.

¹⁶⁴ Schriftliche Stellungnahme vom 20. September 2004, Ausschussdrucksache (13)0671 vom 21.9.2004
Deutscher Bundestag- Ausschuss für Gesundheit und Soziale Sicherung.

E. Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG

Nach allem ist der Rechtsstreit nach Art. 100 Abs. 1 GG auszusetzen und dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorzulegen, ob die die Beitragspflicht und die Höhe der Beiträge zur Pflege-, Kranken- und Rentenversicherung regelnden Vorschriften (§§ 157, 161 Abs. 1, 162 Nr. 1 SGB VI, §§ 223 Abs. 2, 226 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 sowie 241 SGB V und §§ 54 Abs. 2 S. 1, 55 Abs. 1 und Abs. 3) unter Berücksichtigung der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Urteil vom 3. 4. 2001 – 1 BvR 1629/94 – mit den Grundrechten der Kläger aus den Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar sind. Wenn diese Bestimmungen nämlich verfassungswidrig sein sollten, muss das Bundessozialgericht anders entscheiden als wenn diese gültig wären, d. h. es kommt für die Entscheidung des Rechtsstreits auf den Bestand der Normen an.¹⁶⁵

Eine Vorbefassung des Bundesverfassungsgerichts liegt nicht vor. Zwar ist seinerzeit gegen die Entscheidung des Bundessozialgerichts¹⁶⁶ Verfassungsbeschwerde eingelegt worden. Diese ist aber bereits wegen Unzulässigkeit nicht zur Entscheidung angenommen worden, weil den Klägern zur Last gelegt wurde, sich nicht ausreichend mit dem Urteil des Bundessozialgerichtes auseinandergesetzt zu haben bzw. die Schriftsätze, in denen diese Auseinandersetzung vorweggenommen worden war, nicht präzise genug bezeichnet zu haben.¹⁶⁷ Es liegt also keine Entscheidung in der Sache vor, so dass nach wie vor verfassungsrechtlich ungeklärt ist, ob die genannten Bestimmungen des sozialversicherungsrechtlichen Beitragsrechts mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Im vorliegenden Verfahren hat sich die Revision nunmehr im Übrigen ausführlich mit den

¹⁶⁵ Vgl. zu dieser Voraussetzung für den Antrag nach Art. 100 Abs. 1 GG etwa BVerfGE 104, 74 (82).

¹⁶⁶ BSG, NZS 2007, 311.

¹⁶⁷ BVerfG, 1 BvR 2973/06 v. 5. 1. 2010, Rn. 3-5.

Entscheidungen des LSG Baden-Württemberg und des Bundessozialgerichts auseinandergesetzt.

Teil 3: Verstoß gegen die Amtsermittlungspflicht

Vorsorglich und hilfsweise für den Fall, dass der angerufene Senat der in Teil 2 dieser Revision entwickelten Beurteilung der Sach- und Rechtslage nicht und stattdessen der allein auf Art. 6 Abs. 1 GG gegründeten Sicht des LSG Baden-Württemberg folgen sollte, muss dem angefochtenen Urteil wegen der ansonsten drohenden Bindung gemäß § 163 SGG im Hinblick auf dessen Feststellungen entgegengetreten werden, der Gesetzgeber habe seiner Schutzpflicht gegenüber Eltern genügt.

Dies hat das Landessozialgericht nämlich in den tragenden Gründen des angefochtenen Urteils ausgeführt. Zugleich hat es dieser Feststellung aber hinzugefügt, dass

„die additive Höhe der hierdurch bewirkten Entlastung der Familien nicht konkret beziffert werden kann.“¹⁶⁸

Dabei hatten die Kläger unter ausführlicher Heranziehung der Verfassungsjudikatur mehrfach, namentlich im Schriftsatz vom 5. 3. 2012 (S. 35f. = Blatt 209f. GA LSG) darauf hingewiesen, dass –jedenfalls dann, wenn man sich der Frage vom (unzutreffenden) Blickwinkel des Familienlastenausgleichs gemäß Art. 6 Abs. 1 GG nähert – auf eine saldierende Betrachtung nicht verzichtet werden kann.¹⁶⁹ Sie hatten dazu zuletzt noch auf den diesbezüglichen Satz im Pflegeversicherungsurteil vom 3. 4. 2001 hingewiesen:

¹⁶⁸ LSG Baden-Württemberg, L 11 KR 3416/10 v. 24. 4. 2012, Umdruck S. 14.

¹⁶⁹ Soweit die Kläger im Berufungsvorbringen auf die saldierende Betrachtung komplexer Transferlagen durch das Bundesverfassungsgericht hingewiesen haben (vgl. z.B. Blatt 136f. GA LSG I), betraf dies das beliebige Changieren und Verschieben der Prüfmaßstäbe zwischen der Leistungs- oder Beitragsseite bzw. zwischen allgemeinem System und Teilsystemen in der Argumentation des Bundessozialgerichts; keineswegs war damit im Gegensatz zur Argumentation in Teil 2 der vorliegenden Revision eine generelle Austauschbarkeit des Prüfwinkels unter dem Gesichtspunkt der Saldierung gemeint.

„Ob die staatliche Familienförderung offensichtlich unangemessen ist und dem Förderungsgebot aus GG Art 6 Abs. 1 nicht mehr genügt, ist eine Frage der Gesamtabwägung.“

Eine Gesamtabwägung nimmt das LSG Baden-Württemberg aber gerade nicht vor. Dass zu einer solchen transferübergreifenden Ermittlung gerade aus der Sicht des auf den Blickwinkel des Familienlastenausgleich gemäß Art. 6 Abs. 1 GG fixierten LSG Baden-Württemberg jedoch zwingender Anlass bestand, folgt schon aus der eigenen Feststellung am Ende seines Urteils,

„dass Eltern im Vergleich zu Kinderlosen [...] bei einer nach dem Umlageverfahren organisierten Versicherung benachteiligt sind.“¹⁷⁰

Die Kläger hatten unter Vorlage von sachverständigen Stellungnahmen, Gutachten und Fachliteratur ausführlich die erhebliche Höhe der Familienbenachteiligungen sowie ebenso umfassend dargelegt, dass und weshalb diese im staatlichen Transferrecht auch nicht entfernt ausgeglichen werden und eine verfassungsrechtlich gebotene Familienförderung schon rein begrifflich die Einebnung der konstatierten Nachteile voraussetze. Sie hatten ferner – zuletzt im Schriftsatz vom 5. 3. 2012 – dargelegt, dass der Gesetzgeber dem Verfassungsauftrag aus dem Trümmerfrauenurteil des Bundesverfassungsgerichts v. 7. 7. 1992 zur schrittweisen Verbesserung der Situation der Familien im Transferrecht nicht nur nicht nachgekommen ist, sondern die Lage der Familien unterm Strich in vielen Einzelregelungen – darunter Maßnahmen von enormem Gewicht wie die Erhöhung der Familien überproportional belastenden Mehrwertsteuer seit 1992 um 5% – weiter verschlechtert hat (vgl. Bl. 187f. GA LSG II). Schon die Einrichtung der Pflegeversicherung unmittelbar nach dem Trümmerfrauenurteil war mit diesem Gestaltungsauftrag an den

¹⁷⁰ LSG Baden-Württemberg, L 11 KR 3416/10 v. 24. 4. 2012, Umdruck S. 17.

Gesetzgeber unvereinbar. Die Kläger hatten ferner den Beitrag „Familienlastenausgleich“ von *Anne Lenze* aus dem Sozialrechtslexikon zum Gegenstand ihres Vorbringens gemacht, in welchem die Fehlbuchungen beim Familienlastenausgleich, dessen instrumentelle, transfertechnische Perplexitäten und Ineffizienz detailliert begründet werden. Neben dem Gutachten von Reinhard Loos sowie den Stellungnahmen von *Herwig Birg* und *Herrmann Adrian* hatten die Kläger schließlich noch den Fachaufsatz des hierzu führenden Experten *Frank Niehaus* zum Gegenstand ihres Vortrags gemacht, der nachweist, dass Familien, entgegen der herrschenden öffentlichen Meinung, auch in der Gesetzlichen Krankenversicherung erheblich benachteiligt werden. Damit hätte sich dem LSG aber die Notwendigkeit eigener Ermittlungen zu den Realitäten des Familienlastenausgleichs förmlich aufdrängen müssen, zumal die Kläger diese in der mündlichen Verhandlung vom 24. 4. 2012 unter Bezugnahme auf die Anträge in ihrem Schriftsatz vom 5. 3. 2012 auch ausdrücklich beantragt hatten.

Angesichts der Tatsache, dass das Landessozialgericht selbst zugesteht, „nicht zur konkreten Bezifferung der additiven Höhe der durch die legislativen Maßnahmen bewirkten Entlastung der Familien“¹⁷¹ in der Lage zu sein, es sogar selbst eine Benachteiligung der Familien im Umlageverfahren erkennt, sind die Feststellungen des Landessozialgerichts bzw. ist der Verzicht auf weitere Sachaufklärung bei fehlender eigener Sachkunde schlicht willkürlich.¹⁷²

Die Begründung, warum es keiner weiteren Sachaufklärung mehr bedürfe, trägt deshalb nicht. Das LSG Baden-Württemberg hat dazu folgendes ausgeführt

„Wie bereits dargelegt, ergibt sich bereits aus den genannten, den Familienlastenausgleich konkretisierenden Regelungen, dass der Gesetzgeber

¹⁷¹ LSG Baden-Württemberg, L 11 KR 3416/10 v. 24. 4. 2012, Umdruck S. 14.

¹⁷² Vgl. dazu z. B. BSG, B 12 KR 2/07 B v. 28. 5. 2008.

seinen von Verfassungs wegen eröffneten Spielraum in verfassungsgemäßer Weise genutzt hat, sodass es keiner weiteren Beweiserhebung bedarf. Dies gilt auch für die von den Klägern angenommene Pflicht des Senats (vgl. Blatt 116 = 178 der LSG-Akte), die „Transfersalden“ durch Sachverständige zu ermitteln, nachdem der Gesetzgeber dies unterlassen habe. Denn nach Auffassung des erkennenden Senats wird der Familienlastenausgleich – wie ebenfalls bereits dargelegt – durch eine Vielzahl von Normen in den gesetzlichen Sozialversicherungssystemen und zusätzlich im Steuerrecht bewirkt, sodass es im Hinblick auf die vom Gesetzgeber variantenreiche Ausgestaltung des Familienlastenausgleichs, bei dem es sich um ein – wenn auch heterogenes – Gesamtkonstrukt handelt, nicht auf einzelne „Transfersalden“ ankommt. Schließlich war weder die Einholung weiterer Sachverständigengutachten noch die Ladung von Sachverständigen zur Erläuterung der von den Klägern vorgelegten Gutachten oder Stellungnahmen geboten. Nach Auffassung des Senats unterfällt es zunächst dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, wie er auf die sich abzeichnende Entwicklung der Gesamtbevölkerung reagiert.“¹⁷³

Erst recht ist die Willkür des Verstoßes gegen die Amtsermittlungspflicht vor dem Hintergrund der Tatsache evident, dass das Bundesverfassungsgericht in den Verfahren, die zu seinem Pflegeversicherungsurteil vom 3. 4. 2001 führten, selbst die Hilfe von Sachverständigen in Anspruch genommen und deutlich gemacht hatte, dass es gleichgelagerte Probleme in weiteren Systemen sah, die zu prüfen seien; hierauf hatten die Kläger ebenfalls hingewiesen.

Unter Zugrundelegung der Maßstäbe der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts¹⁷⁴ hat das Landessozialgericht im angefochtenen Urteil somit seine Pflicht zur Sachaufklärung verletzt. Dieser Verfahrensmangel ist auch wesentlich, denn bei ordnungsgemäßer

¹⁷³ LSG Baden-Württemberg, L 11 KR 3416/10 v. 24. 4. 2012, Umdruck S. 17.

¹⁷⁴ Vgl. z. B. BSG, B 11 AL 50/01 R v. 19. 12. 2011.

Befassung des Landessozialgerichts mit der Sache kann nicht zweifelhaft sein, dass die gebotene Beweisaufnahme den Vortrag der Kläger bestätigt hätte, dass Familien per Saldo in einer **mit dem staatlichen Schutzauftrag schlechterdings unvereinbaren Weise** gegenüber Kinderlosen benachteiligt sind. Kann aber von einer Erfüllung des Schutzauftrags gegenüber den Familien angesichts der Strukturfehler des Sozialversicherungs- und Steuerrechts und ihren materiellen Folgen für Familien keine Rede sein, entfallen die tragenden Erwägungen des Urteils. Es kommt dann nur eine Vorlage gemäß Art. 100 Abs. 1 GG in Betracht.

Im Ergebnis verletzt damit das Urteil des LSG Baden-Württemberg nicht nur materielles, **sondern auch formelles Recht**. Ein Verzicht auf weitere Sachaufklärung ist nur möglich, wenn man der in Teil 2 dieser Revision vertretenen Ansicht folgt. Denn die Erfüllung der vom Bundesverfassungsgericht für die Übertragung der Grundsätze des Pflegeversicherungsurteils auf die gesetzliche Renten- und Krankenversicherung entwickelten Kriterien bedarf keiner weiteren Beweiserhebung.

Dass dieser Weg allen anderen vorzuziehen und letztlich der einzig gangbare, weil grundrechtsschonendste ist, folgt nicht zuletzt aus der den Rechtsschutzgewährungsanspruch der Kläger verletzenden Verfahrensdauer. Seit Beginn dieses Verfahrens sind bereits 6 Jahre verstrichen und zwei von den drei Kindern der Kläger volljährig. Wirksam ist aber nur ein zeitgerechter Rechtsschutz; strittige Rechtsverhältnisse sind in angemessener Zeit zu klären.¹⁷⁵ Das folgt namentlich auch aus Art 6 Abs. 1 EMRK¹⁷⁶ sowie dem Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht davon ausging, dass die hier angestrebte Klärung seitens des Gesetzgebers bereits zum 1. 1. 2005 abgeschlossen sein sollte.¹⁷⁷

¹⁷⁵ BVerfG, 1 BvR 232/11 v. 27. 9. 2011 zur Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG im sozialgerichtlichen Verfahren.

¹⁷⁶ EGMR, 125/1996/744/943 v. 1. 7. 1997, NJW 1997, 2809.

¹⁷⁷ BVerfGE 103, 242 (270).

Prof. Dr. Thorsten Kingreen