

Rechtsanwalt Dr. Ernst Jürgen Borchert

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

Bundessozialgericht
Graf-Bernadotte-Platz 5
34119 Kassel

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

Schwerpunkte: Sozialrecht,
Sozialverfassungsrecht

in Bürogemeinschaft mit :

RA und Notar Christoph Stackmann
Fachanwalt für Arbeitsrecht und für Sozialrecht

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

Bitte stets angeben:

195/15JBsu [REDACTED] ./ DAK/ drei weitere Beteiligte

Berlin, 11.8.2015

In dem Rechtsstreit

K. & M. E. ./ DAK/drei weitere Beteiligte

B 12 KR 15/12 R

wird nach Einsicht in die Revisionsakte im Anschluss an die Revisionsbe-
gründung vom 8.10.2012/Prof. Dr. Kingreen zum Sach- und Streitstand noch
erwidernd und ergänzend vorgetragen

- zur Erwiderung der Beigeladenen zu 2.) vom 3. Dezember 2012 (nachfol-
gend I.),
- zur Stellungnahme der Beklagten und Beigeladenen zu 1.) vom 10.1.2013
(II.),
- ferner zu den einschlägigen Feststellungen des Bundessozialgerichts im
Urteil vom 16.12.2003 -B 1 KR 26/01 R (III.);
- anschließend wird sodann unter IV. dargelegt, dass und warum eine Zu-
rückverweisung an das Vorgericht entgegen dem Hilfsantrag vorliegend
ausscheidet: Es handelt sich bei den fraglichen Tatsachen nämlich um
keine Einzeltatsachen, deren Ermittlung Aufgabe der Tatsachengerichte

Manfred-von-Richthofen-Str. 4 • 12101 Berlin

GLS Bank BLZ 430 60 967

Konto 1151918200 IBAN DE92 430609671151918200

SWIFT/BIC: GENODEM1GLS

Steuernummer 21/236/00649

ist, sondern um „generelle Tatsachen“, für welche zuvörderst das Revisionsgericht zuständig ist;

- abschließend sind noch einige Bemerkungen zu den zuletzt im Schreiben von Professor Dr. Werding vom 16. Juni 2015 angesprochenen generellen Tatsachen zu machen (V.).

Im Ergebnis zeigt sich (VI.): Sämtliche der vom BVerfG im „Beitragskinderurteil“ vom 3.4.2001 (1 BvR 1629/94) als wesentlich identifizierten und zur Verfassungswidrigkeit der GPfIV führenden Elemente wirken in gleicher Weise und erst recht auch bei der GKV und GRV.

I.

1. Die Beigeladene zu 2. stützt sich letztlich allein auf das Urteil des erkennenden Senats vom 5.7.2006 (B 12 KR 20/04 R) und ihr damaliges Vorbringen, obwohl bereits die Revisionszulassung durch das LSG beweist, dass dieses Urteil nicht überzeugt.
2. Die Beigeladene vermeidet denn auch jegliche Auseinandersetzung mit der Revisionsbegründung, in welcher überzeugend nachgewiesen ist, dass das Urteil die anerkannten Regeln der Rechtsfindung mehrfach elementar verletzt. Dem ist nur wenig hinzufügen:
3. Lediglich der Vollständigkeit halber ist daran zu erinnern, dass schon im Berufungsschriftsatz vom 14. Dezember 2010 – S. 18 ff. (= Blatt 34 -45 Gerichtsakte L 11 KR 3416/10 I- klare Fehlleistungen des Gerichts im Urteil vom 5.7.2006 analysiert wurden sowie im weiteren Schriftsatz vom 5.3.2012 – Blatt 174 ff. der Akte L 11 KR 3416/10 II- dort unter VIII. (= Bl. 207 bis 221 der Gerichtsakte) nicht weniger als 12 Rechtsfindungsfehler bis hin zur Verletzung von Denkgesetzen nachgewiesen wurden - mit dem zusammenfassenden Ergebnis, dass das damalige Urteil nicht nur „wissenschaftlich unredlich“ (Lenze), sondern vor allem mit der einschlägigen Verfassungsjudikatur schlechterdings unvereinbar ist. Auf diese Ausführungen wird Bezug genommen.

4. Soweit die Beigeladene zu 2. unter III. 4. und 5. ihres Schriftsatzes (= 115 f. der Revisionsakte) Bezug auf ihren Revisionsvortrag in dem vorgenannten Revisionsverfahren des Jahres 2006 nimmt, könnten die Kläger ihrerseits es eigentlich bei dem Hinweis auf ihren bereits angesprochenen Schriftsatz vom 5. März 2012 –dort unter VII. auf S. 27 ff. des Schriftsatzes (= Bl. 201 ff. der Gerichtsakte L 11 KR 3416/10 II) und auf die vorliegende Revisionsbegründung belassen, in welcher diese Argumentation bereits restlos entkräftet wurde.

5. Es ist aber festzustellen, dass die Beigeladene es – erneut – versäumt, sich **mit den Forschungsergebnissen aus dem eigenen Hause auseinanderzusetzen und vor allem diese dem Gericht mitzuteilen**. Die Rede ist von der **Untersuchung „Berücksichtigung von Familienleistungen in der Alterssicherung. Analyse und Folgerungen aus ökonomischer Sicht“ der Autoren Winfried Schmähl/Heinz Rothgang/Holger Viebrok, veröffentlicht als Band 65 der Schriften der DRV Schriften im April 2006**. Der ausdrückliche Anlass dieser Untersuchung war das „Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3.4.2001“ und unter diesem Blickwinkel wurde die Frage der Berücksichtigung der Familienleistungen innerhalb der Gesetzlichen Rentenversicherung auch untersucht. Nach dem Bekunden ihres vormaligen Präsidenten Herbert Rische im Vorwort sollte das Gutachten **„zur Versachlichung der rentenpolitischen Diskussion“** beitragen und durch seine **„grundlegenden Einsichten in die externen Effekte der Kindererziehung für die Alterssicherung einen wichtigen Beitrag zur aktuellen familienpolitischen Diskussion in Deutschland“** leisten. Nachdem die Beigeladene diese eigene Studie jedoch weder in 2006 noch im vorliegenden Verfahren erwähnt hat, sehen sich nun die Kläger dazu gezwungen:
 - a) In der Studie wird zum Prüfauftrag des Bundesverfassungsgerichts im „Beitragskinderurteil“ vom 3.4.2001 an den Gesetzgeber, *„dessen Bedeutung auch für andere Zweige der Sozialversicherung zu prüfen, die ein Risiko abdecken, das vor allem die Altengeneration trifft und in seiner Finanzierung so gestaltet ist, dass es im Wesentlichen nur durch*

das Vorhandensein nachwachsender Generationen funktioniert“, kurz und bündig vermerkt (S. 2):

„Der Prototyp eines solchen Sicherungssystems, für das diese Beschreibung zutrifft, ist eine umlagefinanzierte Rentenversicherung.“

- b) Sodann wird festgestellt, dass „sich zwischen der ökonomischen Begrifflichkeit, insbesondere dem aus der normativen Wohlfahrtstheorie stammenden Konzept der **„externen Effekte“**, und der **Herangehensweise des Bundesverfassungsgerichts im „Beitragskinderurteil“ nicht zu übersehende Parallelen** finden“. Das ist sicher richtig, überrascht aber nicht, weil der Staatsrechtslehrer und Rechtsinformatiker Dieter Suhr diesen Ansatz bereits früh in der einschlägigen juristischen Fachliteratur verfolgt hat („Transferrechtliche Ausbeutung und verfassungsrechtlicher Schutz von Familien, Müttern und Kindern“, Der Staat, 29. Band (1990), S. 69 ff.(siehe dort Fn.33); zum Mechanismus der Privatisierung der Kinderlasten und Sozialisierung des Kindernutzens durch das Zusammenspiel von Unterhalts- und Steuer- bzw. Sozialrecht vgl. Borchert, Ernst Jürgen, Die Berücksichtigung familiärer Kindererziehung im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung, Duncker und Humblot, Sozialpolitische Schriften, Heft 42, Berlin 1980 (Dissertation), S. 38 ff.).
- c) Die sodann folgende Untersuchung der erziehungsbedingten Leistungen im SGB VI fördert zum einen zutage, dass kaum verbindliche Aussagen zur individuellen Höhe getroffen werden können, da sie je Kind bei variierenden individuellen Annahmen höchst unterschiedliche Werte annehmen können (was entsprechende Gleichheitsverstöße indiziert); dabei sei bei allen Bezifferungen allerdings zusätzlich zu berücksichtigen, dass sich das Brutto-Rentenniveau bis 2030 um etwa 18 Prozent verringere, was auch auf den Gegenwert der Entgeltpunkte durchschlage (Anmerkung d. Verf.: Was das gleichheitswidrige Ergebnis beinhaltet, dass die rentenrechtlichen Folgen vor allem der Geburtenarmut in gleicher Weise auf Eltern wie Kinderlose durchschlagen). Genannt werden schließlich Werte von ca. 26.000 bis 30.000 Euro

(S.49 ff.) Sie liegen demnach deutlich niedriger als die von der Beigeladenen in ihrer Revisionsbegründung genannten Werte „von bis zu 42 000 Euro“. Aber hierauf kommt es letztlich, wie die Autoren zu Recht betonen, gar nicht an:

- d) Es folgt nämlich im Anschluss hieran **die entscheidende Feststellung**: Es handele sich bei den erziehungsbedingten Leistungen der GRV allein um solche, welche „einen Familienlastenausgleich zum Ziel haben und damit verteilungspolitisch begründet sind“. **Das habe mit den „fiskalischen externen Effekten“, auf welche das Bundesverfassungsgericht im „Beitragskinderurteil“ abgestellt habe, aber nichts zu tun** (S. 52 ff.).
- e) Diese externen Effekte werden sodann weiter untersucht- mit folgendem Ergebnis (S. 63): **In umlagefinanzierten Alterssicherungssystemen könne an der Existenz und Relevanz derartiger externer Effekte im Hinblick auf Allokation und Gleichbehandlung kaum gezweifelt werden, „sie resultieren aus einem vorherigen staatlichen Eingriff. Die fehlende Kompensation für Erziehungsleistungen verursacht im Prinzip ein Auseinanderfallen der privaten und sozialen Kosten bzw. Erträge in der Alterssicherung.“**

Das entspricht voll und ganz dem Vorbringen der Kläger seit Beginn des vorliegenden Verfahrens.

Da es auf die in der Untersuchung von Schmähl et.al. sodann weiter untersuchte Frage, wie ein Ausgleich der externen Effekte am besten vorzunehmen wäre, für die von den Klägern begehrte Vorlage gemäß Artikel 100 GG nicht ankommt (wie zuletzt in der Revisionsbegründung im Einzelnen und überzeugend ausgeführt), muss zwingend also eine **Vorlage gemäß Art. 100 GG das Ergebnis des vorliegenden Verfahrens sein.**

Wenn die Beigeladene zu 2. unter Ziffer 5. Ihrer Revisionserwiderung vom 3. Dezember 2012 demgegenüber ausführt

„An einer überzeugenden Darlegung des für die begehrte Vorlage allein entscheidenden Punktes fehlt es jedoch. Denn aus dem Vortrag geht nicht hervor, warum trotz bestehender Alternativen, der Unterschiede zur gesetzlichen Pflegeversicherung und des dem Gesetzgeber zustehenden Gestaltungsspielraums die angestrebte Beitragsreduzierung die verfassungsrechtlich allein „richtige“ Lösung zum Nachteilsausgleich erziehender Versicherter sein soll“

so ist das abwegig und mit der maßgeblichen Verfassungsjudikatur unvereinbar; wie in der Revisionsbegründung erschöpfend dargelegt. Ergänzend sei hier zum wiederholten Male noch auf den Beschluss des BVerfG vom 29. Mai 1990 (1 BvL 20/84, 1 BvL 26/84, 1 BvL 4/86 – BVerfGE 82, 60-105, BStBI II 1990, 653) hingewiesen, in welchem es in Leitsatz 1. heißt:

„Eine für verfassungswidrig erachtete Rechtslage, die sich aus dem Zusammenwirken mehrerer Einzelregelungen ergibt, kann grundsätzlich anhand jeder der betroffenen Normen zur verfassungsgerichtlichen Prüfung gestellt werden.“

Dazu wird in den Orientierungssätzen bzw. den Gründen des Beschlusses sodann ausgeführt:

„Eine für verfassungswidrig erachtete Rechtslage, die sich aus dem Zusammenwirken mehrerer Einzelregelungen ergibt und bei der sich deshalb der etwa bestehende verfassungsrechtliche Mangel durch eine Nachbesserung bei der einen oder der anderen Einzelregelung beheben ließe, kann grundsätzlich anhand jeder der betroffenen Normen zur Prüfung gestellt werden. Bei einem solchen Normengeflecht werden in vielen Fällen ... nur einzelne der zusammenwirkenden Normen unmittelbar für die Entscheidung erheblich sein. Würde man in diesen Fällen die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Rechtslage, die durch die betroffene Norm mit herbeigeführt wird, mit der Erwägung unterlassen, daß die Einzelnorm Bestand haben könnte, wenn die gesetzliche Nachbesserung an anderer Stelle erfolgte, dann wäre die verfassungsgerichtliche Kontrolle in einem Maße eingeschränkt, die mit dem Grundgedanken des Art. 100 Abs. 1 GG nicht mehr vereinbar wäre; denn dieses Argument würde für jede der beteiligten Einzelnormen zutreffen. Die Möglichkeit, daß der Gesetzgeber den verfassungsrechtlichen Mangel auch in einer Weise beheben könnte, daß die beanstandete Norm im Endergebnis bestehen bleibt, hat lediglich zur Folge, daß das Bundesverfassungsgericht die Norm nicht für nichtig erklären, sondern nur ihre Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz feststellen kann.“

Der Verweis auf legislative Alternativen geht deshalb fehl. Die Frage, wie eine festgestellte Verfassungswidrigkeit zu beheben ist, ist logischerweise erst der zweite Schritt; für ihn ist der Gesetzgeber zuständig. Solange die gegenwärtige Rechtslage aber verfassungsrechtlich unbeanstandet bleibt, fehlt für ihn

die Veranlassung. Am Maßstab des Beitragskinderurteils gemessen resultiert die **Pflicht zur Vorlage allein aus der Feststellung der** (auszugleichenden) **„Vorteils-/Nachteils-Differenz“** im Sinne der positiven externen Effekte familiärer Kindererziehung zugunsten Kinderloser und Kinderarmer, welche bei den Eltern als negative interne Effekte zu Buche schlagen. Genau deren Vorliegen hat die eigene Forschung der Beigeladenen hier jedoch für die GRV ohne Wenn und Aber bestätigt und diese Verteilungseffekte verletzen das Grundrecht der Kläger und von vielen Millionen Eltern auf intragenerationelle Gleichbehandlung. Dass das Ergebnis wissenschaftlich längst unstrittiges Allgemeingut ist, kann im Übrigen in der umfassenden Studie Martin Werdings, Familien in der gesetzlichen Rentenversicherung. Das Umlageverfahren auf dem Prüfstand, Gütersloh 2014, S. 21 ff. nachgelesen werden.¹

Dieses Ergebnis der eigenen Forschungen der Beigeladenen zu 2. unterstreicht nicht nur die Haltlosigkeit ihrer hiesigen ebenso wie ihrer damaligen Argumentation zum Verfahren B 12 KR 20/04 R. Vielmehr drängen sich noch Fragen auf:

Warum hat die Beigeladene diese einschlägige Untersuchung aus ihrem Haus, veröffentlicht im April 2006, dem erkennenden Senat in der mündlichen Verhandlung am 5.7.2006 verschwiegen? Das möchten die Kläger vor dem Hintergrund der selbst im Zivilprozess geltenden Wahrheitsmaxime (§ 138 ZPO) von der Beigeladenen zu 2., einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, gerne wissen. Warum erfolgte auch bis heute im vorliegenden Verfahren kein Hinweis? Dass diese Ergebnisse ihre eigene Argumentation durchkreuzen und ad absurdum führen, ist jedenfalls kein rechtlich relevanter Grund.

Und auch der erkennende Senat muss sich fragen lassen, weshalb er diese Untersuchung, die spätestens ab Mai 2006 in Fachkreisen kursierte, ebenso unberücksichtigt gelassen hat wie die bereits erwähnten Aufsätze des Berichterstatters des Beitragskinderurteils - RBVerfG Udo Steiner (Generationenfolge und Grundgesetz, NZS 2004, 505 ff.) - und seines Vorberichterstatters RLSG (jetzt: RBSG) Martin Estelmann (Das „Beitragskinderurteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 3. 4. 2001 – 1 BvR 1629/94, SGB 2002, 245 ff.),

¹ welche dem Gericht nach Information des Unterzeichneten bereits vorgelegt wurde

deren entscheidungserhebliche Relevanz für das Verfahren B 12 KR 20/04 R jedenfalls offensichtlich war (wie zuletzt in der Revisionsbegründung vom 8.10.2012 ausgeführt).

II.

Wie die Beigeladene zu 2. geht auch die Beklagte/Beigeladene zu 1. in ihrem Schriftsatz vom 10.1.2013 mit keinem Wort auf die Revisionsbegründung ein, in welcher ihre Ansicht – beispielsweise zur Neuregelung des § 55 Abs. 3 und 4 SGB XI durch das Kinderberücksichtigungsgesetzes (KiBG) vom 15.12.2004 – detailliert und überzeugend widerlegt ist. Dass die Lösung des KiBG die im „Beitragskinderurteil“ aufgestellten verfassungsrechtlichen Maßstäbe für Beitragsgerechtigkeit in der GPfIV evident verfehlt, liegt schon bei einfachsten, ganz naheliegenden Überlegungen auf der Hand, dazu erübrigen sich weitere Ausführungen.

Angefangen bei der Klageschrift, ausführlich in der Berufung und zuletzt umfassend in der Revisionsbegründung wurde ferner begründet, dass die Kriterien des „Beitragskinderurteils“ in Anbetracht der schon in den vorinstanzlich vorgelegten und jeweils in Bezug genommenen Untersuchungen auch auf die GKV zutreffen. Die bereits mehrfach dargelegte Datenlage ist unbestritten, wird selbst von der Beklagten/Beigeladenen zu 1. ja nicht infrage gestellt. Sie lässt nur den Schluss zu, dass die GKV nicht anders als die GPfIV und die GRV die Eltern zur Produktion „positiver externer Effekte“ zugunsten kinderloser Versicherter zwingt. Die vom BVerfG für die GPfIV als ausgleichspflichtig erkannte Vorteils-/Nachteils-Wirkung zwischen Eltern und Kinderlosen ist ebenso bei der GKV zu konstatieren, wie zuletzt die umfassende Untersuchung von Frank Niehaus, Familienlastenausgleich in der Gesetzlichen Krankenversicherung, Gütersloh 2013 bestätigt hat.² Mithin verletzen auch die Normen der GKV das Grundrecht der Kläger auf intragenerationelle Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs 1 GG. Hierzu schweigt die Beigeladene zu 1. (wie schon in den Vorinstanzen).

Im Übrigen ist folgendes ergänzend vorzutragen:

² nach Information des Unterzeichneten dem Senat ebenfalls bereits vorgelegt

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

Grundsätzlich ist bei derartigen Vergleichen nämlich zu beanstanden, dass nicht von vornherein klargestellt wird, wer oder was miteinander verglichen wird. Sinnvollerweise kann ein solcher Vergleich doch nur anhand von zwei Personen A und B erfolgen, wobei A Kinder hat und B nicht. Zu vergleichen sind die Vorteile und Nachteile von A und B in der GKV, und zwar über den **gesamten Lebenslauf als Vergleichszeitraum**, also nicht zu einem willkürlich gewählten Zeitpunkt bzw. in einem willkürlich gewählten Alter. Wenn man das so macht, ist klar, dass A und B (bzw. die Eltern von A und B) in **gleichem** Maße von der beitragsfreien Mitversicherung ihrer Kinder profitieren, nicht etwa nur A, wie es hier stets insinuiert wird, denn **beide** waren einmal Kinder. Aus diesem Grund kann man die vermeintlichen Vorteile von A nicht gegen ihn geltend machen. Dieser methodische Punkt ist entscheidend, denn eine Ungenauigkeit in diesen einfachen, aber enorm wichtigen Methodenfragen führt zu irreparabel falschen Ergebnissen (Anm: die „Breitenwirkung“ der GKV ist –wie zuletzt in der Revisionsbegründung vom 8.10.2012 unterstrichen- sogar noch größer als die der GRV).

2. Der weitere Vortrag der Beklagten/Beigeladenen zu 1. beschränkt sich sodann auf eine fast wörtliche Wiedergabe von Auszügen des „Beitragskinderurteils“. Wieso es am Ende dann heißt (S. 2 = Blatt 122 unten der Revisionsakte),

„dass das BVerfG seine Ausführungen auf die SPV beschränkt wissen will, eine Übertragbarkeit auf die anderen, o.g. Versicherungssysteme ausscheidet“

ist für die Kläger nicht nachvollziehbar. Denn im „Beitragskinderurteil“ beweist allein schon der bereits angesprochene Prüfauftrag die gegenteilige Auffassung des BVerfG.

III.

Einer eigenen Abhandlung bedarf im Anschluss an das entsprechende Berufungsvorbringen der Kläger (unter Ziffer 9. –Blatt 196 ff. der Akte L 11 KR 3416/10 II) noch das einschlägige, weil ebenfalls zur Frage der Anwendbarkeit der Maßstäbe des Beitragskinderurteils auf die GKV ergangene Urteil des Bundessozialgerichts vom 16.12.2003 - B 1 KR 26/01 R wegen der darin enthaltenen, der Auffassung der Kläger diametral entgegen gesetzten Feststellungen. Denn die Wertung der Faktenlage dort ist evident ist unrichtig, die Argumentation dementsprechend fehlgehend:

Zu Ziffer 36 (juris) der Entscheidungsgründe ist nämlich folgendes zu lesen:

„Entgegen der Darstellung der Klägerin verhält es sich auch nicht so, dass Sozialleistungsberechtigte im Kindesalter Leistungen der KV - ähnlich wie dies in der Pflegeversicherung und anderen Versicherungszweigen der Fall ist - durchgängig weniger in Anspruch nähmen als Angehörige der älteren Generation und dass daraus folgend bei intergenerativer Betrachtung verallgemeinernd der höhere Anteil von Eltern an der Finanzierung des KV-Systems auch bei § 61 SGB V in stärkerem Maße berücksichtigt werden müsste. Das Risiko, Leistungen in Anspruch nehmen zu müssen, steigt in der KV nicht annähernd vergleichbar signifikant proportional mit der Zunahme des Lebensalters wie es etwa in der Rentenversicherung mit ihren auf unbestimmte Dauer angelegten Rentenleistungen und in der vom BVerfG (BVerfGE 103, 242, 263 f = SozR 3-3300 § 54 Nr 2 S 16) besonders unter diesem Blickwinkel betrachteten Pflegeversicherung mit ihren dauerhaft gewährten Geld- und Sachleistungen zur Abdeckung der Pflegebedürftigkeit der Fall ist. Das Risiko der Krankheit, dh eines regelwidrigen behandlungsbedürftigen Körper- oder Geisteszustandes, trifft vielmehr regelmäßig auch Versicherte jüngeren Alters. Die KV ist im Grundsatz traditionell anders und nicht wie die speziell für das Pflege-, Alters- und Invaliditätsrisiko geschaffenen Sozialversicherungszweige vorrangig auf den finanziellen und materiellen Ausgleich von Lasten durch Dauerleidenszustände angelegt, die mit höherem Lebensalter häufiger anzutreffen sind (vgl Schulin, Empfiehlt es sich, die Zuweisung von Risiken und Lasten im Sozialrecht neu zu ordnen?, Gutachten E zum 59. Deutschen Juristentag Hannover 1992, S 77). In diesem Sinne unterstreichen Untersuchungen zur Ausgabenverteilung in der KV den Befund, dass überdurchschnittlich hohe Leistungsausgaben nicht nur bei älteren Menschen zu verzeichnen sind, sondern zB auch in der Gruppe der (kleinen) Kinder. Die Leistungsausgaben (in DM je

Tag) sind bei Kindern in den ersten Lebensjahren etwa ebenso hoch wie bei 60- bis 65-jährigen Versicherten. Selbst die täglichen standardisierten Leistungsausgaben für Versicherte jenseits des 80. Lebensjahres sind nur in etwa doppelt so hoch wie bei Kindern im ersten Lebensjahr und nur ca drei- bis fünf Mal so hoch wie bei Versicherten in der typischen Erwerbsphase (vgl Klaus-Dirk Henke, "Zukunft wagen! Gesundheitswirtschaft 2010", Vortrag gehalten beim Health Update-Kongress am 27./28. März 2003 in Nürnberg, im Internet abrufbar unter: "www.healthupdate.de/downloadhauptkongress_030326/henke.pdf", recherchiert am 1. Dezember 2003, dort Übersicht Seite 8). Dieses Ergebnis deckt sich mit Erkenntnissen, die beim kassenartenübergreifenden Risikostrukturausgleich (§ 266 SGB V) von Bedeutung sind. In dessen Rahmen legt das Bundesversicherungsamt ua Verhältniswerte fest, die die altersbedingten Unterschiede bei den standardisierten Leistungsausgaben der KV für die Versichertengruppen in Abhängigkeit von ihrem Lebensalter abbilden (vgl § 313a Abs 1 Nr 5 und Nr 6 SGB V). Der Verhältniswert 1 (= arithmetisches Mittel) galt im streitigen Jahr 1997 zB im Rechtskreis West für männliche Versicherte mit Anspruch auf Krankengeld im Alter von 51 Jahren sowie für entsprechende weibliche Versicherte im Alter von 49 Jahren (vgl dazu BSGE 90, 231, 238 f = SozR 4-2500 § 266 Nr 1 RdNr 24 - "Risikostrukturausgleich-Urteil" unter Hinweis auf die Zahlen der 57. Bekanntmachung zum Risikostrukturausgleich, BArbBl 5/1999 S 72 f); in Relation dazu reichten die Werte für Kinder bis hin zum Verhältniswert 1,6607 (Jungen im 1. Lebensjahr) und betragen zB bei Versicherten im Rentenalter nur zwischen 1,896 (Männer, 65. Lebensjahr) und 3,0336 (Frauen, 87. Lebensjahr). Entscheidungserhebliche Änderungen sind seither nicht eingetreten (vgl 103. Bekanntmachung zum Risikostrukturausgleich, BArbBl 1/2003 S 49 ff).“

Diese Wertungen und die darauf fußende Argumentation sind nach Überzeugung der Kläger unhaltbar:

1. Zunächst gilt auch hier das zuvor unter II. 2. bereits Gesagte, dass nämlich methodisch von vornherein klargestellt sein muss, wer oder was genau verglichen wird, und wenn man schon empirische Fakten der Pro-Kopf-Ausgaben heranzieht, muss man sie richtig darstellen; dies geschieht in der Urteilsbegründung vom 16.12.2003 zu Rd. 36 aber gerade nicht, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.
2. So wird der Begriff "**kleine Kinder**" auf eine irreführende Weise verwendet, denn das zu Rd. 36 Gesagte bezieht sich auf **Säuglinge (= Kinder im ersten Lebensjahr)**, also nicht auf die Mehrheit der kleinen Kinder in den ersten fünf Lebensjahren. Denn nur bei Säuglingen sind die Pro-Kopf-Ausgaben für die Gesundheit etwa so hoch wie bei älteren Menschen (z. B. bei 70jährigen).

Das liegt an den enormen Aufwendungen zur Senkung der Säuglingssterblichkeit (die dadurch in Deutschland im internationalen Vergleich erfreulicherweise extrem niedrige Werte erreicht hat und dafür sorgt, dass entsprechend mehr Beitragszahler die GKV in Zukunft tragen). Aber schon vom 2. Lebensjahr an sinken die Pro-Kopf-Ausgaben für "kleine Kinder" drastisch, sie betragen vom zweiten bis zum 20. Lebensjahr nur ein Fünftel des Wertes der Säuglinge. Da jeder Mensch nur ein Jahr lang die relativ hohen Pro-Kopf-Ausgaben eines Säuglings, aber mehr als 20 Jahre lang die wesentlich niedrigeren Pro-Kopf-Ausgaben eines Kindes bzw. eines Jugendlichen verursacht, ist es unbedingt geboten, bei den Aufwendungen für die Gesundheit neben den Pro-Kopf-Ausgaben **auch die Zahl der Jahre** zu berücksichtigen, in denen die entsprechenden Pro-Kopf-Ausgaben aufgewendet werden müssen. Kostentreibend schlägt zu Buche, dass die **fernere Lebenserwartung** der beispielsweise 65jährigen und damit die Zahl der Jahre mit hohem Gesundheitsrisiko sehr hoch ist, sie beträgt bei Männern 17,5 und bei Frauen 20,7 Jahre: Wie wenig wiegt im Vergleich dazu das eine Jahr als Säugling! Die Frage, ob die insbesondere durch Prävention bedingten Kosten des ersten Lebensjahres solche Kosten sind, in welchen sich „*das Risiko der Krankheit, dh eines regelwidrigen behandlungsbedürftigen Körper- oder Geisteszustandes*“ manifestiert, kann deshalb dahingestellt bleiben.

3. *"Die Leistungsausgaben sind bei Kindern in den ersten Lebensjahren etwa ebenso hoch wie bei 60 bis 65jährigen Versicherten."* Diese Aussage in Rd. 36 des Urteils vom 16.12. 2003 wird durch die empirischen Fakten widerlegt: Ab Vollendung des ersten Lebensjahr betragen die Pro-Kopf-Ausgaben eines Kindes nämlich nur ein Drittel der Ausgaben eines 60 bis 65jährigen, wie nicht nur Frank Niehaus, der unbestritten führende Experte auf diesem Feld, klar dokumentiert hat (siehe beigefügte Tabellen), sondern sich genauso aus den Daten des Risikostrukturausgleichs ergibt.
4. Nach dem ersten Lebensjahr steigen die Pro-Kopf-Ausgaben bis zum 90. Lebensjahr immer weiter an und wenn man die mit höheren Alter häufiger auftretenden Leistungen für die Demenz-Kranken, die Pflegekosten sowie die sogenannten "Sterbekosten" mitberücksichtigt, was aus rechtstatsächlicher Sicht erforderlich ist (aber aus der Grafik von Prof. Werding- Blatt 172 der Revisionsakte nicht hervorgeht), ergibt sich ein Kostenanstieg über das Alter

90 hinaus bis zum Tod, der in diesem Bereich zwar durch Pflegeleistungen noch überlagert wird, aber gleichwohl die Kosten der unter 65jährigen bei weitem übersteigt.

5. Aus gegebenem Anlass sei hier zur Vorbeugung falscher Schlüsse deshalb auch noch angemerkt, dass die sogenannte „Kompressionsthese“ (=bei Längerlebenden verkürzten sich –mit entlastender Wirkung für die KV- die Gesundheitskosten vor dem Tod) mit den Ergebnissen wissenschaftlicher Untersuchungen eindeutig nicht vereinbar und letztlich unhaltbar ist (zu alledem Frank Niehaus, *Alter und steigende Lebenserwartung – eine Analyse der Auswirkungen auf die Gesundheitsausgaben*, Köln 2006, S. 143ff.; Herwig Birg, *Die alternde Republik und das Versagen der Politik*, Berlin 2015, S. 160 ff.).
6. Die Unhaltbarkeit der zu Rd. 36 dokumentierten Feststellungen und Überlegungen ergibt sich auch klar bei einem Vergleich der durchschnittlichen Pro – Kopf- Ausgaben der Altersgruppe der unter 20 –jährigen mit denen der über 70/80/90 –jährigen, die von etwa 1: 7 auf bis zu 1: 10 ansteigen (Birg, aaO, S. 160). Im **„Zahlenbericht der Privaten Krankenversicherung 2010/2011“** (unter diesem Titel im Internet) ist –beispielsweise- dokumentiert, dass die Ausgaben für den Krankenhausaufenthalt zwischen den Altersgruppen der 16-20 jährigen Männer (=84,71) und der 71-75 jährigen Männer (765,70) im **Verhältnis von rund 1: 9** und gegenüber den 86-90 jährigen (1.146,82) gar im **Verhältnis von etwa 1:14 stehen (S. 72 ff.)**. Dass dies bei den GKV-Versicherten grundsätzlich anders sein sollte, dürfte ausgeschlossen sein.
7. Geradezu perplex wird die Argumentation des 1 KR –Senats in Rd. 36 des Urteils vom 16.12.2003 nach Auffassung der Kläger auch noch dadurch, dass sie sich **ausgerechnet auf den "Risikostrukturausgleich" der Krankenkassen beruft**. Denn dieser beruht ja gerade darauf, dass Vor- und Nachteile von Krankenkassen aus der Alters- und Geschlechtsverteilung der Versicherten entstehen, **da jüngere Versicherte durchschnittlich deutlich geringere Gesundheitsausgaben verursachen als ältere** (vgl. BVerfGE 113, 167 (217f.); siehe auch Wikipedia, Stichwort „Risikostrukturausgleich“, Gliederungspunkt 3). Damit wird also das genaue Gegenteil der bezweckten Aussage belegt.

Fazit: An der Übertragbarkeit der Maßstäbe und Folgerungen des „Beitragskinderurteils“ auf die GKV kann nach allem angesichts der evidenten Faktenslage somit kein vernünftiger Zweifel bestehen: Die GKV ist umlagefinanziert. Der steigende Anteil der Kinderlosen ist- genauso wie für die GPfIV – seit langem absehbar und bekannt. Die GKV dient in vergleichbarer Weise wie die GPfIV ebenfalls der Deckung eines maßgeblich vom Älterwerden der Versicherten bestimmten Risikos. Insgesamt müssen, nicht anders als bei der GPfIV, auch weniger Beitragszahler die stark steigenden Gesundheitskosten der älteren Generation (Anm.: dieser Formulierung im Kinderbeitragsurteil wäre richtigerweise noch hinzuzufügen: „der zahlen- und anteilmäßig stark wachsenden älteren Generation“) finanzieren und die Kosten der Kindererziehung tragen. Ein gleicher Versicherungsbeitrag führt damit zu erkennbarem Ungleichgewicht zwischen dem Gesamtbeitrag der Eltern (Kindererziehung und Geldbeitrag) und dem Geldbeitrag der Kinderlosen.

Fazit: Auch die Regelungen der GKV verletzen mithin die Kläger in ihren Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 GG in gleicher Weise, wie das BVerfG dies im „Beitragskinderurteil“ vom 3.4.2001 für die GPfIV festgestellt hat.

IV.

Aus der Tatsache, dass aus drei Musterverfahren das einzige ausgewählt wurde, in welchem die Kläger sich zur Rüge der Verletzung der Amtsermittlungspflicht gezwungen sahen, ergibt sich für sie die Besorgnis, dass eine Zurückverweisung an das Vorgericht das zu befürchtende Ergebnis der Verhandlung vor dem Senat am 30. September 2015 sein könnte. Das würde zwar implizit eine Aufgabe der Rechtsprechung im Urteil vom 5.7.2006 voraussetzen (und wäre als solche zu begrüßen), liefe aber auf eine mehrjährige Verlängerung des ohnehin bereits über neun Jahre laufenden Rechtsstreits hinaus. Damit würde das vorliegende Verfahren eine Dauer erreichen, welche mit den Geboten effektiven Rechtsschutzes auch nicht entfernt vereinbar ist (vgl. BVerfGE 35, 382,401 f.; 49, 329,340 ff.; 84, 34, 49; 96, 27 39; 100, 313 , 364; 101, 397,407).

Gerade mit Blick auf das diesem Gebot -sogar unter Aufgabe einer Jahrzehnte alten gefestigten Verfahrensrechtsprechung zu § 75 Abs. 2 und 5 SGG- klar widersprechende einschlägige „Vor-Urteil“ vom 23.9.2003 (B 12 RA 3/02 R- dazu siehe die Anmerkung von Lindemann, SGB 2004, 249)³ zum Urteil vom 5.7.2006 sei deshalb für das vorliegende Verfahren mit Nachdruck daran erinnert, dass Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG es den Gerichten gebietet, das Verfahrensrecht so anzuwenden, dass den erkennbaren Interessen des Rechtsschutz suchenden Bürgers bestmöglich Rechnung getragen wird (z.B. BVerfG, stattgebender Kammerbeschluss vom 27. Februar 2002 – 2 BvR 553/01 (mwN)).

Eine Zurückverweisung würde mit diesem in ständiger Rechtsprechung der Verfassungsjudikatur bekräftigten Grundsätzen aber unmittelbar kollidieren. Denn tatsächlich sind die Einzeltatsachen („administrative facts“) in vorliegender Sache völlig unstrittig. Die Faktenlage betrifft ausschließlich „generelle Tatsachen“ („legislative facts“), deren Erfassung und Feststellung aber in die besondere Kompetenz des Revisionsgerichts fällt, wie Bruno Rauscher zu Recht festgestellt hat („Die Feststellung genereller Tatsachen durch das Bundessozialgericht, SGB 1986, S. 45 ff.).

Dass es sich bei der Frage, wie weit die **Verteilungsverhältnisse in der GRV und der GKV** denen vom BVerfG betreffend der GPfIV für relevant gehaltenen entsprechen, um „**generelle Tatsachen**“ handelt, liegt auf der Hand. Denn „**generelle Tatsachen**“ liegen „**typischerweise den Rechtsnormen zugrunde, die Staat und Gesellschaft betreffen**“ (Rauscher, ebda, S. 47). Genau um derartige allgemeine Fragen geht es aber im vorliegenden Verfahren. „*Bei bereits fragwürdiger rechtsdogmatischer Unterscheidbarkeit von Tat- und Rechtsfrage in der revisionsrichterlichen Rechtsanwendung (Subsumtion) ist das BSG jedenfalls nach dem besonderen Revisionszweck –Herstellung der Rechtseinheit- und nach seiner speziellen Leistungsfähigkeit berechtigt und verpflichtet, generelle Tatsachen (legislative facts) festzustellen*“, lautet denn auch die überzeugende Zusammenfassung Rauschers (aaO, S. 48;

³ [□] Wobei im ersten der 3 parallelen Verfahren der Erstantrag damals sogar bei der AOK als Einzugsstelle gestellt (und von dieser bescheidlos an die GRV „weitergereicht“ worden war!).

ebenso Meyer-Ladewig, SGG, Kommentar, 10. Auflage, § 163 Rd. 7). Das BSG hat im vorgenannten Urteil vom 16.12.2003 deshalb die „generellen Tatsachen“ grundsätzlich zu Recht festgestellt (weshalb die Kläger ihre im Berufungsverfahren geübte Kritik nur insoweit aufrechterhalten, als den Beteiligten jenes Verfahrens nicht zuvor Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde).

Weil sich die besondere Verantwortung des Revisionsgerichts zur Herstellung der Rechtseinheit insbesondere aus Rücksicht auf die Belastung der Tatsacheninstanzen durch eine große Zahl von Verfahren zu derartigen „generellen Tatsachen“ ergibt, sei darauf hingewiesen, dass die hier zu verhandelnden und zu entscheidenden Fragen mittlerweile Gegenstand einer großen Anzahl von Verfahren sind, welche betroffene Familien auf den Weg gebracht haben (www.elternklagen.de). Der vorliegenden Musterklage folgt seit einigen Monaten nämlich eine annähernd vierstellige und weiter anschwellende Anzahl von Eltern, welche den Rechtsweg mit dem gleichen Ziel wie die hiesigen Kläger beschritten haben.⁴ Ihre Geduld ist 23 Jahre nach dem unerfüllten Verfassungsauftrag aus dem „Trümmerfrauenurteil“ des BVerfG und bald 15 Jahre nach dem größtenteils immer noch unerfüllten Auftrag aus dem Beitragskinderurteil erschöpft.⁵

V.

Mit Blick auf die dem Senat obliegende Feststellung der vorliegend relevanten, inzwischen allgemein bekannten und unstreitigen Tatsachen weisen die Kläger ergänzend zu den bereits vorinstanzlich beigebrachten Belegen und dem in der Revision vorgelegten Schreiben von Prof. Werding vom 16. Juni 2015 (Blatt 166 ff. der Revisionsakte) noch auf folgendes hin:

⁴ Streitgegenstand sind dabei zusätzlich die zwischenzeitlichen eingetretenen weiteren Gleichheitsverstöße, wie sie nicht zuletzt die für Eltern und Kinderlose gleiche Abführung eines Drittels der Beitragserhöhung von 0.3 Prozentpunkten vom 1.1.2015 für den Pflegevorsorgefonds gem. §§ 131 ff. SGB XI beinhaltet.

⁵ Ausweislich der Stellungnahme des Senatsvorsitzenden zum Bericht im Magazin "Focus" 7/2015 S 22 "Sozialbeiträge - Familien sollen nicht doppelt zahlen" vom Februar 2015 ist dies dem Senat auch bereits bekannt.

1. Die im Schreiben von Prof. Dr. Werding genannten Daten zu Stand und Entwicklung der Kinderlosigkeit beinhalten wegen methodischer Limitierungen nur Mindestwerte (dazu siehe Herwig Birg, aaO, S. 45 zu Fn. 6 unter Bezugnahme auf das Statistische Bundesamt; aufschlussreich ist auch die Studie des Bundesfamilienministeriums „Kinderlose Frauen und Männer“ vom August 2014, siehe dort S. 21 ff.; ferner Olga Pötzsch, „Wie wirkt sich der Geburtenausfall auf die Kohortenfertilität in West und Ost aus?“, WiSta 2013, 87, 97 ff.). Insbesondere liegt der Kinderlosenanteil bei Männern deutlich höher als bei den maßstäblich erfassten Frauen.
2. Völlig zu Recht wird von Prof. Dr. Werding hinsichtlich der Diskussion der im Beitragskinderurteil in Bezug genommenen Expertise des Sachverständigen Professor Schmähl darauf aufmerksam gemacht, dass der kostenmindernde Einfluss familiärer Pflege deutlich höher zu veranschlagen sein dürfte, als von diesem angenommen. Deutlich gewichtiger, als von Prof. Schmähl veranschlagt, wird das Gewicht der Kostenminderung infolge der von Familien erbrachten Leistungen auch von dem im Revisionschriftsatz – in Fn. 109- benannten Prof. Martin Pfaff berechnet, der auf 1.8 Milliarden Euro kam.
3. Sollte der Senat im Hinblick auf die Größenordnung der Benachteiligung von Familien durch die drei intergenerationell verteilenden Sozialsysteme noch Informationsbedarf haben, bittet die Klägerseite um einen Hinweis, - desgleichen, falls womöglich Fragen rund um die sog. „Gesamtevaluation der familienpolitischen Leistungen“ als relevant erachtet werden (siehe dazu z.B. Borchert, J., Transferausbeutung oder Wundertüte: Welchen Beitrag leistet die Gesamtevaluation zur Familienpolitik? In: DPWV, Problemfall Familie - was kommt nach der Gesamtevaluation? Dokumentation der Fachtagung am 23. Oktober 2013, S. 20 ff.- http://www.der-paritaetische.de/uploads/txpdforder/dokumentation_problemmfall-familie_web.pdf).

VI.

Ergebnis: Gemessen an den Verhältnissen der Jahre 1994/2001, welche das BVerfG dem Beitragskinderurteil vom 3.4.2001 zugrunde legte, gelten dessen Feststellungen für den hier streitgegenständlichen Zeitraum

2005/2015 somit erst recht. Und sie gelten erst recht für die GKV und GRV.

Dr. Borchert, Rechtsanwalt

Beigefügt: Tabellen „Durchschnittliche Leistungsausgaben Frauen/Männer im Alter von 0 bis 90 Jahren (im Zeitraum 1998 -2012)“