

Rechtsanwalt Dr. Ernst Jürgen Borchert

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

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

An das
Bundesverfassungsgericht
Postfach 17 71
76006 Karlsruhe

Vorab per Fax: 0721 9101 382

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:
75/16JBec [REDACTED] / J. TKK

Berlin, 28.08.2020

In dem Rechtsstreit
Eheleute [REDACTED] TKK

hier: Vorlagebeschluss des SG Freiburg vom 23.1.2018 (S 6 KR 448/18)

-dortiges Az.: 1 BvL 3/18-

zeigt der Unterzeichner unter Bezugnahme auf die von den Klägern direkt an das Gericht übersandte Vollmacht vom 25.8.2020 (Fotokopie anbei) deren Vertretung an, nachdem anlässlich eines Aktenaufrufs¹ nicht festgestellt werden konnte, dass dies bereits geschehen ist. Wegen eines unmittelbar bevorstehenden längeren Urlaubs des Bevollmächtigten droht sonst unnötiger Verzug.

Der Unterzeichner sieht nämlich dringenden Bedarf für eine Auseinandersetzung mit Teilen des Vorlagebeschlusses, vor allem aber den Fragen, welche die Heranziehung der Kläger zur Finanzierung des Pflegevorsorgefonds aufwirft.

¹wegen der Ladung zur mündlichen Verhandlung betreffend die Restberufung beim LSG Stuttgart- L 5 KR 680/18

I.

Die Kläger stimmen den Ausführungen des SG weitgehend zu, insbesondere soweit dieses sich in den Rn 80 – 84 juris des Vorlagebeschlusses überzeugend mit der fehlgehenden Rechtsprechung des BSG im Beschluss vom 10.10.2017- B 12 KR 119/19 B –auseinandersetzt und konträr zur Auffassung des BSG² feststellt:

„Der Ausgleichsfonds und ihm folgend der Pflegevorsorgefonds wird damit im wirtschaftlichen Ergebnis rechtlich relevant zumindest auch aus Beiträgen der versicherungspflichtigen Beschäftigten gebildet“ (Rn 83 am Ende).

Die Kläger stimmen dem SG jedoch nicht zu, soweit dieses einen Verstoß des Gesetzgebers nur gegen das Recht der Eltern auf intragenerationelle Gleichbehandlung Art. 3 Abs 1 GG iVm Art. 6 Abs. 1 GG und diesen ausdrücklich nur bei kinderreichen Eltern erkennt. Die Kläger sehen vielmehr zugleich ihre allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, verletzt und weisen auf die Tatsache hin, dass Eltern auch dann einen generativen und konstitutiven Beitrag und damit „ungleich“ mehr als Kinderlose leisten, wenn sie nur ein Kind erziehen. Auch der auf dieses eine Kind entfallende Einkommensanteil der Eltern, der als Unterhalt im Zeitpunkt des Entstehens von der Rechtsordnung gem. §§ 1610 BGB nur ihm - für den Fall der Unterhaltspflichtverletzung sogar gem. § 170 StGB strafbewehrt- zugewiesen ist, wird zu Zwangsbeiträgen herangezogen. Nicht anders als die pekuniären Beiträge besteht auch dieser generative Beitrag der Erziehung nur eines Kindes, die vor allem Arbeit, Zeit und Geld umfasst (arg. ex § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB), im ökonomischen Kern aus Konsumverzicht und ist als solcher auch mit den Geldbeiträgen wesentlich identisch, nämlich „beitragsäquivalent“. Dabei ist mit Nachdruck zu unterstreichen, dass zukunftsbezogene intergenerationelle „Vorsorge“ in den Sozialsystemen allein durch Kindererziehung bewirkt wird. Dass Eltern unterschiedlicher Kinderzahl quantitativ unterschiedliche Leistungen erbringen, wie das SG Freiburg selbst feststellt,³ ist richtig, aber ändert nichts an der

² Welcher nach derzeitigem Kenntnisstand weiter alle Sozialgerichte ohne jegliche Auseinandersetzung mit der Argumentation des SG Freiburg im Vorlagebeschluss folgen

³ In Rn 62 des Vorlagebeschlusses: „Je mehr Kinder Versicherte erziehen, desto größer ist dabei ihr Beitrag zur Funktionsfähigkeit der Pflegeversicherung. Während Versicherte, die nur ein Kind erziehen, noch nicht die Beitragslast in der Zukunft stabil halten können, weil ein Kind schon für seine Eltern in Zukunft doppelte Beiträge leisten muss, sichern Versicherte mit vier und mehr Kindern die Beiträge in der Zukunft für sich und weitere Versicherte.“

Qualität der „Beitragsäquivalenz“ der Kindererziehung an sich. Dies hat das BVerfG im Urteil vom 3.4.2001- 1 BvR 1629/94 - zutreffend ebenfalls so festgestellt.⁴ Die Vorlagefrage des SG Freiburg steht auch insofern nicht im Einklang mit dem „Beitragskinderurteil“, als die Achse des Vergleichs zum einen zwischen Eltern und Kinderlosen, zum anderen dort ohne Differenzierung nach Kinderzahl verortet wird, was das SG in Rn 63 des Beschlusses selbst bemerkt.⁵

Für verfehlt halten die Kläger weiter die Ausführungen des SG zu den Fragen der Typisierung, hinsichtlich derer sie auf die anderslautenden Beurteilungen in den in Bezug genommenen Verfassungsbeschwerden zu 1 BvR 2257/16 vom 24.3.2016⁶ und 1 BvR 3135/15 vom 14.12.2015 verweisen,⁷ in welchen nachgewiesen wird, dass keinesfalls von einer zulässigen, die legislative Lösung im Kinderberücksichtigungsgesetz rechtfertigenden Typisierung ausgegangen werden kann, welche das SG nur für kinderreiche Familien verletzt sieht.⁸

II.

Abgesehen davon, dass die geltenden Beitragsregelungen des SGB XI also nicht nur bei kinderreichen Eltern deren Grundrecht auf intragenerationelle Gleichbehandlung verletzen, sondern dieser Verstoß bereits ab dem ersten Kind festzustellen ist, halten die Kläger die weiteren Ausführungen des SG hinsichtlich des Pflegevorsorgefonds für defizitär, weil insoweit die Prüfung der Frage unvollendet blieb, ob dessen Finanzierung aus Beitragsmitteln der Versicherten generell und Eltern speziell mit der allgemeinen Handlungsfreiheit der Betroffenen, Art. 2 Abs. 1 GG, vereinbar ist, welche vom SG in den Rn.56, 68 und 94 seines Beschlusses vom 23.1.2018 angedeutet wird.

⁴ Der Gesetzgeber „ist aber von Verfassungs wegen verpflichtet, eine Lösung zu wählen, die Unterhaltsverpflichtete bereits ab dem ersten Kind relativ entlastet (BVerfG, Urteil vom 03.04.2001 – 1 BvR 1629/94 –, BVerfGE 103, 242-271, Rn. 72 f.).

⁵ „Das BVerfG hat dem Gesetzgeber deshalb im Urteil vom 03.04.2001 (1 BvR 1629/94 –, BVerfGE 103, 242-271, Rn. 70 ff) den Auftrag erteilt, die Beitragsvorschriften des SGB XI so zu gestalten, dass ein zwischen Eltern und kinderlosen Personen vorzunehmender Ausgleich dergestalt erfolgt, dass die Elterngeneration während der Zeit der Erziehung und Betreuung der Kinder entlastet wird.“

⁶ Dort auf S. 66 ff.

⁷ Dort auf S. 50 ff., jeweils auch unter www.elternklagen.de Beitragsgerechtigkeit-Klagen vor Gericht –in chronologischer Abfolge veröffentlicht

⁸ Rn 68: „Die Grenzen zulässiger Typisierung sind deshalb zur Überzeugung der Kammer dann erreicht, wenn sich die Beitragsvorschriften im Ergebnis in besonderer Weise zu Lasten kinderreicher Familien auswirken.“

Dass die Finanzierung des Pflegevorsorgefonds nach den Vorschriften des Fünfzehnten Kapitels des SGB XI (§§ 131 ff. SGB XI) aus den gemäß §§ 54 Abs. 2 S. 1, 55 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1, 57 Abs. 1 Satz 1 SGB XI erhobenen Zwangsbeiträgen der Kläger als Eltern dreier Kinder deren Grundrecht auf intragenerationelle Gleichbehandlung, Art. 3 Abs. 1 iVm Art 6 Abs 1 GG, verletzt, wurde bereits im Klageverfahren begründet. Darüber hinaus sehen die Kläger jedoch noch ihr Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit als verletzt an und beantragen festzustellen

„Die Finanzierung des Pflegevorsorgefonds nach den Vorschriften des Fünfzehnten Kapitels des SGB XI (§§ 131 ff. SGB XI) aus den gemäß §§ 54 Abs. 2 S. 1, 55 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1, 57 Abs. 1 Satz 1 SGB XI erhobenen Zwangsbeiträgen der Versicherten ist mit Artikel 2 Absatz 1 GG unvereinbar.“

Dies wird wie folgt begründet:

1. Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG betroffen

Der Pflegevorsorgefonds wurde gemäß § 131 SGB XI eingerichtet, um nach § 132 SGB XI der langfristigen Stabilisierung der Beitragsentwicklung in der sozialen Pflegeversicherung zu dienen. Die Mittel des Vorsorgefonds speisen sich aus 0,1 % der beitragspflichtigen Einnahmen des Vorjahres, unter Zugrundelegung des erhöhten Beitragssatzes nach § 55 Abs. 1 SGB XI, § 135 SGB XI. Im Jahr 2018 lag der Betrag bei etwa 1,31 Milliarden Euro (vgl. BT-Drucks. 18/1798, S. 19). Die Mittel werden monatlich zu Lasten des Ausgleichsfonds nach §§ 65 ff. SGB XI an den Pflegevorsorgefonds überwiesen. Die Mittel des Ausgleichsfonds bestehen aus den Beiträgen aus den Rentenzahlungen nach § 60 Abs. 1 Satz 2 SGB XI i.V.m. § 255 SGB V, den von den Pflegekassen nach § 64 Abs. 4 Satz 2 SGB XI überwiesenen Überschüssen und Rücklagen und den vom Gesundheitsfonds nach §§ 60 SGB XI, 252 ff. SGB V überwiesenen Beiträgen der Versicherten (§ 60 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. §§ 252 Abs. 2 Satz 1, 251 Abs. 3, 4 und 4a SGB V), den vom Ausgleichsfonds erwirtschafteten Kapitalerträgen § 64 Abs. 2 SGB XI, sowie weiteren Zahlungen (§§ 60 Abs. 7, 114a Abs. 5 Satz 2 SGB XI; dazu siehe Altmiks in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XI, § 135 Rz 7; Rolfs in: Hauck/Noftz, SGB, 12/15, § 135 SGB XI, Rn. 9).

Die Finanzierung des Pflegevorsorgefonds erfolgt damit zumindest mittelbar verfassungsrechtlich relevant durch die Beitragserhöhungen ab 1.1.2015 auch zu Lasten der Kläger.

Soweit das Bundessozialgericht im Beschluss vom 10.10.2017 (B 12 KR 119/16 B, juris Rn. 22) in dem Fall einer im Jahr 1962 geborenen Klägerin mit zwei in den Jahren 2001 und 2003 geborenen Kindern (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 15.11.2016 - L 11 KR 2770/16 als Vorinstanz (und beim BVerfG unter **1 BvR 1428/18 anhängig**) eine verfassungsrechtliche Relevanz des Pflegevorsorgefonds vor dem Hintergrund der Art. 3 Abs. 1 und 6 Abs. 1 GG mit dem Argument verneint hat, die Überweisungen an den Pflegevorsorgefonds erfolgten aus dem Ausgleichsfonds nach § 65 SGB XI und hätten keinen Zusammenhang mit den Beiträgen der Klägerin, hat das SG Freiburg im Vorlagebeschluss vom 23 Januar 2018, S 6 KR 448/18 (1 BvL 3/18) –, Rn. 82 – 84 juris , dankenswerterweise überzeugend nachgewiesen, dass diese Argumentation abwegig ist.

Diese Ausführungen machen sich die Kläger zu eigen, **denn der Pflegevorsorgefonds ist keine Kuh, die im Himmel gefüttert und auf Erden gemolken wird**, wie das BSG zu meinen scheint. **Es steht somit fest, dass die Kläger zu Zwangsbeiträgen auch für den Pflegevorsorgefonds herangezogen werden**; dass gegen belastende Staatseingriffe ein lückenloser Rechtsschutz garantiert ist (Art. 19 IV GG), der nach der Deutung des BSG nicht gewährleistet wäre, braucht nicht eigens betont zu werden.

2. **Verfassungsrechtliche Rechtfertigung nicht zu erkennen**

Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit ist nur in den Schranken des zweiten Halbsatzes des Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet. Darunter sind alle Rechtsnormen zu verstehen, die sich formell und materiell mit dem Grundgesetz im Einklang befinden und insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen (BVerfG, Urteil vom 03. April 2001 – 1 BvR 2014/95 –, BVerfGE 103, 197-225, Rn. 64-std. Rspr). Für den Pflegevorsorgefonds ist die Erfüllung dieser Voraussetzungen jedoch nicht zu erkennen:

a) **Fehlende Gesetzgebungskompetenz**

Dem Unterzeichner ist es trotz intensiver Suche nicht gelungen herauszufinden, aufgrund welcher reklamierten Zuständigkeit des Gesetzgebers die Einrichtung des Pflegevorsorgefonds erfolgte.

Am ehesten ist wohl davon auszugehen, dass die Bundeskompetenz für Sozialversicherung gem. Art. 74 Nr. 12 GG in Anspruch genommen wurde. Dessen Voraussetzungen liegen indes ebenfalls nicht vor. Soweit die Verfassungsjudikatur von einem weit gefassten

verfassungsrechtlichen Begriff der Sozialversicherung ausgeht (vgl. BVerfGE 75, 108 <146 f.> m.w.N.; st. Rspr.), betraf dies v.a. die Einbeziehung neuer Sozialleistungen (einschließlich deren Finanzierung) in das sozialversicherungsrechtliche Gesamtsystem, wenn diese in ihren wesentlichen Strukturelementen, insbesondere in der organisatorischen Durchführung und hinsichtlich der abzudeckenden Risiken, dem Bild entsprechen, das durch die klassische Sozialversicherung geprägt ist. Entscheidend ist danach ein Verständnis der Sozialversicherung im Sinne der "gemeinsamen Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit" (BVerfGE 75, 108 <146>). Neben diesem Merkmal ist auch die Art und Weise kennzeichnend, wie die Aufgabe organisatorisch bewältigt wird. Träger der Sozialversicherung sind selbständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre Mittel durch Beiträge der Betroffenen aufbringen (so (BVerfG, Urteil vom 07. Juli 1992 – 1 BvL 51/86 –, BVerfGE 87, 1-48, Rn. 116).

Keiner dieser Fälle ist vorliegend jedoch gegeben, denn weder geht es um die Einführung neuer Leistungen einschließlich deren Finanzierung, noch entspricht der Pflegevorsorgefonds irgendeinem anderen in der Verfassungsjudikatur vorfindlichen Kriterium für die Qualifizierung eines Gesetzgebungsnovums als der „Sozialversicherung“ zugehörig. Er überantwortet vielmehr die Solidarität und Verantwortung der Generationen füreinander in der sozialen Großfamilie des „Dreigenerationenvertrags“ den Finanzmärkten und damit der Spekulation.

(1) Kein Umlageverfahren

Erstens ist das Bild der „klassischen Sozialversicherung“ durch das Umlageverfahren geprägt, welches auch für die soziale Pflegeversicherung grundsätzlich gilt: Die Ausgaben der Pflegeversicherung werden durch die Beiträge der Mitglieder und Arbeitgeber finanziert (§ 1 Abs. 6 Satz 1 SGB XI). Die nach Maßgabe der §§ 54 ff. SGB XI erhobenen Beiträge werden unmittelbar zur Finanzierung der Leistungsausgaben herangezogen. Eine Bildung von Rücklagen ist nur zur Sicherstellung der Leistungsfähigkeit der einzelnen Pflegekasse zulässig (§ 64 SGB XI). Der in § 65 SGB XI vorgesehene Ausgleichsfonds beinhaltet (lediglich) eine kassenübergreifende Schwankungsreserve der sozialen Pflegeversicherung. Ausgleichsfonds wie Gesundheitsfonds dienen nur der laufenden Zahlungsabwicklung: Der Ausgleichsfonds der Pflegeversicherung dient in erster Linie dem monatlichen

und jährlichen Finanzausgleich zwischen den Pflegekassen (vgl. §§ 66 ff. SGB X) und durch Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds gemäß § 271 SGB V erhalten die Krankenkassen die von ihnen benötigten Mittel (vgl. §§ 266 ff. SGB V). Mit dem durch § 131 SGB XI errichteten Pflegevorsorgefonds werden demgegenüber **Elemente des Kapitaldeckungsprinzips** in die soziale Pflegeversicherung eingeführt. Im Pflegevorsorgefonds werden für einen Zeitraum von 20 Jahren Beitragsmittel angespart und die angesparten Mittel angelegt. Der damit geschaffene **Kapitalstock** soll dann in der Entnahmephase ab dem Jahr 2035 zur **Beitragssatzstabilisierung** in der sozialen Pflegeversicherung dienen. Ein individualisiertes Deckungskapital für die einzelnen Versicherten wird bei diesem Verfahren allerdings nicht gebildet.

Gleichwohl sieht Rolfs (in: Hauck/Noftz, SGB-Kommentar, SGB 11, § 131) die Kompetenzgrundlage des Bundes für eine kapitalgedeckte Finanzierung der Sozialversicherung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, weil bei Schaffung des Grundgesetzes beide Finanzierungsformen bekannt gewesen seien. Zutreffend stellt er zunächst fest, dass die Kompetenz, Regelungen im Bereich der Sozialversicherung zu erlassen, als Annex die Kompetenz über die Regelung der Finanzierung dieser Systeme mit umfasst. Einzig fraglich sei, ob neben dem Umlageverfahren auch andere Finanzierungsformen implementiert werden können. Sein Ergebnis folgert Rolfs schließlich aus dem „hilfreichen Vergleich“ mit dem Anwartschaftsdeckungsverfahren der gesetzlichen Rentenversicherung (Rolfs in: Hauck/Noftz, SGB, 12/15, § 131 SGB XI).

Dass diese Überlegungen der Stichhaltigkeit entbehren, ist indes schon seinen Ausführungen selbst zu entnehmen: Denn das Bismarck'sche Kapitaldeckungsverfahren der GRV war nach dem WK II zusammengebrochen und die ordnungspolitischen Rahmenbedingungen stellten sich in der Nachkriegszeit vollständig verändert dar. Hinzu kommt der Umstand, dass die Zuordnung der Ansprüche aus der Kapitaldeckung nach dem überkommenen Bismarck-System individualisiert erfolgte und die Rententräger selbst die Verwalter des Kapitalstocks waren. Beide Charakteristika fehlen beim Pflegevorsorgefonds wie überhaupt sämtliche Merkmale für einen zulässigen Vergleich mit der Kapitaldeckung des Bismarck-Systems, da dieses auf der Basissicherung durch die Familie aufbauten und die Leistungen

(der GRV) lediglich „Taschengeldfunktion“ hatten.⁹ Tatsächlich wurde die Anwartschaftsdeckung zwecks Ankurbelung der Konjunktur in den Jahren 1966 ff. auch vom einfachen Gesetzgeber sang- und klanglos abgeschafft.¹⁰

b) Organisatorische Durchführung jenseits aller bekannten Formen

Mit dem 15. Kapitel des SGB XI wurde inhaltlich und organisatorisch vielmehr ein Novum geschaffen, für das es in der Geschichte der Sozialversicherung kein Beispiel gibt. Beispielsweise werden die Mittel des Ausgleichsfonds und des Gesundheitsfonds vom **Bundesversicherungsamt** verwaltet und sind nach den in der Sozialversicherung geltenden Grundsätzen hinsichtlich der Verfügbarkeit und Sicherheit anzulegen (vgl. § 65 Abs. 3 SGB XI bzw. § 271 Abs. 5 SGB V jeweils i.V.m. §§ 80 ff. SGB IV). Demgegenüber ist die Verwaltung des Pflegevorsorgefonds gem. § 134 Abs. 1 Satz 1 SGB XI der **Deutschen Bundesbank** übertragen und verweist § 134 Abs. 2 Satz 1 SGB XI auf die Anlagerichtlinien des Vorsorgefonds des Bundes. Die dem Sondervermögen zufließenden Mittel sowie die Erträge sind nach § 134 Abs. 2 Satz 1 SGB XI in sinngemäßer Anwendung der Anlagerichtlinien Sondervermögen zu marktüblichen Bedingungen mit Blick auf den Anlagehorizont bis zum 31.12.2033 und den Auflösungshorizont ab 1.1.2035 anzulegen.

Darüber hinaus weicht die Regelung in § 134 Abs. 1 Satz 1 SGB XI auch von ihrem Vorbild in § 5 Abs. 1 Sätze 1 und 2 VersRückIG ab, wo **nur die Mittelverwaltung der Deutschen Bundesbank** übertragen wird, während für die **Verwaltung des Sondervermögens das Bundesministerium des Innern** zuständig ist. Die abweichende Ausgestaltung macht deutlich, dass es sich bei dem **Pflegevorsorgefonds nicht um ein Sondervermögen des Bundes, sondern der sozialen Pflegeversicherung in ihrer Gesamtheit und nicht etwa bezogen auf die einzelnen Pflegekassen** handelt, was ebenfalls vollständig von den für die GKV geltenden Normen abweicht. Die ab dem 01.01.2017 geltende Fassung des Dritten Pflegestärkungsgesetzes (PSG III) verweist nun auf die „Anlagerichtlinien für die Sondervermögen „Versorgungsrücklage des Bundes“, „Versorgungsfonds des Bundes“, „Versorgungsfonds der Bundesagentur für Arbeit“ und „Vorsorgefonds der sozialen Pflegeversicherung“ (**Anlagerichtlinien Sondervermögen**), die,

⁹ Von Maydell, Bernd Baron, Der Wandel des Sozialversicherungssystems im allgemeinen Rechtssystem in den letzten 100 Jahren, SGB 1981, 412 ff.; Borchert, Renten vor dem Absturz, Ffm 1993, 20 ff.

¹⁰ was in der Politik seinerzeit mit dem Bonmot quittiert wurde: „Eher schafft sich ein Mops einen Wurstvorrat an als ein Parlament einen Geldvorrat“ (F.J. Strauß)

soweit ersichtlich, aber **nicht veröffentlicht sind**. Das für die Pflegeversicherung zuständige **Bundesministerium für Gesundheit** ist nach § 134 Abs. 2 Satz 3 SGB X dabei aber **lediglich im Anlageausschuss** nach § 5 der Anlagerichtlinien Sondervermögen **vertreten** (zu Vorstehendem siehe Altmiks in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XI, 2. Aufl., § 134 SGB XI (Stand: 29.04.2019), Rn. 6 ff.; ders., ebenda, § 131 Rn. 18)¹¹. Aus alledem folgt deshalb, dass mit dem Pflegevorsorgefonds nicht nur die bisher geltenden Inhalts- und Strukturvorgaben für Sozialversicherungsfonds verlassen wurden, sondern es für die Beitragszahler **an jeglicher Transparenz (und allein deshalb auch an Rechtsschutzmöglichkeiten) fehlt**. Um Licht in das Dunkel des Pflegevorsorgefonds zu bringen, wird deshalb die Klärung entsprechend den im Freiburger Vorlagebeschluss zitierten Fragen aus dem Klageverfahren angeregt.

c) Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Dass bei der Erhebung von Zwangsbeiträgen eine besonders strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung anzulegen ist, ist unbestritten (vgl. z.B. BSG, Urteil vom 20.7.2017 – B 12 KR 12/15 R-Rn. 41-43, juris - mwN). Es wird zu zeigen sein, dass der Pflegevorsorgefonds diesen Maßstäben nicht genügt.

(1) Zur Frage der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers

Dass der Gesetzgeber insbesondere auf den Gebieten Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung einen **Einschätzungs - und Prognosevorrang** genießt, der eine weite Gestaltungsfreiheit zur Folge hat, und er hierbei seine sozialpolitischen Vorstellungen innerhalb seines Beurteilungsspielraumes frei ausüben darf, ist ebenfalls unbestritten. Deshalb ist das verfolgte Ziel einer generationengerechten Verteilung der zukünftigen Lasten grundsätzlich jedenfalls dann anzuerkennen, solange die angewendeten Mittel dafür geeignet sind. Sind die Erwägungen des Gesetzgebers aber offensichtlich falsch und entbehren jeder vernünftigen Grundlage, kann der Gesetzgeber diese Freiheit nicht für sich in Anspruch nehmen (BVerfG v. 6. 10. 1987 - 1 BvR 1086/82 u. a., BVerfGE 77, 84 [106]; Osterloh/Nußberger in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rz 96).

¹¹ Im Rahmen der von ihm vertretenen „Elternklagen“ hat der Unterzeichner nichts unversucht gelassen, um den Fragen, die der Pflegevorsorgefonds hinsichtlich seiner Anlagestrategien, -modalitäten, und -ergebnisse aufwirft, auf den Grund zu gehen, ist aber stets daran gescheitert, dass die früher für die Prozessvertretung zuständige Bundesbank sich kategorisch der Offenlegung der gewünschten Informationen verweigerte und die Instanzgerichte dem BSG und dessen problemverleugnender Sichtweise im o.g. Beschluss vom 10.10.2017 folgten.

(2) Annahmen des Gesetzgebers evident falsch

Genau dies ist beim Pflegevorsorgefonds aber der Fall: Der Gesetzgeber ist nämlich davon ausgegangen, dass es bei der Pflege wegen der „Baby-Boomer“-Generation einen „Belastungsberg“ geben werde, nach dessen Überschreitung die Pflegelasten und die zu ihrer Bestreitung nötigen Mittel wieder sinken, weshalb es möglich sei, die Belastungsspitze durch die 20-jährige Anspar- und 20-jährige Entsparphase zu „untertunneln“. Diese Annahme ist indes fundamental falsch. Denn die demographischen Daten determinieren eine Entwicklung, welche c.p. eine Schrumpfung der Beitragszahlergeneration parallel zum Anstieg der Pflegelasten aufweist und mit versicherungsmathematischer Prognosegenauigkeit auf ein dauerhaftes Pflegelastplateau hinausläuft. Hierauf wurde in Anhörungen während des Gesetzgebungsverfahrens u.a. vom Sachverständigen Prof. Dr. Heinz Rothgang/Uni Bremen mit Nachdruck hingewiesen. Die gleiche Aussage enthält auch die Stellungnahme des Sachverständigen Prof. Dr. Herwig Birg vom April 2020 zur Verfassungsbeschwerde 1 BvR 2257/16 im Auftrag des Verbands der Kinderreichen. Dass die demographischen Tatsachen der Schlussfolgerung des Gesetzgebers diametral entgegenstehen, ist wissenschaftlich genauso unbestritten wie die Tatsache, dass die legislative Therapie nicht leidensgerecht ist und die den Beitragszahlern auferlegten Lasten sinnlos sind.

(3) Börsenspekulation als Pflege-Vorsorge?

Dass die Beitragspflicht für den Pflegevorsorgefonds die gebotene strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht besteht, folgt des Weiteren aus der Tatsache, dass bei der Anlage der Mittel des Pflegevorsorgefonds ausdrücklich deren Anlage in Aktien erlaubt ist (§ 134 Abs. 2 Satz 2 SGB XI)- jedoch mit der Modifikation, dass *„der in Aktien oder Aktienfonds angelegte Anteil des Sondervermögens ab dem Jahr 2035 über einen Zeitraum von höchstens zehn Jahren abzubauen ist“*. Damit wird dem spekulativen Charakter der Anlage in Aktien und den Mechanismen der Finanzmärkte Rechnung getragen, welche den Preisverfall der Deckungskapitalien im Fall von deren geballter Auflösung erzwingen. Während bei den übrigen Sondervermögen der Sozialversicherung die Anlagegrundsätze „Sicherheit, Liquidität und Rendite“ Anlagen in Immobilien und Aktienanteil bisher weitgehend ausschlossen (vgl. BSG, Urteil vom 3. März 2009- B 1 A 1/08

R), werden Beitragszahler nunmehr einem Zwangsroulette im Finanzmarktkasino unterworfen und mutiert staatliche Vorsorge mit dem Pflegevorsorgefonds zur Börsenspekulation. Mit „Sozialversicherung“, die von Verfassung wegen dem „Solidaritätsprinzip“ verpflichtet ist¹² und der gemeinsamen Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit zu dienen hat, hat das nichts mehr zu tun: Denn über den Mittelbedarf und seine Deckung entscheiden so nicht länger die Kollektive der Sozialversicherten und der Gesetzgeber in einem transparenten Verfahren, sondern in letzter Konsequenz die Unwägbarkeiten der Finanzmärkte.¹³ Solidarität ist aber ihrem innersten Wesen nach „**Verantwortung**“, die Subjekten zuzuordnen sein muss, welche diese auch **wahrnehmen** können müssen¹⁴, was eine **entsprechende Klarheit und Transparenz der Lasten- und Leistungsverhältnisse voraussetzt, an welchen es den Finanzmärkten aber in jeder Hinsicht mangelt**.

(4) Entlastung bei künftigen Beiträgen durch höhere Steuern verhältnismäßig?

Zuletzt ist schließlich noch in Rechnung zu stellen, dass den Zwangsabgaben bis zum Jahresende 2033 ein Versprechen gegenübergestellt wird, für dessen Einlösung (falls es überhaupt jemals dazu kommen sollte) die Zwangsverpflichteten in ihrer Eigenschaft als Steuerzahler dermaleinst unweigerlich zu größten Anteilen selbst geradestehen müssen: Denn wenn auch die Details der Anlagemodalitäten verschwiegen werden, ist gleichwohl davon auszugehen, dass die Anlagen vor allem in handelbaren Euro-Schuldverschreibungen der öffentlichen Hände (und somit in einer Ausweitung der Staatsschulden¹⁵) bestehen.¹⁶ Selbst wenn man die wachsenden Unsicherheiten der öffentlichen Finanzen im Euroraum ausklammert, führt kein Weg an der schlichten Tatsache vorbei, dass die Mittel des Pflegevorsorgefonds in die Kreditaufnahme des Staates fließen und die Rückzahlung dieser Schuldtitel zum Fälligkeitszeitpunkt von den Steuerzahlern erbracht werden muss. Diese sind aber nahezu deckungsgleich mit dem Kollektiv der Sozialversicherten, welche heute und in Zukunft die Zwangssparbeiträge

¹² Die Sozialversicherung „beruht wesentlich auf dem Gedanken der Solidarität ihrer Mitglieder“, BVerfG 76, 256, 301; E 17 1,9; 70, 101, 111; 79, 223, 236 f.; der Sache nach auf die Solidarität rekurrierend E 39, 316, 330

¹³ von den zunehmenden Währungsrisiken des Euroraums einmal ganz abgesehen

¹⁴ Grundlegend Nell-Breuning, Oswald von, Baugesetze der Gesellschaft, Freiburg 1980; ders./Borchert, E.J., „Die Alterssicherung hängt in der Luft“, ZSR 1986, 205 (210)

¹⁵ Mit dieser Problematik befasst sich der VerfGH Rheinland-Pfalz, v. 22.2.2017- VGH N 2/15, der den Beamtenpensionsfonds des Landes für verfassungswidrig befand

¹⁶ Zu 80 und mehr Prozent, siehe den Überblick bei Borrmann, Gero-Falk, Sozialversicherungsbeiträge in Wertpapiere-eine Option in der Niedrigzinsphase? WzS 2017, S. 78 ff.

leisten. Das zeigt der vorliegende Fall besonders deutlich, in welchem beide Eltern den Pflegevorsorgefonds c.p. sowohl als Beitragszahler während der Ansparphase wie als Steuerzahler über den Auflösungszeitraum begleiten (wie auch das SG anmerkt).

Wenn aber die Sozialversicherten demaleinst auch als Steuerzahler für die Rückzahlung der mit ihren Beitragsmitteln erworbenen Staatsanleihen geradestehen und so **womöglich doppelt zahlen müssen, wird die Frage der Verhältnismäßigkeit und zugleich die Frage der Belastungsgleichheit zwischen Sozialversicherten und Sozialversicherungsfreien erst recht scharf gestellt.** Denn wenn die Mittel des Pflegevorsorgefonds in Staatsanleihen -mithin in Staatsschulden- angelegt werden, droht nicht nur die Gefahr, dass Beitragsmittel unter Umgehung von Art. 115 GG zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben verwendet werden. Vielmehr droht dann noch die Gefahr der Verletzung des Sozialstaats- wie des Leistungsfähigkeitsprinzips und damit auch der Grundrechte der Kläger aus Art. 20 I, 28 und Art. 3 iVm Art 20 I GG: Denn Staatsverschuldung beinhaltet unter den derzeit gegebenen Bedingungen¹⁷ implizit eine Steuererschonung ausgerechnet der leistungsfähigsten Bürger, welche grundsätzlich vorrangig zur Verantwortung für das Gemeinwesen heranzuziehen sind.¹⁸ Stattdessen werden womöglich über die Fondskonstruktion ausgerechnet die weniger leistungsfähigen Arbeitnehmer für die Tilgung der Kredite in Anspruch genommen, die sie selbst über den Fonds und damit ihre Beiträge finanziert an den Staat ausgegeben haben.

3. Ergebnis: Die Beitragsbelastung zum Pflegevorsorgefonds verstößt gegen die allgemeine Handlungsfreiheit der Kläger, Art. 2 Abs. 1 GG.

III. Grundsätzlich: Kindererziehung auch im Rahmen kapitalgedeckter Systeme „konstitutiv“

Aus gegebenem Anlass nehmen die Kläger noch zu verbreiteten Missverständnissen Stellung, welche die Bedeutung der Kindererziehung für kapitalgedeckte Systeme in Abrede stellen. Dabei wird stets verkannt, dass das entscheidende Problem der kapitalge-

¹⁷ Vom Unterzeichner zuletzt auf den Seiten 1 ff. seiner Stellungnahme vom 12.6.2020 zur VB 1 BvR 2257/16 dargestellt

¹⁸ Ausführlich zur Schieflage der Staatsfinanzierung Borchert, Sozialstaatsdämmerung, München 2014, S. 118 ff (137 ff.)

deckten Zukunftsvorsorge im „Entsparen“ liegt. Während das Ansparen – also die Verwandlung von Konsummitteln in Wirtschaftsgüter- dem Einzelnen ohne weiteres möglich ist, benötigt man zum Entsparen - d.h. der Rückverwandlung der Investitionen in Konsumeinkommen -notwendig die Hilfe anderer!

Hierauf hat Gerhard Mackenroth in seinem epochemachenden Vortrag vom 19.4.1952¹⁹ aufmerksam gemacht und dieses Problem ausführlich erklärt.

Weil das Unverständnis des Prinzips der Kapitaldeckung und seiner Einordnung im Generationenzusammenhang in aller Regel darauf beruht, dass der Inhalt der grundlegenden „Mackenroth-These“ nicht bekannt ist, wird diese hier in ihrem originalen Wortlaut und Zusammenhang zitiert (Hervorhebungen vom Unterzeichner):

„Es ist heute unmöglich geworden, die veränderten Größenordnungen gestatten nicht mehr, die volkswirtschaftliche Problematik zu ignorieren. Diese entsteht daraus, daß über die Sozialpolitik Einkommen geschaffen werden, die nicht Leistungseinkommen sind, also Einkommensbeziehern zufließen, die nichts zur Erzeugung des Sozialprodukts beitragen, aber über diese abgeleiteten Einkommen an seinem Verkehr beteiligt werden.

Nun gilt der einfache und klare Satz, daß aller Sozialaufwand immer aus dem Volkseinkommen der laufenden Periode gedeckt werden muß. Es gibt gar keine andere Quelle und hat nie eine andere Quelle gegeben, aus der Sozialaufwand fließen könnte, es gibt keine Ansammlung von Fonds, keine Übertragung von Einkommensteilen von Periode zu Periode, kein „Sparen“ im privatwirtschaftlichen Sinne —, es gibt einfach gar nichts anderes als das laufende Volkseinkommen als Quelle für den Sozialaufwand. Das ist auch nicht eine besondere Tücke oder Ungunst unserer Zeit, die von der Hand in den Mund lebt, sondern das ist immer so gewesen und kann nie anders sein. Ich darf dabei wohl absehen von den Fällen einer vorindustriellen Naturalwirtschaft, wo man Sozialpolitik treibt durch Anlage von Getreidemagazinen u. a. Von dieser rein sachlichen volkswirtschaftlichen Grundtatsache aus muß der Umkreis dessen abgegrenzt werden, was wir als Sozialaufwand zusammenfassen und in unser Sozialbudget aufnehmen, innerhalb dieses Umkreises werden aber auch alle juristischen und historischen Unterscheidungen hinfällig, also die Unterscheidung von Sozialversicherung, Sozialversorgung und Sozialfürsorge, es ist alles Sozialaufwand.

Die schärfste Gegnerschaft wird dieser These aus den Reihen der Sozialversicherung erwachsen. Ich weiß das und will die Einwände gleich vorwegnehmen, indem ich noch einmal mit Nachdruck die These herausstelle: Es gibt volkswirtschaftlich gesehen keine Möglichkeit einer Versicherung gegen irgendwelche sozialen Risiken, nicht einmal gegen die mit Sicherheit eintretenden Ereignisse wie Alter und Invalidität, ganz abgesehen von einem so allgemein in seiner Versicherungsfähigkeit angezweifelten Risiko wie der Arbeitslosigkeit. Irgendeine volkswirtschaftliche Parallele zum Vorgang der privatwirtschaftlichen Versicherung gibt es nicht. Die volkswirtschaftliche Problematik läßt sich

¹⁹ auf dem insbesondere das 1957 mit der Rentenreform umgesetzte Konzept der Dynamischen Rente Wilfrid Schreibers beruht

nicht dadurch lösen oder beiseiteschieben, daß man nach den Grundsätzen eines ordentlichen Kaufmanns private Risiken versichert.

Volkswirtschaftlich gibt es nämlich keine Ansammlung eines Konsumfonds, der bei Bedarf konsumiert werden kann und dann gewissermaßen zum Volkseinkommen einer späteren Periode eine willkommene Zugabe wäre. Jede Fondsansammlung wird in der Geldwirtschaft zu volkswirtschaftlicher Kapitalbildung, einmal gebildetes Kapital kann aber nicht wieder in Sozialaufwand, d.h. in Konsumgüter umgesetzt werden. Fabriken, Anlagen, Maschinen kann man nicht mehr verzehren.

Wenn eine private Versicherungsgesellschaft in der Auswahl ihrer Risiken besonders unvorsichtig war und in Schwierigkeiten kommt, so kann sie ihre Aktiva natürlich liquidieren, indem sie sie verkauft und den Erlös an die Versicherten ausschüttet, vorausgesetzt, daß sie andere Geldgeber findet, die sie ihr abkaufen. Insoweit kann sie ihre Hypotheken, Obligationen und Pfandbriefe in laufenden Konsum umsetzen. Wenn aber alle Versicherungsgesellschaften oder die Sozialversicherungsträger im großen Stile das gleiche tun wollten, so würden nur die Pfandbriefe und Obligationen usw. gewaltig im Kurse sinken. Vielleicht könnte dadurch das neue Sparkapital in diese Anlagen gezogen werden, es würde aber damit nur der Anlage in neuem Realkapital entzogen werden, die Investitionsrate würde sinken, Produktionsrückgang und Arbeitslosigkeit wären die Folge. Der im privatwirtschaftlichen Denken befangene Fachmann der Sozialversicherung irrt, wenn er glaubt: soweit ich mein Deckungskapital angreife, nehme ich niemandem etwas weg. Er irrt, weil er die volkswirtschaftlichen Wirkungen übersieht. Das Versicherungsprinzip ist geeignet, den einzelnen zu, sichern gegen die Abweichung seines Falles von der sozialen Norm, es kann aber nicht die Volkswirtschaft sichern gegen eine Änderung der sozialen Norm, gegen eine soziale Katastrophe.

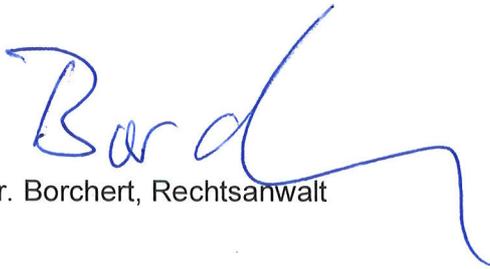
Kapitalansammlungsverfahren und Umlageverfahren sind also der Sache nach gar nicht wesentlich verschieden. Volkswirtschaftlich gibt es immer nur ein Umlageverfahren, d. h. eben: aller Sozialaufwand wird auf das Volkseinkommen des Jahres umgelegt, in dem er verzehrt wird. Alles andere spielt sich in der monetären Sphäre ab, ist „Verrechnung“, deren volkswirtschaftliche Wirkungen richtig einkalkuliert werden müssen. Man darf sich also nicht wegen eines angesammelten Kapitalstocks in besonderer Sicherheit wiegen und glauben, nun kann nichts passieren...“²⁰

Auch unter der Geltung des Kapitaldeckungsprinzips ändert sich also nichts daran, dass die Nachwuchsgeneration für die Versorgung der Ruheständler genauso unverzichtbar ist wie beim Umlageverfahren und auch die „Demographische Arbitrage“ verfügbarer Finanzmittel in bevölkerungsstärkeren Anlageländern keine Abhilfe schaffen kann²¹. Dass der Staat kein Betriebswirt einer Assekuranz ist, müsste sich von selbst verstehen.

²⁰ „Die Reform der Sozialpolitik durch einen deutschen Sozialplan“, Vortrag vom 19. April 1952 vor dem „Verein für Socialpolitik“- hier aus dem Nachdruck in Erik Boettcher (Hg.), Sozialpolitik und Sozialreform, Tübingen 1957, S. 43 ff.

²¹ So schon die HypoVereinsbank im Jahr 2001: Policy Brief 4/2001, Andreas Heigl, Age Wave – Zur Demographiefähigkeit von Aktienmärkten (weiterhin abrufbar im Internet-Stand 6.7.2020); ebenso Lenze, Anne, Kapitalgedeckte -Zusatzversicherungen für die soziale Absicherung im Lichte der Verfassung, Soziale Sicherheit 12./2011, S. 433 ff. (deren Quintessenz i.Ü. dahin geht, dass keine Verhältnismäßigkeit zu bejahen ist)

Auch die Finanzierungstechnik über den Pflegevorsorgefonds ändert nach allem somit nichts an der Tatsache, dass die Lasten real immer in der Periode getragen werden müssen, in welcher das Volkseinkommen verzehrt wird. Dass man der Nachwuchsgeneration diese Aufgaben durch einen intakten Wirtschaftsapparat, eine funktionierende Infrastruktur einschließlich aller Bildungseinrichtungen etc. sowie vor allem eine intakte Umwelt erleichtern und ihr so unter die Arme greifen kann und muss, ist offensichtlich. Aber eine solche Zweckbindung sieht der Pflegevorsorgefonds gerade nicht vor.



Dr. Borchert, Rechtsanwalt

Anlage Vollmacht (Foto- Original von den Kläger direkt übersandt)

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Hiermit bestätigen wir

Herrn Rechtsanwalt Dr. Ernst Jürgen Borchert,
Manfred-von-Richthofen-Straße 4, 12101 Berlin.

unbeschränkte VOLLMACHT gem. § 22 Abs. 2 BVerfGG

zu unserer Vertretung im Normenkontrollverfahren 1 BvL 3/18 erteilt zu haben.

[REDACTED] [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]