

Soziale Vorsorge als Funktion

Ingwer Ebsen

I. Einleitung: Funktionale Systematisierung des Sozialrechts	107
II. Soziale Vorsorge	109
1. Soziale Vorsorge als Daseinsvorsorge	109
2. Soziale Vorsorge als Sozialversicherung	112
a) Vorsorge gegen soziale Risiken	114
b) Beitragsfinanzierung sozialer Vorsorge	115
c) Sozialer Ausgleich	118
d) Versicherungszwang	121
3. Soziale Vorsorge über Sozialversicherung hinaus	122
a) Der partielle Rückzug der gesetzlichen Rentenversicherung zugunsten staatlich geförderter privater Altersvorsorge	123
b) Ansätze zu sozialer Vorsorge mit Pflichtcharakter und sozialem Ausgleich in Privatversicherungsform	126
III. Vorsorgeverhältnis als Rechtsbegriff	129

I. Einleitung: Funktionale Systematisierung des Sozialrechts

Wer sich mit dem Vorsorgeverhältnis beschäftigt, kommt nicht um eine intensive Befassung mit dem Werk von *Hans F. Zacher* herum. Seine an Funktionen sozialer Sicherung ansetzenden Kategorisierungen und Begrifflichkeiten sind prägend geworden für das Verständnis des inneren Systems des deutschen Sozialrechts. In der Auseinandersetzung mit der überkommenen Dreiteilung des nationalen Sozialrechts in soziale Fürsorge, Versorgung und Sozialversicherung hat *Zacher* seine „Anatomie des Sozialrechts“¹ entwickelt, in welcher sich die soziale Vorsorge – selbstverständlich im Sozialrecht das Feld der Sozialversicherung, aber funktional eben etwa auch die Beamtenversorgung und die spezifischen Alterssicherungssysteme der „Freien Berufe“ – von der sozialen Entschädigung und der nur bedingt intern unterscheidbaren sozialen Hilfe und Förderung abgrenzen lässt. Dieses System hat *Zacher* seiner „Einführung in das Sozial-

1 *Zacher*, Zur Anatomie des Sozialrechts, SGB. 1982, S. 329 ff.

recht” zugrunde gelegt², und hieran orientieren sich mit kleineren Varianten auch noch aktuelle Darstellungen des Sozialrechts.³

Mit der Verwendung des Begriffs der Funktion befindet man sich theoretisch oder methodisch auf dünnem Eis, wenn man nicht einigermaßen umfassend das theoretische Gesamtkonzept expliziert, innerhalb welchem der Begriff der Funktion mit dann ebenfalls explizierter Bedeutung verwendet wird. Das soll hier – ebenso wenig wie bei *Zacher* oder anderen Autoren, welche die „funktionale” Systematisierung des Sozialrechts aufgegriffen haben – nicht unternommen werden. Hier genügt eine etwas präzierte alltagssprachliche Verwendung des Funktionsbegriffs. Es gehört zu einem uralten Sprachgebrauch, „Funktion” im Sinne von Ziel oder Aufgabe oder Beitrag zu einem übergeordneten Ganzen zu verwenden, ohne genau bestimmen zu müssen, um wessen Ziel oder Auftrag es geht – plastisch ausgedrückt in der Formulierung von Funktion als „objektiver Zweck” (*Durkheim*).⁴ Insofern soll auch hier „Funktion” nichts anderes bedeuten als ein als Ziel oder Aufgabe vorgestellter Effekt. Dies mag anhand der Präventionsfunktion von Schadensersatzregelungen exemplifiziert sein. Unabhängig davon, ob der subjektive gesetzgeberische Zweck solcher Regelungen in der Verhinderung bestimmter Schadensersatz auslösender Verhaltensweisen liegt oder nicht, lässt sich eine solche Funktion diskutieren und lassen sich – das ist sowohl für unterschiedliche politische Optionen als auch für einen Rechtsvergleich vermutlich der wichtigste praktische Aspekt eines solchen Funktionsbegriffs – verschiedene Gestaltungen im Hinblick auf ihre funktionale Äquivalenz diskutieren. Ähnliches gilt für den Vergleich privatrechtlicher und spezifisch sozialrechtlicher Institute im Hinblick auf ihre Funktion der Wahrung oder Hervorbringung sozialer Sicherheit und konkretere Funktionen innerhalb derselben.⁵

Im Kontext des Sozialrechts wäre nach den Funktionen zu fragen, bezogen auf welche die Vorsorgesysteme, Entschädigungssysteme, Hilfesysteme und Fördersysteme unterschieden sind. Und auf dem insoweit noch recht hohen Abstraktionsniveau ist die Antwort nicht allzu schwierig, nämlich Vorsorge als soziale Sicherung gegen soziale Risiken, d.h. die auch in der Rechtsprechung des BVerfG mehrfach erwähnten „Wechselfälle des Lebens”⁶, Entschädigung als Ausgleich von Schäden, für welche der Staat eine spezifische Verantwortung trägt, Hilfe als – gegenüber allen anderen Systemen subsidiäre – Gewährleistung einer Mindestsicherung für diejenigen, die dies benötigen,

2 *Zacher*, Einführung in das Sozialrecht, Heidelberg, 1. Aufl. 1983 bis 3. Aufl. 1985, jeweils S. 17 ff.

3 Siehe etwa *Igl/Welti*, Sozialrecht, 8. Aufl. Neuwied 2007, S. 6 f.; *Eichenhofer*, Sozialrecht, 6. Aufl. Tübingen 2007, S. 8 f.; *Waltermann*, Sozialrecht, 7. Aufl. Heidelberg 2008, S. 36 f.

4 Dazu mit Nachweisen *Luhmann*, Artikel: Funktion IV, in: Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Basel 2007, Bd. 2, Sp. 1142 f.

5 Darum ging es bei der 9. Sozialrechtslehrertagung 2003 in Halle mit Vorträgen von *Hase*, *Schmidt-De Caluwe*, *Waltermann*, *Peters-Lange*, *Felix*, *Axer* und *Heinze* und dort einer Vielzahl von Funktionsvergleichen; siehe SDSRV Bd. 51 (2004).

6 BVerfGE 18, 257; 21, 329; 28, 324; 40, 121; 63, 152; 74, 129; 113, 167. Siehe auch noch BSGE 95, 275.

und – gegenüber Hilfe nur teilweise abgrenzbar – Förderung als die Unterstützung für die Entfaltung der Persönlichkeit und von Fähigkeiten.⁷ Für eine derartige aufgaben- bzw. funktionsbezogene Systematisierung kann auch auf die „Aufgaben des Sozialgesetzbuchs“ nach § 1 SGB I und die sozialen Rechte nach §§ 3 bis 10 SGB I zurückgegriffen werden.

Innerhalb solcher „Großfunktionen“, die ihrerseits wieder funktional auf noch allgemeinere „Ziele“ beziehbar sind⁸, kann der „funktionale“ oder „funktionsbezogene“ Ansatz⁹ auch auf weitere Teilfunktionen und Funktionsäquivalente bezogen werden wie etwa auf die alternative Option der Verwendung der Instrumentarien des SGB VII oder des BVG für Konstellationen, die funktional zur sozialen Entschädigung gehören.

Dieser funktionale Ansatz soll in den folgenden Ausführungen, die sich spezifisch mit sozialer Vorsorge und dem Vorsorgeverhältnis befassen, besonders betont und erprobt werden. Es geht also darum, in einem ersten Schritt die Funktion sozialer Vorsorge und innerhalb derselben die Funktionen bestimmter Elemente derselben zu untersuchen und darauf bezogen in einem zweiten Schritt das Vorsorgeverhältnis als rechtliche Kategorie gegenüber anderen Rechtsbeziehungen der sozialen Vorsorge – gegebenenfalls auch Rechtsbeziehungen in funktionalen Äquivalenten zu sozialer Vorsorge – zu bestimmen und im Hinblick auf die Brauchbarkeit für Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich und sozialpolitische Analyse zu diskutieren.

II. Soziale Vorsorge

1. Soziale Vorsorge als Daseinsvorsorge

Vorsorge als solche ist weder ein Spezifikum des Sozialrechts noch auch nur ein solches öffentlicher Aufgabenwahrnehmung. Vorsorge betreibt, wer vorausschauend in die Zukunft heute Maßnahmen ergreift, damit morgen Gefahren, Schäden oder Mangellen besser zu bewältigen sind. In diesem umfassenden Sinne ist Vorsorge dasjenige, was in der bekannten Fabel von *Jean de la Fontaine* die Ameise anstelle der Grille im Hinblick auf den Winter unternommen hatte.¹⁰ In der Rede von der sozialen Vorsorge –

7 Siehe dazu etwa *Zacher* (Fußn. 2).

8 Siehe z.B. *Zachers* Konkretisierungen des „sozialen Staatsziels“ in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. Heidelberg 2004, § 28 Rdnr. 25.

9 Siehe *Igl/Welti*, Sozialrecht (Fußn. 3), S. 4, 6.

10 La Cigale et la Fourmi

La Cigale, ayant chanté · Tout l'été,

Se trouva fort dépourvue · Quand la bise fut venue:

Pas un seul petit morceau · De mouche ou de vermisseau.

Elle alla crier famine · Chez la Fourmi sa voisine,

La priant de lui prêter · Quelque grain pour subsister

und zwar zunächst noch mit vorrangiger Betonung auf dem Attribut „sozial“ – wird eine begriffliche Einengung gewissermaßen selbstverständlich insofern vorgenommen, als es um eine spezifische Verantwortung des Staates geht. Der soziale Staat trägt eine Verantwortung für Bedarfslagen, welche in der modernen Gesellschaft noch weniger als früher durch eigenverantwortliches Wirtschaften abgedeckt werden können. In welchem Umfang das der Fall ist und wo diese Verantwortung durch die „Eigenverantwortung“ der Betroffenen begrenzt wird, ist eine klassische Frage der Sozialpolitik. Dass es aber eine solche Verantwortung des Staates gibt, ist die – in Deutschland verfassungsrechtliche¹¹ – Vorgabe für alle Rede von sozialer Vorsorge und dürfte auch das Gebot eines prinzipiellen Vorsorgeschutzes umfassen, der über die auch verfassungsrechtliche Gewährleistung der Mindestvoraussetzungen einer menschenwürdigen Existenz¹² hinausgeht.¹³ Insoweit findet die Unterscheidung von sozialer Vorsorge und sozialer Hilfe eine Entsprechung im Verfassungsrecht.

Die Verantwortung für die Gewährleistung¹⁴ von Leistungen und Infrastrukturen, welche durch eigenverantwortliches Wirtschaften der Individuen nicht zu sichern sind, ist eine öffentliche Aufgabe, welche seit *Forsthoff*¹⁵ „Daseinsvorsorge“ heißt. Man denkt dabei nicht zuerst an die Vorsorge gegen künftige Gefahren, Schäden und Man-

Jusqu'à la saison nouvelle. · Je vous paierai, lui dit-elle,
 Avant l'Oût, foi d'animal, · Intérêt et principal.
 La Fourmi n'est pas prêteuse: · C'est là son moindre défaut.
 Que faisiez-vous au temps chaud ? · Dit-elle à cette emprunteuse.
 Nuit et jour à tout venant · Je chantais, ne vous déplaie.
 Vous chantiez ? J'en suis fort aise. · Eh bien! dansez maintenant.
 (*La Fontaine*, Oeuvres complètes, Bd. 1, 1954, Nachdruck 1975, S. 31.)

- 11 Besonders deutlich BVerfGE 45, 378 (387); zur umfassenden gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit hinsichtlich des Wie sozialer Vorsorge siehe allerdings BVerfGE 75, 348 (359 f.); weitere Nachweise etwa bei *Zacher*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II (Fußn. 8), Rdnr. 45; *Schmidt-De Caluwe*, Gewährleistungen öffentlich-rechtlicher Organisation sozialer Sicherheit, SDSRV 51 (2003), S. 29 ff. (39).
- 12 Siehe etwa BVerfGE 110, 412 (446) mit Verweis auf BVerfGE 82, 60 (80): „Zwingend ist (...), dass der Staat die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein seiner Bürger schafft“.
- 13 Es geht um die Staatsaufgabe der Gewährleistung sozialer Sicherheit gegen die „Wechselfälle des Lebens“ (vgl. Fußn. 6); dazu pointiert und m. w. N. *Pitschas*, Die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme, VVDStRL 64 (2005), S. 109 ff. (111 f.); siehe auch *Schaks*, Der Grundsatz der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung, VSSR 2008, S. 31 (40 f.).
- 14 Die analytische Entgegensetzung von Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung des Staates (siehe etwa *Schmidt-Assmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl. Berlin 2004) darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass mit der Bejahung einer Ergebnisverantwortung auch bei letzterer Variante (vgl. *Voßkuhle*, Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 311 m.w.N.) es sich nur um unterschiedliche Formen staatlicher Daseinsvorsorge handelt.
- 15 Zuerst *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart 1938, insbes. S. 1-15 (siehe auch *ders.*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959, S. 9-21); Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl. München 1966, S. 340 ff.; schon für *Forsthoff* war der „Rückzug des Staates aus der Daseinsvorsorge“, welcher „unter keinen Umständen je ein vollständiger sein“ könne (Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 49 f.), ein im Prinzip akzeptables Modell.

gellagen der Menschen, sondern eher an Dienste und Einrichtungen, derer die Menschen von Tag zu Tag bedürfen wie die Versorgung mit elementaren Lebensgütern, kulturellen und Bildungsangeboten und mit Infrastruktur für das eigenverantwortliche Wirtschaften. Insofern ist das Element „Vorsorge“ im Begriff der Daseinsvorsorge weiter als das entsprechende Element im Begriff der „sozialen Vorsorge“.

Nun gilt aber auch für die Vorsorge im spezifischen Sinne der vorausschauenden Bewältigung möglicher künftiger Schäden oder Mangellagen für den Einzelnen, dass viele Menschen dies auch dann nicht hinreichend selbst leisten können, wenn sie in guten Tagen nicht den Leichtsinn der Grille zeigen. Und darüber hinaus gibt es gerade für den sozialen Staat auch ein Interesse der Allgemeinheit, dass Einzelne sich nicht darauf verlassen, in schlechten Tagen schon jemanden zu finden, der ihnen mit „quelque grain pour subsister“ aushilft. Insofern ist soziale Sicherung offensichtlich Daseinsvorsorge im *ForsthoFFschen* Sinne. Wenn es für einen Lebensbereich und eine Personengruppe in besonderem Maße zutrifft, dass die Betroffenen auf den leistenden – möglicherweise allerdings auch nur auf den durch Regulierung gewährleistenden¹⁶ – Staat angewiesen sind, dann sind es die für den Lebensunterhalt auf ihre oder ihrer „Ernährer“ Arbeitskraft angewiesenen Menschen für bestimmte Konstellationen, in welchen die ökonomische Verwertung dieser Arbeitskraft nicht möglich ist oder zur Deckung unabweisbaren Bedarfs nicht ausreicht, d.h. die Arbeitnehmer und ihnen vergleichbare Personen und deren abhängige Angehörige im Hinblick auf die sozialen Risiken. Vereinfachend lässt sich sagen: Wenn irgendwo der Begriff der „Daseinsvorsorge“ seine Berechtigung hat, so ist es die staatliche Antwort auf die „soziale Frage“. Das wurde – auch wenn es nicht im Mittelpunkt stand – bereits von *Forsthoff* so gesehen, der darum „die Vorsorge für Alter, Invalidität, Krankheit, Arbeitslosigkeit und vieles andere mehr“ zur Daseinsvorsorge zählte.¹⁷

Das hier skizzierte Verhältnis von Daseinsvorsorge und sozialer Vorsorge wird nicht allgemein geteilt. *Rüfner*¹⁸ z.B. zählt die „Sozialleistungen“ zwar zur „Daseinsvorsorge im weiteren Sinne“, macht aber doch einen prinzipiellen Unterschied zwischen Daseinsvorsorge als „Sicherung der allen Bürgern gleichmäßig anzubietenden“ Versorgung“ und Sozialleistungen als „Leistungen für bestimmte Bürger“, nämlich insbesondere die „finanziellen Mittel für den Lebensunterhalt und zur Bezahlung bestimmter für

16 Hier einschlägige Beispiele sind etwa die gesetzliche Gewährleistung der Fortzahlung von Arbeitsentgelt im Krankheitsfall und die private Pflege-Pflichtversicherung nach §§ 23, 110, 111 SGB XI; dazu unten Abschnitt I. 3.

17 *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (Fußn. 15), S. 7. Nicht zur Daseinsvorsorge zählte er die „einseitigen Leistungsverhältnisse der Verwaltung (...) wie die staatliche Fürsorge in jeder Form“ (S. 41). Das dürfte aber nur die von ihm an dieser Stelle thematisierte neue verwaltungsrechtliche Ordnung von Leistungsbeziehungen betreffen. Hingegen sah er an anderer Stelle (S. 18) gerade auch die „Armenunterstützung aus öffentlichen Mitteln“ als ein Element der Daseinsvorsorge an.

18 *Rüfner*, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 3. Aufl. Heidelberg 2006, § 96 Rdnr. 12-15; ähnlich auch *Zacher*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II (Fußn. 8), Rdnr. 64-67.

das Leben erforderlicher Güter und Leistungen". Letztlich ist hiernach Daseinsvorsorge die Staatsaufgabe der Vorhaltung oder Gewährleistung unverzichtbarer Leistungen für jedermann, welche zwar aus jeweils zu bestimmenden Gründen nicht einfach dem Funktionieren des Marktes überantwortet werden können, welche aber dennoch im Prinzip dem „Normalbürger“, der an sich in der Lage ist, für sein Auskommen selbst zu sorgen, entgeltlich angeboten werden. Demgegenüber kompensieren Sozialleistungen die mangelnde Fähigkeit von Personen, sich oder ihre Familie in bestimmten Lagen wie Alter, Krankheit oder Invalidität selbst zu unterhalten. Einer solchen Entgegensetzung von Daseinsvorsorge und sozialer Vorsorge (anders ist es für soziale Hilfe) ist zu widersprechen, da sie die spezifische Funktion sozialer Vorsorge nach dem deutschen Modell der Sozialversicherung nicht erfasst. Im Kern ist nämlich soziale Vorsorge als Sozialversicherung eine Technik, durch welche sich die erfassten Personen selbst unterhalten. Sie ist entgeltlich und stellt eine Form der Eigenvorsorge für die Wechselfälle des Lebens dar.¹⁹ Sie ist allerdings für die Pflichtversicherten nicht *eigenverantwortlich*. Im Bild der Fabel *La Fontaines* wird durch die soziale Vorsorge als Zwangssystem erzwungen, im Sommer Nahrungsvorräte für den Winter anzulegen, damit nicht andere für sie in der Not sorgen müssen.

2. Soziale Vorsorge als Sozialversicherung

Während für die Daseinsvorsorge das spezifische Element der vorausschauenden Sorge für die Zukunft nicht zentral ist, hat „Vorsorge“ im sozialrechtlichen Kontext das einengende Element der vorausschauenden, also zukunftsgerichteten Risikobewältigung. Im Kern geht es darum, künftige²⁰ Risiken „abzusichern“. Mit dieser Funktion ist offenkundig, dass soziale Vorsorge im deutschen durch die Funktionsdifferenzierung gegenüber Entschädigung, Hilfe und Förderung gekennzeichneten Sinne in ihrem Kern

19 Darum ist auch eine Entgegensetzung von sozialer Vorsorge und Eigenvorsorge (siehe etwa *Spellbrink*, Ist die Beitragspflicht in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung verfassungsrechtlich noch zu rechtfertigen?, JZ 2004, S. 538, 544) zumindest missverständlich; interessant ist in dieser Hinsicht die Begrifflichkeit bei *Pitschas*, Jenseits der Rentenreform 2001, Verfassungsdirektiven kapitalgedeckter privater Altersvorsorge im 21. Jahrhundert, VSSR 2002, S. 187 ff. (191 und öfter), der zum einen „Eigenvorsorge“ und „Fremdvorsorge“, womit Sozialversicherung und berufsständische Versorgungswerke gemeint sind, einander entgegensetzt, zum anderen aber zutreffend den Charakter der Sozialversicherung als „gemeinsame Selbsthilfe“ betont (S. 195) und von „individueller und gesellschaftlicher Eigenvorsorge“ spricht.

20 Außerhalb dieses Kernbereichs kann die rechtliche Technik der sozialen Vorsorge dann auch dafür verwendet werden, Absicherungen vorzusehen, denen dieses vorausschauende Element fehlt und die darum genau genommen nicht wirklich soziale Vorsorge sind. Das ist etwa der Fall bei der sogenannten „unechten Unfallversicherung“, welche zu Recht als soziale Entschädigung in der Technik der Unfallversicherung verstanden wird. Es gilt aber auch für Gestaltungen, in denen bereits eingetretene Schäden sozialversicherungsmäßig abgedeckt werden wie bei der Einbeziehung schon existierenden Behandlungsbedarfs in die gesetzliche Krankenversicherung.

Sozialversicherung ist. Allerdings ist zu beachten, dass die beschreibende Verwendung des Begriffs „Sozialversicherung“ nicht etwa eine Reduktion auf dasjenige impliziert, was privatrechtsrechtlich oder versicherungsaufsichtsrechtlich als „Versicherung“ gilt.²¹ Über die insoweit gegenüber technischen Begriffen der Versicherung oder des Versicherungsgeschäfts größere Offenheit, aber auch über die dennoch gegebenen Grenzen dessen, was noch „Sozialversicherung“ genannt werden kann, wird auch mit verfassungsrechtlichen Argumenten diskutiert, wobei es insbesondere um die Grenzen des Kompetenztitels aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG²² und um die Zulässigkeit der Finanzierung sogenannter „Fremdlasten“ aus Sozialversicherungsbeiträgen geht.²³ Solche

-
- 21 Siehe etwa zum aufsichtsrechtlichen Versicherungsbegriff im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 VAG, wonach ein Versicherungsgeschäft dann vorliegt, „wenn gegen Entgelt für den Fall eines ungewissen Ereignisses bestimmte Leistungen übernommen werden, wobei das übernommene Risiko auf eine Vielzahl durch die gleiche Gefahr bedrohter Personen verteilt wird und der Risikoübernahme eine auf dem Gesetz der großen Zahl beruhende Kalkulation zugrunde liegt“, BVerwG, Buchholz 452.00 § 1 VAG Nr. 16, unter Verweis auf eine ständige Rechtsprechung. Praktisch in gleicher Weise definiert der BGH; siehe BGH, NJW 1995, S. 324 ff.; zum ganzen auch *Wandt*, in: Halm/Engelbrecht/Krahe, Handbuch FA VersR, 3. Aufl. Berlin 2008, Kap. 1 Rdnr. 18-23.
- 22 Siehe dazu insbesondere BVerfGE 75, 108 (146 ff.) – Künstlersozialversicherung –, wo weder die Arbeitnehmereigenschaft der Versicherten noch die Beschränkung auf eine „Notlage“ zu den „wesentlichen Strukturelementen“ von Sozialversicherung gezählt werden, wohl aber die Versicherungstechnik im Sinne von Rdnr. 15, der soziale Ausgleich sowie die Trägerschaft in mittelbarer Staatsverwaltung. Siehe auch BVerfGE 103, 197 (216 ff.) – private Pflege-Pflichtversicherung –, wo insbesondere anhand des Kriteriums eines öffentlich-rechtlichen oder eines privatrechtlichen, durch Vertrag begründeten Versicherungsverhältnisses die Gesetzgebungskompetenz für Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) von derjenigen für das Recht der Wirtschaft, nämlich das private Versicherungswesen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) abgegrenzt wird, wo dann aber im Rahmen der Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG die private Pflege-Pflichtversicherung inhaltlich als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit gerechtfertigt wird, die sich nicht von entsprechenden Argumenten zur Sozialversicherung unterscheidet, und wo insbesondere eine Zwangs- bzw. Pflicht-Volksversicherung für unbedenklich erklärt wird. Diese Judikate stehen in Kontinuität zu BVerfGE 11, 105 (111 ff.) – Kindergeldkassen –, wo bereits 1960 eine Begrenzung von „Sozialversicherung“ sachlich auf Notlagen und personell auf Arbeitnehmer abgelehnt wurde. Zur Rechtsprechung des BVerfG zu den zentralen Elementen von Sozialversicherung als Vorsorgetyp siehe im übrigen *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung, Tübingen 2001, S. 168 ff.
- 23 Siehe etwa *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich, Tübingen 2000, dessen zentrale These, es bedürfe einer spezifischen Schutzbedürftigkeit der Zwangsversicherten, ohne welche der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nicht gerechtfertigt sei (S. 46 ff.), allerdings nicht gut zur 2001 erfolgten Billigung der gesetzlichen Pflegeversicherung als faktische Volksversicherung durch das BVerfG passt. Wie „verdünnt“ letztlich ein Schutzbedürftigkeitskriterium als Element von Sozialversicherung auf der Basis der Rechtsprechung des BVerfG nur sein kann, erhellt aus der Detailuntersuchung von *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung (Fußn. 22), S. 302 ff., der selbst dieses Kriterium aufrechterhalten will. Während *Hase* – ebenso wie *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung (Fußn. 22), S. 219 ff., zusammenfassend S. 242 f. – den sozialen Ausgleich unter den Versicherten bzw. Beitragszahlern als „das eigentliche Charakteristikum der Sozialversicherung“ sieht (S. 116), dies allerdings begrenzt auf spezifische Vorsorgedefizite als gewissermaßen auch versichertes Risiko (S. 310: „Versicherung zweiter Ordnung“), hält *Becker*, Transfergerechtigkeit und Verfassung, Tübingen 2001, S. 203 ff., den sozialen Ausgleich innerhalb einer Versicherungsgemeinschaft für verfassungswidrig. Siehe auch ausführlich zum ganzen, Rechtsprechung und

und weitere Probleme sind Bewährungsproben für eine angemessen differenzierende dogmatische Begrifflichkeit. Eine genauere Betrachtung wird zeigen, dass in der Tat zwar die Sozialversicherung den Kern der sozialen Vorsorge bildet, dass aber einerseits letztere – auch neben der von *Zacher* schon hervorgehobenen Beamtenversorgung – mehr umfasst als Sozialversicherung und dass andererseits die Technik der Sozialversicherung auch Gestaltungen umfasst, welche funktional nicht soziale Vorsorge darstellen.

Wesentlich für das Verständnis der Sozialversicherung als funktionales Kernfeld der sozialen Vorsorge sind insbesondere vier Merkmale, nämlich ihr inhaltlicher Bezug zu sozialen Risiken, die Beitragsfinanzierung, der in der Sozialversicherung stattfindende soziale Ausgleich in der Form unterschiedlicher Beitrags-Risiko-Relationen sowie deren (im Kern) Zwangscharakter als gesetzliche Pflichtversicherung. Ein fünftes Element, nämlich die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung sowohl der Rechtsform der Träger als juristische Personen des öffentlichen Rechts wie auch der Rechtsbeziehungen zu den Versicherten und Beitragszahlern, mag zwar für den Verfassungsbegriff von Sozialversicherung konstitutiv sein,²⁴ ist aber, wie noch zu zeigen sein wird, in funktionaler Hinsicht eher akzidentiell.

a) *Vorsorge gegen soziale Risiken*

Mit dem inhaltlichen Bezug zu sozialen Risiken wird sowohl personell als auch sachlich der funktionale Bezug zur Daseinsvorsorge hergestellt. Es geht – jenseits additiver Definitionen²⁵ – funktional um die Risiken, welche für solche Haushalte typisch sind, deren „Verdiener“ zum Lebensunterhalt auf die Verwertung ihrer Arbeitskraft angewiesen sind, also typischerweise nicht für den Lebensunterhalt auf die Nutzung von Vermögen zurückgreifen können.²⁶ Solche Personen – offensichtlich die weit überwiegende Menge der „Verdiener“ in Haushalten – können als „erwerbsabhängig“ bezeichnet werden. Die für solche Haushalte typischen Risiken lassen sich wiederum auf zwei Bedarfslagen – bzw. das Fehlen der Möglichkeit zu entsprechender Bedarfsdeckung – reduzieren. Zum einen bedarf derjenige, der den Lebensunterhalt nicht aus Vermögenseinkünften decken kann, laufender Einnahmen durch Einsatz der eigenen Arbeitskraft – entweder als Beschäftigter oder als Selbständiger (siehe dazu die Begriffe „Arbeitsent-

Literatur aufarbeitend: *Bieback*, Begriff und verfassungsrechtliche Legitimation von „Sozialversicherung“, VSSR 2003, S. 1 ff.

24 Dazu m. Nachw. aus der Rechtsprechung des BVerfG *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung (Fußn. 22), S. 243 ff.

25 Wie schon derjenigen in Art. 25 Nr. 1 der Allgemeinen UN-Deklaration der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 (<http://www.unric.org/> - Menschenrechte); siehe auch etwa die im Ansatz umfassende Formulierung von 9 sozialen Risiken in der ILO-Konvention Nr. 102 in den Abschnitten II bis X; zu hierauf bezogenen Definitionen sozialer Sicherheit siehe m.w.N. *Van Langendonck*, in: *Ruland* (Hrsg.), *Festschrift für Hans F. Zacher*, Heidelberg 1998, S. 477 ff. (481 f.).

26 Siehe auch schon *Ebsen*, Nachhaltigkeit sozialer Sicherheit?, SDSRV 55 (2007), S. 79 ff. (91).

gelt” und „Arbeitseinkommen” in §§ 14 und 15 SGB IV). Folglich sind sowohl der Verlust der Arbeitskraft als auch der Verlust der Möglichkeit des entgeltlichen Einsatzes der Arbeitskraft soziale Risiken. Zum anderen gibt es Bedarfskonstellationen, für welche das laufende Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen typischerweise nicht ausreicht, die aber vernünftigerweise unbedingt abzudecken sind, weil sie existentiell oder doch sehr wichtig sind. Das ist insbesondere der Behandlungsbedarf bei Krankheit oder Pflegebedürftigkeit. Zusammenfassend können soziale Risiken darum als solche Risiken definiert werden, deren Realisierung dazu führt, dass der Lebensunterhalt oder der Behandlungsbedarf Erwerbsabhängiger für sich selbst und ihre Angehörigen nicht gesichert ist.

Die genannten Kriterien für soziale Risiken sind ersichtlich vage sowohl hinsichtlich der Abgrenzung des einzubeziehenden Personenkreises als auch sachlich, d.h. hinsichtlich des Gegenstandes und des Absicherungsniveaus der einzubeziehenden Bedarfslagen. Insofern bedarf es (sozialpolitischer) gesetzgeberischer Entscheidungen, welche die konkrete Gestalt der sozialen Vorsorge bestimmen. Sie schließen auch weitere Differenzierungen – etwa nach der Art der Verursachung von Risikorealisierungen – nicht aus. Dies ändert aber nichts daran, dass sie als funktionale Kategorien sowohl für eine Binnendifferenzierung in einer systematischen Rechtsdogmatik sozialer Vorsorge wie auch für die Ordnung verfassungsrechtlicher Positionen zu einschlägigen gesetzlichen Gestaltungen Übersicht schaffen können. Darüber hinaus eignen sich derartige funktionalen Ordnungskriterien auch für den Vergleich von Vorsorgesystemen sowohl international als auch im Hinblick auf unterschiedliche Phasen desselben nationalen Systems.

Für Deutschland ließe sich in den genannten Kategorien z.B. die Ausweitung des (zwangs-)versicherten Personenkreises in den meisten Sozialversicherungen als Ausweitung entweder des Kreises der Erwerbsabhängigen oder der von kaum noch jemandem aus Vermögensnutzung zu finanzierenden Behandlungsbedarfe diskutieren. Auf diese Weise ließe sich die sozialpolitische und auch verfassungsrechtliche Diskussion um Schutzbedürftigkeit als personelles Kriterium für soziale Vorsorge systematisieren. Ein anderes Beispiel ist die soziale Vorsorge gegen Arbeitslosigkeit, bezogen auf welche die Entwicklung der Einkommensersatzleistungen aufgrund der „Hartz IV“-Reformen als einigermaßen radikale Verkürzung und Abgrenzung des Niveaus der Risikoabdeckung von der Lebensunterhaltssicherung zur Mindestsicherung beschreibbar sind.

b) Beitragsfinanzierung sozialer Vorsorge

Dass jedenfalls prinzipielle Beitragsfinanzierung ein Begriffselement für den sozialen Sicherungstyp „Sozialversicherung“ darstellt, dürfte bezogen auf den Verfassungsbegriff, wie er insbesondere für die Abgrenzung des Kompetenztitels aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zu bilden ist, unstrittig sein. Hieraus erwachsen einige zwar wohl durch das BVerfG „geklärte”, aber in der Literatur weiterhin strittige Fragen wie diejenige nach

der Einordnung des Sozialversicherungsbeitrags in das finanzverfassungsrechtliche föderale Abgabensystem oder – mit ersterem eng verknüpft – die Voraussetzungen für die Einbeziehung nicht Versicherter in den Kreis der Beitragspflichtigen.²⁷

Wenn man Sozialversicherung in ihrer Funktion als Vorsorgesystem in den Blick nimmt, geht es konsequenterweise um die Funktion(en) der Beitragsfinanzierung im Vorsorgesystem. Hier lassen sich die Eigenvorsorgefunktion, die Entlastungsfunktion und die Akzeptanzfunktion unterscheiden.

Die Funktion der Beitragsfinanzierung als Instrument der Eigenvorsorge könnte – zusammen mit dem später zu betrachtenden Charakter der Sozialversicherungen als Pflichtversicherungen – in gewisser Hinsicht geradezu als der eigentliche „Trick“ dieser Form von Wohlfahrtsstaatlichkeit bezeichnet werden: Dadurch dass die Betroffenen überwiegend in Vorsorgesysteme gezwungen werden, in welchen sie selbst durch ihre Beiträge²⁸ versicherungsmäßig, d.h. nach dem Prinzip der großen Zahl, gemeinsam die sozialen Risiken abdecken, bewirkt das Konzept der Sozialversicherung eine kollektive Vorsorge durch die von den Risiken Betroffenen selbst. Der Grille wird nicht die Freiheit gelassen, sich im Sommer so zu verhalten, dass sie im Winter auf die Ameise angewiesen ist. Soweit wie dieser Mechanismus reicht²⁹, ist die staatlich erzwungene Vorsorge Eigenvorsorge der Versicherten bzw. der für sie im Wege der Beitragszahlung Verantwortlichen. Die Gesamtheit der Versicherten – auf den sozialen Ausgleich unter denselben ist sogleich einzugehen – trägt die Last der Vorsorge selbst und kann insoweit nicht etwa als Begünstigte staatlicher Leistungen angesehen werden. Für die Sozialversicherung als Instrument der Daseinsvorsorge bedeutet dies, dass zwar die Organisation und die Dienstleistung staatlich ist, dass aber – abgesehen von Subventionsanteilen aus Steuermitteln – die Vorsorge finanziell durch den Staat nur gewährleistet wird. Und sogar organisatorisch kann die Rechtsform der Sozialversicherungsträger als juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung als ein Zwischengebilde zwischen eigener staatlicher Aufgabenerfüllung und staatlicher Gewährleistung von Aufgabenerfüllung durch gesellschaftliche Organisationen gelten, wobei insbesondere auch die faktische Wahrnehmung der Selbstverwaltung durch Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände zu beachten ist sowie – vor allem in der GKV – die Einbeziehung von Organisationen der Leistungserbringer in Formen der „gemeinsamen Selbstverwal-

27 Dazu Fußn. 22 und 23.

28 Die Arbeitgeberbeiträge haben insoweit ökonomisch Entgeltcharakter und gehören darum zur Eigenvorsorge der versicherten Arbeitnehmer, als aus ihnen Rechte derselben erwachsen. Siehe dazu etwa *Schmähl*, Weniger „Lohnnebenkosten“ durch aufgabenadäquate Finanzierung der sozialen Sicherung, *SozSich* 2003, S. 110 ff.; siehe auch *Hüsing*, Steuergestaltung beim Arbeitsentgelt: Gesamtvorteil und empirische Aspekte ausgewählter Individualkalküle, Aachen 2007, S. 29 f.; zur (komplizierteren) Zurechnung der Künstlersozialabgabe der sogenannten Vermarkter nach §§ 22, 24 KSVG siehe *BVerfGE* 75, 108 (149, 158 ff.).

29 Staatszuschüsse zur Sozialversicherung können selbstverständlich nicht nur dazu dienen, Debatten über „Fremdlasten“ (vgl. *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung (Fußn. 22)) zu vermeiden oder zu mildern, sondern – wie etwa in der landwirtschaftlichen Krankenversicherung oder Alterssicherung – auch zur Subventionierung aus allgemeinen Steuermitteln.

tung”³⁰. Wie nahe diese Form staatlicher Daseinsvorsorge einer echten, dem Modell staatlich regulierter Selbstregulierung entsprechenden Daseinsvorsorge durch Privatversicherung sein könnte, zeigt die Reform der Krankenversicherung in den Niederlanden, welche auch als Modell für eine deutsche Weiterentwicklung der deutschen GKV diskutiert wird und in welcher es Unterschiede zwischen Sozial- und Privatversicherung nicht mehr gibt.³¹ Hierauf wird zurückzukommen sein.

Die Entlastungsfunktion der Vorsorge im Wege von Sozialversicherung kann als Folge und Zweck der finanziellen Eigenvorsorge unter den Bedingungen der Sozialstaatlichkeit beschrieben werden. Es gehört zu den, soweit ersichtlich, unstrittigen Elementen des verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzips, dass soziale Risiken für die Bedürftigen auf dem Niveau einer durch gesetzgeberische Entscheidung zu konkretisierenden, aber im Hinblick auf die Garantie der Menschenwürde nicht gesetzgeberischem Belieben überantworteten Mindestsicherung hilfsweise, also wenn andere Schutzinstrumente nicht greifen, auch durch Steuermittel staatlich abzusichern sind. Insofern kann die Grille sicher sein, selbst dann nicht im Winter zu verhungern, wenn sie den ganzen Sommer ihre Zeit zum Singen anstelle des Sammels von Vorräten genutzt hätte. Folglich bewirkt die staatlich erzwungene Eigenvorsorge eine Entlastung der ansonsten gegebenenfalls einstandspflichtigen Hilfesysteme. Diese Wirkung ist nicht nur ein Nebeneffekt, sondern ein wichtiger Zweck von Sozialversicherung und insbesondere auch ihres für die meisten verpflichtenden Charakters.

Die Akzeptanzfunktion der Beitragsfinanzierung sozialer Vorsorge ist weniger offensichtlich als die bisher genannten Funktionen. Sie dürfte auch, jedenfalls was die subjektive sozial- und finanzpolitische Zweckbestimmung angeht, von manchem bestritten werden. Dennoch ist sie plausibel, was – insbesondere unter Bedingungen sozialen Ausgleichs – ein Vergleich mit steuerfinanzierter sozialer Vorsorge zeigt. Zutreffend wird die Abgabebelastung von Bürgern und Unternehmen in einer Zusammenschau von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen und werden Schattenwirtschaft sowie Abwanderung von Unternehmen und Menschen als Formen der Wahl einer „Exit-Option“ diskutiert.³² Dies ist jedoch insofern zu relativieren, als der Sozialversiche-

30 Dazu aus jüngerer Zeit *Axer*, Gemeinsame Selbstverwaltung, in: Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht 2004, Köln 2004, S. 339 ff.; *Hess*, Der Stellenwert der gemeinsamen Selbstverwaltung auf Bundesebene nach dem GKV-WSG, in: *Ulrich/Ried/Igel/Lange* (Hrsg.), Effizienz, Qualität und Nachhaltigkeit im Gesundheitswesen, Baden-Baden 2007, S. 985 ff.

31 Dazu *Walser*, Nach der Gesundheitsreform in den Niederlanden – Eine neue Krankenversicherung für jeden, *SozSich* 2006, S. 87 ff.; *Groß/Managen/Wasen*, Deutsche und niederländische Krankenversicherungsreform im Vergleich, *SozSich* 2006, S. 412 ff.

32 Siehe etwa *Schäfer*, Schattenwirtschaft, Äquivalenzprinzip und Wirtschaftspolitik, Helmut-Schmidt-Universität, Fächergruppe Volkswirtschaftslehre, Diskussionspapiere Nr. 46, 2006 (o. Verlag; www.hsu-hh.de » Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften » Fächergruppe VWL » Allgemeines / Fächergruppe VWL » Diskussionspapiere » 2006); zur theoretischen Grundlegung siehe *Hirschmann*, Exit, Voice and Loyalty. Responses to Declines in Firms, Organisations and States, Cambridge Mass. 1970 (deutsch: Abwanderung und Widerspruch. Reaktionen auf Leistungsabfall bei Unternehmungen, Organisationen und Staaten, Tübingen 1974).

rungsbeitrag nicht nur eine zwangsweise erhobene staatliche Abgabe darstellt, sondern auch eine Gegenleistung für die Absicherung gegen die jeweiligen sozialen Risiken.

Bezogen auf die Option, die heute in den Zweigen der Sozialversicherung gewährleistet soziale Sicherung aus dem allgemeinen Steueraufkommen zu finanzieren, bedarf es nur wenig Phantasie, um sich vorzustellen, dass die Belastung von vielen als untragbar eingeschätzt würde. Das dürfte vermutlich sogar für viele derer zutreffen, die objektiv bei einem Vergleich der Transferwirkung eines solchen Systems mit dem jetzigen System nicht höher belastet werden als derzeit. Insofern ist die Finanzierung der sozialen Vorsorge durch Sozialversicherungsbeiträge ein Instrument zur Betonung des Austauschcharakters dieser Belastung. Dieser Austauschcharakter ist zwar seinerseits wieder insofern relativiert, als die einzelnen Betroffenen durch sozialen Ausgleich belastet werden. Dennoch dürfte die Verteilung von Transfereffekten auf verschiedene Systeme gerade auch angesichts jeweils unterschiedlicher „Rollen“ der Individuen oder Haushalte in ihnen insgesamt im Verhältnis zu einer sämtliche sozialen Transfers auf das Steuersystem abladenden Politik akzeptanzförderlich sein.³³ Im übrigen lassen sich hier auch die Verteilungswirkungen bei der Finanzierung der sozialen Vorsorge isoliert diskutieren und kritisieren, was in den zitierten Kategorien *Hirschmanns* die Chance von „voice“ anstelle eines stillen „exit“ fördert.

c) Sozialer Ausgleich

Dass sozialer Ausgleich in unterschiedlichem Ausmaß in allen Zweigen der Sozialversicherung stattfindet und insofern faktisch ein Element dieser Form der Vorsorge gegen soziale Risiken darstellt, ist weitgehender Konsens. Dabei ist dieser Begriff und insbesondere die Einordnung bestimmter Sachverhalte unter denselben keineswegs klar³⁴, was insbesondere damit zusammenhängt, dass sein Komplementärbegriff, von welchem aus er in der Sozialversicherung seinen spezifischen Sinn erhält, derjenige der „versicherungstechnischen (Individual-)Äquivalenz“, ebenfalls unklar ist. Dennoch genügt es auf der hier gegebenen, die Sozialversicherung insgesamt in den Blick nehmenden Abstraktionsebene, die Gegenbegriffe der Individualäquivalenz und des sozialen Ausgleichs abstrakt zu definieren und die konkreten Abgrenzungen der Detaildiskussion den einzelnen Sozialversicherungszweigen zu überantworten³⁵. Danach liegt Individualäquivalenz dann vor, wenn die Verhältnisse von Risiko und Entgelt für die Risikoabdeckung so gestaltet sind, dass auch ohne Zwang kein Anreiz für Versicherte besteht,

33 Im Hinblick auf die akzeptanzfördernde Wirkung der Beitragsfinanzierung in verschiedenen Sozialversicherungen spricht *Zacher*, Grundtypen des Sozialrechts, in: Fürst (Hrsg.), Festschrift W. Zeidler, Berlin 1987, S. 571 ff. (590), von der „Wohltat der Intransparenz“.

34 Belege dafür bei *Bieback* (Fußn. 23), VSSR 2003, S. 35 ff.

35 Auf dieser Ebene wäre dann zu erörtern, ob die Nichtberücksichtigung von Risikounterschieden zwischen Männern und Frauen in der Kranken- und Rentenversicherung oder Tragung von Altlasten in der Unfallversicherung durch neu hinzugekommene Unternehmen „schon“ sozialer Ausgleich ist oder nicht.

wegen dieses Verhältnisses in eine andere, insoweit homogenere, Versichertengemeinschaft auszuweichen.³⁶ Und sozialer Ausgleich umfasst diejenigen Abweichungen von versicherungstechnischer Äquivalenz, welche wegen der Unterschiede im Verhältnis von Risikoabdeckung und Entgelt zu einem Transfer von den Belasteten zu den Begünstigten führen.³⁷ Dass es in diesem Sinne sozialen Ausgleich in der Sozialversicherung gibt, ist unbestreitbar, wobei hinsichtlich der Bereiche der Sachleistungen, in denen sich die Beiträge nach dem Entgelt oder Einkommen richten, die Leistungen aber nach dem jeweiligen Bedarf, von vornherein kein Zweifel möglich ist. Aber auch bei den von den Beitragsleistungen abhängigen oder sich ebenso wie die Beiträge nach einem jeweiligen Referenzeinkommen richtenden Geldleistungen³⁸ gibt es unbestreitbare Fälle sozialen Ausgleichs wie etwa die Nichtberücksichtigung eines schon „mitgebrachten“ Invaliditätsrisikos oder der statistischen Lebenserwartung oder der Existenz von hinterbliebenenrentenberechtigten Angehörigen in der gesetzlichen Rentenversicherung.

Die Funktion von sozialem Ausgleich innerhalb der Sozialversicherung, d.h. als Transfer zusätzlich zu dem allgemeinen staatlichen Steuer-Transfer-System³⁹, kann nur im Kontext mit der zuvor behandelten Beitragsfinanzierung erörtert werden. Im Kern geht es bezüglich der Funktion um die (auch mit verfassungsrechtlichem Bezug) umstrittene Frage, ob es zwischen den Gruppen, innerhalb derer in den Zweigen der Sozialversicherung ein sozialer Ausgleich stattfindet, ein spezifischer Solidarzusammenhang besteht, der diesen Ausgleich rechtfertigt, oder ob dieser Solidarzusammenhang nichts anderes ist als das Ergebnis des von außen, nämlich durch das Gesetz, erzwungenen sozialen Ausgleichs. Hierzu hat *Butzer*⁴⁰ überzeugend herausgearbeitet, dass dann, wenn nicht bestimmte schon vorrechtliche Solidaritätsbeziehungen für einen sozialen Ausgleich innerhalb einer gesetzlich konstituierten Gruppe verlangt werden, es – abge-

36 Äquivalenz in diesem Sinne ist kein Rechtsbegriff, sondern ein (immer nur grober) Ausdruck für die Wertgleichheit von Leistung und Gegenleistung im Versicherungsverhältnis. Siehe auch *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich (Fußn. 23), S. 89 ff.; *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung (Fußn. 22), S. 202 ff.

37 Die weitere Abgrenzung innerhalb der Sachverhalte, die als nicht durch Marktvorgänge begründete Vermögensverschiebungen Transfers darstellen, danach ob sie sozialer Ausgleich oder Fremdlasten sind, wie dies insbesondere *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung (Fußn. 22) detailliert ausführt, stellt demgegenüber keine analytische Kategorie dar. Dies erhellt aus dem *Butzerschen* Begriff der Fremdlast, welche letztlich nicht anderes ist als ein Synonym für die verfassungsrechtlich – insbesondere am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG gemessen – unzulässige Beitragsfinanzierung von Sozialversicherungsaufgaben (*Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung (Fußn. 22), S. 98, 572 ff.). Damit ist „Fremdlast“ nicht etwas, worauf man eine verfassungsrechtliche Bewertung beziehen könnte, sondern umgekehrt lediglich ein Name für das Ergebnis verfassungsrechtlicher Bewertungen, welche, da sie sich vor allem aus den im Rahmen der Grundrechtsprüfung erforderlichen Abwägungen ergeben, regelmäßig vertretbar auch anders ausfallen könnten und im Streitfall letztlich erst durch Dezisionen des BVerfG praktisch „geklärt“ werden.

38 Also den Entgeltersatzleistungen mit der Funktion einer Lebensstandardsicherung.

39 Zu einer jüngeren Momentaufnahme siehe *Kaltenborn*, Abgaben und Sozialtransfers in Deutschland, München 2003.

40 *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung (Fußn. 22), S. 361 ff., insbes. S. 404 ff.

sehen von der generellen Verwerfung sozialen Ausgleichs neben dem Steuer-Transfer-System – ⁴¹ keine plausiblen Verfassungsvorgaben für den gesetzgeberischen Zuschnitt von solchen Gruppen gibt. Allerdings hat er, abgesehen von der Nennung von Einzelbeispielen wie der Gruppe der Landwirte, kein derartiges Kriterium benannt, sondern ist die von ihm selbst aufgeworfene Frage letztlich offen geblieben.⁴² Das wäre auch nur im Konflikt mit weiten Teilen des geltenden Sozialversicherungsrechts möglich gewesen. Was haben als Gründe für vorrechtliche Solidarbeziehungen etwa die Gruppen gemeinsam, welche der Gesetzgeber durch § 5 SGB V als Pflichtversicherte in der GKV versammelt hat oder welche nach §§ 1-3 SGB VI in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert sind – von dem noch weiteren Personenkreis der §§ 20 und 21 SGB XI ganz zu schweigen. Die spezifische Rechtfertigung für den verpflichtenden Einbezug in spezifischen gruppenmäßigen sozialen Ausgleich sieht *Hase*, der ebenfalls das Konzept vorrechtlicher Solidarität als unrealistisch verwirft⁴³, im von ihm vertretenen Kriterium der Schutzbedürftigkeit als ohnehin gegebene Verfassungsvoraussetzung der zwangsweisen Einbeziehung in Sozialversicherungen sowie der „Universalität“ des sozialen Ausgleichs.⁴⁴

Gegenüber solchen Überlegungen, welche (in unterschiedlichem Maße) zu von der Verfassungsrechtsprechung nicht geteilten Verdikten der Verfassungswidrigkeit des geltenden Sozialversicherungsrechts führen, ist zu betonen, dass es, wenn man Sozialversicherung als Vorsorgetyp und den sozialen Ausgleich innerhalb derselben neben dem Steuer-Transfer-System überhaupt anerkennt, es weder einen überzeugenden Grund für das Erfordernis vorrechtlicher Solidargemeinschaft noch einen überzeugenden Grund für ein Schutzbedürfnis als Erfordernis für die Einbeziehung als Belasteter in den sozialen Ausgleich gibt.⁴⁵ Vielmehr ist die in der Tat bestehende Spannung zwischen dem gerechteren und insofern im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG überzeugenderen sozialen Ausgleich im gesamten Staatsverband und der verfassungsrechtlichen Anerkennung von Sozialversicherung in demgegenüber abgegrenzten Gruppen als Teil unseres positiven Verfassungsrechts hinzunehmen. Diese Spannung wird aber verschärft und nicht gemildert, wollte man gerade den Leistungsfähigsten und darum weniger Schutzbedürftigen das verfassungsrechtliche Privileg geben, sich vom zusätzlichen sozialen Ausgleich durch Sozialversicherung ausschließen zu können.

41 So die im Prinzip konsequente, nur mit dem faktisch geltenden, nämlich gemeinsam von der Rechtsprechung insbesondere des BVerfG und der weit überwiegenden Verfassungsdogmatik getragenen, „positiven Verfassungsrecht“ nicht übereinstimmende Position von *Becker*, Transfergerechtigkeit und Verfassung (Fußn. 23).

42 Das Fazit weit ausholender Argumentation auf mehr als 70 Seiten ist nicht konkreter als die Aussage, je weiter der Gesetzgeber mit dem Homogenitäts- und Schutzbedürftigkeitserfordernis umgehe, umso fragwürdiger werde die Rechtfertigung des sozialen Ausgleichs gegenüber den Belasteten (*Becker*, Transfergerechtigkeit und Verfassung (Fußn. 23), S. 436).

43 *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich (Fußn. 23), S. 305 f.

44 *Hase*, Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich (Fußn. 23), S. 304 ff., 313 ff.

45 Dazu schon *Ebsen*, in: Schulin (Hrsg.), HS-RV, München 1999, § 4 Rdnr. 44.

Vor diesem Hintergrund dürfte klar sein: der soziale Ausgleich innerhalb der Sozialversicherung, d.h. neben dem Steuer-Transfer-System, hat keine andere Funktion als die bereits im Kontext der Beitragsfinanzierung beschriebene Akzeptanzfunktion. Der Gesetzgeber hat durch die weitreichende Kompetenz zur Ausgestaltung von Sozialversicherung und zum sozialen Ausgleich innerhalb derselben die Option, den – jeweils immer noch an Art. 3 Abs. 1 GG und mit Bezug auf den Eingriffscharakter der Pflichtversicherung in die allgemeine Handlungsfreiheit auch am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messenden – sozialen Transfer nach politischen Gesichtspunkten zwischen dem Steuersystem und der Sozialversicherung aufzuteilen. Der wesentliche Schutz der Belasteten liegt dabei nicht in spezifischem „Sozialversicherungsverfassungsrecht“, sondern neben den genannten allgemeinen Verfassungsanforderungen im demokratischen Prozess und in letzter Konsequenz in der politisch zu berücksichtigenden Exit-Option⁴⁶ gerade der Jüngeren, auf deren Akzeptanz (nicht nur) der soziale Ausgleich in der Sozialversicherung angewiesen ist.

d) Versicherungszwang

Die Funktion des von Versicherungszweig zu Versicherungszweig in unterschiedlichem Maße ausgestalteten Zwangscharakters der Sozialversicherungen ergibt sich im Wesentlichen aus den Funktionsbedingungen der bisher behandelten Kernfunktionen und ist insofern Mittel zum Zweck. Diese lediglich dienende Funktion des Versicherungszwangs ist ein Erfordernis des Grundrechtsschutzes, da der in ihm liegende Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit vor Art. 2 Abs. 1 GG als verhältnismäßig im Hinblick auf einen legitimen Zweck zu rechtfertigen ist. Dabei ist der Zwang unmittelbar verknüpft mit der Beitragsfinanzierung der Sozialversicherung. Abgesehen von weiteren Arbeitgeberpflichten drückt sich der Zwangscharakter von Sozialversicherung fast ausschließlich in Beitragspflichten aus. Das mag aus einigen als „Pflichtversicherung“ ausgestalteten Rechtsbeziehungen erhellen. Beispielsweise hat die „Versicherungspflichtigkeit“ nach § 3 S. 1 Nr. 1 SGB VI in der Rentenversicherung wegen anrechenbarer Kindererziehungszeiten ebenso wenig Zwangscharakter wie diejenige in der GKV nach § 5 Abs. 1 Nr. 2a SGB V wegen Bezugs von Alg II. In beiden Fällen ist die technische Ausgestaltung als Versicherungspflicht lediglich ein Instrument zur Begründung von Rechtspositionen. Entsprechend ist die automatische Versicherung kraft Gesetzes in der gesetzlichen Unfallversicherung nach §§ 2 oder 3 SGB VII nur in den Fällen eine Zwangsversicherung, in denen diese Automatik nach § 150 Abs. 1 S. 2 SGB VII eine Beitragspflicht auslöst, d.h. in den Fällen der gesetzlichen Unfallversicherung als Unternehmer.

Dieser Versicherungszwang als Zwang zur Selbstfinanzierung der Absicherung gegen soziale Risiken ist funktional zum einen bezogen auf die oben umschriebene Eigen-

46 Vgl. oben Fußn. 32.

vorsorgefunktion und die Entlastungsfunktion der Beitragsfinanzierung. Denn nur soweit sich Versicherte oder für sie Beitragspflichtige dieser Zahlungslast nicht entziehen können, kann der oben so genannte „Trick“ der Sozialversicherung funktionieren, dass der Staat zwar den Schutz der Versicherten und insoweit die Entlastung der subsidiären Hilfesysteme gewährleistet, dies aber auf deren Kosten oder auf Kosten von für sie insoweit Verantwortlicher bewirkt. Zum anderen ist der Zwangscharakter auch funktional bezogen auf den sozialen Ausgleich. Auch solche Personen, deren Schutz gegen soziale Risiken wegen des sozialen Ausgleichs in der Sozialversicherung teurer ist, als er in einer entsprechenden Privatversicherung wäre, können sich der Versicherungspflicht und damit der Beitragspflicht nicht entziehen, wenn sie nicht versicherungsfrei oder befreiungsberechtigt sind. Soweit solche Personen immerhin als schutzbedürftig angesehen werden können, ist dieser Zwang, also auch der Ausschluss des Ausweichens in eine nachzuweisende vergleichbare Privatversicherung unter all denen unstrittig als verfassungsgemäß akzeptiert, die nicht überhaupt sozialen Ausgleich in der Sozialversicherung für verfassungswidrig halten.⁴⁷ Das ist auch von vornherein einleuchtend, da ohne den Zwang derer, für die Sozialversicherung kein günstiges Kalkül darstellt, der soziale Ausgleich nicht funktionieren würde. Abgesehen davon, ob man überhaupt belegen könnte, dass versicherungspflichtige Personen unter keinen Umständen jemals auf den Schutz der Sozialversicherung angewiesen sein können, ist aber auch die Versicherungs- und die damit verbundene Beitragspflichtigkeit alleine wegen des sozialen Ausgleichs eine verfassungsgemäße Option für den Gesetzgeber.⁴⁸ Schon aus diesem Grunde sind auch unterschiedliche Beitragsbemessungsgrenzen – ebenfalls Gestaltungsvarianten des Versicherungszwangs – jedenfalls sozialversicherungsimmanent⁴⁹ sozialpolitische, nicht aber verfassungsrechtliche Fragen.

Im Bezug des Versicherungszwangs als Beitragspflichtigkeit auf das Konzept der staatlich gewährleisteten Eigenvorsorge mit internem sozialen Ausgleich zeigt sich der in der Sache unlösbare funktionale Zusammenhang der hier nur analytisch getrennt diskutierten vier Kernelemente sozialer Vorsorge als Sozialversicherung.

3. Soziale Vorsorge über Sozialversicherung hinaus

Schon *Zacher* hat soziale Vorsorge als einen weiteren Begriff gesehen als denjenigen der Sozialversicherung, hat aber exemplarisch als darüber hinausgehendes System allein

47 Dazu oben Fußn. 41.

48 Vgl. schon oben bei Fußn. 43-45.

49 Zu Fragen von Rechtspositionen von Privatversicherungen aus Art. 12 Abs. 1 GG siehe etwa *Schnapp/Kaltenborn*, Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung, Berlin 2001; *Bieback*, Verfassungsrechtliche Aspekte einer „Bürgerversicherung“, in: Engelen-Kefer (Hrsg.), Reformoption Bürgerversicherung, Hamburg 2004, S. 126 ff.

die Beamtenversorgung genannt.⁵⁰ Da diese ein geschlossenes System für eine bestimmte Gruppe ist, für welche generell die Vorsorge für die „Wechselfälle des Lebens“ eigenständig so organisiert ist, dass Berührungen mit der Sozialversicherung nur punktuell sind, ist dieser Fall sozialer Vorsorge zwar in systematischer Hinsicht interessant, aber ohne größeren Belang für das Verständnis und die Entwicklung des „Normalsystems“ der Sozialversicherung. Ähnliches gilt auch für die Möglichkeiten, sich aus der gesetzlichen Rentenversicherung in die Versorgungswerke für die „Freien Berufe“ absetzen zu können. Dies wirft – mehr noch als die Beamtenversorgung, die nur im Gesamtzusammenhang der Beamtenalimentation gewürdigt werden kann – Gerechtigkeitsfragen auf⁵¹ und stellt in systematischer Hinsicht ein interessantes Grenzproblem für den Begriff der Sozialversicherung i. S. v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG dar,⁵² kann aber im Hinblick auf die allgemeine soziale Vorsorge vernachlässigt werden.

Wichtig sind hingegen Ansätze und Tendenzen, Bereiche sozialer Vorsorge prinzipiell alternativ zur Sozialversicherung zu organisieren. Sie können sowohl einen (partiellen) Rückzug der Sozialversicherung darstellen als auch Varianten von „Sozialversicherung im Gewand der Privatversicherung“. Insbesondere letztere sind im Hinblick auf die hier im Mittelpunkt stehende funktionale Betrachtung interessant, da sie als funktionale Äquivalente diskutierbar sind.

a) Der partielle Rückzug der gesetzlichen Rentenversicherung zugunsten staatlich geförderter privater Altersvorsorge

Ein Beispiel, wie sich soziale Vorsorge von der Sozialversicherung im beschriebenen Sinne wegentwickeln kann, ist die gesetzliche Rentenversicherung. In einer Vielzahl von Einzelschritten, die zwar nicht an einem einheitlichen „Masterplan“ ausgerichtet waren, aber doch eine prinzipielle Tendenz erkennen lassen, wurde und wird das Vorsorgeversprechen der Alterssicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung verändert, nämlich tendenziell vom Versprechen einer prinzipiellen Lebensstandardwahrung auf der Basis des Entgeltniveaus, welches sich aus den jeweils der Beitragsbemessung zugrunde liegenden Entgeltbeträgen ergibt, zum Versprechen einer Basissicherung, welche für Durchschnittsverdiener immerhin noch oberhalb des Mindestsicherungsniveaus der Hilfesysteme bleiben dürfte. Diese Entwicklung soll hier weder im Einzelnen beschrieben⁵³ noch sozialpolitisch⁵⁴ oder verfassungsrechtlich⁵⁵ gewürdigt werden.

50 Vgl. oben Fußn. 1-3.

51 Dazu etwa BSG, SozR 4-2600 § 6 Nr. 3 m. Anm. von *Welti*, Kein Befreiungsrecht freiwilliger Mitglieder berufsständischer Kammern in der gesetzlichen Rentenversicherung (BSG vom 9.3.2005, Az. B 12 RA 8/03 R), SGB 2006, S. 104 ff.; siehe auch *Papier*, in: Ruland (Hrsg.), Festschrift für Hans F. Zacher (Fußn. 25), S. 689 ff.

52 Dazu *Mann*, Die „Friedensgrenze“ zwischen Anwaltsversorgung und gesetzlicher Rentenversicherung, NJW 1996, S. 1315 ff.

53 Sieh dazu *Blöymeyer*, Die „Riester-Rente“ nach dem Altersvermögensgesetz 8AVmG), NZA 2001, S. 913 ff.; *Rische*, Alterssicherung nach der Rentenreform 2001, DAngVers 2002, S. 1 ff.; *Rürup*,

Vielmehr sollen einzelne Aspekte im Hinblick auf die dargestellten Elemente und Funktionen sozialer Vorsorge durch Sozialversicherung betrachtet werden.

Die Absenkung des Vorsorgeniveaus der gesetzlichen Rentenversicherung als solche, welche zusammen mit weiteren Maßnahmen, insbesondere der Verlängerung der Lebensarbeitszeit, dazu dient, das Beitragsniveau auch zum Zeitpunkt der ungünstigsten demographischen Konstellation nicht über 22 Beitragssatzpunkte steigen zu lassen,⁵⁶ ist zusammen zu sehen mit der Förderung verschiedener Formen privater Altersvorsorge, insbesondere der Förderung von Betriebsrenten und derjenigen von Sparplänen.

Gegenüber dem Modell der Alterssicherung durch Sozialversicherung unterscheidet sich dieses sogenannte „Drei-Säulen-Modell“⁵⁷, welches aber in systematischer Hinsicht eigentlich nur zwei „Säulen“ hat,⁵⁸ in mehreren Hinsichten, die hier mit Bezug auf die zur Sozialversicherung formulierten Funktionen angesprochen werden sollen.

Zunächst kann die Abdeckung sozialer Risiken als Vergleichskriterium betrachtet werden. Insofern kann zwar in der Zusammenschau von abgesenkter gesetzlicher Rentenversicherung und geförderter privater Altersvorsorge anerkannt werden, dass für diejenigen, die im vollen Förderumfang private Altersvorsorge betreiben, das im Zeitpunkt der Schaffung des Modells gegebene Niveau der Alterssicherung im Prinzip erhalten bleibt. Es ist aber zu konstatieren, dass die sozialen Risiken der vorzeitigen Erwerbs-

Schritte in die richtige Richtung, Sozialer Fortschritt 2002, S. 281 ff.; *ders.*, in: Kisters-Kölkes (Hrsg.), Festschrift Kemper, Neuwied 2005, S. 395 ff.; Börsch-Supahn/Reil-Held/Wilke, Der Nachhaltigkeitsfaktor und andere Formelmodifikationen zur langfristigen Stabilisierung des Beitragssatzes zur GRV, SF 2003, S. 275 ff.; Bundesministerium für Gesundheit und Soziales (Hrsg.), Nachhaltigkeit in der Finanzierung der Sozialen Sicherungssysteme, Bericht der Kommission, 2003 (Bericht der sog. „Rürup-Kommission“), Dünn/Fasshauer, Die Reform der gesetzlichen Rentenversicherung, DRV 2003, S. 444 ff.; Nürnberger/Perreng, Die künftige Besteuerung von Alterseinkünften – Die neuen Regelungen zur privaten und betrieblichen Vorsorge, SozSich 2004, S. 146 ff.; Ehrentraut, Alterssicherung in Deutschland – das Zusammenspiel der drei Säulen, DRV 2007, S. 576 ff.; Ricken, Modelle zusätzlicher Altersvorsorge, DRV 2007, S. 366 ff.; Fasshauer/Rieckhoff, Die aktuelle Entwicklung der zusätzlichen Altersvorsorge und ausgewählte Neuerungen, RVaktuell 2008, S. 15 ff.; Ruland/Rürup (Hrsg.), Alterssicherung und Besteuerung, Wiesbaden 2008.

54 Siehe Döring, Die Zukunft der Alterssicherung, Frankfurt a.M. 2002; Heidel/Loose, Das „Soziale“ in der Altersversicherung – Auswirkungen der Reformen, DAngVers 2004, S. 341 ff.; Himmelreicher/Viebrok, Staatliche Förderung der privaten Altersvorsorge – Einige Verteilungspolitische Aspekte, WSI-Mitteilungen 2004, S. 11 ff.; Schmähl, Die neue deutsche Alterssicherungspolitik und die Gefahr steigender Altersarmut, SozSich 2006, S. 397 ff.; Schmähl/Öhlschläger, Abgabefreie Entgeltumwandlung aus sozial- und verteilungspolitischer Perspektive, Berlin 2007.

55 Vgl. m.w.N. Ebsen, in: Becker (Hrsg.), Festschrift für Franz Ruland, Baden-Baden 2007, S. 81 ff.

56 Siehe Rürup-Kommission (Fußn. 53), S. 66.

57 Vgl. Steinmeyer, in: Becker (Hrsg.), Festschrift für Franz Ruland (Fußn. 55), S. 477 ff.

58 Abweichend vom sogenannten „Weltbank-Modell“ der drei Säulen der Alterssicherung (dazu Scholz, Das Weltbank-Konzept zur Alterssicherung, SozSich 2005, S. 44 ff.) kann die deutsche Lösung nicht wirklich als ein Drei-Säulen-Modell angesehen werden. Es fehlt der verpflichtende und damit umfassende Charakter der betrieblichen Altersvorsorge, welche im Prinzip – nämlich als verpflichtende Gestaltung mit sozialem Ausgleich – auch mit Kernfunktionen der Sozialversicherung ausgestattet werden könnte.

minderung und des Unterhaltsausfalls für Hinterbliebene nicht von der Kompensation der Rentenniveausenkung durch geförderte Altersvorsorge erfasst sind.

Zur Beitragsfinanzierung als oben so genannter „Trick“ der Sozialversicherung, soziale Vorsorge als Eigenvorsorge zu organisieren, besteht Kompatibilität. Die staatlich geförderte private Altersvorsorge ist noch offenkundiger Eigenvorsorge als die Rentenversicherung. Allerdings ist die Entlastungsfunktion der Eigenvorsorge für die subsidiären Hilfesysteme gefährdet. Denn eine solche Entlastung setzt voraus, dass zum einen mit den realistischere einsetzbaren Mitteln ein Gesamtniveau der Alterssicherung erreicht wird, welches typischerweise oberhalb der durch das Niveau der Mindestsicherung definierten „Armutgrenze“ liegt. Hier dürften bei unterdurchschnittlichen Einkommen in der Erwerbsphase schon Probleme bestehen, die auch damit zu tun haben, dass, abgesehen von arbeits- oder tarifvertraglichen Lösungen, die Versicherten den erforderlichen Zusatzaufwand selbst zu schultern haben. Zum anderen basiert die Entlastungsfunktion für die subsidiären Systeme, also finanziell für den Staatshaushalt, auf dem umfassenden und verpflichtenden Charakter der Sozialversicherung. Daran fehlt es bei der nun zum Gesamtkonzept der sozialen Vorsorge zählenden steuerlich geförderten privaten Vorsorge.

Im Hinblick auf die Akzeptanzfunktion eines beitragsfinanzierten Systems neben der allgemeinen Steuerlast lässt sich mit einer gewissen Überspitzung sagen, dass hier wohl einer der eigentlichen Antriebe für die Reform zu suchen ist. Angesichts der gegebenen demographischen Lage ist nicht zu bestreiten, dass ein „Weiter so!“ beim bisherigen beitragsfinanzierten Rentenniveau in der gesetzlichen Rentenversicherung angesichts noch um 1990 prognostizierter Beiträge von 40 % mit Sicherheit die Exit-Option⁵⁹ nicht nur bei den Arbeitgebern, sondern auch bei den Versicherten zu einer ernst zu nehmenden Gefahr hätte werden lassen. Wenn man allerdings berücksichtigt, dass diejenigen, die im neuen System ein entsprechendes Alterseinkommen aufbauen wollen, nun eben anstelle der Beiträge private Sparleistungen aufbringen müssen, dürfte auch hier die bereits zitierte⁶⁰ „Wohltat der Intransparenz“ ein wichtiger Aspekt des Neuen sein.

Dafür, dass das neue Modell für die heutigen noch jungen Versicherten wegen der Beitragsbegrenzung nicht wirklich „günstiger“ (im Vergleich der eingesetzten Kosten und des zu erwartenden Nutzens) ist als eine höhere Beitragslast in der gesetzlichen Rentenversicherung, spricht schon die im neuen System reduzierte Beitragsbelastung

59 Siehe oben bei Fußn. 32. Es ist sicherlich auch eine realistische Einschätzung der gegebenen Exit-Optionen, dass hohe Kosten für soziale Vorsorge eher bei Arbeitgebern zur Abwanderung führen als bei Arbeitnehmern. Dieses unterschiedliche Maß an Mobilität lässt es insofern auch als eine realistische Strategie erscheinen, vor allem den (heute jungen) Versicherten die Last für die demographischen Verwerfungen aufzuladen. Zu der Prognose von 40 Beitragssatzpunkten siehe Rürup-Kommission (Fußn. 53), S. 66.

60 Fußn. 33.

der Arbeitgeber.⁶¹ Insgesamt dürfte im Hinblick auf die Akzeptanzfunktion jeweiliger Formen der Finanzierung sozialer Vorsorge ein Aspekt der Reform sein, dass sich das Dilemma der Kosten künftiger eigener Lebensstandardsicherung im Alter bei gleichzeitiger Erfüllung des für einen selbst nicht mehr so geltenden „Generationenvertrags“ sich durch Individualisierung der Absicherung, Unklarheit von Renditekalkülen und Hinausschieben der eher harten Folgen in künftige Zeiten (bei Unklarheit über die dann gegebene Rechtslage) weniger scharf darstellt – gewissermaßen „weichgezeichnet“.

Der soziale Ausgleich innerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung, der hier allerdings ohnehin insofern nicht ganz dem Modell entspricht, als er in erheblichem Maße steuerfinanziert ist, reduziert sich in seiner Hebelwirkung durch Absenkung des Rentenniveaus, während die ergänzende private Altersvorsorge sozialen Ausgleich nicht vorsieht und – insoweit kann auf den oben thematisierten Zusammenhang von sozialem Ausgleich und Zwangscharakter der Sozialversicherung verwiesen werden – wegen der privatautonomen Entscheidungen über die private Vorsorge auch nicht vorsehen kann. Insbesondere kann die steuerliche Förderung nicht als eine Form des sozialen Ausgleichs angesehen werden, da sie nicht etwa eine einkommensnivellierende Wirkung hat.

Der Vergleich in den zur sozialen Vorsorge durch Sozialversicherung formulierten Kategorien zeigt zum einen, dass der Umbau der Alterssicherung in der Tat als ein Zurückfahren sozialer Vorsorge zugunsten eines Modells subventionierter individueller Optionen darstellt, dem wesentliche Elemente sozialer Vorsorge fehlen. Andererseits zeigt der Vergleich auch, dass und wie mit einigen Modifikationen auch eine private Altersvorsorge funktionales Äquivalent zur Sozialversicherung werden könnte. Das wesentlichste wäre ein umfassender verpflichtender Charakter eines solchen Systems verbunden mit in ihm angelegtem sozialen Ausgleich. Ein Blick ins Ausland⁶² zeigt mögliche Optionen.

b) Ansätze zu sozialer Vorsorge mit Pflichtcharakter und sozialem Ausgleich in Privatversicherungsform

Der zweite hier exemplarisch behandelte Bereich kann eher als die in Deutschland praktizierte private Altersvorsorge als soziale Vorsorge außerhalb der Sozialversicherung bezeichnet werden. Es ist als schon seit längerem praktiziertes Modell die private Pflege-Pflichtversicherung nach § 23 SGB XI, und es ist seit kurzem die allgemeine

61 Auch wenn man zu Recht den Sozialversicherungsbeitrag des Arbeitgebers als „Soziallohn“ ansieht, macht es gerade im vorliegenden Kontext, wo es um Akzeptanz, also einen psychischen Sachverhalt geht, einen großen Unterschied, ob die Arbeitgeberbeiträge gesetzlich bestimmt sind oder wie bei möglichen Arbeitgeberbeteiligungen an der privaten Altersvorsorge der Aushandlung am Arbeitsmarkt unterliegen.

62 Siehe etwa *Becker*, in: ders. (Hrsg.), Festschrift für Franz Ruland (Fußn. 55), S. 575 ff., mit Bezugnahmen u. a. auch auf die Niederlande und die Schweiz.

Versicherungspflicht der nicht Sozialversicherten oder anders zwingend Abgesicherten in der PKV (§ 193 VVG), verbunden mit den Regelungen zum Basistarif (§ 12 VAG).

Das Gemeinsame an diesen beiden Gestaltungen, die hier ebenso wenig wie die staatlich geförderte private Altersvorsorge inhaltlich diskutiert werden können⁶³, ist die Verknüpfung von umfassender Versicherungspflicht bei den Versicherten mit starker staatlicher Regulierung der Versicherer – insbesondere Kontrahierungszwang zu staatlich bestimmten Basisbedingungen und regulierten Prämien, dadurch gegebenem sozialem Ausgleich sowie einem gesetzlich vorgegebenem Risikoausgleich unter den Versicherern. Die Nähe dieser Systeme zur Sozialversicherung ist offensichtlich und wurde im Vorfeld der Einführung der Pflegeversicherung explizit als „Sozialversicherung durch Privatversicherung“ auch verfassungsrechtlich gewürdigt.⁶⁴

In der Tat sind mit den genannten Gestaltungen wesentliche Elemente sozialer Vorsorge, so wie sie Merkmale von Sozialversicherung sind, auch im Übergang auf die privatversicherungsrechtliche Form im Kern gewahrt geblieben, nämlich der breite verbindliche Charakter der Abdeckung der erfassten sozialen Risiken und damit, verbunden mit dem ohnehin hier unproblematischen Element der Eigenvorsorge, die Entlastungsfunktion gegenüber den steuerfinanzierten Hilfesystemen sowie auch der soziale Ausgleich, der möglicherweise sogar bei der Basisversicherung für Krankheit in der PKV bis in den Kreis der „echt“ Privatversicherten außerhalb des Basistarifs hineinreicht.⁶⁵

Die sich abzeichnende Option einer Verschmelzung sozialversicherungsmäßiger und privatrechtlicher sowie privatwirtschaftlicher sozialer Vorsorge gegen Krankheit und Pflegebedürftigkeit wird erst richtig deutlich, wenn man auch noch die Entwicklung der GKV in den letzten Jahren betrachtet. In einer Reihe von Reformschritten, von denen als Anfangspunkt die weitgehende Öffnung der Kassen für Wahlrechte der Versicherten und damit die Ausweitung des Wettbewerbs jener um diese⁶⁶ durch das GSG von 1992 stehen kann und der (vorläufige) Endpunkt in den als Einheit zu betrachtenden Gesetzen

63 Siehe zur privaten Pflege-Pflichtversicherung kontrovers *Wasem*, Die private Pflegepflichtversicherung – ein Modell für eine alternative Organisation der sozialen Sicherung zwischen Markt und Staat?, in: Schmähl (Hrsg.), Soziale Sicherung zwischen Markt und Staat, Berlin 2000, S. 71 ff.; *Eisen*, Die private Pflegepflichtversicherung – eine Missgeburt, ebda., S. 111 ff.; zur neuen Basis-Krankenversicherung: *Grote/Bronkars*, Gesundheitsreform und private Krankenversicherung – wirtschaftliche Konsequenzen für Versicherer und Versicherte, VersR 2008, S. 580 ff.; *Axer*, Einbeziehung der PKV in die GKV, MedR 2008, S. 482 ff.

64 Vgl. *Krause*, in: Sozialpolitik und Wissenschaft (Schriften des Deutschen Vereins für Öffentliche und Private Fürsorge, Allgemeine Schrift 269), Frankfurt a.M. 1992, S. 106 ff.

65 *Grote/Bronkars* (Fußn. 63), VersR 2008, S. 580 ff.

66 Um schon vorher mit Wahlmöglichkeiten ausgestattete Versicherte, nämlich diejenigen, welche die Option hatten, eine Ersatzkasse zu wählen, hatte es schon zuvor einen Wettbewerb gegeben, der allerdings wegen der Risikostrukturen so ungleich war, dass es sich für die alten „RVO-Kassen“ nicht ernsthaft lohnte, ihn wirklich anzunehmen.

GKV-WSG und GKV-OrgWG liegt⁶⁷, hat sich die GKV – und damit wegen deren organisatorischer Akzessorietät auch die soziale Pflegeversicherung – in eine Richtung bewegt, die Elemente der Privatversicherung aufweist. Bei den Versicherern ist es vor allem die motivations- und damit verhaltenssteuernde Wirkung des Kassenwettbewerbs, welche die Kassen immer mehr dazu veranlasst, unternehmerisch zu planen und zu handeln. Dabei kommt es, wie die Praxis zeigt, gar nicht darauf an, dass die Kassen nicht auf die Erzielung von Kapitalrenditen ausgerichtet sind. Der Wettbewerb mit dem Risiko des Scheiterns in demselben bis hin zum Risiko des Untergangs⁶⁸ genügte völlig, um unternehmerisches Denken bei den Kassenvorständen einziehen zu lassen. Konsequenterweise bedürfte es darum mit dem Risikostrukturausgleich zwischen den Kassen eines gegensteuernden Instruments zur Verhinderung von Risikoselektion, welche dem Versorgungsauftrag der Kassen widerspricht, welche aber unter Wettbewerbsbedingungen eine gewissermaßen „natürliche“ Strategie darstellt. Damit wurde in die Sozialversicherung ein Instrument eingeführt, welches vom Typ her zu den Instrumenten gehört, mit welchen durch staatliche Regulierung privatwirtschaftliche Akteure auf Gemeinwohlziele orientiert werden.

In den Beziehungen zu den Versicherten wurde durch Optionen hinsichtlich des Maßes des Versicherungsschutzes (Selbstbehalte, Prämien), hinsichtlich der Art des Versicherungsschutzes (Sachleistung oder Kostenerstattung) und hinsichtlich der Ausgestaltung der Sachleistung (Formen der Selbstbindung an bestimmte Versorger und Versorgungsformen, umzusetzen zusammen mit Flexibilisierungen der Beziehungen zu den Leistungserbringern unter dem Vorzeichen des „Vertragswettbewerbs“) ein Maß an Individualisierung und privatautonomer Gestaltung geschaffen, welches eher typisch für Privatversicherung ist.

All dies hat nichts daran geändert, dass die Kernelemente von Sozialversicherung, nämlich umfassende Abdeckung des sozialen Risikos⁶⁹, Beitragsfinanzierung und damit Entlastung der Hilfesysteme⁷⁰, sozialer Ausgleich unter den Versicherten – wegen des Risikostrukturausgleichs weitgehend unter allen GKV-Versicherten gemeinsam – und die Ausgestaltung als Zwangsversicherung, erhalten geblieben sind. Vor dem Hin-

67 Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz) v. 26.3.2007, BGBl I S. 378; Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung v. 15.12.2008, BGBl I S. 2426.

68 Dabei ist die im Zusammenhang mit den Reformen der Jahre 2007 und 2008 mit lautem Getöse begleitete Ausweitung der Insolvenzfähigkeit von Kassen nicht etwa die wichtigste Form des Scheiterns. Wie die Verringerung der Kassenzahl von ca. 1.100 in 1994 bis auf ca. 200 in 2008 überwiegend durch Fusionen zeigt, ist vielmehr die Hauptform, in welcher sich Erfolg oder Scheitern ausdrücken, das „Schlucken“ anderer Kassen oder das „Geschlucktwerden“.

69 Zu Grenzen politischer „Zurückführung“ der Risikoabdeckung in einer als Pflichtversicherung ausgestalteten GKV siehe BVerfGE 115, 25.

70 Diese Entlastung ist dadurch noch verstärkt worden, dass die Bezieher von Alg II nach § 5 Abs. 1 Nr. 2a SGB V pflichtversichert sind, was zwar formal aus Steuermitteln finanziert wird (§ 251 Abs. 4 SGB V), aber wegen der mangelnden Deckungsfähigkeit dieser Beiträge den sozialen Ausgleich in der GKV erhöht.

tergrund dieser Entwicklung der GKV und der umgekehrten Entwicklung der PKV zeichnet sich eine Verschmelzungsperspektive ab, welche den Unterschied zwischen beiden Formen praktisch immer weniger relevant erscheinen lassen könnte – bis hin zur Irrelevanz der öffentlich-rechtlichen Form sowohl der Organisation als auch der Rechtsbeziehungen. Das wäre der Weg, den die Niederlande gegangen sind.

Für solche hybriden Gestaltungen stellt sich dann aber eine Alternative – oder wohl besser die Frage der Platzierung auf einem Kontinuum – zwischen erwerbswirtschaftlicher, also gewinn- und renditeorientierter Vorsorge und einer „Non-Profit-Orientierung“, wie sie dem Selbstverständnis etwa der freien Wohlfahrtspflege entspricht. Es geht einerseits – ganz verallgemeinernd über die soziale Vorsorge hinaus – um die Frage, ob bzw. inwieweit staatliche Regulierung privatwirtschaftlicher Aktivität zur Orientierung solcher Form von Daseinsvorsorge auf Gemeinwohlziele ausreicht oder ob bzw. inwieweit die Orientierung auf Gemeinwohlziele auch in die Organisation selbst – neudeutsch: in ihre Governance – einzubauen ist. Bezogen auf die Weiterentwicklung der GKV wäre in diesem Sinne zu klären, welche Effekte es für diesen Zweig sozialer Vorsorge hätte, wenn sich die Kassen zu echten, sich von den privaten Versicherern nicht mehr wesentlich unterscheidenden Unternehmen weiterentwickelten, bei denen der Wettbewerb und der einzelwirtschaftliche Erfolg nicht nur ein Instrument zur Integration in der Privatwirtschaft erprobter Elemente in die öffentliche Verwaltung, also ein Fall von „New Public Management“, sondern die eigentlichen Organisationsziele wären. Das Konzept der sozialen Vorsorge als eine über die Sozialversicherung und auch über die staatliche Aufgabenerfüllung hinausgehende Aufgabe erleichtert die systematische Einordnung und Behandlung solcher Fragen und fördert zugleich die Anschlussfähigkeit an die allgemeinere Diskussion um das Verhältnis von Staat und Privatwirtschaft bei der Erfüllung von Funktionen, welche traditionell zur Daseinsvorsorge zählen.⁷¹

III. Vorsorgeverhältnis als Rechtsbegriff

Bisher ist soziale Vorsorge und sind Funktionen derselben, die am Beispiel vor allem der Sozialversicherung systematisiert wurden, als analytische sowohl dem Rechtsvergleich als auch dem sozialpolitischen Vergleich funktionaler Äquivalente dienende Kategorien verwendet worden. Es fragt sich aber, ob nicht die Gemeinsamkeiten verschiedener Rechtsbeziehungen, welche mit der Verwendung des Begriffs der sozialen Vorsorge impliziert sind (etwa Gemeinsamkeiten der verschiedenen Sozialversicherungs-

71 Siehe etwa *Broß*, Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben aus verfassungsrechtlicher Sicht, WSI-Mitteilungen 2008, S. 577 ff.; *Ronellenfitsch*, Daseinsvorsorge und Wirtschaftlichkeit des Eisenbahnwesens, DVBl 2008, S. 201 ff.; *Bull*, Daseinsvorsorge im Wandel der Staatsformen, Der Staat 2008, S. 1 ff.

zweige und darüber hinaus mit solchen Gestaltungen wie die private Pflege-Pflichtversicherung oder die subsidiäre Pflicht-Basisversicherung in der PKV), auch eine Grundlage für die Verwendung des Begriffs des Vorsorgeverhältnisses als Rechtsbegriff bilden. Rechtsbegriffe, wenn sie nicht durch den Gesetzgeber aufgrund politischen Ermessens eingeführt und damit der Rechtsdogmatik vorgegeben werden, rechtfertigen sich aus ihrem rechtsdogmatischen „Ertrag“ im Sinne einer Förderung von Ordnung des positiven Rechts und des Verständnisses der ihm zugrunde liegenden allgemeineren Prinzipien. Dazu müssen sie einen Bezug zu Rechtsfolgen so bezeichnen können, dass sie in einem geordneten System ihren logischen Platz haben. Demgemäß müsste ein Rechtsbegriff „Vorsorgeverhältnis“ sinnvollerweise zum einen ein Unterfall von „Rechtsverhältnis“ also einer rechtlichen Sonderbeziehung sein. Zum anderen müsste er rechtlich bedeutsame Gemeinsamkeiten bezeichnen, welche alle „Vorsorgeverhältnisse“ im Gegensatz zu anderen Rechtsverhältnissen gemeinsam haben.

Zwar lässt sich problemlos ein Begriff des „Vorsorgeverhältnisses“ bilden, welches die jeweils allgemeinste Sonderrechtsbeziehung (Grundverhältnis) der Personen, um deren Vorsorge es geht, zu den für die Umsetzung dieser Vorsorge zuständigen Stellen bezeichnet. Bezogen auf die hier betrachteten Institutionen würde „Vorsorgeverhältnis“ als Oberbegriff für die Grundverhältnisse zu den einzelnen Sozialversicherungsträgern, aber auch für solche privaten Versicherungsverhältnisse dienen, welchen man – wie hier die private Pflege-Pflichtversicherung und die neue Pflicht-Basiskrankenversicherung – der sozialen Vorsorge zuordnet.

Für den Nutzen einer solchen Begriffsbildung als rechtsdogmatischer, also rechtlich praktischer Begriff spricht wenig. Schon innerhalb der Sozialversicherung zeigt sich, dass auf der Begriffsebene von „Vorsorgeverhältnis“ kaum Relevantes zu verorten wäre. Selbstverständlich ist es praktisch relevant, das jeweilige Versicherungsverhältnis als Grundverhältnis von den aus jeweiligen Versicherungsfällen erwachsenden Rechtsbeziehungen zu unterscheiden – ebenso wie weitere konkrete Rechtsbeziehungen unabhängig von Versicherungsfällen entstehen können. Aber schon hier würde man wenig Ertrag haben. Was soll es nützen, demjenigen, der auch nur einen Monat beitragspflichtig beschäftigt war und darum zu einem Träger der gesetzlichen Rentenversicherung in einem aus dem Beitrag erwachsenden Sonderrechtsverhältnis steht, ein „Vorsorgeverhältnis“ zuzuschreiben? Er sammelt Anwartschaften, er ist in jeweiligen Situationen beitragspflichtig beschäftigt oder nicht, er hat im Rahmen der Selbstverwaltung Partizipationsrechte usw. Aus dem Vorsorgeverhältnis selbst folgt rechtlich jedoch nichts.

Ähnliches lässt sich für die GKV darstellen, bei welcher mit Bezug auf Familienversicherte noch zwischen Mitgliedschaft und Versicherungsverhältnis zu unterscheiden ist. Noch problematischer ist schon die Bestimmung des Vorsorgeverhältnisses in der gesetzlichen Unfallversicherung. Es erwächst aus den vielen disparaten Tätigkeiten, welche als versicherte Tätigkeit Grundlage für die Bejahung eines Versicherungsfalles sein können. Über die bisweilen schwierige Bejahung oder Verneinung einer versicherten Tätigkeit hinaus besagte ein Rechtsbegriff des Vorsorgeverhältnisses nichts. Noch

weiter weg von möglichen Rechtsfolgen wäre ein allgemeiner Begriff des Vorsorgeverhältnisses unter Einbeziehung privatrechtlicher sozialer Vorsorge. Hier könnte dieser Begriff immerhin in Abgrenzung von Rechtsbeziehungen aus einem Versicherungsvertrag diejenigen Beziehungen bezeichnen, die sich aus der Versicherungspflicht auf Seiten des Vorsorgeadressaten und dem Kontrahierungszwang auf Seiten des Versicherers ergeben. Aber dies wäre erstens nur ein sehr enges Feld, und es wäre zweitens kaum von praktischer Bedeutung. Erst mit Konkretisierungen – etwa der Wahl eines Versicherers durch den gesetzlich Versicherungspflichtigen – entstehen rechtliche Sonderbeziehungen zwischen bestimmten Rechtssubjekten. Die sind aber schon wieder spezieller als ein allgemeines Vorsorgeverhältnis.

Fazit ist also: Soziale Vorsorge und auch die Beziehungen zwischen den Adressaten und den Trägern sozialer Vorsorge konkretisieren sich zu einer Vielzahl von Sonderrechtsverhältnissen (ergänzend zu den bisher betrachteten Beispielen könnte noch auf die Beitragspflicht oder auf Auskunftspflichten eingegangen werden). Das „Vorsorgeverhältnis“ als den Systemen der sozialen Vorsorge gemeinsames Grundverhältnis mit (nur) ihm zuzuordnenden Rechtsfolgen existiert aber nicht. Dann liegt es nahe, die Rechtsbegriffe wie Versicherungsverhältnis, Anwartschaftsverhältnis, Mitgliedschaftsverhältnis usw. gemäß den jeweils einschlägigen Tatbeständen zu verwenden. Dem Begriff der sozialen Vorsorge bleibt dann die wichtige Aufgabe, im sozialpolitischen und im rechtsvergleichenden Diskurs Funktionen und funktionale Äquivalente zuzuordnen und deren systematische Diskussion zu erleichtern.

Das Vorsorgeverhältnis – die richtige Frage für einen Rechtsvergleich?

Peter A. Köhler

I. Bedeutung und Bedeutungswandel des Wortes „Vorsorge“	134
1. Das Wort „Vorsorge“ versteht sich nicht von selbst	134
2. Deutsche Etymologie und aktuelle Bedeutung	138
3. Das Wort „Vorsorge“ in anderen Sprachen	140
II. „Vorsorge“ als rechtlicher Terminus	143
1. „Vorsorge“ im deutschen Sozialgesetzbuch	143
2. „Vorsorge“ und „Vorsorgeprinzip“ in internationalen und supranationalen Rechtsdokumenten	145
a) Internationale Rechtsdokumente	145
b) Supranationales Recht	151
3. Unsicherheit – ein neues altes Rechtsproblem	155
III. Die Unsicherheit des Daseins und die Sicherung des Daseins durch Daseinsvorsorge	157
1. Soziale Unsicherheit: Daseinsangst	157
2. Daseinsvorsorge und deutsche Verwaltungswirklichkeit der Zwischenkriegszeit	161
3. Funktioniert der funktionale Rechtsvergleich und wenn ja, warum?	166
a) Funktionaler, nicht funktionalistischer Rechtsvergleich	166
b) Form ever follows function	170
c) Die Frage nach dem tertium comparationis richtig stellen	171
IV. Att lägga livet till rätta – Sich das Leben zurecht legen in Schweden	173
1. Funktionalismus in Schweden: „Funkis“	174
2. „Folkhem” und „Volksgemeinschaft”	178
a) In Schweden: „Folkhem“	178
b) In Deutschland: „Volksgemeinschaft“	181
3. Vorbeugende Daseinsvorsorge: Volksgesundheit und Homogenität des Volkes	183
a) Der Ansatz der „Sozialingenieure“	185
(1) Die Myrdals	185
(2) Die Stockholm-Ausstellung 1930	187
(3) Die Sterilisierungsgesetze von 1934 und 1941	188
b) Der Ansatz im Maßnahmestaat	190
c) „Wie konnte das nur geschehen?“	192
(1) Alle machten mit	193
(2) Daseinsvorsorge statt Grundrechtsschutz	196