

Amhaouach-Lares | Kalle | Wiese [Hrsg.]

Solidarität und Selbstverantwortung



Nomos

Junge Tagung Sozialrecht

Lamia Amhaouach-Lares | Ansgar Kalle | Lara Wiese [Hrsg.]

Solidarität und Selbstverantwortung



Nomos

Diese Publikation ist an der Ruhr-Universität Bochum, der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und der Goethe-Universität Frankfurt am Main entstanden. Ihren Druck hat die Sozietät SOH Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB (soh.de) aus Essen finanziert.

SOH

Die Open-Access-Veröffentlichung wurde durch Förderungen der Open-Access-Publikationsfonds der o.g. Universitäten ermöglicht.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2026

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1992-2

ISBN (ePDF): 978-3-7489-5530-6

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748955306>



Onlineversion
InLibra



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Hintergrund und Dank

Dieser Band enthält die Schriftfassungen der Vorträge, die vom 17. bis zum 19. März 2025 auf der Zweiten Jungen Tagung Sozialrecht in Berlin gehalten wurden.

Die Tagung wurde im Vorjahr von *Dr. Jan-Alexander Daum*, *Dr. Sören Deister* und *Dr. Anna-Lena Hollo* ins Leben gerufen, um dem sozialrechtlichen Nachwuchs aus Lehre und Praxis ein Forum zum Austausch zu eröffnen. Ein solches Format existiert bereits seit längerem für andere Fächer, etwa das Arbeitsrecht, das öffentliche Recht und das Zivilrecht. Dort hat es den Austausch zwischen fachlich Interessierten aus ganz Deutschland – aber auch den europäischen Nachbarn – erheblich erleichtert. Hieran soll die sozialrechtliche Nachwuchstagung anknüpfen.

Im Jahr 2025 bezog sich der Austausch auf zwei Eckpfeiler des Sozialrechts: die Solidarität und die Selbstverantwortung. Die Tagung beleuchtete einige Problemstellungen, die mit diesen Leitprinzipien in unmittelbarer Verbindung stehen und mit denen sich Wissenschaft und Praxis gegenwärtig auseinandersetzen. Wir haben uns für dieses Generalthema entschieden, weil es uns ermöglichte, spezifische sozialrechtliche Fragestellungen auf die Grundstrukturen des Sozialrechts zurückzuführen, um mit deren Hilfe Lösungsvorschläge zu erarbeiten. Von diesem Abstraktionsschritt haben wir uns versprochen, dass er uns dabei hilft, Vorschläge zu entwickeln, die auf einem belastbaren Fundament fußen und sich in das Gesamtsystem des Sozialrechts einfügen.

Bei der Gestaltung des Tagungsprogramms war es uns ein besonderes Anliegen, das Generalthema aus den Blickwinkeln der unterschiedlichen Teilbereiche des Sozialrechts zu betrachten. Daher decken die Vorträge ein breites Fachspektrum ab. So sind mit der Scheinselbstständigkeit, der Finanzierung der Sozialversicherungen, der Leistungskürzung wegen Mitverschuldens, der Unfallversicherung im Home Office, der Notfallversorgung, der Arbeitsmarktintegration von Schutzsuchenden und dem Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum zahlreiche unterschiedliche Problemkreise vertreten, welche die angesprochenen Eckpfeiler des Sozialrechts – Solidarität und Selbstverantwortung – in unterschiedlichen Weisen berühren.

Zum Gelingen dieser Tagung haben zunächst die Referentinnen und Referenten beigetragen. Sie haben in ihren Vorträgen viele Thesen entwickelt, um sozialrechtliche Fragestellungen zu bewältigen. Einen ähnlich gewichtigen Beitrag hat unser Publikum geleistet, das alle Thesen mit hohem Engagement und großem fachlichen Tiefgang diskutiert hat. Dank gebührt ferner unseren Förderinnen und Förderern. Hierzu zählt insbesondere die Kanzlei SOH, die uns die Mittel bereitgestellt hat, die notwendig waren, um die Vorträge der Sozialrechtstagung erstmals in einem Tagungsband zu veröffentlichen. Dass der Tagungsband im Open-Access-Format erschienen ist, verdanken wir den Förderfonds der Ruhr-Universität Bochum, der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Unterstützt wurde die Tagung ferner durch die Fachverlage C.H. Beck, Duncker & Humblot, Erich Schmidt, Kohlhammer und Nomos sowie durch die Kanzlei Altenburg. Einen wichtigen Beitrag zur Tagung erbrachte zudem der GKV-Spitzenverband als Hausherr des Tagungsorts. Mit dem Deutschen Sozialrechtsverband, dem Deutschen Sozialgerichtstag und dem ineges konnten wir drei weitere zentrale Akteure des Sozialrechts als Förderer gewinnen. Ein besonderer Dank gebührt weiter dem Arbeitsrecht Bonn e.V., der die Anreise und die Übernachtung des Bonner Nachwuchses finanziell unterstützt hat. Schließlich danken wir den Bonner Schwerpunktereichsstudentinnen *Ann-Christin Langenberg* und *Nivachini Amirthaligam* für ihre tatkräftige Unterstützung vor Ort.

Frankfurt am Main
Bonn
und Bochum
im Mai 2025

Lamia Amhaouach-Lares
Ansgar Kalle
und Lara Wiese

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	9
<i>Jonathan Ströttchen</i>	
Solidarprinzip unter Druck – Spannungsverhältnisse im Finanzierungs- und Leistungsrecht der GKV	11
<i>Jana Schäfer-Kuczynski</i>	
Solidarität und Selbstverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung	33
<i>Alexander Pionteck</i>	
Scheinselbstständigkeit – Reichweite und Grenzen sozialversicherungsrechtlicher Sanktionsinstrumente	49
<i>Luise Brunk</i>	
(Schein)Selbstständigkeit: Zwischen solidarischen Beitragslasten und eigenverantwortlicher Vorsorge	67
<i>Annalena Mayr</i>	
Die Bezahlkarte als Beschränkung der Selbstverantwortung	89
<i>Jana Bub</i>	
Die Leistungsausschlüsse von Unionsbürger*innen im Spannungsfeld von finanzieller Solidarität und Selbsthilfe durch (freiwillige) Ausreise	109
<i>Klara Lübbers</i>	
Die systemübergreifende Rückabwicklung zu Unrecht gewährter Kindergeldzahlungen	129
<i>Anna Berry</i>	
§ 1 SGB V und die Quadratur des Kreises: Wie können sich Solidarität und Eigenverantwortung ergänzen?	151

Jennifer Grafe

Geschlechtervarianz im Gesundheitsrecht – Ein rechtlich in der
Selbstverantwortung verortetes Problem der Solidarität (?) 171

Verena Vinzenz

Die Erfassung gemischtwirtschaftlicher Tätigkeiten durch das
Sozialrecht 193

Katharina Haase

Wirtschaftliche Selbstverantwortung von und Solidarität gegenüber
Leistungserbringern nach dem SGB XI während der Corona-
Pandemie – eine Analyse von § 150 Abs. 2 SGB XI a. F. 217

Dominik Schmitz

Die Arbeitsmarktintegration von Geduldeten und sozialrechtliche
Berechtigung – zwischen Inklusion und Exklusion 241

Anja Pecher

Reform der Notfallversorgung – Das Spannungsfeld zwischen
Selbstverantwortung und Patientensteuerung in einem solidarischen
Gesundheitssystem 265

Vorwort

Der vorliegende Tagungsband beinhaltet die Früchte der vom 17.-19. März 2025 durchgeführten „Zweiten Jungen Tagung Sozialrecht“. Es ist bemerkenswert, dass das in der universitären Lehre kaum sichtbare Sozialrecht unter den „jungen“ Juristinnen und Juristen aus Wissenschaft und Praxis eine so große Resonanz, ausgedrückt in der hohen Teilnehmendenzahl und der Hochkarätigkeit der Wortbeiträge, gefunden hat. Abgesehen davon, dass das Sozialrecht, als in Gesetz gegossene Sozialpolitik, immer am Puls des gesellschaftlichen Zusammenlebens und damit im Zentrum des Handelns der politisch Verantwortlichen steht, mag auch das Generalthema der Veranstaltung „Solidarität und Selbstverantwortung“ das seinige zu dem großen Zuspruch beigetragen haben. Denn auch insoweit hat die Tagung nicht nur den „Nerv“ der Zeit des gerade hinter ihr liegenden Bundestagswahlkampfes getroffen, sondern hat auch (fast) das gesamte Sozialrecht „bearbeitet“. Damit jedoch nicht genug, auch Beiträge zum Arbeitsrecht waren zu hören, an der Schnittstelle zum Sozialrecht. So wurden die Beschäftigung Scheinselbstständiger sowie die Reichweite und Grenzen sozialversicherungsrechtlicher Sanktionsinstrumente und der Spagat zwischen solidarischen Beitragslasten und eigenverantwortlicher Vorsorge in den Blick genommen und der Blick auch über den deutschen „Tellerrand“ hinaus – wie schon bei der letzten Tagung – nach Österreich gewandt.

Solidarität und Selbstverantwortung sind Ausdruck von Gleichheit und Freiheit und Grundlagen für Gleichberechtigung. Sie sind kein Gegensatzpaar, sondern gehören untrennbar zusammen. Solidarität findet ihre Grenze in der Selbstverantwortung, deren Wahrnehmung wiederum ohne Solidarität nicht möglich ist. Die Ausgestaltung im Einzelnen obliegt dem Gesetzgeber und unterliegt zugleich immer wieder dem politischen Diskurs. Dies gilt für alle Sozialleistungssysteme, mögen sie beitrags- oder steuerfinanziert sein. Sozialversicherung oder Vorsorge ist durch das Element des „sozialen Ausgleichs“, als Ausdruck der Solidarität, gekennzeichnet und unterscheidet sich damit von „Versicherung“. Aber auch sie erfordert Selbstverantwortung der Leistungsbezieher, soll das „System“ nicht (finanziell) aus den „Nähten platzen“ und „ausgenutzt“ werden. Für die steuerfinanzierten Hilfesysteme gilt dies allemal – hier ist der Fokus allerdings stärker auf die Grenzen der Solidarität gerichtet. Stichworte sind insoweit zB die

Höhe dessen, was die „Gesellschaft“ bereit ist, zur Existenzsicherung iS des Gewährleistungsanspruchs aus Art. 1 iVm Art. 20 GG zu tragen und wie viel Selbstverantwortung – mit welchen Konsequenzen beim definierten Verfehlen dieser – vom einzelnen Leistungsbezieher verlangt werden kann.

Diese kurzen „Blitzlichter“ zeigen bereits die beiden grundlegenden Fragen, mit denen sich die Beiträge der Veranstaltung – mit dem Fokus auf Solidarität und Selbstverantwortung – im Kern befasst haben: Finanzierung und Ausgestaltung der Leistungen der Sozialleistungssysteme. Im Sinne der Pflege und Weiterentwicklung des Sozialrechts als eines für moderne Gemeinwesen wichtigen Rechtsgebietes ist den Teilnehmerinnen und Teilnehmern, den Referentinnen und Referenten und insbesondere den Organisatorinnen und Organisatoren der Tagung zu danken!

Prof. Dr. Stefan Huster
Ruhr-Universität-Bochum

Prof. Sabine Knickrehm
BSG und Georg-August-Universität
Göttingen

Solidarprinzip unter Druck – Spannungsverhältnisse im Finanzierungs- und Leistungsrecht der GKV

*Dr. Jonathan Ströttchen**

Das System der gesetzlichen Krankenversicherung ist durchzogen und getragen vom Prinzip der Solidarität. Solidarität als Prinzip erfordert einen ständigen Ausgleich des sich aus der Solidaritätsverpflichtung des Einzelnen und den Leistungen der Solidargemeinschaft ergebenden Spannungsverhältnisses (I). Die bewährten Ausgleichsmechanismen geraten derzeit mangels hinreichender Finanzmittel unter Druck, insbesondere in den Bereichen des Finanzierungs- und des Leistungsrechts (II). Reformen innerhalb des bestehenden Systems scheinen zwar möglich. Das Solidarprinzip setzt hier jedoch Grenzen (III). Auch deshalb werden Diskussionen zur Ersetzung des Solidarprinzips und der solidarischen Finanzierung in der gesetzlichen Krankenversicherung geführt. Dieser Beitrag setzt sich mit der Frage auseinander, ob ein solcher Systemwechsel geeignet ist, die Finanzierungsprobleme der gesetzlichen Krankenversicherung nachhaltig zu entschärfen (IV).

I. Solidarprinzip als Ausgleichsverhältnis

Das Solidarprinzip in der gesetzlichen Krankenversicherung findet seinen programmatischen Ausgangspunkt in § 1 S. 1 SGB V. Danach ist es Aufgabe der gesetzlichen Krankenversicherung als Solidargemeinschaft, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern. Der Begriff der Solidargemeinschaft adressiert hier zwar zunächst vor allem die selbstverwaltete Krankenversicherung als Aufgabenträger in Abgrenzung zum Staat. Aus dieser Aufgabenzuweisung allein ergibt sich deshalb nicht bereits auch eine das System der

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Medizinrecht, Schmidt, von der Osten & Huber, Essen.

gesetzlichen Krankenversicherung charakterisierende Programmatik.¹ Dass die Norm insoweit aber Solidarität als Prinzip wenn nicht konstituiert, so doch voraussetzt, wird jedenfalls durch § 1 S. 3 SGB V deutlich. Danach sind die Versicherten für ihre Gesundheit mit verantwortlich. Sie sollen durch eine gesundheitsbewusste Lebensführung, durch frühzeitige Beteiligung an gesundheitlichen Vorsorgemaßnahmen sowie durch aktive Mitwirkung an Krankenbehandlung und Rehabilitation dazu beitragen, den Eintritt von Krankheit und Behinderung zu vermeiden oder ihre Folgen zu überwinden. Den durch eigene Mitgliedschaft erlangten oder über eine fremde Mitgliedschaft vermittelten Rechten stehen also über die finanzielle Beitragspflicht hinausgehende Verpflichtungen gegenüber, die im Sinne der Solidargemeinschaft aller Versicherten Krankheitskosten vermindern sollen. Der damit eingeführte Zweiklang von Solidarität einerseits und Eigenverantwortung andererseits ist der amtlichen Überschrift des § 1 SGB V zu entnehmen.

1. Solidarprinzip im Finanzierungsrecht

Effektiven Niederschlag findet das Solidarprinzip dann erst in § 3 SGB V, mit dem die solidarische Finanzierung des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung konstituiert wird. Nach § 3 S. 2 SGB V richten sich die von den Mitgliedern und den Arbeitgebern zu entrichtenden Beiträge in der Regel nach den beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder. Damit wird die einkommenssoziale Staffelung der konkret aufzubringenden Beitragshöhe vorgeschrieben. Das Solidarprinzip verpflichtet hier also die einkommensstarken Mitglieder, die Leistungen und sonstigen Ausgaben für einkommensschwächere Mitglieder mitzufinanzieren. Aus der Norm ergibt sich damit gleichzeitig aber die Nichtberücksichtigung des individuellen und abstrakten Krankheitsrisikos eines jeden Mitglieds. Das Solidarprinzip verpflichtet hier die Jungen gegenüber den Alten, die Gesunden gegenüber den Vorbelasteten und den Kranken. Die finanzielle Solidaritätsverpflichtung wird ausgeglichen durch den Anspruch auf Solidarität des einkommensreichen Kranken gegenüber dem einkommensschwächeren Gesunden. Dieser Ausgleich wird gestärkt durch die Versicherungspflicht nach § 5 SGB V und die Versicherungsfreiheit nach § 6 SGB V. Die Versicherungspflicht hindert

1 Vgl. auch *Berchtold*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2018, SGB V § 1 Rn. 5.

Mitglieder mit hoher Beitragslast und geringem individuellen Risiko an der Flucht aus der Solidargemeinschaft. Gleichzeitig führt die Versicherungspflicht aber auch für diese Gruppe von Mitgliedern zur Absicherung. Denn für den Fall, dass sich ein wenn auch geringes individuelles Risiko realisiert, führt die Versicherungspflicht zu einer breiten Masse an Solidaritätsverpflichteten. Eine überobligatorische Inanspruchnahme soll zum einen die Beitragsbemessungsgrenze nach § 223 Abs. 3 SGB V und zum anderen § 6 SGB V verhindern, der ab dem Erreichen der Jahresarbeitsentgeltgrenze nach § 6 Abs. 6 SGB V das Mitglied aus seiner Solidaritätsverpflichtung entlässt. Um auch hier aber Rosinenpickerei zu verhindern, erschwert der Gesetzgeber mit § 6 Abs. 3a SGB V den Rückzug in die Solidargemeinschaft im Alter, also bei steigendem Krankheitsrisiko, selbst für den Fall, dass Versicherungspflicht eintritt.

Das hier nur im Groben dargelegte System der solidarischen Finanzierung ist mithin ein detailliert geregeltes Ausgleichsverhältnis. Das Solidarprinzip berechtigt und verpflichtet nicht nur eindimensional, sondern dient einem umfassenden Ausgleich der abstrakten und individuellen Risiken aller seiner Mitglieder.

2. Solidarprinzip im Leistungsrecht

Mit seinem sogenannten Nikolausbeschluss² hat das Bundesverfassungsgericht im Dezember 2005 erstmalig Grenzen für den Ausgleich des beschriebenen Spannungsverhältnisses auch im Leistungsrecht gezogen. Es sei mit Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG unvereinbar, dem Kläger – als Versichertem in der gesetzlichen Krankenversicherung – in der extremen Situation einer krankheitsbedingten Lebensgefahr, in der eine allgemein anerkannte, medizinischem Standard entsprechende Behandlung nicht mehr zur Verfügung stehe, die begehrte – durch die Regelungen des SGB V von der Versorgung ausgeschlossene – Leistung zu verweigern, wenn eine nicht ganz entfernte Aussicht auf zumindest eine spürbar positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf bestehe.³ Für die hier behandelte Fragestellung ist von Bedeutung, dass das Bundesverfassungsgericht diesen verfassungsunmittelbaren Leistungs-

2 BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25, zuerst so genannt von *Kingreen*, NJW 2006, 877.

3 BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25, Leitsatz.

anspruch zumindest auch auf Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip stützt. Denn der Leistungsanspruch wird damit nicht in erster Linie auf eine Schutzpflicht des Staates oder – wie im Sozialhilferecht – auf die Wahrung eines medizinischen Existenzminimums gestützt, sondern auf die Pflichtmitgliedschaft. Es sei mit Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip nicht vereinbar, den Einzelnen unter den Voraussetzungen des § 5 SGB V einer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung zu unterwerfen und für seine an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausgerichteten Beiträge die notwendige Krankheitsbehandlung gesetzlich zuzusagen, ihn andererseits aber, wenn er an einer lebensbedrohlichen oder sogar regelmäßig tödlichen Erkrankung leidet, für die schulmedizinische Behandlungsmethoden nicht vorliegen, von der Leistung einer bestimmten Behandlungsmethode durch die Krankenkasse auszuschließen und ihn auf eine Finanzierung der Behandlung außerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung zu verweisen.⁴ Wer zur Solidarität verpflichtet wird („Zwang zur Eigenvorsorge“⁵), soll also in Extremfällen bei der Inanspruchnahme von Leistungen nicht auf den Stand der medizinischen Wissenschaft beschränkt werden. Diese leistungsrechtliche Grenze soll zudem unabhängig von einer tatsächlichen Beitragspflicht gelten, also ausdrücklich auch für mitversicherte Personen etwa in der Familienversicherung.⁶ Damit definiert das Bundesverfassungsgericht eine absolute Grenze für Einschränkungen des Leistungsrechts, die sich aus der Pflichtmitgliedschaft selbst ergeben soll.

Auch wenn sich diese Grenze also zunächst aus dem Eingriff des Staates in die individuelle Grundrechtsposition der Pflichtversicherten ergibt, berührt diese verfassungsrechtliche Position auch das Solidarprinzip. Denn erstens sieht zumindest das Bundesverfassungsgericht mit dieser Argumentation die Versicherungspflicht auch für Versicherte mit geringen Einkommen gerechtfertigt durch das Sozialstaatsprinzip. Die gesetzliche Krankenversicherung erfasse nach der gesetzlichen Typisierung jedenfalls die Personengruppen, die wegen ihrer niedrigen Einkünfte eines Schutzes für den Fall der Krankheit bedürfen, der durch Zwang zur Eigenvorsorge erreicht werden soll.⁷ Durch die zwangsweise Einbeziehung von Versicherten trotz der für sie überproportional einschneidenden finanziellen Wirkung

4 BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, juris Rn. 64.

5 BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, juris Rn. 53.

6 BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, juris Rn. 54.

7 BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, juris Rn. 53.

der Beitragspflicht wird nach dieser Argumentation also die Solidargemeinschaft geschützt vor den sonst im Falle der Krankheit ohnehin anfallenden Kosten. Das leuchtet insbesondere deshalb nicht ein, weil unklar ist, weshalb diese Kosten bei fehlender Einbeziehung der Solidargemeinschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung anfallen würden. Gleichwohl scheint dies ein tragender Begründungsansatz der Rechtsprechung zu sein. Zweitens ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass der Gesetzgeber in einem solidarisch finanzierten System mit Versicherungspflicht nur äußerst maßvoll zur Leistungsausweitung verpflichtet werden darf. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit sei weit. Dem Bundesverfassungsgericht obliege größte Zurückhaltung, dem Gesetzgeber im Bereich darreichender Verwaltung über den Gleichheitssatz zusätzliche Leistungsverpflichtungen aufzuerlegen, vor allem wenn sie aus den Beiträgen der Gemeinschaft der Versicherten finanziert werden.⁸ Dieser Befund bezieht sich hier auf die Leistungsausweitung auf Grundlage des Gleichheitssatzes, ist aber generell für den Bereich verfassungsunmittelbarer Leistungsrechte anerkannt.⁹ Das Solidarprinzip prallt an dieser Stelle also aus zwei Richtungen aufeinander. Zum einen muss die Solidargemeinschaft vor leistungsausweitenden Individualansprüchen geschützt werden. Zum anderen soll die Versicherungspflicht ein Mindestmaß solcher konkreter Individualansprüche auch außerhalb des eigentlichen Leistungskatalogs notwendig machen. Das Solidarprinzip ist leistungrechtlich damit Grund und Grenze zugleich.

Eine weitere Ausprägung erfährt das Solidarprinzip im Leistungsrecht schließlich durch den grundsätzlichen Ausschluss des Prinzips der Eigenverantwortung. Der Grund für den Leistungsbedarf eines Versicherten ist für Entstehung und Umfang des Leistungsanspruchs irrelevant. Durch den Versicherten selbst gesetzte Risiken führen bei Realisierung nicht zu einer Leistungsbegrenzung. Eine Ausnahme bilden jetzt die §§ 52 ff. SGB V, die eine Leistungsbeschränkung in wenigen Fällen von selbstverschuldeter Krankheit vorsehen.

8 BVerfG, Beschl. v. 27.2.2009 – 1 BvR 2982/07, NJW 2009, 1733 Rn. 13.

9 Vgl. zur Übersicht nur Dreier, in: Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Vor Art. 1 Rn. 90 m.w.N.; speziell zu Leistungsrechten im Gesundheitswesen: Ströttchen, Verfassungsrechtliche Ansprüche auf konkrete medizinische Leistungen, 2019, S. 63 ff.

3. Solidarprinzip als einfachrechtliche Vorgabe

Die solidarische Organisation der gesetzlichen Krankenversicherung ist durch das Grundgesetz nicht vorgegeben; auch nicht durch das Sozialstaatsprinzip, das als aus Art. 20 Abs. 1 GG abgeleitete Staatszielbestimmung zwar alle Staatsorgane zur Verfolgung dieses Ziels verpflichtet.¹⁰ Das Sozialstaatsprinzip verlangt staatliche Fürsorge für jene, die aufgrund persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind,¹¹ und verlangt damit die Schaffung sozialer Sicherungssysteme gegen die Wechselfälle des Lebens.¹² Aus dem Sozialstaatsprinzip allein ergeben sich jedoch keine konkreten Pflichten für den Gesetzgeber.¹³ Insbesondere richtet sich das Sozialstaatsprinzip zunächst an den Staat und den Gesetzgeber und verpflichtet insofern nicht schon von vornherein auch Bürgerinnen und Bürger zur zwangsweisen Mitgliedschaft in einem solidarisch finanzierten sozialen Sicherungssystem wie der gesetzlichen Krankenversicherung. Vielmehr hat der Gesetzgeber solche sozialen Sicherungssysteme im Falle der Gesetzlichen Rentenversicherung nach dem Äquivalenzprinzip und etwa im Falle der Grundsicherung auch rein steuerfinanziert ausgestaltet.

Vor diesem Hintergrund sind die beschriebenen Ausgleichsmechanismen verfassungsrechtlich notwendig zur Rechtfertigung der mit dem Solidarprinzip in der gesetzlichen Krankenversicherung einhergehenden Eingriff in das Grundrecht der allgemein Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu grundsätzlich das versicherungsrechtliche Äquivalenzprinzip auch auf die Sozialversicherung übertragen. Danach müssen Versicherungsleistungen und Versicherungsbeiträge aufeinander bezogen sein, in einem Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Abweichungen können aber durch das Prinzip der sozialen Gerechtigkeit erforderlich werden.¹⁴ Dazu hat sich der Gesetzgeber im System der gesetzlichen Krankenversicherung mit der solidarischen Finanzierung entschieden. Das Bundesverfassungsgericht hat diese solidarische Finanzierung mit der absolut stärkeren Belastung einkommensstarker Mitglieder ausdrück-

10 Vgl. Rux, in: *Epping/Hillgruber*, BeckOK GG, 61. Ed., Stand: 15.3.2025, Art. 20 Rn. 209 m.w.N.

11 Vgl. nur zuletzt BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, NJW 3703, 3705.

12 Jarass, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 155 m.w.N.

13 Jarass, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 155.

14 BVerfG, Beschl. v. 06.12.1988 – 2 BvL 18/84, juris Rn. 34.

lich gebilligt. Es hat gleichzeitig aber unter Anwendung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes eine schlüssige Ausgestaltung durch den Gesetzgeber gefordert.¹⁵ Das Solidarprinzip in der gesetzlichen Krankenversicherung rechtfertigt sich mithin nur so lange durch das Sozialstaatsprinzip, wie erstens der soziale Ausgleich sich in den – freilich nur schwierig zu konkretisierenden – Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgebots abspielt und gleichzeitig die Regelungssystematik insofern plausibel ist, als nur Ungleiches ungleich behandelt wird. Gerade weil sich die Chancen und Risiken, die sich aus dem System der gesetzlichen Krankenversicherung für die Mitglieder ergeben, nicht allein nach der Finanzkraft der Mitglieder richten und damit ihrer Beitragsverpflichtung zuordnen lassen, wird das beschriebene mehrdimensionale System des Ausgleichs dieser Chancen und Risiken den verfassungsrechtlichen Anforderungen grundsätzlich gerecht.

4. Zwischenfazit

Damit bleibt festzuhalten, dass das Solidarprinzip als tragendes Prinzip der gesetzlichen Krankenversicherung nur einfachrechtlich vorgegeben ist. Verfassungsrechtlich wird das Solidarprinzip nicht vorausgesetzt, sondern führt vielmehr selbst zu verfassungsrechtlichem Rechtfertigungsbedarf und in seiner Konkretisierung in der gesetzlichen Krankenversicherung zu einem komplexen System an Ausgleichsmechanismen. Das Solidarprinzip schlägt sich vor allem im Finanzierungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung als Grundsatz der solidarischen Finanzierung nieder. Ausgleichsmechanismen sind hier die risikounabhängige Beitragsgestaltung, die Beitragsbemessungsgrenze, die Versicherungspflichtgrenze und das Rückkehrverbot nach PKV-Mitgliedschaft. Im Leistungsrecht erfordert das Solidarprinzip aus verfassungsrechtlicher Perspektive einerseits einen Grundbestand an Leistungsansprüchen unabhängig von den gesetzlichen Leistungsbegrenzungsmechanismen und andererseits eine weitgehende Zurückdrängung von Leistungsausweitungen aufgrund von Individualansprüchen der Versicherten.

15 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.12.1988 – 2 BvL 18/84, juris Rn. 34.

II. Störung des Ausgleichsverhältnisses

Das dargestellte Ausgleichsverhältnis gerät derzeit unter erheblichen Druck, weil in der gesetzlichen Krankenversicherung zur Aufrechterhaltung des Systems in seiner heutigen Form hinreichende Finanzmittel nicht zur Verfügung stehen (1). Die Ausgleichsmechanismen reagieren auf die hierdurch steigenden Beitragssätze nicht (2). Zur Wahrung des Verhältnisses zwischen Solidaritätsverpflichtung und Leistungsversprechen sind daher Reformen notwendig (3).

1. Finanzielle Situation der gesetzlichen Krankenversicherung

Die finanzielle Situation der gesetzlichen Krankenversicherung ist zu Beginn des Jahres 2025 angespannt wie selten zuvor. Schon seit Beginn der Corona-Pandemie sind die Ausgaben der gesetzlichen Krankenkassen – mit Ausnahme des Jahres 2022¹⁶ – höher als die Einnahmen. Im Jahr 2023 ergab sich ein Defizit von 1,89 Milliarden Euro.¹⁷ Der Gesundheitsfonds weist im selben Zeitraum ein Defizit von 3,26 Milliarden Euro aus. Die Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds hat sich von 2022 auf 2023 um 2,55 Milliarden Euro auf einen Betrag in Höhe von 9,4 Milliarden Euro vermindert.¹⁸ Für das Jahr 2024 erwartet der GKV-Spitzenverband trotz Beitragserhöhungen ein Defizit von rund 5,5 Milliarden Euro, was erneut eine Steigerung der Zusatzbeitragssätze zur Folge haben werde.¹⁹

Diese Zahlen sind erstens in Teilen konjunkturbedingt, zweitens aber nur wenig aussagekräftig, weil erhöhte Steuerzuschüsse und Sondereffekte nicht sichtbar werden. Alarmierender als dieser akute Befund sind die

16 Hier allerdings ist der nahezu verdoppelte Steuerzuschuss aus Bundesmitteln in Höhe von 28,5 Milliarden Euro zu berücksichtigen.

17 BMG-Statistik „Kennzahlen der Gesetzlichen Krankenversicherung“, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Statistiken/GKV/Kennzahlen_Daten/KF2024Bund_August_2024.pdf (zuletzt abgerufen am 06.06.2025).

18 BAS-Statistik „Jährliche Rechnungsergebnisse des Gesundheitsfonds“, abrufbar unter: https://www.bundesamtsozialesicherung.de/fileadmin/redaktion/Gesundheitsfonds/2024/UEbersicht_Endgueltige_RE_2022_bis_2023.pdf (zuletzt abgerufen am 06.06.2025).

19 Pressemitteilung GKV-Spitzenverband vom 30.12.2024, abrufbar unter: https://www.gkv-spitzenverband.de/gkv_spitzenverband/presse/pressemitteilungen_und_statements/pressemitteilung_1956442.jsp (zuletzt abgerufen am 06.06.2025).

langfristigen Aussichten für die Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung, weil sie das strukturelle Defizit offenlegen. Aus einer aktuellen – aber nicht alleinstehenden²⁰ – Deloitte-Studie aus Oktober 2024 ergibt sich die Erwartung einer stetig wachsenden Differenz zwischen Einnahmen und Ausgaben bis 2050. Die Ausgaben steigen also schneller als die Einnahmen. Machen die Ausgaben danach im Jahr 2023 7,1 Prozent des BIP aus, so soll dieser Wert im Jahr 2050 bei zwischen 10,5 und 12,8 Prozent liegen. Dies würde zu Beitragssätzen zwischen 25 und 30 Prozent führen – einem Zuwachs von 8 bis 13 Prozentpunkten im Vergleich zu 2024. Alternativ wären Steuerzuschüsse von bis zu 600 Milliarden Euro, anstatt derzeit 14,5 Milliarden Euro die Folge.²¹

2. Wirkung der Ausgleichsmechanismen

Legt man ein der Deloitte-Studie zumindest nahekommendes Szenario zugrunde, hätte dies erhebliche Auswirkungen auf den Beitragssatz. Das Gesetz geht in § 241 SGB V zunächst von einem fixen allgemeinen Beitragssatz in Höhe von 14,6 Prozent aus. Beitragssatzsteigerungen werden ausschließlich über die Anhebung des Zusatzbeitrages nach § 242 SGB V realisiert. Die Anhebung des Zusatzbeitrages folgt bei struktureller Differenz zwischen Einnahmen und Ausgaben dem Automatismus des § 242 Abs. 1 SGB V. Danach hat die Krankenkasse in ihrer Satzung zu bestimmen, dass von ihren Mitgliedern ein einkommensabhängiger Zusatzbeitrag erhoben wird, soweit der Finanzbedarf der Krankenkasse durch Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds nicht gedeckt ist. Das ist bereits heute für alle Krankenkassen der Fall. Nach Satz 3 des § 242 Abs. 1 SGB V ist der Zusatzbeitrag so zu bemessen, dass die Einnahmen aus dem Zusatzbeitrag zusammen mit den Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds und den sonstigen Einnahmen die im Haushaltsjahr voraussichtlich zu leistenden Ausgaben und die vorgeschriebene Höhe der Rücklage decken. Die Anhebung des Zusatzbeitrages wird bei gefährdeter Leistungsfähigkeit und bei ausbleibender Satzungsänderung durch die Krankenkasse selbst von der Aufsichtsbehörde

20 Vgl. zur Übersicht *Schlegel*, NJW 2023, 2093, 2097 m.w.N.

21 *Dohrmann u.a.*, Im Schatten der Zukunft – Neue Einblicke in die Finanzkrise der GKV bis 2050, Deloitte Touche Tohmatsu Limited, 10/2024, abrufbar unter: <https://byc-news.de/wp-content/uploads/2024/10/Bericht-GKV.pdf> (letzter Zugriff 22.05.2025).

durchgesetzt § 242 Abs. 2 S. 2 und 3 SGB V. Die Anhebung erfolgt im Zweifel also zwangsweise.

Eine maximale Höhe des Zusatzbeitrages ist gesetzlich nicht vorgesehen. Auch aus dem Grundsatz der Beitragssatzstabilität nach § 71 SGB V ergibt sich keine Begrenzung. Dieser soll Ausgabensteigerungen im Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern begrenzen. Nach § 71 Abs. 2 S. 1 SGB V darf eine Erhöhung aber jedenfalls in Höhe der sog. Veränderungsrate erfolgen, die gemäß § 71 Abs. 3 SGB V – vereinfacht – die Veränderung der beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder der Krankenkassen abbildet. Das oben geschilderte Szenario geht aber davon aus, dass durch demografische Entwicklungen und den medizinisch-technischen Fortschritt vor allem der Leistungsbedarf je Mitglied steigt. Ein solches Szenario lässt sich erstens in Vergütungsverhandlungen nur teilweise abbilden, weil bspw. die Preise von Arzneimitteln hier außen vorbleiben, aber auch weil die Verhandlung von Krankenhausbudgets sich anders als die vertragsärztliche Gesamtvergütung nicht leistungsbedarfsunabhängig gestalten lässt. Zweitens hätte eine beitragsstabilisierende Anhebung der Vergütung ohne Berücksichtigung eines erhöhten Leistungsbedarfs letztlich eine effektive Vergütungskürzung zur Folge, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu verdeckten Rationierungsprozessen führen würde.

Die Ausgleichsmechanismen der Beitragsbemessungsgrenze und der Versicherungsfreiheit würden hier keinen einschränkenden Effekt haben. Sie verschärfen eher die Problematik. Denn in Relation zu den Beitragseinnahmen stärker steigende Ausgaben führen dazu, dass die durch die Versicherungspflichtgrenze begrenzte Zahl an Beitragszahlern höhere (Zusatz-)Beiträge zahlen muss. Sowohl die Beitragsbemessungsgrenze also auch die Versicherungspflichtgrenze begrenzen zwar die Anzahl der Versicherungspflichtigen und den Anteil des Einkommens, aus dem Beiträge gezahlt werden müssen. Es ergibt sich hierdurch jedoch keine Begrenzung des prozentualen Anteils des Einkommens bis zur Beitragsbemessungsgrenze, das für Beiträge aufzubringen ist.

Leistungsrechtliche Ausgleichsmechanismen reagieren auf das aufgezeigte Szenario ebenfalls nicht beschränkend. Nach der dargestellten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Leistungseinschränkung kritisch zu sehen, wenn dem Versicherten in einer Pflichtversicherung durch die Beitragspflicht ein erheblicher Teil der ihm zur Verfügung stehenden Mittel entzogen wird. Nach dieser Logik müsste ein steigender Beitragssatz eher zu weitergehenden Leistungszusagen führen, kann aber jedenfalls eine weitergehende Einschränkung des Leistungskatalogs kaum

rechtfertigen. Leistungsbegrenzende Maßnahmen hat der Gesetzgeber für den Fall der Mittelknappheit nicht vorgesehen.

3. Störung des Ausgleichsverhältnisses

Es lässt sich damit festhalten, dass das austarierte Ausgleichssystem der Solidarischen Krankenversicherung auf ein Szenario massiv steigender Zusatzbeiträge nicht reagiert. Das ist aus systematischer Sicht auch nicht erforderlich, weil das Solidarprinzip unter den Versicherten und Beitragspflichtigen im Binnenverhältnis weiter funktionsfähig bleibt. Die Beitragslast wird weiter nach der relativen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Beitragszahler verteilt. Gleichzeitig wird der einkommensstarke Kranke weiterhin auch durch die Beiträge der einkommensschwachen Gesunden abgesichert. Die rechtliche Problematik steigender Beitragssätze ist mithin weniger auf der Ebene des Solidarprinzips als auf der Ebene des Eingriffs in individuelle Grundrechte der pflichtversicherten Beitragszahler zu verorten.

Es wäre also zu hinterfragen, ob der Eingriff durch die Versicherungs- und Beitragspflicht in Art. 2 Abs. 1 GG noch verhältnismäßig ist. Auf der Rechtfertigungsebene ist Prüfstein dann nicht das Solidarprinzip auf Grundlage des Sozialstaatsprinzips. Zu prüfen wäre vielmehr, ob auch im Sinne einer Globaläquivalenz²² noch ein zumutbares Verhältnis zwischen Beiträgen und Leistungen insgesamt besteht. Solange aber die weitergehende Entkoppelung der Ausgabensteigerung von der Steigerung der Beitragseinnahmen auf tatsächlich steigende Leistungsausgaben zurückzuführen ist, spricht prima facie einiges dafür, dass sich zur derzeitigen rechtlichen Bewertung allein hierdurch kein erheblicher Unterschied ergibt. Wenn der Leistungsbedarf einerseits steigt und zweitens die Leistungen durch externe Faktoren teurer werden, dann hat auch die Mitgliedschaft bzw. die Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung einen höheren Wert.

Auch bei Wahrung eines angemessenen Verhältnisses zwischen Beiträgen und Leistungen ergeben sich ab einer gewissen Beitragslast im Sinne des Anteils am Einkommen, der für die Mitgliedschaft bzw. Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung aufgewendet werden muss, rechtliche Grenzen. Diskutiert worden ist eine äußerste Grenze bislang im Rahmen

22 Hierzu *Sodan/Gast*, NZS 1998, 497, 498 m.w.N.

des Art. 14 GG. Zwar schützt Art. 14 GG grundsätzlich nicht das Vermögen als solches. Staatliche Geldleistungspflichten sind aus fluktuierendem Vermögen zu bestreiten und nicht mittels eines bestimmten Eigentumsobjekts zu erfüllen. Anders sieht das Bundesverfassungsgericht dies, wenn die Geldleistungspflichten den Betroffenen übermäßig belasten und seine Vermögensverhältnisse so grundlegend beeinträchtigen, dass sie eine erdrosselnde Wirkung haben.²³ Das Bundesverfassungsgericht hat Näheres zu einer solchen erdrosselnden Wirkung soweit ersichtlich nicht bestimmt. Der Entscheidung zur LPG-Altschuldenregelung ist zu entnehmen, dass die erdrosselnde Wirkung sich nicht auf Einzelfälle in besonderer Lage beschränken darf, sondern die auferlegte Geldleistungspflicht in ihrem Anwendungsbereich regelmäßig erdrosselnde Wirkung haben muss.²⁴ In seiner Entscheidung zur Verzinsung von Steuernachforderungen und -erstattungen spricht das Bundesverfassungsgericht von der Notwendigkeit einer grundlegenden Beeinträchtigung der Vermögensverhältnisse der Betroffenen.²⁵ Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht auch Kompensationsmechanismen berücksichtigt.²⁶ Auch im Rahmen von Art. 14 GG wäre daher wohl zu berücksichtigen, dass eine wirtschaftlich existenzbedrohende Situation durch die bestehenden Sozialhilfesysteme verhindert würde und bei Mitgliedern mit hohem Einkommen eine Existenzbedrohung auch bei hohen absoluten Beiträgen nicht anzunehmen sein dürfte.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass nicht erst rechtliche Überlegungen zur Verhinderung von Beitragssatzsteigerungen in dem prognostizierten Umfang führen werden, sondern zuvor bereits aufgrund politischer Zwänge Maßnahmen ergriffen würden. Denn Beitragssätze in Höhe von 25 bis 30 Prozent und wohl schon weit darunter sind weder politisch vermittelbar noch volkswirtschaftlich tragfähig, zumal nach jetziger Rechtslage der Beitrag paritätisch auch von den Arbeitgebern zu tragen ist.

23 St. Rspr. des BVerfG, vgl. nur BVerfG, Urt. v. 08.04.1997 – 1 BvR 48/94, NJW 1997, 1975.

24 Vgl. BVerfG, Urt. v. 08.04.1997 – 1 BvR 48/94, NJW 1997, 1975.

25 BVerfG, Beschl. v. 08.07.2021 – 1 BvR 2237/14, 1 BvR 2422/17, NJW 2021, 3309, 3311.

26 Vgl. BVerfG, Urt. v. 08.04.1997 – 1 BvR 48/94, NJW 1997, 1975, hier: Entschuldungsmöglichkeiten.

III. Grenzen des Solidarprinzips

Gesetzgeberische Maßnahmen zur besseren finanziellen Ausstattung der gesetzlichen Krankenversicherung bzw. zur Begrenzung des Ausgabenanstiegs sind bei Wahrung des Solidarprinzips nur in Grenzen möglich.

1. Anhebung der Beitragsbemessungsgrenze

Politisch die vermeintlich niedrigste Hürde stellt die Anhebung der Beitragsbemessungsgrenze dar. Die Anhebung der Beitragsbemessungsgrenze führt zu einem höheren Beitragsaufkommen, indem ein größerer Teil des Einkommens von Beitragszahlern mit Einkommen zwischen der Beitragsbemessungsgrenze und der Versicherungspflichtgrenze der Beitragspflicht unterstellt wird. Diese Maßnahme stößt insbesondere an zwei Stellen an rechtliche Grenzen. Die harte Grenze stellt die Versicherungspflichtgrenze dar. Denn spätestens bei Erreichen der Versicherungspflichtgrenze erlischt die Versicherungspflicht. Darüberhinausgehende Beiträge könnten also allenfalls bei freiwillig versicherten Beitragszahlern erhoben werden. Dies würde aber erstens die freiwillige Versicherung unattraktiver machen. Zweitens stellt die Beitragsbemessungsgrenze einen wesentlichen Faktor zur Rechtfertigung der Versicherungspflicht dar. Für die Rentenversicherung hat das Bundesverfassungsgericht die Aufhebung der Versicherungspflichtgrenze auch mit dem Bestehen der Beitragsbemessungsgrenze gerechtfertigt.²⁷ Je weiter die Beitragsbemessungsgrenze in Richtung Versicherungspflichtgrenze angehoben wird, desto schwächer ist die rechtfertigende Wirkung für die Solidaritätsverpflichtung gegenüber geringverdienenden Versicherten einerseits und für die Versicherungspflichtgrenze als Differenzierungsmerkmal gegenüber den nicht versicherungspflichtigen Arbeitnehmern andererseits. Denn auch die Heranziehung eines höheren Anteils des Einkommens zur solidarischen Finanzierung muss gerechtfertigt werden gegenüber der alternativen Heranziehung von mehr Beitragspflichtigen mit nur geringfügig höherem Einkommen durch Anhebung der Versicherungspflichtgrenze. Eine rechtssichere Ausgestaltung der Anhebung der Beitragsbemessungsgrenze bei gleichzeitig gleichbleibender Versicherungspflichtgrenze würde deshalb fiskalisch zu einem nur sehr begrenzten zusätzlichen Beitragsvolumen führen können, weil nur ein geringer Teil des

27 BVerfG, Beschl. v. 14.10.1970 – 1 BvR 307/68, NJW 1971, 365, 366.

derzeitigen Abstandes von 7.650 Euro zwischen Beitragsbemessungsgrenze und Versicherungspflichtgrenze nivelliert werden könnte.

2. Aufhebung der Versicherungspflichtgrenze

Die Aufhebung der Versicherungspflichtgrenze hätte fiskalisch eine deutlich höhere Wirksamkeit als die Anhebung der Beitragsbemessungsgrenze. Die politische Diskussion hierzu ist gleichwohl deutlich komplexer und bereits intensiv, aber stets ergebnislos zum Stichwort „Bürgerversicherung“ geführt worden. Auch zur rechtlichen Ausgestaltung und insbesondere zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Aufhebung der Versicherungspflichtgrenze dürfte kaum noch etwas erhellendes beizutragen sein, weshalb solche Überlegungen an dieser Stelle zunächst nicht weiter thematisiert werden sollen.

3. Praxisgebühr und ähnliche Maßnahmen

Denkbar sind auch Regelungen zur Verringerung der Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen. Das können rein monetäre Ansätze, wie die Wiedereinführung der Praxisgebühr oder von Zuzahlungen sein. Die Praxisgebühr ist allerdings gerade wegen ihrer fehlenden Wirksamkeit abgeschafft worden.²⁸ Zuzahlungspflichten bestehen bereits etwa im Bereich von Arznei- und Verbandmitteln (§ 31 Abs. 3 S. 1 SGB V), Heil- (§ 32 Abs. 2 SGB V) und Hilfsmitteln (§ 32 Abs. 8 SGB V), bei stationärer Krankenhausbehandlung (§ 39 Abs. 4 SGB V) und bei RehaMaßnahmen (§ 40 Abs. 6 SGB V). Hier würde sich also erstens die Potenzialfrage stellen und zweitens eine über die Erhebung von Finanzmitteln hinausgehende Wirkung zu diskutieren sein. Denn jedenfalls die bestehenden Zuzahlungsverpflichtungen betreffen medizinisch notwendige Leistungen mit vorhergehender ärztlicher Verordnung. Versicherte werden daher nur in seltenen Fällen überhaupt die Wahl haben, auf die verordnete Leistung zu verzichten und wenn sie verzichten, so wäre in vielen Fällen wohl von einer Verschlechterung des Gesundheitszustands mit entsprechend höheren Folgekosten auszugehen. Zuzahlungen können also nur dort sinnvoll sein, wo sie den Zugang zu medizinisch eher nicht notwendigen Leistungen verhindern.

28 Vgl. BT-Drs. 17/11396, S. 16.

Dies ist intensiv diskutiert worden für die Inanspruchnahme von Notfallambulanzen.²⁹ Letztlich würde es sich hier aber wieder um eine spezifische Form der Praxisgebühr handeln, was die Wirksamkeit solcher Maßnahmen zumindest fraglich erscheinen lässt.

4. Modelle der Versorgungssteuerung

Neben monetären Ansätzen lassen sich auch Elemente der Versorgungssteuerung diskutieren, die zur verringerten Inanspruchnahme bestimmter Versicherungsleistungen führen können. Dies wäre etwa eine Verpflichtung der Versicherten zur Teilnahme an der Hausarztzentrierten Versorgung (§ 73b SGB V) bzw. die generelle Anwendung der damit in § 73b Abs. 3 S. 2 SGB V verbundenen Notwendigkeit einer hausärztlichen Überweisung vor Inanspruchnahme von ambulanter fachärztlicher Behandlung. Für die Hausarztzentrierte Versorgung wird aufgrund von Evaluationen davon ausgegangen, dass eine evidente Verringerung der Leistungsausgaben je Versichertem insgesamt erreicht werden kann. Im Bezirk der AOK Baden-Württemberg ist zuletzt eine Verringerung der durchschnittlichen Leistungsausgaben von rund 117 Euro je Versichertem in der Hausarztzentrierten Versorgung errechnet worden.³⁰ Daraus ergäbe sich mit Stand 2020 bei rund 73 Millionen Versicherten ein theoretisches Einsparpotential von rund 8,5 Milliarden Euro. Ein Betrag in einer solchen oder einer ähnlichen Größenordnung könnte also ohne Beeinträchtigung des Solidarprinzips realisiert werden. Denn die heute mögliche Inanspruchnahme von ambulanter fachärztlicher Behandlung ohne vorherige hausärztliche Verordnung verbessert die Rechtsposition der Versicherten nicht maßgeblich. Anders gewendet: Die partielle Einschränkung der freien Arztwahl durch ein allgemeines Zugangshindernis zu bestimmten Versorgungsebenen würde die durch die Versicherungspflicht und die solidarische Finanzierung hervorgerufene Beeinträchtigung der Rechte gutverdienender und gesunder Beitragszahler nicht wesentlich intensivieren. Gleichzeitig macht der Um-

29 Vgl. nur Tagesschau vom 12.04.2023, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/kassenarzte-gassen-notaufnahme-101.html> (zuletzt abgerufen am 06.06.2025).

30 Gerlach u.a., Evaluation der Hausarztzentriert Versorgung in Baden-Württemberg, 2020, abrufbar unter: https://www.aok.de/gp/fileadmin/user_upload/Arzt_Praxis/Aerzte_Psychotherapeuten/Vertraege_Vereinbarungen/Hausarztzentrierte_Versorgung/Baden-Wuerttemberg/HZV-Evaluation_Broschuere_2020.pdf (zuletzt abgerufen am 06.06.2025).

fang der hierdurch möglicherweise zu erzielenden Einsparungen deutlich, dass die grundsätzliche Finanzierungsproblematik durch diese Maßnahme allenfalls abgemildert werden könnte. Weitergehende Maßnahmen wären also notwendig.

5. Leistungskürzungen

Nach derzeitiger Sachlage erscheint es deshalb unumgänglich, auch Leistungskürzungen zu diskutieren. Das Solidarprinzip setzt hier nach bisheriger Lesart Grenzen in zweierlei Hinsicht. Erstens muss auf Ebene des Art. 2 Abs. 1 GG die Globaläquivalenz zwischen Beitrag und Leistung gewahrt bleiben.³¹ Das insoweit notwendige vertretbare Verhältnis zwischen Beitragsleistung insgesamt und Versicherungsleistung wird nicht nur gefährdet durch eine Anhebung der Beiträge bei gleichbleibenden Leistungen, sondern auch durch sinkende Versicherungsleistung bei gleichbleibenden Beiträgen. Gleichzeitig gilt aber auch hier, dass es sich zunächst um eine rein ökonomische Betrachtung handelt. Steigt der Leistungsbedarf, stört eine Verminderung der Versicherungsleistungen nicht ohne weiteres das globale Verhältnis zwischen Leistungen und Beiträgen. Komplizierter wird die Abwägung unter Einbeziehung der Nikolaus-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Diese gilt zwar grundsätzlich nur für die Versorgung von Versicherten mit lebensbedrohlichen Erkrankungen. Es sei mit Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip nicht vereinbar, den Einzelnen unter den Voraussetzungen des § 5 SGB V einer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung zu unterwerfen und für seine an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausgerichteten Beiträge die notwendige Krankheitsbehandlung gesetzlich zuzusagen, ihn andererseits aber, wenn er an einer lebensbedrohlichen oder sogar regelmäßig tödlichen Erkrankung leidet, für die schulmedizinische Behandlungsmethoden nicht vorliegen, von der Leistung einer bestimmten Behandlungsmethode durch die Krankenkasse auszuschließen und ihn auf eine Finanzierung der Behandlung außerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung zu verweisen.³² Diesem Argumentationsmuster ist – soweit es auf Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip gestützt wird – aber auch der allgemeinere Leitsatz zu entnehmen, dass die Versicherungs-

31 Siehe schon oben unter II. 3.

32 BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, juris Rn. 64.

pflcht in Verbindung mit einer Vereinnahmung wesentlicher Bestandteile des Arbeitseinkommens dazu führen muss, dass wesentliche Krankheitsrisiken auch tatsächlich abgesichert werden. Denn ansonsten hätte es des Rückgriffs auf die Versicherungspflicht gar nicht bedurft, sondern hätte eine allein auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gestützte Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung einer hinreichenden Gesundheitsvorsorge ausgereicht. Leistungskürzungen dürfen also nicht so weit gehen, dass elementare Gesundheitsleistungen nicht mehr gewährleistet werden, wobei eine konkretere Bestimmung dieser verfassungsrechtlichen Grenze auf Grundlage der bisherigen Judikatur und der hieraus zu entnehmenden Dogmatik kaum möglich und vom Bundesverfassungsgericht auch nicht beabsichtigt ist. Vielmehr ist hier der Gesetzgeber gefordert, seinen Gestaltungsspielraum zu nutzen. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht es für ausdrücklich zulässig gehalten, Leistungen nur unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots zur Verfügung zu stellen, soweit diese Leistungen nicht der Eigenverantwortung der Versicherten zugerechnet werden. Der Leistungskatalog darf auch von finanzwirtschaftlichen Erwägungen mitbestimmt sein.³³ Andererseits wird bei einer Beitragslast von schon heute 16,5 bis 19 Prozent des Einkommens nicht nur die Behandlung bei lebensbedrohlichen Erkrankungen ausreichend sein, den Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG durch Versicherungs- und Beitragspflicht zu rechtfertigen.

Rechtliche Modelle zur Bestimmung des verfassungsrechtlichen Minimums an Leistungen der staatlichen Gesundheitsfürsorge werden schon seit über 20 Jahren diskutiert.³⁴ Der politische Raum hat sich dieser Debatte hingegen bislang entzogen. Rationierung bei Mittelknappheit erfolgt stattdessen nach dem Prinzip der Leistungsbudgetierung. Bei Mittelknappheit werden die dem System der gesetzlichen Krankenversicherung zur Verfügung stehenden Mittel also auf passend erscheinender Ebene auf einem bestimmten Niveau eingefroren und der Selbstverwaltung die Aufgabe überlassen, die Mittelknappheit zu managen. Zuletzt war dies bei der Diskussion um die Abschaffung der sog. Neupatientenregelung des § 87a Abs. 3 S. 5 Nr. 5 SGB V aF zu beobachten. Danach wurden Leistungen gegenüber sog. Neupatienten extrabudgetär vergütet. Sie unterlagen also anders als Leistungen in der morbiditätsbedingten Gesamtvergütung keinen mengen-

33 BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25 = NJW 2006, 891, 893.

34 Vgl. exemplarisch Huster, in: Mazouz/Werner/Wiesing, Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, 2020, S. 167 f.; zum Überblick Ströttchen, Verfassungsrechtliche Ansprüche auf konkrete medizinische Leistungen, 2019, S. 142 ff.

mäßigen oder finanziellen Begrenzungen. Mit der Abschaffung dieser Regelung sollte ein Teil der im Jahr 2023 gesehenen Liquiditätslücke von rund 17 Milliarden Euro in der gesetzlichen Krankenversicherung geschlossen werden. Eine Kürzung von Leistungen folgte der Kürzung der Vergütung der Vertragsärzte nicht.

Entscheidungen nach diesem Muster verkennen oder missachten die Tatsache, dass gerade die Deckelung der Ausgabenseite ohne konkrete Vorgaben, welche Leistungen denn im Ergebnis davon betroffen sein sollen, zu einer impliziten Rationierung führt. Dabei liegen ernsthafte und empirisch unterlegte Hinweise auf eine solche Rationierung bereits seit längerem vor.³⁵ Wenn für Rationierungs- und Priorisierungsentscheidungen keine klaren Kriterien und kein Verfahren vorgegeben werden, sondern Ärzte gezwungen sind, diese Entscheidungen nur mit der Vorgabe zu treffen, ihr finanzielles Budget nicht zu überschreiten, drohen letztlich nicht nur ungesteuerte, sondern auch willkürliche Entscheidungen.³⁶ Eine solche implizite Rationierung ist auch mit dem Sozialstaatsprinzip nicht zu vereinbaren, weil die die Rationierungsentscheidung bewusst oder unbewusst treffende Instanz eine Gatekeeperfunktion einnimmt, also entscheidenden Einfluss darauf hat, welchen Patienten der Zugang zu weiteren Leistungen gewährt wird und welchen nicht. Es ergeben sich dann Verhandlungsprozesse, in denen sich die soziale und sprachliche Kompetenz von Mitgliedern der Ober- und Mittelschicht durchsetzen wird.³⁷ Es ist deshalb verfassungsrechtliche und sozialstaatliche Verpflichtung des Gesetzgebers, bei Mittelknappheit die zentralen Verteilungsentscheidungen selbst zu treffen und bei Delegation in die gemeinsame Selbstverwaltung ein transparentes Verteilungsverfahren zu gewährleisten. Die bisherige Praxis von Leistungskürzung durch Mittelbudgetierung wird diesen Anforderungen nicht gerecht.

35 Vgl. Grande, zm 2010, Heft 24, 28, 30; Huster/Held/Marckmann/Strech/Wasem/Neumann/Börchers/Freyer, MedR 2007, 703; Huster, DVBl 2010, 1069, 1071; Huster, in: FS Schnapp, 2008, S. 463, 465; Huster, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried, Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, 2015, S. 227; Wrase, GuP 2014, 58, 59 f.

36 Vgl. Duttge, in: Duttge/Zimmermann-Acklin, Gerecht sorgen – Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Lebensende, 2013, S. 81; Fuchs, Deutsches Ärzteblatt 2011, 1356, 1358; Heyers, MedR 2016, 857, 859; Isensee, in: GS Heinze, 2005, S. 423 f.; Kemmler, NZS 2014, 521, 522.

37 Vgl. Huster, DVBl 2010, 1069, 1072.

6. Zwischenfazit

Notwendigen strukturellen Reformen werden durch das Solidarprinzip rechtlich und tatsächlich Grenzen gesetzt. Auch in finanzieller Hinsicht ist absehbar, dass die bisher diskutierten Reformansätze selbst bei Eingriffen in die Versorgungsstruktur nicht ausreichen werden, um das Einnahmen-Ausgaben-Defizit hinreichend zu verringern. Bei Wahrung des Solidarprinzips ergibt sich daher die Notwendigkeit, eine Begrenzung der (Leistungs-)Ausgaben zu diskutieren. Um eine verfassungsrechtlich relevante implizite Rationierung zu vermeiden, ist eine politische Diskussion und Entscheidung über Leistungseinschränkungen notwendig.

IV. Grenzen alternativer Ansätze

Die Analyse der Störung des Solidarprinzips durch fehlende Finanzmittel einerseits und die absehbare Notwendigkeit von Einschränkungen des Leistungsrechts bei gleichzeitig engem Regelungsrahmen andererseits, führen zu dem Gedanken, das Solidarprinzip in der gesetzlichen Krankenversicherung abzuschaffen. Dies könnte Spielräume für Leistungseinschränkungen und insgesamt einen geringeren Mitteleinsatz erhöhen.³⁸

Ausgangspunkt dieser Überlegung ist aus Finanzierungssicht, dass die solidarische Finanzierung nur einfachrechtliche gesetzgeberische Entscheidung, nicht aber verfassungsrechtliche Vorgabe ist. Dem Sozialstaatsprinzip kann auch auf andere Weise Genüge getan werden. Im Zentrum steht hier die Gesundheitsfürsorge auch für Menschen mit geringen eigenen finanziellen Möglichkeiten. Dies gelingt hinsichtlich anderer Sozialleistungen zum Beispiel auch steuer- statt beitragsfinanziert.

Aus leistungsrechtlicher Sicht legt der Nikolaus-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zumindest nahe, dass die verfassungsrechtliche Verpflichtung zu Gewährung eines Mindestleistungsspektrums jedenfalls bei lebensbedrohlichen Erkrankungen dem Grunde nach aus der Beeinträchtigung von Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem Sozialstaatsprinzip entspringt. Eine Abkehr von der Finanzierung durch Beiträge auf Grundlage einer Versicherungspflicht könnte insofern zu geringeren verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Leistungskatalog führen. Vor allem aber wird ein solches

³⁸ Vgl. zuletzt *Schlegel*, NJW 2023, 2093.

steuerfinanziertes Modell als flexibler hinsichtlich des Leistungsumfangs bei schwieriger Haushaltslage bewertet.³⁹

Dies erweist sich bei näherer Betrachtung der verfassungsgerichtlichen Argumentation aber als Trugschluss. Die vordergründig ausschlaggebende Beeinträchtigung der Allgemeinen Handlungsfreiheit durch Versicherungs- und Beitragspflicht trägt das Ergebnis des Nikolaus-Beschlusses nicht. Denn ein ganz erheblicher Teil der Grundrechtsträger ist von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung überhaupt nicht betroffen. Zum Zeitpunkt des Nikolaus-Beschlusses bestand auch die heute in § 193 Abs. 3 VVG geregelte allgemeine Krankheitskostenversicherungspflicht noch nicht. Ein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf gesundheitliche Leistungen des Staates kann aber nicht nur einem Teil der Bevölkerung zustehen.⁴⁰ Der verfassungsunmittelbare Anspruch auf bestimmte medizinische Leistungen ergibt sich auch nicht allein aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Zwar kann der Staat daraus verpflichtet sein, Leistungen zur unmittelbaren Lebensrettung zu erbringen. Dazu gehört ggf. auch eine medizinische Notversorgung. Allerdings folgt aus dem mit einem einfachen Gesetzesvorbehalt versehenen Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht die Pflicht, jedes Leben in Lebensnot unter Aufwendung aller nur irgendwie denkbaren Mittel zu erhalten. Dazu bedarf es weiterer Umstände, die die Einschränkung von Leben oder körperlicher Unversehrtheit als verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar kennzeichnen.⁴¹ Insgesamt ist treffend festgehalten worden, dass das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung nicht deutlich macht, warum das Ergebnis – ein verfassungsunmittelbarer Leistungsanspruch auf konkrete medizinische Leistungen – verfassungsrechtlich überhaupt geboten ist.⁴² Wenn also auf Grundlage der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung von einem verfassungsunmittelbaren Anspruch auf bestimmte medizinische Leistungen jedenfalls bei lebensbedrohlichen Erkrankungen ausgegangen werden muss,⁴³ dann ist es wenig wahrscheinlich, dass dieser Anspruch entfallen würde, wenn sich die

39 Vgl. *Schlegel*, NJW 2023, 2093, 2099.

40 Vgl. hierzu ausführlich *Ströttchen*, Verfassungsunmittelbare Ansprüche auf konkrete medizinische Leistungen, 2019, S. 79 ff.; ähnlich auch *Wilksch*, Recht auf Krankenbehandlung und Recht auf ein medizinisches Existenzminimum, 2017, S. 329.

41 Vgl. hierzu ausführlich *Ströttchen*, Verfassungsunmittelbare Ansprüche auf konkrete medizinische Leistungen, 2019, S. 100 ff.

42 Vgl. *Huster*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, 2011, S. 42.

43 Dies dürfte ein zu eng gefasster Anwendungsbereich sein: vgl. nur *Bohmeier/Penner*, WzS 2009, 65, 69 f.; *Padé*, NZS 2007, 352, 355; zum engen Anwendungsbereich auch

Finanzierungsform der gesetzlichen Krankenversicherung oder des staatlichen Gesundheitssystems insgesamt ändert.

Ein finanzieller Systemwechsel würde aber auch andere grundlegende Probleme nicht lösen. Erstens ist festzuhalten, dass das steuerfinanzierte Gesundheitssystem de facto dem Modell einer Bürgerversicherung gleicht, weil es zu einem einheitlichen Versicherungsschutz für jedermann finanziert aus durch die Allgemeinheit aufzubringenden Steuern führt. Die private Krankenversicherung würde sich auf das Geschäft mit Zusatzversicherungen für Zahnbehandlungen, Komfortleistungen und gegebenenfalls auch für das Krankengeld beschränken.⁴⁴ Das erscheint derzeit politisch nicht durchsetzbar.

Zweitens wird mit dem Vorschlag des steuerfinanzierten Gesundheitssystems eine „Verschlankung“ der gemeinsamen Selbstverwaltung insbesondere durch Aufgabe des Rechtsstatus der gesetzlichen Krankenkassen als Selbstverwaltungskörperschaften vorgeschlagen.⁴⁵ Dass hierdurch finanziell messbare Effekte generiert werden können, erscheint zweifelhaft, weil nicht nur die Verwaltung der gesetzlichen Krankenversicherung bzw. des dann steuerfinanzierten Gesundheitssystems von den Krankenkassen als Behörden zu anderen Behörden lediglich verschoben würde. Es würde mit einer solchen Maßnahme vielmehr auch der in § 4a SGB V gesetzlich vorgesehene Wettbewerb zwischen den Krankenkassen ausgeschaltet, der wenn nicht zur Hebung von Effizienzreserven, dann aber jedenfalls zu einer stärkeren „Kundenorientierung“ und damit zu einer effizienteren Verwaltung führt, als dies bei steuermittelverwaltenden Landes- oder Bundesbehörden zu erwarten wäre. Unabhängig davon sei angemerkt, dass die Organisation des Gesundheitssystems in Selbstverwaltung auch eine gewisse Unabhängigkeit von staatlicher und politischer Einflussnahme sichert, was derzeit zum Schutze vor staatlichen Eingriffen in die Rechte besonders vulnerabler Gruppen von hoher Relevanz zu sein scheint.

Drittens dürfte der Hinweis auf die höhere haushalterische Flexibilität mit der Realität gesundheitspolitischer Verteilungsentscheidungen wenig zu tun haben. Es ist gerade nicht zu erwarten, dass Politik bei angespannter Haushaltslage konkrete Verteilungsentscheidungen trifft oder Leistungskürzungen vornimmt. Zu erwarten ist vielmehr, dass auch in diesen Fällen mit

Ströttchen, Verfassungsunmittelbare Ansprüche auf konkrete medizinische Leistungen, 2019, S. 264.

44 Vgl. Schlegel, NJW 2023, 2093, 2098.

45 Vgl. Schlegel, NJW 2023, 2093, 2098.

einer Budgetierung von Leistungen gearbeitet würde, das System also mit begrenzten Mitteln ausgestattet würde, ohne dass klar entschieden würde, wie diese Mittel zu verwenden bzw. nicht zu verwenden sind. Damit stellt sich die verfassungsrechtliche Problematik der impliziten Rationierung in einem steuerfinanzierten Gesundheitssystem mindestens in gleicher Weise wie derzeit in der solidarisch finanzierten gesetzlichen Krankenversicherung.

Es sind also insgesamt für eine nachhaltige Lösung der finanziellen Probleme des Gesundheitssystems in einem steuerfinanzierten System keine strukturellen Vorteile zu erkennen. Im Vergleich zu der solidarischen Beitragsfinanzierung zeigt sich vielmehr, dass ein steuerfinanziertes System mit denselben strukturellen Problemen und Entscheidungskonflikten konfrontiert wäre.

V. Ausblick

Die Finanzierungsprobleme der gesetzlichen Krankenversicherung haben ihren Ursprung nicht im Solidarprinzip. Vielmehr stehen alternative Finanzierungsmodelle vor denselben strukturellen Problemen. Diese gilt es unabhängig vom System der staatlichen Gesundheitsfürsorge zu lösen. Allem voran steht die Notwendigkeit zur Reduzierung der Ausgaben, was nachhaltig nur durch die Reduzierung des Leistungsumfangs möglich erscheint. Werden diese Entscheidungen nicht auf politischer Ebene diskutiert und getroffen, besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass Leistungseinschränkungen implizit aufgrund der Budgetierung von Leistungen erfolgen. Eine solche implizite Rationierung ist verfassungsrechtlich mindestens bedenklich, führt aber in jedem Fall zu einer Benachteiligung sozial schwächerer Versicherter. Daraus erwächst nicht nur die politische, sondern auch die verfassungsrechtliche Notwendigkeit, systematische Reformen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung sowohl im Finanzierungs- als auch im Leistungsrecht anzugehen und dies unabhängig davon, ob künftig eine beitrags- oder steuergetragene Finanzierung präferiert wird.

Solidarität und Selbstverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung

Dr. Jana Schäfer-Kuczynski, M.mel. *

Der demografische Wandel fordert dem Gesetzgeber eine tiefgehende Auseinandersetzung mit der künftigen Organisation staatlicher Absicherung gegen Krankheitskostenrisiken ab: Der medizinische Fortschritt bedingt die Erschließung und Erweiterung von Behandlungsregimen, teils verbunden mit neuen/erweiterten Leistungsmengen. Innovationen verteuern den Markt von Gesundheitsleistungen. Zugleich sinken die Refinanzierungsvolumina der Beitragszahler:innen generationenbedingt, während der Versorgungsbedarf der immer höher alternden Gesellschaft zunimmt.

Zwei Ebenen geraten mit Blick auf die Leistungszusage der gesetzlichen Krankenversicherung damit wesentlich unter Druck – zum einen die infrastrukturelle Sicherstellung notwendiger Versorgungsleistungen, zum anderen die Sicherstellung der Finanzierung dieser Leistungen. Zur Sicherung dieser Funktionsfähigkeit/Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung justiert der Gesetzgeber schon viele Jahrzehnte nach, um Anreize zu Angebot und Nachfrage von Gesundheitsleistungen sowie die Preisbildung zu steuern. Der demografische Wandel aber strapaziert die Steuerungsmöglichkeiten im heute bestehenden Versicherungssystem enorm.¹ Schon seit einigen Legislaturen kommt daher auch ein Systemwechsel hin zur Bürgerversicherung oder die Umwandlung in einen steuerfinanzierten Gesundheitsdienst immer wieder auf den Tisch.²

* Die Verfasserin ist Rechtsanwältin bei Plagemann Rae PartmbB und Lehrbeauftragte der Bucerius Law School sowie am FB I der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

1 Hierzu *Schlegel*, NJW 2023, 2093, 2097.

2 Schon in Koalitionsvertragsverhandlungen 2009 und 2013 stark diskutiert (*Breyer*, KrV 2010, 276; berichtet erneut 2013: <https://www.tagesschau.de/inland/koalitionsvertrag-t-s-116.html>) und zuletzt in den Verhandlungen 2021 erwähnt (DÄBl. v. 15.10.2021, <https://www.aerzteblatt.de/news/ampelkoalition-die-buergerversicherung-ist-vom-tisch-0f835c8f-8a09-418c-b0c1-9fe0a094e526>). Der Koalitionsvertrag zur 21. Legislaturperiode ab 2025 sieht einen Systemwechsel weder vor, noch proklamiert er ihn als absehbar notwendig, abrufbar u.a. unter https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag2025_bf.pdf (zuletzt abgerufen am 06.06.2025). In der Literatur wird derweil der

Darüber hinaus werden zahlreiche Kriterien diskutiert, die eine Zuteilung von Gesundheitsleistungen im Verhältnis zu den damit verbundenen Kosten, die die Solidargemeinschaft zu tragen hat, steuern könn(t)en. Solche Kriterien sind teils schon im Gesetz verbaut, wenn man etwas genauer hinsieht. Teils sind sie Gegenstand recht abstrakter Gerechtigkeitsdiskurse.³

Eines dieser diskutierten *und* auch bereits im Recht der GKV angewandten Kriterien ist das der Selbst-/Eigen- bzw. Mitverantwortung.⁴

I. Verhältnis von Solidarität und Eigenverantwortung

Das Solidarprinzip der GKV beinhaltet die Zusage der Absicherung von schicksalhaft eintretenden Gesundheitskostenrisiken ohne Kostengrenze und ohne Berücksichtigung des individuellen Erkrankungsrisikos.⁵ Eigenverantwortung kann demgegenüber als Ausprägung unsolidarischen Verhaltens durch gesundheitsgefährdende Lebensweise/Handlungen in ein Spannungsverhältnis zum Solidarprinzip treten.⁶ Eigenverantwortung ist zugleich insoweit Ausdruck von Solidarität und damit Bestandteil des Solidarprinzips, als etwa Mitglieder die Bewältigung von Versicherungsfällen zugunsten der Sicherung einer Funktionsfähigkeit/Finanzierbarkeit der staatlich organisierten Krankenversicherung „übernehmen“ (müssen).

Eigenverantwortung beinhaltet daher eine individuelle wie auch kollektive Wirkungsebene, beide verschränkt mit dem Prinzip der Solidarität. Zugleich wirkt auch die vom Gesetzgeber kollektivierte Zwangssolidarität auf mehreren Ebenen, nämlich u.a. auf der Staturebene (zB durch kostenpflichtige Pflichtmitgliedschaft) und auf der Leistungsebene (zB durch pauschalisierte Kostenbeteiligungsanordnungen).

Übergang in ein steuerfinanziertes System vorgeschlagen: *Schlegel*, NJW 2023, 2093, 2098 f.

3 Zur Übersicht u.a. *ZEKO*, Priorisierung medizinischer Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2007; *Schreier/Diederich*, Kriterien der Priorisierung: Praxis anderer Länder und erste Ergebnisse einer qualitativen Befragung in Deutschland, FOR 655 – Nr.14/2008; *Schäfer-Kuczynski*, Rationierung und das Recht auf Gesundheit, 2023, S. 197 ff.

4 Vgl. *Schöne-Seifert*, in: *Nationaler Ethikrat*, Gesundheit für alle – wie lange noch?, 2007, S. 67, 70; mit spezifischem Bezug zu Organtransplantation: *Herb*, Die Verteilungsgerechtigkeit in der Medizin, 2002, S. 110. Die benannten Begriffsvarianten werden im hiesigen Beitrag gleichbedeutend verwendet.

5 Vgl. *Pernice-Warnke*, NZS 2023, 441, 442; *Gosepath*, in: *Nationaler Ethikrat*, Gesundheit für alle – wie lange noch?, 2007, S. 19, 22 f.

6 Vgl. *Pernice-Warnke*, NZS 2023, 441, 442.

Das Verhältnis zwischen Solidarität und Eigenverantwortung mit ihren jeweiligen Wirkebenen fächert sich, soweit man sich mit Eigenverantwortung als Regulierungsinstrument befasst, mit Blick auf normative Akzeptanzpotenziale noch weiter auf. Denn die subjektive Wertung von Gesundheit führt zu sehr unterschiedlichen Präferenzen,⁷ die zwischen *unbezahlbar*⁸ und *relativ* im Verhältnis zu anderen Interessen sowie Allfälligkeiten der Lebensführung und Selbstverwirklichung liegen (Bsp. Extrem-/Risikoport,⁹ Verzicht auf ärztliche Vorsorge mangels Zeit, Verzicht auf die Beschaffung von Arzneimitteln wegen Zuzahlungspflichten, Über-/Unterernährung, Genuss- und Suchtmittelkonsum usw.).

Demographischer Wandel und therapeutischer Fortschritt bewirken zugleich, dass der körperliche bzw. geistige Zustand der Bürger:innen vermehrt durch die Anwesenheit von Grunderkrankungen gekennzeichnet ist, mit denen sie immer öfter und länger symptomadaptiert oder gar symptomfrei leben können.¹⁰ Die Qualität der gesundheitlichen Schutzinteressen wie auch die Bereitschaft zu eigenverantwortetem Risikomanagement sind daher schwer zu generalisieren. Die Steuerung von und durch Gesundheitsverantwortung ist vor diesem Hintergrund eine besondere rechtliche wie ethische – und damit auch sozialpolitische Herausforderung.

II. Selbstverantwortlichkeit als normative und moralphilosophische Größe

Die Berücksichtigung der Mit-/Eigenverantwortlichkeit gehört zur Konzeption öffentlicher Krankenversicherung (s.o.) und ist zugleich sachlicher

7 Vgl. am Beispiel einer empirischen Befragung zu Beschränkungsakzeptanzen nach Geschlecht, Alterskohorte, Region und wirtschaftlicher Leistungskraft: *Zweifel*, in: *Fischer/Meyer*, Gesundheit und Wirtschaftswachstum, 2010, S. 159 ff.; *Münkler*, Kosten-Nutzen-Bewertungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2015, S. 200.

8 Vgl. Gesundheit als nicht marktgängiges Gut bei *Neumann*, NZS 2006, 393, 396.

9 Vgl. *Pernice-Warnke*, NZS 2023, 441, 442.

10 Beispielhaft könnte man unter vielen das „Leiden“ an Bluthochdruck nennen – diese Erkrankung ist in der Bevölkerung sehr weit verbreitet und im Regelfall medizinisch so gut begleitet, dass die Betroffenen mehrheitlich beschwerdefrei leben können, sich also nicht unbedingt als „krank“ wahrnehmen. Vgl. *Fuchs*, in: *Fuchs/Greiling/Rosenberger*, Gut versorgt?, Ökonomie und Ethik im Gesundheits- und Pflegebereich, 2019, S. 109, 111. Vgl. *Bruch*, in: *Nationaler Ethikrat*, Gesundheit für alle – wie lange noch?, 2007, S. 45, 46; zur Relevanz der Laiensphäre *Faltermaier*, in: *Richter/Hurrelmann*, Soziologie von Gesundheit und Krankheit, 2023, S. 229, 231, 234 ff.; vgl. *Schroer/Wilde*, in: *Richter/Hurrelmann*, Soziologie von Gesundheit und Krankheit, 2023 S. 257, 258, 264 ff.

Grund für Differenzierungen im Spektrum des Gleichheitsschutzes nach Art. 3 Abs. 1 GG.¹¹ Der Aspekt der Vorwerfbarkeit gesundheitsschädlichen Verhaltens ist nicht zuletzt deshalb äußerst systemrelevant, da der epidemiologische Übergang zur Chroniker:innenversorgung zu einem erheblichen Anteil in Verbindung mit Risikofaktoren steht, auf die Bürger:innen durchaus Einfluss nehmen können, indem sie zwischen verfügbaren Handlungsalternativen wählen.¹²

Es handelt sich um ein Kriterium, das insbesondere freiheitsorientierten Handlungsanweisungen moralphilosophisch zugeordnet werden kann.¹³ Selbstverantwortung kann demnach moralisch mit recht hoher Überzeugungskraft als akzeptabel, wenn nicht sogar vorzugswürdig angesehen werden. Doch in einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung besteht gerade keine Pflicht ein möglichst gesundes Gemeinwesenmitglied zu sein.¹⁴ Teils wird daher argumentiert, dass der Staat, durch seine Regulierung einer staatlich organisierten Krankenversicherung handelnd, auch im Bereich der Gesundheit zu Neutralität gegenüber den unterschiedlichen Lebensweisen und bewussten, wenn auch irrationalen Lebensentscheidungen (jedenfalls) verpflichtet sei.¹⁵

Gleichzeitig aber entfaltet individuelles Gesundheitsverhalten eine normative Relevanz gegenüber der Solidargemeinschaft. Denn das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit hat auch eine teilhaberechtliche Dimension, steht also in einer Beziehung zu den sozialen Sicherungsinteressen Dritter.¹⁶ Es widerspricht daher dem Solidarprinzip, angesichts limitierter Ressourcen zu erwarten, dass die Solidargemeinschaft alle auch individuell bewusst in Kauf genommenen Gesundheitsrisiken trägt und

11 Hierzu *Haverkate*, in: *Häfner*, Gesundheit – unser höchstes Gut?, 1999, S. 119 ff.; *Huster*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 193; *Deutscher Ethikrat*, Nutzen und Kosten im Gesundheitswesen, 2011, S. 11. A.a. *Heyers*, MedR 2016, 857, 862.

12 Hierzu berichtet *Erk*, Rationierung im Gesundheitswesen, 2015, S. 49 ff. m.w.N.

13 Vgl. *Birnbacher*, in: *Gutmann/Schmidt*, Rationierung und Allokation im Gesundheitswesen, 2002, S. 91, 107.

14 Vgl. *Pernice-Warnke*, NZS 2023, 441 f.; *Huster*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 193, 195 f.; *Huster*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, 2011, S. 62; *Kirchhof*, in: FS Laufs, 2006, S. 931, 947.

15 Vgl. *Huster*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 193, 196; umfassend *ders.*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 5 ff.; *Huster*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, 2011, S. 66.

16 *Schäfer-Kuczynski*, Rationierung und das Recht auf Gesundheit, 2023, S. 154 ff. m.w.N.

damit auch individuell zurechenbare Verschärfungen von Mittelknappheit kompensiert. Die Gemeinschaft hat bewusst gesetzte Risiken von Verfassungen wegen nicht zwingend zu tragen, Art. 20 Abs. 1 GG.¹⁷

Mit Blick auf die normative und moralische Bedeutung von Eigenverantwortung kann zwischen individuell zurechenbarer und typisierter/vermuteter Vorwerfbarkeit einer Mitverursachung von Versicherungsfällen im Sinne des SGB V unterschieden werden, soweit das Versichertenverhalten als Anknüpfungspunkt für die Begrenzung/Zuteilung von Leistungszusagen dienen soll.¹⁸ Soweit der Gesetzgeber bestimmte Arten von Versicherungsfällen generell aus dem Versicherungsschutz herausnimmt oder selbigen begrenzt, kommt es auf eine solche Differenzierung nicht an.

1. Konkrete Zurechnung von Eigenverantwortung des Versicherungsfalls

Als Beispiel für die Regulierung einer individuellen Zurechnung von Eigenverantwortung im Sinne einer Mitverantwortung des Versicherungsfalls kann § 52 SGB V genannt werden.¹⁹ Die Tatbestände des § 52 SGB V knüpfen je an versichertenindividuelles Handeln an, das nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der jeweilige Versicherungsfall mit überwiegender

17 Vgl. zur Rechtfertigungsverantwortung *Erk*, Rationierung im Gesundheitswesen, 2015, S. 69 ff. *Huster*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, 2011, S. 63, 66. Vgl. zur Konstruktion einer personalen Pflicht und Gemeinwohlpflicht zur Gesundheit *Erk*, Rationierung im Gesundheitswesen, 2015, S. 236 ff., 256 ff.; Vgl. *Schwettmann*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 175, 181.

18 Eher warnend *Prütting*, MedR 2025, 169, 170.

19 Zur Kritik an der Regelung sowie zum ökonomischen Motiv siehe u.a. *Wienke*, in: *Wienke/Eberbach/Kramer/Janke*, Die Verbesserung des Menschen, 2009, S. 169–174; *Höfling*, ZEFQ 2009, 286, 289, 291. Eingehend dazu *Schäfer-Kuczynski*, Rationierung und das Recht auf Gesundheit, 2023, S. 223 ff. mit Verweis unter anderem auf *Förstl/u.a.*, DÄBl. Int. 2010 (47), 835–839. Fußball gilt zwar gemeinhin nicht als Risikosportart, gleichwohl lassen sich Häufungen von ALS bei Profifußballern aufgrund der zahllosen Mikrotraumen der Halswirbelsäule feststellen. Siehe *Stöcker*, Gefährliche Lähmungskrankheit: Mysteriöse Häufung bei Fußballprofis, in: Spiegel Wissenschaft vom 24.02.2005, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/gefaehrliche-laehmungskrankheit-mysterioese-haeufung-bei-fussballprofis-a-343435.html> (zuletzt abgerufen am 20.05.2025); *Huster*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 193, 194 und BSG, Urt. v. 27.08.2019 – B 1 KR 37/18 R, BSGE 129, 52 Rn. 25.

Wahrscheinlichkeit entfie. ²⁰ Hier ist zwischen den unterschiedlich konstituierten Tatbeständen und Rechtsfolgen des § 52 in Abs. 1 und Abs. 2 SGB V zu differenzieren. ²¹ Während nach Absatz 1 ein offenes Entschließungs- und Auswahlermessen für die Kostenbeteiligung an einer Gesundheitsversorgung für vorsätzliche Selbstverletzung oder Verletzung bei/durch Delinquenz für Krankenkassen eingeräumt wird, ordnet Absatz 2 eine gebundene Entscheidung zum *Ob* der Kostenbeteiligung sowie ein offenes Ermessen für das Maß der Kostenbeteiligung an notwendig gewordener Gesundheitsversorgung infolge Schönheitsoperation/Tätowierung/Piercing an.

Der Zugang zu notwendigen medizinischen Leistungen selbst wird nicht berührt. ²² Der Versorgungsanspruch der Versicherten wird gleichwohl in seiner Substanz eingeschränkt, indem das Leistungsversprechen der GKV, welches die grds. volle Kostenübernahme beinhaltet, relativiert wird. ²³ Das Maß der Kostenbeteiligung bestimmt sich unter anderem am Grad der Vorwerfbarkeit des Versichertenverhaltens. ²⁴ Auf Kausalitätsfragen kommt es hier nicht an. Ob also eine Komplikation gänzlich schicksalhaften Charakter hat (zB atypische Verläufe), spielt tatbestandlich keine Rolle. Allein die substanzeretzende Grundentscheidung der Versicherten ist maßgeblich. Erst auf Ebene des Ermessens können etwa atypische Fälle/Verläufe Berücksichtigung finden.

Bei näherer Betrachtung wirft die Regulierung des § 52 SGB V durchaus Fragen auf. So kann man mit Blick auf die finale Anordnung von Kostenbeteiligung für Versichertenhandeln, das der Selbstverwirklichung dient (§ 52 Abs. 2 SGB V vs. Art. 2 Abs. 1 iVm 1 Abs. 1 GG) im Gegensatz zum freien Entschließungsermessen für Versichertenhandeln, das gegen die Rechtsordnung verstößt (Delinquenz) bzw. dem Versicherungszweck offenkundig zuwiderläuft (Selbstverletzung) durchaus eine Wertungswidersprüchlichkeit erkennen, deren Motiv sachlich und rechtlich unklar ist.

20 Vgl. zur tatbestandlichen Anknüpfung sowie zur Frage der Tatbestandsmäßigkeit einer Unterlassung von (pflichtigen) Präventionsmaßnahmen *Gassner*, ZRP 2022, 2, 4.

21 Näher hierzu *Krasney*, KrV 2015, 57–62.

22 BSG, Urt. v. 27.08.2019 – B 1 KR 37/18 R, BSGE 129, 52 Rn. 17 f.

23 *Huster*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 193, 194.

24 Maßgeblich sind daneben Umstände wie der Leistungsumfang der Kasse, das Einkommen des Versicherten, Unterhaltspflichten: BSG, Urt. v. 27.08.2019 – B 1 KR 37/18 R, BSGE 129, 52 Rn. 12 f. Zu den Umsetzungskonflikten von § 294a Abs. 2 SGB V *Huster*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 193; ebenso *Alber/Bayerl*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 205, 206; vgl. *Uhlenbruck*, MedR 1995, 427, 432.

Ein sachlicher Grund für die abschließende Katalogisierung des § 52 Abs. 2 SGB V ist nicht erkennbar.²⁵

Die damit verbundene Kritik an § 52 Abs. 2 SGB V steht freilich nicht stellvertretend für jegliche Anspruchsbegrenzungen aufgrund von Mit-/Eigenverantwortung.²⁶ Sie zeigt aber recht gut die grds. Problematik auf, die mit einer eher sittlich denn sozialpolitisch begründeten Regulierung individueller Handlungsformen im Rahmen staatlicher Gesundheitsfürsorge verbunden ist.

§ 52 SGB V gibt damit Anlass zur Auseinandersetzung mit der übergeordneten Frage, welche zurechenbaren Formen der Lebensgestaltung, die einen vermeidbaren oder normativ zu vermeidenden Versicherungsfall bedingen, von der Solidargemeinschaft mitgetragen werden sollen und welche nicht. Hieran anknüpfende Grundsätze müssen sich sachlich – quantitativ oder qualitativ – mit dem Zweck der Sicherung der Funktionalität der staatlichen Gesundheitsversorgung ins Verhältnis setzen lassen (Kostenwirksamkeit/Verteilungsgerechtigkeit). Das ist für § 52 Abs. 2 SGB V nicht hinreichend erkennbar.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint zumindest fraglich, ob die jeweilige gesellschaftliche Anerkennung/Konsensfähigkeit zurechenbaren und vermeidbaren gesundheitsgefährdenden Handelns Versicherter zum Zwecke der Selbstverwirklichung als sachlicher Grund zur Ungleichbehandlung hinreichen kann, solange damit weder qualitativ noch quantitativ eine systemrelevante Ressourcenbindung einhergeht.

Der bloße Verweis auf den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Bestimmung von Leistungsrechten für unterschiedliche Adressat:innenkreise dürfte in diesem Zusammenhang nicht weiterhelfen, um sozial- und gleichheitsrechtliche Konsistenz zu erzeugen – er ist kein Selbstzweck. Selbst wenn die materiell-verfassungsrechtliche Ebene anhand der verfügbaren Rechtsprechungsgrundsätze zur Vertretbarkeit partikularer Leistungsbegrenzung wie etwa durch § 52 Abs. 2 SGB V führen mag, so müsste wenigstens prognostizierbar und im Verlauf festzustellen sein, dass sie irgendeinen messbaren Einfluss auf die Finanzierungssicherstellung der staatlich organisierten Krankenversicherung nehmen. Dies leistet § 52

25 Hierzu Pernice-Warnke, NZS 2023, 441, 444; Wienke, in: ders./Eberbach/Kramer/Janke, Die Verbesserung des Menschen, S. 169, 174.

26 Zur Kritik an der Begrenzung von originären Behandlungsansprüchen wegen Eigenverantwortung siehe Pernice-Warnke, NZS 2023, 441, 443 m.w.N.

Abs. 2 SGB V soweit ersichtlich nicht, sodass sich die Frage der Erforderlichkeit der Gesetzgebung stellt.

2. Abstrakte Zurechnung von Eigenverantwortung des Versicherungsfalls

Beispielhaft für eine abstrakte Eigenverantwortlichkeitszuweisung kann zum einen die Ausklammerung von Bagatelldarstellungsfällen – insb. § 34 Abs. 1 Satz 6–8 SGB V – benannt werden. Aber auch der durchaus komplexe Versorgungsansatz der Prävention fällt wohl hierunter:

a. Das Beispiel der Bagatelldarstellung-Arzneimittelversorgung

Insb. § 34 Abs. 1 Satz 6 SGB V verschiebt das Krankheitskostenrisiko in die Eigenverantwortung der Versicherten zurück. Dahinter steht die gesetzgeberische Abwägung der mit „leichteren“ und ubiquitären Erkrankungen/Krankheitssymptomen (zB grippale Infekte, Kopfschmerzen, Verdauungsstörungen usw.) verbundenen Massenkostenposten mit dem in der Regel eher einfach zu erreichenden Ziel von Heilung und Linderung mit eher geringem Aufwand (OTC-Arzneimittel; Hausmittel usw.). Die Rückverschiebung des Risikos zur Bewältigung solcher eher leicht und zeitnah zu behandelnden Gesundheitsbeeinträchtigungen der physischen Funktionsebene ist vor dem Hintergrund der damit einhergehenden „Masse-Kosten“ gleichsam als zugemutete (und auch zumutbare) Grenze der Leistungszusage nach §§ 27, 11 SGB V ausgestaltet.

In Abgrenzung zu § 52 SGB V ist hier kein risikoe erhöhendes Versicherungsverhalten anlassgebend. Auch Kausalitätsfragen stellen sich nicht. Es geht allein um das Ausloten ubiquitärer aber niedrighschwelliger Kostenrisiken vor dem Hintergrund des Zwecks der sozialen Krankheitskostenversicherung, wirtschaftliche Überforderung durch Krankheit zu verhindern und zugleich die Funktionsfähigkeit des Sicherungssystems zu gewährleisten (Ressourcenallokation). Diese Abwägung ist aufgrund des vorgenannten Versicherungsprinzips auch schlüssig.

b. Ein Beispiel aus der Prävention

Ein anderes Anwendungsgebiet für Priorisierung aufgrund von Mitverantwortlichkeit kann der Bereich von Prävention im Sinne von staatlich organisierter Vermeidung von Versicherungsfällen sein.

Die Bedeutsamkeit einer Übernahme präventiver Gesundheitsverantwortung durch die Versicherten wird unter anderem über den Begriff der *New Public Health* transportiert.²⁷ Unter diesen Topos kann auch die staatliche Förderung oder Forderung einer Einhaltung gesunder Lebensweisen und der Inanspruchnahme bereitgestellter Vorsorgeinfrastrukturen gefasst werden.²⁸ So wurden gemäß § 20d Abs. 3 SGB V Bundesrahmenempfehlungen erarbeitet, die das Zusammenwirken der Sozialversicherungsträger und ihre Unterstützung für sogenannte *Lebensweltverantwortliche* bei Projekten zur Förderung gesunder Lebens- und Arbeitsbedingungen für die Versicherten vorhalten.²⁹

Sobald eine staatliche Forderung gesunder Lebensweisen über Präventionsangebote und das bloße „Stupsen“ (Nudging) hinausgeht,³⁰ wird die Unterscheidung nach zurechenbaren/beeinflussbaren Risikofaktoren und solchen, auf die Versicherte typischerweise oder tatsächlich keinen wesentlichen Einfluss nehmen können, notwendig.³¹ Denn anders als im Falle der Zurechnung von Eigenverantwortung im einzelnen Leistungsfall (s.o.), geht die Regulierung einer Annahme von Eigenverantwortung und daran knüpfende Rechtsfolgen im Sinne einer typisierenden Steuerung staatlich organisierter Gesundheitsversorgung konzeptionell über eine Zurechnung im Einzelfall hinaus, da sie als widerlegliche oder unwiderlegliche Vermutung wesentlich kausaler Mitwirkung zur Vermeidung oder Milderung von Versicherungsfällen funktioniert. Hierzu bedarf es zum Zwecke der Zuord-

27 Huster, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, 2011, S. 74, 78; Groß/Schäfer/Westermann, in: Fischer/Meyer, Gesundheit und Wirtschaftswachstum, 2010, S. 133, 137; Entwurf zum Präventionsgesetz (PrävG), BT-Drs. 18/4282, S. 1; Schreier/Diederich, in: dies., FOR 655 – Nr. 14/2008, S. 11.

28 Vgl. Huster, in: Schmitz-Luhn/Bohmeier, Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 193, 195. Vgl. auch jetzt schon § 62 Abs. 1 SGB V. Vgl. Entwurf zum Präventionsgesetz (PrävG), BT-Drs. 18/4282, S. 1.

29 I.d.F. vom 29.08.2018, abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/P/Praeventionsgesetz/BRE_Fassung_vom_29.08.2018.pdf.

30 Z.B. durch Bonussysteme der Kassen. Zur Eingriffswirkung durch sog. Nudging siehe etwa Beul, KritV 2019, 39.

31 Uhlenbruck, MedR 1995, 427, 432; Vgl. stratifizierende Medizin. Gegen diese Form der Identifizierung von Krankheitspotenzialen bestehen zahlreiche medizinische, datenschutzrechtliche und ethische Bedenken. Eingehend dazu die Dokumentation der Jahrestagung des Deutschen Ethikrats 2012, Personalisierte Medizin – Der Patient als Nutznießer oder Opfer?, abrufbar unter: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Dokumentationen/tagungsdokumentation-personalisierte-medicin.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.05.2025).

nung einer Sicherungsabsicht der Funktionsfähigkeit der staatlich organisierten Gesundheitsversorgung zumindest einer hinreichenden evidenzbasierten Belegarbeit über Zusammenhänge zwischen Lebensweisen/wiederkehrenden Lebensentscheidungen und Gesundheitsgefährdung sowie der Realisierung solcher gesetzten Gefahrerhöhungen.

Typisierende Leistungsbeschränkungen oder gar -ausschlüsse aufgrund von Eigenverantwortlichkeit erfordern aufgrund ihrer hohen Eingriffsqualität eine empirisch hinreichend gesicherte und damit einer Typisierung zugängliche Zurechenbarkeit im Sinne einer generalisierbaren Vermeidbarkeit.³²

In Ansehung gesellschaftsgruppenspezifischen Gesundheitsverhaltens unter dem Einfluss sozialer Faktoren³³ erscheint etwa die Zurechnung *ungesunden Lebensstils* bzw. *ungesunder Gewohnheiten* als typisierte Annahme frei gewählter Lebensweisen fraglich.³⁴

Die damit verbundenen normativen Schwierigkeiten einer Zurechnung,³⁵ das daraufhin ableitbare Risiko ungerechtfertigter Diskriminierung sowie eine auch drohende Verschärfung sozialer Ungleichheit lassen sich am Beispiel des Übergewichts recht gut veranschaulichen:³⁶

32 Fraglich z.B., wenn eine Person im Kindesalter zu gesundheitsschädlichem Ernährungsverhalten konditioniert worden ist: Siehe *Schöne-Seifert*, in: *Nationaler Ethikrat*, *Gesundheit für alle – wie lange noch?*, 2007, S. 67, 71. Ebenso problematisch bei Suchterkrankung, vgl. *Pernice-Warnke*, NZS 2023, 441, 442.

33 *Robert-Koch-Institut*, *Gesundheit in Deutschland 2015*, S. 201 ff.; siehe auch: *Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz beim Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft*, *Politik für eine nachhaltigere Ernährung – Eine integrierte Ernährungspolitik entwickeln und faire Ernährungsumgebungen gestalten*, Gutachten Juni 2020, abrufbar unter https://www.bmel.de/SharedDocs/Archiv/Downloads/wbae-gutachten-nachhaltige-ernaehrung.pdf?__blob=publicationFile&v=3, S. 102 ff.

34 Vgl. *Huster*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, *Priorisierung in der Medizin*, 2013, S. 193, 195.

35 Vgl. etwa zur Zurechnungslegitimation anhand von Zugang, Handlungsalternativen und wesentlicher Kausalität: *Gassner*, ZRP 2022, 2 f.

36 Hierzu: *Schwettmann*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, *Priorisierung in der Medizin*, 2013, S. 175 ff.; *Robert-Koch-Institut*, *Abteilung für Epidemiologie und Gesundheitsmonitoring*, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/Gesundheitsmonitoring/Themen/Uebergewicht_Adipositas/Uebergewicht_Adipositas_node.html#:~:text=Zwei%20Drittel%20der%20M%C3%A4nner%20\(67,ist%20stark%20%C3%BCbergewichtig%20\(adip%C3%B6s\)\(zuletzt%20abgerufen%20am%2006.06.2025\);](https://www.rki.de/DE/Content/Gesundheitsmonitoring/Themen/Uebergewicht_Adipositas/Uebergewicht_Adipositas_node.html#:~:text=Zwei%20Drittel%20der%20M%C3%A4nner%20(67,ist%20stark%20%C3%BCbergewichtig%20(adip%C3%B6s)(zuletzt%20abgerufen%20am%2006.06.2025);) *Robert-Koch-Institut*, *Gesundheit in Deutschland 2015*, S. 206, <https://www.rki.de/DE/Themen/Gesundheit-und-Gesellschaft/Gesundheitsberichterstattung/Gesundheit-in-Deutschland/Down->

Staatliche Steuerung gegen starkes Übergewicht kann aufgrund seiner durchaus starken Verbreitung unter den Versicherten als ein Anknüpfungspunkt von systemischer Relevanz zur Anwendung des Prinzips der Eigenverantwortung angesehen werden. Mehr als die Hälfte der Bevölkerung ist von Übergewicht betroffen.³⁷ Adipositas kann damit durchaus als ubiquitäres Phänomen des Versichertenpools eingeordnet werden.

Daher ist etwa die Ausklammerung von Appetitzüglern (§ 34 Abs. 1 Satz 8 SGB V) zunächst nachvollziehbar. Dies aber nur, solange Adipositas als für sich selbst stehendes funktionsbeeinträchtigendes Phänomen und nicht als eine spezifische Gesundheitsrisiken bedingende Causa verstanden wird. Anders aber als in § 34 Abs. 1 Satz 6 SGB V kann Adipositas eher nicht als bagatellhafter Versicherungsfall oder bagatellhafte Gesundheitsbeeinträchtigungen auslösender Faktor angesehen werden. Denn der erheblichen Adipositas werden auf mannigfaltig ausgearbeiteter Evidenz basierende Erkenntnisse über erhebliche Folgeerkrankungen (u.a. Gefäßerkrankungen, Blutzucker, Gelenkverschleiß, Schlafapnoe/Sauerstoffversorgung) oder auch Komplikationsneigung bei operativen Eingriffen usf. zugeschrieben.³⁸ Vor dem Hintergrund der verfügbaren evidenzbasierten medizinischen Er-

loads-2015/gesundheit_in_deutschland_2015.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 06.06.2025); vgl. *Haftenberger/u. a.*, *European Journal of Clinical Nutrition* 2016 (70), 300 ff.; *Alber/Bayerl*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, *Priorisierung in der Medizin*, 2013, S. 205 ff.; zum Zusammenhang zwischen Gesundheit/Lebenserwartung und sozialer Gruppenzugehörigkeit, *Huster*, *Soziale Gesundheitsgerechtigkeit*, 2011, S. 16, 55 ff.; zum sozialen Faktor des Erkrankungsrisikos allg. *Huster*, in: *Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried*, *Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats*, Bd. 2, 2015, S. 223, 227 f.; *Erk*, *Rationierung im Gesundheitswesen*, 2015, S. 289 ff.; *Schienkiewitz/u. a.*, *Journal of Health Monitoring* 2017, 21, 23 ff.; *Robert-Koch-Institut*, *Gesundheit in Deutschland* 2015, S. 206, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Themen/Gesundheit-und-Gesellschaft/Gesundheitsberichterstattung/Gesundheit-in-Deutschland/Downloads-2015/gesundheit_in_deutschland_2015.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 06.06.2025); *Lampert*, in: *Richter/Hurrelmann*, *Soziologie von Gesundheit und Krankheit*, 2023, S. 121, 123 ff.; Am Aspekt der Zurechenbarkeit bzw. Vermeidbarkeit stößt sich dabei auch die Diskussion zum Selbstverschulden in Dänemark. Dazu *Pornak*, *Priorisierung in der Medizin: Eine Länderstudie: Dänemark*, 2012, S. 50 f. m.w.N.; vgl. zu generellen Effektivitätsbedenken gegen Steuern als Steuerungsinstrument, *Kirchhof*, in: *FS Laufs*, 2005, S. 931, 948; *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, *Priorisierung in der Medizin*, 2013, S. 205 ff.; *Müller/Groß*, in: *Böcken/Braun/Landmann*, *Gesundheitsmonitor* 2009, S. 258, 265. Unter Bezugnahme auf die Erhebungen der Forschungsgruppe FOR 655, *Diederich/Schreiber*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, *Rationierung in der Medizin*, 2013, S. 265, 276 ff.

37 *Schienkiewitz/Kuhnert/Blume/Mensink*, *J Health Monitoring* 2022, 21–28.

38 *Schwettmann*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, *Priorisierung in der Medizin*, 2013, S. 175, 176.

kenntnisse scheint dann insb. der Ausschluss von Appetitzüglern durchaus einer verkürzten Betrachtung zu folgen.

Die beobachtbaren Folgeerkrankungen, denen ein Zusammenhang zu erheblicher Adipositas zugeordnet werden kann, sind von so hoher gesundheitlicher Bedeutung, dass es vielmehr nahe läge, Appetitzügler unter ärztlicher Einbindung (und als ohnehin geforderten Zwischenschritt zur operativen Versorgung) in die Sachleistungen einzubeziehen. Dies würde nicht nur das gesundheitliche Befinden verbessern, sondern auch potenziell erhebliche Langzeitkosten sowie infrastrukturelle Ressourcen schonen. Die Annahme einer bloßen „Lebenserleichterung“³⁹ ist vor diesem Hintergrund wohl nicht falsch, aber unzulänglich und zudem systemisch kontraintuitiv, da sie die Versicherten auf eine gesundheitliche und therapeutische Zuspitzung des weiteren Verlaufs verweist, der wohl jedenfalls in vielen Fällen als vermeidbar gelten kann. Die derzeitige Regulierung lässt nicht einmal die Berücksichtigung tatsächlicher Unwirksamkeit oder Unerreichbarkeit der „Erhöhung des Umsatzes bei geringerer Energiezufuhr“ zu und benachteiligt damit auch Versicherte, die in Eigenverantwortung, aber unter eingeschränkter Zurechenbarkeit Übergewicht entwickeln. Dies läuft dem eigentlichen Ziel und Sachbezug der Berücksichtigung von Eigenverantwortung eher entgegen, als dass es ihm entspräche.

Darüber hinaus kann etwa eine Steuerung über Kostenbeteiligung an medizinisch typisierbaren Folgeerkrankungen und Komplikationen aufgrund von Adipositas als sozialstaatlich ungeeignet angesehen werden, wenn anerkannt wird, dass gerade die einkommensschwachen Mitglieder der Gesellschaft Übergewicht entwickeln. Sie an Behandlungskosten zu beteiligen bedeutete, die Prekarität von Lebenslagen zuzuspitzen, Ungleichheiten (die ja gerade als Risikofaktor für ungesunde Lebensweisen gelten) zu verschärfen, ggf. auch über die rechtlichen Interessen betroffener Versicherter hinaus (zB wenn es sich um Eltern handelt, die unterhaltspflichtig sind). Ähnliche Ergebnisse wären zu erwarten, wenn Kostenbeteiligungen an omissives Verhalten (zB die Nichtinanspruchnahme von Präventionsmaßnahmen) geknüpft würden, wenn anerkannt wird, dass gerade sozial benachteiligte und/oder einkommensschwache Mitglieder der Gesellschaft ungleich schlechteren Zugang zu Wissen über gesunde Verhaltensalternativen und/oder zur Sinnhaftigkeit präventiver Versorgung haben, teils auch,

39 Vgl. LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 26.11.2024 – L 11 KR 3317/24 ER-B.

weil sie schlicht nicht über ausreichend Zeit verfügen (zB bei Alleinerziehenden/Sorgearbeitenden).⁴⁰

Überdies erweist sich eine Leistungssteuerung für Folgeerkrankungen einer erheblichen Adipositas wegen Eigenverantwortung als schwer zu rechtfertigen, wenn zuvor keine Differenzierung nach der Zurechenbarkeit zum „allg.“ steuerbaren Anteil des Ernährungsverhaltens erfolgt ist. Denn ein (soweit zutreffend)⁴¹ hinter Adipositas stehendes Ernährungs- und Bewegungsverhalten kennzeichnet sich dadurch, dass Übergewicht als lediglich mittelbare Folge einer Akkumulation von je für sich gesehen zunächst unbedenklichen Ernährungsentscheidungen beobachtet werden kann. Erst in Summe, dh als habituierte Ernährungsweise, wird ein krankheitsfördernder Einfluss bewirkt. Dies allein lässt schon erkennen, dass einzelne ungesunde Ernährungsentscheidungen oder das Unterlassen körperlicher Ertüchtigung/Bewegung im Einzelnen sich nicht eignen, um Rechtsfolgen daran zu knüpfen, die zu einer Beschränkung von Autonomie und/oder von Leistungsansprüchen Versicherter führen.

Wenn aber die Akkumulation unbedenklicher Entscheidungen im Sinne einer gesundheitsgefährdenden Lebensweise (zB durch Ernährung) wiederum Anlass zu staatlicher Steuerung sein soll, so fällt die Zurechnung im Sinne einer typisierten Eigenverantwortung bei unterstelltem Sachzusammenhang wiederum ungleich schwerer. Denn die Entwicklung und Unterhaltung einer Ernährungsweise sind so multifaktoriell bedingt, dass ihre pauschale Zurechnung durch Anordnung von beschränkenden Rechtsfolgen schwer zu rechtfertigen ist. Der Gesetzgeber hat die Pflicht zur Erschließung der empirischen Erkenntnisse zwecks Ableitung einer Eignung normativer Steuerung. Für die „Fallgruppe“ Adipositas wiederum kann er sich, anders als bei der Steuerung durch Qualitätsrichtlinien/Mindestmengen usf. gerade nicht allein an evidenzbasierter Medizin orientieren. Diese ist lediglich Ausgangspunkt für ein steuerndes Vorhaben. Der Ermittlungs- und Überwachungsauftrag für lediglich mittelbar gesundheitsgefährdendes Alltagsverhalten könnte in Ansehung der Erkenntnis über multiple Ursachen von Adipositas nicht ohne Hinzuziehung zumindest auch sozialwissenschaftlicher Empirie und Analyse erfolgen. Diese interdis-

40 Vgl. zur sozialen Ungleichheit als Hinderungsgrund für Eigenverantwortung, *Prütting*, MedR 2025, 169, 171.

41 Alternativursachen können etwa anderweitige Grunderkrankungen, die Einnahme von Medikamenten oder bestimmte stoffwechselbeeinflussende Dispositionen sein, vgl. *Schwettman*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier*, Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 175, 176.

ziplinären Erkenntnisse müssten konsequenterweise für die gerichtliche Rechtsanwendung – soweit eine Widerleglichkeit eingeräumt ist – sachverständig aufbereitet und für den zu entscheidenden Einzelfall in Ansatz gebracht werden. Eine Steuerung von krankheitsfördernden Lebensweisen im Rahmen der Eigenverantwortung kann also für den Bereich der Adipositas nur dann konsistent erfolgen, wenn die Interdisziplinarität der wissenschaftlichen Basis über den Grundsatz der EBM (evidenzbasierte Medizin) hinaus fortentwickelt wird. Neu ist dies nicht – Gesetzesvorhaben des Sozialstaats orientieren sich in vielen Leistungsrechtszusammenhängen an interdisziplinären Erkenntnissen, die etwa im Rahmen der Einholung von Stellungnahmen der Fachverbände/Interessenverbände/usf. gewonnen werden.

Gerade ein Ansinnen rechtlicher Steuerung von krankheitsfördernden Lebensweisen müsste darüber hinaus aber zur Überlegung anhalten, ob das interdisziplinäre Wissen nicht auch institutionell Teil der gemeinsamen Selbstverwaltung werden muss. Derzeit ist die institutionelle Eingliederung von „Gesundheitswissen“ auf evidenzbasierte Medizin ausgerichtet.⁴² Zur staatlichen Regulierung von Gesundheit aber, die sich interdisziplinär konstituiert, wäre die Aufnahme der darüber hinaus entscheidungserheblichen wissenschaftlichen Disziplinen in das System der gemeinsamen Selbstverwaltung erforderlich – jedenfalls soweit das Prinzip der Eigenverantwortung zur Prävention/Gesundheitssicherung fortentwickelt werden soll.

III. Schlussfolgerungen

Gesundheitsverantwortung im Zusammenspiel von Solidarität und Eigenverantwortung kann durch Normierung mit verschiedenen Steuerungsgraden umgesetzt werden. Die Steuerungsgrade reichen von Anreizen bis hin zu Eingriffsnormen im Lichte der Sicherung der Funktionsfähigkeit und Finanzierbarkeit der staatlich organisierten Absicherung gegen Krankheitskostenrisiken. Die Steuerungsmittel reichen von Belohnungssystemen über Modifikationen des Beitragsrechts bis hin zu Kostenbeteiligungen oder Modifikationen des Zugangs zu Gesundheitsleistungen. Evidenzbasierte, typisierbare Gesundheitsrisiken und zugehörige Kosten können mit und ohne normative Kausalitätsvermutungen in Rechtsnormen übersetzt werden, die

42 Institutionell ergänzt um die Fachdisziplin der Volkswirtschaft (IQWiG).

bestimmte Risiken den Versicherten zurechnen und damit ausdrücken, dass ein gemeinschaftliches Schultern dieser Risiken vernünftigerweise nicht erwartet werden kann (kontraktualistisches Moment).⁴³

Der damit verbundene Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist allerdings kein Selbstzweck. Steuerung durch Recht wegen Eigenverantwortung muss vielmehr das Verhältnis und die Verhältnismäßigkeit zwischen Funktionsfähigkeit des Sicherungssystems und den grundrechtsrelevanten Versorgungs-/Sicherungs-/Verwirklichungsinteressen der Mitglieder abbilden, herstellen und nachweisen.⁴⁴

Eigenverantwortung ist insbesondere mit Blick auf ihre Zurechenbarkeit unter Berücksichtigung krankheitsbedingten und/oder konditionierten Versichertenverhaltens interdisziplinär zu betrachten. Eine möglichst präzise Abschichtung auf Tatbestands- und Rechtsfolgende unter Berücksichtigung von Typisierbarkeit und Vermeidbarkeit drängt sich ebenso auf, wie die Berücksichtigung von Vitalität/Intensität/Quantität angestuerter Gesundheitsinteressen bzw. der damit verbundenen Versicherungsfälle.

Bei alledem ist der Grundsatz zu beachten, dass eine *Vergesundung* der Bevölkerung als Zweck einer Eigenverantwortlichkeitsgesetzgebung unzulässig ist, s.o. Vielmehr hält der Schutz freier Persönlichkeitsentfaltung dazu an, das Ziel der Optimierung von Gesundheit teleologisch nicht in das Sicherungsziel der Funktionsfähigkeit der staatlichen Gesundheitsversorgung einzubeziehen.

-
- 43 Für das derzeit bestehende System kann z.B. benannt werden, dass die Solidargemeinschaft gerade nicht kalkulierbare Krankheitsrisiken sichert, nicht aber kalkulierbare. Sog. Prinzip der Reziprozität: siehe Schwettmann, in: Schmitz-Luhn/Bohmeier, Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 175, 181; Kirchhof, in: FS Laufs, 2005, S. 931, 948.
- 44 Insb. zum Argument fehlender Entlastung des Staatshaushaltes, wenn gesundheitlich Hilfsbedürftige aufgrund von finanzieller Überforderung zu Sozialhilfebedürftigen werden siehe Isensee, in: GS Heinze, 2005, S. 417, 433. Zur Vermeidung von Begrenzungen des Zugangs im Verhältnis zu Kostenbeteiligungen vgl. Schwettmann, in: Schmitz-Luhn/Bohmeier, Priorisierung in der Medizin, 2013, S. 175, 181.

Scheinselbstständigkeit – Reichweite und Grenzen sozialversicherungsrechtlicher Sanktionsinstrumente

Prof. Dr. Alexander Pionteck, M.A.*

I. Einleitung

Die mit Scheinselbstständigkeit verbundenen rechtlichen Implikationen finden vermehrt Eingang in die Sozialgerichtsbarkeit¹ und haben bereits vor einigen Jahren die bundespolitische Bühne erreicht.² Auch der Unionsgesetzgeber war zuletzt mit dem *topos* Scheinselbstständigkeit im Rahmen der zum 1.12.2024 in Kraft getretenen Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit³ konfrontiert. Adressat der Richtlinie sind vor allem Unternehmen wie Uber und Lieferando, die ihre Fahrer im Rahmen sog. Plattformarbeit häufig als Selbstständige behandelt und abgerechnet haben – mit weitreichenden arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Folgen für Arbeitnehmer, Staat und Gesellschaft: u.a. kein Urlaub, keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, kein Kündigungsschutz, keine Lohnsteuer und keine Sozialversicherungsbeiträge! Das Problem der Scheinselbstständigkeit hat daher an Aktualität nicht eingebüßt, was nicht überrascht. So ist das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) in einer empirischen Untersuchung zu dem Ergebnis gelangt, dass

* Der Verfasser ist Professor für Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der Technischen Hochschule Mittelhessen und Lehrbeauftragter für Rechtssoziologie an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

1 BSG, Urt. v. 20.07.2023 – B 12 BA 4/22 R, NZG 2023, 1003; BSG, Beschl. v. 12.05.2022 – B 12 KR 48/21 B, BeckRS 2022, 23846; BSG, Beschl. v. 08.05.2020 – B 12 R 44/19 B, BeckRS 2020, 12384; BSG, Beschl. v. 01.04.2019 – B 12 R 21/18 B, BeckRS 2019, 13146; BSG, Urt. v. 12.12.2018 – B 12 R 15/18 R, NZS 2019, 465 m. Anm. Pionteck; BSG, Urt. v. 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R, NJOZ 2016, 666; LSG Bayern, Urt. v. 11.02.2014 – L 5 R 1072/12, BeckRS 2014, 69564; siehe bereits auch LSG Hessen, Urt. v. 31.07.2008 – L 8 KR 37/07, NZS 2009, 628.

2 Siehe etwa das Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmisbrauch vom 11.07.2019 (BGBl. I S. 1066); BT-Drs. 19/8691.

3 Richtlinie (EU) 2024/2831 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2024 zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit, ABl. L 2024/2831; hierzu Fischels/Sokoll, NZA 2024, 721 und Lelley/Bruck, RdA 2023, 257.

in Deutschland – je nach Gewichtung der verschiedenen Abgrenzungskriterien – zwischen 235.000 und 436.000 Scheinselbstständige „beschäftigt“ werden.⁴

Von Scheinselbstständigkeit ist die Rede, wenn jemand zwar der Vertragsgestaltung zufolge selbstständige Dienst- oder Werkleistungen für ein fremdes Unternehmen erbringt, tatsächlich aber wie ein abhängig Beschäftigter⁵ arbeitet und sich auch hinsichtlich seiner sozialen Schutzbedürftigkeit nicht von diesem unterscheidet.⁶ Bei der Scheinselbstständigkeit handelt es sich nicht um einen nur „schillernden Rechtsbegriff“.⁷ Vielmehr wird hiermit ein rechtstatsächliches Phänomen beschrieben,⁸ dessen Grundgedanke sich aus der neoliberalen Logik speist: Arbeitgeber versuchen sich ihrer arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Pflichten zu entledigen, indem sie – oftmals ganz gezielt und im Vorfeld strategisch gut geplant – das Risiko eingehen und rechtstechnisch Beschäftigte im Sinne des § 7 SGB IV mit dem Etikett der Selbstständigkeit versehen.⁹ Aus sozialversicherungsrechtlicher Perspektive entkommt der Arbeitgeber damit seiner Pflicht, die Gesamtsozialversicherungsbeiträge für seine – als Selbstständige „getarnte“ – Beschäftigten abzuführen (vgl. §§ 28d, 28e SGB IV). Arbeitgeber kommen auf diese Weise in die Versuchung, hierin ein enormes Potenzial zur Personalkosteneinsparung zu erblicken.¹⁰ Der Entscheidung, mitunter ganze Divisionen an Mitarbeitern als Selbstständige umzuetikettieren, geht eine sorgfältig durchgeführte Risiko- und Folgenabwägung voraus. In diesem Zusammenhang werden nicht selten große Wirtschaftskanzleien damit beauftragt, eine umfangreiche Due-Diligence-Prüfung vorzunehmen.¹¹ Dabei ist zum einen die Frage relevant, ob der Tatbestand des Beschäftigten im Sinne des § 7 SGB IV erfolgreich umschifft werden kann, wenn man die Rechtsprechung des BSG zum Beschäftigtenbegriff¹² genau-

4 IAB Kurzbericht, 1/2017, S. 1, 4.

5 Zur besseren Lesbarkeit wird im Folgenden das generische Maskulinum verwendet. Die verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – auf alle Geschlechter.

6 Bettinghausen/Wiemers, BB 2020, 2356; v. Steinau-Steinrück/Mühlenhoff, NJW-Spezial 2018, 114.

7 Reiserer/Freckmann, NJW 2003, 180.

8 Dörner/Baeck, NZA 1999, 1136, 1137.

9 Vgl. dazu Zieglmeier, NJW 2015, 1914.

10 Lampe, RdA 2002, 18, 20; Lembke, NZA 2018, 393.

11 Zum Compliance-Risiko siehe Zieglmeier, NJW 2015, 1914, 1915 f.

12 BSG, Urt. v. 22.06.2005 – B 12 KR 28/03 R, BeckRS 2005, 42507; BSG, Urt. v. 18.12.2001 – B 12 KR 8/01 R, BeckRS 2003, 04180; BSG, Urt. v. 27.01.1994 – 2 RU 17/93,

estens studiert. Kommen Unternehmen eher zu dem Entschluss, dass es sich tendenziell doch um klassische Beschäftigte handeln dürfte, werden die Risiken auf Rechtsfolgende evaluiert, u.a. sozialversicherungsrechtliche Sanktionen für den Fall, dass die Scheinselbstständigkeit aufgedeckt wird.

Die Abgrenzung von Beschäftigung im Sinne des § 7 SGB IV und selbstständiger Tätigkeit war schon vielfach Gegenstand sozialrechtlicher Diskurse.¹³ Demgegenüber entpuppen sich die sozialversicherungsrechtlichen Konsequenzen aufgedeckter Scheinselbstständigkeit und etwaiger Reformbedarf als Forschungsdesiderat.¹⁴ Sie sind Gegenstand dieses Beitrags. In einem ersten Schritt werden daher Reichweite und Grenzen der sozialversicherungsrechtlichen Sanktionsinstrumente *de lege lata* und Berücksichtigung der Rechtsprechung des BSG analysiert (II.). Diese Bestandsaufnahme bildet sodann die Grundlage für etwaige Reformvorschläge (III.), ehe das novellierte Statusfeststellungsverfahren (§ 7a SGB IV) als Risikovermeidungsstrategie für Arbeitgeber rudimentär besprochen wird (IV.). Der Beitrag schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in drei Thesen (V.).

II. Sozialversicherungsrechtliche Sanktionsinstrumente *de lege lata*

Das Risiko der aufgedeckten Scheinselbstständigkeit muss so groß sein, dass Arbeitgeber im Vorfeld der Beschäftigung sorgsam prüfen, ob tatsächlich eine selbstständige Tätigkeit in Rede steht. Hierfür ist es rechtspolitisch ratsam, die sozialversicherungsrechtlichen Sanktionsinstrumente so weitreichend auszugestalten, dass Unternehmen spürbare Nachteile erleiden, wenn die Scheinselbstständigkeit aufgedeckt wird. Vor diesem Hintergrund ist eine Bestandsaufnahme hinsichtlich Reichweite und Grenzen sozialversicherungsrechtlicher Sanktionsinstrumente *de lege lata* unerlässlich, um auf dieser Grundlage Rückschlüsse für etwaigen Reformbedarf transparent werden zu lassen.

NZS 1994, 323, 324 f.; zur Figur des „Wie-Beschäftigten“ zuletzt BSG, Urt. v. 19.06.2018 – B 2 U 32/17 R, BeckRS 2018, 24148.

13 Siehe nur: Bettinghausen/Wiemers, BB 2020, 2356 f.; Holthausen, RdA 2020, 92, 95 ff.; Lelley/Bruck, RdA 2023, 257, 259 f.; Lembke, NZA 2018, 393 f.; Reiserer/Freckmann, NJW 2003, 180, 181 f.

14 Hierzu in Grundzügen Holthausen, RdA 2020, 92, 93 f.

1. Nachzahlung vorenthaltener Sozialversicherungsbeiträge

Nach § 28d S.1, 2 SGB IV werden die Sozialversicherungsbeiträge in die Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung als Gesamtsozialversicherungsbeitrag gezahlt. Grundsätzlich hat der Arbeitgeber den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen; die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Teils des Gesamtsozialversicherungsbeitrags gilt dann als aus dem Vermögen des Beschäftigten erbracht (§ 28e Abs.1 S.1, 2 SGB IV). Auf dieser Grundlage hat der Arbeitgeber vorenthaltene Sozialversicherungsbeiträge bei aufgedeckter Scheinselbstständigkeit nachzuzahlen. Nicht selten kommt Scheinselbstständigkeit im Wege einer Betriebsprüfung durch die Träger der gesetzlichen Rentenversicherung auf der Grundlage von § 28p Abs. 1 SGB IV ans Licht.¹⁵

a. Grundsatz: kein Regress beim Beschäftigten, § 28g S. 3 SGB IV

Gem. § 28g S.3, 4 SGB IV hat der Arbeitgeber gegen den Beschäftigten einen Anspruch auf den vom Beschäftigten zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags, der grundsätzlich nur durch Abzug vom Arbeitsentgelt geltend gemacht werden kann. Ein Regress beim Beschäftigten im Falle vorenthaltener Sozialversicherungsbeiträge ist grundsätzlich nur bei den drei nächsten Lohn- oder Gehaltszahlungen möglich.

Etwas anderes gilt für den Zeitraum danach nur dann, wenn der Abzug ohne Verschulden des Arbeitgebers unterblieben ist. Dann kann der Arbeitgeber einen unterbliebenen Abzug auch über die drei nächsten Lohn- oder Gehaltszahlungen hinaus nachholen. Dies setzt indes voraus, dass die Beschäftigung nach Aufdeckung der Scheinselbstständigkeit fortgesetzt wird.¹⁶ Das Verschulden des Arbeitgebers wird indes in der Regel vorliegen, da es zu seinen Obliegenheiten gehört, sich bei den Krankenkassen als zuständige Einzugsstelle im Sinne der §§ 28h Abs. 1, 28i S. 1 SGB IV zu informieren¹⁷ oder auf der Grundlage von § 7a SGB IV bei der DRV Bund ein Statusfeststellungsverfahren zur Klärung der Erwerbsstatus anstrengen.¹⁸ Insoweit

15 *Holthausen*, RdA 2020, 92, 93; *Zieglmeier*, NJW 2015, 1914.

16 *Zieglmeier*, NJW 2015, 1914, 1915 f.

17 *Zieglmeier*, NJW 2015, 1914, 1916.

18 Vgl. zur strafrechtlichen Perspektive: BGH, Beschl. v. 07.10.2009 – 1 StR 478/09, NStZ 2010, 337.

sind auch Rechtsirrtümer des Arbeitgebers unbeachtlich.¹⁹ Es ist von einem weiten Verschuldensmaßstab auszugehen, der Vorsatz und Fahrlässigkeit des Arbeitgebers hinsichtlich der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge analog zu § 276 Abs. 1 BGB gleichermaßen erfasst.²⁰

b. Fiktion des Nettoarbeitsentgelts, § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV

Eine weitere Sanktionierung des Arbeitgebers ist mit der Fiktion des Nettoarbeitsentgelts auf der Grundlage von § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV verbunden. Danach gilt ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht gezahlt worden sind. Dieser Sanktionsmechanismus kann für Arbeitgeber durchaus spürbare finanzielle Konsequenzen haben, weil sich die Bemessungsgrundlage für die Rückzahlung der vorenthaltenen Beiträge erhöht.²¹ Die auf den Nettobetrag entfallenden Sozialversicherungsbeiträge, Lohn- und Kirchensteuer und der Solidaritätszuschlag sind entsprechend hochzurechnen.²²

Dieser Sanktionsmechanismus hat in rechtlicher Hinsicht aber einen Haken: Obwohl dem Wortlaut des § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV keine subjektive Tatbestandsvoraussetzung zu entnehmen ist, fordert das BSG einen auf die Verletzung der Zahlungspflicht gerichteten Vorsatz.²³ Aus dem Normzusammenhang mit § 14 Abs. 2 S. 1 SGB IV und der *ratio legis* ergebe sich, dass es eines ungeschriebenen subjektiven Tatbestandsmerkmals als Korrektiv bedürfe.²⁴ Die Rechtswirkungen des § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV haben einen sanktionsähnlichen Charakter, der eine zusätzliche Hürde erforderlich mache.²⁵ Die Begründung vermag weder im Ergebnis noch methodisch zu überzeugen. Der Wortlaut einer Norm bildet die „äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation“ und damit eine wichtige Schranke der

19 BT-Drs. 11/2221, S. 24; Vgl. BSG, Urt. v. 07.06.1979 – 12 RK 13/78, AP RVO § 394, 395 Nr. 4; Segebrecht, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 4. Aufl. 2021, § 28g Rn. 24; Wehrhahn, in: Rofls u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 01.06.2018, SGB IV § 28g Rn. 12.

20 Segebrecht, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 4. Aufl. 2021, § 28g Rn. 24.

21 Körner, NJW 2014, 584, 585.

22 Zieglmeier, NJW 2015, 1914, 1916.

23 BSG, Urt. v. 09.11.2011 – B 12 R 18/09 R, NZA-RR 2012, 539 Rn. 16 ff.; so auch Zieglmeier, in: Rofls u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 15.11.2024, SGB IV § 14 Rn. 181 ff.

24 BSG, Urt. v. 09.11.2011 – B 12 R 18/09 R, NZA-RR 2012, 539 Rn. 25.

25 BSG, Urt. v. 09.11.2011 – B 12 R 18/09 R, NZA-RR 2012, 539 Rn. 26.

Gesetzesauslegung.²⁶ Der Wortlaut des § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV lässt indes jedweden Anknüpfungspunkt für eine subjektivierende Engführung der Nettolohnfiktion vermissen. Der Begriff der Illegalität allein verweist auf keine zusätzliche subjektive Tatbestandsvoraussetzung. Er kennzeichnet nur den Gesetzesverstoß, also die Gesetzeswidrigkeit der konkreten Beschäftigungsform und -handhabung. Die „Beschäftigung“ von Scheinselbstständigen ist illegal, auch wenn ein subjektives Element auf Seiten des Beschäftigungsgebers fehlt.

Das „Hineinlesen“ eines subjektiven Tatbestandsmerkmals in § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV überschreitet demzufolge die Wortlautgrenze und die Grenze der Gesetzesauslegung und betritt das Terrain von Rechtsfortbildung. Das BSG macht den hiermit verbunden „*verfassungsrechtlichen Drahtseilakt*“²⁷ aber nicht transparent. Vielmehr überspannt es die Grenzen methodisch zulässiger Gesetzesauslegung, ohne anzuerkennen, dass Sozialrecht fortgebildet wird. § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV um eine subjektive Tatbestandsvoraussetzung zu erweitern, bedarf einer teleologischen Reduktion. Durch diese Operation ist eine „*Ausnahme Klausel*“²⁸ in die Norm zu implementieren, der zufolge die Nettolohnfiktion nicht erfolgt, wenn es hinsichtlich der illegalen Beschäftigung am Vorsatz des Beschäftigungsgebers fehlt. Das BSG schränkt den Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV jenseits der Wortlautgrenze ein. Hierfür bedarf es einer Regelungslücke im Gesetz, die planwidrig ist.²⁹ Die Entscheidungsgründe schweigen hierzu ebenso wie die Gesetzgebungsmaterialien.³⁰ Darüber hinaus stellte sich die Frage, welche Anforderungen an die hineingelesene subjektive Tatbestandsvoraussetzung für die Nettolohnfiktion zu stellen sind. Das BSG verlangt im Ergebnis Vorsatz. Zur „Begründung“ führt es hierzu lediglich aus, dass „*in Ermangelung anderer Maßstäbe an die für die Verjährung vorenthaltener Sozialversicherungsbeiträge geltende Regelung des § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV (Verlängerung der Verjährungsfrist von vier auf dreißig Jahre) anzuknüpfen*“ sei.³¹ Das überzeugt nicht, zumal das Gericht nach diesem Begründungsmuster auch

26 BVerfG, Beschl. v. 10.01.1995 – 1 BvR 718/89, NJW 1995, 1141; BVerfG, Beschl. v. 26.04.1994 – 1 BvR 1689/88, BVerwGE 90, 255, 269; *Trübenbach/Pionteck*, JA 2020, 327; s. auch *Kalle*, das Rechtsmissbrauchsverbot in Dogmatik und Praxis, 2024, S. 46 f. mwN.

27 *Pionteck/Trübenbach*, JA 2022, 441, 442.

28 *Pionteck/Trübenbach*, JA 2022, 441, 443.

29 *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 23 ff.

30 BT-Drs. 14/8221, 14.

31 BSG, Urt. v. 09.11.2011 – B 12 R 18/09 R, NZA-RR 2012, 539 Rn. 28.

den Verschuldensbegriff des § 24 Abs. 2 SGB IV als Bezugspunkt hätte heranziehen können.

Diese Rechtsprechung bremst zudem in rechtspolitischer Hinsicht den Kampf gegen Scheinselbstständigkeit aus. Die Nettolohnfiktion ist im Ansatz eine spürbare Sanktion für Unternehmen, die Scheinselbstständige „beschäftigen“. In den meisten Fällen wird es aber nicht gelingen, dem Arbeitgeber den Vorsatz auch nachzuweisen, was dieses Sanktionsinstrument faktisch leerlaufen lässt.

c. Verschärfte Verjährungsfrist, § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV

In das System sozialversicherungsrechtlicher Sanktionsinstrumente reiht sich die Regelung in § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV ein. Danach verjähren Ansprüche auf vorsätzlich vorenthaltene Beiträge erst in dreißig Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Dem liegt die Wertung zugrunde, dass ein vorsätzlich handelnder Beitragsschuldner weniger schutzwürdig ist. Daher unterliegen seine Beitragsschulden der verlängerten Verjährungsfrist von dreißig Jahren. Der mit der Verjährung grundsätzlich intendierte Schuldnerschutz tritt im Falle vorsätzlich vorenthaltener Beiträge hinter das öffentliche Interesse an der Beitragszahlung zurück.³²

Anders als § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV ist die verschärfte Verjährungsregelung in § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV hinsichtlich ihrer subjektiven Tatbestandsvoraussetzung eindeutig: Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen Beitragsschulden nur dann erst in dreißig Jahren verjähren, wenn diese vorsätzlich vorenthalten wurden. Nach der Rechtsprechung des BSG sind Beiträge dann vorsätzlich vorenthalten, wenn der Zahlungspflichtige in Kenntnis seiner Beitragspflicht bewusst und gewollt keine Beiträge an den Versicherungsträger abführt; das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes ist dabei anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles individuell zu ermitteln.³³ Ausreichend ist das Vorenthalten von Beiträgen mit bedingtem Vorsatz, also dass Arbeitgeber ihre Beitragspflicht für möglich halten, die Nicht-

32 Ziegler, in: *Rolfs u. a.*, BeckOGK-SGB, Stand: 15.11.2024, SGB IV § 25 Rn. 10.

33 BSG, Urt. v. 21.03.2007 – B 11a AL 15/06 R, BeckRS 2007, 45544 Rn. 17; BSG, Urt. v. 18.11.2015 – B 12 R 7/14 R, BeckRS 2016, 41976 Rn. 27; siehe für verschiedene Fallgruppen Ziegler, in: *Rolfs u. a.*, BeckOGK-SGB, Stand: 15.11.2024, SGB IV § 25 Rn. 55.

abführung der Beiträge aber billigend in Kauf nehmen.³⁴ Das Vorliegen (bedingen) Vorsatzes ist dem Arbeitgeber in der Praxis aber kaum nachweisbar. Es fehlen regelmäßig die konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der Arbeitgeber das Vorliegen einer Beitragspflicht für möglich hielt, sodass die verschärfte Verjährungsfrist gem. § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV in der Regel ohne praktische Wirksamkeit ist. Diese Rechtslage ist rechtspolitisch unzureichend, will man verhindern, dass Arbeitgeber das Risiko aufgedeckter Scheinselbstständigkeit in Kauf nehmen und ein Statusfeststellungsverfahren (§ 7a SGB IV) im Vorfeld vermeiden.

2. Säumniszuschlag, § 24 SGB IV

Das wohl schärfste Schwert im Kampf gegen Scheinselbstständigkeit ist die Regelung zum Säumniszuschlag gem. § 24 SGB IV. Danach hat der Arbeitgeber für Beiträge, die er nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages gezahlt hat, für jeden angefangenen Monat der Säumnis einen Säumniszuschlag von 1 % des rückständigen Betrags zu zahlen. Hat der Arbeitgeber etwa eine Vielzahl von Mitarbeitern als Selbstständige für sich tätig werden lassen und über Jahre hinweg die fälligen Sozialabgaben nicht abgeführt, kann eine spürbare Sanktionszahlung fällig werden. Insoweit hat dieser Mechanismus für sich genommen das Potenzial, Arbeitgeber im Stadium der Folgenabwägung daran zu hindern, das Risiko aufgedeckter Scheinselbstständigkeit einzugehen.

Allerdings hat das BSG in einer Entscheidung vom 12. Dezember 2018 die praktische Wirksamkeit des § 24 SGB IV nachhaltig erschüttert.³⁵ Es hat die Tatbestandsvoraussetzung der Exkulpationsmöglichkeit des Arbeitgebers – „*unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht*“ (§ 24 Abs. 2 SGB IV) – so ausgelegt, dass der Säumniszuschlag bereits dann nicht zu zahlen ist, wenn dem Arbeitgeber nur Fahrlässigkeit hinsichtlich der Unkenntnis seiner Beitragszahlungspflicht vorgeworfen werden kann.³⁶ Demzufolge setzt der Tatbestand des § 24 SGB IV – entgegen dem eindeutigen Wortlaut („unverschuldet“) – mindestens bedingten Vorsatz voraus. Gegen-

34 BSG, Urt. v. 18.11.2015 – B 12 R 7/14 R, BeckRS 2016, 41976 Rn. 27.

35 BSG, Urt. v. 12.12.2018 – B 12 R 15/18 R, NZS 2019, 465; nachfolgende Stellungnahme wurde teilweise als Anmerkung zur zitierten BSG-Entscheidung erstveröffentlicht in Pionteck, NZS 2019, 468 ff.

36 BSG, Urt. v. 12.12.2018 – B 12 R 15/18 R, NZS 2019, 465 Rn. 13.

stand dieser Entscheidung sind damit Reichweite und Grenzen der zivilrechtlichen Haftungsmaßstäbe (§§ 276, 278 BGB) im Sozialversicherungsrecht. Zunächst erklärt das BSG die Maßstäbe des § 276 BGB mit Verweis auf den Wortlaut von § 24 Abs. 2 SGB IV für nicht übertragbar. Während § 276 Abs. 1 S. 1 BGB den Begriff des Vertretenmüssens enthalte, beziehe sich § 24 Abs. 2 SGB IV auf das „(Un-)Verschulden“. Die unterschiedliche Formulierung lege es nahe, dass § 24 Abs. 2 SGB IV nicht auf § 276 BGB Bezug nimmt und der Verschuldensmaßstab der Sozialrechtsnorm nicht zwingend mit demjenigen des Zivilrechts korrespondiert.³⁷

Die Entscheidung des BSG überzeugt nicht. Das Gericht verkennt den Bedeutungsgehalt des bürgerlich-rechtlichen Vertretenmüssens und missachtet den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung. Im BGB wird zwischen dem Vertretenmüssen (vgl. § 280 Abs. 1 BGB) und dem Verschulden (vgl. § 823 Abs. 1 BGB) differenziert. Es handelt sich hierbei keinesfalls um beliebig verwendbare Synonyme, sondern um zwei unterschiedliche Haftungstermini.³⁸ Das Vertretenmüssen wird in § 276 Abs. 1 S. 1 BGB als Generalvorschrift zugrunde gelegt und fungiert als Oberbegriff mehrerer Grade von Verantwortlichkeit: Vorsatz, Fahrlässigkeit und sonstige Fälle milderer oder strengerer Haftung (vgl. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Verschuldensgrade Vorsatz und Fahrlässigkeit ordnen sich demzufolge dem Begriff des Vertretenmüssens unter.³⁹ Wenn der Gesetzgeber daneben auch Fälle milderer oder strengerer Haftung erkennt, verwendet er also den (weiteren) Begriff des Vertretenmüssens, anderenfalls den des Verschuldens. So ist für Schadensersatzansprüche infolge Pflichtverletzung gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB etwa ein Vertretenmüssen vorausgesetzt, weil im Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse auch eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung (als Fall strengerer Haftung im Sinne des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB) vereinbart werden kann.⁴⁰ Im Zusammenhang mit deliktischer Haftung ist eine verschuldensunabhängige Garantiehaftung nicht denkbar, sodass der Gesetzgeber in § 823 Abs. 1 BGB – folgerichtig – den (restriktiveren) Begriff des Verschuldens verwendet. Sinnvollerweise konnte der Gesetzgeber im Zusammenhang mit § 24 Abs. 2 SGB IV daher nur den Begriff des Verschuldens zugrunde legen. Insoweit überzeugt der Verweis auf die unterschiedlichen Wortlaute von § 24 Abs. 2 SGB IV und § 276 Abs. 1 S. 1

37 BSG, Urt. v. 12.12.2018 – B 12 R 15/18 R, NZS 2019, 465 Rn. 14.

38 Grundmann, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 10; Walker, AL 2015, 109.

39 Grundmann, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 10.

40 Walker, AL 2015, 109.

BGB nicht. Schon gar nicht lässt sich angesichts des skizzierten Konzepts des Vertretenmüssens darauf schließen, dass der Gesetzgeber § 24 Abs. 2 SGB IV von den Haftungsmaßstäben des § 276 BGB befreien wollte. Ganz im Gegenteil weist der Wortlaut von § 24 Abs. 2 SGB IV eindeutig in eine andere Richtung. Die Verwendung des Verschuldensbegriffs legt nahe, dass der Gesetzgeber ganz bewusst eine Verzahnung mit den zivilrechtlichen Haftungsmaßstäben forciert.⁴¹ So sind Grade von Verschulden Vorsatz und Fahrlässigkeit. Indem das BSG den Haftungsmaßstab des § 24 Abs. 2 SGB IV auf (bedingten) Vorsatz reduziert, beachtet es nicht den Wortlaut der Vorschrift, sondern verkürzt ihren Anwendungsbereich in rechtsfortbildender Weise. Die Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion prüft das BSG indes nicht.

Ferner führt das BSG systematische Erwägungen ins Feld, um eine Reduktion des Verschuldensbegriffs in § 24 Abs. 2 SGB IV zu begründen.⁴² Das SGB IV normiere unterschiedliche Rechtsverhältnisse und knüpfe dabei an jeweils eigenständige Verschuldensmaßstäbe an. Während sowohl für die Schadensersatzpflicht aus § 28r SGB IV als auch für die gem. § 28g SGB IV nachzuholende Beitragszahlungspflicht des Arbeitgebers ein Verschulden als Vorsatz und (!) Fahrlässigkeit genügt, knüpften die §§ 14 Abs. 2, 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV an (bedingten) Vorsatz an. Wie die §§ 14 Abs. 2 S. 2, 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV sei auch § 24 Abs. 2 SGB IV – anders als die §§ 28r, 28g SGB IV – auf eine rückwirkende Erhebung von Beiträgen bei Arbeitgebern gerichtet. Das BSG geht dabei von einem „*einheitlichen Regelungskomplex*“ aus.⁴³ Diese (systematische) Gemeinsamkeit lege nahe, auch den Verschuldensmaßstab von § 24 Abs. 2 SGB IV an die Anforderungen der §§ 14 Abs. 2 S. 2, 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV anzupassen, sodass auch für die Zahlung eines Säumniszuschlags mindestens bedingter Vorsatz erforderlich sei.

Das BSG übersieht allerdings, dass die §§ 14 Abs. 2 S. 2, 24 Abs. 2, 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV zu erkennen geben, dass der Gesetzgeber ganz gezielt zwischen den Begriffen Vorsatz und Verschulden unterscheidet. In jeder der zitierten Normen wird ein anderer Begriff zur Festsetzung des Haftungsmaßstabs verwendet. Der Wortlaut des vom BSG zitierten § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV schweigt sogar gänzlich zum subjektiven Tatbestand. Vor diesem Hintergrund liegt jedenfalls die Annahme des BSG fern, von einem

41 Vgl. *Segebrecht*, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB IV, 4. Aufl. 2021, § 24 Rn. 41.

42 BSG, Urt. v. 12.12.2018 – B 12 R 15/18 R, NZS 2019, 465 Rn. 15 f.

43 Zustimmend *Weiss-Bölz*, DStR 2019, 1581, 1582.

einheitlichen Regelungs- und Haftungskomplex auszugehen.⁴⁴ Wäre es dem Gesetzgeber nämlich darauf angekommen, die Zahlung eines Säumniszuschlags an den Vorsatz zu knüpfen, so hätte er sich der Formulierung in § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV („*vorsätzlich vorenthaltene Beiträge*“) bedienen können. Anders als vom BSG angenommen, sprechen systematische Erwägungen vielmehr sogar gegen die forcierte Ausschaltung von § 276 BGB im Kontext von § 24 Abs. 2 SGB IV: Legt man das anerkannte Rechtsprinzip von der Einheit der Rechtsordnung⁴⁵ zugrunde, muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber mit der Implementierung des zivilrechtlich geprägten Verschuldensbegriffs ganz gezielt auch eine Verlinkung zur bürgerlich-rechtlichen Verschuldensdogmatik herstellen wollte. Von § 276 BGB geht eine Strahlkraft aus, die vor allem auch das öffentliche Recht erfasst.⁴⁶ Will der Gesetzgeber in § 24 Abs. 2 SGB IV einen von § 276 BGB losgelösten Verantwortlichkeitsmaßstab implementieren, muss er eigenständige Kriterien entsprechend präzise definieren. Daran fehlt es aber. § 24 Abs. 2 SGB IV enthält nicht etwa einen eigenen Maßstab, sondern nimmt mit der Verwendung des Verschuldensbegriffs gezielt die bürgerlich-rechtlichen Grundsätze in Bezug.

Neben Wortlaut und Systematik führt das BSG schließlich auch teleologische Erwägungen an, um den Verschuldensbegriff des § 24 Abs. 2 SGB IV auf Vorsatz zu beschränken: Die mit der Erhebung von Säumniszuschlägen angestrebte Drucksituation zur Sanktionierung einer verspäteten Beitragszahlung bleibe unspezifisch und sei nicht zur Durchsetzung der rechtzeitigen Zahlung im Einzelfall geeignet, wenn der Zahlungspflichtige keinen hinreichenden Anhaltspunkt für seine Beitragsschuld hat. Unter Berücksichtigung des bei der Festsetzung von Säumniszuschlägen zu beachtenden verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips könne die Durchsetzung der rechtzeitigen Beitragszahlung nach Auffassung des BSG, rechtmäßig nur dann erreicht werden, wenn der betroffene Arbeitgeber seine Zahlungspflicht zumindest für möglich hält und billigend in Kauf nimmt.⁴⁷ Hierbei handelt es sich aber eher um eine verfassungskonforme Auslegung, denn um eine zweckorientierte. Fokussiert man nur auf den Telos von § 24

44 Kritisch *Zieglmeier*, NZS 2019, 199.

45 Dazu *Säcker*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 174; grundlegend zur Einheit der Rechtsordnung *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995 und *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935.

46 *Grundmann*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 6; vgl. zuletzt auch BGH, Urt. v. 02.03.2017, III ZR 271/15, BeckRS 2017, 105307 Rn. 14.

47 BSG, Urt. v. 12.12.2018 – B 12 R 15/18 R, NZS 2019, 465 Rn. 15 f.

Abs. 2 SGB IV, muss vielmehr konstatiert werden, dass die rechtzeitige Zahlung der Beiträge viel effektiver durchgesetzt werden kann, je strenger der Haftungsmaßstab ist. Muss der Arbeitgeber bereits für fahrlässige Unkenntnis von seiner Zahlungspflicht einen Säumniszuschlag entrichten, wird er größere Sorgfalt darauf legen, rechtzeitig in Erfahrung zu bringen, für welche Personen er Sozialversicherungsbeiträge abführen muss. Nur so wird hinreichend gewährleistet, dass der Arbeitgeber in Zweifelsfällen entweder bei der Einzugsstelle oder über das Statusfeststellungsverfahren gem. § 7a SGB IV entsprechende Informationen einholt. Im Übrigen kann die vom BSG vorgenommene Verengung des Verschuldensbegriffs auf (bedingten) Vorsatz auch der Gesetzesbegründung zu § 24 Abs. 2 SGB IV nicht entnommen werden.⁴⁸ Indem der Gesetzgeber eine Glaubhaftmachung genügen lässt, hat er lediglich eine Beweiserleichterung für den Beitragsschuldner vorgenommen.⁴⁹ Eine auf (bedingten) Vorsatz reduzierte Haftung des Beitragsschuldners soll damit jedoch nicht einhergehen. Damit sprechen Wortlaut, Systematik und Telos von § 24 Abs. 2 SGB IV im Ergebnis dafür, den Verschuldensmaßstab von § 276 BGB zugrunde zu legen, wonach eine Verantwortlichkeit bereits bei Fahrlässigkeit gegeben ist.⁵⁰

Vor diesem Hintergrund vermögen die Entscheidungsgründe sowohl unter methodischen als auch unter inhaltlichen Gesichtspunkten nicht zu überzeugen – mit weitreichenden Praxisfolgen für das Problem der Scheinselbstständigkeit: Bedingter Vorsatz ist Arbeitgebern, die Scheinselbstständige beschäftigen in der Praxis kaum nachweisbar. Die kommentierte Rechtsprechung des BSG führt daher dazu, dass der Säumniszuschlag als sozialversicherungsrechtliches Sanktionsinstrument maßgeblich entschärft wird. Etwaige Reformüberlegungen zur Bekämpfung von Scheinselbstständigkeit müssen hieran anknüpfen und die Regelung zum Säumniszuschlag entsprechend aufwerten und effizienter ausgestalten, um der – vor allem auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht (Gewaltenteilungsgrundsatz, Art. 20 Abs. 3 GG) – übergriffigen Rechtsprechung wirksam zu begegnen.

48 BT-Drs. 12/5187, S. 30.

49 Wagner, in: *Rolfs/Giesen/Mießling/Udsching*, BeckOK-SozR, 76. Ed. 2025, SGB IV § 24 Rn. 12b.

50 So im Ergebnis auch: Wagner, in: *Rolfs/Giesen/Mießling/Udsching*, BeckOK-SozR, 76. Ed. 2025, SGB IV § 24 Rn. 12a ff.; Kreikebohm, in: *Kreikebohm*, SGB IV, 3. Aufl. 2018, § 24 Rn. 13; Segebrecht, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB IV, 4. Aufl. 2021, § 24 Rn. 41.

3. Zur These vom einheitlichen Regelungskomplex und Haftungsmaßstab

Das BSG erkennt in den §§ 14 Abs. 2 S. 2, 24 Abs. 2, 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV „einen einheitlichen Regelungskomplex mit der Folge eines einheitlichen Haftungsmaßstabs“.⁵¹ Diese These setzt sich über den Wortlaut der drei zitierten Regelungen hinweg:

- § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV: „bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen“;
- § 24 Abs. 2 SGB IV: „unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht“;
- § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV: „vorsätzlich vorenthaltene Beiträge“.

Die zitierten Regelungen verhalten sich dem Wortlaut zufolge jeweils unterschiedlich zu den subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen. Während § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV für die Nettolohnfiktion keine subjektive Tatbestandsvoraussetzung vorsieht, stellt § 24 Abs. 2 SGB IV auf das Verschulden des beitragspflichtigen Arbeitgebers ab. Allein die verschärfte Verjährungsregelung in § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV statuiert ein Vorsatzerfordernis. Ohne nähere Begründung geht das BSG über den eindeutigen Wortlaut dieser Regelungen hinweg und judiziert mit der Formel vom einheitlichen Regelungskomplex und Haftungsmaßstab *contra legem* ein Vorsatzerfordernis für sämtliche sozialversicherungsrechtlichen Sanktionsinstrumente gegen Scheinselbstständigkeit. Methodisch handelt es sich hierbei um Rechtsfortbildung, für die die verfassungsrechtlich gebotenen Voraussetzungen – insbesondere das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke – nicht vorliegen. Die Gesetzgebungsmaterialien lassen gerade nicht auf eine „planwidrige“ Regelungslücke schließen. Ebenso wenig liegen die Voraussetzungen für eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung vor, da insbesondere keine „übergeordneten Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit“⁵² für die Deutung eines einheitlichen Regelungskomplexes und Haftungsmaßstabs streiten.

51 BSG, Urt. v. 12.12.2018 – B 12 R 15/18 R, NZS 2019, 465 Rn. 16; vgl. auch BSG, Urt. v. 09.11.2011 – B 12 R 18/09 R, NZA-RR 2012, 539 Rn. 28. Zustimmung Weiss-Böhlz, DStR 2019, 1581, 1582; vgl. auch Sittard/Mehrtens, NZA-RR 2019, 457, 460.

52 Siehe etwa BAG, Urt. v. 05.09.1990 – 4 AZR 59/90, NZA 1991, 202, 203. Siehe auch BVerfG, Urt. v. 24.04.1991 – 1 BvR 1341/90, NJW 1991, 1667, 1668: „Natur der Sache“ als Rechtsfortbildungsmotiv. Ebenso wenig streiten die besonderen Bedürfnisse des Rechtsverkehrs oder überpositive rechtsethische Prinzipien (Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 153 f., 238, 245; Reuß, NJW 2015, 1509, 1510) für die vom BSG forcierte Rechtsfortbildung.

Ganz im Gegenteil ließe sich anführen, der Gesetzgeber unterscheide im Kampf gegen Schwarzarbeit und Scheinselbstständigkeit ganz gezielt zwischen verschiedenen subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen für die jeweiligen Sanktionsinstrumente. Rechtsprechung, die sich auf die dargestellte Weise über den gesetzgeberisch zum Ausdruck gebrachten Willen hinwegsetzt, ohne dass besondere Umstände die forcierte Rechtsfortbildung rechtfertigen, ist übergriffig und verfassungswidrig. Sie konterkariert auch den Gesetzeszweck der sozialversicherungsrechtlichen Sanktionsinstrumente, Schwarzarbeit und Scheinselbstständigkeit einzudämmen. Die These vom einheitlichen Regelungskomplex und Haftungsmaßstab im Spannungsfeld der §§ 14 Abs. 2 S. 2, 24 Abs. 2, 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV ist daher im Ergebnis weder methodisch noch inhaltlich haltbar.

III. Reformvorschläge

Reformüberlegungen zur effektiven Bekämpfung von Scheinselbstständigkeit müssen am subjektiven Tatbestand der §§ 14 Abs. 2 S. 2, 24 Abs. 2, 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV anknüpfen, den das BSG *contra legem* fortgebildet hat. Da Vorsatz dem Arbeitgeber im Fall von Scheinselbstständigkeit nur schwer nachzuweisen ist, ist die Schwelle des subjektiven Tatbestands abzusenken. Der Arbeitgeber darf auf diese Weise gar nicht erst in die Versuchung kommen, das Risiko der aufgedeckten Scheinselbstständigkeit in Kauf zu nehmen. Deshalb wird vorgeschlagen, dass der Gesetzgeber (!) die Grundlage für einen einheitlichen Regelungskomplex und Haftungsmaßstab schafft. Für den Haftungsmaßstab sollte die Schwelle auf echtes Verschulden im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB, also Vorsatz und Fahrlässigkeit abgesenkt werden. Zudem muss die Implementierung eines einheitlichen Regelungskomplexes und Haftungsmaßstabs so eindeutig geregelt werden, dass der Rechtsprechung keine Ansatzpunkte gegeben sind, die Schwelle des subjektiven Tatbestands gegen den Wortlaut und *contra legem* abermals abzusenken.

Vor diesem Hintergrund werden folgende Anpassungen und Ergänzungen der bestehenden Regelungen vorgeschlagen:

1. § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV wird wie folgt geändert:

„Sind bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht gezahlt worden, gilt ein

Nettoarbeitsentgelt als vereinbart, wenn der Zahlungspflichtige dies zu verschulden hat.“

Die Regelung wird mit dem Verschuldenserfordernis um eine subjektive Tatbestandsvoraussetzung ergänzt. Dieser Regelungsvorschlag gestattet es der Rechtsprechung – in Verbindung mit dem untenstehenden Regelungsvorschlag unter Ziffer 4. – nicht mehr, ein Vorsatzerfordernis in das Gesetz „hineinzulesen“. An der vom BSG judizierten Beweislastverteilung hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes ändert sich aufgrund der gewählten Formulierung indes nichts.⁵³ Danach muss grundsätzlich der Versicherungsträger das Verschulden des Zahlungspflichtigen beweisen.⁵⁴

2. § 24 Abs. 2 SGB IV wird wie folgt geändert:

*„Wird eine Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt, ist ein darauf entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldnerglaubhaft **glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte.**“*

An der zu § 24 Abs. 2 SGB IV judizierten Beweislast ändert sich nichts. Danach trägt für die unverschuldete Unkenntnis von der Zahlungspflicht der Beitragsschuldner die objektive Beweislast. § 24 Abs. 2 SGB IV ist als Ausnahme von der Erhebung von Säumniszuschlägen ausgestaltet, sodass nach der Rechtsprechung des BSG derjenige beweispflichtig ist, der sich auf die rechtsbegründenden Tatsachen der Ausnahme beruft.⁵⁵ Das in der Regelung enthaltene herabgesetzte Beweismaß der Glaubhaftmachung (§ 23 Abs. 1 SGB X) hinsichtlich der Unkenntnis des Beitragsschuldners von seiner Zahlungspflicht ist gestrichen. Damit greift zugunsten des Beitragsschuldners keine Beweiserleichterung.

53 Eine Umkehr der Beweislast im Wege einer Exkulpation müsste – etwa in Anlehnung an § 280 Abs. 1 S. 2 BGB – wie folgt lauten: „*dies gilt nicht, wenn der Zahlungspflichtige dies nicht zu verschulden hat.*“

54 BSG, Urt. v. 21.03.2007 – B 11a AL 15/06 R, BeckRS 2007, 45544 Rn. 20; vgl. BSG, Urt. v. 21.06.1990 – 12 RK 13/89, BeckRS 1990, 30734472 und BSG, Urt. v. 30.03.2000 – B 12 KR 14/99 R, BeckRS 9999, 02208; dazu auch Heinze/Ricken/Giesen, NZA 2000, 876; Zieglsmeier, in: Rofls u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2025, SGB IV § 14 Rn. 204.

55 BSG, Urt. v. 12.12.2018 – B 12 R 15/18 R, NZS 2019, 465 Rn. 25; vgl. BSG, Urt. v. 02.12.2008 – B 2 U 26/06 R, BeckRS 2009, 55583 Rn. 31.

3. § 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV wird wie folgt geändert:

„Ansprüche auf ~~versätzlich verschuldet~~ vorenthaltene Beiträge verjähren in dreißig Jahren nach Ablauf des Kalenderjahrs, in dem sie fällig geworden sind.“

Die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand werden – in Verbindung mit dem untenstehenden Regelungsvorschlag unter Ziffer 4 – abgesenkt, indem das Vorsatz- durch ein Verschuldenserfordernis ersetzt wird.

4. Daneben wird klarstellend folgender § 28s SGB IV neu eingefügt:

„Verschulden im Sinne der §§ 14 Abs. 2 Satz 2, 24 Abs. 2, 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV erfasst Vorsatz und Fahrlässigkeit gem. § 276 BGB.“

Diese Regelung stellt klar, dass Verschulden im Sinne der §§ 14 Abs. 2 S. 2, 24 Abs. 2, 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV Vorsatz und Fahrlässigkeit gem. § 276 BGB erfasst, um auf diese Weise einen unverrückbaren einheitlichen Regelungskomplex und Haftungsmaßstab zu schaffen.

IV. Statusfeststellungsverfahren zur Risikovermeidung

Den vorgestellten Reformüberlegungen ließe sich rechtspolitisch entgegen, dass sie – angesichts der unsicheren Rechtslage bei der Abgrenzung von Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung – zu einer für Arbeitgeber nicht hinnehmbaren Verschärfung der Sanktionen im Falle aufgedeckter Scheinselbstständigkeit führen.⁵⁶ In dieser Hinsicht wurde bereits das bis zum 31. März 2022 geregelte Statusfeststellungsverfahren⁵⁷ kritisch gesehen, weil es nicht auf die Feststellung des Erwerbsstatus, sondern auf die Feststellung der Versicherungspflicht für einzelne Sozialversicherungszweige ausgerichtet war und das Verfahren dadurch häufig zu lange dauerte, um der Praxis die ersehnte Rechtssicherheit zu stiften.⁵⁸ In der Tat setzen die vorgeschlagenen Verschärfungen der sozialversicherungsrechtlichen Sanktionsinstrumente hinsichtlich ihrer subjektiven Tatbestände vor-

56 Vgl. Zieglsmeier, NZA 2021, 977 f.

57 BGBl. 2000 I S. 2.

58 So explizit in der Gesetzesbegründung ausgeführt: BT-Drs. 19/29893, S. 27; Maiß, ArbRAktuell 2011, 9, 11; kritisch auch Becker/Hennecke, BB 2019, 820.

aus, dass Arbeitgeber die Möglichkeit haben, im Vorfeld effizient und zügig klären zu können, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV oder eine selbstständige Tätigkeit vorliegt.

Der Gesetzgeber hat diese Kritik aber zum Anlass genommen, das Statusfeststellungsverfahren in § 7a SGB IV zu novellieren.⁵⁹ Nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV können Arbeitgeber bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (DRV Bund) schriftlich oder elektronisch eine Entscheidung beantragen, ob bei einem Auftragsverhältnis eine Beschäftigung oder eine selbstständige Tätigkeit vorliegt. Die Novellierung bedeutet insoweit einen Systemwechsel, weil das Statusfeststellungsverfahren nicht mehr auf die Feststellung der Versicherungspflicht in einzelnen Sozialversicherungszweigen ausgerichtet ist, sondern unmittelbar die Abgrenzung von Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit zum Gegenstand hat.⁶⁰ Die DRV Bund entscheidet auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung oder eine selbstständige Tätigkeit vorliegt (§ 7a Abs. 2 S. 1 SGB IV). Hinzu kommt, dass § 7a Abs. 4a SGB IV auch eine Prognoseentscheidung ermöglicht, indem die DRV Bund auf Antrag bereits vor Aufnahme der Tätigkeit den Erwerbsstatus prüfen und eine Entscheidung treffen kann. Daneben ermöglicht das neue Statusfeststellungsverfahren in § 7a Abs. 4b SGB IV auch Gruppenfeststellungen. Entscheidet die DRV Bund in einem Einzelfall über den Erwerbsstatus, äußert sie sich auf Antrag des Auftraggebers gutachterlich auch zu dem Erwerbsstatus von Auftragnehmern in gleichen Auftragsverhältnissen (§ 7a Abs. 4b S. 1 SGB IV).

Das neue Statusfeststellungsverfahren wird vor diesem Hintergrund zu Recht positiv bewertet,⁶¹ auch wenn noch Potenzial zur Weiterentwicklung besteht.⁶² Über die verschiedenen Instrumente (etwa Prognoseentscheidung und Gruppenfeststellung) kann der Arbeitgeber sich nunmehr in einem effizienteren Verfahren „exkulpieren“, um etwaigen sozialversicherungsrechtlichen Sanktionen zu entgehen.⁶³ Das novellierte Statusfeststellungsverfahren beinhaltet für Arbeitgeber das Potenzial, effizient und

⁵⁹ BGBl. 2021 I S. 2970.

⁶⁰ Merath, NZA-RR 2022, 566, 567 f.

⁶¹ Habel, SPA 2022, 73; Kössel, DB 2021, 2216, 2220; Merath, NZA-RR 2022, 566, 568; v. Steinau-Steinrück/Kurth, NJW-Spezial 2022, 754, 755; vgl. Bissels/Falter/Joch, ArbRAktuell 2021, 485; kritisch Alberding, BB 2021, 2100, 2104; Hördt, ArbRAktuell 2022, 273, 276: „halbherzige und nicht zu Ende gedachte Reform“.

⁶² Siehe etwa die Vorschläge von Schlegel/Kania, NZA 2025, 65.

⁶³ Vgl. Ziegmeier, in: Rolfs u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2025, SGB IV § 24, Rn. 48; Segebrecht, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 4. Aufl. 2021, § 28g Rn. 44; vgl. auch BGH, Beschl. v. 07.10.2009 – 1 StR 478/09, NStZ 2010, 337.

rechtssicher die mit der aufgedeckten Scheinselbstständigkeit verbundenen Risiken zu vermeiden.

V. Thesen

Die Ergebnisse dieses Beitrags werden nachfolgend in drei Thesen zusammengefasst:

1. Die Rechtsprechung des BSG zu den Anforderungen des subjektiven Tatbestands der §§ 14 Abs. 2 S. 2, 24 Abs. 2 SGB IV ist ein Paradebeispiel unzulässiger Rechtsfortbildung und verstößt gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung. Die These vom einheitlichen Regelungskomplex und Haftungsmaßstab ist weder methodisch noch inhaltlich haltbar und verträgt sich nicht mit dem jeweils eindeutigen Wortlaut der §§ 14 Abs. 2 S. 2, 24 Abs. 2, 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV.
2. Die §§ 14 Abs. 2 S. 2, 24 Abs. 2, 25 Abs. 1 S. 2 SGB IV sind zu reformieren, um die in Deutschland immer noch stark verbreitete Scheinselbstständigkeit in den Griff zu bekommen. Etwaige Reformüberlegungen müssen am subjektiven Tatbestand der zitierten Regelungen anknüpfen. Die Anforderungen sind regelungstechnisch so eindeutig auf Verschulden zu begrenzen, dass keine dogmatischen Anknüpfungspunkte für Relativierungsbestrebungen in der Rechtsprechung geboten werden.
3. Das novellierte Statusfeststellungsverfahren ist ein grundsätzlich geeignetes Instrument für Arbeitgeber, um die notwendige Rechtsicherheit und -klarheit über den Erwerbsstatus zu erhalten. Arbeitgeber sollten bereits vor Aufnahme der Tätigkeit eine Entscheidung über den Erwerbsstatus erwirken (§ 7a Abs. 4a SGB IV), um so dem Risiko sozialversicherungsrechtlicher Sanktionen zu entgehen.

(Schein)Selbstständigkeit: Zwischen solidarischen Beitragslasten und eigenverantwortlicher Vorsorge

Dr. Luise Brunk*

I. Einleitung

In Deutschland gibt es Umfragen aus dem Jahr 2022 zufolge knapp 3,6 Millionen Selbstständige. Die Hälfte hiervon sind sogenannte Solo-Selbstständige, also Selbstständige, die keine eigenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind.¹ Der Gesetzgeber sieht diese Gruppe mit Blick auf ihre Altersvorsorge als besonders schutzbedürftig an und hat sie in den Kreis der versicherungspflichtigen Selbstständigen nach § 2 SGB VI aufgenommen. Bei dieser Gruppe von Selbstständigen geht der Gesetzgeber davon aus, dass sie nicht über ausreichend finanzielle Mittel verfügen, um privat für das Alter vorzusorgen. Umfragen zeigen, dass Solo-Selbstständige meist ein geringes und schwankendes Einkommen haben und nur etwa 30 % aller Selbstständigen obligatorisch fürs Alter abgesichert sind – etwa über die gesetzliche Rentenversicherung oder Versorgungswerke. Entsprechend hoch ist also der Anteil derjenigen Selbstständigen, die nicht in die gesetzlichen Vorsorgesysteme eingegliedert sind. Auswertungen haben zudem ergeben, dass im Jahr 2020 knapp zwei Drittel der Solo-Selbstständigen keine anderweitige Vermögensbildung durch Spareinlagen, wie bspw. Sparpläne, private Rente oder Kapitallebensversicherung, vorgenommen haben.²

Ein möglicher Grund für das Fernbleiben Selbstständiger aus der gesetzlichen Rentenversicherung könnte im Missverhältnis zwischen hohen Bei-

* Die Verfasserin ist Rechtsanwältin der Kanzlei ALTENBURG.

1 BMAS, Forschungsbericht 643, Selbstständige Erwerbstätigkeit in Deutschland, 2024, S. 18.

2 BMAS, Forschungsbericht 643, Selbstständige Erwerbstätigkeit in Deutschland, 2024, S. 11, 13; differenziert zum Vorsorgeverhalten Schäfer/Stettes/Schleiermacher, Unternehmerisches Selbstverständnis von Selbstständigen in Deutschland, 2024, S. 38 ff.

trägen und einem vergleichsweise niedrigen Rentenniveau liegen.³ Hierfür gibt es aber keinen gesicherten Nachweis. Diese Vermutung wird allerdings durch den Umstand gestützt, dass freiwillig versicherte wie pflichtversicherte Selbstständige ihre Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung allein zu tragen haben (vgl. §§ 169 Nr. 1, 171 SGB VI), was die Altersvorsorge anders als bei abhängig Beschäftigten, die in den Genuss der paritätischen Beitragstragung kommen, weitaus kostenintensiver macht. Schließlich lässt sich auch ein gewisser Vertrauens- und Akzeptanzverlust in das System der gesetzlichen Rentenversicherung in der Bevölkerung konstatieren.⁴

Doch bevor es um die Frage der Versicherungspflicht eines (Solo-)Selbstständigen geht, stellt sich in der Praxis die Frage, ob das betreffende Auftragsverhältnis als selbstständige Tätigkeit oder als abhängige Beschäftigung einzuordnen ist. Denn anders als bei einer Zugehörigkeit zu einer der in § 2 SGB VI genannten Berufsgruppen, bei denen das Ausüben des Berufs die Versicherungspflicht auslöst, werden Solo-Selbstständige nur dann von § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI erfasst, wenn tatsächlich eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt wird.

Eine etwaige Versicherungspflicht von Solo-Selbstständigen fällt häufig erst im Rahmen einer Betriebsprüfung beim Auftraggeber auf oder, wenn proaktiv ein Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV durch die Beteiligten eingeleitet wird. Die Feststellung von Scheinselbstständigkeit im Rahmen einer Betriebsprüfung führt häufig dazu, dass der Auftraggeber für alle als Freelancer tätigen Vertragspartner den Gesamtsozialversicherungsbeitrag, d.h. Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeitrag, ggf. nebst Säumniszuschlägen, nachzuentrichten und sogar strafrechtliche Konsequenzen (vgl. § 266a StGB) zu befürchten hat. Je nach Größe der gebildeten Rücklagen und Finanzstärke des betroffenen Unternehmens kann dies für viele Auftraggeber das Ende ihres Geschäftsmodells bedeuten.

Im Falle der Scheinselbstständigkeit treffen damit die Konzepte der (häufig fehlenden) eigenverantwortlichen und der solidarischen Vorsorge aufeinander: Das Individuum erfährt durch die verpflichtende Nachrichtung der Beiträge, insbesondere in die Renten- und Arbeitslosenversicherung, bei Unterschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze auch in die Kranken- und Pflegeversicherung, eine soziale Absicherung in allen Versicherungszweigen. Die Solidargemeinschaft nimmt diese Personen in die

3 Das Rentenniveau soll bis 2031 bei 48 % abgesichert werden, siehe Koalitionsvertrag vom 14.04.2025 (Union und SPD), S. 19.

4 Ausführlich von *Koppenfels-Spies*, NZA 2021, 641.

Versichertengemeinschaft auf, auch wenn sie in der Vergangenheit keine Beiträge entrichtet haben.

Dieser Beitrag untersucht das Spannungsfeld zwischen solidarischen Beitragslasten und eigenverantwortlicher Vorsorge Selbstständiger in Bezug auf die Rentenversicherung. Hierbei soll das Rentenversicherungssystem als solidarisches System (dazu unter II.), aber auch als Tool für eine eigenverantwortliche Vorsorge (dazu unter III.) näher in den Blick genommen werden. Über die Frage, ob eine eigenverantwortliche oder eine solidarische Altersvorsorge zu betreiben ist, entscheidet letztlich die Statuszuordnung, weshalb das Statusfeststellungsverfahren sowie einige exemplarische Entscheidungen der Rechtsprechung des BSG hierzu betrachtet werden (dazu unter IV.). Zuletzt werden Reformideen für ein ausgeglichenes Nebeneinander von solidarischer und eigenverantwortlicher Vorsorge sowie deren Auswirkungen auf das Risiko der Scheinselbstständigkeit analysiert (dazu unter V.).

II. Solidarische Beitragslasten

In der gesetzlichen Rentenversicherung sind 87,1 % der Erwerbspersonen (hierzu zählen Erwerbstätige und Erwerbslose) in Deutschland versichert. Davon ist der größte Anteil pflichtversichert (83,5 %) und nur ein sehr geringer Anteil (3,6 %) freiwillig versichert.⁵ Die gesetzliche Rentenversicherung weist damit die größte Versichertengemeinschaft auf.

Der Begriff *Versichertengemeinschaft* ist in der Rentenversicherung vor dem Hintergrund des demografischen Wandels und des damit einhergehenden Finanzierungsproblems zu betrachten: So kamen im Jahr 1962 auf einen Rentner sechs Beitragszahler, im Jahr 2021 waren es noch 2,1 Beitragszahler und für das Jahr 2030 wird prognostiziert, dass es 1,5 Beitragszahler pro Rentner sein werden.⁶ Im umlagefinanzierten Rentenversicherungssystem werden die derzeitigen Renten von den aktuellen Beitragszahlern finanziert (vgl. § 153 SGB VI). Hinzukommt, dass sich die

5 <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-4/gesetzlich-rentenversichertel.html> (zuletzt abgerufen am 06.06.2025).

6 <https://www.demografie-portal.de/DE/Fakten/altersrentner-beitragszahler.html> (zuletzt abgerufen am 29.04.2025); <https://www.iwkoeln.de/themen/verteilung-und-oeffentliche-finanzen/rente-pflege-kranken-und-arbeitslosenversicherung.html> (zuletzt abgerufen am 06.06.2025).

Lebenserwartung seit 1960 um mehr als zehn Jahre erhöht hat und damit auch die Rentenbezugsdauer von 9,9 Jahren im Jahr 1960 auf 19,6 Jahre im Jahr 2016 angestiegen ist.⁷ Die Akteure der Rentenversicherung sowie die Politik sind daher immer wieder aufs Neue dazu gezwungen, sich mit der Finanzierungsfrage zu beschäftigen und neue Lösungsansätze zu diskutieren. Erfolgte Reformmaßnahmen waren u.a. die staatliche Förderung der privaten Altersvorsorge,⁸ die sukzessive Anhebung des Renteneintrittsalters auf das 67. Lebensjahr ab dem Jahr 2012⁹ und die Berücksichtigung von Kindererziehungszeiten für die vor dem Jahr 1992 geborenen Kinder¹⁰. Immer wieder diskutiert werden auch ein höheres Renteneintrittsalter und eine Anhebung des Beitragssatzes zur Verbesserung des Rentenniveaus, wobei Letzteres angesichts eines Rentenbeitragssatzes von 18,6 % sowie eines aktuellen Gesamtsozialversicherungsbeitrags von 42,3 % (Stand: 2025) der zahlenden Versichertengemeinschaft kaum vermittelbar erscheint. Auch für etwaige Rentenkürzungen ist kein Raum.¹¹ Die aktuelle Eckrente, die als Referenzwert gilt und die Rentenhöhe eines Versicherten mit 45 Beitragsjahren auf Grundlage eines Durchschnittslohns abbildet, lag im Jahr 2024 bei 1.565,03 Euro.¹² Die tatsächlich gezahlten Renten lagen im Jahr 2023 deutlich unter diesem berechneten Durchschnittswert. So erhielten Frauen in den alten Bundesländern eine durchschnittliche Rente in Höhe von 840 Euro pro Monat und in den neuen Bundesländern in Höhe von 1208 Euro pro Monat.¹³

Neben dem hier beschriebenen Generationenvertrag und dem Umlageverfahren, die Ausdruck des Solidargedankens in der Rentenversicherung sind, sieht die Rentenversicherung viele weitere solidarische Mechanismen vor, wie etwa die Anerkennung von Kindererziehungszeiten (§ 56 SGB VI),

7 Schlegel, NZS 2017, 241, 242; Schlegel, NJW 2023, 2093, 2094.

8 Altersvermögensgesetz vom 26.06.2001, BGBl. I S. 1310; s.a. aktuell Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform der steuerlich geförderten privaten Altersvorsorge v. 23.09.2024 (pAV-Reformgesetz).

9 Gesetz zur Anpassung der Regelaltersgrenze an die demografische Entwicklung und zur Stärkung der Finanzierungsgrundlagen der gesetzlichen Rentenversicherung v. 20.04.2007, BGBl. I S. 554.

10 Gesetz über Leistungsverbesserungen und Stabilisierung in der gesetzlichen Rentenversicherung v. 28.11.2018, BGBl. I S. 787.

11 So bereits Rofls, NJW 2022, 2717, 2719 f.; Schlegel, NZS 2022, 681, 682.

12 https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Rente/rentenversicherungsbericht-2024.pdf?__blob=publicationFile&v=2, Übersicht 12 (zuletzt abgerufen am 29.04.2025).

13 Deutsche Rentenversicherung, Aktuelle Daten 2025, Tabelle Rentenbestand 31.12.2023.

die Zahlung von Hinterbliebenenrente (§ 46 SGB VI) oder Erwerbsminderungsrente (§ 43 SGB VI) sowie den Erwerb von Rentenanwartschaften im Falle von Krankheit oder Arbeitslosigkeit (§ 71 Abs. 2 SGB VI). Diese Maßnahmen trägt die Solidargemeinschaft in Form von Beiträgen, aber auch Steuergeldern.

Maßgeblicher Mechanismus des Solidargedankens in der Rentenversicherung ist also auch die Zwangsmitgliedschaft der Mehrheit der Bevölkerung. Alle Beschäftigten werden qua Gesetz nach § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI dazu verpflichtet, finanziell zur Versichertengemeinschaft beizutragen. Der hiermit verbundene Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG wird durch die höchstrichterliche Rechtsprechung des BVerfG als gerechtfertigt angesehen, denn der Gesetzgeber habe „[...] mit der Einführung einer grundsätzlichen Versicherungspflicht für Beschäftigte von seinem weiten Gestaltungsspielraum im Spannungsverhältnis zwischen der individuellen Freiheit und den Anforderungen einer sozialstaatlichen Ordnung in verfassungsgemäßer Weise Gebrauch gemacht [...]“.¹⁴

Die Zwangsmitgliedschaft dient dem Schutz des Einzelnen. Sie verfolgt aber auch ein solidarisches Ziel, nämlich die staatliche Gemeinschaft vor einer übermäßigen Inanspruchnahme durch Sozialhilfe zu schützen und dadurch die Funktionsfähigkeit der Versichertengemeinschaft sicherzustellen.¹⁵ Schließlich werden damit aber auch neue Beitragszahler gewonnen und die Finanzierungsrundlage und der Fortbestand des Systems der gesetzlichen Rentenversicherung gesichert.¹⁶

Abweichend von der ursprünglichen Intention der Rentenversicherung, die Altersvorsorge der abhängig arbeitenden Bevölkerung sicherzustellen, wurden mit der Einführung des § 2 SGB VI im Jahre 1992 bestimmte Berufsgruppen, wie bspw. Lehrerinnen und Lehrer, Hebammen, Erzieherinnen und Erzieher oder Seelotsen trotz ihrer Selbstständigkeit generell für schutzbedürftig angesehen. Dieser zunächst begrenzte Kreis wurde mit der Einführung des § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI auf alle arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen (*Kleinunternehmerinnen und -unternehmer/Solo-Selbstständige*) ausgeweitet, da diese als ebenso schutzbedürftig angesehen wurden. Der Gesetzgeber verfolgte hiermit primär einen politischen Zweck, nämlich der

14 So ausdrücklich BSG, Urt. v. 03.04.2014 – B 5 RE 13/14 R, BSGE 115, 267 Rn. 55, unter Verweis auf BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 26.06.2007 – 1 BvR 2204/00, BVerfGK 11, 352 Rn. 28.

15 BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 26.06.2007 – 1 BvR 2204/00, BVerfGK 11, 352 Rn. 29.

16 Von Koppenfels-Spies, NZS 2021, 632, 633.

„zunehmenden Erosion des versicherten Personenkreises durch die wachsende Überführung von Beschäftigungen in arbeitnehmerähnliche selbstständige Tätigkeiten entgegen[zu]wirken“.¹⁷ Mittelbar wurde damit also sichergestellt, dass sich die Gruppe der Beitragszahler in der Rentenversicherung nicht zunehmend durch eine Flucht in die (Schein-)Selbstständigkeit verkleinert. Die Schutzbedürftigkeit der Solo-Selbstständigen zeichne sich nach Ansicht des Gesetzgebers durch typische Tätigkeitsmerkmale aus, insbesondere den Umstand, dass die Betroffenen keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigen und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind. Letzteres umfasst hierbei nicht nur die vertragliche Situation, sondern auch den Fall der tatsächlichen, wirtschaftlichen Abhängigkeit von einem Auftraggeber.

Die Regelung bzw. die Auswahl der Berufsgruppen in § 2 SGB VI wird in der Literatur zu Recht als unsystematisch, willkürlich anmutend und für nicht zeitgemäß erklärt.¹⁸ Unsystematisch ist die Regelung bereits deshalb, weil es an einem stimmigen Regelungskonzept für den Schutz der Selbstständigen fehlt. So dürfen Solo-Selbstständige maximal einen Auftraggeber haben; bei den anderen in § 2 SGB VI genannten Berufsgruppen kommt es hingegen nicht auf die Anzahl der Auftraggeber an. Auch die gesonderten Befreiungsmöglichkeiten nur für Handwerker und Solo-Selbstständige (§ 6 Abs. 1 Nr. 4 SGB VI, § 6 Abs. 1a SGB VI) haben kein System.¹⁹

Für die fehlende Zeitgemäßheit der Regelung lassen sich viele Anhaltspunkte anführen: § 2 SGB VI wurde zuletzt 1999 geändert, vor mittlerweile mehr als 20 Jahren, sodass die Norm nicht die Wirklichkeit der aktuellen Arbeitswelt widerspiegeln kann. Plattformarbeit, Crowdfunding oder Mobile Work dominieren mittlerweile in vielen Branchen die Arbeitswelt. Die für die Arbeitswelt „neue“ örtliche und zeitliche Flexibilität sowie die Ungebundenheit an eine feste Betriebsstruktur führen dazu, dass die Vertragspartner im Regelfall ein selbstständiges Auftragsverhältnis eingehen, das häufig mit dem Risiko der Scheinselbstständigkeit behaftet ist. Daneben ist in der Praxis die Beauftragung von hochspezialisierten Fachkräften, wie bspw. IT-Beratern, Ingenieuren oder Softwareentwicklern weit verbreitet. Der hinter § 2 SGB VI stehende Schutzgedanke greift bei derart hochdotierten Tätigkeiten gerade nicht.

Zunehmend lässt sich auch ein Wandel in der Selbstständigkeit feststellen: Immer mehr Einzelunternehmen werden gegründet und die „Ar-

17 BT-Drs. 14/45, S. 20.

18 Schlegel, NZS 2022, 681, 684; s.a. Leonhardt, NZS 2019, 527, 528.

19 Mit weiteren Beispielen von Koppenfels-Spies, NZS 2021, 632, 635.

beitgeber-Selbstständigen“ werden überholt.²⁰ Schließlich ändern sich die Erwerbsbiografien sowie die persönliche Lebensführung der Menschen: Anders als früher wechseln sich abhängige Beschäftigung und Selbstständigkeit häufiger ab oder werden nebeneinander ausgeübt. Die Pandemie hat schließlich dazu geführt, dass Mobile Work jedenfalls innerhalb der EU nicht mehr wegzudenken ist. Teilweise erwerben Beschäftigte damit auch Anwartschaften in Versicherungssystemen anderer Mitgliedstaaten.²¹ Diese Gemengelage wird mit den aktuellen Regelungen zur Versicherung von Solo-Selbstständigen jedenfalls nicht adäquat abgebildet.

III. Eigenverantwortliche Vorsorge

Eigenverantwortliche Vorsorge für das Alter kann auf unterschiedlichen Wegen betrieben werden. Auch wenn Beschäftigte in der Rentenversicherung pflichtversichert sind und diese die wichtigste Einkommensquelle im Alter darstellt, verfügen viele von ihnen über eine zusätzliche betriebliche Altersvorsorge, über Investitionen am Kapitalmarkt oder anderweitiges Vermögen (bspw. Immobilien).²² Auch Selbstständige können zwischen privaten und gesetzlichen Vorsorge-Tools wählen. Laut Auskunft der gesetzlichen Rentenversicherung machen allerdings gerade einmal knapp 202.000 Menschen von der freiwilligen Versicherung nach § 7 SGB VI Gebrauch.²³ Wie viele hiervon wiederum Selbstständige sind, ist unklar, da der Erwerbsstatus nicht erfasst wird. Einer Studie des Deutschen Instituts für Wirtschaft zufolge nehmen Selbstständige mit einem Jahresgewinn unter 40.000 Euro die gesetzliche Rentenversicherung deutlich häufiger als Vorsorgeinstrument in Anspruch als Selbstständige mit einem Jahresgewinn von 40.000 Euro oder mehr. Die Beitragszahlungen und damit erworbenen Ansprüche bewegen sich gleichwohl auf einem niedrigen Niveau.²⁴

Die Voraussetzungen für die freiwillige Versicherung sind niederschwellig: Nach § 7 Abs. 1 SGB VI können sich Personen, die nicht versicherungspflichtig sind und das 16. Lebensjahr vollendet haben, freiwillig versichern.

²⁰ Leonhardt, NZS 2019, 527.

²¹ Rolfs, NJW 2022, 2717.

²² Vgl. *infas*, Studie Alterssicherung in Deutschland (ASID), 2019; Heien/Krämer, Forschungsbericht 572/Z, 2021.

²³ *Deutsche Rentenversicherung*, Rentenversicherung in Zahlen 2024, S. 28.

²⁴ Schäfer/Stettes/Schleiermacher, Unternehmerisches Selbstverständnis von Selbstständigen in Deutschland, 2024, S. 41 ff.

Von der Möglichkeit der freiwilligen Versicherung sind daher alle ausgeschlossen, die in der gesetzlichen Rentenversicherung pflichtversichert sind. Dies gilt für jeden Rechtsgrund, der zur Versicherungspflicht führt, etwa nach § 1 SGB VI (kraft Gesetzes) oder nach § 4 SGB VI (auf Antrag) sowie für die nach § 2 SGB VI pflichtversicherten Selbstständigen. Pflichtversicherte können daher ihre Pflichtbeiträge nicht durch die Leistung freiwilliger Beiträge aufstocken.²⁵

Die Beitragsgestaltung für die freiwillige Versicherung ist aufgrund der fehlenden Zahlungsverpflichtung flexibel gestaltbar: So können freiwillig Versicherte nach § 161 Abs. 2 SGB VI innerhalb der festgesetzten Mindestgrenze von aktuell 103,42 Euro bis zu einer Höchstgrenze von 1497,30 Euro die Beitragshöhe frei festlegen. Durchschnittlich liegt der Beitrag freiwillig Versicherter jedoch bei 696,57 Euro monatlich.²⁶ Das ist, vergleicht man das mit den Beiträgen eines Pflichtversicherten, der bei einem Durchschnittseinkommen von 40.000 Euro im Jahr eine Beitragslast von 620 Euro pro Monat zu tragen hat, vergleichsweise hoch. Der freiwillig Versicherte muss nach § 171 SGB VI, anders als der Pflichtversicherte, der von der paritätischen Beitragstragung profitiert, allein für den gesamten Betrag aufkommen. Allerdings können freiwillig Versicherte frei entscheiden, für welchen Zeitraum, ggf. mit Unterbrechungen, sie Beiträge zahlen möchten.

Die auf Beitragsseite gewährte Flexibilität für freiwillig Versicherte spiegelt sich auf der Leistungsseite wider. Zwar stehen die freiwilligen Beiträge in den Wirkungen im Wesentlichen Pflichtbeiträgen gleich – sie tragen ebenfalls zur Erfüllung der fünfjährigen Wartezeit nach § 50 SGB VI bei. Allerdings gelten sie nicht als *Pflichtbeiträge* im Sinne des Gesetzes; dies ist nur der Fall, wenn das Gesetz dies ausdrücklich anordnet, vgl. § 55 Abs. 2 SGB VI. Aus diesem Grund haben freiwillig Versicherte bspw. keinen Anspruch auf eine Erwerbsminderungsrente nach § 43 SGB VI, da Voraussetzung hierfür ist, dass in den letzten fünf Jahren vor Eintritt der Erwerbsminderung für drei Jahre Pflichtbeiträge gezahlt worden sind.²⁷

Die Einschränkungen im Leistungsbereich zeigen sich auch bei einem Anspruch auf die Grundrente, wie es das LSG Baden-Württemberg zuletzt

25 Segebrecht, in: *Kreikebohm/Roßbach*, SGB VI Kommentar, 6. Aufl. 2021, § 7 Rn. 12.

26 Siehe https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Rente/Allgemeine-Informationen/Wissenswertes-zur-Rente/FAQs/Versicherung/Freiwillige_Versicherung_Liste.html (zuletzt abgerufen am 06.06.2025).

27 Jassat, in: *Rolfs/Giesen/Mefling/Udsching*, BeckOK-SozR, 76. Ed. 2025, SGB VI § 43 Rn. 24.

in seiner Entscheidung vom 24.1.2024 bestätigt hat. Im zugrundeliegenden Fall wurde einem freiwillig Versicherten eine höhere Altersrente unter Berücksichtigung des Grundrentenzuschlags (vgl. § 76g Abs. 1 SGB VI) verwehrt, da seine jahrelang gezahlten freiwilligen Rentenversicherungsbeiträge nicht als Pflichtbeitragszeiten im Sinne des Gesetzes gelten und damit die erforderlichen Grundrentenzeiten nicht vorliegen.²⁸ Der Ausschluss eines langjährig freiwillig Versicherten, der – wenn auch nur mit geringen Beiträgen – zur Finanzierung des Systems beigetragen hat, erscheint nicht schlüssig, zumal die Grundrente gerade den Schutz vor Altersarmut für langjährig Versicherte mit niedrigen Entgeltpunkten bezwecken soll.²⁹ Freiwillig geleistete Beiträge haben damit nicht den gleichen Stellenwert wie Pflichtbeiträge. Der Gesetzgeber weist einer Erwerbstätigkeit durch Selbstständigkeit damit mittelbar eine geringere Wertigkeit zu.

Die freiwillige Versicherung nach § 7 SGB VI wirkt auf den ersten Blick wie ein flexibel gestaltbares Vorsorgeinstrument. Schaut man jedoch auf die konkrete gesetzliche Ausgestaltung – insbesondere auf die Einschränkungen im Leistungsbereich und die erforderlichen hohen Beiträge für ein angemessenes Rentenniveau – wird verständlich, warum viele Selbstständige andere Formen der Altersvorsorge bevorzugen.

Häufig besteht zudem Unklarheit über den vorgelagerten Schritt der Statuszuordnung: Die Selbstständigen wissen nicht, ob ihnen ggf. Ansprüche aus der gesetzlichen Rentenversicherung aufgrund Pflichtversicherung nach § 1 oder § 2 SGB VI zustehen könnten. Hierfür müssten sie proaktiv einen Antrag auf Statusfeststellung nach § 7a SGB IV stellen. Häufig fällt die falsche Statuszuordnung jedoch verspätet im Rahmen von Betriebsprüfungen auf, deren Rechtsfolgen dann ausschließlich den Arbeitgeber treffen.

IV. Statuszuordnung

1. Der Beschäftigtenbegriff

Die DRV hat im Jahr 2023 laut eigenen Angaben von 23.000 Verfahren rund 15.000 Erwerbstätige als selbstständig Tätige eingestuft. D.h. in sogar

28 LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 24.01.2024 – L 5 R 1205/23, BeckRS 2024, 4850 Rn. 24.

29 Ebenso kritisch *Knospe*, NZS 2024, 478; s.a. zu Systembrüchen der Grundrente von *Koppenfels-Spies*, NZS 2021, 632, 640 ff.

weniger als der Hälfte aller Statusfeststellungsverfahren wird eine abhängige und versicherungspflichtige Beschäftigung angenommen.³⁰ Dies spiegelt die Beratungspraxis so nicht wider: So fällt auf, dass die DRV ihre Prüfpraxis in den letzten Jahren deutlich verschärft hat und immer häufiger Geschäftsmodelle nicht mehr wie bisher umgesetzt werden können. Eine Zusammenarbeit mit hochqualifizierten Freelancern ist daher für viele Unternehmen nicht mehr rechtssicher möglich. Auch fällt auf, dass neue, moderne Formen der Zusammenarbeit, bspw. unter Zuhilfenahme von Apps und anderer Technologien, bereits im Vorfeld als prekär verdächtigt werden.

Anknüpfungspunkt für die Versicherungspflicht in allen Versicherungszweigen ist ein Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinn nach § 7 SGB IV. Für eine Beschäftigung müssen insbesondere zwei Aspekte vorliegen: Die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers und ein Tätigwerden nach Weisungen. Die Weisungsgebundenheit bezieht sich nach der Rechtsprechung des BSG vor allem auf den Ort, die Zeit, die Dauer und die Art der Ausführung. Für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit ist nach der Rechtsprechung des BSG hingegen prägend, ob die Auftragnehmerin oder der Auftragnehmer ein nennenswertes unternehmerisches Risiko trägt. Insbesondere sollte die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt werden. Der Einsatz der eigenen sachlichen und persönlichen Mittel muss bei einem Selbstständigen zudem ungewiss sein. Weiter zählt zum Prüfungsmaßstab, ob eine eigene Betriebsstätte vorgehalten wird, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und ob die Tätigkeit und Arbeitszeit im Wesentlichen frei gestaltet werden können.³¹

Die Rechtsprechung des BSG hat diesen Prüfungsmaßstab mit einem dezidierten Indizienkatalog im Laufe der Jahre für unterschiedliche Fallgruppen konkretisiert. Hierzu sind die Gerichte auch verpflichtet, denn der Gesetzgeber hat sich in § 7 Abs. 1 SGB IV für die Rechtsfigur des Typus entschieden, der einer ständigen Konkretisierung und Beschreibung durch die Rechtsprechung und Literatur bedarf.³²

30 Siehe hierzu Irrtum 2, https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Rente/Arbeitnehmer-und-Selbststaendige/03_Selbststaendige/irrtuemer_statusfeststellungsv erfahren.html (zuletzt abgerufen am 06.06.2025).

31 BSG, Urt. v. 14.03.2018 – B 12 KR 3/17 R, NZS 2018, 867 Rn. 12; BSG, Urt. v. 25.01.2001 – B 12 KR 17/00 R, BeckRS 2001, 40486 Rn. 24.

32 So BVerfG, Kammerbeschl. v. 20.05.1996 – 1 BvR 21/96, NZA 1996, 1063.

Im Ergebnis führt dies dazu, dass eine bloße Orientierung an den in § 7 Abs. 1 SGB IV aufgeführten Merkmalen schlichtweg unmöglich ist, da sie durch die Rechtsprechung immer wieder eine neue Bewertung und Gewichtung im Einzelfall erfahren haben. Sie sind daher Bestandteile eines Prüfungskatalogs, der stets in seiner Gesamtheit angewendet werden muss.³³ Die Zuordnung einer Tätigkeit zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. selbstständigen Tätigkeit erfolgt daher anhand der Feststellung aller in Betracht kommenden Indizien des Einzelfalls, der Gewichtung und einer Abwägung derselben im Rahmen einer Gesamtschau.³⁴

Bezogen auf Tätigkeiten in der neuen Arbeitswelt stellen § 7 SGB IV und sein umfassender Indizienkatalog allerdings nur noch begrenzt taugliche Werkzeuge zur Abgrenzung dar, da die Rechtsprechung nicht schnell genug die Besonderheiten dieser Erwerbsformen erfassen kann. Ein Grund hierfür sind die langen Verfahrensdauern: Das Statusfeststellungsverfahren bei der Clearingstelle kann vom Anhörungsverfahren bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens bis zu sechs Monaten dauern. Von einem anschließenden sozialgerichtlichen Verfahren sehen die Beteiligten dann häufig in der Praxis ab, zumal dieses einige weitere Jahre dauern kann. Auch sind Vertragsverhältnisse immer seltener auf lange Zeit angelegt: Projektarbeit, agile Einsätze oder nur kurzzeitige Engagements gewinnen an Attraktivität, sodass die Beteiligten ein bürokratisch aufwendiges Verfahren scheuen.

In der Vergangenheit haben die Gerichte gleichwohl immer wieder Anpassungen des herkömmlichen Prüfungsmaßstabes vorgenommen: So stellt das BSG bspw. für Dienste höhere Art fest, dass sich das Merkmal der Eingliederung und damit auch der Weisungsgebundenheit zu einer „*funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinern*“ kann.³⁵

Auch das mobile Arbeiten findet mittlerweile seinen Niederschlag in der Rechtsprechung: Das BSG stellt restriktiv fest, „*dass Freiheiten bei Ort und Zeit der Tätigkeit in der modernen Arbeitswelt nicht zwingend für Selbständigkeit sprechen*“.³⁶ Auch können nach Ansicht der Rechtsprechung an die Stelle der üblichen Weisungsrechte des Arbeitgebers bzgl. Zeit, Ort und Art der Tätigkeit bspw. die „*Einbindung in ein Informations- und Datennetz des*

33 Zieglmeier, in: Rolfs u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 15.05.2025, SGB IV § 7 Rn. 80.

34 Vgl. BSG, Urt. v. 25.04.2012 – B 12 KR 24/10 R, SGB 2013, 364 Rn. 25.

35 BSG, Urt. v. 29.03.1962 – 3 RK 74/57, BSGE 16, 289, 293 f.

36 BSG, Urt. v. 27.04.2021 – B 12 KR 27/19 R, DStR 2022, 509 Rn. 15; BSG, Urt. v. 18.11.2015 – B 12 KR 16/13 R, BSGE 120, 99 Rn. 36.

Auftraggebers“ oder „die Abhängigkeit von dessen Datenorganisation und die Überwachung mittels Datenschatten“ treten.³⁷

Diese beiden Beispiele vermitteln den Eindruck, dass die Rechtsprechung die neuen Merkmale der modernen Arbeitswelt möglichst restriktiv interpretieren möchte. Ziel sollte es jedoch nicht sein, die gewöhnlichen Kriterien durch moderne Interpretationen zu ersetzen, um jede neue Arbeitsform mit dem bestehenden Kriterienkatalog einfangen zu können. Vielmehr kann es geboten sein, das Schwergewicht auf andere Kriterien wie das Vergütungsrisiko bei erfolglosen Bemühungen, in Zeiten der Krankheit oder bei Urlaub zu legen.³⁸ Neben den hier genannten Beispielen lassen sich noch zahlreiche weitere finden, die das herkömmliche Abgrenzungsmodell für den Erwerbsstatus vor Anwendungsschwierigkeiten stellen.³⁹

Die Anpassung an sich ändernde soziale Strukturen ist nach Ansicht des BVerfG eines der Vorzüge des Typusbegriffs, der durch die Rechtsprechung und Literatur unter Berücksichtigung der Veränderungen angepasst werden kann.⁴⁰ Grundsätzlich lässt der Typusbegriff in § 7 SGB IV eine flexible Anwendung und Auslegung im Einzelfall auch zu, anders als ein fest vorgegebener und abschließender Kriterienkatalog.⁴¹ Die zwischenzeitliche Idee, mit dem Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998⁴² anhand eines festen Kriterienkatalogs eine Vermutungsregelung für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung einzuführen, wurde bereits im Jahr 2003 wieder verworfen,⁴³ da sie aufgrund des in der Praxis zu beachtenden Amtsermittlungsgrundsatzes keine rechtspraktische Bedeutung erlangt hat. Für kurze Zeit war sodann eine Vermutungsregelung für eine selbstständige Tätigkeit vorgesehen, aber auch diese Regelung wurde 2009 abgeschafft.⁴⁴ Seitdem

37 LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 26.01.2023 – L 4 KR 550/16, BeckRS 2023, 9149 Rn. 162.

38 So bereits *Schlegel*, NZA-Beilage 2016, 13, 14; dies anerkennend LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 26.01.2023 – L 4 KR 550/16, BeckRS 2023, 9149 Rn. 162.

39 S. hierzu *Becker/Hennecke*, BB 2019, 820, 821; *Heise*, NZA 2017, 1571, 1577; *Schlegel/Kania*, 2025, 65, 66.

40 BVerfG, Kammerbeschl. v. 20.05.1996 – 1 BvR 21/96, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 82.

41 S.a. *Schlegel/Geiger*, NJW 2020, 16, 19 f.

42 BGBl. 1998 I S. 3843.

43 Durch das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt v. 23.12.2002, BGBl. I S. 4621.

44 Durch das Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze v. 19.12.2007, BGBl. I S. 3024; s.a. *Wissenschaftliche Dienste des Deutschen*

hat sich für die Ermittlung des Erwerbsstatus folglich der Typusbegriff der Beschäftigung durchgesetzt.

Der jüngste Transformationsprozess der Arbeitswelt spiegelt sich bislang lediglich in begrenztem Umfang in der Rechtsprechung wider. Mit einigen besonderen Berufsgruppen, die die moderne Arbeitswelt zunehmend prägen, wie bspw. den IT-Beratern oder der Arbeit in agilen Projekten, hat sich die Rechtsprechung bereits eingehender auseinandergesetzt.

2. Neue Arbeitswelt

a) IT-Spezialisten, Beschäftigung in agilen Projekten

IT-Berater können sowohl als abhängig Beschäftigte als auch als selbstständig Tätige eingestuft werden. Es kommt wie bei allen Statusabgrenzungen stets auf den Einzelfall an.

Zuletzt haben sich die Sozialgerichte mit den an Bedeutung gewinnenden Formen des agilen Arbeitens, bspw. im Rahmen der sog. Scrum-Methode auseinandergesetzt. Diese Methode bezeichnet eine agile Herangehensweise zur Produkt- und Projektentwicklung, die abseits herkömmlicher Hierarchien auf unterschiedliche Rollen setzt. So können die Beteiligten bspw. „Project-Owner“, der die Steuerung des Entwicklungsteams übernimmt, oder „Scrum-Master“, der als Moderator zwischen Auftraggeber und Team fungiert, sein.⁴⁵ Die Scrum-Methode wird häufig bei der Softwareentwicklung eingesetzt, sie kann aber auch flexibel auf andere Formen von Projekten angewendet werden.

Das Fehlen von Hierarchien sowie ein eigenständiges Bearbeiten von Projekten sprechen grundsätzlich für eine Selbstständigkeit, da damit keine Weisungsgebundenheit vorliegt. So hat es auch das LSG Baden-Württemberg in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2021 gesehen und einen Softwareprogrammierer, der seine Dienstleistung im Rahmen der Scrum-Methode erbracht hat, als Selbstständigen eingestuft. Auch wenn der Programmierer im konkreten Fall in den Räumen des Auftraggebers tätig geworden ist, erkannte das Gericht an, dass dies aus sicherheitstechnischen Gründen erforderlich war. Darüber hinaus überwogen nach Ansicht des Gerichts die

Bundestags, Die Scheinselbstständigkeit im Sozialversicherungsrecht, WD 6–3000–166/07, 2007, S. 6 f.

⁴⁵ Kania, in: Küttner, Personalbuch 2024, 31. Aufl. 2024, Agiles Arbeiten Rn. 2.

für eine Selbstständigkeit sprechenden Indizien: Freie Auswahl der Arbeitspakete, Einstellen der Ergebnisse in einen separaten Entwicklungszweig, Programmierung anhand von Zwei-Wochen-Sprints nach der Scrum-Methode, Sonderstellung aufgrund von Spezialkenntnissen und damit auch eine Abgrenzbarkeit von den anderen angestellten Programmierern.⁴⁶

Genauso können aber auch das Vorliegen von besonderer fachlicher Kompetenz, die Möglichkeit, frei über Arbeitsort und -zeit zu entscheiden sowie die Abwesenheit von fachlichen Weisungen für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit nicht ausreichen. So hat das LSG Berlin-Brandenburg 2023 für einen IT-Berater, der ausschließlich bei einem Kunden seines Auftraggebers eingesetzt wurde, eine abhängige Beschäftigung angenommen.

Wird die zu prüfende Tätigkeit im Rahmen weiterer Vertragsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und Dritten (Kunden des Auftraggebers) erbracht, sind auch diese weiteren Vertragsbeziehungen zu berücksichtigen. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus § 7a Abs. 2 S. 2 SGB IV. Im konkreten Fall führte dieser drittbezogene Personaleinsatz dazu, dass das Gericht eine „*Integration in von anderer Seite vorgegebene Betriebsabläufe*“ annahm und deshalb von einer Eingliederung ausging.⁴⁷

Die hier dargestellten Beispiele belegen, dass die Rechtsprechung den Typusbegriff auch anhand moderner Arbeitsformen weiterentwickelt. Eine eindeutige Handhabung für die Praxis erwächst hieraus jedoch noch nicht. Es lassen sich allenfalls Schlüsse für andere Berufsgruppen, die ihre Leistungen ebenfalls sehr autark und abseits der herkömmlichen Strukturen erbringen, ableiten.

b) Crowdfunding und Plattformarbeit

Crowdworker werden vom BAG seit der Entscheidung aus dem Jahr 2020⁴⁸ als Arbeitnehmende qualifiziert. Beim Crowdfunding erledigen Nutzer auf einer Online-Plattform eines Betreibers („Crowdsourcer“) eine Vielzahl von Kleinstaufträgen („Mikrojobs“) für einen oftmals begrenzten Zeitraum. Die Aufträge werden über eine App vergeben und über individuelle Benutzerkonten abgewickelt.

46 LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 17.12.2021 – L 8 BA 1374/20, juris Rn. 44 -53.

47 LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 26.01.2023 – L 4 KR 550/16, BeckRS 2023, 9149 Rn. 146; s. zum Dritteinsatz auch BSG, Urt. v. 14.03.2018 – B 12 KR 12/17 R, BeckRS 2018, 14960.

48 BAG, Urt. v. 01.12.2020 – 9 AZR 102/20, BAGE 173, 111.

Auch wenn die Nutzer nicht dazu verpflichtet sind, die Aufträge anzunehmen, wird ihr Nutzerverhalten häufig durch den Zuschnitt der Plattform, die geschaffene Organisationsstruktur, bspw. durch Anreizsysteme und Bewertungen, gesteuert und kontrolliert. Diese tatsächlichen Zwänge können, so das BAG, den Auftragnehmer zu einem gewissen Verhalten zwingen, ohne dass hierzu eine Weisung ergangen ist. Darüber hinaus sprechen für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses die persönliche Leistungserbringung oder, dass die Aufträge nur über die Online-Plattform mit Hilfe der vom Auftraggeber bereitgestellten App erbracht werden können. Es bestehen somit keine nennenswerten Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Art und Weise der Vertragsdurchführung; es findet fremdbestimmte Arbeit statt.⁴⁹

In der sozialgerichtlichen Praxis findet sich bisher nur eine Entscheidung des LSG Berlin-Brandenburg vom 20. Oktober 2020, die die Plattformarbeit zum Gegenstand hatte. Konkret ging es um den sozialversicherungsrechtlichen Status von zwei Kurierfahrern, die ihre Aufträge über eine Plattform vermittelt erhielten. In der zugrundeliegenden Entscheidung kam es auf den Plattformbetreiber insoweit an, als sich das Gericht auch mit der Dreiecksbeziehung auseinanderzusetzen hatte. Im konkreten Fall hatten die Kurierfahrer aber kein Auftragsverhältnis zum Plattformbetreiber, da ihr Auftraggeber ein Frachtvermittler war.⁵⁰ Auch hat sich das Gericht nicht mit den Auswirkungen der Plattformarbeit auf die Arbeitsweise auseinandersetzen müssen.

Da sich die Plattformarbeit mittlerweile großer Beliebtheit als Geschäftsmodell erfreut,⁵¹ hat auch die EU Handlungsbedarf erkannt.⁵² Mit der Richtlinie zur Plattformarbeit vom 14. Oktober 2024 sollen die Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit insgesamt verbessert werden, insbesondere soll aber der Status der Personen präziser bestimmt werden, um das Schutzniveau anzuheben. Als Instrument hierfür ist eine Vermutungsregelung vorgesehen, deren Eingreifen sich nach den vorherrschenden Kriterien in den jeweiligen Mitgliedsstaaten richtet. In der Fachliteratur wird die Einführung einer Vermutungsregelung sehr kritisch gesehen, da der

49 BAG, Urt. v. 01.12.2020 – 9 AZR 102/20, BAGE 173, 111 Rn. 36, 45 f., 49 f.

50 LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.10.2020 – L 9 KR 352/17, BeckRS 2020, 34249 Rn. 32.

51 Laut EU dürfte im Jahr 2025 die Zahl der über digitale Arbeitsplattformen beschäftigten Personen auf 43 Millionen ansteigen.

52 <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/platform-work-eu> (zuletzt abgerufen am 29.04.2025).

Beschäftigtenbegriff als Typusbegriff konzipiert ist, der sich einer Vermutungsregelung verschließt.⁵³ Wie der Gesetzgeber hiermit umgehen wird, bleibt abzuwarten; die Umsetzung in das deutsche Recht hat bis Dezember 2026 zu erfolgen.

3. Das Erwerbsstatusverfahren

In der Praxis soll insbesondere das Erwerbsstatusverfahren nach § 7a Abs. 1 SGB IV den Vertragsparteien zuverlässige Rechtssicherheit darüber verschaffen, wie der Status eines Auftragnehmers im konkreten Einzelfall einzuordnen ist.

Nach § 7a Abs. 1 SGB IV können die Beteiligten, d.h. sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer eine Entscheidung über den Erwerbsstatus beantragen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Beteiligten die erforderlichen Formulare ausfüllen und die Vertragsunterlagen vorlegen. Im Regelfall werden an die Beteiligten weitere Fragen zum Auftragsverhältnis gestellt. Dieser Prozess der Feststellung der wesentlichen Indizien ist bereits fehleranfällig, zumal die Formulare selten auf den konkreten Einzelfall passen und für nicht rechtskundige Laien irreführend sein können. Angesichts der weitreichenden Bedeutung der Entscheidung holen die Beteiligten in der Praxis häufig zusätzlichen Rechtsbeistand hinzu.

Für das Erwerbsstatusverfahren sieht das Gesetz in § 7a Abs. 5 SGB IV zudem eine Privilegierungswirkung vor, wenn die Beteiligten einen Antrag innerhalb des ersten Monats der Tätigkeitsaufnahme stellen. Hiernach beginnt die Versicherungs- und damit auch die Beitragspflicht erst mit Bekanntgabe des Bescheids. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Versicherte dem späteren Versicherungsbeginn zustimmt und eine ausreichende Vorsorge für das Risiko des Alters und vor Krankheit nachweisen kann. Sowohl die Kranken- als auch die Altersvorsorge müssen nicht deckungsgleich mit dem Schutz der GKV und der GRV sein; der Gesetzgeber verlangt nur einen ausreichenden Schutz.⁵⁴

Die Privilegierungswirkung bietet in der Praxis ein „wichtiges Werkzeug“⁵⁵ zur Überbrückung gewisser personeller Engpässe oder, wenn die

53 Thüsing/Mantsch, NZS 2023, 841, 845; Zieglmeier, in: Rolfs u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 15.05.2025, SGB IV § 7 Rn. 80, 264.

54 S. BT-Drs. 14/1855, S. 8.

55 So ausdrücklich, Klafke, DStR 2024, 1013, 1017.

Betroffenen keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung vollziehen möchten oder können.⁵⁶ Für die Zeit, in der das Statusverfahren schwebt, können die Beteiligten Auftragsverhältnisse eingehen, ohne die Risiken der Nachzahlung der Beiträge sowie der strafrechtlichen Konsequenzen zu befürchten. Eine mehrfache Ausnutzung dieses „Beitragsprivilegs“ ist ebenfalls denkbar.⁵⁷ Allerdings wird hiermit der Sinn und Zweck des Erwerbsstatusverfahrens ins Gegenteil verkehrt. Es sollte kein Tool sein, mit dem Beteiligte versuchen, das Risiko der Versicherungs- und Beitragspflicht zu vermeiden. Vielmehr sollte das Verfahren so ausgestaltet sein, dass die Rechtsunterworfenen zu einer transparenten und rechtssicheren Lösung gelangen.⁵⁸ Außerdem gilt es zu berücksichtigen, dass viele Parteien häufig nicht nach kurzfristigen Lösungen, sondern nach langanhaltender Rechtssicherheit für ihre Geschäftsmodelle streben. Das gilt nicht nur für Auftraggeber, sondern auch für viele Auftragnehmer, die ihre Leistungen in der Vergangenheit stets als Selbstständige angeboten haben. Auch sie befürchten nach einer Einstufung als abhängig Beschäftigte Einkommenseinbußen, da sie ihr bisheriges Geschäftsmodell nicht mehr weiterverfolgen können.

Sehr vielversprechend klang nach der Gesetzesänderung zum 1. April 2022 die befristete Einführung eines Prognoseverfahrens gem. § 7 Abs. 4a SGB IV: Hiernach soll die DRV bereits vor Aufnahme der Tätigkeit eine Statusüberprüfung anhand der beabsichtigten Umstände der Vertragsdurchführung durchführen. Das Auftragsverhältnis wird also ausschließlich anhand der vertraglichen Vereinbarung beurteilt. Für die Betroffenen ist hiermit die Hoffnung einer schnellen und rechtssicheren Lösung im Vorfeld der Umsetzung von Geschäftsmodellen verbunden. Angesichts der langen Bearbeitungszeit der DRV hat sich in der Praxis herausgestellt, dass im Regelfall eine gewöhnliche Statusentscheidung nach § 7a Abs. 1 SGB IV getroffen wird, da der geplante Starttermin für das Auftragsverhältnis bereits eingetreten ist. Die DRV scheint dies bereits einzukalkulieren, denn im Feststellungsbogen V0027 kündigt sie den Wechsel von dem beantragten Prognoseverfahren in ein Standardverfahren bereits an. Angesichts der geringen Praxisrelevanz ist daher davon auszugehen, dass das Prognoseverfahren nach der Erprobungszeit bis zum 31. Juni 2027 wieder aus dem Gesetz gestrichen wird.

56 So Klafke, DStR 2024, 1013, 1017.

57 Klafke, DStR 2024, 1013, 1018.

58 Schlegel/Kania, NZA 2025, 65, 66 ff.

IV. Reformideen

1. Ausgangslage

Ob Selbstständige eine angemessene Altersvorsorge betrieben haben, ist, wenn Scheinselbstständigkeit festgestellt wird, nicht mehr relevant. Allenfalls kann eine adäquate Eigenvorsorge als Mittel für ein vorübergehendes rechtssicheres Auftragsverhältnis nach § 7a Abs. 5 SGB IV dienen.

In vielen Fällen wird die Versicherungspflicht jedoch nachträglich und damit rückwirkend festgestellt, sodass den Auftraggeber Beitragsnachforderungen zur Sozialversicherung in empfindlicher Höhe treffen. Der Scheinselbstständige erhält dadurch Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung, ohne dass dabei berücksichtigt wird, ob sich diese für ihn amortisieren. Beispielsweise kann bei Personen, die ihr gesamtes Erwerbsleben selbständig waren und daher keine Pflichtbeiträge entrichtet haben, der Fall eintreten, dass sie die für einen Anspruch auf die Regelaltersrente erforderliche Wartezeit von fünf Jahren nicht erfüllt haben. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass diese Personen auch künftig die Wartezeit nicht erfüllen werden, da sie nicht auf die gesetzliche Rentenversicherung als Vorsorgetool setzen – jedenfalls haben sie dies in der Vergangenheit auch nicht getan.

In der Praxis ist festzustellen, dass viele Solo-Selbstständige die Versicherungspflicht nach § 2 S.1 Nr. 9 SGB VI und damit auch ihre allein zu tragende Beitragspflicht nicht kennen und sich zu Beginn ihrer Selbstständigkeit wenig mit dem Thema Altersvorsorge auseinandersetzen.

Den größten Anteil etwaiger Nachforderungen machen in Anbetracht des hohen Beitragssatzes von 18,6 % die Beiträge zur Rentenversicherung aus. Um diese Härte für Auftraggebende etwas zu entkräften, sollte die Altersvorsorge „echter“ Selbstständiger sowie Solo-Selbstständiger bei der Frage der Statusabgrenzung stärker mit einbezogen werden.

2. Nachweis einer eigenverantwortlichen Vorsorge

Das Gesetz erkennt bereits in § 7a Abs. 5 SGB IV an, dass eine ausreichende Vorsorge für das Risiko des Alters und der Krankheit das Eingreifen der solidarischen Systeme jedenfalls vorübergehend hinfällig machen kann. Dies ist unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Rentenversicherung auch nur stimmig. Denn solange keine Gefahr der Altersarmut besteht,

ist kein Bedürfnis für eine zwangsweise Einbeziehung in das System der gesetzlichen Rentenversicherung zum Schutze des Einzelnen aber auch der Allgemeinheit gegeben.

In der Literatur wird u.a. der auf dem 74. Deutschen Juristentag (2024) vorgestellte und teilweise angenommene Vorschlag der Fortentwicklung des Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a SGB IV diskutiert. Hiernach soll in § 7a SGB IV eine Vermutungsregelung für eine selbstständige Tätigkeit eingeführt werden. Danach wird bei Vorlage qualifizierter Nachweise über eine dauerhafte eigene Absicherung gegen die Risiken von Krankheit und Pflege, eine hinreichende Altersvorsorge sowie eine eigene Berufshaftpflicht- oder Schadensversicherung gegen mögliche Schadenersatzansprüche aufgrund der Dienstleistung eine selbstständige Tätigkeit vermutet. Dafür muss nach dem Vorschlag eine Vergütung hinzukommen, die eine ausreichende Eigenvorsorge zulässt. Diese soll dann erreicht sein, wenn ein noch zu definierender Prozentsatz von der Bezugsgröße nach § 18 SGB IV (aktuell: 3.745 Euro pro Monat) erzielt wird.⁵⁹

Auch wenn sich die Idee einer Vermutungsregelung in der Vergangenheit nicht durchsetzen konnte, so spricht für diesen Vorschlag, dass Selbstständige hiermit zum Betreiben einer Altersvorsorge motiviert werden. Denn der Nachweis einer adäquaten Eigenvorsorge kann ihnen hiernach zur verbindlichen Feststellung ihrer Selbstständigkeit verhelfen. Auch die möglicherweise nach § 2 SGB VI pflichtversicherten Solo-Selbstständigen könnten hierdurch motiviert werden, sich bereits frühzeitig mit ihrer Statuszuordnung auseinanderzusetzen. Altersvorsorge und Selbstständigkeit würden so mehr zusammen gedacht.

Fraglich ist jedoch, ob eine verpflichtende Versicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung für Kleinunternehmer und -unternehmerinnen nach § 2 SGB VI noch gerechtfertigt ist, wenn alle anderen Selbstständigen frei über ihre Instrumente der Altersvorsorge entscheiden dürfen.

Es erscheint daher sinnvoll, bei den hier beschriebenen Überlegungen, wie das Statusfeststellungsverfahren künftig anzupassen ist, auch die seit vielen Jahren in der juristischen Literatur und Politik⁶⁰ diskutierte Frage der Einbeziehung aller Selbstständigen in die gesetzliche Rentenversicherung mitzudenken, sodass eine Differenzierung zwischen Solo-Selbstständigen und anderen Selbstständigen hinfällig wird.

59 Beschlüsse 74. DJT, S. 12 ff, abrufbar unter: https://djt.de/wp-content/uploads/2022/04/djt_74_Beschluesse_241209.pdf (zuletzt abgerufen am 29.04.2025).

60 So bspw. im Koalitionsvertrag vom 14.4.2025 (Union und SPD), S. 20.

Der aktuelle Koalitionsvertrag von SPD und Union sieht vor, dass alle neuen Selbstständigen, die keinem obligatorischen Alterssicherungssystem (berufsständisches Versorgungswerk oder gesetzliche Rentenversicherung) zugeordnet werden können, in die gesetzliche Rentenversicherung einbezogen werden. Für die konkrete Ausgestaltung gibt es unterschiedliche Ansätze: So werden eine Versicherungspflicht mit Systemwahl,⁶¹ die verpflichtende Zuordnung zur gesetzlichen Rentenversicherung mit Opt-out-Lösung⁶² oder nur die Pflichtversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung diskutiert.⁶³

Die verpflichtende Einbeziehung der Selbstständigen lässt sich mit dem doppelten Schutzzweck der Rentenversicherung begründen, wonach es zum einen um den Schutz des Einzelnen vor den Risiken des Alters und zum anderen um den Schutz der Allgemeinheit vor mangelnder Eigenvorsorge des Einzelnen und die dadurch bedingte Inanspruchnahme steuerfinanzierter Sozialhilfeleistungen geht.⁶⁴

Unter Berücksichtigung dieser Schutzzwecke muss die Idee einer zwangsweisen Einbeziehung aller Selbstständigen jedoch konsequenterweise eine Befreiungsmöglichkeit für diejenigen Selbstständigen vorsehen, die eine anderweitige gleichwertige Altersvorsorge oberhalb des Grundsicherungsniveaus nachweisen können. Denn in diesen Fällen wäre der durch die Pflichtversicherung gegebene Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährte Selbstbestimmung nicht gerechtfertigt. Es besteht gerade keine Gefahr, dass der Einzelne in Altersarmut gerät und infolgedessen die Allgemeinheit belastet wird.⁶⁵

Der erwähnte Änderungsvorschlag des Statusfeststellungsverfahrens greift diese Ansätze auf: Denn hiernach soll eine selbstständige Tätigkeit nur dann vermutet werden, wenn der Selbstständige u.a. eine ausreichende Altersvorsorge vorweisen kann. Der Gesetzgeber geht dann davon aus, dass diese Personen nicht schutzbedürftig sind und eine Einbeziehung in das solidarische System nicht erforderlich ist.

61 Leonhardt, NZS 2019, 527, 529.

62 Ausführlich hierzu Leonhardt, NZS, 2019, 527, 530 ff.; kritisch Rolfs, NJW 2022, 2717, 2721.

63 Waltermann, RdA 2010, 162, 167.

64 Schlegel, NZS 2022, 681, 685.

65 So von Koppenfels-Spies, NZS 2021, 632, 636, die in diesem Zusammenhang zu Recht auf die Systemgerechtigkeit mit Blick auf die abhängigen Beschäftigten hinweist; s.a. Leonhardt, NZS 2019, 527, 530.

Die Verknüpfung von Altersvorsorge und Statuszuordnung, wie es der Vorschlag vorsieht, könnte schließlich dazu führen, dass sich Vertragsparteien, die ein Freelancer-Verhältnis eingehen wollen, bereits früher etwaiger Risiken bewusst werden und diese ggf. im Vorfeld minimieren können. Auch erhofft man sich eine raschere Klärung des Status,⁶⁶ was langfristig mehr Rechtssicherheit und Planungssicherheit für Unternehmen bedeutet.

Zuletzt könnte die Ausweitung des Versicherungskreises auf alle Selbstständigen, ob verpflichtend im Opt-out-Modell oder mit einer Systemwahl, auch zu einer Imageverbesserung der gesetzlichen Rentenversicherung genutzt werden. Denn häufig schwingt in der Praxis der Vorwurf mit, dass Statusverfahren und Betriebsprüfungen mit dem verdeckten Ziel durchgeführt werden, weitere Beiträge zu generieren.⁶⁷ Soweit die Altersvorsorge im Bewusstsein aller Erwerbstätigen als „eine an sich selbstverständliche Vorsorge“⁶⁸ anerkannt wird, könnte dies auch die gesetzliche Rentenversicherung für sich nutzbar machen, indem sie bspw. die freiwillige Versicherung auch auf der Leistungsseite attraktiver gestaltet oder anlehnend an die PKV einen Basis-Tarif für Selbstständige vorsieht.

66 Schlegel/Kania, NZA 2025, 65, 70 f.

67 Becker/Hennecke, BB 2019, 820, 822.

68 So zur Rentenversicherung der Angestellten, BVerfG, Beschl. v. 14.10.1970 – 1 BvR 307/68, BVerfGE 29, 221, 236 f.

Die Bezahlkarte als Beschränkung der Selbstverantwortung

Dr. Annalena Mayr*

I. Einleitung

Die Bezahlkarte für Geflüchtete ist nicht erst seit ihrer Einführung im Mai 2024 stark umstritten. Als Form der Leistungsgewährung soll sie das menschenwürdige Existenzminimum von Geflüchteten sichern. Befürworter*innen sehen in ihr ein vermeintlich wirksames sozialpolitisches Instrument, um Migration zu steuern. Kritiker*innen bemängeln hingegen die erheblichen technischen Einschränkungsmöglichkeiten. Leistungsträger können Überweisungen und Online-Käufe begrenzen, den Einsatzbereich der Bezahlkarte auf bestimmte räumliche Bereiche beschränken und das Abheben von Bargeld einschränken.

Vor dem Hintergrund dieser Einschränkungsmöglichkeiten zeigen sich insbesondere am Konzept der Selbstverantwortung Probleme. Nach dem Konzept der Selbstverantwortung kann der*die Einzelne ein freies und selbstbestimmtes Leben führen, muss allerdings auch für die Folgen seines*ihrer Handelns einstehen. Doch ist es Leistungsberechtigten möglich, für die Folgen ihres Handelns einzustehen, wenn die Bezahlkarte das selbstverantwortliche Haushalten mit den existenzsichernden Leistungen im großen Umfang verunmöglicht?

Der vorliegende Beitrag argumentiert, dass Selbstverantwortung im Sozialrecht nicht nur meint, die Folgen für ein freies und selbstbestimmtes Leben tragen zu *müssen*, sondern dass Leistungsberechtigte auch einen Anspruch darauf haben, diese Folgen tragen zu *dürfen*. Diese Ausprägung der Selbstverantwortung wird durch die Bezahlkarte eingeschränkt. Um dies darzulegen, wird zunächst die Bezahlkarte als sozialpolitisches Instrument dargestellt (II.) und sodann das Konzept der Selbstverantwortung im Sozialstaat untersucht (III.). Anschließend wird die Bezahlkarte im Konstrukt der Selbstverantwortung verortet (IV.).

* Die Verfasserin ist Rechtsreferendarin im Bezirk des OLG Brandenburg und wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Prof. Dr. Claudia Maria Hofmann an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder).

II. Die Bezahlkarte als sozialpolitisches Instrument

1. Grundlagen der Existenzsicherung Geflüchteter

Die Bezahlkarte wurde mit dem sogenannten Gesetz zur Anpassung von Datenübermittlungsvorschriften im Ausländer- und Sozialrecht im Mai 2024 eingeführt.¹ Laut der Gesetzesbegründung ist die Bezahlkarte „eine guthabenbasierte Karte mit Debitfunktion (ohne Kontobindung). Sie dient als Bargeldsurrogat und ermöglicht eine elektronische Bezahlung in Geschäften und bei Dienstleistern.“² Die Bezahlkarte wird durch den Leistungsträger mit dem Guthaben aufgeladen, das dem*der Leistungsberechtigten zur Existenzsicherung zusteht.

Mit der Bezahlkarte sollen die existenzsichernden Leistungen der Geflüchteten gewährt werden. Existenzsichernde Leistungen stehen grundsätzlich „deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen zu“.³ Dies ergibt sich aus dem Grund- und Menschenrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts begründet Art. 1 Abs. 1 GG einen Anspruch auf ein menschenwürdiges Existenzminimum.⁴ „Das Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG wiederum erteilt dem Gesetzgeber den Auftrag, jedem ein menschenwürdiges Existenzminimum zu sichern, wobei dem Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum bei den unausweichlichen Wertungen zukommt, die mit der Bestimmung der Höhe des Existenzminimums verbunden sind“.⁵ Das Bundesverfassungsgericht führt weiter aus: „Es [das Recht] ist dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden, bedarf aber der Konkretisierung und stetigen Aktualisie-

1 Gesetz zur Anpassung von Datenübermittlungsvorschriften im Ausländer- und Sozialrecht (DÜV-AnpassG) v. 08.05.2024, BGBl. I Nr. 152.

2 BT-Drs. 20/11006, S. 101.

3 BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 2/11, BVerfGE 132, 134, 159 – Asylbewerberleistungsgesetz. *Kanalan* führt dazu aus, dass das Bundesverfassungsgericht „bereits die durch die bloße Gebietszugehörigkeit vermittelte Verbundenheit als ausreichend erachtet, um zumindest eine gewisse Solidarität zu begründen“, siehe *Kanalan*, Transformation sozialrechtlicher Zugehörigkeit, 2023, S. 33.

4 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, BVerfGE 125, 175, 222 – Hartz IV; BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68, 113 – Sanktionen.

5 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, BVerfGE 125, 175, 222 – Hartz IV. So auch BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 2/11, BVerfGE 132, 134, 159 – Asylbewerberleistungsgesetz; BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68, 113 – Sanktionen.

rung durch den Gesetzgeber, der die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen auszurichten hat.“⁶

Neben der physischen Existenz ist auch die soziokulturelle Existenz zu sichern. Das physische Existenzminimum umfasst „Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit“.⁷ Das soziokulturelle Existenzminimum hingegen soll die „Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen“ bieten und zu einem „Mindestmaß“ die „Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben“, da „der Mensch als Person [...] notwendig in sozialen Bezügen existiert“.⁸ Beide Bestandteile des Existenzminimums sind zu einem einheitlichen Recht verbunden.⁹

Um die Höhe der existenzsichernden Leistungen zu ermitteln, muss die Legislative ein sachgerechtes und auch transparentes Verfahren anwenden.¹⁰ Dabei ist „die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht im Hinblick auf die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums“ zu erfassen.¹¹ Bei der Wahl der Form der existenzsichernden Leistungen hat die Legislative einen weiten Spielraum. Sie darf sich „Geld-, Sach- oder Dienstleistungen“ bedienen.¹² Im Grundkonzept steht die Bezahlkarte daher im Einklang mit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts.

6 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, BVerfGE 125, 175, 222 – Hartz IV. So auch BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 2/11, BVerfGE 132, 134, 159 – Asylbewerberleistungsgesetz; BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68, 113 – Sanktionen.

7 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, BVerfGE 125, 175, 223 – Hartz IV.

8 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, BVerfGE 125, 175, 223 – Hartz IV.

9 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68, 114 – Sanktionen.

10 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, BVerfGE 125, 175, 225 – Hartz IV; BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 2/11, BVerfGE 132, 134, 162 – Asylbewerberleistungsgesetz.

11 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, BVerfGE 125, 175, 224 – Hartz IV. So auch BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 2/11, BVerfGE 132, 134, 159 – Asylbewerberleistungsgesetz; BVerfG, Beschl. v. 19.10.2022 – 1 BvL 3/21, BVerfGE 163, 254, 277 ff. – Sonderbedarfsstufe.

12 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, BVerfGE 125, 175, 224 – Hartz IV.

2. Einsatz der Bezahlkarte

Die Bezahlkarte kann sowohl bei der Gewährung der Grundleistungen nach § 3 AsylbLG als auch bei der Gewährung der Analogleistungen nach § 2 AsylbLG zum Einsatz kommen. In den ersten 36 Monaten ihres Aufenthalts im Bundesgebiet haben Leistungsberechtigte einen Anspruch auf Grundleistungen nach § 3 AsylbLG. Die Grundleistungen umfassen den notwendigen Bedarf, § 3 Abs. 1 S. 1 AsylbLG, und den notwendigen persönlichen Bedarf, § 3 Abs. 1 S. 2 AsylbLG. Der notwendige Bedarf sichert das physische Existenzminimum der Leistungsberechtigten durch eine Deckung der Bedarfe an Ernährung, Unterkunft, Heizung, Kleidung, Gesundheitspflege und Gebrauchs- und Verbrauchsgütern des Haushalts. Der notwendige persönliche Bedarf hingegen umfasst das soziokulturelle Existenzminimum, also die Leistungen zur Deckung persönlicher Bedürfnisse des täglichen Lebens. Hierzu gehören, ausweislich der Gesetzesbegründung, Ausgaben für Verkehrsmittel, Telefon, Porto, Schreibmittel, Lesestoff, Werkmaterialien oder kleine Mengen von Genussmitteln.¹³ Die Höhe dieser Grundleistungen bemisst sich nach § 3a AsylbLG.

In welcher konkreten Form die Leistungserbringung erfolgt – Sachleistungen, unbare Abrechnungen, Geldleistungen oder die Bezahlkarte –, richtet sich nach der Art der Unterbringung des*der Leistungsberechtigten. Hierbei wird zwischen einer Unterbringung in einer Aufnahmeeinrichtung und einer Unterbringung außerhalb einer Aufnahmeeinrichtung unterschieden. Bezahlkarten können in jeder Konstellation zum Einsatz kommen.

Wird der*die Leistungsberechtigte in einer Aufnahmeeinrichtung nach § 44 Abs. 1 AsylG untergebracht, kann Kleidung als Bestandteil des notwendigen Bedarfs mittels einer Bezahlkarte geleistet werden, wenn Sachleistungen nicht möglich sind, § 3 Abs. 2 S. 2 AsylbLG. Der notwendige persönliche Bedarf soll nach § 3 Abs. 2 S. 4 AsylbLG durch Sachleistungen gedeckt werden, soweit dies mit vertretbarem Verwaltungsaufwand möglich ist. Ist der Verwaltungsaufwand nicht mehr vertretbar, können Bezahlkarten eingesetzt werden.

Bei einer Unterbringung außerhalb einer Aufnahmeeinrichtung galt bis zur Einführung der Bezahlkarte ein Vorrang von Geldleistungen.¹⁴ Nunmehr wird der notwendige Bedarf gleichrangig durch Geld- oder Sachleis-

13 BT-Drs. 12/4451, S. 8.

14 BT-Drs. 20/11006, S. 102.

tungen oder in Form von Bezahlkarten, Wertgutscheinen oder anderen unbaren Abrechnungen gedeckt, § 3 Abs. 3 S. 1 AsylbLG.¹⁵ Auch der notwendige persönliche Bedarf kann gleichrangig in Form von Bezahlkarten oder durch Geldleistungen gewährt werden, § 3 Abs. 3 S. 5 AsylbLG.¹⁶ Sofern mehrere Leistungsformen denkbar sind, steht dem Leistungsträger ein Ermessen zu. Er soll bei seiner Wahl der Leistungsform den „örtlichen Besonderheiten und unterschiedlichen Lebenslagen Rechnung tragen“.¹⁷

Hält sich der*die Leistungsberechtigte seit mindestens 36 Monaten ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet auf und hat er*sie die Dauer des Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst, erhält er*sie Leistungen nach § 2 AsylbLG. Die Leistungsberechtigten erhalten Leistungen *analog* den Sozialhilfeleistungen, weshalb diese als Analogleistungen bezeichnet werden.¹⁸ Gleichwohl sich die Leistungsgewährung nun nach dem SGB XII richtet, ist weiterhin das System des AsylbLG zu beachten, wodurch sich für die Leistungsberechtigten Unterschiede zu den Leistungen für Staatsangehörige ergeben.¹⁹ Die Analogleistungen können sich entweder nach §§ 27 ff. SGB XII (Hilfe zum Lebensunterhalt) oder nach §§ 41 ff. SGB XII (Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung) richten.

Auch im Rahmen der Analogleistungen können die existenzsichernden Leistungen, unabhängig von der Form der Unterbringung, durch Geldleistungen oder mittels Bezahlkarte gedeckt werden, § 2 Abs. 2 S. 2 AsylbLG. Der Leistungsträger hat hier ebenfalls ein Ermessen, das er ausüben muss.

15 Für eine Gleichrangigkeit der Formen der Leistungserbringung: *Seidl*, info also 2024, 195. Wohl auch *Spitzlei*, der kein Rangverhältnis ausmachen möchte, siehe *Spitzlei*, InfAuslR 2024, 293, 295.

16 Möglicherweise könnte sich aus § 3 Abs. 3 S. 6 AsylbLG („Soweit der notwendige persönliche Bedarf oder der Bedarf für Haushaltsenergie nicht mittels der Bezahlkarte gedeckt werden können...“) ein Vorrang der Bezahlkarte ergeben. Unter Verweis auf die Beschlussempfehlung des Ausschusses („Möglichkeit, den notwendigen persönlichen Bedarf auch in Form der Bezahlkarte zu erbringen“, BT-Drs. 20/11006, S. 102) geht *Seidl* jedoch ebenfalls von einer Gleichrangigkeit aus, siehe *Seidl*, info also 2024, 195.

17 BT-Drs. 20/11006, S. 101. Kritisch zur Ausübung des Ermessens sogleich und auch bei *Seidl*, info also 2024, 195, 198 f.

18 *Kuhn-Zuber/Hoenig*, Sozialleistungsansprüche für Flüchtlinge und Unionsbürger, 2024, S. 88. Dass die Leistungserbringung nur analog dem SGB XII erfolgt, stellen die § 9 Abs. 1 AsylbLG und § 23 Abs. 2 SGB XII klar.

19 *Kuhn-Zuber/Hoenig*, Sozialleistungsansprüche für Flüchtlinge und Unionsbürger, 2024, S. 89.

Nachdem die Bezahlkarte durch den Leistungsträger mit dem Guthaben aufgeladen wurde, das dem*der Leistungsberechtigten zur Existenzsicherung zusteht, soll der*die Leistungsberechtigte – in der Theorie – mittels der Bezahlkarte alle Ausgaben zur Existenzsicherung tätigen können. Im AsylbLG ist lediglich dieser abstrakte Einsatz der Bezahlkarte vorgesehen, nähere Vorgaben zur Ausgestaltung der Funktionsweise der Bezahlkarte werden nicht gemacht. Die konkrete Gestaltung obliegt damit den Ländern, wodurch regionale Unterschiede entstehen können.²⁰

Obleich durch die Grundleistungen nach § 3 AsylbLG und die Analogleistungen nach § 2 AsylbLG die Existenz der Leistungsberechtigten gesichert werden soll und somit ein fundamentaler Teil ihres Lebens betroffen ist, eröffnet der Einsatz der Bezahlkarte zahlreiche technische Einschränkungsmöglichkeiten. Hierzu zählen Einschränkungen von Überweisungen ins In- und Ausland sowie Online-Käufen, die Beschränkung des Einsatzes der Bezahlkarte auf bestimmte räumliche Bereiche sowie der Höhe von Bargeldabhebungen. Auch bei dieser Ausgestaltung der Bezahlkarte kommt dem Leistungsträger ein Ermessen zu.²¹

3. Ausgestaltungsmöglichkeiten der Bezahlkarte

a) Einschränkung von Überweisungen und Online-Käufen

Mit der Bezahlkarte können häufig keine Überweisungen getätigt werden.²² Dies führt teils zu erheblichen Problemen. Pro Asyl berichtet von einer Familie aus Sachsen, die ihre Stromrechnung nur per Überweisung zahlen konnte, was nach Einführung der Bezahlkarte nicht weiter möglich war.²³ Um diese Folgen abzumildern, gibt es in einigen Bundesländern die Möglichkeit, dass die Leistungsträger die Überweisungen prüfen und sodann freigeben.²⁴ Oft werden hierfür sogenannte „White Lists“ oder „Positivlis-

20 Einen Überblick über die Einschränkungsmöglichkeiten in den jeweiligen Bundesländern bietet <https://mediendienst-integration.de/artikel/wo-gilt-was-bei-der-bezahlkarte.html> (zuletzt abgerufen am 15.04.2025).

21 Seidl, info also 2024, 195, 199.

22 <https://mediendienst-integration.de/artikel/wo-gilt-was-bei-der-bezahlkarte.html> (zuletzt abgerufen am 15.04.2025).

23 <https://www.proasyl.de/news/so-laeuft-das-nicht-die-lange-liste-der-probleme-mit-der-bezahlkarte/> (zuletzt abgerufen am 15.04.2025).

24 <https://mediendienst-integration.de/artikel/wo-gilt-was-bei-der-bezahlkarte.html> (zuletzt abgerufen am 15.04.2025).

ten“ geführt.²⁵ Auf diesen Listen werden bestimmte Überweisungsempfänger*innen gesammelt, an die Überweisungen auch mittels Bezahlkarte möglich sind, beispielsweise örtliche Nahverkehrsbetriebe, um Tickets für den Nahverkehr zu erwerben. Die Aufnahme von Empfänger*innen auf solche Listen muss allerdings in der Regel durch die Leistungsberechtigten beantragt werden.²⁶

Zudem können mit der Bezahlkarte teilweise keine Online-Käufe getätigt werden.²⁷ Leistungsberechtigte können so nicht frei entscheiden, ob sie Waren im Internet oder vor Ort erwerben wollen. Auch das Ausweichen auf günstigere Kleidung aus dem Internet oder günstigere elektronische Geräte ist so nicht mehr möglich.²⁸ Die Leistungsberechtigten werden hierdurch stark in ihrem Alltag eingeschränkt.

b) Räumliche Beschränkung des Einsatzes der Bezahlkarte

Die Bezahlkarte eröffnet außerdem die technische Möglichkeit, den räumlichen Einsatzbereich der Bezahlkarte auf Bundesländer, bestimmte Postleitzahlbereiche oder einzelne Landkreise zu beschränken.²⁹ Dies führt zu einer erheblichen Einschränkung des Alltags der Leistungsberechtigten. So berichtet ProAsyl von einem Fall im Bayerischen Schlehdorf im Landkreis Bad Tölz-Wolfratshausen. Der einzige dort ansässige Dorfladen akzeptiert die Bezahlkarte nicht; die nächstgelegene (günstige) Einkaufsmöglich-

25 Beispielsweise in Bayern (https://www.stmi.bayern.de/assets/stmi/med/aktuell/factsheet_bezahlkarte_web.pdf [zuletzt abgerufen am 15.04.2025]) oder in Sachsen-Anhalt (<https://mi.sachsen-anhalt.de/themen/auslaenderrecht/auslaender-und-asylrecht/faq-bezahlkarte-fuer-asylbewerber> [zuletzt abgerufen am 15.04.2025]).

26 So zum Beispiel auch im Nürnberger Land in Bayern, siehe https://www.nuernberger-land.de/fileadmin/user_upload/Antrag_auf_Aufnahme_in_die_Whitelist_-_Bezahlkarte_AsyLbLG.pdf (zuletzt abgerufen am 15.04.2025).

27 Beispielsweise in Sachsen-Anhalt (<https://mi.sachsen-anhalt.de/themen/auslaenderrecht/auslaender-und-asylrecht/faq-bezahlkarte-fuer-asylbewerber> [zuletzt abgerufen am 15.04.2025]) oder in der Regel in Thüringen (<https://www.fluechtlingsrat-thr.de/themen/bezahlkarte> [zuletzt abgerufen am 15.04.2025]).

28 So auch <https://www.proasyl.de/news/so-laeuft-das-nicht-die-lange-liste-der-probleme-mit-der-bezahlkarte/> (zuletzt abgerufen am 15.04.2025).

29 Hiervon machen beispielsweise Bayern (https://www.stmi.bayern.de/assets/stmi/med/aktuell/factsheet_bezahlkarte_web.pdf [zuletzt abgerufen am 15.04.2025]), Sachsen-Anhalt (<https://mi.sachsen-anhalt.de/themen/auslaenderrecht/auslaender-und-asylrecht/faq-bezahlkarte-fuer-asylbewerber> [zuletzt abgerufen am 15.04.2025]) oder einige Landkreise in Thüringen (<https://www.fluechtlingsrat-thr.de/themen/bezahlkarte> [zuletzt abgerufen am 15.04.2025]) Gebrauch.

keit befindet sich im benachbarten Landkreis Garmisch-Patenkirchen, in dem die Bezahlkarte nicht eingesetzt werden konnte. Bis die räumliche Beschränkung aufgehoben wurde, konnten die Leistungsberechtigten daher nur einen teuren Supermarkt wählen oder mussten eine Busfahrt von mehr als einer Stunde auf sich nehmen.³⁰

c) Beschränkung der Bargeld-Abhebung

Die Abhebung von Bargeld wird in allen Bundesländern beschränkt.³¹ In 13 von 16 Bundesländern können Erwachsene pro Monat lediglich Bargeld in Höhe von maximal 50 Euro abheben.³² Haben die erwachsenen Leistungsberechtigten Kinder, besteht unter Umständen die Möglichkeit, dass der verfügbare Barbetrag angehoben wird. So können pro minderjähriger

30 <https://www.proasyl.de/news/so-laeuft-das-nicht-die-lange-liste-der-probleme-mit-d-er-bezahlkarte/> (zuletzt abgerufen am 15.04.2025).

31 In Berlin steht die Einführung der Bezahlkarte noch bevor; erste Eckpunkte wurden jedoch bereits festgelegt, siehe <https://www.berlin.de/rbmskzl/aktuelles/pressemitteilungen/2024/pressemitteilung.1514371.php> (zuletzt abgerufen am 15.04.2025).

32 <https://mediendienst-integration.de/artikel/wo-gilt-was-bei-der-bezahlkarte.html> (zuletzt abgerufen am 15.04.2025). Ausnahmen sind Bremen (120 Euro monatlich, siehe <https://www.senatspressestelle.bremen.de/pressemitteilungen/bezahlkarte-fuer-gefluechtete-wird-anfang-maerz-ausgegeben-462663> [zuletzt abgerufen am 15.04.2025]), Rheinland-Pfalz (130 Euro monatlich, siehe <https://mffki.rlp.de/service/presse/detail/integrationsministerium-teilt-kommunen-empfehlungen-zur-einfuehrung-der-bezahlkarte-mit> [zuletzt abgerufen am 15.04.2025]) und Thüringen (bis zu 204 Euro monatlich, siehe <https://www.fluechtlingsrat-thr.de/themen/bezahlkarte> [zuletzt abgerufen am 15.04.2025]). Die Höhe von 50 Euro wurde auf der Ministerpräsident*innenkonferenz beschlossen und beruht nicht auf empirischen Daten über das Konsumverhalten Leistungsberechtigter, siehe https://hessen.de/sites/hessen.hessen.de/files/2024-06/mpk_20.06._top_1.5.1_b_bezahlkarte.pdf (zuletzt abgerufen am 15.04.2025). Häufig kann das Bargeld an Bank-Geldautomaten nur gegen eine Gebühr abgerufen werden. In Hamburg wird eine Gebühr von zwei Euro pro Abhebung erhoben. In Geschäften ist die Abhebung kostenfrei möglich, sofern die Leistungsberechtigten in diesem Geschäft einkaufen und der Einkauf einen Mindestwert erreicht, siehe <https://www.hamburg.de/service/info/111095363/> (zuletzt abgerufen am 15.04.2025). In Bremen kostet jede Überweisung 65 Cent, vier Abhebungen pro Monat sind kostenfrei, siehe <https://www.senatspressestelle.bremen.de/pressemitteilungen/bezahlkarte-fuer-gefluechtete-wird-anfang-maerz-ausgegeben-462663> (zuletzt abgerufen am 15.04.2025).

Person in Hamburg beispielsweise zusätzlich 10 Euro monatlich abgehoben werden,³³ in Brandenburg zusätzlich 25 Euro monatlich.³⁴

Durch die Einschränkung der Bargeld-Abhebungen wird die freie Verfügung über die existenzsichernden Leistungen stark beschränkt. Insbesondere kleinere Geschäfte, Kioske, Wochenmärkte, Flohmärkte, Sportvereine oder Freibäder, so die anekdotische Evidenz der Autorin, legen noch immer Wert auf Bargeld. In einer Welt, in der Bargeld gegenwärtig ist, haben die Leistungsberechtigten nur beschränkt Zugang dazu und können so nur eingeschränkt am gesellschaftlichen Leben partizipieren.³⁵

4. Zwischenergebnis

Die Bezahlkarte kann nach ihrer Einführung im Mai 2024 zur Gewährung der existenzsichernden Leistungen von Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG genutzt werden und in verschiedenen Konstellationen zum Einsatz kommen. Es gibt allerdings einige technische Einschränkungsmöglichkeiten, die die Leistungsberechtigten in ihrem alltäglichen Leben erheblich beschränken können. Um der Frage nachzugehen, in welchem Verhältnis dies zur Selbstverantwortung der Leistungsberechtigten steht, soll in einem nächsten Schritt nun das sozialrechtliche Leitprinzip der Selbstverantwortung beleuchtet werden.

III. Selbstverantwortung im Sozialstaat

1. Konzept der Selbstverantwortung

Obgleich der Selbstverantwortung im Sozialstaat eine grundlegende Bedeutung zukommt, ist sie nicht ausdrücklich im Grundgesetz normiert. Das Bundesverfassungsgericht greift sie jedoch als fundamentales Prinzip der Rechtsordnung in seinen Urteilen auf und auch im einfachgesetzlichen Recht finden sich Bezugnahmen auf die Selbstverantwortung.

33 Siehe <https://www.hamburg.de/service/info/111095363/> (zuletzt abgerufen am 15.04.2025).

34 Siehe <https://www.rbb24.de/politik/beitrag/2024/10/bezahlkarte-gefluechtete-socialcard-asylleistungen-vorbereitungen-abgeschlossen.html> (zuletzt abgerufen am 15.04.2025).

35 So auch <https://freiheitsrechte.org/themen/gleiche-rechte-und-soziale-teilhabe/faq-bezahlkarte> (zuletzt abgerufen am 15.04.2025).

Vereinfacht formuliert beschreibt die Selbstverantwortung die Stellung des Menschen und ist damit sowohl Ausgangspunkt als auch Ziel. Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich deshalb in zahlreichen Urteilen auf die Selbstverantwortung. So führt es im Jahr 1956 in seinem KPD-Urteil aus: „In der freiheitlichen Demokratie ist die Würde des Menschen der oberste Wert. Sie ist unantastbar, vom Staate zu achten und zu schützen. Der Mensch ist danach eine mit der Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte ‚Persönlichkeit‘.“³⁶ Und auch im Jahr 1957 rekurriert das Bundesverfassungsgericht in seiner viel zitierten Elfes-Entscheidung auf die Selbstverantwortung und schreibt: „Demgegenüber hat das Grundgesetz eine wertgebundene Ordnung aufgerichtet, die die öffentliche Gewalt begrenzt. Durch diese Ordnung soll die Eigenständigkeit, die Selbstverantwortlichkeit und die Würde des Menschen in der staatlichen Gemeinschaft gesichert werden.“³⁷

Aus einem verfassungsrechtlichen Blickwinkel steht die Selbstverantwortung in Interdependenz zur Selbstbestimmung des Menschen.³⁸ Nach Art. 2 Abs. 1 GG, dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, hat ein jeder Mensch das Recht auf ein freies und selbstbestimmtes Leben.³⁹ Jeder Mensch kann das eigene Leben „nach eigenen Entwürfen“ gestalten.⁴⁰ Dies bedingt auch die Selbstverantwortung des*der Einzelnen.⁴¹ Dass er*sie frei und selbstbestimmt leben kann, hat zur Folge, dass er*sie die Folgen dieses freien und selbstbestimmten Lebens,⁴² „grundsätzlich die Risiken seines[*ihres] eigenen Schicksals zu tragen hat.“⁴³ Hillgruber führt hierzu

36 BVerfG, Urt. v. 17.08.1956 – 1 BvB 2/51, BVerfGE 5, 85, 204 – KPD-Verbot.

37 BVerfG, Urt. v. 16.01.1957 – 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32, 40 – Elfes.

38 Hillgruber, in: Riesenhuber, Das Prinzip der Selbstverantwortung. Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht, 2012, S. 165, 167.

39 Rixen, in: Sachs, Grundgesetz, 10. Aufl. 2024, Art. 2 Rn. 59.

40 BVerfG, Beschl. v. 20.04.1982 – 2 BvL 26/81, BVerfGE 60, 253, 268 – Anwaltsverschulden.

41 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 102 mwN.

42 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 116; Hillgruber, in: Riesenhuber, Das Prinzip der Selbstverantwortung. Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht, 2012, S. 165, 167.

43 BVerfG, Beschl. v. 09.02.1982 – 2 BvL 6/78, 8/79, BVerfGE 60, 16, 39.

aus: „Selbstverantwortung ist die Kehrseite von Selbstbestimmung: Ohne Selbstbestimmung kann es keine Selbstverantwortung geben.“⁴⁴

2. Selbstverantwortung im Existenzsicherungsrecht

Dass der*die Einzelne die Konsequenzen für sein*ihr freies und selbstbestimmtes Leben zu tragen hat, findet sich an einigen Stellen im Sozialrecht. *Davilla* geht in ihrer Arbeit zur Eigenverantwortung im SGB III und II davon aus, dass das Sozialrecht im Wesentlichen vier Ausprägungen der Selbstverantwortung kennt, die sie vor allem im Sozialversicherungsrecht identifiziert: Selbstverschulden, Obliegenheiten, Selbsthilfe und Gestaltungsrechte.⁴⁵ Selbstverschulden meint das Entstehenmüssen des*der Versicherten „durch Leistungsausschluss oder -beschränkung wegen eines versicherungswidrigen Verhaltens“.⁴⁶ Obliegenheiten sind hingegen keine durchsetzbaren Rechtspflichten. Die Erfüllung von Obliegenheiten ist vielmehr im Eigeninteresse geboten, um rechtliche Nachteile zu vermeiden.⁴⁷ Die Selbsthilfe als Ausprägung der Selbstverantwortung beruht auf dem Prinzip der Subsidiarität. Demnach soll Hilfe vorrangig durch den*die Einzelne*n oder nicht-staatliche Gruppen, wie die Familie, geleistet werden.⁴⁸ Gestaltungsrechte zeigen sich in Möglichkeiten des*der Versicherten, die eigene Versicherung zu beeinflussen. Hierzu zählen beispielhaft die freiwillige Versicherung nach § 28a SGB III oder die Befreiung von der Versicherungspflicht nach § 8 SGB V.⁴⁹

Doch auch im Existenzsicherungsrecht des SGB II kann die Selbstverantwortung vorgefunden werden. § 1 Abs. 2 S. 1 SGB II normiert: „Die Grundsicherung für Arbeitsuchende soll die Eigenverantwortung von erwerbsfähigen Leistungsberechtigten und Personen, die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft leben, stärken und dazu beitragen, dass sie ihren Lebensunterhalt unabhängig von der Grundsicherung aus eigenen Mitteln und Kräften bestreiten können.“ Hierbei sind vor allem Selbstverschulden,

44 *Hillgruber*, in: *Riesenhuber*, Das Prinzip der Selbstverantwortung. Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht, 2012, S. 165, 171.

45 Ausführlich hierzu *Davilla*, Die Eigenverantwortung im SGB III und SGB II, 2011, S. 13 ff. Eigenverantwortung und Selbstverantwortung werden häufig synonym verwendet; so auch in diesem Beitrag.

46 *Davilla*, Die Eigenverantwortung im SGB III und SGB II, 2011, S. 13.

47 *Davilla*, Die Eigenverantwortung im SGB III und SGB II, 2011, S. 14.

48 *Davilla*, Die Eigenverantwortung im SGB III und SGB II, 2011, S. 15.

49 *Davilla*, Die Eigenverantwortung im SGB III und SGB II, 2011, S. 15.

Obliegenheiten und Selbsthilfemöglichkeiten relevant. Nach § 31 Abs. 2 Nr. 1 SGB II wird beispielsweise eine Pflichtverletzung angenommen, wenn eine volljährige Person ihr Einkommen oder Vermögen in der Absicht gemindert hat, die Voraussetzungen für den Bezug des Bürgergeldes herbeizuführen, also selbstverschuldet eine Hilfebedürftigkeit herbeigeführt hat. Den Leistungsberechtigten obliegt es außerdem, aktiv an ihrer Eingliederung in den Arbeitsmarkt mitzuwirken, etwa indem sie zumutbare Maßnahmen annehmen. Tun sie dies nicht, liegt ebenfalls eine Pflichtverletzung nach § 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB II vor. § 2 Abs. 2 S. 1 SGB II geht davon aus, dass erwerbsfähige Leistungsberechtigte und die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft lebenden Personen in eigener Verantwortung alle Möglichkeiten zu nutzen haben, ihren Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln und Kräften zu bestreiten, und gießt so die Selbsthilfe als Ausprägung der Selbstverantwortung in Gesetzesform.

Das AsylbLG kennt ebenfalls zumindest Selbstverschulden, Obliegenheiten und Selbsthilfe als Ausprägungen der Selbstverantwortung. Nach § 2 Abs. 1 S. 1 AsylbLG erhalten Leistungsberechtigte sogenannte Analogleistungen, die höher als die Grundleistungen nach §§ 3, 3a AsylbLG sind, wenn sie sich seit 36 Monaten ohne wesentliche Unterbrechung im Bundesgebiet aufhalten. Voraussetzung ist zudem, dass sie die Dauer ihres Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst haben. Haben sie die Dauer ihres Aufenthalts rechtsmissbräuchlich selbst beeinflusst, haben sie also selbst zu verschulden, dass sie nicht die höheren Analogleistungen erhalten. Außerdem obliegt es Leistungsberechtigten, ihren Pass oder Passersatz nach § 15 Abs. 2 Nr. 4 AsylG vorzulegen. Kommen sie dieser Obliegenheit nicht nach, können die Grundleistungen des AsylbLG nach § 1a Abs. 5 S. 1 Nr. 2 AsylbLG gemindert werden. Dies gilt nach § 5 Abs. 4 S. 2 AsylbLG auch für den Fall, dass sie eine zur Verfügung gestellte Arbeitsangelegenheit unbegründet ablehnen. Die Selbsthilfe zeigt sich darin, dass nach § 7 Abs. 1 S. 1 AsylbLG vorrangig Einkommen und Vermögen der Leistungsberechtigten und ihrer Familienangehörigen, die im selben Haushalt leben, aufzubreuchen sind. Sowohl im SGB II als auch im AsylbLG finden sich mithin Bezugnahmen auf die Selbstverantwortung.

3. Gestaltungsmöglichkeiten im Sozialrecht

Selbstverschulden, Obliegenheiten und Selbsthilfe sind Ausprägungen der Selbstverantwortung im Sinne eines Einstehenmüssens für selbstverant-

wortliches Handeln. Dem Menschen wird ein freies und selbstbestimmtes Leben gewährt, dafür muss er allerdings für die Konsequenzen dieses Lebens einstehen.

Doch das freie und selbstbestimmte Leben hat auch eine positive Seite. Denn wird dem*der Einzelnen die Pflicht auferlegt, die Konsequenzen für sein*ihr Handeln zu tragen, dann muss es ihm*ihr auch ermöglicht werden, sie zu tragen. Ein freies und selbstbestimmtes Leben führt also neben dem *Einstehenmüssen* auch zu einem *Einstehendürfen*. Der*die Einzelne hat die Möglichkeit, das eigene Leben selbstverantwortlich zu gestalten und die Folgen dafür tragen zu dürfen. Es bestehen Gestaltungsmöglichkeiten.

Diese Gestaltungsmöglichkeiten sind dem Sozialrecht nicht fremd, sondern finden sich an verschiedenen Stellen wieder. So wird der Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach § 20 Abs. 1 S. 3 SGB II als monatlicher Pauschalbetrag gewährt. Gemäß § 20 Abs. 1 S. 4 SGB II entscheiden die Leistungsberechtigten über die Verwendung der zur Deckung des Regelbedarfs erbrachten Leistungen eigenverantwortlich. Die Leistungsberechtigten können den Regelbedarf in eigener Verantwortung verwalten und ihnen wird so die Gestaltung ihres Lebens ermöglicht.⁵⁰ Dies soll, so ebenfalls das Bundessozialgericht, die Selbstverantwortung stärken.⁵¹ Auch die Grundleistungen des AsylbLG werden pauschaliert gewährt und sollen den Leistungsberechtigten so eine „gewisse Dispositionsfreiheit“ einräumen.⁵²

Im Zeichen des Einstehendürfens steht zudem der mit der Bürgergeld-Reform eingeführte Kooperationsplan nach § 15 Abs. 2 SGB II. Nach

50 *Von Koppenfels-Spies*, NZS 2011, 1, 3 f.

51 Siehe nur BSG, Urt. v. 18.06.2008 – B 14 AS 22/07 R, NZS 2009, 452, 456. Dieser Verweis auf die Förderung der Selbstverantwortung der Leistungsberechtigten durch die Gewährung eines Pauschalbetrages ist jedoch durchaus auch kritisch zu sehen. Bereits seit Längerem wird kritisiert, dass unter anderem der Ernährungsanteil im Regelbedarf nicht ausreichend ist, um eine gesunde Ernährung der Leistungsberechtigten zu ermöglichen. Die Bundesregierung verweist in diesem Zusammenhang auf den Pauschalbetrag und die Möglichkeit der Leistungsberechtigten, ihre Ernährung auch aus anderen Regelbedarfsanteilen, wie dem für Kleidung oder soziale Teilhabe, zu finanzieren, wenn der Ernährungsanteil eine gesunde Ernährung nicht ermöglichen kann, siehe BT-Drs. 20/7638, S. 3, 4, 6, 8 f. Zu einer Kritik hieran siehe *Horenburg/Franke*, Gutachten, Ist die Höhe des Bürgergeldes mit dem Recht auf angemessene Ernährung nach Art. 11 Abs. 1 des UN-Sozialpakts vereinbar?, Erstellt im Auftrag der Fraktion DIE LINKE im Bundestag, 30.11.2023, https://www.ina-laten.dorf.de/fileadmin/personen/Ina_Latendorf/Gutachten_Recht_auf_angemessene_Ernaehrung_und_Buergergeld_final_051223.pdf (zuletzt abgerufen am 15.04.2025), S. 5.

52 BT-Drs. 12/4451, S. 8.

Durchführung einer Potenzialanalyse, § 15 Abs.1 SGB II, soll die Agentur für Arbeit im Einvernehmen mit dem kommunalen Träger mit dem*der Leistungsberechtigten einen Plan zur Verbesserung der Teilhabe erstellen, sogenannter Kooperationsplan.⁵³ Dem*der Leistungsberechtigten wird die Möglichkeit gegeben, am eigenen Eingliederungsprozess mitzuwirken und diesen zu gestalten.

Das Sozialrecht kennt somit durchaus Möglichkeiten, für die eigenen Entscheidungen eintreten zu dürfen. Die Konsequenzen für ein freies und selbstbestimmtes Leben zu tragen, ist damit Pflicht und Recht zu gleich. Einer „zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte[n] ,Persönlichkeit“⁵⁴ ist es zu eröffnen, Selbstverantwortung auch im positiven Sinne zu übernehmen. Dem*der Einzelnen stehen daher Gestaltungsmöglichkeiten zu, um für die Folgen seines*ihres Handelns eintreten zu dürfen.

IV. Die Bezahlkarte im Konstrukt der Selbstverantwortung

1. Die Bezahlkarte als Ausdruck (kollektiven) Selbstverschuldens

Zusammengefasst kennt das Sozialrecht somit zwei Seiten der Selbstverantwortung: das Einstehenmüssen für ein selbstverantwortliches Leben und das Einstehendürfen für eben dieses Leben. Im Folgenden soll die Bezahlkarte in diesem Konstrukt der Selbstverantwortung verortet werden.

Die Lektüre der Gesetzeshistorie und der Gesetzesbegründung können den Eindruck erwecken, die Bezahlkarte sei eine Reaktion auf ein (kollektives) Verschulden der Leistungsberechtigten. Der Einführung der Be-

53 Bis zur Bürgergeld-Reform sollte eine Eingliederungsvereinbarung abgeschlossen werden, § 15 SGB II a.F. Bei einem Verstoß gegen die Eingliederungsvereinbarung war eine Sanktionierung des*der Leistungsberechtigten möglich, siehe *Bindig*, in: *Luik/Harich*, SGB II, 6. Aufl. 2024, § 15 Rn. 3. Hierzu kritisch auch *von Koppenfels-Spies*, NZS 2011, 1, 5 f. Der nun vorgesehene Kooperationsplan orientiert sich vielmehr am Eingliederungs- (§ 57 Abs.1 Nr.1 SGB IX) und Teilhabeplan (§ 19 SGB IX) sowie der Leistungsabprache (§ 12 SGB XII), siehe *Hökendorf/Jäger*, info also 2023, 13, 14. Kommt ein Kooperationsplan nicht zustande oder kann er nicht fortgeschrieben werden, fordert das Jobcenter den*die Leistungsberechtigte*n zur Mitwirkung auf. Diese Aufforderung muss gemeinsam mit einer Rechtsfolgenbelehrung ergehen. Wird die Aufforderung nicht umgesetzt, stellt dies eine Pflichtverletzung dar, auf die Leistungsminderungen folgen, siehe *Bindig*, in: *Luik/Harich*, SGB II, 6. Aufl. 2024, § 15 Rn. 84.

54 BVerfG, Urt. v. 17.08.1956 – 1 BvB 2/51, BVerfGE 5, 85, 204 – KPD-Verbot.

zahlkarte im Mai 2024 gingen Anträge der Fraktion der CDU/CSU aus Dezember 2023⁵⁵ sowie der Fraktion der AfD aus Oktober 2022⁵⁶ voraus. Die Fraktion der CDU/CSU bemängelte in ihrem Antrag eine vermeintlich hohe Anzahl an Asylanträgen, die auf vermeintlich hohe Sozialleistungen für Geflüchtete zurückzuführen sei. Sozialleistungen seien damit ein sogenannter Pull-Faktor.⁵⁷ Aus diesem Grund seien „Maßnahmen zu treffen, um die Anreize für eine irreguläre Migration nach Deutschland zu senken“.⁵⁸ Auch die Fraktion der AfD stellte auf angebliche Pull-Faktoren ab und führte zudem aus, dass der „meist vorübergehende[...] Aufenthalt des angesprochenen Personenkreises bedarfsgerecht und missbrauchsfern mit staatlichen Leistungen“ zu gestalten sei. Eine „konsequente Anwendung des Sachleistungsprinzips [würde] den Anreiz zu einer illegalen EU-Binnenmigration spürbar reduzieren“.⁵⁹

Im Januar 2024 einigten sich sodann die Bundesländer auf gemeinsame Standards für die Einführung der Bezahlkarte. Hierzu führte der Hessische Ministerpräsident *Rhein* aus: „Mit der Einführung der Bezahlkarte senken wir den Verwaltungsaufwand bei den Kommunen, unterbinden die Möglichkeit, Geld aus staatlicher Unterstützung in die Herkunftsländer zu überweisen, und bekämpfen dadurch die menschenverachtende Schlepperkriminalität“.⁶⁰

Die Ausführungen *Rheins* finden sich nunmehr auch fast vollständig in der Gesetzesbegründung.⁶¹ Dieser kann entnommen werden, dass mittels der Bezahlkarte der „Verwaltungsaufwand bei den Kommunen“ minimiert

55 BT-Drs. 20/9740.

56 BT-Drs. 20/4051.

57 Der Mythos der Pull-Faktoren, die Geflüchtete in die Bundesrepublik „ziehen“, hält sich hartnäckig. Es kann jedoch für die Bundesrepublik empirisch nicht nachgewiesen werden, dass die Höhe der Sozialleistungen einen Einfluss auf die Einreise der Geflüchteten hat, siehe hierzu den aktuellen Forschungsstand zusammenfassend *Seidl*, NZS 2024, 626 f.

58 BT-Drs. 20/9740, S. 1.

59 BT-Drs. 20/4051, S. 3.

60 <https://hessen.de/presse/laender-einigen-sich-auf-gemeinsame-standards-fuer-eine-bezahlkarte> (zuletzt abgerufen am 15.04.2025).

61 Zu einer kritischen Auseinandersetzung mit der Gesetzesbegründung siehe sogleich unter 2.

werden sollte.⁶² Außerdem sei die Bezahlkarte ein „taugliches Mittel [...], um z. B. Geldzahlungen an Schleuser zu unterbinden“.⁶³

Um den Einsatz der Bezahlkarte auf ein Selbstverschulden eines*einer Leistungsberechtigten zurückzuführen, müsste eine konkrete Handlung dieses*dieser Leistungsberechtigten feststellbar sein. Vermutungen reichen nicht aus, um ein Entstehenmüssen für die Folgen zu begründen. Nach der Gesetzesbegründung soll der Leistungsträger bei der Wahl der Leistungsform auch den „örtlichen Besonderheiten und unterschiedlichen Lebenslagen Rechnung tragen“.⁶⁴ Eine Prüfung, ob der*die einzelne Leistungsberechtigte tatsächlich Geldzahlungen an Schleuser*innen vornimmt, ist allerdings nicht vorgesehen und wohl auch nicht umsetzbar.

Ein hoher Verwaltungsaufwand entsteht erst dadurch, dass existenzsichernde Leistungen für eine Vielzahl von Personen bereitgestellt werden müssen – nicht bereits durch die Gewährung der Leistungen an eine einzelne Person. Um ein Selbstverschulden begründen zu können, müsste deshalb eine kollektivierte Betrachtungsweise vorgenommen werden. Dem Sozialrecht ist es jedoch fremd, für die Feststellung eines Selbstverschuldens nicht auf die einzelne Person und ihre Handlungen, sondern auf eine Gruppe von Menschen abzustellen. Es erscheint fernliegend, den durch die Auszahlung von AsylBLG-Leistungen entstehenden Verwaltungsaufwand allen Leistungsberechtigten als kollektivierte Selbstverschulden zuzurechnen und die Bezahlkarte somit als Folge des Entstehenmüssens für dieses Verhalten zu sehen. Der Einsatz der Bezahlkarte ist mithin keine Folge des Selbstverschuldens als Ausprägung der Selbstverantwortung. Auch Anhaltspunkte für Obliegenheiten oder Selbsthilfemöglichkeiten sind nicht erkennbar.

2. Die Bezahlkarte als Beschränkung der Gestaltungsmöglichkeiten

Durch die Bezahlkarte werden vielmehr die Gestaltungsmöglichkeiten der Leistungsberechtigten, also ihre Selbstverantwortung, begrenzt. Indem Überweisungen ins In- und Ausland sowie Online-Käufe eingeschränkt

62 BT-Drs. 20/11006, S. 101.

63 BT-Drs. 20/11006, S. 102. *Seidl* zeigt sich kritisch, dass die Leistungsberechtigten angesichts hoher Lebenshaltungskosten und hierzu vergleichsweise niedriger existenzsichernder Leistungen tatsächlich Geld in „nennenswertem Umfang ins Ausland transferieren würden“, siehe *Seidl*, info also 2024, 195, 196.

64 BT-Drs. 20/11006, S. 101.

werden, der Einsatz der Bezahlkarte räumlich beschränkt werden kann und Bargeldabhebungen nur in einem kleinen Umfang möglich sind, können die Leistungsberechtigten nicht mehr uneingeschränkt über ihre existenzsichernden Leistungen verfügen. Sie können kaum noch selbstverantwortlich mit ihren Grund- und Analogleistungen haushalten. Gerade die Auszahlung von existenzsichernden Leistungen als Pauschalbetrag soll die Selbstverantwortung der Leistungsberechtigten jedoch ermöglichen. Indem sie frei darüber verfügen können, wie sie die ihnen zustehenden Leistungen verwenden, können sie selbstverantwortlich leben und die Folgen dieses Lebens tragen. Dieses Einstehendürfen für die eigenen Entscheidungen und das eigene Handeln ist dem Sozialrecht auf dieselbe Weise immanent wie das Einstehenmüssen und wird durch die Bezahlkarte in einem großen Umfang verunmöglicht.

Aufgrund der Interdependenz von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung ist dies ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG. Dies gilt auch ungeachtet dessen, dass das AsylbLG in einigen Konstellationen die Möglichkeit der Existenzsicherung über Sachleistungen vorsieht.⁶⁵ Auch Sachleistungen schränken die Option ein, selbstverantwortlich zu haushalten. Im Gegensatz zur Bezahlkarte beschränkt die Sachleistungsgewährung die Selbstverantwortung jedoch von vornherein. Das AsylbLG sieht hingegen lediglich den abstrakten Einsatz der Bezahlkarte vor, nicht jedoch deren konkret einschränkende Ausgestaltung. Vielmehr wird zunächst ein Selbstverantwortungsbereich eröffnet, der erst durch die spezifische Umsetzung der Länder und Kommunen beschränkt wird.

Eine Rechtfertigung des Eingriffs könnte sich durch die Regelungsziele der Bezahlkarte – Minimierung des Verwaltungsaufwandes und Unterbindung von Zahlungen an Schleuser*innen –⁶⁶ ergeben. Ob der Verwaltungsaufwand tatsächlich minimiert werden kann, erscheint fraglich.⁶⁷ Die Bestimmung der Bezahlkarte als Form der Leistungsgewährung erfordert die Ausübung von Ermessen. Der Leistungsträger muss den „örtlichen Besonderheiten und unterschiedlichen Lebenslagen Rechnung tragen“⁶⁸ und

65 Beispielsweise in folgenden Konstellationen: § 3 Abs. 2 S. 1 AsylbLG (notwendiger Bedarf wird bei einer Unterbringung in einer Aufnahmeeinrichtung durch Sachleistungen gedeckt) und § 3 Abs. 2 S. 4 AsylbLG (notwendiger persönlicher Bedarf wird bei einer Unterbringung in einer Aufnahmeeinrichtung durch Sachleistungen gedeckt, sofern dies mit vertretbarem Verwaltungsaufwand möglich ist).

66 BT-Drs. 20/11006, S. 101 f.

67 Gerloff, Asylmagazin 2024, 148, 153; Seidl, info also 2024, 195, 196.

68 BT-Drs. 20/11006, S. 101.

damit den Einzelfall berücksichtigen. Dies ist ressourcenintensiv, obgleich eine Vielzahl aktueller Urteile zeigen, dass das Ermessen kaum ausgeübt, sondern die Bezahlkarte vielmehr ohne Einzelfallprüfung eingesetzt wird.⁶⁹ Auch die Freigabe einzelner Überweisungen und das Führen von Positivlisten erfordern Ressourcen.⁷⁰ Es entsteht ein zusätzlicher Verwaltungsaufwand, der für eine Vielzahl von Personen anfällt. Bisher scheint es deshalb so, als würde die Bezahlkarte vielmehr zu einer Erhöhung des Verwaltungsaufwandes führen, sofern das Ermessen im Einzelfall tatsächlich ausgeübt wird.

Auch die tatsächliche Überweisung von Geld an Schleuser*innen erscheint fraglich.⁷¹ So gibt es keine belastbaren Daten, die Auslandsüberweisungen im großen Umfang belegen.⁷² Zwar hat die Legislative auch hier eine Einschätzungsprärogative. Zumindest die Einschränkung von Inlandsüberweisungen erscheint vor diesem Hintergrund aber bedenklich. Gerade aufgrund der Bedeutung der Selbstverantwortung für die Leistungsberechtigten, ist hier zudem ein hoher Maßstab anzulegen.

Die Beschränkung der Selbstverantwortung ist auch im Vergleich zu anderen Leistungsberechtigten von Bedeutung. Im Gegensatz zu anderen Leistungsberechtigten können die Leistungsberechtigten, denen eine Bezahlkarte ausgehändigt wurde, nicht für ihr Handeln einstehen. Dies ist gerade vor dem Hintergrund des Allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG bedenklich. Während die Höhe der existenzsichernden Leistungen nicht am Allgemeinen Gleichheitssatz gemessen werden kann, da hierfür allein das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum ausschlaggebend ist, muss die Form der Leistungsgewährung dem Allgemeinen Gleichheitssatz standhalten.⁷³

Es besteht eine Ungleichbehandlung zwischen den Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG, denen Leistungen mittels Bezahlkarte gewährt

69 Beispielhaft hierzu: SG Nürnberg, Beschl. v. 30.07.2024 – S II AY 15/24 ER, juris Rn. 37; SG Nürnberg, Beschl. v. 30.07.2024 – S II AY 18/24 ER, juris Rn. 41; SG Hamburg, Beschl. v. 18.7.2024 – S 7 AY 410/24 ER, juris Rn. 25.

70 *Seidl*, info also 2024, 195, 196.

71 *Seidl*, info also 2024, 195, 196.

72 So auch der Parlamentarische Staatssekretär *Toncar* für die Bundesregierung, siehe BT-Drs. 20/10292, S. 34. *Seidl* führt diesbezüglich wohl zutreffend an: „Hier lässt sich allenfalls eine anekdotische Evidenz zugrunde legen, die angesichts der – gemessen an den im Inland anfallenden Lebenshaltungskosten – vergleichsweise geringen Leistungshöhe alles andere als naheliegend ist.“, siehe *Seidl*, info also 2024, 195, 196. Kritisch außerdem *Janda*, ZAR 2024, 102, 102.

73 *Frerichs*, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB XII, 4. Aufl. 2025, AsylbLG § 3 Rn. 73 f.

werden, und jenen, die ihre Leistungen in anderer Form erhalten sowie den Leistungsberechtigten nach den SGB II und SGB XII. Maßgeblich sind hier allerdings nur diejenigen Leistungsberechtigten, die von demselben Hoheitsträger betroffen sind.⁷⁴

Nicht jede Ungleichbehandlung ist verfassungsrechtlich problematisch. Auch an diesem Punkt stellt sich allerdings die Frage, ob die Minimierung des Verwaltungsaufwandes und die Unterbindung von Zahlungen an Schleuser*innen für eine Rechtfertigung ausreichend sind. Das Bundesverfassungsgericht geht zudem davon aus, dass Differenzierungen „stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind“, bedürfen.⁷⁵ Dass den Leistungsberechtigten aufgrund der Bezahlkarte das Ausüben ihrer Selbstverantwortung und damit das Einstehendürfen für die Folgen ihres Handelns fast vollständig verunmöglicht wird, lässt Zweifel an der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung aufkommen. Auch unter Berücksichtigung des Allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG scheint die Bezahlkarte daher bedenklich.

V. Fazit

Die Einführung der Bezahlkarte im Mai 2024 hat eine kontroverse Debatte ausgelöst. Als Form der Leistungsgewährung in § 3 AsylbLG (Grundleistungen) und § 2 AsylbLG (Analogleistungen) dient die Bezahlkarte der Existenzsicherung Geflüchteter. Aufgrund ihrer Ausgestaltung kann sie allerdings zu erheblichen Einschränkungen führen, insbesondere der Selbstverantwortung der Leistungsberechtigten.

Die Selbstverantwortung hat im Sozialrecht zwei zentrale Dimensionen: das *Einstehenmüssen* für die eigenen Entscheidungen und das *Einstehendürfen*, also die Möglichkeit, die Folgen des eigenen Handelns zu tragen. Indem mit der Bezahlkarte Überweisungen und Online-Käufe eingeschränkt werden, der Einsatzbereich räumlich beschränkt werden und nur ein geringer Betrag an Bargeld abgehoben werden kann, ist ein Einstehendürfen kaum mehr möglich. Den Leistungsberechtigten wird auf diese Weise das selbstverantwortliche Haushalten erschwert, wodurch nicht nur das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG,

⁷⁴ Wollenschläger, in: *Huber/Voßkuhle*, Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 68.

⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 21.06.2011 – 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49, 68 – Förderdarlehen.

sondern auch der Allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG berührt werden. Die Vereinfachung der Verwaltung und die Verhinderung von Zahlungen an Schleuser*innen scheinen keine geeigneten Rechtfertigungsgründe für derart weitreichende Einschränkungen zu sein.

Letztlich zeigt die konkrete Ausgestaltung der Bezahlkarte somit, dass sie ein Einstehendürfen der Leistungsberechtigten weitgehend verhindert und somit im direkten Widerspruch zum sozialrechtlichen Leitprinzip der Selbstverantwortung steht.

Die Leistungsausschlüsse von Unionsbürger*innen im Spannungsfeld von finanzieller Solidarität und Selbsthilfe durch (freiwillige) Ausreise

Jana Bub, LL.M.*

I. Einleitung

Die Ansprüche nichterwerbstätiger Unionsbürger*innen auf existenzsichernde Leistungen im Aufnahmemitgliedsstaat¹ sind seit Einführung der Unionsbürgerschaft und dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht immer wieder Thema in der Migrations- und Sozialpolitik sowie vor den Gerichten.² Zwar muss Unionsbürger*innen von der Aufnahmegesellschaft durchaus eine gewisse „finanzielle Solidarität“³ entgegengebracht werden, allerdings wird das Freizügigkeitsrecht für Nichterwerbstätige – anders als etwa im Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit – nicht bedingungslos gewährt, sondern steht nur Unionsbürger*innen zu, die über ausreichende finanzielle Mittel verfügen, um während ihres Aufenthalts dem Sozialsystem nicht unangemessen zur Last zu fallen.⁴ Mit seiner jüngeren Rechtsprechungslinie ermöglichte der EuGH es den Mitgliedsstaaten immer mehr Gruppen nichterwerbstätiger Unionsbürger*innen von den sogenannten beitragsunabhängigen Sozialleistungen auszuschließen. In Deutschland können vor diesem Hintergrund nur noch Erwerbstätige in den ersten fünf Jahren ihres Aufenthalts (aufstockende) existenzsichernde Leistungen

* Die Verfasserin ist Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Fachbereich Sozial- und Kulturwissenschaften der Hochschule Fulda. Sie bedankt sich für die Anmerkungen und Diskussionen auf der Zweiten Jungen Tagung Sozialrecht, die teilweise in der Verschriftlichung dieses Beitrags übernommen wurden.

1 Hiermit ist der Mitgliedsstaat gemeint, in dem sich Unionsbürger*innen aufhalten, dessen Staatsbürgerschaft sie jedoch nicht besitzen.

2 U.a. EuGH, Urt. v. 11.11.2014 – C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 – Dano; EuGH, Urt. v. 15.09.2015 – C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597 – Alimanovic; EuGH, Urt. v. 25.02.2016 – C-299/14, ECLI:EU:C:2016:114 – García-Nieto; EuGH, Urt. v. 14.06.2016 – C-308/14, ECLI:EU:C:2016:436 – KOM/UK; BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45; BSG, Urt. v. 13.07.2023 – B 8 SO 11/22 R, NZS 2024, 377.

3 EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 Rn. 44 – Grzelczyk.

4 EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 Rn. 44 – Grzelczyk.

erhalten, erst darüber hinaus haben auch nichterwerbstätige Unionsbürger*innen einen Leistungsanspruch (§ 7 Abs.1 S. 4, 1. Hs. SGB II). Diese nahezu vollständigen Leistungsausschlüsse wurden vom Bundessozialgericht aufgrund der Rückkehrobliegenheit und dem dadurch begründeten Nachranggrundsatz des deutschen Sozialsystems für verfassungskonform erklärt.⁵ Denn anders als etwa Asylbewerber*innen, ist es Unionsbürger*innen zumutbar, im Falle einer Notlage in ihren Herkunftsstaat zurückzukehren und die dortigen existenzsichernden Leistungen in Anspruch zu nehmen.⁶

Insbesondere in der rechtswissenschaftlichen Literatur wurden die Diskussionen um die Unions- und Verfassungskonformität durch die höchstgerichtlichen Entscheidungen nicht vollständig beendet. Neben Kritik am Konstrukt des Nachranggrundsatzes und der Rückkehrobliegenheit als eine Art Selbsthilfe zur Beseitigung der Hilfebedürftigkeit, zeigt sich darüber hinaus bei der Anwendung der Leistungsausschlüsse in der Verwaltungspraxis eine starke Fokussierung auf die Rückkehrobliegenheit, die nicht nur zu verfassungsrechtlich fragwürdigen Leistungsverweigerungen führt, sondern auch auf andere Rechtsgebiete ausstrahlt, die nicht zwangsläufig von den Leistungsausschlüssen und der Rückkehrobliegenheit betroffen sind.⁷

In diesem Beitrag soll am Beispiel obdachloser Unionsbürger*innen aufgezeigt werden, dass die Debatte um die Leistungsausschlüsse im Existenzsicherungsrecht nicht beendet wurde und insbesondere die verfassungskonforme Anwendung nicht überall in Deutschland gegeben ist. Es scheint jedoch nicht mehr die Frage nach dem Umfang der finanziellen Solidarität mit Unionsbürger*innen die wissenschaftliche Diskussion zu beherrschen, sondern ob das menschenwürdige Existenzminimum durch die Rückkehrobliegenheit als Eigenverantwortung hilfebedürftiger Unionsbürger*innen begrenzt werden kann.

5 BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 34.

6 BT-Drs. 18/10211, S. 14; BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 35.

7 Engelmann, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 48, 49.

II. Die sozialen Rechte mobiler Unionsbürger*innen: Von der finanziellen Solidarität zum Nachrang des deutschen Sozialleistungssystems

1. Die Verlagerung der Debatte von der Unions- auf die Verfassungsebene

Mit der unionsrechtlichen Freizügigkeit, die mittlerweile unabhängig vom wirtschaftlichen Status von allen Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union (EU) in Anspruch genommen werden kann, sind ebenfalls bis zu einem gewissen Maß soziale Rechte verbunden. Während ab einem „gefestigten Aufenthalt“, der grundsätzlich nach fünf Jahren angenommen werden kann, allen Unionsbürger*innen ein voller Zugang zu existenzsichernden Leistungen gewährt werden muss, sind die Mitgliedsstaaten stattdessen nicht verpflichtet, diese Leistungen vor Erreichen des fünfjährigen Aufenthalts nichterwerbstätigen Unionsbürger*innen zu gewähren.⁸

Zu Beginn seiner Rechtsprechungslinie zu den sozialen Rechten mobiler – nicht länger nur erwerbstätiger – Unionsbürger*innen verfolgte der Europäische Gerichtshof einen sozial-integrativen Ansatz. Grundlage bildete dabei die Unionsbürgerschaft nach dem heutigen Art. 20 AEUV⁹, die als „grundlegender Status“¹⁰ in Verbindung mit dem Freizügigkeitsrecht (Art. 21 AEUV) und dem Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) Unionsbürger*innen ein gewisses Maß an „finanzieller Solidarität“¹¹ gewährt. Insbesondere dann, wenn die sozialen Schwierigkeiten nur vorübergehender Natur sind. Durch die Begründung dieser Rechtsprechungslinie auf Grundlage des EU-Primärrechts umging oder ignorierte der EuGH dabei die „Signale“ des EU-Gesetzgebers und damit der Mitgliedsstaaten, die keine weitreichende sozialrechtliche Flankierung der allgemeinen Freizügigkeit wollten.¹²

Auch wenn der EuGH in der Rechtssache *Breyl*¹³ noch ein gewisses Maß an „finanzieller Solidarität“ betonte, zeichnete sich bereits eine ers-

8 Erwägungsgrund 17 der RL 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158 vom 30. April 2004, S. 35.

9 ABl. C 326, S. 47.

10 EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 Rn. 44 – Grzelczyk.

11 EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 Rn. 44 – Grzelczyk.

12 Schmidt/Blauberger, Public Administration 2017, 437, 441; Schreiber, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 60, 62 f.

13 EuGH, Urt. v. 19.09.2013 – C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565 Rn. 72 – Brey.

te Tendenz zu einem Richtungswandel der Rechtsprechungslinie an, der spätestens mit den Entscheidungen *Dano*¹⁴ und *Alimanovic*¹⁵ deutlicher wurde. So verknüpfte der EuGH ab 2014 den Anspruch auf Sozialleistungen für nichterwerbstätige Unionsbürger*innen mit einem unionsrechtlichen rechtmäßigen Aufenthalt.¹⁶ Dies bedeutet, dass Unionsbürger*innen sich nur noch dann auf das unionsrechtliche Solidaritätsversprechen berufen können, wenn sie die Voraussetzungen der FreizügigkeitsRL¹⁷ erfüllen. Sie müssen demnach über ausreichende Finanzmittel und einen Krankenversicherungsschutz verfügen, um dem Sozialsystem des Aufnahmestaats nicht unangemessen zur Last zu fallen (Art. 7 Abs. 1 lit. b FreizügigkeitsRL). Während diese „Kehrtwende“ in der wissenschaftlichen Literatur einerseits als Reaktion des EuGH auf sein politisches Umfeld und zur Sicherung der Legitimation seiner Rechtsprechung verstanden wird, sehen andere ergänzend eine Veränderung der Fallkonstellationen oder sprechen von einem veränderten Solidaritätsverständnis.¹⁸ Unabhängig von den Gründen für den Wandel der Rechtsprechung vom Solidaritätsgedanken hin zu einer Verbindung von Aufenthaltsrecht und Sozialleistungsansprüchen, zeichnet sich durch die jüngeren Entscheidungen eine Rückkehr zum „Marktbürger“ und damit vorerst ein Ende der sozialen Integration ab.¹⁹

Die wissenschaftliche Debatte um die Unionsrechtskonformität der Leistungsausschlüsse nichterwerbstätiger Unionsbürger*innen hat die jüngere EuGH-Rechtsprechung allerdings nicht beendet.²⁰ Trotzdem hat sich die Debatte zumindest in der deutschen Rechtswissenschaft überwiegend von der Unions- auf die Verfassungsebene verlagert. Denn auch, wenn der Solidaritätsgedanke des EuGH „verblasst“²¹ ist, ergeben sich zumindest nach

14 EuGH, Urt. v. 11.11.2014 – C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358 – *Dano*.

15 EuGH, Urt. v. 15.09.2015 – C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597 – *Alimanovic*.

16 *Devetzi*, EuR 2014, 638, 647; *Schreiber*, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, S. 60, 63 f.

17 Richtlinie (EG) 2004/38 v. 29.04.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABL L 158 vom 30. April 2004, S. 35.

18 *Blauberger et al.*, JEEP 2018, 1422, 1438; *Davies*, JEEP 2018, 1442, 1457 f.; *Mantu/Minderhoud*, MJ 2017, 703, 719; *Schreiber*, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 60, 65.

19 *Farahat*, DÖV 2016, 45, 54; *Schreiber*, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 60, 64.

20 Siehe u.a. *Greiser/Kador*, ASR 2013, 4–12; *Röhner*, info also 2024, 62–65; *Seidl*, NZS 2024, 626–630.

21 *Kingreen*, NVwZ 2015, 1503, 1505, zit. nach *Devetzi/Schreiber*, ZESAR 2016, 15.

dem deutschen Grundgesetz weitere Fragen über die Konformität vollständiger Leistungsausschlüsse von Unionsbürger*innen. Den Grundstein legte das BSG dabei unmittelbar nach dem Richtungswechsel des EuGH mit einer in Politik, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft äußerst umstrittenen Grundsatzentscheidung.²² Denn während es einerseits ergänzend zu den vom EuGH bestätigten Leistungsausschlüssen analog auch Unionsbürger*innen ohne materielles Freizügigkeitsrecht von den Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) ausschloss, öffnete es gleichzeitig auf Grundlage des menschenwürdigen Existenzminimums nach Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG und unter Berücksichtigung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungskonformität der (reduzierten) Asylbewerber*innenleistungen den Zugang für die nunmehr von SGB II-Leistungen ausgeschlossene Gruppe der nichterwerbstätigen Unionsbürger*innen zu den sozialhilferechtlichen Ermessensleistungen nach dem SGB XII. Denn das menschenwürdige Existenzminimum steht unabhängig von der Staatsangehörigkeit jeder Person zu, die sich in Deutschland aufhält, ohne dass sie erarbeitet werden muss.²³ Damit löst sich die Debatte auf der Verfassungsebene vom Solidaritätsgedanken und legt den Fokus stattdessen auf die Menschenwürde und das vom Gesetzgeber zu gewährleistende Existenzminimum. Dies ist insoweit schlüssig, da die Menschenwürde aus sich heraus besteht, während Solidarität in der Regel dem Verständnis von Zugehörigkeit und Gegenseitigkeit entspringt und damit den Schutz der Menschenwürde schwächen könnte.²⁴

Durch die Berufung auf das menschenwürdige Existenzminimum ist der Handlungsspielraum des Gesetzgebers bei der Versagung von existenzsichernden Sozialleistungen für Unionsbürger*innen eng gefasst und darf vor allem nicht zum Zwecke anderer Ziele, etwa zur Migrationssteuerung, relativiert werden.²⁵ Auch Unionsbürger*innen, die von den Leistungen des SGB II ausgeschlossen sind, kann daher nach § 23 Abs. 1 S. 3 SGB XII im begründeten Einzelfall „im Übrigen“ Sozialhilfe gewährt werden. Das Ermessen der Sozialbehörden reduziert sich dabei auf Null, wenn der

22 Farahat, in: Eigmüller/Tietze, Ungleichheitskonflikte in Europa, 2019, S. 257.

23 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/18, BVerfGE 152, 68 Rn.120; BSG, Urt. v. 03.12.2015 – B 4 AS 44/15 R, BSGE 119, 17 Rn. 57.

24 Schreiber, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 60, 72. Zum variierenden Verständnis von Solidarität s. bspw. Ratzmann et al., Social Policy 2024, 636–650.

25 BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11, BVerfGE 132, 134 Rn. 84; Janda, info also 2020, 103, 104.

Aufenthalt in Deutschland als gefestigt angesehen werden kann, was nach einem sechsmonatigen Aufenthalt anzunehmen ist. Das BSG weicht hier von der Auffassung des EuGH ab, der auf das „abstrakt“ vorliegende Aufenthaltsrecht abstellte, und stützt sich stattdessen auf die Ansicht des BVerfG, das das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger*innen bzw. dessen Rechtswidrigkeit formell festgestellt haben möchte. Bleibt die Ausländerbehörde in diesem Zusammenhang untätig, kommt es zur „sozialrechtlichen Einstandspflicht“²⁶ Deutschlands.

2. Die Leistungsausschlüsse von Unionsbürger*innen in der Grundsicherung für Arbeitssuchende/Bürgergeld und der Sozialhilfe

Mit dieser stark kritisierten Entscheidung forderte das BSG den*die Gesetzgeber*in heraus, der*die umgehend mit dem *Gesetz zur Regelung der Ansprüche von Ausländern in der Grundsicherung für Arbeitssuchende und der Sozialhilfe*²⁷ die Leistungsansprüche von Unionsbürger*innen neu regelte und die unliebsame Rechtsprechung „korrigierte“.²⁸

So sind Unionsbürger*innen, die nicht Arbeitnehmer*innen oder Selbstständige sind, nach § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 SGB II sowohl für die ersten drei Monate des unionsrechtlich zugestandenen bedingungslosen Aufenthalts, als auch darüber hinaus, wenn sie sich ohne Aufenthaltsrecht (a) oder allein zur Arbeitssuche in Deutschland aufhalten (b) von den Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende/Bürgergeld ausgeschlossen.²⁹ Einen Anspruch haben nichterwerbstätige Unionsbürger*innen erst, wenn sie sich fünf Jahre gewöhnlich in Deutschland aufhalten, sofern die Ausländerbehörde nicht vorher den Verlust des Freizügigkeitsrechts formal festgestellt hat (§ 7 Abs. 1 S. 4 SGB II). In Anlehnung an die Leistungsausschlüsse des SGB II wurden auch die Leistungen der Sozialhilfe nach dem SGB XII neu geregelt und nahezu identisch in § 23 Abs. 3 SGB XII umgesetzt.

Hilfebedürftige nichterwerbstätige Unionsbürger*innen können vor diesem Hintergrund erst nach fünf Jahren Aufenthalt die regulären existenzsichernden Leistungen erhalten. Davor können lediglich sogenannte Über-

26 Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197, 199.

27 Gesetz zur Regelung der Ansprüche von Ausländern in der Grundsicherung für Arbeitssuchende und der Sozialhilfe v. 22.12.2016, BGBl. I S. 3155.

28 Farahat, in: Eigmüller/Tietze, Ungleichheitskonflikte in Europa, 2019, S. 233, 257.

29 § 7 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 lit. a und b SGB II.

brückungsleistungen bis zur Ausreise, längstens jedoch für einen Monat, bezogen werden, selbst wenn kein Ausreisewille seitens der Unionsbürger*innen besteht.³⁰ Die Überbrückungsleistungen umfassen nach § 23 Abs. 3 S. 4 SGB XII Leistungen zur Deckung grundlegender Bedarfe für Ernährung, der Körper- und Gesundheitspflege, der Bedarfe für Unterkunft und Heizung sowie zur Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände, der Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln oder Hilfen bei Schwanger- und Mutterschaft nach § 50 SGB XII. Im Einzelfall können jedoch auch die regulären Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt und der Krankenhilfe geleistet werden oder Überbrückungsleistungen über den Monat hinaus gezahlt werden, wenn es die Umstände erfordern, etwa bei einer besonderen Härte und zur Deckung der befristeten Bedarfslage (§ 23 Abs. 3 S. 5 SGB XII).

Neben den Überbrückungsleistungen können darüber hinaus auch angemessene Kosten für die Rückreise übernommen werden (§ 23 Abs. 3a SGB XII).

3. Nachrang des deutschen Sozialsystems und die Rückkehrobliegenheit als Eigenverantwortung mittelloser Unionsbürger*innen

Nach der Gesetzesänderung und den Ausführungen des*der Gesetzgebers*in in der Gesetzesbegründung, änderte auch das BSG seine Argumentation in Bezug auf die Verfassungskonformität dieser Leistungsausschlüsse und legte den Fokus nunmehr auf die Selbsthilfe der Unionsbürger*innen durch ihre Rückkehrobliegenheit.³¹

So ergibt sich aus der Verfassung kein voraussetzungsloser Anspruch auf Sozialleistungen, sondern nur dann, wenn es den Betroffenen nicht möglich ist, den eigenen Lebensunterhalt auf andere zumutbare Weise sicherzustellen, etwa durch den Einsatz von Einkommen oder Vermögen.³² Im Bereich des Existenzsicherungsrechts bedeutet dies auch die vorrangige Inanspruchnahme anderer Sozialleistungen, auf die ein Anspruch besteht.

30 BSG, Urt. v. 13.07.2023 – B 8 SO II/22 R, NZS 2024, 377 Rn. 27.

31 BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45; BSG, Urt. v. 13.07.2023 – B 8 SO II/22 R, NZS 2024, 377 Rn. 27.

32 BVerfG, Urt. v. 07.07.2010 – 1 BvR 2556/09, NJW 2010, 2866 Rn. 17 f.; BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68 Rn. 17; BSG, Urt. v. 29.04.2015 – B 14 AS 19/14 R, BSGE 119, 17 Rn. 51; BSG, Urt. v. 12.05.2017 – B AY 1/16 R, BSGE 123, 157 Rn. 29.

Dies ergibt sich aus dem Nachrang der SGB II- und der SGB XII-Leistungen (§ 5 SGB II, § 2 SGB XII). Auf diesen Nachranggrundsatz sowie das Prinzip der Eigenverantwortung stützte sich das BSG und folgte dem Leitbild, das dem Gesetzgeber bei der Neuregelung der Leistungsausschlüsse zugrunde lag.³³ So sind Fürsorgeleistungen, zu denen die Leistungen des SGB II und SGB XII gehören, nicht zu leisten, wenn es Betroffenen auf andere zumutbare Weise möglich ist, ihren Lebensunterhalt sicherzustellen.³⁴ Dies umfasst auch die Überwindung der Notlage durch die Rückkehr in den Herkunftsstaat und die dortige Inanspruchnahme von existenzsichernden Leistungen.³⁵ Die Rückkehrobliegenheit mittelloser und hilfebedürftiger Unionsbürger*innen stelle eine „Ausprägung der eigenverantwortlichen Selbsthilfe“³⁶ im Sinne des Existenzsicherungsrechts dar.³⁷ Denn durch die für die EU-Mitgliedsstaaten geltenden menschenrechtlichen und sozialen Mindeststandards ist sichergestellt, dass Unionsbürger*innen im Herkunftsstaat ein ausreichendes Existenzsicherungsminimum zur Verfügung steht und bei Rückkehr keine Grund- oder Menschenrechtsverletzung droht.³⁸ Damit unterscheidet sich die Situation der Unionsbürger*innen etwa von denen der Asylbewerber*innen, denen eine Rückkehr nicht zumutbar ist.³⁹

Durch die in § 23 Abs. 3 S. 5 SGB XII normierte Härtefallregelung stellt der Gesetzgeber nach Ansicht des BSG zudem die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums für Fälle, in denen eine Rückkehr in den Herkunftsstaat nicht möglich ist, ausreichend sicher.⁴⁰ So können zur Überwindung einer besonderen Härte andere Leistungen erbracht oder

33 BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 38; *Masarié*, SRa 2024, 12.

34 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68 Rn. 17; BSG, Urt. v. 12.05.2017 – B AY 1/16 R, BSGE 123, 157 Rn. 29.

35 BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 35. AA der für die Sozialhilfe zuständige 4. Senat des LSG Hessen, Beschl. v. 31.10.2022 – L 4 SO 133/22 B ER, BeckRS 2022, 30174 Rn. 17; *Birk*, in: *Bieritz-Harder/Conradis/Palsheim*, SGB XII, 13. Aufl. 2024, § 23 Rn. 47; *Greiser/Kador*, ASR 2013, 4, 10 und *Röhner*, info also 2024, 62, 64.

36 BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 38.

37 BT-Drs. 18/10211, S. 14; BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 38.

38 Art. 1 GrCh der EU sowie Art. 13 ESC.

39 Durch diese unterschiedliche Ausgangssituation hält das BSG die ursprünglich noch herangezogene Entscheidung des BVerfG v. 09.02.2010 (Az. 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, BVerfGE 125, 175) im Fall von Unionsbürger*innen für nicht (mehr) anwendbar, s. BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 49.

40 BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 42.

die Überbrückungsleistungen über einen Monat hinaus geleistet werden, soweit dies im Einzelfall und aufgrund besonderer Umstände erforderlich ist. Bei der „besonderen Härte“ handelt es sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der verfassungskonform und weit auszulegen ist.⁴¹ Ein solcher Härtefall ist grundsätzlich dann anzunehmen, wenn das Existenzminimum ohne die beanspruchte Leistung nicht gedeckt ist. Das ist insbesondere dann gegeben, wenn die Ausreise der Unionsbürger*innen nicht mangels Ausreisewillen unterbleibt, sondern beispielsweise wegen einer gesundheitsbedingten Unmöglichkeit der Rückkehr in den Herkunftsstaat.⁴² Es ist demnach sichergestellt, dass es zu keinem vollständigen Leistungsausschluss kommt, der nicht mit dem Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum vereinbar wäre.⁴³

Mit seiner Entscheidung hat das BSG die Ansichten vieler Landessozialgerichte übernommen, die nach der Gesetzesänderung die Leistungsausschlüsse ebenfalls als verfassungskonform ansahen.⁴⁴ Gleichwohl gibt es weiterhin Zweifel an der Verfassungskonformität der Leistungsausschlüsse in der Rechtswissenschaft sowie vereinzelt in der Rechtsprechung, insbesondere mit Blick auf die verfassungskonforme Anwendung der Leistungsausschlüsse in der Verwaltungspraxis.⁴⁵

41 BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 2/11, BVerfGE 132, 134 Rn. 47.

42 LSG NRW, Beschl. v. 30.11.2022 – L 12 SO 327/22 B ER, NZS 2023, 548 Rn. 71; Masarié, SRa 2024, 12, 14; Krauß, in: Knickrehm/Roßbach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 8. Aufl. 2023, SGB XII § 23 Rn. 18.

43 LSG NRW, Beschl. v. 30.11.2022 – L 12 SO 327/22 B ER, NZS 2023, 548 Rn. 12.

44 U.a. LSG Bayern, Urt. v. 24.04.2017 – L 8 SO 77/17 B ER, juris Rn. 39; LSG Hessen, Urt. v. 27.03.2019 – L 7 AS 7/19, juris Rn. 5 ff.; LSG Sachsen-Anhalt v. 04.07.2019 B ER, juris Rn. 43.

45 Bereits vor der Grundsatzentscheidung des BSG wurde die Verfassungskonformität der (vollständigen) Leistungsausschlüsse angezweifelt, s. u.a. LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 28.01.2018 – L 7 AS 2299/17 B, juris Rn. 14 f.; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.01.2019 – L 18 AS 141/19 B ER, juris Rn. 5; Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197, 199 ff.; Schreiber, SR 2018, 181 ff. Die Kritik wurde vom BSG zwar zur Kenntnis genommen, jedoch nicht bestätigt, s. BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 35. Gleichwohl bleiben die bereits dort genannten Punkte auch in der aktuellen Kritik bestehen, so etwa LSG Hessen, Beschl. v. 31.10.2022 – L 4 SO 133/22 B ER, BeckRS 2022, 30174; Greiser/Kador, ASR 2013, 4, 10; Röhrner, info also 2024, 62, 64; Seidl, NZS 2024, 626, 630.

III. Die Anwendung der Leistungsausschlüsse in der Verwaltungspraxis und ihre Auswirkungen am Beispiel obdachloser Unionsbürger*innen

Grundsätzlich kann der Ansicht des BSG gefolgt werden, dass es Unionsbürger*innen möglich ist, in den Herkunftsstaat zurückzukehren und sich mithilfe der dortigen sozialen Unterstützungssysteme aus ihrer Notlage zu befreien. Trotzdem muss im Einzelfall geprüft werden, ob eine Rückkehr möglich ist und tatsächlich den bestehenden Hilfebedarf decken kann. In der Praxis zeichnet sich jedoch seit der Neuregelung der Leistungsausschlüsse eine „Zunahme absoluter Verarmung oder Verelendung bei einer wachsenden Zahl von Unionsbürgern ab, die keinen (...) Zugang zu Hilfen in Wohnungsnotfällen haben (...)“^{46, 47} Denn auch wenn Obdachlosigkeit eine „besondere Härte“ darstellen und damit unter die Härtefallregelung des § 23 Abs. 3 S. 5 SGB XII fallen kann, führen variierende Verwaltungspraktiken, die die Rückkehrobliegenheit auch im Kontext von Unterbringungsansprüchen bei Obdachlosigkeit als vorrangig zu nutzende Selbsthilfe qualifizieren, zu einer weiteren Verschlechterung der Lebenssituation hilfebedürftiger Unionsbürger*innen sowie einer Ausstrahlung der Leistungsausschlüsse auf weitere Rechtsgebiete, wie die Ordnungs- und Polizeigesetze der Bundesländer.⁴⁸

1. Obdachlosigkeit und kommunale Unterbringung

a) Die „Unfreiwilligkeit“ der Obdachlosigkeit

Die Gründe für Obdachlosigkeit sind vielfältig und betreffen nicht allein Unionsbürger*innen, sondern unabhängig von der Nationalität viele Personen, die aufgrund vielfältiger Probleme in diese vulnerable Situation ge-

46 BAG Wohnungslosenhilfe, Hilfen für BürgerInnen aus anderen EU-Mitgliedsstaaten in Wohnungsnot und sozialen Schwierigkeiten. Grundsatzpositionen, 2019, S. 1 f.

47 Cyrus/Kovacheva, in: Ataç *et al.*, Lokale Antworten auf aufenthaltsrechtliche Prekariät: Zugänge zu Gesundheitsversorgung, Unterbringung und Bildung, 2023, S. 147, 151; Schreiber, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 60, 62 f.

48 Engelmann, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 48, 49; Haj Ahmad, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 40, 41 f.

langt sind.⁴⁹ Ein pauschaler Verweis auf fehlende Sozialleistungsansprüche von Unionsbürger*innen als Ursache für Obdachlosigkeit würde demnach zu kurz greifen. Gleichwohl kann die Verweigerung von Sozialleistungen, ob rechtlich begründet oder fehlerhaft entschieden, unter anderem auch zu einer Verschlechterung der Situation von Unionsbürger*innen bis hin zu Obdachlosigkeit führen.⁵⁰ Ist diese Obdachlosigkeit unfreiwillig, bestehen verschiedene Ansprüche zur Überwindung dieser Lage, beispielsweise durch eine kommunale Unterbringung.

Eine „Unfreiwilligkeit“ bei Obdachlosigkeit liegt nach bisheriger Rechtsprechung dann vor, wenn die betroffene Person „nicht Tag und Nacht über eine Unterkunft verfügt, die Schutz vor den Unbilden des Wetters bietet, Raum für die notwendigsten Lebensbedürfnisse lässt und insgesamt den Anforderungen an eine menschenwürdige Unterkunft entspricht“⁵¹ sowie nicht mit eigener Kraft oder Mitteln etwas an dieser Situation geändert werden kann.⁵² Wie *Ruder* ausführt ist in subjektiver Hinsicht eine unfreiwillige Obdachlosigkeit gegeben, wenn der objektiv betrachtete Zustand der Person nicht mehr auf Freiwilligkeit oder einen selbstbestimmten Willensentschluss schließen lässt.⁵³

In Bezug auf obdachlose Unionsbürger*innen stellt sich hier regelmäßig die Frage, ob die Obdachlosigkeit tatsächlich unfreiwillig ist, wenn theoretisch eine Rückkehrblienheit als vorrangige Selbsthilfe besteht. So gilt auch im Bereich der Unterbringungsansprüche, sowohl im Sozialrecht, als auch ordnungsrechtlicher Natur, das Prinzip der Selbsthilfe, die vorrangig zur Beschaffung einer Unterkunft zu nutzen ist. Maßgeblich ist dabei, dass es den Betroffenen zumutbar ist durch den Einsatz eigener Mittel die Not-

49 *Knörle et al.*, Bundesgesundheitsblatt 6/2022, S. 677, 679; *Sartorius/Weth/Kirsch*, Teilhabe statt Ausgrenzung: Wie kommen Menschen in prekären Wohn- und Lebenslagen zu Recht?, 2025, S. 9.

50 *Engelmann*, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 48, 49; *Schirmer*, in: *Borstel et al.*, Handbuch Wohnungs- und Obdachlosigkeit, 2025, S. 6; *Tießler-Marenda*, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 16, 22.

51 VG BW, Beschl. v. 27.11.2019 – 1 S 2192/19, juris Rn. 9.

52 VG Freiburg, Beschl. v. 16.02.2017 – 6 K 58/17, Orientierungssatz; *Ruder*, KommJur 2020, 401, 403; *Schirmer*, in: *Borstel et al.*, Handbuch Wohnungs- und Obdachlosigkeit, 2025, S. 6.

53 *Ruder*, KommJur 2020, 401, 403.

lage zu beenden.⁵⁴ Existiert beispielsweise Wohnraum im Herkunftsstaat, der genutzt werden könnte, wäre dieser vorrangig vor der Unterbringung in einer Notunterkunft in Deutschland, sofern die Unionsbürger*innen reisefähig sind. Ein pauschaler Ausschluss von der kommunalen Unterbringung mit alleinigem Verweis auf eine Rückkehrobliegenheit ist jedoch auch im Bereich der (ordnungsrechtlichen) kommunalen Unterbringung nicht zulässig.⁵⁵ Auch darf nicht allein wegen mangelnder Ausreise von einer Unfreiwilligkeit der Obdachlosigkeit bei Unionsbürger*innen ausgegangen werden, da es auf die Ursachen der Obdachlosigkeit oder das Verschulden der obdachlosen Person nicht ankommt.⁵⁶

b) Sozial- und ordnungsrechtliche Unterbringungsansprüche

Obdachlosigkeit kann grundsätzlich in zwei Bereichen der kommunalen Unterbringung relevant sein. Einerseits als „besondere Lebenslage aufgrund sozialer Schwierigkeiten“ im Sinne des § 67 SGB XII sowie andererseits als „Gefährdung der öffentlichen Sicherheit“ bzw. „Gefahr für Leib und Leben“ nach den Ordnungs- und Polizeirechten der Bundesländer.⁵⁷

Sozialrechtliche Ansprüche ergeben sich dabei aus § 68 SGB XII, wonach Personen, bei denen aufgrund sozialer Schwierigkeiten eine besondere Lebenslage vorliegt, Leistungen erbracht werden können, „die notwendig sind, um die Schwierigkeiten abzuwenden, zu beseitigen, zu mildern oder ihre Verschlimmerung zu verhüten“⁵⁸. Dazu zählen unter anderem Maßnahmen zum Erhalt einer Wohnung, wie die Übernahme rückständiger oder aktueller Mietkosten, um eine drohende Obdachlosigkeit zu vermeiden. Ist diese bereits eingetreten, sind Betroffene dagegen bei der Beschaffung einer Wohnung zu unterstützen oder ggf. kommunal unterzubringen. Diese Leistungen der Sozialhilfe sind nicht an die Staatsangehörigkeit gebunden, sondern knüpfen an den tatsächlichen Aufenthalt an.⁵⁹ Allerdings sind Unionsbürger*innen nach § 23 SGB XII grundsätzlich von Leistungen

54 BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 37 f.; BSG, Urt. v. 13.07.2023 – B 8 SO 11/22 R, NZS 2024 Rn. 27; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 11.12.2019 – OVG 1 S 101/19, NJW 2020, 1087 Rn. 6.

55 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 11.12.2019 – OVG 1 S 101/19, NJW 2020, 1087 Rn. 6.

56 VHG Baden-Württemberg, Beschl. v. 05.03.1996 – 1 S 470/96, NVwZ-RR 1996, 439, Rn. 3; Ruder, KommJur 2020, 401, 403.

57 Exemplarisch §§ 1, 71 ff. HSOG, GVBl. 2005 I S. 14.

58 Kanalan, ZESAR 2024, 61, 64.

59 Kanalan, ZESAR 2024, 61, 64.

der Sozialhilfe ausgeschlossen, sofern sie sich nicht als Erwerbstätige in Deutschland aufhalten. Dieser Ausschluss bezieht sich unter Berücksichtigung von Härtefällen auf die Hilfen zum Lebensunterhalt, die Krankenhilfe sowie auf „übrige Leistungen“, die nach dem SGB XII zu leisten sind. Sofern kein Härtefall vorliegt, betrifft der Leistungsausschluss demnach ebenfalls die Leistungen zur Überwindung besonderer Schwierigkeiten.⁶⁰ Allerdings könnte im Falle von Obdachlosigkeit durchaus von einem Härtefall ausgegangen werden, der wiederum im Anwendungsbereich des SGB XII einen Anspruch auf die verlängerte Gewährung von Überbrückungsleistungen und damit verbunden auf „die übrigen“ Leistungen zur Überwindung der Notlage nach § 67 SGB XII begründen kann.

Genügen entsprechende Leistungen nicht oder werden von Obdachlosen wegen fehlender Kenntnisse über ihre sozialen Rechte nicht in Anspruch genommen, sind die Ordnungsbehörden verpflichtet, bei einer akuten Notlage, die eine Gefahr für Leib und Leben der Obdachlosen darstellt, diese umgehend zu beseitigen, beispielsweise durch die Unterbringung in einer Notunterkunft.⁶¹ Im Anschluss können entsprechende weitergehende Unterstützungsleistungen im Rahmen des SGB XII geprüft werden. Es ist demnach im Lichte der Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums von einer sich ergänzenden Verbindung der beiden Unterbringungsansprüche auszugehen.⁶² Es dürfen jedenfalls keine ordnungsrechtlichen Unterbringungsansprüche mit Verweis auf einen Sozialhilfeanspruch verweigert werden.⁶³ Die staatliche Schutzpflicht dieser akuten Gefährdung elementarer Grundrechte führt dazu, dass Behörden hier keinerlei Ermessen haben, sondern zumindest eine notdürftige Unterbringung zu erfolgen hat.⁶⁴

60 AA Kanalan, ZEAR 2024, 61, 65.

61 Engelmann, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 48, 49.

62 Kaiser, in: Rolfs/Giesen/Meßling/Udsching, BeckOK-SozR, 76. Ed. 2025, SGB XII § 67 Rn. 7 unter Berufung auf Luthé, in: Hauck/Noftz, SGB XII, 4. EL 2025, § 67 Rn. 28.

63 Von einem parallel bestehenden Anspruch nach dem SGB XII und den Polizei- und Ordnungsgesetzen gehen dagegen u.a. der VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 27.11.2019 – 1 S 2192/19, NJW 2020, 1088 Rn. 25; Kanalan, ZESAR 2024, 61, 65 aus.

64 Nach Ruder stellt dies die herrschende Meinung dar, siehe Ruder, NVwZ 2012, 1283.

2. Variierende Verwaltungspraktiken beim Umgang mit obdachlosen Unionsbürger*innen

Aufgrund der zuvor genannten Unterbringungsansprüche, einerseits innerhalb des Sozialrechts, andererseits nach dem Ordnungsrecht, verwundert nicht, dass sich keine einheitliche Verwaltungspraxis beim Umgang mit obdachlosen Unionsbürger*innen zeigt. Insbesondere die intransparente Zuständigkeit von Sozial- und Ordnungsbehörden bei der kommunalen Unterbringung sorgt mangels niedrigschwelligen Zugangs für Hürden bei der Inanspruchnahme von Unterstützungsangeboten durch die hilfebedürftigen und obdachlosen Unionsbürger*innen.⁶⁵

Statt über Leistungsansprüche werden Unionsbürger*innen in einigen Kommunen primär über ihre Rückkehrmöglichkeiten in den Herkunftsstaat und die finanzielle Unterstützung bei der Rückreise beraten. Unterbleibt die (finanziell unterstützte) Ausreise, wird durch die pauschale Verweigerung von Unterbringungsansprüchen quasi die Unfreiwilligkeit der Obdachlosigkeit von Seiten der zuständigen Behörde aberkannt, wodurch auch der Unterbringungsanspruch erlischt.⁶⁶ Andere Kommunen verknüpfen dagegen die Unterbringung an bestehende Sozialleistungsansprüche, so dass eine Unterbringung von obdachlosen Unionsbürger*innen bei bereits festgestelltem Leistungsausschluss unterbleibt oder vorerst eine befristete Unterbringung erfolgt, bis etwaige Sozialleistungsansprüche geklärt sind. Fallen die vorläufig untergebrachten Unionsbürger*innen dann unter den Leistungsausschluss wird die Unterbringung mangels Unterbringungsanspruch beendet.⁶⁷ Die Rückkehrobliegenheit dient somit als Hilfsmittel der Behörden, sich aus der Verantwortung zu ziehen, obwohl sich auch aus der Grundsatzentscheidung des BSG kein Vorrang der Rückkehrobliegenheit vor der Härtefallregelung erkennen lässt. Eine entsprechende Praxis ohne Prüfung von Härtefällen oder Hindernissen für eine Rückkehr in den Herkunftsstaat ist damit auch nach der aktuellen Rechtslage und höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht verfassungskonform.⁶⁸

65 *Haj Ahmad*, Von Ein- und Ausschlüssen in Europa: Eine ethnographische Studie zu EU-Migration und Wohnungslosigkeit in Deutschland, 2022, S. 64; *Schirmer*, in: *Borstel et al.*, Handbuch Wohnungs- und Obdachlosigkeit, 2025, S. 6.

66 Diese Aberkennung der Obdachlosigkeit ist aber nicht zulässig, s. VHG Baden-Württemberg, Beschl. v. 05.03.1996 – 1 S 470/96, NVwZ-RR 1996, 439 Rn. 3.

67 *Schirmer*, in: *Borstel et al.*, Handbuch Wohnungs- und Obdachlosigkeit, 2025, S. 6.

68 SG Berlin, Beschl. v. 29.12.2021 – S 4 AS 7290/21 ER, juris.

Auch in Bezug auf die ordnungsrechtliche Unterbringung zeigen sich Tendenzen, obdachlose Unionsbürger*innen mit Verweis auf die bestehende Möglichkeit einer Rückkehr in den Herkunftsstaat als vorrangige Selbsthilfe von der Unterbringung in Notunterkünften auszuschließen. Insbesondere dann, wenn ein sozialrechtlicher Leistungsausschluss besteht.⁶⁹ Zwar gilt auch im Ordnungsrecht vorrangig das Selbsthilfeprinzip, wonach eine obdachlose Personen nicht unterzubringen ist, wenn sie sich selbst aus ihrer Notlage befreien kann, maßgebliches Kriterium ist aber auch hier die „Zumutbarkeit“ der Selbsthilfe. Eine pauschale Verweigerung der Unterbringung in eine Notunterkunft mit Verweis auf die Rückkehrobliegenheit ist somit unzulässig.⁷⁰

Während grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass Sozialleistungen in Form von Geldleistungen im Herkunftsstaat zur Verfügung stehen, gilt dies darüber hinaus nur sehr eingeschränkt für Wohnraum oder Notunterkünfte. Die zuständigen Behörden, sowohl diejenigen für die sozialrechtliche, als auch die für die ordnungsrechtliche Unterbringung, müssten bei einem Verweis auf die Rückkehrobliegenheit demnach zunächst prüfen, ob die bestehende Notlage – nämlich die fehlende Unterkunft – überhaupt durch eine Rückkehr in den Herkunftsstaat beseitigt werden kann und die Obdachlosigkeit nicht lediglich auf das Territorium eines anderen Staates verschoben wird.⁷¹ Vor dem Hintergrund einer nicht in allen EU-Mitgliedsstaaten vorhandenen flächendeckenden Obdachlosenhilfe dürfte in einigen Fällen der Nachrang der deutschen Unterstützungsleistungen bei Obdachlosigkeit nicht gegeben sein.⁷²

3. Das Spannungsverhältnis von Rückkehrobliegenheit und Gegenwärtigkeitsprinzip

Vor dem Hintergrund der sich in der Praxis zeigenden Ausschlüsse obdachloser Unionsbürger*innen, sowohl vom sozial- als auch vom ordnungsrechtlichen Unterbringungsanspruch bei gleichzeitigem Verbleib in Deutschland, stellt sich die Frage, ob die Verweigerung jeglicher Hilfe

69 Engelmann, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 48, 49.

70 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11.12.2019 – OVG 1 S 101/19, NJW 2020, 1087 Rn. 6.

71 Analoge abgeleitet von Geiger, SGB 2023, 56, 64.

72 European Observatory on Homelessness, Homelessness Services in Europe, 2018, S. 18, 25, 27, 30.

aufgrund einer potenziellen Rückkehrobliegenheit tatsächlich verfassungskonform ist; insbesondere mit Blick auf das vom BVerfG im Existenzsicherungsrecht entwickelte Gegenwärtigkeitsprinzip.

Grundsätzlich verpflichtet das verfassungsrechtliche Gebot der Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG den Gesetzgeber, unabhängig von der Staatsangehörigkeit einer Person, sowohl deren physische (Unterkunft, Nahrung, Kleidung etc.) als auch sozio-kulturelle Existenz, das heißt die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben, sicherzustellen.⁷³ Es besteht jedoch ein Gestaltungsspielraum in Bezug auf Art und Höhe der jeweiligen Leistungen, so dass diese an den tatsächlichen Bedarf angepasst werden können. Eingeschränkte Leistungen zur Existenzsicherung für eine bestimmte Personengruppe, wie in diesem Fall für Unionsbürger*innen, ist jedoch nur dann möglich, wenn für diese ein anderer Bedarf besteht als für Personen in derselben Situation.⁷⁴ Die unterschiedlichen Bedarfe müssen dabei mit validen Daten begründet werden. Migrationspolitische Ziele rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung dagegen nicht.⁷⁵

Sowohl der Gesetzgeber als auch das BSG gehen von einer solchen ungleichen Bedarfslage zwischen Unionsbürger*innen und anderen Hilfebedürftigen aus, welche die Einschränkungen der Leistungen zur Existenzsicherung rechtfertigt.⁷⁶ Grundsätzlich ist diese Annahme vorstellbar, da es Unionsbürger*innen, anders als etwa Asylbewerber*innen, durchaus zumutbar ist, bei einer Hilfebedürftigkeit in den Herkunftsstaat zurückzukehren und dort Sozialleistungsansprüche geltend zu machen. Dies ändert jedoch nichts an dem, in diesem Moment bestehenden, Bedarf während des Aufenthalts in Deutschland, da die Gewährung der Sozialleistungen des Herkunftsstaats in der Regel an dessen Hoheitsgebiet gebunden sein dürften und demnach nicht von den Unionsbürger*innen zur Bedarfsdeckung in Deutschland herangezogen werden können. Somit besteht bei Unionsbürger*innen während des tatsächlichen Aufenthalts kein anderer

73 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, BVerfGE 125, 175 Rn. 34; BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, BVerfGE 132, 134 Rn. 47; *Devetzi/Janda*, ZESAR 2017, 197, 200.

74 Dies ergibt sich aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG, der den Gestaltungsspielraum des GG bei der Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums einschränkt.

75 BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, BVerfGE 132, 134 Rn. 90, 95.

76 BT-Drs. 18/10211, S. 14; BSG, Urt. v. 29.03.2022 – B 4 AS 2/21 R, BSGE 134, 45 Rn. 38.

Bedarf als bei anderen, sich in einer Notlage befindlichen Personen.⁷⁷ Die existenzsichernden Leistungen sind demnach an dem Ort und in dem Moment zu erbringen, an dem der Bedarf entsteht.⁷⁸

Ein vollständiger Leistungsausschluss mit Verweis auf die Rückkehrobliegenheit würde vor diesem Hintergrund dem Gegenwärtigkeitsgrundsatz widersprechen, wonach das Existenzminimum „in jedem Fall und zu jeder Zeit sichergestellt werden muss“^{79,80} Die hypothetische Möglichkeit der Inanspruchnahme von Sozialleistungen oder Unterbringungsansprüchen bei Obdachlosigkeit im Ausland überlagert nicht die gegenwärtige Bedürftigkeit der Unionsbürger*innen, insbesondere dann nicht, wenn von Seiten der zuständigen Behörden keine Überprüfung erfolgt, ob die Notlage im Herkunftsstaat überhaupt beseitigt werden kann.⁸¹ Es reicht somit allein der tatsächliche Aufenthalt in Deutschland aus, um im Falle einer Notlage einen Leistungsanspruch auf Grundlage des verfassungsrechtlichen Gebots eines menschenwürdigen Existenzminimums zu begründen.⁸² Dies ergibt sich nicht nur aus der verfassungsrechtlichen Menschenwürde, sondern auch aus dem – vom BSG herangezogenen – sozialen Recht nach Art. 13 ESC, der nicht nur den Herkunftsstaat der Unionsbürger*innen zur Sicherstellung eines Existenzminimums verpflichtet, sondern auch Deutschland als Aufnahmestaat.⁸³

Gleichwohl ergibt sich aus dem Gegenwärtigkeitsprinzip kein dauerhafter Leistungsanspruch.⁸⁴ Es können demnach immer nur Leistungen für eine befristete Notlage gewährt werden, die zu deren Überwindung dienen. Im Falle von Obdachlosigkeit etwa zur Beschaffung einer (dauerhaften) Unterkunft. Behörden können darüber hinaus durchaus die Möglichkeit einer Rückkehr der Unionsbürger*innen prüfen. Ist eine solche nicht mög-

77 LSG Hessen, Beschl. v. 31.10.2022 – L 4 SO 133/22 B ER, BeckRS 2022, 30174 Rn. 17; Geiger, SGB 2023, 56, 64.

78 Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197, 201.

79 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2012 – BvL 10/10, BVerfGE 132, 134 Rn. 94.

80 Geiger, SGB 2023, 56, 64.

81 LSG Hessen, Beschl. v. 31.10.2022 – L 4 SO 133/22 B ER, BeckRS 2022, 30174 Rn. 18; Geiger, SGB 2023, 56, 64.

82 BSG, Urt. v. 20.01.2016 – B 14 AS 35/15 R, NZS 2016, 552 Rn. 42.

83 BSG, Urt. v. 20.01.2016 – B 14 AS 35/15 R, NZS 2016, 552 Rn. 42; LSG Hessen, Urt. v. 01.07.2022 – L 4 SO 120/18, BeckRS 2020, 18519 Rn. 22 (unter Berufung auf die GRCh statt der ESC); Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197 (Fn. 37).

84 BSG, Urt. v. 29.09.2009 – B 8 SO 16/08 R, BSGE 104, 213 Rn. 14; Dauber, in: Merger/Zink, Handbuch der Grundsicherung und der Sozialhilfe. Teil II: SGB XII, 2024, Rn. 45.

lich, sind die notwendigen Leistungen zur Sicherstellung des Existenzminimums zu gewähren, bis das Ausreisehindernis wegfällt.⁸⁵ Ist den Unionsbürger*innen eine Rückkehr in den Herkunftsstaat grundsätzlich zumutbar, können existenzsichernde Leistungen jedoch nicht ohne formale Ausreisepflicht verweigert werden. Denn entgegen der Annahme des BSG kann keine „sozialrechtliche Ausreiseobliegenheit ohne gegenüberstehende aufenthaltsrechtliche Pflicht“⁸⁶ bestehen. Möchte der Gesetzgeber sich aus der sozialen Verantwortung ziehen, muss er Vollzugsdefizite der Ausländerbehörden mit Blick auf die Prüfung der Freizügigkeitsrechte von Unionsbürger*innen zunächst beseitigen.⁸⁷

IV. Fazit

Auch wenn die Debatte um die Leistungsausschlüsse von Unionsbürger*innen im Existenzsicherungsrecht zumindest in der rechtswissenschaftlichen Literatur noch nicht beendet wurde, konzentriert sich der überwiegende Teil der Kritik mittlerweile auf die Verfassungsebene und den vom BSG konstruierten Nachranggrundsatz des deutschen Sozialsystems. Prinzipiell erscheint es schlüssig, dass Unionsbürger*innen, die nicht mehr über ausreichende finanzielle Mittel zur Lebensunterhaltssicherung verfügen, wieder in ihren Herkunftsstaat zurückkehren. Denn anders als erwerbstätige Angehörige eines EU-Mitgliedsstaates haben nichterwerbstätige Unionsbürger*innen nur ein bedingtes Freizügigkeitsrecht, so dass ihnen bei Mittellosigkeit eine Rückkehr durchaus zumutbar ist, sofern sie noch oder überhaupt Verbindungen in diesen Staat haben. Während des tatsächlichen Aufenthalts in Deutschland besteht wiederum kein Anspruch auf die vorrangig in Anspruch zu nehmenden ausländischen Leistungen, so dass bestehende Bedarfe der Unionsbürger*innen in diesem Moment ungedeckt bleiben und Leistungsverweigerungen zu einer Verletzung des Grundrechts auf Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums führen können.⁸⁸

Die aktuelle Ausgestaltung der Leistungsausschlüsse mit der Zentrierung auf die Rückkehrobliegenheit als Eigenverantwortung hilfebedürftiger Uni-

85 Masarié, SRA 2024, 12.

86 Wallrabenstein, JZ 2016, 108, 115.

87 Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197, 202.

88 LSG Hessen, Beschl. v. 31.10.2022 – L 4 SO 133/22 B ER, BeckRS 2022, 30174 Rn. 24; Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197, 203.

onsbürger*innen ist nicht nur aus juristischer Sicht kritisch zu sehen, sondern führt auch zu verfassungsrechtlich fragwürdigen Verwaltungspraktiken in einigen Teilen Deutschlands.⁸⁹ Leidtragende sind hier in der Regel Personen, die sich bereits aufgrund multipler Probleme, wie etwa Krankheit oder Obdachlosigkeit, in äußerst prekären Lebensverhältnissen befinden. Erfolgt keine Ausreise dieser Personengruppe, zu der nicht nur Unionsbürger*innen, sondern beispielsweise auch abgelehnte Asylbewerber*innen gehören können, wird in einigen Kommunen von einer Freiwilligkeit der Obdachlosigkeit ausgegangen. In der Konsequenz werden entsprechende Unterstützungsangebote bei der Beschaffung von Wohnraum oder anderer notwendiger Hilfen versagt. Dies geschieht sogar dann, wenn die Unterstützungsangebote ordnungsrechtlicher Natur sind und eigentlich nicht unter die Leistungsausschlüsse des Existenzsicherungsrechts fallen.⁹⁰ Eine solche „Politik des Aushungerns“⁹¹ sollte nicht Leitbild der deutschen Migrationspolitik werden. Denn auch wenn grundsätzlich für die meisten Unionsbürger*innen eine Rückkehr in den Herkunftsstaat zumutbar wäre, verlangt das Grundgesetz die Deckung bestehender Bedarf während eines tatsächlichen Aufenthalts – selbst bei zumutbarer Rückkehrmöglichkeit.

89 *Haj Ahmad*, Von Ein- und Ausschlüssen in Europa: Eine ethnographische Studie zu EU-Migration und Wohnungslosigkeit in Deutschland, 2022, S. 64; *Engelmann*, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 48, 49.

90 *Engelmann*, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit 2023, 48, 49.

91 Aus dem Englischen übersetztes Zitat, *Gines-Martin*, RDCE 2021, 653, 668.

Die systemübergreifende Rückabwicklung zu Unrecht gewährter Kindergeldzahlungen

Klara Lübbers*

I. Einführung

Wer Kindergeld bezogen hat, ohne dazu berechtigt zu sein, muss die erhaltenen Leistungen zurückerstatten. Bei der Rückabwicklung entstehen allerdings Probleme, wenn die erstattungspflichtige Person im Bezugszeitraum von Leistungen nach dem SGB II gelebt hat und das empfangene Kindergeld bedarfsmindernd auf ihren Bürgergeldsatz angerechnet wurde (§§ 19 Abs. 1 S. 1, Abs. 3, II SGB II). In dieser Konstellation sehen sich Betroffene einer oft erheblichen Rückzahlungspflicht ausgesetzt, obwohl sie im Bezugszeitraum lediglich den Betrag zur Verfügung hatten, der zur Sicherung ihres Existenzminimums zwingend erforderlich war.¹

Dieser Beitrag analysiert die rechtlichen Optionen, die Betroffenen in dieser Situation verbleiben. Er zeigt auf, dass die ausgleichslose Rückforderung des angerechneten Kindergeldes das Grundrecht auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums verletzt (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG).

Ausgangspunkt der Untersuchung ist das im SGB II geregelte Bürgergeld (II).² Zu klären ist, in welchem Umfang Kindergeldzahlungen auf den Bürgergeldsatz angerechnet werden und welchen Prinzipien die Anrechnung

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin an der Leuphana Universität Lüneburg. Ich danke Frau Professorin Dr. Johanna Croon-Gestefeld und Harald Thomé für ihre hilfreichen Anmerkungen zu einer früheren Version des Beitrags.

1 Nicht selten erreichen die Rückforderungssummen mittlere vierstellige Beträge. Siehe nur BFH, Urt. v. 18.02.2021 – III R 5/19, BFHE 272, 15 über eine Rückforderung in Höhe von 11.113,50 €; BFH, Urt. v. 27.05.2020 – III R 45/19, DStRE 2021, 282 über 2.830 €; FG Münster, Urt. v. 21.05.2019 – 15 K 1914/18 KG, DStRE 2019, 950 über 4.322 €.

2 Der Begriff „Bürgergeld“ ersetzt seit dem Inkrafttreten des Bürgergeld-Gesetzes am 01.01.2023 die Begriffe „Arbeitslosengeld II“ und „Sozialgeld“ (BGBl. 2022 I Nr. 5, S. 2334). Nach aktuellen Plänen der Bundesregierung soll das „Bürgergeldsystem“ erneut umgestaltet und zu einer „neuen Grundsicherung für Arbeitssuchende“ umbenannt werden (Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 21. Legislaturperiode

folgt. Auf dieser Grundlage wird aufgezeigt, welche Probleme die Rückabwicklung angerechneter Kindergeldzahlungen aufwirft (III.) und warum Betroffenen in dieser Situation kein hinreichender Rechtsschutz verbleibt (IV.). Nach einer verfassungsrechtlichen Einordnung der Problematik wird erarbeitet, warum die ausgleichslose Rückforderung existenzsichernder Leistungen das Grundrecht auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums verletzt (V.). Daran anschließend wird skizziert, wie sich die verfassungsrechtliche Problematik *de lege lata* und *de lege ferenda* auflösen ließe (VI.).

II. Bestandsaufnahme

1. Die Grundsicherung für Arbeitssuchende

Das Bundesverfassungsgericht leitet aus der Menschenwürdegarantie und dem Sozialstaatsprinzip ein Grundrecht auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ab (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG).³ Einfachgesetzliche Umsetzung gefunden hat diese Vorgabe unter anderem in der Grundsicherung für Arbeitssuchende, die bedürftigen Personen neben Beratungs- und Eingliederungshilfen auch finanzielle Leistungen gewährt (§§ 1 Abs. 3 Nr. 3, 19 Abs. 1 S. 1 SGB II).⁴

Der Umfang des Bürgergeldanspruchs richtet sich nach dem Bedarf der empfangsberechtigten Person, ihrer sog. Hilfebedürftigkeit (§§ 7 Abs. 1 Nr. 3, 9 SGB II). Bezieht die Person ein eigenes Einkommen, wird es bedarfsmindernd auf ihren individuellen Leistungsanspruch angerechnet (§§ 19 Abs. 3 S. 1, 11 SGB II). Anrechenbar sind dabei alle geldwerten Einnahmen, die der betroffenen Person im Bedarfsmonat tatsächlich und dauerhaft zur Deckung ihres Lebensunterhalts zur Verfügung stehen (Zuflussprinzip).⁵ Auf diese Weise deckt der Bürgergeldanspruch genau den Betrag

des Deutschen Bundestages, 2025, S. 16). In diesem Beitrag wird weiterhin der Begriff „Bürgergeld“ verwendet, was der zum Zeitpunkt der Abfassung geltenden Terminologie entspricht.

3 Ausdrücklich erstmals BVerfG, Beschl. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175, 222 ff.

4 Becker, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 5. Aufl. 2020, § 1 Rn. 30 f.; Stölting, in: Luik/Harich, SGB II Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 1 Rn. 13.

5 Grundlegend BSG, Urt. v. 11.02.1976 – 7 RAR 159/74, BSGE 41, 187, 188; zur Dauerhaftigkeit BSG, Urt. v. 16.02.2012 – B 4 AS 94/11 R, juris Rn. 18; Becker/Siefert, in:

ab, der der anspruchsberechtigten Person im Bedarfsmonat zur Deckung ihres Lebensunterhalts fehlt (Bedarfsdeckungsgrundsatz).⁶ Er gleicht (nur) ihre individuelle Hilfebedürftigkeit aus.

2. Die Anrechnung steuerlichen Kindergeldes

Das auf Grundlage der §§ 62 f. EStG gewährte Kindergeld (sog. steuerliches Kindergeld)⁷ ist dem Grunde nach als bedarfsminderndes Einkommen auf den Bürgergeldsatz anrechenbar.⁸

Kindergeldberechtigt ist in der Regel ein Elternteil, der das Kindergeld als Einnahme bezieht.⁹ Wegen der Sonderregelungen des § 11 Abs. 1 S. 5 SGB II¹⁰ und des § 1 Abs. 1 Nr. 8 Bürgergeld-V¹¹ erfolgt eine Anrechnung auf den Bürgergeldsatz des kindergeldberechtigten Elternteils allerdings in nur vier Konstellationen: Erstens, wenn und soweit der Lebensunterhalt des in Bedarfsgemeinschaft lebenden Kindes anderweitig gedeckt ist (z.B. durch Unterhaltsleistungen).¹² Zweitens, wenn das Kind zeitweise nicht

Knickrehm/Roßbach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 9. Aufl. 2025, SGB II § 11 Rn. 7, 11; *Söhngen*, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB II, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 89.

6 *Eichenhofer*, in: *Berlit/Conradis/Pattar*, Handbuch Existenzsicherungsrecht, 3. Aufl. 2019, Kap. 1 Rn. 12 ff.; ausführlich *Siebel-Huffmann*, Kap. 9, Rn. 43 ff.

7 Unter bestimmten Voraussetzungen wird das Kindergeld nicht auf Grundlage des EStG, sondern auf Grundlage des Bundeskindergeldgesetzes (BKGG) gewährt (sog. sozialrechtliches Kindergeld). Die praktische Bedeutung des sozialrechtlichen Kindergeldes ist jedoch gering, vgl. *von Koppenfels-Spies*, in: *Knickrehm/Roßbach/Waltermann*, Kommentar zum Sozialrecht, 9. Aufl. 2025, EStG §§ 31-78 Rn. 2 mwN.

8 Ständige Rechtsprechung, siehe nur BSG, Urt. v. 16.04.2013 – B 14 AS 81/12 R, NZS 2013, 714, 715; BSG, Urt. v. 06.12.2007 – B 14/7b AS 54/06 R, FamRZ 2008, 886, 887. Zur Verfassungsmäßigkeit der Anrechnung BVerfG, Beschl. v. 11.03.2010 – 1 BvR 3163/09, NJW 2010, 1803 unter Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 24.10.1991 – 1 BvR 1159/91, juris Rn. 7 ff.

9 Näher *von Koppenfels-Spies*, in: *Knickrehm/Roßbach/Waltermann*, Kommentar zum Sozialrecht, 9. Aufl. 2025, EStG §§ 31-78 Rn. 7 ff.

10 Zweck der Vorschrift ist es, das Kindergeld von der in § 9 Abs. 2 S. 3 SGB II vorgesehenen Einkommensverteilung innerhalb der Bedarfsgemeinschaft freizustellen, *Becker/Siefert*, in: *Knickrehm/Roßbach/Waltermann*, Kommentar zum Sozialrecht, 9. Aufl. 2025, § 11 Rn. 25.

11 Die Regelung bezweckt in erster Linie eine Harmonisierung mit der Ausbildungsförderung, *Hannes*, in: *Rolfs/Giesen/Mießling/Udsching*, BeckOK-SozR, 76. Ed. 2025, Bürgergeld-V, § 1 Rn. 66.

12 Siehe nur BSG, Urt. v. 07.11.2006 – B 7b AS 18/06 R, BSGE 97, 254, 261 f.; *Söhngen*, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB II, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 76 mwN.

beim sorge- und kindergeldberechtigten Elternteil, sondern beim umgangsberechtigten Elternteil lebt (temporäre Bedarfsgemeinschaft) und das Kindergeld nicht an diesen Elternteil weitergeleitet wird.¹³ Drittens, wenn das Kind im Haushalt des kindergeldberechtigten Elternteils wohnt, ohne zur Bedarfsgemeinschaft zu gehören¹⁴ und viertens, wenn das Kindergeld nicht an das außerhalb des eigenen Haushalts lebende Kind weitergeleitet wird.¹⁵

In diesen Konstellationen reduziert das Kindergeld den Bürgergeldanspruch des leistungsberechtigten Elternteils unmittelbar.

3. Angerechnetes Kindergeld als materiell-rechtliche Sozialleistung

Obwohl das steuerliche Kindergeld durch die Anrechnung eine existenzsichernde Funktion¹⁶ übernimmt, ist es formal als Steuervergütung ausgestaltet (§ 31 S. 3 EStG). Grund dafür ist das Jahressteuergesetz von 1995, mit dem das vormalig sozialrechtlich geregelte Kindergeld in das EStG überführt wurde. Ziel war es, das kindliche Existenzminimum steuerlich freizustellen¹⁷ und zugleich eine sachgerechte Regelung für den Familienlastenausgleich zu treffen.¹⁸ Seither wird die steuerliche Freistellung entweder über einen steuerlichen Freibetrag (§ 32 Abs. 6 EStG) oder – wenn das Einkommen der Familie nicht ausreicht, um den Freibetrag in entsprechender Höhe zu nutzen – durch das steuerliche Kindergeld bewirkt (§§ 62 ff.

13 BSG, Urt. v. 12.06.2013 – B 14 AS 50/12 R, juris Rn. 22; Schmidt/Lange, in: Luik/Harich, SGB II Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 11 Rn. 31.

14 BSG, Urt. v. 17.07.2014 – B 14 AS 54/13 R, BSGE 116, 200, 208 f. zu einem Drei-Generationen-Haushalt. Zu Ausnahmen Schwabe, in: Rolfs u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 01.02.2025, SGB I § 11 Rn. 61.

15 Schmidt/Lange, in: Luik/Harich, SGB II Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 11 Rn. 20; Schwabe, in: Rolfs u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 01.02.2025, SGB II § 11 Rn. 61. Vgl. auch Bublit, ZAP 2018, 691, 694 f.

16 BVerfG, Beschl. v. 29.05.1990 – 1 BvL 20/84, BVerfGE 82, 60, 78 f.; BVerfG, Beschl. v. 08.06.2004 – 2 BvL 5/00, BVerfGE 110, 412, 425. Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 11.03.2010 – 1 BvR 3163/09, NZS 2010, 450, Rn. 5 ff. unter Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 24.10.1991 – 1 BvR 1159/91, juris.

17 BT-Drs. 13/1960, S. 5; BGBl. 1995 I Nr. 53, S. 1259. Grund dafür war ein vorab ergangener Beschluss des BVerfG, Beschl. v. 29.05.1990 – 1 BvL 20/84, BVerfGE 82, 60, 85 f.

18 Die Ausgliederung in das Einkommensteuergesetz war im Gesetzentwurf nicht vorgesehen, vgl. BT-Drs. 13/901. Sie wurde erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen empfohlen, BT-Drs. 13/1558, S. 7. Siehe auch Wehrhahn, in: Rolfs u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 01.05.2022, SGB I § 6 Rn. 14.

ESTG).¹⁹ Konsequenterweise wurde das (nunmehr) steuerliche Kindergeld als Erstattung der zu viel erhobenen Einkommensteuer, also als Steuervergütung, konzipiert (§ 31 S. 3 EStG).²⁰

Sofern das steuerliche Kindergeld nicht zur steuerlichen Freistellung erforderlich ist, dient es gemäß § 31 S. 2 EStG aber (weiterhin) der Familienförderung.²¹ Es ist in dieser Konstellation zur Minderung der allgemeinen Lebenshaltungskosten bestimmt und damit – trotz seiner Eingliederung in das EStG – materiell-rechtlich als Sozialleistung zu qualifizieren.²²

III. Die Rückforderung angerechneter Kindergeldzahlungen

1. Rückforderung trotz Anrechnung?

Wurden Kindergeldzahlungen zu Unrecht gewährt, kann die Familienkasse die überzahlten Leistungen gemäß § 37 Abs. 2 AO zurückfordern. Voraussetzung dafür ist, dass sie die Kindergeldfestsetzung (§ 70 Abs. 1 EStG) nachträglich aufhebt oder ändert. Dazu ist die Familienkasse verpflichtet, wenn sich anspruchserhebliche Verhältnisse nach der Festsetzung geändert haben (§ 70 Abs. 2 S. 1 EStG)²³ oder die Änderung zwar vor der Festsetzung eintrat, der Familienkasse aber erst nachträglich bekannt wurde (§§ 155

19 Von Coelln/Fontana, in: Sachs, Grundgesetz, 10. Aufl. 2024, Art. 6 Rn. 56.

20 Instrukтив Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Gründe für die Überführung der Kindergeldvorschriften in das Einkommensteuergesetz, 19.06.2017, Az. WD 4-3000-057/17, S. 6; Wehrhahn, in: Rolfs u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 01.05.2022, SGB I § 6 Rn. 14.

21 Siehe nur von Koppenfels-Spies, in: Knickrehm/Roßbach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 9. Aufl. 2025, EStG §§ 31-78 Rn. 3. In Fällen, in denen der Kinderfreibetrag nicht in Anspruch genommen werden kann, wird sozialrechtliches Kindergeld gezahlt (vgl. §§ 25 Abs. 1 SGB I, 1 BKGG).

22 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.03.2010 – 1 BvR 3163/09, NJW 2010, 1803 unter Verweis auf BVerwG, Beschl. v. 11.10.1985 – 5 B 80/85, BVerwGE 114, 339, 340; BVerfG, Beschl. v. 08.06.2004 – 2 BvL 5/00, BVerfGE 110, 412, 425 f.; BFH, Beschl. v. 05.06.2014 – VI R 15/12, DStRE 2014, 1370, 1372; Selder, in: Brandis/Heuermann, Ertragssteuerrecht-Kommentar, 176. EL 2025, EStG § 31 Rn. 21; Loschelder, in: Schmidt, EStG Kommentar, 44. Aufl. 2025, § 31 Rn. 8. Instrukтив Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Stellungnahme im Verfahren BVerfG 1 BvR 846/19, S. 4 f.

23 Vgl. BFH, Urt. v. 23.01.2013 – XI R 50/10, BFHE 240, 300. Der Behörde steht insoweit kein Ermessen zu (gebundene Entscheidung), Wendt, in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG KStG Kommentar, 333. EL 2025, EStG § 70 Rn. 13.

Abs. 5, 173 Abs. 1 Nr. 1 AO).²⁴ Dass das empfangene Kindergeld bedarfsmindernd auf den Bürgergeldsatz angerechnet wurde, steht der Rückforderung dabei grundsätzlich nicht entgegen.²⁵

2. Anrechnung trotz Rückforderung?

Dass erhaltenes Kindergeld im Widerspruch zur materiellen Rechtslage gezahlt wurde und später zu erstatten ist, ändert auch nichts an seiner Anrechenbarkeit als Einkommen im Sinne des § 11 Abs. 1 SGB II.²⁶

Zwar werden grundsätzlich nur solche Einnahmen als Einkommen berücksichtigt, die der empfangenden Person dauerhaft zur Deckung ihres Lebensunterhalts zur Verfügung stehen.²⁷ Daran fehlt es, wenn der empfangene Geldbetrag im Moment des Zuflusses mit einer Rückforderungspflicht belastet ist (z.B. bei einem privaten Darlehen, vgl. § 488 Abs. 1 S. 2 BGB). Denn in diesem Fall wird die Hilfebedürftigkeit (§ 7 SGB II) der betroffenen Person nicht gemindert: Obwohl ihr die Darlehenssumme im Bezugsmonat als „bereite[s] Mittel“²⁸ zur Verfügung steht, bleibt ihr Vermögensstand wegen der Rückzahlungspflicht unverändert.²⁹ Daraus ließe sich folgern, dass auch zu Unrecht gewährte Kindergeldzahlungen nicht als bedarfsminderndes Einkommen auf den Bürgergeldsatz angerechnet werden dürfen.

Ein entscheidender Unterschied besteht hier allerdings darin, dass das Privatdarlehen bereits im Moment des Zuflusses mit einer Rückzahlungs-

24 Grundlegend BFH, Urt. v. 25.07.2001 – VI R 18/99, BFHE 196, 260; siehe auch Selder, in: *Brandis/Heuermann*, Ertragssteuerrecht-Kommentar, 176. EL 2025, EStG § 70 Rn. 31 f. Auch hier steht der Familienkasse kein Ermessen zu, vgl. Loose, in: *Tipke/Kruse*, AO/FGO Kommentar, 186. EL 2025, AO § 173 Rn. 104.

25 Vgl. BFH, Urt. v. 13.09.2018 – III R 19/17, DStR 2019, 391, 392; BFH, Beschl. v. 23.02.2015 – III B 41/14, DStRE 2016, 624, 625.

26 Vgl. grundlegend BSG, Urt. v. 23.08.2011 – B 14 AS 165/10 R, NJOZ 2012, 825, 826 f.

27 BSG, Urt. v. 17.06.2010 – B 14 AS 46/09 R, BSGE 106, 185, 187 ff.; *Becker/Siefert*, in: *Knickrehm/Roßbach/Waltermann*, Kommentar zum Sozialrecht, 9. Aufl. 2025, § 11 Rn. 8 mwN.

28 BSG, Urt. v. 29.11.2012 – B 14 AS 33/12 R, BSGE 112, 229, 232; BSG, Urt. v. 24.06.2020 – B 4 AS 9/20 R, SozR 4-4200 § 11 Nr. 88.

29 BSG, Urt. v. 17.06.2010 – B 14 AS 46/09 R, BSGE 106, 185, 187 f.; BSG, Urt. v. 16.02.2012 – B 4 AS 94/11 R, juris Rn. 18 f.; *Söhngen*, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB II, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 61 mwN.

pfllicht belastet ist.³⁰ Demgegenüber ist das zu Unrecht gewährte Kindergeld zunächst zum dauerhaften Verbleib bestimmt. Die Rückzahlungspflicht entsteht erst später durch die Änderung der steuerlichen Festsetzung.

Nach der ständigen Rechtsprechung der Sozialgerichte ändert eine erst nachträglich entstehende Rückzahlungspflicht nichts an der ursprünglichen Anrechenbarkeit der Einnahme.³¹ Dieser Standpunkt lässt sich unter Verweis auf das sozialrechtliche Zuflussprinzip erklären. Maßgeblich ist die – durch die formelle Bescheidlage geprägte – tatsächliche Situation im Zeitpunkt des Zuflusses. Dass die bewilligte Kindergeldzahlung mit dem „Makel“ materieller Unrechtmäßigkeit belastet war, bleibt insoweit außer Betracht.³²

Obwohl das zu Unrecht empfangene Kindergeld nicht dauerhaft bei der hilfebedürftigen Person verbleibt, kann es mithin als bedarfsminderndes Einkommen auf ihren Bürgergeldsatz angerechnet werden (vgl. II.2.).

IV. Rechtliche Optionen im Rückforderungsfall

In der Folge sind betroffene Personen zur Erstattung der erhaltenen Kindergeldzahlungen verpflichtet, obwohl sie im Bezugszeitraum lediglich den Betrag zur Verfügung hatten, der zur Sicherung ihres Existenzminimums erforderlich war. Welche rechtlichen Optionen verbleiben in dieser Situation?

Ohne den unberechtigten Empfang des Kindergeldes hätte den Leistungsbeziehenden der entsprechende Betrag als Bürgergeld zur endgültigen Verwendung zugestanden. Denkbar erscheint deshalb ein Vorgehen gegen das Jobcenter, das das zurückzuzahlende Kindergeld als Einkommen im Sinne des § 11 Abs. 1 SGB II angerechnet und sich in der Folge Aufwendungen erspart hat (1.). Alternativ können sich die Betroffenen an die Familien-

30 Vgl. BSG, Urt. v. 23.08.2011 – B 14 AS 165/10 R, NJOZ 2012, 825, 826 f.; LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 11.12.2008 – L 7 AS 62/08, juris Rn. 28; LSG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 25.05.2010 – L 3 AS 64/10 B, juris Rn. 14; siehe auch *Schmidt/Lange*, in: *Luik/Harich*, SGB II Kommentar, 6. Aufl. 2024, § 11 Rn. 22 mwN.

31 Vgl. zur Rückforderung zu Unrecht gewährter Leistungen nach dem BAföG BSG, Urt. v. 06.06.2023 – B 4 AS 86/21 R, NZS 2024, 135, 138; zum Kindergeld LSG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 25.05.2010 – L 3 AS 64/10 B, juris Rn. 16.

32 Vgl. BSG, Urt. v. 06.06.2023 – B 4 AS 86/21 R, NZS 2024, 135, 138; *Söhngen*, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB II, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 64. A.A. SG Detmold, Urt. v. 31.03.2009 – S 8 AS 61/08, juris Rn. 26 mit inzwischen geänderter Rechtsauffassung, vgl. Urt. v. 18.01.2011 – S 18 AS 201/09, juris Rn. 29.

kasse wenden und entweder einen Erlass der Rückforderung beantragen (2.) oder auf einen zwischenbehördlichen Ausgleichsanspruch verweisen (3.).

1. Keine Ansprüche gegen das Jobcenter

a) Keine rückwirkende Beantragung des vollen Bürgergeldsatzes

Gemäß § 37 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SGB II werden Leistungen nach dem SGB II nur auf Antrag und grundsätzlich nicht für Zeiten vor der Antragsstellung erbracht (Antragsprinzip).³³ Den (nicht um das Kindergeld reduzierten) Bürgergeldsatz können Leistungsberechtigte folglich erst in dem Monat verlangen, in dem sie dem Jobcenter mitgeteilt haben, dass sie keine weiteren Leistungen von der Familienkasse beziehen (vgl. § 37 Abs. 2 S. 2 SGB II). Ein sozialrechtlicher Anspruch, der das Jobcenter zur Auszahlung der ersparten Beträge verpflichtet, besteht nicht.

b) Keine Durchbrechung des Antragsprinzips

Auch eine über § 28 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 SGB X nachgeholte Antragstellung hilft in dieser Situation nicht weiter.

Die Norm regelt einen Spezialfall der Wiedereinsetzung bei verspäteter Antragsstellung. Sie erlaubt es, versäumte Leistungsanträge bis zu ein Jahr nach Ablauf der Antragsfrist nachzuholen.³⁴ Ihr Anwendungsbereich ist allerdings nur eröffnet, wenn die betroffene Person von einem Antrag auf Leistungen nach dem SGB II „abgesehen“ hat. Daran wird es regelmäßig fehlen: Denn die Anrechnung überzahlter Kindergeldleistungen setzt voraus, dass zuvor ein Antrag auf Leistungen nach dem SGB II gestellt und das Bürgergeld in reduzierter Höhe gewährt wurde.

In Betracht käme damit allenfalls eine analoge Anwendung des § 28 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 SGB X. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich die Rechtsfolge der Vorschrift nur auf den (verspäteten) Zeitpunkt der Antragsstellung bezieht. Alle weiteren Anspruchsvoraussetzungen – zu de-

33 Sartorius, in: *Berlit/Conradis/Pattar*, Handbuch Existenzsicherungsrecht, 3. Aufl. 2019, Kap. 47 Rn. 1 ff. Zur konstitutiven Wirkung des Antrags BT-Drs. 15/156, S. 62.

34 *Pickel/Marschner*, in: *Pickel/Marschner*, Kommentar zum SGB X, 250. EL 2025, § 28 Rn. 1. Vertiefend BSG, Urt. v. 19.10.2010 – B 14 AS 16/09 R, NZS 2011, 786, 788.

nen insbesondere die Hilfebedürftigkeit nach § 9 SGB II gehört – werden von § 28 SGB X nicht fingiert.³⁵ Da das zugeflossene Kindergeld trotz späterer Rückzahlungspflicht als bedarfsminderndes Einkommen im Sinne des § 11 Abs. 1 SGB II zu berücksichtigen ist (vgl. III. 2.), hätte selbst bei rechtzeitiger Antragsstellung kein erhöhter Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II bestanden. Auch ein über § 28 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 SGB X analog nachgeholter Antrag liefe somit ins Leere.³⁶

c) Kein durch die Rückforderung erhöhter Regelbedarf

Die Pflicht zur Rückzahlung der zu Unrecht erhaltenen Beträge erhöht auch nicht den Regelbedarf der betroffenen Person (vgl. § 11b SGB II). Im Rückzahlungszeitraum besteht daher kein entsprechend erhöhter Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II.³⁷

2. Kein Anspruch gegen die Familienkasse

Über § 227 Hs. 1 AO können erstattungspflichtige Personen von der Familienkasse einen Erlass der Kindergeldrückforderung verlangen (a). Auch dieses Vorgehen wird allerdings in aller Regel keinen Erfolg haben (b und c).

a) Maßstab: Unbilligkeit der Forderungseinziehung

Über § 227 Hs. 1 AO kann der Schuldner von der Familienkasse einen Erlass der Kindergeldrückforderung verlangen. Voraussetzung eines solchen Erlasses ist, dass die Einziehung der Forderung nach Lage des Falles unbillig wäre. Eine Unbilligkeit ist im Einzelfall anzunehmen, wenn die Geltendmachung des betreffenden Anspruchs zwar dem Wortlaut der Vorschrift entspricht, mit dem Zweck des zugrunde liegenden Gesetzes aber nicht

35 BSG, Urt. v. 06.06.2023 – B 4 AS 86/21, NZS 2024, 135, 138; *Mutschler*, in: *Rolfs u. a.*, BeckOGK-SGB, Stand: 15.08.2024, SGB X § 28 Rn. 25.

36 Zum – hier nicht einschlägigen – Telos des § 28 SGB X ausführlich BSG, Urt. v. 02.04.2014 – B 4 AS 29/13 R, BSGE 115, 225, 232 f.; vgl. auch LSG Schleswig-Holstein, Urt. v. 11.11.2021 – L 6 AS 26/20, juris Rn. 30, m. Anm. *Brehm*, NZS 2022, 396.

37 Vgl. BSG, Urt. v. 23.08.2011 – B 14 AS 165/10 R, NJOZ 2012, 825, 827.

gerechtfertigt werden kann (sog. Gesetzesüberhang).³⁸ Entscheidend ist, dass der Gesetzgeber der begehrten Billigkeitsmaßnahme zugestimmt hätte, wenn er die betreffende Konstellation vorab als regelungsbedürftig erkannt hätte. Eine nur ungünstige Rechtsfolge, die der Gesetzgeber bewusst angeordnet hat, rechtfertigt demgegenüber keinen Billigkeitserlass.³⁹

Bei der Beurteilung besteht ein Ermessensspielraum zugunsten der zuständigen Behörde. Ein Anspruch auf einen Billigkeitserlass besteht nur, wenn das behördliche Ermessen im Einzelfall auf Null reduziert ist.⁴⁰

b) Grundsatz: Keine Ermessensreduzierung auf Null

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs reicht allein die Anrechnung zu Unrecht empfangener Kindergeldzahlungen auf Leistungen nach dem SGB II nicht aus, um die Familienkasse zu einem Erlass der Kindergeldrückforderung zu verpflichten.⁴¹

Nachvollziehbar wird diese Haltung mit einem näheren Blick in das Gesetz: § 37 Abs. 2 AO ermöglicht die Rückforderung von Kindergeldzahlungen, wenn die Festsetzung des Kindergeldes nachträglich aufgehoben wurde (§ 70 Abs. 2 S. 1 EStG bzw. § 173 Abs. 1 Nr. AO). Ziel und Zweck der Änderungsvorschriften ist es, die Familienkasse nicht dauerhaft an eine positive Kindergeldfestsetzung zu binden.⁴² Auf diese Weise lässt sich der fiskalisch korrekte Zustand wiederherstellen.⁴³

38 Vgl. bereits BFH, Urt. v. 21.10.1987 – X R 29/81, juris Rn. 17; BFH, Urt. v. 13.09.2018 – III R 19/17, DStRE 2019, 391 f.; Klüger, in: *König, Abgabenordnung*, 5. Aufl. 2024, § 227 Rn. 18 ff. mwN. Kritisch zu diesem Maßstab von Groll, in: *Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO Kommentar*, 285. EL 2025, AO § 227 Rn. 325 f.

39 BFH, Urt. v. 23.02.2023 – V R 30/20, DStR 2023, 1421, 1422; BFH, Urt. v. 26.09.2019 – V R 13/18, DStR 2019, 2531, 2532; BFH, Urt. v. 20.09.2012 – IV R 29/10, DStR 2012, 2488, 2490 mwN.

40 BFH, Urt. v. 27.05.2020 – III R 45/19, DStRE 2021, 282, 284; Selder, in: *Brandis/Heuermann, Ertragssteuerrecht-Kommentar*, 174. EL 2024, EStG § 68 Rn. 8; Klüger, in: *König, Abgabenordnung*, 5. Aufl. 2024, § 227 Rn. 51.

41 BFH, Urt. v. 13.09.2018 – III R 19/17, DStRE 2019, 391, 392.

42 Der ergänzenden Regelung des § 70 EStG bedarf es, da die Abgabenordnung (AO) nicht auf Dauerverwaltungsakte wie die Kindergeldfestsetzung zugeschnitten ist, vgl. BT-Drs. 13/3084, S. 21; Selder, in: *Brandis/Heuermann, Ertragssteuerrecht-Kommentar*, 176. EL 2025, EStG § 70 Rn. 27.

43 Selder, in: *Brandis/Heuermann, Ertragssteuerrecht-Kommentar*, 176. EL 2025, EStG § 70 Rn. 1; Koenig, in: *Koenig, Abgabenordnung Kommentar*, 5. Aufl. 2024, § 173 Rn. 1.

Zugleich ist es gemäß § 68 Abs.1 S.1 EStG Aufgabe der Kindergeldberechtigten, die Familienkasse über alle anspruchserheblichen Tatsachen und deren Änderungen zu informieren. Unterbleibt eine erforderliche Mitteilung, fällt die Überzahlung des Kindergeldes nach der gesetzlichen Risikoverteilung in den Verantwortungsbereich der Leistungsbeziehenden.⁴⁴ Ihr Vertrauensschutz steht im Rückforderungsfall hinter dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung des fiskalisch korrekten Zustandes zurück.⁴⁵ Unerheblich ist dabei, ob durch den unberechtigten Leistungsbezug ein wirtschaftlicher Vorteil erzielt wurde oder nicht. Die Tatsache, dass das bezogene Kindergeld auf Leistungen nach dem SGB II angerechnet wurde und kein sozialrechtlicher Ausgleichsanspruch besteht (IV. 1.), bleibt insoweit außer Betracht.

Richtet man den Blick – wie die Finanzgerichtsbarkeit – ausschließlich auf die steuerrechtliche Situation, besteht bei der Rückforderung angerechneter Kindergeldzahlungen mithin kein Gesetzesüberhang.

c) Ausnahme: Behördliches Fehlverhalten

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz nimmt der Bundesfinanzhof an, wenn das verspätete Bekanntwerden der rechtserheblichen Tatsachen allein oder weit überwiegend⁴⁶ auf einer Verletzung der behördlichen Amtsermittlungspflicht beruht (vgl. § 88 Abs.1 S.1 AO). Entscheidet sich die Familienkasse in diesem Fall – entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben⁴⁷ – für eine Aufhebung der Kindergeldfestsetzung, soll die Behörde zum Erlass der Forderung verpflichtet sein.⁴⁸ Gleiches gilt, wenn anspruchserhebliche Veränderungen zwar pflichtgemäß mitgeteilt wurden, die Familienkasse daraus aber falsche Schlüsse gezogen hat, oder der Rück-

44 BFH, Urt. v. 27.05.2020 – III R 45/19, DStRE 2021, 282, 285; bestätigt durch BFH, Urt. v. 08.08.2024 – III R 24/22, juris Rn. 33 f.; BFH, Urt. v. 13.09.2018 – III R 19/17, DStRE 2019, 391, 392.

45 BFH, Urt. v. 12.07.2001 – VII R 68/00, NVwZ 2002, 1404; ausführlich Koenig, in: Koenig, Abgabenordnung Kommentar, 5. Aufl. 2024, Vor § 172 ff. Rn. 1 ff.

46 BFH, Urt. v. 27.05.2020 – III R 45/19, DStRE 2021, 282, 284 f.; BFH, Urt. v. 08.08.2024 – III R 24/22, juris Rn. 34.

47 Vgl. von Wedelstädt in: Gosch, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, 189. EL 2025, AO § 173 Rn. 66 ff.

48 Siehe nur BFH, Urt. v. 27.05.2020 – III R 45/19, DStRE 2021, 282, 284 f.; BFH, Urt. v. 29.11.2017 – II R 52/15, DStR 2018, 961, 963; Klein, in: Rüsen, Abgabenordnung, 18. Aufl. 2024, § 173 Rn. 86.

forderungsanspruch wegen eines übermäßig langen Zuwartens der Familienkasse erhöht wurde.⁴⁹

Obwohl ein Erlassantrag in diesen (Einzel-)Fällen erfolgreich sein mag, sind die Anforderungen hoch. Denn ein alleiniges oder weit überwiegendes Verschulden der Behörde kommt nur in Betracht, wenn die betroffene Person alle ihr obliegenden Mitwirkungs- und Informationspflichten gegenüber der Behörde vollumfänglich erfüllt hat (§§ 90 ff. AO, 68 EStG).⁵⁰ Macht sie keine, ungenaue oder missverständliche Angaben, kann sie sich regelmäßig nicht auf eine Verletzung der Amtsermittlungspflicht berufen.⁵¹ Dasselbe gilt, wenn die maßgeblichen Informationen zwar dem Jobcenter mitgeteilt wurden, dieses die entscheidenden Angaben aber nicht an die Familienkasse weitergeleitet hat.⁵² Trifft die Familienkasse ein Mitverschulden an der Überzahlung, werden die Pflichtverletzungen gegeneinander abgewogen.⁵³ Auch hier fällt die Entscheidung in der Regel zugunsten der Familienkasse.⁵⁴

Aus diesen Gründen bleibt ein Vorgehen gegen die Familienkasse in aller Regel erfolglos.

49 Mit dieser Einschätzung BFH, Urt. v. 13.09.2018 – III R 19/17, DStRE 2019, 391, 392 f. mwN.

50 Von Wedelstädt, in: *Gosch*, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, 189. EL 2025, § 173 Rn. 74; vgl. auch *Rüsken*, in: *Klein*, Abgabenordnung, 18. Aufl. 2024, § 173 Rn. 85 f.; *Hildesheim* in: *Bordewin/Brandt*, Einkommensteuergesetz, Kommentar, 466. EL 2025, § 68 Rn. 20b.

51 Nach Ansicht des FG Köln soll es ausreichen, wenn der Kindergeldberechtigte seine Mitwirkungspflicht erkennbar nicht willentlich übergangen hat und um eine korrekte Mitteilung bemüht war, Urt. v. 30.03.2022 – 5 K 1464/21, juris; aufgehoben durch BFH, Urt. v. 08.08.2024 – III R 24/22, BFH/NV 2025, 17.

52 So etwa in einem Fall, in dem die Inhaftierung des Kindes zwar dem Jobcenter, nicht aber der Familienkasse mitgeteilt wurde, BFH, Urt. v. 13.09.2018 – III R 19/17, DStRE 2019, 391, 392.

53 Vgl. von Wedelstädt, in: *Gosch*, Abgabenordnung/Finanzgerichtsordnung, 189. EL 2025, § 173 Rn. 77 ff.

54 Siehe nur zu einem Fall, in dem die Familienkasse eine behördenintern angeordnete Überprüfung der anspruchserheblichen Verhältnisse ohne erkennbaren Grund über sechs Monate aufschob und das Kindergeld in der Folge überzahlte BFH, Urt. v. 27.05.2020 – III R 45/19, DStRE 2021, 282, 284. Zu einem Fall, in dem die für die Kindergeldgewährung zuständige Stelle mehrfach gewechselt hat BFH, Urt. v. 08.08.2024 – III R 24/22, juris Rn. 40 ff.

3. Kein zwischenbehördlicher Erstattungsanspruch

Vor diesem Hintergrund wurde vereinzelt diskutiert, ob der Familienkasse womöglich ein direkter Erstattungsanspruch gegen das Jobcenter zustehe.⁵⁵ Auf diese Weise ließe sich das „Minus“ auf dem Konto der Familienkasse mit dem „Plus“ auf dem Konto des Jobcenters ausgleichen, ohne den Leistungsempfänger in die Zahlungsabwicklung einzubeziehen.

Entsprechende Vorschriften sieht das SGB X in den §§ 102 ff. vor. Sie normieren öffentlich-rechtliche Aufwendungsersatzansprüche, die bei der Führung fremder Geschäfte greifen und ungerechtfertigte Bereicherungen ausgleichen.⁵⁶ Auf diese Weise soll die behördliche Zusammenarbeit vereinfacht und die materiell-rechtlich bestimmte Lastenverteilung (wieder-)hergestellt werden.⁵⁷

Sozialpolitisch dürfte dieser Vorschlag intuitiv überzeugen: Denn für die Leistungsberechtigten wird es in der Regel keinen Unterschied machen, aus den Mitteln welcher Behörde ihr Lebensunterhalt finanziert wird („Staat ist Staat“).⁵⁸ Zugleich tritt die Erfüllungswirkung bei einem bestehenden Erstattungsanspruch nach § 107 Abs. 1 SGB X automatisch ein. Einer weiteren Rückabwicklung bedarf es nicht.⁵⁹

Zu klären gilt, ob die §§ 102 ff. SGB X auf die Rückabwicklung zu Unrecht gewährter Kindergeldzahlungen Anwendung finden.

a) Keine direkte Anwendbarkeit der §§ 102 ff. SGB X

Grundsätzlich gelten die §§ 102 ff. SGB X nur für Erstattungsansprüche zwischen Sozialleistungsträgern. Gemeint sind damit alle in den §§ 18 bis 29 SGB I aufgeführten Körperschaften, Anstalten und Behörden, die Sozialleistungen gewähren (§ 12 Abs. 1 SGB I). Als Sozialleistung gelten dabei alle

55 Siehe nur Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Stellungnahme zum Verfahren BVerfG 1 BvR 846/19, S. 5 f.; *Riechelmann*, DStRE 2016, 624, 625 f.; dagegen *Stahl*, jM 2020, 432, 433.

56 *Böttiger*, in: *Diering/Timme/Stähler*, Sozialgesetzbuch X, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. 2023 Rn. 8.

57 Instruktiv *Becker*, WzS 01/17, S. 3; *Roos*, in: *Schütze*, SGB X Kommentar, 9. Aufl. 2020, Vor §§ 102 ff. Rn. 3.

58 *Leisner*, Existenzsicherung im Öffentlichen Recht, 2012, S. 493: „[D]as eigentliche Interesse des Bürgers gilt Zuständen, nicht staatlichen Kompetenzverteilungen.“

59 Ausführlich *Burkiczak*, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB X, 3. Aufl. 2023, § 107 Rn. 24 ff.

Dienst-, Sach- und Geldleistungen, die im Sozialgesetzbuch vorgesehen sind (§ 11 S. 1 SGB I).⁶⁰

Das steuerliche Kindergeld ist in den §§ 31, 62 f. EStG und damit nicht im Sozialgesetzbuch geregelt. Die steuerliche Familienkasse handelt nicht als Sozialleistungsträger, sondern als Finanzbehörde (§ 6 Abs. 2 Nr. 6 AO i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 11 FVG). Die §§ 102 ff. SGB X sind daher nicht direkt anwendbar.⁶¹

b) Keine analoge Anwendbarkeit der §§ 102 ff. SGB X

Mit der Ausgliederung des steuerlichen Kindergeldes hat sich der Gesetzgeber ausdrücklich gegen eine einheitliche verwaltungsverfahrenrechtliche Behandlung des Kindergeldes entschieden.⁶² Da die systemübergreifende Rückabwicklung zu Unrecht gewährter Kindergeldzahlungen aber gesetzlich nicht geregelt ist, könnte eine analoge Anwendung der §§ 102 ff. SGB X in Betracht kommen.

Für eine vergleichbare Interessenlage spricht dabei, dass das angerechnete Kindergeld zwar nicht formal, aber materiell-rechtlich als Sozialleistung zu qualifizieren ist (II. 3.). Zudem könnte ein zwischenbehördlicher Ausgleich die gesetzlich vorgesehene Vermögensverteilung auch im Falle überzahlten Kindergeldes rückwirkend wiederherstellen.⁶³

Entscheidend gegen eine vergleichbare Interessenlage spricht allerdings, dass die §§ 102 ff. SGB X ein geschlossenes System von zwischenbehördlichen Erstattungsansprüchen konstituieren.⁶⁴ Dabei wird der Fall, dass eine Leistung im Widerspruch zur materiellen Rechtslage erbracht wird, gerade

60 Darunter fällt auch das auf Grundlage des BKGG gewährte (sozialrechtliche) Kindergeld, vgl. § 68 Nr. 9 SGB I.

61 LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 07.06.2018 – L 34 AS 201/15, juris; vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 17.12.2012 – L 20 AY 14/12, juris; a.A. *Riechelmann*, DStRE 2016, 624, 625 f.

62 Mit dieser Auffassung BSG, Urt. v. 17.02.2011 – B 10 KG 5/09 R, BSGE 107, 239, 248; vgl. auch BFH, Beschl. v. 06.03.2013 – III B 113/12, juris Rn. 14. Die damit verbundene Schlechterstellung des steuerlichen gegenüber dem sozialrechtlichen Kindergeld, für das die (günstigeren) §§ 44 ff. SGB X und § 11 BKGG gelten, hält das Bundesverfassungsgericht für gerechtfertigt, BVerfG, Beschl. v. 06.11.2011 – 1 BvR 1765/09, juris Rn. 52.

63 BT-Drs. 9/95, S. 24; *Becker*, WzS 01/17, 3.

64 BT-Drs. 9/95, S. 16 f., 24; *Böttiger*, in: *Diering/Timme/Stähler*, Sozialgesetzbuch X, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 102 ff. Rn. 1; *Grube*, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB X, 3. Aufl. 2023, § 102 Rn. 2.

nicht erfasst.⁶⁵ Nach der Gesetzessystematik ist der betroffene Sozialleistungsträger vielmehr gehalten, sich in diesem Fall direkt an die Person zu wenden, die die Leistungen zu Unrecht empfangen hat. Eine analoge Anwendung der Vorschriften auf die hiesige Konstellation erscheint vor diesem Hintergrund als systemwidrige Ausdehnung der Erstattungsregelungen.⁶⁶

Der Familienkasse steht deshalb kein Erstattungsanspruch gegen das Jobcenter zu, der ein Vorgehen gegen die Betroffenen gemäß § 107 Abs. 1 SGB X (analog) ausschließen würde.

V. Verfassungsrechtliche Bewertung

Empfängt eine bürgergeldberechtigte Person zu Unrecht Kindergeld, gerät sie in eine schwierige Situation: Fordert die Familienkasse die Zahlungen später zurück, kann sie weder gegen die Forderung vorgehen (IV. 2. und IV. 3.) noch einen sozialrechtlichen Ausgleichsanspruch geltend machen (IV. 1.). Wie ist diese Situation verfassungsrechtlich zu bewerten?

1. Die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums

Das Grundrecht auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG) sichert jedem Hilfsbedürftigen diejenigen Voraussetzungen zu, die für seine „physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind“.⁶⁷ Der Schutzgehalt des Art. 1 Abs. 1 GG verlangt, dass der Gesetzgeber den gesamten existenznotwendigen Bedarf der Grundrechtsberechtigten absichert.⁶⁸ Mit den Rege-

65 Böttiger, in: *Diering/Timme/Stähler*, Sozialgesetzbuch X, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 102 ff. Rn. 7. Anders noch BSG, Urt. v. 30.01.1962 – 2 RU 219/59, BSGE 16, 151, 156 ff.

66 LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 07.06.2018 – L 34 AS 201/15, juris Rn. 39; vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 17.12.2012 – L 20 AY 14/12, juris Rn. 46; a.A. Riechelmann, DStRE 2016, 624, 625 f., der § 103 Abs. 1 SGB X für anwendbar hält.

67 BVerfG, Beschl. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175, 223 unter Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 14.09.1989 – 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367, 374; zuletzt BVerfG, Urt. v. 23.09.2024 – 1 BvL 9/21, NJW 2025, 346, 348.

68 Wapler, in: *Dreier*, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Abs. 1 Rn. 158 f.; siehe auch Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2019, S. 582 ff.

lungen des SGB II hat der Gesetzgeber das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum verfassungskonform konkretisiert.⁶⁹ Insbesondere hat er eine geeignete Methode zur Ermittlung und Fortschreibung der Regelbedarfe entwickelt.⁷⁰

Eine Verletzung der grundrechtlichen Garantie liegt allerdings vor, wenn existenzsichernde Leistungen entweder gar nicht oder nicht in Höhe der geltenden Regelbedarfe gewährt werden.

2. Sicherung des Existenzminimums trotz Anrechnung

Eine Verletzung des Grundrechts auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ergibt sich nicht allein daraus, dass die zu Unrecht gewährten Kindergeldzahlungen bedarfsmindernd auf den Bürgergeldsatz angerechnet werden.⁷¹ Denn zusammen reichen die gewährten Bürger- und Kindergeldzahlungen aus, um das physische Überleben des Leistungsempfängers tatsächlich zu sichern.⁷²

3. Sicherung des Existenzminimums trotz Rückforderung

Auch die Rückforderung der zu Unrecht gewährten Kindergeldzahlungen begründet bei isolierter Betrachtung keine Grundrechtsverletzung.

Denn für den Rückzahlungszeitraum sieht das Gesetz Regelungen vor, die gänzlich unzumutbare finanzielle Belastungen abwenden: Kann der Rückzahlungspflichtige die Zahlung nicht aus eigenen Mitteln bewirken, kommt eine Aufrechnung oder Stundung der Forderung in Betracht (§§ 226 AO i.V.m. §§ 389 ff. BGB und § 222 AO). Ist er weiterhin auf Leistungen nach dem SGB II angewiesen, greift zudem das Pfändungsverbot des § 42 Abs. 4 SGB II.⁷³

69 Vgl. *Becker*, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB II, 5. Aufl. 2020, § 1 Rn. 30 f. Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175, 227 f.

70 So zuletzt BVerfG, Beschl. v. 23.07.2014 – 1 BvL 10/12, BVerfGE 137, 34, 84 f.

71 Vgl. BSG, Urt. v. 06.06.2023 – B 4 AS 86/21 R, NZS 2024, 135, 138.

72 Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Stellungnahme zum Verfahren BVerfG 1 BvR 846/19, S. 3; *Stahl*, jM 2020, 432, 436.

73 Mit ähnlichen Erwägungen Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Stellungnahme zum Verfahren BVerfG 1 BvR 846/19, S. 3.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber die Gewähr existenzsichernder Leistungen nach seinem Ermessen organisieren kann.⁷⁴ Das umfasst auch die Entscheidung darüber, welcher Träger die Auszahlung der Leistungen übernimmt. Leistet ein Träger zu Unrecht, besteht ein legitimes Interesse an der Wiederherstellung der materiell-rechtlich korrekten Vermögenslage. Dieses Interesse erfüllt der Gesetzgeber durch die Rückforderung des überzahlten Kindergeldes.

Obwohl die Rückzahlungspflicht regelmäßig erhebliche finanzielle Belastungen auslösen wird, begründet die Rückforderung angerechneter Kindergeldzahlungen allein keine Grundrechtsverletzung.⁷⁵

4. Unterschreitung des Existenzminimums durch ausgleichslose Rückforderung

Eine Verletzung der grundrechtlichen Garantien ergibt sich in dieser Konstellation allerdings, wenn die existenzsichernden Leistungen⁷⁶ *ausgleichslos* zurückgefordert werden.

Denn die zur Existenzsicherung gewährten und eingesetzten Leistungen stehen unter einem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz: Das (reduzierte) Bürgergeld und das (angerechnete) Kindergeld erfüllen *gemeinsam* einen unmittelbaren verfassungsrechtlichen Leistungsanspruch.⁷⁷ Fordert der Staat nun einen Teil dieser Leistungen ausgleichslos zurück, erspart er sich im Ergebnis existenzsichernde Leistungen für den Betroffenen.⁷⁸ Dabei senkt er die Leistungshöhe bei wirtschaftlicher Betrachtung unter das gesetzgeberisch festgelegte Mindestniveau herab. Auf diese Weise wird das Grundrecht auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ausgehöhlt und der leistungsrechtliche Gehalt der Menschen-

74 Vgl. zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers BVerfG, Beschl. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175, 222.

75 LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 07.06.2018 – L 34 AS 201/15, juris Rn. 42; vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 17.12.2012 – L 20 AY 14/12, juris Rn. 48.

76 Zur existenzsichernden Funktion der Kindergeldzahlungen siehe nur BVerfG, Beschl. v. 11.03.2010 – 1 BvR 3163/09, NJW 2010, 1803 unter Verweis auf BVerwG, Beschl. v. 11.10.1985 – 5 B 80/85, BVerwGE 114, 339, 340; zuvor BVerfG, Beschl. v. 09.04.2003 – 1 BvL 1/01, BVerfGE 108, 52, 69 ff.

77 Herdegen, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz-Kommentar, 106. EL 2024, Art. 1 Abs. 1 Rn. 121; Becker, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB II, 5. Aufl. 2020, § 1 Rn. 31; differenzierend Enders, in: *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, 2025, Art. 1 Rn. 114 ff.

78 Mit dieser Einschätzung FG Sachsen, Urt. v. 07.11.2017 – Az. 3 K 69/17 Kg, juris Rn. 37.

würdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG und des Sozialstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 1 GG in eine Verschuldung beim Staat verkehrt.

Für einen effektiven Grundrechtsschutz muss das aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG abgeleitete subjektiv-öffentliche Recht⁷⁹ deshalb über den Moment der unmittelbaren Bedarfsdeckung hinaus fortwirken. Damit ist nicht gemeint, dass die hilfsbedürftige Person existenzsichernde Leistungen für die Vergangenheit verlangen kann. Denn grundsätzlich erfasst der grundrechtliche Schutz nur die *gegenwärtige* Absicherung des Lebensunterhalts (sog. Gegenwärtigkeitsprinzip).⁸⁰ Anders liegt der Fall aber, wenn ein subjektiv-öffentliches Recht im Bedarfsmonat geltend gemacht wurde und der Staat seine Leistungspflicht durch die Gewähr existenzsichernder Leistungen erfüllt hat. Dann ist der grundrechtliche Gehalt mit der Auszahlung des Betrags nicht „erledigt und erloschen“. Die zum Zwecke der Existenzsicherung ausgezahlten und eingesetzten Leistungen stehen vielmehr unter einem verfassungsrechtlichen „Kontinuitätsschutz“: Fordert der Staat Leistungen zurück, die zum Zwecke der Existenzsicherung gewährt und eingesetzt wurden, ist das (fortwirkende) Grundrecht auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums betroffen.⁸¹ Obwohl eine Rückforderung dieser Leistungen nicht generell ausgeschlossen ist (V. 3.), verletzt der Staat seine verfassungsrechtlichen Pflichten, wenn er die existenzsichernden Leistungen *rückwirkend* und *ohne Ausgleich* entzieht.

5. Keine Rechtfertigung

Die ausgleichslose Rückforderung angerechneter Kindergeldzahlungen lässt sich auch nicht mit der Durchsetzung von Mitwirkungspflichten rechtfertigen.

79 BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, BVerfGE 125, 175, 221 ff.; Wapler, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Abs. 1 Rn. 158; Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 106. EL 2024, Art. 1 Abs. 1 Rn. 121. Kritisch Becker, in: Bank/Schäfer/Spannagel, Grundsicherung weiterdenken, 2021, S. 62 f. Allgemein zur leistungrechtlichen Dimension Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006, S. 91 ff.

80 Siehe nur BVerfG, Beschl. v. 12.5.2005 – 1 BvR 569/05, NVwZ 2005, 927, 928; Aubel, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB II, 5. Aufl. 2020, § 37 Rn. 14.

81 A.A. Stahl, jM 2020, 432, 436.

Zwar kann eine Leistungsminderung mit den grundrechtlichen Garantien vereinbar sein, wenn und soweit sie die Durchsetzung von Mitwirkungspflichten der Anspruchsberechtigten bezweckt. Das gilt allerdings nur, wenn die Befolgung der Mitwirkungspflicht dazu dient, die existenzielle Bedürftigkeit zukünftig zu vermeiden oder zu überwinden. Sie darf nicht repressiv darauf gerichtet sein, ein Fehlverhalten der Bedürftigen zu ahnden.⁸²

Die in §§ 90 ff. AO und § 68 EStG geregelten Mitwirkungspflichten verfolgen das legitime Ziel, den steuerrechtlichen Sachverhalt korrekt zu ermitteln und die Leistungserbringung zwischen den Leistungsträgern zu organisieren. Sie stehen allerdings – anders als die Mitwirkungspflichten gegenüber dem Jobcenter – in keinem erkennbaren Zusammenhang mit der sozialrechtlichen Bedürftigkeit der Betroffenen.⁸³ Eine ausgleichslose Rückforderung existenzsichernder Kindergeldzahlungen lässt sich deshalb nicht mit der Durchsetzung von (steuerlichen) Mitwirkungspflichten rechtfertigen.⁸⁴

VI. Fazit und Ausblick

Derzeit führt die Zergliederung des (Sozial-)Leistungssystems zu einer Zergliederung des Grundrechtsschutzes: Während die Sozialgerichtsbarkeit allein die sozialrechtlichen Regelungen anwendet,⁸⁵ konzentriert sich die Finanzgerichtsbarkeit auf die steuerrechtlichen Vorschriften.⁸⁶ Dass gerade das Zusammenspiel der beiden Rechtsbereiche zu einem verfassungswidri-

82 BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68, 118 mit dem Hinweis, dass die Sanktionierung in einem „unübersehbaren Spannungsverhältnis“ zur Existenzsicherungspflicht stehe. Siehe auch Wapler, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Abs. 1 Rn. 161.

83 Allgemein zu Zweck-Mittel-Verboten als Grundlage der verfassungsrechtlichen Menschenwürdegarantie Hong, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2019, S. 655 ff., 688 f.

84 Zudem lässt sich an der Zumutbarkeit der steuerlichen Pflichterfüllung zweifeln, vgl. zu diesem Erfordernis BVerfG, Urt. v. 05.11.2019 – 1 BvL 7/16, BVerfGE 152, 68, 80 f. Mit Blick auf die steuerlichen Pflichten kritisch Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Empfehlungen zur Weiterentwicklung des Systems monetärer Unterstützung von Familien und Kindern (DV 3/16), 11.09.2019.

85 Siehe nur BSG, Urt. v. 06.06.2023 – B 4 AS 86/21 R, NZS 2024, 135, 138. Zu ungelösten Schnittstellen zwischen Kindergeld und Leistungen nach dem SGB II Harich, NZS 2025, 326, 327 f.

86 BFH, Urt. v. 13.09.2018 – III R 19/17, DStRE 2019, 391, 392.

gen Zustand führt (V. 4.), gerät dabei aus dem Blick. Wie lässt sich diese Situation auflösen?

1. Lösungen *de lege lata*

Eine sozialrechtliche Lösung der Problematik würde eine Modifikation⁸⁷ des Zuflussprinzips erfordern (a). Überzeugender erscheint es, die Familienkasse im Wege der verfassungskonformen Auslegung zu einem Billigkeitserlass gemäß § 227 Hs. 1 AO zu verpflichten (b).

a) Modifikation des Zuflussprinzips

Wäre der „Makel“ der materiellen Rechtswidrigkeit bei der Bestimmung des anrechenbaren Einkommens zu berücksichtigen (vgl. III. 2.), wären zu Unrecht erbrachte Kindergeldzahlungen nicht als Einkommen im Sinne des § 11 Abs. 1 SGB II anrechenbar. Über § 28 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 SGB X analog könnten Betroffene sodann einen Ausgleichsanspruch gegen das Jobcenter geltend machen (vgl. IV. 1. b.).

Für eine solche Modifikation des Zuflussprinzips spricht der resultierende Gleichlauf mit den §§ 102 ff. SGB X, die tatbestandlich ebenfalls auf die materielle Rechtmäßigkeit der zunächst erbrachten Leistung abstellen (vgl. IV. 3. b.).⁸⁸ Zu berücksichtigen ist aber, dass ein über § 28 SGB X nachgeholter Antrag ausweislich des eindeutigen Gesetzeswortlauts nicht länger als ein Jahr zurückwirkt. Da zu Unrecht gewährtes Kindergeld über § 37 Abs. 2 AO auch für längere Zeiträume zurückgefordert werden kann, gewährt allein die Modifikation des Zuflussprinzips im geltenden Recht keinen hinreichenden Grundrechtsschutz.

b) Unbilligkeit der Rückabwicklung existenzsichernder Leistungen

Zwar stellt der Bundesfinanzhof zu Recht fest, dass allein die Anrechnung von Kindergeldzahlungen eine Rückforderung nicht generell ausschließen

87 Mit diesem Begriff *Geiger*, info also 2022, 64, 66.

88 *Böttiger*, in: *Diering/Timme/Stähler*, Sozialgesetzbuch X, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. 2023, Vor §§ 102 ff. Rn. 7.

kann.⁸⁹ Denn sonst ließe sich keine Zahlung, die über § 11 Abs. 1 SGB II als Einkommen angerechnet wurde, zurückfordern.

Eine Sondersituation ergibt sich hier aber daraus, dass das Kindergeld seine existenzsichernde Funktion nicht nur tatsächlich, sondern auch seinem gesetzlichen Zweck entsprechend erfüllt (II. 2.).⁹⁰ Eine ausgleichslose Rückforderung der Leistungen verletzt deshalb das Grundrecht auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums (V. 4.).⁹¹ Bei verfassungskonformer Auslegung lässt sich die ausgleichslose Rückforderung der existenzsichernden Zahlungen deshalb nicht allein mit dem öffentlichen Interesse an fiskalischer Korrektheit rechtfertigen (IV. 2.). Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber – hätte er die Situation als regelungsbedürftig erkannt – eine Verletzung der grundrechtlichen Garantien durch einen Erlass der Forderung abgewendet hätte.⁹² Ein Gesetzesüberhang liegt vor.

Auch hier begründet der Verweis auf die notwendige Durchsetzung von Mitwirkungspflichten kein anderes Ergebnis.⁹³ Denn zum einen besteht nach derzeitigen Erkenntnissen kein genereller „Unwille“ zum Befolgen der Mitwirkungspflichten.⁹⁴ Stattdessen werden die – wegen der Anrechnung wirtschaftlich nicht vorteilhaften – Pflichtverstöße ihren Grund regelmäßig in der Komplexität der betreffenden sozial- und steuerrechtlichen Regelungen haben.⁹⁵ Zum anderen regeln die §§ 370, 378 AO eigene Straf- und Buß-

89 Siehe nur BFH, Urt. v. 13.09.2018 – III R 19/17, DStR 2019, 391, 392; vgl. auch V. 3.

90 Instrukтив Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Gründe für die Überführung der Kindergeldvorschriften in das Einkommensteuergesetz, 19.06.2017, Az. WD 4–3000–057/17, S. 6. Außerdem BVerfG, Beschl. v. 11.03.2010 – 1 BvR 3163/09, NJW 2010, 1803 unter Verweis auf BVerwG, Beschl. v. 11.10.1985 – 5 B 80/85, BVerwGE 114, 339, 340; Selder, in: Brandis/Heuermann, Ertragssteuerrecht-Kommentar, 176. EL 2025, EStG § 31 Rn. 21.

91 Zur Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertungen auch BFH, Urt. v. 27.02.2019 – VII R 34/17, DStRE 2019, 775, 777; Klüger, in: König, Abgabenordnung, 5. Aufl. 2024, § 227 Rn. 18, 27.

92 Vgl. mit ähnlichen Erwägungen zur Regelung des § 11 Abs. 6 BKGG bei der Rückforderung angerechneter Kinderzuschläge BT-Drs. 18/8041, S. 66.

93 FG Sachsen, Urt. v. 07.11.2017 – 3 K 69/17, juris Rn. 39 ff.; aA FG Düsseldorf, Urt. v. 07.04.2016 – 16 K 377/16 AO, juris Rn. 24 ff.; FG Düsseldorf, Urt. v. 06.03.2014 – 16 K 3046/13, juris Rn. 23; FG Bremen, Urt. v. 28.08.2014 – 3 K 9/14, juris Rn. 71.

94 Mit diesem Argument FG Sachsen, Urt. v. 07.11.2017 – 3 K 69/17, juris Rn. 39 ff.

95 Instrukтив Nationaler Normenkontrollrat, Wege aus der Komplexitätsfalle, Gutachten, 2024, S. 41 ff.; allgemein Seiler, Die Berücksichtigung von Kindern durch Kinderfreibeträge und Kindergeld, 2017, S. 15 f. Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 09.04.2003 – 1 BvL 1/01, BVerfGE 108, 52, 75 f.

geldverfahren, in denen über angemessene Sanktionen entschieden werden kann.⁹⁶ Für die Durchsetzung von steuerrechtlichen Mitwirkungspflichten ist die Rückforderung des angerechneten Kindergeldes deshalb nicht notwendig.

Auf dieser Grundlage lässt sich entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ein Anspruch auf den Erlass der Kindergeldrückforderung begründen. Dies gilt, wenn und soweit das überzahlte Kindergeld als Einkommen auf Leistungen nach dem SGB II angerechnet wurde und der rückzahlungspflichtigen Person kein sozialrechtlicher Ausgleichsanspruch zusteht.⁹⁷

2. Lösungen *de lege ferenda*

Die Analyse zeigt, dass das Dreiecksverhältnis von Jobcenter, Familienkasse und hilfebedürftiger Person gesetzlich nur lückenhaft ausgestaltet ist. Eine systemübergreifende Rückabwicklung zu Unrecht empfangenen Kindergeldes ist gesetzlich nicht vorgesehen.

Abhilfe könnte eine dem § 11 Abs. 6 BKGG vergleichbare Regelung für das steuerliche Kindergeld schaffen.⁹⁸ Zudem mag das – nicht nur für Laien schwer zu überblickende – Zusammenspiel der sozial- und steuerrechtlichen Vorschriften Anlass dazu geben, über eine stärkere Bündelung staatlicher (Sozial-)Leistungen für Familien und Kinder nachzudenken.⁹⁹

96 Selder, in: *Brandis/Heuermann*, Ertragssteuerrecht-Kommentar, 176. EL 2025, EStG § 68 Rn. 8. Insoweit lässt sich auch nicht von einem „Freibrief“ zum Missachten von Mitwirkungspflichten sprechen, so aber *Stahl*, jM 2020, 432, 436.

97 Ein in diese Richtung zielendes Verfahren erledigte sich vor einer Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht, da die Bundesagentur für Arbeit den streitgegenständlichen Rückforderungsbescheid aufhob, BVerfG, Beschl. v. 05.03.2021 – 1 BvR 846/19, juris.

98 Vgl. BT-Drs. 18/8041, S. 66 mit Erwägungen, die sich auf die hiesige Konstellation übertragen lassen.

99 In diese Richtung der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD zur 21. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages, S. 15. Siehe auch Nationaler Normenkontrollrat, Wege aus der Komplexitätsfalle, Gutachten, 2024, S. 88 f.; Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Empfehlungen zur Ausgestaltung einer Kindergrundsicherung (DV 18/22), 2023, S. 3 ff.; zu Herausforderungen, die mit einer Reform verbunden sind *Harich*, NZS 2025, 326, 328 ff.

§ 1 SGB V und die Quadratur des Kreises:

Wie können sich Solidarität und Eigenverantwortung ergänzen?

*Anna Berry**

Im fünften Sozialgesetzbuch (SGB V) werden die zentralen Bausteine der gesetzlichen Krankenversicherungen geregelt. § 1 SGB V statuiert dabei die zentralen Prinzipien, die die nachfolgenden Bestimmungen prägen. Elementare Ausprägung ist dabei einerseits die Solidarität, die allen Mitgliedern ein Sicherheitsnetz garantieren soll. So normiert S. 1: „Die Krankenversicherung als Solidargemeinschaft hat die Aufgabe, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern.“ Die Versicherten sollen einander unterstützen. Das Risiko zu erkranken, wird solidarisch bewältigt, insbesondere durch das kollektive Tragen finanzieller Lasten – unabhängig von der individuellen Gesundheitskonstitution.

Auf der anderen Seite steht der schillernde Begriff der Eigen- bzw. Selbstverantwortung des Einzelnen. So heißt es in S. 2 und S. 3 weiter: „Das umfasst auch die Förderung der gesundheitlichen Eigenkompetenz und Eigenverantwortung der Versicherten. Die Versicherten sind für ihre Gesundheit mit verantwortlich; sie sollen durch eine gesundheitsbewusste Lebensführung, durch frühzeitige Beteiligung an gesundheitlichen Vorsorgemaßnahmen sowie durch aktive Mitwirkung an Krankenbehandlung und Rehabilitation dazu beitragen, den Eintritt von Krankheit und Behinderung zu vermeiden oder ihre Folgen zu überwinden.“ Der Einzelne soll für sich selbst und sein Verhalten Verantwortung übernehmen. Durch diese Eigenverantwortung wird eine Grundregel des Sozialstaates betont: In der freiheitlich verfassten, marktwirtschaftlich orientierten Gesellschaft ist jeder zunächst selbst für sich verantwortlich, indem er für sich und seine Angehörigen den Lebensunterhalt bestreiten muss.¹ Der Hinweis auf gesundheitsbewusste Lebensführung und Verhinderung von Krankheit

* Die Verfasserin ist Forschungsreferentin am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung (FÖV) bei Prof. Dr. Mario Martini.

1 Becker/Kingreen, in: Becker/Kingreen, SGB V, 9. Aufl. 2024, § 1 Rn. 7.

und Behinderung ist angesichts der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit der Krankheitsursache (Ausnahmen finden sich u. a. in §§ 11 Abs. 5, 52, 55 Abs. 1 SGB V) nicht viel mehr als ein philosophisch-ethischer Appell.² Dem Satz 2 ist nicht zu entnehmen, wann die Handlung unsolidarisch ist, also die Grenzen der Solidargemeinschaft überschritten wurden, vielmehr bedarf es konkreter, gesetzlich geregelter Ausschlüsse.³ Gleichwohl hat § 1 SGB V einen Einweisungscharakter und ist deshalb bei der Auslegung und Anwendung der anderen Vorschriften im SGB V heranzuziehen.⁴

Solidarität und Eigenverantwortung scheinen auf den ersten Blick als konträre Prinzipien unvereinbar: Einerseits soll die Gemeinschaft finanzielle Risiken kollektiv und solidarisch tragen, andererseits soll der Einzelne für sein Verhalten Verantwortung übernehmen. Es scheint sich dabei um ein unmögliches Unterfangen zu handeln, beide Prinzipien miteinander zu verbinden. Der Versuch ihrer Vereinbarkeit kommt einer Quadratur des Kreises gleich.

Anderer Auffassung war indes der Gesetzgeber. Dieser sieht in beiden Prinzipien keinen Widerspruch: „Solidarität und Eigenverantwortung sind keine Gegensätze, sie sind tragende Prinzipien der GKV, sie gehören zusammen. Erforderlich ist eine neue Balance zwischen diesen Prinzipien. Ohne Solidarität wird Eigenverantwortung egoistisch, ohne Eigenverantwortung wird Solidarität anonym und mißbrauchbar.“⁵

Andere Stimmen erkennen ebenfalls einen Zusammenhang zwischen beiden Prinzipien: „Wer mit der eigenen Gesundheit eigenverantwortlich umgeht, handelt zugleich solidarisch gegenüber der Versichertengemeinschaft.“⁶ Dieses Verständnis ist problematisch, bedeutet Eigenverantwortung hier eine bestimmte Form von gesundheitsbewusstem Verhalten. Eigenverantwortung bzw. -verantwortlichkeit kann aber viel mehr bedeuten,

2 Berchthold, in: Berchthold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2018, § 1 SGB V Rn. 9; Schuler, in: Hänlein/Schuler, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, 6. Aufl. 2022, § 1 Rn. 1. Obgleich S. 3 lange als bloße Zielbestimmung galt, wurden im Rahmen der COVID-19 Pandemie Kostenbeteiligungen gefordert, wenn geringfügige Maßnahmen der Eigenverantwortung nicht ergriffen wurden (z. B. eine Impfung): Beck, in BeckOGK, Stand Mai 2025, SGB V, § 1 Rn. 8.

3 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 150.

4 Beck, in BeckOGK SGB V, Stand Mai 2025, § 1 Rn. 4. Zum Einweisungscharakter der Norm: BT-Drs. 11/2237, S. 157.

5 BT-Drs. 11/2237, S. 157.

6 Schuler, in: Hänlein/Schuler, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, 6. Aufl. 2022, § 1 Rn. 5.

insbesondere impliziert es, dass jeder mit umfangreichem Gesundheitswissen selbstbestimmte Entscheidungen über seinen Körper treffen kann. Solidarisch wird in diesem Verständnis gleichgesetzt mit Einsparungen für die Versicherungsgemeinschaft.⁷ Derjenige, der sich gesundheitsbewusst und -fördernd verhält, wird in der Regel geringere Kosten für die Gemeinschaft verursachen. Dieser Blick ist verkürzt. Dahinter steht der Gedanke, dass mit gutem Willen, gesunder Ernährung und Sport, stets gute Gesundheit einhergehe. Dies erkennt jedoch die Multikausalitäten von Krankheiten, ebenso wie die Tatsache, dass rund die Hälfte der erwachsenen Bevölkerung an mindestens einer chronischen Krankheit leidet und das Morbiditäts- und Mortalitätsrisiko steigt, je niedriger die soziale Schicht ist, der man angehört.⁸

I. Spannungsverhältnis

Damit kommt man nicht umhin, mindestens ein Spannungsverhältnis zwischen den beiden Prinzipien der Eigenverantwortung und Solidarität zu erkennen.

Im Folgenden soll deshalb geschaut werden, ob und wie beide Prinzipien miteinander in Einklang gebracht werden können. Dabei dürfen soziale Ungleichheiten nicht missachtet werden.

§ 1 S. 3 SGB V spricht von einer „Mitverantwortung“, was eine Verantwortungssteilung impliziert.⁹ Denn aus rechtlicher Sicht setzt das Zuschreiben von Verantwortungen Handlungsalternativen voraus. Daran mangelt es aber häufig bei der Gesundheit, denn diese wird nur partiell durch indivi-

7 Ebenso bei *Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 4. Aufl., 2022, § 1 SGB V, Rn. 6, nach dem die „Verpflichtung zu gesundheitsbewussten Verhalten (...) sich gleichermaßen aber auch aus dem Solidaritätsprinzip [ergibt], das den einzelnen verpflichtet, die Solidargemeinschaft nicht mit unvermeidbaren Krankheitskosten zu belasten und das Seine dazu zu tun, vermeidbare Krankheitskosten nicht entstehen zu lassen.“

8 *Berry*, in: *Ammann u. a.*, Verantwortung und Recht, 2022, S. 377, 390 f.; Zu chronischen Krankheiten, s. RKI, Journal of Health Monitoring – Gesundheitliche Lage der erwachsenen Bevölkerung in Deutschland – Ergebnisse der Studie GEDA 2019/2020-EHIS, S. 7, abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Aktuelles/Publikationen/Journal-of-Health-Monitoring/GBEDownloads/JoHM_03_2021_GEDA_2019_2020_EHIS.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 1.8.2025); *Remmers*, in: *Bittlingmayer/Sahrai/Schnabel*, Normativität und Public Health, 2009, S. 111, 124.

9 *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 9. Aufl. 2024, § 1 Rn. 7.

duelles Verhalten beeinflusst.¹⁰ Genetische Dispositionen, soziale Faktoren und Umwelteinflüsse spielen ebenso eine bedeutende Rolle. Die Solidarität fängt wiederum diese Multikausalität auf, indem sie nicht aufgeschlüsselt werden muss, sondern durch den Staat Gesundheitsversorgung für Hilfsbedürftige zur Verfügung stellt.¹¹

Die Zielbestimmung des § 1 SGB V fordert von den gesetzlichen Krankenkassen eine Balance zwischen der Förderung von Solidarität und der Berücksichtigung von Eigenverantwortung. Dieses Spanungsverhältnis gilt es im Folgenden aufzubrechen. Der Konflikt zwischen beiden Punkten gipfelt in der Frage, inwiefern die Solidargemeinschaft für Krankheiten aufkommen soll, die durch eigenes Verhalten bzw. eigene Versäumnisse verursacht wurden.

1. Solidarität

Die Bereitschaft der staatlichen Gemeinschaft, Verantwortung für das Lebensschicksal des Einzelnen zu übernehmen, kennzeichnet den Sozialstaat.¹² Dabei meint Solidarität die grundsätzliche Bereitschaft füreinander einzustehen.¹³ Der Begriff ist dabei eine hochgradig umkämpfte politisierte Ressource im „Spannungsfeld zwischen ökonomischen und politischen Handlungslogiken“, deren Reichweite ausgestaltet werden muss.¹⁴ Der Gedanke hinter dem Sozialstaat liegt darin, dass Bürger eine Gemeinschaft bilden, gemeinsam Ziele verfolgen und dabei aufeinander angewiesen sind.¹⁵ Der nationale Gesetzgeber darf durch das Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG eine umfassende und solidarische Absicherung gegen das Krankheitsrisiko schaffen, ist dazu in gewissen Grenzen sogar verpflichtet, kann das Sicherungssystem dabei jedoch auch nach Effizienzgesichtspunkten

10 Becker/Kingreen, in: Becker/Kingreen, SGB V, 9. Aufl. 2024, § 1 Rn. 7.

11 Becker/Kingreen, in: Becker/Kingreen, SGB V, 9. Aufl. 2024, § 1 Rn. 7.

12 Gabriel, in: Weilert, Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, 2015, S. 303.

13 Zur Herkunft des Wortes vom lateinischen *solidus*, worunter die Haftung für das Ganze verstanden wurde: Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 77.

14 Börner, in Betzelt/Fehmel, Deformation oder Transformation, 2022, S. 52, 57.

15 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 82.

regeln.¹⁶ Sozialversicherungen sind kein Zusammenschluss solidarischer Menschen, sondern stellen mittels Versicherungspflicht eine nicht vorhandene Solidargemeinschaft nach, die auf den sozialen Ausgleich beschränkt ist und so weit hinter dem Potenzial von Solidarität zurückbleibt.¹⁷

Dies realisiert sich in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) durch eine solidarische Beitragsfinanzierung (vgl. auch § 3 SGB V) und nicht durch Ansparrung individueller Mittel nach Einkommen oder Risiko, wobei die Leistungen weder der Höhe noch dem Grunde nach von der Beitragszahlung abhängen.¹⁸ Aber nicht nur auf der Beitragsseite kann von einer solidarischen Finanzierung zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern gesprochen werden, sondern auch durch die einkommensbezogenen und nicht risikobezogenen Beiträge bei gleichen Leistungsansprüchen kann eine Beitragssolidarität erkannt werden.¹⁹ Bei der gesetzlichen Krankenversicherung als Solidargemeinschaft handelt es sich um eine Versicherung, die gegen Entrichtung von Beiträgen das Risiko (insbesondere) von Krankheiten abdeckt,²⁰ indem sie den Aufwand zur Bewältigung auf die große Zahl der Versicherten solidarisch verteilt.²¹

Anders als bei der privaten Krankenversicherung, die sich auf den Grundsatz der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung stützt, ist dieses Verhältnis bei den gesetzlichen Krankenversicherungen unkalkulierbar.²² Die GKV oder sonstige Sozialversicherungen legen nicht den Risikobegriff privater Versicherungen zugrunde, sondern enthalten von jeher auch ein gewisses Maß staatlicher Fürsorge.²³ Neben der Beitragssolidarität kann man eine Risikosolidarität erkennen, die darin besteht, dass

16 Schuler, in: Hänlein/Schuler, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, 6. Aufl. 2022, § 1 Rn. 3. Zur sozialen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers: BVerfG, Beschl. v. 18.07.2005 – 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167, 215.

17 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 85.

18 Becker/Kingreen, in: Becker/Kingreen, SGB V, 9. Aufl. 2024, § 1 Rn. 4.

19 Schuler, in: Hänlein/Schuler, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, 6. Aufl. 2022, § 1 Rn. 3.

20 Neben Krankheiten bietet sie Präventionsmaßnahmen oder Leistungsansprüche bei Schwangerschaft oder Empfängnisregelungen etc. an. Während Präventionsmaßnahmen noch dem Risiko der Krankheit zugeordnet werden, sind Leistungen zur Empfängnisverhütung, Schwangerschaft oder Schwangerschaftsabbruch (soweit nicht krankheitsbedingt erbracht) nicht der Krankheit zuzuordnen: Dazu Schuler, in: Hänlein/Schuler, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, 6. Aufl. 2022, § 1 Rn. 2.

21 Beck, in: Rolfs u.a., BeckOGK, Stand: 15.05.2023, SGB V § 1 Rn. 6.

22 Berry, in: Ammann u. a., Verantwortung und Recht, 2022, S. 377, 381.

23 Pernice-Warneke, NZS 2023, 441, 442.

Versicherungspflicht, Beitragshöhe sowie Leistungsumfang unabhängig von den Vorerkrankungen oder sonstigen Risikodispositionen der Versicherten sind.²⁴ Nur diejenigen, bei denen der Gesetzgeber typischerweise davon ausgehen durfte, dass sie des Schutzes der solidarisch getragenen Krankenversicherung nicht bedürfen, sind aus dem Kreis der Pflichtversicherten ausgenommen und von der solidarischen Finanzierungsverantwortung entbunden. Es bleibt für diese Personengruppe eine Mitgliedschaft in der PKV oder die abschließend geregelte Möglichkeit zur freiwilligen Versicherung in der GKV.²⁵ Damit bewirkt das Solidarprinzip in der GKV einen sozialen Ausgleich, der über einen üblichen versicherungsmäßigen Ausgleich hinausgeht.²⁶

Kritiker fürchten jedoch Missbrauchsgefahren und sehen in der Solidarität einen Nährboden moralischen Fehlverhaltens, weshalb sie Beschränkungen durch Eigenverantwortung fordern.²⁷

2. Eigenverantwortung

Eigenverantwortung kann definiert werden als Verpflichtung des Einzelnen, selbst für die Folgen seines Handelns einzustehen. Dahinter steht das liberale Primat persönlicher Freiheit und der Gedanke der Aufklärung, wonach der Mensch mündig ist, d. h. selbstständig denken und handeln kann.²⁸ Insgesamt liegt auch dem Grundgesetz die Vorstellung des Menschen als eigenverantwortlichem Wesen zugrunde.²⁹ Dem Einzelnen steht es frei, sich vernünftig oder unvernünftig, gesundheitsbewusst oder unge-

24 Schuler, in: Hänlein/Schuler, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, 6. Aufl. 2022, § 1 Rn. 3.

25 Nebendahl, in: Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, SGB V § 1 Rn. 3.

26 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 87.

27 So beispielsweise Wolf, Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, 2010, S. 275 f. Darauf hinweisend, dass der „deutsche Wohlfahrtsstaat [...] auch zu seinen vermeintlich besten Zeiten [...] keine reine Solidaritätsveranstaltung dar[stellte], sondern [sich] [...] die ersten Ränge schon immer mit Prinzipien wie Subsidiarität, Eigenverantwortung oder Leistungsgerechtigkeit teilen und entsprechend relativieren lassen [musste]“: Börner, in: Betzelt/Fehmel, Deformation oder Transformation, 2022, S. 50.

28 Ahrens, Das Gesundheitswesen 2004 (66), 213, 214.

29 So schützen die Grundrechte Individualität und Eigenständigkeit: Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 100.

sund bzw. riskant zu verhalten.³⁰ In der Gesetzesbegründung des SGB V heißt es dann jedoch: „Jeder Versicherte ist für die Erhaltung seiner Gesundheit so weit verantwortlich, wie er darauf Einfluß nehmen kann.“³¹

Der Begriff Verantwortung entstammt der spätmittelalterlichen Gerichtssprache und meint, Rechenschaft vor einem Richter abzulegen, sein Handeln zu begründen oder zu verteidigen.³² Schon seit der Gründung des deutschen Sozialversicherungsstaates in den 1880ern sind sowohl Elemente einer Staatsverantwortung als auch Momente der Eigenverantwortung der Versicherten enthalten, die heute in § 1 SGB V zusammengefügt werden.³³

Im Nachkriegsdeutschland waren zwei Strömungen zu unterscheiden: die sog. „Selbsthilfebewegung“ in den 1970ern, die die Verrechtlichung, Bürokratisierung und Professionalisierung der Sozialpolitik kritisierte und die selbst Eigenverantwortung beanspruchte.³⁴ Schließlich dominiert seit den 1990ern diejenige Bewegung, die Eigenverantwortung von anderen fordert, welche es gerade nicht selbst beanspruchen.³⁵ Daraus folgt das Bild des aktivierenden Sozialstaates. Dabei wird zu Recht bemängelt, dass Eigenverantwortung als Forderung an andere die Gefahr impliziert, den Rückzug des Staates einseitig zu legitimieren und im neu entfachten Verteilungskampf die Lasten des Sozialstaates als moralische Waffe zu missbrauchen.³⁶ Die Forderungen nach mehr Eigenverantwortung resultieren überwiegend aus der Annahme, dass der Staat zu viele Aufgaben für die Bürger übernommen hat, wodurch der Wille der Bürger erlahmt sei, selbst Verantwortung zu übernehmen.³⁷

Teilweise wird festgestellt, dass Solidarität nicht ein einseitig, sondern ein durch Reziprozität geprägtes duales System sei.³⁸ Aus ihr folge eine

30 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 101.

31 BT-Drs. II/2237, S. 157.

32 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 103 m. w. N.

33 Gabriel, in: Weilert, Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, 2015, S. 303, 304.

34 Gabriel, in: Weilert, Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, 2015, S. 303, 310.

35 Gabriel, in: Weilert, Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, 2015, S. 303, 310.

36 Gabriel, in: Weilert, Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, 2015, S. 303, 310.

37 Ahrens, Das Gesundheitswesen 2004 (66), 213, 214.

38 Buyx, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2005, 1512, 1513.

gewisse Verpflichtung des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft, nicht nur einseitig Empfänger der Maßnahme zu sein, sondern aktiv Verantwortung für das eigene Gesundheitsverhalten zu übernehmen.³⁹ So müssen Personen in der Solidargemeinschaft sich ihrerseits solidarisch mit der Gemeinschaft zeigen, insofern setze Solidarität die Eigenverantwortung eines jeden voraus.⁴⁰ Diese Reziprozität des Solidarsystems zeigt sich in den normierten gegenseitigen Rechten und Pflichten der Versicherten, die dem Gedanken der Solidarität dienen.⁴¹ Die rechtliche Freiheit des Einzelnen kann zu tatsächlichen Ungleichheiten führen, denn der Einzelne muss die Folgen seiner freiheitlichen Entscheidungen und seiner Lebensweise selbst tragen.⁴²

Problematisch ist, dass Eigenverantwortung fast stets mit Kostenbeteiligung gleichgesetzt wird. Zentral ist dabei die Streitfrage, wann ein Selbstverschulden vorliegt und inwieweit dieses zur Kostenbeteiligung führt. Was genau zählt zu Selbstverschulden? Reicht schon der Verzicht auf eine medizinische Empfehlung oder muss erst ein bestimmtes Fahrlässigkeitsmaß bestehen, um aus der Solidargemeinschaft ausgeschlossen zu werden? Dies sind Einzelfallfragen, auf die der Rechtsanwender durch stete Abwägung eine Antwort finden müsste. Dabei kann § 52 SGB V möglicherweise Hilfestellung geben. Diese Norm soll einen Kompromiss zwischen beiden kollidierenden Grundsätzen darstellen.

a. Kompromiss des § 52 SGB V de lege lata?

Grundsätzlich ist es der GKV fremd, nach Verschuldensbeiträgen zu differenzieren, was ihrer Art nach auch nicht sachgemäß ist: Denn die Sozialversicherung soll den Versicherten in den Wechselfällen ihres Lebens Schutz sowie Hilfe bieten.⁴³ Dieses sog. Finalprinzip findet eine

39 Buyx, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2005, 1512, 1513.

40 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 92. „Keine Wohltat ohne Wohlverhalten“: Wolf, Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, 2010, S. 165.

41 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 92.

42 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 116.

43 Prehn, NZS 2010, 260, 263; BSG, Urt. v. 20.03.1959 – 3 RK 13/55, NJW 1959, 2327 (2327).

Durchbrechung im Kausalprinzip des § 52 SGB V.⁴⁴ Gesetzlich regelt § 52 SGB V die Grenzen der Solidargemeinschaft, indem er eine Verbindung zur Eigenverantwortung herstellt.⁴⁵ Dies wird dadurch ermöglicht, dass die Norm den gesetzlichen Krankenversicherungen erlaubt, die Versicherten in begrenztem Maße an Kosten der Behandlung zu beteiligen.⁴⁶ Danach übernehmen die gesetzlichen Krankenversicherungen die Kosten der Behandlung, es sei denn, diese wurden grob fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt. Während dieser Grundsatz der Eigenverantwortung eine rechtlich eindeutige Grenze zum Solidaritätsprinzip ziehen soll,⁴⁷ wird davon tatsächlich in der Praxis selten Gebrauch gemacht. § 52 SGB V knüpft als einzige Norm konkrete Folgen an die Eigenverantwortung und zählt dabei die „Leistungsbeschränkungen bei Selbstverschulden“ abschließend auf.⁴⁸ Sie soll einen schonenden Ausgleich zwischen beiden Prinzipien herstellen.

aa. § 52 Abs. 1 SGB V

Der § 52 Abs. 1 SGB V greift primär bei vorsätzlicher Hinzuziehung einer Krankheit, ohne dass man sich den Gesundheitsschaden selbst zufügen muss.⁴⁹ Gleichwohl muss zwischen Handlung und Gesundheitsschaden ein kausaler Zusammenhang bestehen.⁵⁰ Deshalb wird es bei gesundheits-schädlichem Verhalten oder bei riskanten Sportarten regelmäßig am Vorsatz bezüglich des Eintritts des konkreten Gesundheitsschadens mangeln.⁵¹

Die Leistungskürzung oder Rückforderungen stehen im pflichtgemäßen Ermessen der Krankenkassen, wobei sie im Einzelfall die Interessen des

44 Prehn, NZS 2010, 260, 263.

45 Heberlein, in: Rolfs u. a., BeckOK-SozR, 76. Ed. 2025, SGB V § 52 Rn. 1.

46 Lang, in: Becker/Kingreen, SGB V, 9. Aufl. 2024, § 52 Rn. 1.

47 Schifferdecker, in: BeckOGK, Stand Mai 2025, § 52 Rn. 3.

48 Daneben gibt es jedoch § 34 SGB V, der bestimmte verschreibungspflichtige Arznei- oder nicht verschreibungspflichtige Bagatellarznei-, Heil- bzw. Hilfsmittel pauschaliert vom Leistungsanspruch ausnimmt: Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 162.

49 Lang, in: Becker/Kingreen, SGB V, 9. Aufl. 2024, § 52 Rn. 2; SächsLSG, Urt. v. 09.10.2002 – L 1 KR 32/02, BeckRS 2002, 17099 Rn. 25. Daneben greift § 52 Abs. 1 bei Hinzuziehung einer Krankheit bei einem vorsätzlichen bzw. fahrlässigem Verbrechen oder einer vorsätzlichen Ordnungswidrigkeit. Diese Variante soll hier nicht näher untersucht werden.

50 SächsLSG, Urt. v. 09.10.2002, BeckRS 2002, 17099 Rn. 25.

51 Lang, in: Becker/Kingreen, SGB V, 9. Aufl. 2024, § 52 Rn. 2.

Einzelnen mit denen der Versichertengemeinschaft abwägen müssen.⁵² Dies geschieht durch Verwaltungsakt der Krankenkassen.⁵³

Gleichwohl läuft der Anwendungsbereich des Absatzes 1 wegen Beweisschwierigkeiten faktisch leer: Denn die Norm setzt Vorsatz zwischen der konkreten Handlung sowie dem Erfolgseintritt (Krankheit) als auch Kausalität zwischen Handlung und Erfolg voraus. Dies wird aber meistens selbst bei außergewöhnlich gesundheitsgefährdendem Verhalten fehlen, da auch dort der Betroffene auf das Ausbleiben des Erfolges vertrauen wird.⁵⁴ Hinzu kommt, dass womöglich bei einem Unfall ein Kausalzusammenhang zu den damit eintretenden Gesundheitsfolgen besteht, ansonsten sind Krankheiten jedoch multifaktoriell, eine genaue Ursache ist zwischen Umweltfaktoren, genetischer Veranlagung, Gesundheitsverhalten des Betroffenen und Wechselwirkungen nicht auszumachen.⁵⁵ Ein Nachweis jahrelanger, mitunter wechselnder Ursachenzusammenhänge ist kaum möglich und würde für die Krankenkassen einen enormen Verwaltungsaufwand bedeuten, der mit einem Nachweis- und Kontrollregime arbeiten müsste, das erhebliche rechtliche und ethische Bedenken schüren würde.⁵⁶

bb. § 52 Abs. 2 SGB V

Abs. 2 der Norm greift bei den abschließend aufgezählten Maßnahmen.⁵⁷ Voraussetzung ist, dass diese medizinisch nicht indiziert sind.⁵⁸ Gemeint sind einige Beispiele der „wunscherfüllenden Medizin“. Dieser Begriff umfasst sämtliche nicht medizinisch indizierte Maßnahmen am menschlichen Körper mit dem Ziel der Optimierung; d. h. es geht nicht darum, Krankheiten zu vermeiden, sondern den menschlichen Körper zu einem ver-

52 Lang, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 9. Aufl. 2024, § 52 Rn. 6.

53 Prehn, NZS 2010, 260, 264.

54 Lang, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 9. Aufl. 2024, § 52 Rn. 2; *Huster*, Ethik Med 2010, 289, 293; *Berry*, in: *Ammann u. a.*, Verantwortung und Recht, 2022, S. 377, 384.

55 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 187.

56 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 187 f.

57 Zum abschließenden Charakter: *Prehn*, NZS 2010, 260, 262; *Schifferdecker*, in: *Rolfs u. a.*, BeckOGK-SGB, Stand: 15.05.2023, SGB V § 52 Rn. 32.

58 Dafür, dass es dieser Einschränkung bei Piercings und Tätowierungen nicht bedarf, da diese in der Regel nicht medizinisch indiziert sind: *Prehn*, NZS 2010, 260, 264.

meintlichen Idealbild zu formen.⁵⁹ Da Piercings und Tätowierungen keine Krankheiten darstellen, sind sie nur über Abs. 2 zu erfassen.⁶⁰ Gemeinsam ist der medizinisch nicht indizierten ästhetischen Operation, dem Piercing und der Tätowierung, dass diese wesentliche Bedingung für die behandlungsbedürftige Krankheit sein müssen.⁶¹

Bei der Sanktionierung dieser enumerativ aufgezählten drei Maßnahmen besteht nicht nur die Gefahr der Entsolidarisierung, sondern zudem ein Gleichheitsproblem mit Art. 3 Abs. 1 GG, da es zahlreiche, stellenweise gravierendere Körpermodifikationen gibt als die aufgezählten Varianten.⁶² Dabei hat die Krankenkasse hier kein Entschließungsermessen, sondern muss bei Vorliegen der Voraussetzungen Leistungskürzungen oder Rückforderungen durchführen – nur hinsichtlich der Höhe besteht ein Auswahlermessen. Diese gebundene Entscheidung steht im starken Widerspruch zu den im Unwertgehalt deutlich intensiveren Fällen aus Abs. 1, bei denen die Krankenkasse zugleich Entschließungsermessen hat.⁶³

cc. Fazit de lege lata

Bei § 52 SGB V ist Eigenverantwortung als Euphemismus für eine Kostenbeteiligung zu verstehen.⁶⁴ Hintergrund ist, dass sich die Solidargemeinschaft dem Gedanken nach grundsätzlich selbst finanzieren soll und der

⁵⁹ *Prehn*, NZS 2010, 260, 260.

⁶⁰ *Heberlein*, in: *Rolfs u. a.*, BeckOK-SozR, 76. Ed. 2025, SGB V § 52 Rn. 5. Krankheit ist dabei als regelwidriger Körper- oder Geisteszustand zu verstehen, der ärztlicher Behandlung bedarf oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

⁶¹ BSG, Urt. v. 27.08.2019 – B 1 KR 37/18 R, NJW 2020, 708, 709, Rn. 10.

⁶² *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 9. Aufl. 2024, § 52 Rn. 8a; *Pernice-Warnke*, NZS 2023, 441, 444; aA *Schifferdecker*, in: *Rolfs u. a.*, BeckOGK-SGB, Stand: 15.05.2023, SGB V § 52 Rn. 35 f. Zwar handele es sich bei den nur drei aufgezählten Maßnahmen um eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen Körpermodifikationen, gleichwohl sei die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt, denn diese stellen die am häufigsten vorkommenden Erscheinungsformen dar.

⁶³ Ebenso *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 9. Aufl. 2024, § 52 Rn. 8a; *Prehn*, NZS 2010, 260, 266; aA *Schifferdecker*, in: *Rolfs u. a.*, BeckOGK-SGB, Stand: 15.05.2023, SGB V § 52 Rn. 40.

⁶⁴ Ähnlich im Ergebnis *Wolf*, Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, 2010, S.163, wonach die Änderungen im SGB V hin zu mehr Eigenverantwortung in der schlichten Finanzmittelbeschaffung der GKV zu sehen sei.

Staat sich nicht nach Belieben verschulden darf.⁶⁵ Dabei explodierten die Kosten der GKV in den vergangenen Jahren angesichts des demografischen Wandels, technologischen Fortschritts und eines Einnahmewegbruchs infolge der Zunahme nicht regulärer Beschäftigungsformen, weshalb sie bereits mit Milliarden aus Bundeszuschüssen unterstützt werden muss.⁶⁶

Keinesfalls darf mangelndes Selbstverschulden als Zugangsvoraussetzung für die Behandlung avancieren – es darf weiterhin nicht einmal zu einem Priorisierungskriterium in Bezug auf die Behandlung bestimmt werden.⁶⁷ Dies liegt einerseits daran, dass in einem akuten Notfall die Beweislage nicht voll ausgewertet werden kann, andererseits darf kein Leben dem anderen vorgezogen werden.⁶⁸ Zwar sind von Art. 2 Abs. 1 GG auch selbst gefährdende Handlungen umfasst, jedoch können aus den Folgen Lasten für das Gemeinwesen wie den Sozialversicherungen resultieren, sodass Einschränkungen nicht grundsätzlich verwehrt sind, auch wenn Dritte nicht unmittelbar gefährdet werden.⁶⁹ Wegen dieses Rechtes auf selbstschädigendes und damit gesundheitsschädliches Verhalten, ist der Gesetzgeber gehalten, hinsichtlich der Lebensstile und -entscheidungen der Einzelnen Neutralität walten zu lassen, solange nicht die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit betroffen werden.⁷⁰ § 52 SGB V wahrt zwar diese verfassungsrechtlichen Grenzen noch, ist aber wegen seines engen Anwendungsbereiches und der Verpflichtung des Arztes zur Weitergabe der Informationen an die Krankenkasse (§ 294a SGB V) unter Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht zu hinterfragen und ggf. komplett zu streichen.

65 Berry, *GesR* 2022, 205, 206.

66 Berry, *GesR* 2022, 205; Remmers, in: Bittlingmayer/Sahrai/Schnabel, *Normativität und Public Health*, 2009, S. III.

67 Pernice-Warnke, *NZS* 2023, 441, 443 plädiert dafür, die Beiträge der GKV zu modifizieren und die Höhe der übernommenen Behandlungskosten von risikobehaftetem Verhalten abhängig zu machen. Zum medizinethischen Konsens keiner „Bestrafung“ von Gesundheitsverhaltens durch Vorenthaltung von Behandlungen: Buyx, *Ethik Med* (2010), 22, 221, 222.

68 Pernice-Warnke, *NZS* 2023, 441, 443; BVerfG, *Urt. v. 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 u.a.*, BVerfGE 39, 1, 59.

69 Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz, *GG-Kommentar*, 106. EL: 2024, Art. 2 Abs. 1 Rn. 50.

70 Süß, *Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin*, 2014, S. 180.

b. Verschiedene Ausgestaltungsmöglichkeiten de lege ferenda

„Eigenverantwortung“ ist Teil der Idee eines neuen Sozialmodells und bedeutet einen Rückzug des Staates aus den sozialen Sicherungssystemen, wohingegen „Solidarität“ und „soziale Verantwortung“ für den Erhalt sozialstaatlicher Ansprüche stehen und damit Symbole des „alten“ Sozialsystems sind.⁷¹ Nach dieser Logik geht die Zunahme der Eigenverantwortung zwingend mit der Abnahme der Solidarität einher. Beide Prinzipien scheinen einander auszuschließen.

Es gibt zahlreiche verschiedene Ansatzpunkte, wie Eigenverantwortung in Zukunft ausgestaltet werden könnte. Unabhängig von der jetzigen rechtlichen Ausgestaltung sollen drei Grundströmungen knapp vorgestellt und ein konkreter Vorschlag von *Buyx* dargelegt werden.

Beim *Glücksegalitarismus* wird Eigenverantwortung im Sinne von Selbstverschulden als einziges Zuteilungskriterium im Gesundheitswesen benannt. Selbstverschuldete Krankheiten sind vom Betroffenen selbst zu tragen, nur für unverschuldete Defizite soll die Gemeinschaft aufkommen.⁷² Hintergrund ist, dass niemand durch reines Glück oder Pech, das er nicht zu verantworten hat, besser oder schlechter gestellt werden soll.⁷³ Die Bewältigung der Folgen von selbstbestimmt gewähltem Handeln obliegt allein dem Individuum, wie die Kosten der Versorgung nach Unfallfolgen nach riskantem Fahrverhalten.⁷⁴ Diese Theorie ist indes zu einseitig, indem sie andere Verteilungskriterien wie einen medizinischen Bedarf schlicht ignoriert und damit zu ungerechten Ergebnissen führt.⁷⁵

Liberal-libertäre Ansätze orientieren sich zu sehr am Markt, indem sie nur eine Minimalversorgung finanzieren wollen und für alle anderen Bereiche die Betroffenen in die Eigenverantwortung entlassen. Dies entzieht denjenigen die Chance auf medizinische Versorgung, die wenige oder gar keine Mittel besitzen.⁷⁶

Schließlich führen auch *kommunitaristische Ansätze*, die Kosten bei einem gemeinsam finanzierten Gesundheitssystem einsparen wollen, indem man sich von teuren Behandlungen abwendet, die nur wenigen nut-

71 Weyers, in: Dollinger/Raithel, Aktivierende Sozialpädagogik, 2006, S. 218.

72 Schmidt-Petri, Glücksegalitarismus im Gesundheitswesen, 2011, S. 1, 5; *Buyx*, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2005, 1512.

73 Schmidt-Petri, Glücksegalitarismus im Gesundheitswesen, 2011, S. 1, 5.

74 *Buyx*, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2005, 1512.

75 *Buyx*, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2005, 1512, 1513.

76 *Buyx*, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2005, 1512 f.

zen, hin zur Versorgung von „Volkskrankheiten“ nicht weiter.⁷⁷ Denn damit erhalten Personen mit seltenen Erkrankungen keine Behandlungschancen, da sie eine große Belastung für die Solidargemeinschaft darstellen. Das Allgemeinwohl hat hier Vorrang, Eigenverantwortung kann sich in individuellem gesundheitsförderndem Verhalten zeigen.

Keiner der Ansätze stärkt die Eigenverantwortung in der Weise, dass er sinnvollerweise auf das deutsche Gesundheitssystem übertragbar wäre. Differenzierter ist der Ansatz, wonach ein *zweistufiges Versorgungssystem* etabliert wird. Dabei wird eine Liste mit Krankheiten erstellt, die in kausal relevanter Weise auf dem Verhalten des Einzelnen beruhen. Die Betroffenen bekämen beim Vorliegen einer solchen Krankheit nur eine Basisbehandlung; teure diagnostische Verfahren würden dort nicht zur Verfügung stehen.⁷⁸ Alle bekämen dann noch eine Behandlung, unabhängig vom Verhalten; nur teure Verfahren würden nicht mehr von der Solidargemeinschaft finanziert. Dies kann nur solche Krankheiten umfassen, bei denen die Krankheitsursache nachvollziehbar ist und nicht auf multifaktoriellen Ursachen beruht. Dabei wird jedoch keine Krankheit als Beispiel genannt. Auch die vermeintlich naheliegenden Fälle wie Adipositas, Lungenkrebs durch starkes Rauchen oder das maligne Melanom durch zu viel Sonneneinstrahlung können multifaktorielle Ursachen (z. B. genetische) haben und dienen nicht zur Etablierung eines zweistufigen Versorgungssystems.

4. Soziale Ungleichheit

Es ist unklar, inwieweit der Einzelne für sein Verhalten und seine gesundheitlichen Lebensgewohnheiten verantwortlich gemacht werden kann. Ernährungsangewohnheiten und Bewegungsverhalten weisen häufig Suchtcharakter auf und werden durch Ursachen wie Armut in der Kindheit gelegt, auf die der Einzelne keinen Einfluss ausüben kann.⁷⁹ Elementares Problem der Verbindung beider Prinzipien sind die tatsächlichen Gegebenheiten in Form von sozialen Ungleichheiten. Nicht alle Personen sind in der Lage, eigenverantwortliche Gesundheitsentscheidungen zu treffen. Menschen aus sozial benachteiligten Schichten leiden häufiger unter

⁷⁷ Buyx, Deutsche Medizinische Wochenschrift 2005, 1512 f.

⁷⁸ Buyx, in: Rauprich/Marckmann/Vollmann, Gleichheit und Gerechtigkeit in der modernen Medizin, 2005, 332.

⁷⁹ Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 185 f.

schlechten Arbeitsbedingungen, die sie nicht kontrollieren können. Hinzu kommen geringere Bildungsniveaus und fehlender Zugang zu gesunden Lebensmitteln. Damit bestehen nicht nur rechtliche Herausforderungen, ab wann etwas als grob fahrlässig oder vorsätzlich einzuordnen ist. Vielmehr kommen hier ethische und soziale Herausforderungen hinzu.

Aktuelle politische Forderungen nach Eigenverantwortung ignorieren bekannte Tatsachen, wonach nicht die persönliche Leistung, sondern die soziale Lage den individuellen Gesundheitszustand bestimmt.⁸⁰ Benachteiligte Bevölkerungsgruppen werden doppelt bestraft: Einerseits werden sie überdurchschnittlich häufig krank, andererseits werden sie auch selten in Entscheidungsprozesse miteinbezogen.⁸¹ Eine Beteiligung an den Kosten der Krankenbehandlung könnte dazu führen, dass sinnvolle oder sogar notwendige Leistungen nicht oder zu spät durchgeführt werden, was das Gesundheitssystem später auch mittelbar belasten würde; zudem würden soziale Ungleichheiten verstärkt, da solche unterbliebenen Behandlungen hauptsächlich bei den ärmeren Bevölkerungsschichten anzutreffen wären.⁸²

Eigenverantwortung zu fordern und durchzusetzen, ohne soziale Ungleichheiten zu beseitigen, kann zur Aushöhlung der Solidargemeinschaft führen und damit zu einer Vertiefung bestehender Ungleichheiten. Konsequenz zu Ende gedacht, würde mit der umso größeren Betonung der Eigenverantwortung das Gesundheitssystem Gefahr laufen, sich abzuschaffen: Nur die gesunden Leistungserbringer dürfen Gesundheitsleistungen in Anspruch nehmen, bedürfen dieser aber nicht, und die Kranken benötigen diese, haben jedoch ihre Rechte darauf verwirkt.⁸³

Konsens ist, dass Personen wegen individueller Unterschiede bzgl. Veranlagung, Risikoverhalten und persönlicher Entwicklung keinen gleichen Gesundheitszustand aufweisen können, dass aber jede Person die gleichen Gesundheitschancen besitzen sollte.⁸⁴

Gesundheit und Krankheit hängen in hohem Maße vom sozialen Status der Personen ab. Dies wird als ungerecht wahrgenommen, denn Morbidität

80 Schmidt, Jahrbuch für kritische Medizin und Gesundheitswissenschaften 2010 (46), 51.

81 Schmidt, Jahrbuch für kritische Medizin und Gesundheitswissenschaften 2010 (46), 51.

82 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 168 f.

83 Schmidt, Jahrbuch für kritische Medizin und Gesundheitswissenschaften 2010 (46), 51, 53.

84 Ahrens, Das Gesundheitswesen 2004 (66), 213, 215.

und Mortalität aufgrund sozialer Faktoren gilt als vermeidbar.⁸⁵ Die Bevölkerungsgruppe mit dem größten Erkrankungsrisiko, frühzeitig chronisch eingeschränkt zu sein und zu sterben, verfügt über die geringsten Möglichkeiten zur Krankheitsbewältigung.⁸⁶ Das Beharren auf Eigenverantwortung macht den Einzelnen für „Faktoren verantwortlich, die sich in seinem Lebenslauf zu günstigen oder ungünstigen Einflüssen kumulieren.“⁸⁷

a. Verantwortungszuweisungen (noch) unsachgemäß

Das Gesundheitswesen ist – anders als etwa das Rechtswesen – ein weniger formalisiertes System, indem erst noch im gesellschaftlichen Diskurs ausgehandelt werden muss, wem Verantwortung zugewiesen werden kann.⁸⁸ Die Diskursmacht entscheidet über den Aushandlungsprozess, an dem benachteiligte Gruppen nicht partizipieren. Es ist ein Elitediskurs, den diejenigen dominieren, die über ausreichende ökonomische, soziale und kulturelle Ressourcen verfügen und bereits ihre Gesundheit ausreichend managen können.⁸⁹

Die benachteiligte Bevölkerungsgruppe gilt als gesundheitliche Risikogruppe, die künftig mehr Eigenleistung erbringen soll und ihr Verhalten hinsichtlich Bewegung, Ernährung und Suchtmitteln anpassen müssen.⁹⁰

Beispielsweise sind viele der gefährdenden Gesundheitsverhalten unter Männern verbreitet, gleichwohl wird nicht diskutiert, ob diese einen Risikoaufschlag tragen sollen.⁹¹ Es ist ungerecht, Einzelne für etwas verantwortlich zu machen, für das sie nichts können.⁹² Es werden überdies immer dieselben Verhaltensweisen herausgegriffen, nicht aber etwa die Arbeitsbelastung, die man sich zumutet.⁹³ Zwar mag die eigene Gesundheit

85 Ahrens, *Das Gesundheitswesen* 2004 (66), 213, 215.

86 Ahrens, *Das Gesundheitswesen* 2004 (66), 213, 216.

87 Goertz, *Ethica* 13 (2005), 339, 344.

88 Schmidt, *Jahrbuch für kritische Medizin und Gesundheitswissenschaften* 2010 (46), 51, 54.

89 Schmidt, *Jahrbuch für kritische Medizin und Gesundheitswissenschaften* 2010 (46), 51, 54.

90 Schmidt, *Jahrbuch für kritische Medizin und Gesundheitswissenschaften* 2010 (46), 51, 55.

91 Männer sind nach wie vor Verantwortungszuweißer und bekommen keine Verantwortung zugewiesen: Schmidt, *Jahrbuch für kritische Medizin und Gesundheitswissenschaften* 2010 (46), 51, 55.

92 Goertz, *Ethica* 13 (2005), 339, 344.

93 Goertz, *Ethica* 13 (2005), 339, 344.

in Grenzen beeinflussbar sein, aber die notwendige Selbstkompetenz zur Befähigung im Umgang mit Gesundheit oder Krankheit sind nicht allein im Einzelnen verankert.⁹⁴

b. Neues Begriffsverständnis

Nicht jedes gesundheitsschädliche Verhalten kann als unsolidarisch angesehen werden. Es wird regelmäßig an einer Schädigungsabsicht der Solidargemeinschaft fehlen, zumal dringendere Fragen in den Vordergrund rücken müssen, etwa inwieweit das gesundheitsschädigende Verhalten frei gewählt und zurechenbar ist.⁹⁵ Die Begriffe der „Solidarität“ und „sozialen Gerechtigkeit“ werden zunehmend durch Leitideen der „Leistungsbereitschaft“ und „Eigenverantwortung“ abgelöst.⁹⁶

Verantwortung und Verantwortlichkeit werden bisweilen synonym genutzt, meinen aber Verschiedenes: Während sich „Verantwortung“ auf die Zuschreibung der Zuständigkeit für Handlungen bzw. Aufgaben bezieht, bezeichnet „Verantwortlichkeit“ demgegenüber die Zuschreibung an eine Person, die Fähigkeit zu besitzen, bestimmten Verantwortungen gerecht zu werden.⁹⁷ Während sich Verantwortung auf Handlungen bzw. Aufgaben bezieht, stellt Verantwortlichkeit auf Eigenschaften bzw. Fähigkeiten einer Person ab.⁹⁸ Erst eine Eigenmächtigkeit unter solidarischer Absicherung statt Eigenverantwortung ermöglicht ein sozial gerechtes sowie subjektiv definiertes Wohlbefinden.⁹⁹ Auf dem Weg zur Eigenverantwortlichkeit kann der Staat versuchen, die Einzelnen in die richtige Richtung zu „schubsen“ (engl. „nudging“). Für die Zulässigkeit muss von einer Rechtfertigung ausgegangen werden, dass menschliches Verhalten so beeinflusst werden darf, dass die daraus resultierenden Entscheidungen das menschliche Wohlergehen (hier: Gesundheit) fördern werden.¹⁰⁰

94 Goertz, *Ethica* 13 (2005), 339, 345.

95 Süß, *Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin*, 2014, S. 198.

96 Weyers, in: *Dollinger/Raithel, Aktivierende Sozialpädagogik*, 1. Aufl. 2006, S. 217.

97 Weyers, in: *Dollinger/Raithel, Aktivierende Sozialpädagogik*, 1. Aufl. 2006, S. 217, 219.

98 Weyers, in: *Dollinger/Raithel, Aktivierende Sozialpädagogik*, 1. Aufl. 2006, S. 217, 219 f.

99 Schmidt, *Jahrbuch für kritische Medizin und Gesundheitswissenschaften* 2010 (46), 51.

100 Zu den Vor- und Nachteilen eines solchen libertären Paternalismus: *Buyx, Ethik Med* (2010) 22, 221, 226 ff.

5. Fazit

Eigenverantwortung ist derzeit ein noch zahnloser Tiger, der bei Zuspitzungen in Zukunft soziale Ungleichheiten verschärfen könnte. Denn die Fähigkeiten für eigenverantwortliches Handeln sind sozial ungerecht verteilt: Ungesunde Lebensstile und ungesunde Lebensweisen sind in einkommensschwachen Milieus überrepräsentiert.¹⁰¹ Dass noch immer Forderungen nach Eigenverantwortung erhoben werden, geschieht gegen jede empirische Beweiskraft.¹⁰²

Nicht nur aus rechtlicher Sicht sind Leistungsbeschränkungen oder Ausschlüsse von Krankenbehandlungen abzulehnen, denn sie verstoßen gegen das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Selbstschädigung, sind unverhältnismäßig und können gegen das Gleichheitsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen.¹⁰³ Auch aus ethischer Sicht sollte kein Gesundheitsverhalten derart sanktioniert werden, dass nur noch eine schlechtere oder gar keine Behandlung erfolgt. Auch die derzeitige Möglichkeit der Kostenbeteiligung nach § 52 SGB V ist wegen des geringen Anwendungsfeldes und der in Absatz 2 „herausgepickten“ drei Varianten problematisch. Auch die Einnahmen bei Selbstverschulden durch § 52 SGB V i. H. v. knapp unter 1 Mio. Euro im Jahr 2021 bei allen gesetzlichen Krankenversicherungen¹⁰⁴, erscheinen angesichts der jährlich anfallenden Kosten (2024: rund 327 Mrd. Euro)¹⁰⁵ vernachlässigbar.

Der Ruf nach Eigenverantwortung führt mittelbar zur Schwächung des Solidarprinzips, indem nicht mehr alle Krankheiten solidarisch von der Versichertengemeinschaft getragen werden. Eine solche undifferenzierte und unspezifische Forderung nach Eigenverantwortung verkennet, dass

101 Berry, in: Ammann u. a., Verantwortung und Recht, 2022, S. 377, 390.

102 Schmidt, Jahrbuch für kritische Medizin und Gesundheitswissenschaften 2010 (46), 51, 52.

103 Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 198.

104 BMG-Statistik „Gesetzliche Krankenversicherung, Endgültige Rechnungsergebnisse 2021“, S. 4, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Statistiken/GKV/Finanzergebnisse/KJ1_2021_KA_bf.pdf (zuletzt abgerufen am 1.8.2025). In den darauffolgenden Jahren finden sich dazu keine ausgewiesenen Zahlen mehr in den Rechnungsergebnissen.

105 BMG-Statistik „Gesetzliche Krankenversicherung, Vorläufige Rechnungsergebnisse 2024“, S. 16: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Statistiken/GKV/Finanzergebnisse/KV45_1-4._Quartal_2024_Internet.pdf (zuletzt abgerufen am 1.8.2025).

Kompetenzen und Ressourcen ungerecht verteilt sind. Bevor eine solche Eigenverantwortung gefordert wird, muss Eigenverantwortlichkeit überhaupt ermöglicht werden.¹⁰⁶ Dafür muss der Staat sorgen, dessen Verantwortung für die Gesundheit seiner Bürger in § 1 SGB V keinerlei Erwähnung findet.¹⁰⁷ Nur mit dem Verständnis von Solidarität und Eigenverantwortung, die zunächst Eigenverantwortlichkeit voraussetzt, könnten sich beide Prinzipien eines Tages ergänzen. Dann können Diskussionen starten, wie Eigenverantwortung in der GKV so genutzt werden kann, wie „andernorts risikoäquivalente Beitragszuschläge, Leistungsausschlüsse und Obliegenheiten“¹⁰⁸. Denn sowohl die Solidarität als auch die Eigenverantwortung sind nicht-statische Gestaltungsprinzipien der GKV, die anhaltenden Reformprozessen und Gesetzesspielräumen unterliegen, die ein anderes Mischverhältnis beider Prinzipien aushandeln können.¹⁰⁹

106 Goertz, *Ethica* 13 (2005), 339, 350. Mit dem Hinweis, dass wenn Eigenverantwortlichkeit nicht gestärkt wird, Eigenverantwortung Gefahr läuft zum Matthäus-Prinzip zu werden: „Denn wer hat, dem wird gegeben, und er wird im Überfluss haben; wer aber nicht hat, dem wird auch noch weggenommen, was er hat.“ (Mt. 25, 29).

107 Ohne Wertung feststellend: Beck, in BeckOGK, Stand Mai 2025, SGB V, § 1 Rn. 9.

108 Zitat nach Wolf, *Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung*, 2010, S. 276.

109 Börner, in Betzelt/Fehmel, *Deformation oder Transformation*, 2022, S. 59.

Geschlechtervarianz im Gesundheitsrecht – Ein rechtlich in der Selbstverantwortung verortetes Problem der Solidarität (?)

*Jun.-Prof. Dr. Jennifer Grafe, LL.M.**

I. Einleitung

Schätzungen zufolge leben in Deutschland mindestens 100.000 Menschen, die sich nicht dem Geschlecht zugehörig empfinden, das ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde.¹ Außerdem existiert eine mindestens genauso große Anzahl an Menschen, die sich genetisch oder anatomisch nicht eindeutig einem binären Geschlecht zuordnen lassen.² Nicht immer, aber sehr häufig geht damit ein Leidensdruck einher, der vor allem dadurch entsteht, dass sich das selbstempfundene Geschlecht nicht nach außen hin zeigt, insbesondere gilt das, wenn Geschlechtsmerkmale stets gesellschaftlich „falsch“ interpretiert werden. Das ruft häufig den Wunsch nach einer äußerlichen Änderung von geschlechtlichen Merkmalen hervor. Auf den ersten Blick mag man einen solchen Wunsch anderen kosmetischen Schönheitsoperationen gleichstellen, die das Gesundheitsrecht grundsätzlich in die Eigenverantwortung der betroffenen Personen stellt. Historisch sah man in Geschlechtervarianz aber stets einen krankhaften Zustand, sodass die Angleichung an ein männliches oder weibliches Erscheinungsbild als so zentral empfunden wurde, dass die Solidargemeinschaft für eine solche Anpassung als Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung aufkommen sollte. Paradoxerweise hat die weitreichende (verfassungsrechtliche und gesellschaftliche) Anerkennung verschiedener (auch nicht binärer) Geschlechtsidentitäten und der medizinische Fortschritt, der Geschlech-

* Die Autorin ist Juniorprofessorin für Kriminologie und Strafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

1 *BMFSFJ*, Situation von trans- und intersexuellen Menschen im Fokus, abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/blob/112092/25143068af0f51442bf5efd34edd8016/situation-von-trans-und-intersexuellen-menschen-im-fokus-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.03.2025); vgl. auch *Meyer/Boczek/Bojunga*, Deutsches Ärzteblatt 2020, 725.

2 *BMFSFJ*, Situation von trans- und intersexuellen Menschen im Fokus, abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/blob/112092/25143068af0f51442bf5efd34edd8016/situation-von-trans-und-intersexuellen-menschen-im-fokus-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.03.2025).

tervarianz nicht mehr als Krankheit einordnet, dieses Solidaritätsverständnis verkehrt. Denn das Gesundheitsrecht geht von einer Verantwortung der Gemeinschaft für Krankheiten und ihre Erkennung und Heilung aus. Gleichzeitig muss das Gesundheitsrecht als Ausfluss der Solidargemeinschaft nicht nur für Mehrheiten, sondern auch für Minderheiten ein System vorhalten, das eine individuelle Krankenversorgung gewährleisten kann. Damit steht das Gesundheitsrecht vor der Frage, inwieweit Personen mit Geschlechtervarianz eigentlich bei der Gesundheitsversorgung eine Eigenverantwortung zukommt. Das Auftreten von Geschlechtervarianz in einem nach wie vor binär geprägten System stellt das Gesundheitsrecht vor Herausforderungen, weil etablierte Behandlungsmethoden und nicht selten das Gesetz selbst diese nicht vorsehen. Schon Geschlechtervarianz, die eine Mann-zu-Frau oder Frau-zu-Mann-Transition zum Inhalt hat, ist häufig in althergebrachte Systeme nicht zu integrieren; eine besondere Aufgabe entsteht aber dann, wenn ein nicht-binäres Geschlecht vorliegt, das sich erst recht binären Vorstellungen entzieht.

Diese Frage nach der Abgrenzung von Selbstverantwortung und Solidarität bei Geschlechtervarianz geht über die geschlechtsverändernden Operationen (dazu unter II.), die dennoch im Mittelpunkt stehen, hinaus und müssen etwa auch die Frage nach der Eigenverantwortung für Kinderwunschbehandlungen in den Blick nehmen. Zwar lässt sich anführen, Kinderwunsch sei eine eigene Angelegenheit, jedoch sieht das SGB V eine Kostenübernahme unter gewissen Bedingungen vor, § 27a SGB V. Dies ist dann der Fall, wenn die Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft nach ärztlicher Feststellung erforderlich sind, hinreichende Aussicht besteht, dass eine Schwangerschaft herbeigeführt werden kann, die Personen miteinander verheiratet sind, ausschließlich Ei- und Samenzellen der Ehegatten verwendet werden sowie eine ausreichende Unterrichtung der Ehegatten erfolgt. Eine Kostenübernahme scheitert bei trans Personen zumeist an einer dieser Voraussetzungen, insbesondere daran, dass Eizelle und Spermien von den Ehegatten zur Verfügung gestellt werden müssen, eine Samenspende aus einer Datenbank etwa kommt hier nicht in Betracht (dazu unter III.). Beides wird im Folgenden unter dem Gesichtspunkt von Eigenverantwortung und Solidarität näher untersucht.

II. Geschlechtsverändernde Maßnahmen

Der Koalitionsvertrag der 20. Legislaturperiode verspricht: „Die Kosten für geschlechtsangleichende Behandlungen müssen vollständig von der GKV übernommen werden.“³ Er etabliert also politisch eine Grundvorstellung, nach der die Solidargemeinschaft für geschlechtsverändernde Maßnahmen aufkommen soll. Geschlechtsverändernde Maßnahmen, häufig auch geschlechtsangleichende Maßnahmen genannt,⁴ sind zunächst Hormontherapien, also die Gabe von Östrogenen oder Testosteron, wobei zu unterscheiden ist, ob die Pubertät bereits abgeschlossen ist oder ob bereits die Pubertätsunterdrückung bezweckt werden soll. Darüber hinaus sind die Entfernungen des Uterus (Hysterektomie), des Scheidengewebes (Kolpektomie), der Eierstöcke (Ovarektomie) und der Brüste (Mastektomie), sowie der plastische operative Aufbau von äußeren Geschlechtsmerkmalen wie Penis und Hoden (Penoidrekonstruktion, Phalloplastik oder Klitorispenoid) erfasst.⁵ Die Kosten pro Operation bewegen sich zwischen 5.000 und 50.000 Euro. Die Kostenübernahme dafür durch die gesetzliche Krankenkasse, also die Frage danach, ob etwas in der Verantwortung der Solidargemeinschaft liegt oder nicht, hat das Sozialgesetzbuch in gesetzliche Merkmale transportiert: § 27 Abs. 1 SGB V stellt den Begriff der Krankheit in den Mittelpunkt und knüpft eine Kostenübernahme daran, dass eine Krankenbehandlung notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern. Orientieren muss sich die Behandlung am medizinischen Standard, § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V.

1. Die „Krankheit“ im Sinne des Gesundheitsrechts

§ 27 Abs. 1 S. 1 SGB V benennt als zentrale Voraussetzung des Kostenerstattungsanspruchs das Vorliegen einer Krankheit. Eine Definition gibt das

3 SPD/Grüne/FDP, Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Grüne und FDP, 20. Legislaturperiode, S. 95.

4 Der Begriff wird von vielen Menschen abgelehnt, weil er von einem binären Geschlechtermodell ausgeht und insbesondere nicht-binäre Personen unberücksichtigt lässt.

5 Weiterführend zu den verschiedenen Behandlungsarten *Grohs*, Geschlechtsidentität und Recht, 2024, S. 43.

Gesetz nicht vor, Inhalt und Grenzen des Begriffs sind daher von der Rechtsprechung und dem Schrifttum zu entwickeln. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist die Krankheit „ein regelwidriger, vom Leitbild des gesunden Menschen abweichender Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf oder den Betroffenen arbeitsunfähig macht.“⁶ Es handelt sich um einen rechtlichen Zweckbegriff, der einer Zweigliedrigkeit folgt: Der regelwidrige, körperliche oder geistige Zustand umschreibt das Bedürfnis der betroffenen Person nach Gesundheit, während die Behandlungsbedürftigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit den Sozialgedanken des Gesundheitsrechts widerspiegelt und den Risikobereich anhand der Möglichkeiten der Gesellschaft beschränkt auf solche Zustände, die auch tatsächlich behandlungsbedürftig sind (vergleichbar mit der sozialrechtlichen Ausgestaltung des Begriffs der Behinderung).⁷ Der Begriff ist vom medizinischen Begriff abzugrenzen, der sich über Symptome und Ursachen definiert oder anstelle der Krankheit eher die Gesundheit definiert (nach der Weltgesundheitsorganisation etwa ist Gesundheit ein „state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.“⁸). Über die Begrifflichkeiten lässt sich umfassend debattieren,⁹ im Folgenden wird aus Gründen des Umfangs der gesetzliche Begriff zugrunde gelegt, ohne seine Schwächen näher zu thematisieren.

Die Regelwidrigkeit selbst geht vom Leitbild eines gesunden Menschen aus, der zur Ausübung normaler körperlicher und psychischer Funktionen in der Lage ist.¹⁰ Dabei ist in Bezug auf das funktionelle Defizit eine Erheblichkeitsschwelle zu überschreiten. Kosmetische Beeinträchtigungen begründen daher keine Krankheit, es sei denn, sie nehmen ein extremes und unzumutbares Ausmaß an.¹¹ Das ist nach der Rechtsprechung der

6 Beispielhaft BSG, Urt. v. 20.10.1972 – 3 RK 93/71, BSGE 35, 10, 12; BSG, Urt. v. 10.02.1993 – 1 RK 14/92, BSGE 72, 96, 98; BSG, Urt. v. 30.09.1999 – B 8 KN 9/98 R, BSGE 85, 36, 38; BSG, Urt. v. 19.10.2004 – B 1 KR 27/02 R, BSGE 93, 236, 252.

7 Müller-Götzmann, in: Rolf's u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2023, SGB V § 27 Rn. 14 m.w.N.

8 WHO, Constitution of the WHO, S. 1; „Zustand des umfassenden körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht lediglich das Freisein von Krankheit und Schwäche“.

9 Müller-Götzmann, in: Rolf's u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2023, SGB V § 27 Rn. 12 ff. m.w.N.

10 BSG, Urt. v. 20.10.1972 – 3 RK 93/71, BSGE 35, 10; BSG, Urt. v. 19.10.2004 – B 1 KR 27/02 R, BSGE 93, 236, 252.

11 BSG, Urt. v. 28.02.2008 – B 1 KR 19/07 R, BSGE 100, 119, 120.

Fall, wenn eine „entstellende Wirkung“ vorliegt, wenn es den betroffenen Personen erschwert oder unmöglich ist, „sich frei und unbefangen unter den Mitmenschen zu bewegen“.¹²

Die Behandlungsbedürftigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit muss kausal auf der Regelwidrigkeit beruhen. Dazu wird die Relevanztheorie herangezogen, nach der die Regelwidrigkeit ursächlich ist, wenn sie im Verhältnis zu anderen Einzelbedingungen wegen ihrer besonderen Beziehung zu dem Erfolg, dessen Eintritt wesentlich mitbewirkt hat.¹³ Behandlungsbedürftigkeit liegt dann vor, wenn durch den regelwidrigen Gesundheitszustand die körperlichen oder geistigen Funktionen in einem so beträchtlichen Maße eingeschränkt sind, dass ihre Wiederherstellung der Mithilfe der ärztlichen Behandlung bedarf.¹⁴ Eine Behandlungsfähigkeit muss also hinzutreten, was in Bezug auf die grundsätzlich nicht behandlungsfähige Geschlechtervarianz noch an Bedeutung gelangen wird. Für das Behandlungsziel ist keine vollständige Heilung erforderlich, auch wenn sie vorrangig anzustreben ist,¹⁵ es genügt, seine Verschlimmerung zu verhüten oder seine Beschwerden zu lindern.¹⁶ Arbeitsunfähigkeit liegt demgegenüber vor, wenn die betroffene Person überhaupt nicht oder nur unter der Gefahr einer erheblichen Verschlimmerung fähig ist, ihrer zuletzt ausgeübten oder einer ähnlichen Tätigkeit nachzugehen.¹⁷

Zusammenfassend wird der gesundheitsrechtliche Begriff der Krankheit geprägt von einem Normalbild eines Menschen, der sich an einer gesellschaftlichen Erwartungshaltung orientiert.

12 BSG, Urt. v. 28.02.2008 – B 1 KR 19/07 R, BSGE 100, 119, 120.

13 BSG, Urt. v. 23.11.1971 – 3 RK 26/70, BSGE 33, 202.

14 BSG, Urt. v. 20.10.1972 – 3 RK 93/71, BSGE 35, 10; BSG; Urt. v. 10.07.1979 – 3 RK 21/78, NJW 1980, 1919; ausführlich *Spielmeyer*, DOK 1971, 836, 838 f.

15 BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 26.02.2013 – 1 BvR 2045/12, NJW 2013, 1664; ausführlich *Krasney*, ZSR 1976, 411, 418.

16 BSG, Urt. v. 20.10.1972 – 3 RK 93/71, BSGE 35, 10.

17 BSG, Urt. v. 23.11.1971 – 3 RK 26/70, BSGE 33, 202.

2. Geschlechtervarianz als „Krankheit“ im Sinne des § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V

a. Medizinische Einordnung

Die Pathologisierung von Geschlechtervarianz entspricht nicht mehr dem Stand der Wissenschaft.¹⁸ Die Bezeichnung als Defekt o. ä. wurde daher nach und nach aufgegeben – anerkannt ist weiterhin, dass aufgrund der Abweichung von Geschlechtsidentität und körperlichen Geschlechtsmerkmalen eine starke psychische Belastung vorliegen kann, die als Geschlechtsdysphorie bezeichnet wird. Die internationale Klassifizierung von Krankheiten (ICD) wird von der Weltgesundheitsorganisation herausgegeben und vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte in eine deutsche Fassung übertragen. Sie dient der Klassifizierung und Kodierung insbesondere der Versorgung durch die gesetzlichen Krankenkassen. Gemäß der bis zum 1.1.2022 geltenden ICD-10 ist Transsexualismus eine psychiatrische Störung (F64.0). Da die neue Klassifizierung (ICD-11) noch nicht eingeführt wurde, ist die ICD-10 in Deutschland weiterhin für die Abrechnung relevant.¹⁹

Die S3-Leitlinie „Geschlechtsinkongruenz, Geschlechtsdysphorie und Trans-Gesundheit: Diagnostik, Beratung und Behandlung“ (S3-Leitlinie), die von der *Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e. V.* entwickelt wurde und derzeit überarbeitet wird, bezeichnet die Diagnose Transsexualismus (F64.0) in der 10. Fassung der ICD-10 als international überholt. Sie bezieht sich dabei vor allem auf die fünfte Version des von der *American Psychiatric Association* im Mai 2013 herausgegebenen Klassifikationssystems *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5)*. Dieses System hat den Begriff „Geschlechtsidentitätsstörung“ aufgegeben; stattdessen beschreibt Gender Dysphoria (deutsch: Geschlechtsdysphorie) den Leidensdruck zwischen Gender (ein englisches Wort, das zwar ins Deutsche übersetzt ebenfalls „Geschlecht“ bedeutet, aber eher Geschlechtsidentität beschreibt) und dem aufgrund biologischer Merkmale zugewiesenen Geschlecht, der Störungswert erreicht, wenn sich aufgrund dessen ein klinisch-relevanter Leidensdruck entwickelt. Das DSM-5 wird in Deutschland primär im Rahmen der Weiterbildung, aber nicht zur Diagnosestellung verwendet.²⁰

18 Nieder/Strauß, Zeitschrift für Sexualforschung 2019, 70, 76 m.w.N.

19 Dazu auch Harney/Huster/Kohlenbach, MedR 2023, 127, 136.

20 Bauer/Maier/Schneider/Kampfhammer, Der Nervenarzt 2014, 531.

In der seit Januar 2022 vorliegenden ICD-11, deren German-Modification-Fassung bisher noch nicht abgeschlossen ist, lautet die Diagnose nunmehr „Gender Incongruence“ und wird außerhalb psychischer Störungen verortet. Hierbei wird davon ausgegangen, dass schon die Inkongruenz als solche den Störungswert ausmacht; ein bereits entstandener Leidensdruck ist nicht mehr erforderlich, auch Prävention soll damit ermöglicht werden.²¹

b. Geschlechtsidentität als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Das Bundesverfassungsgericht hat 2017 entschieden, dass die Geschlechtsidentität nicht-binärer Personen von dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und dem Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geschützt ist, sodass eine Beschränkung des Geschlechtseintrags im Personenstandsregister auf die Begriffe „männlich“ und „weiblich“ verfassungsrechtlich unzulässig ist.²² Der Schutz durch die Verfassung bezieht sich dabei in Bezug auf die Intimsphäre auf den Offenbarungsschutz (nunmehr einfachgesetzlich ausgestaltet in § 13 Selbstbestimmungsgesetz) und auf die Selbstbestimmung der individuellen Identität und ihre äußerliche Darstellung.²³ Die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität ergibt sich im Übrigen auch aus Art. 8 EMRK.²⁴ Damit ist eine geschlechtsverändernde Operation hin zu einem binären Geschlecht und einem nicht-binären Geschlecht gleichzustellen; eine entsprechende Differenzierung, auch bei der Kostenübernahme, ist verfassungsrechtlich vor allem mit Blick auf Art. 3 GG zu beanstanden, es sei denn, es fänden sich zwingende Differenzierungsgründe, die ihrer Natur nach nur in der einen oder der anderen Konstellation auftreten können.²⁵

21 Zu den medizinischen Behandlungsweisen vgl. eingehend *Grohs*, Geschlechtsidentität und Recht, 2024, S. 43 ff.

22 BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1, 20; zuvor bereits ständige Rechtsprechung in Bezug auf binäre Transidentität vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011 – 1 BvR 3295/07, BVerfGE 128, 109, 124 m.w.N.

23 BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006 – 1 BvL 1/04, BVerfGE 116, 243, 246.

24 EGMR, Urt. v. 11.07.2002 – 28957/95, NJW-RR 2004, 289, 293.

25 BVerfG, Urt. v. 28.01.1992 – 1 BvR 1025/82, BVerfGE 85, 191, 207.

c. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts

aa. Die erste Entscheidung des BSG auf Grundlage der §§ 182 Abs. 2, 184 Abs. 1 RVO (1987)²⁶

In der ersten Entscheidung des Bundessozialgerichts im Jahr 1987 noch unter der Geltung der Reichsversicherungsordnung wurde ein Anspruch auf Krankenbehandlung bei geschlechtsverändernden Operationen bejaht, weil die Spannung zwischen dem körperlichen Geschlecht und der Identifizierung mit dem anderen Geschlecht zu einem Leidensdruck geführt habe, der nicht durch andere Behandlungen behandelt werden könne.²⁷ Transsexualität sei eine Krankheit, die „eine außergewöhnliche, rechtliche Behandlung rechtfertigt“.²⁸ Zusätzlich war ein Leidensdruck der Betroffenen erforderlich, um eine Regelwidrigkeit des körperlichen Zustands zu begründen.²⁹

bb. Die Entscheidungen des BSG nach Inkrafttreten des SGB V

Grundsätzlich bejahte das Bundessozialgericht auch nach Inkrafttreten des SGB V einen Anspruch transgeschlechtlicher Personen nach §§ 27, 39 SGB V auf die Durchführung von Operationen zur Anpassung des Körpers an die geschlechtliche Identität als Sachleistung der gesetzlichen Krankenversicherung.³⁰ Das Gericht hat „Transsexualismus“ als behandlungsbedürftige Krankheit anerkannt und sah sich in dieser Annahme durch die Wertung des Transsexuellengesetzes zur personenstandsrechtlichen Anerkennung der Transsexualität bestätigt. Voraussetzung dafür war, dass psychiatrische und psychotherapeutische Mittel das Spannungsverhältnis zwischen dem körperlichen Geschlecht und der seelischen Identifizierung mit einem anderen Geschlecht nicht zu lindern und zu beseitigen vermögen.³¹ Außerdem hat es sich auf die ausdrückliche Nennung des

26 BSG, Urt. v. 06.08.1987 – 3 RK 15/86, BSGE 62, 83.

27 BSG, Urt. v. 06.08.1987 – 3 RK 15/86, BSGE 62, 83.

28 BSG, Urt. v. 06.08.1987 – 3 RK 15/86, BSGE 62, 83, 85.

29 BSG, Urt. v. 06.08.1987 – 3 RK 15/86, BSGE 62, 83, 85.

30 BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 3/12 R, BSGE 111, 289; BSG, Urt. v. 19.10.2004 – B 1 KR 9/04 R, USK 2004, 111; BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 9/12 R, USK 2012, 58; BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 11/12 R, USK 2012, 205.

31 BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 3/12 R, BSGE 111, 289.

„Transsexualismus“ in § 116b Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. i SGB V zur ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung gestützt.³² Mit geschlechtsverändernden Maßnahmen gehen immer Eingriffe in ein gesundes Organ (1) sowie die Behandlung eines psychischen Leidens mit einem körperlichen Eingriff (2) einher. Alle ergangenen Entscheidungen hatten gemein, dass es sich entweder um eine Mann-zu-Frau- oder Frau-zu-Mann-Transition handelte.

(1) Eingriffe in den gesunden Körper.

Bei einer geschlechtsverändernden Operation handelt es sich um einen Eingriff in ein krankenversicherungsrechtlich gesundes Organ, den die Rechtsprechung zu Lasten der Krankenversicherung grundsätzlich ausschließt. Hierunter fallen vor allem ästhetisch-kosmetische Operationen, die grundsätzlich dem Bereich der Eigenverantwortung nach § 1 S. 3 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 SGB V zugeschrieben sind.³³ Begründet wird dieser Ausschluss mit den Schwierigkeiten einer Vorhersage der psychischen Wirkungen von körperlichen Veränderungen und der deshalb grundsätzlich unklaren Erfolgsprognose.³⁴ Deswegen geht die Rechtsprechung davon aus, dass jeder Eingriff in ein gesundes Organ eine besondere Rechtfertigung verlangt, die vor allem die Art und Schwere der Erkrankung, die Dringlichkeit der Intervention, die Risiken und Nutzen sowie Folgekosten berücksichtigt.³⁵ Ausnahmsweise hat die Rechtsprechung bei geschlechtsverändernden Operationen einen Anspruch auf eine Operation von an sich gesunden Organen angenommen, weil zur Erreichung des Behandlungsziels (Annäherung an einen „regelhaften Zustand“ im Sinne eines männlichen oder weiblichen Phänotyps) andere Behandlungsmaßnahmen nicht ausreichen.³⁶ Dabei müsse im konkreten Fall der Geschlechtervarianz festgestellt werden, ob etwa eine hormonelle Handlung genüge oder ob operative Maßnahmen indiziert seien.³⁷

32 BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 3/12 R, BSGE III, 289.

33 BSG, Urt. v. 28.02.2008 – B 1 KR 19/07 R, BSGE 100, 119, 121; zuletzt BSG, Urt. v. 22.06.2022 – B 1 KR 19/21 R, BSGE 134, 172.

34 BSG, Urt. v. 22.06.2022 – B 1 KR 19/21 R, BSGE 134, 172, 174.

35 BSG, Urt. v. 19.02.2003 – B 1 KR 1/02 R, BSGE 90, 289, 291.

36 BSG, Urt. v. 06.08.1987 – 3 RK 15/86, BSGE 62, 83; BSG, Urt. v. 10.02.1993 – 1 RK 14/92, BSGE 72, 96.

37 BSG, Urt. v. 10.02.1993 – 1 RK 14/92, BSGE 72, 96, 99.

(2) Operationen aufgrund einer psychischen Situation

Psychische Erkrankungen rechtfertigen nach der Rechtsprechung ebenfalls keine Eingriffe am gesunden Körper, da hiermit regelmäßig nicht unmittelbar gegen die eigentliche Erkrankung vorgegangen wird. Begründet wird dieser Umstand mit der Kostspieligkeit von Schönheitsoperationen. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse keine Zweifel bestehen, dass die Operation zur Überwindung der psychischen Krankheit führt.³⁸ Die dafür angelegten Maßstäbe sind besonders streng. Schwierigkeiten entstehen vor allem bei der Abgrenzung von ästhetisch-kosmetischen und medizinisch notwendigen Behandlungen, da die medizinischen Empfehlungen hier durchaus variieren, etwa in Bezug auf eine Gesichtsfeminisierung. Die Rechtsprechung greift hier jeweils auf die Umstände des Einzelfalls zurück: Ziel der Therapie müsse es sein „den Leidensdruck der Betroffenen durch operative Eingriffe zu lindern, die darauf gerichtet sind, das körperlich bestehende Geschlecht dem empfundenen Geschlecht anzunähern, es diesem näherungsweise anzupassen“³⁹.

cc. Einfluss des Transsexuellengesetzes bzw. Selbstbestimmungsgesetzes

Zwischen 1981 bis 2023 bot das Transsexuellengesetz die Rechtsgrundlage für die Änderung des Vornamens und des Geschlechtseintrags im Personenstandsregister. Das Bundessozialgericht nahm die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Änderung des äußerlichen Erscheinungsbilds als Voraussetzung der Personenstandsänderung verfassungswidrig sei, zum Anlass, festzustellen, dass daraus keine Folgen für das Gesundheitsrecht resultieren, da diese dennoch medizinisch geboten sein können.⁴⁰ Damit stellte es fest, dass die Wertung des Transsexuellengesetzes grundsätzlich keinen Einfluss auf die Kostenübernahme hat.⁴¹ Dem ist zuzustimmen, trotzdem geht mit der Abschaffung des Transsexuellengesetzes und der Einführung des Selbstbestimmungsgesetzes eine gesetzgeberische Wertung einher; namentlich jene, dass Geschlechtsidentität unabhängig

38 BSG, Urt. v. 10.02.1993 – 1 RK 14/92, BSGE 72, 96, 100.

39 BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 3/12 R, BSGE III, 289, 291.

40 BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 3/12 R, BSGE III, 289; BSG, Urt. v. 11.09.2012 – B 1 KR 9/12 R, USK 2012, 58.

41 Kasten, SGB 2020, 672, 673 m.w.N. der Rechtsprechung.

von körperlichen Merkmalen (subjektiv) bestimmt wird. Dieser Umstand beeinflusst zwar nicht unmittelbar den Anspruch auf Kostenübernahme, im Sinne der Einheit der Rechtsordnung und mit Blick auf eine Wertung in Bezug auf die Verantwortung der Solidargemeinschaft darf sich das Gesundheitsrecht aber auch nicht insofern in einen Widerspruch dazu stellen, dass es (auch verfassungsrechtlich bedenklich) etwa binäre Geschlechter non-binären vorzieht oder dass es das Bedürfnis nach Geschlechtsveränderung gänzlich ablehnt.

dd. Die Rechtsprechungsänderung im Oktober 2023

2023 hatte dann das Bundessozialgericht erstmals über die Kostenübernahme für eine beidseitige Mastektomie als Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung bei einer Person zu entscheiden, die ihren (weiblichen) Geschlechtseintrag streichen ließ und durch die Operation anstrebte, das körperliche Erscheinungsbild von weiblich zu nicht-binär zu verändern.⁴² Während alle vorangegangenen Entscheidungen eine Frau-zu-Mann- oder Mann-zu-Frau-Transition zur Grundlage hatte, nahm das Bundessozialgericht den leicht veränderten (das heißt nicht am binären Geschlechtsmodell orientierten) Sachverhalt zur Grundlage, die bisherige Rechtsprechung zu Operationen an gesunden Organen zum Zwecke der Veränderung des Geschlechts aufzugeben.

(1) Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung: Geschlechtervarianz ist keine Krankheit

Zunächst stellte das Gericht fest, dass es sich bei Geschlechtervarianz nicht um eine Krankheit im Sinne des § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V handele.⁴³ Dazu verweist es auf die oben bereits ausgeführte Definition der Krankheit und die damit verbundenen Wertungsspielräume sowie die Interpretation am Zweck der Norm.⁴⁴ Insbesondere nimmt es Stellung zu der notwendigen

42 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782 (für BSGE vorgesehen); zusammenfassend zu den erstinstanzlichen Entscheidungen *Grohs*, Geschlechtsidentität und Recht, 2024, S. 87 ff. m.w.N.

43 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 18.

44 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 15.

besonderen Rechtfertigung bei einem Eingriff in ein gesundes Organ, wobei Art und Schwere der Erkrankung, die Dringlichkeit der Intervention, die Risiken sowie die Folgekosten abzuwägen seien.⁴⁵ Der bloße Wunsch, das äußere Erscheinungsbild zu ändern, genüge nicht, es bedürfe objektiver Kriterien.⁴⁶ Der erzeugte Leidensdruck genüge nicht, Maßstab sei die wissenschaftliche Bewertung der generellen psychotherapeutischen Eignung chirurgischer Eingriffe.⁴⁷ Der vorigen Rechtsprechung des Senats stünde die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Personenstandsrecht entgegen, nachdem das Allgemeine Persönlichkeitsrecht auch die Geschlechtsidentität schütze.⁴⁸ Zudem verweist es auf die S3-Leitlinie, die ebenfalls bei Geschlechtervarianz nicht von einer Krankheit im Sinne eines behandlungsbedürftigen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustandes ausgehe.⁴⁹ Im Ergebnis argumentiert das Gericht hier primär an der fehlenden Erfolgsprognose beim Eingriff in das gesunde Organ und nicht am Krankheitswert der Geschlechtervarianz bzw. dem dadurch entstehenden Leidensdruck.

(2) Diagnostik und Behandlung der Geschlechtsinkongruenz als neue Methode

Weiter kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Behandlung eines durch eine Geschlechtsinkongruenz verursachten Leidendrucks um einen untrennbaren Bestandteil einer neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethode im Sinne des § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V handle, für deren Wirkprinzip der in der vertragsärztlichen Versorgung liegende Leistungsanteil wesentlich ist.⁵⁰ Dafür bedarf es einer Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 SGB V, in der Empfehlungen über die in den Nummern 1 bis 3 des § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V näher ausgeführten Voraussetzungen für Methoden und Qualifikationen zu treffen sind. Diese Prüfung und Bewertung beziehe sich auf leistungsübergreifende methodische Konzepte, die auf ein bestimmtes diagnostisches oder

45 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 16.

46 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 16.

47 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 16.

48 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 18.

49 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 18.

50 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 20 ff.

therapeutisches Ziel gerichtet sind.⁵¹ Das Gericht verweist auf die bestehende Rechtsprechung der Definition des Begriffs „neu“ in § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V: Danach sind Behandlungsmethoden neu, wenn sie (bisher) nicht als abrechnungsfähige ärztliche Leistung im Einheitlichen Bewertungsmaßstab für ärztliche Leistungen (EBM-Ä) enthalten ist oder wenn sie zwar im EBM-Ä aufgeführt ist, deren Indikation aber wesentliche Änderungen oder Erweiterungen erfahren hat.⁵² Die bisherige Rechtsprechung basiere auf dem klar abgrenzbaren Phänotyp des weiblichen und männlichen Geschlechts, während die S3-Leitlinie normiert, dass eine solche Ausrichtung der Behandlung nicht mehr der neueren medizinischen Bewertung entspricht. Hier wird deutlich, dass das Gericht sich vor allem von der veränderten Sachlage hat leiten lassen, die eigene Rechtsprechung grundlegend zu überdenken. So kommt es zu dem Schluss, die Diagnostik und Behandlung von durch Geschlechtsinkongruenz verursachten Leidensdruck stelle zwangsläufig eine neue Untersuchungs- und Behandlungsmethode dar.⁵³ Dazu verweist es darauf, dass die S3-Leitlinie ein Konzept beschreibe, das Patient:in und Ärzt:in nicht nur gleichberechtigt in die Diagnosestellung und Behandlung einbinde, sondern auch der behandlungsbedürftigen Person eine Schlüsselstellung zuweise und es deswegen keine objektiven Kriterien gebe.⁵⁴ Hinzu trete eine fehlende negative Abgrenzung, da die Frage, welcher Zustand erreicht werden solle, nicht eindeutig beantwortet werden könne.

d. Analyse

Dem Gericht ist darin zuzustimmen, dass der früher als Transsexualismus bezeichnete Zustand der Geschlechtervarianz nicht zum Begriff der Krankheit im Sinne des § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V passt. Ähnlich wie bei der Homosexualität hat sich die medizinische und psychologische Forschung hier weiterentwickelt und in Anbetracht der Anerkennung der Geschlechtsidentität als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts wäre es verfehlt, diesen

51 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 24.

52 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 125 mit Verweis auf BSG, Urt. v. 04.04.2006 – B 1 KR 12/05 R, GesR 2006, 421.

53 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 30.

54 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 28.

Zustand als normabweichend einzuordnen.⁵⁵ Nicht nur die wissenschaftlichen Erkenntnisse, sondern auch die Positionierung des Gesetzgebers im Rahmen des Selbstbestimmungsgesetzes sprechen dagegen.

Dass es sich bei der Behandlungsmethode aber um eine neue Methode im Sinne des § 135 SGB V handeln soll, überzeugt nicht.⁵⁶ Das Gericht stellt dafür darauf ab, dass das Behandlungsziel keinem Phänotyp eines binären Geschlechtsmodells entspreche und daher kein objektiver Maßstab vorlege. Dass daraus eine Schlüsselrolle der behandelten Person erwächst, widerspricht dem grundlegenden Verständnis der Ärzt:in-Patient:in-Beziehung, in der medizinische und behandlungsrelevante Informationen mitgeteilt werden und der:die Patient:in frei entscheiden darf, welche Behandlungspferenzen verfolgt werden. Die Grundlagen der Einwilligung in körperliche Eingriffe und die Abkehr von einem paternalistischen Verständnis führen in jeder Situation dazu, dass der behandelten Person eine Schlüsselrolle zukommt. Es ist psychischen Erkrankungen gemein, dass nur die betroffene Person selbst den Ausgangspunkt einer Diagnose abbilden kann, so geht zu Recht auch hier die S3-Leitlinie davon aus, dass die Diskrepanz zwischen zugewiesenem Geschlecht und Geschlechtsidentität nur von der betroffenen Person selbst festgestellt werden kann. Von diesem Ausgangspunkt ausgehend erfolgt eine übliche, umfassende Diagnostik, die zu einer individuellen Lösung führt. Die behandelnde Person ist in der Pflicht, den Leidensdruck konkret zu bestimmen und basierend hierauf zu einer Einschätzung zu gelangen, inwiefern der Leidensdruck eine Linderung zulasten der Solidargemeinschaft begründet. Das Gericht scheint anzunehmen, dass der bloße Wunsch nach einem Eingriff hier ausreicht und lässt den – in ständiger Rechtsprechung fortgeführten – Leidensdruck ohne erkennbaren Grund außer Acht. Dass sich psychische Leiden nicht objektiv bemessen lassen, liegt in der Natur der Sache und ist nicht neu, sondern trifft auf alle psychischen Erkrankungen zu. Inwiefern sich „objektive Kriterien“ bei einem binären Geschlecht eher ergeben als bei einem nicht-binären, lässt das Gericht offen. Denn grundsätzlich streben die betroffenen Personen bei Geschlechtervarianz stets eine Annäherung an das selbstempfundene Geschlecht an. Das kann und wird sich in den meisten Fällen auf die Veränderung einzelner Körperstellen beschränken; um welche es sich dabei

55 Zur Vorinstanz *Knispel*, NZS 2024, 777, 778; *Harney/Huster/Kohlenbach*, MedR 2023, 127, 136 f.; davor schon *Kasten*, SGB 2020, 672; abweichend *Bittner*, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB V, 4. Aufl. 2021, § 2b Rn. 20.1.

56 Wie hier auch *Knispel*, NZS 2024, 777.

handelt und welche Aspekte als besonders störend empfunden werden, war schon immer individuell und hat keinen Bezug zum angestrebten Ziel. Auch insofern ist die Behandlungsmethode nicht neu.

Das Gericht hat insofern zwar richtig erkannt, dass für non-binäre Personen kein normativer Phänotypus existiert, an dem man das Zielerseinerungsbild ausrichten kann, trotzdem gibt es mindestens ein (negatives) objektives Abgrenzungskriterium, nämlich die fehlende eindeutige Zuordnung zu einem männlichen oder weiblichen Erscheinungsbild.⁵⁷ Im Übrigen bestimmt sich das Ziel danach, welche Körperstellen einen besonderen Leidensdruck verursachen. Diesbezüglich besteht aber kein Unterschied zu einem binären Zielerseinerungsbild. Auch hier dürfte es erhebliche (subjektive) Differenzierungen geben, etwa ob die primären Geschlechtsorgane verändert werden sollen (eher selten), nur eine Mastektomie notwendig ist, um den Leidensdruck zu nehmen oder ob etwa der Bart⁵⁸ besonders stört. Die individuellen Lebensumstände haben dabei schon bisher eine große Rolle gespielt und zu einem in der früheren Rechtsprechung konsequent abgelehnten „uneindeutigen“ Erscheinungsbild geführt, etwa wenn die Brust entfernt wurde, ohne die primären Geschlechtsorgane daran anzupassen, um ein männliches Erscheinungsbild zu erreichen. Welcher Unterschied darin bestehen soll, die Brust zu entfernen, ohne die primären Geschlechtsorgane anzupassen, um ein nicht-binäres Erscheinungsbild zu erreichen, ist keiner Logik zugänglich. „Neu“ ist dabei ausschließlich, dass auch hierfür die Reichweite des Anspruchs bestimmt werden muss, was allerdings nicht Aufgabe des Gemeinsamen Bundesausschuss, sondern der Rechtsprechung ist.⁵⁹

Das Gericht scheint objektive Kriterien mit gesellschaftlich anerkannten Kriterien gleichzustellen, das ist aber gerade nicht Inhalt des § 27 SGB V. Objektive Kriterien sind auf medizinischen Untersuchungen beruhende Erkenntnisse, die sich im konkreten Einzelfall aus dem Leidensdruck der betroffenen Person objektiv durch qualifiziertes Personal (Ärzt:innen, Psycholog:innen) bestimmen lassen. Das bedeutet nicht, dass das dann entstandene Erscheinungsbild auch gesellschaftlich anerkannt ist, denn das verlangt Objektivität gerade nicht. Welche geschlechtlichen Merkmale eine Gesellschaft für „normal“ erachtet, mag möglicherweise den Leidensdruck direkt oder indirekt beeinflussen, darf aber nicht ausschlaggebend für die

57 Knispel, NZS 2024, 777, 778.

58 Zur Barthaarentfernung als Leistung der GKV Pitz, NZS 2021, 854.

59 Knispel, NZS 2024, 777, 781.

Einordnung eines Zustands als krankhaft oder gesund sein. Die Auswirkungen eines solchen Maßstabs werden etwa mit Blick auf eine Behinderung deutlich. Vielmehr bestimmt der (durch Untersuchungen ermittelte) Leidensdruck die notwendigen Operationen, die wiederum einen gewissen, objektiv messbaren Erfolg bei der Linderung des Leidensdrucks mit sich bringen müssen.

Zu Recht wird im Schrifttum kritisiert, dass die neue Rechtsprechung einen grundsätzlichen Ausschluss nicht-binärer Personen von der Gesundheitsversorgung mit geschlechtsverändernden Operationen zur Folge hat, die mit verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht zu vereinbaren sei.⁶⁰ Die Entscheidung ist zwar insoweit konsequent, als dass sie konkret darauf verweist, an der bisherigen Rechtsprechung nicht festzuhalten,⁶¹ was wohl die Folge des Gleichbehandlungsgebots aller, nicht nur binärer, Identitäten sein dürfte, andersherum erschließt sich aber nur wenig, warum der vorher bestehende Anspruch auf Kostenübernahme bei Geschlechtsveränderung hin zu einem binären Geschlechtsmodell aufgegeben wird, obwohl dieser scheinbar die Voraussetzungen des § 27 SGB V erfüllt. Im Ergebnis beschneidet das Gericht Rechte aufgrund des Hinzutretens eines Sachverhalts, der verfassungsrechtlich gleichermaßen geschützt ist. Damit darf in Frage gestellt werden, ob ein solches Vorgehen verfassungsrechtlich überhaupt zu rechtfertigen ist.⁶²

Alle Diskussionen haben gemein, dass ihnen ein tiefgreifenderes und vor allem differenziertes Verständnis für Geschlechtervarianz und den damit einhergehenden Leidensdruck zu fehlen scheint. Hier schlägt sich auch die Differenzierung von Eigenverantwortung und Solidarität nieder: Es dürfte weitestgehend unstreitig sein, dass Geschlechtervarianz als solche keine Krankheit, kein von der Normalität abweichender Zustand ist und dass sich das angestrebte Erscheinungsbild nicht nach gesellschaftlichen (binären) Kriterien bestimmen lässt. Für das rein äußerliche Erscheinungsbild ergibt sich aus der Rechtsprechung eine grundsätzliche Selbstverantwortung; für damit einhergehende Leiden jedoch ist die Solidargemeinschaft verantwortlich. Gleichzeitig ist Geschlechtsdysphorie ein Leiden, das medizinisch anerkannt ist und der Definition der Krankheit in § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V recht unproblematisch unterfällt, zumindest dann, wenn

60 Knispel, NZS 2024, 777, 779.

61 BSG, Urt. v. 19.10.2023 – B 1 KR 16/22 R, NZS 2024, 782, Rn. 18.

62 Dazu schon SG Mannheim, Urt. v. 14.04.2021 – S 4 KR 3011/20, juris Rn. 33; eingehend zur verfassungsrechtlichen Perspektive eines Leistungsanspruchs Grohs, Geschlechtsidentität und Recht, 2024, S. 99 ff.

der Leidensdruck eine Erheblichkeitsschwelle überschreitet. Nicht anderes beweisen die ICD-II und die S3-Leitlinie. Die bisherige Rechtsprechung vermischt entsprechend Geschlechtervarianz und Geschlechtsdysphorie zu stark. Es wäre angezeigt, vor allem den Leidensdruck in den Mittelpunkt zu stellen und die Möglichkeiten zu dessen Linderung, anstatt sich mit der verfassungsrechtlich geschützten Geschlechtsidentität der betroffenen Person auseinanderzusetzen. Diese dürfte mit Blick auf die verfassungsrechtliche Rechtsprechung kaum relevant sein, wenn nicht die Geschlechtsdysphorie mit Krankheitswert hinzutritt.

Es ist nicht zu vernachlässigen, dass das Gericht selbst darauf hinweist, dass es keine eigenständige Regelung zur Kostenübernahme für geschlechtsverändernde Operationen unabhängig vom Vorliegen einer Krankheit gibt, wie sie in § 27a SGB V für Kinderwunschbehandlungen vorgesehen ist und dass es den parlamentarischen Gesetzgeber in der Pflicht sieht, die Leistungsansprüche zu regeln⁶³ – der vorsichtige Ruf nach dem Gesetzgeber entgeht bei der Lektüre der Entscheidung nicht. Insofern und mit Blick auf den Koalitionsvertrag der 20. Legislaturperiode erscheint es durchaus sinnvoll, hier eine vom Krankheitsbegriff unabhängige Regelung zu schaffen. Denn letztlich dürfte die zwar mögliche, aber viele Rechtsunsicherheiten mit sich bringende Differenzierung zwischen Geschlechtervarianz und Geschlechtsdysphorie vor allem die betroffenen Personen benachteiligen, die sich vor große bürokratische Hürden gestellt sehen und Ungleichbehandlungen wahrscheinlich machen. Eine Regelung angelehnt an den § 27a SGB V hätte den Vorteil eines klar umrissenen Voraussetzungskatalogs, der eine Gleichbehandlung sicherstellen kann und gleichzeitig für Ärzt:innen und Psycholog:innen Kriterien abbildet, an denen sie sich wiederum orientieren können.

III. Künstliche Befruchtung

Seit moderne Reproduktionsmedizin einen Kinderwunsch zumindest theoretisch in den meisten Fällen zu erfüllen vermag, muss ein Kinderwunsch von Personen mit Geschlechtervarianz nicht mehr zwingend unerfüllt bleiben. Studien zeigen auf, dass ein Kinderwunsch hier nicht weniger

63 Diesen Ruf sieht auch *Knispel*, NZS 2024, 777.

wahrscheinlich ist, als er bei Cis-Personen⁶⁴ vorkommt.⁶⁵ Ein solcher Kinderwunsch birgt gleich zwei rechtliche Herausforderungen: Zum einen die rechtliche Anerkennung einer Elternschaft (darauf soll hier nicht näher eingegangen werden, da es sich eher um eine zivilrechtliche Fragestellung handelt), zum anderen die Kostenübernahme durch die gesetzliche Krankenkasse. Im Feld des Kinderwunschs steht eine ähnlich gelagerte Frage im Vordergrund, nämlich die, ob die Erfüllung des eigenen Kinderwunschs in der eigenen Verantwortung liegt, oder ob die Gesellschaft für die medizinische Ermöglichung des Kinderwunschs Sorge zu tragen hat.

1. Übernahme der Kosten gem. § 27 SGB V

Viele Jahre lang war es umstritten, inwiefern die fehlende Fähigkeit, Kinder zu zeugen, unter den Begriff der Krankheit des § 27 SGB V zu fassen war – die Rechtsprechung lehnte eine Kostenübernahme hier regelmäßig ab. Daher schuf der Gesetzgeber den von dem Krankheitsbegriff unabhängigen § 27a SGB V, der unter bestimmten Voraussetzungen, von denen die Verwendung ausschließlich Ei- und Samenzellen der Ehegatten (§ 27a Abs. 1 Nr. 4 SGB V) die wichtigste sein dürfte, die Kostenübernahme von Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft regelt. Eine Kostenübernahme als Krankenbehandlung auf Basis des § 27 SGB V war bisher nicht möglich, da es sich in Fällen, in denen durch die Kryokonservierung eine spätere Befruchtung ermöglicht werden soll, nicht um eine Krankenbehandlung zur Wiederherstellung der Empfängnismöglichkeit handelt.⁶⁶ Basis für diese Leistung ist die Richtlinie zur Kryokonservierung des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA), erlassen auf Basis des neuen § 27a Abs. 5 SGB V,⁶⁷ die die Details des Leistungsanspruchs regelt. Die einzelnen Voraussetzungen finden sich in den soeben genannten Leitlinien; die Altersgrenze regelt § 27a Abs. 4 SGB V. Ob die Hormontherapie tatsächlich eine potenziell keimschädigende Therapie ist, hatte das Sozialgericht Berlin

64 „Cisgender“ oder auch „cis“ verwendet man als Bezeichnung für Personen, deren Geschlechtsidentität übereinstimmt mit ihrem im Geburtenregister eingetragenen (meist biologischen) Geschlecht.

65 Defreyne/Van Schuylenbergh/Motmans/T'Sjoen, Parental desire and fertility preservation in assigned female at birth transgender people living in Belgium, *Fertility and Sterility* 2020, S. 149.

66 BSG, Urt. v. 17.02.2010 – B 1 KR 10/09 R, NZS 2011, 20.

67 BGBl. I, S. 646.

zu entscheiden.⁶⁸ Die Kostenübernahme war abgelehnt worden, weil die Unfruchtbarkeit eine unvermeidbare Folge einer Geschlechtsumwandlung und sie daher keine lediglich potenziell keimschädigende Therapie, sondern ein notwendiges Therapieziel sei.⁶⁹ Das Gericht stützt sich unter Verweis auf die Gesetzesbegründung, die Hormontherapien gerade als einen regelungsbedürftigen Fall im Blick hatte, auf die medizinische Notwendigkeit der Behandlung nach § 27 SGB V und der nicht bewussten Herbeiführung der Erkrankung. Die „Gefahr einer Unfruchtbarkeit“ schließe solche Fälle nicht aus, in denen die Unfruchtbarkeit sichere Folge der Behandlung sei.⁷⁰

2. Der neue § 27a SGB V

Auch die Einführung des § 27a SGB V hat im Ergebnis das Thema Kinderwunsch nicht abschließend geregelt. Denn während der Gesetzgeber sich insoweit klar positioniert hat dazu, Kinderwunschbehandlungen als denkbaren Teil der Verantwortung einer Solidargemeinschaft zu sehen, beschreibt er zeitgleich ein Konzept, das binäre Beziehungsvorstellungen zugrunde legt und Personen mit Geschlechtervarianz gerade nicht berücksichtigt. Es stellen sich daher mehrere rechtliche Fragen, die sämtlichst in der moralisch-ethischen Fragen münden dürften, inwiefern die Selbstverantwortung für den Kinderwunsch zwischen Geschlechtsidentitäten und Sexualitäten differenzieren darf. Das Gesetz geht nämlich davon aus, dass Ei- und Samenzelle von den Ehegatten stammen müssen, sodass das gleichgeschlechtliche Ehepaare genauso von der Kostenübernahme ausgenommen sind wie Eheleute mit ein oder zwei Personen mit Geschlechtervarianz, die biologisch nicht beides zur Verfügung stellen können (selbst dann, wenn sie [ggf. nach einer geschlechtsverändernden Operation] ein heterosexuelles Paar bilden).

Eine wichtige Möglichkeit, die Reproduktionsfähigkeit von Personen mit Geschlechtervarianz zu erhalten, ist die Kryokonservierung (Einfrieren von Spermien oder Eizellen) vor Beginn einer Hormontherapie. Homolo-

68 SG Berlin, Urt. v. 16.11.2022 – S 28 KR 63/22, juris.

69 SG Berlin, Urt. v. 16.11.2022 – S 28 KR 63/22, juris Rn. 12.

70 SG Berlin, Urt. v. 16.11.2022 – S 28 KR 63/22, juris Rn. 42.

ge und heterologe Samenspenden⁷¹ von Spermien und Eizelle werden in Deutschland rechtlich verschieden behandelt. Bei Spermien sind heterologe Spenden möglich, bei Eizellen hingegen nicht (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG). Die Kosten für die Lagerung von Spermien bewegen sich zwischen 250 und 400 Euro pro Jahr. Die notwendigen Untersuchungen im Vorfeld sowie der Einfrierungsvorgang kosten um die 350 Euro. Die Kosten für die Einfrierung von Eizellen sind deutlich höher, hier ist mit mehreren tausend Euro zu rechnen; die Lagerungskosten entsprechen denen der Spermien. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts werden Kosten dafür nicht nach § 27a SGB V übernommen. Zwar könne eine zur Unfruchtbarkeit führende Geschlechtsangleichung von Mann zu Frau eine keimzellschädigende Therapie im Sinne von § 27a Abs. 4 SGB V und § 3 Kryo-RL sein.⁷² Regelungssystem und -zweck geböten es aber, dass nur solche Behandlungen einen Anspruch auf Kryokonservierung begründen, auf die die Versicherten nach dem SGB V einen Anspruch haben; dies sei bei der geschlechtsangleichenden Behandlung derzeit grundsätzlich nicht der Fall.⁷³ Zur Begründung verweist das Gericht auf die oben bereits dargestellte Rechtsprechung aus Oktober 2023, sodass im Übrigen sich die rechtlichen und auch verfassungsrechtlichen Fragestellungen hier wiederholen.⁷⁴

IV. Ausblick

Mit dem vorzeitigen Ende der 20. Legislaturperiode ist es eher unwahrscheinlich geworden, dass die Forderung des Koalitionsvertrages nach einer entsprechenden gesetzlichen Regelung für die Kostenübernahme von geschlechtsverändernden Operationen zeitnah im Gesetz Niederschlag finden wird. Ob es sich wirklich um eine Eigenverantwortung handelt, dürfte letztlich aber nur der Gesetzgeber entscheiden. Der Ruf des Bundessozialgerichts nach dem Gesetzgeber wird daher wohl nicht erhört werden – es bleibt aber abzuwarten, ob im Rahmen der bestehenden gesetzlichen Regelung nicht doch noch ein Umdenken stattfinden wird, sollte absehbar

71 Homologe Samenspenden umfassen Spenden innerhalb der Partner:innenschaft. Bei einer heterologen Samenspende stammen die Spermien von einem:einer Spender:in, die nicht mit dem möglichen weiteren biologischen Elternteil des zukünftigen Kindes liiert, verpartnert oder verheiratet ist.

72 BSG, Urt. v. 28.08.2024 – B 1 KR 28/23 R, KrV 2025, 22, 24, für BSGE vorgesehen.

73 BSG, Urt. v. 28.08.2024 – B 1 KR 28/23 R, KrV 2025, 22, 24.

74 BSG, Urt. v. 28.08.2024 – B 1 KR 28/23 R, KrV 2025, 22, 24.

sein, dass der Gesetzgeber nicht tätig wird. Die Zukunft des Selbstbestimmungsgesetzes und die in ihm enthaltene, verfassungsrechtlich zwingende Wertung des Schutzes der Geschlechtsidentität wird voraussichtlich auch das Gesundheitsrecht beeinflussen. Mit Blick auf die internationale politische Lage werden sich die Bedürfnisse von Personen mit Geschlechtervarianz durchaus ändern können, Minderheitenschutz wird hier ggf. wichtiger, genauso wie die Möglichkeit einer körperlichen Anpassung an das selbstempfundene Geschlecht. Zumindest einen Weg hat der Gesetzgeber bereits 2020 gelegt: Sogenannte Konversionsmaßnahmen, also die „Heilung“ von Menschen mit Geschlechtervarianz (und Homosexualität) wurden mit dem Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen verboten.⁷⁵ Dieser Umstand gepaart mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und dem Selbstbestimmungsgesetz macht eine Rückkehr zur Benachteiligung von Personen mit Geschlechtervarianz politisch äußerst schwierig. Im Gegenteil ist es dringend angezeigt, dass der Gesetzgeber insoweit konsequent bleibt und Geschlechtervarianz nicht länger als ein Problem der Selbstverantwortung versteht.

⁷⁵ Dazu eingehend *Grafe*, Zur Strafbarkeit von Konversionsmaßnahmen unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes zum Schutz vor Konversionsbehandlungen, 2022.

Die Erfassung gemischtwirtschaftlicher Tätigkeiten durch das Sozialrecht

Dr. Verena Vinzenz*

I. Einleitung

Das Generalthema der diesjährigen Tagung lautete Solidarität und Selbstverantwortung. Wie die Organisatorinnen und Organisatoren der Tagung bereits in ihrem Call for Papers deutlich aufzeigten, prägen diese beiden Leitgedanken das Sozialrecht und dessen Weiterentwicklung wesentlich. Der Bereich des Unfallversicherungsrechts scheint für eine Untersuchung des Spannungsverhältnisses von Solidarität und Selbstverantwortung¹ besonders geeignet zu sein, sind doch die Grenzen der Solidarität in der Unfallversicherung – zumindest auf den ersten Blick – von allen Versicherungszweigen am engsten vorgezeichnet. Gerade in der Unfallversicherung ist die nämlich Ursache, wie es zu einem regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand gekommen ist, von ausschlaggebender Bedeutung für den Leistungsanspruch der versicherten Person. Daraus wiederum ergeben sich konkrete Grenzen der Solidarität.²

Das Spannungsverhältnis zwischen Solidarität und Selbstverantwortung wird im Bereich des Unfallversicherungsrechts besonders bei den so genannten „gemischtwirtschaftlichen Tätigkeiten“ sichtbar. Bei den gemischtwirtschaftlichen Tätigkeiten kommt es – wie noch näher auszuführen sein wird – zu einem Aufeinandertreffen von Handlungen, die an und für sich dem Versicherungsschutz unterliegen, und von Verrichtungen, die dem privaten Bereich der versicherten Person zuzuordnen wären. Es gilt also abzuwägen, ob die Solidarität insofern überwiegt, als die Versichertengemeinschaft für Unfälle einzustehen hat,³ die nicht ausschließlich aufgrund

* Die Verfasserin ist Universitätsassistentin am Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Universität Graz.

1 Dazu instruktiv für Österreich *Auer-Mayer*, Mitverantwortung in der Sozialversicherung, 2018, S. 69 ff.; *Mosler*, in: FS Pfeil, 2022, S. 501, 502, 505 ff.

2 *Felten*, ZAS 2015, 251, 254.

3 Der österreichische VfGH betont in mehreren Urteilen, dass die Risikogemeinschaft der Sozialversicherung nichts anderes darstellt als eine Solidargemeinschaft. Der

einer betrieblichen Verrichtung entstanden sind, oder ob die Selbstverantwortung⁴ der versicherten Person in den Vordergrund zu rücken ist, diese also in derartigen Fällen selbst für Leistungen aufkommen muss.

Vor diesem Hintergrund ist das Ziel dieses Beitrags, den Begriff der gemischtwirtschaftlichen Tätigkeiten zu definieren und aufzuzeigen, welche unterschiedlichen Fallgruppen damit gemeint sind. In einem zweiten Schritt soll die rechtliche Erfassung der gemischtwirtschaftlichen Tätigkeiten sowohl in Deutschland als auch in Österreich untersucht und die Ergebnisse dieser Beobachtung einander gegenübergestellt werden. Schließlich sollen die dabei gewonnen Erkenntnisse auch auf ausgewählte Problemfälle übertragen werden. Dazu gehört zum einen die rechtliche Behandlung lebensnotwendiger Bedürfnisse während der Arbeit (dazu IV. 2.). Ein weiterer Fokus liegt auf Unfällen während der Arbeit im Home-office, welche zu einer zunehmenden Vermischung der ursprünglich im Unfallversicherungsrecht eindeutig getrennten Bereiche der beruflichen und privaten Sphäre geführt haben. Dies erschwert die Abgrenzung zwischen versicherten berufsbezogenen Risiken und unversicherten Risiken des Privatbereichs, die der Selbstverantwortung der Arbeitnehmer unterfallen (siehe IV. 1.).

II. Zum Begriff der „gemischtwirtschaftlichen Tätigkeiten“

Dem Unfallversicherungsrecht liegt das so genannte Alles-oder-Nichts Prinzip zugrunde. Die zuständigen Sozialversicherungsträger erbringen daher ihre Leistungen entweder zur Gänze oder gar nicht.⁵ Die Aufspaltung eines eingetretenen Schadens im Wege einer anteiligen Beteiligung der Arbeitnehmer aufgrund eigenverantwortlichen Anteils bei der Verursachung,

Gemeinschaftsgedanke sei der Sozialversicherung immanent. Dazu VfGH, Urt. v. 13.06.1964 – B 20/64, VfSlg 4714/1964; VfGH, Urt. v. 19.12.1972 – G 38/72, V40/72, V 44/72, VfSlg 6947/1972.

4 Dem Begriff der Eigenverantwortung liegt für die Zwecke dieses Beitrags also ein ökonomisches Verständnis zu Grunde. Er meint nichts anderes, als dass die versicherte Person selbst „Verantwortung“ übernehmen soll, indem sie die finanziellen Auswirkungen ihres Verhaltens trägt. Vgl. dazu Felten, ZAS 2015, 251.

5 Burger/Mair/Wachter, Sozialrecht Basics, 7. Aufl. 2024, S. 135.

wie es etwa im allgemeinen Schadenersatzrecht beim Mitverschulden⁶ gängig ist, ist dem Unfallversicherungsrecht grundsätzlich fremd.⁷

In einer Grauzone zwischen den beiden Polen der unfallversicherten – und damit geschützten – und der unversicherten Tätigkeiten liegen nun die so genannten „gemischtwirtschaftlichen Tätigkeiten“.⁸ Wie schon eingangs erwähnt, versteht man unter dem Begriff „gemischtwirtschaftlich“ zuallererst ein Aufeinandertreffen versicherter und unversicherter (= eigenwirtschaftlicher) Tätigkeiten.⁹ Problematisch ist daran jedoch, dass in Lehre und Rechtsprechung zum einen unterschiedliche Begrifflichkeiten für dieses Aufeinandertreffen verwendet werden. Darüber hinaus wird ein breites Spektrum unterschiedlichster Tätigkeiten als gemischtwirtschaftliche Tätigkeiten bezeichnet. In Österreich wird beispielsweise gerne – etwas verkürzt – von der „gemischten Tätigkeit“, zum Teil aber auch von Mehrfachnutzung¹⁰ gesprochen, worunter dann wiederum verschiedenste Konstellationen subsumiert werden – etwa räumliche Mischnutzungen, Tätigkeiten, in denen der Arbeitsplatz reiner Schauplatz aber nicht die Ursache für den Eintritt eines Schadens ist oder aber die Verwirklichung einer vom Betrieb ausgehenden Gefahr anlässlich einer eigenwirtschaftlichen Tätigkeit.¹¹ In Deutschland wiederum wurde vor allem in der Vergangenheit zwar von „gemischten Tätigkeiten“ einerseits und – erst seit kürzerer Zeit, vgl. dazu III. 1. – „gemischter Motivationslage“ andererseits gesprochen, jedoch wurde anfangs nicht sauber zwischen diesen beiden unterschiedlichen Begriffen differenziert.¹²

Welches Bandbreite an unterschiedlichen Verrichtungen unter den Begriff der „gemischtwirtschaftlichen“ Tätigkeiten fallen können, soll durch zwei Fallbeispiele deutlicher illustriert werden:

6 Für Deutschland siehe § 254 BGB, für Österreich § 1304 ABGB.

7 So bereits OGH, Urt. v. 26.01.1988 – 10 ObS 3/88; vgl. dazu ausführlich Müller, in: Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm, 329. EL 2025, ASVG Vor §§ 174–177 Rn. 31.

8 Müller, in: Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm, 329. EL 2025, ASVG § 175 Rn. 88; Brodil, in: Köck, Homeoffice-Kommentar, 2021, ASVG § 175 Rn. 17.

9 Müller, in: Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm, 329. EL 2025, ASVG § 175, Rn. 88; Brodil, in: Köck, Homeoffice-Kommentar, 2021, ASVG § 175, Rn. 17; Tarmann-Prentner, in: Sonntag, ASVG, 15. Aufl. 2024, § 175 Rn. 14; Puhr, in: Poperl/Trauner/Weißböck, ASVG: Praxiskommentar, 76. EL 2023, § 175 Rn. 74.

10 Brodil, in: Köck, Homeoffice-Kommentar, 2021, ASVG § 175 Rn. 17.

11 Müller, in: Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm, 329. EL 2025, ASVG Vor §§ 174–177, Rn. 43 f.

12 Ricke/Kellner, in: Rolfs u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2025, SGB VII § 8 Rn. 64; Wietfeld, in: Rolfs/Giesen/Mießling/Udsching, BeckOK-SozR, 76. Ed. 2025, SGB VII § 8 Rn. 18.

- Als erstes Beispiel sei hier an eine Arbeitnehmerin zu denken, die im Homeoffice arbeitet und sich dafür einen eigenen Arbeitsplatz in ihren privaten Räumlichkeiten eingerichtet hat. Dieser besteht unter anderem aus einem höhenverstellbaren Schreibtisch, unter den die Arbeitnehmerin ein Laufband aufgebaut hat. So kann sie während der Arbeitszeit am Computer arbeiten oder Telefonate entgegennehmen, sich aber gleichzeitig auf dem Laufband bewegen. Es kommt dadurch also zu einem Zusammentreffen einer an und für sich unfallversicherten Tätigkeit (nämlich all jener betrieblichen Verrichtungen, zu denen sie sich vertraglich verpflichtet hat), mit einer privaten Tätigkeit, nämlich der körperlichen Betätigung am Laufband. Kommt die Arbeitnehmerin nun zu Sturz, ist fraglich, ob die Unfallversicherung für einen dadurch entstandenen Gesundheitsschaden einzustehen hat oder nicht. Zu untersuchen ist des Weiteren, ob es für die rechtliche Beurteilung von Belang ist, ob die Arbeitnehmerin deshalb stürzt, weil sie das Laufband zu schnell eingestellt hat, oder weil es während einer Telefonkonferenz zu einer technischen Störung des Telefonanbieters – etwa einem schrillen Pfeifton – kommt, aufgrund dessen die Arbeitnehmerin erschrickt und deswegen hinfällt.
- Als zweites Beispiel ist an die Autorin dieses Beitrags zu denken, die die Reise in die Stadt Berlin antritt. Zum einen verfolgt sie damit den Zweck, an der Zweiten Jungen Tagung Sozialrecht teilzunehmen und ihre Gedanken zu den gemischtwirtschaftlichen Tätigkeiten einem geneigten Publikum vorzustellen. Zum anderen jedoch will sie sich in Berlin mit einer Schulfreundin treffen, die vor langer Zeit in die Bundeshauptstadt ausgewandert ist. Verunglückt nun die Autorin während dieser Reise, so ist ebenfalls zu beurteilen, ob die Reise als versicherte Tätigkeit und damit als Arbeitsunfall zu qualifizieren, sowie, nach welchen Abgrenzungskriterien dabei vorzugehen ist.

Beide Fallbeispiele haben gemein, dass sie durch ein Aufeinandertreffen versicherter und privatwirtschaftlicher Tätigkeiten gekennzeichnet sind. Ob und warum zwischen diesen beiden Fällen rechtlich zu differenzieren ist und anhand welcher Kriterien eine derartige Abgrenzung vorgenommen wird, soll im nächsten Kapitel genauer veranschaulicht werden.

III. Erfassung „gemischtwirtschaftlicher Tätigkeiten“ durch das Sozialrecht

1. Deutschland

Im diesem Abschnitt soll der Frage nachgegangen werden, wie gemischtwirtschaftliche Tätigkeiten durch das Unfallversicherungsrecht erfasst werden. Dabei wird zuerst die geltende Rechtslage im deutschen Recht erörtert, da die dortigen Entwicklungen auch für Österreich fruchtbar gemacht werden können. Der Fokus liegt in beiden Fällen auf der Entwicklung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zu diesem Themenbereich.

Den Ausgangspunkt der Erfassung „gemischtwirtschaftlicher Tätigkeiten“ in Deutschland stellt der Begriff des Arbeitsunfalls dar, welcher in Deutschland durch § 8 SGB VII geregelt wird. Dementsprechend sind Arbeitsunfälle – also jene Arten von Unfällen, für die die Solidargemeinschaft einzustehen hat – alle zeitlich begrenzten, von außen auf den Körper einwirkenden Ereignisse (Unfallereignis), die zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod der versicherten Person führen (Unfallkausalität). Die Verletzung der betroffenen Person im Zeitpunkt des Unfalls muss einer versicherten Tätigkeit¹³ zugerechnet werden können (innerer bzw. sachlicher Zusammenhang). Schließlich muss das Unfallereignis einen Gesundheitserschaden oder den Tod des Versicherten verursacht haben (haftungsbe gründende Kausalität).¹⁴

Darüber hinaus sind nach § 8 Abs. 2 SGB VII jene Unfallereignisse erfasst, die sich

- während des Zurücklegens eines mit der versicherten Tätigkeit zusammenhängenden unmittelbaren Wegs nach oder von dem Ort der Tätigkeit (Wegeunfälle), sowie
- in Zusammenhang mit einem mit der versicherten Tätigkeit zusammenhängenden Verwahren, Befördern, Instandhalten oder Erneuern eines Arbeitsgeräts ereignet haben.

13 Dies sind insbesondere Unfälle, die während der Wahrnehmung beruflicher Tätigkeiten auftreten. Dazu Greiner/Kalle, in: Schmoeckel, Herausforderungen der Rechtsordnung durch die Pandemie, 2021, S. 159, 160.

14 Vgl. BSG, Urt. v. 09.05.2006 – B 2 U 1/05 R, BSGE 96, 196, 198 Rn. 10 m.w.N. = SozR 4-2700 § 8 Nr. 17; BSG, Urt. v. 18.11.2008 – B 2 U 27/07 R, SozR 4-2700 § 8 Nr. 30 Rn. 10 m.w.N.

Gemischtwirtschaftliche Tätigkeiten sind daher nur punktuell in § 8 Abs. 2 Nr. 1–4 SGB VII erfasst, nämlich in Form der Wegeunfälle. Auch wenn der Gesetzgeber die Wegeunfälle nicht explizit als gemischtwirtschaftliche Tätigkeiten bezeichnet, erfüllen sie m.E. die eingangs erwähnte Definition einer gemischtwirtschaftlichen Tätigkeit, da die versicherte Person auf dem Weg von oder zur Arbeit eben gerade nicht einer dienstlichen Beschäftigung nachgeht. Der Gesetzgeber erfasst die Wegeunfälle aber trotzdem als Arbeitsunfall, da diese Wege nicht aus privaten Interessen unternommen werden, sondern wegen der versicherten Tätigkeit, also mit einer auf die versicherte Tätigkeit bezogenen Handlungstendenz.¹⁵ Sie erfolgen ausschließlich, weil sich die versicherte Person aus dem privaten Bereich in den betrieblichen Bereich oder sich aus dem betrieblichen Bereich zurück in den privaten Bereich begeben möchte.

Von diesen punktuell erfassten Verrichtungen abgesehen, wurde in Deutschland vor allem durch die Rechtsprechung eine Reihe von verschiedenen Bereichen unter den Sammelbegriff der gemischtwirtschaftlichen Tätigkeiten erfasst, die lange Zeit aber – auch hinsichtlich der Rechtsfolgen – nicht scharf voneinander abgetrennt wurden.¹⁶

Eine dogmatisch präzise Trennung nahm das BSG¹⁷ erstmals im Jahr 2010 vor. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger war als Angestellter im Bereich der Verkehrsüberwachung tätig. Am Unfalltag erhielt der Kläger die dienstliche Anweisung, zusammen mit seinem Kollegen verschiedene Örtlichkeiten zu überwachen und zu kontrollieren. Der Kläger vereinbarte mit seinem Kollegen, dass er seine Pause, die 30 Minuten betrug, dafür nutzen wolle, zu einer in der Innenstadt gelegenen Werkstatt zu fahren, in der sich sein Motorrad zur Wartung befand. Nachdem er und sein Kollege die Überwachungstätigkeit in der ersten Örtlichkeit beendet hatten, fuhren sie im Pkw des Kollegen zur Werkstatt. Der Kläger vereinbarte mit seinem Kollegen, dass der Kläger mit dem Motorrad zu seiner Wohnung fahren wollte, um sein Motorrad dort abzustellen und von dort die Arbeit aufzunehmen. Auf diesem Weg von der Werkstatt zur Wohnung kollidierte der Kläger mit einem in die Straße einbiegenden Fahrzeug. Dabei zog er sich eine Beckenring- und Oberschenkelfraktur zu.

15 Vgl. BSG, Urt. v. 02.12.2008 – B 2 U 17/07 R, SozR 4-2700 § 8 Nr. 28 Rn. 13; BSG, Urt. v. 02.12.2008 – B 2 U 26/06 R, BSGE 102, III Rn. 21= SozR 4-2700 § 8 Nr. 29.

16 Ricke/Kellner, in: Rolfs u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2025, SGB VII § 8 Rn. 64.

17 BSG, Urt. v. 09.11.2010 – B 2 U 14/10 R, SGB 2011, 585.

Das BSG unterschied in seiner Urteilsbegründung klar zwischen zwei verschiedenen Begriffen, nämlich den damals bereits bekannten¹⁸ „gemischten Tätigkeiten“ und dem in diesem Urteil erstmalig eingeführten Phänomen der so genannten „gespaltenen Handlungstendenz“:

Eine „gemischte Tätigkeit“ setzt nach Ansicht des BSG zumindest zwei gleichzeitig ausgeübte untrennbare Verrichtungen voraus, von denen (wenigstens) eine im sachlichen Zusammenhang mit einer versicherten Tätigkeit steht.¹⁹ Entscheidend für die rechtliche Abgrenzung insbesondere zur gespaltenen Handlungstendenz sei daher die Frage, wie der Begriff der Verrichtung definiert werden soll. Laut BSG handle es sich dabei um „nur ein konkretes, also auch räumlich und zeitlich bestimmtes Verhalten, das seiner Art nach von Dritten beobachtbar“ sei. Da die Motorradfahrt aus Sicht eines objektiven Betrachters nur eine einzige einheitliche Verrichtung, selbst wenn sie unterschiedlichen Zwecken diene, darstelle, handle es sich im vorliegenden Sachverhalt nicht um eine gemischte Tätigkeit.

Vielmehr habe es sich dabei um eine Verrichtung mit gespaltenen Handlungstendenz (bzw mit gemischter Motivationslage)²⁰ gehandelt, also um eine einzige Handlung, die gleichzeitig sowohl privatwirtschaftlichen als auch betrieblichen Motiven diene. Wie das BSG ausführte, bewegte sich der Kläger im vorliegenden Sachverhalt sowohl mit privatwirtschaftlicher Handlungstendenz (er wollte sein Motorrad an seiner Wohnung abstellen) als auch mit betrieblicher Motivation (er wollte zwecks Wiederaufnahme seiner Beschäftigung weisungsgemäß seinen nächsten Einsatzort erreichen, also den Weg auch als „Betriebsweg“ zurücklegen). Fälle von gespaltenen Handlungstendenzen könnten nach Ansicht des BSG nur dann eine Zuständigkeit der Unfallversicherung begründen, wenn „der Kläger den Willen habe, durch die Verrichtung eine seiner Pflichten aus dem Beschäftigungsverhältnis zu erfüllen oder die Erfüllung von Vor- und Nachbereitungshandlungen, die das Gesetz versichert, zu ermöglichen, zu fördern

18 Vgl. dazu etwa BSG, Ur. v. 12.05.2009 – B 2 U 12/08 R, Breith 2009, 983 = UVR 2009, 888, sowie BSG, Ur. v. 09.11.2010 – B 2 U 14/10 R, SGB 2011, 583 = UVR 2011, 115. Vgl. auch Keller, in: *Hauck/Noftz*, SGB VII, 2. EL 2025, § 8 Rn. 24.

19 So auch Keller, in: *Hauck/Noftz*, SGB VII, 2. EL 2025, § 8 Rn. 24.

20 Hier verweist das BSG auf den so genannten Hebebühnen-Fall, indem das Konzept der gespaltenen Handlungstendenz zwar inhaltlich abgehandelt, aber nicht als solches benannt wurde: BSG, Ur. v. 12.05.2009 – B 2 U 12/08 R, SozR 4-2700 § 8 Nr. 33 Rn. 16; *Ricke/Kellner*, in: *Rolfs u. a.*, BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2025, SGB VII § 8 Rn. 67; *Wietfeld*, in: *Rolfs/Giesen/Mießling/Udsching*, BeckOK-SozR, 76. Ed. 2025, SGB VII § 8 Rn. 18.

oder zu sichern“.²¹ Im vorliegenden Sachverhalt habe keine betriebliche Handlungstendenz vorgelegen, da der Kläger im Unfallzeitpunkt weder einer versicherten Tätigkeit nachgegangen, noch sich auf unmittelbarem Weg von oder zum Ort dieser Tätigkeit befunden habe. Daher sei der Unfall des Klägers auch nicht als Arbeitsunfall iSv § 8 SGB VII zu qualifizieren.²²

Wie das BSG m.E. deutlich aufgezeigt hat, kommt es sowohl bei gemischten Tätigkeiten als auch bei Verrichtungen mit gespaltener Handlungstendenz zu dem für diesen Beitrag wesentlichen Aufeinandertreffen von betrieblichen und privatwirtschaftlichen Tätigkeiten der versicherten Person, wenn auch auf unterschiedliche Art und Weise. Daraus folgt, dass beide Begriffe in weiterer Folge streng voneinander abzugrenzen sind bzw. zwischen ihnen rechtlich zu differenzieren ist.²³

Bei der gemischten Tätigkeit handelt es sich nach Ansicht des BSG um zwei gleichzeitig nebeneinander vorgenommenen Verrichtungen, von denen wenigstens eine versichert ist.²⁴ Ein Beispiel für eine derartige gemischte Tätigkeit stellt der an und für sich private Spaziergang mit dem eigenen Hund dar, während dessen ein berufliches Telefonat geführt wird.²⁵ Ein Arbeitsunfall ist in dieser Konstellation nur dann zu bejahen, wenn er rechtlich wesentlich auf dem Risiko der versicherten Tätigkeit beruht (so genannte Theorie der wesentlichen Bedingung²⁶).²⁷ Gemischte Tätigkeiten sind daher ein Problem der Unfallkausalität.²⁸ Bezugnehmend auf das oben eingeführte Beispiel hat es also durchaus Konsequenzen, ob der Arbeitnehmer deswegen beim Spaziergehen stürzt, weil er aufgrund des Telefonats derart abgelenkt ist, dass er eine Bodenunebenheit übersieht oder ob sein

21 BSG, Urt. v. 09.11.2010 – B 2 U 14/10 R, SGB 2011, 585 Rn. 23.

22 BSG, Urt. v. 09.11.2010 – B 2 U 14/10 R, SGB 2011, 585, Rn. 18, 23, 25.

23 *Schwerdtfeger*, in: *Lauterbach*, Unfallversicherung – SGB VII, 77. EL 2024, § 8 Rn. 221.

24 *Ricke/Kellner*, in: *Rolfs u. a.*, BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2025, SGB VII § 8 Rn. 67; *Schwerdtfeger*, in: *Lauterbach*, Unfallversicherung – SGB VII, 77. EL 2024, § 8 Rn. 219; dazu auch BSG, Urt. v. 26.06.2014 – B 2 U 4/13 R, NZS 2024, 788 Rn. 20.

25 BSG, Urt. v. 26.06.2014 – B 2 U 4/13 R, UVR 2014, 668 = BeckRS 2014, 71804 Rn. 12; *Wietfeld*, in: *Rolfs/Giesen/Mießling/Udsching*, BeckOK-SozR, 76. Ed. 2025, SGB VII § 8 Rn. 18.

26 Dazu *Aumann*, Arbeitsunfall 4.0, 2019, S. 82.

27 *Ricke/Kellner*, in: *Rolfs u. a.*, BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2025, SGB VII § 8 Rn. 67; *Wietfeld*, in: *Rolfs/Giesen/Mießling/Udsching*, BeckOK-SozR, 76. Ed., 2025, SGB VII § 8 Rn. 19, 127.

28 *Ricke/Kellner*, in: *Rolfs u. a.*, BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2025, SGB VII § 8 Rn. 67; *Wietfeld*, in: *Rolfs/Giesen/Mießling/Udsching*, BeckOK-SozR, 76. Ed., 2025, SGB VII § 8 Rn. 19, 127.

Hund z.B. ein anderes Tier erblickt und seinen Besitzer bei der Aufnahme der Verfolgung zu Boden reißt. Es ist für den konkret vorliegenden Fall zu ermitteln, welche der beiden Verrichtungen wesentlich für den Eintritt des Unfalls war.

In Bezug auf die vom BSG eingeführte „gespaltene Handlungstendenz“ – eine einzige Verrichtung, die jedoch sowohl privaten als auch betrieblichen Motiven dient und nicht in zwei Handlungen aufgespalten werden kann – ist hingegen nicht nach der Theorie der wesentlichen Bedingung vorzugehen, weil eine rechtliche Abgrenzung anhand der gespaltenen Handlungstendenz nicht auf der Ebene der Unfallkausalität, sondern bereits bei der Ermittlung des sachlichen Zusammenhangs zwischen der Verrichtung und der grundsätzlich versicherten Tätigkeit ansetzt.²⁹ Daher ist auf die Handlungstendenz der versicherten Person abzustellen. Ein Versicherungsschutz ist deswegen nur gegeben, wenn die betroffene Person die dienstliche Verrichtung hypothetisch auch dann vorgenommen hätte, wenn der private Zweck entfallen wäre.³⁰ Als Paradebeispiel der gespaltenen Handlungstendenz wird in der Lehre meist eine Reise ins Treffen geführt, die sowohl betrieblichen Zwecken als auch privaten Erwägungen dient,³¹ wie etwa die bereits in Kapitel 3 genannte Anreise zu einer wissenschaftlichen Fachtagung, bei der die betroffene Person auch jemand aus dem privaten Umfeld besuchen möchte.

Innerhalb der verschiedenen Fälle gespaltener Handlungstendenz ist schließlich eine Fallgruppe besonders hervorzuheben, nämlich Unfälle versicherter Personen in Örtlichkeiten außerhalb der Arbeitsstätte, genauer gesagt in gemischt genutzten Gebäuden. Dieser Themenkomplex wurde in besonderer Weise durch die Rechtsprechung des BSG geprägt, welches eine – m.E. – nochmals differenziertere Rechtsansicht der hypothetischen Annahme entwickelt hat. Die Besonderheit dieser Fälle liegt darin, dass sich die Verrichtung von arbeitsvertraglich geschuldeten Leistungen – nicht erst seit der COVID-19 Pandemie – mehr und mehr in Bereiche abseits

29 Wietfeld, in: Rolfs/Giesen/Mießling/Udsching, BeckOK-SozR, 76. Ed. 2025, SGB VII § 8 Rn. 18.

30 Aumann, Arbeitsunfall 4.0, 2019, S. 56; Keller, in: Hauck/Noftz, SGB VII, 2. EL 2025, § 8 Rn. 24; Ricke, in: Rolfs u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2025, SGB VII § 8 Rn. 44, 65; Wietfeld, in: Rolfs/Giesen/Mießling/Udsching, BeckOK-SozR, 76. Ed., 2025, SGB VII § 8 Rn. 19.

31 Ricke/Kellner, in: Rolfs u. a., BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2025, SGB VII § 8 Rn. 65; Wietfeld, in: Rolfs/Giesen/Mießling/Udsching, BeckOK-SozR, 76. Ed., 2025, SGB VII § 8 Rn. 19.

der klassischen Betriebs- oder Arbeitsstätte der Arbeitgeber verlagert. Altbekannte Abgrenzungskriterien à „der Versicherungsschutz beginnt erst nach Durchschreiten der Außentür“ können daher etwa bei der Erbringung von Dienstleistungen in den eigenen vier Wänden nicht sinnbringend herangezogen werden.

Das BSG hat derartige Fallkonstellationen in der Vergangenheit immer nach dem Prinzip der objektivierten Nutzungshäufigkeit beurteilt. Das bedeutet, dass im konkreten Einzelfall beurteilt werden musste, ob die Räumlichkeit, in der sich der Unfall ereignete, betrieblich oder privat genutzt wurde. Dies war zwar in Konstellationen, in denen sich ein Unfall in einer klar gewidmeten Fläche ereignet hatte, zielführend. Gerade in privaten Wohnungen der Arbeitnehmer gab es allerdings auch Bereiche, die weder dezidiert betrieblich noch dezidiert privat genutzt wurden, etwa der Wohnungsflur oder Treppen von einem Geschoss ins andere. Auf diese Problematik ging das BSG erstmals im Jahr 2017 ausdrücklich ein:

Im Urteil B 2 U 9/16 (Friseurmeisterin)³² ging es um eine selbstständige Friseurmeisterin, welche als Unternehmerin versichert war. Ihr Friseursalon befand sich im Erdgeschoss und die Privatwohnung im Obergeschoss desselben Gebäudes. In der Privatwohnung befand sich ein separater Waschraum, in dem eine Waschmaschine und ein Wäschetrockner standen, die sowohl für die private Wäsche als auch für die Wäsche aus dem Friseursalon genutzt wurden. Die Geschäftswäsche wurde jeweils getrennt von der Privatwäsche gewaschen und fiel mindestens einmal am Tag an. Um die Geschäftswäsche zu waschen, musste der Wohnungsflur der Privatwohnung im Obergeschoss durchschritten werden. Die Klägerin knickte im Wohnungsflur ihrer Privatwohnung vor dem Waschraum mit dem rechten Fuß um, als sie sich auf dem Weg zum Waschraum befand, um Geschäftswäsche aus der Waschmaschine zu holen und zum Trocknen aufzuhängen. Sie zog sich hierbei eine Sprunggelenksverletzung zu.

Das BSG stellte fest, dass die Klägerin zum Unfallzeitpunkt einen versicherten Betriebsweg iS des § 8 Abs. 1 S. 1 iVm § 3 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII zurücklegte. Entscheidend für den Versicherungsschutz sei dabei nicht, wie bislang vertreten, der konkrete Umfang der betrieblichen oder privaten Nutzung des Wohnungsflurs, in dem sich der Unfall ereignete (objektive Nutzungshäufigkeit). Maßgebend für den Versicherungsschutz sei vielmehr

32 BSG, Ur. v. 31.08.2017 – B 2 U 9/16 R, BSGE 124, 93. Hinweis: Der Sachverhalt und die rechtlichen Ausführungen des BSG wurden dem Urteil entnommen, allerdings für die Zwecke dieser Aufbereitung zusammengefasst wiedergegeben.

die objektive Handlungstendenz der versicherten Person bei der zum Zeitpunkt des Unfalls ausgeübten Verrichtung. Daher sei zu prüfen, ob die versicherte Person bei der zum Unfallereignis führenden Verrichtung eine dem Unternehmen dienende Tätigkeit ausüben wollte und diese Handlungstendenz durch die objektiven Umstände des Einzelfalls bestätigt werden könne.³³

Entscheidend sei im vorliegenden Sachverhalt daher, welche konkrete Verrichtung mit welchem Zweck die Klägerin in dem Moment des Unfalls ausübte. Da sie sich nur deshalb im Wohnungsflur befand, um Geschäftswäsche aus der Waschmaschine zu holen, war die objektivierte Handlungstendenz der Klägerin darauf gerichtet, ihrer Tätigkeit als Unternehmerin nachzukommen. Daher habe ein Arbeitsunfall vorgelegen.

Als eine Art Einschränkung des bisher Gesagten führte das BSG aus, dass zum Zwecke dieser Objektivierung – unter Umständen mangels sonstiger Anhaltspunkte – auch der konkrete Ort des Unfallgeschehens und dessen objektive Zweckbestimmung als Indiz Berücksichtigung finden können. Dadurch ließ es sich die Möglichkeit offen, im Einzelfall³⁴ auch auf das bis zu diesem Zeitpunkt verwendete Kriterium der objektiven Nutzungshäufigkeit zurückzugreifen.

Schließlich gab das BSG zu bedenken, dass im häuslichen Bereich die Beweisführung hinsichtlich der Handlungstendenz und die entsprechende Überprüfung klägerseitiger Angaben besonders schwierig sei. Maßgebliches Kriterium für die wertende Entscheidung über den sachlichen Zusammenhang ist mithin zwar die Handlungstendenz des Versicherten, die aber auch durch die objektiven Umstände des Einzelfalls bestätigt werden muss³⁵. Die maßgeblichen objektiven Umstände können in diesen Fallkonstellationen auch den konkreten Ort und den Zeitpunkt der unfallbringenden Verrichtung umfassen, die ihrerseits insofern wieder Zweifel an der vom Versicherten beschriebenen Handlungstendenz begründen können.

Diese Abwendung von dem Entscheidungskriterium der objektivierten Nutzungshäufigkeit hin zur objektivierten Handlungstendenz setzte das BSG auch in weiteren Urteilen³⁶ konsequent fort. Darüber hinaus präzisier-

33 BSG, Ur. v. 18.06.2013 – B 2 U 7/12 R, NZV 2015, 91.

34 BSG, Ur. v. 12.12.2006 – B 2 U 28/05 R, SozR 4-2700 § 8 Nr. 20 Rn. 18.

35 BSG, Ur. v. 12.12.2006 – B 2 U 28/05 R, SozR 4-2700 § 8 Nr. 20 Rn. 22.

36 BSG, Ur. v. 27.11.2018 – B 2 U 28/17 R, BeckRS 2018, 40346 – Sales und Key Account Managerin; BSG, Ur. v. 27.11.2018 – B 2 U 8/17 R, BeckRS 2018, 37285 – Softwareupdate; BSG, Ur. v. 08.12.2021 – B 2 U 4/21 R, NJW 2022, 3029; zuletzt BSG, Ur. v. 21.03.2024 – B 2 U 14/21 R – Verpuffung im Heizkessel.

te es, dass jene Rechtsprechung³⁷, die für Wege gilt, die außerhalb des Wohngebäudes zurückgelegt werden, auch innerhalb der häuslichen Sphäre bei Wegen von dem persönlichen Lebensbereich zu der im selben Haus gelegenen Arbeitsstätte heranzuziehen sei.

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass der Begriff der „gemischtwirtschaftlichen Tätigkeit“, wird er als Zusammentreffen privatwirtschaftlicher und eigenwirtschaftlicher Verrichtungen verstanden, zweierlei Ausprägungen annehmen kann: Zum einen kann es dazu kommen, dass eine einzige objektiv beobachtbare Handlung aus zwei unterschiedlichen Motivationen heraus vorgenommen wird. In diesem Fall ist der sachliche Zusammenhang nach dem Prinzip der objektivierten Handlungstendenz festzustellen. Kommt es hingegen zur gleichzeitigen Verrichtung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit und einer betrieblichen Tätigkeit, liegt eine so genannte gemischte Tätigkeit vor. Die Zurechnung zur Sozialversicherung ist in derartigen Fällen anhand des Prinzips der wesentlichen Bedingung zu beurteilen. Das entscheidende Abgrenzungskriterium³⁸ zwischen den gemischten Tätigkeiten und der gespaltenen Handlungstendenz stellt daher die Prüfung dar, ob es sich bei der beschriebenen Tätigkeit um eine einzige oder um zwei (oder mehrere) Verrichtungen handelt. Schließlich ist festzuhalten, dass innerhalb der verschiedenen Fallkonstellationen der gespaltenen Handlungstendenz die Beurteilung von Unfällen in gemischt genutzten Räumen hervorzuheben ist. Das BSG ist hier im Jahr 2017 von der Beurteilung anhand der objektivierten Nutzungshäufigkeit abgegangen und vertritt seitdem eine Beurteilung anhand der objektivierten Handlungstendenz.

2. Österreich

In Österreich wurde bislang nicht so klar dogmatisch zwischen den verschiedenen Bereichen gemischtwirtschaftlicher Tätigkeiten unterschieden wie in Deutschland. Wie bereits in Kapitel 2 ausgeführt wurde, finden sich zwar in der Literatur verschiedene Begrifflichkeiten und darunter zu subsumierende Fallgruppen, meistens wird jedoch sowohl von Lehre als auch von Rsp einfach von gemischten Tätigkeiten gesprochen. Aus

37 BSG, Urt. v. 05.07.2016 – B 2 U 5/15 R, BSGE 122, 1 – Sturz beim Wasserholen.

38 *Schwerdtfeger*, in: *Lauterbach*, Unfallversicherung – SGB VII, 2024, Rn. 223 mit Verweis auf *Spellbrink*, WzS 2011, 351.

diesem Grund scheint es angemessen, ebenfalls zuerst den geltenden rechtlichen Rahmen der gesetzlichen Unfallversicherung auszuloten, bevor auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Thema gemischtwirtschaftliche Tätigkeiten einzugehen ist.

Auch hier ist der Begriff des Arbeitsunfalls Ausgangspunkt einer rechtlichen Betrachtung. Gemäß § 175 Abs. 1 ASVG gelten als Arbeitsunfälle „Unfälle, die sich im örtlichen, zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Beschäftigung ereignen.“ Wie schon im deutschen Unfallversicherungsrecht ist also bei der Einordnung auf mehrere Voraussetzungen abzustellen, insbesondere, ob es sich um einen Unfall gehandelt hat, sich dieser in einem geschützten Lebensbereich abgespielt hat, und ob der Unfall der Unfallversicherung zugerechnet werden kann.³⁹

Ähnlich wie in Deutschland wurden in § 175 Abs. 2 ASVG eine Reihe von Situationen ausdrücklich dem Unfallversicherungsschutz zugeführt,⁴⁰ die man bei genauerer Betrachtung wohl als gemischtwirtschaftliche Tätigkeiten bezeichnen kann. Dazu gehören beispielsweise die diversen Wegeunfälle, die in den Z 1, 2, 7, 9 und 10 leg. cit. aufgezählt werden. Auf den ersten Blick ist die in § 175 Art. 2 ASVG Aufzählung geschützter Lebensbereiche jedoch deutlich umfassender und beinhaltet beispielsweise auch eine mit der Beschäftigung zusammenhängende Inanspruchnahme von gesetzlichen beruflichen Vertretungen oder Berufsvereinigungen (Z 6).

Darüber hinaus werden in § 176 ASVG eine weitere Reihe von Tätigkeiten, etwa die Rettung eines Menschen aus tatsächlicher oder vermuteter Lebensgefahr (so genannte Handlungen im Fremdinteresse) aber auch die Teilnahme an Betriebsversammlungen oder die Teilnahme an gewissen Schulungs- und Bildungsveranstaltungen (dies wird als erweiterter Schutzbereich versicherter Beschäftigter bezeichnet), dem Arbeitsunfall gleichgestellt. Den in § 176 aufgezählten Tätigkeiten ist gemein, dass sie allesamt außerhalb des Schutzbereichs des § 175 ASVG liegen⁴¹ und daher ohne die explizite Nennung nicht in den Bereich der Unfallversicherung fallen würden. Dies geht sogar so weit, dass gewisse der in § 176 genannten gleichgestellten Unfälle sogar jenen Personen offenstehen, die per se gar nicht

39 Vgl. dazu etwa *Auer-Mayer/Pfeil*, Österreichisches Sozialrecht, 14. Aufl. 2024, S. 73 ff.; *Burger/Mair/Wachter*, Sozialrecht Basics, 7. Aufl. 2024, S. 137 ff.

40 Dazu zählen nach § 175 Abs. 2 Z. 5 ASVG auch die Unfälle bei Verwahrung, Beförderung, Instandhaltung und Erneuerung eines Arbeitsgeräts, welche im Wesentlichen § 8 Abs. 2 Nr. 5 SGB VII entsprechen.

41 *Müller*, in: *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm, 329. EL 2025, ASVG § 176 Rn. 1.

unfallversichert sind, etwa die Handlungen in Fremdinteresse (Z 2, 3, 6, 7, 10 und 13), die Inanspruchnahme von sozialen Transferzahlungen (Z 8), sowie der Besuch beruflicher Schulungs(Fortbildungs)kurse während einer Mutter- oder Väterkarenz.⁴² Während also an dieser Stelle zu konstatieren ist, dass in Österreich von vornherein deutlich mehr gemischtwirtschaftliche Tätigkeiten ausdrücklich durch den Gesetzgeber mitgedacht wurden als in Deutschland, bleibt es auch in Österreich bei einer bloß punktuellen Erfassung derartiger Tätigkeiten durch das Unfallversicherungsrecht.

Wie in Deutschland waren es daher in erster Linie die (Höchst-)Gerichte, die die rechtliche Erfassung gemischtwirtschaftlicher Tätigkeiten geprägt haben. Besonders oft hatte sich der OGH in Österreich mit Treppensturz-Fällen⁴³ auseinanderzusetzen. Diesen Sachverhalten war gemein, dass Arbeitnehmer in privaten Räumlichkeiten betrieblichen Tätigkeiten nachgingen und auf einem Weg über eine Treppe in ihrem privaten Wohnbereich zu Sturz kamen. Zu diesem Problembereich gab es – ähnlich wie in Deutschland – die über lange Zeit bestehende Rechtsansicht, dass der Unfallversicherungsschutz anhand der objektivierten Benutzungshäufigkeit⁴⁴ zu bestimmen sei. Entscheidend war also, ob der Teil des Gebäudes, in dem sich der Unfall ereignet hatte, dezidiert als Arbeitsstätte zweckgewidmet war, das heißt „in wesentlichem Umfang für betriebliche Zwecke benutzt wurde“⁴⁵. Um dies zu beurteilen, musste im Einzelfall erhoben werden, zu welchem Prozentsatz die Treppe betrieblich bzw. beruflich genutzt wurde. Diese Judikaturlinie⁴⁶ wurde jedoch von der österreichischen Lehre⁴⁷ – stark zusammengefasst – als wenig treffsicher kritisiert, da etwa die Frage, welcher Tätigkeit die betroffene Person im Zeitpunkt des Unfalls nachging, komplett außer Acht gelassen wurde.

42 Müller, in: *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm, 329. EL 2025, ASVG § 176 Rn. 3.

43 OGH, Urt. v. 07.05.1996 – 10 ObS 2069/96d; OGH, Urt. v. 10.10.2001 – 10 ObS 275/01s; OGH, Urt. v. 13.11.2001 – 359/01v, DRdA 2002, 159; OGH, Urt. v. 09.10.2007 – 10 ObS 79/07a.

44 Holzer, in: *Felten/Trost*, Praxishandbuch Homeoffice, 2021, Rn. 12.36.

45 Vgl. insbesondere OGH, Urt. v. 13.11.2001 – 10 ObS 359/01v, DRdA 2002, 159.

46 RIS-Justiz RS0084463; vgl. auch OGH, Urt. v. 13.11.2001, 10 ObS 359/01v, DRdA 2002, 159.

47 Müller, in: *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm, 329. EL 2025, ASVG § 175 Rn. 110 ff; Brodil, ZAS 2019, 12, 13, 17 ff.; Müller, DRdA 2020, 311, 313 ff.; Holzer, in: *Felten/Trost*, Praxishandbuch Homeoffice, 2021, Rn. 12.29.

Im Jahr 2021 kam es zu einer Aufsehen erregenden und – zumindest von der Lehre – lange eingeforderten Judikaturwende in der Rechtsprechung des OGH. Ausgangspunkt war wiederum ein Treppensturzfall:⁴⁸

Der Kläger war Lehrer und überdies in der Personalvertretung als Fachausschussvorsitzender für AHS-Lehrer tätig. Da ihm im Konferenzzimmer der Schule nur ein Arbeitsplatz zugewiesen wurde, den er mit einem Kollegen teilen musste und sich im Büro der Personalvertretung nur ein einziger Schreibtisch für alle Personalvertreter befand, arbeitete der Kläger, wenn er als Personalvertreter tätig war, von zu Hause aus, sofern er keinen Außentermin hatte. Eine „Homeoffice-Vereinbarung“ mit dem Dienstgeber gab und gibt es nicht. Der Kläger wohnte in einem Reihnhaus, das über drei – durch eine halb gewendelte Holztreppe verbundene – Geschosse verfügte. Im Erdgeschoss befanden sich Küche, Wohnzimmer, Vorraum und Toilette. Im ersten Stock lagen das Schlafzimmer des Klägers, ein Bad mit Toilette sowie ein Büro, in dem zwei Schreibtische, zwei Bücherregale, ein Büroschrank und ein Wandverbau standen. Am Unfalltag hatte der Kläger einen Bürotag und arbeitete zu Hause. Für den Nachmittag war ein Beratungsgespräch mit einer Kollegin vereinbart. Überdies erwartete er einen dringenden dienstlichen Anruf eines Kollegen. Gegen 16:00 Uhr klingelte es an der Tür. Der Kläger verließ daher sein Büro im ersten Stock, ging hinunter zur Haustür, öffnete diese und empfing seine Kollegin. Unmittelbar nach der Begrüßung klingelte das Telefon im Büro im ersten Stock. Der Kläger bat die Kollegin in die Wohnküche, um dort auf ihn zu warten, und lief die Treppe hinauf, um das Gespräch entgegenzunehmen. Auf der obersten Stufe trat er mit dem linken Fuß ins Leere und verletzte sich.

In seiner Begründung griff der OGH zum einen die Bedenken der Lehre noch einmal ausdrücklich auf. Zum anderen bezog er sich auf die bereits besprochene Rechtsprechung des deutschen BSG (dazu 3.1). Schließlich erwähnte der OGH auch die zunehmende Bedeutung von Homeoffice, nicht nur aufgrund der COVID-19 Pandemie. Aus diesen Gründen nahm der OGH von seiner bisherigen Rechtsprechung Abstand und beurteilte den Sachverhalt anhand der vom BSG entwickelten These der objektivierten Handlungstendenz. Das Höchstgericht bejahte den Arbeitsunfall, da die Fortbewegung über die nicht überwiegend zu betrieblichen Zwecken

48 OGH, Urt. v. 27.04.2021 – 10 ObS 15/21k, JAS 2022, 179 (*Auer-Mayer*) = ZAS 2022, 170 (*Brodil*) = DRdA 2022, 28 (*Pfeil*).

benutzte Innentreppe des Wohngebäudes keinem privatwirtschaftlichen Zweck (wie beispielsweise eine Bewegung im Zusammenhang mit einer Mittags- oder Kaffeepause) diene. Sie war ausschließlich von der objektivierten Handlungstendenz in Richtung einer dienstlichen Tätigkeit getragen.⁴⁹

Auffallend an diesem Urteil ist m.E. ein weiterer Aspekt, nämlich, dass der OGH – obwohl ausdrücklich auf die deutsche Rsp. Bezugnehmend – die Bezeichnung als gespaltene Handlungstendenz nicht übernommen hat. In der Vergangenheit sprach der OGH – wenn überhaupt – nur von gemischten Tätigkeiten,⁵⁰ unter die jedoch eine Reihe von verschiedenen Konstellationen subsumiert wurde. Neben den Treppensturzfällen gibt es vereinzelte weitere Entscheidungen des OGH, die das Höchstgericht zwar als gemischte Tätigkeiten bezeichnete, in denen es aber ebenfalls um objektivierte Handlungstendenzen ging, wie z.B. beim Sturz eines Arbeitnehmers auf einem vom Arbeitgeber organisierten Skitag⁵¹, oder beim Oldtimer-Mopedunfall mit Geschäftspartnern.⁵² Der OGH bejahte das Vorliegen eines Arbeitsunfalls in diesen Urteilen, wenn die Verrichtung im Einzelfall dazu bestimmt war, auch betrieblichen Interessen wesentlich zu dienen. Ein Arbeitsunfall sei daher nur dann auszuschließen, wenn allein die privaten Interessen des Verletzten für die unfallbringende maßgebend waren. Da die inhaltliche Prüfung in diesen Urteilen streng nach jenem Schema ablief, welches schon in Kapitel 3.1 dargestellt wurde, wäre es m.E. empfehlenswert, auch in Österreich terminologisch strikter zwischen den beiden Begriffen gemischte Tätigkeit und gespaltene Handlungstendenz zu unterscheiden.

49 Der alternative Zugang, darauf abzustellen, ob ungeachtet des privaten Rahmens doch eine wesentliche Bedingung für den Unfall aus dem Schutzbereich der UV stammt (vertreten von *Brodil*, ZAS 2019, 12), wird im vorliegenden Urteil zwar erwähnt, der OGH verfolgt diesen Ansatz aber nicht weiter. Folgt man der Dogmatik des BSG, so wäre die Prüfung anhand der Theorie der wesentlichen Bedingung allerdings auf der Zurechnungsebene vorzunehmen während Fälle der gespaltenen Handlungstendenz auf der Ebene des Zusammenhangs zu lösen sind. Dieser Widerspruch wird jedoch von *Müller* (DRdA 2020, 311, 314) m.E. völlig zu Recht erkannt und kritisiert.

50 Vgl. RIS-Justiz RS0084271; RS0084388.

51 OGH, Urt. v. 30.04.2001 – 10 Obs 59/01a.

52 OGH, Urt. v. 22.08.2023 – 10 Obs 57/23i.

3. Zwischenfazit

Zusammenfassend ist an diesem Punkt festzuhalten, dass sich die Erfassung gemischtwirtschaftlicher Tätigkeiten in Bezug auf die Treppensturzfälle durch das Sozialrecht in Deutschland und Österreich ähnlich entwickelt hat, wobei die vom BSG vertretene Theorie der objektivierten Handlungstendenz richtungsweisend auch für die österreichische Rechtslage war. Ebenfalls zu übernehmen wäre m.E. die deutlich schärfere dogmatische Abgrenzung in gemischte Tätigkeit und gespaltene Handlungstendenz, die in Österreich zwar teils auch judiziert, aber nicht hinreichend deutlich benannt wird. Diese Differenzierung ist deshalb erforderlich, weil die Prüfung, ob eine bestimmte Verhaltensweise unter Unfallversicherungsschutz fällt, auf unterschiedlichen Ebenen erfolgt – je nachdem, ob es um gemischte Tätigkeiten oder um gespaltene Handlungstendenzen geht.

Schließlich lässt die dargestellte Rechtslage folgende These zu: M.E. lässt sich der Begriff der gemischtwirtschaftlichen Tätigkeit als eine Art Hauptkategorie definieren, die sich durch das Zusammentreffen versicherter und unversicherter Tätigkeit auszeichnet. Gemischte Tätigkeiten und Fälle gespaltener Handlungstendenz erfüllen beide diese Definition, sind jedoch voneinander abzugrenzen. M.E. können sie daher als Untergruppen gemischtwirtschaftlicher Tätigkeit verstanden werden. Die Differenzierung wiederum ist anhand des vom BSG entwickelten Kriteriums vorzunehmen, ob der zu beurteilende Unfall sich aufgrund einer einzigen Verrichtung oder mehrerer nebeneinander bestehenden Verrichtungshandlungen ereignet hat.

IV. Ausgewählte Problemfälle

1. Tätigkeiten im Homeoffice

In einem letzten Schritt sollen anhand der eben formulierten Thesen und Prüfungsschritte verschiedene Arten von gemischtwirtschaftlichen Tätigkeiten herausgegriffen werden, um deren unterschiedliche Behandlung im österreichischen und deutschen Recht darzustellen.

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich gibt es Judikaturketten zu Unfällen versicherter Personen, die betriebliche Tätigkeiten in ihren eigenen privaten Räumlichkeiten erbringen und dabei verunfallen. Darauf

hingewiesen werden soll, dass dies erst seit der COVID-19 Pandemie der Fall ist. Wie Müller⁵³ zutreffend ausführt, ist es etwa bei selbständigen Versicherten, etwa Gewerbetreibenden, durchaus öfters der Fall, dass diese in gemischt genutzten Räumlichkeiten tätig werden. Der OGH⁵⁴ hat jedoch auch festgestellt, dass in einer stetigen zunehmenden Zahl von Fällen auch unselbständig versicherte Personen (im Wesentlichen Arbeitnehmer) Arbeitsleistungen in den eigenen Wohnräumen erbringen. Da davon auszugehen ist, dass die Erbringung von Tätigkeiten im Homeoffice auch künftig ein fester Bestandteil der Arbeitswelt sein wird,⁵⁵ erscheint es gewinnbringend, diesen Problembereich vertieft zu untersuchen:

In Deutschland lässt sich die Rechtsprechung derart zusammenfassen, dass das BSG Unfälle auf Wegen innerhalb des eigenen Haushalts im Homeoffice nicht als Wegeunfälle qualifiziert, da diese gem. § 8 Abs. 2 Nr. 1 SGB VII auf das Zurücklegen eines mit der versicherten Tätigkeit zusammenhängenden und unmittelbaren Weg gerichtet sind. Da das BSG an der Judikaturlinie, dass nur das Durchschreiten der Außentür des Hauses, in dem sich die Wohnung des Arbeitnehmers befindet, einen Wegeunfall auslösen kann, festhält, sind Tätigkeiten, die sich rein im Inneren des Wohnhauses abspielen, kein Wegeunfall im Sinne des Unfallversicherungsrechts. Im Gegensatz dazu qualifiziert das BSG Wege innerhalb der eigenen vier Wände dann als Betriebsweg, wenn diese in Ausführung der versicherten Tätigkeit in einer Homeoffice-Konstellation zurückgelegt werden. Zur Beurteilung dieser Frage wird das in Kapitel 3. dargestellte Kriterium der objektivierten Handlungstendenz herangezogen. Deziidiert offen bleibt bislang die Frage, wie es um Unfälle bestellt ist, in denen sich der Arbeitnehmer gerade nicht in einer Bewegung befindet.

Zu erwähnen bleibt an dieser Stelle das Problem des Einsatzes privater Gegenstände im Homeoffice. Das BSG⁵⁶ hatte sich erst 2024 in einem Urteil mit einer Verpuffung im Heizkessel auseinanderzusetzen. Der Kläger arbeitete im Wohnzimmer seines Hauses, als er feststellte, dass die Heizkörper im ganzen Haus kalt waren. Er begab sich zur Überprüfung der Kesselanlage in den Heizungskeller, weil er seine betriebliche Tätigkeit bei höheren Zimmertemperaturen fortsetzen wollte. Beim Hochdrehen des

53 Müller, in: Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm, 329. EL 2025, ASVG § 175, Rn. 106.

54 OGH, Urt. v. 27.04.2021 – 10 ObS 15/21k, JAS 2022, 179 (Auer-Mayer) = ZAS 2022, 170 (Brodil) = DRdA 2022, 28 (Pfeil).

55 Greiner/Kalle, in Schmoeckel, Herausforderungen der Rechtsordnung durch die Pandemie, 2021, S. 159, 160.

56 BSG, Urt. v. 21.03.2024 – B 2 U 14/21 R, NJW 2025, 104.

Temperaturreglers kam es zu einer Verpuffung im Heizkessel, in deren Folge die Zugluftklappe in der Kaminwand herausprang und den Kläger im Gesicht traf. Dabei verletzte er sich.

Während sich das BSG in seiner Begründung auf die bereits aufgeführten Grundsätze berief, erscheint erwähnenswert, dass das Höchstgericht die im Wohnhaus befindliche, private Heizungsanlage als betriebliche Einrichtung qualifizierte, deren Betriebsgefahr sich verwirklichte. Damit scheint sich das BSG zumindest im vorliegenden Fall von der allgemeinen Notion lösen zu wollen, dass die Nutzung privater Gegenstände dem Grunde nach dem privaten Risikobereich der versicherten Person zuzuweisen ist. Der Kläger habe nicht nur die Privaträume seiner Kinder, sondern auch seinen häuslichen Arbeitsplatz mit höheren Temperaturen versorgen wollen. Die Benutzung des Temperaturreglers war deshalb objektiv unternehmensdienlich und der Heizungsdefekt damit kein unversichertes privates Risiko.

In Österreich wird ebenfalls davon ausgegangen, dass Unfälle innerhalb der eigenen vier Wände keinen Wegunfall, sondern einen Betriebsweg darstellen.⁵⁷ Hinsichtlich des Einsatzes privater Gegenstände vertritt die jüngere Lehre⁵⁸ den Standpunkt, dass die konkreten Einflussmöglichkeiten des Arbeitgebers auf das Unfallereignis für die Frage der Zurechnung im engeren Sinn unerheblich seien. Diese Wertung werde auch durch den nach der COVID-19 Pandemie eingeführten § 175 Abs 1a ASVG verdeutlicht, welcher die Arbeitsunfälle bei Telearbeit (seit 2025 der in Österreich geltende Terminus für Homeoffice), regelt. Dieser stellt für das Vorliegen eines Arbeitsunfalls in erster Linie auf einen Unfall im geschützten Lebensbereichs, konkret eben die Arbeit im Homeoffice, ab. Daher könne ein Arbeitsunfall nur dann ausgeschlossen werden, wenn das eigenwirtschaftliche Element als Ursache des Unfalls so stark in den Vordergrund tritt, dass eine Zurechnung zur Versichertengemeinschaft wertungsmäßig nicht (mehr) sachgerecht scheint.⁵⁹ Denn es reicht für die Verneinung des Unfallversicherungsschutzes gerade nicht aus, dass sich ein vergleichbarer Unfall auch im „privaten“ Bereich ereignen hätte können.⁶⁰

57 Müller, in: Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm, 329. EL 2025, ASVG § 175 Rn. 74.

58 Auer-Mayer, JAS 2022, 179, 190 ff.; Müller, DRdA 2020, 310, 315.

59 Auer-Mayer, JAS 2022, 179, 191.

60 OGH, Urt. v. 13.09.2017 – 10 Obs 111/17x, SSV-NF 31/46.

2. Befriedigung lebensnotwendiger Bedürfnisse

Ein Bereich, bei dem der Vergleich zwischen dem österreichischen und deutschen Versicherungsrecht tatsächlich gewisse Unterschiede zu Tage befördert, ist der Bereich der so genannten Befriedigung lebensnotwendiger Bedürfnisse.⁶¹ Darunter fallen vorrangig die Einnahme von Lebensmitteln und Getränken während der Arbeitszeit.

In Deutschland gibt es für diese Fallgruppe keine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Die Lehre vertritt daher unter Berufung auf einschlägige Urteile, dass diese Verrichtungen unabhängig von der versicherten Tätigkeit erforderlich sind und daher grundsätzlich kein Versicherungsschutz besteht.⁶² Etwas anderes gilt nur, wenn die Einnahme von Essen oder Trinken unmittelbar erforderlich zur Erhaltung der Arbeitskraft ist. Diese Voraussetzung gilt beispielsweise dann als erfüllt, wenn die jeweilige versicherte Tätigkeit ein besonderes Ess- und Trinkbedürfnis mit sich bringt,⁶³ etwa bei einer Arbeit unter Staubeinwirkung in großer Hitze, wo die ständige Flüssigkeitszufuhr notwendig ist.⁶⁴ Wege im Betrieb selbst, etwa zur Kantine oder dem Getränkeautomat, sind schließlich nach allgemeiner Ansicht versichert, da diese der Erhaltung der Arbeitskraft dienen und zwangsläufig im betrieblichen Bereich vorgenommen werden müssen.⁶⁵

In Österreich wird die Einnahme von Essen und Trinken hingegen ausdrücklich in § 175 Abs. 2 Z. 7 ASVG geregelt. Als Arbeitsunfall gilt im Sinne dieser Bestimmung auch jener Unfall, „der sich auf dem Weg von der Arbeitsstätte bzw. zurück ereignet, den der Versicherte zurücklegt, um in der Nähe der Arbeitsstätte oder in seiner Wohnung lebenswichtige

61 Dieser Terminus stammt aus dem österreichischen Unfallversicherungsrecht und umfasst nach h.A. nicht nur Essen und Trinken, sondern etwa – soweit naheliegend – auch den Toilettengang [dazu *Brodil*, in: *Köck*, Homeoffice-Kommentar, 2021, ASVG § 175, Rn. 43 m.w.N.]. Laut OGH [Urt. v. 26.5.1992 – 10 ObS 71/92, SSV-NF 6/60; Urt. v. 22.10.1996 – 10 ObS 2141/96t, DRdA 1997, 374 (*Müller*)] ist darunter aber auch jede andere Tätigkeit zu subsumieren, deren Befriedigung keinen größeren Aufschub duldet, weswegen etwa der Einkauf von Lebensmitteln oder der Konsum einer Zigarette (*Müller* in: *Müller/Mosler/Pfeil*, Der SV-Komm, 329. EL 2025, ASVG § 175 Rn. 222/1) aus dem Geltungsbereich der Norm ausgeschlossen wurden.

62 *Ricke/Kellner*, in: *Rolfs u. a.*, BeckOGK-SGB, Stand: 15.02.2025, SGB VII § 8 Rn. 99; *Schwerdtfeger*, in: *Lauterbach*, Unfallversicherung – SGB VII, 77. EL 2024, § 8 Rn. 225.

63 BSG, Urt. v. 31.08.2017 – B 2 U 11/16 R, NJW 2018, 1200.

64 BSG, Urt. v. 31.08.2017 – B 2 U 11/16 R Rn. 17, NJW 2018, 1200; BSG, Urt. v. 10.10.2022 – B 2 U 6/02 R, BeckRS 9999, 00925.

65 St. Rspr. zuletzt BSG, Urt. v. 31.08.2017 – B 2 U 11/16 R, NJW 2018, 1200 Rn. 18.

persönliche Bedürfnisse zu befriedigen sowie bei dieser Befriedigung der lebensnotwendigen Bedürfnisse, sofern sie in der Nähe der Arbeitsstätte, jedoch außerhalb der Wohnung des Versicherten erfolgt.“⁶⁶

Eine Analyse dieser – recht sperrig formulierten – Bestimmung lässt folgenden Schluss zu: dem Grunde ist, wie in Deutschland, der Weg zur Nahrungsaufnahme und zurück unfallversichert, die Einnahme selbst hingegen nicht. Allerdings lässt die vorliegende Bestimmung sodann eine Reihe von Ausnahmen und Gegenausnahmen zu.

Umfasst ist – und hier liegt einer der wichtigsten Unterschiede zum deutschen Recht – die Befriedigung der lebensnotwendigen Bedürfnisse selbst.⁶⁷ Allerdings muss diese Tätigkeit außerhalb der Wohnung der versicherten Person bzw. in der Nähe der Arbeitsstätte erfolgen. Offen bleibt, wie es um die Befriedigung der lebensnotwendigen Bedürfnisse in der Arbeitsstätte selbst steht, da diese vom Gesetzgeber ausdrücklich nicht erwähnt wird. Die Lehre⁶⁸ vertritt daher, dass der Verzehr von Mahlzeiten in der Arbeitsstätte selbst nicht unfallversichert ist. Festzuhalten ist damit eine m.E. sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung hinsichtlich der Frage, wann die Einnahme von Nahrung und Flüssigkeiten dem Unfallversicherungsschutz unterliegt. Das Essen im Restaurant in unmittelbarer Nachbarschaft der Arbeitsstätte, sogar auf einer Parkbank unmittelbar vor derselben wäre unfallversichert, die Einnahme von Nahrungsmitteln im Pausenraum hingegen nicht.

Einen weiteren Unterschied zum deutschen Recht stellt die Tatsache dar, dass auf die Nähe zur Arbeitsstätte abgestellt wird. Der OGH⁶⁹ argumentiert diesbezüglich, dass die Lokalität vom Betrieb aus fußläufig erreichbar sein muss, und zwar unabhängig von der Länge der Pause und den verfügbaren Verkehrsmitteln.⁷⁰ Neben der Lage des Arbeitsplatzes ist dabei auch auf besondere Bedürfnisse der versicherten Person, etwa Nahrungsmittel-

66 Erfasst wird durch § 175 Abs. 1a auch der Weg, den die versicherte Person aus dem Homeoffice (seit 01.01.2025 spricht der österreichische Gesetzgeber nur mehr von Telearbeit) heraus antritt. Diese Bestimmung wurde im Zuge der Covid-19 Pandemie durch das BGBl I 2021/61 eingeführt und soll versicherten Personen für die gleichen Tätigkeiten einen Unfallversicherungsschutz einräumen, als wenn sie in der Arbeitsstätte gearbeitet hätten.

67 Vinzenz, DRdA 2023, 492, 495.

68 Müller, in: Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm, 329. EL 2025, ASVG § 175 Rn. 222; Schrattbauer, ZAS 2014, 37, 41.

69 ZB OGH, Urt. v. 19.03.2013 – 10 Obs 169/12v, ZAS 2014, 37 (Schrattbauer).

70 OGH, Urt. v. 19.03.2013 – 10 Obs 169/12v, ZAS 2014, 37 (Schrattbauer).

allergien, Ernährungsgewohnheiten oder ähnliches, Rücksicht zu nehmen. Allerdings wurde in einem weiteren Urteil⁷¹ bereits der Weg zu einem nur einen Kilometer entfernten – also durchaus in Gehdistanz befindlichen – Supermarkt nicht als Wegunfall im Sinne von § 175 Abs. 2 Z 7 ASVG anerkannt, da es im Umfeld der Arbeitsstätte mehrere nähere gelegene Einkaufsmöglichkeiten für die Beschaffung des Mittagessens gab.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass m.E. auch die – um die österreichische Terminologie zu bemühen – Befriedigung lebensnotwendiger Bedürfnisse als gemischtwirtschaftliche Tätigkeiten qualifiziert werden kann, kommt es doch auch in diesen Konstellationen zu einem Aufeinandertreffen versicherter und unversicherter Tätigkeiten, nämlich Unterbrechung der Arbeit zur Aufnahme von Nahrung oder Flüssigkeiten. Die deutsche Rechtsprechung orientiert sich m.E. in erster Linie an dem – bereits in Kapitel 3.1 beschriebenen – Kriterium der Theorie der wesentlichen Bedingung. Dies hat zur Folge, dass die Nahrungsaufnahme selbst nicht dem Versicherungsschutz unterliegt, es sei denn, es kommen erschwerende Umstände hinzu. In Österreich hingegen präsentiert sich mit § 175 Abs. 2 Z 7 ASVG eine gesetzliche Regelung, die zwar hinsichtlich der Wege von der Arbeit zur Bedürfnisbefriedigung und zurück eine klare Rechtsfolge vorsieht, hinsichtlich der Einnahme der Mahlzeiten/Getränke hingegen aber m.E. unsachlich differenziert. Wie bereits dargestellt, ist nämlich im Einzelfall zu unterscheiden, ob die versicherte Person die Mahlzeit in der Arbeitsstätte, in der Nähe der Arbeitsstätte oder in der eigenen Wohnung einnimmt, ohne dass dies befriedigend begründet werden kann. Wünschenswert wären daher eine Orientierung an der deutschen Rechtslage und eine Bereinigung dieser seltsam anmutenden Regelung.

V. Zusammenfassung

Ziel dieses Beitrags ist es, die Beziehung zwischen den Leitgedanken der Solidarität und Selbstverantwortung im Unfallversicherungsrecht, insbesondere im Kontext gemischtwirtschaftlicher Tätigkeiten, näher darzustellen. Wie bereits in der Einführung erwähnt, ist Solidarität für die Zwecke dieses Beitrags als Verpflichtung der Versichertengemeinschaft zu verste-

71 OGH, Urt. v. 23.07.2013 – 10 Obs 35/13i, infas 2013, 46. Vgl. dazu auch OGH, Urt. v. 25.01.2022 – 10 Obs 183/21s, DRdA-infas 2022, 176, wo eine Distanz von ca. drei Kilometern zur Supermarktfiliale ebenfalls als zu weit eingestuft wurde, um dem Unfallversicherungsschutz zu unterliegen.

hen, bei einem Unfall Leistungen zu erbringen. Der Begriff der Selbstverantwortung bedeutet dahingehend, dass die verunfallte Person selbst die Leistungen zur Beseitigung des regelwidrigen Körper- oder Geisteszustands zu finanzieren hat. Aufgrund der Tatsache, dass der Gesetzgeber grundsätzlich nur jene Unfälle, die in einem Zusammenhang zu der versicherten Beschäftigung stehen, dem Unfallversicherungsschutz zuweist, scheint das Verhältnis zwischen Solidarität und Selbstverantwortung in diesem Versicherungszweig zunächst klar aufgeteilt. Jedoch wird am Beispiel der gemischtwirtschaftlichen Tätigkeiten, die sich durch ein Aufeinandertreffen versicherter und privater Tätigkeiten kennzeichnen, deutlich, dass eine klare Abgrenzung nicht überall derart eindeutig ist.

Im deutschen Recht differenziert das BSG zwischen „gemischten Tätigkeiten“ und „gespaltenen Handlungstendenzen“, um spezifische Voraussetzungen für den Versicherungsschutz zu klären. Wie in Kapitel 3.1 aufgezeigt, ist hinsichtlich der gemischten Tätigkeiten, bei denen zwei gleichzeitig unternommene Verrichtungshandlungen beobachtet werden können, die Frage nach dem Unfallversicherungsschutz anhand der Theorie der wesentlichen Bedingung zu beantworten. Ist hingegen nur eine einzige Verrichtungshandlung der versicherten Person identifizierbar, liegt eine gespaltene Handlungstendenz vor. Diesbezüglich ist nach der Theorie der objektivierenden Handlungstendenz aufzulösen. In Österreich wurde eine derart dogmatische Abgrenzung bislang nicht vorgenommen. Vielmehr beurteilt der OGH gemischte Tätigkeiten anhand von Fallgruppen, etwa den Treppensturzfällen, welche, wie in Deutschland, anhand der Theorie der objektivierenden Handlungstendenz gelöst werden.

Für den Zweck einer dogmatischen Einordnung wird daher vorgeschlagen, sowohl die gemischten Tätigkeiten als auch die gespaltenen Handlungstendenzen unter den Überbegriff der „gemischtwirtschaftlichen Tätigkeiten“ zusammenzufassen, da beiden Begriffen das Aufeinandertreffen versicherter und unversicherter Tätigkeiten gemein ist. Abzugrenzen sind die beiden Fälle wiederum anhand der Ermittlung, ob es sich bei der Tätigkeit, die zum Unfall geführt hatte, um eine einzige oder um mehrere, nebeneinander bestehende Verrichtungen gehandelt hat. Besonders hervorgehoben wurden innerhalb der Kategorie der gespaltenen Handlungstendenz die Unfälle außerhalb der Arbeitsstätte, die vom BSG anhand der Theorie der objektivierten Handlungstendenz beurteilt werden. Schließlich wurden ausgewählte Problemfälle wie Tätigkeiten im Homeoffice und die Befriedigung lebensnotwendiger Bedürfnisse eingehend erörtert.

Als abschließendes Fazit ist festzuhalten, dass die vom BSG entwickelte Unterscheidung in gemischte Tätigkeiten einerseits und gespaltene Handlungstendenz andererseits und die daran geknüpfte Beurteilung von Unfällen anhand der Theorie der wesentlichen Bedingung bzw. der objektivierten Handlungstendenz m.E. geeignet sind, um das Spannungsfeld zwischen Solidarität und Selbstverantwortung in der Unfallversicherung weitestgehend aufzulösen. Eine derartig klare dogmatische Abgrenzung wäre auch für das österreichische Unfallversicherungsrecht begrüßenswert.

Wirtschaftliche Selbstverantwortung von und Solidarität gegenüber Leistungserbringern nach dem SGB XI während der Corona-Pandemie – eine Analyse von § 150 Abs. 2 SGB XI a. F.*

*RAin Katharina Haase***

Fünf Jahre nach Beginn der Corona-Pandemie sind ihre Auswirkungen immer noch spürbar. Der Ruf nach Aufarbeitung der umfangreichen Maßnahmen und Regelungen wird zusehends lauter. Dieser Beitrag möchte die Debatte bereichern, indem er sich mit der Wirkungsweise und Wirksamkeit des sogenannten Pflege-Rettungsschirms auseinandersetzt.

I. Spannungsfeld von wirtschaftlicher Eigenverantwortung und Solidarität

In Deutschland sind 88 % der Erwerbstätigen gesetzlich kranken- und pflegeversichert.¹ Die Versicherten haben einen Anspruch auf notwendige medizinische und pflegerische Maßnahmen gegenüber der jeweiligen Pflegekasse („Sachleistungsprinzip“), bspw. §§ 4 Abs. 1 und 4², 36 SGB XI.³ Zur Erfüllung dieses Anspruchs bedienen sich die Pflegekassen der Pflegeeinrichtungen, also der sogenannten Leistungserbringer. Diese erbringen die Leistungen der pflegerischen Versorgung, die von den Kassen vergütet werden.

Finanziert werden die Leistungen unter anderem durch die Versicherungsbeiträge. Diese werden solidarisch von allen Mitgliedern erbracht,

* Sofern nicht ausdrücklich ein anderer Gesetzesstand genannt wird, ist mit § 150 Abs. 2 SGB XI a. F. immer die Fassung vom 27.03.2020 gemeint, BGBl I 2020, S. 585.

** Die Verfasserin ist Rechtsanwältin in der auf die rechtliche Beratung von Pflegeunternehmen spezialisierten Kanzlei Dr. Ulbrich & Kaminski. Ihr Tätigkeitsschwerpunkt liegt in der sozial- und wirtschaftsrechtlichen Beratung von Akteuren der Pflegebranche.

1 Statistisches Bundesamt (Destatis), Krankenversicherungsschutz, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-2/krankenversicherungsschutz.html> (zuletzt abgerufen am 04.03.2025).

2 Udsching, in: *Udsching/Schütze*, SGB XI, 6. Aufl. 2024, § 4 Rn. 3.

3 Wahl, in: *Udsching/Schütze*, SGB XI, 6. Aufl. 2024, § 36 Rn. 5.

§§ 54 ff. SGB XI. Die Pflegeversicherung folgt damit dem Solidaritätsprinzip, bei dem sich die Mitglieder der gesetzlich definierten Solidargemeinschaft gegenseitig, unter Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, unterstützen⁴. Letztere spiegelt sich auch in der einkommensabhängigen Beitragsbemessung wider. Es ist nicht zuletzt Ausprägung des Sozialstaatsprinzips, dass die Solidargemeinschaft ihre pflegebedürftigen Mitglieder absichert.⁵

Neben diesem Solidaritätsgedanken gilt im Leistungserbringerrecht auch das Gebot der Wirtschaftlichkeit. Demnach haben sowohl Kostenträger, Leistungserbringer und Patienten darauf hinzuwirken, dass die Leistungen wirksam und wirtschaftlich erbracht sowie nur im notwendigen Umfang in Anspruch genommen werden.⁶ Daraus folgt, dass Leistungen der Pflegeversicherung entweder von vornherein begrenzt sind oder aber einer speziellen Wirtschaftlichkeitsprüfung unterliegen.⁷ Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gilt für Kassen und Leistungserbringer gleichermaßen, § 29 Abs. 2 SGB XI.⁸ Da die Pflegeeinrichtungen aber eigenständige Wirtschaftsunternehmen sind, gilt für sie das Gebot der Wirtschaftlichkeit in besonderem Maße, da von der Wirtschaftlichkeit der erbrachten Leistungen das Bestehen der Pflegeeinrichtungen abhängt. Die Abrechnung von Leistungen mit den Pflegekassen führt nicht dazu, dass die Leistungserbringer kein wirtschaftliches Risiko mehr tragen. Vielmehr ist es so, dass sie bereits von Gesetzes wegen wirtschaftlich eigenverantwortlich handeln müssen. Sind Leistungserbringer dazu nicht in der Lage, dann werden sie nicht zur Versorgung zugelassen, §§ 71 Abs. 1 u. 2, 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XI, oder aber sie verlieren ihren Versorgungsvertrag und damit ihre Zulassung, § 74 Abs. 1 SGB XI.

4 Bundesregierung, Zukunftssichere Finanzierung der sozialen Pflegeversicherung – Darstellung von Szenarien und Stellschrauben möglicher Reformen, S. 24, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Pflege/Berichte/Bericht_Zukunftssichere_Finanzierung_der_SPV-2024.pdf (zuletzt abgerufen am 04.03.2025).

5 Bundesregierung, Zukunftssichere Finanzierung der sozialen Pflegeversicherung – Darstellung von Szenarien und Stellschrauben möglicher Reformen, S. 23, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Pflege/Berichte/Bericht_Zukunftssichere_Finanzierung_der_SPV-2024.pdf (zuletzt abgerufen am 04.03.2025).

6 Lungtas, in: Udsching/Schütze, SGB XI, 6. Aufl. 2024, § 29 Rn. 2.

7 Lungtas, in: Udsching/Schütze, SGB XI, 6. Aufl. 2024, § 29 Rn. 2.

8 Lungtas, in: Udsching/Schütze, SGB XI, 6. Aufl. 2024, § 29 Rn. 2.

Die Leistungserbringer befinden sich daher grundsätzlich in einem Spannungsfeld zwischen Eigenverantwortung und Solidarität. Die von ihnen erbrachten Leistungen werden weit überwiegend durch die Kassen und damit nicht zuletzt durch die Solidargemeinschaft der Versicherten vergütet. Gleichzeitig ist es aber Voraussetzung, dass die Leistungserbringer, die zugelassen werden wollen, wirtschaftlich eigenverantwortlich und nachhaltig handeln.

II. Corona-Pandemie als Katalysator

Der Ausbruch der Corona-Pandemie im Frühjahr 2020 stellte die Leistungserbringer vor völlig neue Herausforderungen. Zu der allgemeinen Unsicherheit kamen zusätzliche Infektionsschutzmaßnahmen sowie Einschränkungen und Kontaktverbote. Diese stellten die Pflegeunternehmen vor besondere Herausforderungen und führten zu zusätzlichen Kosten. Tests, Hygienemittel und Personalausfälle aufgrund von Krankheit und Quarantäne brachten die Leistungserbringer in wirtschaftliche Schieflagen.⁹ Gleichzeitig verzichtete eine Vielzahl Versicherter auf die Inanspruchnahme von Leistungen, da sie von Angehörigen zu Hause versorgt wurden. Die abnehmende Auslastung verstärkte die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Leistungserbringer. Um einem Zusammenbruch der Versorgung vorzubeugen und diese für die Zukunft sicherzustellen, wurde der Gesetzgeber tätig. Bereits zum 27.03.2020 trat der Pflege-Rettungsschirm, § 150 Abs. 2 u. Abs. 3 SGB XI i.d.F vom 27.03.2020, in Kraft.¹⁰

In § 150 Abs. 2 SGB XI a. F. regelte der Gesetzgeber einen Anspruch aller zugelassenen Pflegeeinrichtungen auf Erstattung der außerordentlichen pandemiebedingten Aufwendungen und Mindereinnahmen, sofern sie nicht anderweitig erstattet wurden, § 150 Abs. 2 S. 1 SGB XI a. F. Vorgesehen war eine Auszahlung der beantragten Hilfen innerhalb von 14 Tagen nach Antragstellung, § 150 Abs. 2 S. 3 SGB XI a. F.

9 Bundesrechnungshof, Bericht nach § 88 Abs. 2 BHO an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages: Prüfung der coronabedingten Mehraufwendungen und Mindereinnahmen in der sozialen Pflegeversicherung (Pflege-Rettungsschirm), 05.04.2023, S. 7, abrufbar unter: https://www.bundesrechnungshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Berichte/2023/pflege-rettungsschirm-volltext.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 04.03.2025); *Holzkämper*, ifgs Schriftenreihe, Bd. 30, 2024, S. 9, abrufbar unter: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/287779/1/1881365484.pdf> (zuletzt abgerufen am 04.03.2025).

10 BGBl. 2020, S. 585.

Weiter hatte der Gesetzgeber in § 150 Abs. 3 SGB XI a.F. vorgesehen, dass der Spitzenverband Bund der Pflegekassen (GKV-Spitzenverband) zusammen mit den Bundesvereinigungen der Träger stationärer und ambulanter Pflegeeinrichtungen unverzüglich das Nähere für das Erstattungsverfahren und die erforderlichen Nachweise festlegen sollte, § 150 Abs. 3 S. 1 SGB XI a.F. Dabei sollten, gemessen an der besonderen Herausforderung von allen Beteiligten, pragmatische Lösungen für die Umsetzung gefunden werden, § 150 Abs. 3 S. 2 SGB XI a.F. Die Regelungen bedurften jeweils der Zustimmung des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG), § 150 Abs. 3 S. 3 SGB XI a.F. Weiter musste der Spitzenverband Bund der Pflegekassen dem Bundesministerium für Gesundheit regelmäßig über die Ausgabenentwicklung berichten, § 150 Abs. 3 S. 4 SGB XI a.F.

Ziel dieser Regelung war eine schnelle und zielsichere Entlastung von Pflegeunternehmen.¹¹ Im Verlauf der Pandemie wurde die Geltung des Kostenerstattungsanspruchs immer weiter verlängert, bis er schließlich zum 30.06.2022 gestrichen wurde.¹² Abgesehen von den Verlängerungen wurde die Norm während ihrer Geltungsdauer inhaltlich nicht modifiziert.

III. Status quo

Mittlerweile ist der Erstattungsanspruch nach § 150 Abs. 2 SGB XI a. F. ausgelaufen. Der Bundesrechnungshof geht davon aus, dass über 7 Mrd. Euro im Rahmen des Kostenerstattungsanspruchs ausgezahlt wurden.¹³ Der Bund hat hierzu insgesamt 3,2 Mrd. Euro beigesteuert, um die Beitragsstabilität zu garantieren.¹⁴ Aber nicht nur die finanzielle Belastung ist hoch. Für die Bearbeitung der Anträge sind insgesamt 31 von 96 Pflegekassen zuständig gewesen, bei denen zusätzliches Personal nicht eingestellt wur-

11 BT-Drs. 19/18112, S. 41.

12 BT-Drs. 20/19019, S. 27.

13 Bundesrechnungshof, Bericht nach § 88 Abs. 2 BHO an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages: Prüfung der coronabedingten Mehraufwendungen und Mindereinnahmen in der sozialen Pflegeversicherung (Pflege-Rettungsschirm), 05.04.2023, S. 57, abrufbar unter: https://www.bundesrechnungshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Berichte/2023/pflege-rettungsschirm-volltext.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 04.03.2025).

14 Summe der in den Rechtsverordnungen nach § 153 SGB XI festgelegten Beträge: § 1 Abs. 1 BAnz AT 23.09.2021 V1; § 1 Abs. 1 BAnz AT 11.10.2022 V1; § 1 Abs. 1 BAnz AT 31.03.2022 V1.

de.¹⁵ Auch für die Pflegeeinrichtungen selbst bedeuteten die Verfahren zusätzlichen Verwaltungsaufwand. Hinzu kommen zahlreiche gerichtliche Verfahren.¹⁶ Eine Auseinandersetzung mit der Wirksamkeit des Pflege-Rettungsschirms ist daher dringend geboten. Dieser Beitrag will einen Anfang machen, indem er grundsätzlich die Frage stellt, welchen Einfluss der Faktor Rechts(un)sicherheit in diesem Zusammenhang hat.

Zum rechtsstaatlichen Prinzip der Rechtssicherheit gehört auch das Gebot, die Verlässlichkeit des Rechts zu garantieren sowie Unsicherheiten über die Rechtslage zu verhindern.¹⁷ Staatliche Entscheidungen sollen klar, bestimmt und beständig sein.¹⁸ Eigenschaften, die bei den Regelungen des Pflege-Rettungsschirms in Zweifel stehen.

Um zu verdeutlichen, wie Rechtsunsicherheit das Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung belastet, werden in diesem Beitrag die verfahrensrechtlichen Regelungen analysiert.

Der Gesetzgeber übertrug die Regelung des Verfahrens des Erstattungsanspruchs dem GKV-Spitzenverbandes, der Bundesvereinigungen der Träger stationärer und ambulanter Pflegeeinrichtungen und dem Bundesministeriums für Gesundheit. Die durch diese Akteure erlassenen Kostenerstattungs-Festlegungen¹⁹ sind daher das maßgebliche Regelwerk für das Verfahren.

15 Bundesrechnungshof, Bericht nach § 88 Abs.2 BHO an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages: Prüfung der coronabedingten Mehraufwendungen und Mindereinnahmen in der sozialen Pflegeversicherung (Pflege-Rettungsschirm), 05.04.2023, S. 7, 10, abrufbar unter: https://www.bundesrechnungshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Berichte/2023/pflege-rettungsschirm-volltext.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 04.03.2025).

16 Bundesrechnungshof, Bericht nach § 88 Abs.2 BHO an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages: Prüfung der coronabedingten Mehraufwendungen und Mindereinnahmen in der sozialen Pflegeversicherung (Pflege-Rettungsschirm), 05.04.2023, S. 13, abrufbar unter: https://www.bundesrechnungshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Berichte/2023/pflege-rettungsschirm-volltext.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 04.03.2025).

17 *Sachs/von Coelln*, in: *Sachs*, GG, 10. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 122.

18 *Sachs/von Coelln*, in: *Sachs*, GG, 10. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 122.

19 Nachfolgend als „Festlegungen“ bezeichnet.

IV. Die Kostenerstattungs-Festlegungen

Die Festlegungen sind in ihrer Ursprungsversion vom 27.03.2020 nach Zustimmung des BMG am 01.04.2020 in Kraft getreten. Eine amtliche Bekanntmachung erfolgte nicht, die Festlegungen wurden auf der Internetseite des GKV-Spitzenverband veröffentlicht.²⁰ Die Festlegungen wurden während der gesamten Geltungszeit des Kostenerstattungsanspruchs nach § 150 Abs. 2 SGB XI a. F. insgesamt sechs Mal geändert und ab der vierten Version vom 22.03.2021 durch eine Anlage zum Nachweisverfahren ergänzt. Das Verfahren sah in Grundzügen wie folgt aus:

Die Pflegeeinrichtungen sollten ihre Mehraufwendungen und Minder-einnahmen angeben und deren Richtigkeit erklären. In einem nachgelagerten Verfahren sollte dann überprüft werden, ob es zu Unter- oder Überzahlungen gekommen war.²¹

Die Festlegungen trafen Regelungen zum Geltungsbereich Ziff.1 der Festlegungen, zu den erstattungsfähigen Positionen Ziff.2 der Festlegungen, zur Geltendmachung des Anspruchs Ziff.3 der Festlegungen, zur Auszahlung des Erstattungsbetrages Ziff.4 der Festlegungen sowie zum Nachweisverfahren Ziff.5 der Festlegungen und zum Inkrafttreten Ziff.6 der Festlegungen.

Ziff.2 Abs.2 der Festlegungen regelte, welche Positionen insbesondere erstattungsfähig seien. Ab der vierten Version der Festlegungen vom 22.03.2021 regelte Ziff.2 Abs.4 der Festlegungen dann einen Verweis auf das Wirtschaftlichkeitsgebot und wonach nur solche Positionen ersetzbar seien, die das Maß des Notwendigen nicht überstiegen.

Ihren Anspruch musste die Pflegeeinrichtung nach Ziff.3 Abs.2 der Festlegungen in Textform geltend machen, ein Muster lag den Festlegungen bei. Die Pflegeeinrichtungen hatten die Richtigkeit ihrer Angaben durch Unterschrift zu erklären, Ziff.3 Abs.6 der Festlegungen. Einen Maßstab, an dem die gemachten Angaben überprüft werden sollten, regelten die Festle-

20 Bundesrechnungshof, Bericht nach § 88 Abs.2 BHO an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages: Prüfung der coronabedingten Mehraufwendungen und Mindereinnahmen in der sozialen Pflegeversicherung (Pflege-Rettungsschirm), 05.04.2023, S. 8, abrufbar unter: https://www.bundesrechnungshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Berichte/2023/pflege-rettungsschirm-volltext.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 04.03.2025).

21 Verweise auf die Festlegungen ohne Angabe des Standes sind solche, die in allen sechs Versionen unverändert blieben.

gungen nicht. Ziff. 3 Abs. 7 der Festlegungen sah jeweils eine dreimonatige Frist vor, in der der Antrag gestellt werden musste.

Zur Auszahlung regelte Ziff. 4 Abs. 3 der Festlegungen, dass diese bis zum Abschluss eines Nachweisverfahrens nach Ziff. 5 immer vorläufig erfolgen sollte. Ab der zweiten Version, gültig ab dem 05.10.2020 der Festlegungen regelt Ziff. 4 Abs. 3 dann zusätzlich, ab wann die vorläufige Auszahlung als endgültig gelte: Entweder wenn die Kasse bis zum 31.12.2022 keine Rückerstattung geltend gemacht hatte oder wenn sie eine endgültige Entscheidung über den Erstattungsanspruch traf. Die folgenden Versionen wurden jeweils um die neuen Zeiträume ergänzt, in denen der Kostenerstattungsanspruch weiter galt. Für Auszahlungen, die das Jahr 2021 betrafen, sollte eine Rückerstattung spätestens bis zum 31.12.2023, für Auszahlungen das Jahr 2022 betreffend, spätestens bis zum 30.06.2024 geltend gemacht werden, vgl. Ziff. 4 Abs. 3 der Festlegungen in der Version vom 25.04.2022. Diese Fristen sollten aber nicht gelten, wenn die Pflegeeinrichtung ihren Mitwirkungspflichten nach Ziff. 5 nicht oder nicht ausreichend nachkam.

Das Nachweisverfahren sollte grundsätzlich nachgelagert durchgeführt werden, konnte dann aber bereits ab der zweiten Version der Festlegungen auch mit dem Antragsverfahren verbunden werden, vgl. Ziff. 5 Abs. 1 (ab Version 2 der Festlegungen vom 05.10.2020).

Die Durchführung des Nachweisverfahrens diene der Feststellung etwaiger Über- oder Unterzahlung, Ziff. 5 Abs. 3 Kostenerstattung-Festlegungen.

In der Anlage zu Ziff. 5 der Festlegungen, die ab der vierten Version vom 22.03.2021 existierte, wurde dann genau zwischen dem antragsbezogenen Nachweisverfahren und dem nachgelagerten Nachweisverfahren unterschieden.

Zum antragsbezogenen Nachweisverfahren regelte Ziff. 1 Abs. 1 der Anlage zu den Festlegungen, dass:

„(die) zuständige Pflegekasse (...) von den Trägern der nach § 72 SGB XI zugelassenen ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen, die infolge des Coronavirus SARS-CoV-2 angefallene außerordentliche Aufwendungen und Mindereinnahmen vorläufig von der Pflegeversicherung beantragt oder erstattet bekommen haben, im Zusammenhang mit der Antragsbearbeitung oder unmittelbar nach der vorläufigen Auszahlung Nachweise über die geltend gemachten Mehraufwendungen und Mindereinnahmen verlangen kann. (...)“. Hierdurch sollten direkt im Zusammenhang mit der Bearbeitung des Antrages etwaige Überzahlungen festgestellt werden.

Für das nachgelagerte Nachweisverfahren regelt Ziff. 4 der Anlage zu den Festlegungen, dass für den Fall, dass eine Pflegeeinrichtung ihrer Mitwirkungspflicht nach Ziff. 2 Abs. 2 – angeforderte Nachweise innerhalb von 30 Tagen vorzulegen – nicht nachkam, das Rückerstattungsverfahren nach Ziff. 5 Abs. 3 eingeleitet würde. Hierzu sollte die zuständige Pflegekasse der Pflegeeinrichtung eine angemessene Nachfrist setzen, mit der Ankündigung, dass bei fruchtlosem Fristablauf ausgezahlte Beträge zurückzuerstaten sind.

Die Regelungen werfen wegen ihrer häufigen Änderungen und der Undurchsichtigkeit des Verfahrens die Frage nach der Rechtssicherheit auf. Besonders relevant sind dabei zwei zentrale Aspekte: Zum einen blieb unklar, in welcher Form das Verwaltungshandeln erfolgen sollte. Zum anderen stellt sich die Frage, ob die Festlegungen möglicherweise über das Verfahrensrecht hinaus auch materielle Voraussetzungen regelten (§ 150 Abs. 3 SGB XI). Diese Problematik wird im Folgenden anhand zweier exemplarischer Fragestellungen näher betrachtet.

1. Handlungsform der Pflegekassen

Hinsichtlich der Frage nach der Form des Verwaltungshandelns boten die Festlegungen keine Vorgaben. Aus dem oben genannten Inhalt ergibt sich diesbezüglich keine konkrete Regelung für das Wie des Verfahrens.

Die Kassen agierten sowohl bei der Antragsbearbeitung als auch in den Nachweisverfahren uneinheitlich. Manche entschieden die Anträge nach § 150 Abs. 2 SGB XI a. F. durch Erlass eines Verwaltungsaktes samt Rechtsbehelfsbelehrung, andere informierten in einem formlosen Schreiben ohne Rechtsbehelfsbelehrung über die Vorläufigkeit der Auszahlung, während wieder andere lediglich die Zahlungen gewährten und später Rückforderungen formlos geltend machten.²² Diese uneinheitliche Handhabung führte zu unterschiedlichen Rechtsschutzmöglichkeiten der Leistungserbringer für den Fall, dass ihren Anträgen nicht oder nicht vollständig entsprochen

22 Bundesrechnungshof, Bericht nach § 88 Abs. 2 BHO an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages: Prüfung der coronabedingten Mehraufwendungen und Mindereinnahmen in der sozialen Pflegeversicherung (Pflege-Rettungsschirm), 05.04.2023, S. 13, abrufbar unter: https://www.bundesrechnungshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Berichte/2023/pflege-rettungsschirm-volltext.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 04.03.2025).

wurde. An welcher Stelle des Verfahrens welche Form des Verwaltungshandelns sinnvoll gewesen wäre, soll im Folgenden diskutiert werden.

a. (Teilweise) Ablehnung des Erstattungsanspruchs im Antragsverfahren

Zunächst gibt es Konstellationen, in denen Anträge auf Kostenerstattung direkt nach Antragstellung gänzlich nicht oder auch nur teilweise bewilligt wurden. Der Grund dafür lag etwa in der fehlenden Plausibilität der gemachten Angaben (Ziff.1 Abs.2 der Anlage zu den Festlegungen [vierte Version, gültig ab dem 22.03.2021]) oder in der verspäteten Antragstellung, Ziff. 3 Abs. 7 der Festlegungen.

In den Festlegungen hieß es in Ziff. 4 Abs.1 zunächst nur: „Die zuständige Pflegekasse zahlt den Erstattungsbetrag (...) aus. Sofern nur ein Teilbetrag oder keine Auszahlung erfolgt, informiert die Pflegekasse die Pflegeeinrichtung schriftlich über die Gründe.“ Dem Wortlaut nach kann man von einem formlosen Verfahren ausgehen, ein Bescheid über die Auszahlung sollte wohl nicht erlassen werden. Sollte der Auszahlungsbetrag von der beantragten Summe abweichen, soll die Kasse dies schriftlich begründen. Diese zusätzliche Regelung wäre nicht erforderlich gewesen, wenn die originär beantragte Kostenerstattung durch Verwaltungsakt beschieden hätte werden müssen. Denn bei einer Entscheidung durch Verwaltungsakte wären ohnehin die Gründe darzulegen, § 35 Abs. 1 SGB X.

Sofern die Leistungserbringer dennoch einen (teilweise) ablehnenden Verwaltungsakt über ihren Antrag erhielten, konnte dieser nach Durchführung eines Widerspruchsverfahrens mit einer Anfechtungs- und Verpflichtungskombination angegriffen werden, § 54 Abs. 1 SGG. Die Durchführung eines formellen Verwaltungsverfahrens an dieser Stelle scheint aber vor dem Hintergrund, dass die Zahlungen zunächst vorläufig erfolgten, nicht praktikabel. Um zu verhindern, dass der Bescheid rechtskräftig wird, musste die Pflegeeinrichtung gegen den vorläufigen Bescheid Widerspruch einlegen und gegebenenfalls Klage erheben. Dies war jedoch mit dem Risiko verbunden, dass die Kasse ein nachgelagertes Nachweisverfahren einleitete, wodurch der vorläufige Verwaltungsakt hinfällig werden könnte. In diesem Fall wären die eingelegten Rechtsmittel wirkungslos geblieben und eine Fortsetzungsfeststellungsklage wäre möglicherweise mangels Wiederholungsgefahr am fehlenden Rechtsschutzbedürfnis gescheitert.²³ Der da-

²³ Leopold, in: Roos/Wahrendorf/Müller, SGG, 3. Aufl. 2023, § 131 Rn. 199.

mit verbundene Aufwand betraf nicht nur die Pflegeeinrichtungen, sondern auch die Kassen und Gerichte.

Hat die Kasse hingegen ohne Verwaltungsakt entschieden und den beantragten Betrag nicht oder nicht in voller Höhe ausgezahlt, bedurfte es keines Widerspruchsverfahrens. Die Entscheidung der Kasse konnte direkt mit der Leistungsklage angegriffen werden. In deren Rahmen wäre dann abschließend das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen zu klären gewesen²⁴, sodass für diese Fälle auch der Bedarf an einem Nachweisverfahren entfallen wäre. Allerdings hätte dieses Vorgehen zu einer erheblichen Bindung von gerichtlichen Ressourcen geführt und außer Acht gelassen, dass die Kassen selbst ggf. zu einer Korrektur ihrer Entscheidung bereit wären. Trotzdem wäre dem formlosen Verwaltungshandeln an dieser Stelle des Verfahrens wohl der Vorzug zu geben. Dies entspräche dem Willen des Gesetzgebers, der eine schnelle und wirkungsvolle Hilfe schaffen wollte.²⁵

b. Abänderung des Erstattungsbetrages im Nachweisverfahren

Auch im Nachweisverfahren, unabhängig davon, ob es bereits mit der Antragstellung verbunden wurde oder nicht, unterschieden sich die Handlungsformen der Kassen. Während einige Verwaltungsakte erließen (den vorläufigen Bescheid aufhoben, eine endgültige Summe festsetzten und aufgrund dessen eine Rückforderungssumme geltend machten), forderten andere Kassen Pflegeeinrichtungen mit einer formlosen E-Mail zur Rückzahlung auf. Während in der ersten Version wiederum ein Widerspruchsverfahren statthaft war, mit der Folge, dass die Anfechtungsklage ggf. in Kombination mit der Verpflichtungsklage statthaft war, konnten Pflegeeinrichtungen, die eine formlose Aufforderung zur Rückerstattung erhalten haben, entweder Feststellungsklage auf Feststellung des Nichtbestehens des Anspruchs erheben, oder aber die Kassen ihrerseits klagten auf Leistung.

Im Gegensatz zum Auszahlungsverfahren sahen die Festlegungen für das Nachweisverfahren konkretere Maßstäbe vor. Insbesondere wurde konkret differenziert zwischen dem antragsbezogenen und dem nachgelagerten Nachweisverfahren. Ziff. 5 Abs. 2 der Festlegungen sowie die Anlage zu Ziff. 5 trafen inhaltliche sowie ablauftechnische Regelungen zum Nachweisverfahren. In Ziff. 4 der Anlage war geregelt, dass die Kassen die Pflegeeinrichtungen vor der Rückforderung über diese informieren sollten. Die

24 Bieresborn, in: Roos/Wahrendorf/Müller, SGG, 3. Aufl. 2023, § 54 Rn. 42.

25 BT-Drs. 19/18112, S. 41.

Regelung erinnerte an eine Anhörung im Sinne des § 24 SGB X. Das Nachweisverfahren in Form eines förmlichen Verwaltungsverfahrens durchzuführen und durch Verwaltungsakt abzuschließen, hat den Vorteil, dass sich der Aufwand der Prüfung klar auf einen Verfahrensabschnitt fokussieren lässt, es bei der vorläufigen Entscheidung über den Antrag nicht schon einem übermäßigen Aufwand kommt und nicht zuletzt, dass die Kassen ihre Rückforderungen aufgrund des Verwaltungsaktes direkt vollstrecken können, § 66 SGB X. Zusätzlich beträgt die Verjährungsfrist für durch Verwaltungsakt festgestellte Ansprüche gemäß § 52 Abs. 2 SGB X 30 Jahre.

c. Zwischenfazit

Trotz mehrfacher Änderung der Festlegungen blieb die grundlegende Frage nach der Form des Verwaltungshandelns unklar. Eine ausdrückliche Antwort sehen dazu weder das Gesetz noch die Festlegungen vor. Die unterschiedlichen Vorgehensweisen haben Konsequenzen für die Rechtsschutzmöglichkeiten sowie für die Durchsetzbarkeit etwaiger Rückforderungen, schaffen Rechtsunsicherheit und binden dadurch zusätzliche finanzielle, zeitliche und personelle Ressourcen.

Die Regelungen zum Erstattungsverfahren sollten gemessen an der besonderen Herausforderung aller Beteiligten pragmatische Lösungen vorsehen, § 150 Abs. 3 S. 4 SGB XI. Es spricht daher einiges dafür, dass zumindest die erste Auszahlung des Kostenerstattungsanspruchs ein reiner Realakt sein sollte. Mit der Folge, dass die Pflegeeinrichtungen, sollte die vorläufige Kostenerstattung nur teilweise erfolgen, sich entscheiden konnten, ob sie auf Leistung klagen wollten. Der Zwang, hier ein Rechtsmittel einzulegen, um die Entscheidung nicht bestandskräftig werden zu lassen, entfiel. Da für die Leistungsklage keine Frist vorgesehen ist, hätten die Leistungserbringer abwarten können, ob für sie ein Nachweisverfahren durchgeführt wird, ohne einen Rechtsverlust zu riskieren. Diese Handhabung wäre interessengerecht und würde dem gesetzgeberischen Willen einer pragmatischen Lösung entsprechen: Ohne dass sich an einen Verwaltungsakt mutmaßlich anschließende Widerspruchsverfahren wäre eine schnelle Auszahlung und Rechtssicherheit über die Bearbeitung des Antrages geschaffen worden. Für den Fall einer (teilweisen) Ablehnung wäre eine Regelung sinnvoll gewesen, durch die die Pflegeeinrichtung selbst das Nachweisverfahren einleiten hätte können. Dieses auf den Wunsch der Pflegeeinrichtung durchgeführte Nachweisverfahren hätte dann eine Leistungsklage obsolet gemacht.

Im Nachweisverfahren gelten im Vergleich zum Auszahlungsverfahren präzisere Vorgaben. Die Festlegungen unterscheiden zwischen dem antragsbezogenen und dem nachgelagerten Nachweisverfahren. Während die inhaltlichen und prozessualen Regelungen in Ziff. 5 Abs. 2 sowie der dazugehörigen Anlage festgelegt sind, bietet die Durchführung als förmliches Verwaltungsverfahren den Vorteil, dass die Prüfung gebündelt erfolgt, der Verwaltungsaufwand bei der Antragstellung begrenzt bleibt und Rückforderungen direkt vollstreckbar sind gemäß § 66 SGB X und einer dreißigjährigen Verjährungsfrist unterliegen, § 52 Abs. 2 SGB X.

Diese Handhabung entspräche aus Sicht der Verfasserin den Anforderungen des Gesetzgebers an die Gestaltung des Verfahrens: praktikabel und unter Berücksichtigung der jeweiligen Herausforderungen. Dass dies im Rahmen der mehrfachen Änderungen der Kostenerstattung-Festlegungen nicht klargestellt wurde, ist ein Versäumnis.

Die Frage nach der Qualität des Verwaltungshandelns ist Vorfrage vieler gerichtlicher Verfahren, da hiervon etwa die statthafte Klageart und damit auch die Zulässigkeit der Klage abhängt. In den bisher vorliegenden gerichtlichen Entscheidungen war die Rechtsnatur des Handelns unstrittig. Diese befassen sich mit einer anderen Frage zu den Festlegungen, die nun im Folgenden zu betrachten ist. In Ziff. 3.7 der Festlegungen ist eine dreimonatige Frist für die Antragstellung vorgesehen, die von den Kassen überwiegend als materiell-rechtliche Ausschlussfrist gesehen wurde. Dies hatte zur Folge, dass nach Ablauf der drei Monate Anträge nicht mehr gestellt werden konnten.

2. Streitpunkt Ausschlussfrist

Die Frage, wie lange der Kostenerstattungsanspruch für den jeweiligen Zeitraum geltend gemacht werden kann, hat nicht nur rein praktische Auswirkungen. Am Beispiel der Frage nach der Wirksamkeit der Regelung von Ziff. 3 Abs. 7 der Festlegungen lässt sich der Streit um den Rechtscharakter der Festlegungen exemplarisch nachverfolgen. Da die Regelungen der Festlegungen umfangreicher sind als die gesetzlichen, stellt sich die Frage, ob die getroffenen Regelungen von der Ermächtigungsgrundlage § 150 Abs. 3 SGB XI umfasst sind. Dies gilt insbesondere bezüglich der Regelungen zu den erstattungsfähigen Posten in Ziff. 2 der Festlegungen. Hier stellt sich die Frage, ob diese Regelung in den Festlegungen getroffen werden durfte. Für die Ausschlussfrist haben Gerichte die Frage bereits unterschiedlich

beantwortet. Die Ursprungsfassung vom 27.03.2020 von Ziff. 3 Abs. 7 der Festlegungen lautete wie folgt:

„Die Pflegeeinrichtung kann regelmäßig zum Monatsende ihren Anspruch geltend machen. Da sich die Berechnung der Mindereinnahmen jeweils auf den gesamten Monat bezieht, können diese demnach erst im Folgemonat geltend gemacht werden. Die Pflegeeinrichtung kann auch mehrere Monate (höchstens März bis September 2020) in ihrem Antrag zusammenfassen und ggf. einen weitergehenden Anspruch bezogen auf die Monate März bis September 2020 bis Jahresende 2020 nachmelden.“

Der Regelungsgehalt selbst änderte sich nicht. Lediglich die Zeiträume sowie deren zugehöriges Fristende wurden fortlaufend aktualisiert. Die Regelung sah für sämtliche Zeiträume des Kostenerstattungsanspruchs vor, dass der jeweilige Anspruch spätestens nach Ablauf von drei Monaten nach Ende des Jahres, in dem er entstanden war, gemeldet werden musste, oder bei unterjährigem Auslaufen des Erstattungsanspruchs wiederum drei Monate nach Ende des maximalen Erstattungszeitraumes. Eine Antragstellung war demnach bis zum 30.09.2022 möglich.

Die Kassen lehnten verfristete Anträge allein aufgrund ihrer Verspätung und ohne inhaltliche Prüfung ab.²⁶ Zur Rechtmäßigkeit dieser Regelung liegt bisher uneinheitliche Rechtsprechung vor, die im Folgenden näher betrachtet werden soll.

a. Gerichtliche Entscheidungen

Im Folgenden sollen drei Urteile genauer daraufhin analysiert werden, ob die Gerichte davon ausgehen, dass eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist durch § 150 Abs. 3 SGB XI gedeckt ist. Die Anwendung durch die Gerichte in dieser Frage dürfte auch in einer Vielzahl anderer Verfahren relevant sein. Denn wie weit die Ermächtigungsgrundlage des § 150 Abs. 3 S. 1 SGB XI reicht, hat Auswirkungen darauf, wie die Festlegungen hinsichtlich der Erstattungsfähigkeit einzelner Positionen zu verstehen sind.

26 Bundesrechnungshof, Bericht nach § 88 Abs. 2 BHO an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages: Prüfung der coronabedingten Mehraufwendungen und Mindereinnahmen in der sozialen Pflegeversicherung (Pflege-Rettungsschirm), 05.04.2023, S. 13, abrufbar unter: https://www.bundesrechnungshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Berichte/2023/pflege-rettungsschirm-volltext.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 04.03.2025).

aa. Sozialgericht Augsburg

Eine der ersten Entscheidungen war das Urteil des Sozialgerichts (SG) Augsburg vom 02.06.2022 (Az. S 10 P 119/21). Das SG Augsburg verurteilte die Kasse unter Aufhebung des ablehnenden Ausgangsbescheides in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05.08.2021 zur Erstattung von Mehraufwendungen und Mindereinnahmen in Höhe von 413.570,86 EUR. Die Erstattung der unstreitig angefallenen Mehraufwendungen und Mindereinnahmen hatte die Beklagte allein aufgrund der verspäteten Meldung abgelehnt. Angefallen waren die Mehraufwendungen und Mindereinnahmen des Klägers in dem Zeitraum von August 2020 bis einschließlich Dezember 2020. Beantragt hatte er die Erstattung aber erst am 23.05.2021 und damit nach Ablauf der Frist der Ziff. 3 Abs. 7 der Festlegungen in der Fassung vom 22.03.2021.

Die Regelung stellt nach Auffassung des Gerichts keine materiell-rechtliche Ausschlussfrist dar.²⁷ Dies begründet das Gericht damit, dass materiell-rechtliche Ausschlussfristen einen strengen Ausnahmecharakter hätten und nur dann zulässig seien, wenn „(...) *aus überwiegend rechtsstaatlichen Gründen der Verfahrenskonzentration oder Verfahrensbeschleunigung (...) das Verfahren entsprechend ausgestaltet ist und der Rechtsschutz nicht wesentlich erschwert. (...) Sie müssen zumutbar und in ihrem Ausschlussgehalt hinreichend genau bestimmt sein.*“²⁸

Diese Anforderungen sah das Gericht in Bezug auf Ziff. 3 Abs. 7 der Festlegungen jedoch nicht erfüllt. Es fehle bereits an einer hinreichenden Bestimmtheit bezüglich der Rechtsfolge bei Nichteinhaltung der Frist.²⁹ Zusätzlich sei die Regelung einer materiell-rechtlichen Ausschlussfrist nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt. Diese gestatte lediglich nähere Regelungen zum Verfahren. Die Regelung einer materiell-rechtlichen Ausschlussfrist gehe wegen ihres direkten Einflusses auf den Anspruch selbst daher über diese Rechtssetzungsermächtigung hinaus.³⁰

27 SG Augsburg, Urt. v. 02.06.2022 – S 10 P 119/21, juris Rn. 36.

28 SG Augsburg, Urt. v. 02.06.2022 – S 10 P 119/21, juris Rn. 37.

29 SG Augsburg, Urt. v. 02.06.2022 – S 10 P 119/21, juris Rn. 38.

30 SG Augsburg, Urt. v. 02.06.2022 – S 10 P 119/21, juris Rn. 39.

bb. Sozialgericht Cottbus

In dem Fall, den das SG Cottbus zu entscheiden hatte, ging es um die Erstattung von Mehraufwendungen und Mindereinnahmen in dem Zeitraum Oktober bis Dezember 2020. Der Kläger beantragte deren Erstattung am 05.05.2021. Die Beklagte lehnte den Antrag am 27.05.2021 ab, da dieser zu spät gestellt worden sei. Gegen den gleichlautenden Widerspruchsbescheid vom 13.07.2021 erhob der Kläger Klage und beantragte die Aufhebung des Bescheides vom 27.05.2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13.07.2021.³¹

Das SG Cottbus wies die Klage ab. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass es sich bei Ziff. 3 Abs. 7 der Festlegungen um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist handle. Gegenüber der Befristung von Anträgen auf Leistungen bestünden grundsätzlich keine Bedenken.³² Auch sprächen systematische Erwägungen für eine Ausschlussfrist. Diese entspreche auch den gesetzlichen Anforderungen des § 150 Abs. 3 Satz 2 SGB XI, pragmatische Lösungen vorzusehen.³³ Weiter führt das SG Cottbus aus:

„Die konkrete Ausschlussfrist ist interessengerecht. Sie wahrt die beiderseitigen Interessen (handhabbare Beantragungsfrist einerseits und rasche abschließende Kenntnis der anfallenden Ausgaben andererseits) hinreichend.“³⁴

Eine darüberhinausgehende Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Erstattungsanspruch allein wegen Fristablaufs abgelehnt werden darf und welche Voraussetzungen dafür vorliegen müssten, unterbleibt. Ebenso wie eine Auseinandersetzung mit den Argumenten des SG Augsburg.³⁵

cc. Sozialgericht München

Einen Zwischenweg geht das SG München. Es entschied durch Urteil am 09.08.2023, Az. S 28 P 228/22, dass die Beklagte unter Aufhebung des Ab-

31 SG Cottbus, Gerichtsbescheid vom 24.11.2022 – S 16 P 43/21, juris Rn. 4.

32 SG Cottbus, Gerichtsbescheid vom 24.11.2022 – S 16 P 43/21, juris Rn. 16.

33 SG Cottbus, Gerichtsbescheid vom 24.11.2022 – S 16 P 43/21, juris Rn. 17.

34 SG Cottbus, Gerichtsbescheid vom 24.11.2022 – S 16 P 43/21, juris Rn. 18.

35 SG München, Urt. v. 29.02.2024 – S 15 P 299/22, Rn. 65, BeckRS 2024, 5846.

lehnungsbescheides verpflichtet ist, der Klägerin die beantragten Mehraufwendungen und Mindereinnahmen zu erstatten. Die Klägerin beantragte am 13.04.2021 für den Monat Dezember 2020 die Erstattung von Mehraufwendungen und Mindereinnahmen.³⁶ Die Beklagte lehnte den Antrag wegen Verfristung ab.³⁷ Die Höhe des Erstattungsanspruchs war zwischen den Beteiligten unstreitig.³⁸

Im Ergebnis schloss sich das SG München der Einschätzung des SG Augsburg an. Eine Ausschlussfrist sei in Ziff. 3 Abs. 7 der Festlegungen nicht geregelt.³⁹ Dem Wortlaut könne keine konkrete Rechtsfolge entnommen werden. Genauso wenig werde die Frist als Ausschlussfrist bezeichnet. Die Regelung der Ziff. 3 Abs. 7 der Festlegungen sei daher zu unbestimmt, um die Annahme einer Ausschlussfrist zu rechtfertigen.⁴⁰

Die Frage, ob die Normierung einer Ausschlussfrist grundsätzlich von der Ermächtigungsgrundlage des § 150 Abs. 3 SGB XI gedeckt sei, beantwortet das SG München jedoch anders als das SG Augsburg. Im Einklang mit der Entscheidung des SG Cottbus sieht das Gericht hier keinen Anlass für Bedenken an dem Ausreichen der Ermächtigungsgrundlage und verwies insofern auf Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG), nach der für die Ausgestaltung von Abrechnungsfristen als materielle Ausschlussfristen keine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung erforderlich sei.⁴¹ Da es aber im Ergebnis auch zu dem Schluss kommt, dass Ziff. 3 Abs. 7 der Festlegungen zu unbestimmt sei, bedurfte es hierzu auch keiner weiteren Ausführungen.

b. Zwischenfazit

In den wenigen Entscheidungen, die bisher zur Frage der Ausschlussfrist vorliegen, zeigt sich bereits, dass die Beurteilung unterschiedlich ausfällt. Die Ablehnung einer materiell-rechtlichen Ausschlussfrist ist im Ergebnis überzeugend. Wie das SG Augsburg und das SG München zutreffend feststellen, ist die Regelung der Ziff. 3 Abs. 7 der Festlegungen nicht bestimmt genug, um die Rechtsfolge einer materiell-rechtlichen Ausschlussfrist zu be-

36 SG München, Urt. v. 09.08.2023 – S 28 P 228/22, Rn. 3 juris.

37 SG München, Urt. v. 09.08.2023 – S 28 P 228/22, juris Rn. 4.

38 SG München, Urt. v. 09.08.2023 – S 28 P 228/22, juris Rn. 18.

39 SG München, Urt. v. 09.08.2023 – S 28 P 228/22, juris Rn. 29.

40 SG München, Urt. v. 09.08.2023 – S 28 P 228/22, juris Rn. 33.

41 SG München, Urt. v. 09.08.2023 – S 28 P 228/22, juris Rn. 28.

gründen.⁴² Ziff. 3 Abs. 7 der Festlegungen sieht keine konkrete Rechtsfolge für den Fall des Fristversäumnisses vor. Ziff. 3 Abs. 7 der Festlegungen ist als Konkretisierung der Mitwirkungspflichten zu verstehen. Ein Verstoß gegen diese kann aber keinen Rechtsverlust zur Folge haben.⁴³ Insbesondere da das Gesetz selbst keine Frist vorsieht.

Die gesetzliche Regelung spricht hingegen vom Finden pragmatischer Lösungen, § 150 Abs. 3 Satz 2 SGB XI. Wie bereits eingangs erwähnt, ist aber auch insbesondere die Frage, ob die Regelung überhaupt Raum für eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist lässt, von Bedeutung. Je nachdem, wie weit die Gerichte die Ermächtigungsgrundlage verstehen, wird sich dies auf die Fragen zu den Regelungen der Festlegungen auswirken, bei denen es um die erstattungsfähigen Positionen geht. Den Umfang der Ermächtigung beurteilten die Gerichte unterschiedlich. Das SG Augsburg stellt zu dieser Frage fest, dass eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung widerspreche, wie er sich insbesondere aus § 150 Abs. 3 Satz 2 SGB XI ergäbe.⁴⁴ Das SG Cottbus hingegen hatte keinerlei Bedenken hinsichtlich der Ermächtigungsgrundlage, ohne näher darauf einzugehen.⁴⁵ Auch das SG München ging davon aus, dass die Ermächtigungsgrundlage eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist decken würde und begründet dies mit zwei Entscheidungen des BSG.⁴⁶

Bei genauerer Analyse der zitierten Rechtsprechung ergibt sich die Frage, inwiefern sich die Wertung des BSG in Fragen der Abrechnungsmodalitäten von Vertragsleistungen auf die Auslegung der Festlegungen übertragen lassen. Die zitierte Rechtsprechung des BSG befasst sich zum einen mit der Frage einer materiell-rechtlichen Ausschlussfrist im Rahmen des Vertragsarztrechtes, genauer zum Honorarverteilungsmaßstab und der Regelung nach § 85 Abs. 4 SGB V⁴⁷, zum anderen geht es um die Auslegung einer vereinbarten Ausschlussfrist im Rahmen eines Vertrages nach § 127 Abs. 2 SGB V.⁴⁸ Das SG München führt diese Entscheidungen als Argumentation an, dass eine besondere Ermächtigungsgrundlage für die Regelung einer materiell-rechtlichen Ausschlussfrist nicht erforderlich sei, lässt dabei aber

42 SG Augsburg, Urt. v. 02.06.2022 – S 10 P 119/21, juris Rn. 38; SG München, Urt. v. 09.08.2023 – S 28 P 228/22, juris Rn. 33.

43 SG München, Urt. v. 29.02.2024 – S 15 P 299/22, BeckRS 2024, 5846 Rn. 61.

44 SG Augsburg, Urt. v. 02.06.2022 – S 10 P 119/21, juris Rn. 40.

45 SG Cottbus, Gerichtsbescheid vom 24.11.2022 – P 43/21, juris Rn. 4.

46 SG München, Urt. v. 09.08.2023 – S 28 P 228/22, juris Rn. 28.

47 BSG, Urt. v. 22.06.2005 – B 6 KA 19/04, juris Rn. 4.

48 BSG, Urt. v. 07.12.2006 – B 3 KR 29/05, juris Rn. 14.

außer Acht, dass zum einen die zugrunde liegenden Sachverhalte und zum anderen die sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen nicht auf die hier diskutierte Frist der Ziff. 3 Abs. 7 der Festlegungen übertragbar sind:

aa. Materiell-rechtliche Ausschlussfrist im Rahmen der Honorarverteilung von Vertragsärzten

Der sechste Senat des BSG hatte zu entscheiden, ob eine Gemeinschaftspraxis von Ärzten für Laboratoriumsmedizin auch nach abgelaufener Frist zur Einreichung der Abrechnungen zum Quartalsende einen Anspruch auf Vergütung hat. Das BSG erwähnte aber ausdrücklich, dass dieses Verständnis nicht zwingend sei.⁴⁹ Einer besonderen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfe es zur Regelung einer materiell-rechtlichen Ausschlussfrist zwar nicht, diese sei von der Ermächtigungsgrundlage, Regelungen zu Modalitäten der Abrechnung zu treffen, gedeckt.⁵⁰ Dies entspreche dem Sinn und Zweck der Honorarverteilung, eine möglichst schnelle und möglichst umfassende Auskehrung der für die Honorarverteilung zur Verfügung stehenden Beträge zu bewirken. Dies sei gerade auch im Interesse der Vertragsärzte.⁵¹ Allerdings sei die im konkreten Fall vorliegende Regelung nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt, diese sei zu rigide und zu kurz.⁵² Zwar sei auch eine Sanktionierung von zu spät eingereichten Abrechnungen möglich, aber „(d)er vollständige und endgültige Vergütungsausschluss aller Abrechnungen, die ohne vorausgehenden Antrag auf Fristverlängerung nach dem Einsendetermin vorgelegt werden, belastet die Vertragsärzte jedoch unzumutbar.“⁵³

In der Konsequenz kann diese Entscheidung des BSG also nicht als Argument dafür angeführt werden, materielle Ausschlussfristen bedürften keiner speziellen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Vielmehr ist Kern dieser Entscheidung, dass zwar eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist grundsätzlich geregelt werden kann, sie jedoch dann nicht von der Ermächtigungsgrundlage umfasst ist, wenn sie, wie hier, die Vertragsärzte

49 BSG, Urt. v. 22.06.2005 – B 6 KA 19/04 R, juris Rn. 13.

50 BSG, Urt. v. 22.06.2005 – B 6 KA 19/04 R, juris Rn. 22.

51 BSG, Urt. v. 22.06.2005 – B 6 KA 19/04 R, juris Rn. 23.

52 BSG, Urt. v. 22.06.2005 – B 6 KA 19/04 R, juris Rn. 25.

53 BSG, Urt. v. 22.06.2005 – B 6 KA 19/04 R, juris Rn. 28.

unzumutbar beeinträchtigte. Weiter ist die Rechtsprechung auf den Fall des Corona-Rettungsschirms nicht übertragbar. Bei den Corona-Hilfen nach § 150 Abs. 2 SGB XI a. F. handelt es sich um Maßnahmen, die ihrer Natur nach aber auf ein außerordentliches Ereignis und damit auf eine bestimmte Zeit begrenzt waren. Die Abrechnungsmodalitäten im Rahmen der Honorarverteilung sind aber ganz andere. Hier entstehen fortlaufend Ansprüche der Vertragsärzte gegenüber den Krankenkassen, die die Kassen im Rahmen des ihnen zur Verfügung stehenden Budgets ausgleichen müssen.⁵⁴ In dieser Konstellation besteht ein viel größeres Interesse, innerhalb einer absehbaren Zeit die Ansprüche auszugleichen, da diese fortlaufend entstehen. Demgegenüber zielt § 150 Abs. 2 SGB XI a. F. auf die Sicherstellung der pflegerischen Versorgung während der Coronapandemie ab. Ein Interesse an einer materiellen Ausschlussfrist seitens der Leistungserbringer lässt sich in diesem Kontext daher nicht begründen.

bb. Materiell-rechtliche Ausschlussfrist im Rahmen der Abrechnung der Hilfsmittelversorgung

Auch die zweite zitierte Entscheidung des BSG lässt sich nicht auf den Anspruch nach § 150 Abs. 2 SGB XI a. F. und Ziff. 3.7 der Festlegungen übertragen. Hier ging es um eine Regelung in einem Vertrag nach § 127 SGB V zwischen Kassen und Leistungserbringern. In diesem war eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist vorgesehen, an deren Zulässigkeit keine ernsthaften Zweifel bestehen können.⁵⁵ In dem sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis Krankenkasse – Versicherter – Leistungserbringer stehen sich Leistungserbringer und Kasse in einem Gleichordnungsverhältnis gegenüber, das zumeist durch vertragliche Regelungen genauer ausgestaltet wird.⁵⁶ Wenn sich Leistungserbringer und Kassen in diesem Verhältnis auf die Regelung einer Ausschlussfrist eines Vergütungsanspruchs einigen, dann sind der zugrunde liegende Sachverhalt und die Interessenlage andere als der § 150 Abs. 2 SGB XI a. F. im Blick hat.

Es bleibt daher festzuhalten, dass die Ausführungen des SG München zu der Frage, ob § 150 Abs. 3 SGB XI als Ermächtigungsgrundlage zur Re-

⁵⁴ Hess, in: *Rolfs u. a.*, BeckOGK, Stand: 01.05.2022, SGB V § 85 Rn. 53.

⁵⁵ BSG, Urt. v. 07.12.2006 – B 3 KR 29/05, juris Rn. 14.

⁵⁶ BSG, Urt. v. 07.12.2006 – B 3 KR 29/05, juris Rn. 22; *Engelmann*, in: *Schütze*, SGB X, 9. Aufl. 2020, § 53 Rn. 11; *Schuhmann*, in: *Udsching/Schütze*, SGB XI, 6. Aufl. 2024, § 72 Rn. 16.

gelung einer materiell-rechtlichen Ausschlussfrist durch den GKV-Spitzenverband und das Bundesministerium für Gesundheit ausreicht, nicht überzeugend sind. Die zitierte Rechtsprechung hat den „Normalfall“ der Regelung von Abrechnungsmodalitäten im Blick. Es geht um Fälle, in denen Abrechnungsmodalitäten für fortlaufende Kassenleistungen gefunden und vereinbart werden müssen. In diesen Fällen mag eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist von den Ermächtigungsgrundlagen umfasst sein, da sie in diesen Fällen interessengerecht und zumutbar ist. Ob eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist als Regelung aufgrund von § 150 Abs. 3 SGB XI aber interessengerecht und zumutbar ist, hat das SG München offengelassen. Da das SG im Ergebnis nicht von einer solchen ausgeht, sich aber trotzdem den Hinweis auf die nach seiner Ansicht erfüllten Anforderungen an die Ermächtigungsgrundlage erlaubt hat, wäre es wünschenswert gewesen, auch eine detaillierte Einschätzung zur Übertragbarkeit der zitierten Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall zu erhalten. Nach hiesiger Auffassung ist diese aus den bereits genannten Gründen nicht gegeben.

IV. Rechtsunsicherheit durch Unklarheit

An der Frage nach der Ausschlussfrist lässt sich exemplarisch die Bedeutung des Streites um die Reichweite und Natur der Festlegungen erkennen. Die Einordnung, ob man die Regelung einer materiell-rechtlichen Ausschlussfrist als von § 150 Abs. 3 SGB umfasst betrachtet, lässt erste Anhaltspunkte zu, wie die Festlegungen durch die Gerichte aufgefasst werden und welche Bedeutung ihnen bei der Beurteilung des Anspruchs zukommt. Relevanz gewinnt die Frage bei der Erstattungsfähigkeit einzelner Positionen im Hinblick auf Ziff. 2 der Festlegungen. Hier lassen sich seitens der Beteiligten bereits unterschiedliche Lesarten erkennen. Zum einen werden die Festlegungen so verstanden, dass sie keinerlei Auswirkungen auf das Vorliegen des materiell-rechtlichen Anspruchs haben. Sie werden aber mitunter auch als Auslegungshilfe oder gar als Konkretisierung der materiell-rechtlichen Voraussetzungen gelesen.⁵⁷ Der Wortlaut des § 150 Abs. 3 S. 1 SGB XI scheint eindeutig:

„Der Spitzenverband Bund der Pflegekassen legt im Benehmen mit den Bundesvereinigungen der Träger stationärer und ambulanter Pflegeein-

57 SG Nürnberg, Gerichtsbescheid vom 11.12.2023 – S 19 P 60/23, juris Rn. 23.

richtungen unverzüglich das Nähere für das Erstattungsverfahren und die erforderlichen Nachweise für seine Mitglieder fest.“

Das SG Nürnberg hat zu dieser Frage bereits entschieden, dass die Kostenerstattungsfestlegungen nicht geeignet sind, die erstattungsfähigen Positionen pauschal zu regeln.⁵⁸ Die Erstattungsfähigkeit der einzelnen Positionen müsse im Einzelfall geprüft werden; und zwar anhand der Auslegung des § 150 Abs. 2 SGB XI a. F.⁵⁹

Welche Regelungen der Festlegungen aber im Einzelnen über das Verfahrensrecht hinausgehen und dadurch den materiell-rechtlichen Anspruch tangieren, bleibt zunächst gerichtlich zu klären. Anhand der bisher vorliegenden Rechtsprechung zur Ausschlussfrist wird aber bereits deutlich, dass die Gerichte durchaus unterschiedlich beurteilen, welche Regelungen von § 150 Abs. 3 SGB XI gedeckt sind.

V. Risikofaktor Rechtsunsicherheit

Ausschlussfristen, Verfahrensvorschriften, Umfang der Ermächtigungsgrundlage und Anspruchsvoraussetzungen – in all diesen Bereichen existieren im Falle des Kostenerstattungsanspruchs nach § 150 Abs. 2 SGB XI a. F. rechtliche Unklarheiten, die sich weder Solidargemeinschaft noch die Leistungserbringer leisten können.

Vor dem Hintergrund von einer Vielzahl anhängiger Verfahren zur Klärung, welche Positionen erstattbar sind und in welchem Rahmen, wäre es Aufgabe des Gesetzgebers gewesen, dies klarzustellen. Trotz zahlreicher Gesetzgebungsvorhaben während der Corona-Pandemie blieb § 150 Abs. 2 SGB XI a. F. unverändert.

Die zentrale Frage, die sich nun ergibt, ist, wie mit der aktuellen Situation umzugehen ist, um die laufenden Verfahren erfolgreich zum Abschluss zu bringen. Gleichzeitig gilt es, aus diesen Erfahrungen Erkenntnisse zu gewinnen, die zur Optimierung zukünftiger Maßnahmen beitragen können.

58 SG Nürnberg, Gerichtsbescheid vom 11.12.2023 – S 19 P 60/23, juris Rn. 24.

59 SG Nürnberg, Gerichtsbescheid vom 11.12.2023 – S 19 P 60/23, juris Rn. 23.

1. Rückwirkendes Eingreifen des Gesetzgebers

Angesichts der aktuellen politischen Rahmenbedingungen erscheint es wenig wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber in absehbarer Zeit erneut in den Pflege-Rettungsschirm eingreifen wird. Zumindest sind derzeit keine entsprechenden Gesetzesvorhaben bekannt. Zusätzlich dürfte hier ein Problem mit dem Rückwirkungsverbot bestehen, da die Erstattungszeiträume nunmehr vollständig abgeschlossen sind.⁶⁰

2. Klarstellende Regelungen nach § 150 Abs. 3 SGB XI

Der Erstattungsanspruch für coronabedingte Mehrkosten und Mindereinnahmen ist mittlerweile weggefallen. An seine Stelle getreten ist der Anspruch der Pflegeeinrichtungen auf Erstattung von Beschaffungskosten für die selbst beschafften PoC-Antigen-Tests und Antigen-Tests zur Eigenanwendung, § 150 Abs. 2 SGB XI in der aktuellen Fassung. § 150 Abs. 3 SGB XI beinhaltet weiterhin die Ermächtigungsgrundlage, Näheres für das Erstattungsverfahren sowie die erforderlichen Nachweise zu regeln. Nur welchen Bezugspunkt hat § 150 Abs. 3 SGB XI nun?

Der originäre Bezugspunkt von § 150 Abs. 3 SGB XI ist weggefallen. Im Rahmen der Abschaffung des Kostenerstattungsanspruchs nach § 150 Abs. 2 SGB XI a. F. erfuhr Abs. 3 der Vorschrift keine Überarbeitung. Dem Wortlaut nach bezieht sich § 150 Abs. 3 SGB XI auf den aktuellen Abs. 2 und ist damit als Ermächtigungsgrundlage für Regelungen dieses Erstattungsverfahrens zu verstehen. Vom Gesetzgeber gewollt war das aber nicht. In der Gesetzesbegründung heißt es:

„Die in den Kostenerstattungsfestlegungen nach § 150 Abs. 3 SGB XI geregelten Inhalte insbesondere zum Verfahren und den erforderlichen Nachweisen sind weiterhin für Kostenerstattungsanträge auf der bis zum 30. Juni 2022 geltenden Rechtsgrundlage des § 150 Abs. 2 und 5a SGB XI anzuwenden. Dies gilt auch für die dort geregelten Fristen.“⁶¹

Gewollt war also nicht, dass der GKV-Spitzenverband im Einvernehmen mit den Bundesvereinigungen der Träger stationärer und ambulanter Pflegeeinrichtungen und Zustimmung des Bundesministeriums für Gesundheit

60 Sachs/von Coelln, in: Sachs, GG, 10. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 134.

61 BT-Drs. 20/1909, S. 65.

nunmehr Verfahrensregelungen zur aktuellen Fassung von § 150 Abs. 2 SGB XI trifft. Der Gesetzgeber wollte ausweislich der Gesetzesbegründung auch nicht, dass die Festlegungen weiterhin angepasst werden können. Wille des Gesetzgebers war es, dass für den Zeitraum bis zum 30.06.2022 weiterhin nach der alten Rechtslage verfahren wird. Er hätte § 150 Abs. 3 SGB XI daher wohl auch ersatzlos streichen oder aber eine klarstellende Formulierung wählen können.

VI. Fazit

Da eine rückwirkende Lösung für den Fall des Pflege-Rettungsschirms unwahrscheinlich ist, ist es umso wichtiger, Lehren für die Zukunft daraus zu ziehen. § 150 Abs. 2 SGB XI a. F. zeigt deutlich, wie groß das Spannungsfeld zwischen Solidarität und Selbstverantwortung gegenüber und von Leistungserbringern ist. Während der Pandemie sollte und wurde ihnen aus Solidaritätsaspekten geholfen. Dennoch strapaziert die Rechtsunsicherheit, die mit dem Kostenerstattungsanspruch verbunden ist, das Verhältnis von Solidarität und Selbstverantwortung weiter. Der Grundsatz, dass Leistungserbringer ihre eigene Wirtschaftlichkeit im Blick halten müssen, wurde durch die Coronapandemie auf eine harte Probe gestellt. Ohne solidarische Maßnahmen wie dem Kostenerstattungsanspruch wäre die Aufrechterhaltung der pflegerischen Versorgung in dieser Zeit nicht möglich gewesen. Leider untergräbt hier der Faktor Rechtsunsicherheit eine solidarische Maßnahme und schädigt dadurch alle Beteiligten:

Die Kassen, die zur Bewältigung dieser Aufgabe weder gut ausgestattet noch gut vorbereitet waren und auch keine klaren Verfahrens- und Entscheidungsrichtlinien an die Hand bekamen.

Die Solidargemeinschaft der Versicherten, deren Beiträge durch unklare Regelungen an vielen Stellen übermäßig belastet wurden und werden.

Die Leistungserbringer, die nicht nur während der Corona-Pandemie die pflegerische Versorgung aufrechterhielten und die aufgrund von unklaren Regelungen und ggf. weiterführenden Rechtsstreitigkeiten ein kaum kalkulierbares Kostenrisiko tragen.

Zusammenfassend zeigt sich, dass die aktuelle Rechtslage Unklarheiten und Herausforderungen mit sich bringt. Dies betrifft insbesondere den Umfang des Anspruchs sowie die Reichweite der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage und deren Anwendung.

Für die Zukunft ist es daher wünschenswert, klare gesetzliche Vorgaben zu formulieren, die den Umfang des Anspruchs eindeutig definieren und eine präzise Ermächtigungsgrundlage schaffen, sofern eine solche vorgesehen wird. Ebenso sollten Verfahrensregelungen so ausgestaltet sein, dass sie langfristig Bestand haben, um Rechtssicherheit und Effizienz zu gewährleisten. Darüber hinaus sind ausreichende personelle Ressourcen bereitzustellen, um eine reibungslose und zügige Abwicklung sicherzustellen. Nur durch eine kohärente gesetzliche Regelung und eine vorausschauende Organisation können zukünftige Herausforderungen erfolgreich bewältigt werden.

Die Arbeitsmarktintegration von Geduldeten und sozialrechtliche Berechtigung – zwischen Inklusion und Exklusion

Dominik Schmitz*

I. Einleitung

In der politischen Debatte über Migrationspolitik dominieren seit längerem Forderungen, abgelehnte Asylbewerber:innen entweder zur freiwilligen Ausreise zu bewegen oder zügig abzuschieben. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD vom April 2025 greift dies erneut auf und kündigt eine „Rückführungsoffensive“ an.¹ Gleichzeitig wächst jedoch die Einsicht, dass viele abgelehnte Asylbewerber:innen auf unabsehbare Zeit in Deutschland bleiben werden.

Für Menschen, deren Asylantrag abgelehnt wurde, deren Aufenthalt jedoch geduldet ist (§ 60a AufenthG), wurden in den vergangenen Jahren aufenthaltsrechtliche Perspektiven für einen dauerhaften legalen Aufenthalt geschaffen und schrittweise erweitert.² Auch die aktuelle Bundesregierung bekennt sich laut Koalitionsvertrag zur Fortführung dieses Kurses.³

Geduldeten wird dabei – rechtlich wie politisch – die Erwartung auferlegt, sich durch Arbeitsmarktintegration eine Bleibeperspektive zu erarbeiten. Die Fachkräftestrategie der Bundesregierung von 2022 betont, dass auch das Arbeitskräftepotenzial von Geduldeten zur Fachkräftesicherung beitragen soll.⁴ Diese Entwicklung ist Teil einer breiteren Liberalisierung

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Deutsches Arbeitsrecht der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). Der Beitrag ist aus einer für das Deutsche Institut für Menschenrechte erstellten Studie hervorgegangen, *Schmitz/Kocher*, Die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention: Herausforderungen und Implikationen einer Ratifizierung durch Deutschland, 2025, abrufbar unter <https://doi.org/10.11584/opus4-1399>.

1 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2025, S. 94.

2 *Lehner*, Entwicklungen im Bereich der europäischen und deutschen Asyl- und Flüchtlingspolitik der letzten fünf Jahre, 2023, S. 22 ff.; *Löhr*, RdJB 70 (2022), 177, 180 f.

3 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 2025, S. 96.

4 BMAS, Fachkräftestrategie der Bundesregierung, 2022, S. 28.

des Aufenthalts- und Beschäftigungserlaubnisrechts, die auf die Gewinnung ausländischer Fachkräfte abzielt.

Im Arbeitsförderungsrecht des SGB III wurde mit dem Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetz⁵ 2019 der Zugang zu Leistungen der Ausbildungsförderung für Ausländer:innen grundsätzlich geöffnet. Im Sinne eines „Systemwechsels“ genügt nunmehr der Zugang zum Arbeitsmarkt für die Leistungsberechtigung – Inhaber:innen eines Aufenthaltstitels zu Ausbildungs-, Erwerbs- oder humanitären Zwecken sind damit umfassend berechtigt.

Für Geduldete wurde diese Öffnung jedoch nur eingeschränkt nachvollzogen. Sonderregelungen schränken ihren Zugang zu berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahmen, zur assistierten Ausbildung und zur Berufsausbildungsbeihilfe ein oder schließen diesen bei der außerbetrieblichen Ausbildung vollständig aus.

Gerade für Geduldete haben ausbildungsförderungsrechtliche Leistungen jedoch eine besondere Bedeutung. Denn der verhältnismäßig sicherste Weg aus der prekären aufenthaltsrechtlichen Situation in einen gesicherten Status führt über eine Berufsausbildung.⁶

Dieser Beitrag untersucht die daraus resultierenden Widersprüche und Inkongruenzen zwischen aufenthaltsrechtlicher Regularisierung, arbeitsmarktbezogener Integration und sozialrechtlicher Ausbildungsförderung. Im Mittelpunkt steht die verfassungsrechtliche Frage, ob die im SGB III vorgesehenen Sonderregelungen für Geduldete bei den Leistungen der Ausbildungsförderung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sind.

Zur Beantwortung dieser Frage wird zunächst die Lebenssituation und rechtliche Stellung Geduldeter skizziert. Anschließend wird ihre aufenthaltsrechtliche Perspektive durch Arbeitsmarktintegration dargestellt (II). Daraufhin wird das bestehende Förderregime des SGB III analysiert, um die Ungleichbehandlung dieser Personengruppe herauszuarbeiten (III). Im Zentrum des Beitrags steht die verfassungsrechtliche Prüfung der bestehenden Sonderregelungen (IV). Abschließend wird ein Vorschlag zur Neuausrichtung des Verhältnisses von Aufenthaltsrecht und Sozialrecht unterbreitet, der den Übergang vom Vorrang der Aufenthaltsbeendigung

5 BGBl. I 2019, S. 1029.

6 Lehner, RdJB 72 (2024), 52; ausführlich zur Entwicklung *Nachtigall*, Ein Integrationsregime für Margizens?, 2025, S. 286 ff., 324 ff.

zum Vorrang der Aufenthaltsverfestigung durch eine arbeitsmarktbezogene sozialrechtliche Prognose ermöglicht (V).

II. Regularisierung durch Arbeitsmarktintegration

1. Rechtliche Stellung und Lebenssituation von Geduldeten

Bevor darauf eingegangen wird, welche Möglichkeiten Geduldeten zur Verfügung stehen, ihren Aufenthalt zu regularisieren, also in einen von der Rechtsordnung als rechtmäßig anerkannten Aufenthaltsstatus zu wechseln,⁷ wird zunächst der rechtliche Status der Duldung sowie die Situation der Geduldeten erläutert.

Eine Duldung ist die Aussetzung der Abschiebung von vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer:innen nach § 60a AufenthG. Der Status ist inhärent prekär. Denn wenn der Duldungsgrund wegfällt und auch nicht im Ermessenswege eine weitere Duldung erteilt wird, können und müssen die Behörden abschieben. Aufenthaltsrechtlich stellt ein geduldeter Aufenthalt einen rechtswidrigen Aufenthalt dar (vgl. § 4 AufenthG).

Im Kern handelt es sich bei der Duldung um ein verwaltungsvollstreckungsrechtliches Instrument.⁸ Tatsächlich wird die Duldung anders genutzt. Viele Geduldete leben seit mehreren Jahren mit diesem prekären Status in Deutschland. Das führt dazu, dass zum 30.06.2024 über 178.000 Menschen mit einer Duldung in Deutschland lebten. Davon wiesen knapp 79.000 Geduldete eine Aufenthaltsdauer von unter drei Jahren auf, alle übrigen hielten sich seit mehr als drei Jahren in Deutschland auf, 7.000 von ihnen sogar 15 Jahre und mehr.⁹

In direkten Befragungen offenbaren Geduldete eine hohe Bereitschaft, in Deutschland zu bleiben.¹⁰ Mit ansteigender Aufenthaltsdauer sinkt auch die Wahrscheinlichkeit einer Rückkehr ins Herkunftsland. Das gilt sowohl für die freiwillige Rückkehr als auch für die unfreiwillige Rückführung.¹¹

7 Hinterberger, Regularisierungen irregulär aufhältiger Migrantinnen und Migranten, 2020, S. 110.

8 Nachtigall, ZAR 2020, 271.

9 Kleine Anfrage der Gruppe Die Linke zu Zahlen in der Bundesrepublik Deutschland lebender Flüchtlinge zum Stand 30. Juni 2024 – Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 20/13040.

10 Stache/Johnson/Peitz u.a., Bleibe- und Rückkehrabsichten von Geduldeten, 2025.

11 Peitz, Wege aus der Ausreisepflicht nach ablehnender Asylentscheidung, 2023.

Beim Zugang zum Arbeitsmarkt steht diese Gruppe vor großen Herausforderungen. Die Arbeitsmarktintegration dauert generell länger als bei anderen Gruppen von Migrant:innen.¹² Für Geduldete sind daher ausbildungsvorbereitende Maßnahmen von besonderer Bedeutung. Gleichermassen wichtig ist die aufenthaltsrechtliche Absicherung von ausbildungs-/berufsvorbereitenden Maßnahmen.¹³

Die Entwicklung des Rechtsinstituts der Duldung zeigt, dass sie nie auf ihre eigentliche verwaltungsvollstreckungsrechtliche Funktion beschränkt war, sondern in der Praxis dauerhaften Aufenthalt ermöglichte.¹⁴ Aus der rechtlichen Stellung von Geduldeten und der tatsächlichen Lage folgen bereits pragmatische Argumente, Geduldeten einen dauerhaften rechtmäßigen Aufenthalt zu eröffnen.

2. Wege aus der Duldung

Dazu führte der Gesetzgeber verstärkt seit 2007 nach und nach Aufenthaltserlaubnisse oder neue Duldungstatbestände ein, die einen Weg aus der Duldung in den dauerhaften rechtmäßigen Aufenthalt eröffneten.

Zu Beginn steht die endgültige Ablehnung des Asylantrags und die vollziehbare Ausreisepflicht. Damit der Übergang in eine befristete Aufenthaltserlaubnis und schließlich in die dauerhafte Niederlassungserlaubnis oder Einbürgerung gelingen kann, bedarf es zunächst stets einer Duldung nach § 60a AufenthG.

Im Anschluss stehen Geduldeten mehrere Wege zur Verfügung, mit denen sie ihren Aufenthalt regularisieren können. Aus dieser Duldung heraus kann nach drei Monaten Vorduldungszeit entweder die Ausbildungsduldung (§ 60c AufenthG) oder die Aufenthaltserlaubnis zur Berufsausbildung (§ 16g AufenthG) erteilt werden. Diese gelten jeweils für die Dauer der Berufsausbildung. Daran anschließend kann eine Aufenthaltserlaubnis zur Beschäftigung nach § 19d AufenthG erteilt werden. Der Gesetzgeber folgte hierbei der Formel 3+2, wonach im Anschluss an drei Jahre Ausbildungsduldung ein Anspruch auf eine (verlängerbare) Aufenthaltserlaubnis für

12 *Fachkommission der Bundesregierung zu den Rahmenbedingungen der Integrationsfähigkeit*, Gemeinsam die Einwanderungsgesellschaft gestalten, 2020, S. 144.

13 *Bonin/Boockmann/Brändle u.a.*, Begleitevaluation der arbeitsmarktpolitischen Integrationsmaßnahmen für Geflüchtete: Schlussbericht, 2021.

14 *Nachtigall*, ZAR 2020, 271 ff.; *Wittmann*, ZAR 2020, 183 ff.

zwei Jahre besteht (§ 19d Abs. 1a AufenthG).¹⁵ In Betracht kommt auch eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25a AufenthG für gut integrierte junge Menschen.

Nach 12 Monaten Vorduldung kann eine Beschäftigungsduldung für bis zu 30 Monate erteilt werden. Sie zielt vorrangig auf den Übergang in die Aufenthaltserlaubnis nach § 25b AufenthG, ist aber auch mit einem Wechsel in § 19d AufenthG vereinbar.

Als Stichtagsregelung ermöglicht ferner das Chancen-Aufenthaltsrecht nach § 104c AufenthG den Übergang von einer Duldung nach einer fünfjährigen Vorduldungszeit in eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25a oder b AufenthG; am 31.12.2025 tritt an dessen Stelle eine Übergangsregelung.

Bei § 25a und b AufenthG handelt es sich um stichtagsunabhängige Regelungen, die generell aus einer Duldung heraus ein Aufenthaltsrecht gewähren, wenn bestimmte Integrationsvoraussetzungen erfüllt sind. § 25a AufenthG richtet sich an alle Personen bis 27 Jahre, § 25b AufenthG ist hingegen altersunabhängig, aber hat eine längere Voraufenthaltszeit.

Mit den neu eingeführten Regularisierungspfaden würdigt der Gesetzgeber im Gegensatz zu früheren Ansätzen nicht nur eine abgeschlossene gelungene Integration (u.a. „Bildungsinländer“),¹⁶ sondern er schafft nun die Möglichkeit, dass sich Geduldete durch eigene Integrationsanstrengungen eine Regularisierung ihres Aufenthalts „erarbeiten“ können.¹⁷

Diese Regularisierungspfade stehen nicht allen Geduldeten offen: Ausgeschlossen sind Personen aus sicheren Herkunftsstaaten sowie Mitwirkungspflichtverletzende, insbesondere bei Identitätstäuschung oder ungeklärter Identität.¹⁸ Hinzu kommen Stichtage, Altersgrenzen und Wartefristen. Nur die Duldung von Personen mit geklärter Identität, die keine sonstigen Mitwirkungspflichten verletzen und die nicht aus sicheren Herkunftsstaaten stammen, wurde der Aufenthaltserlaubnis angenähert.¹⁹

15 Zur Entstehung *Breidenbach*, in: *Kluth/Heusch*, BeckOK-AuslR, 44. Ed. 2024, AufenthG § 19d Rn. 1 f.

16 BT-Drs. 16/10288, S. 9; 16/10914, S. 7.

17 *Wittmann*, ZAR 2020, 183, 187; *Koehler*, InfAuslR 2018, 45, 51.

18 Ausführlich *Nachtigall*, ZAR 2020, 271 ff.

19 Kritisch *Nachtigall*, ZAR 2020, 271, 276, dies., Ein Integrationsregime für Margizens?, 2025, S. 326.

3. Primat der Arbeitsmarkintegration

Selbstständige Verfestigung des Aufenthalts durch Integration meint für erwerbsfähige Geduldete vor allem und vorrangig Integration in bzw. durch den Arbeitsmarkt.²⁰

Bei der Ausbildungsduldung bzw. Aufenthaltserlaubnis zur Ausbildung und Beschäftigungsduldung sowie bei einer anschließenden Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete (§ 19d AufenthG) liegt es auf der Hand, dass Aufenthaltsverfestigung durch Integration als Arbeitsmarkintegration zu verstehen ist.²¹ Denn ohne erfolgreichen Ausbildungsabschluss und (nachhaltige) Arbeitsmarkintegration kann der Aufenthaltsstatus nicht erlangt und nicht gefestigt werden.²²

Aber auch das Chancen-Aufenthaltsrecht und die Aufenthaltserlaubnisse nach § 25a und § 25b AufenthG stellen primär auf Arbeitsmarkintegration ab. Es kommt maßgeblich auf eine Prognose über die künftige Arbeitsmarkintegration an, die die Gerichte veranlasst, sich ausführlich mit Erwerbsbiographien und schulischen Leistungen auseinanderzusetzen.²³

Möchten erwerbsfähige Geduldete eigenständig den Übergang in einen dauerhaften rechtmäßigen Aufenthalt schaffen, ist die Arbeitsmarkintegration zwingend notwendig. Damit gewinnt das Beschäftigungserlaubnisrecht eine hohe Bedeutung als Steuerungsinstrument.

4. Faktische Integration darf nicht aktiv unterbunden werden

Mit dem Fachkräfteeinwanderungsgesetz 2019²⁴ ist der Arbeitsmarktzugang von Drittstaatsangehörigen grundsätzlich geöffnet worden (§ 4a Abs. 1 S. 1 AufenthG).

20 Ebenso *Lehner*, in: *Thym*, Deutschland als Einwanderungsland, 2024, S.137, 153 f. („(erfolgreiche) Beschäftigungsausübung als vertypter Integrationsnachweis“).

21 *Armbruster/Barwig/Frings u.a.*, InfAuslR 2020, 93 ff.

22 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.09.2021 – 1 C 47.20, BVerwGE 173, 201.

23 BVerwG, Beschl. v. 28.12.1990 – 1 B 14/90, juris Rn. 7; VGH Bayern, Beschl. v. 28.03.2024 – 19 C 24.29, juris Rn. 14; OVG Lüneburg, Urt. v. 19.03.2012 – 8 LB 5/11, juris Rn. 74 m.w.N.; OVG Magdeburg, Beschl. v. 22.12.2021 – 2 M 113/21, juris Rn. 39; OVG Magdeburg, Beschl. v. 14.12.2021 – 2 M 117/21, juris Rn. 20; OVG Bautzen, Beschl. v. 28.03.2023 – 3 B 234/22, juris Rn. 31.

24 BGBl. I 2019, S. 1307.

Geduldete unterliegen hingegen weiterhin einem präventiven Erwerbsverbot mit Erlaubnisvorbehalt: Ohne Aufenthaltstitel ist eine Erwerbstätigkeit grundsätzlich untersagt (§ 4a Abs. 4 AufenthG), sofern sie nicht gesetzlich erlaubt ist. Seit dem Rückführungsverbesserungsgesetz²⁵ haben Geduldete generell einen Soll-Anspruch (gebundenes Ermessen) auf Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis (§ 60a Abs. 5b AufenthG bzw. § 61 Abs. 1 S. 2 AsylG).²⁶ Außerhalb einer Aufnahmeeinrichtung kann diese grundsätzlich nach einem Voraufenthalt von drei Monaten erteilt werden, innerhalb erst nach sechs Monaten.²⁷

Auf Basis der alten Rechtslage war es nach der Rechtsprechung zulässig, aus einwanderungspolitischen Gründen die Erwerbstätigkeit zu unterbinden, um eine Integration zu verhindern, die eine Durchsetzung der Abschiebung nach Wegfall des Abschiebungshindernisses verhindert.²⁸

Diese Praxis ist heute unzulässig. Durch das gebundene Ermessen nach § 60a Abs. 5b AufenthG dürfen Ausländerbehörden Beschäftigungserlaubnisse nur noch in atypischen Fällen verweigern.²⁹ Da aber jede Integration in den Arbeitsmarkt potenziell zur faktischen Integration und damit zur Verfestigung des Aufenthalts führt, kann das kein atypischer Fall sein. Pauschale migrationspolitische Erwägungen können die grundsätzliche Arbeitsmarktöffnung nach Ablauf der Wartefrist von drei Monaten nicht unterbinden.³⁰

Danach darf das Interesse, eine faktische Integration zu unterbinden, nur noch im Rahmen des § 60a Abs. 5b S. 2 AufenthG berücksichtigt werden. Soweit keine konkreten Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung bevorstehen, ist kein Raum mehr für eine Berücksichtigung der faktischen Integra-

25 BGBl. 2024 I Nr. 54 vom 26.02.2024.

26 BT-Drs. 20/10090, S. 17, 21; VGH Mannheim, Beschl. v. 12.12.2024 – 12 S 1275/24, juris Rn. 39.

27 § 61 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 AsylG bzw. § 4a Abs. 4 AufenthG i.V.m. § 32 Abs. 1 BeschV.

28 BVerwG, Beschl. v. 28.12.1990 – 1 B 14/90, juris Rn. 7; VGH Mannheim, Beschl. v. 25.09.2003 – 11 S 1795/03, juris Rn. 6; *Funke-Kaiser*, in: *Berlit*, GK-AufenthG, 2025, § 60a Rn. 86 f.

29 BT-Drs. 20/10090, S. 17; vgl. VGH Mannheim, Beschl. v. 08.01.2021 – 12 S 3651/20, juris Rn. 21; OVG Lüneburg, Beschl. v. 21.08.2023 – 13 ME 102/23, juris; OVG Saarlouis, Beschl. v. 04.10.2021 – 2 B 208/21, juris Rn. 7; VGH Mannheim, Beschl. v. 12.12.2024 – 12 S 1275/24, juris Rn. 45.

30 OVG Magdeburg, Beschl. v. 06.02.2023 – 2 M 111/22, juris Rn. 11; *Wittmann*, ZAR 2022, 131, 132; zu § 61 AsylG *Marx*, AsylG-Kommentar, 12. Aufl. 2025, § 61 Rn. 7; *Funke-Kaiser*, in: *Berlit*, GK-AufenthG, 2025, § 60a Rn. 87.

tion.³¹ Für die Mehrheit der Geduldeten gilt, dass ihre faktische Integration jedenfalls nicht *aktiv* unterbunden werden darf.

5. Widersprüche zwischen dem Vorrang der Aufenthaltsbeendigung und der Aufenthaltsverfestigung

Damit öffnet das Aufenthaltsrecht Regularisierungspfade, die über das Beschäftigungserlaubnisrecht nicht sabotiert werden dürfen. Solange der Aufenthalt jedoch nur geduldet ist (§ 60a AufenthG), müssen Ausländerbehörden weiter die Umsetzung der Abschiebung betreiben. Der Vorrang der Aufenthaltsbeendigung besteht weiter.³²

Dabei unterscheidet der Gesetzgeber „verstärkt zwischen (vermeintlich) integrationswürdigen und -unwürdigen Gruppen“.³³ Das führt immer dann zu Widersprüchen, wenn die Zuordnung zu (vermeintlich) integrationswürdigen und -unwürdigen Gruppen tatsächlich und rechtlich unklar ist. Ab wann können sich Geduldete darauf verlassen, dass ihre Integrationsleistungen honoriert werden?

Für Ausbildungs- und Beschäftigungsduldungen hat der Gesetzgeber inzwischen klar geregelt, wann der Vorrang der Aufenthaltsbeendigung dem Interesse an Aufenthaltsverfestigung weichen muss. Dieser Vorrang ist damit deutlich abgeschwächt.³⁴ Grundlegend ist die Ausgestaltung der Ausbildungsduldung als Anspruch, die der Beschäftigungsduldung als Regelananspruch mit Ermessen nur in atypischen Fällen.³⁵ Sind die Voraussetzungen erfüllt, tritt der Vorrang der Aufenthaltsbeendigung während der Duldung zurück.

Dem Vorrang der Aufenthaltsbeendigung wird hingegen dadurch Rechnung getragen, dass für beide Duldungsformen Vorduldungszeiten von drei Monaten bzw. zwölf Monaten (§ 60c Abs. 2 Nr. 2 bzw. § 60d Abs. 1 Nr. 2

31 OVG Magdeburg, Beschl. v. 09.11.2021 – 2 M 79/21, juris Rn. 24.

32 Fleuß, in: Terwiesche/Prechtel, Handbuch Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2025, Rn. 178.

33 Wittmann, ZAR 2020, 183, 186; so auch Nachtigall, ZAR 2020, 271 ff.; dies., Ein Integrationsregime für Margizens?, 2025, S. 322 ff.; Lehner, Entwicklungen im Bereich der europäischen und deutschen Asyl- und Flüchtlingspolitik der letzten fünf Jahre, 2023; OVG Koblenz, Beschl. v. 05.01.2017 – 7 B 11589/16, juris Rn. 7.

34 Zur Entwicklung Wittmann, ZAR 2020, 183, 187.

35 Bruns/Hocks, in: Hofmann, Ausländerrecht, 3. Aufl. 2023, AufenthG § 60d Rn. 27.

AufenthG) gelten, die von der Behörde zur Aufenthaltsbeendigung genutzt werden sollen.³⁶

6. Zwischenfazit

Bei den Regularisierungspfaden bemüht der Gesetzgeber zum Teil das Bild des „Hineinwachsens“ in ein Aufenthaltsrecht.³⁷ Zutreffend wäre es, davon zu sprechen, dass Geduldete über sich hinauswachsen müssen, um sich aus einer aufenthaltsrechtlichen Unsicherheit einen dauerhaften rechtmäßigen Aufenthalt zu erarbeiten. Der verhältnismäßig sicherste Weg führt dabei über die Berufsausbildung, da diese am frühesten den Vorrang der Aufenthaltsbeendigung entfallen lässt. Angesichts dieser schwierigen Startbedingungen läge es nahe, dass das Ausbildungsförderungsrecht des SGB III spezifisch diese Gruppe von Geduldeten frühzeitig unterstützt.

III. Sozialrechtliche Berechtigungen von Geduldeten nach dem Ausbildungsförderungsrecht

Trotz der zentralen Rolle, die die Berufsausbildung für die aufenthaltsrechtliche Verfestigung spielt, bleibt der Zugang zu ausbildungsbezogenen Förderleistungen für Geduldete eingeschränkt.

Das Ausbildungsförderungsrecht des SGB III stellt ausbildungsvorbereitende und ausbildungsbegleitende Leistungen sowie die existenzsichernde Leistung der Berufsausbildungsbeihilfe (§ 56 SGB III) zur Verfügung. Sie unterstützen beim Übergang in eine Berufsausbildung oder beim erfolgreichen Abschluss.³⁸ Berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen (§§ 51 ff. SGB III) fördern die Vorbereitung von nicht ausbildungsreifen Menschen auf eine Ausbildung. Die assistierte Ausbildung (§§ 74 ff. SGB III) unterstützt Auszubildende vor Aufnahme einer Berufsausbildung und während einer Ausbildung. Sie soll den individuellen Förderbedarf adressieren, beispielsweise durch Förderunterricht, sozialpädagogische Begleitung oder

36 BT-Drs. 19/8286, S. 15, 17; VGH München, Beschl. v. 09.03.2023 – 19 CE 23.183, juris Rn. 41.

37 BT-Drs. 20/3717, S. 16. f., 49; 19/8286, S. 17.

38 Zu den Instrumenten *Fincke/Polduwe*, RdJB 68 (2020), 92 ff.

den Abbau von Sprachdefiziten.³⁹ Die außerbetriebliche Berufsausbildung (§ 76 SGB III) soll nachrangig zum Einsatz kommen, wenn alle anderen Maßnahmen erfolglos waren; sie ermöglicht eine Ausbildung bei einem Bildungsträger mit besonderer pädagogischer Unterstützung und betrieblichen Ausbildungsphasen.⁴⁰

Für diese Leistungen bestanden Sonderregelungen für Ausländer:innen, die nach Staatsangehörigkeit, Aufenthaltsstatus und Erfüllung von Voraufenthaltszeiten unterschieden. Geregelt waren diese nach dem Vorbild der Leistungsberechtigung in § 8 BAföG in einer Grundnorm (§ 63⁴¹ bzw. § 59 SGB III a.F.⁴²), auf welche die anderen Vorschriften der Ausbildungsförderung verwiesen. Die Berechtigung begründete der Gesetzgeber seit dem 22. BAföGÄndG von 2007 konsistent mit der unterschiedlichen Bleibeperspektive der erfassten Ausländer:innen.⁴³

Das Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetz stellte 2019 den Zugang zu diesen Leistungen grundsätzlich auf den abstrakten Arbeitsmarktzugang um.⁴⁴ Damit waren auch automatisch Ausländer:innen mit einer Aufenthaltserlaubnis zu Ausbildungszwecken (§§ 16a, 17 AufenthG) berechtigt, die zuvor wegen ihres nur vorübergehenden Aufenthalts ausgeschlossen waren.⁴⁵ Heute ist es hingegen auch Zweck der Aufenthaltstitels, Fachkräfte für eine nachhaltige Arbeitsmarktintegration zu gewinnen (s. § 16 AufenthG).⁴⁶

Humanitäre Aufenthaltstitel waren somit ebenfalls unterschiedslos einbezogen, obwohl der Gesetzgeber zuvor bei den humanitären Aufenthaltstiteln zwischen solchen unterschieden hatte, die ohne Weiteres zur Ausbildungsförderung berechtigten, und solchen, die zusätzlich eine Mindestaufenthaltsdauer erforderten.⁴⁷ Dabei sorgte der Gesetzgeber für einen Gleichlauf der Mindestaufenthaltsdauern, die für bestimmte humanitäre Aufenthaltstitel und für die Duldung gelten.⁴⁸

39 BA, FW §§ 74 – 75a SGB III, 1.8.2024.

40 BA, FW § 76 SGB III, 1.8.2024.

41 IdF d. G. v. 24.10.2010, BGBl. I 2010, S. 1422.

42 IdF d. G. v. 21.12.2015, BGBl. I 2015, S. 2557.

43 BT-Drs. 16/5172, S. 19 f.

44 BT-Drs. 19/10053, S. 17.

45 BT-Drs. 16/5172, S. 20.

46 BT-Drs. 19/8285, S. 89.

47 BT-Drs. 16/5172, S. 19 f.; 16/5065, S. 201, 234; 17/6497, S. 15; 18/5420, S. 29; 18/2663, S. 38 f.

48 BT-Drs. 16/10914, S. 8; 18/2663, S. 39.

Sonderregelungen gelten weiterhin für Geduldete. Für berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen ist eine Mindestduldungsdauer von neun Monaten erforderlich; die Berufsausbildungsbeihilfe sowie die Vorphase der assistierten Ausbildung setzen hingegen einen Aufenthalt von mindestens 15 Monaten voraus. Der Zugang zur außerbetrieblichen Berufsausbildung bleibt hingegen verschlossen.⁴⁹

Mit der Ausweitung der Regularisierungspfade seit 2007 wurde auch der Zugang zur Ausbildungsförderung kontinuierlich erleichtert. Entscheidend war dabei die neu bewertete Bleibeperspektive, durch die der Gesetzgeber Geduldeten eine bessere Perspektive zusprach und die Mindestaufenthaltszeiten senkte.⁵⁰

Gleichzeitig entstand eine widersprüchliche Situation: Ausgerechnet die Leistungen, die Geduldete bei der frühzeitigen Arbeitsmarktintegration unterstützen und sie von Sozialleistungen unabhängig machen könnten, sind nicht (sofort) verfügbar. Arbeitsförderungsrechtlich bedeutet das, einer besonders benachteiligten Gruppe gerade die Instrumente zur Überwindung ihrer Nachteile vorzuenthalten.

Ein Vergleich mit Ausländer:innen, die über humanitäre oder ausbildungsbezogene Aufenthaltserlaubnisse verfügen, macht die Inkonsistenz deutlich. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz folgt daraus jedoch nicht ohne Weiteres.⁵¹

IV. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz

Die Ungleichbehandlung von Ausländer:innen aufgrund ihres Aufenthaltsstatus im Sozialrecht misst das BVerfG am allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.⁵² Die Entscheidungen des BVerfG bezogen sich dabei allesamt auf Familienleistungen und hatten die Ungleichbehandlung zwischen unterschiedlichen humanitären Aufenthaltstiteln zum Gegenstand. Hier geht es hingegen um eine Ungleichbehandlung von Geduldeten mit Ausländer:innen mit einem Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen oder zu Ausbildungszwecken. Nur erstere müssen Voraufenthaltszeiten bzw. Vorduldungszeiten erfüllen; bei der außerbetrieblichen Berufsausbildung handelt

49 BT-Drs. 19/10053, S. 23, 25, 27.

50 BT-Drs. 18/2663, S. 39, 52; BR-Drs. 266/16, S. 30; BT-Drs. 18/6284, S. 17, 34; 19/10053, S. 25.

51 BVerfG, Beschl. v. 15.06.2023 – 2 BvL 11/14, juris Rn. 39.

52 Zur Entwicklung Britz, ZAR 2014, 56, 57 ff.

es sich um eine Ungleichbehandlung von Geduldeten und Inhaber:innen eines humanitären Aufenthaltstitels, die dem SGB II zugeordnet sind.

Keine der BVerfG-Entscheidungen betraf Ausländer:innen mit Duldungsstatus. Nur in zwei Nichtannahmebeschlüssen hatte das BVerfG die Frage aufgeworfen, ob es von vornherein verfassungsrechtlich unproblematisch sei, Geduldete wegen ihres nicht rechtmäßigen Aufenthalts vom Kindergeld auszuschließen.⁵³

Im Ausbildungsförderungsrecht ist diese Frage eindeutig zu verneinen. Dieses zielt darauf ab, Ausbildungssuchende durch Berufsausbildung nachhaltig in den Arbeitsmarkt zu integrieren⁵⁴ – ein Weg, den das Aufenthaltsgesetz bei der Regularisierung besonders bevorzugt. Eine Förderung von Geduldeten mit Leistungen der Ausbildungsförderung, zur Erleichterung des Übergangs in eine Berufsausbildung respektiert daher die aufenthaltsrechtliche Wertung.⁵⁵

Die Ungleichbehandlung von Geduldeten im Ausbildungsförderungsrecht ist daher einer Rechtfertigungsprüfung zu unterziehen. Erforderlich sind die Differenzierung rechtfertigende Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.⁵⁶

1. Strenger Prüfungsmaßstab

Die Prüfung einer Ungleichbehandlung am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes unterliegt nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG einem stufenlosen, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten Prüfungsmaßstab, der von einer bloßen Willkürprüfung bis hin zu einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung reicht.⁵⁷

Bei der Ungleichbehandlung von Ausländer:innen beim Zugang zu Familienleistungen wendet das BVerfG eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung an.

53 BVerfG, Beschl. v. 09.12.2009 – 2 BvR 1957/08, juris; BVerfG, Beschl. v. 15.06.2023 – 2 BvL 11/14, juris; BVerfG, Beschl. v. 06.07.2004 – 1 BvL 4/97, BVerfGE 111, 160, 173 f.; so BFH, Urt. v. 15.03.2007 – III R 93/03, BFHE 217, 443 Rn. 31; BFH, Urt. v. 02.12.2014 – VIII R 34/13, juris.

54 Eichenhofer, Sozialrecht, 2021, S. 265 f.; Deinert, in: Knickrehm/Deinert, BeckOGK-SGB, Stand: 01.05.2025, SGB III § 1 Rn. 158 ff., 165 ff.

55 S. Lehner, RdJB 72 (2024), 52.

56 BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 70.

57 BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 70.

fung an.⁵⁸ Diese begründet es damit, dass mit dem Aufenthaltsstatus ein Anknüpfungsmerkmal vorliegt, das für Einzelne wenig verfügbar, d.h. beeinflussbar ist.⁵⁹ Das trifft auch auf die Duldung zu.

Ein strengerer Maßstab ist nach der Rechtsprechung auch geboten, wenn sich die Ungleichbehandlung auf die grundrechtlich geschützten Freiheiten auswirken kann.⁶⁰ Hinsichtlich der Ausbildungsförderung kann allerdings die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG nicht herangezogen werden, da sie auf deutsche Staatsangehörige beschränkt ist.

Drittstaatsangehörige können aber für sich die sozio-kulturelle Dimension des Rechts auf ein menschenwürdiges Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG beanspruchen, womit auch eine Teilhabe am Erwerbsleben verbunden ist.⁶¹

Zuletzt ist Deutschland auch völkerrechtlich gebunden, Ausländer:innen gewisse Mindeststandards beim Zugang zum Arbeitsmarkt zu gewährleisten. Im Bereich des Arbeitsmarktes sind das Recht auf Arbeit (Art. 6 UN-Sozialpakt),⁶² das Recht auf Bildung (Art. 13 UN-Sozialpakt) und das Recht auf soziale Sicherheit (Art. 9 UN-Sozialpakt) völkerrechtlich kodifiziert. Diese verpflichten die Vertragsstaaten, besondere Maßnahmen zu ergreifen, um auf dem Arbeitsmarkt benachteiligten Gruppen wie Ausländer:innen unabhängig vom Migrationsstatus den Zugang zum Arbeitsmarkt und zu beruflicher Bildung zu gewährleisten.⁶³

Wie bei den Entscheidungen des BVerfG zur Berechtigung von Drittstaatsangehörigen bei den Familienleistungen ist auch bei einer Ungleichbehandlung im Ausbildungsförderungsrecht aufgrund des Aufenthaltsstatus eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung geboten.

58 BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 72; BVerfG, Beschl. v. 06.07.2004 – 1 BvL 4/97, BVerfGE III, 160; s. auch *Britz*, ZAR 2014, 56, 58 f.

59 BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 70; BVerfG, Beschl. v. 07.02.2012 – 1 BvL 14/07, BVerfGE 130, 240 Rn. 45; BVerfG, Beschl. v. 06.07.2004 – 1 BvL 4/97, BVerfGE III, 160 Rn. 47.

60 BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 72; BVerfG, Beschl. v. 06.07.2004 – 1 BvL 4/97, BVerfGE III, 160 Rn. 46.

61 *Bieback*, in: *Knickrehm/Deinert*, BeckOGK-SGB, Stand: 01.11.2023, SGB III § 284 Rn. 42; *Kießling*, in: *Buchholtz/Kerkemeyer/Croon-Gestefeld*, Integratives Recht, 2021, S. 75, 86 ff., 93; vgl. BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, BVerfGE 132, 134.

62 BGBl. II 1973, S. 1533.

63 CESCR, General Comment No. 13, UN Doc. E/C.12/1999/10, 1999; CESCR, General Comment No. 18, UN Doc. E/C.12/GC/18, 2005; CESCR, General Comment No. 19, UN Doc. E/C.12/GC/19, 2008; zum Recht auf soziale Sicherheit *Schmitz/Kocher*, Die UN-Wanderarbeitnehmerkonvention: Herausforderungen und Implikationen einer Ratifizierung durch Deutschland, 2025, S. 27 ff., 47 ff.

2. Legitimer Zweck und Eignung der Differenzierungskriterien

Eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung setzt voraus, dass der Gesetzgeber mit der Differenzierung einen legitimen Zweck verfolgt und Differenzierungskriterien gewählt hat, die geeignet sind, den Zweck zu erreichen.⁶⁴ Den Gesetzesmaterialien lassen sich drei Zwecke entnehmen: (1) Absenken von Zuwanderungsanreizen, (2) Leistungen nur an Ausländer:innen mit Bleibeperspektive, (3) Sicherung von Fachkräften.

a) Absenken von Zuwanderungsanreizen

Das Ziel, Zuwanderungsanreize zu senken, hatte das BVerfG im „Kindergeld für Drittstaatsangehörige“-Beschluss als verfassungsrechtlich zulässigen Zweck anerkannt.⁶⁵ Im Ausbildungsförderungsrecht fand das Ziel, Zuwanderungsanreize zu senken, Ausdruck in den Gesetzesmaterialien zum Arbeitsmigrationssteuerungsgesetz 2008⁶⁶ und spielte auch im Gesetzgebungsverfahren zum Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetz 2019 eine Rolle.⁶⁷

Allerdings hatte das BVerfG schon 2004 zum Kindergeld entschieden, dass eine Anknüpfung an einen verfestigten Aufenthalt ungeeignet sei, Zuwanderungsverhalten zu steuern. Der Einfluss sei weder belegt noch nachvollziehbar.⁶⁸ Pauschale Annahmen und Vermutungen dürften nicht ausreichen, sondern es bedarf konkreter empirischer Erkenntnisse;⁶⁹ diese existieren aber nicht.⁷⁰ Angesichts der Multi-Kausalität von allen Migrationsbewegungen⁷¹ ist eine pauschale Anknüpfung an den Duldungsstatus zur Steuerung der Zuwanderung dieser heterogenen Gruppe fragwürdig.⁷²

Insgesamt sind diese Begründungen nicht mehr tragfähig. Zum einen sind die Auswirkungen der gesetzlichen Regelungen völlig unklar und zum anderen möchte der Gesetzgeber, dass sich Geduldete über die „goldene

64 BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 88.

65 BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. III.

66 BT-Drs. 16/10914, S. 8.

67 Fincke/Polduwe, RdJB 68 (2020), 92, 98; s. BT-Drs. 19/10053, S. 26.

68 BVerfG, Beschl. v. 06.07.2004 – 1 BvL 4/97, BVerfGE III, 160 Rn. 69.

69 BVerfG, Beschl. v. 19.10.2022 – 1 BvL 3/21, BVerfGE 163, 254 Rn. 70, 89.

70 Zuf. Seidl, NZS 2024, 626 f.

71 S. Atak/Crépeau, in: Costello/Foster/McAdam, The Oxford Handbook of International Refugee Law, 2021, S. 134.

72 Janda, in: Nowak/Krämer/Schmidt, Flucht und Gesundheit, 2021, S. 29, 43.

Brücke“ Berufsausbildung in den Arbeitsmarkt integrieren.⁷³ Das zeigt sich auch darin, dass eine Ausbildungsduldung bereits im Asylverfahren erteilt werden kann (§ 60c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG). Selbst wenn Zuwanderungsanreize entstünden, missbilligt das Gesetz dies nicht, solange eine Berufsausbildung aufgenommen wird, an die die Ausbildungsförderung direkt geknüpft ist.

b) Förderung nur mit hinreichender Bleibeperspektive

Maßgebliches Kriterium für die Ausschlüsse von Geduldeten im Arbeitsförderungsrecht ist nach den Gesetzesbegründungen die Bleibeperspektive. Dies wird erst ab einer Mindestaufenthalts- oder Mindestduldungsdauer als gegeben angesehen und rechtfertigt den Zugang zur Ausbildungsförderung.⁷⁴ Im Fall der außerbetrieblichen Ausbildung (§ 76 SGB III) sind Geduldete mangels hinreichend gefestigter Bleibeperspektive gänzlich ausgeschlossen.⁷⁵

aa) Bestimmung der Bleibeperspektive

Das BVerfG hat die Bleibeperspektive als legitimen Zweck für Differenzierungen bei Familienleistungen anerkannt.⁷⁶ Fehlt eine Bleibeperspektive, verfehlt die Förderung ihr Ziel, die dauerhafte Integration zu fördern, weshalb dieses Kriterium legitim ist.⁷⁷

Geeignet, das Ziel zu erreichen, sind die vom Gesetzgeber gewählten Differenzierungskriterien, wenn sich mit ihrer Hilfe die Aufenthaltsdauer hinreichend zuverlässig prognostizieren lässt.⁷⁸ Für die verfassungsrechtliche Prüfung der Sonderregelungen für Geduldete ergibt sich daraus, dass der Duldungsstatus in Verbindung mit einer Mindestaufenthalts- bzw. Mindestduldungsdauer als hinreichend verlässlicher Indikator für die voraus-

⁷³ Lehner, RdJB 72 (2024), 52, 57.

⁷⁴ BT-Drs. 19/10053, S. 23; 18/2663, S. 39, 52; 16/5172, S. 13, 18; 13/4941, S. 165.

⁷⁵ BT-Drs. 18/6284, S. 52; 19/10053, S. 26.

⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 89; BVerfG, Beschl. v. 07.02.2012 – 1 BvL 14/07, BVerfGE 130, 240 Rn. 51; BVerfG, Beschl. v. 06.07.2004 – 1 BvL 4/97, BVerfGE 111, 160 Rn. 64.

⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 10.07.2012 – 1 BvL 2/10, BVerfGE 132, 72 Rn. 26; BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 89.

⁷⁸ BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 90.

sichtliche Aufenthaltsdauer herangezogen werden kann. Zugleich ist sicherzustellen, dass die übrigen, nicht beschränkten Aufenthaltstitel Personen ohne Bleibeperspektive zuverlässig ausschließen.

Bevor die Eignung der Kriterien geprüft werden kann, muss der Begriff der Bleibeperspektive geklärt werden: Die Bleibeperspektive kann normativ oder tatsächlich bestimmt werden.⁷⁹ Das BVerfG hält eine Ableitung allein aus dem Aufenthaltsstatus für ungeeignet.⁸⁰

Zur Bewertung der Bleibeperspektive stellt das BVerfG auf normative sowie auf tatsächliche Erwägungen ab.⁸¹ Ein humanitärer Aufenthaltstitel (s. § 23 Abs. 1 AufenthG – wegen eines Krieges, §§ 23a, 24 oder 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG) allein ist dem BVerfG zufolge kein hinreichendes Indiz für das Fehlen einer dauerhaften Bleibeperspektive, da Verlängerungs- und Verfestigungsregelungen bestehen.⁸² Ebenso wenig lässt sich aus diesen Aufenthaltstiteln allein eine positive Bleibeperspektive ableiten – *stets* ist die Einbindung in die tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigen.⁸³

Das BVerfG verlangt damit nach *Wallrabenstein*, dass Differenzierungen realitätsgerecht sind, verlässliche Anknüpfungspunkte haben und sich aus diesen Anknüpfungspunkten schlüssig und nachvollziehbar die gesetzliche Differenzierung ableiten lässt.⁸⁴ Eine positive Bleibeperspektive bei einem vorübergehenden Aufenthaltsstatus ist gerechtfertigt, „sofern die tatsächlichen Umstände typischerweise gleichwohl einen Daueraufenthalt erwarten lassen.“⁸⁵ Hierfür zog das BVerfG statistische Erkenntnisse aus dem Ausländerzentralregister heran, um die tatsächliche Bleibeperspektive zu bestimmen.⁸⁶

79 Vgl. *Schlikker/Wallrabenstein*, in: *Barwig/Janda/Jüngling*, Für eine gerechtere Welt: Solidarität in und durch Europa, 2019, S. 179, 187.

80 BVerfG, Beschl. v. 04.12.2012 – 1 BvL 4/12, BVerfGE 132, 360 Rn. 26; BVerfG, Beschl. v. 06.07.2004 – 1 BvR 2515/95, BVerfGE III, 176 Rn. 32.

81 BVerfG, Beschl. v. 15.06.2023 – 2 BvL 11/14, juris Rn. 40; *Britz*, ZAR 2014, 56, 60.

82 BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 91 f.; BVerfG, Beschl. v. 10.07.2012 – 1 BvL 2/10, BVerfGE 132, 72 Rn. 28 f.

83 BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 94.

84 *Wallrabenstein*, in: *Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann*, Gerechtigkeit in der Migrationsgesellschaft, 2016, S. 39, 43.

85 BVerfG, Beschl. v. 04.12.2012 – 1 BvL 4/12, BVerfGE 132, 360 Rn. 27.

86 BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 95.

bb) Bleibeperspektive von Geduldeten

Der Gesetzgeber stellt bei den Sonderregelungen für Geduldete (§ 60 Abs. 3 S. 2; § 52 Abs. 2 S. 4; § 75a Abs. 1 S. 3 SGB III) kumulativ auf die normative und tatsächliche Bleibeperspektive ab. Die normative Bleibeperspektive ist stets erforderlich, aber für sich allein nicht hinreichend. Ergänzt wird sie durch die tatsächliche Bleibeperspektive, die sich in den vorgesehenen Mindestaufenthaltszeiten ausdrückt. Soweit diese erfüllt sind, geht der Gesetzgeber typisierend davon aus, dass der Aufenthalt nicht mehr nur kurzfristig oder absehbar vorübergehender Natur ist,⁸⁷ sondern dass Geduldete länger in Deutschland bleiben werden.⁸⁸

Für die humanitären Aufenthaltserlaubnisse der § 23 Abs. 1, § 23a, § 24 oder § 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG, die im Recht der Familienleistungen ebenfalls eine Mindestaufenthaltsdauer voraussetzen (vgl. etwa § 62 Abs. 2 Nr. 4 EStG), kommt das BVerfG zu dem Ergebnis, dass diese Aufenthaltstitel für sich genommen weder eine negative noch eine positive Bleibeperspektive begründen.⁸⁹ Ihr Fortbestand hängt von Umständen im Heimatstaat oder von Abschiebehindernissen ab. Eine Rückkehr ist rechtlich oder praktisch ausgeschlossen, solange diese Situation anhält.⁹⁰ Der Wegfall der Gründe für die Aufenthaltserlaubnisse ist hingegen ungewiss.⁹¹ Verlängerungs- oder Verfestigungsmöglichkeiten bestehen aber grundsätzlich.⁹² Diese Wertungen treffen nach dem BVerwG auch auf den Duldungsstatus zu.⁹³

Allerdings ändert sich in rechtlicher Hinsicht durch bloßen Zeitablauf nichts am aufenthaltsrechtlich prekären Duldungsstatus. Erst mit Übergang in die Ausbildungsuldung (§ 60c AufenthG), die Beschäftigungsuldung (§ 60d AufenthG) oder in eine Aufenthaltserlaubnis nach (§§ 25a, 25b, 25 Abs. 5 oder § 104c AufenthG entfällt der Vorrang der Aufenthaltsbeendigung. Da eine Ausbildungsuldung aber bereits nach Ablauf einer dreimonatigen Vorduldungszeit erteilt werden kann (§ 60c Abs. 1, 2 Nr. 2 AufenthG), entsteht in diesen Fällen eine hinreichende rechtliche Bleibe-

87 BT-Drs. 16/5172, S. 20; 16/10914, S. 8; 18/2663, S. 39; 18/7055, S. 35.

88 BT-Drs. 18/8883, S. 2.

89 BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 94.

90 BVerfG, Beschl. v. 10.07.2012 – 1 BvL 2/10, BVerfGE 132, 72 Rn. 33 f.

91 BVerfG, Beschl. v. 06.07.2004 – 1 BvL 4/97, BVerfGE III, 160, 174; BVerfG, Beschl. v. 04.12.2012 – 1 BvL 4/12, BVerfGE 132, 360 Rn. 26.

92 BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 91 f.; BVerfG, Beschl. v. 10.07.2012 – 1 BvL 2/10, BVerfGE 132, 72 Rn. 28 f.

93 BVerwG, Urt. v. 29.11.2022 – 8 CN 1.22, BVerwGE 177, 181 Rn. 29.

perspektive bereits vor Ablauf der Mindestaufenthaltszeiten- bzw. Mindestduldungszeiten nach dem SGB III.

In tatsächlicher Hinsicht zeigen die Statistik sowie die empirische Forschung, dass sich viele Geduldete mehrere Jahre oder dauerhaft in Deutschland aufhalten.⁹⁴ Gleichzeitig ist der Personenkreis der Geduldeten sehr heterogen, so dass andere Ausländer:innen nur kurzzeitig z.B. wegen einer Krankheit geduldet werden.⁹⁵

Inwieweit die gewählten Mindestaufenthaltszeiten bei einer Duldung geeignet sind, eine tatsächliche Bleibeperspektive zu erfassen, kann daher nicht ohne Weiteres beantwortet werden. Eine Antwort ist aber nur dann erforderlich, wenn bei anderen Aufenthaltstiteln ausschließlich solche Personen mit hinreichender Bleibeperspektive leistungsberechtigt sind.

cc) Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen und zu Ausbildungszwecken

Sind jedoch bei den Aufenthaltstiteln aus humanitären Gründen oder zu Ausbildungszwecken Personen erfasst, deren Bleibeperspektive ebenso unsicher oder ähnlich gelagert ist wie bei Geduldeten, so verfehlen die Differenzierungskriterien ihren Zweck. Sie erfassen dann nicht verlässlich den Personenkreis mit hinreichender Bleibeperspektive und sind als Differenzierungskriterium ungeeignet.

Eine normative Bleibeperspektive ist seit den Reformen des Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetzes und des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes sowie dessen Weiterentwicklung die Regel, da die Aufenthaltstitel zu Ausbildungs- und Erwerbszwecken auf eine dauerhafte Arbeitsmarktintegration abzielen (s. §§ 16, 18 AufenthG). Tatsächliche Erwägungen spielten hingegen keine Rolle mehr. Andernfalls hätte der Gesetzgeber mitberücksichtigen müssen, dass bei einem Aufenthaltstitel zu Ausbildungszwecken (§ 16a AufenthG) eine tatsächliche Fortsetzung des Aufenthalts nach Beendigung der Ausbildung weder rechtlich garantiert ist noch garantiert werden kann.⁹⁶ Ausländer:innen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach §§ 16 ff. AufenthG können jederzeit ihre Ausbildung abbrechen, um entweder in eine andere Aufenthaltserlaubnis zu wechseln oder in ihr Heimatland zurückzukehren. Diese Freiheit haben Geduldete nicht ohne Weiteres.

94 Peitz, Wege aus der Ausreisepflicht nach ablehnender Asylentscheidung, 2023; BT-Drs. 20/12439, S. 31 ff.

95 Vgl. die häufigsten Duldungsgründe BT-Drs. 20/12439, S. 31 ff.

96 So bereits Kingreen, Soziale Rechte und Migration, 2010, S. 79.

Bei den humanitären Aufenthaltstiteln zeigt insbesondere der Vergleich mit § 8 BAföG, der nach wie vor auf unterschiedlichen Bleibeperspektiven aufbaut und Vorbild für die Grundnorm des Ausbildungsförderungsrechts des SGB III (§ 63 bzw. § 59 SGB III a.F.) war, dass nach Ansicht des Gesetzgebers nicht alle humanitären Aufenthaltstitel gleichbleibend eine Bleibeperspektive vermitteln. Die Binnendifferenzierung bei den humanitären Aufenthaltstiteln folgt der Erwägung, dass bei bestimmten Aufenthaltstiteln typischerweise eine Verfestigungsperspektive besteht, bei anderen nur ab einer bestimmten Mindestaufenthaltsdauer.⁹⁷ Bei Änderung des § 62 EStG nahm der Gesetzgeber explizit auf die Voraufenthaltsdauer von 15 Monaten in den § 8 BAföG und § 52 Abs. 2 S. 2 SGB III Bezug, deren Erfüllung erst eine Bleibeperspektive vermitteln.⁹⁸

Im BAföG und in den Gesetzen zu Familienleistungen hält der Gesetzgeber an einer differenzierten Bewertung der Bleibeperspektive unter Einbeziehung tatsächlicher Erwägungen fest. Teil dieses differenzierten Konzepts ist auch der Gleichlauf der Berechtigung von Geduldeten mit Inhaber:innen bestimmter humanitärer Aufenthaltstitel (§ 8 Abs. 2 Nr. 2, 2a BAföG). Mit Ausnahme der Geduldeten (und Gestatteten) hat der Gesetzgeber im Ausbildungsförderungsrecht des SGB III die tatsächliche Bleibeperspektive jedoch aufgegeben. Entscheidend ist nur noch die rechtliche Offenheit des Aufenthaltstitels für eine Verfestigung, die angesichts der Reformen im Aufenthaltsrecht stets gegeben ist. Ohne Berücksichtigung tatsächlicher Umstände lässt sich jedoch auch bei Ausländer:innen mit Aufenthaltserlaubnissen aus humanitären Gründen oder zu Ausbildungszwecken die Bleibeperspektive nicht verlässlich vorhersagen. Bei der außerbetrieblichen Berufsausbildung sind zwar alle ausgeschlossen, die nach dem § 1 AsylbLG leistungsberechtigt sind oder die sich zum Zweck der Ausbildungs- oder Studienplatzsuche oder für eine Ausbildung oder ein Studium in Deutschland aufhalten (§ 76 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 SGB III),⁹⁹ aber das ändert nichts daran, dass die Zuordnung bestimmter humanitärer Aufenthaltstitel zum AsylbLG und der anderer zum SGB II auf Grundlage der Bleibeperspektive nicht nachvollziehbar ist.¹⁰⁰ Die gewählten Differenzierungskriterien erfassen deshalb den Personenkreis mit Bleibeperspektive nicht zuverlässig und sind zur Erreichung des Zwecks ungeeignet.

97 BT-Drs. 16/5172, S. 19 f.

98 BT-Drs. 19/13436, S. 125.

99 BT-Drs. 19/10053, S. 26.

100 Vgl. Wallrabenstein, KritV 95 (2012), 433, 436.

Diese Verschiebung zeigt, dass bei humanitären Aufenthaltstiteln sowie Titeln zu Erwerbs- und Ausbildungszwecken das ursprüngliche Ziel, ausschließlich Ausländer:innen mit Bleibeperspektive zu fördern, an Bedeutung verliert. Stattdessen rückt – mit Ausnahme der außerbetrieblichen Berufsausbildung – ein weiterer arbeitsmarktbezogener Zweck in den Vordergrund, die Sicherung von Fachkräften.

c) Sicherung von Fachkräften und Förderung der Arbeitsmarktintegration

Im „Kindergeld für Drittstaatsangehörige“-Beschluss hat das BVerfG darauf hingewiesen, dass die Sicherung von Fachkräften einen legitimen Zweck der Differenzierung darstellen kann.¹⁰¹ Anders als bei der alten Fassung des § 62 EStG hat dies bei Änderung der Vorschrift auch Niederschlag in den Gesetzesmaterialien gefunden. Der Gesetzgeber hält an der Zielsetzung fest, Ausländer:innen mit Bleibeperspektive zu fördern, aber sieht auch einen Anspruch zur Gewinnung und Sicherung von Fachkräften vor.¹⁰²

Damit vollzog der Gesetzgeber im Bereich der Familienleistungen den Schritt nach, den er kurz zuvor im Rahmen des Migrationspakets mit dem Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetz bereits gegangen war. Zur Fachkräftesicherung wurden die ausbildungsfördernden Maßnahmen der berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahmen, die Vorphase der assistierten Ausbildung und die Berufsausbildungsbeihilfe für Unionsbürger:innen und Drittstaatsangehörige unabhängig vom Aufenthaltstitel geöffnet.¹⁰³ Die Ausschlüsse bei der außerbetrieblichen Berufsausbildung wurde hingegen allein mit der fehlenden Bleibeperspektive begründet, so dass die Fachkräftesicherung als Zweck der Differenzierung nicht herangezogen werden kann.¹⁰⁴

Dieses Motiv der Fachkräftesicherung findet sich auch in den Materialien zum Integrationsgesetz von 2016, dessen befristete Sonderregelungen mit dem Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetz verstetigt werden sollten.¹⁰⁵ Mit dem Integrationsgesetz erleichterte der Gesetzgeber befristet für Gestattete, Geduldete und Inhaber:innen bestimmter humanitärer Aufent-

101 BVerfG, Beschl. v. 28.06.2022 – 2 BvL 9/14, BVerfGE 162, 277 Rn. 112.

102 BT-Drs. 19/13436, S. 123, 125; s. auch BT-Drs. 19/13712, S. 5.

103 BT-Plenarprotokoll 19/101, S. 12304.

104 BT-Drs. 19/10053, S. 26; BT-Drs. 18/6284, S. 52; BT-Drs. 16/10914, S. 8.

105 BT-Drs. 19/10053, S. 16.

haltstitel den Zugang zur Ausbildungsförderung (§ 132 SGB III a.F.¹⁰⁶), um durch berufliche Qualifizierung eine nachhaltige Arbeitsmarktintegration zu gewährleisten und den Fachkräftebedarf zu decken.¹⁰⁷ Eine Berufsausbildung sei dabei wesentlich für die Integration in den Arbeitsmarkt und Gesellschaft.¹⁰⁸ Aber auch bei früheren Erweiterungen des Zugangs zur Ausbildungsförderung wurde dieses Argument bereits angeführt.¹⁰⁹

Zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung müssten demnach die Differenzierungskriterien geeignet sein, das Ziel der Sicherung von Fachkräften zu erreichen. Die Mindestaufenthaltsdauer für Geduldete hat nach den Gesetzesmaterialien den Zweck, dass Geduldete nur dann einen Anspruch haben sollen, wenn sie die erforderlichen Sprachkenntnisse und sonstigen Kenntnisse vorweisen, um nach Abschluss einer Maßnahme der Ausbildungsförderung erfolgreich in eine Berufsausbildung überzugehen.¹¹⁰ Die Sonderregelungen für Geduldete sollen Fehlallokationen verhindern.¹¹¹

Hingegen sind alle Inhaber:innen eines Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen oder zu Ausbildungszwecken vom ersten Tag an leistungsberechtigt. Bei den humanitären Aufenthaltstiteln liegt grundsätzlich ebenfalls eine unfreiwillige Fluchtmigration zugrunde, die regelmäßig keine oder weniger Vorbereitung auf den Aufenthalt zulässt. Auf diese Gruppe kann es daher ebenso zutreffen, dass Antragsteller:innen nicht die notwendigen Kenntnisse aufweisen.¹¹² Aufgrund dieser parallelen Lebenssituationen hatte der Gesetzgeber im Ausbildungsförderungsrecht auch bisher Inhaber:innen bestimmter humanitärer Aufenthaltserlaubnisse mit Geduldeten gleichgestellt.

Integrationsgesetz und Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetz folgen dem Konzept, statt der schnellen Integration in den Arbeitsmarkt Ausländer:innen zunächst auszubilden, damit diese sich nachhaltiger in den Arbeitsmarkt integrieren und den Fachkräftebedarf decken.¹¹³ Die gewählten Differenzierungskriterien sind aber nicht geeignet, diesen Zweck zu erreichen, da sie entgegen der früheren gesetzlichen Differenzierung Inhaber:in-

106 Art. 1 Integrationsgesetz, BGBl. I 2016, S. 1939.

107 BT-Drs. 18/8615, S. 22 f.

108 BT-Drs. 18/8615, S. 31, 23.

109 BT-Drs. 16/10914, S. 8.

110 BT-Drs. 19/10527, S. 8; 19/10053, S. 23, 27; 18/6284, S. 52; 18/8615, S. 32.

111 BT-Drs. 19/10053, S. 23, 26 f.

112 So auch der Bundesrat, BR-Drs. 177/19(B), S. 1 f.

113 BT-Drs. 18/8615, S. 23.

nen von humanitären Aufenthaltstiteln, die sich in einer vergleichbaren Lebenssituation befinden, nicht miterfassen.

3. Zwischenfazit

Die gewählten Differenzierungskriterien sind ungeeignet, um den gesetzgeberischen Zweck zu erreichen. Auch andere in den Gesetzesmaterialien genannte Ziele – etwa bildungspolitische Erwägungen oder die Vermeidung von Langzeitarbeitslosigkeit¹¹⁴ – rechtfertigen die Beschränkung auf Geduldete nicht. Die Ungleichbehandlungen im Ausbildungsförderungsrecht des SGB III sind daher nicht gerechtfertigt und verstoßen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.

Viel spricht dafür, auf aufenthaltsrechtliche Kriterien zu verzichten und der Arbeitsverwaltung die einzelfallbezogene Entscheidung im Rahmen ihres Ermessens zu überlassen.¹¹⁵

V. Fazit

Geduldete, die – im Einklang mit der politischen und rechtlichen Erwartung – durch eine Berufsausbildung nachhaltig in den Arbeitsmarkt integriert werden sollen, befinden sich in einer widersprüchlichen Situation: Zwar darf ihre Arbeitsmarktintegration aufenthaltsrechtlich nicht mehr aktiv verhindert werden. Solange jedoch weder eine Ausbildungsduldung noch eine Aufenthaltserlaubnis nach § 16g AufenthG beantragt wurde, bietet ihr aufenthaltsrechtlicher Status keinen Schutz vor Abschiebung.

Daher besteht ihr zentrales Interesse darin, möglichst rasch Ausbildungsreife zu erlangen, um den Wechsel in einen statusabsichernden Aufenthalt zu erreichen. Gerade in dieser Übergangsphase käme den Instrumenten der Ausbildungsförderung nach dem SGB III entscheidende Bedeutung zu – etwa zur Überwindung sprachlicher, schulischer oder struktureller Hürden. Diese Instrumente stehen Geduldeten nach geltendem Recht jedoch nur eingeschränkt oder gar nicht zur Verfügung.

Gelänge Geduldeten mithilfe dieser Fördermaßnahmen frühzeitig der Übergang in und der Abschluss einer Berufsausbildung, entspräche dies

114 BT-Drs. 18/6185, S. 58; 18/2663, S. 38 f.; 16/5172, S. 32.

115 So bereits die angehörten Sachverständigen, BT-Ausschussdrucksache 19(11)363, S. 10, 20, 30, 41.

exakt der aufenthaltsrechtlichen Zielsetzung: die langfristige Integration in den Arbeitsmarkt und damit die Regularisierung des Aufenthaltsstatus. In diesem Sinne läge der frühzeitige, erfolgreiche Einsatz ausbildungsförderungsrechtlicher Leistungen auch im Interesse des Aufenthaltsrechts selbst.

Hinzu kommt: Mit dem Übergang in eine Ausbildungsduldung oder Aufenthaltserlaubnis nach § 16g AufenthG stützt sich der Aufenthalt nicht länger auf den ursprünglichen Duldungsgrund, sondern auf den Aufenthaltstitel bzw. die Duldung zu Integrationszwecken. Die Arbeitsmarktintegration wird zum tragenden Rechtfertigungsgrund des weiteren Aufenthalts. Ob der ursprüngliche Duldungsgrund noch fortbesteht, verliert damit seine Bedeutung. Einer Aufenthaltsbeendigung ist damit die Grundlage entzogen.

Entscheidend ist daher, passgenaue Kriterien zu entwickeln, die den Wechsel vom Vorrang der Aufenthaltsbeendigung hin zur Aufenthaltsverfestigung ermöglichen. Weil sich der Aufenthalt zunehmend durch die Arbeitsmarktintegration legitimiert, sollte auch sozialrechtlich eine arbeitsmarktbezogene Prognoseentscheidung zugrunde gelegt werden. Diese könnte sich daran orientieren, ob im konkreten Einzelfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine erfolgreiche Integration in Ausbildung und Erwerbsleben zu erwarten ist – insbesondere unter Nutzung der bisher beschränkten ausbildungsförderungsrechtlichen Maßnahmen.

Fällt diese Prognose positiv aus, tritt das Aufenthaltsrecht hinter die sozialrechtliche Wertung zurück und der Vorrang der Aufenthaltsbeendigung entfällt. Dabei ist zuletzt zu beachten, dass Integrationschancen ungleich verteilt sind: insbesondere (alleinerziehende) Frauen mit Fluchtintergrund stehen vor strukturellen Hindernissen.¹¹⁶ Diese dürfen im Rahmen der Prognose nicht nachteilig einfließen, sondern Zugangshürden müssen abgebaut werden.

116 Sachverständigenrat für Integration und Migration (SVR), Reformen, die wirken? Die Umsetzung von aktuellen Migrations- und Integrationsgesetzen, 2025, S. 118 ff.

Reform der Notfallversorgung – Das Spannungsfeld zwischen Selbstverantwortung und Patientensteuerung in einem solidarischen Gesundheitssystem

Anja Pecher, LL.M. (Medizinrecht), Düsseldorf*

I. Einleitung

1. Problemaufriss

Ein medizinischer Notfall lässt sich als plötzliche und unerwartete Situation, die eine akute Behandlung eines Patienten¹ notwendig macht, definieren.² Die Notfallversorgung ist damit ein zentraler und unverzichtbarer Bestandteil des Gesundheitssystems und spielt die entscheidende Rolle bei der Bereitstellung sofortiger Hilfe für Menschen in akuten medizinischen Notlagen.³ Eine gut funktionierende Notfallversorgung stellt sicher, dass Patienten rund um die Uhr Zugang zu qualitativ hochwertiger Versorgung haben.⁴

* Die Verfasserin ist Mag. iur. und Wissenschaftliche Mitarbeiterin im Medizin- und Wirtschaftsrecht.

1 In dem folgenden Beitrag wird einzig aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für Personen aller Geschlechter.

2 Walk/Schuster, Integrierte Notfallzentren (INZ) als neue Struktur der Notfallversorgung, 2020, S. 3.

3 Vgl. *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

4 Vgl. Augurzky/Beivers/Dodt, in: *RWI – Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung*, Handlungsbedarf trotz Krankenhausstrukturgesetz: Elf Thesen zur Reform der Notfallversorgung – RWI Position #68 v. 31.05.2017, abrufbar unter: <https://hdl.handle.net/10419/162134> (zuletzt abgerufen am 22.04.2025), S. 3; vgl. *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S.3, abrufbar unter: www.bunde

Doch der Anspruch an eine jederzeit verlässliche Notfallversorgung kollidiert zunehmend mit den strukturellen Belastungsgrenzen des solidarischen Gesundheitssystems. Das Problem ist unschwer identifizierbar und in der Versorgungsrealität deutlich spürbar: „Wer in diesen Tagen einmal versucht hat, für einen Angehörigen oder für sich selbst schnelle medizinische Hilfe zu erlangen, wird merken, dass nicht nur Notaufnahmen, sondern auch Hausarztpraxen und andere Eckpfeiler einer patientennahen Versorgung völlig überlastet sind.“⁵

Zu beobachten ist eine steigende Inanspruchnahme notfallmedizinischer Strukturen insgesamt und insbesondere der klinischen Notfallaufnahme.⁶ Währenddessen sinkt die Inanspruchnahme des Ärztlichen Bereitschaftsdienstes der Kassenärztlichen Vereinigungen (KVen).⁷ Die *Deutsche Krankenhausgesellschaft* berichtet von einer inadäquaten, defizitären Versorgungslage in sämtlichen befragten Notaufnahmen.⁸ Hinzutretende Herausforderungen wie der demographische Wandel und der chronische Fachkräftemangel verschärfen das Problem.⁹ Zudem weist die Struktur und

sgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

5 Schwind, GuP 2024, 70.

6 Vgl. *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 5, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Fachkräfte im Gesundheitswesen, Nachhaltiger Einsatz einer knappen Ressource, Gutachten 2024, 2. Aufl., S. 277 f., abrufbar unter: https://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2024/2.__durchgesehene_Auflage_Gutachten_2024_Gesamt_bf_2.pdf, (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, GesR 2023, RI5.

7 Vgl. *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 5, abrufbar unter www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Fachkräfte im Gesundheitswesen, Nachhaltiger Einsatz einer knappen Ressource, Gutachten 2024, 2. Aufl., S. 278, abrufbar unter: https://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2024/2.__durchgesehene_Auflage_Gutachten_2024_Gesamt_bf_2.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

8 *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, GesR 2023, RI5.

9 Vgl. hierzu *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akut-

Qualität der Notfallversorgung, unter anderem den föderalen Zuständigkeiten und urban-ruralen Disparitäten geschuldet, in der Praxis zum Teil erhebliche regionale Unterschiede auf. In Summe hat sich ein komplexes, in weiten Teilen als unzureichend koordiniert resümiertes System der Notfallversorgung herausgebildet, das seit Jahren im Zentrum gesundheitspolitischer Reformdebatten steht.

2. Das zentrale Spannungsverhältnis von Selbstverantwortung und Steuerung durch das solidarische Gesundheitssystem

Die bestehenden Überlastungsphänomene in der Notfallversorgung sind weniger auf einen steigenden Versorgungsbedarf als vielmehr auf ein tieferliegendes Spannungsverhältnis zwischen individueller Selbstverantwortung und systemischer Steuerung innerhalb eines solidarischen Krankenversicherungssystems zurückzuführen. Die Notfallversorgung bildet den Brennpunkt, an dem der staatliche Schutzauftrag, die Autonomie des Einzelnen – der zugleich als Teil der Solidargemeinschaft zu verstehen ist – und die realen Begrenzungen medizinischer Ressourcen unmittelbar aufeinandertreffen. Im Zuge der andauernden Reformdiskussion rückt daher zunehmend die Frage in den Fokus, ob und wie der Zugang Hilfesuchender im Notfall zur jeweils angemessenen Versorgungsebene gesteuert werden soll: Wo verläuft die interessengerechte Grenze zwischen Patientenautonomie und Systemsteuerung? Wie viel Eigenverantwortung kann dem Einzelnen zugemutet werden? Und wann und wo muss das solidarische System steuernd eingreifen?

Solidarität und Eigenverantwortung als Leitprinzipien der Gesetzlichen Krankenversicherung bilden dabei keine Gegensätze, sie gehören zusammen – ohne Solidarität wird Eigenverantwortung egoistisch, ohne Eigen-

versorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 4, 8, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, GesR 2023, R15; *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 83 f., 103, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

verantwortung wird Solidarität anonym und missbrauchbar.¹⁰ Solidargemeinschaften sind somit auf ein Mindestmaß an solidarischem Verhalten ihrer Mitglieder angewiesen. Angesichts des grundlegenden Spannungsverhältnisses der bestmöglichen Patientenversorgung einerseits und dem von Ressourcenknappheit geprägten Gesundheitssystem andererseits gerät auch das solidarische Fundament des Gesundheitswesens zunehmend unter Druck: Insbesondere der kostendeckende Betrieb der Notaufnahmen stellt dabei für Krankenhäuser eine echte Herausforderung dar.¹¹ Hinzu kommt überlastetes Personal in Notaufnahmen.¹² Vor diesem Hintergrund lohnt ein genauer Blick auf die gegenwärtige Struktur der Notfallversorgung und die damit einhergehenden systemischen Herausforderungen.

II. Blick auf die Notfallversorgung *de lege lata* und *de lege ferenda*

1. Struktur der Notfallversorgung *de lege lata*

In Deutschland basiert die Organisation der Notfallversorgung auf drei historisch gewachsenen Säulen: Dem ärztlichen Bereitschaftsdienst, dem Rettungsdienst und den Notaufnahmen in Krankenhäusern.¹³

Der ärztliche Bereitschaftsdienst wird von den Kassenärztlichen Vereinigungen organisiert, deren Sicherstellungsauftrag gem. § 75 Abs.1 SGB V auch die vertragsärztliche Versorgung außerhalb der üblichen Sprechstundenzeiten umfasst. Für Ärzte ergibt sich aus den Heilberufsgesetzen der Länder eine Teilnahmepflicht am Notdienst;¹⁴ Einzelheiten sind in den Berufsordnungen der Landesärztekammern sowie den Notfalldienstordnungen der KVen geregelt.

¹⁰ Vgl. BT-Drs. 11/2237, S. 157.

¹¹ Vgl. *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, GesR 2023, R15.

¹² Vgl. hierzu *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 8, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommision-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

¹³ Vgl. RWI – *Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung*, Notfallversorgung in Deutschland, Projektbericht im Auftrag der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, 2018, S. 11 ff., abrufbar unter: <http://hdl.handle.net/10419/180218>, (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); BT- WD 9 – 3000 – 042/22, S. 4.

¹⁴ Vgl. *Felix*, GuP 2024, 45, 48.

Der Rettungsdienst ist nach geltender Rechtslage eine Aufgabe der Daseinsvorsorge und Gefahrenabwehr und fällt gemäß Art. 30, 70 GG in die Gesetzgebungskompetenz der Länder.¹⁵ Entsprechend ist er durch Landesrettungsdienstgesetze geregelt und in der Regel in kommunaler Verantwortung organisiert.¹⁶ Die Durchführung kann dabei entweder durch kommunale Träger selbst oder im Rahmen von Ausschreibungen durch Hilfsorganisationen oder private Anbieter erfolgen, wobei die Ausgestaltung heterogen ist: Bundesweit existieren rund 300 eigenständige Rettungsdienstbereiche mit jeweils eigenen Strukturen und Zielvorgaben.¹⁷

Die Notaufnahmen als dritte Säule der Notfallversorgung in Deutschland dienen insbesondere der Erstversorgung akuter Gesundheitsgefahren sowie der Abklärung der Notwendigkeit einer stationären Aufnahme.¹⁸ Die Teilnahme an der Notfallversorgung ist für die nach § 108 SGB V zugelassenen Plankrankenhäuser verpflichtend. Zwar enthalten die Krankenhauspläne der Länder überwiegend keine ausdrücklichen Regelungen zur Notaufnahme, der Versorgungsauftrag umfasst jedoch auch die Sicherstellung einer entsprechenden Akutversorgung.¹⁹ Die rechtliche Grundlage für die Behandlung ambulanter Notfälle ohne Überweisung findet sich in § 116 SGB V. Patienten mit subjektiv empfundenem medizinischen Notfall dürfen nicht ohne Weiteres abgewiesen werden – bis zur ärztlichen Abklärung der Behandlungsbedürftigkeit besteht grundsätzlich eine Behandlungsverpflichtung nach § 323c StGB.²⁰

Die derzeitige Struktur der Notfallversorgung ist durch diese sektorale Trennung geprägt. Verbindliche Schnittstellen zwischen ambulanter, rettungsdienstlicher und stationärer Versorgung fehlen bislang, ebenso wie eine zentrale, einheitliche Steuerungsinstanz.

15 Vgl. *Felix*, GuP 2024, 45, 50; *Lissel*, in: *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht, 4. Aufl. 2021, Kap. 40 Rn. 5.

16 *Lissel*, in: *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht, 4. Aufl. 2021, Kap. 40 Rn. 5, II.

17 *Felix*, GuP 2024, 45, 50.

18 Vgl. *Hohmann/Herr*, in: *Dormann/Klauber/Kuhlen*, Qualitätsmonitor 2020, S. 3.

19 Vgl. *Greiser/Rielange/Rauhöft*, Gesundheitsrecht.blog Nr. 52, 2024, S. 1 f., abrufbar unter: <https://doi.org/10.13154/294-12768>, (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

20 Ausführlich *Bock*, Notfall & Rettungsmedizin 2005, S. 286 ff.

2. Resümierte Defizite und Reformbedarf

Als Schwachstelle des bisherigen Systems wurde bisher insbesondere diese nicht hinreichend abgestimmte sektorale Trennung der drei Säulen in der Notfallversorgung resümiert.²¹ Zudem ist es im aktuellen System weitestgehend von der individuellen Patientenentscheidung abhängig, welche Notfallstruktur in Anspruch genommen wird. Gleichzeitig sind die Notfallstrukturen der KV als Alternative zur klinischen Notaufnahme in der Bevölkerung nicht hinreichend bekannt.²² Eine aktuelle Versichertenbefragung zeigt, dass innerhalb von 12 Monaten ein Viertel der GKV-Versicherten eine klinische Notaufnahme aufgesucht hat – etwa 60 % davon wurden ambulant behandelt und nur 40 % stationär aufgenommen.²³

So kommt es zu einer vermehrten Verschiebung von subjektiv als „notfallmäßig“ empfundenem Behandlungsgeschehen in den stationären Bereich, obgleich eine Versorgung im vertragsärztlichen Bereich möglich gewesen wäre; hier werden Personal und Ressourcen gebunden, die in der Folge anderweitig fehlen.²⁴ Der *Sachverständigenrat* geht hier von einer

21 Vgl. *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 4, 7, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); vgl. hierzu auch bereits *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Bedarfsgerechte Steuerung der Gesundheitsversorgung, Gutachten 2018, S. 776, abrufbar unter: https://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2018/Gutachten_2018.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); vgl. ferner *Stollmann*, *GesR* 2023, 84, 91 f. mit einem Überblick über den Reformbedarf.

22 Vgl. hierzu *Somasundaram/Geissler/Leidel/Wrede*, *Gesundheitswesen* 2018, 621.

23 *Spitzenverband Bund der Krankenkassen*, Ohne Not in die Notaufnahme, Pressemitteilung vom 16.12.2024, abrufbar unter: https://www.gkv-spitzenverband.de/gkv_spitzenverband/presse/pressemitteilungen_und_statements/pressemitteilung_1948811.jsp#:~:text=60%20Prozent%20ambulant%20behandelt%20und,des%20GKV%20Spitzenverbandes%20durchgef%C3%BChrt%20wurde (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

24 Vgl. hierzu *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 3, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Fachkräfte im Gesundheitswesen, Nachhaltiger Einsatz einer knappen Ressource, Gutachten 2024, 2. Aufl., S. 131, abrufbar unter: <https://www.svr-gesundhe>

Fehlsteuerung der Patientenwege aus und beurteilt die Notfallversorgung insofern als nicht bedarfsgerecht, als zu viele unnötige Inanspruchnahmen von Ressourcen des Rettungsdienstes und der klinischen Notaufnahmen den Fachkräftemangel im Gesundheitswesen verschärfen.²⁵ Dabei werden die bestehenden Angebote für Hilfesuchende als häufig intransparent bewertet, was ein relevantes, vermeidbares Sicherheitsrisiko darstelle.²⁶ Ziel müsse es daher sein, „Hilfesuchende unmittelbar zielgerichtet zur richtigen Versorgung zu steuern. Die Hilfesuchenden definieren den Notfall, das System die Reaktion darauf.“²⁷

3. Reformansätze – Notfallversorgung de lege ferenda

Eine Reform der Notfallversorgung ist schon seit einigen Jahren Gegenstand des gesundheitspolitischen Diskurses – und wird nicht zuletzt auch von den Akteuren der Notfallversorgung selbst wiederholt eingefordert.²⁸

Bereits 2015 wurde mit dem GKV-Versorgungsstärkungsgesetz (GKV-VSG) in § 75 Abs. 1b Satz 8 SGB V der Grundstein für die Zusammenarbeit

it.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2024/2.__durchgesehene_Auflage_Gutachten_2024_Gesamt_bf_2.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

- 25 Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Fachkräfte im Gesundheitswesen, Nachhaltiger Einsatz einer knappen Ressource, Gutachten 2024, 2. Aufl., S. 131, abrufbar unter: https://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2024/2.__durchgesehene_Auflage_Gutachten_2024_Gesamt_bf_2.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).
- 26 Vgl. Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 7, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); vgl. ferner *Felix*, GuP 2024, 45, 45.
- 27 Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 3, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).
- 28 Deutlich auch Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Fachkräfte im Gesundheitswesen, Nachhaltiger Einsatz einer knappen Ressource, Gutachten 2024, 2. Aufl., S. 298, abrufbar unter: https://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2024/2.__durchgesehene_Auflage_Gutachten_2024_Gesamt_bf_2.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

zwischen vertragsärztlicher Versorgung und Rettungsdienst gelegt; weitere Schritte folgten dann 2019 mit dem Terminservicestellen- und Versorgungsgesetz (TSVG), das Richtlinien für zentrale Anlaufstellen zur Ersteinsschätzung einführte.²⁹ Der Anfang 2020 veröffentlichte Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) für ein Gesetz zur Reform der Notfallversorgung sah u.a. eine umfassende Neuregelung unter Einrichtung eines Gemeinsamen Notfallleitsystems und Integrierter Notfallzentren (INZ) sowie der Implementierung des Rettungsdienstes als eigenen Leistungsbereich im SGB V vor.³⁰ Er schaffte es indes bis zum Ende der 19. Legislaturperiode, wegen des dazwischentretenden pandemischen Geschehens, nicht mehr in Gesetzesform.³¹

In der 20. Legislaturperiode wurde die Reform der Notfallversorgung in den breiteren Kontext der Krankenhausreform eingebettet. Die von der Ampelkoalition eingesetzte *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung* identifizierte „die momentanen Strukturen [als Ursache einer] unnötige[n] Gefährdung der [...] Patientensicherheit bei gleichzeitig suboptimaler Effizienz des Ressourceneinsatzes.“³² Sie betonte die Notwendigkeit, die sektorale Trennung zwischen ambulanter, stationärer und rettungsdienstlicher Versorgung zu überwinden, um ineffiziente Doppelstrukturen und Schnittstellenprobleme zu vermeiden und „eine bedarfs- und zeitgerechte, qualitativ hochwertige und wirtschaftliche Notfallversorgung der Bevölkerung zu gewährleisten.“³³ Der

29 Vgl. Müssig, GuP 2024, 77.

30 BMG, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Notfallversorgung, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/N/Referentenentwurf_zur_Reform_der_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

31 Vgl. auch Müssig, GSZ 2022, 74, 75.

32 *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 9, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

33 Vgl. *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 10, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

im Juni 2024 vom BMG vorgelegte Referentenentwurf³⁴ griff wesentliche Elemente früherer Entwürfe auf, insbesondere eine Reform des Rettungsdienstes³⁵ sowie die flächendeckende Einführung von INZ. Diese sektorenübergreifenden Behandlungsstrukturen sollen aus der Notaufnahme eines Krankenhauses, einer in unmittelbarer Nähe liegenden KV-Notdienstpraxis und einer zentralen Ersteinschätzungsstelle („gemeinsamer Tresen“) bestehen. Zudem war eine Konkretisierung des Sicherstellungsauftrags der KVen in § 75 Abs. 1b SGB V und die Verpflichtung zur Vorhaltung zusätzlicher Strukturen für die ambulante Notfallversorgung vorgesehen.

Vor Ende der Legislaturperiode konnte der Gesetzesentwurf nicht verabschiedet werden. Die Frage, ob und in welcher Form die seit mittlerweile drei Legislaturperioden angestrebte grundlegende Reform der Notfallversorgung in der kommenden Legislaturperiode realisiert werden kann, bleibt offen.

III. Selbstverantwortung und Patientensteuerung im System der Notfallversorgung

1. Steuerungsmechanismen im solidarischen Gesundheitssystem

Im Zentrum der aktuellen Reformüberlegungen wird nun der Ansatz einer verbesserten Patientensteuerung als Schlüssel zur Lösung der bestehenden Versorgungsprobleme gesehen.³⁶

34 BMG, Referentenentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Notfallversorgung, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/N/NotfallGesetz_RefE.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

35 Vgl. hierzu auch BT-Drs. 20/8871 sowie *Regierungskommission*, Neunte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung: Rettungsdienst und Finanzierung v. 07.09.2023, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/K/Krankenhausreform/BMG_Stellungnahme_9_Rettungsdienst_bf.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); weiterführend *Hobusch*, MedR 2023, 627 ff.

36 Grds. befürwortend auch *Bundesärztekammer*, Stellungnahme v. 15.01.2024, S. 3, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986406/69ef3f5570a567d0def46d33e60cc9ab/20_14_01728_Bundesaerztekammer_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); *GKV-Spitzenverband*, Stellungnahme zur BT-Drs. 20/5364 und 20/8871 v. 15.01.2024, S. 4, abrufbar unter: https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/presse/p_stellungnahmen/240115_Stellungnahme_GKV-SV_Notfallversorgung_Rettungsdienst.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); *Kassenärzt-*

Das solidarische Gesundheitssystem, wie es § 1 SGB V vorsieht, ist nicht nur allein auf dem Prinzip der Solidarität zwischen Versichertengemeinschaft und Einzelnen gegründet, sondern ebenso auf die Mitwirkung der Versicherten im Sinne gesundheitsbewusster und systemgerechter Entscheidungen.³⁷ Steuerung ist damit kein Widerspruch zum Solidarprinzip, sondern dessen funktionale Konkretisierung als legitimes Mittel der Ressourcenverteilung zur Vermeidung negativer Konsequenzen für die Solidargemeinschaft einerseits und den Einzelnen andererseits. Dies gilt umso mehr in der Notfallversorgung, wo eine Fehlinanspruchnahme nicht nur Ressourcen bindet, sondern auch die Patientensicherheit und damit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Rechtsgüter gefährden kann. Die Frage, wie systemische Steuerung verhältnismäßig, praktisch und ethisch tragfähig umgesetzt werden kann, bildet somit eine der zentralen Herausforderungen der gegenwärtigen Reformdiskussion.

2. Systemische Steuerung im Lichte der Patientenautonomie: Zwischen Paternalismus und Eigenverantwortung

a. Selbstverantwortung des Versicherten: Bedeutung und Grenzen

Die Diskussion um Patientensteuerung im solidarischen Gesundheitssystem lässt sich jedoch nicht führen, ohne zugleich die Grundlagen und Voraussetzungen individueller Selbstverantwortung in den Blick zu nehmen. Möchte man systemische Lenkung rechtfertigen, muss zunächst die Bedeutung von Eigenverantwortung und Selbstbestimmung in diesem Zusammenhang in den Blick genommen werden – wo sie beginnen und wo sie realistischerweise enden müssen.

Im Ausgangspunkt einer freiheitlich verfassten, marktwirtschaftlich orientierten Gesellschaft ist zunächst jeder Einzelne selbst in der Verantwortung, für sich und ggf. seine Angehörigen zu sorgen.³⁸ Diese Vorstellung von Eigenverantwortung flankiert zugleich das rechtliche Leitbild der Ent-

liche Bundesvereinigung, Stellungnahme der KBV zu Akut- und Notfallversorgung v. 15.01.2024, S. 4, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986410/28e223c9bea9ble31d7eb2095533a3f3/20_14_01726_Kassenaerztliche_Bundesvereinigung_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); vgl. auch *Dittrich/Lippert*, *GesR* 2023, 15 f.; *Felix*, *GuP* 2024, 45 ff.

³⁷ Weiterführend *Gassner*, *ZRP* 2022, 2.

³⁸ Vgl. *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen*, *SGB V*, 9. Aufl. 2024, § 1 Rn. 7.

scheidungsfreiheit in der Gesundheitsversorgung: Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und der hierauf bezogene staatliche Schutzauftrag lassen sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG ableiten:³⁹ Der Patient als autonome Persönlichkeit darf nicht zum bloßen Objekt der medizinischen Behandlung gemacht werden.⁴⁰ Das Menschenbild des Grundgesetzes geht von einem selbstverantwortlichen und mündigen Bürger aus, der selbst, doch nicht voraussetzungslos, in der Lage ist, für seine Gesundheit zu sorgen und dabei seinen Präferenzen zu folgen.⁴¹

Gerade im medizinischen Notfallszenario wird diese Vorstellung jedoch regelmäßig relativiert: Entscheidungen müssen unter Zeitdruck, in emotional belastenden Situationen und häufig ohne hinreichende Orientierung getroffen werden. Eine eigenständige Beurteilung der medizinischen Dringlichkeit ist Laien kaum möglich oder zumutbar, setzt sie doch in aller Regel eine ärztliche Einschätzung voraus. Dementsprechend erfährt das Konzept der Selbstverantwortung im Notfallgeschehen seine rechtliche und ethische Begrenzung: Die rechtliche Zuschreibung von (Eigen-)Verantwortung setzt voraus, dass dem Einzelnen tatsächliche Handlungsalternativen zur Verfügung stehen.⁴² Die Fähigkeit zur Übernahme von Eigenverantwortung hängt neben den Informationen des Einzelnen, seinem Wissen und seinen Fähigkeiten auch maßgeblich von den vorhandenen Infrastrukturen und Ressourcen sowie sozialen Werten und Normen ab.⁴³ Eine Studie der TU München aus dem Jahr 2024 zeigt bei rund 75 % der Erwachsenen Schwierigkeiten, Gesundheitsinformationen zu finden, zu verstehen, zu bewerten oder anzuwenden – mit steigender Tendenz.⁴⁴ Geringe personale

39 BVerfGE 52, 131, 168 f., 173; vgl. auch *Grupp*, MedR 1992, 256, 258; *Magnus*, Patientenautonomie im Strafrecht, 2015, S. 111 f.

40 Vgl. *Quaas/Zuck/Clemens*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 2 Rn. 54.

41 *Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer*, Stellungnahme zur Priorisierung medizinischer Leistungen im System der GKV, S. 16, abrufbar unter: https://www.w.zentrale-ethikkommission.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-Ordner/Zeko/KurzfassungPriorisierung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

42 Vgl. *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 9. Aufl. 2024, § 1 Rn. 7.

43 *Remmert/Schütz*, in: *Remmert/Gokel*, GKV-Kommentar SGB V, 68. EL 2025, § 1 Rn. 37.

44 Vgl. *Technische Universität München*, Gesundheitskompetenz in Deutschland weiter gesunken, Pressemitteilung v. 02.04.2025, abrufbar unter: [\(https://www.tum.de/aktuelles/alle-meldungen/pressemitteilungen/details/gesundheitskompetenz-in-deutschland-weiter-gesunken#:~:text=75%20Prozent%20der%20Erwachsenen%20verstehen,Technischen%20Universit%C3%A4t%20M%C3%BCnchen%20\(TUM\)\)](https://www.tum.de/aktuelles/alle-meldungen/pressemitteilungen/details/gesundheitskompetenz-in-deutschland-weiter-gesunken#:~:text=75%20Prozent%20der%20Erwachsenen%20verstehen,Technischen%20Universit%C3%A4t%20M%C3%BCnchen%20(TUM)) (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

Gesundheitskompetenz kann zu einem verstärkten subjektiven Bedarf nach Gesundheitsleistungen und einer vergleichsweise häufigen Nutzung des Gesundheitssystems führen.⁴⁵ Für eine gelingende Notfallreform ist daher auch die verbesserte Information und Aufklärung der Bevölkerung im Hinblick auf die eigene Gesundheitskompetenz von essentieller Bedeutung.⁴⁶

Zusätzlich erschweren aktuell strukturelle Hindernisse wie eine unübersichtliche und uneinheitliche Handhabung der Notfallversorgung sowie nicht abgestimmte Öffnungszeiten die Nachvollziehbarkeit des Systems für den Patienten.⁴⁷ Ein ganz erheblicher Anteil der Bevölkerung hat Schwierigkeiten, sich im System zu orientieren – insbesondere vulnerable Gruppen sind betroffen.⁴⁸ Wenn etwa die Rufnummer 116 117 nicht bekannt ist oder unklare Zuständigkeiten bestehen, fehlt es an der Grundlage für eigenverantwortliches Handeln. Eigenverantwortung setzt daher voraus, dass das System auch die Voraussetzungen hierfür schafft – in Gestalt zielgruppenspezifischer Informationen und niedrigschwelliger Zugänge.⁴⁹

45 Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, *Fachkräfte im Gesundheitswesen*, Nachhaltiger Einsatz einer knappen Ressource, Gutachten 2024, 2. Aufl., S. 220, abrufbar unter: https://www.svr-gesundheit.de/fi/leadadmin/Gutachten/Gutachten_2024/2.____durchgesehene_Auflage_Gutachten_2024_Gesamt_bf_2.pdf, (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

46 Vgl. hierzu *Bundesärztekammer*, Stellungnahme v. 15.01.2024, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986406/69ef3f5570a567d0def46d33e60cc9ab/20_14_0172_8_Bundesaerztekammer_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025) mit konkreten Vorschlägen zur langfristigen Realisierbarkeit; kritisch im Hinblick auf die Effektivität *Deutsche Gesellschaft interdisziplinäre Notfall- und Akutmedizin*, Stellungnahme bezugnehmend auf Anhörung „Notfallversorgung“ des Ausschusses für Gesundheit v. 17.01.2024, S. 2, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986232/1d079f0f69ff3d881524d9234811e88/20_14_0172-3-Deutsche-Gesellschaft-interdisziplinäre-Notfall-und-Akutmedizin-e-V-_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

47 Vgl. hierzu *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, Stellungnahme zur Vierten Stellungnahme und Empfehlung der Regierungskommission v. 11.01.2024, S. 3, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986000/3ed12a945a253e4c1cdd5dae9d9a885d/20_14_0172-1-Deutsche-Krankenhausgesellschaft-DKG-_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2024); vgl. ferner *Felix*, GuP 2024, 45, 45.

48 Vgl. Technische Universität München, Gesundheitskompetenz in Deutschland weiter gesunken, Pressemitteilung v. 02.04.2025, abrufbar unter: [https://www.tum.de/aktuelles/alle-meldungen/pressemitteilungen/details/gesundheitskompetenz-in-deutschland-weiter-gesunken#:~:text=75%20Prozent%20der%20Erwachsenen%20verstehen,Technischen%20Universit%C3%A4t%20M%C3%BCnchen%20\(TUM\)](https://www.tum.de/aktuelles/alle-meldungen/pressemitteilungen/details/gesundheitskompetenz-in-deutschland-weiter-gesunken#:~:text=75%20Prozent%20der%20Erwachsenen%20verstehen,Technischen%20Universit%C3%A4t%20M%C3%BCnchen%20(TUM)) (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

49 Vgl. dazu auch Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, *Fachkräfte im Gesundheitswesen*, Nachhaltiger Einsatz einer knappen

b. Steuerung im Spannungsfeld von Selbstbestimmung und Systemverantwortung

Systemische Patientensteuerung im solidarischen Gesundheitssystem bewegt sich im Spannungsverhältnis individueller Selbstbestimmung und kollektiver Systemverantwortung. Eigenverantwortung im Gesundheitswesen umfasst dabei nicht nur gesundheitsbewusstes Verhalten und Prävention. Das Solidaritätsprinzip der GKV verpflichtet den Einzelnen vielmehr auch zur Mitverantwortung, die Solidargemeinschaft nicht mit vermeidbaren Krankheitskosten zu belasten und seinen Beitrag zur Funktionsfähigkeit des Systems zu leisten.⁵⁰ Hiermit wäre es grundsätzlich auch vereinbar, Elemente, welche der Privatautonomie unterliegen, vorzusehen, solange weiterhin die Grundpfeiler des sozialen Ausgleichs sowie der Einzel- und Kollektivverantwortung erhalten bleiben.⁵¹

Versichertensteuerung ist dort legitim, wo sie der Sicherstellung effizienter, und bedarfsgerechter Versorgung dient – sie muss jedoch zugleich die Autonomie des Einzelnen achten und darf nicht in bevormundenden Paternalismus umschlagen. Edukatorisches Einwirken auf die Gesundheitsmoral dient – für sich genommen – grundsätzlich keinem verfassungslegitimen Ziel.⁵² Daraus ergibt sich: Patientensteuerung im solidarischen Gesundheitssystem muss die Grenzen der Patientenautonomie respektieren, aber auch dort greifen, wo Selbstverantwortung faktisch nicht erwartet werden kann. Dieses Konzept einer unterstützten Selbstverantwortung, die der individuellen Entscheidungsfreiheit des Einzelnen Rechnung trägt und diese mit systemischer Hilfestellung verbindet, etwa Unterstützung bei der Wahl der richtigen Versorgungsebene, darf daher nicht als Ausdruck paternalistischer Lenkung verstanden werden, sondern als Voraussetzung für echte Entscheidungsfreiheit und konsequente Umsetzung des verfassungsrechtlich verbürgten Selbstbestimmungsrechts, die eine informierte Grundlage des Entscheidungsträgers erfordert.

Ressource, Gutachten 2024, 2. Aufl., S. 222, abrufbar unter: https://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2024/2.____durchgesehene_Auflage_Gutachten_2024_Gesamt_bf_2.pdf, (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

50 Vgl. *Spickhoff/Nebendahl*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, SGB V § 1 Rn. 6.

51 Vgl. *Remmert/Schütz*, in: *Remmert/Gökel*, GKV-Kommentar SGB V, 68. EL 2025, § 1 Rn. 18.

52 *Remmert/Schütz*, in: *Remmert/Gökel*, GKV-Kommentar SGB V, 68. EL 2025, § 1 Rn. 34.

3. Steuerungsinstrumente im Kontext der Notfallversorgung

a. Neue Strukturen in der Notfallversorgung

Ein zentrales Ziel der aktuellen Reformbestrebungen ist die Neugestaltung des Systems der Notfallversorgung mit besonderem Fokus auf eine verbesserte Möglichkeit der Patientensteuerung. Hierzu sollen die drei Versorgungsbereiche vertragsärztlicher Notdienst, Notaufnahmen der Krankenhäuser und Rettungsdienste stärker aufeinander abgestimmt und vernetzt werden, um für die Notfallpatienten eben eine bedarfsgerechte Steuerung in die richtige Versorgungsebene sicherstellen zu können.

Die bisherigen Steuerungsansätze werden weithin als unzureichend angesehen: So spielte die bundesweite Hotline 116 117 der KVen nach Einschätzung der *Deutschen Krankenhausgesellschaft (DKG)* bisher „praktisch keine Rolle“⁵³ In der Praxis entscheidet der Patient nach wie vor im medizinischen Notfall meist selbst, ob er sich in eine Notfallpraxis der KV oder die Notaufnahme eines Krankenhauses begibt oder aber unter 112 den Rettungsdienst ruft.⁵⁴ Die *DKG* geht hierbei davon aus, dass die Notaufnahmen tendenziell der erste Anlaufpunkt sind.⁵⁵

Die *Regierungskommission* hat in diesem Zusammenhang die Einrichtung integrierter Leitstellen (ILS) empfohlen.⁵⁶ Hierzu sollen die Terminservicestellen (TSS, Rufnummer 116117) ausgebaut und gestärkt sowie digi-

53 *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, GesR 2023, R15; vgl. relativierend mit konkreten Zahlen Kassenärztliche Bundesvereinigung, Stellungnahme der KBV zu Akut- und Notfallversorgung v. 15.01.2024, S. 3, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986410/28e223c9bea9b1e31d7eb2095533a3f3/20_14_0172_6_Kassenaeztliche-Bundesvereinigung_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

54 Vgl. *Felix*, GuP 2024, 45.

55 *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, GesR 2023, R15.

56 Vgl. *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 10, 12 ff., abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); vgl. hierzu ferner *BÄK*, Akut- und notfallmedizinische Versorgung aus ärztlicher Perspektive, Konzeptpapier, Stand April 2024, S. 5, abrufbar unter: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/BAEK/Politik/Programme-Positionen/Baek_Konzeptpapier_Akut-_und_Notfallversorgung_April_2024.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); *Deutsche Gesellschaft interdisziplinäre Notfall- und Akutmedizin*, Stellungnahme bezugnehmend auf Anhörung „Notfallversorgung“ des Ausschusses für Gesundheit v. 17.01.2024, S. 1, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986232/1d079f0f69ff3d881524d9234811e88/20_14_0172-3-_De

tal mit den Rettungsleitstellen⁵⁷ (Rufnummer 112) vernetzt werden. Der telefonische Erstkontakt von Hilfesuchenden würde dann sowohl über die Wahl der 112 oder aber auch der 116 117 gleichermaßen zur ILS als prioritäre Erstanlaufstelle führen, die sodann nach telefonischer oder telemedizinischer Ersteinschätzung die Zuweisung zur bestgeeigneten Notfallstruktur vornehmen kann, ggf. sogar über niedrigschwellige Kanäle wie „Whatsapp“.⁵⁸ Die Klassifizierung in der Leitstelle soll mithilfe von standardisierten, wissenschaftlich validierten, softwaregestützten und qualitätsgesicherten Ersteinschätzungsinstrumenten durch medizinisch qualifizierte Fachkräfte erfolgen, die Dringlichkeit und unmittelbaren Handlungsbedarf für den Hilfesuchenden transparent ermitteln.⁵⁹ Die subjektiv empfundene Dringlichkeit von Selbstzuweisern könnte durch diese standardisierte Ersteinschätzung bzw. Nachtriagierung relativiert werden.⁶⁰ Auch algorithmengestützte Ersteinschätzungen dürften perspektivisch denkbar sein.

Anhand dieser Klassifizierung des Anrufenden (oder der Person, für die angerufen wird) kann der verantwortliche Ansprechpartner in der ILS

utsche-Gesellschaft-interdisziplinäre-Notfall-und-Akutmedizin-e-V-_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

57 Zu Begriff, Rechtsgrundlagen und Bedeutung vgl. ausführlich *Dittrich/Lippert*, MedR 2022, 565–568.

58 Vgl. *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 10 ff., abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

59 Vgl. *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 13, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

60 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Fachkräfte im Gesundheitswesen, Nachhaltiger Einsatz einer knappen Ressource, Gutachten 2024, 2. Aufl., S. 249, abrufbar unter: https://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2024/2._durchgesehene_Auflage_Gutachten_2024_Gesamt_bf_2.pdf, (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

dann das geeignete Versorgungsangebot wählen.⁶¹ Hierbei stehen nach den Vorstellungen der *Regierungskommission* folgende Optionen zur Auswahl⁶²:

- Sofortige telemedizinische Beratung mit möglichst abschließender Behandlung des Notfalls
- Verordnung von Notfallmedikamenten, kombiniert mit Botendienst
- Datenübertragung und verbindliche Terminbuchung in
- regulärer (KV-)Praxis zu den üblichen Sprechstundenzeiten
- KV-Notdienstpraxis oder
- INZ/Notaufnahme
- Entsendung eines aufsuchenden Dienstes, insbesondere für immobile Patienten, vulnerable Gruppen und zeitkritische Notfälle (Rettungsdienst / Notarzt etc.)

Wird der Notfallpatient in ein Integriertes Notfallzentrum (INZ) weitergeleitet oder sucht er dieses selbstständig auf⁶³, soll er dort künftig einen „gemeinsamen Tresen“ vorfinden, über welchen eine Ersteinschätzung im Hinblick auf die vorzunehmende Behandlung erfolgen und der Patient entsprechend der richtigen INZ-Struktur (Notdienstpraxis oder Notaufnahme) zugewiesen werden kann. Hierbei kann insbesondere auch die elektronische Patientenakte des Patienten mit eventuellen Vorbefunden automatisch ausgelesen werden. Dies soll insbesondere bei nicht ansprechba-

61 Vgl. *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 12 f., abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

62 *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 13, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

63 Für die grundsätzliche Möglichkeit plädierend *GKV-Spitzenverband*, Stellungnahme zur BT-Drs. 20/7194 v. 15.01.2024, S. 12, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986418/2f2093a652bc4290047d6937edb91184/20_14_0172-10-_GKV-Spitzenverband_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); *Deutsche Gesellschaft interdisziplinäre Notfall- und Akutmedizin*, Stellungnahme bezugnehmend auf Anhörung „Notfallversorgung“ des Ausschusses für Gesundheit v. 17.01.2024, S. 1, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986232/1d079f0f69ff3d881524d9234811e88/20_14_0172-3-_Deutsche-Gesellschaft-interdisziplinäre-Notfall-und-Akutmedizin-e-V-_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

ren Patienten helfen, eine adäquate Einschätzung der Zuordnung sowie der anschließenden Behandlung vornehmen zu können.⁶⁴

Im Anschluss an die (bestenfalls erfolgreiche) Erstversorgung im INZ soll dann vor Ort auch direkt ein verbindlicher Anschlusstermin in der Regelversorgung gebucht werden können, damit eine adäquate Weiterversorgung erfolgen kann und kein Drehtüreffekt eintritt. Selbstverständlich besteht bei entsprechender Indikation aber vor Ort auch die (theoretische) Möglichkeit zur stationären Aufnahme.

b. Zur Rolle von Anreizsystemen als finanzielle Steuerungselemente

Anknüpfend an das Konzept unterstützter Selbstverantwortung in der Gesundheitsversorgung stellt sich die Anschlussfrage nach ökonomischen Anreizen als Mittel zur gezielten Verhaltenslenkung in der Notfallversorgung. Die GKV kennt bereits heute entsprechende Steuerungsmaßnahmen – etwa in Form von Zuzahlungen (z.B. § 31 Abs. 3 SGB V), Bonusregelungen (§ 65a Abs. 1 SGB V) oder Wahlтарifen (§ 53 SGB V). Diese Elemente zielen darauf ab, das Kostenbewusstsein der Versicherten zu schärfen und ein bewussteres Inanspruchnahmeverhalten zu fördern. Sie dienen nicht der Einschränkung des Solidaritätsprinzips, sondern vielmehr seiner funktionalen Ausgestaltung durch Steuerung innerhalb eines weiterhin solidarischen Rahmens.⁶⁵ Allerdings haben diese Maßnahmen zur Kostendämpfung bisher keinen praktisch entscheidenden Einfluss auf das Inanspruchnahmeverhalten der Versicherten gezeigt.⁶⁶

Dies hat insbesondere im Bereich der Notfallversorgung zu Überlegungen geführt, spezifische Sanktionsregelungen bei nicht indizierter Inan-

64 Vgl. *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. II, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); vgl. hierzu auch befürwortend *Bundesärztekammer*, Akut- und notfallmedizinische Versorgung aus ärztlicher Perspektive, Konzeptpapier, Stand April 2024, S. II, abrufbar unter: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/BAEK/Politik/Programme-Positionen/Baek_Konzeptpapier_Akut-_und_Notfallversorgung_April_2024.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

65 Vgl. *Maur*, in: *Saalfrank*, MedR-HdB, 10. EL 2022, § 9 Rn. 259.

66 *Vossen*, in: *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 123. EL 2024, SGB V § 1 Rn. 16; vgl. auch *Buchholtz*, in: *Rolfs/Giesen/Meffling/Udsching*, BeckOK-SozR, 76. Ed. 2025, SGB V § 1 Rn. 12.

spruchnahme einzuführen. So wird etwa im Gutachten des *Sachverständigenrats* aus 2018 eine Kontaktgebühr bei unangekündigtem Zugang zu INZs ohne ILS-Kontakt diskutiert.⁶⁷ Auch die *DKG* fordert eine Art Sanktionierung in Form einer (wenn auch geringen) Eigenbeteiligung für Patienten, die ohne vorherigen ILS-Kontakt ein Krankenhaus aufsuchen.⁶⁸

§ 1 SGB V selbst normiert keine konkreten oder gar sanktionsbewehrten Handlungspflichten für die Versicherten; hierzu ist die Vorschrift schon nicht bestimmt genug.⁶⁹ Dem Gesetzgeber ist es im Rahmen seines Gestaltungsspielraums aber grundsätzlich erlaubt, Rechtsgrundlagen zu schaffen, die den Versicherten über den Beitrag hinaus zur Entlastung der Krankenkassen in Form von Eigenanteilen und Zuzahlungen zu beteiligen – unter dem Vorbehalt der individuellen finanziellen Zumutbarkeit, was sich in den gesetzlich verankerten Belastungshöchstgrenzen nach §§ 62 f. SGB V widerspiegelt.⁷⁰ Es obliegt auch seiner Gestaltungsfreiheit, durch positive Anreizsysteme – von „weichen“ Nudging-Strategien⁷¹ bis hin zu Gratifizierungen wie Bonusprogrammen – einerseits oder auch negative Anreize andererseits eine gezielte Verhaltenslenkung zu fördern. Negative Anreize wie Sanktionen sind in unterschiedlichen Eingriffsintensitäten denkbar. Zuzahlungen als mildere Form stellen einen finanziellen Beitrag zum Leistungsbezug dar, ohne den grundsätzlichen Leistungsanspruch in Frage zu stellen. Sie sollen primär eine Steuerungswirkung entfalten, ohne prohibitiv zu wirken. Ein vollständiger Leistungsausschluss als äußerste Form negativer Anreizgestaltung dürfte im Kontext der Notfallversorgung mit Blick auf die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG kaum zu rechtfertigen sein, wonach ein Zugang zu gebotener medizinischer Versorgung im Sinne eines

67 Vgl. *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Bedarfsgerechte Steuerung der Gesundheitsversorgung, Gutachten 2018, S. 592, abrufbar unter: https://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2018/Gutachten_2018.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

68 *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, Stellungnahme zur Vierten Stellungnahme und Empfehlung der Regierungskommission v. 11.01.2024, S. 2, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986000/3ed12a945a253e4c1cdd5dae9d9a885d/20_14_0172-1-Deutsche-Krankenhausgesellschaft-DKG-_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2024).

69 *Vossen*, in: *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 123. EL 2024, SGB V § 1 Rn. 4.

70 Vgl. *Remmert/Schütz*, in: *Remmert/Gokel*, GKV-Kommentar SGB V, 68. EL 2025, § 1 Rn. 48.

71 Vgl. weiterführend *Pitz*, Gesundheitsrecht.blog Nr. 43, 2024, S. 9, abrufbar unter: <https://doi.org/10.13154/294-12617> (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

Anspruchs auf ein in jedem Fall zu gewährleistendes Minimum an medizinischer Versorgung („Medizinisches Existenzminimum“)⁷² sicherzustellen ist – auch bei systemwidrigem oder wenig kooperativem Verhalten der Versicherten. Bei der Ausgestaltung etwaiger Sanktionsregelungen muss jeweils eine Abwägung zwischen Steuerungswirkung und Versorgungssicherheit erfolgen, können diese doch für bestimmte Gruppen, je nach Höhe, eine tatsächliche Zugangshürde zu ggf. notwendigen Behandlungen darstellen. Hierbei ist zu beachten, dass übersteigerte Steuerungsmechanismen die inhärente Gefahr bergen, in eine moralische Bewertung des Patientenverhaltens umzuschlagen – mit der Folge, dass der solidarische Charakter des Systems unterlaufen würde.

IV. Potentiale und Grenzen einer verstärkten Steuerung in der Notfallversorgung

1. Potentiale für eine verbesserte Versorgung

Im Zentrum der Reformbestrebungen steht das Ziel einer optimierten Ressourcenallokation zur nachhaltigen Entlastung von Rettungsdienst und Notaufnahmen. Der *Sachverständigenrat* geht davon aus, dass durch die Einrichtung von INZ mindestens eine Senkung der stationären Aufnahmequote auf ca. 30 % zu realisieren sein sollte.⁷³ Ein erheblicher Anteil der heute ambulant in Notaufnahmen behandelten Fälle wäre vertragsärztlich behandelbar.⁷⁴ Zudem zeigen „Erfahrungen aus Österreich [...], dass ca.

72 Vgl. *Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer*, Stellungnahme zur Priorisierung medizinischer Leistungen im System der GKV, S. 16, abrufbar unter: https://www.zentrale-ethikkommission.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-f-Ordner/Zeko/KurzfassungPriorisierung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

73 Vgl. *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Fachkräfte im Gesundheitswesen, Nachhaltiger Einsatz einer knappen Ressource, Gutachten 2024, 2. Aufl., S. 249, abrufbar unter: https://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2024/2._durchgesehene_Auflage_Gutachten_2024_Gesamt_bf_2.pdf, (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

74 Vgl. *Spitzenverband Bund der Krankenkassen*, Ohne Not in die Notaufnahme, Pressemitteilung vom 16.12.2024, abrufbar unter: https://www.gkv-spitzenverband.de/gkv_spitzenverband/presse/pressemitteilungen_und_statements/pressemitteilung_1948811.jsp#:~:text=60%20Prozent%20ambulant%20behandelt%20und,des%20GKV%20Spitzenverbandes%20durchgef%C3%BChrt%20wurde (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

ein Drittel der in integrierten Leitstellen Anrufenden der vertragsärztlichen Versorgung zugeordnet werden können [...]. Durch eine erweiterte Beratung durch die ILS sowie eine stärkere Vernetzung von ILS mit der vertragsärztlichen Versorgung könnten [...] ca. 5,25 Millionen Fälle vermieden werden. Rettungsdienstfahrten [...] machen davon allein 880 000 Fälle aus. Hinzu kommen weitere 880 000 vom Rettungsdienst transportierte, aber am gemeinsamen Tresen in die vertragsärztliche Versorgung weitergeleitete Fälle [...]. Insgesamt könnte die Fallzahl in deutschen Notaufnahmen von derzeit 17,5 Millionen auf 12,25 Millionen gesenkt werden."⁷⁵

Aus Sicht der Kostenträger bieten sich darüber hinaus Potentiale durch die angestrebte sektorübergreifende Verzahnung, so namentlich durch eine verbesserte Ausschöpfung des ambulanten Potentials sowie die Reduktion kostenintensiver kurzstationärer Aufnahmen und Mehrfachuntersuchungen.⁷⁶ Insbesondere in dünn besiedelten Gebieten ist die Vorhaltung von Doppelstrukturen zu vermeiden, um eine Auslastung der Vorhaltung zu sichern – auch im Sinne des Wirtschaftlichkeitsgebots nach § 12 SGB V.⁷⁷ Die Vergütung ambulanter Fälle in der Notfallversorgung ist nach Einschätzung der *Regierungskommission* bei höherer Komplexität der Fälle und besseren Akut-Therapiemöglichkeiten im Krankenhaus häufig nicht kostendeckend; daraus resultierende Fehlanreize zur stationären Aufnahme sollten künftig vermieden werden.⁷⁸

75 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Fachkräfte im Gesundheitswesen, Nachhaltiger Einsatz einer knappen Ressource, Gutachten 2024, 2. Aufl., S. 249 m.w.N., abrufbar unter: https://www.svr-gesundheit.de/fileadmin/Gutachten/Gutachten_2024/2._durchgesehene_Auflage_Gutachten_2024_Gesamt_bf_2.pdf, (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

76 Vgl. hierzu die Übersicht der *Regierungskommission*, Zehnte Stellungnahme und Empfehlung, Überwindung der Sektorengrenzen des deutschen Gesundheitssystems v. 03.05.2024, S. 5, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/K/Krankenhausreform/BMG_Regierungskommission_10te_Stellungnahme_Ueberwindung_der_Sektorengrenzen.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

77 Vgl. *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 10, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

78 Vgl. hierzu *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 9, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krank

Eine verbesserte Patientensteuerung ließe zudem auf qualitative Verbesserungen der Versorgung hoffen. Zu erwarten wären eine höhere Patientenzufriedenheit, niedrigere Rehospitalisierungsraten und eine gesteigerte Behandlungsqualität durch „mehr Zeit beim Patienten“, insbesondere bei vulnerablen Gruppen.

Das Konzept von INZ und verbesserter Zusammenarbeit über die Sektorgrenzen hinweg wird auch auf Leistungserbringerseite überwiegend begrüßt.⁷⁹ Diese betont gleichwohl, „dass die Realisierbarkeit der angestrebten Reformmaßnahmen insbesondere auch entscheidend von der Schaffung der in personeller und struktureller Hinsicht notwendigen Voraussetzungen abhängt“ und hat in diesem Zusammenhang eine Aufstockung des Personals sowie eine angepasste Finanzierung angemahnt.⁸⁰ Die Gesetzliche Krankenversicherung sieht sich vor der allgemeinen Herausforderung zunehmender Kostensteigerungen.⁸¹ Umso wichtiger gestaltet sich aus dieser Sicht ein sinnvoller Ressourceneinsatz⁸² im Sinne einer Vermeidung von Drehtüreffekten.⁸³

enhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

- 79 Vgl. DKG, Stellungnahme zur Vierten Stellungnahme und Empfehlung der Regierungskommission v. 11.01.2024, S. 3 f., abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986000/3ed12a945a253e4c1cdd5dae9d9a885d/20_14_0172-1-_Deutsche-Krankenhausgesellschaft-DKG-_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2024); Marburger Bund Bundesverband, Bewertung der BMG-Eckpunkte für eine Notfallreform v. 24.04.2024, S. 1 f., abrufbar unter: https://www.marburger-bund.de/sites/default/files/files/2024-05/MB_Bewertung_Eckpunkte_Notfallreform_2404_2024_final_1.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).
- 80 Vgl. Bundesärztekammer, Stellungnahme v. 15.01.2024, S. 2 f., abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986406/69ef3f5570a567d0def46d33e60cc9ab/20_14_0172_8-_Bundesaerztekammer_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); Kassenärztliche Bundesvereinigung, Stellungnahme der KBV zu Akut- und Notfallversorgung v. 15.01.2024, S. 5, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986410/28e223c9bea9b1e31d7eb2095533a3f3/20_14_0172_6-_Kassenaerztliche-Bundesvereinigung_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); vgl. ferner Felix, GuP 2024, 45, 46.
- 81 Vgl. Verband der Ersatzkassen, Reform Notfallversorgung und Rettungsdienst, Pressemitteilung v. 21.03.2024, S. 1, abrufbar unter: https://www.vdek.com/presse/pressemitteilungen/2024/reform-notfallversorgung-rettungsdienst-kostensteigerung/_jcr_content/par/download/file.res/vdek_pm_20240321_Rettungsdienst_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).
- 82 Vgl. Felix, GuP 2024, 45, 46.
- 83 Vgl. Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v.

2. Grenzen und Herausforderungen systemischer Steuerung in der Notfallversorgung

Die skizzierten Potentiale verstärkter Steuerung in der Notfallversorgung werfen zugleich die Frage nach ihren rechtlichen und praktischen Grenzen auf. So notwendig eine sachgerechte systemische Lenkung im Notfallkontext erscheint, birgt eine zu weitgehende Steuerung die Gefahr, das Spannungsverhältnis zur Patientenautonomie zu überdehnen und in Bevormundung umzuschlagen. Dem verfassungsrechtlich verankerten Selbstbestimmungsrecht des Patienten, seiner freien Arztwahl und dem Verbot medizinischer Behandlung gegen den Patientenwillen sind Rechnung zu tragen. Die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gebietet, dass Steuerungsmaßnahmen wie Sanktionen, die eine medizinische Versorgung verzögern oder verhindern könnten, nur als Ultima Ratio in Betracht gezogen werden dürfen. Auch unter dem Druck knapper Ressourcen darf das gesundheitspolitische Ziel effizienter Versorgung nicht zu einer faktischen Einschränkung grundlegender Freiheits- und Teilhaberechte führen.

Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgebots nach Art. 3 Abs. 1 GG, das eine diskriminierungsfreie, bedarfsgerechte Versorgung verlangt. Vor diesem Maßstab muss jede Versorgungslenkung einen gleichen Zugang für alle Menschen entsprechend ihrer Bedürfnisse gewährleisten – unabhängig von Herkunft, Einkommen oder Bildungsgrad.⁸⁴ Auch ein Streben hin zu einer besseren Inklusivität⁸⁵ von verschiedenen Menschen mit unterschiedlichen individuellen Hintergründen wird hier wichtig sein. So sind nach Einschätzung der *Regierungskommission* vulnerable Gruppen besonders stark von Fehlsteuerung und Fehlversor-

13.02.2023, S. 4, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

84 Vgl. hierzu *Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer*, Stellungnahme zur Priorisierung medizinischer Leistungen im System der GKV, S. 17, abrufbar unter: https://www.zentrale-ethikkommission.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-Ordner/Zeko/KurzfassungPriorisierung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

85 Vgl. hierzu *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 10, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

gung betroffen.⁸⁶ Menschen mit kognitiven Einschränkungen, geringen Sprachkenntnissen, psychischen Erkrankungen oder aus marginalisierten Milieus sind besonders auf ein funktionierendes Steuerungssystem im Sinne einer unterstützten Selbstverantwortung angewiesen – Hier greifen klassische Eigenverantwortungsmodelle oft zu kurz. Steuerung muss daher inklusiv gedacht werden – als unterstützender Rahmen, der durch Barrierefreiheit, Lotsenstrukturen und adressatengerechte Kommunikation Teilhabe erst ermöglicht. Eine nicht hinreichend inklusiv gedachte Steuerung birgt die Gefahr, bestehende soziale Ungleichheiten zu verstärken.

Hinzu kommt: Steuerung im Notfall funktioniert nicht allein über Algorithmen oder Telemedizin. Die Grenzen rein technischer Systeme zeigen sich besonders deutlich bei der Ersteinschätzung medizinischer Dringlichkeit durch algorithmusbasierte Anwendungen – hier besteht das Risiko der Fehlsteuerung, dem es angemessen zu begegnen gilt. Vertrauen in die steuernden Instanzen – Leitstellen, Hotlines, triagierende Personen – ist essentiell für deren Erfolg. Wenn Hilfesuchende der Hotline, der Leitstelle oder der triagierenden Person nicht vertrauen, weichen sie aus – in Richtung Notaufnahme.

Eine gelingende Steuerung setzt weiter voraus, dass die Versorgungsstrukturen sie überhaupt aufnehmen können – hier zeigt sich das zweite Spannungsfeld: zwischen Steuerungsidee und Versorgungsrealität. So zeigen sich weiterhin erhebliche regionale Disparitäten bei der Erreichbarkeit, Ausstattung und Funktionsfähigkeit notfallmedizinischer Strukturen. Der avisierte flächendeckende Aufbau von ILS und INZ geht mit einem erheblichen Bedarf an finanziellen und personellen Ressourcen einher.⁸⁷ Die DKG weist in diesem Zusammenhang insbesondere auf das Erfordernis

86 Vgl. *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 4, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-stellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

87 Zu den divergierenden Vorstellungen in Bezug auf den Begriff „flächendeckend“ vgl. *Marburger Bund Bundesverband*, Bewertung der BMG-Eckpunkte für eine Notfallreform v. 24.04.2024, S. 2, abrufbar unter: https://www.marburger-bund.de/sites/default/files/files/2024-05/MB_Bewertung_Eckpunkte_Notfallreform_24042024_final_1.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); vgl. auch *GKV-Spitzenverband*, GesR 2024, RI4.

einer sachgerechten, patientensicheren Aufbauphase hin.⁸⁸ Dabei sind regionale Besonderheiten – insbesondere im ländlichen Raum – zwingend zu berücksichtigen.⁸⁹ Ebenso müssen die Schnittstellen stimmen: So beschrieb Wenner bereits 2015 vermehrte Patientenströme in den Krankenhausbereich resultierend aus überlangen Terminwartezeiten im niedergelassenen Bereich⁹⁰ – ein Effekt, der auch bei konsequenter Umsetzung von Steuerungsmechanismen nur bedingt abgefangen werden kann. Ein zentraler Aspekt, der hierbei in den Blick zu nehmen ist, ist die Rolle der hausärztlichen Versorgung als „Filter“ im System. Die Verfügbarkeit einer funktionsfähigen und verlässlichen Primärversorgung als „erste Anlaufstelle“ – etwa durch Akuttermine, offene Sprechstunden und sektorenübergreifende Einbindung – ist eine Grundvoraussetzung für das Gelingen einer effektiven Patientensteuerung.

Schließlich hängt der Erfolg der avisierten Reformvorhaben maßgeblich von ihrer Akzeptanz ab. Hierbei gilt es, diverse Interessen von verschiedensten Seiten zu berücksichtigen, von den Patienten einerseits, über die Leistungserbringer im ambulanten sowie stationären Bereich bis hin zu den Kostenträgern und den Gremien der Selbstverwaltung andererseits. Nach den Einschätzungen der *Regierungskommission* muss „[e]ine sinnvolle Reform der Notfall- und Akutversorgung [...] das Gesamtsystem in den Blick nehmen und unter Berücksichtigung künftiger Entwicklungen neu denken.“⁹¹ Ziel ist ein gut abgestimmtes System, das die Situation in den

88 DKG, Stellungnahme zur Vierten Stellungnahme und Empfehlung der Regierungskommission v. 11.01.2024, S. 4, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986000/3ed12a945a253e4c1cdd5dae9d9a885d/20_14_0172-1-_Deutsche-Krankenh ausgesellschaft-DKG-_Notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2024).

89 Vgl. hierzu auch BÄK, Akut- und notfallmedizinische Versorgung aus ärztlicher Perspektive, Konzeptpapier, Stand April 2024, S. 14, abrufbar unter: https://www.b undesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/BAEK/Politik/Programme-Po sitionen/Baek_Konzeptpapier_Akut-_und_Notfallversorgung_April_2024.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025); *Deutsche Krankenhausgesellschaft*, Stellungnahme zur Vierten Stellungnahme und Empfehlung der Regierungskommission v. 11.01.2024, S. 4, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/986000/3ed12a945a25 3e4c1cdd5dae9d9a885d/20_14_0172-1-_Deutsche-Krankenhausgesellschaft-DKG-_N otfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2024).

90 Wenner, MedR 2015, 175, 179.

91 *Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung*, Vierte Stellungnahme und Empfehlung, Reform der Notfall- und Akutversorgung in Deutschland, Integrierte Notfallzentren und Integrierte Leitstellen v. 13.02.2023, S. 3, abrufbar unter: www.bundesgesundheitsministerium.de/krankenhauskommission-st ellungnahme-notfallversorgung.pdf (zuletzt abgerufen am 22.04.2025).

Notfallaufnahmen entlastet und Drehtüreffekten sowie Fehlversorgung vorbeugt.

V. Fazit

Die Analyse der gegenwärtigen Notfallversorgung zeigt ein grundlegendes Spannungsverhältnis zwischen individueller Patientenautonomie und notwendiger systemischer Steuerung. Für eine zukunftsfähige Notfallversorgung wird vermehrt ein Paradigmenwechsel gefordert, der dieses Verhältnis neu austariert.

Die gegenwärtigen Überlastungsphänomene in der Notfallversorgung machen deutlich, dass eine gezielte Steuerung von Patientenströmen nicht nur möglich, sondern im Sinne einer flächendeckenden bedarfsgerechten Versorgung notwendig ist. Voraussetzung hierfür ist ein Rahmen, der sowohl patientenzentriert als auch ressourceneffizient ausgestaltet ist.

Die alleinige Ausrichtung auf Eigenverantwortung des Einzelnen erfährt ihre Grenze im Notfallszenario, welches im solidarischen Gesundheitssystem eine steuernde Intervention erfordert. Patientensteuerung erfüllt in dem Zusammenhang eine doppelte Funktion: Sie dient einerseits der Systempflege und konkretisiert zugleich das Solidarprinzip innerhalb eines begrenzten und hochbeanspruchten Versorgungsrahmens. Sie ist so auszugestalten, dass sie das Vertrauen stärkt, die Orientierung erleichtert und Verantwortung ermöglicht – statt sie zu überfordern. Ihre Wirksamkeit hängt entscheidend davon ab, dass sie nicht als autoritatives Lenkungsinstrument wahrgenommen wird, sondern als unterstützender Rahmen, der selbstbestimmtes Handeln nicht untergräbt, sondern Eigenverantwortung auf einer informierten Grundlage ermöglicht. Das Ziel muss daher eine unterstützte Selbstverantwortung sein, die sowohl den Patienten als Individuum, als auch das Gesamtsystem in den Blick nimmt.

Effektive Steuerung kann nur gelingen, wenn und soweit sie auf Akzeptanz stößt. Sie muss transparent, nachvollziehbar und niederschwellig ausgestaltet sein. Dies ermöglicht den Patienten, Vertrauen in das System zu entwickeln und die Steuerungsentscheidungen als hilfreich statt als bevormundend wahrzunehmen.

Eine wesentliche Voraussetzung für die erfolgreiche Implementierung ist zudem die systematische Stärkung der Gesundheitskompetenz in der Bevölkerung. Durch gezielte Aufklärung und verbesserte Information über die Strukturen des Gesundheitssystems können Patienten befähigt werden,

eigenverantwortliche Entscheidungen auf informierter Grundlage zu treffen. Diese gestärkte Gesundheitskompetenz bildet das Fundament für ein ausgewogenes Zusammenspiel zwischen individueller Patientenautonomie und systemischer Lenkung. Sie ermöglicht eine Form der unterstützten Selbstverantwortung, die sowohl dem Patienten als auch dem solidarischen Versorgungssystem gerecht wird und damit einen entscheidenden Beitrag zur Zukunftsfähigkeit der Notfallversorgung leisten kann.

Für zukünftige Reformen bleibt die zentrale Frage zu klären, wie eine patientengerechte Steuerung unter den Bedingungen begrenzter Ressourcen, des Fachkräftemangels und regionaler Versorgungsunterschiede praktisch umgesetzt werden kann. Patientensteuerung darf nicht isoliert als organisatorisches Prinzip verstanden werden, sondern muss Teil einer ganzheitlich gedachten Notfallversorgung sein, die auf abgestimmte Prozesse und sektorübergreifende Zusammenarbeit setzt. Die Herausforderung besteht darin, ein System zu schaffen, das sowohl bedarfsgerecht als auch akzeptanzfähig ist – für Patienten, Leistungserbringende und Kostenträger gleichermaßen.