

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 65

Versicherte und Steuerzahler

**Zu den Voraussetzungen und den Grenzen
einer hybriden Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben
und versicherungsspezifischer Aufgaben in
der Kranken- und in der Pflegeversicherung**

Von

**Gregor Thüsing
Christian Waldhoff**



Duncker & Humblot · Berlin

GREGOR THÜSING / CHRISTIAN WALDHOF

Versicherte und Steuerzahler

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 65

Herausgegeben von Professor Dr. Helge Sodan,
Freie Universität Berlin,
Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a.D.

Versicherte und Steuerzahler

Zu den Voraussetzungen und den Grenzen
einer hybriden Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben
und versicherungsspezifischer Aufgaben in
der Kranken- und in der Pflegeversicherung

Von

Gregor Thüsing
Christian Waldhoff



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3 w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI buch.bücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-1385
ISBN 978-3-428-18493-4 (Print)
ISBN 978-3-428-58493-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Pandemie wirkt wie ein Schlaglicht und wirft Fragen neu auf, die ganz grundsätzlich sind und sich nicht erst heute stellen: Die Politik entscheidet sich für eine Coronaprämie – doch wer muss sie zahlen? Die Politik entscheidet sich für eine Beitragsgrenze im Bereich der Sozialversicherung von 40% und ist bereit, dafür erhöhte Steuerzuschüsse in die Sozialversicherung zu leisten. Gibt es hierfür rechtliche Schranken und Voraussetzungen? Und umgekehrt: In jüngerer Zeit wurden zunehmend Aufgaben auf die gesetzliche und die private Krankenversicherung übertragen, die ihre überkommenen Verpflichtungen übersteigen und zu einer finanziellen Mehrbelastung der Beitragszahler führen. In der juristischen Diskussion wird bei nicht einheitlicher Terminologie zumeist von „versicherungs-fremden Leistungen“ gesprochen. Gibt es hier rechtliche Grenzen?

Wie aktuell das Thema ist, zeigte jüngst auch die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 18. Mai 2021 (B 1 A 2/20 R), wonach die Regelungen in § 20a Abs. 3 und 4 SGB V über die Beauftragung und Vergütung der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung gegen Art. 87 Abs. 2 GG verstoßen, denn der Bund müsse die organisatorische und finanzielle Selbstständigkeit der Sozialversicherungsträger wahren. Die Beitragsmittel der Versicherten dürfen allein zur Finanzierung der Aufgaben der Sozialversicherung eingesetzt werden. Was folgt daraus für andere Fälle der Mischfinanzierung und Aufgabenzuweisung? Wer hier Antworten sucht, der wird in der vorliegenden Rechtsprechung und im kommentierenden Schrifttum kaum fündig. Zu wenig haben sich bislang diese Fragen in der Rechtspraxis gestellt. Auch wir hatten sie uns nicht selbst gestellt, sondern es bedurfte der Anregung durch die Praxis. Die nachfolgenden Ausführungen sind die Quintessenz zweier entsprechender Rechtsgutachten für den Verband der Privaten Krankenversicherung. Weil wir aber glauben, dass gerade die Grenzen hybrider Finanzierung ein relevantes Thema darstellen, bei dem die hinreichende wissenschaftliche Durchdringung noch fehlt, und wir selber in unserer Suche nach überzeugenden Antworten an verschiedenen Stellen feststellen mussten, dass hier die Problemsicht noch fehlt, haben wir uns entschlossen, unsere Gedanken zur Diskussion zu stellen. Wir danken dem Verlag Duncker & Humblot für die freundliche Aufnahme in diese so angesehene Reihe.

Bonn / Berlin, im August 2021

Gregor Thüsing und Christian Waldhoff

Inhaltsverzeichnis

A. Solidarität in der sozialen Sicherung durch die Gruppe der Steuerzahler und die Gemeinschaft der Beitragszahler	11
I. Solidarität als Strukturprinzip von Sicherungsgemeinschaften	11
II. Gemeinschaft der Beitragszahler – Gemeinschaft der Steuerzahler?	12
III. Das Prüfprogramm: Konsequenzen der Zuordnung von Risiken und Kosten ...	13
IV. Unsere Schlussfolgerungen <i>in nuce</i>	15
B. Die Finanzierung staatlicher Aufgaben durch die Pflege- und die Krankenversicherung	18
I. Finanzrechtliche Problemstellung	18
II. Begriff der Sozialversicherung	22
III. Begriff der Fremdlast	28
1. Finanzverfassungsrechtliche Unterscheidung von Gemeinlast und Sonderlast	28
2. Sozialversicherungsrechtliche Unterscheidung von Solidarlast und Fremdlast	28
IV. Unterscheidung von systemimmanenten und systemfremden Fremdlasten	29
1. Rechtsprechung des Bundessozialgerichts: Entbehrlichkeit einer Definition von Fremdlasten	29
2. Beschränkung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf systemimmanente Fremdlasten	30
3. Begriff der systemfremden Fremdlast	32
V. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Zulässigkeit von systemfremden Fremdlasten in der Sozialversicherung	34
1. Keine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu systemfremden Fremdlasten	34
2. Übertragung der Sonderabgaben-Judikatur des Bundesverfassungsgerichts auf systemfremde Fremdlasten?	35
a) Begriff der Sonderabgabe	35
b) Sonderabgaben-Judikatur des Bundesverfassungsgerichts	36
aa) Verfolgung eines Sachzwecks	36

bb) Einzelne Voraussetzungen der Sonderabgaben-Judikatur	38
(1) Homogenität der Gruppe der Abgabepflichtigen	38
(2) Sachnähe	40
(3) Gruppennützige Mittelverwendung	41
(4) Zusätzlich: Prüfungs- und Dokumentationspflichten	42
VI. Mitfinanzierung von systemfremden Fremdlasten durch Unternehmen der privaten Krankenversicherung	43
VII. Exkurs: Rechtsschutz gegen systemfremde Fremdlasten?	46
1. Rechtsschutz der Sozialversicherungsträger	46
2. Rechtsschutz der Beitragspflichtigen und der Arbeitgeber	47
3. Rechtsschutz der Unternehmen der privaten Krankenversicherung	50
VIII. Einzelfälle	52
1. Präventionsleistungen in Lebenswelten der Versicherten gem. § 20a SGB V	52
a) Präventionsleistungen in Lebenswelten der Versicherten als systemfremde Fremdlast in der gesetzlichen Krankenversicherung	53
b) Einbeziehung der Unternehmen der privaten Krankenversicherung	55
2. Strukturfonds gem. § 12 Abs. 1 S. 1 KHG zur Verbesserung der Strukturen in der Krankenhausversorgung	57
a) Strukturfonds gem. § 12 Abs. 1 S. 1 KHG als systemfremde Fremdlast in der gesetzlichen Krankenversicherung	58
b) Einbeziehung der Unternehmen der privaten Krankenversicherung	59
3. Ausgleichsfonds zur Finanzierung der Kosten der generalistischen Pflegeausbildung gem. §§ 26 bis 36 PflBG	60
a) Finanzierung der Kosten der generalistischen Pflegeausbildung als systemfremde Fremdlast in der sozialen Pflegeversicherung	60
b) Verpflichtung der Unternehmen der privaten Pflege-Pflichtversicherung zur Mitfinanzierung der Kosten der generalistischen Pflegeausbildung als verfassungswidrige Sonderabgabe	61
4. Mutterschaftsgeld in der privaten Krankentagegeldversicherung gem. § 192 Abs. 5 VVG	63
a) Mutterschaftsgeld als systemfremde Fremdlast in der gesetzlichen Krankenversicherung	63
b) Mutterschaftsgeld in der privaten Krankentagegeldversicherung	65
C. Die Finanzierung der Pflege- und der Krankenversicherung durch Steuern	67
I. Der Rechtsrahmen von gesetzlicher und privater Kranken- und Pflegeversicherung	70
1. Krankenversicherung	70
2. Pflegeversicherung	73

II. Beitrag und Steuer als Instrumente der Finanzierung sozialer Sicherung	77
III. Zweck und Legitimation eines möglichen Steuerzuschusses: Abgeltung versicherungsfremder Leistungen und keine bloße Kostenbegrenzung	81
1. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen beitragsfinanzierter Solidargemeinschaft	81
2. Rechtfertigungsbedürftigkeit und -fähigkeit der Hybridfinanzierung	83
3. Eine Konturierung der versicherungsfremden Leistungen	86
4. Ergänzende Rechtfertigungsgründe?	89
5. Beitragsgarantie ist kein Rechtfertigungsgrund	90
6. Erste Folgerungen	92
IV. Versicherungsfremde Leistungen in der Krankenversicherung	93
1. Beitragsfreie Mitversicherung von Familienangehörigen	93
2. Abgeltung eines Pflegebonus und pandemiebedingte Mehrbelastung	94
3. Durchführung anlassloser Corona-Tests	95
4. Ein kurzes Zwischenfazit	96
V. Versicherungsfremde Leistungen in der Pflegeversicherung	97
1. Förderung des Auf- und Ausbaus ehrenamtlicher Pflege	97
2. Rentenversicherungszuschuss pflegender Angehöriger	98
3. Zwischenfazit	99
VI. Das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung von Gleichem	101
1. Personaler Geltungsbereich	102
2. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem	103
a) Bildung von Vergleichsgruppen	104
b) Ungleichbehandlung der Vergleichsgruppen	106
3. Prüfungsmaßstab	106
4. Keine Präjudizierung durch das Bundesverfassungsgericht	111
a) Die Position des Bundesverfassungsgerichts zur Krankenversicherung im Hinblick auf versicherungsfremde Leistungen	111
b) Fehlende Übertragbarkeit auf andere versicherungsfremde Leistungen	113
c) Fehlende Übertragbarkeit auf die Pflegeversicherung	113
5. Gründe der Unterscheidung	115
a) Unterschiedliche Organisation öffentlich-rechtlich/privatrechtlich	115
b) Unterschiedliche Finanzierung	116
aa) Krankenversicherung	116
bb) Pflegeversicherung	118
cc) Ein kurzes Zwischenfazit	118
c) Unterschiede im Risikoprofil der Versicherten	119
d) Unterschiede in der Leistungsfähigkeit der Versicherten	119

e) Unterschied Beihilfeberechtigung	122
VII. Steuerzuschüsse als Eingriff in die Berufs- und Wettbewerbsfreiheit	125
D. Summa	130
Literaturverzeichnis	137

A. Solidarität in der sozialen Sicherung durch die Gruppe der Steuerzahler und die Gemeinschaft der Beitragszahler

Soziale Sicherung braucht Solidarität. Es geht um die Gewissheit oder das Risiko, irgendwann nicht selbst für seinen Lebensunterhalt im Alter oder in Zeiten ohne Arbeit, für die Kosten der Pflege oder der Krankenbehandlung aufkommen zu können. Hier kann die Gemeinschaft leisten, was der Einzelne nicht kann. Wechselseitig steht man füreinander ein und leistet Vorsorge.

Doch immer stellt sich die Frage, welche Gemeinschaft adressiert ist, zwischen wem Solidarität gelebt wird. Denn Solidargemeinschaft ist nicht beliebig – rechtlich wie tatsächlich. Schon die Entwicklung der Renten- und der Krankenversicherung zeigt, dass hier – unabhängig davon, ob aus privater oder staatlicher Initiative entstanden – immer eine vorgefundene Gruppe mit gleichen Interessen und gleichem Risiko den Ausgangspunkt bildete. Die Bruderbüchsen des 18. Jahrhundert, die in den Bergwerken das Leben bei Invalidität und im Alter ermöglichen sollten, beruhten auf einer Initiative von Bergleuten für Bergleute. Und auch die Rentenversicherung hat ihren Ausgangspunkt im Kollektiv der Arbeiterschaft, wie es in der Kaiserlichen Botschaft von 1881 deutlich wird.¹

I. Solidarität als Strukturprinzip von Sicherungsgemeinschaften

Der Begriff der Solidarität ist dabei deutungs offen.² Er bezeichnet als Seinsprinzip die Zusammengehörigkeit des Individuums zu Gruppen und die wechselseitige Verbundenheit von Gruppen. Als Sollensprinzip bezeichnet er die hieraus resultierende Pflicht zur Hilfe und zum Eintreten füreinander. Solidarität ist letztlich Folge des auf Gemeinschaft bezogenen und angewiesenen Wesens des Menschen. Aber was heißt das für den Bereich der sozialen Sicherung? Diese bildet nach, was

¹ Auszugsweise abgedruckt als Dokument Nr. 291 bei *Huber*, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 2, 3. Aufl. 1986, S. 474 f.; zum Hintergrund einerseits *ders.*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 4, 1969, S. 1191 ff., andererseits *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, 1849–1914, 1995/2008, S. 907 ff.

² Vgl. bereits *Thüsing*, ZRP 2012, 145, 146; allgemein aus verfassungsrechtlicher Perspektive *Volkman*, Solidarität, 1998; aus arbeitsrechtlicher Perspektive *Seifert*, Solidarität im Arbeitsrecht, 2019.

sonst die solidarische Kleingruppe realisieren müsste: Was im familiären Kontext persönlich empfundener Verantwortung und Verbundenheit entspricht, überträgt das Umlageverfahren auf das Verhältnis der Generationen zueinander. Nicht der Einzelne pflegt seine eigenen Eltern, sondern die arbeitende Generation insgesamt stellt durch ihre Beiträge sicher, dass die pflegebedürftige Generation notwendiger Zuwendung teilhaft wird. Nicht das Kind zahlt den Unterhalt seiner Eltern, die nicht mehr arbeiten können, sondern in der Rentenversicherung zahlt die jüngere Generation den Unterhalt der älteren – hoffend, es werde eines Tages auch bei ihr so geschehen.

Solidarität setzt damit die Bereitschaft zur Verantwortung voraus. Der zur Freiheit Berechtigte ist fähig, selbst Verantwortung zu übernehmen und daher in erster Linie verpflichtet für sich selbst zu sorgen. Sodann besteht die Verantwortung und Pflicht, dem zu helfen, der nicht in der Lage ist, für sich selbst zu sorgen. Je weniger Menschen der solidarischen Hilfe bedürfen, umso wirksamer kann den wirklich Bedürftigen geholfen werden, stellt Joseph Höffner in seiner Einführung in die christliche Gesellschaftslehre fest.³ Solidarität und Eigenverantwortung korrespondieren also. Durch Initiative und Eigenverantwortung wird Solidarität gestärkt.

II. Gemeinschaft der Beitragszahler – Gemeinschaft der Steuerzahler?

Die „Gemeinschaften“, die zur Solidarität berufen sind, sind dabei nicht beliebig austauschbar. Sie konstituieren sich eben durch die Homogenität der Gruppe, aus der sie gebildet werden. In der Diskussion um die Bürgerversicherung ist dies auch juristisch deutlich geworden. Das zeigt zunächst ein Blick auf den Kompetenztitel für die Gesetzgebung des Bundes. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gewährt – das Bundesverfassungsgericht ist da eindeutig – keine umfassende Kompetenz für die soziale Sicherheit.⁴ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfasst Sozialversicherung alles, was in seinen „wesentlichen Strukturelementen, insbesondere in der organisatorischen Durchführung und hinsichtlich der abzudeckenden Risiken dem Bild [entspricht], das durch die ‚klassische‘ Sozialversicherung geprägt ist“.⁵ Das klassische Bild der Sozialversicherung bildet dabei die Arbeiterversicherung von 1883. Viele sagen, dieses Bild wäre noch schwerlich erkennbar, wenn ausnahmslos die gesamte Bevölkerung von der Sozialversicherung umfasst ist. Die

³ *Joseph Kardinal Höffner*, Christliche Gesellschaftslehre, 8. Aufl. 1983, S. 23 ff.

⁴ BVerfG, Urt. v. 10. 5. 1960–1 BvR 190, 363, 401, 409, 471/58, BVerfGE 11, 105, 111 f.; s.a. Maunz/Dürig/Maunz, GG, 64. EL 2012, Art. 74 Abs.1 Nr. 12 Rn. 171; dieses Ergebnis ergibt sich bereits aus der Systematik des Art. 74 GG: Würde Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 eine umfassende Kompetenz für die soziale Sicherheit gewähren, verlören Nr. 7 und Nr. 10 ihren eigenen Anwendungsbereich. Vgl. dazu auch *Schnapp/Kaltenborn*, Friedensgrenze 2001, 13.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 8. 4. 1987–2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, 142/84, BVerfGE 75, 108, 146.

primäre Anknüpfung der Versicherung an die Arbeitnehmerstellung ginge ebenso verloren wie die Anknüpfung an die Schutzbedürftigkeit. Das Thema braucht hier nicht vertieft werden, aber es ist eben die Homogenität der Gruppe, die eingefordert wird: „Die[se] vorgegebene Homogenität bildet die Grundlage für die vom Gesetzgeber errichtete Solidargemeinschaft mit ihren Umverteilungsmechanismen.“⁶

Mit der Ausweitung des Versichertenkreises auf alle Einwohner der Bundesrepublik geht aber ein gravierender Aspekt einher: Sozialversicherung ist Versicherung. Das Bundesverfassungsgericht macht das durch die Formulierung, zur Sozialversicherung gehöre jedenfalls „die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit“⁷, deutlich. Das Versicherungsprinzip ist konstituierend. Wo ein voraussetzungsloser sozialhilfeähnlicher Anspruch gegen den Staat mit einer Zwecksteuer kombiniert wird, ist das nicht mehr erkennbar⁸: *Jedem* steht ein Anspruch auf die Krankenversicherungsleistung zu. Einen Beitrag zahlt aber nur, wer dazu nach bestimmten Kriterien in der Lage ist. Auch die Beitragshöhe bemisst sich ausschließlich nach der persönlichen Leistungsfähigkeit. Der Anspruch des Kindes auf Versicherungsleistungen erwächst nicht mehr aus der Beitragsleistung eines Elternteils, sondern entsteht originär, unabhängig von einem Beitrag.

Damit wird deutlich: Auch juristisch sind die Kollektive zu unterscheiden. Steuerzahlung und Beitragszahlung haben andere Grundlagen und andere Ziele. Sie haben einen anderen rechtlichen Rahmen und unterliegen anderen Voraussetzungen. Sie sind nicht beliebig austauschbar. Die Steuerzahler bilden gerade keine Solidargemeinschaft zur Absicherung von Individualrisiken. Das Bundesverfassungsgericht spricht daher treffend von der „Allgemeinheit der Steuerzahler“.⁹ Steuerzahler wird man, weil man (Ansässigkeit vorausgesetzt) Geld hat, finanziell leistungsfähig ist. Daher sind auch juristische Personen, Mitunternehmer, Erben etc. einbezogen. Die Solidargemeinschaft der Versicherten verlangt demgegenüber eine Homogenität, die bei der Steuer nicht Voraussetzung ist.

III. Das Prüfprogramm: Konsequenzen der Zuordnung von Risiken und Kosten

Das führt zu dem Prüfprogramm, das nachfolgend entfaltet werden soll: Es geht darum die Überschneidungen der finanziellen Verantwortung auszuleuchten. Wo geschieht eine hybride Finanzierung dessen, was im Interesse der Allgemeinheit und

⁶ *Isensee*, NZS 2004, 393, 396.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 8. 4. 1987 – 2 BvR 909, 934, 935, 936, 938, 941, 942, 947/82, 64/83, 142/84, BVerfGE 75, 108, 146.

⁸ So zutreffend *Isensee*, NZS 2004, 393, 396 ff.

⁹ Exemplarisch BVerfG, Beschl. v. 9. 11. 1999 – 2 BvL 5/95, BVerfGE 101, 141.