

ASTRID WALLRABENSTEIN

Versicherung
im Sozialstaat

Jus Publicum

186

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 186



Astrid Wallrabenstein

Versicherung im Sozialstaat

Mohr Siebeck

Astrid Wallrabenstein, geboren 1969; Studium der Rechtswissenschaft in Münster und Freiburg; 1994 Erstes Juristisches Staatsexamen; 1999 Promotion in Gießen; 2000 Zweites Juristisches Staatsexamen; 2008 Habilitation in Gießen; seit 2008 Professorin für Öffentliches Recht, Bildungsrecht und Recht der sozialen Sicherung an der Universität Bielefeld.

e-ISBN PDF 978-3-16-151267-4
ISBN 978-3-16-149725-4
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

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

© 2009 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Diese Habilitationsschrift entstand zwischen 2001 und 2007 und führt drei thematische Stränge zusammen. Ausgangspunkt war eine Kritik der Äquivalenzkonzeptionen, die mehrere Monografien aus dem Jahr 2001 der Sozialversicherung zugrunde legten. Da ich die Prozessvertretung mehrerer Verfassungsbeschwerden zur privaten Lebensversicherung von meinem akademischen Lehrer, Herrn Richter des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Brun-Otto Bryde übernehmen konnte, beschäftigte ich mich seit 2003 intensiv mit dem privaten Versicherungsrecht. Den dritten Strang bildete ab 2005 das von der Deutschen Forschungsgemeinschaft geförderte Netzwerk „Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens“, das ich mit Prof. Dr. Arndt Schmehl zusammen konzipiert und organisiert habe und dessen Tagungsbände ebenfalls im Verlag Mohr Siebeck erschienen sind. Dieses Buch ist damit eine Qualifikationsschrift im eigentlichen Sinne. Es verbindet die wissenschaftlichen Fragen, die mich auf dem Weg zu einem Beruf in der Wissenschaft beschäftigt haben.

Deshalb gilt mein Dank allen, die diesen Weg geebnet und begleitet haben: besonders natürlich Herrn Richter des Bundesverfassungsgerichts Prof. Dr. Brun-Otto Bryde, an dessen Professur für Öffentliches Recht und Wissenschaft von der Politik in Gießen ich wissenschaftlich aufwachsen konnte, Herrn Prof. Dr. Thomas Groß, der nicht nur das Zweitgutachten im Habilitationsverfahren übernommen hat, sondern mir auch andere Themen eröffnet hat, Herrn Prof. Dr. Michael Bäuerle für alle Gespräche über Versicherungsrecht, die Privatautonomie und vieles mehr, Herrn Prof. Dr. Arndt Schmehl für den Anstoß zum erwähnten DFG-Netzwerk und die besonders schöne Zusammenarbeit, Herrn Jörg Mohr für die produktiven Diskussionen in Gießen und Karlsruhe, Frau Chadidscha Schuhmann, M.J.I., für wichtige Hilfen beim Endspurt und vielen weiteren Mitarbeiterkolleginnen und -kollegen in der Hein-Heckroth-Str. 5, mit denen mich nicht nur akademischer Austausch, sondern oft auch Freundschaft verbindet, hervorgehoben sei hierbei Frau Marga Pfeffer als zentraler Ankerpunkt. Privater Dank erfolgt andernorts.

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen hat die Habilitationsschrift im Wintersemester 2007/2008 angenommen. Weil das Bundesverfassungsgericht über Verfassungsbeschwerden der PKV-Unternehmen gegen die Gesundheitsreform im Herbst 2008 verhandelt hat, erfolgt die Publikation erst jetzt. So kann diese Entscheidung (BVerfG, NJW 2009, 2033 ff.)

berücksichtigt werden, ebenso die Neuregelungen durch die Gesundheitsreform 2007 sowie die Reform des Versicherungsvertragsgesetzes 2008 und aktuelle Rechtsprechung. Die Literatur befindet sich, bis auf Ausnahmen, auf dem Stand vom Oktober 2007. Für die Korrektur des Manuskripts danke ich Herrn Jan Przygoda und Frau Ann-Kristin Schneider. Dem Bund der Versicherten verdanke ich einen großzügigen Zuschuss zu den Druckkosten.

Darmstadt, im September 2009

Astrid Wallrabenstein

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII

Einleitung	1
------------------	---

Teil 1

Die Diskussion um den Versicherungsbegriff

A. Entstehung von Versicherung im Zusammenhang mit der Entstehung des Sozialstaats	11
B. Der Versicherungsbegriff in der wissenschaftlichen Diskussion	17
C. Ideologische Bedeutung der Diskussion um den Versicherungsbegriff	56
D. Zwischenergebnis	118

Teil 2

Die Diskussion um Äquivalenz in der Versicherung

A. Äquivalenz in der Privatversicherung	121
B. Äquivalenz in der Sozialversicherung	173

Teil 3

Versicherung im Sozialstaat

A. Gewährleistungsstaat und Regulierungsverantwortung	236
B. Grundrechte und Legitimation von Umverteilung	335
Schluss	423
Literaturverzeichnis	425
Sachregister	467

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1

Teil 1

Die Diskussion um den Versicherungsbegriff

A. Entstehung von Versicherung im Zusammenhang mit der Entstehung des Sozialstaats	11
I. Boom der Versicherung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts	11
II. Kodifizierung und staatliche Regulierung	15
B. Der Versicherungsbegriff in der wissenschaftlichen Diskussion	17
I. Hochzeit der Begriffsdiskussion: um 1900	17
1. Weiter Versicherungsbegriff der Nationalökonomie	17
2. Verengung des Versicherungsbegriffs auf den Versicherungsvertrag durch die Rechtswissenschaft	19
3. Rolle der Versicherungsaufsicht	23
a. Entstehung der Reichsversicherungsaufsicht	23
b. Zweckbestimmungen der Versicherungsaufsicht	25
c. Selbstverständnis der Versicherungsaufsicht	29
d. Versicherungsbegriff der Aufsicht	31
e. Bedeutung der Versicherungsaufsicht für die wissenschaftliche Diskussion	32
4. Streit um den Versicherungscharakter der Sozialversicherung	32
a. Motive für die „Fürsorgetheorie“	36
b. Motive für die „Versicherungstheorie“	38
c. Rechtliche Argumentationen	40

5. Zusammenfassung zur wissenschaftlichen Diskussion um 1900	43
II. Auflösung der Begriffsdiskussion: nach 1949	43
1. Entwicklungen in der Weimarer Zeit als Hintergrund	44
2. Wiedererrichtung der traditionellen Sozialversicherung 1945–1949	47
3. Neue Relevanz der Frage	50
4. Konsequenzen für die Diskussion um den Versicherungs- charakter der Sozialversicherung	53
5. Diskussion um den Versicherungsbegriff im Privat- versicherungsrecht in den 1960er Jahren	54
C. Ideologische Bedeutung der Diskussion um den Versicherungsbegriff	56
I. Kompromisscharakter der Bismarckschen Arbeiterversicherungen	57
1. Fürsorge und Selbsthilfe als gegensätzliche Grundkonzepte .	58
2. Der Kompromisscharakter der Sozialversicherung	65
a. Fürsorge-Elemente	65
(1) Unfallversicherung: öffentlich-rechtliche Natur der Berufsgenossenschaften und durch staatlichen Charakter abgesicherte Umlagefinanzierung	67
(2) Krankenversicherung: Sachleistungsprinzip und Arbeitgeberbeitrag	69
(3) Invalidenversicherung: Altersrente, Staatszuschuss und Rehabilitationsleistungen	75
b. Selbsthilfe-Elemente	79
(1) Unfallversicherung: Genossenschaftliche Struktur, Kostentragungsspielräume der Berufsgenossenschaften und Verknüpfung mit der Unfallverhütung	80
(2) Krankenversicherung: Selbstverwaltung, individuallohn- genauer Beitrag und Familienversicherung	81
(3) Invaliden- und Altersversicherung: Kapitaldeckungs- verfahren als kollektives Sparen, Rückzahlung bei Ausscheiden und Beitragsabhängigkeit der Rentenhöhe	84
c. Zusammenfassung	86
3. Austragungsorte für die Auseinandersetzung zwischen Fürsorge und Selbsthilfe	88
a. Heutige Konfliktfelder	88
b. Ursprüngliche Diskussionen	90
(1) Organisation	90
(2) Zwang	96
(3) Finanzierung	99
4. Bedeutung der Diskussion um den Versicherungsbegriff	102

- II. Selbsthilfeidee des „Schreiberplans“ zur Rentenreform 1957 ... 103
 - 1. Notwendigkeit der Rentenreform 104
 - 2. Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen in der sozialen Marktwirtschaft 105
 - 3. Stärkere Betonung des Selbsthilfedankens 108
 - a. „Lehren aus der Weimarer Republik“ 108
 - b. Beveridge-Plan 110
 - 4. Neue Varianten der Fürsorgetheorie 111
 - 5. Äquivalenz als zentrales Element für das Selbsthilfekzept 113
 - 6. Realität: Staatszuschüsse in der Sozialversicherung 116
 - 7. Zusammenfassung 117
- D. Zwischenergebnis 118

Teil 2

Die Diskussion um Äquivalenz in der Versicherung

- A. Äquivalenz in der Privatversicherung 121
 - I. Äquivalenz als zentrales Merkmal der Privatversicherung 121
 - 1. Äquivalenz als Abgrenzungsmerkmal zur Sozialversicherung 121
 - 2. Äquivalenz als Abgrenzung zu einfachen Austauschverträgen 122
 - 3. Äquivalenz im individuellen Vertragsverhältnis 123
 - 4. Äquivalenz als Tragung des individuellen Risikos 124
 - 5. Kritik 126
 - II. Grundlegungen des Reichsaufsichtsamts für eine Äquivalenzkontrolle 126
 - 1. Ausgangspunkt: Globaläquivalenz des Versicherungsportefeuilles 127
 - 2. Von der Global- zur Individualäquivalenz 130
 - 3. Versicherung als Massengeschäft: Gleichbehandlung und Risikodifferenzierung 135
 - 4. Risikoäquivalenz als Gerechtigkeitsmaßstab 137
 - 5. Zusammenfassung 140
 - III. Beharrungsvermögen des Äquivalenzverständnisses am Beispiel der Überschussbeteiligung 141

1. Festhalten an der materiellen Versicherungsaufsicht	141
2. Neue Perspektiven durch Verbraucherschutz	146
a. Entwicklungen der Überschussbeteiligung	146
b. Verbraucherschutz und AGBG	148
c. Liberalisierung des Versicherungsmarktes	152
3. Neuere Versicherungsökonomie: Informationsasymmetrien als Begründung für Prämiendifferenzierung	158
4. Juristische Alternativen zum Synallagma	163
5. Verfassungsrechtlicher Legitimationsansatz	168
IV. Zusammenfassung	171
B. Äquivalenz in der Sozialversicherung	173
I. Verlagerung der Diskussion	173
1. Vom Doppelcharakter zur Doppelfinanzierung der Sozialversicherung	173
2. Vom Versicherungscharakter zum Äquivalenzprinzip in der Sozialversicherung	177
II. Die Diskussion um versicherungsfremde Leistungen	178
1. Ausgangspunkt: Äquivalenz von Beitrag und Leistung als ökonomische Forderung	178
2. Reale Rahmenbedingungen	181
a. Wirtschaftspolitischer Druck	181
b. „Moral hazard“ und negative Risikoselektion der Sozialversicherung	183
c. Unterschlagenes Problem: Alterssicherung der Frau	187
3. Diskussion um die versicherungsfremden Leistungen in der Rentenversicherung	189
a. Ziele der Argumentationsfigur der versicherungsfremden Leistung	189
b. Ausgangspunkt Finanzwissenschaft	190
c. Verbindung zum versicherungsmäßigen Äquivalenzbegriff	193
d. Teilhabeäquivalenz	195
e. „Sozialversicherungsäquivalenz“	198
f. Fazit	201
III. Verfassungsrechtliche Verankerung eines Äquivalenzprinzips für die Sozialversicherung?	202
1. Abgabenrechtlicher Zugang	203
2. Begründungsansätze über die Gesetzgebungskompetenz	205
3. Grundrechtliche Begründungsansätze	208

a. Art. 3 Abs. 1 GG	209
(1) Belastungsgleichheit in der Sozialversicherung	209
(2) Homogenität als Sachvoraussetzung	211
(3) Äquivalenz als Systemlogik	213
b. Art. 2 Abs. 1 GG	215
(1) Allgemeine Handlungsfreiheit	215
(2) Schutz vor Zwangskorporation	215
(a) Angemessenheit der Leistung als Rechtfertigung?	216
(b) Schutzbedürftigkeit als Rechtfertigung?	217
(3) „Vorsorgefreiheit“	219
c. Art. 14 GG	220
(1) Die Entwicklung des Eigentumsschutzes von Sozial-	
versicherungsansprüchen	221
(a) Öffentlich-rechtlicher Charakter als Problem	221
(b) Materieller Wertungsmaßstab: Äquivalent für eigene	
Leistung	223
(2) Konsequenzen für das Äquivalenzverständnis der	
Sozialversicherung	225
(a) Arbeit als causa für Eigentum	225
(b) Kindererziehung als dritte causa?	228
IV. Zusammenfassung	232

Teil 3

Versicherung im Sozialstaat

A. Gewährleistungsstaat und Regulierungsverantwortung	236
I. Bild des Gewährleistungsstaates	236
1. Auflösung der Dichotomie von Staat und Gesellschaft	236
2. Systematisierende Funktionen des Bildes Gewähr-	
leistungsstaat	241
3. Regulierung als Realisierung der Gewährleistungs-	
verantwortung	242
4. Systematisierung von Regulierungsinstrumenten	245
II. Das Regulierungsregime der privaten Krankenversicherung ...	252
1. Gewährleistungsprogramm der PKV	252
a. Gesundheitsversorgung für zugewiesenen Personenkreis	253
b. Entkoppelung der Gesundheitsversorgung von individueller	
Finanzkraft	256

2. Regelungssystem der PKV	257
a. Dauerhafte Versorgung des der PKV zugewiesenen Bevölkerungsteils	258
(1) Solvenzanforderungen	258
(a) Kalkulationsvorgaben und Deckungsrückstellungen ...	259
(b) Solvabilitätsbestimmungen und Anlagerestriktionen ...	260
(2) Kontrahierungspflichten	261
(a) Beschränkungen des Versicherers	261
(b) Beschränkungen des Versicherten	264
b. Sicherung des Leistungsumfanges	265
(1) Normaltarife	265
(2) Basistarif	266
c. Finanzierbarkeit der Versicherungsprämien	268
(1) Kostendämpfungsmechanismen	268
(a) Alterungsrückstellungen für eine lebenslang konstante Prämie	269
(b) Überzins zum Inflationsausgleich	273
(c) Gesetzlicher 10 %-Zuschlag zum Ausgleich für Kostensteigerungen im Gesundheitswesen	274
(d) Erschwerter Anbieterwechsel zur kollektiven Risikotragung	275
(i) Ordnungspolitische Begründung für Verhinderung von Risikoselektion	277
(ii) Sozialpolitische Begründung für kollektive Risikotragung	281
(2) Kostendeckungsregime	284
d. Fazit	286
3. Regulierungssystematische Zuordnung	288
a. Marktzugangsregelungen	288
b. Produkt- und Preisregulierung	289
c. Wettbewerbsbestimmungen	293
d. Leistungsverpflichtung	294
e. Fazit	295
III. Regulierungsinstrumente der Gesundheitsreform 2007 für die gesetzliche Krankenversicherung	297
1. Wahlmöglichkeiten der Versicherten	298
a. Wahltarife	298
b. Kassenwahlfreiheit und ihre Beschränkung	303
2. Risikoausgleichsmechanismen	305
a. Risikostrukturausgleich	305
b. Gesundheitsfonds mit Unterdeckung	308
3. Fazit	313

IV. Neue Antworten auf alte Fragen	315
1. Überschussbeteiligung in der privaten Lebensversicherung ..	315
2. AGB-Kontrolle der Allgemeinen Versicherungsbedingungen der privaten Lebensversicherung	320
3. Gesetzgebungskompetenz des Bundes für neue Formen sozialer Sicherung	325
4. Zusammenfassung	334
B. Grundrechte und Legitimation von Umverteilung	335
I. Grundrechte als individualistischer Legitimationsmaßstab	335
1. Vorstaatlichkeit der Grundrechte als Anknüpfungspunkt ...	337
2. Individualität des vorstaatlichen Bezugspunkts	339
3. Emanzipation von intermediärer Gewalt: Staatliche Definitionshoheit	345
4. Anknüpfung an die grundrechtsdogmatische Diskussion um ausgestaltungsbedürftige Grundrechte	351
a. Diskussion um das Eingriffsabwehrschema	352
b. Rückbindung des grundrechtsausgestaltenden Gesetzgebers an das Individuum	356
II. Legitimation von Umverteilung in der Sozialversicherung	361
1. Sozialversicherung als schutzbereichskonturierende Wahl eines gewährleistungsstaatlichen Vorsorgeregimes	363
a. Das Argument der Schutzbedürftigkeit	365
(1) Ziele und Differenzierungen	365
(2) Paternalistische Rechtfertigung	368
(3) Untauglichkeit einer Eingriffsabwehr-Rechtfertigung	371
b. Das Argument der Solidarität	372
(1) Solidarität und Homogenität als Vorgaben für den Gesetzgeber?	373
(2) Keine Bindung des Gesetzgebers an gesellschaftliche Normen	376
c. Gewährleistungsstaatliche Schutzbereichskonturierung	377
(1) „Vorsorgefreiheit“ als ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht	378
(2) Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Wahl des Vorsorgeregimes	379
(3) Schutzbedürftigkeitsargument als Ausdruck demokratisch konkretisierungsbedürftiger Gewährleistungsverant- wortung	380
(4) Individualgrundrechtlicher Schutz abweichender Präferenzen (Exkurs zum Paternalismus-Problem)	382
(5) Ergebnis zur Schutzbereichskonturierung	383

2. Rechtfertigung von Umverteilung mit Gemeinwohlbelangen	384
a. Risikoäquivalenz als Instrument zur Erkennung des Legitimationsbedürfnisses	385
(1) Äquivalenz zur Identifizierung von Umverteilung	385
(2) Versicherungsmathematik als Berechnungsmethode	386
(3) Risikoäquivalenz als Maßstab für Umverteilung	387
b. „Gemeinwohl“ als (einziger) Rechtfertigungsgrund	388
(1) Klassische Eingriffsrechtfertigung statt besonderer Rechtfertigungsgründe	388
(2) Strukturelle Vergleichbarkeit mit anderen Umverteilungs- Rechtfertigungen	391
(3) Grenze von Umverteilung	394
3. Anspruch auf bestimmte Gestaltung der Sozialversicherungsordnung	397
a. Realisierbarkeit verfassungsrechtlicher Gewährleistungsgehalte	398
(1) Beispiel aus der Krankenversicherung: Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Bioresonanztherapie	399
(2) Beispiele aus der Rentenversicherung: Anrechnungen auf Hinterbliebenenrente, Kürzung der Ausbildungsausfall- zeiten, Absenkung des Rentenniveaus	400
b. Grundrechtsschutz innerhalb des gesetzlichen Gewähr- leistungsregimes: Systemwechsel in der Alterssicherung von Frauen	404
4. Ergebnis	407
III. Legitimation von Umverteilung in der Privatversicherung	408
1. Gleiche verfassungsrechtliche Maßstäbe	408
a. Existierende Umverteilungen in der Privatversicherung: Pflegepflichtversicherung, Basistarif und Unisex-Tarife	409
b. Rechtspolitische Umverteilungsfragen: Unisex-Tarife, Kostenfreie Kinderversicherung, Kindererziehungszeiten in der berufsständischen Versorgung	411
2. Gestaltungsanspruch für die Privatversicherungsordnung	414
a. Gewährleistungsverantwortung	414
(1) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur kapitalbildenden Lebensversicherung	414
(2) Übertragbarkeit der Alterungsrückstellungen in der PKV	415
b. Funktionsfähigkeitsverantwortung	418
3. Ergebnis	421
Schluss	423
Literaturverzeichnis	425
Sachregister	467

Abkürzungsverzeichnis

a.F.	alte Fassung
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADrs.	Ausschussdrucksache
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AK GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz
ALB-MB	Musterbedingungen für die Allgemeinen Bedingungen für die Lebensversicherung
AltZertG	Gesetz über die Zertifizierung von Altersvorsorge- und Basisrentenverträgen
Anm.	Anmerkung
AOK	Allgemeine Ortskrankenkasse
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BeamtVG	Beamtenversorgungsgesetz
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BetrAV	Betriebliche Altersvorsorge
BG BAV	Bekanntgaben des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BKGG	Bundeskinderergeldgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKK	Betriebskrankenkasse
BK-VVG	Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz

BR-Drs.	Bundratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSU	Christlich Soziale Union Deutschlands
DAngVers	Die Angestelltenversicherung
DB	Der Betrieb
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
DGB	Deutsche Gewerkschaftsbund
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRV	Deutsche Rentenversicherung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EEG	Gesetz über der Vorrang Erneuerbarer Energien
EG	Europäische Gemeinschaften/Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	folgenden
FG	Festgabe
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GesR	Gesundheitsrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GGK	Grundgesetzkommentar
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GKV-WSG	Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GSG	Gesundheitsstrukturgesetz
GuS	Gesundheit und Recht
GVG	Gesellschaft für Versicherungswissenschaft und -gestaltung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Halbbd.	Halbband
HBGR	Handbuch der Grundrechte
HBStR	Handbuch des Staatsrechts
HbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts
Hrsg.	Herausgeber
HWB	Handwörterbuch der Betriebswirtschaft
i.d.F.	in der Fassung
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
IKK	Innungskrankenkasse
insb.	insbesondere
JEV	Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte
Jhd.	Jahrhundert
Jura	Juristische Ausbildung
jurisPR-SozR	juris Praxis-Report Sozialrecht
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KaIV	Kalkulationsverordnung
KFZ	Kraftfahrzeug
KJ	Kritische Justiz
KVdR	Krankenversicherung der Rentner
LSG	Landessozialgericht
LV	Lebensversicherung
m.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
MB/KK	Musterbedingungen für die Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MüKo-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
n.F.	neue Fassung
NichtehelG	Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen

NS	Nationalsozialismus
NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherungsrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
ÖVG	Österreichisches Versicherungsvertragsgesetz
PKV	Private Krankenversicherung
RdA	Recht der Arbeit
RfB	Rückstellung für Beitragsrückerstattungen
RfeaB	Rückstellung für erfolgsabhängige Beitragsrückerstattungen
RfeuaB	Rückstellung für erfolgsunabhängige Beitragsrückerstattungen
RGBL	Reichsgesetzblatt
Rh-Pf.	Rheinland-Pfalz
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RSA	Risikosturgleich
RVO	Rechtsverordnung
sc.	scilicet (lateinisch „nämlich“, „gemeint ist“)
SDSRV	Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V.
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB IV	Sozialgesetzbuch Viertes Buch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung
SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung
SGB VII	Sozialgesetzbuch Sechstes Buch – Gesetzliche Rentenversicherung
SGB VIII	Sozialgesetzbuch Siebtes Buch – Gesetzliche Unfallversicherung
SGB XI	Sozialgesetzbuch Elftes Buch – Soziale Pflegeversicherung
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SozSich	Soziale Sicherheit
SozVers	Die Sozialversicherung
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SRH	Sozialrechtshandbuch
Staat	Der Staat
StuW	Steuer und Wirtschaft
SuP	Sozialrecht und Praxis
SZ	Süddeutsche Zeitung
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter
TK	Techniker Krankenkasse
u.a.	unter anderem / und andere
ÜbSchV	Überschussverordnung
unveränd. Abdr.	Unveränderter Abdruck
USA	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)

VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VDR	Verband Deutscher Rentenversicherungsträger
VerBaFin	Veröffentlichungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen
VersR	Versicherungsrecht
VersWissStud	Versicherungswissenschaftliche Studien
Verwaltung	Die Verwaltung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VSSR	Vierteljahreszeitschrift für Sozialrecht
VuR	Verbraucher und Recht
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VVG-InfoV	VVG-Informationspflichtenverordnung
VW	Versicherungswirtschaft
WHO	World Health Organisation (Weltgesundheitsorganisation)
WIP	Wissenschaftliches Institut der PKV
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut der Hans-Böckler- Stiftung
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZFSH/SGB	Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

Einleitung

Schon seit einigen Jahren stehen grundlegende Neustrukturierungen der sozialen Sicherungssysteme zur Diskussion. Die besonders in den Jahren 2002–2004 geführte Auseinandersetzung um einen Umbau der gesetzlichen Krankenversicherung in eine „Bürgerversicherung“ ist hierfür das vielleicht deutlichste Beispiel. Für die Rentenversicherung lässt sich die so genannte Riesterrente, die einen Einstieg in die private kapitalgedeckte Altersvorsorge für alle gesetzlich Rentenversicherten schaffen soll, nennen. Aber auch weniger prominent in der öffentlichen Wahrnehmung wird für die Pflegeversicherung eine Zusammenlegung mit der Krankenversicherung diskutiert oder für die gesetzliche Unfallversicherung eine Reduktion der versicherten Risiken.

Solche Reformdiskussionen sind dabei keineswegs neu, auch wenn sie im aktuellen Betrachtungswinkel gern als Paradigmenwechsel angesehen werden.¹ Sie durchziehen die gesamte Geschichte des modernen Sozialstaats. Oberflächlich ist dies schon deshalb zwangsläufig, weil er nach allgemeinem Verständnis mit den Arbeiterversicherungen Bismarcks seinen Anfang nahm und die Sozialversicherung ein wesentliches Kernelement des Sozialstaates bis heute ist. Also ist eine fortwährende Anpassung der Sozialversicherung an die sozialen Anforderungen nur selbstverständlich. Komplexer wird die Aussage, wenn man sich von der Begrenzung auf die Sozialversicherung löst und allgemeiner „Versicherung“ als Baustein des Sozialstaates versteht. Dann ist Sozialversicherung, zumal in ihrer konkreten Ausgestaltung, nur eine Alternative neben privatrechtlich organisierter Versicherung. Beide stehen dann unter dem gemeinsamen Dach des Sozialstaates zur Diskussion.²

Begrifflich ist dieser Betrachtungswinkel an die klassische Trias des Sozialrechts³ – Versicherung, Versorgung, Fürsorge – anschlussfähig, greift allerdings über die Grenzen des Rechtsgebietes „Sozialrecht“ hinaus. Damit wird nicht nur der heutigen Privatisierungstendenz entsprochen, wegen der eine Erweiterung

¹ Vgl. *U. Davy*, Pfadabhängigkeit in der sozialen Sicherheit, SDSRV 55 (2007), S. 103 ff., 112.

² Vgl. zu dieser übergreifenden Betrachtungsweise insb. *H. Bogs*, Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, 1973; *W. Leisner*, Sozialversicherung und Privatversicherung – dargestellt am Beispiel der Krankenversicherung, 1974; *M. Fuchs*, Privatversicherung und Sozialversicherung, VSSR 1991, S. 281 ff.

³ *G. Wannagat*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, 1965, S. 31 ff.

sozialrechtlicher bzw. sozialstaatlicher Überlegungen auf die Privatversicherung unvermeidlich ist. Auch historisch stand neben der Sozialversicherung immer private Versicherung zur Diskussion. Aus der Perspektive des Sozialstaates geht es stets um die dem Konzept der Versicherung innewohnende Möglichkeit, Bedarfe durch Leistungen eines Kollektivs zu befriedigen und dadurch nicht den Einzelnen in einer konkreten Situation der Mittellosigkeit auszusetzen.

Bewusst wird hier der Begriff der Versicherung weit gefasst, auch wenn die Betrachtung sich auf diejenigen privaten Versicherungssparten beschränkt, die der Sozialversicherung vergleichbare Risiken absichern. Denn gerade die Begriffsdiskussion selbst – also die Frage danach, *was* Versicherung *ist* – war und ist teilweise noch heute der Ort, an dem die Auseinandersetzungen darüber geführt werden, *wie* Versicherung im Sozialstaat ausgestaltet sein *soll*. Sie bildet einen maßgeblichen Teil dieser Ausarbeitung und darf deshalb nicht durch eine Engführung des Begriffes abgeschnitten werden. Aber nicht nur der Versicherungsbegriff wird hier weit verwandt, sondern auch das diese Arbeit bestimmende Verständnis des Sozialstaates soll vorab offen gelegt werden. Die grundlegende Verpflichtung des Grundgesetzes auf den Sozialstaat erlaubt und verlangt, dass der Staat für die Bedarfslagen der Menschen – um weitere Komplikationen zu vermeiden, sollen Menschen, Bürger, Individuen etc. in diesem Zusammenhang synonym verwandt werden, obwohl in der sozialen Wirklichkeit gerade hier wesentliche Fragen bestehen – sensibel ist und Regime bereitstellt, mit denen sie befriedigt werden können. Die Form, in der dies geschieht, ist dabei offen. Kategorien wie Gewährleistungsstaat⁴ oder aktivierender Staat⁵ machen deutlich, dass nach heutigem Verständnis sozialstaatliche Verantwortung keineswegs durch unmittelbares Staatshandeln erfüllt werden muss, sondern auch die Bereitstellung und Ausgestaltung einer geeigneten Rahmenordnung für eine „privat“, d.h. gesellschaftlich organisierte Leistungserbringung möglich ist.

In diesem Rahmen ist die Frage nach Versicherung im Sozialstaat immer die Frage danach, wie die Absicherung gegen sozial relevante Risiken organisiert wird und das bedeutet, wie die in diesen Bedarfsfällen erforderlichen Leistungen finanziert werden. Fest steht dabei nur, dass diese Finanzierung nicht dem Einzelnen allein überlassen wird. Stattdessen übernimmt grundsätzlich die Versicherung die Finanzierung der Leistung, und ihre „Refinanzierung“ ist die eigentliche Frage. Kernelement dieser Refinanzierung ist die Umlage der Kosten im Kollektiv der Versicherten, wofür sich wiederum verschiedene Verteilungsmaßstäbe anbieten. Daneben sind aber auch Elemente der Selbstbeteili-

⁴ M. Eifert, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998; s. insg. die Beiträge in G.F. Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005.

⁵ Vgl. z.B. T. Kingreen, Rechtliche Gehalte sozialpolitischer Schlüsselbegriffe: Vom da-seinsvorsorgenden zum aktivierenden Sozialstaat, SDSRV 52 (2004), S. 7 ff. m.w.Nw.

gung oder der staatlichen Kostenübernahme möglich.⁶ All dies steht immer wieder neu zur Diskussion. Aktuell lassen sich z.B. aus der Reform der Krankenversicherung die Ausgliederung der Krankengeldleistungen aus der paritätischen Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung nennen, durch die innerhalb des Umlageverfahrens die Anteile der Lastentragung verschoben werden, oder die Forderung nach der Steuerfinanzierung der Kinderversicherung in der privaten Krankenversicherung. Für die Rentenversicherung kann die Diskussion um die Anrechnung von Ausbildungsausfallzeiten angeführt werden, oder die staatliche Subventionierung der privaten Altersvorsorge entsprechend der Kinderzahl im Rahmen der so genannten Riester-Rente. Fast jeder einzelne Reformaspekt hat die Justierung der Finanzierung zum Gegenstand. Die erwähnten Punkte stellen deshalb nur Einzelbeispiele dar, die verdeutlichen, dass diese Finanzierungsfragen Sozial- und Privatversicherung gleichermaßen betreffen und für beide in der Diskussion stehen.

Die Bandbreite der Finanzierungsmöglichkeiten, die in der individuellen Lastentragung (ohne Versicherung) ihren Anfang und in einer staatlichen (steuerfinanzierten) Kostentragung ihren Endpunkt hat, kann im gesamten Zwischenbereich der „versicherungsmäßigen“ Finanzierung sehr unterschiedliche Ausprägungen annehmen. Je stärker der Versicherungsbeitrag am individuellen Risiko orientiert ist – idealiter exakt das Risiko genau dieser einmaligen Einzelperson wiedergibt – desto näher steht diese Ausgestaltung der Eigenfinanzierung, von der sie sich dann dadurch unterscheidet, dass sie zeitlich vorgezogen wird. Umgekehrt bedeutet jeder Verzicht auf eine individuell präzisiertere Risikokalkulation eine Verstärkung des Umlagemomentes. Wenn auf einer so gedachten Skala die Mitte durch pro Person einheitliche Beiträge – „Kopfpauschalen“ – gebildet wird, gleicht sich die Umlage der staatlichen Steuerfinanzierung an, je mehr die individuelle Leistungsfähigkeit in die Beitragsbemessung einfließt.

Kernanliegen dieser Arbeit ist es, darzulegen, dass Entscheidungen für die jeweilige Finanzierung, also das Mehr oder Weniger an risikoabhängiger oder leistungsfähigkeitsbezogener Beitragsgestaltung, weder von Vorentscheidungen für eine private oder öffentlich-rechtliche Ausgestaltung abhängen noch von der Privat- oder Sozialversicherung innewohnenden Prinzipien. Beides wird häufig so vertreten. Private Versicherungen und ihre Organisationen wehren sozialpolitisch motivierte Vorgaben für die Vertragsgestaltung regelmäßig damit ab, dass die Privatversicherung nach anderen Mechanismen funktioniere als die Sozialversicherung und deshalb solchen Anforderungen nicht ausgesetzt werden dürfe. Besonders deutlich wird dies im Widerstand der privaten Krankenversicherung

⁶ Ob eine vollständige Staatsfinanzierung den Versicherungscharakter ausschließt, braucht an dieser Stelle nicht beantwortet werden.

gegen die Gesundheitsreform 2007.⁷ Aber auch für die öffentlich-rechtliche Organisationsform ist die These verbreitet, dass „das Versicherungsprinzip“ eine bestimmte Ausgestaltung der Finanzierung verlangt oder jedenfalls bestimmte Formen verbietet. Für die Sozialversicherung existiert eine intensive Diskussion um „versicherungsfremde Leistungen“ bzw. um die Notwendigkeit, „dem Versicherungsprinzip“ besser Rechnung zu tragen.⁸ Die sachliche Berechtigung solcher Kritik oder solcher Forderungen steht in dieser Arbeit erst am Ende zur Debatte. Zuvor soll herausgearbeitet werden, dass mit dem Begriff der Versicherung, dem Versicherungscharakter oder dem Versicherungsprinzip ursprünglich etwas anderes diskutiert wurde als die heutige Frage nach den skizzierten Finanzierungsmodalitäten. Der erste Teil dieser Arbeit zeichnet deshalb die Diskussion um den Versicherungsbegriff seit Entstehung des modernen Versicherungswesens bzw. seit den Anfängen des Sozialstaats – oder kürzer: seit der Entstehung von Versicherung im Sozialstaat – nach. Dabei zeigt sich, dass Finanzierungsfragen, konkret die Kapitaldeckung oder das Umlageverfahren ebenso wie die staatliche Finanzierungsbeteiligung zwar ein wichtiger Streitpunkt waren, aber dennoch einen Teilaspekt in einem übergeordneten Zusammenhang darstellten. Die eigentliche Kernfrage, die bei der Diskussion um den Versicherungsbegriff ausgefochten wurde, ist die staatlicher Überwältigung des Versicherungswesens oder allgemeiner der Organisation der individuellen Risikoabsicherung. In liberaler Konstruktion geht es um die Abgrenzung zwischen Gesellschaft im Sinne gesellschaftlicher Selbstregulierung und Staat. „Versicherung“ wird hierbei zu einer Form gesellschaftlicher, also staatsferner Risikoabsicherung, die das Eintreten des Staates verzichtbar macht. Indem der Staat sich selbst der Versicherungsform bedient, läuft die kategoriale Trennung von Staat und Gesellschaft und die damit verbundene Begrenzung des Staates Gefahr, sich aufzulösen.

Tatsächlich liegt dem Grundgesetz nach dem hier zugrundegelegten Sozialstaatsverständnis keine solche Trennung von Staat und Gesellschaft zugrunde. Dem Staat steht die grundsätzliche Kompetenz zur Gestaltung der gesellschaftlichen Sozialordnung zu. Erst auf einer zweiten Stufe eröffnen sich deshalb die bekannten Abgrenzungsmuster des Liberalismus oder auch der Subsidiarität.⁹ Sie können nicht verhindern, *dass* der Staat einen bestimmten Lebensbereich

⁷ Vgl. <http://www.pkv-zur-reform.de> (07.09.2007); der Widerstand führte zu knapp 30 – im wesentlichen wortgleichen – Verfassungsbeschwerden, die erst fünf hat das Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 10.06.2009 in vollem Umfang zurückgewiesen, s. NJW 2009, 2033 ff.

⁸ Vgl. nur die fast zeitgleich erschienen Habilitationsschriften C. Rolfs, *Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht*, 2000; F. Hase, *Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich*, 2000; H. Butzer, *Fremdlasten in der Sozialversicherung*, 2001; J. Becker, *Transfergerechtigkeit und Verfassung*, 2001.

⁹ Hierzu H. F. Zacher, *Das soziale Staatsziel*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HBSr II*, 32004, S. 659 ff., Rn. 25 ff.

regelt, sondern entfalten ihre Wirkung auf der Ebene dessen, *wie* diese Regelung ausgestaltet ist. Konkret für Versicherung im Sozialstaat bedeutet dies, dass es nicht in Frage steht, ob es Sicherungssysteme gegen Risiken gibt, die sozial relevant sind. Zur Diskussion steht erst, wie staatsfern oder -nah dieses Sicherungssystem ist und besonders seine konkrete Ausgestaltung. Dieser Wandel des „Streitgegenstands“ bewirkt, dass die bisherige Diskussion um den Versicherungsbegriff Anfang der 1960er Jahre ihre ursprüngliche Bedeutung verliert und dementsprechend verebbt.

Stattdessen fokussiert die Auseinandersetzung die jeweilige Ausgestaltung der Sozialversicherung einerseits und der Privatversicherung andererseits. Hauptstreitpunkt in der Sozialversicherung ist letztlich die Finanzierung. Der Versicherungscharakter oder das Versicherungsprinzip werden nun zu Argumenten für bestimmte Finanzierungsforderungen, deren Kern die Abwehr von Umverteilung zwischen den Versicherten ist. Diese Diskussion um die gerechte Beitragsbelastung wird im zweiten Teil dieser Arbeit nachgezeichnet. Dabei wird zunächst der Frage nach einer gerechten Prämie in der Privatversicherung nachgegangen. Dies ist zum einen deshalb geboten, weil in der Sozialversicherung für das Versicherungsprinzip häufig auf die Mechanismen, Ergebnisse oder Annahmen der Privatversicherung zurückgegriffen wird. Eine genauere Analyse zeigt jedoch, dass hierbei einige Vorstellungen über die Privatversicherung letztlich nicht zutreffen. Zum anderen lässt sich eine wichtige Parallele zwischen sozial- und privatversicherungsrechtlicher Debatte in der zugrunde liegenden Fragestellung feststellen. Stets geht es nämlich darum, die Beitragslast einer Versicherung – sowohl der Privat- als auch der Sozialversicherung – aus der Perspektive des einzelnen Betroffenen zu rechtfertigen. Am deutlichsten drückt sich dies in der Formulierung eines Äquivalenzprinzips aus, das sowohl die Privatversicherung für sich in Anspruch nimmt, als auch in der Sozialversicherung wesentlich sein soll. Grundidee des Äquivalenzgedankens ist, dass eine Leistungspflicht durch einen ihr wertmäßig entsprechenden (Gegen-)Leistungsanspruch gerechtfertigt ist. Maßstab hierfür ist gedanklich der individuelle Leistungsanspruch, der sich aus dem individuellen Risiko ergibt. Sowohl in der Privat- als auch in der Sozialversicherung wird aber letztlich nicht diese individuelle Risikoäquivalenz zugrunde gelegt. Stattdessen wird in einem umfassenden Sinn ein Äquivalenzverhältnis der jeweiligen „Gesamtleistungen“ konzipiert. In der Privatversicherung werden z.B. Sicherheitszuschläge und Rückstellungen sowie Beitragsrückerstattung und Überschussbeteiligung in das Äquivalenzverhältnis eingerechnet. In der Sozialversicherung werden verschiedene „Sekundär Risiken“, wie der Einkommensausfall, als mitversichert angenommen, um das Äquivalenzverhältnis zwischen Beiträgen und Leistungen umfassender zu konstruieren. Im Ergebnis wird damit all das thematisiert und zu erklären versucht, was nicht dem streng individualistischen Risikoäquivalenzverhält-

nis entspricht. Das Ziel, auf diese Weise objektiv bestimmbar, eventuell sogar verfassungsrechtlich abgeleitet ein Ergebnis darüber zu gewinnen, welche Prämie bzw. welcher Beitrag gerecht sei, kann nicht erreicht werden. Damit wird erkennbar, dass sich die Diskussion um eine gerechte Prämie bzw. eine gerechte Beitragsbelastung letztlich um die Rechtfertigung von Umverteilung dreht. Der Berufung auf eine so oder anders interpretierte Äquivalenz kommt dabei eine Platzhalterfunktion für die jeweiligen Gerechtigkeitsvorstellungen zu.

Nachdem in den ersten beiden Teilen der Arbeit also die Diskussionen um Versicherung im Sozialstaat nachgezeichnet wurden und dabei erkannt wurde, dass die zugrunde liegenden Fragestellungen zum einen die Verortung von Versicherung zwischen gesellschaftlicher oder staatlicher Vorsorgeorganisation und zum anderen die Rechtfertigung von Umverteilung durch Abweichungen von einer gedachten individuellen Risikoäquivalenz ist, sollen im dritten Teil auf diese Fragen Antworten entwickelt werden. Dafür wird das hier vertretene Sozialstaats- und Grundrechtsverständnis zum Ausgangspunkt genommen. Die Ausgestaltung der Privatversicherung und der Sozialversicherung lassen sich auf dieser Grundlage als unterschiedliche Regulierungsregime zur Verwirklichung im Kern vergleichbarer Gewährleistungsziele verstehen. Die in der verwaltungswissenschaftlichen Diskussion aktuell entwickelten Muster unterschiedlicher Regulierungsziele, nämlich klassischer Markt- und Wettbewerbsförderung sowie sozialstaatlicher Funktion dieser Märkte, und hierfür einsetzbarer Regulierungsinstrumente lassen sich auch hier wieder finden. Während das private Versicherungsrecht gerade für die Lebens- und insbesondere die Krankenversicherung schon traditionell auch Regulierung zur Sicherung sozialstaatlicher Ziele kennt, lassen sich aktuelle Reformen der Sozialversicherung als Versuche interpretieren, wettbewerbliche Steuerungseffekt auch wieder¹⁰ in der gesetzlichen Krankenversicherung zu etablieren. Dem Gesetzgeber steht so ein Freiraum zu, der Patchwork-Lösungen erlaubt, deren Abgrenzung zwar stets in gewissem Maße willkürlich ist und die nicht zuletzt wegen der Wechselbezüglichkeit der Einzelsysteme kompliziert sind, die aber den historisch gewachsenen institutionellen Interessen Rechnung tragen, und damit nicht vom Staat eine unmögliche Politik der tabula rasa fordern.

Unter diesen Rahmenbedingungen erfolgt die Rechtfertigung von Umverteilung in Sozial- und Privatversicherung grundsätzlich vergleichbar. Anliegen dieser Arbeit ist es, die Argumentationsmuster der Schutzbedürftigkeit und der Solidarität zu verabschieden. Sie dienen letztlich dazu, Grenzen der Sozialversicherung aufzuzeigen, entweder, indem die Versicherungsfreiheit mangels Schutzbedürftigkeit verlangt wird, oder, indem die Einbeziehung neuer Perso-

¹⁰ In der historischen Perspektive, die im ersten Teil dieser Arbeit entfaltet wird, waren gerade in der Krankenversicherung gesellschaftliche Selbststeuerungsmechanismen vorhanden, die aber durch eine zunehmende Verstaatlichung des Krankenkassenwesens verloren gingen.

nengruppen mit dem Mangel an solidaritätsstiftender Homogenität abgelehnt wird. Zur Rechtfertigung von Umverteilung tragen beide Argumente nicht. Zunächst erweitert dies den staatlichen Gestaltungsspielraum, weil der Gesetzgeber beim Zuschnitt von Versichertenverbänden und Verbandslasten nicht an gesellschaftlich vorgegebenen Homogenitäten oder ähnliches gebunden ist. Auf der anderen Seite eröffnet dies den Raum dafür, auch innerhalb der Sozialversicherung Umverteilung umfassender Kontrolle am Maßstab der individuellen Grundrechte zu unterziehen. Ausgehend von einem individualistischen Äquivalenzverständnis, das die individuelle Risikoäquivalenz zur Grundlage hat, lassen sich vielfältige Umverteilungen in der Sozial- aber auch in der Privatversicherung identifizieren. Dieser weite Bereich, der nun der Rechtfertigung bedarf, erfährt diese durch Gemeinwohlgründe die vom Gesetzgeber definiert werden. Beispielsweise kann danach die kostenfreie Kindermitversicherung in den jeweiligen Krankenversicherungssystemen nicht damit legitimiert werden, dass die jeweiligen Versichertengruppen gegenüber „ihren“ Kindern Verantwortung tragen oder die Kinder der Versicherten dem eigenen Vorsorgesystem nützen.¹¹ Stattdessen bietet die Versicherung von Kindern als umfassendes Gemeinwohlziel einen Rechtfertigungsgrund dafür, dass der Staat Personen oder Organisationen diese Aufgabe und ggf. auch die entsprechenden Kosten überträgt oder auch hierfür Pflichten oder Zwangsverbände schafft. Der Gesetzgeber hat also grundsätzlich unabhängig von der Wahl des Regulierungsregimes die Möglichkeit, Umverteilungsmechanismen vorzugeben. Die Gestaltungsvorgaben der Grundrechte für den Gesetzgeber betreffen deshalb nicht so sehr die Zulässigkeit von Umverteilung, sondern verlangen stattdessen zum einen die Realisierung der verfassungsrechtlich gebotenen Gewährleistungsziele und zum anderen für die privatautonom handelnden Akteure die Gewährleistung einer funktionsfähigen Rahmenordnung.

Mit den so entwickelten Maßstäben lassen sich aktuelle Reformfragen, wie sie derzeit insbesondere für die gesetzliche und private Krankenversicherung aufgeworfen sind, die aber grundsätzlich ebenso in anderen Bereichen, die zum Thema Versicherung im Sozialstaat zählen, differenziert beantworten.

¹¹ So aber klingt es in den Urteilen BVerfG vom 03.04.2001 (Pflegeversicherung – generativer Beitrag), BVerfGE 103, 242 ff.; BVerfG vom 03.04.2001 (Pflegeversicherung – Versicherungspflicht), BVerfGE 103, 197 ff., an.