

Der Arbeitgeberbeitrag in der Sozialversicherung – eine rechtfertigungsbedürftige Sonderabgabe?

An bestimmte Erscheinungen im Sozialversicherungsrecht hat man sich derart gewöhnt, dass sie kaum noch zur Kenntnis genommen und noch viel weniger kritisch überprüft werden. Das gilt etwa für die zwangsweise Einbeziehung weiter Bevölkerungskreise in die Kranken- und die Rentenversicherung. Erst wenn hier Veränderungen anstehen, also etwa über eine Ausweitung der Versicherungspflicht nachgedacht wird, gerät Bewegung in die literarische Landschaft.¹ Ähnliches gilt für das Beitragsrecht: Nur wenn der Kreis der Beitrags- oder Abgabepflichtigen erweitert wird, scheint Diskussionsbedarf zu bestehen. Geboten wäre jedoch, eine von aktuellen Anlässen losgelöste abgabenrechtliche Dogmatik zu entwickeln, die sich in erster Linie an den einfach-gesetzlichen Rechtsgrundlagen auszurichten hätte. Das Bundesverfassungsrecht bietet hier keine sonderliche Hilfestellung:² Statt einer gesetzesorientierten Dogmatik präsentiert es Großformeln („integrierter Arbeitszusammenhang“³), Negativdefinitionen⁴ oder pseudo-soziologisches Wortgeklingel („kulturgeschichtlich gewachsene[s] besondere[s] Verhältnis gleichsam symbiotischer Art“⁵). Der nachfolgende Beitrag versteht sich als ein Versuch, die Diskussion erneut anzugehen.

■ Friedrich E. Schnapp

I. Einleitung

Abgaben, die der Staat einzelnen Bürgern oder Gruppen von ihnen neben ihrer Steuerlast und ohne Rücksicht auf diese aufbürdet, relativieren das für die rechtsstaatliche Demokratie grundlegende Prinzip der staatsbürgerlichen Lastengleichheit.⁶ Während in unserem Abgabensystem allein der Steuer das Privileg zukommt, „dem Bürger ohne Nachweis der Belastungsnotwendigkeit auferlegt werden zu können“,⁷ bedürfen andere Abgaben unter verfassungsrechtlichen Aspekten der Legitimation. Soweit sie sich außerhalb der klassischen Trias von Steuern, Beiträgen und Gebühren bewegen und sich damit als Sonderabgaben darstellen, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Judikatur⁸ einen Katalog von Zulässigkeitskriterien aufgestellt: Die zu einer Abgabe Herangezogenen müssen eine homogene Gruppe darstellen und zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck in einer besonderen Verantwortungsbeziehung stehen; schließlich müssen die Abgaben gruppennützig verwendet werden.⁹ Im Fall des Arbeitgeberbeitrags zur gesetzlichen Krankenversicherung

– an den man sich mittlerweile so gewöhnt hat, dass er selten einmal problematisiert wird¹⁰ – scheint allein das erste Merkmal zweifelsfrei vorzuliegen, während ebenso zweifellos das Merkmal der gruppennützigen Verwendung fehlt. Der Arbeitgeber nämlich erlangt durch seine Beitragsleistungen keinen Versicherungsschutz und wird auch nicht – wie etwa in der gesetzlichen Unfallversicherung¹¹ – von anderweitigen Verpflichtungen befreit.¹² Es fehlt also das ansonsten betonte Merkmal der Konnexität der Beitragspflicht mit spezifischem Risikoschutz und spezifischer Leistungsberechtigung.¹³ Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht deutlich gemacht, dass an Sozialversicherungsbeiträge Dritter nicht dieselben Maßstäbe anzulegen sind wie an die Kategorie der Sonderabgaben; denn sie seien von vornherein nicht eigen- oder gruppennützig. Typisch sei für die Sozialversicherung gerade eine Verteilung jenseits vorgegebener Gruppenhomogenität.¹⁴ Rechtlich und wirtschaftlich stellt sich der Beitrag des Arbeitgebers daher als ein Abgabentypus eigener Art dar.¹⁵ Gleichwohl bedarf eine solche Fremdlast im Hinblick auf die Belastungsgleichheit der Bürger einer *besonderen* Rechtfertigung,¹⁶ weil die bloße Zuordnung zu einem Phänotyp keinen Legitimationszusammenhang herstellen kann und weil der Umstand, dass der Gesetzgeber sich bei beitragsrelevanten Regelungen im Rahmen seiner Gesetz-

Prof. (em.) Dr. Friedrich E. Schnapp, bis 2005 geschäftsführender Direktor des Instituts für Sozialrecht, Ruhr-Universität Bochum

gebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG hält, ihn nicht von grundrechtlichen Bindungen freistellt.¹⁷

Die Frage einer Rechtfertigung *gegenüber dem Arbeitgeber* würde sich allerdings nicht stellen, wenn man dessen Beitrag in ökonomischer Betrachtung als Lohnbestandteil („Soziallohn“) und damit als vom Arbeitnehmer „mitverdient“ ansehen könnte.¹⁸ Wäre das so, dann läge die gesamte Abgabenlast auf dem Arbeitnehmer, müsste also auch nur diesem gegenüber legitimiert werden. Daran ist so viel richtig, dass alle Beiträge des Arbeitgebers zu den sozialen Sicherungssystemen Kosten des Faktors Arbeit darstellen und auf dem Unternehmensertrag lasten („Lohnnebenkosten“). Die weitere Darstellung wird jedoch deutlich machen, dass das Sozialversicherungsrecht und andere Teilrechtsordnungen den Arbeitgeberbeitrag jedenfalls rechtlich nicht als Bestandteil des Individualinkommens behandeln.

Die Ansicht vom Arbeitgeberbeitrag als Lohnbestandteil wird freilich begünstigt durch eine These des Bundesverfassungsgerichts, die es bei der Auseinandersetzung mit der verfassungsrechtlichen Frage aufgestellt hat, ob Rentenansprüche und -anwartschaften unter dem Schutz der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) stehen. In seiner Grundsatzentscheidung hierzu hat es diese Frage bejaht.¹⁹ Als eine der Voraussetzungen hat es einen besonderen personalen Bezug genannt, der in der Optik des Gerichts dadurch hergestellt wird, dass der Umfang und die verfassungsrechtliche Resistenz der Rentenansprüche und -anwartschaften durch die persönliche Arbeitsleistung des Versicherten mitbestimmt wird, „wie dies vor allem in den einkommensbezogenen Beitragsleistungen Ausdruck findet.“²⁰ Die Berechtigung des Inhabers steht bei dieser Sichtweise also im Zusammenhang mit einer eigenen Leistung, die als besonderer Schutzgrund für die Eigentümerposition anerkannt ist. Zu dieser Eigenleistung hat das Gericht in einer späteren Entscheidung nicht nur die Beiträge des Versicherten gerechnet, sondern auch solche, die durch Dritte zugunsten des Versicherten dem Vermögen des Sozialversicherungsträgers zugeflossen sind. Gemeint sind damit die Arbeitgeberanteile, die somit den eigentumsrelevanten Eigenleistungen des Arbeitnehmers zuzurechnen sind.²¹

Damit hat das Gericht sich beinahe selbst eine Falle gestellt. Wenn dieser Ausgangspunkt nämlich zutrifft, dann ist z. B. die rentenrechtliche Vorschrift des § 210 SGB VI verfassungsrechtlichen Zweifeln ausgesetzt, weil dessen Absatz 3 Satz 1 vorsieht, dass Beiträge (nur) in der Höhe erstattet werden, in der *die Versicherten selbst* sie getragen haben. Wenn aber unter dem „Dach“ von Art. 14 GG der Arbeitgeberbeitrag den eigentumsrelevanten Eigenleistungen des Arbeitnehmers zuzurechnen sind, dann verstößt es möglicherweise gegen die Eigentumsgarantie, wenn er dem Versicherten im Recht der Beitragserstattung vorenthalten wird.²² Das ist in der Tat auch von Beschwerdeführern in einer Urteilsverfassungsbeschwerde vorgetragen worden, welche von der 2. Kammer des 1. Senats freilich abgewiesen worden ist,²³ allerdings mit einer Begründung,

die einer rechtlichen Nachprüfung anhand der einfachen gesetzlichen Rechtslage nicht standhält.²⁴

Ob die These vom Arbeitgeberbeitrag als Lohnbestandteil zutrifft, lässt sich erst sagen, wenn die Rechtsgrundlagen dargestellt und analysiert worden sind. Dabei wird im folgenden vornehmlich auf die Rechtslage in der gesetzlichen Krankenversicherung eingegangen; die anderen Zweige der Sozialversicherung weisen nicht nur unterschiedliche normative Zusammenhänge auf, vielmehr hat der Beitrag bereichsspezifisch auch andere Funktionen und Wirkungen – oder auch keine. Allerdings finden sich zentrale Vorschriften über den Beitrag im 4. Buch des Sozialgesetzbuchs, in welchem – so der Untertitel des Gesetzes – „Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung“ enthalten sind. Wo also das Beitragswesen Gemeinsamkeiten aufweist, kann auch auf Rechtsprechung und Literatur zu anderen Versicherungszweigen zurückgegriffen werden. Ebenso gelten dann die nachstehenden Ausführungen entsprechend.

II. Die normativen Grundlagen

Alle Sozialversicherungsbeiträge für einen versicherungspflichtig Beschäftigten werden als Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle (=Krankenkasse: § 28 i SGB IV) gezahlt (§ 28 d Satz 1 SGB IV). Zahlungspflichtiger ist allein der Arbeitgeber (§ 253 SGB V in Verbindung mit § 28 e Abs. 1 Satz 1 SGB IV), ihn trifft mit ihm die Zahlungsverpflichtung als originär eigene Schuld.²⁵ Diese ist öffentlich-rechtlich ausgestaltet und keiner Disposition zugänglich, kann also nicht etwa – wie dies im Zivilrecht prinzipiell möglich ist – vertraglich abbedungen werden.²⁶ Selbst für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers kann die Entrichtung des Beitrags nicht dem Versicherten (= Arbeitnehmer) abverlangt werden.²⁷ Davon zu trennen ist die Frage der *Beitragstragung*, wie schon das Gesetz zu erkennen gibt. Dieses unterscheidet zwischen der „Zahlung der Beiträge“ (§§ 252 ff. SGB V) und der „Tragung der Beiträge“ (§§ 249 ff. SGB V). Im Regelfall zahlt also der Arbeitgeber allein; den auf ihn entfallenden hälftigen Teil hat er zu tragen (§ 249 Abs. 1 SGB V).

Schon diese normative Ausgangslage lässt die These vom Arbeitgeberbeitrag als Lohnbestandteil zweifelhaft erscheinen. Die Zweifel werden verstärkt, wenn man sich seine beitragsrechtliche Behandlung im übrigen ansieht: Inhaber der Beitragsforderung ist der jeweilige Sozialleistungsträger,²⁸ hier also die jeweilige Krankenkasse als Einzugsstelle. Werden keine Beiträge abgeführt, haftet der Krankenkasse nicht – auch nicht subsidiär – der Arbeitnehmer; vielmehr ist und bleibt der Arbeitgeber alleiniger Schuldner des Versicherungsträgers,²⁹ dem er mit seinem gesamten Vermögen haftet, soweit es der Zwangsvollstreckung unterliegt.³⁰ Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Beitragszahlung folgt auch nicht etwa aus dem Arbeitsverhältnis, sondern beruht auf einer gesetzlichen Bestimmung des öffentlichen Rechts. Sie gehört zu seinen Hauptpflichten gegenüber der Kranken-

kasse.³¹ An diesem Rechtsverhältnis ist der Arbeitnehmer in keiner Weise beteiligt. Vielmehr hat der Arbeitgeber gegen den Beschäftigten einen Anspruch auf den von diesem zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (§ 28 g SGB IV), der Arbeitnehmer hat also den Abzug vom Lohn kraft Gesetzes lediglich zu dulden (hinzunehmen)³².

Stimmte die These vom Arbeitgeberbeitrag als Lohnbestandteil, so wäre das auch mit rechtlichen Regelungen zur Beitragsbemessung nicht vereinbar. Als Grundlage für die Beitragsbemessung deklariert das Gesetz (§ 226 Abs. 1 Nr. 1 SGB V) in erster Linie das Arbeitsentgelt aus der versicherungspflichtigen Beschäftigung. Was Arbeitsentgelt in diesem Sinne ist, bestimmt wiederum § 14 SGB IV. Danach sind Arbeitsentgelt alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf sie besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden. In diesem Zusammenhang ist allgemein anerkannt, dass der Arbeitgeberanteil nicht zum Arbeitsentgelt gehört.³³ Wie sollte er dann Lohnbestandteil sein?

Auch die steuerliche Behandlung des Arbeitgeberbeitrags spricht gegen die These vom Lohnbestandteil. Die ständige finanzgerichtliche Rechtsprechung³⁴ wie auch die ganz herrschende Meinung im steuerrechtlichen Schrifttum³⁵ behandeln ihn nicht als steuerpflichtige Einkünfte.³⁶ Die vereinzelt geäußerte Ansicht, das Steuerrecht betrachte den Arbeitgeberanteil als persönliche Einkunft des Arbeitnehmers aus nicht-selbständiger Arbeit (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 EStG) und stelle ihn erst durch § 3 Nr. 62 frei,³⁷ übergeht einmal, dass § 4 Abs. 4 EStG den Arbeitgeberanteil als gewinnmindernde Betriebsausgabe des Unternehmens behandelt.³⁸ Sie vernachlässigt auch den Umstand, dass nach ganz überwiegender Ansicht dem § 3 Nr. 62 Satz 1 EStG lediglich deklaratorische Bedeutung zukommt.³⁹

Lässt sich also der Arbeitgeberanteil nicht als Lohnbestandteil deuten, der „in Wirklichkeit“ dem Versicherten abverlangt (oder – in anderer Sichtweise – vorenthalten) wird, so bedarf seine Auferlegung einer Rechtfertigung gegenüber dem Arbeitgeber. So entspricht es auch allgemeiner Ansicht, dass insbesondere dann, wenn das Gesetz einer Person, die (wie der Arbeitgeber) nicht „Versicherter“ ist, Sozialversicherungsbeiträge abfordert, es unter grundrechtlichen Aspekten einer besonderen Legitimation für den Gesetzgeber bedarf.⁴⁰ Das Bundesverfassungsgericht hat insofern ausgeführt: „Die Heranziehung nicht selbst Versicherter als Beteiligter bedarf... eines sachorientierten Anknüpfungspunktes in den Beziehungen zwischen Versicherten und Beitragspflichtigen, der diese Heranziehung nicht außerhalb der Vorstellungen liegend erscheinen lässt, von denen die Sozialversicherung in ihrem sachlichen Gehalt bestimmt wird.“⁴¹

III. Der Kompetenztitel „Sozialversicherung“ als Legitimation?

Nun könnte man in Erwägung ziehen, mit der Aufnahme des Kompetenztitels „Sozialversicherung“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG habe der Verfassungsgesetzgeber die Institution selbst in ihrer überkommenen Gestalt, also auch mit der paritätischen Lastenverteilung⁴² einschließlich der mit ihr verbundenen freiheitsbeschränkenden Maßnahmen anerkannt. Dieser Gedanke wird nahegelegt durch Erörterungen des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Das Gericht hat nämlich insofern ausgeführt, dass diese Kompetenz bereits aus sich heraus auf die Regelung der Finanzierung der Sozialversicherung, mithin auf die Erhebung von Sozialversicherungsabgaben, gerichtet sei.⁴³ Voraussetzung dabei ist allerdings, dass es sich dabei in der Sache um „Sozialversicherung“ handelt. Dazu gehört nach der Judikatur des BVerfG „jedenfalls die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit.“⁴⁴

Dabei hat das Gericht zur näheren Kennzeichnung hinzugefügt: „Außer dem Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten ist die Art und Weise kennzeichnend, wie die Aufgabe organisatorisch bewältigt wird: Träger der Sozialversicherung sind selbständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre Mittel durch Beiträge der ‚Beteiligten‘ aufbringen (vgl. BVerfGE 11, 105 [111 ff.]; 63, 1 [35]).“⁴⁵ Wer „Beteiligter“ in diesem Sinne ist, hat das Gericht dann wie folgt umrissen: „Beteiligter in diesem Sinne ist allerdings nicht einfach jeder, den der Gesetzgeber mit einer Abgabe belegt, deren Aufkommen zur Finanzierung von Sozialleistungen verwandt wird. Die Heranziehung nicht selbst Versicherter als Beteiligter bedarf vielmehr eines sachorientierten Anknüpfungspunktes in den Beziehungen zwischen Versicherten und Beitragspflichtigen, der diese Heranziehung nicht außerhalb der Vorstellungen liegend erscheinen lässt, von denen die Sozialversicherung in ihrem sachlichen Gehalt bestimmt wird. Auch das gehört zum ‚verfassungsrechtlichen Gattungsbegriff‘ der Sozialversicherung.“ Der zuletzt zitierte Satz und seine systematische Stellung in den Entscheidungsgründen machen deutlich, dass das Erfordernis des apostrophierten „sachorientierten Anknüpfungspunktes“ bereits unter der Rubrik des Kompetenztitels erscheint. Dass ähnliche Überlegungen auch noch unter grundrechtlichen Aspekten eine Rolle spielen, tut dem keinen Abbruch. Anders gesagt: Mit der Bejahung der Frage, ob es den erwähnten „sachorientierten Anknüpfungspunkt“ gibt, „der nicht außerhalb der Vorstellungen liegt, von denen die Sozialversicherung in ihrem sachlichen Gehalt bestimmt wird“, ist noch nicht über die materiell-rechtliche Frage nach der Rechtmäßigkeit der Heranziehung entschieden.⁴⁶

Alles andere würde auch bedeuten, dass Grundrechte nur nach Maßgabe von Kompetenzen gälten. So richtig es ist, dass es die in den Kompetenzvorschriften erwähnten Institutionen im Großen und Ganzen soll geben dürfen, wenn anders sich das Grundgesetz nicht als misslungen

genes Experiment des Verfassungsgebers erweisen soll,⁴⁷ so errichten doch gleichwohl die Grundrechte Kompetenzschränken.⁴⁸ Insbesondere dann, wenn ein Gesetz einer Person, die – wie ein Arbeitgeber – nicht „Versicherter“ ist, Sozialversicherungsbeiträge abverlangt, bedarf es unter grundrechtlichen Aspekten einer besonderen Legitimation für den Gesetzgeber.⁴⁹ Alles andere würde auch heißen, den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zu einer Befugnis des Inhalts denaturieren zu lassen, dass die Sozialversicherung durch nichtsteuerliche Abgaben beliebiger Art finanziert wird und sich der Gesetzgeber beliebige Konfigurationen „fallweise zusammensuchen kann.“⁵⁰ Damit bleibt die Frage nach der grundrechtlichen Rechtfertigung des Arbeitgeberbeitrags weiterhin klärungsbedürftig. Als betroffenes Grundrecht kommt hier das Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) in Betracht. Geschützt und damit beeinträchtigt ist insoweit zwar nicht das Vermögen als solches, aber der Unternehmensertrag als Ergebnis der Innehabung, Nutzung und Verwendung erworbener und vorhandener Vermögensgüter.⁵¹ Ferner ist die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 Satz 1 GG) in Gestalt der Unternehmensfreiheit in Erwägung zu ziehen⁵² sowie der dem Art. 3 Abs. 1 GG entnommene Grundsatz der staatsbürgerlichen Lastengleichheit.⁵³ Einzelheiten der Grundrechtsdogmatik sind hier nicht zu erörtern, weil die Eingriffsqualität einer staatlichen Auferlegung von Geldleistungspflichten nicht in Frage steht und damit die Frage nach der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung in den Vordergrund rückt.

IV. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als Legitimation?

1. Die erforderliche Legitimation wird nach verbreiteter Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für „seine“ Arbeitnehmer erblickt.⁵⁴ Bei einem solchen Ansatz ergeben sich aber sogleich konstruktive Schwierigkeiten. Bleibt man nämlich in dem Bezugsrahmen des Arbeitsvertrags, dann entspricht der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Fürsorge. Dann müsste – so die weitere Konsequenz – der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf Entrichtung des Arbeitgeberanteils zur Sozialversicherung haben. Das ist aber nicht der Fall. Weder „schuldet“ der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer die Entrichtung des Beitrags,⁵⁵ noch „haftet“ er ihm gegenüber, wenn er den Anteil – in welcher Verschuldensform auch immer – nicht entrichtet. Hat also der Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber keinen Anspruch auf Tragung des Arbeitgeberanteils und haftet der Arbeitgeber bei einem Zahlungsausfall auch nicht seinem Arbeitnehmer, sondern dem Träger der Krankenversicherung, dann fällt es schwer, die Entrichtung des Arbeitgeberanteils als einen Ausfluss der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht zu verstehen. Denn wo eine Partei des Arbeitsvertrags *keinen Anspruch* gegen die andere hat, kann diese *keine Verpflichtung* treffen.

2. Eine arbeitsvertragliche Fundierung des Arbeitgeberanteils ist auch deswegen problematisch, weil das Versi-

cherungsverhältnis nicht einmal einen Arbeitsvertrag voraussetzt. Maßgeblich dafür ist vielmehr (lediglich) die Ausübung einer entgeltlichen Beschäftigung (§ 1 Nr. 1 SGB VI). Nun mag zwar im Regelfall das arbeitsrechtliche Vertragsverhältnis mit dem sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis zusammenfallen; gleichwohl ist das eine vom rechtlichen Schicksal des anderen unabhängig.⁵⁶ Das gilt ungeachtet des Umstandes, dass wegen der Figur des „faktischen“ Arbeitsverhältnisses sich beide Phänomene stark angenähert haben.⁵⁷ Denn die Frage, ob ein Beschäftigungsverhältnis in diesem Sinne vorliegt, ist allein nach Vorschriften des Sozialversicherungsrechts zu beantworten.⁵⁸ Anders als ein Arbeitsvertrag stehen ferner Beginn und Ende des Beschäftigungsverhältnisses nicht zur Disposition der Parteien des Arbeitsvertrages, weil damit zugleich Beginn und Ende der Versicherungspflicht markiert werden, die wiederum den Versicherungsschutz dirigieren. Die Versicherungspflicht aber und damit der Eintritt des Versicherungsschutzes ist öffentlich-rechtlicher Natur und zwingend.⁵⁹ Dies ergibt sich nicht zuletzt aus § 32 SGB X, wonach privatrechtliche Vereinbarungen, die zum Nachteil des Sozialleistungsberechtigten von Vorschriften des Sozialgesetzbuchs abweichen, nichtig sind.

3. Ist die Fürsorge des Arbeitgebers auf Schutz und Förderung sowie darauf gerichtet, dass dem Arbeitnehmer keine Nachteile entstehen, dann müsste konsequenterweise dem Arbeitnehmer dann ein Nachteil erwachsen, wenn der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zur Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags und zur Tragung des auf ihn entfallenden Anteils nicht nachkommt. Auch das ist jedoch nicht der Fall, wie sich ebenfalls dem Gesetz entnehmen lässt. Dazu sei unterstellt, der Arbeitgeber würde entweder den Gesamtsozialversicherungsbeitrag oder auch nur seinen Anteil nicht über die Einzugsstelle an den Krankenversicherungsträger abführen. Weil – wie dargestellt – der Träger der Krankenversicherung Forderungsinhaber ist, trägt er konsequenterweise auch das Insolvenz- und Ausfallrisiko. Dem Versicherten gereicht der Zahlungsausfall nicht zum Nachteil, und zwar aus folgendem Grund: Voraussetzung für Leistungsansprüche gegen die Krankenkasse ist die Mitgliedschaft (arg. § 19 SGB V) oder die Versicherteneigenschaft. So heißt es in den Leistungsvorschriften regelmäßig: „Versicherte haben Anspruch auf... „. Meldung und Beitragsabführung sind für den Versicherungsschutz nicht konstitutiv,⁶⁰ und zwar schlicht deshalb, weil sie in den Tatbestandsmerkmalen der Anspruchsvorschriften nicht auftauchen. Daraus wird ersichtlich, dass die Nichtabführung von Beiträgen durch den Arbeitgeber keine Verletzung von dessen Fürsorgepflicht darstellen kann, weil dem Arbeitnehmer kein Schaden daraus erwächst. Wäre es anders, so müsste man dem Arbeitnehmer die Rechtsmacht zugestehen, die Beitragszahlung gegenüber dem Arbeitgeber durchzusetzen. Diese Befugnis hat aber nur, wie dargestellt, die Gläubigerin, nämlich die Krankenkasse. Die erwähnten gesetzlichen Vorkehrungen dienen also dem Schutz des Versicherten für den Fall, dass sein Arbeitgeber die Beiträge nicht ordnungsgemäß entrichtet

hat;⁶¹ sie machen zugleich deutlich, dass der Versicherungsschutz vom Arbeitsverhältnis losgelöst und insbesondere von der effektiven Beitragsentrichtung durch den Arbeitgeber unabhängig ist.⁶² Auch Art und Weise der Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung hängen nicht von den Beiträgen ab; vielmehr sind sie standardisiert.⁶³

4. Es ist dargestellt worden, dass einige Ansichten dahin gehen, der Arbeitgeberbeitrag zur Sozialversicherung stelle einen Lohnbestandteil dar. Zur Rechtfertigung der Einbehaltung dieses Beitrags wird auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers rekurriert.⁶⁴ Beide Thesen sind aber miteinander unverträglich, weil sich dann einmal die Beitragsentrichtung als Emanation einer arbeitsrechtlichen Nebenpflicht darstellen würde, ein anderes Mal aber die Erfüllung einer Hauptpflicht aus dem Arbeitsvertrag wäre.⁶⁵

V. Arbeitsvertragliche Nebenpflichten als öffentlich-rechtlicher Eingriffstitel?

Soweit ersichtlich, besteht Einigkeit darin, dass die öffentlich-rechtliche Inpflichtnahme des Arbeitgebers, den auf ihn entfallenden Anteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag rechtlich und wirtschaftlich zu tragen, eine Fremdlast ist, der Arbeitgeberanteil also eine fremdnützige Abgabe darstellt.⁶⁶ Für wen er von Nutzen ist, wem genau er also zugute kommt, kann hier zunächst offen bleiben. Wie dem auch sei: Mit der Auferlegung der Beitragslast wird, wie oben unter III. (a. E.) dargestellt, in die grundrechtliche Sphäre des Arbeitgebers eingegriffen. Die Frage stellen, ob unter diesem Gesichtspunkt von der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers eine „beitragslegitimierende“ Wirkung ausgeht, heißt sie verneinen. Das würde nämlich eine wundersame Verwandlung einer arbeitsrechtlichen Nebenpflicht in einen grundrechtlichen Eingriffstitel für den staatlichen Gesetzgeber bedeuten.⁶⁷ Nun ist gerade die Dogmatik der allgemeinen Grundrechtslehren nicht gerade von einem Mangel an Phantasie geprägt, aber dass eine zivilrechtliche Nebenpflicht eine Ermächtigung zu Grundrechtseingriffen hergibt, ist – soweit ersichtlich – als Gedanke bislang noch nicht aufgetaucht. Nähme man tatsächlich eine solche Rochade zwischen Zivil- und öffentlichem Recht vor, würde sich an der Rechtfertigungsproblematik im übrigen nichts ändern. Die Auferlegung der Beitragslast wäre nichts anderes als staatlich abgenötigte Fürsorge, die ebenso wie staatlich aufgezwungene Solidarität legitimationsbedürftig ist.⁶⁸ Das ist im folgenden kurz darzulegen.

VI. Das Solidarprinzip als Eingriffsermächtigung

Will man den Gedanken der Solidarität im rechtlichen Raum verwenden, so bedarf es zunächst der Begriffshygiene: Die ethisch begründete Solidarität motiviert zu freiwilligem, altruistischem Handeln; übernimmt die Rechtsordnung diesen Gedanken, mutiert also „Solida-

rität“ zu einer rechtlichen Verpflichtung, dann empfiehlt es sich zunächst, schon terminologisch diese Differenzierung deutlich zu machen und vom Solidarprinzip zu sprechen.⁶⁹ Wichtiger ist, dass dieses als rechtlicher Grundsatz verstandene Prinzip rechtfertigungsbedürftig ist,⁷⁰ dass es „durch den begrenzenden Filter der Grundrechte laufen muss“⁷¹. Es genügt also nicht, einfach das Schlagwort „Solidarprinzip“ fallen zu lassen und sich damit jeder weiteren Begründung entziehen zu wägen.⁷² Auch das Bundesverfassungsgericht stellt die Frage nach einem „sachlich einleuchtenden Grund dafür, daß ein Privater im Unterschied zu anderen Privaten über seine Steuerpflicht hinaus als Beteiligter im Sinne des Sozialversicherungsrechts zu einer Abgabe herangezogen wird, die weder ihm selbst noch seiner Gruppe zugute kommt, ihm vielmehr als fremdnützige Abgabe auferlegt wird...“⁷³ Es führt dann weiter aus, eine solche Rechtfertigung könne sich aus „spezifischen Solidaritäts- und Verantwortlichkeitsbeziehungen zwischen Zahlungsverpflichteten und Versicherten ergeben“ und nennt dann das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern als typischen und beispielhaften Fall „einer solchen spezifischen Verantwortlichkeit“.⁷⁴

Wenn das als rechtliche These und nicht als Äußerung in „forensischer Laiensoziologie“⁷⁵ verstanden werden soll, dann ist daran zu erinnern, dass es Rechtsverhältnisse zwischen gesellschaftlichen Gruppen – hier: zwischen „den“ Arbeitgebern und „den“ Arbeitnehmern – nicht geben kann.⁷⁶ Deshalb stellt die neuere Literatur auf das Mitverantwortungs- und Fürsorgeverhältnis zwischen „dem“ Belasteten und „dem“ versicherten Beschäftigten ab.⁷⁷ Der Arbeitgeberanteil ist in dieser Sichtweise zwar fremdnützig, aber immer nur zugunsten eines *bestimmten* Dritten, eben des Arbeitnehmers.⁷⁸ Eine solche Deutung kann allerdings manche Regeln und Mechanismen des positiven Rechts nicht erklären. So wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Versicherte in der gesetzlichen Krankenversicherung materiellen Versicherungsschutz auch dann genießt, wenn er nicht gemeldet worden ist und keine Beiträge „für ihn“ abgeführt worden sind.⁷⁹ Auch lässt sich bei der Entrichtung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags nicht feststellen, auf wen er bezogen ist: Der Arbeitgeber hat ihn an die Einzugsstelle (die Krankenkasse) abzuführen (§ 28 e SGB IV) und dieser einen Beitragsnachweis einzureichen (§ 28 f Abs. 3 Satz 1 SGB IV). Ein Einzelnachweis je Arbeitnehmer findet dabei nicht statt;⁸⁰ damit aber lässt sich weder der Arbeitgeber- noch der Arbeitnehmeranteil einem einzelnen Versicherten zuordnen.⁸¹ Man stelle sich in einem Gedankenexperiment vor, statt für 100 Beschäftigte führe ein Arbeitgeber nur für 99 von ihnen Beiträge ab. Wie sollte man feststellen, „für wen“ kein Beitrag geleistet worden ist?

Auch sind Art und Weise der Leistungen nicht von den Beiträgen abhängig; vielmehr gibt das Gesetz zunächst in abstrakter Form die Leistungen vor, auf die Versicherte Anspruch haben, sodann sind im jährlich aufzustellenden Haushaltsplan alle im Haushaltsjahr voraussichtlich zu leistenden Ausgaben aufzuführen (§ 67 SGB IV); erst

danach sind die Beiträge so zu bemessen, dass sie – neben sonstigen Einnahmen und dem Betrag für die Auffüllung der Rücklage – die vorgesehenen Ausgaben decken (§ 21 SGB IV, § 220 Abs. 1 SGB V). Das ist ein Charakteristikum des Umlageverfahrens. Wegen der Jährlichkeit des Haushaltsplans kann es also sein, dass ein Arbeitgeber in einer bestimmten Periode wesentlich mehr an Beitragsanteilen an das „System“ abführt, als „seine“ Arbeitnehmer an Leistungen aus diesem beziehen. Nicht nur das: Spätestens mit dem Risikostrukturausgleich nach § 266 SGB V, bei welchem zwischen Kassen und Kassenarten Finanzströme bewegt werden, geht jede Möglichkeit verloren, zu ermitteln, welche Leistungsempfänger von welchen Beiträgen „profitieren“. Die Durchführung dieses Finanzausgleichs macht endgültig klar, dass die Arbeitgeberanteile in das System als Ganzes fließen, dass sie also *systemnützig* sind. Das kann bei einem Umlageverfahren nicht anders sein, weil mit der Gesamtumlage ein Gesamtbedarf, der bei den Leistungsbeziehern entsteht, zu decken ist und nicht mit einem bestimmten Beitrag ein individueller Bedarf.

Schließlich können sich zwischen die Zahlung der Beiträge und den Eintritt des Versicherungsfalls Ereignisse schieben, die individuelle Rechtsbeziehungen vollends im Dunkel verschwinden lassen: Ein Unternehmen kann insolvent und eine Kasse aufgelöst oder geschlossen werden (§§ 152, 153 SGB V), der Arbeitnehmer kann ein- oder mehrmals den Arbeitsplatz oder auch – seit Einführung des Wahlrechts (§§ 173 ff. SGB V) – die Kasse wechseln. Entscheidend dabei ist nicht die tatsächliche Schwierigkeit festzustellen, wohin Beiträge oder Beitragsanteile endgültig geflossen sind; wesentlich ist, dass diese Anonymisierung im System selbst angelegt ist. Auch wegen dieser Anonymität erweist es sich als problematisch, den Arbeitgeberanteil als Emanation der personal konzipierten Fürsorgepflicht zu deuten.⁸² Wo angesichts dieses einfach-gesetzlichen Realbefundes die vom Bundesverfassungsgericht bemühten „spezifischen Solidaritäts- oder Verantwortlichkeitsbeziehungen zwischen Zahlungsverpflichteten und Versicherten“⁸³ liegen sollen, bleibt ein Geheimnis dieses Gerichts.

VII. Rückbesinnung auf die Grundrechtsdogmatik

Weiter oben (III. am Ende) ist dargelegt worden, dass die Auferlegung des Arbeitgeberanteils einen Eingriff in Grundrechte des Arbeitgebers darstellt, wobei hier vorrangig Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG in Betracht kommt. Ist man sich in diesem Ausgangspunkt einig, dann verwundert, warum nicht die herkömmlichen Instrumente der Grundrechtsdogmatik zur Anwendung kommen sollen: Nach der Feststellung des Grundrechteingriffs ist die Frage nach dessen verfassungsrechtlicher Rechtfertigung zu stellen. Dazu werden die in der jeweiligen Grundrechtsbestimmung angelegten Beschränkungsmöglichkeiten untersucht. Bei diesen sind – sieht man von der hier erörterten Problematik einmal ab – arbeitsvertragliche Nebenpflichten als Grundrechtsschranken bislang je-

denfalls noch nicht aufgetaucht. Verbleibt man in dem eigentumsgrundrechtlichen Bezugsrahmen, dann stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber mit der Anordnung, dass der Arbeitgeber den Krankenkassenbeitrag zur Hälfte tragen muss, die Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG) durch eine Inhalts- oder Schrankenbestimmung konkretisiert hat. In weiten Teilen von Rechtsprechung und Literatur werden Inhalts- und Schrankenbestimmung undifferenziert nebeneinander gestellt.⁸⁴ Richtigerweise muss man hier jedoch differenzieren, weil sonst die Schrankenziehung als bloßer Aspekt einer allgemeinen Inhaltsbestimmung erschiene⁸⁵ und es schwierig würde zu prüfen, ob der Gesetzgeber bei der Schrankenziehung innerhalb der Schranken geblieben ist, welche ihm die Verfassung hierbei zieht. In Anlehnung an das Bundessozialgericht⁸⁶ kann man folgende Abgrenzung vornehmen: Um inhaltsbestimmende Vorschriften handelt es sich, wenn sie allgemein und abstrakt die Voraussetzungen für die Entstehung und den Erwerb des Rechts, seinen Inhalt, seine Übertragung und seinen Verlust im gesetzlichen Normalfall regeln. Als Schrankenbestimmungen stellen sich solche Normen dar, die in Abweichung vom Normalfall einzelne Rechtspositionen einschränken oder umgestalten. Vor dem Hintergrund dieser Umschreibung stellt die Auferlegung des Arbeitgeberbeitrags eine Schrankenbestimmung dar, mit der die Sozialbindung des Arbeitgeberbeitrags konkretisiert wird.⁸⁷ Dabei kommt dem Gesetzgeber zwar eine weite Gestaltungsbefugnis zu; wegen der Zielsetzung von Art. 14 Abs. 2 GG muss die jeweilige Regelung aber am Gemeinwohl ausgerichtet sein und dem Verhältnismäßigkeitsgebot entsprechen.⁸⁸ In diesem Sinne ergibt sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung aus dem allgemeinen Interesse an einem funktionierenden System der gesetzlichen Krankenversicherung; durch die Beitragsregelungen dieses Systems werden auch Tarifverhandlungen von der Frage entlastet, in welchem Maße Arbeitgeber für die soziale Sicherung der Arbeitnehmer aufkommen müssten oder sollten. Ein funktionierendes System sozialer Sicherheit, das den einzelnen Arbeitnehmer von der Sorge befreit, beim Ausfall oder beim Verlust seiner Erwerbsfähigkeit ohne Unterhalt dazustehen, bringt auch dem Arbeitgeber kalkulatorische Berechenbarkeit. Dergestalt erweist sich die gesetzliche Krankenversicherung als eine der wichtigsten Voraussetzungen für die wirtschaftliche „Veranstaltung“, die der Arbeitgeber organisiert.⁸⁹ Jedenfalls ist der Abschluss von Arbeitsverträgen nicht mit der „sozialen Frage“ belastet. Dass die derart legitimierte Grundrechtsbeschränkung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unvereinbar wäre, ist derzeit nicht ersichtlich. Veränderte Rahmenbedingungen könnten aber eine erneute Prüfung nahe legen.

Zusammenfassung

Die herkömmlichen Konstruktionen zur Rechtfertigung des Arbeitgeberbeitrags in der gesetzlichen Krankenversicherung oder zu seiner dogmatischen Einordnung sind entweder mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbaren oder in sich widersprüchlich. Soweit sie aus

den arbeitsvertraglichen Beziehungen gewonnen werden, können sie auf keinen Fall den öffentlich-rechtlichen Grundrechtseingriff legitimieren, der in der Auferlegung der Beitragslast liegt. Eine verfassungsrechtlich angeleitete Sicht der Dinge verlangt nach einer im vorstehenden Beitrag vorgeschlagenen grundrechtsdogmatischen Konstruktion.

Fußnoten

- 1 In der gesetzlichen Rentenversicherung ist es insoweit seit BVerfGE 29, 221 (Leitende Angestellte) ruhig; in der gesetzlichen Krankenversicherung kommt Bewegung in die literarische Landschaft, wenn etwa die Anhebung der Pflichtversicherungsgrenze gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit Abs. 6 und 7 SGB V diskutiert oder umgesetzt wird. Zu letzterem Komplex siehe etwa Bethge/von Coelln (2004); Merten (1998) und Schnapp/Kaltenborn (2001).
- 2 Siehe auch die Kritik von Frohn (2006: 273 f.).
- 3 BVerfGE 75, 108 (155).
- 4 Z. B. BVerfG (3. Kammer des 1. Senats), SozR 3 – 2500 § 311 Nr. 1 (hier: S. 3). Dazu Hase (2000: 172). Eine der Grundregeln des Definierens ist, dass eine Definition bejahend sein muss. Dazu Schneider/Schnapp (2006: 53 f.).
- 5 BVerfGE 75, 108 (158). Dazu treffend Isensee (1992: 31).
- 6 BVerfGE 55, 274 (302 f.). Ausführlich zum Prinzip der Lastengleichheit: BVerfGE 84, 239 (268 ff.); Paul Kirchhof (1990: § 88 Rdn. 46).
- 7 Henseler (1984: 36).
- 8 Leitentscheidungen: BVerfGE 55, 274; 67, 256; 82, 159; 91, 186. Zusammenfassung bei Paul Kirchhof (1996: 669 ff.).
- 9 BVerfGE 55, 274 (305 ff.); 67, 256 (276 f.). Siehe auch BVerfGE 91, 186 (205); 92, 91 (121), wo auf die „Finanzierungsverantwortlichkeit“ abgestellt wird. Zusammenfassend: BVerfGE 93, 319 (342 ff.). Zuletzt dazu: BVerfG, NVwZ 2003, 467 ff.
- 10 Siehe aber die umfassende Darstellung bei Butzer (2001: 596 ff.) mit allen erforderlichen Nachweisen.
- 11 Siehe § 104 SGB VII.
- 12 Siehe auch Butzer (2001: 584 f.).
- 13 Dazu Bieback (2003: 24).
- 14 BVerfGE 75, 108 (158).
- 15 BSGE 86, 262 (310); BSG SozR 2200 § 1385 Nr. 16 S. 27; SozR 1200 § 51 Nr. 10 S. 27; Isensee (1973: 42); Ferdinand Kirchhof (1990: § 93 Rdn. 16); von Maydell (1992: § 20 Rdn. 9).
- 16 BVerfGE 75, 108 (147, 158). Hervorhebung im Original. Ferner BVerfGE 81, 156 (185). Merten (2002a: 477) nennt als „klassisches Beispiel“ den Arbeitgeber. Kritisch zu dieser Rechtsprechung jüngst: Storr (2004: 282).
- 17 BVerfGE 75, 108 (157 f.); 92, 53 (71 ff.); ferner Bieback (2003: 5 f.); Butzer (2001: 283); Frohn (2006: 274 ff.); Rolfs (1998: 552 f.).
- 18 So etwa Joachim Becker (2001: 154 f.); Behrends/Bruckhorst (1987: 234); Bieback (1987: 179); Bley (1975: 364); Huster (2002: 376); Isensee (1973: 19 mit Fn. 6); Ferdinand Kirchhof (1999: 165; 1994: § 53 Rdn. 27; 1991: 74 f.); Merten (1992: § 14 Rdn. 19); Ruland (1986: 147); Sodan (2003: 395); Weitere Nachweise – auch zur älteren Literatur – bei Butzer (2001: 586) sowie bei Hase (2000: 179). Zusammenfassung der Thesen in BSGE 86, 262 (292 f.).
- 19 BVerfGE 53, 257.
- 20 BVerfGE 53, 257 (291).
- 21 BVerfGE 69, 272 (302).
- 22 So auch Frohn (2006: 271).
- 23 BVerfG SozR 2200 § 1303 Nr. 34 = NJW 1988, 250. Durch diese Entscheidung sah sich das Bundessozialgericht genötigt darzulegen, wie sich der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff von dem des einfachen Gesetzes unterscheidet. Siehe BSGE 86, 262 (285 ff., 289 f.). Im vorliegenden Zusammenhang ist noch folgende Passage aufschlussreich: Die Kammer führt aus, verfassungsrechtliches Schutzgut seien nur der Anspruch oder die Anwartschaft auf Leistungen aus der Sozialversicherung, „nicht aber die hierfür entrichteten Beiträge, die Berechnungs- und Bemessungsfaktoren für sozialversicherungsrechtliche Leistungen sind.“ Die kursiv hervorgehobene Feststellung ist mit dem geltenden Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (und ebenso der gesetzlichen Rentenversicherung) nicht vereinbar, weil deren Leistungen weder von den eingezahlten Beiträgen abhängen noch davon, ob überhaupt Beiträge gezahlt worden sind. Dazu siehe weiter unten sub IV. 3 bei Fn. 50.
- 24 Siehe Fußn. 23.
- 25 Ganz einhellige Meinung; siehe z. B. BSG SozR 3-2400 § 25 Nr. 6 S. 27; BSGE 64, 110 (113); 48, 195 (197); s. a. BGHZ 133, 370 (375); BGH, NJW 2000, 2993 (2995); BFHE 172, 467 (470); Gleitze (1992: § 28e Rdn. 1); Hauck (1997: § 28e Rdn. 5); Minn (1994: § 51 Rdn. 181); Schmalor (1999: 410); Zweng/Scheerer/Buschmann/Dörr (1998: § 28e Rdn. 4).
- 26 Gleitze (1992: § 28e Rdn. 3); Hauck (1997: § 28e Rdn. 4).
- 27 Minn (1994: § 51 Rdn. 181).
- 28 BSGE 15, 118 (122 f.); Zweng/Scheerer/Buschmann/Dörr (1996: § 28h Rdn. 1).
- 29 BSGE 15, 118 (122 f.), Zweng/Scheerer/Buschmann/Dörr (1996: § 28h Rdn. 1).
- 30 Hauck (1997: § 28e Rdn. 5); Schmalor (1999: 411). Für die frühere Rechtslage in diesem Sinne schon Rosin (1893: 598 ff., bes. 605).
- 31 BSGE 41, 297 (298); 48, 195 (196); 51, 31 (36); BSG SozR 3-2400 § 25 Nr. 6 S. 28 – ständige Rechtsprechung.
- 32 Siehe auch Frohn (2006: 270): Der Arbeitgeber halte sich „schadlos“.
- 33 BSG SozR 4100 § 94 Nr. 2 S. 5; SozR 3-4100 § 94 Nr. 1 S. 6; Merten (1992: § 14 Rdn. 19); Seewald (1999: § 14 SGB IV Rdn. 14). So sahen das auch die Kommentatoren der Erstlingsgesetzgebung; plastisch die Formulierung bei Fuld (1890: § 19 Anm. 5): „Die zu leistenden Beiträge werden halbirt, die hierdurch entstehende eine Hälfte bleibt dem Arbeitgeber zur Last, während die andere Hälfte das Verdienstkonto des Arbeiters beschwert und ihm seitens des ersteren bei Zahlung des Lohnes in Abzug gebracht wird.“
- 34 BFHE 93, 304 (305 f.); FG München, EFG 1992, 116, 117; vgl. auch Sondervotum der Verfassungsrichter Dr. Fallner und Dr. Niemeyer, BVerfGE 51, 37 (42).
- 35 Heinicke (2003: § 10 Stichwort „Sozialversicherung“); Schaub (2000: § 71 Rdn. 60); Bönnemann (1967: 36 f.).
- 36 Zu steuerrechtlichen Aspekten s. a. BSGE 64, 110.
- 37 Ferdinand Kirchhof (1994: § 53 Rdn. 27).
- 38 Siehe dazu Butzer (2001: 589).
- 39 RFHE 33, 299 (303 f.); BFHE 93, 304 (305 m. w. N.); v. Beckerath (2002: § 3 Rdn. 180); Butzer (2001: 589 ff.); Heinicke (2000: § 3, Stichwort „Zukunftssicherungsleistungen“, Buchst. a).
- 40 BVerfGE 75, 108 (146 f.); 81, 156 (185); Frohn (2006: 274 ff.); Merten (2002a: 477).
- 41 BVerfGE 75, 108 (146).
- 42 Dass diese erst seit 1949 zu ihrer heutigen Dominanz aufgestiegen ist, wird aufgewiesen von Butzer (2001: 298 f.).
- 43 BVerfGE 14, 312 (318); 75, 108 (148); s. a. BVerfGE 89, 132 (144).
- 44 BVerfGE 11, 105 (112); 63, 1 (35); 75, 108 (146); 88, 203 (313). Ebenso schon vorher das Bundessozialgericht: BSGE 6, 213 (228) unter Berufung auf Walter Bogs und Alfred Manes. Zur „ultramontanen“ Herkunft dieser Formel siehe Schnapp (1995: 115); eingehend Butzer (2001: 181 ff.).
- 45 BVerfGE 75, 108 (146).
- 46 BVerfGE 75, 108 (149): „ungeachtet der noch zu erörternden Frage ihrer materiell-rechtlichen Zulässigkeit“. Wie hier auch Butzer (2001: 283); Frohn (2006: 274 ff.); Rolfs (2000: 228 ff.; 1998: 552). In seiner Entscheidung vom 29. 1. 1998 (NZS 1998, 482) hat das Bundessozialgericht diese Fragen vermengt. Siehe ferner Schnapp (2003: 346 f.).
- 47 Ossenbühl (1968: 190).
- 48 Wülfig (1981: bes. 116 ff.); für die Sozialversicherung: Merten (2002b: 613 ff.).
- 49 BVerfGE 75, 108 (146 f.); 81, 156 (185); Merten (2002a: 477).
- 50 BVerfGE 75, 108 (158).
- 51 Siehe bereits BVerfGE 1, 264 (274 f.); 29, 260 (267); ferner Jarass (2004, Art. 14 Rdn. 17); Bryde (2000: Art. 14 Rdn. 23); Schnapp (2003: 361), jeweils m. w. N. Zum thematischen Zusammenhang zwischen Berufs- und Eigentumsfreiheit siehe BVerfGE 8, 71 (79); 21, 150 (154 ff.); 50, 290 (361 ff); Schnapp (2003: 359 f. mit Nachweisen in Fn. 78).
- 52 Vgl. BVerfGE 50, 290 (366); 65, 196 (210); Badura (1995: 230); Jarass (2004: Art. 2 Rdn. 4).
- 53 Siehe nochmals Fn. 1.
- 54 Siehe die umfangreichen Nachweise bei Joachim Becker (2001: 154); Butzer (2001: 596 f.); Hase (2000: 179).
- 55 BSGE 11, 278 (279); BSG SozR 3-2400 § 25 Nr. 6 S. 28; SozR 3-2400 § 28h Nr. 7, S. 24. Für eine dahingehende Leistungsklage fehlt also schon das Rechtsschutzbedürfnis: BSG SozR 3-2400 § 28h Nr. 7, S. 24.
- 56 BSGE 1, 115 (117 ff.); 11, 86 (89 ff.); Seewald (1999: § 7 SGB IV Rdn. 4, 15 f.).
- 57 Dazu Schnapp (2000: § 26 Rdn. 27). Ein Plädoyer für die Entbehrlichkeit des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses bei Gitter (1981: 141 ff.) und Seiter (1976: 179 ff.); dagegen zutreffend Igl/Welti (2007: 53 f.).
- 58 BSGE 15, 65 (68 f.); 19, 265 (267); 52, 76 (77).

- 59 BSGE 52, 152 (165); Gleitze (1992: § 28e Rdn. 3); Hauck (1997: § 28e Rdn. 4); Waltermann (1992: 1140).
- 60 Bley/Kreikebohm/Marschner (2001: Rdn. 328); Schulin/Igl (2002: 106); Kingreen (2003: 181); Schnapp (2000: § 26 Rdn. 23). Siehe auch BSG SozR 2600 § 121 RKG Nr. 4 S. 13: „Grundlage der Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung [sind] nicht die Beiträge, sondern die Mitgliedschaft.“ So schon RGZ 56, 351 (353); RGSt 15, 414 (416); v. List (1906: 18 f.); Rosin, (1908: 43 f. mit weiteren Nachweisen in Fn. 4), der dort hinzufügt: „Ueber diese Grundsätze herrscht auch in der Literatur Uebereinstimmung.“
- 61 Schnapp (2000: § 26 Rdn. 184).
- 62 Siehe auch schon BVerfGE 14, 312 (318): „Die Auffassung, ihre [scil. der Arbeitgeber] Verpflichtung, Sozialversicherungsbeiträge zu leisten, lasse sich auf das einzelne Arbeitsverhältnis und eine ihm entspringende Vertragspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer zurückführen, ist mit dem System des Sozialversicherungsrechts nicht zu vereinbaren.“ Zustimmend BSGE 21, 57 (62); 22, 288 (290). Kritisch Butzer (2001: 611); unklar Bieback (2003: 34), der von der „Beitragspflicht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis“ spricht (Hervorhebung von mir).
- 63 Auch in der gesetzlichen Rentenversicherung sind die Leistungen nicht von einer effektiven Beitragszahlung abhängig; es gibt keine beitragsbezogenen Leistungen und keine leistungsbezogenen Beiträge. Siehe im einzelnen BSGE 86, 262 (bes. S. 300); 92, 113 LS 3. Ferner Schnapp (2005: 824 ff.).
- 64 Frohn (2006: 288) will die Fürsorgepflicht als „mittelbare“ causa für den Arbeitgeberanteil fruchtbar machen: Der Sozialgesetzgeber mache sich die privatrechtliche Fürsorgepflicht gewissermaßen dienstbar und komme dergestalt seiner grundrechtlichen Schutzpflicht gegenüber dem Arbeitnehmer nach. Dieser Ansatz verkennt u. a., dass es zunächst des Nachweises einer Gefährdungslage bedarf, bevor die Schutzpflicht ausgelöst wird. Dazu etwa Lorenz (1989: § 129 Rdn. 30 f.);
- 65 Hase (2000: 179).
- 66 BVerfGE 75, 108 (157 f.); BSGE 86, 262 (290); Isensee (1992: 29; 1980: 150). Mit der Formulierung ist nicht dazu Stellung genommen, ob der Arbeitgeberanteil als „Abgabe“ oder als „Beitrag“ zu qualifizieren ist. Diejenigen Autoren, die ihn als Abgabe im rechtstechnischen Sinne verstehen und demgemäß einen engen Beitragsbegriff vertreten, verknüpfen damit das Anliegen, den Arbeitgeberanteil an den Kriterien zu messen, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Sonderabgaben-Judikatur aufgestellt hat. Zu letzterer siehe jüngst Schnapp (2003: 353 ff.). Zur Diskussion um einen „engen“ oder „weiten“ Beitragsbegriff siehe Butzer (2001: 261 ff.). Zur Abgrenzung des Sozialversicherungsbeitrags von anderen Abgabenarten siehe auch Hase (2000: 171 ff.).
- 67 Siehe auch BSGE 86, 262 (313).
- 68 Zu diesem Problem eingehend Butzer (2001: 372 ff.).
- 69 So der Vorschlag von Kingreen (2003: 253 ff.).
- 70 Butzer (2001: 377); Kingreen (2003: 259).
- 71 Kingreen (2003: 258).
- 72 Das ist aber weitverbreitete Praxis in Rechtsprechung und Literatur; siehe die Nachweise bei Butzer (Fn. 5), S. 373 mit Fn. 166 und 167.
- 73 BVerfGE 75, 108 (157).
- 74 BVerfGE 75, 108 (158 ff.). Hierzu ist allerdings zu bemerken, dass es bei einer rechtlichen Inpflichtnahme um Rechtsbeziehungen geht, auf deren Seiten Rechtssubjekte stehen müssen. „Der“ Arbeitgeberschaft, „der“ Wirtschaft oder „der“ Belegschaft kommt jedoch diese Eigenschaft nicht zu, sie scheiden daher als Pflichtsubjekte aus. Näher dazu Butzer (2001: 604); Hase (2000: 178 f.); Henseler (1984: 146); Isensee (1980: 150 f.); Merten (1998: 547).
- 75 Dieser Ausdruck bei Isensee (1992: 31) zur Kritik an der Entscheidung BVerfGE 75, 108.
- 76 Hase (2000: 178 ff.).
- 77 Butzer (2001: 604); Hase (2000: 177).
- 78 Hase (2000: 177 mit Fn. 118).
- 79 Siehe oben bei Fn. 50. Für die gesetzliche Rentenversicherung zuletzt: BSGE 92, 113 (130, Rdn. 79 ff.).
- 80 BSGE 86, 262 (302 f.); Seewald (1999: § 28f SGB IV Rdn. 15).
- 81 Wie sollte auch ein individualisierter Beitragsnachweis bei mehreren tausend versicherten Beschäftigten aussehen? Vgl. dazu den gemäß § 4 Abs. 1 der Beitragsüberwachungsverordnung erstellten bundeseinheitlichen Vordruck „Beitragsnachweis“, download unter: www.aok-business.de.
- 82 Nach Ansicht des Bundessozialgerichts (BSGE 86, 262 [312 ff. mit weiteren Nachweisen]) stellt sich Sozialversicherung gerade nicht als Ausdruck der Fürsorge dar, sondern bezweckte und bewirkte ihre Ablösung.
- 83 BVerfGE 75, 108 (158). Hervorhebung von mir.
- 84 Siehe dazu Ramsauer (1980: 539).
- 85 W. Leisner (1989: Rdn. 63 ff.).
- 86 BSG SozR 3-2600 § 93 Nr. 7 S. 51 f.
- 87 BSGE 86, 262 (312).
- 88 BVerfGE 70, 101 (111).
- 89 Hase (2001: 181); Henseler (1984: 144 f.).

Literatur

- Badura, Peter (1995): *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 10. Aufl., Berlin/New York.
- Becker, Joachim (2001): *Transferequidität und Verfassung*, Tübingen.
- von Beckerath, Hans-Jochem (2002), *Kommentierung von § 3 EStG*, in: Kirchhof (Hrsg.), *Einkommensteuergesetz*, 2. Auflage, Heidelberg.
- Behrends, Behrend; Bruckhorst, Johann (1987): *Fremdlasten und Beitragsunterschiede in der gesetzlichen Krankenversicherung aus finanzverfassungsrechtlicher Sicht*, *Die Sozialgerichtsbarkeit* 1987, S. 226 ff.
- Bethge, Herbert; von Coelln, Christian (2004): *Die gesetzliche Erhöhung der Versicherungspflichtgrenze in der Gesetzlichen Krankenversicherung als möglicher Verstoß gegen die Grundrechte privater Krankenversicherungsunternehmen*, *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, S. 199 ff.
- Bieback, Karl-Jürgen (2003): *Begriff und verfassungsrechtliche Legitimation von „Sozialversicherung“*, *Vierteljahresschrift für Sozialrecht* 2003, S. 1 ff.
- Bieback, Karl-Jürgen (1987): § 116 AFG n. F. im System des Sozial- und Arbeitslosenversicherungsrechts, *Die Sozialgerichtsbarkeit* 1987, S. 177 ff.
- Bley, Helmar (1975): *Der Beitrag zur Rentenversicherung in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts*, *Vierteljahresschrift für Sozialrecht* 1975, S. 289 ff.
- Bley, Helmar; Kreikebohm, Ralf; Marschner, Andreas (2001): *Sozialrecht*, 8. Auflage, Neuwied und Kriftel.
- Bönnemann, Heinrich (1967): *Die Rechtsnatur der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung* (Diss. iur. Köln), Essen.
- Bryde, Brun-Otto (2000): *Kommentierung von Art. 14 GG*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar* Bd. 1, 5. Auflage, München.
- Butzer, Hermann (2001): *Fremdlasten in der Sozialversicherung*, Tübingen.
- Erhard, Gerd (1989), *Kommentierung von § 3 EStG*, in: Blümich, EStG, KGSt, GewStG, Loseblatt, Stand: Juli 1989, München.
- Frohn, Hansgeorg (2006): *Der Arbeitgeberanteil zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag – eine verfassungsrechtlich zulässige „fremdnützige Sonderabgabe“ oder...?*, *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, S. 263 ff.
- Fuld, Ludwig (1890): *Das Reichsgesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung*, Erlangen.
- Gitter, Wolfgang (1981): *Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsverhältnis*, in: *Im Dienst des Sozialrechts*, Festschrift für Georg Wannagat, Köln, S. 141 ff.
- Gleitze, Wilfried (1992): *Kommentierung von § 28e SGB IV*, in: Gleitze/Krause/von Maydell/Merten, *Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung*, Neuwied und Frankfurt/M., S. 394-396.
- Hase, Friedhelm (2000): *Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich*, Tübingen.
- Hauck, Karl (1997): *Kommentierung von § 28e SGB IV*, in: Hauck (Hrsg.), *SGB IV* (Loseblatt), Stand: Dezember 1997.
- Heinicke, Wolfgang (2006): *Kommentierung von § 10 EStG*, Stichwort „Sozialversicherung“, in: Ludwig Schmidt, *Einkommensteuergesetz*, 25. Auflage, München.
- Heinicke, Wolfgang (2000): *Kommentierung von § 3 EStG*, Stichwort „Zukunftssicherungsleistungen“, in: Ludwig Schmidt, *Einkommensteuergesetz*, 19. Auflage, München.
- Henseler, Paul (1984): *Begriffsmerkmale und Legitimation von Sonderabgaben*, Baden-Baden.
- Huster, Stefan (2002): *Die Beitragsbemessung in der gesetzlichen Krankenversicherung. Gesellschaftlicher Wandel als Herausforderung für das Sozialversicherungsrecht*, in: *JZ* 2002, S. 371 ff.
- Igl, Gerhard; Welti, Felix (2007): *Sozialrecht*, 8. Auflage, Neuwied.
- Isensee, Josef (1992): *Finanzverfassung und Sozialrecht*, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Band 35, Wiesbaden.
- Isensee, Josef (1973): *Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge*, Berlin.
- Isensee, Josef (1980): *Der Sozialversicherungsbeitrag des Arbeitgebers in der Finanzordnung des Grundgesetzes – Zur Verfassungsmäßigkeit eines „Maschinenbeitrages“*, *Deutsche Rentenversicherung* 1980, S. 145 ff.

- Jarass, Hans D. (2004), Kommentierung von Art. 14 GG, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 7. Auflage, München.
- Kingreen, Thorsten (2003): Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, Tübingen.
- Kirchhof, Ferdinand (1999): Sozialversicherungsbeitrag und Finanzverfassung, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 1999, S. 161 ff.
- Kirchhof, Ferdinand (1994): in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, Krankenversicherungsrecht, München, § 53.
- Kirchhof, Ferdinand (1992): Das Solidarprinzip im Sozialversicherungsbeitrag, in: Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Heft 35, S. 65 ff.
- Kirchhof, Ferdinand (1990): Finanzierung der Sozialversicherung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, § 93, Heidelberg.
- Kirchhof, Paul (1996): Die Sonderabgaben, Festschrift für Karl Heinrich Friauf, 1996, S. 669 ff.
- Leisner, Walter (1989): Eigentum, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, § 149, Heidelberg.
- v. List, Arndt (1906): Das geltende deutsche Arbeiterversicherungsrecht und das Problem seiner künftigen Vereinheitlichung, Berlin-Grünwald.
- Lorenz, Dieter (1989): Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Band VI, Heidelberg, § 128.
- von Maydell, Bernd (1992): Kommentierung von § 20 SGB IV, in: Gleitze/Krause/von Maydell/Merten (Hrsg.) Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, Neuwied.
- Merten, Detlef (2002a): Verfassungsprobleme bei Ausweitung der Sozialversicherungspflicht, in: Merten (Red.), Speyerer Sozialrechtsgespräche 1991-2000, Berlin, S. 477 ff.
- Merten, Detlef (2002b): Verfassungsauftrag Altersversorgung?, in: Merten (Red.), Speyerer Sozialrechtsgespräche 1991-2000, Berlin, S. 603 ff..
- Merten, Detlef (1998): Die Ausweitung der Sozialversicherungspflicht und die Grenzen der Verfassung, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 1998, S. 545 ff.
- Merten, Detlef (1992): Kommentierung von § 14 SGB IV, in: Gleitze/Krause/von Maydell/Merten (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum SGB IV, Neuwied.
- Minn, Norbert (1994): Melde- und Einzugswesen, in: Schulin, Bertram (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts. Band 1. Krankenversicherungsrecht, München, S. 1232 ff.
- Ossenbühl, Fritz (1968): Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg v. d. H.
- Ramsauer, Ulrich (1980): Über den Unterschied zwischen Inhaltsbestimmung und Schrankenbestimmung des Eigentums, Deutsches Verwaltungsblatt 1980, S. 539 ff.
- Rolfs, Christian (2000): Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, München.
- Rolfs, Christian (1998): Versicherungsfremde Leistungen der Sozialversicherung, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 1998, S. 551 ff.
- Rosin, Heinrich (1908): Die Rechtsnatur der Arbeiterversicherung, in: Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion, Tübingen, Zweiter Band, S. 41-111.
- Rosin, Heinrich (1893): Das Recht der Arbeiterversicherung, Bd. I, Berlin.
- Ruland, Franz (2003): Rentenversicherung, in: von Maydell/Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 3. Auflage, Baden-Baden 2003, Abschnitt B 16, S. 958 ff.
- Ruland, Franz (1986): Notwendigkeit und verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform der Finanzierung der Sozialversicherung, in: Bieback (Hrsg.), Die Sozialversicherung und ihre Finanzierung, Frankfurt/New York, S. 141 ff.
- Schaub, Günter (2000), Arbeitsrechtshandbuch, 9. Auflage, München.
- Schmalor, Michael (1999): Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag, 6. Auflage, Sankt Augustin.
- Schnapp, Friedrich E. (2005): Die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht – Legitimation für den Arbeitgeberanteil in der gesetzlichen Rentenversicherung? in: Söllner/Gitter/Waltermann/Giesen/Ricken (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze, München S. 815 ff.
- Schnapp, Friedrich E. (2003): Der Apothekenrabatt – eine Sonderabgabe sui generis? Vierteljahresschrift für Sozialrecht, S. 343 ff.
- Schnapp, Friedrich E. (2000): Sozialversicherungsrecht, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band II, 2. Aufl., Heidelberg, S. 798 ff.
- Schnapp, Friedrich E. (1995): Sozialversicherung – Begriff ohne Kontur? Vierteljahresschrift für Sozialrecht, S. 101 ff.
- Schnapp, Friedrich E.; Kaltenborn, Markus (2001): Verfassungsrechtliche Fragen der „Friedensgrenze“ zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung, Berlin.
- Schneider, Egon; Schnapp, Friedrich E. (2006): Logik für Juristen, 6. Auflage, München.
- Schulin, Bertram; Igl, Gerhard (2002): Sozialrecht, 7. Aufl., Düsseldorf.
- Seewald, Otfried (2003), Kommentierung von § 14 SGB IV, in: Kasseler Kommentar, Stand: Dez. 2003, München.
- Seiter, Hugo (1976): Sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsverhältnis, Vierteljahresschrift für Sozialrecht 1976, S. 176 ff.
- Sodan, Helge (2003): Zur Verfassungsmäßigkeit der Ausgliederung von Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2003, S. 393 ff.
- Storr, Stefan (2004): „Neuorganisation der Sozialen Sicherungssysteme“ – zu den verfassungsrechtlichen Grenzen von Reformen in der Sozialversicherung am Beispiel der Krankenversicherung, Die Sozialgerichtsbarkeit 2004, S. 279 ff.
- Waltermann, Raimund (1992): Sozialrechtliche Konsequenzen arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge, Neue Juristische Wochenschrift 1992, S. 1136 ff.
- Wülfing, Thomas (1981): Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, Berlin.
- Zweng, Johann; Scheerer, Reinhard; Buschmann, Gerhard; Dörr, Gernot (1998): Kommentierung von § 28 e SGB IV, Handbuch der Rentenversicherung, 3. Aufl. (Loseblatt), Stuttgart, Stand: März 1998.