

Prozessuale Möglichkeiten einzelner Versicherter, einzelner Krankenkassen und des GKV-Spitzenverbandes gegen die verfassungswidrige oder sonst rechtswidrige Heranziehung von Beitragsmitteln zur Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben

Rechtsgutachten
für den GKV-Spitzenverband

Prof. Dr. Rainer Schlegel

Präsident des Bundessozialgerichts a.D., Rechtsanwalt

22. April 2026

Hinweis: Die nachfolgenden Ausführungen waren Gegenstand eines im März 2025 für den GKV-Spitzenverband erstatteten Rechtsgutachtens. Sie beruhen auf der seinerzeit geltenden Rechtslage, die insbesondere eine anteilige Finanzierung des Krankenhaustransformationsfonds durch die Krankenkassen vorsah.

Inhaltsverzeichnis:

A. Fragestellung und Zusammenfassung der Ergebnisse	5
I. Fragestellung - Gutachtensauftrag	5
II. Ergebnisse - Summary	5
1. Strenge Zweckbindung von Sozialversicherungsbeiträgen	5
2. Verfassungsrechtliches Gebot der Belastungsgleichheit	5
3. Rechtsschutz Versicherter/Arbeitgeber bei Verstößen gegen Belastungsgleichheit	6
4. Beitragssatzrelevanz nach Saldierung versicherungsfremder Leistungen mit Steuerzuschüssen	6
5. Verstoß gegen Zweckbindung	6
6. Zweckwidrige Verwendung von Beitragsmitteln zur Finanzierung des Transformationsfonds.....	7
7. Subventionierter Krankenversicherungsschutz für Bezieher von Grundsicherung für Arbeitsuchende ..	8
8. Unterbliebene Refinanzierung von pandemiebedingten Mehrausgaben der sozialen Pflegeversicherung	8
9. Empfehlung in Hinblick auf die mit „Versichertenklagen“ verbundenen Schwierigkeiten	9
10. Systementscheidung Sozialversicherung	9
11. Konstruktion des Gesundheitsfonds - Verletzung der Verwaltungs- und Ertragskompetenz	10
12. Keine Möglichkeit der Krankenkassen zur abstrakten Normenkontrolle	10
13. Subsidiarität der Feststellungsklage	10
14. Ausschluss der Aufsichtsklage	11
15. Kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage: höhere Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds.....	11
16. Drittanfechtungsklage gegen Zuwendungsbescheid der BAS an Länder beim Transformationsfonds.	12
17. Fehlende Grundrechtsfähigkeit der Krankenkassen	13
18. Gesetzliche Klarstellung der Klagebefugnis der Krankenkassen	13
19. Klagebefugnis des Spitzenverbandes Bund der gesetzlichen Krankenkassen	13
B. Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben aus Beitragsmitteln der Sozialversicherung - Allgemeines	15
I. Organisation der Sozialversicherung	15
1. Mittelbare Verwaltung	15
2. Verbot der Aufgabenübertragung an bundesunmittelbare Behörden	16
3. Verwaltungs- und Ertragskompetenz.....	16
II. Strenge Zweckbindung der Sozialversicherungsbeiträge.....	17
1. Risikostrukturausgleich – Grundrechtliche Bindung der Sozialversicherungsbeiträge.....	17
2. Aussteuerungsbetrag – Begrenzung der Beiträge auf das jeweilige Binnensystem	17
3. Gebot der Belastungsgleichheit.....	18
III. Sozialer Ausgleich innerhalb der Sozialversicherung und Finanzierung allgemeiner Staatsausgaben	19
1. Das Soziale in der Sozialversicherung	19
2. Rechtfertigung des Ausgleichsbetrags und des Eingliederungsbeitrags	20
IV. Voraussetzungen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit	21
1. Beitragssatzrelevanz	21
a) Notwendigkeit einer Beitragserhöhung.....	21
b) Potentielle Beitragssatzsenkung	21
2. Versicherungsfremde Leistungen im Sinne von § 221 SGB V.....	22
a) Konkretisierungsbedürftigkeit des § 221 SGB V	22
b) Leistungen an ein anderes System - Nichtversicherte	23
c) Systemwidrige Zuweisung Versicherter in ein bestimmtes System.....	23
3. Zwischenfazit: Erscheinungsformen von Verstößen gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit..	24
C. Klagemöglichkeiten für Beitragspflichtige und ihre Arbeitgeber	26
I. Leistungsrechtliche Folgen der (Zwangs)Mitgliedschaft bei einem Träger der Sozialversicherung.....	26
1. Fragestellung	26
2. Eingriff in Art. 2 I GG.....	26
3. Leistungsrechtliche Konsequenzen für den Versicherten selbst – „Nikolaus-Rechtsprechung“	26
4. Kein Anspruch auf Leistungsversagung gegenüber anderen Versicherten	27
a) Ausschluss der Popularklage - Vermeidung einer Umgehung des Art. 93 I Nr. 2 BVerfG	27
b) Zusammenschau von fachgerichtlicher Prozessordnung und Verfassungsprozessrecht.....	28
II. Beitragsrechtliche Folge der (Zwangs)Mitgliedschaft bei einem Träger der Sozialversicherung.....	29
1. Beitragsrelevante Transfers kein Fall der Popularklage	29
2. Dem Transfer nach „außen“ gleichzustellende Fälle	29
3. Prüfungsmaßstab – Art. 2 I, Art. 3 I GG	30
4. Grundsatz der Belastungsgleichheit	30

III. Fachgerichtlicher Rechtsschutz für Versicherte und Arbeitgeber	30
1. Klagebefugnis	30
2. Klagebefugnis für Arbeitgeber	31
IV. Beschwerdebefugnis Versicherter vor dem Bundesverfassungsgericht - § 90 BVerfGG	32
1. Kein Erfordernis der Identität zwischen Normadressat und Beschwerdeführer	32
2. Möglichkeitstheorie	32
3. Unmittelbar anzugreifender Akt – mittelbarer angegriffene Norm	33
4. Kein Fall einer unzulässigen Popularklage	33
5. Grenzen des Rechtsschutzes - Beitragssatzrelevanz	34
6. Bewertung	34
D. Anwendungsfälle: Transformationsfonds, Beiträge für Bürgergeldempfänger - Pandemiekosten	35
I. Transformationsfonds	35
1. Ausgestaltung, Zweck und Finanzierung	35
2. Mittelaufbringung größtenteils aus Beitragsmitteln	36
3. Mittelzuweisung an die Länder	37
4. Art. 74 I Nr. 12 GG: Keine Gesetzgebungskompetenz für Transformationsfonds	38
a) Aufgaben der Sozialversicherung	38
b) Nutzen für GKV-Versicherte	38
5. Art. 74 I Nr. 19a GG: Fehlende Gesetzgebungskompetenz für Transformationsfonds	40
6. Unzulässige Mittelverwendung	41
7. Krankenhausnotopfer – Kein Präjudiz für den Transformationsfonds	42
8. Verstoß gegen Grundsätze mittelbarer Verwaltung – Art. 87 II GG	42
a) Fach- und Rechtsaufsicht über das BAS	42
b) Verbot der Verwaltung von Beitragsmitteln durch bundesunmittelbare Behörden	43
c) Gebot der organisatorischen und finanziellen Selbständigkeit	43
9. Ergebnis	44
II. Unterfinanzierter Krankenversicherungsschutz bei Beziehern von Bürgergeld	44
1. Umfassender Versicherungsschutz und dessen Finanzierung	44
a) Leistungsansprüche	44
b) Beitragsaufkommen	44
c) Unterdeckung – Vergleich Ausgaben/Einnahmen: IGES-Gutachten	44
d) Kostendeckung bei Kostenpauschale von 311 € (2022)	45
2. Unzureichende Zuwendungen des Bundes für GKV-fremde Aufgaben	45
a) Gescheiterte Reformabsichten	45
b) GKV-Schutz als Element des sozio-kulturellen Existenzminimums	46
III. Pandemiebedingte Mehrausgaben – Refinanzierung	46
1. Fragestellung	46
2. Zweckwidrigkeit der Maßnahmen - Beispiel Corona-Prämie	47
3. Rechtsschutz	48
E. Klagemöglichkeiten für einzelne Krankenkassen	49
I. Ausschluss der abstrakten Normenkontrolle	49
II. Subsidiarität der Feststellungsklage - § 55 SGG	49
1. Rechtsverhältnis	49
2. Subsidiarität der Feststellungsklage	50
3. Ausnahmsweise zulässige Normenkontrollklage in Form einer Feststellungsklage?	50
III. Keine Möglichkeit zur Aufsichtsklage	51
1. Allgemeine Aufsichtsklage	51
2. Konstruktion des Gesundheitsfonds	52
a) Rechtsstellung und Zuständigkeit der Krankenkassen	52
b) Alleinige Verfügungsbefugnis des BAS über den Gesundheitsfonds und die Liquiditätsreserve	53
3. Ausschluss der Aufsichtsklage durch Externalisierung des Gesundheitsfonds	54
IV. Kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage: höhere Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds	55
1. Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds	55
2. Statthaftigkeit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage	55
3. Klagebefugnis	56
4. Schwelle der Beitragssatzrelevanz - BZgA-Entscheidung vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R	57
V. Drittanfechtungsklage gegen Zuwendungsbescheide des BAS an Länder beim Transformationsfonds	58
1. Anfechtung von Zuwendungsbescheiden der BAS	58
a) Drittanfechtungsklage	58
b) Klagebefugnis für Sozialversicherungsträger nach der Möglichkeitstheorie	59
c) Verletzung von Sozialversicherungsträgern in eigenen Rechten	59

d)	Gemeinwohlbelange als Anknüpfungspunkt für wehrhafte Position	60
e)	Auswirkungen der wehrhaften Position auf das Verhältnis Krankenkassen – BAS	61
2.	Erweiterung der Klagebefugnis auf den GKV-SV	62
VI.	Verfassungsbeschwerde von Krankenkassen nach Rechtswegerschöpfung?	62
1.	Fehlende Grundrechtsfähigkeit der Sozialversicherungsträger nach bisheriger BVerfG-Rechtsprechung	62
a)	Allgemeine Aussagen	62
b)	Krankenkassen und Körperschaften des öffentlichen Rechts im Leistungserbringerbereich	63
2.	Grundrechtsfähigkeit bzgl. organisatorischer Veränderungen BVerfG 39, 302 ff.	65
3.	Grundrechtsfähigkeit bei der Mittelverwaltung	66
4.	Ausreichende fachgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten	66
5.	Verfassungsbeschwerde für Krankenkassen undenkbar?	67
6.	Rechtsweggarantie	69
a)	Grundsatz: Keine Berufung jur. Personen des öffentlichen Rechts auf die Art. 19 IV GG	69
b)	Ausnahmen: Verfahrensgrundrechte	71
c)	Ausnahme: Prozessgrundrechte und Willkürverbots	71
7.	Grundrechtstypische Gefährdungslage - Notwendigkeit einer Fortentwicklung	72
a)	Krankenkassen als Organisation der dahinterstehenden Versicherten	72
b)	Grundrechtstypische Bedarfs- und Gefährdungslage	73
c)	Fazit: Überwindung des Konfusionsarguments	74
F.	Gesetzgebungsvorschläge zur Stärkung der Rechtsstellung von Krankenkassen	77

A. Fragestellung und Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Fragestellung - Gutachtensauftrag

- 1 Der Gutachtensauftrag des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen lautet:

Welche prozessualen Möglichkeiten bestehen für Beitragspflichtige, Krankenkassen und den GKV-Spitzenverband, um eine (verfassungs-)gerichtliche Prüfung der Heranziehung von Beitragsmitteln zur Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben herbeizuführen?

Dabei ist exemplarisch auf die anteilige Finanzierung des Krankenhaustransformationsfonds aus Beitragsmitteln, auf die unzureichende Beteiligung des Bundes an der Finanzierung der Gesundheitsversorgung von Bürgergeldbeziehenden sowie die unterbliebene Refinanzierung von pandemiebedingten Mehrausgaben der sozialen Pflegeversicherung aus Steuermitteln einzugehen. Zudem soll die nicht ausreichende Investitionskostenfinanzierung für die Krankenhäuser seitens der Länder betrachtet werden.

II. Ergebnisse - Summary

1. Strenge Zweckbindung von Sozialversicherungsbeiträgen

- 2 Sozialversicherungsbeiträge und damit auch die Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) unterliegen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) einer strengen Zweckbindung. Für Bund und Länder handelt es sich bei den Beitragsmitteln der GKV um Fremdgelder, die der eigenen Haushaltsgewalt von Bund und Ländern entzogen sind.
- 3 Der im Rahmen einer Zwangsversicherung erhobene Sozialversicherungsbeitrag ist grundrechtlich gebunden und damit als indisponible Finanzmasse generell kein tauglicher Gegenstand finanzverfassungsrechtlicher Verteilungsmechanismen. Sozialversicherungsbeiträge dürfen daher nicht zur Finanzierung des allgemeinen Staatshaushalts verwendet werden.

2. Verfassungsrechtliches Gebot der Belastungsgleichheit

- 4 Während jeder Bürger ohne Weiteres der Steuergewalt unterworfen ist, bedürfen weitere Abgabelasten – und damit auch Beitragspflichten zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung im Hinblick auf das aus Art. 2 I, Art. 3 I folgende Gebot der Belastungsgleichheit einer besonderen Rechtfertigung.
- 5 Die Beitragsbelastung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) verfassungsrechtlich nur dann unbedenklich, „wenn Versicherte über ihre Steuer-

5

pflicht hinaus lediglich zu solchen Beiträgen herangezogen werden, die der Finanzierung des gerade auch ihnen zugutekommenden Versicherungsschutzes dienen. Dabei wird ein in diesem Sinne eigennützigem Sozialversicherungsbeitrag nicht dadurch fremdnützig, dass er zugleich dem der Sozialversicherung inhärenten sozialen Ausgleich zugunsten anderer Versicherter dient.“

3. Rechtsschutz Versicherter/Arbeitgeber bei Verstößen gegen Belastungsgleichheit

- 6 Versicherte und ihre Arbeitgeber haben das Recht, gerichtlich prüfen zu lassen, ob Verstöße gegen das Gebot der Belastungsgleichheit vorliegen, indem sie gegen ergangene, die Beitragshöhe festsetzende Verwaltungsakte im Wege von Anfechtungs- und Leistungsklagen vorgehen. Nach Erschöpfung des Rechtswegs können sie mit der Urteilsverfassungsbeschwerde auch eine Überprüfung der Beitragshöhe durch das BVerfG anstrengen und inzi- dent die Frage der Verfassungsmäßigkeit etwa der Mittelverwendung klären lassen. Die Verfassungsbeschwerde kann nach der Rspr. des BVerfG allerdings nur dann Erfolg haben, wenn die Verwendung der Sozialversicherungsbeiträge zur Finanzierung des allgemeinen Staatshaushalts beitragsatzrelevant ist und die Grenzen des dem jeweiligen Sozialversicherungszweig inhärenten sozialen Ausgleichs überschreitet.

4. Beitragssatzrelevanz nach Saldierung versicherungsfremder Leistungen mit Steuerzuschüssen

- 7 Ob eine rechtswidrige beitragsrelevante und damit gegen das Gebot der Belastungsgleichheit verstoßende Verwendung von Beitragsmitteln vorliegt, muss nach der Rspr. im Rahmen einer saldierenden Betrachtungsweise geprüft werden. Es ist daher zu klären, ob einer rechtswidrigen Mittelverwendung zur Finanzierung des allgemeinen Staatshaushalts Bundeszuschüsse an den Träger der Sozialversicherung gegenüberstehen, die den rechtswidrigen Eingriff kompensieren oder jedenfalls auf ein Maß unterhalb der Beitragssatzrelevanz verringern.
- 8 Besondere Schwierigkeiten bereitet dabei eine Antwort auf die Frage, welche Aufwendungen der Krankenkassen für „versicherungsfremde Leistungen“ der Bund mit seinen jährlich an den Gesundheitsfonds gezahlten 14,5 Mrd. € pauschal abgelten will, mit anderen Worten: was unter „versicherungsfremden Leistungen“ in § 221 I SGB V zu verstehen ist. Diese Frage bedarf dringend einer gesetzlichen Klarstellung und Konkretisierung, zumal von der Antwort auf die Frage abhängt, ob ein verfassungswidriger Verstoß gegen das Gebot der Belastungsgleichheit oder ganz allgemein des Einsatzes von Beitragsmitteln gegen ihre Zweckbindung vorliegt.
- 9 Als beitragsatzrelevant dürfte nicht nur eine Mittelverwendung anzusehen sein, die zu einer Erhöhung des Beitragssatzes führt, sondern auch eine unzulässige Mittelverwendung, ohne die eine Beitragssatzsenkung möglich wäre.

5. Verstoß gegen Zweckbindung

- 10 Der Rechtsschutz beitragspflichtiger Versicherter bzw. ihrer Arbeitgeber setzt einen angreifbaren Verwaltungsakt voraus, der nur dann rechtswidrig ist, wenn die angegriffene Mittelverwendung keinen dem jeweiligen Sozialversicherungszweig inhärenten sozialen

Ausgleich darstellt, sondern sie als fremdnützig bzw. versicherungsfremd zu qualifizieren ist und sich der Umfang der angegriffenen Mittelverwendung auch unter Einbeziehung zu saldierender Zuschüsse des Bundes auf den Beitrag auswirkt.

- 11 Unter dem Aspekt der Belastungsgleichheit macht es keinen Unterschied, ob Beitragsmittel der Versicherten zugunsten außerhalb des jeweiligen Versicherungszweigs stehender Personen verwendet werden (z.B. Anschubfinanzierung für Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II) oder ob – speziell in der GKV – für die einem anderen, prinzipiell steuerfinanzierten System zugewiesenen Leistungsempfänger in der GKV Versicherungspflicht angeordnet wird, ohne dass das primär zuständige System hierfür dem GKV-System eine ausreichende Kompensation in Form von Beitragsmitteln leistet, so dass letztlich die Beitragszahler der GKV den Versicherungsschutz dieser (an sich GKV-fremden) Personengruppe (mit-)finanzieren (z.B. nicht kostendeckende Beiträge der BA für Empfänger von SGB-II-Grundsicherung).
- 12 Es macht vor dem Hintergrund gebotener Belastungsgleichheit auch keinen Unterschied, ob mittels Beitragsmitteln Leistungen an Personen innerhalb des GKV-Systems gewährt werden, die keinen dem System inhärenten solidarischen Ausgleich darstellen, oder ob mit Beitragsmitteln Aufgaben erfüllt werden, die nach der Systementscheidung des Gesetzgebers für ein dualistisches System der Krankenhausfinanzierung nicht den Krankenkassen, sondern den Gebietskörperschaften, konkret den Bundesländern zugewiesen sind (z. B. Transformationsfonds).

6. Zweckwidrige Verwendung von Beitragsmitteln zur Finanzierung des Transformationsfonds

- 13 Die Finanzierung des Transformationsfonds aus der Liquiditätsreserve des ganz überwiegend aus Beitragsmitteln der Versicherten und ihrer Arbeitgeber gespeisten Gesundheitsfonds stellt eine zweckwidrige Verwendung von Beitragsmitteln dar. Insgesamt sollen ab 2026 bis 2035 jährlich 2,5 Mrd. € an Fördermitteln aus dem Transformationsfonds an die Bundesländer fließen.
- 14 Das Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz (KHVVG), auf das der Transformationsfonds zurückgeht, verändert das bisherige Vergütungssystem für Krankenhäuser, indem es die bisherige Vergütung nach DRG um eine Vorhaltepauschale ergänzt, die je nach Land und Leistungsgruppe zu ermitteln ist. Die Zuteilung von Leistungsgruppen macht bei vielen Krankenhäusern eine Anpassung ihrer Strukturen in der Krankenhausversorgung erforderlich, die von den Ländern mit Mitteln aus dem Transformationsfonds gefördert werden können. Bei den förderfähigen Maßnahmen handelt es sich um Investitionskosten im Sinne des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG).
- 15 Die Finanzierung der Investitionskosten von Krankenhäusern war und ist auch nach Inkrafttreten des KHVVG Aufgabe der Länder. Am grundsätzlichen Prinzip der dualen Finanzierung der Krankenhäuser hat das KHVVG nichts geändert. Die Förderung einer gesamtgesellschaftlichen Aufgabe der Länder mit Beitragsmitteln der GKV verstößt gegen die Zweckbindung der GKV-Beiträge. Hinzu kommt, dass die Entscheidung über Förderanträge der Länder allein beim BAS als einer bundesunmittelbaren, dem Einfluss der Krankenkassen entzogenen Behörde liegt.

7. Subventionierter Krankenversicherungsschutz für Bezieher von Grundsicherung für Arbeitsuchende

- 16** Eine ausreichende Absicherung bei Krankheit gehört zum verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch Bedürftiger gegen den Staat auf Gewährleistung des sozio-kulturellen Existenzminimums. Diesen Anspruch Bedürftiger gegen den Bund erfüllt dieser, indem er mit Einführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) für die Bezieher von Regelleistungen Krankenversicherungspflicht angeordnet hat.
- 17** Die Beiträge, welche die Bundesagentur für Arbeit (BA) für den Bund an den Gesundheitsfonds zahlt, sind nicht kostendeckend. Mit der nicht kostendeckenden Finanzierung des GKV-Schutzes der Empfänger von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II erfüllt die GKV im Ergebnis eine Aufgabe, die in die alleinige Verantwortung des Bundes fällt. Der Krankenversicherungsschutz bzw. die Aufwendungen der Krankenkassen für SGB V-Leistungen an Grundsicherungsempfänger müssen, soweit sie nicht durch Beitragszahlungen der BA gedeckt sind, aus den Beiträgen der übrigen GKV-Versicherten bestritten werden. Nach einem Gutachten des IGES-Instituts aus dem Jahr 2024 beläuft sich die Unterdeckung auf annähernd 10 Mrd. € im Jahr.
- 18** Die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende werden als Leistungen der Fürsorge iSv Art. 74 I Nr. 7 GG erbracht, für die der Bund aus Steuermitteln aufzukommen hat. Diese Verantwortung des Bundes erstreckt sich auf alle mit der Grundsicherung Arbeitsuchender verbundenen Auf- und Ausgaben. Die Aufwendungen für das sozio-kulturelle Existenzminimum, die auch Leistungen bei Krankheit umfassen, werden nicht dadurch zu einer Angelegenheit und Aufgabe der Sozialversicherung, konkret der GKV, dass das Gesetz für Grundsicherungsempfänger in der GKV Versicherungspflicht angeordnet und damit einen für den Bund verwaltungsökonomischen Weg der Leistungserbringung gewählt hat.

8. Unterbliebene Refinanzierung von pandemiebedingten Mehrausgaben der sozialen Pflegeversicherung

- 19** Wie der Gesundheitsfonds im Bereich der GKV wird auch der Ausgleichsfonds der Pflegekassen vom BAS verwaltet. Das Gesetz spricht insoweit von einem Sondervermögen. Zahlreiche pandemiebedingte zusätzliche Leistungen und Maßnahmen wurden maßgeblich aus dem Ausgleichsfonds und damit aus Beitragsmitteln der sozialen Pflegeversicherung finanziert. Insoweit besteht eine verfassungsrechtliche Zweckbindung der Pflegeversicherungsbeiträge. Diese zieht ebenso wie in der GKV das Gebot der Belastungsgleichheit nach sich und wirft die Frage auf, ob es sich bei den einzelnen Maßnahmen (noch) um Aufgaben speziell der Pflegeversicherung handelt, für die sich der Gesetzgeber auf die Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 I Nr. 12 GG stützen konnte, oder ob damit gesamtgesellschaftliche, aus Steuern zu finanzierende Zwecke im Vordergrund standen.
- 20** *Dagmar Felix* bejaht die Zweckwidrigkeit in ihrem Gutachten für die DAK-Gesundheit zu Recht.

9. Empfehlung in Hinblick auf die mit „Versichertenklagen“ verbundenen Schwierigkeiten

- 21** Die Rechtsschutzmöglichkeit im fachgerichtlichen Rechtsschutz vor den Sozialgerichten wie auch vor dem BVerfG wirft für Versicherte schwierige einfach- und verfassungsrechtliche Fragen auf. Sie setzt mit Blick auf die Saldierung zudem tiefe Einblicke in die Finanzströme zwischen den Trägern der Sozialversicherung sowie staatlichen Stellen voraus. Dass Versicherte dabei - auch wenn sie sich durch Rechtsanwälte vertreten lassen – regelmäßig überfordert sind, liegt auf der Hand. Der Kläger, der die Entscheidung des BVerfG zum Aussteuerungsbetrag und Eingliederungsbeitrag herbeiführte, war insoweit zweifellos eine Ausnahme; er war Beschäftigter eines Arbeitgeberverbandes und als solcher mit Fragen der Sozialversicherung, des Beitragsrechts und auch der Sozialfinanzverfassung vertraut.
- 22** Das fachgerichtliche Verfahren bis zur Verfassungsbeschwerde zum BVerfG dauert zudem regelmäßig mehrere Jahre. Eine raschere Klärung ist möglich, sofern ein Gericht – sei es ein Sozialgericht, ein Landessozialgericht oder in letzter Instanz das Bundessozialgericht – der Argumentation des Klägers folgt und den Rechtsstreit aussetzt, um im Verfahren der Richtervorlage nach Art. 100 I GG eine Entscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der inkriminierten und streitentscheidenden Norm einzuholen.
- 23** Den Krankenkassen ist daher zu empfehlen, solche fachgerichtlichen Prozesse zu „begleiten“, indem sie vor allem bei der Frage relevanter Finanzströme entsprechende Informationen („Zahlenmaterial“) zur Verfügung stellen. Weiter ist es sinnvoll, die Kläger darin zu unterstützen, dass sie im Gerichtsverfahren kompetent vertreten werden. Schließlich ist es sinnvoll, sich nicht auf nur einen (Muster-)Prozess zu beschränken, sondern mehrere Versicherte bei entsprechenden Klagen bei Sozialgerichten mehrerer Bundesländer zu unterstützen, um die Chance einer Richtervorlage nach Art. 100 I GG zu erhöhen. Parallel zu Klagen von Versicherten sollten auch Arbeitgeber entsprechende Klagen erheben und für deren prozessbegleitende Unterstützung Arbeitgeberverbände, insbesondere die BDA, gewonnen werden.

10. Systementscheidung Sozialversicherung

- 24** Art. 87 II GG bildet gemeinsam mit Art. 74 I Nr. 12 und Art. 120 Abs. 1 4 GG ein in sich geschlossenes verfassungsrechtliches Regelungssystem für die Sozialversicherung und deren Finanzierung. Diesem Regelungssystem liegt eine Systementscheidung für die Sozialversicherung mittels verselbstständigter Verwaltungseinheiten zugrunde. Dies hat Auswirkung sowohl auf die Verwendung von Sozialversicherungsbeiträgen als auch auf deren Verwaltung. Sie führt neben einer strengen Zweckbindung der Sozialversicherungsbeiträge zu weitreichenden Anforderungen an die Organisation und Verwaltung des jeweiligen Sozialversicherungszweigs.
- 25** Art. 87 II GG verlangt für den Bereich der Sozialversicherung eine mittelbare Verwaltung durch "Träger" der Sozialversicherung in der Rechtsform einer Körperschaft. Dies schließt es aus, dass sich der Bund selbst zum sozialen Versicherungsträger macht und er seinen eigenen (bundesunmittelbaren) Behörden Aufgaben der Sozialversicherung überträgt. Weiter verlangt Art. 87 II GG eine organisatorische und finanzielle Selbstständigkeit der Träger der Sozialversicherung im Sinne einer Verwaltungs- und Ertragskompetenz.

11. Konstruktion des Gesundheitsfonds - Verletzung der Verwaltungs- und Ertragskompetenz

- 26** Die Konstruktion des Gesundheitsfonds, den das Bundesamt für Soziale Sicherung (BAS) verwaltet, verstößt gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verwaltungs- und Ertragskompetenz. Denn das BAS ist eine unmittelbare, der Aufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) unterstehende Behörde des Bundes, die ihrerseits die Aufsicht über die bundesweit zuständigen Krankenkassen ausübt. Das BAS ist auch für die Zuteilung der Fördermittel an die Länder aus dem beim BAS errichteten Transformationsfonds zuständig, der aus der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds gespeist wird. Die Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds wiederum wird – wie auch der Gesundheitsfonds selbst - ganz überwiegend durch die Beitragsmittel der Versicherten und ihrer Arbeitgeber gewährleistet.

12. Keine Möglichkeit der Krankenkassen zur abstrakten Normenkontrolle

- 27** Das Gesetz sieht keine Möglichkeit für einzelne Krankenkassen vor, im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle die Verfassungsmäßigkeit einer Vorschrift des formellen Gesetzes prüfen zu lassen.
- 28** Die abstrakte Normenkontrolle von Bundesrecht und Landesrecht ist den in Art. 92 I Nr. 2 GG genannten Antragsberechtigten vorbehalten. Die Möglichkeit zur abstrakten Normenkontrolle hinsichtlich einer untergesetzlichen Norm beschränkt § 55a SGG auf einen hier nicht einschlägigen Ausnahmefall aus dem Bereich des SGB II.

13. Subsidiarität der Feststellungsklage

- 29** Die Feststellungsklage vor den Sozialgerichten setzt ein konkretes Rechtsverhältnis voraus (vgl. § 55 SGG). Selbst wenn dieses mit Blick auf eine Norm, welche die Krankenkassen als verfassungswidrig ansehen, dargestellt werden könnte, ist die Feststellungsklage unzulässig, wenn das angestrebte Klageziel nur mit einer weitergehenden Leistungs- oder Unterlassungsklage erreicht werden könnte.
- 30** Die Subsidiarität der Feststellungsklage greift in den hier diskutierten Fällen regelmäßig ein. Die Krankenkassen haben ein Interesse daran, einen Beitragstransfer aus dem Transformationsfonds an die Bundesländer zu unterbinden. Auf der anderen Seite streben sie an, dass der Bund für Bezieher von Grundsicherungsleistungen kostendeckende Beitragszahlungen leistet. Schließlich geht es ihnen als Träger der Pflegeversicherung (Pflegekassen) darum, eine Refinanzierung pandemiebedingter Mehrausgaben der sozialen Pflegeversicherung zu erhalten.
- 31** Selbst wenn Krankenkassen diese Ziele nicht mittels einer Anfechtungs-, Verpflichtungs- oder Leistungsklage vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit erreichen können, ist fraglich, ob ihnen die Feststellungsklage zur Prüfung der inkriminierten Vorschriften zustünde. Denn dies stünde der Intention des Numerus clausus in Art. 92 I Nr. 2 GG entgegen und kann auch nicht dadurch unterlaufen werden, dass im Rahmen des fachgerichtlichen Rechtsschutzes vor den Sozialgerichten mittels einer Feststellungsklage unmittelbar die Verfassungsmäßigkeit einer Norm und nicht ein auf dieser Grundlage erlassener konkreter Verwaltungsakt zur Prüfung gestellt wird.

- 32 Hielte ein Sozialgericht die Feststellungsklage einer Krankenkasse gleichwohl für zulässig und die angegriffene Norm für verfassungswidrig, hätte es den Rechtsstreit nach Art. 100 I GG auszusetzen und eine Entscheidung des BVerfG herbeizuführen. Nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung des BVerfG muss aber damit gerechnet werden, dass das BVerfG eine Entscheidung in der Sache ablehnt, weil die Sozialgerichte die Klage schon mangels Zulässigkeit hätten zurückweisen müssen, und es damit für die Entscheidung des Rechtsstreits auf die Verfassungsmäßigkeit der zur Prüfung gestellten Norm nicht entscheidungserheblich ankommt.

14. Ausschluss der Aufsichtsklage

- 33 Die Errichtung des Transformationsfonds beim BAS und insgesamt der Umstand, dass der Gesundheitsfonds einschließlich seiner Liquiditätsreserve dem Verwaltungsbereich der Krankenkassen entzogen und auf eine bundesunmittelbare Behörde (BAS) übertragen ist, führt zu einer Vereitelung der Rechtsschutzmöglichkeiten der Krankenkassen hinsichtlich einer Aufsichtsklage.
- 34 Die Konstruktion des Gesundheitsfonds ist insgesamt missglückt und dürfte einer verfassungsrechtlichen Prüfung am Maßstab der Art. 74 I Nr. 12, Art. 87 II GG kaum standhalten. Denn Beitragsmittel der Sozialversicherung stehen allein den Trägern der Sozialversicherung zur Verfügung und sind damit auch allein von diesen - und nicht von bundesunmittelbaren Behörden - zu verwalten. Ausführungen dazu, welche Stelle/Einrichtung zur Verwaltung des Gesundheitsfonds an die Stelle des BAS treten könnte, würde den Rahmen dieses Gutachtens sprengen. Allerdings dürfte jedenfalls die Rechtsaufsicht über diese Behörde nicht (allein) beim BMG liegen. Vielmehr müsste die Rechts- und Fachaufsicht in erster Linie den Krankenkassen zukommen.

15. Kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage: höhere Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds

- 35 Die Krankenkassen erhalten „Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds“ zur Deckung ihrer Ausgaben. Das BAS ermittelt die Höhe der Zuweisungen und weist die entsprechenden Mittel den Krankenkassen zu. Klagen gegen die Höhe dieser Zuweisungen haben keine aufschiebende Wirkung, jedoch ist gesetzlich klargestellt, dass die Zuweisungen des BAS durch Verwaltungsakt erfolgen.
- 36 Krankenkassen haben damit ein gesetzlich garantiertes Klagerecht, die Höhe der Mittelzuweisung mittels Anfechtungsklage überprüfen zu lassen. Die Zulässigkeit der Klage setzt einen ergangenen Zuweisungsbescheid des BAS voraus. Gegen diesen ist nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) die kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage statthaft. Gegenstand der Klage ist das Begehren, die Ablehnung höherer Zuweisungen für bestimmte Zeiträume aufzuheben und höhere Zuweisungen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu festzusetzen (vgl. § 54 I 1, § 54 IV SGG).
- 37 Der Klagebefugnis von Krankenkassen steht insoweit nach der Rspr. des BSG nicht entgegen, dass sie als Träger mittelbarer Staatsverwaltung nach der Rspr. des BVerfG nicht nach Art. 19 III GG grundrechtsfähig sind.
- 38 Nach der Rspr. des BSG besteht ein rechtsstaatliches Bedürfnis, den Sozialversicherungsträgern die Möglichkeit einzuräumen, im Interesse der Gesamtheit ihrer Mitglieder eine ge-

richtliche Prüfung gesetzlicher Regelungen auf ihre Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Sozialversicherung herbeizuführen. Anderenfalls blieben Kompetenzüberschreitungen des Gesetzgebers im Bereich der Sozialversicherung unterhalb der Beitragssatzrelevanz regelmäßig folgenlos. Somit scheidet in diesen Fällen die Feststellung einer Rechtsverletzung nicht daran, dass die finanziellen Wirkungen kein beitragsatzrelevantes Ausmaß erreichen.

- 39** Im Rahmen einer solchen kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsklage können auch verfassungsrechtliche Fragen aufgeworfen und zur Prüfung gestellt werden. Das angerufene Gericht kann eine Richtervorlage nach Art. 100 I GG beschließen, wenn es zur Überzeugung kommt, dass den Krankenkassen ohne einen verfassungswidrigen Mittelabfluss für GKV-fremde Aufgaben oder zu geringe Mittelzuweisungen aus dem Bundeshaushalt für bestimmte Personengruppen (z.B. Bürgergeldempfänger) höhere Mittel zugeteilt werden könnten und müssten.
- 40** Kommt es nicht zur Richtervorlage nach Art. 100 I GG, stellt sich die Frage, ob auch Krankenkassen zulässigerweise Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen die Entscheidung des Bundesozialgerichts und im Rechtsstreit vorausgegangene Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen sowie mittelbar gegen die inkriminierte Norm des materiellen Rechts (z.B. § 12b KHG) erheben können. Das BVerfG verneint dies bislang für juristische Personen des öffentlichen Rechts und auch speziell den Krankenkassen hat das BVerfG eine Grundrechtsfähigkeit nicht zugestanden.

16. Drittanfechtungsklage gegen Zuwendungsbescheid der BAS an Länder beim Transformationsfonds

- 41** Die Anfechtungsklage steht unter bestimmten Voraussetzungen nicht nur den Adressaten eines Verwaltungsakts, sondern auch Dritten offen, deren rechtliche Interessen durch die hoheitliche Maßnahme berührt sind (sog. Drittanfechtungsklage). Soweit Zuwendungen an die Länder aus dem Transformationsfonds durch Verwaltungsakt des BAS erfolgen, können Krankenkassen diese Verwaltungsakte nach § 54 I 1 SGG anfechten.
- 42** Das Argument, dass ein Prozess zwischen mehreren Behörden ausscheide, hat das BSG in einer Entscheidung von 2019 zur Klagebefugnis der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung im Prozess gegen eine Krankenkasse verworfen. Es hat eigene Klagerechte der Träger der Sozialversicherung gegen andere Träger hoheitlicher Gewalt in Fällen anerkannt, in denen es darum geht, die gesetzmäßige Ordnung der Abgrenzung des jeweiligen Kreises der Versicherungspflichtigen einzufordern bzw. durchzusetzen („wehrhafte Position“). Ein solcher Fall liegt auch vor, wenn es darum geht, Krankenkassen bzw. die Versicherten davor zu schützen, dass Beitragsmittel für Zwecke außerhalb der GKV verwendet werden.
- 43** Krankenkassen können somit gegen die an Länder gerichteten Zuwendungsbescheide des BAS mit der Drittanfechtungsklage vorgehen, denn erst die Zuweisung ausreichender Finanzmittel aus dem Gesundheitsfonds ermöglicht es den Krankenkassen, die ihren Versicherten zustehenden Leistungen zur Verfügung zu stellen. Allein die Krankenkassen sind gem. § 21 II SGB I für die gesetzliche Krankenversicherung zuständig und nur dann in der Lage, die den Versicherten zustehenden Leistungen zu gewähren, wenn hierfür genügend

Beitragsmittel zu Verfügung stehen und diese den Krankenkassen nicht durch rechtswidrigen Mittelabfluss entzogen oder verringert werden.

- 44 Die Krankenkassen könnten weiter geltend machen, dass nach der Konzeption der Art. 74 I Nr. 12, Art. 87 II GG allein ihnen die Verwaltungs- und Ertragskompetenz zusteht und die gesetzlich vorgesehene Zuständigkeit des BAS für die Zuwendungsbescheide zugunsten der Länder nach § 12b KHG der vom GG vorgegebenen Kompetenzordnung widerspricht.
- 45 Auch hier stellt sich die Frage, ob den Krankenkassen – wenn es nicht zu einer Richtervorlage nach Art. 100 I GG kommt - nach Erschöpfung des Rechtswegs die Verfassungsbeschwerde offensteht, was das BVerfG bislang für Krankenkassen ablehnt.

17. Fehlende Grundrechtsfähigkeit der Krankenkassen

- 46 Nach Ansicht des BVerfG kann nicht Grundrechtsträger sein, wer selbst Teil des Staates ist oder von ihm beherrscht wird und damit selbst grundrechtsverpflichtet ist. Dieses sog. Konfusionsargument wird in der Literatur zu Recht kritisiert, weil es auf der Vorstellung eines letztlich einheitlichen, wenn auch aus verschiedenen Gliedern bestehenden Rechtskörpers beruht, so dass die einzelnen juristischen Personen des öffentlichen Rechts lediglich Erscheinungsformen einer einheitlich verstandenen Staatsgewalt seien. Dann erscheinen Konflikte zwischen Hoheitsträgern in der Tat lediglich als bloße Kompetenzkonflikte.
- 47 Entscheidend sollte für die Frage der Grundrechtsberechtigung auch juristischer Personen des öffentlichen Rechts die rechtliche Situation sein, in der die juristische Personen selbst dem Staat gegenüberstehen und ob es insoweit um eine grundrechtstypische Gefährdungslage geht. Eine solche liegt vor, wenn der juristischen Person des öffentlichen Rechts als solcher ein rechtlich zugewiesener Bereich der Selbstbestimmung bzw. der Selbstverwaltung zusteht, in den ein anderer staatlicher Akteur aufgrund ihm zustehender Befugnisse eingreifen kann.
- 48 Diese Voraussetzungen sind bei Krankenkassen aufgrund der eindeutigen Aufgabenzuweisung in Art. 74 I Nr. 12, Art. 87 II GG erfüllt. Hiervon geht auch das BSG sowohl in seiner Rechtsprechung zur Klagebefugnis der Clearingstelle der DRV Bund gegen die Einzugsstelle einer Krankenkasse also auch in seiner BZgA-Entscheidung aus und stattet die Träger mit einer wehrhaften Position aus, die sie in die Lage versetzt, gesetz- und verfassungsmäßige Zustände gerade im Interesse ihrer Mitglieder herzustellen.

18. Gesetzliche Klarstellung der Klagebefugnis der Krankenkassen

- 49 De lege ferenda sollten die Krankenkassen auf eine Gesetzesänderung im SGB V hinwirken, die ihre Stellung als Sachwalter ihrer Mitglieder in eng begrenzten Bereichen ausdrücklich anerkennt und ihre Klagebefugnis für diese Bereiche im Sozialgerichtsgesetz regelt.

19. Klagebefugnis des Spitzenverbandes Bund der gesetzlichen Krankenkassen

- 50 Der GKV-SV ist – wie sein Name klarstellt – ein Spitzenverband Bund „der Krankenkassen“. Wenngleich die Versicherten selbst nicht „Mitglied“ im GKV-SV sind, kommt dem GKV-SV wie den Krankenkassen selbst in bestimmten Bereichen der GKV die Funktion eines Sachwalters und Interessenvertreters der Versicherten zu. Im Sozialgerichtsgesetz sollte klarge-

stellt werden, dass der GKV-SV in diesen näher bezeichneten Bereichen in fachgerichtlichen Verfahren selbst auch klagebefugt ist.

B. Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben aus Beitragsmitteln der Sozialversicherung - Allgemeines

- 51 Art. 87 II GG bildet gemeinsam mit Art. 74 I Nr. 12 und Art. 120 Abs. I 4 GG ein in sich geschlossenes verfassungsrechtliches Regelungssystem für die Sozialversicherung und deren Finanzierung. Diesem Regelungssystem liegt eine **Systementscheidung**¹ für die Sozialversicherung mittels verselbstständigter Verwaltungseinheiten zugrunde, die Auswirkungen sowohl auf die Verwendung von Sozialversicherungsbeiträgen als auch deren Verwaltung hat. Sie führt neben einer strengen **Zweckbindung** der Sozialversicherungsbeiträge (dazu B. II.) zu weitreichenden Anforderungen an die **Organisation und Verwaltung** des jeweiligen Sozialversicherungszweigs (dazu B.I).

I. Organisation der Sozialversicherung

1. Mittelbare Verwaltung

- 52 Soziale Versicherungsträger, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt, werden nach **Art. 87 II 1 GG** als bundesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechtes geführt. Soziale Versicherungsträger, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes, aber nicht über mehr als drei Länder hinaus erstreckt, werden als landesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechtes geführt, wenn das aufsichtführende Land durch die beteiligten Länder bestimmt ist (vgl. Art. 87 II 2 GG). Die Kompetenznorm des Art. 87 II GG verleiht nach der Rspr. des BVerfG den Sozialversicherungsträgern keine der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II 1 GG vergleichbare Garantie der sozialen Selbstverwaltung und auch keine Bestandsgarantie für einzelne Sozialversicherungsträger und für das bestehende gegliederte System der GKV.² Allerdings setzt Art. 87 II GG nach verbreiteter Auffassung die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung mit ihren strukturellen Besonderheiten voraus, mit der Konsequenz, dass die Träger der Sozialversicherung über einen Mindest- oder Grundbestand von Rechten der Selbstverwaltung verfügen.³

¹ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 126 f., Rn. 51; Axer, NZS 2017, 601, 606.

² vgl. BVerfGE, Beschluss vom 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, Rn. 147, BVerfGE 113, 167, 223; BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 126 f. Rn. 51.

³ vgl. *Burgi* in Huber/Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 87 Rn. 77; *Hermes* in Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 63; *Kment* in Jarass/Pieroth (Hrsg.) Grundgesetz, 18. Aufl. 2024, Art. 87 Rn. 10; *Dombrowski* NZS 2022, 52, 56; a.A. *Ibler* in Dürrig/Herzog/Scholz (Hrsg.) Grundgesetz, Stand 2015. Lfg. August 2024, Art. 87 Rn. 189 f.; *Sachs* in Sachs (Hrsg.) Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 87 Rn. 55; *Papier*, Staatsrechtliche Vorgaben für das Sozialrecht, in: FS 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 23, 35.

- 53 Aber selbst wenn aus Art. 87 II GG nicht zwingend eine unmittelbar verfassungsrechtliche Garantie des Selbstverwaltungsrechts der Träger der Sozialversicherung folgen sollte, was der 2. Senat des BVerfG in BVerfGE 42, 191, 204⁴ immerhin offengelassen hat, folgt aus der Systementscheidung der Art. 74 I Nr. 12 iVm Art. 87 II GG, dass das GG eine Verselbständigung und Eigenständigkeit der Träger der Sozialversicherung anerkennt und dem Gesetzgeber die Möglichkeit gibt, das Selbstverwaltungsrecht verfassungsrechtlich gesichert im einfachen Gesetzesrecht zu regeln.⁵
- 54 Art. 87 II GG verlangt für den Bereich der Sozialversicherung explizit eine mittelbare Verwaltung, so dass eine unmittelbare Verwaltung durch Bundesbehörden nicht zulässig ist.⁶ Dies folgt aus der inhaltlichen Bestimmung des "Trägers" der Sozialversicherung und der Beschränkung auf "Körperschaften".⁷

2. Verbot der Aufgabenübertragung an bundesunmittelbare Behörden

- 55 Der Bund darf sich nicht selbst zum sozialen Versicherungsträger machen und er darf seinen eigenen (bundesunmittelbaren) Behörden auch über Art. 87 III GG keine Aufgaben der Sozialversicherung übertragen.⁸

3. Verwaltungs- und Ertragskompetenz

- 56 Weiter verlangt Art. 87 II GG eine organisatorische und finanzielle Selbstständigkeit der Träger der Sozialversicherung im Sinne einer Verwaltungs- und Ertragskompetenz.⁹
- 57 Nachfolgend ist zu prüfen, ob insbesondere die Zuweisung von Mitteln durch das BAS aus den Transformationsfonds aus der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds an die Länder diesen Anforderungen gerecht wird und die Mittelverwendung unabhängig von dieser veraltungstechnischen Seite materiell den Anforderungen an die Zweckbindung von Sozialversicherungsbeiträgen Rechnung trägt.

⁴ BVerfG, Beschluss vom 25.5.1976 – 2 BvL 1/75, BVerfGE 42, 191, 205 und Hinweis auf seinen früheren Beschluss vom 9.4.1975, BVerfGE 39, 302, 315 wo der 2. Senat des BVerfG noch ausgeführt hatte: „Doch Art. 87 Abs. 2 GG ist nur als Kompetenznorm und nicht etwa als Indiz für eine verfassungsrechtliche Garantie zu begreifen (BVerfGE 21, 362 <371>).

⁵ vgl. Axer in Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand 2020, Art. 74 Nr. 12 Rn. 22, 57; Axer zustimmend auch *Brosius-Gersdorf*, Rechtsschutz der Bundesagentur für Arbeit bei Verletzung ihres Selbstverwaltungsrechts, NZS 2025, 201, 207 f.

⁶ vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.1.1983 – 2 BvL 23/81 Rn. 117 f., BVerfGE 63, 1, 36; BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 52, BSGE 132, 114, 126 f.

⁷ Vgl. BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 52, BSGE 132, 114, 127; *Burgj* in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 87 Rn. 79; *Ibler* in Maunz/Dürig, GG, Art 87 RdNr. 194, Stand Januar 2012, mwN.

⁸ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 52, BSGE 132, 114, 127; *Ibler*, in Maunz/Dürig, GG, Art. 87 Rn. 194, Stand Januar 2012 mwN; *Schlegel*, SozSich 2006, 378, 379.

⁹ BVerfG, Beschluss vom 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167, 200; BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 52, BSGE 132, 114, 127.

II. Strenge Zweckbindung der Sozialversicherungsbeiträge

1. Risikostrukturausgleich – Grundrechtliche Bindung der Sozialversicherungsbeiträge

- 58** Bereits in seiner Entscheidung zum **Risikostrukturausgleich** hat der **2. Senat des BVerfG** klargestellt: Sozialversicherungsbeiträge zeichnen sich durch eine strenge grundrechtlich und kompetenzrechtlich begründete Zweckbindung aus. Die unter Eingriff in das Grundrecht auf die allgemeine Handlungsfreiheit zustande gekommene Zwangsmitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung vermag die Auferlegung nur solcher Geldleistungspflichten zu rechtfertigen, die ihren Grund und ihre Grenze in den Aufgaben der Sozialversicherung finden. Die Kompetenzvorschrift des Art. 74 I Nr. 12 GG lässt nur solche Finanzierungsregelungen zu, die einen sachlich-gegenständlichen Bezug zur Sozialversicherung aufweisen.¹⁰
- 59** Sozialversicherungsbeiträge befähigen wegen ihrer **strengen Zweckbindung** weder den Bund oder die Länder noch sonstige staatliche Aufgabenträger zu eigenverantwortlichen finanziellen Entscheidungen. Für Bund und Länder handelt es sich um **Fremdgelder**, die der eigenen Haushaltsgewalt entzogen sind. Auch die einzelne Krankenkasse kann über die von ihr vereinnahmten Sozialversicherungsbeiträge nicht "frei" verfügen und diese beliebiger Verwendung zuführen. Ein Transfer von Sozialversicherungsbeiträgen zwischen einer Krankenkasse und der unmittelbaren Staatsverwaltung kommt ohnehin nicht in Betracht. Der **grundrechtlich gebundene Sozialversicherungsbeitrag** ist damit als **indisponible Finanzmasse** generell kein tauglicher Gegenstand finanzverfassungsrechtlicher Verteilungsmechanismen.¹¹

2. Aussteuerungsbetrag – Begrenzung der Beiträge auf das jeweilige Binnensystem

- 60** Der **1. Senat des BVerfG** knüpft in seinem Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12 zum Aussteuerungsbetrag bei der Systemumstellung von der Arbeitslosenhilfe (Alhi) zur Grundversicherung für Arbeitsuchende an die Rechtsprechung des 2. Senats des BVerfG zum Risikostrukturausgleich an und führt aus: „Sozialversicherungsbeiträge sind streng zweckgebunden und dürfen nicht zur Finanzierung des allgemeinen Staatshaushalts verwendet werden.“¹²

¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 18.7.2005 – 2 BvF 2/01 –, BVerfGE 113, 167-273, Rn. 98 Risikostrukturausgleich.

¹¹ BVerfG, Beschluss vom 18.7.2005 – 2 BvF 2/01 –, BVerfGE 113, 167-273, Rn. 101 Risikostrukturausgleich; im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 8.4.1987 – 2 BvR 909/82 –, BVerfGE 75, 198, 148, Rn. 99 zur Künstlersozialversicherung: „Die Sozialversicherungsbeiträge dienen von vornherein nicht der allgemeinen Mittelbeschaffung des Staates, sondern finden ihren Grund und ihre Grenze in der Finanzierung der Sozialversicherung. Der Gesetzgeber kann sich seiner Regelungskompetenz für die Sozialversicherung nicht bedienen, um dadurch Mittel für die Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben aufzubringen. Die Finanzmasse der Sozialversicherung ist tatsächlich und rechtlich von den allgemeinen Staatsfinanzen getrennt.“

¹² BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, BVerfGE 149, 50 Leitsatz 1.

- 61 Der Entscheidung lagen **Verfassungsbeschwerden von Arbeitnehmern** zu Grunde, die in der Arbeitslosenversicherung versicherungs- und beitragspflichtig waren. Mit der Einführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende zum 1.1.2005 und der damit verbundenen weitgehenden Zusammenführung der Arbeitslosenhilfe und der Sozialhilfe nach dem Bundessozialhilfegesetz (sog. **Systemwechsel**) ordnete § 46 IV SGB II jedenfalls in den Jahren 2005 und 2008 die Verwendung von Beiträgen der Arbeitslosenversicherung zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs des Bundes an.
- 62 Die Beschwerdeführer beanstandeten im fachgerichtlichen Rechtsschutzverfahren erfolglos, dass ihre Beiträge zur gesetzlichen Arbeitslosenversicherung in den streitbefangenen Jahren 2005 bzw. 2008 in verfassungswidriger Weise überhöht festgesetzt worden seien: Die Bundesagentur für Arbeit (BA) habe nach dem mittelbar angegriffenen und im Mittelpunkt der Verfassungsbeschwerden stehenden § 46 IV SGB II aus ihren Beitragsmitteln Transferleistungen an den Bundeshaushalt (**2005: als Aussteuerungsbetrag; 2008: als Eingliederungsbeitrag**) leisten müssen, die der Bund zur Mitfinanzierung der Kosten der Grundsicherung für Arbeitsuchende habe verwenden wollen. So seien ihre Beiträge unzulässig zur **Finanzierung des allgemeinen Staatshaushaltes** herangezogen und der in § 341 II SGB III in der in den Streitjahren jeweils maßgeblichen Fassung festgelegte Beitragssatz verfassungswidrig zu hoch bemessen worden.

3. Gebot der Belastungsgleichheit

- 63 Das BVerfG zieht zur verfassungsrechtlichen Prüfung in erster Linie **Art. 3 I GG** heran und leitet aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ein Gebot der Belastungsgleichheit ab, das sich auf alle staatlich geforderten Abgaben erstreckt und auch bei der Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen zu beachten ist. Der allgemeine Gleichheitssatz verlangt in Bezug auf nichtsteuerliche Abgaben (hier: Sozialversicherungsbeiträge) einen sachlich einleuchtenden Grund, wenn ein Privater im Unterschied zu anderen Privaten über seine Steuerpflicht hinaus zu einer Abgabe herangezogen wird. „Während jeder Bürger ohne Weiteres der Steuergewalt unterworfen ist, bedürfen weitere Abgabelasten im Hinblick auf die Belastungsgleichheit einer besonderen Rechtfertigung (vgl. BVerfGE 75, 108 <157 f.>; 113, 167 <219>).“
- 64 Diese **Rechtfertigung** ergibt sich in der Sozialversicherung für Versicherte aus der **Abdeckung des jeweiligen Risikos**: Die Beitragsbelastung ist nach BVerfG verfassungsrechtlich nur dann unbedenklich, „wenn Versicherte über ihre Steuerpflicht hinaus lediglich zu solchen Beiträgen herangezogen werden, die der Finanzierung des gerade auch ihnen zugutekommenden Versicherungsschutzes dienen. Dabei wird ein in diesem Sinne eigenütziger Sozialversicherungsbeitrag nicht dadurch fremdnützig, dass er zugleich dem der Sozialversicherung inhärenten sozialen Ausgleich zugunsten anderer Versicherter dient (vgl. BVerfGE 76, 256 <300 ff.>; 79, 223 <236 f.>; 113, 167 <219 f.>; stRspr).“¹³
- 65 Kennzeichnend für die **Sozialversicherung** ist nach der Rspr. des BVerfG insbesondere die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit, die organisatorische Durchführung durch selbstän-

¹³ BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, BVerfGE 149, 50, 76 f., Rn. 76.

dige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts (Art. 87 II GG), die abzudeckenden Risiken und die Mittelaufbringung durch Beiträge der Beteiligten.¹⁴

- 66 Damit konzentriert sich der Blick auf die fünf Zweige der Sozialversicherung, die GKV, die soziale Pflegeversicherung, die gesetzliche Rentenversicherung, die Arbeitslosenversicherung und die gesetzliche Unfallversicherung, die je für sich die Strukturmerkmale der Sozialversicherung erfüllen. Für jeden dieser Sozialversicherungszweige ist zu klären (**Prüfprogramm**), 1. wie weit das abzudeckende Risiko reicht, für das die Beiträge erhoben werden dürfen, und 2. was noch als dem Sozialversicherungszweig inhärenter sozialer Ausgleich anzusehen bzw. ob es um soziale Aufgaben geht, die aus dem allgemeinen Steueraufkommen zu finanzieren sind.

III. Sozialer Ausgleich innerhalb der Sozialversicherung und Finanzierung allgemeiner Staatsausgaben.

1. Das Soziale in der Sozialversicherung

- 67 Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit kommt nur dann in Betracht, wenn die Grenzen des dem jeweiligen Sozialversicherungszweig inhärenten sozialen Ausgleichs überschritten werden. Damit stellt sich die Frage, was noch als „**inhärenter sozialer Ausgleich**“ innerhalb des jeweiligen Solidarsystems anzusehen ist und wo die in der Literatur und Rechtsprechung diskutierte Grenze zu den sog. **versicherungsfremden Leistungen** verläuft.¹⁵
- 68 Der Entscheidung des BVerfG von 22.5.2018 zum Aussteuerungsbetrag sind insoweit keine abschließenden Kriterien zu entnehmen. Allerdings geht das BVerfG (wohl) davon aus, dass ein der Sozialversicherung inhärenter sozialer **Ausgleich nur zwischen Versicherten des jeweiligen Sozialversicherungssystems** in Betracht kommt. Denn ein Transfer von Mitteln der Sozialversicherung setzt nach der Rspr. des BVerfG voraus, „dass sie für Zwecke im **Binnensystem der Sozialversicherung** (vgl. BVerfGE 113, 167 <221>) verwendet werden. Die erhobenen Geldmittel dürfen allein zur Finanzierung der Aufgaben der Sozialversicherung eingesetzt werden; zur Befriedigung des allgemeinen Finanzbedarfs des Staats und seiner sonstigen Glieder stehen sie nicht zur Verfügung (vgl. BVerfGE 75, 108 <148>; 113, 167 <203>; stRspr).“¹⁶
- 69 Daraus folgt, dass die Binnengrenzen und auch die Grenzen eines dem jeweiligen Versicherungszweig inhärenten sozialen Ausgleichs jedenfalls dann überschritten sind, wenn es um einen sozialen Ausgleich zugunsten **Nichtversicherter** geht. Und weil der Kreis der versicherten Personen in den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung nicht identisch ist,

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, BVerfGE 149, 50, 78, Rn. 79.

¹⁵ Grundlegend dazu *Butzer*, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001; BSG, Urteil vom 29.1.1998 – B 12 KR 35/95 R, BSGE 81, 276: das BSG differenziert bei den versicherungsfremden Leistungen in der gesetzlichen Rentenversicherung: 1. nicht beitragsgedeckte Leistungen - Leistungen, die vorzeitig bewilligt oder günstig berechnet werden wie vorgezogenen Altersrenten, Anrechnungszeiten oder Kindererziehungszeiten; 2. Kriegsfolgen- oder Wiedergutmachungslasten; 3. Leistungen im Zusammenhang mit der Herstellung der deutschen Einheit.

¹⁶ BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, BVerfGE 149,50, 77 f., Rn. 78.

folgt daraus weiter, dass Beitragsmittel der Sozialversicherung das Binnensystem des jeweiligen Versicherungszweigs, also z.B. die Beiträge zur GKV das System der GKV nicht verlassen dürfen. Dies ist vor allem relevant, wenn es um Transfers zwischen einzelnen Zweigen der Sozialversicherung geht, so dass insoweit auch zwischen der GKV und der sozialen Pflegeversicherung streng zu trennen ist.

2. Rechtfertigung des Ausgleichsbetrags und des Eingliederungsbeitrags

- 70 Das BVerfG qualifizierte den Aussteuerungsbetrag und den Eingliederungsbeitrag nach § 46 SGB II a.F. als Transfer aus dem Binnensystem der Arbeitslosenversicherung (SGB III) heraus in das System der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II). Letzteres ist den allgemeinen Staatsaufgaben zuzurechnen und aus Steuermitteln zu finanzieren. Die Verwendung von Beiträgen der Arbeitslosenversicherung zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs des Bundes im Jahr 2005 (u.a. für das System des SGB II) führte zu einer **normativ veranlassten Belastungsungleichheit** derjenigen, die neben ihren Steuern zusätzlich Beiträge zur Arbeitslosenversicherung zahlen mussten (Versicherte und ihre Arbeitgeber).¹⁷
- 71 Das BVerfG sah auf der Rechtfertigungsebene die Regelung über den Ausgleichsbetrag für 2005 allerdings als **Übergangsregelung** an. Der mit der **Systemumstellung** (Ablösung der Arbeitslosenhilfe) einhergehende Bundesaufwand sei für das Jahr 2005 ein hinreichender Sachgrund für die Entscheidung des Gesetzgebers, die bei der BA vorhandenen Mittel über die Transferzahlung nach § 46 IV SGB II und damit auf dem Umweg über den Bundeshaushalt weiterhin zum Zwecke der Eingliederung Langzeitarbeitsloser zur Verfügung zu stellen. Diese Rechtfertigung gelte auch für die Festlegung des Beitragssatzes in § 341 II SGB III, der zur Beschwer der Beitragszahler (Beschwerdeführer) iSd Art. 2 I GG führte.¹⁸
- 72 Demgegenüber verneint das BVerfG für den sog. **Eingliederungsbeitrag für 2008** zwar eine aus dem Systemwechsel folgende Rechtfertigung. Es verneint aber deshalb einen Verstoß gegen Art. 3 I GG, weil die Transferzahlung der BA sich in diesem Zeitraum nicht auf die **Höhe des Beitragssatzes** ausgewirkt habe. Im rechtlichen Sinne sei der Eingliederungsbeitrag im Jahr 2008 als nicht aus Beitragsmitteln der BA finanziert anzusehen, weil ihm ein noch höherer zweckungebundener Bundeszuschuss an die BA nach § 363 I SGB III gegenüberstand: Die zum 1.1.2007 eingeführte Bundesbeteiligung an der Arbeitsförderung nach § 363 I SGB III war im Jahr 2008 mit 7,58 Mrd. € höher als die Belastung der BA durch den Eingliederungsbeitrag mit 5 Mrd. €. Der **Bundeszuschuss** habe der BA ohne Zweckbindung und damit auch zur Aufbringung des Eingliederungsbeitrags zur Verfügung gestanden. Mit dem Bundeszuschuss seien auch nicht vorrangig andere Aufgaben der BA zu finanzieren gewesen.
- 73 Das BVerfG verlangt damit bei der Prüfung, ob ein Verstoß gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit vorliegt, eine „**rechnerisch-saldierender Betrachtung**“ der wechsel-

¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, BVerfGE 149, 50, 78, Rn. 80.

¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, BVerfGE 149, 50, 78 f. Rn. 86, 87.

seitigen Zahlungen zwischen Bund und BA.¹⁹ Geht es um Leistungen und Beitragsbelastungen in anderen Sozialversicherungszweigen, gilt nichts anderes.

IV. Voraussetzungen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit

1. Beitragssatzrelevanz

a) Notwendigkeit einer Beitragserhöhung

74 Eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung gesetzlich versicherter Beitragszahler liegt ausgehend von diesen Grundlinien in der Rspr. des BVerfG nur unter folgenden Voraussetzungen vor:

1. Bei einer rechnerisch-saldierenden Betrachtung der wechselseitigen Zahlungen zwischen dem Bund und den Trägern der Sozialversicherung muss sich ein **Saldo** zu Lasten des Trägers der Sozialversicherung ergeben, d.h., dass die **Bundeszuschüsse** an diesen Träger insgesamt geringer sind als die Summe der dem²⁰ Träger auferlegten (**versicherungsfremden**) **Aufwendungen**, also für Aufgaben, die außerhalb des Versicherungszwecks seines Versicherungszweiges liegen.
2. Die Differenz bei Saldierung der genannten Posten muss eine Höhe erreichen, die sich auf den Beitragssatz im jeweiligen Versicherungszweig auswirkt (sog. **Beitragssatzrelevanz**).

75 Beitragssatzrelevanz liegt unzweifelhaft vor, wenn aufgrund einer dem Träger der Sozialversicherung auferlegten Zahlungspflicht, wie beim Eingliederungsbeitrag oder Aussteuerungsbetrag, der Beitragssatz erhöht werden muss, und sei auch nur um 0,1% (**Beitragssatzerhöhung**); dies betraf im Grundsatz die Situation beim Aussteuerungsbetrag und Eingliederungsbeitrag.

b) Potentielle Beitragssatzsenkung

76 Vom Zweck des Gebots der Belastungsgleichheit ausgehend kann nichts anderes gelten, wenn ohne die Auferlegung bestimmter Aufgaben, die nicht dem inhärenten Sozialausgleich zwischen den Versicherten eines Versicherungszweiges, sondern der Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben dienen, der Beitragssatz gesenkt werden könnte (Potentielle Beitragssatzsenkung).

¹⁹ BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, BVerfGE 149, 50, 83f., Rn. 90, 92, 94; ablehnend zur Saldierungsmöglichkeit mit Bundeszuschüssen Axer in: Die Finanzierung des Sozialstaats, SDSRV 70, S. 81, 85: „Sie fließen in die Haushalte der Sozialversicherung, vermischen sich dort mit Beitragsmitteln und sind einheitlich und insgesamt von der Haushaltsautonomie der Sozialversicherungsträger umfasst“.

²⁰ wie hier Axer in: Die Finanzierung des Sozialstaats, SDSRV 70, S. 81, 88, der ebenfalls auf die einzelnen Versicherungszweige abstellt.

2. Versicherungsfremde Leistungen im Sinne von § 221 SGB V

a) Konkretisierungsbedürftigkeit des § 221 SGB V

- 77 Der Bund leistet nach § 221 I SGB V zur pauschalen **Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen** jährlich 14,5 Mrd. € in monatlich zum ersten Bankarbeitstag zu überweisenden Teilbeträgen an den Gesundheitsfonds.
- 78 Was unter diesen Leistungen zu verstehen ist, beantwortet das Gesetz selbst nicht. Das SGB V schreibt eine Verwendung des Bundeszuschusses für spezielle Personengruppen oder Verwendungszwecke nicht vor. Die Materialien zur Neufassung des SGB V im Jahr 2011, welche die „Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen“ erstmals nennt, enthalten ebenfalls keine Erläuterung, was darunter zu verstehen ist.²¹ Axer spricht (zu Recht) von einer „**Blackbox**,“²² während ein IGES-Gutachten 2021 unter Einbeziehung aus dessen Sicht als versicherungsfremd anzusehender Leistungen auf ein Volumen von rund 41 Mrd. € kam; der größte Anteil entfiel dabei auf die betragsfreie Mitversicherung nach § 10 SGB V²³.
- 79 In der Anlage zu § 2 Abs. 1 der **Pauschal-Abgeltungsverordnung** (PauschAV) werden Leistungen zur Empfängnisverhütung, Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, Leistungen für Schwangerschaft und für Haushaltshilfen sowie Krankengeld bei Betreuung eines Kindes und bei Mütterkuren als versicherungsfremd genannt.²⁴ Ein abschließender Katalog versicherungsfremder Leistungen ist darin nicht zu sehen, zumal der Wortlaut des § 221 SGB V weder Hinweise für eine nähere Konkretisierung „versicherungsfremder Leistungen“ noch auf Inhalt, Zweck und Ausmaß einer solchen Konkretisierung finden.
- 80 Soweit in der Literatur die **beitragsfreie Familienversicherung** (§§ 3, 10 SGB V) als versicherungsfremd angesehen wird²⁵, ist diese Sicht m. E. jedenfalls für noch nicht erwerbsfähige Kinder abzulehnen.²⁶ Zur Tradition der GKV und zur Funktionsweise eines umlagefinanzierten Systems gehört zwingend, dass die in aller Regel einkommenslosen, noch nicht erwerbsfähigen Kinder Versicherter am inhärenten sozialen Ausgleich der GKV teilnehmen, um Versicherte mit Kindern gegenüber solchen ohne Kinder zu entlasten und es bei typisie-

²¹ BeckOGK/Beck, 1.3.2021, SGB V § 221 Rn. 5; Krauskopf/Vossen, 123. EL September 2024, SGB V § 221 Rn. 3-5 mit Angabe der jeweiligen BT-Drucks; grundlegend zu diesem Problem vgl. Butzer, Fremdsten in der Sozialversicherung, 2011; Rolfs NZS 1998, 551 ff.

²² Axer in: Die Finanzierung des Sozialstaats, 15. Sozialrechtslehrertagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V. 2022, SDSRV 70, S. 81, 83, der fordert, gesetzlich zu regeln, was darunter zu verstehen ist, um Transparenz zu schaffen.

²³ IGES-Gutachten von Albrecht/Ochmann „Abschätzung des Finanzbedarfs in der GKV bis 2025 unter besonderer Berücksichtigung einer stärkeren Steuerfinanzierung versicherungsfremder Leistungen“, Juni 2021, S. 12 f.

²⁴ VO vom 26.4.2004, BGBl I 644, geändert durch Art. 57 Abs. 25 des Gesetzes vom 12.12.2019, BGBl. I S. 2652.

²⁵ so etwa Felix NZS 2024, 801, 802 f.

²⁶ wie hier BVerfG, Beschluss vom 7.4.2022 – 1 BvL 3/18, BVerfGE 161, 163, 294 Rn. 362-366: „Die beitragsfreie Versicherung von Kindern des Mitglieds einer gesetzlichen Krankenkasse nach § 10 Abs. 1, 2 und 4 SGB V ist eine Maßnahme des sozialen Ausgleichs zur Entlastung der Familie (BVerfGE 107, 205 <213>)“.

render Betrachtungsweise gerade die Kinder der Versicherten sind, die für den Fortbestand und das Funktionieren des Umlagesystems auch in der Zukunft stehen. ²⁷

b) Leistungen an ein anderes System - Nichtversicherte

- 81 Da der Bundeszuschuss des § 221 SGB V ohne (derzeit) klare Zweckbestimmung in den Gesundheitsfonds (§ 271 SGB V) und damit letztlich in den allgemeinen Haushalt der Krankenkassen fließt,²⁸ muss die **Auslegung des Begriffs** der versicherungsfremden Leistungen im Lichte der Rspr. des BVerfG zum Grundsatz der Belastungsgleichheit erfolgen. Danach ist in einem Kernbereich die Verwendung von **Beitragsmitteln für die Finanzierung von Leistungen an Nicht-Mitglieder der GKV** versicherungsfremd. Dies hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum Aussteuerungsbeitrag für die in der Arbeitslosenversicherung Versicherten und ihre Arbeitgeber explizit angenommen.
- 82 Verallgemeinernd gilt: Beitragsbelastungen für Leistungen eines bestimmten Zweiges der Sozialversicherung verstoßen dann gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit, wenn sie Personen zugutekommen, die **nicht Mitglied dieser Gemeinschaft** sind und zur sozialen Sicherung einem steuerfinanzierten System zugewiesen sind.

c) Systemwidrige Zuweisung Versicherter in ein bestimmtes System

- 83 Den Beitragstransfers oder Leistungen zugunsten Nichtversicherter oder an „fremde Systeme“ ist die Verwendung von **Beitragsmitteln für der GKV systemwidrig zugewiesene Versicherte** gleichzustellen. Denn unter dem Gesichtspunkt der Belastungsgleichheit macht es keinen Unterschied, ob Leistungen an Personen außerhalb des jeweiligen Versicherungszweigs aus dessen Beitragsmitteln finanziert werden oder ob dem Versicherungszweig vom Gesetzgeber aus Gründen der Praktikabilität Personengruppen als Versicherungspflichtige zugewiesen werden, obwohl diese von vornherein nur als Leistungsberechtigte, nicht aber als Beitragszahler in Betracht kommen und auch von Dritten keine angemessenen Beitragszahlungen für diese Personen erfolgen.
- 84 Auch in der Sozialversicherung erfolgt die "gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit"²⁹ regelmäßig in einem Austauschverhältnis dergestalt, dass die **Gewährung des Versicherungsschutzes**, mit daraus resultierenden Ansprüchen auf Leistungen bei Eintritt des Versicherungsfalles, eine **korrespondierende Beitragspflicht** nach sich zieht; durchbrochen wird diese Konnexität in der Sozialversicherung nur insoweit, als die Beiträge für Beschäftigte

²⁷ ähnlich wie hier *Rolfs*, NZS 1998, 551 555.

²⁸ vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 14. 6. 2011 – 1 BvR 429/11, BVerfGK 18, 477 = NZS 2011, 936.

²⁹ BVerfG, Beschluss vom 8.4.1987 – 2 BvR 909/82, Rn. 95, BVerfGE 75, 108-165 und BVerfG, Urteil vom 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, Rn. 316, BSGE 88, 203-366 jeweils im Anschluss an BSG, Urteil vom 20.12.1957 – 7 RKg 4/56, BSGE 6, 213, 228, Rn. 68: „Die Sozialversicherung kann nach Bogs (a. a. O., S. 24) in Übereinstimmung mit Manes (Versicherungswesen, 5. Auflage 1932, S. 3) als "gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit" verstanden werden; zur Finanzierung durch Beiträge und Trägerschaft der Sozialversicherung durch Körperschaften; zur Finanzierung durch Beiträge nach dem Gedanken einer Solidargemeinschaft vgl. BVerfG, Beschluss vom 8.12.1982 – 2 BvL 12/79, Rn. 36, BVerfGE 62, 354, 365 f.

regelmäßig von deren Arbeitgebern mitgetragen werden, ohne dass auch die Arbeitgeber in Genuss der regelmäßigen Leistungen gelangen.³⁰

- 85 Die **Bezieher von Grundsicherungsleistungen** nach dem SGB II sind in diesem Sinne dem System der GKV als Versicherungspflichtige (vgl. § 5 I Nr. 2a SGB V) versicherungsfremd zugewiesen. Die Sicherstellung des sozio-kulturellen Existenzminimums, zu dem auch die Gesundheitsfürsorge gehört, ist für Bürgergeldbezieher dem Bund zugewiesen und (in vollem Umfang) aus Steuermitteln aufzubringen.³¹ Diesen Personen hat der Gesetzgeber durch Anordnung von Versicherungspflicht in der GKV Ansprüche auf alle Leistungen der GKV eingeräumt, ohne dass diese Personen dafür selbst mit Beiträgen belastet werden. Vielmehr zahlt der Bund an den Gesundheitsfonds zur Abgeltung der Aufwendungen für diesen Personenkreis eine Pauschale, die weit hinter den tatsächlichen Aufwendungen für diese Personen zurückbleibt. Die Deckungslücke ist von den Beitragszahlern der GKV aufzubringen und die Deckungslücke selbst nicht mit Gründen des der GKV inhärenten sozialen Ausgleichs zu begründen, da bereits die Zuweisung der Bürgergeldempfänger zum Kreis der GKV-Versicherten GKV-fremd ist.

3. Zwischenfazit: Erscheinungsformen von Verstößen gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit

- 86 § 221 SGB V verwendet den Begriff „versicherungsfremd“ zwar nur im Zusammenhang mit dem Begriff „Leistungen“. Darunter sind regelmäßig die in § 21 SGB I und § 11 SGB V skizzierten sowie in den Vorschriften des SGB V näher konkretisierten (Sozial-)Leistungen an Versicherte gemeint. Die Finanzierung von Aus- und Aufgaben Dritter, außerhalb der GKV stehender natürlicher oder juristischer Personen oder die Mittelzuweisung an staatliche Stellen des Bundes, der Länder oder Kommunen aus dem Gesundheitsfonds fallen evident nicht unmittelbar unter diesen Begriff der Leistung.
- 87 Unter dem Aspekt der Belastungsgleichheit macht es allerdings keinen Unterschied, ob Beiträge erhöht werden müssen oder eine potentielle Beitragssatzsenkung ausscheidet, sofern es an einem die Belastungsungleichheit rechtfertigenden Sachzusammenhang zwischen der Finanzierung aus Beitragsmitteln und den mit den Mitteln verfolgten Zwecken der GKV fehlt.
- 88 Dieser Zusammenhang kann in folgenden Fällen nicht in ausreichendem Maß hergestellt werden:
- 89 Beitragsmitteln werden zugunsten **GKV-fremder Personen** verwendet, indem die Beitragsmittel in die Staatskasse fließen, um damit ein System zu finanzieren, dass nach der gesetzlich grundlegenden Systementscheidung aus Steuermitteln zu finanzieren ist, wie dies bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende der Fall ist, Bsp: Anschubfinanzierung des für hilfebedürftige Arbeitsuchende zuständige SGB II-System aus Beitragsmitteln der BA.
- 90 Beitragsmittel werden zur Finanzierung von Leistungen an **der GKV systemwidrig zugewiesene Personen** verwendet, an Personen also, die der GKV in Form der Anordnung

³⁰ BSG, Urteil vom 20.12.1957 – 7 RKg 4/56, BSGE 6, 213, 227, Rn. 64.

³¹ BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, BVerfGE 149, 50, 80, Rn. 82: Die Kostenträgerschaft ging auf den Bund über.

von Versicherungspflicht systemwidrig zugewiesen sind, ohne dass aus dem für diese Personen primär zuständigen Leistungssystem ausreichende Beitragsmittel an die Krankenkassen gezahlt werden. Dies ist bei den Beziehern von Grundsicherung nach dem SGB II der Fall.

- 91 Aus Beitragsmitteln werden Leistungen an Personen innerhalb des GKV-Systems gewährt, die **keine Gesundheits-, Präventions- oder Leistungen zur Krankenbehandlung der Versicherten** darstellen, sondern wie z.B. Krankengeld bei Erkrankung eines Kindes ihren Grund in der Person Dritter haben.
- 92 Mit Beitragsmitteln werden **Aufgaben des Bundes, der Länder oder Kommunen** erfüllt bzw. Leistungen finanziert, die nach gesetzlichen Systementscheidungen wie der des dualistischen Systems der Krankenhausfinanzierung kraft Gesetzes nicht den Krankenkassen, sondern Gebietskörperschaften, konkret den Bundesländern zugewiesen sind. Dies ist z.B. beim Transformationsfonds der Fall.
- 93 Weiter sind als versicherungsfremd solche Leistungen anzusehen, die den Bereich des dem Versicherungszweig inhärenten sozialen Ausgleichs zwischen den in diesem Versicherungszweig Versicherten (evident) überschreiten. – Die Untersuchung und Darlegung, auf welche Leistungen bzw. Leistungsberechtigten dies im Einzelnen zutrifft, würde den Auftrag dieses Gutachtens überschreiten.

C. Klagemöglichkeiten für Beitragspflichtige und ihre Arbeitgeber

I. Leistungsrechtliche Folgen der (Zwangs)Mitgliedschaft bei einem Träger der Sozialversicherung

1. Fragestellung

- 94 Aus Sicht der Versicherten, insbesondere der beitragspflichtigen Arbeitnehmer und ihrer Arbeitgeber, stellt sich die Frage, ob sie einen Anspruch darauf haben, die Verwendung der von ihnen aufgebrauchten Beitragsmittel für aus ihrer Sicht GKV-fremde Aufgaben gerichtlich überprüfen zu lassen. Ausgangspunkt dabei ist die **Anordnung von Versicherungs- und Beitragspflicht** und daraus abzuleitende Folgen bzw. Antworten auf die Fragen, welche Ansprüche dem einzelnen Versicherten zustehen, ob er Anspruch auch darauf hat, dass die GKV bestimmte Leistungen an andere Versicherte nicht erbringt (Stichwort: Finanzierung von Schwangerschaftsabbrüchen) oder dass die Beiträge allgemein nicht für GKV-fremde Zwecke verwendet werden.

2. Eingriff in Art. 2 I GG

- 95 Die Anordnung von Versicherungs- und Beitragspflicht in einem öffentlich-rechtlichen Verband der Sozialversicherung stellt einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der Versicherten dar. Regelungen, die das öffentlich-rechtliche Sozialversicherungsverhältnis, vor allem in Bezug auf die Beiträge der Versicherten und die Leistungen des Versicherungsträgers näher ausgestalten, sind daher am Grundrecht des Art. 2 I GG zu messen.³²
- 96 Aus diesem Eingriff folgen sowohl Anforderungen an die Ausgestaltung des Leistungsrechts als auch der Beitragsgestaltung.

3. Leistungsrechtliche Konsequenzen für den Versicherten selbst – „Nikolaus-Rechtsprechung“

- 97 Der Eingriff in Art. 2 I GG bedarf der Rechtfertigung durch eine entsprechende Ausgestaltung der ausreichenden solidarischen Versorgung, die den Versicherten für deren Beitrag im Rahmen des Sicherungszwecks des Systems zu erbringen ist.
- 98 Das Grundrecht aus Art. 2 I GG schützt den beitragspflichtigen Versicherten vor einer **Unverhältnismäßigkeit von Beitrag und Leistung**, denn der Pflichtversicherte hat in einem System der Sozialversicherung typischerweise keinen unmittelbaren Einfluss auf die Höhe seines Beitrags und auf Art und Ausmaß der ihm im Versicherungsverhältnis geschuldeten

³² ständige Rspr., z.B. BVerfG, Beschluss vom 6.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25, 49 f., Rn. 50, 51 – sog. Nikolausbeschluss.

Leistungen. Seine Rechte und Pflichten werden vielmehr einseitig durch den Gesetzgeber geregelt, wobei der Gesetzgeber nach BVerfG auch davon ausgeht, dass den Versicherten regelmäßig erhebliche finanzielle Mittel für eine zusätzliche selbständige Vorsorge im Krankheitsfall und insbesondere für die Beschaffung von notwendigen Leistungen der Krankenbehandlung außerhalb des Leistungssystems der GKV nicht zur Verfügung stehen.³³

- 99 Aus Art. 2 I GG lässt sich in der GKV zwar kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf bestimmte Leistungen der Krankenbehandlung ableiten. Jedoch sind gesetzliche oder auf Gesetz beruhende **Leistungsausschlüsse und Leistungsbegrenzungen** daraufhin zu prüfen, ob sie im Rahmen des Art. 2 I GG gerechtfertigt sind.³⁴ Das BVerfG hat insoweit entschieden, dass es mit Art. 2 I GG iVm dem grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip nicht vereinbar ist, den Einzelnen einer Versicherungspflicht in der GKV zu unterwerfen und für seine an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausgerichteten Beiträge die notwendige Krankheitsbehandlung gesetzlich zuzusagen, ihn andererseits aber, wenn er an einer lebensbedrohlichen oder sogar regelmäßig tödlichen Erkrankung leidet, für die schulmedizinische Behandlungsmethoden nicht vorliegen, von der Leistung einer bestimmten Behandlungsmethode durch die Krankenkasse auszuschließen und ihn auf eine Finanzierung der Behandlung außerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung zu verweisen.³⁵

4. Kein Anspruch auf Leistungsversagung gegenüber anderen Versicherten

a) Ausschluss der Popularklage - Vermeidung einer Umgehung des Art. 93 I Nr. 2 BVerfG

- 100 Die Entscheidung des Grundgesetzes in Art. 93 I Nr. 2 GG, die abstrakte Normenkontrolle der Bundesregierung, einer Landesregierung sowie einem qualifizierten Quorum der Mitglieder des Deutschen Bundestages vorzubehalten, würde nach Ansicht des BVerfG unterlaufen, wenn es anderen als den verfassungsrechtlich vorgesehenen **Antragsberechtigten** ermöglicht würde, auf dem Umweg z.B. eines Sozialgerichtsprozesses und einer durch diesen ausgelösten konkreten Normenkontrolle ein Verfahren vor dem BVerfG in Gang zu setzen, das sich in nichts von einer abstrakten Normenkontrolle unterscheiden würde.
- 101 Das BVerfG hat deshalb Versicherten den Zugang zum Bundesverfassungsgericht verwehrt, die sich mit einer Klage zu den Sozialgerichten unter Berufung auf u.a. religiöse Gründe gegen eine bestimmte Verwendung von Beitragsmitteln der GKV zu Gunsten anderer Versicherter gewandt hatten; konkret ging es um die Finanzierung von Schwangerschaftsabbrüchen als Leistung der GKV. Das Sozialgericht hatte den Rechtsstreit ausgesetzt und dem BVerfG im Wege der **Richtervorlage nach Art. 100 I GG** die Frage vorgelegt, ob es mit dem Grundgesetz vereinbar sei, dass gesetzliche Krankenkassen Leistungen für nicht aus medizinischen Gründen notwendige Schwangerschaftsabbrüche erbringen. Das BVerfG hat die Vorlage als unzulässig zurückgewiesen, weil schon die Klage vor dem Sozialgericht als Po-

³³ BVerfG, Beschluss vom 6.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25, 43, Rn. 52.

³⁴ BVerfG, Beschluss vom 6.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25, 42 f., Rn. 51.

³⁵ BVerfG, Beschluss vom 6.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25, 49, Rn. 6; BVerfG, Beschluss vom 10.11.2015 – 1 BvR 2056/12, BVerfGE 140, 229, 237, Rn. 20.

popularklage unzulässig gewesen und damit die dem BVerfG vorgelegte Vorlagefrage für den konkreten Rechtsstreit nicht entscheidungserheblich sei.³⁶

- 102 Mit im Wesentlichen der gleichen Begründung hat das BVerfG die **Verfassungsbeschwerde eines Versicherten** gegen ein Urteil des BSG zurückgewiesen, welches die Klage des Versicherten gegen seine gesetzliche Krankenversicherung auf Unterlassung der Finanzierung von "rechtswidrigen" Abtreibungen als unzulässige Popularklage abgewiesen hatte.³⁷ In beiden Fällen hat das BVerfG darauf hingewiesen, dass § 54 SGG keine Vorschrift sei, mit deren Hilfe sich jedermann in einer nach Verfassungsprozessrecht nicht zulässigen Weise "zum **Wächter über die objektive Verfassungsordnung**"³⁸ bestellen könne. Dies würde – so das BVerfG – die Grenze zur Popularklage überschreiten, die das sozialgerichtliche Verfahren nicht kenne und die weder das Grundgesetz noch das Verfassungsgerichtsgesetz zugelassen habe.³⁹

b) Zusammenschau von fachgerichtlicher Prozessordnung und Verfassungsprozessrecht

- 103 Das BVerfG verlangt, die Zulässigkeit einer Klage nicht nur unter dem Blickwinkel der einschlägigen fachgerichtlichen Prozessordnung – z.B. des Sozialgerichtsgesetzes – zu prüfen, sondern auch das Verfassungsprozessrecht, wie es im GG und im Bundesverfassungsgerichtsgesetz ausgeformt ist, einzubeziehen. Das Verfahrensrecht der Sozialgerichtsbarkeit und das Verfassungsprozessrecht sind nach der Rspr. des BVerfG Teile eines **Gesamtsystems des gerichtlichen Rechtsschutzes**. Beide Verfahrensordnungen greifen nach BVerfG ineinander.
- 104 Die Zulässigkeit einer Klage, deren Ziel letztlich die Nichtanwendung gesetzlicher Bestimmungen durch die beklagte Krankenkasse ist, setzt die Verfassungswidrigkeit jener Bestimmungen voraus, was sich – so das BVerfG – nicht allein nach dem für das Verfahren der Sozialgerichte geltenden Prozessrecht beurteilen lässt.
- 105 Nach der Rspr. des BVerfG kann nicht jedes beliebige Anliegen mit einer der gesetzlich zulässigen Klagearten dem Sozialgericht zur Entscheidung unterbreitet werden. Voraussetzung ist vielmehr, dass ein Rechtsanspruch auf die begehrte Leistung (Tun, Unterlassen etc.) besteht. Hieran fehlt es nach Ansicht des BVerfG, wenn mit dem Anliegen ein Verhalten (Tun, Unterlassen) verlangt wird, auf das der einzelne Versicherte sozialrechtlich keinen Anspruch hat, weil die **Gewährung von Leistungen an Dritte** seinen persönlichen, durch das Mitgliedschaftsverhältnis zur Krankenkasse bestimmten Rechtskreis nicht berührt.
- 106 Ebenso wenig kann der einzelne Bürger, der eine **bestimmte Verwendung des Aufkommens aus öffentlichen Abgaben** für grundrechtswidrig hält, aus seinen Grundrechten einen Anspruch auf generelle Unterlassung einer solchen Verwendung herleiten.⁴⁰

³⁶ BVerfG, Beschluss vom 18.4.1984 – 1 BvL 43/81 –, BVerfGE 67, 26-38, Rn. 25 – 37.

³⁷ BVerfG, Beschluss vom 15.6.1988 – 1 BvR 1301/86 –, BVerfGE 78, 320-331, Rn. 1.

³⁸ BVerfGE, Beschluss vom 13.1.1971 – 1 BvR 671, 672/65, BVerfGE 30, 112, 121 „Wächter für die objektive Verfassungsordnung“.

³⁹ BVerfG, Beschluss vom 18.4.1984 – 1 BvL 43/81 –, BVerfGE 67, 26-38, Rn. 36: Kein Anspruch auf Mittelverwendung nach individueller Vorstellung der Versicherten – Vorgehen gegen Finanzierung von Schwangerschaftsabbrüchen durch die GKV.

⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 18.4.1984 – 1 BvL 43/81 –, BVerfGE 67, 26-38, Rn. 25 – 37.

II. Beitragsrechtliche Folge der (Zwangs)Mitgliedschaft bei einem Träger der Sozialversicherung

1. Beitragsrelevante Transfers kein Fall der Popularklage

- 107** Eine unzulässige Popularklage liegt nach der Rspr. des BVerfG nicht vor, wenn sich Versicherte oder ihre Arbeitgeber gegen die Höhe ihrer Beträge wenden, soweit diese auf einer Verwendung von Beitragsmitteln des jeweiligen Trägers der Sozialversicherung zu Gunsten anderer, außerhalb des Systems stehender Personen beruhen. In diesen Fällen des **Transfers** – so das BVerfG – „wenden sich die Beschwerdeführer nicht gegen die Erbringung von einzelnen Leistungen an andere Versicherte. Sie beanstanden vielmehr die sie selbst belastende Beitragshöhe, die von den streitigen durch Bundesgesetz angeordneten Transferleistungen mitbestimmt werde.“⁴¹
- 108** Das BVerfG nimmt im Ergebnis eine **Differenzierung** im Sinne einer Abgrenzung zwischen einer unzulässigen Popularklage bei Vorgehen Versicherter gegen eine bestimmte Verwendung von Beitragsmitteln zu Gunsten anderer GKV-Versicherter (Stichwort: Schwangerschaftsabbrüche) einerseits und einem Vorgehen gegen die eigene Beitragsbelastung wegen Verwendung von Beitragsmitteln zu Gunsten von bestimmten GKV-fernen Personengruppen oder Sachverhalten (Transferleistungen) andererseits vor.
- 109** Letzteres hat das BVerfG für Fälle bejaht und eine unzulässige Popularklage in Fällen verneint, bei denen die durch Transferleistungen begünstigten **Personengruppen außerhalb der eigenen Versichertengemeinschaft** standen. Konkret ging es um den Transfer von Beitragsmitteln des SGB III in das prinzipiell aus Steuermitteln zu finanzierende Grundsicherungssystem des SGB II.

2. Dem Transfer nach „außen“ gleichzustellende Fälle

- 110** Im Ergebnis ebenso sollten im Sinne einer **Gleichstellung** diejenigen Fallkonstellationen behandelt werden, in denen die begünstigten Personengruppe zwar nicht außerhalb der „eigenen“ Versichertengemeinschaft stehen, die Anordnung von Versicherungspflicht für die betreffende Personengruppe aber einem Transfer in Bereiche außerhalb der Versichertengemeinschaft gleichkommt.
- 111** Dies ist der Fall, wenn für Personen in einem Versicherungszweig Versicherungspflicht angeordnet wird, ohne dass die betreffende Personengruppen zum typischen Kreis der Versicherungspflichtigen gehört und der Einzelne überhaupt keine Beiträge zahlt oder die von dritter Seite für diese Personen gezahlten Beiträge weit unter den für die Personengruppen insgesamt aufzuwendenden Mitteln steht. Letzteres ist etwa bei den in der GKV pflichtversicherten Bürgergeldempfängern der Fall.

⁴¹ BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, BVerfGE 149, 50, 74 f., Rn. 70.

3. Prüfungsmaßstab – Art. 2 I, Art. 3 I GG

- 112** Das BVerfG hat nach der Einführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende zur „Anschubfinanzierung“ der Leistungen des SGB II aus Mitteln der Bundesagentur für Arbeit (BA) entschieden, dass die Beiträge der Arbeitnehmer und Arbeitgeber zur Arbeitslosenversicherung nicht für gesamtgesellschaftliche Aufgaben verwendet werden dürfen. Die Entscheidung kann auf andere Systeme der Sozialversicherung und damit auch auf die GKV übertragen werden.
- 113** Danach gilt der **Grundsatz**: Beiträge der Arbeitnehmer und ihrer Arbeitgeber müssen im Binnensystem der Sozialversicherung verbleiben. Beitragsmittel der Sozialversicherung dürfen allein zur Finanzierung der Aufgaben der Sozialversicherung eingesetzt werden, nicht aber zur Befriedigung des allgemeinen Finanzbedarfs des Staates.

4. Grundsatz der Belastungsgleichheit

- 114** Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz folgt im Zwangsverband der Sozialversicherung ein Gebot der Belastungsgleichheit, das sich auf alle staatlich geforderten Abgaben erstreckt und auch bei der Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen zu beachten ist. Der allgemeine Gleichheitssatz verlangt in Bezug auf nichtsteuerliche Abgaben (hier: Sozialversicherungsbeiträge) einen sachlich einleuchtenden Grund, wenn ein Privater im Unterschied zu anderen Privaten über seine Steuerpflicht hinaus zu einer Abgabe herangezogen wird. Während jeder Bürger ohne Weiteres der Steuergewalt unterworfen ist, bedürfen weitere Abgabebelasten im Hinblick auf die Belastungsgleichheit einer besonderen Rechtfertigung.
- 115** Diese **Rechtfertigung** ergibt sich in der Sozialversicherung für Versicherte aus der Abdeckung des jeweiligen Risikos: Die Beitragsbelastung ist nach BVerfG verfassungsrechtlich aber nur dann unbedenklich, „wenn Versicherte über ihre Steuerpflicht hinaus lediglich zu solchen Beiträgen herangezogen werden, die der Finanzierung des gerade auch ihnen zugutekommenden Versicherungsschutzes dienen. Dabei wird ein in diesem Sinne eigenütziger Sozialversicherungsbeitrag nicht dadurch fremdnützig, dass er zugleich dem der Sozialversicherung inhärenten sozialen Ausgleich zugunsten anderer Versicherter dient.“⁴²

III. Fachgerichtlicher Rechtsschutz für Versicherte und Arbeitgeber

1. Klagebefugnis

- 116** Versicherte können gegen eine Zweckentfremdung von Beitragsmitteln vor den Sozialgerichten klagen und nach Erschöpfung des Rechtswegs beim BVerfG Verfassungsbeschwerde einlegen.
- 117** Nach ständiger Rechtsprechung des BSG, auf welche das BVerfG abstellt, kann ein Beitragspflichtiger mit einer sozialgerichtlichen Klage geltend machen, dass die gegen ihn

⁴² BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, BVerfGE 149, 50, 76 f. Rn. 76.

festgesetzten Beiträge zu hoch bzw. rechtswidrig sind, weil die **der Beitragsberechnung zu Grunde gelegten Normen** verfassungswidrig sind.⁴³

- 118** Ausgangspunkt dieser Rechtsschutzmöglichkeit ist im Regelfall der **Lohnabzug** seitens des Arbeitgebers bei der Lohn- und Gehaltsabrechnung, bei der eine als rechtswidrig beanstandete Mittelverwendung zu einem möglicherweise zu hohen Lohnabzug führte. Der Versicherte kann bei der Einzugsstelle mit einem Antrag auf anteilige Erstattung zu Unrecht entrichteter Beiträge (§ 26 SGB IV) die Rechtmäßigkeit des erfolgten Lohnabzugs und damit mittelbar die Verfassungsmäßigkeit der Mittelverwendung überprüfen lassen. Gegen die Entscheidung der Einzugsstelle ist die kombinierte **Anfechtungs- und Leistungsklage** statthaft.⁴⁴
- 119** Die Klage richtet sich dann **unmittelbar** gegen den die Beitragshöhe regelnden bzw. eine Beitragserstattung ablehnenden Verwaltungsakt der Einzugsstelle, **mittelbar** gegen den Beitragssatz und damit die den konkreten Beitrag beeinflussende Gesetzesnorm, die einen Abfluss von Beitragsmitteln für GKV-fremde Zwecke anordnet.
- 120** Die Verweisung auf den Rechtsweg zu den Sozialgerichten (**Rechtswegerschöpfung**) ist Beschwerdeführern in derartigen Fällen nach Ansicht des BVerfG zumutbar. Es verneint insoweit einen schweren und unabwendbaren Nachteil im Sinne von § 90 II 2, 2. Alt. BVerfGG. Die **Dauer eines sozialgerichtlichen Verfahrens** vermöge – so das BVerfG – keinen schweren Nachteil zu begründen, denn insoweit handle es sich um einen allgemeinen, mit der Verfolgung eines Anspruchs vor den Fachgerichten stets verbundenen Nachteil, der keine vorzeitige Entscheidung durch das BVerfG rechtfertige.⁴⁵

2. Klagebefugnis für Arbeitgeber

- 121** Das BVerfG hat auch die Klage- und Beschwerdebefugnis von Arbeitgebern bejaht. Diese sind gesetzlich verpflichtet, die Hälfte des Gesamtsozialversicherungsbeitrags und damit auch die Hälfte des Beitrags ihrer Beschäftigten zur Arbeitslosenversicherung zu tragen.
- 122** Im Fall des Aussteuerungsbeitrags hatte eine Arbeitgeberin (juristische Person des Privatrechts) bei der zuständigen Einzugsstelle nach § 26 SGB IV im Hinblick auf den Eingliederungsbeitrag (2008) die Erstattung von zu Unrecht für eine Beschäftigte entrichtete Arbeitslosenversicherungsbeiträge für das Jahr 2008 beantragt.⁴⁶
- 123** Zutreffende Klageart ist auch für Arbeitgeber die **kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage**.⁴⁷

⁴³ BSG, Urteil vom 29.1.1998 – B 12 KR 35/95 R, BSGE 81, 276, 280 ff.; BSG, Urteil vom 24.1.2003 – B 12 KR 19/01 R, BSGE 90, 231, Rn. 39, jeweils m.w.N.; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 2.8.2010 – 1 BvR 2393/08 –, Rn. 34 – 35, BVerfGK 17, 448-455.

⁴⁴ BSG, Urteil vom 29.2.2012 – B 12 KR 5/10 R, BSGE 110, 130, 131, Rn. 14.

⁴⁵ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 2.8.2010 – 1 BvR 2393/08 –, Rn. 36, BVerfGK 17, 448-455.

⁴⁶ BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, BVerfGE 149, 50, 63, Rn. 35.

⁴⁷ BSG, Urteil vom 29.2.2012 – B 12 KR 10/11 R, BSGE 110, 161, 162 Rn. 12.

IV. Beschwerdebefugnis Versicherter vor dem Bundesverfassungsgericht - § 90 BVerfGG

1. Kein Erfordernis der Identität zwischen Normadressat und Beschwerdeführer

- 124** Nach § 90 I BVerfGG ist im Verfassungsbeschwerdeverfahren beschwerdebefugt, wer behaupten kann, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner **Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte** verletzt zu sein. Eine Beschwerde in diesem Sinne liegt vor, wenn der Beschwerdeführer durch den angegriffenen Hoheitsakt selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist.⁴⁸
- 125** Zwischen dem Normadressaten der inkriminierten Norm und dem Beschwerdeführer muss nicht notwendig (Personen)Identität bestehen.
- 126** An der Personenidentität fehlte es z.B. bei der Entscheidung des BVerfG zum Aussteuerungsbetrag und zum Eingliederungsbeitrag. Normadressat der angegriffenen Transferregelungen des § 46 IV SGB II 2005/2008 war ausschließlich die BA, Kläger und Beschwerdeführer der einschlägigen fachgerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Entscheidung jedoch jeweils ein Arbeitnehmer und ein Arbeitgeber.

2. Möglichkeitstheorie

- 127** Erforderlich ist nach BVerfGG für die Beschwerdebefugnis (lediglich), dass es nach dem Vortrag des Beschwerdeführers möglich ist, dass ihn die (mittelbar) angegriffene gesetzliche Regelung in **rechtlich erheblicher Weise** betrifft.
- 128** Im Fall des Aussteuerungsbetrags und des Eingliederungsbeitrags war dies der Fall. Nach Ansicht des BVerfG war es möglich, dass die Regelungen über die Bemessung des durch den Gesetzgeber in § 341 II SGB III bestimmten Beitragssatzes, der sich am Mittelbedarf der BA zu orientieren und damit die Transferzahlungen angesichts ihres Volumens einzubeziehen hatte, in rechtlich erheblicher und nicht nur reflexhafter Weise die Beitragspflicht und zudem das Versicherungsverhältnis des Beschwerdeführers nachteilig beeinflusst haben. Damit war ein Eingriff in seine Rechte aus Art. 2 I GG und Art. 3 I GG zumindest möglich.
- 129** **Übertragen auf die GKV** können Versicherte (insbes. versicherungs- und beitragspflichtige Beschäftigte) nach **Erschöpfung des Rechtswegs** (vgl. § 90 II BVerfGG) eine Gesetznorm mittelbar zur Prüfung durch das BVerfG stellen, wenn die angegriffene Norm die Verwendung von Beitragsmitteln für GKV-fremde Zwecke anordnet und der Gesetzesvollzug sodann die Beitragspflicht (bzw. Beitragstragungspflicht) des Beschwerdeführers in rechtlich erheblicher und nicht nur reflexhafter Weise nachteilig beeinflusst.
- 130** Letzteres ist der Fall, wenn der Gesetzesvollzug zu einer Beitragserhöhung geführt hat oder ohne die angegriffene Mittelverwendung eine Beitragssatzsenkung möglich gewesen wäre.

⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, BVerfGE 149, 50, 74, Rn. 67.

3. Unmittelbar anzugreifender Akt – mittelbarer angegriffene Norm

- 131** Das Erfordernis der **unmittelbaren Selbstbetroffenheit** eines Beschwerdeführers im Rahmen der Verfassungsbeschwerde verlangt, dass er gerade denjenigen **Hoheitsakt** angeht, der ihn in seinen eigenen Grundrechten betrifft.
- 132** Hierzu hat das BVerfG in einer Kammerentscheidung – ebenfalls zum Eingliederungsbeitrag – klargestellt, dass die von den Beschwerdeführern **angegriffene Belastung** durch die Beiträge zur Arbeitsförderung nicht durch § 46 IV SGB II, sondern (erst) durch die Regelungen über die Beitragspflicht dem Grunde nach (§ 346 I 1 SGB III) und die Beitragshöhe, insbesondere den Beitragssatz (§ 341 II SGB III), bewirkt wird. Es seien dementsprechend diese Regelungen, die die Beschwerdeführer selbst als Beitragszahler unmittelbar rechtlich betreffen, nicht jedoch § 46 IV SGB II. Insoweit komme es nicht darauf an, dass der **Beitragssatz** nach § 341 II SGB III ohnehin nicht direkt rechtlich von der Höhe des Eingliederungsbeitrags abhängt, sondern vom Gesetzgeber im Rahmen seines Einschätzungsspielraums unter Berücksichtigung wirtschaftlicher und arbeitsmarktpolitischer Belange sowie der finanziellen Lage der Bundesagentur für Arbeit autonom festgelegt werde.
- 133** Das BVerfG ließ es in seiner Entscheidung zum Ausgleichsbetrag dahingestellt bleiben, ob ein Zusammenhang zwischen § 46 II SGB II und den Regelungen über die Beitragspflicht dergestalt besteht, dass die Abführung des Eingliederungsbeitrags aus dem Haushalt der BA in den Bundshaushalt dazu führt, dass die Beiträge zur Arbeitsförderung nicht mehr verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind. In jedem Fall wird der für die verfassungsrechtliche Bewertung insoweit **maßgebliche Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der Beitragszahler** erst durch die **Beitragserhebung** und die dieser zugrunde liegenden Vorschriften, nicht jedoch unmittelbar durch § 46 II SGB II bewirkt.⁴⁹
- 134** Damit stellt das BVerfG klar, dass Versicherte und Arbeitgeber zunächst im fachgerichtlichen Rechtsschutz gegen eine **konkrete Beitragsforderung** („**Beitragsbescheid**“) vorgehen bzw. eine konkrete Erstattung von Beiträgen beantragen müssen. Im Rahmen der Begründetheit der Anfechtungs- und Leistungsklage gegen den jeweiligen Verwaltungsakt kann sodann die konkrete Beitragshöhe gerügt und dazu die Unvereinbarkeit einer Gesetzesvorschrift ins Feld geführt werden.
- 135** Darzulegen ist, dass durch die mittelbar angegriffene Gesetzesvorschrift z.B. dem Gesundheitsfonds Mittel für GKV-fremde Aufgaben entzogen werden, was im Hinblick auf die Pflicht der Krankenkassen zur Erfüllung GKV-inhärenter Leistungen **Beitragserhöhungen** nötig macht oder andernfalls mögliche **Beitragssenkungen** verhindert.

4. Kein Fall einer unzulässigen Popularklage

- 136** Das BVerfG stellt im Hinblick auf andere Entscheidungen des Gerichts zur Mittelverwendung in der GKV klar, dass sich aus den Grundrechten zwar kein Anspruch eines Mitglieds eines

⁴⁹ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 2.8.2010 – 1 BvR 2393/08, Rn. 30, SozR 4-4200 § 46 Nr. 1.

öffentlich-rechtlichen Zwangsverbandes auf die generelle **Unterlassung einer bestimmten Mittelverwendung** ergibt (Stichwort: Schwangerschaftsabbrüche auf Kosten der GKV).⁵⁰

- 137 Eine solche Situation verneinte das BVerfG jedoch beim Aussteuerungsbeitrag und Eingliederungsbeitrag zur BA ausdrücklich. Hier wandten sich die Beschwerdeführer nicht gegen die Erbringung von einzelnen Leistungen an andere Versicherte. Sie beanstandeten vielmehr die sie selbst belastende Beitragshöhe, die von den streitigen durch Bundesgesetz in § 46 IV SGB II 2005/2008 angeordneten Transferleistungen mitbestimmt wurde. Dadurch unterscheidet sich – so das BVerfG – die Situation beim Aussteuerungsbetrag von der Fallkonstellation, die den Entscheidungen über GKV-finanzierte Schwangerschaftsabbrüche zugrunde lag.⁵¹

5. Grenzen des Rechtsschutzes - Beitragssatzrelevanz

- 138 Eine mögliche Verfassungsbeschwerde hat nach der Rspr. des BVerfG allerdings nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn die Zweckentfremdung ein **Volumen** erreicht, das sich auf den **Beitragssatz** auswirkt. Angesichts des Finanzvolumens der GKV von jetzt jährlich über 300 Milliarden Euro ist dies eine sehr hohe Hürde und die Zweckentfremdung angesichts der Unklarheiten bei § 221 SGB V zudem für einen einzelnen Versicherten schwer nachzuweisen.
- 139 **Exkurs:** Angesichts dieser Hürde für erfolgreiche Verfassungsbeschwerden Versicherter hat das **BSG** in seiner **BZgA-Entscheidung** ausgeführt, dass den Krankenkassen das Recht zusteht, gegen Kompetenzüberschreitungen des Gesetzgebers im Bereich der Sozialversicherung vor den Sozialgerichten auch dann vorzugehen, wenn **keine Beitragssatzrelevanz** vorliegt. Denn andernfalls blieben Kompetenzüberschreitungen unterhalb dieser Schwelle völlig folgenlos. Zudem bestünde die Gefahr, dass der Gesetzgeber den Zugriff auf Beitragsmittel zeitlich so staffelt, dass innerhalb des Geschäftsjahres Beitragsrelevanz jeweils vermieden wird.⁵²

6. Bewertung

- 140 Die Rechtsschutzmöglichkeit für Versicherte und/oder ihre Arbeitgeber ist ein „**steiniger Weg**“⁵³ und überfordert den einzelnen Versicherten in aller Regel. Der vom BVerfG eröffnete Rechtsschutz kann zwar letztlich zur Unvereinbarkeitserklärung gesetzlicher Regelungen durch das BVerfG führen. Bis es dazu kommt, kann es allerdings viele Jahre dauern. Im Fall des Aussteuerungsbetrags vergingen vom Zeitpunkt des Antrags des Versicherten bei der Einzugsstelle (Juli 2006) bis zur Entscheidung des BVerfG vom 22.5.2018 rund zwölf Jahre.

⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 18.4.1984 – 1 BvL 43/81, BVerfGE 67, 26, 37; BVerfG Beschluss vom 15.6.1987 – 1 BvR 1301/86, BVerfGE 78, 320, Rn. 37: Aus den Grundrechten folgt kein Anspruch auf generelle Unterlassung einer bestimmten Verwendung öffentlicher Mittel.

⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, BVerfGE 149, 50, 69 f., Rn. 69 – 70.

⁵² BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 135 f., Rn. 79.

⁵³ Zustimmend *Felix*, NZS 2024, 801, 802, 804.

D. Anwendungsfälle: Transformationsfonds, Beiträge für Bürgergeldempfänger - Pandemiekosten

I. Transformationsfonds

1. Ausgestaltung, Zweck und Finanzierung

- 141** Art. 2 Nr. 6 des Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz (KHVVG) fügte in das Krankenhausfinanzierungsgesetz einen neuen § 12b KHG ein. Mit der Vorschrift wird der sog. Transformationsfonds beim **Bundesamt für Soziale Sicherung** (BAS, bis 2019 Bundesversicherungsamt, BVA) errichtet.
- 142** **Hintergrund** sind die mit dem KHVVG beabsichtigten Veränderungen in der „Krankenhauslandschaft“, die mit den laufenden Investitionskosten, wie sie die Länder in den letzten Jahren leisteten, nicht zu bewältigen sind. Denn die Investitionen der Bundesländer im Rahmen der Krankenhausfinanzierung waren seit Jahren rückläufig; wurden 1993 von den Ländern (umgerechnet) 3,9 Mrd. € für Investitionen aufgewendet, waren es 2021 lediglich 3,3 Mrd. €. Gleichzeitig verzeichneten die Krankenkassen einen Anstieg der Krankenausgaben von 29 Mrd. € (1993) auf 81,5 Mrd. € (2021), was der GKV-SV (auch) auf die hinter den gesetzlichen Verpflichtungen zurückbleibenden und letztlich unzureichenden Investitionen der Länder in die Krankenhausinfrastruktur zurückführt.⁵⁴
- 143** Das KHVVG soll den ökonomischen Druck vermindern, der auf den Trägern der Krankenhäuser lastet. Zwar soll das bisherige Fallpauschalensystem nicht vollkommen abgelöst, jedoch durch eine sog. Vorhaltevergütung flankiert werden. Diese soll das Vorhalten von **Strukturen in Krankenhäusern** unabhängig von der Leistungserbringung sichern und den Anreiz für Krankenhäuser senken, die Fallmengen auszuweiten. Die Krankenhäuser sollen die Vorhaltevergütung für diejenigen **Leistungsgruppen** erhalten, die ihnen durch die jeweilige **Planungsbehörde des Landes** zugewiesen wurden und hinsichtlich derer sie die jeweils maßgeblichen **Qualitäts- und Mindestvorhaltezahlen** grundsätzlich erfüllen.⁵⁵ Die Vorhaltevergütung wird mit der Zuweisung von Leistungsgruppen sowie der Erfüllung der für diese Leistungsgruppen jeweils maßgeblichen Qualitätskriterien und Mindestvorhaltezahlen verknüpft. Ziel dessen ist eine Konzentration von Leistungen zum Zweck einer qualitativ hochwertigen Versorgung und eine weitere Steigerung der Qualität der medizinischen Versorgung.
- 144** Bei zahlreichen Krankenhäusern ergibt sich durch die mit dem KHVVG beschlossene **Neuordnung der „Krankenhauslandschaft“** ein zum Teil erheblicher **Investitionsbedarf**, wenn sie die für die neuen Leistungsgruppen erforderlichen Voraussetzungen hinsichtlich Ausstattung mit sächlichen und personellen Mitteln usw. erfüllen wollen.
- 145** Der Transformationsfonds soll daher nach der Begründung des Gesetzentwurfs zum KHVG in den Jahren 2026 bis 2037 **Vorhaben der Länder** zur Anpassung der stationären Versor-

⁵⁴ Pfeiffer/Grunenberg, Das Geld der anderen – Abgrenzung von Finanz- und Aufgabenverantwortung in Gesundheit und Pflege, in: Sozialrecht aktuell, 2023, Heft 1, S. 1.

⁵⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks 20/11854 S. 2.

gungsangebote an die Neuausrichtung der Regelungen zur Erbringung und Finanzierung von Krankenhausleistungen fördern und zu einer dauerhaften Qualitätsverbesserung sowie zu Einsparungen in der stationären Versorgung beitragen.⁵⁶

146 Bei zugelassenen Krankenhäusern können nach § 12b I 4 KHG folgende **acht Maßnahmetypen** aus Mitteln des Transformationsfonds gefördert werden:

1. Vorhaben zur standortübergreifenden Konzentration akutstationärer Versorgungskapazitäten, einschließlich der erforderlichen Angleichung der digitalen Infrastruktur,
2. Vorhaben zur Umstrukturierung eines Krankenhausstandortes, der nach § 6c I KHG als sektorenübergreifende Versorgungseinrichtung bestimmt wurde,
3. Vorhaben zur Bildung telemedizinischer Netzwerkstrukturen,
4. Vorhaben zur Bildung von Zentren zur Behandlung von seltenen, komplexen oder schwerwiegenden Erkrankungen an Hochschulkliniken, soweit Hochschulkliniken und Krankenhäuser, die keine Hochschulkliniken sind, an diesen Vorhaben gemeinsam beteiligt sind,
5. wettbewerbsrechtlich zulässige Vorhaben zur Bildung von regional begrenzten Krankenhausverbänden zum Abbau von Doppelstrukturen, insbesondere durch Standortzusammenlegungen,
6. Vorhaben zur Bildung integrierter Notfallstrukturen,
7. Vorhaben zur Schließung eines Krankenhauses oder von Teilen eines Krankenhauses, insbesondere in Gebieten mit einer hohen Dichte an Krankenhäusern und Krankenhausbetten,
8. Vorhaben zur Schaffung zusätzlicher Ausbildungskapazitäten in den mit den Krankenhäusern notwendigerweise verbundenen Ausbildungsstätten.

147 Dem Transformationsfonds werden als **Fördervolumen** pro Jahr maximal 2,5 Mrd. € zugeführt (vgl. § 12b I 2 KHG iVm § 271 VI SGB V). Insgesamt ergibt dies für die in § 12b I KHG genannte Zeitspanne von 2026 bis 2037 ein Fördervolumen von insgesamt 25 Mrd. €. Außerdem wird dem Transformationsfonds der Betrag nach § 12a II 4 KHG zugeführt. 95% des Volumens können an die Länder nach Maßgabe des Königsteiner Schlüssels verteilt werden; 5% sind länderübergreifenden Vorhaben vorbehalten (vgl. § 12b II KHG).

2. Mittelaufbringung größtenteils aus Beitragsmitteln

148 Zur Finanzierung der Fördermittel nach § 12b KHG werden dem beim BAS errichteten Transformationsfonds in den Jahren 2026 bis 2035 aus der **Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds** jährlich Finanzmittel in der Höhe zugeführt, in der diese Fördermittel im jeweiligen Jahr den Ländern zugeteilt werden (vgl. § 271 VI 2 SGB V), höchstens jedoch in der Höhe des Höchstbetrags nach § 271 VI 3 SGB V. Der Höchstbetrag für ein Kalenderjahr ergibt sich aus der Summe eines Betrags in Höhe von **2,5 Mrd. €** und des jeweiligen Mittelübertrags nach Satz 4 für dieses Kalenderjahr, jeweils abzüglich des Anteils der landwirtschaftlichen Krankenkasse (§ 271 VI SGB V).

⁵⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsqualität im Krankenhaus und zur Reform der Vergütungsstrukturen (Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz – KHVVG), BT-Drucks. 20/11854, 17.6.2024, S. 121.

- 149 In dem 2009 eingeführten⁵⁷ bzw. errichteten **Gesundheitsfonds** verwaltet das BAS als Sondervermögen die beim BAS eingehenden „Beträge“. Dies sind neben den von den Einzugsstellen oder Direktzahlern an das BAS weitergeleiteten Beiträgen für Versicherte die Bundesmittel nach § 221 SGB V. Die Bundesmittel nach § 221 SGB V betragen 14,5 Mrd.€ jährlich und dienen der „pauschalen Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen“. Der Gesundheitsfonds hatte im Jahr 2022 ein Volumen von insgesamt 311 Mrd. €. ⁵⁸ Innerhalb des Gesundheitsfonds muss eine **Liquiditätsreserve** gewährleistet sein. Sie beträgt nach Ablauf eines Geschäftsjahres mindestens 20 Prozent der durchschnittlich auf den Monat entfallenden Ausgaben des Gesundheitsfonds. Aus der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds wiederum wird künftig der Transformationsfonds gespeist. Bis auf die Bundesmittel nach § 221 SGB V wird der Gesundheitsfonds und damit auch der Transformationsfonds aus Beitragsmitteln für Versicherte gespeist.⁵⁹
- 150 Nach der Begründung zum Gesetzentwurf des KHHG sind die für den Transformationsfonds erforderlichen Mittel überwiegend über eine jährliche **Minderung der Zuweisungen an die Krankenkassen** zu finanzieren.⁶⁰

3. Mittelzuweisung an die Länder

- 151 Das BAS teilt den Ländern auf Antrag Mittel aus dem Transformationsfonds zu. In welcher Form dies geschieht, regelt das Gesetz nicht ausdrücklich (§ 12 b III KHG). Allerdings dürfen die Voraussetzungen eines VA erfüllt sein, zumal die Zuteilung erst nach Prüfung der in § 12b III KHG genannten Voraussetzungen erfolgen kann
- 152 Die Zuteilung setzt voraus, dass das Land 50% der förderungsfähigen Kosten des Vorhabens selbst trägt (sog. **Kofinanzierung**). Das Land muss 50 % dieser Kofinanzierung aus „eigenen Haushaltsmitteln“ aufbringen. Die Hälfte davon wiederum kann ggf. vom KH-Träger aufgebracht werden.⁶¹ Die Länder müssen sich zudem verpflichten, dass sie von 2026 bis 2035 mindestens ihre jeweilige durchschnittliche Investitionskostenfinanzierung aus den Jahren 2021 bis 2024 beibehalten und um den Betrag erhöhen, der sich aus der Kofinanzierung nach § 12b II 1 Nr. 3 KHG ergibt. Damit soll sichergestellt werden, dass die Landesmittel für das „Sonderinvestitionsprogramm“ nicht auf die Landesmittel zur Investitionsförderung angerechnet werden. Zudem sieht § 13 KHG vor, dass die Länder „im Einvernehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen“ die Entscheidung treffen, welche Vorhaben gefördert werden sollen und für die dann ein Antrag auf Förderung beim Bundesamt für Soziale Sicherung gestellt werden soll (zu den Auswirkungen eines „Einvernehmens“ der Landesverbände oder der Ersatzkassen zu bestimmten Maßnahmen auf die Ver-

⁵⁷ Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG) v. 26.03.2007, BGBl I 2007, 378.

⁵⁸ https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/G/GKV/2023-03-03_PMANlagen_GKV-Finanzergebnisse_1.-4._Quartal_2022__002__bf.pdf

⁵⁹ Zur Zusammensetzung des Gesundheitsfonds vgl. https://www.bundesamtsozialesicherung.de/fileadmin/redaktion/Gesundheitsfonds/2024/UEbersicht_Endgueltige_RE_2022_bis_2023.pdf

⁶⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsqualität im Krankenhaus und zur Reform der Vergütungsstrukturen (Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz – KHVVG), BT-Drucks. 20/11854, S. 122.

⁶¹ Vgl. BT-Drucks 20/11865 S. 187.

fassungswidrigkeit der Mittelverwendung sogleich). Insoweit würde kein widersprüchliches Verhalten vorliegen.

4. Art. 74 I Nr. 12 GG: Keine Gesetzgebungskompetenz für Transformationsfonds

a) Aufgaben der Sozialversicherung

- 153 Für die Regelung des § 12b KHG kann sich der Bund nicht auf den Kompetenztitel des Art. 74 I Nr. 12 GG stützen. Beim **Begriff der Sozialversicherung** handelt es sich um einen weit gefassten verfassungsrechtlichen **Gattungsbegriff**, der alles umfasst, was sich der Sache nach als Sozialversicherung darstellt. Kennzeichnend für die Sozialversicherung sind insbesondere die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit, die organisatorische Durchführung durch selbstständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, die abzudeckenden Risiken und die Mittelaufbringung durch Beiträge der Beteiligten.
- 154 Die Abgrenzung zwischen den Aufgaben der Sozialversicherung und den **Aufgaben der Gesamtgesellschaft** ist verfassungsrechtlich nicht im Einzelnen vorgegeben, sondern politischer Natur und vom Gesetzgeber zu treffen. Der Gesetzgeber kann soziale Sicherheit auch in unmittelbarer Staatsverwaltung organisieren. Allerdings kann er sich dann nicht auf den Kompetenztitel des Art. 74 I Nr. 12 GG stützen, sondern es bedarf anderer Kompetenztitel, etwa den der öffentlichen Fürsorge (Art. 74 I Nr. 7 GG). Und er darf sich dann auch nicht der organisatorischen und finanziellen Mittel der Sozialversicherung bedienen.
- 155 Diesen Kompetenzrahmen unterläuft die Konstruktion des Gesundheitsfonds und seine Verwaltung durch das BAS, jedenfalls aber überschreitet die Mittelzuführung aus dem Gesundheitsfonds an die Länder zur Finanzierung der in § 12b KHG genannten Maßnahmen den von Art. 74 I Nr. 12, Art. 87 II GG gesetzten Rahmen.

b) Nutzen für GKV-Versicherte

- 156 Bei der Finanzierung von Maßnahmen zur Strukturverbesserung von Krankenhäusern handelt es sich ebenso wie bei der Prävention und Gesundheitsförderung in Lebenswelten um Aufgaben, die über die **klassischen Maßnahmen der Krankenversicherung** hinausgehen. Von Maßnahmen zugunsten der GKV-Versicherten kann schon deshalb nicht gesprochen werden, weil mit den Maßnahmen nach § 12b KHG aus Beitragsmitteln die mittels Sozialplanmaßnahmen, Abfindungen oder Ablösezahlungen „sozialverträgliche“ **Schließung von Krankenhäusern** oder einzelnen Abteilungen von Krankenhäusern ermöglicht werden sollen.⁶²
- 157 Wenn es gelingen sollte, mit den Mitteln des Transformationsfonds das **gesetzgeberische Ziel einer Qualitätssteigerung** zu erreichen, käme dies zwar auch GKV-Versicherten zugute, die gegen ihre Krankenkasse Anspruch auch auf die Behandlung von Krankheiten in zugelassenen Krankenhäusern haben (vgl. § 11 I Nr. 2, § 39, § 108 SGB V). Sie sind bei erfolgreichen Transformationsprozessen künftig möglicherweise besser versorgt, als dies gegenwärtig der Fall ist. Gleichwohl stellt sich die Mittelzuweisung nach § 12b KHG an die

⁶² Vgl. *Felix* NZS 2024, 801, 803; zu solchen Maßnahmen vgl. BT-Drucks 532/15 S. 13.

Länder weiterhin als eine Mittelverwendung für eine gesamtgesellschaftliche, den Ländern zugewiesene Aufgabe dar.

- 158** Dies ergibt sich bereits daraus, dass Krankenhäuser etc. nicht nur den Versicherten der GKV zur Verfügung stehen (s. oben), auch wenn diese die größte Gruppe der Patienten stellen. In Krankenhäusern werden auch privat Krankenversicherte und Selbstzahler behandelt, die nicht in der GKV versichert sind und nicht zu deren Beitragsfinanzierung beitragen. Einer Zuordnung zur Sozialversicherung steht es zwar grundsätzlich nicht entgegen, wenn Leistungen reflexhaft auch Nichtversicherten zugutekommen, sog. **Overspill-Effekt**.⁶³ Handelt es sich allerdings **konzeptionell und inhaltlich um eine gesamtgesellschaftliche Querschnittsaufgabe**, an der neben den Krankenkassen andere Akteure auf Bundes-, Länder- und kommunaler Ebene sowie Unternehmen der privaten Kranken- und Pflegeversicherung beteiligt sind, ist der alleinige Bezug zur Sozialversicherung nicht herzustellen.⁶⁴
- 159** Letzteres ist beim Transformationsfonds der Fall.⁶⁵ Bei der Planung der Krankenhäuser (§ 6 I KHG) und der **Finanzierung der Investitionskosten** handelt es sich auch nach Inkrafttreten des KHVVG weiterhin eine nicht den Krankenkassen, sondern **strukturell den Ländern zugewiesene Aufgabe**.⁶⁶
- 160** Bei einer damit verfassungswidrigen Verwendung von Beitragsmitteln der GKV bleibt es auch dann, wenn die Landesverbände der Krankenkassen und Ersatzkassen ihr „**Einvernehmen**“ zur **Förderung vorgeschlagenen Maßnahmen** nach § 13 KHG erteilen. Denn die Krankenkassen lehnen die mit dem KHVVG verfolgten Ziele einer Krankenhausstrukturreform nicht prinzipiell ab, vielmehr sehen auch sie durchaus die Notwendigkeit einer Reform und unterstützen insbesondere die mit dem Gesetz angestrebte Struktur- und Qualitätsverbesserung. Ihr Einvernehmen bei „sinnvollen“ Maßnahmen nach § 13 KHG darf allerdings nicht dahin ausgelegt werden, dass sie damit auch einer verfassungswidrigen Finanzierung dieser Maßnahmen zustimmen oder mit dieser einverstanden sind. Würde ihr Einvernehmen in dieser Weise interpretiert, müssten sie jeder vorgeschlagenen Maßnahme widersprechen bzw. sich der Herstellung eines Einvernehmens verweigern. Eine solche Blockade aber liefe dem Gesetzeszweck zuwider und verhinderte notwendige Strukturverbesserung bei einzelnen Krankenhäusern, zumal das KHG einen Konfliktlösemechanismus für den Fall des Nichtzustandekommens eines Einvernehmens nicht vorsieht. Im Übrigen steht es auch nicht zu Disposition der Krankenkassen, eine den Anforderungen der Art. 74 I Nr. 12, Art. 87 II GG nicht genügende Mittelverwendung qua „Einvernehmen“ zu „legalisieren“.

⁶³ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSG 114, 129, Rn. 60; vgl. *Schuler-Harms* in Spiecker genannt Döhm/Wallrabenstein, Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 13 28 ff; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages Sachstand WD 8 – 30000 – 047/24 S. 18.

⁶⁴ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20, BSGE 132, 114, 129 f., Rn. 60; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages Sachstand WD 8 – 30000 – 047/24 S. 18.

⁶⁵ wie hier *Felix* NZS 2024, 801, 803.

⁶⁶ Vgl. Antwort der Bundesregierung vom 31.7.2024 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU BT-Drucks. 20/12436 S. 7: „Für die Förderung der Investitionen der Krankenhäuser sind im Rahmen der dualistischen Krankenhausfinanzierung grundsätzlich ausschließlich die Länder zuständig.“

5. Art. 74 I Nr. 19a GG: Fehlende Gesetzgebungskompetenz für Transformationsfonds

- 161** Nach Art. 74 Nr. 19a GG ist die **wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser** und die Regelung der Krankenhauspflegesätze Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes. Die Kompetenznorm geht auf das 22. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 12.5.1969 zurück. Auf dieser Grundlage wurde das "Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze" (**Krankenhausfinanzierungsgesetz - KHG**) vom 29.6.1972 (BGBl. I S. 1009) erlassen.
- 162** Gleichzeitig mit der Neuordnung der Krankenhausfinanzierung übernahm der Staat auch die **Planung des Krankenhauswesens**, ohne die die wirtschaftliche Sicherung und kostengünstige Benutzung der Krankenhäuser nicht erreichbar erschien.⁶⁷ Das in § 6 KHG geregelte Recht Krankenhauspläne (früher "Krankenhausbedarfspläne") aufstellen, steht nur den Ländern zu und nur Krankenhäuser, die in einen solchen Plan aufgenommen sind, haben Anspruch auf staatliche Förderung.
- 163** Das mit dem KHG eingeführte **dualistische System**⁶⁸ weist im Grundsatz die **Investitionskosten** (§ 2 Nr. 2; § 4 KHG) der öffentlichen Hand zu. Danach werden die Investitionskosten auf Antrag im Wege der öffentlichen Förderung durch die Bundesländer getragen. Zu den **Investitionskosten** (vgl. § 2 KHG) gehören insbes. die **Errichtung** von Krankenhäusern einschließlich der **Erstausrüstung** mit den für den Krankenhausbetrieb **notwendigen Anlagegütern** oder die **Wiederbeschaffung von Anlagegütern** mit einer durchschnittlichen Nutzungsdauer von mehr als drei Jahren.
- 164** Demgegenüber ist die Deckung der **laufenden Betriebs-, Personal- und Behandlungskosten** den Pflegesätzen (§ 4 KHG) zugeordnet, die in Form von Entgelten der Benutzer oder ihrer Kostenträger aufzubringen sind (§ 2 Nr. 4, § 4 KHG).
- 165** Für die **Betriebskosten** kommen die **Krankenkassen** auf, die für die Behandlung ihrer Versicherten an die Krankenkassen pauschalierte Vergütungen zahlen (vgl. §§ 16 ff KHG).
- 166** An der bisherigen Konstruktion, dass die Länder für die Finanzierung der Investitionskosten für Krankenhäuser, die Krankenkassen dagegen für die Kosten des laufenden Betriebes von Krankenhäusern aufkommen müssen, hat sich durch das KHVVG nichts geändert.⁶⁹
- 167** Die Inanspruchnahme des Gesundheitsfonds bzw. dessen Liquiditätsreserve zur Finanzierung der § 12b KHG-Maßnahmen ist nach allem als „versicherungsfremd“ und als ein unzu-

⁶⁷ BR-Drucks. 260/7/78, S. 4.

⁶⁸ BVerfG, Beschluss vom 13.9.2005 – 2 BvF 2/03 –, Rn. 50, BVerfGE 114, 196-257; *Meßling*, SGB 2011, 257; *Chandna-Hoppe NZS 2020*, 81 f.; *Lungstras/Bockholdt*, NZS 2021, S. 1, 2; *Quaas/Zuck/Clemens/Quaas*, Medizinrecht, § 26 Rn. 10.; *Quaas*, KrV 2018, 133, 134; *Wahl* in: *Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V*, 4. Aufl., § 108 SGB V (Stand: 30.07.2020), Rn. 19, 16, der unter Hinweis auf BT-Drucks. 12/3930 S. 5 f. zu Recht feststellt, dass mit dem Übergang zu einer monistischen Krankenhausfinanzierung, bei der auch die Investitionskosten über die Krankenhausergelte von den Krankenkassen zu tragen sind, der tragende Grund für die Bindung der Krankenkassen an planerische Entscheidungen der staatlichen Ebene entfiel.

⁶⁹ Vgl. Antwort der Bundesregierung vom 31.7.2024 auf die Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU BT-Drucks. 20/12436 S. 7: „Für die Förderung der Investitionen der Krankenhäuser sind im Rahmen der dualistischen Krankenhausfinanzierung grundsätzlich ausschließlich die Länder zuständig.“

lässiger Transfer von Beitragsmitteln der Krankenkassen zu Gunsten der Bundesländer anzusehen.⁷⁰

6. Unzulässige Mittelverwendung

- 168** Mit der **Mittelzuweisung an die Bundesländer** für förderfähige Vorhaben aus dem Gesundheitsfonds erfolgt ein unmittelbarer **Transfer von Beitragsmitteln** in die Staatskasse der Länder, die mit Erfolg entsprechende Anträge nach § 12b KHG stellen. Sie stehen damit einer Verwendung für GKV-immanente Aufgaben nicht (mehr) zur Verfügung. Vielmehr fließen die Beitragsmittel in die Staatskassen des jeweiligen Landes, das die Mittel allerdings für die in § 12 KHG genannten Maßnahmen verwenden muss.
- 169** Die Zuführung von Beitragsmitteln aus dem Gesundheitsfonds in den Transformationsfonds greift in eigene Rechte der Versicherten (und ihrer Arbeitgeber) ein, denn Beitragsmittel der Sozialversicherung dürfen nach der Rspr. des BVerfG das Binnensystem der Sozialversicherung nicht verlassen; sie sind streng zweckgebunden.⁷¹
- 170** Die geförderten Maßnahmen kommen **GKV-Versicherten, Privatversicherten** wie auch **Selbstzahlern** gleichermaßen zugute. Sollte sich die private Krankenversicherung (letztlich freiwillig) an der Finanzierung der Vorhaben beteiligen, erhöht sich der Transformationsfonds um diese Beträge (§ 12b I 3 KHG), entlastet also die GKV-Versicherten nicht.⁷²
- 171** Im Rahmen einer **Vergleichsgruppenbildung** können GKV-Versicherte, Selbstzahler und Privatversicherte als zu vergleichende Personengruppen identifiziert werden. Unmittelbar betroffen durch § 12b KHG sind indessen nur die GKV-Versicherten und ihre Arbeitgeber. Zwar ist die Krankenhaustransformation darauf angelegt und besteht die Erwartung, dass sich auch die PKV an der Finanzierung der Umstrukturierungsmaßnahmen beteiligt,⁷³ jedoch ohne einseitige Anordnung entsprechender Pflichten, für die sich der Gesetzgeber nicht auf den Kompetenztitel des Art. 74 I Nr. 12 GG stützen könnte. Entscheidend ist, dass **nur GKV-Versicherte kraft Gesetzes** von der Verwendung ihrer Beiträge auch für den Transformationsfonds betroffen sind, nicht hingegen Privatversicherte und Selbstzahler, obgleich von erfolgreichen förderungsfähigen Transformationsprozessen alle drei Personengruppen gleichermaßen profitieren dürften.

⁷⁰ wie hier *Felix*, *NZS* 2024, 801, 803; erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit äußert auch der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Gutachten des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung über den Entwurf des Bundesministeriums für Gesundheit zu einem Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz (KHVVG) vom 15.5.2024, S. 18.

⁷¹ wie hier *Felix*, Gutachten für den GKV-SV April 2024; erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit äußert auch der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Gutachten des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung über den Entwurf des Bundesministeriums für Gesundheit zu einem Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz (KHVVG) vom 15.5.2024, S. 18

⁷² vgl. BT-Drucks 20/11854 S. 186.

⁷³ Vgl. Gesetzentwurf zum KHVVG BT-Drucks 20/11854 S. 191.

7. Krankenhausnotopfer – Kein Präjudiz für den Transformationsfonds

- 172** Zwar hat das BSG im Jahr 1997 Versicherten einmalig auferlegte sog. Krankenhausnotopfer in Höhe von 20 DM zur Sicherung von Krankenhäusern als Sozialversicherungsbeitrag angesehen. Es hat diesen trotz des dualistischen Finanzierungssystems von Krankenhäusern nicht beanstandet, weil die aus dem „Notopfer“ erzielten Einnahmen gesetzlich gerade nicht für eine bestimmte Aufgabe der Krankenkassen gebunden waren; eine Zweckbindung ergab sich für das BSG auch nicht aus der Begründung der einschlägigen Vorschrift im Gesetzentwurf, wonach der Beitrag der Entlastung der gesetzlichen Krankenversicherung im Hinblick auf die Finanzierung von Instandhaltungsmaßnahmen in Krankenhäusern diene, die nach § 17 IVb 2 iVm Satz 1 KHG pflegesatzfähig sind.⁷⁴
- 173** Die Entscheidung des BSG ist singulär geblieben und **kritikwürdig**, weil sie die dualistische Struktur und Aufgabenzuweisung bei der Krankenhausfinanzierung nicht hinreichend beleuchtet. Aus der Nichtannahme der hiergegen erhobenen **Verfassungsbeschwerde** kann auch nicht der Schluss gezogen werden, das BVerfG habe die Ansicht des BSG in der Sache bestätigt, so dass die Erwägungen in der Notopfer-Entscheidung des BSG verfassungsrechtlich gesichert und auf Transfers nach § 12b KHG ohne weiteres übertragbar seien. Denn das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des BSG nicht inhaltlich geprüft. Vielmehr hat es diese nicht angenommen, weil es sich um nicht mehr anzuwendendes Recht gehandelt hatte und insoweit kein weitergehender Klärungsbedarf mehr bestand, der Anwendungsbereich der Norm zeitlich beschränkt war und es sich um eine einmalige, nicht besonders schwere Belastung der Versicherten gehandelt hatte.⁷⁵

8. Verstoß gegen Grundsätze mittelbarer Verwaltung – Art. 87 II GG

a) Fach- und Rechtsaufsicht über das BAS

- 174** Das BAS (bis 2019: Bundesversicherungsamt – BVA) ist eine **selbständige Bundesoberbehörde** (vgl. § 94 I 1 SGB IV), die der Fach- und Rechtsaufsicht des BMAS und für den Bereich der GKV des BMG untersteht. Das BAS seinerseits übt die Rechtsaufsicht über die sog. bundesunmittelbaren Sozialversicherungsträger aus (§ 87 I, § 90 SGB IV).
- 175** Soweit es um den Mittelabfluss aus dem Gesundheitsfonds bzw. dessen Liquiditätsreserve in den Transformationsfonds und den Mittelabfluss vom Transformationsfonds an die Länder geht, findet damit ebenfalls Fach- und Rechtsaufsicht des BMG statt, die letztlich zu weitreichenden Konsequenzen für die Beitragsmittel der GKV führen können. Angesichts des Zustandekommens des **KHVVG unter Federführung des BMG** ist nicht davon auszugehen, dass das BMG dem BAS untersagen wird, Beitragsmittel der GKV für außerhalb der GKV liegende Zwecke verwenden bzw. zuteilen zu dürfen.
- 176** Dies und die gewählte Konstruktion der Errichtung des Transformationsfonds beim BAS wirft die weitergehende Frage auf, ob bereits die Errichtung des Gesundheitsfonds beim BAS als einer bundesunmittelbaren Oberbehörde des BMG den **verfassungsrechtlichen Anforde-**

⁷⁴ BSG, Urteil vom 23.9.1999 – B 12 KR 17/98 R, Rn. 12, SozR 3-1100 Art. 74 Nr. 3, SozR 3-2500 § 223 Nr. 1; vgl. BT-Drucks 13/6087 S. 36 zu Art. 11 § 2 des Entwurfs eines 2. GKV-NOG.

⁷⁵ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 13.3.2001 – 1 BvR 1942/99, Rn. 7, NJW 2001, 1783.

rungen des Art. 87 II GG standhält. - Dies kann im Rahmen dieses Gutachtens nachfolgend nur am Rande angesprochen werden.

b) Verbot der Verwaltung von Beitragsmitteln durch bundesunmittelbare Behörden

- 177** Für den Bereich der Sozialversicherung sieht Art. 87 II GG eine mittelbare Verwaltung vor; eine unmittelbare Verwaltung durch Bundesbehörden ist nicht zulässig.⁷⁶ Der Bund kann sich nicht selbst zum sozialen Versicherungsträger machen und er darf seinen eigenen (bundesunmittelbaren) Behörden auch über Art. 87 III GG keine Aufgaben der Sozialversicherung übertragen.⁷⁷
- 178** Gegen diese Anforderung verstoßen Vorschriften, die dem BAS Aufgaben zuweisen und Rechte zur Verfügung über Beitragsmittel der GKV einräumen. Der **Gesundheitsfonds** ist ein insbesondere aus Beitragsmitteln gespeistes Sondervermögen, das für die Finanzierung der GKV-Leistungen zur Verfügung stehen soll. Das BAS übt insoweit als unmittelbare Bundesbehörde im Zusammenhang mit dem Gesundheitsfonds **weitreichende Aufgaben in zentralen Bereichen der Sozialversicherung** aus, ohne dass dabei eine aufsichtsrechtlich abgesicherte Rückkoppelung an die Selbstverwaltung der Krankenkassen stattfindet oder das BAS selbst in das System der GKV eingebunden ist. Die Verwaltung der Beitragsmittel der GKV durch eine außerhalb der Sozialversicherung stehende unmittelbare Bundesbehörde verstößt m.E. daher gegen Art. 87 II GG.
- 179** Das Fehlen einer Verwaltungskompetenz des Bundes für einen Transfer von Beitragsmitteln in den Haushalt der Länder mittels Transformationsfonds kann nicht dadurch umgangen werden, dass das Gesetz die Beitragsmittel zunächst den Einzugsstellen der Krankenkassen formal als Gläubiger des Gesamtsozialversicherungsbeitrages zuweist, sie dann aber dem vom BAS verwalteten Gesundheitsfonds zuweist und anordnet, dass aus Beitragsmitteln Aufgaben der Länder erfüllt werden. Anderenfalls könnte auf diese Weise die vom Grundgesetz vorgegebene Trennung zwischen sozialversicherungsrechtlicher Selbstverwaltung und unmittelbarer Staatsverwaltung letztlich nach Belieben unterlaufen werden.⁷⁸

c) Gebot der organisatorischen und finanziellen Selbständigkeit

- 180** Die in Art. 74 I Nr. 12 und Art. 87 II GG angeordnete Systementscheidung zugunsten der Sozialversicherung verlangt die organisatorische und finanzielle Selbständigkeit der einzelnen Träger der Sozialversicherung im Sinne einer **Verwaltungs- und Ertragskompetenz**.⁷⁹
- 181** Auch hiergegen wird verstoßen, wenn sämtliche Beitragsmittel der GKV an den Krankenkassen „vorbei“ an den Gesundheitsfonds weitergeleitet werden müssen, ohne dass die Krankenkassen selbst Einfluss auf die Mittelzuweisungen an sie selbst oder an außerhalb des

⁷⁶ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 127, Rn. 53; BVerfG vom 12.1.1983 - 2 BvL 23/81 - BVerfGE 63, 1, 36, Rn. 117 f.

⁷⁷ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 127, Rn. 52; *Schlegel*, SozSich 2006, 378, 379.

⁷⁸ Ähnlich BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 149, 50, 71, Rn. 64 für die Aufgaben der BZgA.

⁷⁹ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 149, 50, 67 –, Rn. 52; BVerfG vom 18.7.2005 - 2 BvF 2/01 - BVerfGE 113, 167, 200; *F. Kirchhof* in Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd V, 3. Aufl. 2007, § 125 RdNr 6; *Axer* in Hoffmann/Spiecker genannt Döhm/Wallrabenstein, Mehrwert der Selbstverwaltung, 2020, S 85 f.

GKV-Systems stehende Stellen unmittelbar Einfluss nehmen können. Den Krankenkassen wird letztlich das Recht vorenthalten, die Beitragsmittel der GKV selbst zu verwalten.

9. Ergebnis

- 182** Bei der Finanzierung der Maßnahmen nach § 12b KHG handelt es sich um den Ländern zugewiesene Aufgaben der Krankenhausfinanzierung. Die Finanzierung dieser Maßnahmen mit einem Anteil von 50% aus dem Transformationsfonds, der sich aus der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds speist, verstößt gegen die Zweckbindung von GKV-Beitragsmitteln. Diese dürfen allein für GKV-Zwecke verwendet werden und das Binnensystem der GKV nicht verlassen. Für Beitragszahler verstößt die Regelung des § 12b KHG gegen das Gebot der Belastungsgleichheit. Die Regelung verstößt zudem gegen elementare Grundsätze der mittelbaren Verwaltung, die sich auch auf die Verwaltung der Sozialversicherungsbeiträge – hier: der Beiträge zur GKV – erstreckt und es verbietet, dass die Verwaltungs- und Ertragskompetenz der Träger der Sozialversicherung in der Hand bundesunmittelbarer Behörden liegt.

II. Unterfinanzierter Krankenversicherungsschutz bei Beziehern von Bürgergeld

1. Umfassender Versicherungsschutz und dessen Finanzierung

a) Leistungsansprüche

- 183** Nach § 5 I Nr. 2 SGB V sind die Bezieher von Bürgergeld nach § 19 I 1 SGB II gesetzlich krankenversichert. Sie haben damit Anspruch auf alle im System der GKV vorgesehenen Leistungen.

b) Beitragsaufkommen

- 184** Als beitragspflichtige Einnahmen gelten für Bürgergeldempfänger das 0,2155-fache der monatlichen Bezugsgröße (§ 232a I 1 Nr. 2 SGB V); das sind im Jahr 2025 ($3.745 \text{ €} \times 0,2155 =$) 807,05 €. Auf diese wird der ermäßigte Beitragssatz und der durchschnittliche Zusatzbeitrag angewendet (vgl. § 242 III 1 Nr. 1 SGB V). Die Beiträge werden vom Bund getragen (vgl. § 251 IV 1 SGB V) und von der Bundesagentur für Arbeit (BA) direkt an den Gesundheitsfonds gezahlt (vgl. § 252 I 2, II 1 SGB V). Ausgehend davon ergibt sich für das Jahr 2025 ein Monatsbeitrag von ($807,05 \text{ €} \times 16,6\% + 2,5\% =$) 138 €.

c) Unterdeckung – Vergleich Ausgaben/Einnahmen: IGES-Gutachten

- 185** In einem Gutachten des IGES-Instituts für den GKV-SV vom Mai 2024 haben *Ochmann/Albrecht/Schiffhorst* mangels gruppenspezifischer GKV-Ausgaben für Bezieher von Alg II und Sozialgeld unter Darlegung ihres methodischen Vorgehens, teilweise im Wege einer Schätzung, für die Jahre 2019 und 2022 die Ausgaben der GKV für diese Personengruppen ermittelt und den Einnahmen für sie gegenübergestellt.
- 186** Das IGES-Gutachten stellt fest, dass die durchschnittlichen GKV-Ausgaben für Bürgergeldempfänger (einschließlich Familienversicherte) in den Altersgruppen bis 59 Jahren zwischen 19% und 39% im Jahr 2022 und zwischen 15% und 56% im Jahr 2019 deutlich höher lagen

als bei allen GKV-Versicherten der gleichen Altersgruppe;⁸⁰ nur für ältere Leistungsbezieher sind - verglichen mit allen GKV-Versicherten - unterdurchschnittliche Leistungsausgaben zu verzeichnen. Das IGES-Gutachten geht für Alg-II-Leistungsempfänger im Jahr 2022 von Gesamtausgaben in Höhe von 15,1 Mrd. € aus, für 2019 von 15,6 Mrd. €. Dem stehen Beitragszahlungen für 2022 in Höhe von 5,9 Mrd. € und für 2019 von 5,89 Mrd. € gegenüber. Dies ergibt eine **Deckungsquote** von insgesamt 41% für 2022 und 40% für 2019 bzw. eine Unterdeckung von 9,218 Mrd. € im Jahr 2022 bzw. 8.951 Mrd. € im Jahr 2019.⁸¹

d) Kostendeckung bei Kostenpauschale von 311 € (2022)

- 187** Wird der an den Gesundheitsfonds gezahlte **Bundeszuschuss** nach § 221 I SGB V in Höhe von jährlich 14,5 Mrd. € pro Kopf auf alle GKV-Versicherten umgelegt und der auf Bürgergeldbezieher bzw. Aufstocker entfallende Anteil beim ermittelten Saldo in Abzug gebracht, reduziert sich die Unterdeckungsquote um rund 11%, so dass sich für 2022 eine **Unterdeckung** von 8,2 Mrd. € (Deckungsquote 42%) und für 2019 in Höhe von 8,7 Mrd. € (Deckungsquote 40%) ergibt.⁸²
- 188** Im Jahr 2022 wäre für eine vollständige Kostendeckung eine für alle Alg-II-Empfänger (einschließlich Familienangehöriger und Aufstocker) zu zahlende **Beitragspauschale von 311 €** monatlich kostendeckend gewesen. Tatsächlich wurden vom Bund aber nur **108 €** pro Person gezahlt.

2. Unzureichende Zuwendungen des Bundes für GKV-fremde Aufgaben

a) Gescheiterte Reformabsichten

- 189** Die GKV finanziert nach dem IGES-Gutachten Krankenversicherungsschutz der nach § 5 I Nr. 2a SGB V versicherten Empfänger von Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II, ohne dafür auch nur annähernd kostendeckende Beitragszuwendungen aus der Bundeskasse zu erhalten. Dass dies „nicht in Ordnung“ ist, scheint auch den im Deutschen Bundestag vertretenen, die Regierung stellenden Parteien bewusst zu sein. So wurde sowohl im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.3.2018 für die 19. Legislaturperiode (dort S. 102) und auch im Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN und FDP vom 24.11.2021 für die 20. Legislaturperiode (dort S. 68) jeweils angekündigt, höhere Beiträge für die Bezieherinnen und Bezieher von Alg II aus Steuermitteln finanzieren zu wollen. Umgesetzt wurde dieses Vorhaben weder in der 19. noch in der 20. Legislaturperiode.

⁸⁰ IGES-Gutachten von Mai 2024 S. 33-35,

https://www.iges.com/ergebnisse/projekte/2024/arbeitslosengeld-ii/index_ger.html.

⁸¹ IGES-Gutachten GKV-Beiträge der Bezieher von ALG-II – Aktualisierung, S. 37-39.

⁸² IGES-Gutachten GKV-Beiträge der Bezieher von ALG-II – Aktualisierung, S. 42.

b) GKV-Schutz als Element des sozio-kulturellen Existenzminimums

- 190** Mit der nicht kostendeckenden Finanzierung des GKV-Schutzes durch den Bund erfüllt die GKV im Ergebnis **GKV-fremde Aufgaben**,⁸³ denn nach der Rspr. des BVerfG gehört u.a. eine ausreichende Absicherung bei Krankheit zum verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch des Einzelnen gegen den Staat auf Gewährung des **sozio-kulturellen Existenzminimums**.⁸⁴
- 191** Die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende werden als Leistungen der sozialen Fürsorge iSd Art. 74 I Nr. 7 GG erbracht.⁸⁵ Dieses Existenzminimum sicherzustellen, ist **Aufgabe des Bundes**. Dabei handelt es sich einerseits um auf die Existenzsicherung zielende Leistungen zum Lebensunterhalt. Die soziale Sicherung der SGB-II-Grundsicherungsempfänger ist nach der 2005 getroffenen Systementscheidung allein Sache des Bundes. Dies gilt nicht nur für die Finanzierung der den Grundsicherungsempfängern zustehenden Regelleistung und sonstigen Leistungen des SGB II. Es gilt auch für den Bereich der Gesundheit bzw. Krankheit, wobei sich der Gesetzgeber dafür entschieden hat, bedürftige Arbeitsuchende – anders als Sozialhilfeempfänger – in die GKV als Versicherungspflichtige einzugliedern und die Existenzsicherung in Sachen **Gesundheit/Krankheit** im Rahmen der GKV sicherzustellen, wenn diese nicht ausnahmsweise der privaten Krankenversicherung zugehörig waren. Dementsprechend ist auch die Finanzierung der gesetzlichen oder privaten Krankenversicherung der Alg-II- Leistungsempfänger durch Zuschüsse alleinige Aufgabe des Bundes. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus **§ 26 I SGB II**. Die Vorschrift stellt klar, dass es sich bei den Zuschüssen zu den Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung um eine Leistung iSd SGB II und damit eine dem Bund zugewiesene Aufgabe handelt.

III. Pandemiebedingte Mehrausgaben – Refinanzierung

1. Fragestellung

- 192** Wie der Gesundheitsfonds im Bereich der GKV wird auch der **Ausgleichsfonds der Pflegekassen** vom BAS verwaltet; insoweit gelten die gleichen verfassungsrechtlichen Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Konstruktion mit Art. 87 II GG wie beim Gesundheitsfonds (Stichwort Verwaltungs- und Ertragshoheit). Das Gesetz spricht insoweit von einem Sondervermögen.
- 193** Zahlreiche pandemiebedingte zusätzliche Leistungen und Maßnahmen wurden maßgeblich aus dem Ausgleichsfonds und damit aus Beitragsmitteln der sozialen Pflegeversicherung finanziert. Insoweit besteht jedoch eine **verfassungsrechtliche Zweckbindung der Pflegeversicherungsbeiträge**, wie sie auch bei den GKV-Beiträgen besteht.⁸⁶ Diese Zweckbindung zieht wie in der GKV das **Gebot der Belastungsgleichheit** nach sich und wirft die

⁸³ Pfeiffer/Grunenberg, Wege zu einer nachhaltig stabilen GKV-Finanzierung in: Festschrift Schlegel, 2024, S. 265, 269, 276.

⁸⁴ BVerfG, Urteil vom 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175, 223, Rn. 135.

⁸⁵ BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12, BVerfGE 149, 50, 78 f. Rn. 3, 80.

⁸⁶ Vgl. Bockholdt in: Schlegel/Meßling/Bockholdt, COVID 19 Corona-Gesetzgebung Gesundheit und Soziales, 2. Auf. 2022, § 14 II 1, S. 384 f. Rn. 15 zu § 20i Abs. 3 SGB V zur Finanzierung der Testungen aus dem Gesundheitsfonds; Schlegel NJW 2021, 2782, 2786.

Frage auf, ob es sich bei den einzelnen Maßnahmen (noch) um Aufgaben speziell der Pflegeversicherung handelte, für die sich der Gesetzgeber auf die Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 I Nr. 12 GG stützen konnte, oder ob damit gesamtgesellschaftliche, aus Steuern zu finanzierende Zwecke im Vordergrund standen.

2. Zweckwidrigkeit der Maßnahmen - Beispiel Corona-Prämie

- 194** Die Frage der **Zweckwidrigkeit der Mittelverwendung** wird im Gutachten von *Dagmar Felix*⁸⁷ mit guten Gründen bejaht. Hier soll nicht auf sämtliche von *Felix* rechtlich bewerteten Einzelleistungen eingegangen, sondern dem Gutachten beigegeben und ein eingehender Blick allein auf die Corona-Prämie geworfen werden.
- 195** § 150 a SGB XI sah eine zwingende Corona-Prämie für alle Beschäftigten zugelassener Pflegeeinrichtungen iSd §§ 71, 72 SGB XI vor (obligatorische Corona-Prämie). Die jeweilige Pflegeeinrichtung als Arbeitgeber zahlte die Prämie an ihre Beschäftigten (Pflegekräfte) aus, jedoch wurde die Einrichtung insoweit nur als **Zahlstelle** der Pflegekassen tätig, gegen die sich der öffentlich-rechtliche Anspruch materiell-rechtlich richtete (vgl. § 150 a VIII 1 SGB XI).
- 196** Die Corona-Prämie wurde vom jeweiligen Arbeitgeber der Pflegekraft an seine Beschäftigten (Pflegekräfte) ausgezahlt. In der Regel waren dies die Pflegeeinrichtungen. Der Arbeitgeber war insoweit allerdings nur „Zahlstelle“. Die „soziale Pflegeversicherung“ (Pflegekasse) zahlte an die zugelassenen Pflegeeinrichtungen den Betrag, den die Pflegeeinrichtungen für die von ihnen vorzunehmende Auszahlung der Prämien an ihre Beschäftigten benötigen.
- 197** Materiell wurde die Corona-Prämie zunächst von den Pflegekassen und den Krankenkassen gemeinsam getragen und damit aus **Beitragsmitteln der Versicherten und ihrer Arbeitgeber** finanziert. Das interne Beteiligungsverhältnis an den Gesamtkosten für die Prämie bzw. die Frage, in welchem Verhältnis Pflege- und Krankenkassen sich an der Finanzierung beteiligten, regelte § 150 a VII 4 SGB XI. Entscheidend war hierfür das Verhältnis zwischen den Ausgaben der Krankenkassen für die häusliche Krankenpflege und den Ausgaben der sozialen Pflegeversicherung für Pflegesachleistungen im vorangegangenen Kalenderjahr; das heißt es wurde aus Gründen der Praktikabilität auf diese Gesamtkosten, nicht auf die konkreten Kostenanteile für die Corona-Prämie abgestellt.
- 198** Ob die auf 870 Mio. Euro geschätzten Aufwendungen für die Corona-Prämie endgültig aus den beitragsfinanzierten Mitteln der Pflege- und Krankenkassen aufzubringen ist oder ob hierfür eine steuerfinanzierte Refinanzierung durch Zuschüsse oder Erstattungen des Bundes stattfindet, war zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes unklar. Heute wissen wir, dass dies nicht der Fall ist.
- 199** Der Sache nach handelt es sich um eine aus Steuermitteln zu finanzierende **gesamtgesellschaftliche Aufgabe**. Das Personal zugelassener Pflegeeinrichtungen betreut und versorgt nicht nur Versicherte der gesetzlichen Pflegeversicherung, sondern auch Privatversicherte und Selbstzahler. Eine Finanzierungsbeitragung der privaten Pflegeversicherung, deren

⁸⁷ *Felix*, Die Finanzierung von Maßnahmen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie über den Ausgleichsfonds der sozialen Pflegeversicherung, September 2024, abrufbar: https://www.dak.de/presse/bundesthemen/politik-unternehmensnachrichten/pflegeversicherung-dak-gesundheit-kritisiert-zweckentfremdung-von-beitragsgeldern_81306

Versicherte ebenfalls vom Personal zugelassener Pflegeeinrichtungen betreut werden, wird weder im Gesetz geregelt noch in der Gesetzesbegründung angesprochen.⁸⁸ Auch war und ist es nicht Sache der Pflegekassen, vom Gesetzgeber in der Pandemie aus Gründen des Populismus beschlossene Boni an Beschäftigte der Pflegeeinrichtungen zu beschließen und hierfür die Beitragszahler der Kranken- und Pflegekassen aufkommen zu lassen.

3. Rechtsschutz

- 200** Die Rechtsschutzmöglichkeiten Versicherter gegen einen zweckwidrigen Zugriff auf den Ausgleichsfonds der Pflegekassen (vgl. § 65 SGB XII) sind nicht anders zu bewerten als die Finanzierung GKV-fremder Aufgaben aus Mitteln des Gesundheitsfonds. Entsprechendes gilt für die nachfolgend dazustellenden Rechtsschutzmöglichkeiten der Kranken- bzw. Pflegekassen gegen die zweckwidrige Verwendung von Beiträgen zur Kranken- oder Pflegeversicherung.

⁸⁸ *Schlegel* NJW 2020, 1911, 1915; *Schlegel* in *Schlegel/Meßling/Bockholdt*, COVID 19 Corona-Gesetzgebung Gesundheit und Soziales, 2. Auf. 2022, § 15 I 2g, S. 457 Rn. 56 ff; *ders.* aaO S. 483 Rn. 172 zu § 153 SGB XI und zur Pandemiekosten-ErstattungsVO v.22.9.2021, BAnz. AT v. 23.9.2021 COVID 19 Corona-Gesetzgebung Gesundheit und Soziales, 2. Auf. 2022, § 14 II 1, S. 385 VI.

E. Klagemöglichkeiten für einzelne Krankenkassen

I. Ausschluss der abstrakten Normenkontrolle

- 201** Die äußerst begrenzte Möglichkeit für Versicherte und/oder ihre Arbeitgeber, gegen eine die Belastungsgleichheit verletzende Vorschrift gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, insbesondere die damit verbundene Schwierigkeit, beanstandete Finanzströme darzulegen, wirft die Frage auf, ob Krankenkassen selbst die Möglichkeit bzw. das Recht haben, gegen Akte hoheitlicher Gewalt und insbesondere auch Vorschriften des Gesetzgebers im Interesse ihrer Mitglieder fachgerichtlich und/oder auch vor dem Bundesverfassungsgericht vorzugehen.
- 202** Eine abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 I Nr. 2 GG können nur die Bundesregierung, eine Landesregierung oder ein Drittel der Mitglieder des Bundestages beantragen. Das Verfahren ist ein von subjektiven Berechtigungen unabhängiges Verfahren zum Schutz der Verfassung; es dient lediglich der Prüfung von Rechtsnormen am Maßstab des Grundgesetzes. Ein von einer Krankenkasse beim BVerfG gestellter Antrag auf abstrakte Normenkontrolle scheidet damit aus.
- 203** Die Exklusivität des Art. 93 I Nr. 2 GG lässt es auch nicht ratsam erscheinen, hieran etwas de lege ferenda ändern zu wollen.

II. Subsidiarität der Feststellungsklage - § 55 SGG

1. Rechtsverhältnis

- 204** Mit der Feststellungsklage kann das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses begehrt werden (vgl. § 55 I Nr. 1 SGG). Ein solches Rechtsverhältnis ist prozessrechtlich bei einem Streit anzunehmen, der die Anwendung einer Norm u.a. auf Rechtsbeziehungen betrifft, die aus einem konkreten Sachverhalt zwischen mehreren (natürlichen oder juristischen) Personen entstanden sind.⁸⁹
- 205** Unmittelbare Rechtsbeziehungen, bei denen es (mittelbar) um die Verfassungsmäßigkeit des Transformationsfonds und der Beitragszahlungen für Empfänger von Alg-II-Leistungen geht, bestehen zwischen den Krankenkassen und der BAS, soweit es um Zuweisungen von Mitteln aus dem Gesundheitsfonds geht. In diesem Verhältnis wird bei jeder Mittelzuweisung inzident festgestellt, welches Volumen zur Verteilung steht und welcher Anteil davon auf die einzelne Krankenkasse entfällt. Das Verteilungsvolumen wiederum hängt davon ab, welche Mittel zulässigerweise aus dem Gesundheitsfonds an Stellen außerhalb der GKV transferiert werden (Transformationsfonds) und welche Mittel dem Gesundheitsfonds unter Verstoß gegen z.B. den Grundsatz der Belastungsgleichheit vorenthalten werden (nicht kostendeckende Beiträge für Alg-II-Empfänger).

⁸⁹ str. Rspr. z.B. BSG, Urteil vom 26.11.2020 – B 14 AS 47/18 R, Rn. 17; BVerwG, Urteil vom 28.1.2010 – 8 C 38.09 - BVerwGE 136, 7.

2. Subsidiarität der Feststellungsklage

- 206** Eine Feststellungsklage ist jedoch unzulässig, wenn das letztlich angestrebte Klageziel mit einer weitergehenden Anfechtungs- bzw. Gestaltungs- oder Leistungsklage erreicht werden kann.⁹⁰ Dies ist hier der Fall.⁹¹ Die Verwendung von Beitragsmitteln für GKV-fremde Aufgaben wirkt sich immer auf die Summe der im Gesundheitsfonds zur Verteilung stehenden Mittel aus. Die Krankenkassen sind diesbezüglich unmittelbar in dem Zeitpunkt betroffen, in dem die Mittelzuweisung seitens der BAS an sie erfolgt.
- 207** Im Übrigen könnte allein die Feststellung eines Sozialgerichts, dass diese oder jene Mittelverwendung nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist, den behaupteten Verfassungsverstoß und die ggf. unzulängliche Mittelzuweisung nicht verhindern. Das **Verwerfungsmonopol für formelles Gesetzesrecht** ist dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten und solange eine Norm nicht für mit dem GG unvereinbar und nicht anwendbar erklärt ist, muss sie im Grundsatz weiter angewendet werden.
- 208** Zwar geht die Rechtsprechung davon aus, dass sich juristische Personen des öffentlichen Rechts an gerichtliche Feststellungen halten und es beim Streit zwischen Trägern hoheitlicher Gewalt regelmäßig keiner Vollstreckungsakte aufgrund eines vollstreckbaren Leistungsurteils bedarf. Sollte sich eine Krankenkasse im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung auf die Anwendung dieser Ausnahme von der Subsidiarität der Feststellungsklage berufen, liegt es angesichts der aufzuwerfenden abstrakten Rechts- und Verfassungsfragen allerdings nahe, von einer Umgehung nicht nur des Art. 93 I Nr. 2 GG, sondern auch der im Sozialgerichtsverfahren nur ausnahmsweise zulässigen Normenkontrollklage mittels isolierter Feststellungsklage auszugehen.

3. Ausnahmsweise zulässige Normenkontrollklage in Form einer Feststellungsklage?

- 209** Eine isolierte Feststellungsklage gegen abstrakte untergesetzliche Normen ist jenseits des § 55a SGG – Normenkontrolle bzgl. Satzungen über Kosten der Unterkunft – nur zulässig, wenn anderweitige Möglichkeiten effektiven Rechtsschutzes ausscheiden.⁹² Abgesehen davon, dass es Krankenkassen bei einem Vorgehen gegen den Transformationsfonds oder unzureichenden Beitragszahlungen für Grundsicherungsempfänger um die Verfassungsmäßigkeit formellen Gesetzesrechts geht, müsste Rechtsschutz auch gegen untergesetzliche Normen, die einer Mittelzuweisung vorausgehen, in der Regel durch die inzidente Überprüfung der Rechtmäßigkeit der untergesetzlichen Rechtssätze im Rahmen von Verfahren gegen deren Anwendung im Einzelfall erfolgen. Nur wenn dies nicht möglich oder eine inzidente Prüfung allein nicht zur Beseitigung der Grundrechtsverletzung führt, kommt außerhalb

⁹⁰ BSG, Urteil vom 14.5.2020 – B 14 AS 28/19 R, BSGE 130, 144, 146, Rn. 15 mwN.

⁹¹ a.A. Felix NZS 2024, 801, 807.

⁹² *Senger* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 2. Aufl., § 55 SGG, Stand: 25.09.2024, Rn. 81; ebenso *Böttiger* in: Fichte/Jüttner, SGG, 3. Aufl., § 55 SGG Rn. 7; *Keller* in Meyer-Ladewig/Keller/Schmidt SGG 14. Aufl. 2023, § 55 Rn. 10b.

des Anwendungsbereichs von § 55a SGG, § 47 VwGO die Feststellungsklage als Rechtsschutzmittel in Betracht.⁹³

- 210 Ein solche Rechtsschutzmöglichkeit steht den Krankenkassen jedoch zur Verfügung, wenn sie im Rahmen von Klagen gegen Zuwendungsbescheide der BAS die inkriminierten Vorschriften inzident zur Prüfung stellen.

III. Keine Möglichkeit zur Aufsichtsklage

1. Allgemeine Aufsichtsklage

- 211 Die Aufsichtsklage (§ 54 III SGG) ist eine besondere Form der **Anfechtungsklage**. Ihr Ziel ist die Aufhebung einer Maßnahme der Aufsichtsbehörde. Sie steht Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung zu und setzt voraus, dass diese darlegen, die Aufsichtsbehörde habe mit ihrer Anordnung das Aufsichtsrecht überschritten. Der Durchführung eines Vorverfahrens vor Klageerhebung bedarf es nicht (§ 78 I 2 Nr. 2 und 3 SGG).
- 212 In der **BZgA-Entscheidung des BSG vom 18.5.2021** war die Aufsichtsklage statthaft und auch unproblematisch zulässig, weil Ziel der Klage die Aufhebung einer gegenüber dem GKV-SV ergangenen Ersatzvornahme war. Materiell-rechtlich ging es darum, ob das BMG mittels seiner Ersatzvornahme Beitragsmittel der GKV für die Aufgaben der **Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA)**, also eine allgemeine Staatsaufgabe, verwenden darf.
- 213 Dies hat das BSG verneint.⁹⁴ § 20a II 1 SGB V iFv 17.7.2015 verpflichtete den GKV-Spitzenverband (GKV-SV), zur Wahrnehmung neuer Aufgaben im Bereich der Prävention die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA), eine dem BMG nachgeordnete bundesunmittelbare Behörde, in Anspruch zu nehmen und hierfür eine pauschale Vergütung (rund 30 Mio. €) an die BZgA zu zahlen. Der Verwaltungsrat des GKV-SV gab die Mittel hierfür nicht frei, was zu der angefochtenen Aufsichtsmaßnahme (Ersatzvornahmebescheid) des BMG führte.
- 214 Die Aufsichtsklage war unter anderem deshalb begründet, weil es zum Zeitpunkt der Ersatzvornahme für diese (noch) an der erforderlichen Rechtsgrundlage fehlte.
- 215 Allerdings – und dies wird in der Literatur unzutreffend referiert – stellte das BSG seine Entscheidung tragend nicht allein auf diesen Gesichtspunkt (fehlende Rechtsgrundlage für die Ersatzvornahme), sondern auch (kumulativ) auf die Verfassungswidrigkeit der materiellen Grundlage des § 20a III 4 und 5 SGB V. Das BSG führt dazu wörtlich aus: „Der Bescheid der Beklagten vom 6.1.2016 war rechtswidrig. Für die Aufhebung des Beschlusses des Verwaltungsrates des Klägers vom 2.12.2015 zur Ausbringung eines Sperrvermerks zu dem Beitrag

⁹³ vgl. BVerwG, Urteil vom 9.12.1982 - BVerwG 5 C 103.81 -, Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 78; BVerfG, Beschluss vom 17.1.2006 – 1 BvR 541/02 –, BVerfGE 115, 81-97, Rn. 50; zur Notwendigkeit effektiven Rechtsschutzes auch BSG, Urteil vom 18.12.2012 – B 1 KR 34/12 R, BSGE 112, 257, Rn. 11 zur Mindestmengenregelung; BSG, Urteil vom 31.5. 2006 – B 6 KA 13/05 R –, BSGE 96, 261-284, SozR 4-2500 § 92 Nr. 5, SozR 4-1100 Art 12 Nr. 11, Rn. 27 zum Feststellungsinteresse eines Arzneimittelherstellers gegen Therapiehinweise

⁹⁴ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114 ff.

zur BZgA in Höhe von 0,45 Euro je Versicherten fehlte es bereits an einer rechtlichen Grundlage Zudem war der Beschluss rechtlich nicht zu beanstanden. Denn der Kläger durfte die Auszahlung der Vergütung an die BZgA wegen der Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelungen in § 20a Abs 3 Satz 4 und 5 SGB V verweigern....⁹⁵

- 216** Daraus folgt, dass die Ausführungen ab Rn. 48 ff des Urteils **keine obiter dicta**⁹⁶ darstellen, sondern es sich um **tragende Urteilsgründe** handelt. Der dem BSG gemachte Vorwurf, der 1. Senat des BSG habe ausgesprochen, dass § 20a III 4 und 5 SGB V verfassungswidrig seien, die Verwerfung eines formellen Gesetzes aber dem BVerfG vorbehalten sei und das BSG deshalb den Rechtsstreit hätte aussetzen und dem BVerfG die Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Normen nach Art. 100 I GG vorlegen müssen, trifft nicht zu. Ein Richtervorlage wäre nur dann zulässig gewesen, wenn es zur Entscheidung des Rechtsstreits auf diesen Aspekt tragend angekommen wäre. Dies war aber nicht der Fall, weil der angefochtene Verwaltungsakt auch aus einem anderen Grund (fehlende Rechtsgrundlage) rechtswidrig war. Hierauf hat das BSG am Ende seiner Entscheidung unter Hinweise auf BVerfG-Rechtsprechung selbst aufmerksam gemacht.⁹⁷
- 217** Es ist im Übrigen allein Sache der Gerichte, darüber zu bestimmen, auf welche von mehreren vorliegenden Gründen sie die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung stützen. Halten sie mehrere „Fehler“ z.B. eines Verwaltungsaktes für gegeben, können sie die Entscheidung kumulativ aus allen für einschlägig erachteten Fehlern aufheben.

2. Konstruktion des Gesundheitsfonds

a) Rechtsstellung und Zuständigkeit der Krankenkassen

- 218** Die Krankenkassen sind als rechtsfähige **Körperschaften des öffentlichen Rechts** (§ 4 I SGB V) für die Erbringung der in der GKV nach dem SGB V vorgesehen Leistungen zuständig (vgl. § 21 SGB I). Die Beitragsmittel der GKV werden durch Beitragsmittel und sonstige Einnahmen aufgebracht (vgl. § 220 I 1 SGB V).
- 219** Obgleich die jeweilige Krankenkasse dafür verantwortlich ist, ihren Versicherten die nach dem SGB V vorgesehen Leistungen als Sach- und Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen, verweigert das SGB V den Krankenkassen die primäre Verwaltung sowie die Verfügungsbefugnis über die dafür erforderlichen Beitragsmittel ihrer Versicherten.
- 220** In einigen Fällen gelangen die Beiträge der Versicherung von vornherein nicht zu den Einzugsstellen der Krankenkassen, weil die **Beitragszahlung direkt an den Gesundheitsfonds** erfolgt. Es sind dies die Fälle des § 251 III, IV und IVa SGB V und damit 1. die Beiträge zur Künstlersozialkasse (§ 251 III SGB V), 2. die Beiträge für Wehr- und Ersatzdienstleistende sowie 3. die Beiträge für die nach § 5 I Nr. 2a SGB V versicherungspflichtigen SGB-II-Leistungsempfänger (§ 251 IV SGB V).

⁹⁵ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 117, Rn. 17.

⁹⁶ Butzer SGB 2022, 197 ff.

⁹⁷ BSG, Urteil vom 18.5. 2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 136 –, Rn. 80 mit Hinweis auf BVerfG, Beschluss vom 29.10.2020 - 1 BvL 7/17 Rn. 9.

- 221** In den übrigen Fällen erfolgt die Beitragszahlung zunächst an die Einzugsstelle, welche die Beiträge einschließlich der (von den Einzugsstellen verwaltungsmäßig erwirkten) Zinsen und Säumniszuschläge auf Beiträge arbeitstäglich an den Gesundheitsfonds weiterleitet (vgl. § 252 II 2 und 3 SGB V). Die **Pflicht zur arbeitstäglichen Weiterleitung der Beiträge** gilt insbesondere auch für den auf die GKV entfallenden Anteil des Gesamtsozialversicherungsbeitrags für Beschäftigte. Die Einzugsstellen nehmen Meldungen der Arbeitgeber entgegen und sind beim **Gesamtsozialversicherungsbeitrag** für die gesamte Durchführung des Beitragsverfahrens zuständig (vgl. § 28h I SGB IV). Sie erlassen die entsprechenden Bescheide und leiten die mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag eingezogenen Beitragsanteile zur Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung an die Träger der Renten- und Pflegeversicherung sowie an die BA, den Beitrag zur Krankenversicherung und damit den „eigenen“ Beitrag an den Gesundheitsfonds arbeitstäglich weiter (vgl. § 28k I SGB IV). Gleiches gilt für die (pauschalen) GKV-Beiträge für geringfügig Beschäftigte; auch diese werden an den Gesundheitsfonds gezahlt.
- 222** Die Krankenkassen haben damit in den Fällen des § 251 II bis IVa SGB V sowie nach Weiterleitung der an die Einzugsstellen gezahlten Beiträge keinerlei Möglichkeit, selbst über die Beiträge ihrer Versicherten zu verfügen oder einen Zugriff auf die Beitragsmittel faktisch abzuwehren.

b) Alleinige Verfügungsbefugnis des BAS über den Gesundheitsfonds und die Liquiditätsreserve

- 223** Verfügungsbefugt über die von den Einzugsstellen weitergeleiteten Beitragsmitteln ist allein das außerhalb der GKV stehende BAS. Nach § 271 SGB V verwaltet das BAS den Gesundheitsfonds als Sondervermögen. Die Regelung wurde in Anlehnung an § 65 SGB XI geschaffen und spricht ausdrücklich von „Sondervermögen“.⁹⁸ Allerdings verhält sich der Gesetzeswortlaut weder des § 266 I SGB V noch des § 271 I I SGB V dazu, um **wessen Sondervermögen** es sich dabei handelt.
- 224** Soweit die Rechtsnatur des Gesundheitsfonds und seine Konstruktion überhaupt thematisiert werden – was angesichts eines Volumens von jährlich annähernd 300 Mrd. durchaus erstaunlich ist –, soll es sich um ein **gemeinschaftliches Sondervermögen der Krankenkassen**, um ein öffentlich-rechtlich organisiertes Zweckvermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit handeln.⁹⁹ Dem sozialversicherungsrechtlichen Zweck des Sondervermögens hätte es besser entsprochen, den Gesundheitsfonds beim GKV-SV¹⁰⁰ oder einer sonstigen, von den Krankenkassen getragenen Einrichtung der mittelbaren Staatsverwaltung zu errichten. Gegen entsprechende aufsichtsrechtliche Weisungen des BMG, z.B. Beitragsmittel über die Liquiditätsreserve dem Transformationsfonds zuzuführen, könnte diese Einrichtung/Stelle dann Aufsichtsklage erheben und wie im Fall der BZgA-Entscheidung konkludent die Verfassungsmäßigkeit der zugrunde liegenden Vorschrift überprüfen lassen.

⁹⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/3100 S. 170.

⁹⁹ *Kohl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V - in Vorbereitung, 5. Aufl., § 271 SGB V (Stand: 01.04.2025), Rn. 36; *Huck* in: Hauck/Noftz SGB V, 2. Ergänzungslieferung 2025, § 271 SGB 5, Rn. 8, beide in Anlehnung an BSG, Urteil vom 20.5.2014 – B 1 KR 16/14 R, Rn. 28, BSGE 116, 42-54 wo das BSG von Sondervermögen spricht, ohne darauf näher einzugehen.

¹⁰⁰ so *Axer* in: Die Finanzierung des Sozialstaats, SDSRV 70, S. 81, 99.

- 225** Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages gehen in Anlehnung an *Pfohl/Sichert* davon aus, dass **Träger des Sondervermögens** die Krankenkassen seien.¹⁰¹ Dem widerspricht es allerdings, wenn das BAS nach § 90 I 2 SGB V zwar die Aufsicht¹⁰² über die Versicherungsträger ausübt, deren Zuständigkeit sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt (bundesunmittelbare Versicherungsträger), auf der anderen Seite aber das SGB IV und SGB V den Krankenkassen oder dem GKV-SV keinerlei Aufsichtsrechte gegenüber dem BAS zugestehen, soweit es um die Verwaltung des Gesundheitsfonds geht.
- 226** Das BAS als selbständige Bundesoberbehörde untersteht für den Bereich der GKV und sozialen Pflegeversicherung allein dem BMG ist und hinsichtlich der ihm obliegenden Aufsicht über die bundesunmittelbaren Versicherungsträger an „allgemeine Weisungen“¹⁰³ des BMG gebunden ist (vgl. § 94 I, II 2 und 3 SGB IV). Das **Aufsichtsrecht** spricht damit eher dafür, dass das Gesetz die Krankenkassen nicht als Träger des Gesundheitsfonds ansieht.
- 227** Jedenfalls handelt es sich beim Gesundheitsfonds um ein **widersprüchliches Konstrukt**: Entweder, die Krankenkassen sind Träger des Sondervermögens Gesundheitsfonds: dann wären ihnen bzw. einer von ihnen getragenen Einrichtung auch Aufsichtsrechte, und zwar sowohl in fachlicher wie in rechtlicher Hinsicht einzuräumen, was nicht geschehen ist. Oder der Gesundheitsfonds ist auch rechtlich als Sondervermögen des Bundes in der Hand des BAS anzusehen: Dann aber liegt es auf der Hand, dass Beitragsmittel der GKV entzogen und nicht nur partiell, sondern insgesamt dem Bund zugeordnet und von diesem mittels Mittelzuweisungen des BAS an die Krankenkassen verwaltet werden; dies widerspricht evident Art. 87 II GG.
- 228** Einfachrechtlich ist aber davon auszugehen, dass der Gesundheitsfonds vom BAS verwaltet wird und allein das BAS über den Gesundheitsfonds verfügende Bescheide erlässt, gegen die den Krankenkassen oder dem GKV-SV Aufsichtsmittel nicht zur Verfügung stehen.

3. Ausschluss der Aufsichtsklage durch Externalisierung des Gesundheitsfonds

- 229** Die Auslagerung des Gesundheitsfonds einschließlich seiner Liquiditätsreserve auf eine außerhalb der GKV angesiedelte bundesunmittelbare, dem BMG unterstehende Bundesbehörde führt zu einer **Vereitelung der Rechtsschutzmöglichkeiten** der Krankenkassen hinsichtlich einer Aufsichtsklage. – Eine verfassungsrechtliche Prüfung, ob die Externalisierung des Gesundheitsfonds vor Art. 87 II GG dauerhaft Bestand haben könnte, kann im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nur angezweifelt, jedoch nicht abschließend begutachtet werden.
- 230** Wäre der Gesundheitsfonds und damit mittelbar dessen Liquiditätsreserve und der daraus gespeiste Transformationsfonds nicht beim BAS errichtet oder verwaltete jede Krankenkasse

¹⁰¹ Wissenschaftliche Dienste Sachstand WD 8 – 3000 – 047/24 S. 6 in Anlehnung an *Pfohl/Sichert*, NZS 2009, 71.

¹⁰² Die Aufsicht erstreckt sich allein auf die Rechtsaufsicht, vgl. § 87 2 SGB IV: „Beachtung von Gesetz und sonstigem Recht“.

¹⁰³ Diese unterscheiden sich von – insoweit unzulässigen – Einzelweisungen dadurch, dass sie nicht auf den konkreten Einzelfall, sondern auf eine Vielzahl von Fällen ausgerichtet sind, vgl. *Engelhard* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 4. Aufl., § 94 SGB IV (Stand: 1. 8.2021), Rn. 26.

die Beitragsmittel ihrer Versicherten selbst läge es auf der Hand, dass den Krankenkassen gegen den Abfluss von Beitragsmitteln für GKV-fremde Zwecke fachgerichtlicher Rechtsschutz zur Verfügung stünde. Verwalteten die Krankenkassen ihre Beitragsmittel selbst, könnten sie Transferzahlungen an die Länder zur Finanzierung von in § 12b KHG genannten Zwecke nach der **BZgA-Rechtsprechung** des BSG (dazu sogleich) verweigern und sich nach entsprechender Aufsichtsverfügung im Wege der Aufsichtsklage z.B. dagegen zur Wehr setzen und so inzident auch inkriminierte Gesetzesvorschriften zur Überprüfung stellen.

- 231** Durch die gewählte Konstruktion sind Beitragsmittel der GKV von vornherein der Verfügungsgewalt der Krankenkassen entzogen. Der Zugriff auf diese Beitragsmittel aus dem Gesundheitsfonds bedarf weder einer Aufforderung noch eines Verwaltungsaktes etwa des BMG oder der BAS an die Krankenkassen bzw. den GKV-SV. Damit aber scheiden Aufsichtsklagen aus. Den Krankenkassen fehlt die Möglichkeit, sich mangels einer gegen sie gerichteten Verfügung gegen diesen Zugriff mittels Aufsichtsklage zur Wehr zu setzen.

IV. Kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage: höhere Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds

1. Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds

- 232** Die Krankenkassen erhalten „als Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds“ zur Deckung ihrer Ausgaben eine Grundpauschale und risikoadjustierte Zu- und Abschläge zum Ausgleich der unterschiedlichen Risikostrukturen und Zuweisungen für sonstige Ausgaben (vgl. § 266 I 1 SGB V). Das BAS ermittelt die Höhe der Zuweisungen und weist die entsprechenden Mittel den Krankenkassen zu (§ 266 VI 1 SGB V).
- 233** Klagen gegen die Höhe der Zuweisungen im Risikostrukturausgleich haben keine aufschiebende Wirkung (vgl. § 266 VII). Damit ist klargestellt, dass die Zuweisungen des BAS durch **Verwaltungsakt** erfolgen.

2. Statthaftigkeit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage

- 234** Krankenkassen haben damit ein gesetzlich garantiertes Klagerecht, die Höhe der Mittelzuweisung mittels Anfechtungsklage überprüfen zu lassen. Klagegegner ist die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das BAS. Die Zulässigkeit der Klage setzt einen ergangenen Zuweisungsbescheid des BAS voraus. Gegen diesen ist nach der Rechtsprechung des BSG die kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage statthaft und ohne Vorverfahren zulässig. Gegenstand der Klage muss das Begehren sein, die Ablehnung höherer Zuweisungen für bestimmte Zeiträume aufzuheben und höhere Zuweisungen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu festzusetzen (vgl. § 54 I 1, § 54 IV SGG).¹⁰⁴

¹⁰⁴ BSG, Urteil vom 20.5.2014 – B 1 KR 5/14 R, BSGE 120, 289, 291, Rn. 9; BSG, Urteil vom 20.5.2014 – B 1 KR 16/14 R,–, BSGE 116, 42, 46, Rn. 13.

3. Klagebefugnis

- 235** Krankenkassen sind für die auf höhere Mittelzuweisung gerichtete kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage auch klagebefugt. Mit der Klage können Krankenkassen nach der Rspr. des BSG nicht nur Mängel des einfachen Rechts und seiner Anwendung geltend machen.¹⁰⁵ Sie können als Träger mittelbarer Staatsverwaltung auch sie betreffende Vorschriften des einfachen Gesetzesrechts wegen Verstoßes gegen formelles Verfassungsrecht und wegen Verletzung des Willkürverbots angreifen. Denn das Willkürverbot gilt auch nach der Rspr. des BVerfG innerhalb des hoheitlichen Staatsaufbaus, in dem nach BVerfG grundsätzlich kein Grundrechtsschutz besteht, jedenfalls aufgrund des immer zu beachtenden Rechtsstaatsprinzips.¹⁰⁶ Ihrer Klagebefugnis steht insoweit nach der Rspr. des BSG nicht entgegen, dass Krankenkassen als Träger mittelbarer Staatsverwaltung nach der Rspr. des BVerfG nicht nach Art. 19 III GG grundrechtsfähig sind.¹⁰⁷ Ob bereits im Vorfeld des Grundlagenbescheides (Zuweisungsbescheid) eine vorbeugende Verpflichtung erstritten werden kann, diesen ohne die Zuweisung an den Transformationsfonds zu unterlassen ist fraglich und kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht abschließend beantwortet werden.
- 236** Im Rahmen dieser Klage können auch verfassungsrechtliche Fragen aufgeworfen werden und zur Prüfung gestellt werden. Das angerufene Gericht kann eine **Richtervorlage nach Art. 100 I GG** beschließen, wenn es zur Überzeugung kommt, dass den Krankenkassen ohne einen gegen das GG verstoßenden Mittelabfluss für GKV-fremde Aufgaben oder zu geringe Mittelzuweisungen¹⁰⁸ aus dem Bundeshaushalt für bestimmte Personengruppen (z.B. Bürgergeldempfänger) höhere Mittel aus dem Gesundheitsfonds zugeteilt werden müssten.
- 237** Kommt es nicht zur Richtervorlage nach Art. 100 I GG, stellt sich die Frage, ob auch Krankenkassen zulässigerweise **Verfassungsbeschwerde** unmittelbar gegen die Entscheidung des Bundesozialgerichts und im Rechtsstreit vorausgegangene Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen sowie mittelbar gegen die inkriminierte Norm des materiellen Rechts (z.B. § 12b KHG) erheben können. Das BVerfG verneint dies bislang für juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit es nicht um die behauptete Verletzung von Prozessgrundrechten oder des Willkürverbots geht (**sachliche Ausnahmen**). Weiter lässt das BVerfG **Ausnahmen für vereinzelte juristische Personen** zu, insbes. Universitäten, Rundfunkanstalten oder Kirchen.¹⁰⁹
- 238** In der **Literatur** gibt es allerdings Stimmen, die insoweit eine Weiterentwicklung der Rspr. des BVerfG für nötig halten. Ob das BVerfG, gelangte der Rechtsstreit einer Krankenkasse zum BVerfG, seine bisherige Rspr. weiterentwickeln würde, ist nicht absehbar. Der Versuch von Krankenkassen darauf hinzuarbeiten, dass das BVerfG Grundrechtsfähigkeit auch für

¹⁰⁵ BSG, Urteil vom 24.1.2003 – B 12 KR 19/01 R, BSGE 90, 231, 240 Rn. 30 zur dadurch möglichen Verletzung des Selbstverwaltungsrechts sowie der Haushalts- und Finanzhoheit.

¹⁰⁶ BSG, Urteil vom 20.5.2014 – B 1 KR 5/14 R, BSGE 120, 289, 295, Rn. 22.

¹⁰⁷ BSG, Urteil vom 20.5.2014 – B 1 KR 5/14 R, BSGE 120, 289, 295, Rn. 22.

¹⁰⁸ so auch die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, Sachstand WD 8 – 3000 – 047/24 S. 22; ebenso der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Gutachten des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung über den Entwurf des Bundesministeriums für Gesundheit zu einem Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz (KHVVG) vom 15.5.2024, S. 18.

¹⁰⁹ dem BVerfG zustimmend *Sachs* in *Sachs* (Hrsg.) Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 93-97.

Krankenkassen und/oder den GKV-SV anerkennt, scheinen angesichts der jüngeren Rspr. des BSG nicht völlig aussichtslos zu sein. Dazu näher unten.

4. Schwelle der Beitragssatzrelevanz - BZgA-Entscheidung vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R

- 239** In seinem 3. Leitsatz zur Entscheidung vom 18.5.2021 stellt das BSG folgenden Grundsatz auf: „Sozialversicherungsträger sind befugt, gesetzliche Regelungen, die gegen die Sozialversicherung betreffende Kompetenznormen des Grundgesetzes verstoßen, unangewendet zu lassen, um eine verfassungsrechtliche Überprüfung durch die Gerichte herbeizuführen.“¹¹⁰ Dies gilt auch dann, wenn die inkriminierten Gesetzesnormen keine finanziellen Auswirkungen dergestalt haben, dass sie die vom BVerfG in seiner Entscheidung zum Aussteuerungsbetrag geforderten Beitragssatzrelevanz erreichen.
- 240** Diesen Schluss zieht das BSG aus der Stellung der Sozialversicherungsträger im Kompetenz- und Verwaltungsgefüge des GG, wonach Art. 87 II GG, Art. 74 I Nr. 12 und Art. 120 I 4 GG ein in sich geschlossenes verfassungsrechtliches Regelungssystem für die Sozialversicherung und deren Finanzierung bilden. Diesem liegt eine Systementscheidung für die Sozialversicherung mittels verselbstständigter Verwaltungseinheiten zugrunde.¹¹¹
- 241** Zwar haben die Krankenkassen angesichts der Konstruktion des Gesundheitsfonds keine Möglichkeit, eine Aufsichtsverfügung durch Leistungsverweigerung herbeizuführen oder das BAS im Wege der Aufsicht zur Leistungsverweigerung zu verpflichten. Insoweit erweitert die BZgA-Entscheidung nicht den Kreis der für Krankenkassen in Betracht kommenden Rechtsschutzmöglichkeiten. Aus der Entscheidung ergibt sich aber, dass es im Rahmen der auch Krankenkassen zustehenden Möglichkeit, gegen Zuwendungsbescheide des BAS mit der kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsklage vorzugehen, nicht darauf ankommt, ob die mittelbar/inzident angegriffene Gesetzesregelung (z.B. § 12b KHG) betragssatzrelevante Auswirkungen hat.
- 242** In Fällen, in denen es wie im Fall der BZgA um die **Zweckentfremdung von Beitragsmitteln** in Höhe von über 30 Mio. € ging, die sich aber gleichwohl bei einem Betrag von 45 Cent pro Versichertem noch nicht nachweisbar auf den Beitragssatz auswirkt, hat der einzelne Versicherte keine Möglichkeit, die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung gerichtlich überprüfen zu lassen.¹¹² Diese Beschränkung des Rechtsschutzes lässt das BVerfG zu, obwohl die Mitglieder der Sozialversicherungsträger in aller Regel der Versicherungs- und Beitragspflicht unterliegen, die schon für sich betrachtet einen erheblichen Eingriff in das durch Art. 2 I GG gewährleistete Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit begründet und deshalb - anders als im Bereich steuerfinanzierter unmittelbarer Sozialstaatsverwaltung - erhöhte Anforderungen an die Ausgestaltung des Beitragsrechts sowie die Mittelverwendung stellt.¹¹³

¹¹⁰ BSG, Urteil vom 18. Mai 2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114 ff.

¹¹¹ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 126, Rn. 51; Axer, NZS 2017, 601, 606.

¹¹² Vgl. BVerfG, Beschluss vom 22.5.2018 - 1 BvR 1728/12 - BVerfGE 149, 50, Rn. 68 ff, 88; zur Klagebefugnis vor den Sozialgerichten in diesen Fällen vgl. BSG vom 29.2.2012 - B 12 KR 10/11 R - BSGE 110, 161, Rn. 13 f mwN.

¹¹³ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 135 f., Rn. 79.

243 Insofern besteht nach der Rspr. des BSG ein auch **im Rechtsstaatsprinzip begründetes Bedürfnis**, den Sozialversicherungsträgern - ungeachtet ihrer nach dem BVerfG fehlenden eigenen Grundrechtsfähigkeit - die Möglichkeit einzuräumen, im **Interesse der Gesamtheit ihrer Mitglieder** eine gerichtliche Prüfung gesetzlicher Regelungen auf ihre Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Sozialversicherung herbeizuführen. Anderenfalls blieben Kompetenzüberschreitungen des Gesetzgebers im Bereich der Sozialversicherung unterhalb der **Beitragssatzrelevanz** regelmäßig folgenlos.¹¹⁴ – Diese Ausführungen des BSG sind insbesondere im Hinblick auf die von BVerfG verneinte Grundrechtsfähigkeit der Sozialversicherungsträger von Bedeutung.

V. Drittanfechtungsklage gegen Zuwendungsbescheide des BAS an Länder beim Transformationsfonds

1. Anfechtung von Zuwendungsbescheiden der BAS.

a) Drittanfechtungsklage

244 Nach § 54 I 1 SGG kann durch Klage die Aufhebung eines Verwaltungsakts begehrt werden. Die Anfechtungsklage steht unter bestimmten Voraussetzungen nicht nur den Adressaten eines Verwaltungsakts, sondern auch Dritten offen, deren rechtliche Interessen durch die hoheitliche Maßnahme berührt sind (sog. Drittanfechtungsklage).¹¹⁵ Da Zuwendungen an die Länder aus dem Transformationsfonds durch Verwaltungsakt des BAS erfolgen, können Krankenkassen diese Verwaltungsakte als Drittbetroffene nach § 54 I 1 SGG anfechten. Das Argument, dass ein Prozess zwischen mehreren Behörden ausscheide, hat das BSG in seiner Entscheidung von 2019 zur Klagebefugnis der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund im Prozess gegen eine Krankenkasse verworfen. Es hat eigene Klagerechte der Träger der Sozialversicherung gegen andere Träger hoheitlicher Gewalt in Fällen anerkannt, in denen es darum geht, die gesetzmäßige Ordnung der Abgrenzung des jeweiligen Kreises der Versicherungspflichtigen einzufordern bzw. durchzusetzen („wehrhafte Position“). Ein solcher Fall liegt auch vor, wenn es darum geht, Krankenkassen bzw. die Versicherten davor zu schützen, dass Beitragsmittel für Zwecke außerhalb der GKV verwendet werden.

245 Im konkreten Fall beanstandete die Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung (DRV) Bund **Statusbescheide einer Krankenkasse** mit einer Anfechtungsklage. Die Krankenkasse hatte in auffällig vielen Fällen bei in Familienunternehmen mitarbeitenden Personen durch Statusbescheid festgestellt, dass diese einen Monat nach Wechsel zu dieser Kasse nicht mehr aufgrund Beschäftigung versicherungspflichtig seien. Die betreffenden Personen versicherten sich bei der Krankenkasse freiwillig und schlossen unter Einschaltung einer Beratungsagentur bei einem bestimmten Unternehmen der privaten Versicherungswirtschaft regelmäßig eine private Altersvorsorgeversicherung ab. Das Verhalten des zuständigen Mitarbeiters der Krankenkasse führte zu umfangreichen strafrechtlichen Ermittlungsverfahren und fiel auch der DRV Bund auf, die hierauf die Feststellungsbescheide der Krankenkasse (keine Versicherungspflicht auf Grund Beschäftigung) vor dem Sozialgericht anfocht.

¹¹⁴ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 135 f., Rn. 79.

¹¹⁵ BSG, Urteil vom 16.7.2019 – B 12 KR 6/18 R, BSGE 128, 277, 281, Rn. 21.

b) Klagebefugnis für Sozialversicherungsträger nach der Möglichkeitstheorie

- 246** Das BSG bejaht die Klagebefugnis der Clearingstelle gegen die Krankenkasse nach der sog. Möglichkeitstheorie. Klagt eine **natürliche oder juristische Person des Privatrechts** (z.B. GmbH als Arbeitgeber) muss die Möglichkeit bestehen, dass der Kläger durch die angegriffenen Maßnahmen in seinen Rechten verletzt ist. Die Klagebefugnis fehlt nach der Möglichkeitstheorie nur dann, wenn dem Kläger das geltend gemachte Recht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zustehen kann.
- 247** Beschwer in diesem Sinne kann auch ein **Drittbetroffener** sein, in dessen Rechtssphäre durch den an einen anderen gerichteten Verwaltungsakt eingegriffen wird. Er muss sich auf eine **drittschützende Rechtsnorm** berufen können, die zumindest auch der Verwirklichung seiner individuellen rechtlichen Interessen zu dienen bestimmt ist. Das ist der Fall, wenn der Verstoß gegen eine Vorschrift geltend gemacht wird, die den Dritten nach ihrem Regelungsinhalt zu schützen bestimmt ist und ihm zugleich die Rechtsmacht verleiht, ihre Verletzung vor Gericht zu verfolgen. Ob der angegriffene Verwaltungsakt den Anfechtenden tatsächlich in eigenen Rechten verletzt, ist dagegen eine Frage der Begründetheit.¹¹⁶
- 248** Das BSG bejaht dies in seiner Entscheidung vom 16.7.2019 auch für eine Klage der Clearingstelle gegen offenbar rechtswidrige Statusentscheidungen einer Krankenkasse und damit für eine **juristische Person des öffentlichen Rechts**. Es sei im Sinne der Möglichkeitstheorie nicht offensichtlich und eindeutig nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen, dass § 7a I 2 SGB IV der DRV Bund eine "wehrfähige" Alleinzuständigkeit für das obligatorische Clearingstellenverfahren zuweist, die ihr im Falle einer von der Einzugsstelle kompetenzwidrig erteilten Statusentscheidung die Rechtsmacht verleiht, die Rechtsverletzung gerichtlich beseitigen zu lassen.
- 249** Für Krankenkassen ist nach der Möglichkeitstheorie eine Verletzung in eigenen Rechten nicht ausgeschlossen, weil Zahlungen des BAS an die Länder die für Krankenkassen zur Verfügung stehenden Mittel des Gesundheitsfonds verringern. Sie können daher gezwungen sein, ihre Zusatzbeiträge zu erhöhen, um ihren Leistungsverpflichtungen gegenüber den Leistungserbringern nachkommen zu können. Die ohne den Beitragstransfer bestehende Möglichkeit zu einer Senkung des Zusatzbeitrages wird vereitelt.

c) Verletzung von Sozialversicherungsträgern in eigenen Rechten

- 250** Das BSG bejaht in der Begründetheit des Clearingstellen-Urteils eine Verletzung des **subjektiven Rechts „der Alleinzuständigkeit der DRV Bund“** nach § 7a I 2 iVm 3 SGB IV. Liegen die Voraussetzungen eines obligatorischen Statusfeststellungsverfahrens vor, wird eine **„wehrfähige“ Zuständigkeit** der DRV Bund begründet mit der Folge, dass sie allein zur Statusfeststellung befugt ist und die Kassation kompetenzwidriger Statusentscheidungen der Einzugsstelle im Wege der Drittanfechtungsklage beanspruchen kann.¹¹⁷
- 251** Zur „wehrhaften Position“ führt das BSG im Anschluss an Rspr. des Bundesverwaltungsgerichts wörtlich Folgendes aus:¹¹⁸ „Eine Verletzung von subjektiven Rechten liegt vor, wenn der angefochtene Verwaltungsakt gegen eine Rechtsnorm verstößt, die zumindest auch den Schutz individueller Interessen bezweckt. Die geltend gemachten rechtlichen Interessen

¹¹⁶ BSG, Urteil vom 16.7.2019 – B 12 KR 6/18 R, BSGE 128, 277, 282, Rn. 24.

¹¹⁷ BSG, Urteil vom 16.7.2019 – B 12 KR 6/18 R, BSGE 128, 277, 291, Rn. 45.

¹¹⁸ BSG, Urteil vom 16.7.2019 – B 12 KR 6/18 R, BSGE 128, 277, 291, Rn. 46.

müssen vom **Schutzzweck der Norm** erfasst sein. Dieser Norm muss sich ein Rechtssatz entnehmen lassen, der zumindest auch den Individualinteressen des Klägers zu dienen geeignet ist (BSG Urteil vom 6.2.1992 - 12 RK 15/90 - BSGE 70, 99, 100 f = SozR 3-1500 § 54 Nr 15 S 37 f, juris RdNr 13 mwN) und ihm die Rechtsmacht verleiht, eine Verletzung der Norm insbesondere vor Gericht geltend zu machen. Entsprechendes gilt ungeachtet der Reichweite des Begriffs des subjektiv-öffentlichen Rechts, wenn **Rechte im staatlichen Binnenbereich** in Rede stehen. Aufgabenzuweisungen an und Zuständigkeiten von Hoheitsträgern sind zwar - vorbehaltlich einer ausnahmsweise begründeten Grundrechtsträgerschaft - keine Rechte iS von Art 19 Abs 4 GG, sodass deren gerichtliche Durchsetzung nicht verfassungsrechtlich vorgegeben ist. Sie können gleichwohl mit der Anfechtungsklage nach § 54 Abs 1 und 2 Satz 1 SGG verfolgbare Rechte sein, sofern die **Rechtsordnung einzelnen Rechtsträgern verselbstständigte Rechtspositionen einräumt**, die im Konfliktfall auch gegenüber anderen Hoheitsträgern durchsetzbar sein sollen (BVerwG Urteil vom 27.9.2018 - 7 C 23.16 - juris RdNr 14 mwN). Obwohl Zuständigkeitsvorschriften grundsätzlich ohne normativ zugewiesene Rechtsdurchsetzungsmacht nur die Ordnung des staatlichen Binnenbereichs regeln (Schenke in Kopp/Schenke, VwGO, 24. Aufl 2018, § 42 RdNr 80), wirken auch sie ausnahmsweise zugunsten eines anderen Hoheitsträgers drittschützend, wenn sie ihm ein derart verselbstständigtes Kompetenzrecht einräumen, das im Konfliktfall gerade gegenüber einem anderen Hoheitsträger "wehrfähig" sein soll. Diese **wehrfähigen Rechtspositionen** unterscheiden sich insoweit von den sonstigen subjektiv-öffentlichen Rechten, die Ausdruck von Individualität und Personalität sind, als sie durch ihre **Gemeinwohlorientierung** gekennzeichnet sind. Das mit dem "Auftragsprogramm" der Kompetenznorm dem Hoheitsträger zugewiesene gemeinwohlorientierte Sachinteresse macht das Kompetenzrecht "wehrfähig" (vgl BVerwG Urteil vom 27.9.2018 aaO).“

d) Gemeinwohlbelange als Anknüpfungspunkt für wehrhafte Position

252 Das BSG bejaht eine solche wehrhafte Position der Clearingstelle der DRV Bund aufgrund der ihr übertragenen Alleinentscheidungsbefugnis nach § 7a SGB IV: Die **der DRV Bund als Clearingstelle zugewiesene Alleinzuständigkeit** sei gemeinwohlorientiert, da sie Interessenkonflikte mit anderen Hoheitsträgern vermeide und der DRV Bund die Entscheidung sowohl über die Zugehörigkeit zur Solidargemeinschaft als auch über das individuelle soziale Versorgungsbedürfnis beschäftigter Versicherter obliegt. Diese **Gemeinwohlbelange** müssten rechtlich durchsetzbar sein.¹¹⁹

253 § 7a I 2 iVm Satz 3 SGB IV – so das BSG - gehe über eine objektiv-rechtliche, dem Allgemeininteresse dienende Verfahrensvorschrift zur Regelung "gleichrangiger" konkurrierender Zuständigkeiten hinaus. Durch die der DRV Bund zugewiesene obligatorische Statusfeststellung sei ihr zugleich die Bestimmung des pflichtversicherten Personenkreises und damit die **Definition der sozialversicherungsrechtlichen Solidargemeinschaft** übertragen. Der Gesetzgeber stelle die Versicherungs- und Beitragspflicht weder zur Disposition der Beschäftigten noch der Arbeitgeber oder der Einzugsstellen; er ordne sie kraft Gesetzes an, damit einerseits für die Beschäftigten eine individuelle Vorsorge gewährleistet und andererseits die Allgemeinheit vor mangelnder Eigenvorsorge des Einzelnen geschützt sei. Der Gesetzgeber dürfe auch durch entsprechende verfahrensrechtliche Vorschriften sicherstellen, dass schon von vornherein nicht der Anschein entstehen kann, eine Behörde handele bei

¹¹⁹ BSG, Urteil vom 16.7.2019 – B 12 KR 6/18 R, BSGE 128, 277, 292, Rn. 47.

ihrer Entscheidung, ob Versicherungs- und Beitragspflicht vorliegt, aus eigenem, gerade der eigenen Körperschaft dienenden Interesse.¹²⁰

e) Auswirkungen der wehrhaften Position auf das Verhältnis Krankenkassen – BAS

- 254** Aus der Rspr. des BSG zur wehrhaften Position ist zu folgern, dass Krankenkassen das Recht zusteht, gegen zugunsten der Länder ergangene rechtswidrige **Zuweisungsbescheide des BAS** gerichtlich vorzugehen, denn gerade die Zuweisung ausreichender Finanzmittel aus dem Gesundheitsfonds ermöglicht es den Krankenkassen, die ihren Versicherten zustehenden Leistungen zur Verfügung zu stellen. Allein die Krankenkassen sind gem. § 21 II SGB I für die gesetzliche Krankenversicherung zuständig und nur dann in der Lage, die den Versicherten zustehenden Leistungen zu gewähren, wenn hierfür genügend Beitragsmittel zur Verfügung stehen und diese den Krankenkassen nicht durch rechtswidrigen Mittelabfluss entzogen werden.
- 255** Die Krankenkassen könnten weiter geltend machen, die nach der Konzeption der Art. 74 I Nr. 12, Art 87 II GG allein ihnen zustehende **Verwaltungs- und Ertragskompetenz** werde durch Zuwendungsbescheide der BAS an die Länder verletzt.¹²¹ Eine Drittanfechtungsklage ist allerdings erst dann zulässig, wenn entsprechende Bescheide ergangen sind. Ob die Klage eines von einem Verwaltungsakt betroffenen Dritten innerhalb einer bestimmten **Frist** einzulegen ist, richtet sich danach, ob ihm der Verwaltungsakt überhaupt bekannt gegeben wurde.¹²² Gemäß § 87 I 1 SGG ist die Klage grundsätzlich binnen eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts (§ 37 SGB X) - im Sinne einer zielgerichteten Mitteilung - zu erheben.¹²³ Wird der Verwaltungsakt dem Dritten (hier: Krankenkassen) nicht bekannt gegeben, kommt auch eine analoge Anwendung der Vorschriften über die einzuhaltende Rechtsbehelfsfrist nicht in Betracht. Der von einem Dritten eingelegte Rechtsbehelf kann in einem solchen Fall nur unzulässig sein, soweit er seine Befugnis zur Einlegung des Rechtsbehelfs verwirkt hat.¹²⁴ Da die an die Länder gerichteten Zuwendungsbescheide der BAS den Krankenkassen wohl kaum zugestellt oder sonst bekannt gegeben werden, läuft keine Klagefrist. Auf der anderen Seite nimmt der 6. Senat des BSG aus Gründen der Planungssicherheit bei Konkurrentenklagen um Kassenarztsitze an, dass die Konkurrentenklage binnen Jahresfrist nach tatsächlicher Aufnahme der Tätigkeit des Konkurrenten zu erheben ist.¹²⁵

¹²⁰ BSG, Urteil vom 16.7.2019 – B 12 KR 6/18 R, BSGE 128, 277, 293, Rn. 50.

¹²¹ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 1132, 114, 127, Rn. 52; BVerfG vom 18.7.2005 - 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167, 200, Rn. 93; *F. Kirchof* in *Isensee/P. Kirchof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd V, 3. Aufl. 2007, § 125 RdNr 6; *Axer* in *Hoffmann/Spiecker* genannt *Döhmnn/-Wallrabenstein*, Mehrwert der Selbstverwaltung, 2020, S 85 f.

¹²² BSG, Urteil vom 3.7.2013 – B 12 KR 8/11 R, BSGE 114, 69, 72, Rn. 20; BSG, Urteil vom 16.7.2019 – B 12 KR 6/18 R, BSGE 128, 277, 282, Rn. 25; BSG, Urteil vom 17.3.2016 - B 4 AS 18/15 R, SozR 4-4200 § 16e Nr. 1, Rn. 18.

¹²³ BSG, Urteil vom 16.7.2019 – B 12 KR 6/18 R, BSGE 128, 277, 282, Rn. 25; BSG, Urteil vom 17.3.2016 - B 4 AS 18/15 R, SozR 4-4200 § 16e Nr. 1, Rn. 18.

¹²⁴ BSG, Urteil vom 3.7.2013 – B 12 KR 8/11 R, BSGE 114, 69, 72, Rn. 20.

¹²⁵ BSG, Urteil vom 17.10.2012 – B 6 KA 40/11 R, SozR 4-2500 § 95 Nr. 27, Rn. 23.

2. Erweiterung der Klagebefugnis auf den GKV-SV

- 256** Der GKV-SV nimmt nicht nur die Interessen der Krankenkassen, sondern in bestimmten Bereichen auch die der Versicherten wahr. Dementsprechend stellt das BSG in seiner BZgA-Entscheidung in einer Gesamtschau auf die „Leistungsverantwortung der Krankenkassen und des GKV-SV gegenüber den Versicherten“ ab.¹²⁶ Nach der Rspr. des BSG verfügt der GKV-SV im Rahmen der ihm zugewiesenen Aufgaben über eine „Norm- und Nichtanwendungskompetenz“, die schon aus der Zuweisung eines einfachrechtlich geschützten, aber verfassungsrechtlich durch Art. 87 II GG gebildeten und geschützten Kompetenzbereichs folgt.¹²⁷ Sind dem GKV-SV stellvertretend für alle Krankenkassen Aufgaben zugewiesen, tritt er in die Position und Verantwortung der Krankenkassen gegenüber ihren Versicherten und damit unter bestimmten Voraussetzungen auch in deren Funktion als Sachwalter der Mitglieder der Krankenkassen ein.
- 257** Hat der einzelne Versicherte zudem (mangels Beitragssatzrelevanz) keine Möglichkeit, die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung überprüfen zu lassen, besteht nach der Rspr. des BSG auch ein Bedürfnis, für die Herleitung der Grundrechtsfähigkeit der Krankenkassen aus deren Funktion als Sachwalter des einzelnen Mitglieds bei der Wahrnehmung seiner Grundrechte.¹²⁸

VI. Verfassungsbeschwerde von Krankenkassen nach Rechtswegerschöpfung?

1. Fehlende Grundrechtsfähigkeit der Sozialversicherungsträger nach bisheriger BVerfG-Rechtsprechung

a) Allgemeine Aussagen

- 258** Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind (Art. 19 III GG). Die Verfassungsnorm differenziert nicht zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, erfasst vom Wortlaut her also im Grundsatz auch juristische Personen des öffentlichen Rechts.
- 259** **Juristische Personen** als Grundrechtsinhaber anzusehen und sie in den Schutzbereich bestimmter materieller Grundrechte einzubeziehen, ist nach der Rspr. des BVerfG aber nur dann gerechtfertigt, wenn deren Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der privaten natürlichen Personen ist, insbesondere wenn der "Durchgriff" auf die hinter ihnen stehenden Menschen es als sinnvoll und erforderlich erscheinen lässt. Denn nach ihrer Geschichte und ihrem heutigen Inhalt sind die Grundrechte in erster Linie individuelle Rechte, Menschen- und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben. Demgemäß dienen sie vorrangig dem **Schutz der Freiheitssphäre des einzelnen Menschen** als natürlicher Person gegen Ein-

¹²⁶ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 132, Rn. 68.

¹²⁷ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 134 f., Rn. 76, 77.

¹²⁸ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 136, Rn. 79.

griffe der staatlichen Gewalt; darüber hinaus sichern sie Voraussetzungen und Möglichkeiten für eine freie Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen.¹²⁹

- 260** Diese Voraussetzungen sind nach der Rspr. des BVerfG bei **juristischen Personen des Privatrechts** vielfach erfüllt. Bei ihnen kann daher grundsätzlich von einer möglichen Grundrechtsfähigkeit ausgegangen und sodann im Einzelfall geprüft werden, ob das mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemachte einzelne Grundrecht seinem Wesen nach auf den jeweiligen Beschwerdeführer anwendbar ist.¹³⁰ Demgegenüber sind die materiellen Grundrechte und der zu ihrer Verteidigung geschaffene Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde auf **juristische Personen des öffentlichen Rechts** nach ständiger Rspr. des BVerfG grundsätzlich nicht anwendbar. Jedenfalls gilt dies, soweit sie öffentliche Aufgaben erfüllen.
- 261** Das BVerfG argumentiert insoweit insbesondere damit, dass sich die **Erfüllung öffentlicher Aufgaben** durch juristische Personen des öffentlichen Rechts in aller Regel nicht in Wahrnehmung unabgeleiteter, ursprünglicher Freiheiten, sondern aufgrund von Kompetenzen vollziehe, die dem positiven Recht zugeordnet und inhaltlich bemessen und begrenzt sind. Die Regelung dieser Beziehungen und die Entscheidung daraus resultierender Konflikte seien nicht Gegenstand der Grundrechte, weil der **unmittelbare Bezug zum Menschen** fehle.¹³¹ Für den Rechtsschutz im Streitfall bestünden besondere Verfahren. Dagegen könne die Verfassungsbeschwerde als der spezifische Rechtsbehelf des Bürgers gegen den Staat nicht dazu benutzt werden, die **Zuständigkeitsordnung im Verhältnis der Hoheitsträger untereinander** zu schützen oder für die Einhaltung der gesetzmäßigen Formen bei einer Änderung zu sorgen. Insoweit bezieht sich das BVerfG regelmäßig auf seine Entscheidung BVerfGE 21, 362, 370 f.¹³²

b) Krankenkassen und Körperschaften des öffentlichen Rechts im Leistungserbringerbereich

- 262** Die Krankenkassen sind rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung¹³³ (§ 4 I SGB V, ähnlich § 29 I SGB IV). Die Selbstverwaltung wird, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, durch die Versicherten und die Arbeitgeber ausgeübt (vgl. § 29 II SGB IV). Die Versicherungsträger erfüllen im Rahmen des Gesetzes und des sonstigen Rechts ihre Aufgaben in eigener Verantwortung (§ 29 III SGB IV).
- 263** Wie bereits in seiner Leitentscheidung im 21. Band zur fehlenden Befugnis einer Landesversicherungsanstalt mangels Grundrechtsfähigkeit Verfassungsbeschwerde zum BVerfG einlegen zu können,¹³⁴ hat das BVerfG auch für Krankenkassen die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde verneint, weil diese nicht grundrechtsfähig seien.¹³⁵ Dagegen fällt das Bild bei sonstigen in Körperschaften des öffentlichen Rechts organisierten Leistungserbringergruppen unterschiedlich aus. Ebenso wie für Krankenkassen hat das BVerfG bei einer **Zahn-**

¹²⁹ BVerfG, Beschluss vom 31.10.1984 – 1 BvR 35/82, BVerfGE 68, 193, 208 f., Rn. 34-40.

¹³⁰ BVerfG, Beschluss vom 31.10.1984 – 1 BvR 35/82, BVerfGE 68, 193, 208 f., Rn. 34-40.

¹³¹ BVerfG, Beschluss vom 2.5.1967 – 1 BvR 578/63 –, BVerfGE 21, 362, 369 f., Rn. 23 „Wenn die Grundrechte das Verhältnis des Einzelnen zur öffentlichen Gewalt betreffen, so ist es damit unvereinbar, den Staat selbst zum Teilhaber oder Nutznießer der Grundrechte zu machen; er kann nicht gleichzeitig Adressat und Berechtigter der Grundrechte sein“.

¹³² BVerfG, Beschluss vom 31.10.1984 – 1 BvR 35/82, BVerfGE 68, 193, 205 f., Rn. 34-40.

¹³³ Zur historischen Entwicklung des Wortlauts des Art. 87 II GG vgl. *Rixen* SGB 2022, 581, 586 f.

¹³⁴ BVerfG, Beschluss vom 2.5.1967 – 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362, 367.

¹³⁵ BVerfG, Beschluss vom 9.4.1975 – 2 BvR 879/73, BVerfGE 39, 302, 312 f.

techniker-Innung und ihren Verbänden die Grundrechtsfähigkeit verneint. Dagegen vertritt es für die Leistungserbringer von Heil- und Hilfsmitteln und deren Organisationen die Ansicht, diese seien demgegenüber noch nicht in gleicher Weise in das System des Kassenarztrechtes einbezogen; dementsprechend hat das BVerfG bei einer **Orthopädietechniker-Innungen** die Grundrechtsfähigkeit bejaht, weil hier die Interessenwahrnehmung für deren Mitglieder vom Bedeutung sei.¹³⁶ Bei **Kassenärztlichen Vereinigungen** wiederum lehnt das BVerfG die Grundrechtsfähigkeit pauschal ab,¹³⁷ auch soweit sie die Grundrechte der in der Körperschaft verbundenen Ärzte fördern.

- 264** *Kingreen* legt die **Widersprüche in der Argumentation des BVerfG** zu den genannten juristischen Personen kritisch offen¹³⁸ und weist zu Recht darauf hin, dass jeweils danach differenziert werden muss, ob es sich um einen Konflikt der juristischen Person (z.B. KÄV) mit einem ihrer Mitglieder (Ärzte) wegen einer der juristischen Person zugewiesenen Aufgaben handelt (z.B. Honorarverteilung), mit der das Mitglied nicht einverstanden ist. Für diese **verbandsinternen Streitigkeiten** fehlt es bei der juristischen Person an einer grundrechtstypischen Gefährdungslage.¹³⁹ Für die Einzugsstellen einer Krankenkasse fiele etwa die Festsetzung der Höhe des Gesamtsozialversicherungsbeitrags oder für die Leistungsabteilung einer Krankenkasse die Entscheidung über die Gewährung einer im Leistungskatalog nicht vorgesehenen „Außenseitermethode“ in diese Kategorie einer „verbandsinternen Streitigkeit“.¹⁴⁰ In dieser Fallkonstellation tritt die Körperschaft gegenüber ihrem Mitglied als „besondere Erscheinungsform der Staatsgewalt“ mit Regelungsbefugnis auf und aus der Perspektive des Versicherten/Beitragszahlers etc. gerade nicht als Interessenvertretung ihrer Mitglieder. Die Beurteilung der Grundrechtsfähigkeit von Krankenkassen – oder allgemein: Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung – darf sich indessen nicht allein an derartigen Konstellationen ausrichten.¹⁴¹
- 265** Hiervon zu unterscheiden sind Fälle, in denen es nicht um Kompetenzkonflikte im Verhältnis der Krankenkasse zu einzelnen Mitgliedern/Versicherten oder Leistungserbringern (z.B. Krankenhausträger) geht, sondern um Konflikte mit anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, bei denen es um die in der Krankenkasse „verkörperte“ Wahrnehmung von Rechten und Aufgaben ihrer Versicherten/Mitglieder „gegenüber außen“ geht, Fälle, in denen die Krankenkasse Interessen ihrer Mitglieder verkörpert und vertritt und diese kraft ihrer verfassungsrechtlich abgesicherten Aufgabenzuweisung durch Art. 87 II GG zu artikulieren berufen ist.¹⁴²

¹³⁶ BVerfG, Beschluss vom 14. Mai 1985 – 1 BvR 449/82 –, BVerfGE 70, 1, 15 f., Rn. 52 – 59.

¹³⁷ BVerfG 20.09.1995, 1 BvR 597/95, NJW 1996, 1588, Rn.3: eine Kassenärztliche Vereinigung kann keine Grundrechte Dritter, insbes. der in ihr zusammen geschlossenen Ärzte geltend machen

¹³⁸ *Kingreen*, Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht, JöR 65 (2017) S. 1, 14 f., Fn. 83; S. 34 f.

¹³⁹ *Kingreen*, Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht, JöR 65 (2017) S. 1, 14 f., Fn. 83.

¹⁴⁰ wie hier: *Kingreen*, Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht, JöR 65 (2017) S. 1, 33.

¹⁴¹ so aber z.B. *Sachs* in *Sachs*, Grundgesetz 9. Auf. 2021, Art. 19 Rn. 102.

¹⁴² *Dreier*, Zur Grundrechtssubjektivität juristischer Personen des öffentlichen Rechts, FS Scupin zum 70. Geburtstag (1973) S: 81, 103 bezeichnet Selbstverwaltungsträger als „Sachwalter gebündelter Individualinteressen“.

2. Grundrechtsfähigkeit bzgl. organisatorischer Veränderungen BVerfG 39, 302 ff.

- 266** Die **1. These des BVerfG** zur fehlenden Grundrechtsfähigkeit der Krankenkassen lautet sinngemäß: Bei Eingriffen und auch Übergriffen des einen Hoheitsträgers in die Funktion und das Vermögen eines anderen handelt sich der Sache nach um Kompetenzkonflikte im weiteren Sinne, um eine sinnvolle und zweckmäßige Aufteilung der staatlichen Gewalt und die **Abgrenzung der Teilzuständigkeiten** gegeneinander.
- 267** Dies traf auf die Vereinigung von Ortskrankenkassen in der Leitentscheidung des BVerfG vom 9.4.1975 (BVerfGE 39, 302 ff)¹⁴³ zu. Dort ging es um organisatorische Veränderungen in der „Krankenkassenlandschaft“. Acht Krankenkassen hatten dagegen geklagt, dass sie im Zuge der kommunalen Verwaltungsreform durch Rechtsverordnung des Landes Baden-Württemberg aufgelöst und mit benachbarten Krankenkassen zusammengelegt wurden. Das BVerfG verneinte die Grundrechtsfähigkeit der Krankenkassen und führte dazu aus: „Organisatorische Veränderungen, wie sie die Verordnung der Landesregierung Baden-Württemberg mit sich bringt, haben die hiervon betroffenen Krankenkassen hinzunehmen, ohne daß sie sich auf Grundrechte im Wege einer Verfassungsbeschwerde berufen können.“¹⁴⁴
- 268** Dem dürfte für diese spezielle Fallkonstellation zuzustimmen sein, denn das BVerfG stellt darauf ab, dass der Gesetzgeber damit den Kernbereich der sozialen Sicherung und damit auch der Krankenversicherung mit dieser Maßnahme überhaupt nicht berührt habe. Dieser konkrete Fall zeichnete sich durch rein organisatorische Fragen im Verhältnis verschiedener Krankenkassen untereinander aus. Die Entscheidung des BVerfG ist daher im Ergebnis nachvollziehbar und gut vertretbar.
- 269** Allerdings werden die in diesem Fall vertretbaren Argumente und Obersätze des BVerfG in Folgeentscheidungen verabsolutiert und auch in Fallkonstellationen ohne weitere Begründung übernommen, bei denen es erkennbar nicht um rein organisatorische Veränderungen etwa im Zuständigkeitsbereich von Krankenkassen ging. Die Argumentation trägt nicht in Fällen, in denen es nicht um bloße interne organisatorische Veränderungen, Zuständigkeiten oder Verfahrensvorschriften geht, sondern um die Rechte und Pflichten der in den Krankenkassen kraft Gesetzes organisierten Versicherten.
- 270** Auch die **2. These** des BVerfG zur fehlenden Grundrechtsfähigkeit der Krankenkassen traf in der Ausgangsentscheidung BVerfG 39, 302 zu. Die These lautet sinngemäß: Die Regelung der Beziehungen des einen Hoheitsträgers zum anderen und die Entscheidung solcher Konflikte sind nicht Gegenstand der Grundrechte, weil der unmittelbare Bezug zum Menschen fehlt.¹⁴⁵ Die Vereinigung von Ortskrankenkassen ließ die Versicherungspflicht des einzelnen Mitglieds unverändert, seine materiellen Rechte und Pflichten verändern sich durch die Vereinigung von Krankenkassen nicht; lediglich die Zuständigkeit der Kassen war für die Mitglieder der Krankenkassen nach der Reform möglicherweise eine andere als zuvor und künftig statt der AOK der Stadt A die AOK der Stadt B zuständig.

¹⁴³ BVerfG, Beschluss vom 2.5.1967 – 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362, 370 f., Rn. 25.

¹⁴⁴ BVerfG, Beschluss vom 9.4.1975 – 2 BvR 879/73, BVerfGE 39, 302, 315 f., Rn. 75.

¹⁴⁵ BVerfG, Beschluss vom 2.5.1967 – 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362, 370 f., Rn. 25.

3. Grundrechtsfähigkeit bei der Mittelverwaltung

- 271** Das Argument des fehlenden Bezuges zum Menschen (These 2: Die Regelung der Beziehungen des einen Hoheitsträgers zum anderen und die Entscheidung solcher Konflikte sind nicht Gegenstand der Grundrechte, weil der unmittelbare Bezug zum Menschen fehlt¹⁴⁶) trifft indessen nicht zu, wenn es um Beitragsmittel der Versicherten und ihrer Arbeitgeber geht.
- 272** Ein „**unmittelbarer Bezug zum „Menschen“**“, dem aufgrund seiner Versicherungs- und Beitragspflicht zwangsweise Beiträge zugunsten „seiner Solidargemeinschaft“ auferlegt werden, liegt auf der Hand, wenn auf Beitragsmittel der Krankenkassen zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben zugegriffen wird oder den Krankenkassen zwar Aufgaben auferlegt, die dafür notwendigen Beitragsmittel aber (jedenfalls teilweise) vorenthalten werden. Dies schlägt regelmäßig auf die Beitragslast der Versicherten durch und schränkt deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Verfügungsbefugnis hinsichtlich ihres Einkommens über das notwendige Maß hinaus ein. Diese Einschränkungen sind auch nach der Rspr. des BVerfG nur dann gerechtfertigt, wenn sie dem der GKV-inhärenten sozialen Ausgleich oder sogar unmittelbar den Ansprüchen der Versicherten selbst dienen.

4. Ausreichende fachgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten

- 273** Die **3. These des BVerfG** lautet sinngemäß: Für Streitigkeiten hinsichtlich der Regelung der Beziehungen des einen Hoheitsträgers zum anderen und die Entscheidung solcher Konflikte gelten die grundlegenden Organisationsbestimmungen der Verfassungen des Bundes und der Länder sowie die dazu ergangenen Rechts- und Verwaltungsvorschriften; für den Rechtsschutz im Streitfall sind die **besonderen verfassungsgerichtlichen Verfahren für Verfassungsstreitigkeiten** (vgl. Art. 93 I Nr. 3 und 4 GG in Verbindung mit § 13 Nr. 7 und 8 BVerfGG und ähnliche Regelungen nach Landesrecht) und der **Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten** (vgl. § 40 I, § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) vorgesehen.¹⁴⁷
- 274** Für die vom BVerfG genannten Verfahren vor dem BVerfG fehlt den Krankenkassen die Antragsbefugnis. Darauf, ob sich Antragsberechtigte für eine **abstrakte Normenkontrolle nach Art. 93 I Nr. 2 GG** ihrer Anliegen annehmen, haben sie keinen Einfluss.
- 275** Soweit das BVerfG darauf hinweist, dass jedenfalls der **Verwaltungsrechtsweg** eröffnet sei, ist erkennbar, dass auch das BVerfG ein Bedürfnis für Rechtsschutzmöglichkeiten anerkennt, selbst wenn es (nur) um Eingriffe und auch Übergriffe des einen Hoheitsträgers in die Funktion und das Vermögen eines anderen handelt und es sich der Sache nach um Kompetenzkonflikte im weiteren Sinne geht. Für diese hat der 12. Senat entschieden, dass auch Sozialversicherungsträgern beim Konflikt mit anderen Trägern eine **wehrhafte Position** zukommt, wenn es um einen ihnen im Interesse der Versicherten zugewiesenen Aufgabenbereich geht.
- 276** Erst recht sollte dieser fachgerichtliche Rechtsschutz eröffnet sein, wenn es nicht (nur) um Kompetenzkonflikte, sondern um die materiell und verfassungsrechtlich verbürgten Rechte der hinter den Krankenkassen stehenden Versicherten geht.

¹⁴⁶ BVerfG, Beschluss vom 2.5.1967 – 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362, 379 f., Rn. 25.

¹⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 2.5.1967 – 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362, 370 f., Rn. 25.

5. Verfassungsbeschwerde für Krankenkassen undenkbar?

- 277** Die **4. These des BVerfG** lautet sinngemäß: Die **Verfassungsbeschwerde**, die "der spezifische Rechtsbehelf des Bürgers gegen den Staat" ist, kann nicht angewendet werden, um die rechtmäßig geschaffene Zuständigkeitsordnung im Verhältnis der Hoheitsträger untereinander zu schützen oder für die Einhaltung der gesetzmäßigen Formen bei einer Änderung zu sorgen.¹⁴⁸ Eine sinnvolle Verteilung und Ordnung der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und eine Anpassung der Staatsorganisation an die wechselnden Erfordernisse der wirtschaftlichen, sozialen und finanziellen Entwicklung würden – so das BVerfG - erheblich erschwert werden, wenn sich die betroffenen selbständigen Verwaltungseinheiten bei **Änderungen des Kompetenzgefüges**, welche in ihren Funktionsbereich eingreifen, mit der Verfassungsbeschwerde zur Wehr setzen könnten.¹⁴⁹
- 278** Dieses Argument trifft zu, soweit es um **(reine) Kompetenzstreitigkeiten** geht, durch welche die Interessen der hinter den Trägern der Sozialversicherung stehenden in keiner Weise berührt werden.
- 279** Geht es hingegen bei Kompetenzkonflikten darüber hinaus um die **zutreffende Abgrenzung der jeweiligen Solidargemeinschaften** als einem vom BVerfG anerkannten Grund für die Anordnung von Versicherungs- und Beitragspflicht und die Beitragseinnahmen selbst, bedarf es eines effektiven Rechtsschutzes. Effektiver Rechtsschutz ist für Krankenkassen nicht um seiner „selbst Willen“, sondern - wie im Fall des BSG zur **wehrhaften Position** der Clearingstelle – im Interesse der Versicherungs- und Beitragspflichtigen zu gewährleisten.
- 280** Ist es dem einzelnen Versicherten – trotz seiner theoretischen Möglichkeit zur Verfassungsbeschwerde nach Rechtswegerschöpfung – faktisch nicht möglich oder nicht zumutbar, einen aus seiner Sicht verfassungswidrigen Zugriff auf Beitragsmittel gerichtlich prüfen zu lassen, sollte anerkannt werden, dass die Krankenkassen das Recht haben, insoweit als **Sachwalter ihrer Versicherten** den Rechtsweg einschließlich der Verfassungsbeschwerde zu beschreiten. Zwar ist es zutreffend, dass allein der Umstand, dass eine juristische Person des öffentlichen Rechts öffentliche Aufgaben, also Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit, wahrnimmt, sie nicht zugleich zum grundrechtsgeschützten "Sachwalter" des Einzelnen bei der Wahrnehmung seiner Grundrechte macht. Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass der Bürger selbst seine Grundrechte wahrnimmt und etwaige Verletzungen geltend macht.¹⁵⁰
- 281** Die GKV-Versicherten sind aber nicht weniger schutzwürdig als die hinter den Universitäten und Rundfunkanstalten oder Religionsgemeinschaften stehenden Menschen. Für diese juristische Personen des öffentlichen Rechts, die als solche in Art. 5 I und Art. 5 III GG nicht ausdrücklich genannt werden, stellt das BVerfG darauf ab, dass die ihnen durch die Rechtsordnung übertragenen Aufgaben unmittelbar einem durch bestimmte Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet sind (Universitäten und Fakultäten: Art. 5 III 1 GG, Rundfunkanstalten: Art. 5 I 2 GG) oder kraft ihrer Eigenart ihm von vornherein zugehören (**Kirchen**). Für **Religionsgemeinschaften** nimmt das BVerfG an, dass sich diese über Art. 4 GG hinaus auf

¹⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 2.5.1967 – 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362, 370 f. Rn 25.

¹⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 31.10.1984 – 1 BvR 35/82, BVerfGE 68, 193, 211 f., Rn. 46.

¹⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 31.10.1984 – 1 BvR 35/82, BVerfGE 68, 193, 206 f., Rn. 34-40.

alle Grundrechte berufen können, auf die sich juristische Personen des Privatrechts berufen können.¹⁵¹ Die beiden weiteren Ausnahmen, in denen es das BVerfG juristischen Personen des öffentlichen Rechts zubilligt, sich auf Grundrechte zu berufen, betreffen **Universitäten** (einschließlich Fakultäten, Fachbereichen,¹⁵² verfasste Studentenschaften, Institute¹⁵³) und **Rundfunkanstalten**. Für beide nimmt das BVerfG an, dass diese in spezifischer Weise die Funktion haben, in einem grundrechtlich zu schützenden Lebensbereich, dem sie unmittelbar zugeordnet sind, bestimmte Grundrechtsinteressen der Bürger sicherzustellen.¹⁵⁴

282 Nichts anderes kann für die **Bereich Gesundheit und Vorsorge** in Form einer Versicherung für den Krankheitsfall gelten, der jeden Menschen treffen und für den das Gesetz deshalb im Sinne einer **faktischen Volksversicherung** entweder Versicherungspflicht kraft Gesetzes in der GKV oder die Pflicht zum Abschluss einer privaten Krankenversicherung angeordnet hat. Dieser Bereich ist vom Gesetzgeber seit jeher den Krankenkassen nicht weniger klar oder strikt zugeordnet als beispielsweise der Bereich Bildung und Forschung den Universitäten oder das Recht zur freien Meinungsäußerung und Medienfreiheit den Rundfunkanstalten. Im Gegenteil: während sich die hinter Universitäten und oder Religionsgemeinschaften stehenden Menschen frei über ihre Mitgliedschaft entscheiden können, werden den Krankenkassen die Versicherten kraft Gesetzes zugeordnet. Ihnen deshalb eine Sachwalterfunktion für ihre Versicherten pauschal abzusprechen, verkennt die Angewiesenheit der Versicherten auf die Wahrnehmung ihrer Interessen in einem an **Komplexität** kaum zu überbietenden Rechtsgebiet. Ein solches stellt das Recht der GKV dar und verlangt kompetente Einrichtungen, die unabhängig, nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet und im Interesse ihrer Versicherten nur den Zwecken der GKV verpflichtet sind.

283 Zudem geht es auch beim **beitragsfinanzierten Krankenversicherungsschutz** letztlich um einen **grundrechtlich geschützten Bereich**. Insoweit hat das BVerfGE in seiner „Nikolaus-Entscheidung“ für den Umfang der Leistungsansprüche Versicherter darauf abgestellt, dass es mit Art. 2 I GG iVm dem grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip nicht vereinbar ist, den Einzelnen einer Versicherungspflicht in der GKV zu unterwerfen und für seine an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausgerichteten Beiträge die notwendige Krankheitsbehandlung gesetzlich zuzusagen, ihn andererseits aber, wenn er an einer lebensbedrohlichen oder

¹⁵¹ Vgl. *Sachs* in: *Sachs Grundgesetz*, 8. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 94 mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁵² BVerfG, Beschluss vom 31.5.1995 – 1 BvR 1379/94, BVerfGE 93, 85, 93 f., Rn. 31, wonach sich Fakultäten und Fachbereiche mit der Verfassungsbeschwerde gegen eine Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung wenden können, dies deren Befugnis zum Erlass der Studien- und Prüfungsordnungen (vgl. §§ 85, 91 UG) eingeschränkt und damit nach BVerfG unmittelbar in die Rechtssphäre der Hochschulen eingreift. - Weshalb die betroffenen Menschen hinter den Rundfunkanstalten, Bürger, Journalisten usw. selbst nicht in der Lage sein sollten, ihre Grundrechte aus Art. 5 I GG wirksam wahrzunehmen, wird vom BVerfG ebenfalls nicht näher thematisiert und von der Kommentarliteratur auch nicht hinterfragt.

¹⁵³ BVerfG, Urteil vom 10.3.1992 – 1 BvR 454/91, BVerfGE 85, 360, 370 f., Rn. 35 wonach das Zentralinstitut für physikalische Chemie im Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit - Art. 5 III 1 GG verletzt sein kann, weil ihm als Forschungsinstitut ein grundrechtlich geschützter Lebensbereich unmittelbar zugeordnet ist und ihm auch bereits vor dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages eine gewisse Autonomie zugestanden wurde. - Weshalb die betroffenen Menschen hinter den Universitäten, Studenten, Hochschullehrer usw. selbst nicht in der Lage sein sollten, ihre Grundrechte aus Art. 5 III GG wirksam wahrzunehmen, wird vom BVerfG nicht näher thematisiert und von der Kommentarliteratur nicht weiter hinterfragt.

¹⁵⁴ *Sachs* in: *Sachs Grundgesetz*, 8. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 95.

sogar regelmäßig tödlichen Erkrankung leidet, für die schulmedizinische Behandlungsmethoden nicht vorliegen, von der Leistung einer bestimmten Behandlungsmethode durch die Krankenkasse auszuschließen und ihn auf eine Finanzierung der Behandlung außerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung zu verweisen.¹⁵⁵ Klarer kann der **Grundrechtsbezug** zwischen Krankenkassen, GKV-Versicherten und der Gesundheit bzw. Behandlung von Krankheiten etc. nicht formuliert werden. Dieser Bezug besteht allerdings nicht nur, wenn es um im SGB V nicht vorgesehene Leistungen geht, sondern auch als gleichsam die andere Seite der Medaille wenn es etwa um die Beitragslast der Versicherten und die Verwendung ihrer Beiträge geht.

- 284** GKV-Versicherte sind schließlich auch nicht weniger schutzwürdig, als der einzelne Bürger in zahlreichen anderen Sachgebieten, in denen der Gesetzgeber die Möglichkeit der **Verbandsklage** gerade im Wissen um die begrenzten Möglichkeiten des Einzelnen zur Durchsetzung seiner Rechte anerkannt hat. Allerdings folgt weder aus Art. 19 IV 1 GG noch aus Art. 9 I GG unmittelbar ein Verbandsklagerecht, vielmehr steht es dem zuständigen Gesetzgeber frei, derartige Klagerechte einzuführen und sie gegebenenfalls nach sachgerechten Kriterien zu begrenzen.¹⁵⁶
- 285** Demgemäß wird in diesem Gutachten vorgeschlagen, im SGB V einfachrechtlich klarzustellen, dass die Krankenkassen selbst und der GKV-SV in näher bestimmten Fällen als Sachwalter der Mitglieder von Krankenkassen als grundrechtsfähig anzusehen sind.

6. Rechtsweggarantie

a) Grundsatz: Keine Berufung jur. Personen des öffentlichen Rechts auf die Art. 19 IV GG

- 286** „Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen“, so Art. 19 IV 1 GG. Die Vorschrift verbürgt Rechtsschutz vor (Fach-)Gerichten, nicht jedoch verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz.¹⁵⁷ Art. 19 IV ist ein „Jedermann-Grundrecht“, das neben natürlichen Personen unstreitig auch auf juristische Personen des Privatrechts Anwendung findet.
- 287** Für **juristische Personen des öffentlichen Rechts** und ihre Organe allerdings wird die Rechtsweggarantie wegen ihrer Zugehörigkeit zur grundrechtsgebundenen Staatlichkeit im **Grundsatz** abgelehnt. Staatliche oder staatlich getragene Stellen sind unmittelbar an Grundrechte gebunden und können daher nach der Rspr. des BVerfG als Teil des grundrechtsgebundenen Staats nicht gleichzeitig Adressat und Berechtigter von Grundrechten sein.¹⁵⁸

¹⁵⁵ BVerfG, Beschluss vom 6.12.2005 – 1 BvR 347/98, BVerfGE 115, 25, 49, Rn. 64; BVerfG, Beschluss vom 10.11.2015 – 1 BvR 2056/12, BVerfGE 140, 229, 237 f., Rn. 20.

¹⁵⁶ BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung vom 10.5.2001 – 1 BvR 481/01, Rn. 19 Naturschutzverbände.

¹⁵⁷ BVerfG, Urteil vom 13.6.1952 – 1 BvR 137/52, BVerfGE 1, 332, 344; *Sachs* in: *Sachs Grundgesetz*, 8. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 139.

¹⁵⁸ vgl. BVerfG, Urteil vom 7.11.2017 - 2 BvE 2/11, BVerfGE 147, 50, 142 Rn. 239 m.w.N.

- 288** Soweit in der Kommentarliteratur¹⁵⁹ zum Nachweis dafür, dass die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG – von wenigen Ausnahmen abgesehen (Kirchen, Rundfunkanstalten, Universitäten) - nicht für Körperschaften des öffentlichen Rechts gelte, auf **BVerfGE 39, 302 (316)** Bezug genommen wird, ist festzustellen, dass BVerfGE 39, 302 (317) diese Aussage nicht zulässt. Denn in diesem 1975 entschiedenen Fall ging es allein um die Frage, ob Ortskrankenkassen das Recht haben, gegen eine Verordnung unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde vorzugehen. Das BVerfG verneinte das, ließ aber ausdrücklich offen, ob den beschwerdeführenden Krankenkassen gegen ihre durch die Verordnung bewirkte Auflösung und Vereinigung mit benachbarten AOK der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet sein könnte.¹⁶⁰ Es ging damit zum einen nur um **fachgerichtlichen Rechtsschutz**, den das BVerfG nicht ausschloss. Zum anderen betraf der Rechtsstreit eine reine Organisationsfrage bzw. Frage der örtlichen Zuständigkeit von Krankenkassen.
- 289** Das BVerfG differenziert in dieser Entscheidung zutreffend zwischen der Frage, ob juristischen Personen des öffentlichen Rechts aufgrund Art. 19 IV **einfachgerichtlicher Rechtsschutz vor den Fachgerichten** zu gewähren ist, und der Frage, ob sich juristische Personen des öffentlichen Rechts auf **Grundrechte** berufen können, die ihnen auch den (ggf. unmittelbaren) Zugang zum Bundesverfassungsgericht mittels **Verfassungsbeschwerde** eröffnen.
- 290** Im einfachgerichtlichen Rechtsschutz verfolgbare Rechte der Krankenkassen ergeben sich nach der Rspr. des BSG bereits aus ihrer auch im GG verankerten besonderen Rechtsstellung als **Akteur der mittelbaren Staatsverwaltung**. Den Krankenkassen als Sozialversicherungsträgern ist mit der gesetzlichen **Zuerkennung des Körperschaftsstatus** und der **Zuweisung von Selbstverwaltung** (§ 29 Abs 1 SGB IV, § 4 Abs 1 SGB V) einfachrechtlich eine **rechtlich geschützte Kompetenzsphäre** zugewiesen, die verfassungsrechtlich durch Art 87 II GG gebilligt und anerkannt wird.¹⁶¹
- 291** Soweit juristische Personen des öffentlichen Rechts die Rechtsweggarantie – und damit letztlich das Recht zur Verfassungsbeschwerde - wegen ihrer Zugehörigkeit zur grundrechtsgebundenen Staatlichkeit nicht zugestanden werden soll, weil staatliche Stellen als Teil des grundrechtsgebundenen Staats **nicht gleichzeitig Adressat und Berechtigter von Grundrechten** sein könnten,¹⁶² überzeugt dieses sog. Konfusionsargument¹⁶³ nur zum Teil.
- 292** Das **Konfusionsargument** trägt nur, soweit eine juristische Person des öffentlichen Rechts durch eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts unter Einsatz hoheitlicher Gewalt in ihren (eigenen) Interessen bzw. regelmäßig hoheitlichen Funktionen beeinträchtigt wird und es sich im Kern um einen **Konflikt innerhalb der staatlichen Sphäre** im weiteren Sinne handelt. Dies ist der Fall, wenn die beeinträchtigten Interessen im Zusammenhang mit der regelmäßigen Funktion der öffentlichen Gewalt stehen und es um einen Konflikt allein

¹⁵⁹ Sachs in: Sachs Grundgesetz, 8. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 108.

¹⁶⁰ BVerfG, Beschluss vom 9.4.1975 – 2 BvR 879/73, BVerfGE 39, 302 ff., Rn. 61.

¹⁶¹ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 182, 114, 135, Rn. 77; Axer, NZS 2017, 601, 605 f; Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S 503 f.

¹⁶² vgl. BVerfG, Urteil vom 7.11.2017 - 2 BvE 2/11, BVerfGE 147, 50, 143, Rn. 239 m.w.N.

¹⁶³ BVerfG, Urteil vom 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11, BVerfGE 143, 246, 315 Rn. 192.

innerhalb der öffentlichen Gewalt geht, der nicht über die spezifisch auf das Staats-Bürger-Verhältnis ausgerichteten Grundrechte zu lösen ist.¹⁶⁴

- 293 Demgemäß lässt auch das BVerfG Ausnahmen zu, wenn eine funktionsbezogene Betrachtungsweise dies erfordert. Dies ist im Ergebnis in den Konstellationen der Fall, in denen auch das BVerfG davon ausgeht, dass sich bestimmte juristische Personen des öffentlichen Rechts (ausnahmsweise) auf Grundrechte berufen können.

b) Ausnahmen: Verfahrensgrundrechte

- 294 Nach Art. 19 III GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind, ohne dass der Wortlaut¹⁶⁵ der Vorschrift insoweit zwischen inländischen juristischen Personen des öffentlichen und des Privatrechts differenzieren würde. Sollten sich juristische Personen des öffentlichen Rechts bei funktionsbezogener Betrachtungsweise im Sinne von Art. 19 III GG auf Grundrechte berufen können, muss ihnen insoweit auch der Rechtsweg gem. Art. 19 IV GG gewährleistet sein.
- 295 Anerkannt ist, dass sich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts, wenn sie Beteiligte eines Rechtsstreits sind, auf **Justizgrundrechte**¹⁶⁶ wie die verfahrensimmanent wirksamen Garantien des Art. 101 I GG (**gesetzlicher Richter**) und des Art. 103 I (**rechtliche Gehör**)¹⁶⁷ berufen können. Ebenso gilt auch zugunsten juristischer Personen des öffentlichen Rechts ein aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitetes **Willkürverbot**.¹⁶⁸
- 296 Bei der Anwendung von Art. 19 III GG ist nach der Rspr. des BVerfG im Einzelfall zu prüfen, ob das mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemachte **Grundrecht seinem Wesen nach** auf den jeweiligen Beschwerdeführer anwendbar ist. Die Grundrechte sollen in erster Linie die Freiheitssphäre des Einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt schützen und ihm insoweit zugleich die Voraussetzungen für eine freie aktive Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen sichern. Von dieser zentralen Vorstellung her sei – so das BVerfG – auch Art. 19 III GG auszulegen und anzuwenden. Dies rechtfertige eine Einbeziehung der juristischen Personen in den Schutzbereich der Grundrechte (nur dann), wenn ihre Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sind, besonders, wenn der "Durchgriff" auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen angezeigt sei.

c) Ausnahme: Prozessgrundrechte und Willkürverbots

- 297 Auch Krankenkassen können sich auf das **Willkürverbot bzw. Art. 3 GG** berufen. Konkret ging es im Rahmen einer Richtervorlage nach Art. 100 GG darum, ob Krankenkassen auch dann eine Pauschgebühr an das Sozialgericht zahlen müssen, wenn sie im Prozess obsiegen. Das BVerfG bejaht dies und führt dazu aus: Bei der Regelung der Verhältnisse von Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts ist der Gesetzgeber auch dann an den Gleichheitssatz gebunden, wenn diese sich nicht auf Grundrechte berufen können. Im

¹⁶⁴ Sachs in: Sachs Grundgesetz, 8. Aufl. 2021, Art. 19 Rn. 91.

¹⁶⁵ so auch *Bettermann* NJW 1969, 1321, 1324, der zudem darauf hinweist, dass der Parlamentarische Rat die juristischen Personen durchaus in den Anwendungsbereich des Art. 19 III GG einbeziehen wollte; ebenso der Hinweis bei *Dreier*, Zur Grundrechtssubjektivität juristischer Personen des öffentlichen Rechts, FS Scupin zum 70. Geburtstag (1973) S: 81, 87 f.

¹⁶⁶ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 27.9.2000 – 2 BvR 687/00.

¹⁶⁷ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 15.12.2020 – 1 BvR 1395/19 –, Rn. 32 NJW 2021, 1665 f.

¹⁶⁸ Sachs in: Sachs Grundgesetz, 8. Aufl. 2012, Art. 19 Rn. 109.

Gleichheitssatz kommt ein **allgemeiner Rechtsgrundsatz** zum Ausdruck, der bereits aus dem Prinzip der allgemeinen Gerechtigkeit folgt; insofern beansprucht der Gleichheitssatz objektiv auch Geltung für die Beziehungen innerhalb des hoheitlichen Staatsaufbaus. Insbesondere sei das sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergebende Willkürverbot zu beachten, wenn eine öffentlich-rechtliche Körperschaft an einem gerichtlichen Verfahren beteiligt ist.¹⁶⁹ – Interessant wäre, ob das BVerfG, wenn es nicht auf Richtervorlage hin hätte entscheiden müssen, die Verfassungsbeschwerde der DAK zur Entscheidung angenommen und die Prozessführungsbefugnis für eine Verfassungsbeschwerde angenommen hätte.

7. Grundrechtstypische Gefährdungslage - Notwendigkeit einer Fortentwicklung

a) Krankenkassen als Organisation der dahinterstehenden Versicherten

- 298** Zweifellos sind Krankenkassen wie keine andere juristische Person in das GKV-System integriert. Sie deshalb nicht in erster Linie als Sachwalter und Interessenvertreter ihrer Mitglieder zu sehen, sondern Krankenkassen auf eine ihren Mitgliedern/Versicherten eher gegenüberstehende (konträre) staatliche Einrichtungen zu reduzieren und allein von einer überkommenen Anschauung eines „**Über-Unterordnungsverhältnis**“ auszugehen, geht an der Realität des Lebensbereiche Krankheit/Gesundheit und des Rechtsgebiets GKV vorbei.
- 299** Zwar gibt es auch **Konflikte zwischen den Mitgliedern und ihrer Krankenkassen**, etwa wenn es um das „Ob“ oder den Umfang konkreter Leistungen geht. In diesen Fällen kann es zu gerichtlichen Auseinandersetzungen kommen. Gemessen am Umfang völlig konfliktfreier Leistungsgewährung und Beitragszahlung fallen diese Fälle allerdings nicht ins Gewicht und können die Rolle und Funktion der Krankenkassen als „Vertreter“ ihrer Mitglieder nicht in den Hintergrund drängen. Dass die Krankenversicherung - mit Ausnahmen freiwilliger Mitglieder (vgl. § 9 SGB V) - nicht auf freiem Entschluss der Versicherten, sondern auf gesetzlich angeordneter Versicherungspflicht beruht (vgl. § 5 SGB V), beseitigt die Funktion der Krankenkassen als **institutionelle Vertreter und Sachwalter¹⁷⁰ ihrer Versicherten** nicht. Insoweit fällt zusätzlich ins Gewicht, dass sich die Versicherten „ihre“ Krankenkasse aussuchen können, indem ihnen § 175 SGB V ein Wahlrecht zwischen den verschiedenen Kassen einräumt.
- 300** Anders als bei Universitäten, die heute ebenso wie Krankenkassen anders in das Staatsgefüge integriert sind als zur Zeit ihrer Gründungen, stellt das BVerfG bei den Krankenkassen nicht auf ihre **Historie bzw. Entstehungsgeschichte** ab. Aber auch wenn man – wie das BVerfG - die Tatsache der ursprünglichen Eigeninitiative zur Gründung von Krankenkassen als nicht mehr relevant betrachtet, ist das Verhältnis zwischen Krankenkassen und ihren Versicherten dem Verhältnis zwischen Universitäten und Universitäten sowie den dahinterstehenden Menschen wesentlich ähnlicher und näher als das Verhältnis zwischen dem einzelnen Bürger und etwa einer Abfallbehörde, einem Finanzamt oder einem Bürgeramt, Ein-

¹⁶⁹ BVerfG, Beschluss vom 1.7.1987 – 1 BvL 21/82 –, BVerfGE 76, 130, 139, Rn. 34.

¹⁷⁰ Dreier, Zur Grundrechtssubjektivität juristischer Personen des öffentlichen Rechts, FS Scupin zum 70. Geburtstag (1973) S: 81, 103: Selbstverwaltungsträger als „Sachwalter gebündelter Individualinteressen“.

richtungen des Staates also, die ebenfalls im Interesse der Bürger errichtet sind, sich aber nicht als deren Sachwalter gegen die Entscheidungen anderer staatlicher Einrichtungen (z.B. Ministerium) stellen sollen.

- 301** Insoweit besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen Behörden der unmittelbaren Staatsverwaltung von jenen der mittelbaren Staatsverwaltung, der auf das Prozessrecht durchschlagen muss, wenn die mittelbare Staatsverwaltung – wie im Fall der Krankenkassen – einem für die Mitglieder der jeweiligen Körperschaft grundrechtlich relevanten Bereich (Leben und Gesundheit) zugeordnet ist.

b) Grundrechtstypische Bedarfs- und Gefährdungslage

- 302** Zu Erreichung des in § 1 SGB V definierten Ziels der „Krankenversicherung als Solidargemeinschaft“, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern, ist allein den Krankenkassen die Aufgabe übertragen, die im SGB V vorgesehenen Leistungen zu erbringen (vgl. § 11 I 1, § 12 iVm § 21 SGB IV) bzw. dafür zu sorgen, dass diesen den Versicherten zur Verfügung stehen (vgl. § 2 SGB V).
- 303** Das Ziel der GKV dient unmittelbar einem **von der Verfassung geschützten Lebensbereich**, dem durch Art. 2 II GG geschützten Leben und der körperlichen Unversehrtheit. Diese von der Verfassung geschützten Rechtsgüter sind für den Einzelnen in der Regel nicht weniger bedeutsam als seine durch Art. 5 I und Art. 5 III GG geschützten Rechte. Die Feststellung des BVerfG, den Krankenkassen fehle eine besondere Zuordnung zu einem durch die Grundrechte geschützten Lebensbereich, wie das für Universitäten und Rundfunkanstalten evident ist,¹⁷¹ trifft so nicht zu.
- 304** Nichts anderes als für Universitäten und Rundfunkanstalten sollte daher für Krankenkassen gelten, wenn es nicht um Partikularinteressen nur einzelner Versicherter oder um rein interne Organisationsfragen der Krankenkassen, sondern wenn und soweit es gerade um die verfassungsrechtlich geschützten Rechte ihrer Mitglieder/Versicherten bzw. eine grundrechtstypische Gefährdungslage¹⁷² geht, zu der auch die Einhaltung des verfassungsrechtlich anerkannten Grundsatzes der Belastungsgleichheit gehört.
- 305** Damit werden die Ausführungen des BVerfG nicht in Frage gestellt, soweit es in der **Leitentscheidung zur Grundrechtsfähigkeit von Krankenkassen** (Auflösung und Vereinigung einzelnen Ortskrankenkassen im Zuge der baden-württembergischen Gebietsreform) um einen Bestandsschutz einzelner Krankenkassen geht. Diese können ihr Verlangen auf Bestandsschutz nicht von einem - entsprechend ausgestalteten - sozialen Grundrecht natürlicher Personen - hier die Krankenkassenmitglieder – ableiten, weil das Sozialstaatsgebot (Art. 20 I GG) keinen Anspruch des Einzelnen auf soziale Leistungen im Bereich der Krankenversicherung gerade durch ein so und nicht anders aufgebautes Sozialversicherungssystem garantiert. Insoweit durfte das BVerfG auch darauf verweisen, dass auch der Gliederung der gesetzlichen Unfallversicherung nach Gewerbebezügen kein Verfassungsrang zukommt (BVerfGE 36, 383 (393)), so dass sich auch die beschwerdeführenden Ortskrankenkassen als Träger der gesetzlichen Krankenversicherung nicht darauf berufen konnten, dass ihre gegenwärtige organisatorische Ausgestaltung verfassungsrechtlich gesichert sei. Das

¹⁷¹ BVerfG, Beschluss vom 9. April 1975 – 2 BvR 879/73, Rn. 65 – 76, BVerfGE 39, 302, 312 f.

¹⁷² wie hier *Butzer*, SGB 2022, 197, 200 f.

BVerfG weist dabei zu Recht darauf hin, dass dem einfachen Gesetzgeber möglichst viel Freiheit zu belassen ist, Veränderungen im Interesse der sozialen Sicherung mit neuen Lösungen gerade im Bereich der Organisation der Träger der Sozialversicherung Rechnung zu tragen.¹⁷³

- 306** Aus dieser **speziellen Fallkonstellation**, welche der Leitentscheidung des BVerfG zur Grundrechtsfähigkeit der Krankenkassen zu Grunde lag, darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass die Grundrechtsfähigkeit der Krankenkassen außerhalb von Organisations- und Zuständigkeitsfragen gleichermaßen verneint werden muss, auch wenn es um die Grundrechte der von den Krankenkassen repräsentierten Versicherten geht. Insoweit heben sich die Sozialversicherungsträger durchaus entscheidend von den juristischen Personen des öffentlichen Rechts ab, die dem Staat inkorporiert und nicht dem durch die Grundrechte geschützten Lebensbereich zugeordnet sind.

c) Fazit: Überwindung des Konfusionsarguments

- 307** Wer Teil des Staates ist oder von ihm beherrscht wird, kann nach Ansicht des BVerfG – von wenigen anerkannten Ausnahmen abgesehen - nicht Grundrechtsträger sein, weil er ja schon selbst grundrechtsverpflichtet ist. Diese vom BVerfG 2016 selbst als Konfusionsargument bezeichneten These¹⁷⁴ wird in der Literatur¹⁷⁵ zu Recht kritisiert, weil sie auf der Vorstellung eines letztlich einheitlichen, wenn auch aus verschiedenen Gliedern bestehenden Rechtskörpers beruht, dessen Erscheinungsformen lediglich Erscheinungsformen einer **einheitlich verstanden Staatsgewalt** sieht. Dann erscheinen Konflikte zwischen Hoheitsträgern in der Tat lediglich als bloße Kompetenzkonflikte. Bei funktionaler Betrachtung wird deutlich, dass eine und dieselbe juristische Person des öffentlichen Rechts in einer Beziehung **Grundrechtsadressat**, in einer anderen **Grundrechtsträger** sein kann und die Staatsorganisation kein monolithischer Block ist, sondern ein hoch ausdifferenzierte Verwaltungsgefügte mit Ausgliederungen und verselbständigten Verwaltungseinheiten.¹⁷⁶
- 308** Richtigerweise geht es aber darum, dass die **legitimierten Träger unterschiedlicher öffentlicher Interessen** unabhängig von ihrer Rechtsform miteinander in Konflikt geraten. Das hochdifferenzierte Staatsgebilde heutiger Prägung weist heute zahlreiche intermediäre, auch hybride Organisationsformen auf, die die Zwischenschicht zwischen Individuum und Staat bevölkern.¹⁷⁷
- 309** Gerade die Krankenkassen sind ein Beispiel einer solchen selbst vom BVerfG in Art. 87 II GG anerkannten **besonderen Zwischenform**, in der staatliche Interessen des Bundes und Rechte sowie Pflichten der Versicherten aufeinandertreffen.¹⁷⁸

¹⁷³ BVerfG, Beschluss vom 9. April 1975 – 2 BvR 879/73, Rn. 65 – 76, BVerfGE 39, 302, 312 f.

¹⁷⁴ BVerfG, Urteile vom 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11, BVerfGE 143, 246, 315 Rn. 192.

¹⁷⁵ Muckel VVDStRL 79 (2019) 246, 253 ff. im Anschluss an *Bettermann*, NJW 1969, 1321, 1323, der das Konfusionsargument als „gedankenlos“ und selbst „konfus“ bezeichnet; Merten DÖV, 2019, 41, 43 f.; Dreier, Zur Grundrechtssubjektivität juristischer Personen des öffentlichen Rechts, FS Scupin zum 70. Geburtstag (1973) S. 81.

¹⁷⁶ so Dreier, in Dreier (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., 2023, Art. 19 III Rn. 59.

¹⁷⁷ Muckel VVDStRL 79 (2019) 246, 253 ff.

¹⁷⁸ *Bettermann* NJW 1969, 1321, 1324 zu denkbaren „Doppelrollen“ juristischer Personen des öffentlichen Rechts.

- 310** Entscheidend sollte daher für die Frage der Grundrechtsberechtigung auch juristischer Personen des öffentlichen Rechts die rechtliche Situation sein, in der die juristischen Personen selbst dem Staat gegenüberstehen und ob es insoweit um eine **grundrechtstypische Gefährdungslage** geht.
- 311** Eine solche liegt vor, wenn der juristischen Person des öffentlichen Rechts als solcher ein rechtlich zugewiesener Bereich der Selbstbestimmung bzw. der Selbstverwaltung zusteht, in den ein anderer staatlicher Akteur aufgrund ihm zustehender Befugnisse eingreift.¹⁷⁹ Diese Position muss nach *Muckel* eine verfassungsrechtliche Grundlage für die Tätigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts haben.¹⁸⁰ Diese können auch aus **verfassungsrechtlich geschützte Kompetenzrechten** folgen, wie sie Art. 87 II GG den Trägern der Sozialversicherung einräumt.¹⁸¹
- 312** Diese Voraussetzungen sind bei **Krankenkassen** aufgrund der eindeutigen Aufgabenzuweisung in Art. 87 II GG erfüllt.¹⁸² Genau davon geht das BSG – auch wenn es den Terminus der grundrechtstypischen Gefährdungslage nicht explizit verwendet - sowohl in seiner Rechtsprechung zur Klagebefugnis der Clearingstelle der DRV Bund gegen Einzugsstelle einer Krankenkasse also auch in seiner BZgA-Entscheidung aus und stattet die Träger mit einer wehrhaften Position aus, die sie in die Lage versetzt, gesetzes- und verfassungsmäßige Zustände gerade im Interesse ihrer Mitglieder herzustellen.¹⁸³
- 313** Nichts anders gilt für den GKV-SV, wenn und soweit er nicht nur die Interessen der Krankenkassen, sondern in bestimmten Bereichen auch die der Versicherten wahrnimmt und er kraft der ihm zugewiesenen Aufgaben in die Position und Verantwortung der Krankenkassen gegenüber ihren Versicherten und damit unter bestimmten Voraussetzungen auch in deren Funktion als Sachwalter der Mitglieder der Krankenkassen eintritt.
- 314** Auf die gemeinsame „Leistungsverantwortung der Krankenkassen und des GKV-SV gegenüber den Versicherten“ stellt auch das BSG in seiner BZgA-Entscheidung ab.¹⁸⁴ Danach verfügt (auch) der GKV-SV im Rahmen der ihm zugewiesenen Aufgaben über eine

¹⁷⁹ *Muckel* VVDStRL 79 (2019) 246, 258, 261, Dreier, Zur Grundrechtssubjektivität juristischer Personen des öffentlichen Rechts, FS Scupin zum 70. Geburtstag (1973) S: 81, 103 führt aus: Versteht man Art 19 III GG als Entscheidung zugunsten der „Persönlichkeitsentfaltung in Gemeinschaft“, so liegt es nahe, diese Entscheidung auch auf Selbstverwaltungsträger als „Sachwalter gebündelter Individualinteressen“ zu beziehen; *de Wall* in Friauf/Höfling (Hrsg), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, 46.Erg. Lfg .C Art 19 III Rn. 124 spricht bei den Trägern von „Organisation der Grundrechtspflege“ jedenfalls soweit es um eigentumsgeschützte sozialrechtliche Positionen der Versicherten geht, und möchte insoweit den Schutz des Art. 19 III GG gewähren.

¹⁸⁰ *Muckel* VVDStRL 79 (2019) 246, 258.

¹⁸¹ *Kahl*, die Staatsaufsicht, 2000, S. 503 ff.; ähnlich wohl auch *Axer* NZS 2017, 601, 605, der auf *Kahl* Bezug nimmt.

¹⁸² so auch *Muckel* VVDStRL 79 (2019) 246, 261., der verlangt, dass die Träger der Sozialversicherung aufgrund eines aus Art. 74 I Nr. 12 und Art. 87 II GG herzuleitenden Rechts der sozialen Selbstverwaltung zumindest prüfen lassen können, ob sie sich nicht gegen die Schwächung ihrer Leistungsfähigkeit ua durch Aufweichung des Versicherungsgedanken (etwa aufgrund Ablösung der Leistungsberechtigung von der Beitragspflicht) auf Grundrechte berufen können.

¹⁸³ so bereits *Bettermann* 1969, 1321, 1323 f., wonach juristischen Personen des öffentlichen Rechts Grundrechte zustehen können, „soweit die juristischen Personen des öffentlichen Rechts einer (anderen) juristischen Person unterworfen ist. Mit dieser Unterwerfung in das Rechtsverhältnis gegeben, welches die Grundrechte voraussetzen: die Subjektion unter die vis publica“.

¹⁸⁴ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 132, Rn. 68.

„Norm- und Nichtanwendungskompetenz“, die schon aus der Zuweisung eines einfachrechtlich geschützten, aber verfassungsrechtlich durch Art. 87 II GG gebildeten und geschützten Kompetenzbereichs folgt.¹⁸⁵

- 315** Dies sollte im Gesetz klargestellt und eine eigene Klagebefugnis der Krankenkasse im SGG für die Fälle geregelt werden, in denen Versicherte keine effektive Möglichkeit, die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung überprüfen zu lassen. In solche Konstellationen besteht ein Bedürfnis, für die Herleitung der Grundrechtsfähigkeit der Krankenkassen aus deren Funktion als Sachwalter des einzelnen Mitglieds bei der Wahrnehmung seiner Grundrechte.¹⁸⁶ Die gleiche Rechtsstellung muss dem GKV-SV zukommen, wenn und soweit er entsprechende Aufgaben wahrnimmt.

¹⁸⁵ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 134 f., Rn. 76, 77.

¹⁸⁶ BSG, Urteil vom 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BSGE 132, 114, 136, Rn. 79.

F. Gesetzgebungsvorschläge zur Stärkung der Rechtsstellung von Krankenkassen

316 § 4 Absatz 1 SGB V lautet bislang:

§ 4 Krankenkassen

(1) Die Krankenkassen sind rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung

317 § 4 Abs. 1 SGB V sollte um einen **neuen Satz 2** ergänzt werden:

Die Krankenkassen nehmen ihr Recht zur Selbstverwaltung im Interesse ihrer Mitglieder und als deren Sachwalter wahr.

318 Nach § 4 Absatz 4 SGB V sollte ein **neuer § 4 Absatz 4a SGB V** eingefügt werden:

Krankenkassen haben das Recht und die Pflicht, im Interesse der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der gesetzlichen Krankenversicherung sowie zum Schutz der beitragspflichtigen Versicherten gegen eine zweckwidrige Verwendung von Beitragsmitteln vorzugehen. Sie wirken darauf hin, dass für alle Versichertengruppen kostendeckende Beiträge erhoben werden; dies gilt nicht, soweit nichtkostendeckende Beiträge für einzelne Versichertengruppen durch den der gesetzlichen Krankenversicherung inhärenten sozialen Ausgleich gerechtfertigt sind.

319 Nach § 4 Absatz 4a SGB V sollte ein **neuer § 4 Absatz 4b SGB V** eingefügt werden:

Zu den in Abs. 4a genannten Zwecken sind die Krankenkassen in Rechtsstreitigkeiten mit anderen Behörden einschließlich der Ministerien des Bundes und der Länder klagebefugt. Die Klagebefugnis besteht auch dann, wenn die angegriffene Maßnahme oder Regelung nicht beitragsatzrelevant ist.

320 Nach § 4 Absatz 4b SGB V sollte ein **neuer § 4 Absatz 4bc SGB V** eingefügt werden:

Die Absätze 4a und 4b geltend entsprechend für den Spitzenverband Bund der Krankenkassen.

321 In § 12 I SGB XI sollte nach dem bisherigen Satz 4 ein neuer Satz 5 eingefügt werden:

§ 4 Abs. 1 Satz 1 sowie die Absätze 4a bis 4c Fünftes Buch Sozialgesetzbuch gelten entsprechend.