



LUDWIG-  
MAXIMILIANS-  
UNIVERSITÄT  
MÜNCHEN

JURISTISCHE FAKULTÄT  
LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT UND  
MEDIENRECHT  
PROFESSOR DR. JOHANNES HAGER



LMU · Prof.-Huber-Platz 2 · 80539 München

Professor Dr. Johannes Hager

Telefon +49 (0)89 2180-1420  
Telefax +49 (0)89 2180-13981

claudia.burger@jura.uni-  
muenchen.de

www.jura.uni-muenchen.de/  
einrichtungen/ls/hager

Postanschrift  
Prof.-Huber-Platz 2  
80539 München

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen  
jh/cb

München, 13. November 2006

## Stellungnahme zur geplanten Insolvenzfähigkeit der Krankenkassen

### I. Begriff und Zweck der Insolvenz

Nach § 1 S. 1 InsO dient das Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinsam zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös geteilt wird oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Der Erhalt des Unternehmens durch Gesamt- bzw. Teilveräußerung ist vorzuziehen, wenn er bessere Ergebnisse erzielt. Doch ist dieses Ziel nicht Selbstzweck. Gläubigeropfer zur Unternehmenserhaltung können nicht erzwungen werden (MünchKommInsO/Stürner, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2001, Einleitung Rn. 2). Dahinter steht die Vorstellung, dass die Sanierung eines für den freien Markt bestimmten Unternehmens nur durch freiwillige neue Investitionen gefördert werden sollte, nicht durch Zwangssubvention der Altgläubiger. Wo eine derartige Bereitschaft fehlt, soll das Unternehmen aus dem Markt ausscheiden und liquidiert werden (MünchKommInsO/Stürner, Einleitung Rn. 3).

### II. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

1. Zu den kraft Verfassung nicht insolvenzfähigen Unternehmen, wie das etwa bei Kirchen und Rundfunkanstalten angenommen wird (MünchKommInsO/Ott § 12 Rn. 11), gehören Krankenkassen nicht.

2. Aus Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG folgt kein verfassungsrechtlicher Anspruch der Sozialversicherungsträger. Solche Ansprüche können nur aus den Gesetzen über die Sozialversicherung hergeleitet werden (BVerfGE 14, 221, 235; 113, 167, 207 ff.; BVerwGE 22, 314, 317; BSGE 34, 177, 179; Sachs/Siekmann, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 120 Rn. 26 m.w.N.). Das Bundessozialgericht hat die Frage zwar mehrmals offen gelassen (BSGE 47, 148, 158 ; 90, 231, 262 f.), aber auch nicht im gegenteiligen Sinn entschieden. Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG regelt ausschließlich das Bund-Länder-Verhältnis (BVerfGE 113, 167, 210). Die Vorschrift ist keine Anspruchsnorm (BVerfGE 113, 167, 211, 213); sie will auch nicht verhindern, dass andere Rechtsträger – insbesondere Sozialversicherungsträger – belastet werden (BVerfGE 113, 167, 211). Dem Bund ist es daher erlaubt, die Lasten der Sozialversicherung den jeweiligen Trägern zuzuweisen (BVerfGE 113, 167, 212).
3. Der Bund hat auch die Kompetenz zur Regelung. Er könnte selbst landesunmittelbare Sozialversicherungsträger aus eigenem Recht bilden (BVerfGE 11, 105, 123 f.; 113, 167, 201) oder könnte bisher landesunmittelbare Sozialversicherungsträger und damit auch das Beitragsaufkommen in die Bundesverwaltung überführen (BVerfGE 113, 167, 201). Es besteht weder ein Änderungsverbot noch ein Gestaltungsgebot (BVerfGE 113, 167, 201). Auch wäre es dem Bund möglich, nach Art. 87 Abs. 2 GG sämtliche Träger der gesetzlichen Krankenversicherungen zusammenzufassen und als nunmehr einzigen Träger als bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts zu organisieren (BVerfGE 113, 167, 201). Für die Existenz eines (finanz-)verfassungsrechtlichen Bestandsschutzes gibt es keine Anhaltspunkte; der vom vorkonstitutionellen Gesetzgeber aus Gründen der Zweckmäßigkeit getroffenen Entscheidung für ein gegliedertes System wohnt kein tiefere gehender Gerechtigkeitsgehalt inne, der es nahe legen könnte, der Verfassungsgeber habe der einfach-rechtlichen Systementscheidung besonderen Schutz zukommen lassen wollen (BVerfGE 113, 167, 203).

### III. Einfach-rechtliche Vorgaben

Nach ganz h.M. im Insolvenzrecht sind die Sozialversicherungsträger im Grundsatz insolvenzfähig (MünchKommInsO/Ott § 12 Rn. 17; Jaeger/Ehrlicke, Insolvenzordnung, 2004, § 12 Rn. 41), etwa allgemeine Ortskrankenkassen (BVerwGE 72, 212, 213 ff.) und Ersatzkassen (BSG MDR 1978, 962 f.).

#### IV. Konsequenzen der Insolvenzfähigkeit einer Krankenkasse

1. Die Kassen sind ab ihrer Insolvenzfähigkeit verpflichtet, ihre Bediensteten gegen den Verlust des Arbeitsverdienstes in der Insolvenz zu versichern und Beiträge zum Pensionsversicherungsverein zu bezahlen. Beitragsbemessungsgrundlage ist § 10 Abs. 3 Nr. 1 BetrAVG i.V.m. § 6 a Abs. 3 EStG.
2. Die Vorstände haften bei nicht rechtzeitiger, schuldhafter Anmeldung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Körperschaft nach den §§ 89 Abs. 2, 42 Abs. 2 S. 2 BGB.
3. Für Alterszusagen sind Rückstellungen in die Bilanz aufzunehmen. Dies gilt sowohl für laufende Pensionen (Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 12. Aufl. 2003, § 19 Rn. 59), ebenso für unverfallbare Pensionsanwartschaften. Dabei ist der Anwartschaftsbarwert anzusetzen (Uhlenbruck § 19 Rn. 60), allerdings abzüglich des Barwerts der künftigen Gegenleistung. Allerdings kann dieser bei positiver Fortführungsprognose gemindert sein (Uhlenbruck § 19 Rn. 60 i.V.m. Kuhn/Uhlenbruck, Konkursordnung, 11. Aufl. 1994, § 102 Rn. 6 p).
4. Ein besonderes Problem besteht in der Absicherung der Leistungserbringer. Das Bürgerliche Gesetzbuch geht in § 320 vom Modell der Abwicklung Zug-um-Zug aus. Damit hat es der jeweilige Gläubiger in der Hand, seine Leistung erst dann zu erbringen, wenn er gleichzeitig die Gegenleistung erhält. Wo dieses Modell nicht den Bedürfnissen entspricht, insbesondere in den Fällen der (notwendigen) Vorleistung, sieht der Gesetzgeber das Entstehen eines gesetzlichen Pfandrechts vor. So ist etwa der Werkunternehmer nach § 647 BGB gesichert; bei Bauwerken gibt es gemäß § 648 BGB zumindest einen (schuldrechtlichen) Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek. Darlehen werden in aller Regel – jedenfalls wenn sie größeren Umfang annehmen – nur gegen Personal- oder Realsicherheiten ausgegeben. Soweit ersichtlich, ist für die Leistungserbringer im SGB V kein derartiger Schutz vorgesehen; dies könnte, weil und soweit die Leistungserbringer es ja nicht ablehnen können, gegenüber Kranken tätig zu werden, zu Bedenken zumindest in rechtspolitischer Hinsicht Anlass geben. Möglicherweise ist dies sogar verfassungsrechtlich problematisch.

## V. Konsequenzen der Insolvenz einer Krankenkasse

1. Nach § 173 SGB V besteht ein Wahlrecht der Versicherten, nach § 175 Abs. 1 S. 2 SGB V darf die gewählte Kasse die Mitgliedschaft nicht ablehnen. Eine Bindung an die Wahl nach § 175 Abs. 4 SGB V kann für den Fall der Insolvenz der jeweiligen Krankenkasse natürlich nicht Bestand haben.
2. Nach den §§ 24 Abs. 1, 2, 25 Abs. 1 S. 1 SGB III sind die Beschäftigten der Kassen versicherungspflichtig und erhalten demgemäß nach den §§ 3 Abs. 1 Nr. 10, 116 Nr. 5, 183 SGB III Insolvenzgeld. Da das Versicherungspflichtverhältnis mit Aufnahme der versicherungspflichtigen Tätigkeit beginnt, kommt es nicht nach § 12 Abs. 2 InsO zur Haftung des Landes, das die Kasse bislang nach Landesrecht als insolvenzfähig erklärt hat.
3. Nach § 358 SGB III haben die Unfallversicherungsträger der Bundesagentur die Aufwendungen für das Insolvenzgeld jeweils bis zum 30. Juni des nachfolgenden Jahres zu erstatten.
4. Die Kassen haften auch nach dem Eintritt der Insolvenzfähigkeit weiter für die Zusagen einer betrieblichen Altersversorgung. Da dies sogar bei der Umwandlung eines Eigenbetriebs in eine AG der Fall ist (BVerwG NZA 1999, 1217, 1218), gilt es erst recht bei bloßer Insolvenzfähigkeit ohne Änderung der Trägerschaft. Angesichts der Beitragspflicht steht der Pensionssicherungsverein für die Leistungen ein (BVerwG NZA 1999, 1217, 1219). Umgekehrt führt auch die spätere Freistellung von der Insolvenzfähigkeit nicht zum Entfallen der Beitragspflicht für die Vergangenheit (BVerwG NJW-RR 1987, 1313). Soweit ersichtlich, ist bisher nirgends die Frage behandelt, ob im Krisenfall der Anspruch aus § 12 Abs. 2 InsO für die Zeit, während derer das Land die Leistungen des § 12 Abs. 2 InsO zu gewährleisten hat, bestehen bleibt und nach § 7 Abs. 4 BetrAVG den Anspruch gegen den Pensionssicherungsverein mindert. Die Insolvenzversicherung ist allerdings auf dem Solidarprinzip aufgebaut mit der Folge, dass nicht der einzelne Arbeitgeber sein eigenes Insolvenzrisiko und das Rentenrisiko seiner Arbeitnehmer trägt, sondern einen Anteil am Gesamtrisiko (BVerwGE 97, 1, 7; BVerwG NZA 1999, 1217, 1220). Mit diesem Risikoprinzip geht einher, dass Beitragsausfälle durch die höhere

Belastung der anderen Arbeitgeber ausgeglichen werden (BVerwGE 97, 1, 7). Das spricht dafür, nur die gegenwärtigen Arbeitgeber zum Risikoausgleich heranzuziehen.

5. Das BetrAVG umfasst auch Versorgungszusagen an die Dienstordnungsangestellten der Sozialversicherungsträger (BVerwGE 72, 212, 213 f.).