

Professor Dr. Rupert Scholz

**Koenigsallee 71 a
14193 Berlin**

**Verfassungsrechtliches Gutachten zum Entwurf des Wettbe-
werbsstärkungsgesetzes (GKV-WSG)**

- Zur verfassungsrechtlichen Funktionsgewährleistungsverantwortung und Gewähr-
trägerhaftung des Bundes für die gesetzliche Krankenversicherung und zur Verfas-
sungswidrigkeit der bundesgesetzlichen Einführung der Insolvenzfähigkeit gesetzli-
cher Krankenkassen (vgl. Ziff. 14 lit. f des „Eckpunktepapiers“ und §§ 155 und 171b
SGB V i.d.F. des GKV-WSG-Referentenentwurfs) -

erstattet von

Prof. Dr. Rupert Scholz

unter Mitarbeit von
Dr. Reimar Buchner

im Auftrag des
AOK-Bundesverbandes
Kortrijker Straße 1
53177 Bonn

Stand 18.10.2006

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt.....	4
B. Gutachtauftrag	8
C. Rechtslage.....	9
I. Vorüberlegungen und Begriffsabgrenzungen.....	9
II. Funktionsgewährleistungsverantwortung des Bundes	11
1. Funktionsgewährleistungsverantwortung als allgemeiner Rechtsgrundsatz? ...	11
a. Verpflichtung zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit aufgrund der staatlichen Aufgabenlast?.....	11
b. Differenzierung nach gemeinen und freiwilligen Staatsaufgaben .	13
2. Verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen	14
a. Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur „Garantiehafung“ des Bundes	14
aa. Urteil vom 24.05.1972.....	15
bb. Urteil vom 16.11.1978.....	15
cc. Urteil vom 24.01.2003.....	17
b. Verfassungsrechtliche Funktionsgewährleistungsverantwortung des Bundes.....	17
aa. Gesundheitsversorgung als Staatsaufgabe.....	18
(1) Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG.....	18
(2) Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.....	18
bb. Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hinsichtlich des „Wie“ der Gewährleistung der Gesundheitsversorgung.....	19
cc. Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen als notwendige Voraussetzung der Erfüllung der staatlichen Aufgabe.....	19
(1) Finanzverantwortung kraft Konnexitätsprinzip	19

(2)	Art. 20 Abs. 1 iVm. Art. 2 Abs. 2 GG	20
(3)	Verfassungsrechtliche Garantie der Leistungsansprüche der Versicherten	21
(4)	Grundrechte der Leistungserbringer im GKV-System	22
(5)	Staatlicher Einfluss auf Ausgaben, Einnahmen und Finanzgebahren der gesetzlichen Krankenkassen	23
(6)	Rechtsprechung des BVerfG	25
dd.	Gewährleistungsverantwortung <i>des Bundes</i>	25
ee.	Zulässigkeit der Regelung einer primären Verantwortung der Selbstverwaltung/Subsidiäre Haftung des Bundes	26
III.	Gewährträgerhaftung des Bundes für die gesetzlichen Krankenkassen	27
IV.	Zulässigkeit einer bundesgesetzlichen Regelung der Insolvenzfähigkeit gesetzlicher Krankenkassen	29
D.	Zusammenfassung zur gesetzlichen Regelung der Insolvenzfähigkeit gesetzlicher Krankenkassen nach dem GKV-WSG-RefE	33

A. Sachverhalt

- I. Nach dem geltenden 5. Buch des Sozialgesetzbuchs (im Folgenden: SGB V) sind die gesetzlichen Krankenkassen bundesgesetzlich als rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung (§ 4 Abs. 1 SGB V) organisiert. Die gesetzlichen Krankenkassen finanzieren sich im Wesentlichen über öffentlich-rechtliche Beiträge. Die gesetzliche Krankenversicherung ist dabei grundsätzlich als öffentlich-rechtliche Pflichtversicherung ausgestaltet. Nicht nur die Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung ist grundsätzlich zwingend, sondern auch die Leistungen der gesetzlichen Krankenkassen sind zum größten Teil gesetzlich zwingend vorgeschrieben und unterscheiden sich nicht zwischen den gesetzlichen Krankenkassen. Die gesetzliche Krankenversicherung ist geprägt durch das Solidarprinzip. Die Beiträge sind einkommensabhängig und – anders als in der privaten Krankenversicherung – nicht am Krankheitsrisiko orientiert (§ 3 SGB V).
- II. Die Versicherten haben grundsätzlich die Wahl, in welcher gesetzlichen Krankenkasse sie (Pflicht-)Mitglied werden wollen (§ 173 ff. SGB V). Um dem Prinzip des sozialen Ausgleichs zuwiderlaufende Beitragssatzunterschiede infolge einer Risiko-selektion zu verhindern, sind die gesetzlichen Krankenkassen jedoch in einen Risikostrukturausgleich einbezogen, mit dem Einnahmen- und Ausgabenunterschiede zwischen den Krankenkassen, die auf unterschiedlichen Risikostrukturen beruhen, ausgeglichen werden sollen (§ 266 SGB V). Nachdem der Risikostrukturausgleich in seiner bisherigen Form sich als unzulänglich erwiesen hat, hat der Gesetzgeber in § 268 SGB V zukunftsbezogen eine Weiterentwicklung dahingehend vorgesehen, dass ein Ausgleich des Morbiditätsrisikos erfolgen soll. Die Umsetzung der Einführung eines morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleichs verzögert sich nach dem schon im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze (Vertragsrechtsänderungsgesetz – VÄndG) jedoch bis frühestens zum Jahr 2009. Damit bleibt es für Krankenkassen mit ungünstiger Risikostruktur bis auf Weiteres bei den bereits bekannten Defiziten des geltenden Risikostrukturausgleichs.
- III. Nach den sog. Eckpunkten der Großen Koalition zu einer Gesundheitsreform 2006 vom 04.07.2006 (im Folgenden: „Eckpunkte“) soll im Rahmen der Reform der Institutionen des Gesundheitswesens, die der Ermöglichung einer Aufgabenerfüllung in

einem zunehmend wettbewerblich geprägten Ordnungsrahmen dienen soll (so S. 15 der „Eckpunkte“), geprüft werden,

„ob und inwieweit das Insolvenzrecht in einer wettbewerblich orientierten GKV Anwendung finden sollte“ („Eckpunkte“, S. 18).

Derzeit ist die Insolvenzfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen auf Landesebene durch landesgesetzliche Regelungen ausdrücklich ausgeschlossen. Die Bundesverbände sind dagegen schon nach geltendem Recht insolvenzfähig.

- IV. Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit (im Folgenden: BMG) zur Umsetzung der „Eckpunkte“ durch ein Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der GKV (im Folgenden: GKV-WSG-RefE) sieht die generelle Regelung der Insolvenzfähigkeit von Krankenkassen vor. Dazu soll ein neuer § 171b SGB V eingefügt werden, der folgenden Wortlaut hat:

„§ 171b

Insolvenzfähigkeit von Krankenkassen

Abweichend von § 12 Abs. 1 Nr. 2 der Insolvenzordnung ist über das Vermögen einer Krankenkasse das Insolvenzverfahren zulässig.“

Im Entwurf der Begründung des GKV-WSG wird diese Regelung im Wesentlichen mit der Herstellung der Wettbewerbsgleichheit unter den gesetzlichen Krankenkassen begründet. Diese sei derzeit nicht gegeben, weil diejenigen Krankenkassen, die bundesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts seien, Umlagen zur Insolvenzgeldversicherung sowie zur Sicherung der Betriebsrenten nach dem BetrAVG zahlen müssten, die kraft landesgesetzlicher Regelungen insolvenzunfähigen landesunmittelbaren Krankenkassen in der Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts dagegen nicht.

Weiterhin sieht der vierte Arbeitsentwurf vor, die bisherigen Regelungen über die Schließung gesetzlicher Krankenkassen im Falle der nicht mehr gewährleisteten Leistungsfähigkeit (§ 146a SGB V für die Ortskrankenkassen, § 153 ff. SGB V für die Betriebskrankenkassen, § 163 ff. SGB V für die Innungskrankenkassen, § 170 f. SGB V für die Ersatzkassen) zu modifizieren. Statt der in den geltenden Regelungen vorgesehenen Übernahme der Verbindlichkeiten durch den Landesverband für den Fall, dass das Vermögen der geschlossenen Krankenkasse zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht, sollen zukünftig die Regelungen der Insolvenzordnung

entsprechend gelten. Für so genannte „Altschulden“, die vor dem 01.01.2008 entstanden sind, bleibt dagegen – zeitlich begrenzt – ein Haftungsausgleich in modifizierter Form bestehen. Dieser soll innerhalb der Krankenkassen einer Kassenart über den neu geschaffenen Spitzenverband Bund der Krankenkassen abgewickelt werden.

- V. Im Falle der Insolvenz einer Krankenkasse droht der Ausfall der Gläubiger der gesetzlichen Krankenkasse mit Forderungen in beträchtlicher Höhe. Die finanziellen Risiken verdeutlicht das Beispiel der Krankenhausausgaben: Allein im AOK-System sind im Jahr 2004 bundesweit ca. 17,5 Mrd. Euro für mit Fallpauschalen (DRGs) vergütete Krankenhausbehandlungen gezahlt worden. Allein im Land Bayern betragen die Krankenhausausgaben der AOK für mit Fallpauschalen vergütete Leistungen rund 2,7 Mrd. Euro. Würde eine große Ortskrankenkasse zahlungsunfähig, drohen damit Forderungsausfälle in Milliardenhöhe, wobei als Krankenhausträger insoweit auch die Länder unmittelbar betroffen wären. Erst recht gilt dies dann, wenn in einem Haftungsfall für Altschulden der Spitzenverband Bund die Erfüllung der Verbindlichkeiten durch Umlagen bei den gesetzlichen Krankenkassen erheben will und diese geschlossen werden müssen, weil sie nicht mehr in der Lage sind, die Umlagen durch Beitragserhöhungen zu refinanzieren. Denn der Spitzenverband Bund haftet für die Verbindlichkeiten geschlossener Krankenkassen nach dem GKV-WSG-RefE nicht.
- VI. Die „Eckpunkte“ und in ihrer Umsetzung der Entwurf des GKV-WSG sehen vor dem Hintergrund der Regelung der Insolvenzfähigkeit der Krankenkassen wegen ihrer Auswirkungen auf die Krankenkassenfinanzen wichtige weitere Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen vor. Dies sind insbesondere:
- Der Rückgang der Tabaksteuereinnahmen von 4,2 Mrd. Euro im Jahr 2006 auf 1,5 Mrd. Euro und dementsprechend geringere Einnahmen der Krankenkassen.
 - Die Änderung der Finanzierung der gesetzlichen Krankenkassen durch Einführung eines Gesundheitsfonds, der einen gesetzlich festgelegten einkommensabhängigen Beitrag von Mitgliedern und Arbeitgebern erhebt und diesen an die Krankenkassen weiterleitet, wobei der Risikostrukturausgleich in den Fonds integriert werden soll. Neben der Beitragserhebung für den Fonds sollen die Krankenkassen, die nicht mit dem Mitteln aus dem Gesundheitsfonds auskommen, Zusatzbeiträge erheben. Die Erhebung von Zusatzbeiträgen ist nach den „Eckpunkten“ aber dem Grunde nach nur bis zu einer Obergrenze in Höhe von 1 % des Haushaltseinkommens („Eckpunkte“, S. 23) zulässig. Dies bedeutet, dass diejenigen Krankenkassen, die einen hohen Anteil von Versicherten

aufweisen, die diese Härtefallregelung in Anspruch nehmen können, ihre Ausgaben nicht decken können. Nach einer Studie des AOK-Bundesverbandes fielen schon bei einer Zusatzprämie von 10 Euro 61 % aller AOK-Versicherten unter die Härtefallregelung. Dies hätte zur Folge, dass die betroffenen Ortskrankenkassen ihre Ausgaben nicht decken könnten.

- Die Verringerung der Möglichkeiten der Krankenkassen zur Bestimmung ihrer Ausgaben durch eine weitere Vereinheitlichung von Entscheidungen über die Ausgaben, insbesondere durch die Einführung einheitlicher Spitzenverbände auf Bundes- und Landesebene und die Übertragung weiterer Vergütungsvereinbarungen, z.B. für die ambulante Versorgung, auf die Spitzenverbände.
- Potentielle Erhöhungen der Ausgaben durch die Versicherung bisher Versicherungsloser gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 13 Entwurfs des GKV-WSG.

Gleichzeitig hält der Gesetzgeber an der in § 222 Abs. 5 SGB V vorgesehenen Entschuldung bis Ende 2007 fest, obwohl von den Krankenkassen zur Entschuldung die Tabaksteuereinnahmen eingeplant waren. Angesichts der in dieser Weise erheblich verschlechterten Finanzierungssituation sind zahlreiche Insolvenzverfahren wahrscheinlich. Die Schließung und/oder Insolvenz größerer Versorgerkassen würde eine erhebliche Gefährdung der Versorgung der Versicherten zur Folge haben. Denn bei einer Schließung oder Insolvenz würden auch sämtliche Verwaltungsstellen der Krankenkasse und ihr Betreuungsangebot wegfallen. Ein solcher Ausfall könnte durch die verbleibenden – in der Regel aufgrund ihrer bisher abweichend zusammengesetzten Versichertenstruktur auch anders organisierten – Krankenkassen kurzfristig nicht aufgefangen werden.

B. Gutachtauftrag

Der AOK-Bundesverband hat den Unterzeichner beauftragt, ein Rechtsgutachten zu folgenden Fragen zu verfassen:

1. Besteht eine verfassungsrechtliche Verpflichtung, bundesgesetzlich als Körperschaften des öffentlichen Rechts verfasste Ortskrankenkassen während der Dauer der gesetzlichen Aufgabenzuweisung funktionsfähig in dem Sinne zu erhalten, dass sie ihre Aufgaben erfüllen können?
2. Besteht eine Haftung der Länder oder des Bundes für die Verbindlichkeiten einer zahlungsunfähigen Krankenkasse, wenn die gesetzliche Regelung über den Haftungsausgleich durch die Verbände gestrichen würde oder aber wegen einer Insolvenz des Bundesverbandes versagt?
3. Kann gesetzlich die - nach den „Eckpunkten“ (S. 18) zu prüfende - Insolvenzfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen geregelt werden?

C. Rechtslage

I. Vorüberlegungen und Begriffsabgrenzungen

Mit dem Gutachtenauftrag werden verfassungsrechtliche Fragestellungen aufgeworfen, die in den letzten Jahren insbesondere im Zusammenhang mit den öffentlich-rechtlich in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts organisierten Sparkassen unter den Stichworten „**Anstaltslast**“ und „**Gewährträgerhaftung**“ diskutiert worden sind:

Mit dem Begriff der Anstaltslast wird dabei die im Innenverhältnis bestehende Verpflichtung des Anstaltsträgers bezeichnet, die wirtschaftliche Basis der Anstalt zu sichern und die Anstalt für die gesamte Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu erhalten.

Wettbewerbsenquete, BT-Drs. V/3500, S. 47 f.

Mit dem Begriff der Gewährträgerhaftung wird für die Anstalten des öffentlichen Rechts die den Gläubigern im Außenverhältnis gegenüber bestehende Haftung des Gewährträgers beschrieben.

Wettbewerbsenquete, BT-Drs V/3500, S. 48f.

Dem gegenüber ist für die gesetzliche Krankenversicherung die Frage einer finanziellen Einstandspflicht des Bundes unter dem Stichwort der „**Garantiehftung**“ diskutiert worden.

siehe nur BSGE 47, 148 ff.

Eine strikte Differenzierung zwischen der im Innenverhältnis zwischen der Krankenkasse und ihrem Muttergemeinwesen ggf. bestehenden Verpflichtungen zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit einerseits und der Außenhaftung gegenüber Gläubigern der gesetzlichen Krankenkassen andererseits wird dabei regelmäßig nicht vorgenommen.

s. jedoch Bieback, VSSR 1993, 1, 4 f., der als Gewährträgerhaftung lediglich die Einstandspflicht im Innenverhältnis definiert

Im Folgenden sollen diese Verpflichtungen jedoch getrennt geprüft werden. Im Interesse einer eindeutigen Abgrenzung werden deshalb im Folgenden der Begriff der **Funktions-**

gewährleistungsverantwortung für die im Innenverhältnis zwischen Muttergemeinwesen und Körperschaft des öffentlichen Rechts bestehende Verpflichtung (s. dazu II.) und derjenige der **Gewährträgerhaftung** für die Haftung im Außenverhältnis verwendet (s. dazu III.). Der Begriff der Funktionsgewährleistungsverantwortung dient dabei zugleich auch der Abgrenzung zu dem konkret auf die Rechtsform der Anstalt bezogenen Begriff der Anstaltslast.

Die Frage, ob eine ausdrückliche bundesgesetzliche Regelung der **Insolvenzunfähigkeit** gesetzlicher Krankenkassen mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist (dazu unten IV.), ist getrennt von der Funktionsgewährleistungsverantwortung und der Gewährträgerhaftung zu prüfen. Dies ergibt sich aus der vorliegenden Rechtsprechung zur Insolvenzfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts, die im Zusammenhang mit den Umlagepflichten zur Finanzierung des Insolvenzgeldes sowie zur Insolvenzversicherung von Betriebsrenten ergangen ist. Nach dieser Rechtsprechung ist zwischen der faktischen Insolvenzunfähigkeit, die aufgrund einer Verpflichtung zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der juristischen Person bestehen kann, und der rechtlichen Insolvenzfähigkeit zu unterscheiden.

so BSG, Urt. v. 01.06.1978, SozR 4100/186c AFG Nr. 3; BVerwGE 75, 292 ff.

Denn nach der Rechtsprechung sind auch diejenigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts umlagepflichtig, für die zwar de facto eine Insolvenz aufgrund der Verpflichtungen ihres Trägers ausgeschlossen ist, für die aber keine zwingende rechtliche Insolvenzunfähigkeit bestanden hat. Des Weiteren ist in der Rechtsprechung geklärt, dass die rechtliche Insolvenzunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts sich nicht allein aus ausdrücklichen bundesgesetzlichen Regelungen, sondern auch aus verfassungsrechtlichen Vorgaben ergeben kann.

so für die Rundfunkanstalten BVerfGE 89, 144 ff.; für die Kirchen BVerfGE 66, 1 ff.

Damit muss die Frage der Gewährleistungsverantwortung des Bundes getrennt von der Frage der Zulässigkeit der gesetzlichen Regelungen der Insolvenzfähigkeit gesetzlicher Krankenkassen betrachtet werden und bei der Frage der Insolvenzfähigkeit ist insbesondere auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben Rücksicht zu nehmen.

II. Funktionsgewährleistungsverantwortung des Bundes

Die Existenz der gesetzlichen Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 4 Abs. 1 SGB V) basiert auf den bundesgesetzlichen Regelungen des Sozialgesetzbuchs. Der Bundesgesetzgeber hat sich entschieden, die Krankheitsversorgung der Bevölkerung (weiterhin) mittels des vorgefundenen, vorkonstitutionellen, seit den bismarckschen Krankenversicherungsgesetzen existierenden Systems der gegliederten Krankenkassen zu gewährleisten. Nachdem die gesetzlichen Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts auf bundesgesetzlichen Gründungsakten beruhen, und sich der Gesetzgeber der rechtlich verselbständigten Körperschaften des öffentlichen Rechts als Einrichtungen mittelbarer Staatsverwaltung zur Gewährleistung der Krankenversorgung bedient, fragt sich, ob eine verfassungsrechtliche Verpflichtung besteht, diese Körperschaften während der Dauer ihrer rechtlichen Existenz funktionsfähig zu erhalten. Im Folgenden wird zunächst untersucht, ob eine entsprechende Funktionsgewährleistungsverantwortung als allgemeiner Rechtsgrundsatz des öffentlichen Rechts anzuerkennen ist (dazu 1.). Im Anschluss wird dann speziell die Rechtslage hinsichtlich der gesetzlichen Krankenkassen untersucht (dazu 2.):

1. Funktionsgewährleistungsverantwortung als allgemeiner Rechtsgrundsatz?

a. Verpflichtung zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit aufgrund der staatlichen Aufgabenlast?

Wie bereits ausgeführt, ist die Frage der Verpflichtung des Muttergemeinwesens zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit einer von ihm errichteten juristischen Person des öffentlichen Rechts breit in erster Linie im Zusammenhang mit den öffentlich-rechtlichen Sparkassen im Sinne der so genannten Anstaltslast diskutiert worden. In diesem Zusammenhang, jedoch nicht darauf beschränkt, ist die Auffassung vertreten worden, die Verpflichtung der Errichtungskörperschaft zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gegründeten Anstalt des öffentlichen Rechts stelle einen allgemeinen Rechtsgrundsatz dar.

Thode/Peres, BB 1997, 1749, 1750 ff.; Kirchhof, NVwZ 1994, 1041, 1042; Schlierbach, Anstaltslast, Handwörterbuch des Staatsrechts, Band 1, S. 298; Kilian, Nebenhaushalte des Bundes, 1993, S. 839 f.

Diese Rechtsauffassung geht zurück auf das Urteil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 04.06.1897.

Preußisches Verwaltungsblatt, Band 19, 280 ff.

In dieser Entscheidung stellte das Gericht unter Bezugnahme auf das Preußische Sparkassenreglement vom 12.12.1838 die Pflicht der kommunalen Träger fest, für die von ihnen gegründete Sparkasse einzutreten und zwar ausdrücklich auch in dem Sinne, die Sparkasse instand zu halten, solange sie besteht. Die Verpflichtung des Trägers zur Instandhaltung war dabei *nicht* gesetzlich geregelt. Zentraler Gesichtspunkt der Begründung der Anstaltslast ist die – nicht auf die Rechtsform der Anstalten des öffentlichen Rechts beschränkte – Überlegung, dass dann, wenn der Staat rechtlich selbständige Verwaltungsträger schafft, um öffentliche Aufgaben von diesen erfüllen zu lassen, er dennoch für die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgabe verantwortlich bleibt und aus diesem Grund dafür sorgen muss, dass sein „verlängerter Arm“

Thode/Peres, VerwArchiv 1998, 439, 453

in die Lage versetzt wird, die ihm übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. In diesem Sinne wird die Anstaltslast als Unterfall einer allgemeinen Aufgabenlast als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Verwaltungs- und Staatsrechts bezeichnet.

so Schmidt, ZfK 1981, 762, 764

Konkret für die Anstaltslast ist dem auch die Bundesregierung gefolgt und hat erklärt, dass dieses nach einhelliger Auffassung von Verwaltungsrechtslehre und Praxis zum Wesen einer öffentlich-rechtlichen Anstalt gehöre.

BT-Drs. V/3500, S. 42 f und 47 f

Auch das Bundesverfassungsgericht hat die Anstaltslast konkret für die niedersächsischen Sparkassen anerkannt, für die eine gesetzliche Regelung der Anstaltslast nicht vorhanden war.

BVerfGE 74, 192, 198 m.w.N.

In diesem Sinne hat insbesondere auch das Bundessozialgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 1981 ausgeführt, der Staat müsse, wenn er Verwaltungsträger schaffe, die staatliche Aufgaben wahrnehmen, auch dafür sorgen, dass diese Träger leistungsfähig seien und blieben. Sei ihre Aufrechterhaltung wirtschaftlich oder aus sonstigen Gründen nicht sinnvoll, seien sie aufzulösen und abzuwickeln.

Bundessozialgericht, Beschluss vom 17.09.1981 – 10/8 BRAr 11/80 – USK 81 280 – Reg Nr. 9532 - juris

b. Differenzierung nach gemeinen und freiwilligen Staatsaufgaben

Jedoch ist diese Rechtsauffassung in der Literatur auch auf Kritik gestoßen.

s. z.B. König, WM 1995, S 821 ff.

Angesichts der teilweise divergierenden Rechtsprechung und der Neugestaltung der Sparkassen-Gesetze im Anschluss an die Diskussion der Vereinbarkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mit dem EU-Beihilferecht scheint jedenfalls eine Anerkennung der Funktionsgewährleistungsverantwortung als allgemeiner Rechtsgrundsatz nicht gesichert. Dagegen spricht insbesondere auch die Überlegung, dass der zentrale Begründungsansatz der Funktionsgewährleistungsverantwortung, nämlich die staatliche Aufgabenlast, nicht durchgehend eingreift. Denn tragender Gesichtspunkt ist insoweit, dass sich der Staat nicht durch die Schaffung eines rechtlich selbständigen Trägers öffentlicher Verwaltung seinen Aufgaben entziehen kann und deshalb verpflichtet ist, dessen Funktionsfähigkeit zu erhalten. Dieses Argument trifft aber dann nicht zu, wenn der Staat selbst nicht zwingend zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe verpflichtet ist. Es ist keineswegs so, dass sämtliche öffentlichen Aufgaben zwingend verfassungsrechtlich vorgegeben wären. Vielmehr ist ein großer Teil der Aufgaben freiwilliger Art und es ist Gegenstand der politischen Entscheidung des Gesetzgebers, ob er sich bestimmter Angelegenheiten annehmen will oder nicht. Das Argument der Aufgabenlast kann deshalb richtigerweise die Funktionsgewährleistungsverantwortung des Staates für eine gesetzlich errichtete juristische Person des öffentlichen Rechts nur dann begründen, wenn der juristischen Person des öffentlichen Rechts obligatorische Staatsaufgaben übertragen worden sind.

In diesem Sinne gilt das prinzipielle Konnexitätsprinzip, das die Einheit von staatlicher Aufgabenverantwortung und staatlicher Finanzverantwortung statuiert. Geht es dagegen um vom Staat freiwillig oder – im Verhältnis zu Privaten – nur fakultativ wahrgenommene öffentliche Aufgaben, so greift dieser zwingende Konnexitätsgrundsatz nur dann, wenn der Staat die betreffende öffentliche Aufgabe in die ausschließliche Zuständigkeit genommen hat, wenn die betreffende öffentliche Aufgabe also auch zu einer materiell öffentlich-rechtlichen Aufgabe geworden ist. Solche Konstellationen finden sich vor allem im Bereich der sogenannten Daseinsvorsorge, zu der auch der angesprochene Bereich der Sparkassen gehört. Daseinsvorsorge bedeutet im rechtlichen Sprachgebrauch des europäischen Gemeinschaftsrechts vorrangig Wahrnehmung bestimmter Dienstleistungen, also Wahrnehmung von Aufgaben, die auch von Privaten wahrgenommen werden können. Dies gilt namentlich

für die Sparkassen, die in ihrer Funktion als Kreditinstitute auch durch private Kreditinstitute substituiert werden können.

siehe zum Ganzen Oebbecke, Rechtsfragen der Eigenkapitalausstattung der kommunalen Sparkassen, 1980, S. 46; Engelsing, Zahlungsunfähigkeit von Kommunen und anderen Personen des öffentlichen Rechts, 1999, S. 211 ff.

Geht es dagegen um a priori öffentlich-rechtliche Aufgaben, so besteht keine entsprechende Variabilität, weder im funktionellen noch im finanziellen Sinne. Genuin öffentlich-rechtliche Aufgaben können sich ebenso aus der Verfassung selbst wie aus bestimmten gesetzlichen Kompetenzregelungen ergeben. Handelt es sich um schon verfassungsrechtlich vorgegebene öffentlich-rechtliche Aufgaben genuiner Art, so folgt in aller Regel auch aus der Verfassung selbst das Gebot der staatlichen Finanzverantwortung. Handelt es sich dagegen (lediglich) um einfach-gesetzlich vorgesehene obligatorische (genuine) Staatsaufgaben, so folgt das Gebot der staatlichen Finanzverantwortung aus dem einfachen Gesetzesrecht.

Aus diesen Gründen ist für die jeweiligen Aufgaben zu prüfen, ob es sich bei ihnen um entsprechend genuin-staatliche bzw. genuin-öffentlich-rechtliche Aufgaben oder um solche nicht entsprechend kompetenziell-obligatorischer Staatsqualität handelt.

2. Verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen

Konkret für die Krankenkassen ist die Thematik insbesondere in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts unter dem Stichwort der „Garantiehafung“ des Bundes für die gesetzlichen Krankenkassen diskutiert worden.

Im Folgenden wird zunächst diese Rechtsprechung einschließlich der Rahmenbedingungen, unter denen sie ergangen ist, dargestellt (dazu a.), um anschließend auf dieser Basis die verfassungsrechtlichen Vorgaben unter Berücksichtigung der seit den älteren Entscheidungen des Bundessozialgerichts eingetretenen Änderungen des Krankenversicherungssystems beurteilen zu können (dazu b. bis f.):

a. Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur „Garantiehafung“ des Bundes

Das Bundessozialgericht hat im wesentlichen in drei Entscheidungen zur so genannten Garantiehafung für die gesetzlichen Krankenkassen Stellung genommen:

aa. Urteil vom 24.05.1972

In einem ersten Urteil aus dem Jahr 1972 befasste sich das Bundessozialgericht mit der damals noch gesetzlich in der Reichsversicherungsordnung geregelten finanziellen Einstandspflicht der Gemeinden für die allgemeinen Ortskrankenkassen (§ 389 Abs. 2, S. 2 RVO). Nach dieser Norm sollte eine kommunale Beihilfepflicht unter näher geregelten weiteren Voraussetzungen dann eingreifen, wenn die Beiträge der Ortskrankenkassen über einen bestimmten Prozentanteil des Grundlohns hinaus erhöht hätten werden müssen, um die Ausgaben der Krankenkassen zu decken. Die AOK des Kreises Steinfurt klagte in dem vom Bundessozialgericht 1972 entschiedenen Verfahren gegen den Kreis Steinfurt auf eine finanzielle Beihilfe aus § 389 Abs. 2 S. 2 RVO. Das Bundessozialgericht verneinte in seinem Urteil eine Einstandspflicht des beklagten Kreises mit der Begründung, dass ein auf § 389 Abs. 2 S. 2 RVO gestützter Beihilfeanspruch aufgrund von Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG auf den Bund übergegangen sei und deshalb nicht mehr gegen die Gemeindeverbände geltend gemacht werden könne. Zwar sei allgemein anerkannt, dass Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG für sich allein keinen Anspruch begründe. Die Vorschrift regle vielmehr lediglich die Lastenverteilung für den Fall, dass sich ein solcher Anspruch aus anderen Normen ergebe. Eine Regelung dieser Art sei durch das Erste Gesetz zur Überleitung von Lasten und Deckungsmitteln auf den Bund erfolgt, das seit dem 01.04.1950 gelte (BGBl. I, S. 139). Eine Haftung des Bundes sei auch die einzig sachgemäße Lösung. Denn der Gesetzgeber habe, wie der Wortlaut des § 389 Abs. 2 RVO zeige, vor allem an den Fall gedacht, dass die Deckungsmittel einer einzelnen Kasse kurzzeitig nicht ausreichen. Die heutigen Schwierigkeiten seien aber eher strukturell bedingt, etwa durch die Verluste in der Krankenversicherung der Rentner. Solche Defizite beruhten letztlich auf Gesetzgebungsmaßnahmen des Bundes. Dieser habe den Krankenkassen Aufgaben übertragen, ohne in jedem Falle für eine ausreichende Deckung durch Beiträge zu sorgen. Komme es zu Finanzierungslücken, die man nicht auf andere Weise schließen könne, sei es daher nur folgerichtig, wenn der Bund und nicht der Gemeindeverband für Verluste eintreten müsse.

BSGE 34, 177 ff

bb. Urteil vom 16.11.1978

Das zweite Urteil des BSG vom 16.11.1978 betraf ein Verfahren, in dem die AOK Steinfurt im Anschluss an die erste Entscheidung des Bundessozialgerichts aus dem Jahr 1972 nunmehr eine finanzielle Beihilfe des Bundes einforderte. Während des laufenden Verfahrens wurde die Vorschrift des § 389 Abs. 2, S. 2 und 3 RVO durch

das Krankenversicherungs-Kostendämpfungsgesetz vom 27.06.1977 (KVDG) – aufgrund des Urteils des Bundessozialgerichts aus dem Jahr 1972 – ersatzlos gestrichen. Das Bundessozialgericht wies die Klage erneut ab, allerdings lediglich deshalb, weil das Gericht eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der dem Grunde nach bestehenden Garantiehaftung des Bundes für erforderlich hielt. Das Gericht nahm eine grundsätzliche Gewährleistungspflicht des Bundes für die Krankenversicherung aus Art. 20 Abs. 1 GG an. Der Entscheidung des Bundessozialgerichts liegt die Überlegung zugrunde, dass aus Art. 20 Abs. 1 GG eine Mindestgarantie der sozialen Sicherung abzuleiten ist. Das Sozialstaatsprinzip verlange es, der Bevölkerung immer einen funktionsfähigen sozialen Krankenschutz zur Verfügung zu stellen. Dies sei eine Aufgabe von Verfassungsrang. Bei der Sicherung des sozialen Krankenschutzes komme dabei den Allgemeinen Ortskrankenkassen eine Auffangfunktion zu. Denn während alle anderen Arten von Krankenkassen sich auflösen oder unter bestimmten Bedingungen von der Aufsichtsbehörde geschlossen werden könnten, bestünde diese Möglichkeit bei den Ortskrankenkassen nicht. Sie müssten bei Auflösung einer anderen Krankenkasse einspringen und deren Versicherungsmitglieder aufnehmen. Die Ortskrankenkassen hätten damit als Auffangkassen die Aufgaben, der Grundsicherung des sozialen Krankenschutzes. Damit die Ortskrankenkassen diese verfassungsrechtlich durch Art. 20 Abs. 1 GG gewährleistete Aufgabe auch in finanziellen Krisenzeiten erfüllen könnten und damit die Versicherten ihren sozialen Schutz nicht bei Insolvenz einer Krankenkasse verlören, bedürften die Ortskrankenkassen der finanziellen Absicherung durch den Staat

so BSGE 47, 148, 153.

Grundsätzlich bedürfe es aber eines Gesetzes, das Art und Weise der Einstandspflicht des Bundes regle und den großen Spielraum, den der Gesetzgeber notwendigerweise habe, ausfülle. Auch bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung könne die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Bundes aber nicht völlig leerlaufen. Vielmehr müsse es den Gerichten ausnahmsweise möglich sein, im Einzelfall eine Leistungsverpflichtung des Bundes festzustellen, wenn sich eine Krankenkasse in einer existenzbedrohenden, durch andere Maßnahmen nicht zu beseitigenden Notlage befinde.

BSGE 47, 148, 158.

Eine derartige existenzbedrohende Situation liege für die klagende AOK nicht vor, weil sie sich letztlich ohne Zuschüsse des Bundes habe behelfen können.

cc. Urteil vom 24.01.2003

Die Auffangfunktion der Allgemeinen Ortskrankenkassen ist zwischenzeitlich entfallen und durch eine weitgehende Wahlfreiheit aller Versicherten unter den gesetzlichen Krankenkassen ersetzt worden. Im Anschluss daran hat das Bundessozialgericht in einem Urteil vom 24.01.2003 zum Risikostrukturausgleich die „Garantiehafung des Bundes“ ausdrücklich offen gelassen. Insoweit hat das Bundessozialgericht Folgendes ausgeführt:

„Eine Garantiehafung des Bundes ist im SGB V nicht geregelt. Seit dem Inkrafttreten des GSG gibt es keine Garantie eines bundesweiten Netzes von AOKn und keine Auffangzuständigkeit dieser Kassen mehr. Vielmehr ist in § 146a SGB V auch bei ihnen eine Schließung vorgesehen, wenn ihre Leistungsfähigkeit nicht mehr gesichert ist. Entsprechendes gilt für BKKn (§ 153 S. 1 Nr. 3 SGB V) IKKn (§ 163 S. 1 Nr. 3 SGB V) und Ersatzkassen (§ 170 S. 1 SGB V). Reicht das Vermögen einer geschlossenen Kasse nicht aus, um ihre Gläubiger zu befriedigen, hat hierfür nach dem SGB V nicht der Bund einzustehen, sondern haben die Kassenverbände die noch offenen Verpflichtungen zu erfüllen (vgl. § 155 Abs. 4, § 164 Abs. 1 S. 2 bis 6 und § 171 S. 2 SGB V; zur vorrangigen Haftung des Trägerunternehmens bei einer BKK vgl. § 155, Abs. 4, S. 1 SGB V). Auch die Regelungen zum RSA sind geeignet, einem Zuschussbedarf von Kassen gegenüber dem Bund vorzubeugen. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, unter welchen näheren Voraussetzungen es heute in der GKV eine unmittelbare verfassungsrechtliche Garantiehafung des Bundes geben könnte.“ (BSG, Urt. v. 24.01.2003 –B 12 KR 19/01 R-SozR 4 2500 § 266 SGB V Nr. 1, S. 1, 33, Rn 93)

b. Verfassungsrechtliche Funktionsgewährleistungsverantwortung des Bundes

Wiewohl dies vom Bundessozialgericht zuletzt offen gelassen worden ist, ergibt sich auch unter den veränderten Bedingungen des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts eine Funktionsgewährleistungsverantwortung des Bundes unmittelbar aus dem Grundgesetz, die sich allerdings aufgrund der weggefallenen Auffangfunktion der Allgemeinen Ortskrankenkassen nicht auf diese Krankenkassen beschränkt, sondern generell auf die gesetzlichen Krankenkassen bezieht. Auch unter Berücksichtigung der weiten Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers besteht die Verpflichtung, das einmal zur Versorgung des Großteils der Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen errichtete gegliederte System der Krankenversicherung solange funktionsfähig zu erhalten, bis eine anderweitige, die Versorgung sicherstellende Struktur an ihre Stelle tritt. Damit bleibt der Staat trotz seiner grundsätzlichen Befugnis, an die Stelle des gegliederten Krankenversicherungssystems ein anderes System zur Gesundheitsver-

sorgung zu setzen, aufgrund der verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Gewährleistung der Gesundheitsversorgung verpflichtet, gesetzliche Krankenkassen funktionsfähig zu erhalten.

Im Einzelnen:

aa. Gesundheitsversorgung als Staatsaufgabe

Es ist ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung eine Aufgabe ist, die der Gesetzgeber obligatorisch zu erfüllen hat:

(1) Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG

Die Verpflichtung des Gesetzgebers zur Gewährleistung einer hinreichenden Gesundheitsversorgung ergibt sich zunächst aus dem Sozialstaatsprinzip. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht in jüngster Zeit Folgendes ausgeführt:

*„Das Sozialversicherungsrecht ist eines der wichtigsten Instrumente staatlicher Sozialpolitik. **Der Schutz in Fällen von Krankheit ist in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine der Grundaufgaben des Staates.** Ihr ist der Gesetzgeber nachgekommen, indem er durch Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung als öffentlich-rechtlicher Pflichtversicherung vor den Krankenschutz eines Großteils der Bevölkerung Sorge getragen hat (vgl. BVerfGE 68, 193, 209).“ (BVerfGE 113, 167, 215; ebenso BVerfG B. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs20051206_1bvr034798.html, Abs. Nr. 52.*

(2) Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG

Weiterhin hat das Bundesverfassungsgericht aus den Grundrechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit auch die Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet, sich schützend und fördernd vor diese Rechtsgüter zu stellen:

„Maßstab für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung und seiner fachgerichtlichen Auslegung und Anwendung im Einzelfall sind darüber hinaus auch die Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Zwar folgt aus diesen Grundsätzen regelmäßig kein verfassungsrechtlicher Anspruch gegen die Krankenkassen auf Bereitstellung bestimmter und insbesondere spezieller Gesundheitsleistungen... Die Gestaltung des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung hat sich jedoch an der objektiv-rechtlichen Pflicht des Staates zu o-

rientieren, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu stellen...“ (BVerfG B. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98 – www.bverfg.de/entscheidungen/rs20051206_1bvr034798.html, Abs. Nr. 55).

Der Bund ist mithin verpflichtet, einen ausreichenden Schutz der Bürger im Falle von Krankheit sicher zu stellen. Diese Verpflichtung besteht in dem gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und ist wesentliches Element der Rechtfertigung der Ausübung konkurrierender Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung der Krankenversicherungen.

s. dazu BVerfGE 113, 167, 198.

- bb. Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hinsichtlich des „Wie“ der Gewährleistung der Gesundheitsversorgung

Zwar steht dem Gesetzgeber hinsichtlich der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Gewährleistung einer Gesundheitsversorgung ein weiter Gestaltungsspielraum zu und er ist nicht verpflichtet, das bestehende gegliederte Krankenversicherungssystem aufrecht zu erhalten:

„Da sich dem Grundgesetz eine Garantie des bestehenden Sozialversicherungssystems oder doch seiner tragenden Organisationsprinzipien nicht entnehmen lässt (vgl. BVerfGE 39, 302, 314; 89, 365, 377), bleibt es dem Gesetzgeber andererseits unbenommen, Krankenversicherungsschutz auf andere Weise zu gewährleisten, diesen insbesondere auf andere Weise zu finanzieren. Die Verfassung enthält keine Bestimmung, wonach es geboten oder verboten wäre, die gesetzliche Sozialversicherung teilweise aus Steuermitteln zu finanzieren (vgl. Art. 120 Abs. 1 Satz 4 GG)“ (BVerfGE 113, 167, 219).

- cc. Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen als notwendige Voraussetzung der Erfüllung der staatlichen Aufgabe

- (1) Finanzverantwortung kraft Konnexitätsprinzip

Der Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung gehört zum verfassungsrechtlich vorgesehenen Aufgabenbereich der „Sozialversicherung“ gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Dieser Funktionsbereich ist schon von Verfassungswegen ein genuin-staatlicher bzw. öffentlich-rechtlicher Aufgabenbereich, obwohl die „Sozialversicherung“ als „weit gefasster verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff“

Vgl. BVerfGE 11, 102 (112); 75, 108 (146 ff)

auch Veränderungen offensteht und folgerichtig beispielsweise auch kein Bestandschutz einzelner Krankenkassen aus der Verfassung abgeleitet werden kann

Vgl. BVerfGE 11, 102 (112); 75, 108 (146 ff)

Soweit jedoch bestimmte Sozialversicherungssysteme, so auch die gesetzliche Krankenversicherung, bestehen und von Verfassungs- sowie von Gesetzeswegen im Einzelnen verfasst worden sind, handelt es sich um genuine Staatsaufgaben, also nicht um Aufgaben von bloß freiwilliger Funktionsqualität. Dies bedeutet wiederum, dass neben der Aufgabenverantwortung auch die Finanzverantwortung bzw. die über die Finanzverantwortung zu gewährleistende Funktionsfähigkeit solcher Sozialversicherungssysteme, die gesetzliche Krankenversicherung wieder eingeschlossen, zwingend dem Staat als Kompetenzträger sowie Kompetenzpflichtigem zugeordnet sind. Folgerichtig hat das BVerfG auch in ständiger Rechtsprechung darauf hingewiesen, dass die für die „Sozialversicherung“ maßgebende Kompetenzbestimmung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG auch den Regelungsbereich der (funktionssichernden) Finanzverantwortung umfasst.

Vgl. BVerfGE 11, 102 (112); 75, 108 (146 ff)

Aus alledem ergibt sich die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Staates, die Funktionsfähigkeit (auch) der gesetzlichen Krankenkassen zu gewährleisten – eingeschlossen deren Finanzierung.

Auf diesem Hintergrund hat vor allem die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes unter dem Stichwort der „Garantierhaftung“ des Bundes für die gesetzlichen Krankenkassen die verfassungsrechtlich notwendigen Folgerungen im Einzelnen entwickelt (s.o. C II 2a.).

(2) Art. 20 Abs. 1 iVm. Art. 2 Abs. 2 GG

Dass es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts keinen Bestandschutz für das bestehende System der Krankenversicherung gibt,

so ausdrücklich BVerfGE 39, 302, 315

steht der Funktionsgewährleistungsverantwortung des Staates nicht entgegen. Denn die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verhält sich nur dazu, dass das „Wie“ der Gewährleistung einer ausreichenden Gesundheitsversorgung der Bevölkerung zur Disposition des Gesetzgebers steht. Davon zu unterscheiden ist die verfas-

sungsrechtliche Verpflichtung zur Gewährleistung einer hinreichenden Gesundheitsversorgung als solche, d.h. das „Ob“ der Gesundheitsversorgung. Dass insoweit eine verfassungsrechtliche Verpflichtung im Sinne einer Aufgabenlast besteht, hat das Bundesverfassungsgericht – wie dargelegt – bereits entschieden.

Soweit sich der Gesetzgeber dazu entschieden hat, die von der Verfassung vorgegebene Aufgabe, einen ausreichenden Gesundheitsschutz zu gewährleisten, durch das mehrgliedrige gesetzliche Krankenversicherungssystem zu erfüllen, muss er dessen Funktionsfähigkeit jedenfalls solange erhalten, bis ein anderweitiges System zur Erfüllung der Aufgabe zur Verfügung steht.

so zu Recht Bieback, VSSR 1993, 1, 21

Dieser differenzierenden Betrachtungsweise kann nicht entgegen gehalten werden, der Staat sei nur verpflichtet, ein System der sozialen Sicherheit zur Verfügung zu stellen, jedoch nicht auf ein bestimmtes System festgelegt und aus diesem Grunde könne ihm auch keine Pflicht obliegen, ein bestehendes System in einer finanziellen Krise zu stützen; eine Unterstützungspflicht bestehe vielmehr nur im Sinne der Garantie eines Mindestmaßes an staatlicher Aufgabenerfüllung.

so Muckel in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl., Art. 120 Abs. 1 GG Rn. 41 f.

Denn diese Betrachtungsweise übersieht, dass die staatliche Verpflichtung zur Gewährleistung eines hinreichenden Krankenversicherungsschutzes jeweils durch das konkret vom Gesetzgeber geschaffene System erfüllt wird, und dass jedes System bestimmte spezifische Funktionsbedingungen hat. Die Prämisse, die Erhaltung der Funktionsfähigkeit eines einmal gewährten Systems – bis zu seiner Ersetzung – sei nicht erforderlich, um den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz bei Krankheit zu gewährleisten, ist insoweit nicht richtig. Vielmehr setzt die Gewährleistung dieses Schutzes gerade die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des bestehenden Systems bis zu seiner Ersetzung voraus (Gebot der folgerichtigen und systemgerechten Regelung).

(3) Verfassungsrechtliche Garantie der Leistungsansprüche der Versicherten

Nur durch die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Krankenkassen ist gewährleistet, dass die in den gesetzlichen Krankenkassen als Zwangszusammenschlüssen für die Versicherten durch deren Beiträge begründeten Ansprüche auch realisierbar sind.

Wenn der Staat die Bürger zu einer Pflichtversicherung wie der gesetzlichen Krankenversicherung zwingt, haftet er – wie *Isensee* zutreffend ausgeführt hat – auch dafür, dass die versicherten Leistungen tatsächlich erbracht werden. Dies ergibt sich auch aus dem Grundrechtsschutz der erworbenen Ansprüche auf Versicherungsleistungen.

s. dazu Isensee, SDSRV 35 (1992), S. 12; Axer, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 120 GG Rn. 29.

Die Erfüllung der Leistungsansprüche der gesetzlich krankenversicherten Patienten in dem durch das Sachleistungsprinzip (§ 2 Abs. 2 SGB V) als Strukturmerkmal gekennzeichneten gesetzlichen Krankenversicherungssystemen lässt sich nur gewährleisten, wenn die Leistungserbringer und Anbieter auf die Erfüllung ihrer Forderungen durch die gesetzlichen Krankenkassen vertrauen können. Müssten die Leistungserbringer mit Forderungsausfällen rechnen, weil die gesetzlichen Krankenkassen zahlungsunfähig werden könnten, müssten sie konsequenterweise Vorauszahlungen von den Patienten vor der Behandlung oder aber die Stellung anderweitiger Sicherheiten verlangen. Hierfür gibt es auch historische Beispiele, in denen Ärzte Mitglieder einer insolvenzbedrohten Krankenkasse nur noch gegen Barzahlung behandeln wollten.

s. dazu Mandt, ArbVers 1931, 273 f.

Diese Situation würde sozial schwache Versicherte überfordern und deshalb kurzfristig eine Gefährdung ihrer medizinischen Versorgung verursachen.

(4) Grundrechte der Leistungserbringer im GKV-System

Die Verpflichtung zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen besteht im Hinblick auf die Leistungsanbieter und -erbringer auch aus einem weiteren Grund: Insoweit ist zu beachten, dass wiederholt Einschränkungen der Grundrechte von Leistungserbringern und -anbietern im bestehenden System der gesetzlichen Krankenversicherung unter Hinweis darauf vom Bundesverfassungsgericht und vom Bundessozialgericht für verfassungsgemäß qualifiziert worden sind, dass die Leistungserbringer aus der Existenz und ihrer Einbindung in dieses öffentlich-rechtlich organisierte Versicherungssystem auch Vorteile hätten.

s. z.B. BVerfGE 68, 193, 220 f.

Das Bundessozialgericht hat dies wie folgt zusammengefasst:

„ ... Soweit sich der deutsche Gesetzgeber dabei in der Kontinuität einer mehr als hundertjährigen Entwicklung und gestärkt durch Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenztitel des Grundgesetzes (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12, Art. 87 Abs. 2 GG) für eine Sozialversicherungs-Lösung entscheidet, steht dies mit dem Grundgesetz in Einklang... Mit dieser verfassungskonformen Entscheidung für eine Absicherung des Krankheitsrisikos durch eine nach den Prinzipien der Sozialversicherung organisierte Krankenversicherung sind sowohl für die Versicherten als auch für die Leistungserbringer bestimmte Vorteile und Nachteile verbunden... Die zur Leistungserbringung im System der GKV berechtigten Vertragsärzte sind – anders als viele andere freiberuflich tätige Berufsgruppen – durch ihre öffentlich-rechtlichen Vergütungsansprüche gegen die Kassenärztlichen Vereinigungen davor geschützt, ihre erbrachten Leistungen nicht, nicht vollständig oder nicht in angemessener Zeit honoriert zu bekommen, was ihnen ein hohes Maß an Planungssicherheit gewährleistet. Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach ausgeführt, dass Leistungserbringer innerhalb der vertragsärztlichen Versorgung von den Vorteilen des öffentlich-rechtlichen Systems des Vertragsarztrechts profitieren, im Interesse der Funktionsfähigkeit und Finanzierbarkeit dieses Systems und unter Umständen aber auch Einschränkungen hinnehmen müssen, die ihnen das Berufsrecht nicht abverlangt (zuletzt B. v. 16.07.2004 – 1 BvR 27/01 – NVwZ 2004, 1347, 1349)... “ (BSG, Urt. v. 09.12.2004 – B 6 KA 44/03 R – SozR 4-2500, § 72 SGB V Nr. 2, S. 2, 54).

Müssten die Leistungserbringer in der gesetzlichen Krankenversicherung mit Forderausfällen rechnen, wären ihnen die verschiedenen Einschränkungen des Leistungserbringerrechts der gesetzlichen Krankenversicherung nicht mehr zuzumuten. Damit wären sowohl entscheidende Mehrkosten für das Krankenversicherungssystem verbunden als auch das Sachleistungssystem als solches gefährdet.

- (5) Staatlicher Einfluss auf Ausgaben, Einnahmen und Finanzgebahren der gesetzlichen Krankenkassen

Für eine Funktionsgewährleistungsverantwortung spricht auch der weitgehende staatliche Einfluss auf die finanzielle Situation der gesetzlichen Krankenkassen. Zwar hat der Gesetzgeber bei der Abschaffung der Garantiehaftung der Gemeindeverbände nach § 389 Abs. 2 RVO durch das KVDG (siehe dazu bereits oben C II 2. a. bb.) ausgeführt, die Ortskrankenkassen seien Selbstverwaltungskörperschaften mit eigener Finanzhoheit, denen der Bund gesetzliche Aufgaben zuweisen könne, auf deren Ausführung er jedoch keinen Einfluss habe, weil die Aufsicht sich auf die Ausübung der Rechtsaufsicht beschränke. Diese Betrachtungsweise ist jedoch schon für die bisherige Rechtslage mit Recht als unzutreffend qualifiziert worden. Abgesehen davon,

dass der Bund das gesetzliche Krankenversicherungssystem selbst bestätigt und fortentwickelt hat und über die gesetzlichen Mittel verfügt, einen weitergehenden Einfluss auf die Sozialversicherungsträger zu regeln, wenn er dies für erforderlich halten sollte, hat der Bund schon bisher die Ausgaben der gesetzlichen Krankenkassen weitestgehend determiniert und durch zahlreiche Regelungen, wie etwa die Sozialversicherungs-Haushaltsverordnung, weitgehende Aufsichtsbefugnisse etc. einen bestimmenden Einfluss auf das Finanzgebahren der gesetzlichen Krankenkassen ausgeübt. Wie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestätigt, sind finanzielle Schwierigkeiten von Krankenkassen schon nach der bisherigen Rechtslage überwiegend durch eine ungünstige Risikostruktur bedingt gewesen, was den Gesetzgeber zur Regelung des Risikostrukturausgleiches veranlasst hat.

s. dazu BVerfGE 113, 167 ff.

Noch Ende des Jahres 2003 hat das Bundesversicherungsamt in einem Rundschreiben zur Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung darauf hingewiesen, dass

„dem in § 220 Abs. 4 SGB V normierten Gebot der Beitragssatzsenkung Priorität gegenüber einem schnelleren Abbau der Kredite einzuräumen ist“ (Schreiben vom 23.12.2003, Geschäftszeichen V 1 – 5500.1 – 1764/2002).

Schon bisher war es deshalb gerechtfertigt, eine staatliche Eintrittspflicht für die gesetzlichen Krankenkassen aus der staatlichen Ingerenz abzuleiten.

Dies gilt erst recht, wenn die im GKV-WSG vorgesehenen Änderungen in Kraft treten. Denn damit würde endgültig auch die Einnahmesituation der gesetzlichen Krankenkassen primär durch den Ordnungsgeber festgelegt. Gleichzeitig wird die Reform des Risikostrukturausgleichs – die bereits gesetzlich in § 268 SGB V für die Zeit ab dem 01.01.2007 geregelt war – weiter verschoben, mit erheblichen negativen Auswirkungen auf die gesetzlichen Krankenkassen mit ungünstiger Risikostruktur. Weiterhin werden die Zuschüsse aus der Tabaksteuer gekürzt. Angesichts dieser zahlreichen gesetzlichen Eingriffe in die Finanzsituation der gesetzlichen Krankenkassen ist eine korrespondierende staatliche Auffangverantwortung zwingend geboten.

(6) Rechtsprechung des BVerfG

Im Ergebnis hat auch das Bundesverfassungsgericht die staatliche Verpflichtung zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen bereits bejaht. Zuletzt hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Altersgrenze für den Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung Folgendes ausgeführt:

*„Das System der gesetzlichen Krankenversicherung ist so ausgestaltet, dass es in weiten Bereichen nicht durch Marktkräfte gesteuert wird. Die Preise für Güter und Leistungen sind nicht Gegenstand freien Aushandelns im Rahmen eines freien Wettbewerbs. Deshalb unterliegen die Leistungserbringer in erhöhtem Maße den Einwirkungen sozialstaatlicher Gesetzgebung (vgl. BVerfGE 68, 193, 220 f.). Staatliche Regulierungen des Berufsrechts eröffnen insoweit die Beteiligung an dem umfassenden sozialen Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung, das aus Beiträgen der Versicherten finanziert wird, von dem auch die Leistungserbringer profitieren **und für dessen Funktionsfähigkeit der Staat die Verantwortung trägt** (vgl. BVerfGE 70, 1, 31)“ (BVerfGE 103, 172, 185 f.).*

In seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Risikostrukturausgleichs hat das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Prüfung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes in gleichem Sinne Folgendes betont:

„Die bundesweite Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung hat elementare Bedeutung für die Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland.“ (BVerfGE 113, 167, 198.)

dd. Gewährleistungsverantwortung des Bundes

Aus Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG folgt, dass die Gewährleistungsverantwortung den Bund trifft. Dies ist durch die Rechtsprechung des Bundessozialgericht bereits geklärt.

s. nur BSGE 47, 148 ff.

Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich nichts Gegenteiliges. Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich klargestellt, dass Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG selbst eine „Garantiehaftung“ des Bundes nicht zu entnehmen ist, sondern dass die Norm lediglich die Finanzverantwortung zwischen Bund und Ländern abgrenzt.

BVerfGE 113, 167 ff.

Damit ergibt sich Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG aber jedenfalls, dass eine entsprechende Verantwortung nicht die Länder sondern den Bund trifft, wenn sie sich aus anderweitigen verfassungsrechtlichen Regelungen – wie hier dem Sozialstaatsprinzip und Art. 2 Abs. 2 GG – ergibt.

- ee. Zulässigkeit der Regelung einer primären Verantwortung der Selbstverwaltung/Subsidiäre Haftung des Bundes

Die Gewährleistungspflicht des Bundes schließt nicht aus, dass der Bundesgesetzgeber *primär* zur Gewährleistung des Krankenversicherungsschutzes ein Binnenausgleichssystem unter den gesetzlichen Krankenkassen schafft, wie dies im geltenden SGB V durch die Regelungen über finanzielle Hilfen in Notlagen innerhalb einer Kassenart, im kassenartübergreifenden Risikostrukturausgleich sowie durch die Haftung der Verbände nach den §§ 146 a, 155 und 164 SGB V für den Fall der Schließung einer gesetzlichen Krankenkasse vorgesehen ist. Denn die primäre Zuweisung der Gewährleistung des Krankenversicherungsschutzes an die Solidargemeinschaft der gesetzlich Krankenversicherten erscheint vor dem Hintergrund der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und mit Rücksicht auf den Umstand, dass es sich bei den gesetzlichen Krankenkassen um Einrichtungen der funktionalen Selbstverwaltung handelt, gerechtfertigt. Denn die funktionale Selbstverwaltung steht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit den Grundprinzipien des Grundgesetzes in Übereinstimmung und ergänzt bzw. verstärkt insbesondere das demokratische Prinzip.

BVerfGE 107, 59 ff.

Auch wenn die primäre Übertragung der Verantwortung der Gewährleistung des Krankenversicherungsschutzes auf die Selbstverwaltung der gesetzlichen Krankenkassen zulässig ist, bleibt es aber bei der Funktionsgewährleistungsverantwortung des Bundes im Sinne einer Auffangverantwortung. Versagen die primär installierten Systeme zur Sicherung der Leistungsfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen, bleibt der Bund in der Verantwortung.

Etwas anderes ergibt sich nicht etwa daraus, dass gegenüber der früheren Rechtslage, in der die Allgemeinen Ortskrankenkassen eine Auffangfunktion zur Gewährleistung des Krankenversicherungsschutzes hatten, und für die das Bundessozialgericht gera-

de eine Gewährleistungsverantwortung des Bundes aus Art. 20 Abs. 1 GG i.V. Art. 120 Abs. 1 S. 4 GG begründet hatte, die Auffangfunktion weggefallen ist.

Denn der Wegfall der Auffangfunktion der Ortskrankenkassen bedeutet nicht, dass der Bund für die gesetzlichen Krankenkassen an sich keine Einstandspflicht hätte. Versagt das vom Gesetzgeber unter Nutzung seines Normsetzungsermessens geschaffene Haftungssystem unter den Krankenkassen, bleibt der Bund vielmehr aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG i.V.m. den Schutzpflichten des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und Art. 120 Abs. 1 Satz 4 GG in der Verantwortung. Anders als zum Zeitpunkt der Entscheidungen des Bundessozialgerichts besteht die Gewährleistungsverpflichtung des Bundes jedoch gegenüber allen Kassenarten, nicht etwa allein gegenüber den Ortskrankenkassen. Denn die Gewährleistungsverpflichtung des Bundes gegenüber den Versicherten bezieht sich nicht auf die Versicherung in einer konkreten Kassenart, sondern auf die Sicherstellung eines hinreichenden Krankenversicherungsschutzes an sich. Diese Verpflichtung wird durch die nicht mehr gegebene Auffangfunktion der Allgemeinen Ortskrankenkassen nicht tangiert

Wenn die primären Haftungssysteme innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung abgeschafft werden, greift die Funktionsgewährleistungsverantwortung des Bundes erst recht und unmittelbar ein. Denn wenn früher die Allgemeinen Ortskrankenkassen eine Auffangfunktion hatten, zugleich aber der Bund eine Gewährleistungsverantwortung gegenüber den Allgemeinen Ortskrankenkassen hatte, muss diese Gewährleistungsverantwortung nunmehr allgemein fortbestehen, wenn die an die Stelle der Auffangfunktion der AOKen gesetzten Sicherungssysteme beseitigt werden (oder versagen). Dies entspricht auch der herrschenden Auffassung in der Literatur.

siehe nur Isensee, SDSRV 35 (1992), S. 7, 38 f.; Bieback, VSSR 1993, 1 ff; F. Kirchhof in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 2. Aufl. 1999, § 93 Rn. 41; Engelsing, aaO, S. 193, Axer, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 120 Rn. 29f.

III. Gewährträgerhaftung des Bundes für die gesetzlichen Krankenkassen

Die subsidiäre Gewährträgerhaftung des Bundes im Sinne einer Haftung für Verbindlichkeiten der gesetzlichen Krankenkassen im Außenverhältnis für den Fall, dass das Vermögen der Krankenkasse zur Erfüllung der Verbindlichkeiten nicht ausreicht und auch kein

anderweitiges Haftungssystem die Erfüllung der Forderungen gewährleistet, kann nur dann zum Tragen kommen, wenn der Bund seiner Funktionsgewährleistungsverantwortung nicht nachkommt. Nur wenn der Bund seine Verpflichtungen im Innenverhältnis nicht erfüllt, kann es im Außenverhältnis nicht zu einer Situation kommen, in der Gläubiger der gesetzlichen Krankenkassen einen Ausfall ihrer Forderungen befürchten müssen.

Für den Fall der Nichterfüllung der Verpflichtungen des Bundes aus der Funktionsgewährleistungsverantwortung ist eine solche Gewährträgerhaftung gleichsam als nach außen gerichtete Kehrseite der Funktionsgewährleistungsverantwortung anzuerkennen. Dies gilt zumal unter den Funktionsbedingungen des gegenwärtigen gesetzlichen Krankenversicherungssystems, das sich, wie bereits erwähnt, durch das Sachleistungsprinzip als Strukturmerkmal auszeichnet (§ 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 SGB V). Denn in diesem System kaufen die gesetzlichen Krankenkassen zur Gewährleistung der Krankenversorgung die Gesundheitsleistungen bei Leistungsanbietern ein. Die Sicherheit der Leistungserbringer ist eine wesentliche Funktionsbedingung dieses Systems. In dieser Situation ist auf die Gewährträgerhaftung des Bundes nach außen notwendige Voraussetzung der Sicherstellung der Krankenversorgung, die obligatorische Aufgabe des Bundes.

Auch der Wortlaut des Art. 120 Abs. 1 Satz 4 GG ist jedenfalls ein Indiz für eine entsprechende Gewährleistungshaftung des Bundes. Denn danach ist der Bund zur Tragung der Zuschüsse zu den *Lasten* der Sozialversicherung verpflichtet. Auch wenn die Vorschrift primär kompetentiellen Gehalt hat, bringt sie doch zum Ausdruck, dass zum einen „Lasten“ der Sozialversicherung denkbar sind und zum anderen, dass diese Lasten der Bund zu tragen hat. Dies spricht dafür, dass der Bund sich seinen Verpflichtungen nicht durch eine Insolvenz entziehen können soll.

Dieser Gewährträgerhaftung des Bundes für die gesetzlichen Krankenkassen korrespondiert auf Seiten der Leistungserbringer bzw. Gläubiger der gesetzlichen Krankenkassen ein grundrechtlicher Anspruch darauf, dass deren Ansprüche auf Bezahlung erbrachter Sachleistungen nicht durch staatliche Hoheitsakte beeinträchtigt werden, die im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer gesetzlichen Krankenkasse die staatliche Gewährträgerhaftung ausschließen oder einschränken. Solche Zahlungsansprüche der Leistungserbringer stehen in aller Regel unter dem Schutz der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, gegebenenfalls auch unter dem Schutz der Berufs- und Gewerbefreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG. Denn es handelt sich bei solchen Zahlungsansprüchen um vermögenswerte Rechte, die unter den umfassenden Schutz namentlich der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG fallen. Die entsprechenden vermögensrechtlichen Dispositionen erbringen solche Leistungserbringer seit jeher im Vertrauen nicht nur auf die Zahlungsfähigkeit ihrer unmittel-

baren Kontrahenten, also der gesetzlichen Krankenkassen, sondern im ebenso gesicherten Vertrauen darauf, dass im Fall der Zahlungsunfähigkeit einer gesetzlichen Krankenkasse die subsidiäre staatliche Gewährträgerhaftung zum Tragen kommt. Dieser Vertrauensschutz, der unmittelbar Bestandteil des grundrechtlich jeweils geschützten Anspruchs (Vermögensrecht) ist, würde in verfassungswidriger Weise verletzt, wenn der Staat sich seiner Haftung durch die schlichte Einführung der Insolvenzfähigkeit gesetzlicher Krankenkassen entzöge. Dies gilt zumindest für solche Zahlungsansprüche, die bereits vor Inkrafttreten einer gesetzlichen Regelung zur Insolvenzfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen begründet wurden. Aber auch für die Zukunft kann eine Insolvenzfähigkeit gesetzlicher Krankenkassen nicht ohne Rücksicht auf den Grundrechtsschutz der Leistungserbringer eingeführt werden. Denn auch die künftige Erbringung von Sachleistungen durch die Leistungserbringer ist grundrechtlich geschützt, weil sie Bestandteil der allgemeinen beruflichen und gewerblichen Erwerbsfreiheit der Leistungserbringer ist, weil sie insoweit unter dem Schutz des Grundrechts der Berufs- und Gewerbefreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG steht. Auch insoweit besteht also ein prinzipieller, grundrechtlich gebotener Vertrauensschutz zugunsten der Leistungserbringer – ein Vertrauensschutz, der sich auf den auch künftigen Fortbestand der staatlichen Gewährträgerhaftung gründet.

IV. Zulässigkeit einer bundesgesetzlichen Regelung der Insolvenzfähigkeit gesetzlicher Krankenkassen

In der Rechtsprechung zur Insolvenzgeldumlage sowie zur Sicherung von betrieblichen Altersversorgungen durch Umlagen nach dem BetrAVG ist – wie oben bereits dargestellt – zwischen der rechtlichen Insolvenzunfähigkeit und der faktischen Insolvenzunfähigkeit unterschieden worden. Hintergrund dieser Differenzierung ist, dass die entsprechenden gesetzlichen Regelungen hinsichtlich der Umlagepflicht an eine rechtliche Unzulässigkeit der Insolvenz anknüpfen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ohne eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung der Insolvenzunfähigkeit stets die Insolvenzfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts gegeben wäre. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht konkret für die öffentlich rechtlichen Rundfunkanstalten und die Kirchen bereits entschieden, dass diese von Verfassung wegen insolvenzunfähig sind. Die Rechtsprechung zur Insolvenzunfähigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ist dabei auf die gesetzlichen Krankenkassen übertragbar. Denn sie weist – abgesehen von der Begründung der Gewährleistungsverpflichtung des Staates für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG – weitgehende Übereinstimmungen mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die gesetzliche Krankenversicherung auf.

Die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit des Konkursverfahrens über das Vermögen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten hat das Bundesverfassungsgericht konkret wie folgt begründet:

Aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgt die Verpflichtung des Staates, die Rundfunkfreiheit gesetzlich auszugestalten und zu sichern. Wie dies zu geschehen hat, ist dem Gesetzgeber durch das Grundgesetz dabei nicht vorgeschrieben. Der Gesetzgeber ist nicht auf bestimmte Modelle der Rundfunkordnung festgelegt. Soweit sich der Gesetzgeber jedoch für eine duale Rundfunkordnung entscheidet, in der öffentlich-rechtliche und private Veranstalter nebeneinander bestehen, muss er dafür sorgen, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen gleichgewichtiger Vielfalt im Ergebnis durch das Gesamtangebot aller Veranstalter erfüllt werden. Dies setzt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter den gegenwärtigen Bedingungen voraus, dass die Grundversorgung der Bevölkerung vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk ohne Einbuße erbracht wird. Die verfassungsrechtliche Funktionsgewährleistung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks umfasst dabei eine das jeweilige Land treffende finanzielle Gewährleistungspflicht für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk (BVerfGE 89, 144, 152 f.). Die Unzulässigkeit eines Konkursverfahrens rechtfertigte das Bundesverfassungsgericht sodann wie folgt:

„2. *Mit der in dieser Weise durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geprägten Rechtsstellung öffentlichrechtlicher Rundfunkanstalten wäre ein Konkursverfahren nicht zu vereinbaren.*

a) *Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das Konkursverfahren rechtlich so ausgestaltet werden könnte, dass es den Anforderungen der Rundfunkfreiheit genügt. Das geltende Konkursrecht enthält jedenfalls keine hinreichenden Vorkehrungen zum Schutz der Rundfunkfreiheit. So wäre es durch die Konkursordnung gegenwärtig nicht ausgeschlossen, dass im Falle eines Konkurses über das Vermögen einer Rundfunkanstalt der Konkursverwalter kraft seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse (vgl. § 6 Konkursordnung) den finanziellen Rahmen des Programms der Rundfunkanstalten bestimmt oder beeinflusst. Das aber wäre mit der durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleisteten Programmfreiheit im Sinne eines Verbots jeder fremden Einflussnahme auf Auswahl, Inhalt und Gestaltung der Programme nicht vereinbar. Die ‚binnenpluralistische‘ Struktur der öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten, durch welche die Vielfalt des Programmangebots sowie ein Mindestmaß inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung gesichert wird (vgl. BVerfGE 57, 295 [325 f.]), wäre empfindlich gestört.*

Auf die (einfachrechtliche) Frage, ob die Durchführung eines Konkurses zwangsläufig zur Auflösung der öffentlichrechtlichen Körperschaft führt oder ob deren Existenz davon unberührt bleibt, kommt es danach nicht

mehr an. Schon die Eröffnung eines Konkursverfahrens über das Vermögen einer öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalt ließe sich bei der derzeitigen Gestaltung des Konkursrechts mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vereinbaren.

- b) *Wegen der die Länder treffenden finanziellen Gewährleistungspflicht für ihre Rundfunkanstalten besteht auch kein Bedürfnis, ein Konkursverfahren über das Vermögen der Rundfunkanstalten zuzulassen. Die Gewährleistungspflicht gebietet es dem Land, die Zahlungsunfähigkeit der Rundfunkanstalt abzuwenden. Notfalls muss das Land für Verbindlichkeiten der Rundfunkanstalt einstehen. Diese Einstandspflicht überfordert das betreffende Land nicht. Soweit die in Gesetz und Satzung getroffenen Vorkehrungen für eine geordnete Wirtschaftsführung der Rundfunkanstalt und der Einfluss des Landes in den Gremien der Anstalt sowie die – notwendigerweise eingeschränkte – Staatsaufsicht nicht ausreichen sollten, eine drohende Zahlungsunfähigkeit der Rundfunkanstalt abzuwenden, bleibt dem Land die Möglichkeit, durch Gesetz die Rundfunkanstalt organisatorisch zu verändern.*

Die Konkursfähigkeit öffentlichrechtlicher Rundfunkanstalten ist auch nicht zum Schutz ihrer Arbeitnehmer erforderlich. Die Unzulässigkeit des Konkurses hat zwar zur Folge, dass die Arbeitnehmer einer solchen Anstalt vom Schutz der Konkursausfallgeldversicherung ausgenommen sind. Auch insoweit besteht jedoch nach allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen eine Einstandspflicht der Rundfunkanstalt. Folgerichtig sieht der Gesetzentwurf der Bundesregierung für eine neue Insolvenzordnung vom 15. April 1992 in § 14 Abs. 2 vor, dass dann, wenn ein Land das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer juristischen Person für unzulässig erklärt hat, deren Arbeitnehmer im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung der juristischen Person von dem Land die Leistungen verlangen können, die sich im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach den Vorschriften des Arbeitsförderungsgesetzes über das Insolvenzausfallgeld vom Arbeitsamt und nach den Vorschriften des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vom Träger der Insolvenzversicherung beanspruchen könnten (BTDrucks. 12/2443, S. 12).“ (BVerfGE 89, 144, 153 f.).

Diese Argumentation ist uneingeschränkt auch auf die gesetzlichen Krankenkassen übertragbar. Die finanzielle Gewährleistungspflicht des Staates für die gesetzlichen Krankenkassen ergibt sich – wie oben ausgeführt – aus dem Grundgesetz. Es liegt auf der Hand, dass die Verfügungsbeschränkungen nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse des Insolvenzverwalters mit den verfassungsrechtlich fundierten Verpflichtungen der Krankenkassen nicht vereinbar sind. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil die Erfüllung der Forderungen der Leistungserbringer im durch das Sachleistungsprinzip gekennzeichneten System der gesetzlichen Krankenversi-

cherung eine notwendige Voraussetzung der Funktionsfähigkeit dieses Systems ist. Fiele diese Sicherheit weg, wäre schon aus diesem Grund die Versorgung der gesetzlich versicherten Patienten nicht mehr gesichert. Erlaubt schon die Rundfunkfreiheit kein Insolvenzverfahren über öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten, ist erst recht ein Insolvenzverfahren über gesetzliche Krankenkassen, die der überragend wichtigen Gemeinwohlaufgabe der Gewährleistung eines Krankenversicherungsschutzes dienen, ein Insolvenzverfahren unzulässig.

so auch Isensee, SDSRV 35 (1992), S. 7, 39.

Ist damit die Insolvenzfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen verfassungsrechtlich ausgeschlossen, ist eine ausdrückliche bundesgesetzliche Regelung der Insolvenzfähigkeit, wie sie im GKV-WSG-RefE vorgesehen ist, mit dem Grundgesetz unvereinbar.

D. Zusammenfassung zur gesetzlichen Regelung der Insolvenzfähigkeit gesetzlicher Krankenkassen nach dem GKV-WSG-RefE

I. Verschlechterte Finanzierungssituation durch das GKV-WSG

1. Für gesetzliche Krankenkassen, die überwiegend sog. „schlechte“ Risiken – d.h. Kranke und Geringverdiener – versichern, enthalten die Entwürfe des GKV-WSG dramatische Risiken für die Finanzierungssituation. Denn die Reform des anerkanntermaßen unzureichenden Risikostrukturausgleichs hin zu einer Morbiditätsorientierung wird weiter auf das Jahr 2009 verschoben. Die Krankenkassen sollen zukünftig Beträge aus dem neuen Gesundheitsfonds erhalten, die allerdings lediglich entsprechend dem zukünftigen hinsichtlich des Umfangs der Risikoadjustierung noch offenen Risikostrukturausgleich differenziert werden. Für Krankenkassen, deren Ausgaben dadurch nicht gedeckt werden – wie dies für Krankenkassen mit ungünstiger Risikostruktur der Fall sein wird – ist zwar die Möglichkeit der Erhebung von Zusatzbeiträgen vorgesehen. Diese sollen jedoch dem Grunde nach auf 1 % des Haushaltseinkommens gedeckelt werden. Dies hat zur Folge, dass Krankenkassen, die einen hohen Anteil von Versicherten aufweisen, für die diese Härtefallregelung greifen würde, die Zusatzbeiträge nicht erheben und ihre Ausgaben nicht decken können. Elementare Bedeutung für die Finanzsituation der Krankenkassen mit sog. schlechten Risiken hat damit die sachgerechte Gestaltung des Risikostrukturausgleichs im Sinne einer tatsächlichen Berücksichtigung der morbiditätsbedingten Mehrausgaben.
2. Bereits aktuell verschlechtert wird die Finanzierungssituation der Krankenkassen durch die Verringerung des Einflusses der Krankenkassen auf ihre eigenen Ausgaben. Denn das GKV-WSG sieht eine weitere Zentralisierung und funktionelle Konzentration von Aufgaben und Verantwortlichkeiten in dem neu einzuführenden Spitzenverband Bund der Krankenkassen vor.
3. Gleichzeitig werden die Einnahmen aus der Tabaksteuer, die den Krankenkassen zufließen, erheblich reduziert.
4. An den Vorgaben zur vollständigen Entschuldung der gesetzlichen Krankenkassen bis Ende 2007 will der Bundesgesetzgeber dennoch auch unter diesen Bedingungen festhalten.

5. Obwohl nach den Eckpunkten der Großen Koalition die Einführung der Insolvenzfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen lediglich geprüft werden sollte und eine Diskussion der Zulässigkeit sowie der Vor- und Nachteile der Regelung der Insolvenzfähigkeit nicht geführt worden ist, sieht der GKV-WSG-RefE nunmehr eine bundesgesetzliche Regelung der Insolvenzfähigkeit vor. Begründet wird diese, zur Nichtigkeit der bestehenden landesgesetzlichen Regelungen über die Insolvenzunfähigkeit der landesunmittelbaren Krankenkassen führende Regelung allein mit der Vermeidung angeblicher Wettbewerbsnachteile für einige bundesunmittelbare Krankenkassen.
6. Schließlich ist nach dem Entwurf für das GKV-WSG eine Änderung des Haftungsausgleichssystems dahingehend vorgesehen, dass in Zukunft ein Haftungsausgleich über die Landes- und Bundesverbände nicht mehr stattfinden wird. Beim Haftungsausgleich bleibt es dagegen – zeitlich begrenzt - für sog. „Altschulden“, die vor dem 01.01.2008 entstanden sind. Der Haftungsausgleich für diese „Altschulden“ soll innerhalb einer Kassenart über den Spitzenverband Bund abgewickelt werden.

II. Drohende Folgen der geänderten Rahmenbedingungen

1. Bleibt es bei den dargestellten geänderten Finanzierungsbedingungen und realisieren sich die Risiken, droht bei Beibehaltung der bisherigen gesetzlichen Regelungen im Übrigen die Schließung zahlreicher gesetzlicher Krankenkassen mit „ungünstiger“ Risikostruktur und in Zukunft Insolvenzverfahren. Denn diese Krankenkassen werden mangels Möglichkeit zur Erhebung von Zusatzbeiträgen ihre Ausgaben nicht mehr aus den Einnahmen decken können. Schon die Schließung größerer Versorgerkassen wird zu Versorgungslücken führen. Denn die verbleibenden Krankenkassen werden aufgrund ihrer typischerweise – entsprechend ihrer abweichenden Risikostruktur – anderen Organisationsstruktur nicht in der Lage sein, in der Fläche die Betreuung der Versicherten sicherzustellen.
2. Müssen mehrere große Krankenkassen einer Kassenart geschlossen werden, ist auch unter Fortgeltung des Haftungsausgleichssystems für die „Altschulden“ ein „Dominoeffekt“ mit der Folge der Insolvenz der Krankenkassen einer kompletten Kassenart nicht auszuschließen.
3. Im Falle der Insolvenz einzelner Krankenkassen und erst recht aller Krankenkassen einer Kassenart drohen den Leistungserbringern und -anbietern – zu denen auch die Länder als Krankenhausträger gehören – gravierende Forderungsausfälle. Beispiels-

weise sind allein im Land Bayern von der AOK im Jahr 2004 für mit Fallpauschalen vergütete Krankenhausleistungen 2,7 Mrd. Euro vergütet worden.

III. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Vor dem Hintergrund der beabsichtigten gesetzlichen Verschlechterung der Finanzierungsbedingungen stellt sich die Frage nach der verfassungsrechtlichen Verantwortung des Bundes für die Krankenversicherung:

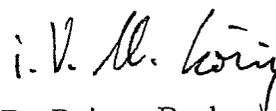
1. Zwar existiert kein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Inhalts, dass das Muttergemeinwesen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts – wie sie die gesetzlichen Krankenkassen darstellen (§ 4 Abs. 1 SGB V) – diese stets funktionsfähig erhalten und für seine Verbindlichkeiten haften muss. Denn einem solchen allgemeinen Rechtsgrundsatz steht die grundsätzliche Insolvenzfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts ebenso entgegen, wie die grundsätzliche Freiheit des Gesetzgebers hinsichtlich der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, die nicht zwingend zu erfüllen sind.
2. Für die gesetzlichen Krankenkassen ergibt sich eine Gewährleistungsverantwortung des Bundes jedoch unmittelbar aus dem Grundgesetz:
 - a. Aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG und der Schutzpflicht des Staates für Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG ergibt sich die zwingende Grundaufgabe des Staates, die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung in Fällen von Krankheit sicherzustellen (BVerfGE 113, 167, 215).
 - b. Auch wenn der Gesetzgeber grundsätzlich berechtigt ist, Schutz vor Krankheit auf andere Weise als durch das bestehende System der gesetzlichen Krankenversicherung zu gewährleisten, bleibt er doch jedenfalls solange zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des gesetzlichen Krankenversicherungssystems verpflichtet, bis ein anderes funktionierendes System an seine Stelle tritt.
 - c. Die Funktionsgewährleistungsverantwortung trifft dabei gemäß Art. 120 Abs. 1 Satz 4 GG den Bund. Zwar gewährt diese Norm selbst keinen Anspruch gegen den Bund. Sie regelt jedoch, dass der Bund die Zuschüsse zu den Lasten der Sozialversicherung zu tragen hat, wenn ein Zuschussbedarf besteht.
 - d. Die Funktionsgewährleistungsverantwortung des Bundes schließt die gesetzliche Regelung eines primären Haftungsausgleichssystems innerhalb der gesetzlichen Kran-

kenversicherung nicht aus. Versagt dieses Haftungssystem jedoch, bleibt es bei der Grundverantwortung des Bundes.

- e. Die Funktionsgewährleistungsverantwortung des Bundes verpflichtet ihn, das gesetzliche Krankenversicherungssystem leistungsfähig zu erhalten. Insbesondere muss auch die Versorgung Kranker in der Fläche gewährleistet bleiben.
3. Die Gewährleistungsverantwortung des Bundes verpflichtet ihn auch, für die Verbindlichkeiten der gesetzlichen Krankenkassen einzustehen. Dies zum einen deshalb, weil ohne Sicherheit für die Gläubiger der gesetzlichen Krankenversicherung das vom Gesetzgeber gewählte System der Sachleistung (§ 2 Abs. 1 SGB V) nicht aufrecht erhalten werden könnte, da Leistungserbringer und -anbieter berechtigterweise Vorauszahlungen oder zumindest Sicherheiten von den Versicherten verlangen würden. Hierzu wären gerade sozial Schwache und besonders schutzbedürftige Kranke nicht in der Lage. Darüber hinaus ist eine entsprechende Sicherheit aber auch deshalb erforderlich, weil die Rechtsprechung im bestehenden System der gesetzlichen Krankenversicherung Einschränkungen der Grundrechte der Leistungserbringer und -anbieter insbesondere mit der Erwägung für zumutbar qualifiziert hat, dass die Leistungsanbieter von den Vorteilen des öffentlich-rechtlich organisierten Versicherungssystem profitierten. Als Vorteil ist insbesondere auch die Sicherheit der Forderungen betont worden.
4. Unter der geltenden Regelung der Insolvenzordnung ist aufgrund der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Bundes zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung die Insolvenzfähigkeit gesetzlicher Krankenkassen von Verfassungen wegen ausgeschlossen. Denn – wie vom Bundesverfassungsgericht für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ausdrücklich entschieden (BVerfGE 89, 144, 153 f.) – die Regelungen des geltenden Insolvenzrechts bieten keine hinreichende Sicherheit für die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Verpflichtungen.



Prof. Dr. Rupert Scholz



Dr. Reimar Buchner