

Berlin, 1. Juli 2008
Stellungnahme Nr. 33/2008

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Ausschuss Sozialrecht

zum

Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) BR-Drucks. 432/08 vom 23.05.2008

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Plagemann, Frankfurt am Main
(Vorsitzender und Berichterstatter)
Rechtsanwalt Reinhard Holterman, München
Rechtsanwalt Michael Klatt, Oldenburg
Rechtsanwalt Ronald Richter, Hamburg

Gast des Ausschusses:

Rechtsanwältin Dr. Astrid von Einem, Köln

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann

Verteiler:

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
- Bundesministerium für Gesundheit
- Bundesministerium der Finanzen
- Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
- Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundesrates
- Arbeitskreis Arbeit und Soziales der Fraktion CDU/CSU im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppe Familie, Senioren, Frauen und Jugend der Fraktion der SPD im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppe Gesundheit der Fraktion der SPD im Deutschen Bundestag
- Arbeitskreis Arbeit und Sozialordnung der FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Arbeitskreis Wirtschaft, Arbeit und Soziales der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag
- Arbeitskreis Arbeit und Soziales der Fraktion der Linkspartei/PDS im Deutschen Bundestag
- Bundesverband freier Berufe
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Steuerberaterverband
- Vorstand, Landesverbände des DAV
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Sozialrecht des DAV
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
- ASR
- NJW
- NSZ

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit 65.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I.

Die Krankenkassen gehen mit einer sehr unterschiedlichen „Finanzausstattung“ in die neue Zeit des Gesundheitsfonds hinein. Obwohl zum 31.12.2008 eine Entschuldung jeder Kasse vorgesehen ist, wird dies kaum gelingen. Es wird also Kassen geben, die mit erheblichen Rücklagen in das Jahr 2009 starten und solche Kassen, die Bankschulden aufweisen, die aus den Zuweisungen seitens des Gesundheitsfonds zu begleichen sind.

Im Jahre 2009 werden die Kassen Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds in Abhängigkeit davon erhalten, welche Art Erkrankungen die Versicherten haben (RSA). Zwar werden sich auch die Leistungsausgaben – stärker als bisher – an dem „Krankheitsbedarf“ (Morbidity) orientieren, jedoch ist sehr wahrscheinlich, dass es auch bei dieser Verteilung Verlierer und Gewinner gibt, sprich: Einige Kassen mit den Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds jedenfalls mittelfristig nicht auskommen werden.

Die Politik verknüpft die bereits „feststehende“ Einführung des Gesundheitsfonds mit der Insolvenzfähigkeit der Krankenkassen, wobei zwei Erwägungen führend sind:

1. Schon heute weisen die Krankenkassen unterschiedliche Vorsorge für die Insolvenz auf, d.h. einige Kassen müssen Umlagen für das Insolvenzgeld nach dem SGB III zahlen, andere nicht; einige zahlen Beiträge an PSV gemäß BetrAVG andere nicht; einige Kassen haben in erheblichem Umfang Betriebsrentenzusagen erteilt, ohne dass eine Rückdeckung gegeben ist.

2. Die Bundesländer sollen aus der Insolvenzhaftung gem. § 12 InsO entlassen werden, so wie dies seit kurzem auch für die Landesbanken gilt.

Auch vor diesem Hintergrund ist **nicht erforderlich**, dass ab dem 1.1.2010 die InsO für die Krankenkassen (und deren Verbände) gelten muss: Der Gesetzgeber ist durchaus befugt, die Insolvenzhaftung der Länder aufzuheben und gleichzeitig das System der gesetzlichen Krankenversicherung als mittelbare Staatsverwaltung so zu organisieren, dass es im Falle einer Unterdeckung zur Solidarhaftung kommt. Die vermeintliche Ungleichbehandlung in Bezug auf die Umlagepflichten für das Insolvenzgeld und für die Insolvenzsicherung von Altersversorgungsansprüchen kann der Gesetzgeber unschwer durch entsprechende gesetzliche Anordnungen beseitigen.

II.

Der Gesetzentwurf lässt eine „Folgenabwägung“ was die Anwendung der InsO anlangt vermissen:

1. Die Knappschaft hat gem. § 167 SGB V die Krankenversicherung nach dem SGB V durchzuführen. Die Knappschaft hat damit – genauso wie alle anderen Krankenkassen – die Grundsätze über die Beitragserhebung gem. §§ 220 ff. SGB V einschließlich des Verbotes der Aufnahme von Darlehen zu beachten. Die Knappschaft bildet für den Bereich der Krankenversicherung einen eigenen „Haushalt“ gem. §§ 67 ff SGB IV, der – wenn er nicht ausgeglichen ist – zwingend Beitragssatzerhöhungen (künftig Zusatzbeiträge) erfordert.

Unabhängig davon, ob die die Krankenversicherung durchführende Knappschaft eine eigene „juristische Person“ i.S.d. § 11 Abs. 1 InsO darstellt, handelt es sich um das „Vermögen einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit“, welches von dem Vermögen des Rentenversicherungsträgers streng getrennt betrachtet werden muss, so dass jedenfalls aus Sicht der InsO die Insolvenzfähigkeit der Knappschaft, soweit sie die Krankenversicherung durchführt, durchaus denkbar ist – und aus Gründen der vom Gesetzgeber selbst eingeforderten „Gleichbehandlung“ wohl geboten erscheint.

2. Die Ausnahmeregelung zugunsten der landwirtschaftlichen Krankenversicherung gem. § 17 Abs. 1 KVLG-E scheint nur auf den ersten Blick „sachgerecht“. Am Kassenwettbewerb i.d.S. nehmen auch geschlossene BKKen nicht teil oder allenfalls eingeschränkt. Der „Verwaltungsverbund“ mit den Trägern der Landwirtschaftlichen BKKen darf – ebenso wie im Falle der Knappschaft – nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Haushalte selbst streng getrennt werden müssen. Eine „Quersubventionierung“ ist unzulässig. Die Argumente, die der Gesetzgeber für die Herausnahme der landwirtschaftlichen Krankenversicherung anführt, beweisen, wie wenig überzeugend die Anwendung der InsO für die Krankenkassen insgesamt ist.

3. Nach der ab 1.1.2010 anzuwendenden InsO gibt es drei „Eröffnungsgründe“, die Zahlungsunfähigkeit, die drohende Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung. Diese Eröffnungsgründe zwingen den Vorstand zu einer Anzeige gem. § 171 Abs. 2 SGB V-E, nicht aber zu einem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Diesen kann nur die Aufsicht stellen, so dass es auf jeden Fall zu einer **Verzögerung** kommt, innerhalb derer Gläubiger zwar noch Leistungen erhalten, diese Leistungen aber gem. §§ 129 ff. InsO im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückzahlen haben. Die Gläubiger können sich nicht auf Unwissenheit berufen, da die prekäre Situation der Krankenkasse regelmäßig bekannt ist bzw. bekannt sein muss (vgl. dazu auch § 305b SGB V). Anhand der Veröffentlichungen des BVA und der hinreichend bekannten Mitgliederstruktur einzelner Kassen können Fachleute alsbald nach Einführung des Gesundheitsfonds durchaus abschätzen, wie die einzelne Krankenkasse „finanziell aufgestellt“ ist. Die Anwendung der §§ 129 ff. InsO ist im Gesetzentwurf nicht begrenzt, obwohl § 171d, Abs. 5 SGB V-E Ansprüche und Forderungen von Versicherten und Leistungserbringern schützt, allerdings nur im Nachhinein, nämlich im Wege der Haftung der übrigen Krankenkassen der Kassenart.

4. § 171d Abs. 3 Satz 2 SGB V-E differenziert zwischen den Eröffnungsgründen gem. §§ 16 ff. InsO und dem Schließungsgrund gem. § 153 Satz 1 Nr. 3 SGB V, nämlich der auf Dauer nicht mehr gesicherten Leistungsfähigkeit. Eine Kasse, die für die Erfüllung der laufenden Verpflichtung, eine „kostendeckende“ Umlage erhält, kann aus eigener Kraft eine aus der Vergangenheit herrührende Verschuldung nicht decken, so dass bei fehlendem Vermögen schon ein Defizit von 0,5 % i.S. § 172 Abs. 2 Satz 2 SGB V-E ausreicht, um die Leistungsfähigkeit auf Dauer zu verneinen. In der Vergangenheit haben viele Kassen bei Aufstellung des Jahreshaushaltes zu Jahresbeginn mit einem höheren Beitragsaufkommen gerechnet, etwa unter Zugrundelegung optimistischer Wirtschaftsdaten, wie sie die Bundesregierung propagierte oder einer zu optimistischen Erwartung hinsichtlich des Arbeitsmarktes. Auch künftig werden die Einnahmen des Gesundheitsfonds pro Jahr nicht exakt voraussehbar sein, da das Beitragsaufkommen sich auch künftig nach den beitragspflichtigen Einnahmen errechnet, die bei guter Konjunktur durchaus signifikant höher sein können. Ab dem 1.1.2009 hat die Kasse selbst hier aber keinerlei Einschätzungsmöglichkeiten mehr, sondern sie ist an die Kalkulation des BVA gebunden (vgl. § 36 RSA-VO-E). Das Gesetz nimmt dem Vorstand (übrigens auch dem vorläufigen Insolvenzverwalter) insoweit jeden Einschätzungsspielraum, sondern führt eine Regelmechanismus ein, an dem jede Krankenkasse ablesen kann, mit welchen Einnahmen sie rechnen kann.

Da die Verträge mit den Leistungserbringern durchweg auf längere Sicht abgeschlossen sind, muss jeder Eröffnungsgrund zugleich den Wegfall der Leistungsfähigkeit gem. § 153 Satz 1 Nr. 3 SGB V-E zur Folge haben.

a) Trifft dies zu, stellt sich die Frage, wozu es der alternativen Anwendung zwischen der InsO einerseits und der Schließung andererseits bedarf.

b) Trifft es nicht zu, dass jeglicher Eröffnungsgrund zugleich den Wegfall der Leistungsfähigkeit beinhaltet, bleiben Fälle, in denen die Kasse zahlungsunfähig ist, die Aufsicht aber nicht feststellt, dass ihre Leistungsfähigkeit nicht mehr auf Dauer gesichert ist, so dass die Aufsicht den Insolvenzantrag stellen muss, will sie nicht das Risiko der Insolvenzverschleppung eingehen.

Gläubiger werden gegen die dann vorgenommene Eröffnung des Insolvenzverfahrens Beschwerde einlegen (oder vielleicht sogar zum Sozialgericht klagen), um die Aufsicht zur Schließung (an Stelle Insolvenzantrag) zu bringen, um nicht auf der „Quote sitzen zu bleiben“. Für die Kasse und die Versicherten laufen beide Alternativen auf das gleiche hinaus: Schließung. Nur die Möglichkeit der (Zwangs-)Fusion gibt es im Falle der Insolvenz nicht.

c) Differenziert man zwischen den Eröffnungsgründen und den Schließungsgründen, hat dies zwingend Insolvenzen zur Folge, die das Gesetz „erstreckt nicht“ haben will, nämlich solcher Kassen, die noch „rettungsfähig“ sind, aber bei denen die Aufsicht innerhalb der 3-Monats-Frist insoweit nicht erfolgreich war.

5. Nach § 171b Abs. 3 Satz 2 SGB V-E „soll“ die Aufsicht eine insolvente Kasse schließen. Das Gesetz eröffnet der Aufsicht hier einen Ermessensspielraum, der im Einzelfall auch politischem Druck zugänglich sein könnte, nämlich dann wenn die insolvente Kasse relativ hohe Schulden bei Dritten (insbesondere Banken, aber auch bei Beschäftigten und Zulieferern) hat. Noch schwieriger wird die Ermessensausübung, wenn der Gesundheitsfonds nicht mehr auskömmliche Zahlungen an alle leistet (vgl. § dazu § 220 Abs. 2 Satz 1 SGB V i.d. ab 1.1.2009 geltenden Fassung: Erhöhung des Beitragssatzes, wenn die voraussichtlichen Einnahmen des Gesundheitsfonds die voraussichtlichen Ausgaben im laufenden und im Folgejahr nicht zu mindestens 95 % decken).

6. Kommt es zum **Insolvenzantrag**, hat dies zur Folge:

- Zahlungsverbot durch den Gemeinschuldner, jedenfalls was Forderungen anlangt, die vor dem Tag der Antragstellung fällig wurden; ggf. Fortführung der Geschäfte durch neuen Vorstand.
- Erstellung eines Gutachtens durch vorläufigen Insolvenzverwalter, der was die Eröffnung anlangt allerdings die Sonderstellung der Pensionsrückdeckung, der Ansprüche der Versicherten und der Leistungserbringer (§ 171d Abs. 5 SGB V-E) zu berücksichtigen hat und eine Fortführung i.S. § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO nicht zugrunde legen darf.

- Dürfen Vorstand, vorläufiger Insolvenzverwalter und/oder Aufsicht noch eine Fusion anstreben, ggf. unter Inanspruchnahme finanzieller Hilfen gem. § 265a?
- Kommt es zur Eröffnung, muss der Insolvenzverwalter sofort von dem Kündigungsrecht Gebrauch machen, da die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die sofortige Schließung der Kasse gem. § 171b Abs. 5 SGB V-E zur Folge hat.
- Der Insolvenzverwalter muss die vorangegangenen Rechtshandlungen gem. §§ 129 ff. InsO anfechten und die Gelder einziehen. Ein besonderer Schutz der Versicherten und der Leistungserbringer ist im Gesetz nicht vorgesehen, obwohl die Einziehung gegen den Gedanken des § 171d Abs. 5 SGB V verstößt und die Haftung anderer Kassen zur Folge hätte.
- Die BA wird einer Vorfinanzierung von Insolvenzgeld unter den Voraussetzungen des § 188 Abs. 4 Satz 2 SGB III nicht zustimmen, da die Kasse mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossen wird, so dass „ein erheblicher Teil der Arbeitsplätze (**nicht**) erhalten bleibt“. Haben Vorstand oder Aufsicht vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. vor Antragstellung Gehälter nicht bezahlt, machen sie sich strafbar, so dass sehr zweifelhaft ist, ob es überhaupt zu einer „Verlagerung“ der Personallasten auf die BA für die drei Monate kommen kann.
- Ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens besteht für den Insolvenzverwalter keinerlei Spielraum betreffend Sanierung: Die Fusion ist ausgeschlossen, weil an einer geschlossenen Kasse niemand Interesse hat. Die Schließung als solche bewirkt, dass die Versicherten ab sofort eine andere Kasse haben bzw. haben müssen, so dass Fusionen keinerlei Sinn machen – außer Arbeit und Risiken. Im Gegenteil profitiert die aufnehmende Kassen von Versicherten, die keine „Altlasten“ mitbringen.
- Versicherte und Leistungserbringer müssen trotz der Absicherung des § 171b Abs. 5 SGB V-E auf ihre Leistungen lange warten, da zunächst die Quote zu errechnen ist, bevor es zur Ausfallhaftung der anderen Kassen kommt.
- Der Insolvenzverwalter muss sich mit der Frage befassen, ob bisher angespartes Deckungskapital gem. § 171e SGB V-E wirklich vor seinem Zugriff sicher ist. Dies ist – unter Beachtung der Rechtsprechung zu den Betriebsrenten bisher – durchaus zweifelhaft, und zwar unabhängig davon, wann und in welchem Umfang der PSV tatsächlich eintritt.

III.

Schlussendlich bewirkt die Anwendung der InsO eine Verlagerung von Risiken, ohne dass damit die Ziele, die die InsO verfolgt (schnelle Sanierung, „Bereinigung“ der Volkswirtschaft), irgendwie gefördert oder auch nur ansatzweise verfolgt werden können.

Das System der GKV wird durch die Anwendung der InsO an keinem Punkt verbessert oder gar „zukunftsfähiger“, sondern die vom BVerfG aus dem Grundgesetz abgeleitete Verantwortlichkeit der GKV für eine lückenlose Leistungsgewährung (wie sie auch dem GKV-WSG als Versprechen zugrunde liegt) wird beschädigt.