

Professor Dr. Gregor Thüsing, LL.M. · Adenauerallee 8a · 53113 Bonn

Frau
Dr. Martina Bunge, MdB
Deutscher Bundestag
Platz der Republik 1
11011 Berlin

**Institut für Arbeitsrecht
und Recht der Sozialen
Sicherheit**

**Direktor: Professor
Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
(Harvard), Attorney-at-Law (NY)**

Adenauerallee 8a
53113 Bonn
Sekretariat:
Sabine Neßhöver-Uessem
Tel.: 0228/73-7961
Fax: 0228/73-7962
sekretariat.thuesing@jura.uni-
bonn.de
<http://www.jura.uni-bonn.de>

Bonn, den 12.09.08

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der
Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG)
(BT-Drs 16/9559)**

Sehr geehrte Frau Dr. Bunge,

für die Einladung, als Sachverständiger zum o. g. Gesetzesentwurf Stellung zu nehmen, danke ich recht herzlich. Anders als erwartet bin ich jedoch leider durch einen kollidierenden Termin verhindert. Als stellvertretender Abteilungsvorsitzender des Deutschen Juristentages ist am 24.09.2008 meine Anwesenheit in Erfurt leider zwingend erforderlich. Da Sie ohnehin 55 Verbände in vier Stunden anhören wollen (pro Verband 4,1 Minuten), hoffe ich Ihnen das, was ich in gut 250 Sekunden zu sagen hätte, lauch schriftlich übermitteln zu können. Das Gesetz soll den in § 171b SGB V formulierten Auftrag erfüllen und seine Grundlage ist das GKV-WSG, dessen Ziele nun technisch umgesetzt werden sollen. Wer sich mit den Zielen und Absichten des GKV-WSG identifiziert wird daher auch die folgenden Regelungen für richtig halten. Handwerklich scheinen sie mir im Wesentlichen geglückt, so dass ich mich auf einige wenige Punkte beschränken darf.

I. Begrenzter Ansatz des Gesetzes

Anliegen des Gesetzes ist es entsprechend seiner Begründung alle gesetzlichen Krankenkassen in den Anwendungsbereich der Insolvenzordnung zu überführen. Bislang gilt die Insolvenzordnung allein für bundesunmittelbare Krankenkassen, was zu ungleichen

wettbewerblichen Ausgangspositionen führt. Es ist richtig, dass diese finanziell bedeutsamen Ungleichbehandlungen durch die Herstellung der Insolvenzfähigkeit aller Krankenkassen beseitigt werden, doch ist dies wohl nur der erste Schritt. Kollege *Steinmeier* aus Münster hat jüngst in einem sehr lesenswerten Beitrag dargestellt, dass das Spannungsverhältnis zwischen Sozialrecht, Haftung und Insolvenz durch § 171b SGB V und seine Folgeregelung bislang nur unvollkommen gelöst ist (NZZ 2008, S. 393 ff.). Es gilt den passenden Brückenschlag zum Aufsichtsrecht zu finden. Er verweist hier insbesondere im vergleichenden Pendelblick auf das Recht der privaten PKV. Dabei zeigt sich, dass im Bereich der privaten Krankenversicherung ein effektives System geschaffen ist, dass eine Insolvenz zwar grundsätzlich nicht ausschließt, weil dies bei einem Wirtschaftsunternehmen immer auch im Wesen inbegriffen ist, diese Möglichkeit aber einbindet in ein System einer durchaus engmaschigen Aufsicht, deren Aufgabe es unter anderem ist, Insolvenzen gerade zu verhindern. Hier wird deutlich, dass im Bereich der privaten Versicherungswirtschaft Insolvenz und Aufsicht eng miteinander verzahnt sind. § 88 und 89 VAG stellen sicher, dass Kollisionen zwischen Aufsicht und Organen des Insolvenzverfahrens vermieden werden und außerdem die Aufsicht die Möglichkeit hat durch geeignete Maßnahmen noch eine Sondierung herbei zu führen. Überträgt man diese Gedanken und Erfahrungen auf die gesetzlichen Krankenkassen, so ergibt sich deutlich, dass man in der gesetzlichen Krankenversicherung etwas einführen will (umfassende Insolvenzfähigkeit), was man in der privaten Krankenversicherung zwar vorsieht, dessen Eintritt aber durch eine Reihe von Instrumenten gerade verhindert wird. Auch hier wäre also die konsequentere Einbettung der Insolvenzfähigkeiten in einem System der Insolvenzverhinderung durch eine modifizierte Rolle der Aufsicht sinnvoll und möglich. Mag dies zum jetzigen Verfahrenszeitpunkt auch gesetzgeberisch nicht mehr realisierbar sein, so sollte dies doch als Perspektive des Gesetzgebers, der einen etwas längeren Atem hat, vor Augen bleiben: „Eine von den Rahmenbedingungen der Aufsicht losgelöste Insolvenzfähigkeit führt in die Irre“ (*Steinmeier*, NZZ 2008, S. 401). Es ist fraglich, ob die in § 172 SGB V vorgesehenen Regelungen hierzu ausreichen. § 88 Abs. 1 VAG ist zwar übertragen, nicht aber – so scheint es mir – das Bündel von Rechten nach § 89 VAG. Dies ist umso bemerkenswerter als im WSG keine Regelung erkennbar ist, die das Insolvenzrisiko der Krankenkassen reduziert. Es sind im Gegenteil zahlreiche Maßnahmen erkennbar, die sogar zu einer deutlichen Erhöhung des Insolvenzrisikos führen können. Der Verlust der Beitragsautonomie mit Ausnahme der „kleinen Pauschale“ und die erheblichen finanziellen Risiken in Verbindung mit der künftigen Mittelzuweisung aus dem Gesundheitsfond sind aber nur zwei Maßnahmen von großer Bedeutung (der PKV-Verband weißt hierauf ebenso in seiner Stellungnahme hin).

II. Zu weit gehende Regelung des Gesetzes

Dem gegenüber gibt es einzelne Regelungen, die wohl über das Ziel hinaus schießen. Ein kleinerer Punkt, der aber dennoch beachtet werden sollte, kann ausführlicher in der

Stellungnahme des Vereins Betriebskrankenkassen im Unternehmen e.V. nachgelesen werden. Er betrifft die Erfassung einer betriebsbezogenen BKK im Insolvenzfall anderer Krankenkassen. Hier wird zu Recht auf die Gefahr doppelter Haftungssysteme hingewiesen. Für nicht-geöffnete BKK'n haftet das Trägerunternehmen (§ 155 Abs. 4 SGB V). Aufgrund der Einstandspflicht des Trägerunternehmens begründen diese BKK'n in einem eventuellen Insolvenzfall somit nur dann ein Haftungsrisiko für die übrigen Krankenkassen, wenn auch das Trägerunternehmen insolvent wird. Für den wichtigsten Insolvenzfall – die Altersversorgungsverpflichtung der Mitarbeiter – ist hier aber regelmäßig bereits eine Sicherung durch den Personensicherungsverein gegeben, da das Personal in der Regel von der Trägergesellschaft gestellt wird. Aus diesen Gründen sollte die Politik ernsthaft erwägen, diese Kassen analog zu den landwirtschaftlichen Krankenkassen, von der Haftung im Insolvenzfall gesetzlich auszuschließen. Auf die Inkonsequenz der vorgesehenen Regelung verweist auch die Stellungnahme des GKV-Spitzenverbandes vom 10.09.08, S. 25.

III. Altersgrenze für Vertragsärzte

Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung nicht enthalten (jedoch aufgenommen in die Stellungnahme des Bundesrates auf BR-Drs. 342/08 vom 04.07.08), ist eine Streichung des § 95 Abs. 7 S. 3-9 SGB V und der dortigen Regelung zur Altersgrenze der an der vertragsärztlichen und vertragszahnärztlichen Versorgung teilnehmenden Leistungserbringer vorgesehen. Die Streichung der Regelung ist sinnvoll, insbesondere auch im Hinblick auf die Umsetzungsverpflichtung aus RL 2000/78/EG. Danach ist eine Benachteiligung wegen des Alters unzulässig, so weit nicht ein legitimes Ziel dies rechtfertigt, das verhältnismäßig verfolgt wird. Hieran mag es fehlen (s. auch Vorlage SG Dortmund vom 25.06.08 – S 16 KA 117/07; ausführlich *Boecken*, Die Altersgrenze von 68 Jahren für Vertragsärzte aus EG-rechtlicher Sicht, NZS 2005, S. 393; vorsichtig bejahend noch *MünchKomm/Thüsing* § 10 AGG Rn. 32). Der Gesetzgeber mag dabei erwägen, die vom Deutschen Anwaltverein vorgeschlagenen Übergangsregelungen mit zu verabschieden. Eine solche Regelung dient der systemkonformen Abfederung der Streichung der bislang unflexiblen Altersgrenze.

Mit freundlichen Grüßen



(Professor Dr. Gregor Thüsing, LL.M.)