Berlin, 7. Mai 2008
Stellungnahme Nr. 25/2008

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Ausschuss Sozialrecht

zum
Referentenentwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung – Stand 23.04.2008, 15.30 Uhr

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
- Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
- Arbeitsgruppe Arbeit und Soziales der Fraktion CDU/CSU im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppe Arbeit und Soziales der Fraktion der SPD im Deutschen Bundestag
- Arbeitskreis Arbeit und Soziales der FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Arbeitskreis 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
- Die Sozialgerichtsbarkeit

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.

1. Die GKV ist nach der ständigen Rechtsprechung Teil der „mittelbaren Staatsverwaltung". Als solche unterliegt sie verfassungsrechtlichen Pflichten, so dass Versicherte mit dem Vortrag, in ihren Grundrechten verletzt zu sein, letztinstanzlich das BVerfG gegen Entscheidungen der KK anrufen können (u. a. BVerfG Beschl. vom 06.12.2005 – 1 BvR 347/98 – NJW 2006, 891). Die einzelne Krankenkasse kann sich dagegen nicht auf Grundrechtspositionen gegenüber dem Staat berufen, wie sie etwa Privatunternehmen eigen sind (u. a. BVerfG Beschl. vom 09.06.2004 – 2 BvR 1248/03 – SozR4-2500 § 266 Nr. 7). „Unternehmerische Entscheidungen" kann und darf die einzelne Kasse nur in dem Rahmen treffen, den das Gesetz (gegebenenfalls in Verbindung mit Richtlinien, Verordnungen etc.) definiert. Daran ändert nichts die Tatsache, dass jede einzelne Kasse die Beiträge „ihrer Versicherten" treuhänderisch zu verwalten hat.

Die Finanzierung der GKV ist gekennzeichnet durch das **Umlageprinzip**, sprich: Beitragserhebung exakt in dem Umfang, in dem aktuell die gesetzlich vorgesehenen Ausgaben zu decken sind. Das Gesetz knüpft in § 220 an die Deckung des Haushalts, d.h. den Ausgleich innerhalb eines Jahres an. Dieses System der umlagefinanzierten Sozialversicherung hat sich bewährt und steht auch unter der Geltung des Gesundheitsfonds nicht zur Disposition.

Daraus folgt: Mit der Einführung des Gesundheitsfonds zum 01.01.2009 ändern sich die Grundlagen der Finanzierung ebenso wenig wie die des Leistungsrechts. Das von der GKV zu realisierende Niveau der Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen wird eher steigen, und zwar in Abhängigkeit u.a. von der Morbidität, medizinischen Innovationen und ggf. gesundheitspolitischen Entscheidungen (z.B. betreffend Rationierung). An diesem Diskurs wirken die Kassen mit (Stichwort: „Gemeinsame Selbstverwaltung") – jedoch nicht als „Unternehmer", sondern als „Anwälte der Versicherten".

2. Die Herstellung der Insolvenzfähigkeit hat sofort Folgen, die mit dem Ziel einer funktionsfähigen GKV wenig zu tun haben:

- Alle bisher nicht insolvenzfähigen KKen sehen sich sofort höheren Kosten, was die Umlage für das InsG anlangt, ausgesetzt. Wozu diese Umlage, wenn es bei der Schließung bleiben soll, die den Anspruch auf InsG nicht auslöst, und dem Schutz der Arbeitsplätze gem. §§ 155, 164?
- Einige KKen müssen Beiträge an den PSV zahlen und gleichzeitig Deckungskapital für Betriebsrenten bilden, obwohl der PSV im Falle einer Schließung nicht eintrittspflichtig ist.
- **Alle** KKen sehen sich der Forderung nach Sicherheiten ausgesetzt, z.B. Kaution an Vermieter, Bankbürgschaft bei Immobilienkauf etc.

Alles Konsequenzen, die weder mit dem Gebot der Wirtschaftlichkeit noch den Funktionen der GKV als mittelbare Staatsverwaltung korrespondieren.

3. Die für das Insolvenzrecht wesentlichen Regeln und Funktionen werden durch das Gesetz außer Kraft gesetzt, so dass die „Herstellung der Insolvenzfähigkeit“ eigentlich für insolvenzfremde Zwecke herhalten muss:

- Das zentrale Anliegen der InsO, nämlich eine frühzeitige Reaktion auf die Überschuldung, wird durch § 171b außer Kraft gesetzt, weil nur die Aufsicht antragsbefugt ist und dies auch erst nach 3 Monaten, in denen auch der letzte Cent verbraucht ist.
- Die InsO zielt auf eine Gleichbehandlung **aller Gläubiger**, während § 171d einzelne Betriebsrentner privilegiert (zu Lasten der Wettbewerber-Kassen). Was haben die Wettbewerber-Kassen mit Betriebsrentenzusagen aus der Zeit vor dem 31.12.2009 zu tun? Dieses Risiko haben bisher die Länder getragen und nicht die anderen KKen.
- § 171d Abs. 5 privilegiert – zu Recht! – Versicherte und Leistungserbringer (incl. freiwillig Versicherter und Arzneimittel).
- Verlierer bei der Insolvenz sind also die Banken mit ihren Krediten, Lieferanten und die Mitarbeiter der Kassen, deren Insolvenzverwalter außerordentlich kündigen kann (und muss, da ja die Schließung mit Fusion schon zuvor gescheitert ist!).

4. Der Insolvenzantrag „rechnet“ sich, wenn

- die KK hohe Außenstände (insbesondere bei Banken, Lieferanten und anderen Gläubigern, z.B. wegen Immobilienerwerb) hat und Personal schnell abgebaut werden soll und
- die Insolvenz zumindest auch der „Unterdeckung“ gem. § 220 Abs. 2 SGB V geschuldet ist.

Die Aufsicht wird das ihr nach § 171b Abs. 3 verbleibende Ermessen („soll“) also einerseits von der Belastbarkeit der haftenden Wettbewerber und andererseits von dem Druck der Politik (Stabilität des Beitragssatzes) abhängig machen. Beides Aspekte, die mit den originären Aufgaben der GKV ebenso wenig konform gehen wie mit den Zielen der InsO.

Zu klären ist, wieweit der Aufsicht bei der Entscheidung Schließung oder Insolvenz wirklich die Unabhängigkeit zukommt, die den Kernbereich der Aufsicht auszeichnet, oder ob sie hier als Teil der Staatsverwaltung fungiert.

5. Zum 01.01.2009 müssen alle Kassen „entschuldet“ sein. Tatsächlich wird es am 01.01.2009 Kassen geben, die noch erhebliche Bankkredite haben. Gilt nun das Insolvenzrecht mit den strengen Maßstäben der „Überschuldung“ gem. §§ 17 f. InsO? Oder spezifisch sozialversicherungsrechtliche Prognosen?

- Keine Kasse kann im Jahre 2009 ernsthaft abschätzen, in welchem Umfang ihr Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds gutgeschrieben werden, so dass „im Zweifel“ Bankkredite gemäß den strengen Vorschriften der Rechnungslegung zur Überschuldung führen. Eine Schließung und eine Verteilung dieser Bankkredite auf andere Kassen lässt sich auch unter dem Gesichtspunkt des § 171b Abs. 3 nicht rechtfertigen.
- Mit der Intention des Gesetzentwurfs ist es nicht vereinbar, dass es jenseits der §§ 146a, 153 Satz 1 Nr. 3, 163 Satz 1 Nr. 3, 170 SGB V („Leistungsfähigkeit nicht mehr auf Dauer gesichert“) noch einen Eröffnungsgrund i.S. §§ 16 ff. InsO gibt.

Dann wären Insolvenzen in Fällen denkbar, die noch nicht einmal eine Schließung rechtfertigen.

- Auch unter diesen Aspekten dürfte die Strafandrohung in § 307a Abs. 4 auch für den Fall einer „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ unverhältnismäßig und überzogen sein.

Fazit: Wäre es dann nicht konsequent, es beim Ausschluss der Insolvenz zu belassen und

- die Beiträge für InsG, PSV und Kaution zu sparen und
- zu Lasten des Gesundheitsfonds Vorsorge dafür zu treffen, dass einzelne KKen mit ihrer Schließung für die Unterdeckung nach § 220 Abs. 2 zahlen müssen?