

Peter Jabornegg  
Reinhard Resch  
Otfried Seewald

# Insolvenz von Krankenkassen

---

**SozRgespräche**

**2010**

Beiträge zu den  
Deutsch-Österreichischen  
Sozialrechtsgesprächen 2010



**CW Haarfeld**



# **Insolvenz von Krankenkassen**

Herausgegeben von

**O. Univ.-Prof. Dr. Peter Jabornegg**

**Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch**

**Univ.-Prof. Dr. Otfried Seewald**



**CW Haarfeld**

ein Unternehmen von Wolters Kluwer Deutschland

Essen 2010

**Zitiervorschlag:** Autor, in Jabornegg/Resch/Seewald, Insolvenz  
von Krankenkassen (2010) [Seite]

Insolvenz von Krankenkassen  
hrsg. von Peter Jabornegg,  
Reinhard Resch und Otfried Seewald  
Essen: CW Haarfeld, 2010  
ISBN 978-3-7747-1761-9

Printed in Germany

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verarbeitung sowie der Übersetzung vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© 2010 Verlag CW Haarfeld GmbH  
Annastraße 32–36, 45130 Essen  
Telefon 0201. 72095-5500  
E-Mail: [service@cw-haarfeld.de](mailto:service@cw-haarfeld.de)  
[www.cw-haarfeld.de](http://www.cw-haarfeld.de)

## Vorwort

Es entspricht einem allgemeinen Trend, Wettbewerbsstrukturen als Bestandteil einer arbeitsteilig organisierten Wirtschaftsordnung und analoge, der Wirtschaft angemessene Regelungen in das Sozialrecht zu übertragen.

Nachdem in Deutschland das System der gesetzlichen Krankenversicherung wettbewerblich ausgestaltet worden ist – vor allem durch ein Recht der Versicherten, sich für eine Krankenkasse ihrer Wahl zu entscheiden – hat hier der Gesetzgeber zunächst im Jahr 2007 eine Einführungsregelung für die Insolvenzfähigkeit von Krankenkassen im „Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG)“ und im Jahr 2008 konkretisierende Vorschriften im „Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG)“ erlassen. Das neue Recht ist mit Wirkung vom 1. Januar 2010 in Kraft getreten. Damit ist zusätzlich zur bisherigen traditionellen Möglichkeit der „Schließung“ von Krankenkassen, die nicht hinreichend leistungsfähig sind, das neue Regelungsinstrument der Schließung bei Insolvenz getreten.

Bei abstrakter Betrachtungsweise hat der Gesetzgeber wettbewerblich-folgerichtig gehandelt. Konkret sind diesbezüglich rasch Zweifel geäußert worden. Vor allem die weitgehende Beseitigung des Beitragswettbewerbs durch die Einführung des Gesundheitsfonds zum 1. Januar 2009 und die sehr geringen Möglichkeiten eines Leistungswettbewerbs zwischen den Krankenkassen nähren den Verdacht eines Wettbewerbseuphemismus.

Gleichwohl lohnt die Frage nach der vom Gesetzgeber beabsichtigten „sozialstaatlichen Modernisierung des Gesundheitswesens“ und einigen damit zusammenhängenden wesentlichen Problemen.

In ihrer traditionell länder- und rechtsvergleichenden Perspektive haben sich die Deutsch-Österreichischen Sozialrechtsgespräche 2010 mit dieser Thematik auseinandergesetzt; die beiderseitigen Überlegungen und Erfahrungen sind in den hiermit veröffentlichten Vorträgen sowie in den Diskussionen zwischen Referenten und Tagungsteilnehmern erörtert worden.

Die Veranstalter, zugleich die Herausgeber des vorliegenden Tagungsbands, danken herzlich den Referenten aus Wissenschaft und Praxis! Ein weiterer wichtiger Dank gilt unseren Kooperationspartnern aus dem Bereich der Krankenversicherung, der AOK Bayern – die Gesundheitskasse, der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse sowie dem Verlag CW Haarfeld (Essen), der insbesondere durch die Erstellung dieses Tagungsbands zur Bereicherung der sozialrechtlichen Diskussion und des internationalen Erfahrungsaustausches beiträgt. Ohne diese Partner – zu nennen ist in diesem Zusammenhang auch die Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung (Wien), die den österreichischen Band der Sozialrechtsgespräche betreut – wären weder die Deutsch-Österreichischen Sozialrechtsgespräche 2010 noch die vorangegangenen realisierbar gewesen.

Passau, im Dezember 2010

O. Univ.-Prof. Dr. Peter Jabornegg  
Univ.-Prof. Reinhard Resch  
Univ.-Prof. Dr. Otfried Seewald

## Herausgeber

*O. Univ.-Prof. Dr. Peter Jabornegg*  
Johannes Kepler Universität Linz  
Institut für Arbeits- und Sozialrecht  
Altenberger Straße 69, A-4040 Linz

*Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch*  
Johannes Kepler Universität Linz  
Institut für Recht der sozialen Daseinsvorsorge  
und Medizinrecht  
Altenberger Straße 69, A-4040 Linz

*Univ.-Prof. Dr. Otfried Seewald*  
Universität Passau  
Juristische Fakultät  
Innstraße 39, D-94032 Passau

---

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort .....	III
Autorenverzeichnis .....	VI
Abkürzungsverzeichnis .....	VII
<i>Eveline Artmann</i>	
Der Tatbestand der Überschuldung als Voraussetzung für Insolvenz aus österreichischer Sicht .....	1
<i>Dieter Paschinger</i>	
Liquiditäts- und Finanzierungsmanagement am Beispiel der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse (OÖGKK) .....	17
<i>Dirk Uwer</i>	
Insolvenz von Krankenkassen – frühere und derzeitige Rechtslage in Deutschland .....	25
<i>Robert Rebhahn</i>	
Aspekte zur Insolvenzfähigkeit von Krankenversicherungsträgern aus österreichischer Sicht .....	41
<i>Gerhard Vieß</i>	
Schließungsverfahren und Insolvenzverfahren in Deutschland .....	65
<i>Gerhard Vieß</i>	
Regelungen zur Vermeidung von Insolvenzen und Schließungen von Krankenkassen in Deutschland .....	79
<i>Knut Müller</i>	
Auswirkungen von Insolvenz oder Schließung auf die Ansprüche des Personals gegenüber den Krankenkassen in Deutschland .....	85
<i>Günter Porsch</i>	
Haftungsverantwortung und Haftungsvermeidung aus österreichischer Sicht .....	97

## Autorenverzeichnis

*Univ.-Prof. Dr. Eveline Artmann*  
Johannes Kepler Universität Linz  
Institut für Unternehmensrecht  
Altenberger Straße 69, A-4040 Linz

*Mag. Dieter Paschinger*  
Oberösterreichische Gebietskrankenkasse  
Ressourcen und Information  
Abteilung Finanzen  
Gruberstraße 77, A-4021 Linz

*RA Dr. Dirk Uwer LL. M.*  
HengelerMueller  
Benrather Straße 18-20, D-40213 Düsseldorf

*Univ.-Prof. Dr. Robert Rebhahn*  
Universität Wien  
Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien

*RegDirektor Dr. Gerhard Vieß*  
Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung  
Dienstszitz Bonn:  
D-53107 Bonn (Postanschrift)  
Dienstszitz Berlin:  
D-11055 Berlin (Postanschrift)

*RA Dr. Knut Müller*  
Rechtsanwälte. Kanzlei für Arbeitsrecht.  
Wolfratshausener Straße 50, D-81379 München

*Dr. Günter Porsch*  
Bundesministerium für Gesundheit  
Sektion II – Recht und Gesundheitlicher Verbraucherschutz  
Radetzkystraße 2, A-1030 Wien

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	= andere Auffassung
a.a.O.	= am angegebenen Ort
ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
a.F.	= alte Fassung
ASVG	= Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
BB	= Betriebsberater (Zeitschrift)
BetrAVG	= Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKK	= Betriebskrankenkasse
B-KUVG	= Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz
BlgNR	= Beilage(n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BÖB	= BÖB-Journal BILANZBUCHHALTER (Zeitschrift)
BSVG	= Bauern-Sozialversicherungsgesetz
BT-Drucks.	= Bundestagsdrucksache
BverfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
dAktG	= Deutsches Aktiengesetz
DB	= Der Betrieb (Zeitschrift)
dGmbHG	= (deutsches) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)
dInsO	= Deutsche Insolvenzordnung
DRdA	= Das Recht der Arbeit (Zeitschrift)
EBRV	= Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ecolex	= Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EKEG	= Eigenkapitalersatz-Gesetz
EO	= Exekutionsordnung (Teil des Zwangsvollstreckungsverfahrens im österreichischen Zivilverfahrensrecht)
EvBl	= Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen = in der Österreichischen Juristenzeitung
FENIN	= Federación de Empresas de Tecnología Sanitaria
FMSStG	= Finanzmarktstabilisierungsgesetz
Fn.	= Fußnote
FS	= Festschrift
F-VG	= Finanzverfassungsgesetz
GenG	= Genossenschaftsgesetz
GeS	= Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
GSBG	= Gesundheits- und Sozialbereich-Beihilfengesetz

GesR	= GesR GesundheitsRecht (Zeitschrift)
GesRZ	= Der Gesellschafter. Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GIRÄG 2003	= Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003
GKV-WSG	= GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz
GKV-OrgWG	= Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung
going-concern	= Fortführungsprinzip (Begriff aus dem Rechnungswesen)
GSVG	= Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz
h.A.	= herrschende Ansicht
HaRÄG	= Handelsrechts-Änderungsgesetz
HGB	= Handelsgesetzbuch
h.L.	= herrschende Lehre
h.M.	= herrschende Meinung
i.d.g.F.	= in der geltenden Fassung
i.d.R.	= in der Regel
i.d.S.	= in diesem Sinn
IDW PS	= IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer) Prüfungsstandard
IKK	= Innungskrankenkasse
InsO	= Insolvenzordnung
IRÄG	= Insolvenzrechtsänderungsgesetz
i.S.d.	= im Sinn des
i.V.m.	= in Verbindung mit
i.w.S.	= im weiteren Sinn
JB1	= Juristische Blätter (Zeitschrift)
KO	= Konkursordnung
Krida	= (Betrügerische) Krida: betrügerische Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit (Österreich)
KWG	= Gesetz über das Kreditwesen
KWT	= Kammer der Wirtschaftstreuhänder
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	= Medizinrecht (Zeitschrift)
MoMiG	= Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
n.F.	= neue Fassung
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NZI	= Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
NZS	= Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OGH	= der Oberste Gerichtshof
ÖBA	= Österreichisches Bankarchiv (Zeitschrift)

---

ÖGZ	= Österreichische Gemeinde-Zeitung
OÖGKK	= Oberösterreichische Gebietskrankenkasse
ÖZW	= Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
RegE InsO.	= Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Insolvenzordnung
RGBI	= Reichsgesetzblatt
RIS	= Rechtsinformationssystem des Bundes (Österreich)
Rn.	= Randnummer
RSAV	= Verordnung über das Verfahren zum Risikostrukturausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung (Risikostruktur-Ausgleichsverordnung – RSAV)
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
Rz.	= Randziffer
SGb	= Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
Slg	= vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) herausgegebene amtliche Sammlung von Gerichtsentscheidungen des EuGH (Teil 1) und des Gerichts Erster Instanz (Teil 2)
SWK	= Steuer- und Wirtschaftskartei (Zeitschrift für österreichisches Steuer- und Wirtschaftsrecht)
SRÄG	= Sozialrechtsänderungsgesetz
SVRV	= Verordnung über den Zahlungsverkehr, die Buchführung und die Rechnungslegung in der Sozialversicherung
SWK	= Steuer- und Wirtschaftskartei (Zeitschrift)
SZ	= Sammlung Zivilsachen: Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
UG	= Universitätsgesetz
UGB	= Unternehmensgesetzbuch
VAG	= Versicherungsaufsichtsgesetz
VfGH	= Verfassungsgerichtshof
VfSlg	= Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes, Neue Folge (1921-1933, 1946 ff)
VSSR	= VSSR – Vierteljahresschrift für Sozialrecht
wbl	= Wirtschaftsrechtliche Blätter: Zeitschrift für europäisches und österreichisches Wirtschaftsrecht
WKO	= Wirtschaftskammer Österreich
ZESAR	= Zeitschrift für europäisches Arbeits- und Sozialrecht
ZIK	= Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZinsO	= Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	= Zeitschrift für Wirtschaftsrecht



## **Der Tatbestand der Überschuldung als Voraussetzung für die Insolvenz aus österreichischer Sicht**

*Univ.-Prof. Dr. Eveline Artmann, Universität Linz*

### **I. Einleitung**

Das österreichische Insolvenzrecht unterscheidet zwei bzw. drei Tatbestände, bei deren Vorliegen ein Insolvenzverfahren eröffnet werden muss bzw. kann. Nach § 66 IO setzt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners voraus; bei bestimmten Rechtsträgern ordnet überdies § 67 IO an, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch bei Überschuldung stattfindet. Nach § 167 Abs. 2 IO kann ein Insolvenzverfahren, das dann als Sanierungsverfahren zu bezeichnen ist, bei drohender Zahlungsunfähigkeit beantragt werden.

Die drei Insolvenzauslösetatbestände unterscheiden sich demnach einerseits in ihrem Anwendungsbereich und in ihrer Funktion. Während die Zahlungsunfähigkeit bei allen Rechtsträgern die Verpflichtung zur Stellung eines Insolvenzantrags auslöst, kommt der Tatbestand der Überschuldung nur bei sogenannten verdeckten Kapitalgesellschaften, also eingetragenen Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, bei juristischen Personen und bei Verlassenschaften, die nach heutigem allgemeinem Verständnis ebenfalls als juristische Person zu qualifizieren sind<sup>1</sup>, in Betracht<sup>2</sup>. Sonstige Personengesellschaften und natürliche Personen sind hingegen vom Insolvenzgrund der Überschuldung nicht erfasst.

Der Begriff der juristischen Person erfasst sowohl jene des Privatrechts wie etwa AG und GmbH als auch jene des öffentlichen Rechts, soweit diese insolvenzfähig sind. Zu letzteren zählen nach h.A. insbesondere die Gemeinden<sup>3</sup>, Sozialversicherungsträger<sup>4</sup> und etwa auch die „ausgliederten“ Universitäten nach dem UG 2002<sup>5</sup>. Bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts hat der Konkurs allerdings nicht die Auflösung und Vollbeendigung der juristischen Person zur Folge<sup>6</sup>. In funktioneller Hinsicht verpflichten Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung den Schuldner, einen Insolvenzantrag zu stellen; sie geben dem Gläubiger das Recht, selbst einen Insolvenzantrag für das Unternehmen zu stellen und somit gegen den Willen des Schuldners das Insolvenzverfahren herbeizuführen. Die drohende Zahlungsunfähigkeit bildet hingegen nur einen Grund zur Eröffnung eines Sanierungsverfahrens und zieht keine Verpflichtung des Schuldners nach sich, einen Antrag auf Eröffnung dieses Verfahrens zu stellen. Insofern kann der Schuldner freiwillig ein Sanierungsverfahren herbeiführen, während der Gläubiger keinerlei Möglichkeit besitzt, dies bereits in diesem Stadium zu tun. Für ihn besteht nur die Möglichkeit, bei Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit das Insolvenzverfahren auszulösen.

### **II. Praktische Bedeutung der Insolvenzgründe**

Die praktische Bedeutung der Insolvenzgründe liegt zunächst in ihrer Eigenschaft als „Auslösekriterium“ für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Liegt Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vor, besteht nach § 69 Abs. 2 IO „ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber sechzig Tage“ nach deren Eintritt, die Verpflichtung, einen Insolvenzantrag zu stellen. Wird die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens mit Eigen-

verwaltung sorgfältig betrieben, so ist der Antrag nicht schuldhaft verzögert (§ 6 P Abs. 2 Satz 2 IO). Diese trifft bei Gesellschaften oder juristischen Personen nach § 69 Abs. 3 IO die vertretungsbefugten Organe, somit bei der AG den Vorstand, bei einer GmbH den Geschäftsführer, bei einer SE den Verwaltungsrat, bei einer Genossenschaft den Vorstand, bei einer GmbH & Co. KG den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und bei einer Privatstiftung den Vorstand. Wenn der Rechtsträger bereits aufgelöst ist, trifft den Liquidator diese Verpflichtung. Kommt ihr das zuständige Organ nicht nach, kann daraus eine Haftung wegen Insolvenzverschleppung resultieren. Dies bedeutet für die Organmitglieder, dass sie bei schuldhafter Verletzung der Verpflichtung, rechtzeitig den Insolvenzantrag zu stellen, eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft bzw. des Rechtsträgers trifft (§ 69 IO i.V.m. § 1311 ABGB)<sup>7</sup>. Dabei ist bei Altgläubigern – also solchen, die bereits vor der Insolvenzverschleppung Gläubiger des Rechtsträgers waren – der sogenannte Quotenschaden zu ersetzen: jener Schaden, der durch die Verringerung der Befriedigungsquote entstanden ist<sup>8</sup>. Bei Neugläubigern hingegen ist der sogenannte Vertrauensschaden zu ersetzen, somit jener Schaden, der dadurch eingetreten ist, dass der Gläubiger nach Eintritt der Insolvenzantragspflicht mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen getreten ist<sup>9</sup>.

Eine Haftung kann sich zudem aus § 159 StGB ergeben, obwohl die Insolvenzverschleppungshaftung selbst seit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2000<sup>10</sup>, durch die der Tatbestand der fahrlässigen Krida durch jenen der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen abgelöst wurde, nicht mehr von § 159 StGB erfasst ist. Potenzielle Haftungen könnten aber aus den Tatbeständen des „außergewöhnlich gewagten Geschäfts“ (§ 159 Abs. 5 Z 2 StGB) oder des „übermäßigen Aufwands“ (Z 3) resultieren<sup>11</sup>. Daneben können sich weitere haftungsrechtliche Konsequenzen aufgrund gesellschaftsrechtlicher Regelungen ergeben, etwa aufgrund § 25 GmbHG oder § 84 AktG, die jeweils zu einer Innenhaftung des Geschäftsleitungsorgans gegenüber der Gesellschaft führen. Zu ersetzen ist hier der Schaden, der durch die Verzögerung der Insolvenzeröffnung erfolgt (Masseverringerung). Haben die Aufsichtsratsmitglieder ihre Überwachungspflichten verletzt, kann auch sie eine Haftung treffen<sup>12</sup>. Haben die Gesellschafter etwa durch eine – wenn auch rechtswidrige und somit nichtige – Weisung den Geschäftsführer von der Stellung des Insolvenzantrages abgehalten<sup>13</sup> oder in sonstiger Weise auf das Verhalten der Organe Einfluss genommen<sup>14</sup>, können sich für die Gesellschafter ebenfalls haftungsrechtliche Konsequenzen ergeben.

Den Tatbeständen der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung kommt auch im Hinblick auf die Insolvenzanfechtung (§§ 30 und 31 IO) Bedeutung zu. Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass für § 30 IO das objektive Vorliegen des Insolvenzgrundes genügt, ohne dass es auf die Erkennbarkeit des Anfechtungsgegners oder gar dessen Kenntnis ankommt. § 31 IO stellt hingegen sehr wohl auf die Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis des Anfechtungsgegners ab. Insofern ist es auch für potenziell von einer Anfechtung in einem späteren Insolvenzverfahren betroffene Geschäftspartner des in der Krise befindlichen Unternehmens (wie etwa Banken, Lieferanten, Sozialversicherungsträger, Abgabegläubiger) notwendig, sich mit dem Tatbestand der Überschuldung auseinanderzusetzen<sup>15</sup>. Der Vorwurf der fahrlässigen Unkenntnis kann ausgeschlossen werden, wenn dem Gläubiger eine positive Fortführungsprognose vorgelegt wurde<sup>16</sup>.

Für den betroffenen Unternehmer ist die Frage, ob Zahlungsunfähigkeit bzw. eine Überschuldung vorliegt, noch in anderen Zusammenhängen von Bedeutung, etwa im Bereich des Rechnungswesens<sup>17</sup>, im Hinblick auf die Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrates sowie die Prüfpflichten des Abschlussprüfers oder für die Frage nach eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen.

### **III. Zahlungsunfähigkeit**

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit wird im österreichischen Recht – anders als in Deutschland (vgl. § 17 dInsO<sup>18</sup>) – nicht definiert. In § 66 Abs. 2 und 3 IO werden nur zwei Präzisierungen vorgenommen: Zahlungsunfähigkeit liegt insbesondere – aber eben nicht nur – vor, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt. Die Zahlungsunfähigkeit setzt nicht voraus, dass Gläubiger andrängen. Der Umstand, dass der Schuldner Forderungen einzelner Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt hat oder noch befriedigen kann, begründet für sich allein nicht die Annahme, dass er zahlungsfähig ist.

Nach der in der Literatur und der Rechtsprechung herausgearbeiteten Konkretisierung liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner mangels vorhandener Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, (alle) seine fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen und sich die dafür erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann<sup>19</sup>. Insofern wird von einem statischen Begriff der Illiquidität ausgegangen, der auf einen Zeitpunkt und nicht auf einen Zeitraum (dynamischer Begriff<sup>20</sup>) abstellt. Gewisse prognostische Elemente sind aber notwendig, um die Zahlungsunfähigkeit von einer bloßen „Zahlungsstockung“ auf der einen Seite und einer unredlichen „Loch-auf-Loch-zu-Politik“ auf der anderen Seite abzugrenzen. Mit letzterem Begriff wird sehr plastisch jene Vorgangsweise umschrieben, in der der Schuldner Kreditmittel aufnimmt, um fällige Verbindlichkeiten zu zahlen, die wiederum nur durch weitere Kreditmittel zurückbezahlt werden können<sup>21</sup>. Zahlungsstockung liegt vor, wenn innerhalb angemessener Frist die ausstehenden Verbindlichkeiten beglichen werden können und in der Folge wiederum pünktlich bezahlt wird.

Der Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit, der zur Eröffnung eines Sanierungsverfahrens berechtigt, ist ebenso wenig im Gesetz definiert. Sein Inhalt erschließt sich aber aus der Definition der Zahlungsunfähigkeit und der dementsprechenden Prognose, dass in näherer Zukunft mit dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu rechnen ist<sup>22</sup>. I. d. S. ist auch in Deutschland nach § 18 InsO die drohende Zahlungsunfähigkeit dann gegeben, wenn der Schuldner nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungsverpflichtungen im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.

### **IV. Überschuldung**

Nach § 67 IO muss bei bestimmten Rechtsträgern auch bei Überschuldung ein Insolvenzverfahren eröffnet werden. Wie die Materialien zur KO aus dem Jahr 1914<sup>23</sup> ausführen, liegt der Grund für diesen zusätzlichen Insolvenzgrund darin, dass dort, „wo die Persönlichkeit des Schuldners, seine Arbeitskraft, seine Fähigkeiten, sein Kredit und überhaupt die in Geld nicht schätzbaren Äußerungen der Persönlichkeit für die Gestaltung seiner wirtschaftlichen Lage in Betracht kommen“, eine Überschuldung an

sich noch keine Gefährdung der Rechte der Gläubiger sei; „nur dort, wo diese persönlichen Momente fehlen und die Deckung der Schulden lediglich in dem Aktivvermögen ruht“, sei es gerechtfertigt, die Überschuldung zum Insolvenzgrund zu machen.

Bei natürlichen Personen kann die persönliche Leistungsfähigkeit bewirken, dass trotz Überschuldung noch keine Gefährdung für die Gläubiger besteht, da bis zur Fälligkeit die nötigen Geldmittel erworben werden. Bei Rechtsträgern aber, bei denen „lediglich eine Sachhaftung für die vorhanden Schulden besteht“, bedeute die Überschuldung den sicheren Eintritt der Zahlungsunfähigkeit<sup>24</sup>. Insofern sollte mit der Einführung des Insolvenzgrundes der Überschuldung zum Schutz der Gläubiger auf einen im Gegensatz zur Zahlungsunfähigkeit „zeitlich früheren, der tatsächlichen Lage angemessenen Zeitpunkt“ abgestellt werden. Im Interesse der Gläubiger ermöglicht dieser Tatbestand eine frühere Verfahrenseröffnung, da ein Vermögensträger – etwa aufgrund von Kreditierung von Banken oder Lieferanten – zwar zahlungsfähig, dennoch aber überschuldet sein kann. Damit soll erreicht werden, dass im Insolvenzverfahren noch ein „zur Fortführung und Sanierung des Unternehmens ausreichendes Vermögen zur Verfügung steht“<sup>25</sup>. Freilich darf dabei nicht übersehen werden, dass der Gesetzgeber mit dieser Differenzierung zwischen beschränkt haftenden und anderen Rechtsträgern eine typisierende Betrachtung<sup>26</sup> vornimmt, die mit den realen Gegebenheiten und insbesondere der Gefährdungslage für die Gläubiger nicht immer übereinstimmt. Denn § 67 IO findet auch dann keine Anwendung, wenn es sich um eine gesetzestypische Personengesellschaft handelt, bei der der einzige Komplementär eine natürliche Person ist und diese bereits selbst insolvent ist, sodass in Wahrheit den Gläubigern wiederum nur ein beschränkter Haftungsfonds zur Verfügung steht. Eine analoge Anwendung des § 67 IO kommt wohl nur in echten Missbrauchsfällen vor, in denen etwa eine vermögenslose Person zum Komplementär bestellt wird, um die Anwendbarkeit von § 67 IO zu verhindern<sup>27</sup>.

Ebenso wie der Begriff der Zahlungsunfähigkeit ist der Begriff der Überschuldung weder in der IO noch in anderen österreichischen Gesetzen näher umschrieben. Der Gesetzgeber hielt eine Definition wegen „ziemlich feststehender Ergebnisse der Wissenschaft“ für überflüssig und wegen mangelnder Elastizität gegenüber dem Einzelfall für entbehrlich und schädlich<sup>28</sup>. Diese Auffassung mag im Jahr 1914 durchaus zutreffend gewesen sein<sup>29</sup>. Die fehlende Definition führte aber in der Folge dazu, dass sich sowohl im rechtswissenschaftlichen als auch im betriebswirtschaftlichen Schrifttum eine Vielzahl von zum Teil sehr gegensätzlichen Meinungen herausgebildet hat<sup>30</sup>. In Deutschland enthielten zwar das Aktien- und GmbH-Gesetz eine Legaldefinition<sup>31</sup>. Diese stellt aber ebenso wie die Formulierung in der Denkschrift zur KO<sup>32</sup>, wonach eine Überschuldung dann vorliegt, „wenn die Summe der (fälligen und nichtfälligen) Schulden die Aktivbestandteile des Vermögens übersteigt“, nur klar, dass der Vermögensvergleich im Zentrum des Begriffs steht. Welche Aktiv- und Passivposten aber zu berücksichtigen sind und wie deren Bewertung zu erfolgen hat, bleibt hingegen offen<sup>33</sup> und führte zu außerordentlich umfangreichen, kontroversen Diskussionen.

Ausgehend von der Umschreibung in der Denkschrift wurde der Überschuldungsbegriff lange Zeit statisch als reiner Vermögensvergleich verstanden, man spricht vom sogenannten statischen Überschuldungsbegriff<sup>34</sup>: Überschuldung lag bereits dann vor, wenn das vorhandene Vermögen die Schulden nicht mehr deckt und zwar nur das

am Stichtag vorhandene Vermögen, ohne dass auf künftige Gewinne oder Schuldendeckung aus dem operativen Geschäft Rücksicht genommen wurde. Zudem erfolgte die Aufstellung des Vermögensstatus zu Liquidationswerten. Dies und die mangelnde Berücksichtigung künftiger Entwicklungen führte oftmals dazu, dass auch über lebensfähige Unternehmen ein Insolvenzverfahren eröffnet werden musste, sofern nicht sofort Eigenkapital – sei es aktiv in Form von Zuschüssen oder passiv durch Forderungsverzicht oder Rangrücktritt von Altgläubigern – zugeführt wurde<sup>35</sup>.

Insofern wurden insbesondere in der deutschen Literatur<sup>36</sup> Versuche unternommen, dynamische Elemente in den Überschuldungsbegriff aufzunehmen, um auf diese Weise Entwicklungspotenziale zu berücksichtigen. Hierbei wurde zunächst versucht, im Überschuldungsstatus Fortführungswerte anzusetzen, was allerdings zumindest bei nicht lebensfähigen Unternehmen dem Gläubigerschutzgedanken diametral zuwiderlief, da diesfalls gerade kein zutreffendes Bild über die tatsächlichen Befriedigungsaussichten für die Gläubiger gezeichnet wird. Nach der Kombinationsmethode<sup>37</sup> sollten daher die Wertansätze im Vermögensstatus von einer Prognose über die Fortführbarkeit des Unternehmens abhängen. Insofern wurde die Lage des Unternehmens, die Möglichkeit von Rationalisierungen oder der Aufnahme von Krediten näher analysiert und je nachdem wurde eine Bewertung going-concern oder zu Liquidationswerten angesetzt. Eine positive Fortführungsprognose führt bei dieser Theorie also nur dazu, dass eine Abkehr von reinen Liquidationswerten zulässig ist und im Vermögensstatus die häufig optimistischeren Fortführungsansätze aufgenommen werden. Ist die Fortführungsprognose hingegen negativ, so sind Liquidationswerte anzusetzen. Ob eine Überschuldung im Sinn des Insolvenzrechts vorliegt, entscheidet daher auch nach der Kombinationsmethode allein der Vermögensvergleich, der je nachdem zu Fortführungs- oder Liquidationswerten aufgestellt wird.

Nun kann es allerdings der Fall sein, dass es trotz des Ansatzes von Fortführungswerten zu einer negativen Überschuldungsbilanz kommt und insofern trotz positiver Prognose das Unternehmen zu liquidieren ist, wodurch sich die Fortführungsprämisse offensichtlich als falsch herausstellt<sup>38</sup>. Insofern wurde die Kombinationsmethode vielfach aufgegeben und durch ein zweistufiges Prüfungsmodell ersetzt:

Die heute in Österreich herrschende Methode beruht auf der Prämisse, dass es für die Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinn nicht allein auf die rechnerische Überschuldung und damit auf den Vermögensstatus ankommt, sondern dass davon getrennt noch die Frage der Lebensfähigkeit des Unternehmens in Form einer Fortführungsprognose zu prüfen sei<sup>39</sup>. Überschuldungsstatus und Entwicklungsprognose werden daher nicht – wie bei der Kombinationsmethode – vermengt. Vielmehr müssen ein Vermögensvergleich zu Liquidationswerten aufgestellt und davon getrennt eine Fortführungsprognose erstellt werden, die – um eine Überschuldung im Sinn des Insolvenzrechts zu begründen – beide negativ ausfallen müssen. Ein negativer Vermögensstatus allein begründet daher keine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinn – unabhängig davon, ob dieser zu Fortführungs- oder zu Liquidationswerten aufgestellt wurde. Insofern wird in der Literatur auch darüber diskutiert, auf den Vermögensstatus gänzlich zu verzichten und nur noch auf die Fortbestehensprognose als alleiniges relevantes Merkmal abzustellen. Dies würde aber zu der Konsequenz führen, dass auch solche Unternehmen einen Insolvenzantrag stellen müssten,

deren Fortführungsprognose negativ ist, obwohl sie noch keine rechnerische Überschuldung aufweisen, was sich de lege lata zu weit vom traditionellen Begriffskern der Überschuldung entfernt<sup>40</sup>.

Mit der Grundsatzentscheidung vom 3. 12. 1986 hat der OGH<sup>41</sup> diesen in der Literatur entwickelten „zweistufigen Überschuldungsbegriff“ übernommen, der mittlerweile auch indirekt vom Gesetzgeber anerkannt wurde. Seit dem GIRÄG 2003<sup>42</sup> wird in § 67 Abs. 3 KO (nunmehr: IO) festgehalten, dass bei der Prüfung der rechnerischen Überschuldung Verbindlichkeiten dann nicht zu berücksichtigen sind, wenn der Gläubiger erklärt, dass er die Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt und dass wegen dieser Verbindlichkeit kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht<sup>43</sup>. Nunmehr differenziert also auch der Gesetzgeber zwischen dem Begriff der Überschuldung im Sinn des Insolvenzrechts und der rechnerischen Überschuldung.

Der in Österreich nun herrschende zweistufige Überschuldungsbegriff, dem auch der von der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, der Wirtschaftskammer Österreich und der KMU Forschung Austria herausgegebene Leitfaden zur Fortbestehensprognose<sup>44</sup> folgt, beruht auf der in Deutschland lange Zeit herrschenden Lehre<sup>45</sup>. Die Judikatur war hingegen sehr zögerlich, und erst 1987 bzw. endgültig 1992 ist der BGH<sup>46</sup> der h. L. gefolgt. Durch die deutsche Insolvenzrechtsreform 1994<sup>47</sup>, die mit 1. 1. 1999 in Kraft getreten ist, machte allerdings der Gesetzgeber ganz bewusst eine strengere Auffassung verbindlich. Nach der gesetzlichen Definition in § 19 Abs. 2 dInsO liegt eine Überschuldung vor, „wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“ Dies bedeutet für die deutsche Praxis, dass eine positive Fortführungsprognose allein nicht zur Abwendung der Insolvenzantragspflicht genügt, vielmehr muss auch ein positiver Vermögensstatus going-concern aufgestellt werden können. Insofern erfolgt durch die Insolvenzrechtsreform eine Rückkehr zur Kombinationstheorie. Zumindest im Ansatz ist dies erheblich strenger als die österreichische Position, und der deutsche Gesetzgeber wollte auch ganz bewusst vom modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff des BGH abweichen<sup>48</sup>. Durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) erfolgte allerdings wegen der Finanz- und Wirtschaftskrise ab dem 19. 10. 2008 eine zunächst zum 31. 12. 2010 befristete Änderung des § 19 Abs. 2 InsO<sup>49</sup>, die kürzlich bis mit 31. 12. 2013 verlängert wurde<sup>50</sup>. Für diese Zeit liegt eine Überschuldung dann vor, „wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich“. Insofern kehrte der deutsche Gesetzgeber zur modifizierten zweistufigen Überschuldungsprüfung zurück, sodass derzeit die Grundlagen der Überschuldungsprüfung in Deutschland und Österreich übereinstimmen.

Demnach erfolgt die Überschuldungsprüfung in zwei Schritten: Zum einen ist zu fragen, ob noch ein Vermögensstatus aufgestellt werden kann, der bei Zugrundelegung von Liquidationswerten eine Schuldendeckung ergibt. Ist dies nicht der Fall, so liegt eine rechnerische Überschuldung vor. In diesem Fall ist dann zum anderen zu fragen, ob eine positive Fortführungsprognose erstellt werden kann. Ist dies auch nicht der Fall, so liegt eine Überschuldung im Sinn des Insolvenzrechts vor. Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, eine bestimmte Prüfungsreihenfolge ist aber nicht einzuhalten, weil Vermögensstatus und Fortführungsprognose voneinander völlig unabhängig sind<sup>51</sup>. Zwar ist die Erhebung einer genauen Datenbasis unabdingbare Voraussetzung für die Erstellung der Fortführungsprognose, da nur bei genauer Kenntnis der aktuellen und künftigen Vermögens- und Liquiditätslage eine verlässliche Prognose erstellt werden kann. Eine auf völlig falschen Ist-Werten aufbauende Prognose ist wertlos, insbesondere wenn es bislang keine seriöse Unternehmensplanung und entsprechende Kostenplanungsrechnung gegeben hat. Ein Status zu Liquidationswerten ist aber für die Erstellung der Fortführungsprognose nicht erforderlich<sup>52</sup>. Dies führt wiederum in der Praxis – insbesondere auch im Hinblick auf die Kosten der Statuserstellung – dazu, dass in aller Regel nur eine Fortführungsprognose erstellt wird.

## **1. Der Vermögensstatus**

Der Vermögensstatus ist eines der beiden Tatbestandsmerkmale der Überschuldung im Sinn des Insolvenzrechts. Mit seiner Hilfe wird geprüft, ob ein Rechtsträger bereits rechnerisch überschuldet ist. Ist dies der Fall, muss durch Aufstellung einer Fortbestehensprognose überprüft werden, ob tatsächlich eine Überschuldung im Sinn des Insolvenzrechts vorliegt. Liegt keine rechnerische Überschuldung vor, muss die Überschuldung im Sinn des Insolvenzrechts bereits auf dieser Stufe verneint werden. Im Vermögensstatus werden die einzelnen aktiven und passiven Vermögenswerte aufgestellt und anhand eines Vermögensvergleichs festgestellt, ob die Passiva durch das Aktivvermögen gedeckt sind oder ob ein Überhang der Schulden besteht. Den Ausgangspunkt für diese Vermögensaufstellung bildet der Jahresabschluss, dessen Werte aber nicht unbesehen übernommen werden können<sup>53</sup>. Vielmehr sind sowohl im Hinblick auf die einzubeziehenden Aktiva und Passiva als auch bezüglich deren Bewertung Anpassungen vorzunehmen.

### **a. Vermögensansatz**

Auf der Aktivseite sind im Überschuldungsstatus alle Vermögenswerte anzusetzen, die im Rahmen der Liquidation verwertet werden können. Die Gegenstände des Anlage- und Umlaufvermögens sind mit dem Wert anzusetzen, zu dem sie wahrscheinlich veräußert werden können (dazu noch unten b.). Auch originäre immaterielle Vermögenswerte, die im Jahresabschluss wegen § 197 Abs. 2 UGB nicht angesetzt werden dürfen, sind in den Status aufzunehmen<sup>54</sup>. Auf der Passivseite sind jene Posten anzusetzen, die eine Verbindlichkeit ausdrücken und mit deren Begleichung tatsächlich zu rechnen ist. Darunter fallen etwa fällige Verbindlichkeiten oder Rückstellungen, sofern tatsächlich eine Inanspruchnahme droht. Nicht anzusetzen sind das Eigenkapital, Kapital- und Gewinnrücklagen sowie der Gewinn/Verlust einschließlich des Gewinn- bzw. Verlustvortrages. Diese Positionen stellen keine „echten“ Passiva dar; ihre Darstellung im Jahresabschluss ist bei Kapitalgesellschaften durch Erwägungen der

Kapitalerhaltung motiviert<sup>55</sup>. Verbindlichkeiten, für die eine Rangrücktrittserklärung abgegeben wurde oder die aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen resultieren, sind nach § 67 Abs. 3 IO nicht zu berücksichtigen. Der Inhalt der Rangrücktrittserklärung ist im Gesetz insofern vorgegeben, als der Gläubiger erklären muss, dass er die Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt und dass wegen dieser Verbindlichkeit kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht<sup>56</sup>.

### **b. Vermögensbewertung**

Die Aufstellung des Vermögensstatus dient dazu, festzustellen, ob bei einer Liquidation des Unternehmens die Gläubiger zur Gänze befriedigt werden können. Daher hat die Bewertung des Vermögens zu Liquidationswerten zu erfolgen<sup>57</sup>. Dabei werden im Vermögensvergleich jene Werte eingesetzt, die bei einer Zerschlagung des Unternehmens wahrscheinlich zu erzielen sind. Diese Liquidationswerte können höher als die (historischen) Anschaffungskosten sein, insofern besteht also keine Bindung an die Buchwerte im Jahresabschluss. Stille Reserven sind daher aufzudecken. Die Ansatz- und Bewertungsgrundsätze des UGB (wie etwa Anschaffungskostenprinzip, Imparitäts- oder Realisationsprinzip) gelten nicht<sup>58</sup>. Die Beurteilung zu Liquidationswerten ergibt sich insbesondere aus § 225 UGB, wonach in dem Fall, dass das Eigenkapital durch Verluste aufgebraucht ist, wenn also eine buchmäßige Überschuldung vorliegt, im Anhang zu erläutern ist, ob eine Überschuldung auch im Sinn des Insolvenzrechts vorliegt. Eine derartige Erläuterungspflicht wäre hinfällig, wenn eine buchmäßige Überschuldung gleichbedeutend mit der Überschuldung im Sinn des Insolvenzrechts wäre<sup>59</sup>. Auch der OGH hat in seiner Grundsatzentscheidung von 1986<sup>60</sup> festgehalten, dass eine insolvenzrechtlich bedeutsame Überschuldung nur dann vorliegt, wenn die Fortbestehensprognose ungünstig und „das nicht nach Fortführungs-, sondern nach Liquidationswerten zu bewertende Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger unzureichend ist.“

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es nicht „einen“ Liquidationswert gibt. Vielmehr ist die Frage, welcher Preis für einen Vermögensgegenstand zu erzielen ist, davon abhängig, ob das Unternehmen als Ganzes oder zumindest mehrere Gegenstände als Einheit veräußert werden können und unter welchem Zeitdruck zerschlagen werden muss. Insofern sind die Ansätze im Überschuldungsstatus mehr oder weniger größeren Schwankungen unterworfen<sup>61</sup>.

Unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes wird deshalb von manchen Vertretern in der Literatur<sup>62</sup> eine eher pessimistische Bewertung – nämlich jene unter Konkursbedingungen – als maßgeblich erachtet, was zu eng erscheint. Zwar ist eine vorsichtige Bewertung angebracht; dem Überschuldungsstatus sollte aber sehr wohl eine Prognose über die Verwertungschancen zugrunde gelegt und nicht in jedem Fall auf die Konkursbedingungen abgestellt werden<sup>63</sup>. Die Grundlagen für die Veräußerbarkeit des gesamten Unternehmens oder einzelner Unternehmensteile muss aber sorgfältig dokumentiert werden, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, eine zu optimistische Bewertung vorgenommen zu haben. Letzteres könnte nämlich haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Bei wesentlichen Vermögenswerten ist ein Bewertungsgutachten einzuholen, insbesondere wenn kein Marktpreis besteht oder der Wert nur durch komplexe Bewertungsverfahren ermittelt werden kann – wie dies häufig bei Unternehmensteilen, Beteiligungen, Patent- oder Markenrechten der Fall ist.

## **2. Fortbestehensprognose**

Der zweistufige Überschuldungsbegriff des österreichischen Rechts ermöglicht es trotz Bestehens einer rechnerischen Überschuldung, von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens abzusehen, wenn durch eine positive Fortbestehensprognose die Überlebensfähigkeit des Unternehmens bescheinigt werden kann. Aus methodischer Sicht handelt es sich dabei um eine teleologische Reduktion des Überschuldungsbegriffs der IO, die insofern Ausnahmecharakter hat<sup>64</sup>. Es ist daher eine einschränkende Auslegung geboten. Würden die Voraussetzungen für die Fortbestehensprognose zu großzügig gefasst, wäre ein Spekulieren auf Kosten der Gläubiger möglich, was mit den Grundsätzen des Insolvenzrechts nicht vereinbar wäre. An eine Fortbestehensprognose sind daher strenge Anforderungen zu stellen. Gleichzeitig wird jedoch in der Literatur vor einer zu strengen Handhabung gewarnt. Der Zweck des neuen Überschuldungsbegriffs, lebensfähige Unternehmen von der Insolvenzantragspflicht freizustellen, müsse erreichbar bleiben<sup>65</sup>; es müsse ein Mittelweg gefunden werden, zwischen der zur Hintanhaltung einer Spekulation auf Kosten der Gläubiger nötigen Strenge und der für eine Überlebenschance in der Krise erforderlichen Großzügigkeit<sup>66</sup>. Allein das „Prinzip Hoffnung“ darf bei der Erstellung der Prognose nicht regieren.

### *a. Ziele und Inhalt der Fortbestehensprognose*

Primäres Ziel der Fortbestehensprognose ist die Aufrechterhaltung der Zahlungs- und somit Lebensfähigkeit des Unternehmens in der Zukunft<sup>67</sup>. Das Unternehmen muss zahlungsfähig sein, da anderenfalls die in § 67 IO genannten Rechtsträger gegenüber allen anderen privilegiert wären, wenn durch Erstellung einer positiven Fortführungsprognose die Insolvenzantragspflicht abgewendet werden könnte. Diese Zahlungsfähigkeit muss mit zumindest überwiegender Wahrscheinlichkeit, d. h. mit mehr als 50 Prozent, auch in der Zukunft aufrechterhalten bleiben<sup>68</sup>. Strittig war dabei, ob zusätzlich – neben der Erhaltung der Zahlungsfähigkeit – auch die rechnerische Überschuldung kurz- oder mittelfristig beseitigt werden müsse<sup>69</sup>. Es kann ja nicht sein, dass nur für einen relativ kurzen Zeitraum – unter Umständen gerade noch – die Aufrechterhaltung der Liquidität dargestellt werden kann. Der OGH hat dies allerdings niemals ausdrücklich verlangt, und auch die Lehre geht nun fast einhellig davon aus, dass eine Beseitigung der rechnerischen Überschuldung innerhalb eines überschaubaren Zeitraums nicht erforderlich ist<sup>70</sup>. Vielmehr soll in einer sogenannten Sekundärprognose die weitere positive Entwicklung des Unternehmens für einen längeren Zeitraum und der für diese Zeit erwartete Turnaround dargestellt werden. Im Unterschied zur Primärprognose, bei der es im Kern um zahlenmäßig zu konkretisierende Finanzpläne geht, steht bei der Sekundärprognose die verbale Begründung im Vordergrund.

Um eine Haftung wegen Insolvenzverschleppung abwenden zu können, muss die Fortführungsprognose ausreichend dokumentiert und begründet werden. Bloße Zahlenkolonnen ohne Erläuterungen, wie sie noch in den 1990er-Jahren in der Praxis üblich waren<sup>71</sup>, genügen jedenfalls nicht. Vielmehr müssen die Annahmen plausibel begründet werden. Je nach Größe und Situation des Unternehmens können – wie im Leitfaden festgehalten wird<sup>72</sup> – wenige Seiten mit kurzen Begründungen genügen, unter Umständen muss aber ein umfangreiches Sachverständigengutachten erstellt werden. Insbesondere die Beiziehung externer, unabhängiger Berater und Experten kann zur Glaubwürdigkeit der Prognose beitragen.

Für den Inhalt einer Fortführungsprognose liefert der Leitfaden von KWT, WKO und KMU Forschung Austria wichtige Anhaltspunkte<sup>73</sup>. Nach dem darin abgedruckten Schema hat zunächst eine Analyse des Unternehmensstatus und seines Umfelds zu erfolgen. Dazu ist es notwendig, zunächst die Lage des Unternehmens zu beurteilen und zwar einerseits die Unternehmenssituation – somit seine Ertrags-, Finanz- und Vermögenslage – und andererseits die gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen und die Branchenentwicklung. Sodann erfolgen die Festlegung des Krisenstadiums und die Krisenursachenanalyse: Wie weit befindet sich das Unternehmen bereits in der Krise; handelt es sich um eine Stakeholderkrise, eine strategische Krise, eine Erfolgs- oder Liquiditätskrise? Im nächsten Schritt ist eine Primärprognose zu erstellen, die insbesondere aus einem Finanzplan samt Erläuterungen besteht. Drittens ist die Sekundärprognose aufzustellen, die ein

- Sanierungs- oder Unternehmenskonzept enthält, eine darauf basierende
- integrierte Planung für den Prognosezeitraum, eine
- Darstellung der Finanzierungsmaßnahmen einschließlich allfälliger externer Sicherstellungen für Gläubiger sowie
- Erläuterungen zur Umsetzung und Kontrolle des Sanierungs- oder Unternehmenskonzepts. Schließlich ist noch das
- Prognoseergebnis festzuhalten.

#### b. *Prognosezeitraum*

Nach überwiegender Ansicht wird als Prognosezeitraum eine Zeitspanne bis zum Ende des nächstfolgenden Geschäftsjahres verlangt<sup>74</sup>. Da in der Regel die Prognose bei Erstellung des Jahresabschlusses für das abgelaufene Geschäftsjahr erstellt wird, beträgt daher der Planungszeitraum ca. eineinhalb Jahre. Die Sekundärprognose umfasst hingegen einen längeren Zeitraum, der einerseits vom voraussichtlichen Turnaround und andererseits von in der Zukunft absehbaren Risikofaktoren (wie etwa endfälligen Krediten) abhängt<sup>75</sup>. Hierbei muss beachtet werden, dass langfristige Prognosen (bis zehn Jahre) realistischerweise kaum möglich sind, und insofern Risikofaktoren, die in derart ferner Zukunft schlagend werden, entsprechend geringer zu gewichten sind<sup>76</sup>. Nach dem Leitfaden soll als Richtwert spätestens nach zwei bis drei Jahren eine nachhaltige Trendwende erreicht werden können<sup>77</sup>.

#### c. *Einbeziehung von Sanierungsmaßnahmen*

Da sich Fortführungsprognosen regelmäßig nur unter Berücksichtigung von Sanierungsmaßnahmen erstellen lassen, erhebt sich die entscheidende Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Sanierungsmaßnahmen bereits in die Fortführungsprognose einbezogen werden können. In der Regel hat ja die Schieflage betriebswirtschaftliche Gründe, die sich für die Zukunft nur durch geeignete Maßnahmen beseitigen lassen; nur bei einmaligen Unglücksfällen oder vorübergehenden (Anlauf-)Verlusten werden Sanierungsmaßnahmen nicht notwendig sein. Ob Sanierungsmaßnahmen berücksichtigt werden können, hängt in erster Linie von der Art der Maßnahmen ab, da hier unterschiedliche Voraussetzungen vorliegen müssen<sup>78</sup>.

- Handelt es sich um eine innerbetriebliche Maßnahme, deren Umsetzung allein vom Willen des Unternehmers abhängt, genügt nach Auffassung der Literatur bereits der feste Vorsatz für die Umsetzung, ohne dass es darauf ankommt, ob mit der Umsetzung bereits begonnen wurde<sup>79</sup>. Freilich besteht erheblicher Erklärungsbedarf, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass mit der Umsetzung nicht einmal ernsthaft begonnen wurde<sup>80</sup>. Hängt die Umsetzung der Maßnahme von der Zustimmung anderer Organe ab – etwa dem Aufsichtsrat oder der Gesellschafterversammlung –, ist die Berücksichtigung dann unproblematisch, wenn diese Zustimmung bereits vorliegt. Ist dies nicht der Fall, muss zumindest nach entsprechenden Vorgesprächen mit den wesentlichen Entscheidungsträgern die ernsthafte Aussicht bestehen, dass die Zustimmung demnächst erfolgen wird<sup>81</sup>. Gleiches gilt für den Fall, dass dritte Personen, etwa Belegschaftsvertreter, einzelne Arbeitnehmer oder Lieferanten, der in Aussicht genommenen Maßnahme zustimmen müssen<sup>82</sup>. In der Prognose muss jedenfalls sorgfältig begründet werden, warum mit einer Zustimmung gerechnet werden darf.
- Soll der Gesellschaft Eigenkapital zugeführt werden, muss eine rechtsverbindlich fixierte Vereinbarung<sup>83</sup> oder zumindest eine entsprechende Absicht vorliegen, die durch eine Mittelzufuhr in der Vergangenheit untermauert werden kann. Zu berücksichtigen ist dabei allerdings insbesondere bei Zusagen von Konzerngesellschaften die Bonität des Verpflichteten, zumal eine Kapitalzusage von einer ebenfalls in Schieflage geratenen Gesellschaft nicht viel wert ist. Ebenso sind auflösende oder aufschiebende Bedingungen (etwa hinsichtlich einer kartellrechtlichen Genehmigung oder die Erfüllung bestimmter wirtschaftlicher Parameter) oder Rücktrittsrechte auf ihr Risikopotenzial hin zu untersuchen<sup>84</sup>.
- Soll Fremdkapital zugeführt werden, genügt nach h.A.<sup>85</sup>, dass der Erhalt der erforderlichen Mittel wahrscheinlich ist. Insofern ist zu prüfen, ob und inwieweit Kreditwürdigkeit gegeben ist. Die im Gegensatz zur Eigenmittelzufuhr geringeren Voraussetzungen werden damit begründet, dass bei entsprechender Kreditwürdigkeit in der Regel auch ein Kredit erlangt werden kann, zumal es dafür einen Markt gibt. Zwar muss nicht der gesamte Prognosezeitraum ausfinanziert sein, liegen allerdings für die aktuell benötigten Kredite noch keine fixierten Zusagen vor, stellt dies wohl ein gewichtiges Indiz gegen die Kreditwürdigkeit dar<sup>86</sup>. Im Übrigen ist die Letztere auch laufend zu beachten, zumal eine wesentliche Verschlechterung der Bonität dem Gläubiger ein außerordentliches Kündigungsrecht gibt<sup>87</sup>. Können die Kreditmittel nur unter Einräumung externer Sicherheiten (etwa durch die Gesellschafter) erlangt werden, muss dafür eine verbindliche Zusage vorliegen<sup>88</sup>.

- Werden die Gläubiger um Sanierungshilfe ersucht, etwa um eine Stundung ihrer Forderungen oder einen Verzicht, bedarf es für deren Berücksichtigung in der Fortführungsprognose grundsätzlich ebenfalls einer rechtsverbindlichen Zusage<sup>89</sup>. Anderes wird in der Literatur<sup>90</sup> ausnahmsweise für einen sogenannten „stillen Ausgleich“ vertreten, wenn aufgrund einer bereits erreichten hohen Annahmequote auf weitere Annahmeerklärungen geschlossen werden kann. Freilich könnte es sein, dass gerade die Zustimmungserklärung jener Gläubiger fehlt, die keinesfalls zustimmen wollen<sup>91</sup>. Zudem ist zu berücksichtigen, dass unter Umständen manche Gläubiger ihre Zustimmung vom Erreichen einer Gesamtannahmequote abhängig gemacht haben. In diesem Fall wäre eingehend zu begründen, warum mit der Erreichung der erforderlichen Gesamtquote gerechnet wird<sup>92</sup>.
- Auch sonstige Sanierungsbeiträge, wie etwa eine Abnahmegarantie eines Großkunden oder die Zusagen von Versicherungen, in einem Versicherungsfall (etwa Brand) ihre Deckungspflicht anzuerkennen, können sich positiv auf die Fortführungsprognose auswirken. Zusagen der öffentlichen Hand müssen rechtsverbindlich sein; auf nicht klagbare Zusagen von einzelnen Politikern darf nicht vertraut werden.

#### d. Zeitpunkt für die Prognoseerstellung

Zumindest auf den ersten Blick erscheint es naheliegend, bei Verdacht auf Vorliegen einer rechnerischen Überschuldung immer die Frage nach der Fortführungsprognose zu stellen. Dies entspricht auch der bisherigen Auffassung des OGH<sup>93</sup>. Nach Auffassung der Literatur und dem Leitfaden<sup>94</sup> soll hingegen erst bei Vorliegen konkreter Krisenindizien, die auf eine Bestandsgefährdung hindeuten, eine Fortführungsprognose erstellt werden müssen. Solche Krisenkriterien sind etwa ein negatives Eigenkapital im (Entwurf des letzten) Jahresabschluss(es), der Verlust des halben Nennkapitals bei anhaltenden negativen Ergebnissen oder das Vorliegen der Kennzahlen nach §22 URG<sup>95</sup>. In der Folge sind die Prämissen der Fortführungsprognose und die Einhaltung der Planzahlen laufend zu überprüfen, und bei negativen Abweichungen ist die Frage nach der Einhaltbarkeit der Prognose zu stellen<sup>96</sup>. Gegebenenfalls sind eine neue Prognose zu erstellen und das Vorliegen einer insolvenzrechtlichen Überschuldung zu prüfen.

Strittig ist in Judikatur und Lehre<sup>97</sup>, ob es in einem allfälligen Haftungsprozess genügt aufzuzeigen, dass zwar keine Fortführungsprognose erstellt worden ist, diese jedoch – wenn sie erstellt worden wäre – gezeigt hätte, dass keine Überschuldung im Sinn des Insolvenzrechts vorliegt. Grundsätzlich ist dies sicherlich möglich; es erscheint aber höchst zweifelhaft, ob man damit erfolgreich ist. Denn berücksichtigt werden dürfen nur jene Sanierungsmaßnahmen, die tatsächlich umgesetzt oder zumindest geplant worden sind, und nicht auch solche, die zwar möglich gewesen wären, an deren Umsetzung aber niemand gedacht hat. Insofern wird so eine Ex-post-Beweisführung in den kritischen Fällen scheitern und nur dort erfolgreich sein, in denen sich die positive Prognose ohnedies aus dem laufenden Geschäft ergeben hat<sup>98</sup>.

- <sup>1</sup> Vgl. nur Koziol/Welser, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> I (2006) 70 m.w.N.; Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze Kommentar (1999) § 67 KO Rz. 7.
- <sup>2</sup> Zum Vorbehalt in Abs. 1 vgl. Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 13.
- <sup>3</sup> Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> (2004) § 67 KO Rz. 10; Karollus/Huemer, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> (2006) 42; Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 5; Ballon, Kann gegen eine Gemeinde Exekution geführt werden, oder kann eine Gemeinde in Konkurs oder Ausgleich gehen?, ÖGZ 1996, 7; Meister, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Zahlungsunfähigkeit von Gemeinden, ÖGZ 1983, 330; a.A. Burgstaller/Sittenthaler, Überschuldung als Konkursgrund bei Gemeinden?, ZIK 1999, 181
- <sup>4</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 5; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 11; ausführlich Rebhahn, Finanzierungsverantwortung des Bundes für die Gesetzliche Krankenversicherung (2008) 9 ff.
- <sup>5</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 42; ausführlich Titscher, Konkursfähigkeit der Universität, eoclex 2008, 775
- <sup>6</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 4
- <sup>7</sup> Zur Konkursverschleppungshaftung vgl. Harrer, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) insbesondere 22 ff., 43 ff.; Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall insbesondere gegenüber sogenannten Neugläubigern (1991) insb 11 ff., 94 ff.; Karollus, Neues zur Konkursverschleppungshaftung und zur Haftung aus culpa in contrahendo, ÖBA 1995, 7 ff.; Karollus, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise, in: Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz (2002) 1145; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 69 KO Rz. 107 ff.; Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz. 65 ff.; kritisch Schummer, Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung – ebenfalls ein Irrweg, in: FS Koppensteiner (2001) 211
- <sup>8</sup> Vgl. aus jüngerer Zeit OGH 6 Ob 196/05z, eoclex 2006/241 = JBI 2006, 463 = ZIK 2006/287; 8 Ob 108/08b, GeS 2009, 269 mit Anm. Jauffer = wbl 2009/156 = RWZ 2009/42, 142 mit Anm. Wenger m.w.N.
- <sup>9</sup> Dazu jüngst OGH 1 Ob 134/07y, eoclex 2008/77, 230 = GeS 2007, 432; 10 Ob 96/07a, eoclex 2008/148 = EvBl 2008/93 = ZIK 2008/167
- <sup>10</sup> BGBl I 2000/58
- <sup>11</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 29
- <sup>12</sup> Vgl. dazu OGH 1 Ob 144/01 k, GesRZ 2002, 86; 8 Ob 262/02s, GeS 2003, 441 mit Anm. Haberer = ZIK 2003/293 = RdW 2003/377 = eoclex 2003/313.
- <sup>13</sup> Siehe OGH 6 Ob 656/90, SZ 65/155 = eoclex 1993, 168 = RdW 1993, 75 = wbl 1993, 225; dazu Dellinger, Zur Kridahaftung der GmbH-Gesellschafter sowie zur Ersatzfähigkeit und Berechnung des Vertrauensschadens der Neugläubiger. Zugleich eine Besprechung der Entscheidung 6 Ob 656/90, wbl 1993, 201
- <sup>14</sup> Vgl. OGH 6 Ob 313/03b, ÖZW 2005, 21 mit Anm. Artmann = eoclex 2005, 131 = GeS 2005, 19 mit Anm. Fantur = GesRZ 2005, 379 mit Anm. Harrer = ZIK 2004, 179.
- <sup>15</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 31 f.
- <sup>16</sup> Leitfaden 4
- <sup>17</sup> Siehe dazu aus jüngerer Zeit Payer/Jauffer, Fortbestehensprognose und Going-Concern, RdW 2007/86, 67.
- <sup>18</sup> Danach liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Vgl. dazu den Prüfungsstandard des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.: Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen (IDW PS 800, Stand: 6. 3. 2009), RWZ 2009/68, 251.
- <sup>19</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 66 KO Rz. 5 m.w.N.; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 66 KO Rz. 9; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 22
- <sup>20</sup> Hier hätte die Einführung der „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ als weiterer Insolvenzauslösungsgrund keinen Anwendungsbereich gehabt.
- <sup>21</sup> Vgl. OGH 7 Ob 526/89, ÖBA 1989, 922 = wbl 1989, 194.
- <sup>22</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 25.
- <sup>23</sup> Denkschrift 63; vgl. auch Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 2; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 1.
- <sup>24</sup> Bartsch, Grundriss des Ausgleichs- und Konkursrechtes (1923) 7
- <sup>25</sup> EBRV IRÄG 1979, 3 BlgNR 15. GP 27
- <sup>26</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 35
- <sup>27</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 36
- <sup>28</sup> Denkschrift 64

- <sup>29</sup> Karollus, Zwei Jahrzehnte moderner Überschuldungsbegriff in Österreich – Eckpunkte der Fortbestehensprognose, RWZ 2007/2, 2
- <sup>30</sup> Vgl. den Überblick bei Hachenburg/Ulmer, GmbHG<sup>8</sup> § 63 Rz. 28 ff.; siehe auch Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 26.
- <sup>31</sup> Vgl. 92 Abs. 2 Satz 2 dAktG a.F., § 64 Abs. 1 Satz 2 dGmbHG aF, wonach eine Überschuldung dann vorliegt, „wenn das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt“. Heute findet sich die Legaldefinition in § 19 Abs. 2 InsO.
- <sup>32</sup> Denkschrift 63
- <sup>33</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 26
- <sup>34</sup> Vgl. Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 46; Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 28; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 17.
- <sup>35</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 46
- <sup>36</sup> Vgl. Hachenburg/Ulmer, GmbHG<sup>8</sup> § 63 Rz. 32 f.
- <sup>37</sup> Hachenburg/Ulmer, GmbHG<sup>8</sup> § 63 Rz. 33; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 48; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 19
- <sup>38</sup> Insofern kritisch Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 20
- <sup>39</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht<sup>2</sup> I (1997) Rz. 2/371; Doralt/Nowotny, Abschied von der Überschuldungsbilanz?, RdW 1987, 146; Geist, in: Jabornegg, HGB (1997) § 225 Rz. 1; Dellinger, Geschäftsführerhaftung 33 ff.; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 49; Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 34; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 21
- <sup>40</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 50
- <sup>41</sup> OGH 1 Ob 655/86, SZ 59/216; siehe für eine umfassende Auflistung der Judikatur Karollus, RWZ 2007/2, 7 Fn. 12; seither noch OGH 7 Ob 84/07i, ZIK 2008, 66
- <sup>42</sup> BGBI I 2003/92
- <sup>43</sup> Dellinger, in: Dellinger/Mohr, EKEG § 67 KO Rz. 2; ders., in: Dellinger, GenG § 84 Rz. 12; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 21; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 53 f.
- <sup>44</sup> Dieser Leitfaden hat zwar keine normative Qualität, er kann aber als Anhaltspunkt für die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise eine Interpretationshilfe für das Gesetz und eine Orientierung für die Praxis bieten (Karollus, RWZ 2007/2, 3).
- <sup>45</sup> Vgl. Karsten Schmidt, in: Scholz, GmbHG<sup>8</sup> § 63 Rz. 10 ff. m. w. N.; Hachenburg/Ulmer, GmbHG<sup>8</sup> § 63 Rz. 35 ff.; Rowedder, GmbHG<sup>2</sup> § 63 Rz. 10 f.
- <sup>46</sup> BGH II ZR 269/91, BGHZ 119, 201 (Dornier); II ZR 292/91, BGHZ 126, 181; II ZR 205/94, BGHZ 129, 136 (Girmes)
- <sup>47</sup> BGBI 1994 I S 2866
- <sup>48</sup> Begr. RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443; siehe auch Casper, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG (2008) § 64 Rz. 48.
- <sup>49</sup> Zur Neuregelung siehe etwa Ahrendt/Plischkaner, Der modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff – Rückkehr mit Verfallsdatum, NJW 2009, 964; Böcker/Poertzgen, Finanzmarkt-Rettungspaket ändert Überschuldungsbegriff (§ 19 InsO), GmbHR 2008, 1289; Büttner, Der neue Überschuldungsbegriff und die Änderung des Insolvenzstrafrechts, ZinsO 2009, 841; Dahl, Die Änderung des Überschuldungsbegriffs durch Art. 5 des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes (FMSiG), NZI 2008, 719; Dahl/Schmitz, Probleme von Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit nach FMSiG und MoMiG, NZG 2009, 567; Fromm/Gierthmühlen, Zeitliche Geltung des neuen Überschuldungsbegriffs, in: Insolvenzstrafverfahren – Hintertür für Straftaten wegen Insolvenzverschleppung in Altfällen?, NZI 2009, 665; Hecker/Glozbach, Offene Fragen zur Anwendung des gegenwärtigen Überschuldungsbegriffs, BB 2009, 1544; Holzer, Die Änderung des Überschuldungsbegriffs durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz, ZIP 2008, 2108; Möhlmann-Mahlau/Schmitt, Der „vorübergehende“ Begriff der Überschuldung, NZI 2009, 19; Poertzgen, Fünf Thesen zum neuen (alten) Überschuldungsbegriff (§ 19 InsO n.F.), ZinsO 2009, 401; Karsten Schmidt, Überschuldung und Insolvenzantragspflicht nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz – Geschäftsleiterpflichten im Wechselbad der Definitionen – , DB 2008, 2467; ders., in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz<sup>2</sup> (2009) Rz. 5.57 ff.; Thonfeld, Der „instabile Überschuldungsbegriff“ des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes, NZI 2009, 15; Wackerbarth, Überschuldung und Fortführungsprognose, NZI 2009, 145
- <sup>50</sup> Vgl. dazu Hoos/Kleinschmidt, Verlängerung des durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz geänderten Überschuldungsbegriffs – Perpetuierung eines „unerwünschten Rechtszustands“, NZG 2009, 1172.
- <sup>51</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 38; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 24; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 61 ff.
- <sup>52</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 38; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 25; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 63 f.
- <sup>53</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 65
- <sup>54</sup> Vgl. BGH II Rz. 269/91, BGHZ 119, 201. Gaedke/Jaufer, Handlungsbedarf bei Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung. Parameter zur Erstellung der Fortbestehensprognose, SWK 2008, W 29, 33
- <sup>55</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 70

- <sup>56</sup> Zu strittigen Fragen im Zusammenhang mit der Rangrücktrittserklärung vgl. Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 72 ff.
- <sup>57</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 66
- <sup>58</sup> Zum Ganzen Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 46; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 69
- <sup>59</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 25
- <sup>60</sup> OGH 1 Ob 655/86, SZ 59/216; bestätigt in OGH 8 Ob 608/89, SZ 61/122; 6 Ob 110/00w, SZ 73/182
- <sup>61</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 68
- <sup>62</sup> Karsten Schmidt, in: Scholz, GmbHG<sup>8</sup> § 63 Rz. 16, 18; Hachenburg, in: Ulmer, GmbHG § 63 Rz. 38 f.
- <sup>63</sup> Rabel/Mandl, Nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag, ecolo 1993, 28, 29; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 68 f.; Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 45; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 75, wonach von der wahrscheinlichsten Verwertung ausgegangen werden sollte.
- <sup>64</sup> Dellinger, Geschäftsführerhaftung 34; Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 37, 75; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 75; Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht (2002) Rz. 93
- <sup>65</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 75 f.; Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 75
- <sup>66</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 75
- <sup>67</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 75 m.N. zur Rechtsprechung und Lehre
- <sup>68</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 86; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 33; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 90; ausführlich mit Beispielen zur Berechnung Oberguggenberger/Schumacher, Überschuldungsprüfung: Die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ in der Fortbestehensprognose, RdW 2008/148, 187
- <sup>69</sup> Dazu ausführlich Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 82 f. m.w.N.
- <sup>70</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert: Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 84; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 86 ff.; Karollus, RWZ 2007/2, 5; Leitfaden 10 ff.; mit Einschränkungen Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 40 ff.; a.A. Doralt/Nowotny, RdW 1987, 149.
- <sup>71</sup> Karollus, RWZ 2007/2, 6
- <sup>72</sup> Leitfaden 18
- <sup>73</sup> Vgl. Leitfaden 17.
- <sup>74</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 90; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 34 f.; ders., Außergerichtliche Sanierung, Fortbestehensprognose und Anfechtungsgefahr, RdW 2007/616, 587, 588; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 93 ff.; Karollus, RWZ 2007/2, 4; abweichend Leitfaden: höchstens 1 Jahr; Tauscher, Fortbestehensprognose – Teil I: Checkliste Unternehmensplanung, ZIK 2008/189, 120: 6-12 Monate; Fritz, Die Fortbestehensprognose in der Praxis, BÖB 2009, Heft 38/2009, 10: 6-9 Monate
- <sup>75</sup> Karollus, RWZ 2007/2, 5
- <sup>76</sup> Weitergehend Schumacher, RdW 2007/616, 588; tendenziell enger Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 88
- <sup>77</sup> Ebenso Tauscher, ZIK 2008/189, 120
- <sup>78</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 95 ff.; Karollus, RWZ 2007/2, 5; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 56 ff.
- <sup>79</sup> Vgl. allerdings mit Unterschieden im Detail Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 98; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 56; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 107 ff.; Karollus, RWZ 2007/2, 5; Leitfaden 14 f.; weitergehend Fritz, Die Fortbestehensprognose in der Praxis, BÖB 2009, Heft 38/2009, 10
- <sup>80</sup> Karollus, RWZ 2007/2, 5 Fn. 59
- <sup>81</sup> Karollus, RWZ 2007/2, 5
- <sup>82</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 110; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 56
- <sup>83</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 100; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 54; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 111 ff.; Leitfaden 15; Karollus, RWZ 2007/2, 5
- <sup>84</sup> Karollus, RWZ 2007/2, 5
- <sup>85</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 104; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 55; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 122 ff.; Karollus, RWZ 2007/2, 5; Leitfaden 15
- <sup>86</sup> Karollus, RWZ 2007/2, 5
- <sup>87</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 104; Karollus, RWZ 2007/2, 6
- <sup>88</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 123; Karollus, RWZ 2007/2, 5; Leitfaden 15
- <sup>89</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 100; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 54, 56; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 121 f.; Karollus, RWZ 2007/2, 6; Leitfaden 15

- <sup>90</sup> Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 56; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 121 f.
- <sup>91</sup> Karollus, RWZ 2007/2, 6 Fn. 71
- <sup>92</sup> Leitfaden 15; Karollus, RWZ 2007/2, 6
- <sup>93</sup> OGH 6 Ob 110/00w, SZ 73/182
- <sup>94</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 41; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 26 ff.; Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 129 ff.; Karollus, RWZ 2007/2, 6; Leitfaden 8 f.
- <sup>95</sup> Karollus, RWZ 2007/2, 6; Leitfaden 8; Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 41; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 26
- <sup>96</sup> Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 132 f.; Karollus, RWZ 2007/2, 6
- <sup>97</sup> Dagegen Karollus, Fortbestehensprognose<sup>1</sup> (1997) 40; OGH 6 Ob 110/00w, SZ 73/182; dafür Dellinger, in: Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz. 112; Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 67 KO Rz. 31
- <sup>98</sup> So nun Karollus/Huemer, Fortbestehensprognose<sup>2</sup>, 125 ff.; Karollus, RWZ 2007/2, 6 f.

## **Liquiditäts- und Finanzierungsmanagement am Beispiel der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse (OÖGKK)**

*Mag. Dieter Paschinger BHC, Linz*

Es bedeutet für einen Betriebswirt eine große Herausforderung, auf einer Rechtstagung über das Thema Insolvenz von Krankenkassen zu referieren. Diese Herausforderung steigert sich dann noch ein wenig, wenn ein Finanzleiter eines Unternehmens, welches ein Reinvermögen von rund 280 Mio. EUR besitzt, sowie lang- und mittelfristige Veranlagungen in einem ähnlichen Ausmaß hat, etwas zum Thema Insolvenz und Überschuldung vortragen soll.

Dennoch habe ich mich dieser Herausforderung gestellt und werde auf den nächsten Seiten kurz erläutern, wie man durch innovatives Liquiditäts- und Finanzmanagement möglicherweise Insolvenzen vermeiden bzw. ihnen entgegenwirken kann.

Mein Thema beschäftigt sich primär mit dem Liquiditäts- und Finanzierungsmanagement der OÖGKK und soll den betriebswirtschaftlichen Blick auf das Schwerpunktthema der Tagung – Insolvenz von Krankenkassen – richten.

### **1. Was wird in diesem Beitrag nicht behandelt?**

Man wird hier nichts über den Erfolgsweg der OÖGKK erfahren. Die OÖGKK war 1993 finanziell schwer angeschlagen; sie hatte das höchste Defizit seit Bestehen und das größte Defizit aller Gebietskrankenkassen. Der Weg aus der Krise wäre ein interessantes Thema, würde aber den Rahmen dieses Referats sprengen. Es wurde zudem schon von anderen Fachleuten mehrfach schriftlich zusammengefasst.

Hier soll auch nichts über die Managementinstrumente zur Unternehmenssteuerung berichtet werden, welche den Erfolgsweg der OÖGKK und sicherlich auch vieler anderer Unternehmen ausgelöst und begleitet haben.

Ich werde ebenso wenig Liquiditätskennzahlen nennen. Weder die Berechnung noch die Berechnungsformel dieser meist in die Vergangenheit gerichteten Kennzahlen sollen hier vorgestellt werden. Diese Kennzahlen der Krankenversicherung dienen meist nur der Beurteilung der Bonität durch die Banken und sind unter anderem in den Rechnungsvorschriften der Österreichischen Sozialversicherung festgeschrieben.

An dieser Stelle wird außerdem keine Bilanzanalyse der OÖGKK bzw. der Sozialversicherung in Österreich erfolgen.

### **2. Was werden Sie in diesem Beitrag finden?**

Ich möchte vielmehr primär zwei Themenschwerpunkte ansprechen:

Zunächst werde ich erläutern, was die Gebietskrankenkassen von anderen hauptsächlich auf Profit ausgerichteten Unternehmen bei Finanzierungsmanagement und Liquiditätsmanagement unterscheidet.

Als zweites werde ich darstellen, was die OÖGKK in Segment Finanzierungsmanagement leistet bzw. wie wir es definieren und es damit schaffen, unseren Zahlungsverpflichtungen jederzeit nachkommen zu können.

Abschließend möchte ich Ihnen gerne zwei Thesen zum Thema Insolvenz einer Gebietskrankenkasse vorlegen, welche wahrscheinlich etwas provokant sind, jedoch möglicherweise einen Diskurs auslösen können.

### 3. Hintergrundinformationen und Definitionen

Das Finanzierungsmanagement der OÖGKK schlägt sich in der Erfolgsrechnung – wie die Gewinn und Verlustrechnung in den Rechnungsvorschriften der Sozialversicherung bezeichnet wird – im sogenannten Finanzergebnis nieder. Hier werden alle Vermögenserträge, aber auch alle Finanzaufwendungen, welche im Rahmen des Finanzierungsmanagements „entstehen“, abgebildet und zusammengefasst. Dieses Finanzergebnis bildet in der Folge einen kleinen Anteil der Einnahmen eines Krankenversicherungsträgers, war jedoch am Beispiel der OÖGKK immer wieder das „Zünglein an der Waage“, ob ein Jahr positiv oder negativ abgeschlossen werden konnte.

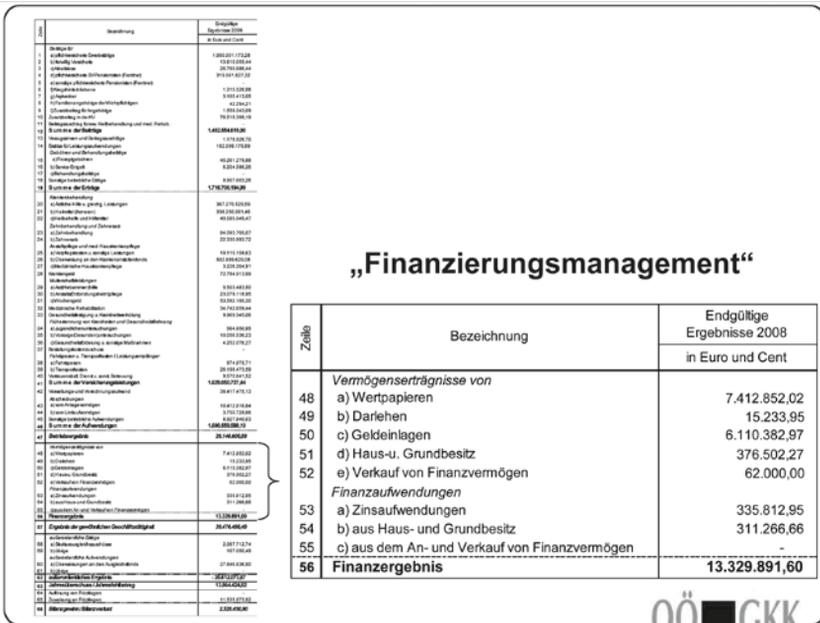


Abb. 1

Wie anhand der Zahlen zu erkennen ist, haben insbesondere die Veranlagungen in Wertpapieren und Geldeinlagen – welche das tägliche Disponieren widerspiegeln – wesentlichen Anteil am Finanzergebnis der OÖGKK.

Bei Gebietskrankenkassen, die vermehrt fremdfinanzieren müssen, stellt insbesondere die Position Zinsaufwendungen einen erheblichen Anteil des Finanzergebnisses dar.

Es hat sich jedoch in den letzten Jahren auch gezeigt, dass Träger mit negativem Reinvermögen durch gutes Finanzmanagement sowohl ein positives Finanzergebnis erzielen als auch ihren Zahlungsverpflichtungen nachkommen können.

An dieser Stelle möchte ich noch festhalten, dass die gesamte Vermögensveranlagung der Sozialversicherung in Österreich im §446 ASVG festgelegt und geregelt ist. Dort wird sehr genau und sehr konservativ festgelegt, in welchem Bereich und in welcher Form von Wertpapieren die Sozialversicherungsträger zinsbringend zu veranlagen haben.

Die Veranlagung der verfügbaren Mittel der Versicherungsträge dürfen unbeschadet des § 446 Abs. 3 und des § 447 nur

- in verzinslichen Wertpapieren, die in Euro von Mitgliedstaaten des EWR begeben wurden, oder
- in verzinslichen Wertpapieren, die in Euro von Kreditinstituten begeben wurden, deren Bonität als zweifelsfrei vorhanden erachtet wird, oder
- in auf Euro lautenden Einlagen bei Kreditinstituten, deren Bonität als zweifelsfrei vorhanden erachtet wird, oder
- in Fonds, ausgenommen Immobilienfonds, unter den Beschränkungen nach den Ziffern 1 bis 3 und nach Abs. 2 oder
- in Immobilienfonds

veranlagt werden.

Für die Beurteilung der Bonität von Kreditinstituten können Mindestratings der vom Markt anerkannten Ratingagenturen herangezogen werden.

#### **4. Definition von Liquidität**

In den meisten Fällen ist uns intuitiv klar, was sich hinter den Begriffen Liquidität bzw. Finanzierungsmanagement verbirgt. Oft sind jedoch auch die Interpretationsmöglichkeiten vielfältig. Um eine Grundlage für eine Betrachtung der entsprechenden Liquidität bzw. des Finanzierungsmanagements zu finden, möchte ich zwei Definitionen nennen.

- Die erste Definition:

Die Liquidität ist die Fähigkeit eines Unternehmens, seinen Zahlungsverpflichtungen nach Umfang und Termin während eines Zeitraums nachzukommen.

- Die zweite Definition:

Finanzierungsmanagement ist die zielgerichtete situationsadäquate Planung, Steuerung, aber auch die Kontrolle aller Zahlungsströme einer Organisation.

Wie man den Ausführungen in diesem Band entnehmen kann, ist auch für die Gebietskrankenkassen die Liquidität im Sinn der jederzeitigen Zahlungsfähigkeit von immenser Bedeutung.

Betrachtet man die Liquidität isoliert, so wird sie in der betriebswirtschaftlichen Literatur mit unterschiedlichen Inhalten belegt und betrifft der jeweiligen Definition entsprechend unterschiedliche Tatbestände.

Die relative Liquidität zielt auf die Unternehmensliquidität im Sinne der jederzeitigen Zahlungsfähigkeit ab. Hier werden Verbindlichkeiten und Vermögenswerte einander gegenübergestellt.

Die statische Liquidität als Teil der relativen Liquidität bezieht sich wiederum insbesondere auf zeitpunktbezogene Liquidität, wobei die Vermögensteile zu den Verbindlichkeiten unter den Fristigkeitsgesichtspunkten in Relation gesetzt werden. Hier lässt sich gegebenenfalls auch noch zwischen kurzer und langfristiger Liquidität unterscheiden.

Die dynamische Liquidität als Teil der relativen Liquidität zielt wiederum auf eine Zeitrumbetrachtung ab. Diese eröffnet insbesondere die Möglichkeit einer sogenannten Liquiditätsplanung und einer nachträglichen Kontrollrechnung.

Im Gegensatz zur relativen Liquidität stellt die absolute Liquidität die Nähe eines Gutes zum Geldstadium dar. Sie zielt auf die Eigenschaft der Leistungen zur Rückwandlung in Geld ab. Grundsätzlich lässt sich die absolute Liquidität in zwei wesentliche Begriffe unterteilen:

- Die natürliche Liquidität kennzeichnet jenen Zeitraum, innerhalb dessen sich die im Rahmen des üblichen Umsatzprozesses die Wiederverflüssigung vollzieht.
- Die künstliche Liquidität zielt auf die Möglichkeit der Abkürzung des Zeitraumes der natürlichen Liquidität ab. Dies ist insbesondere vom Verkauf eines Gutes und seinem aktuellen Zustand auch vor Ende eines Umsatzprozesses möglich.

### 5. Einnahmentwicklung der gesetzlichen Krankenversicherung in Österreich

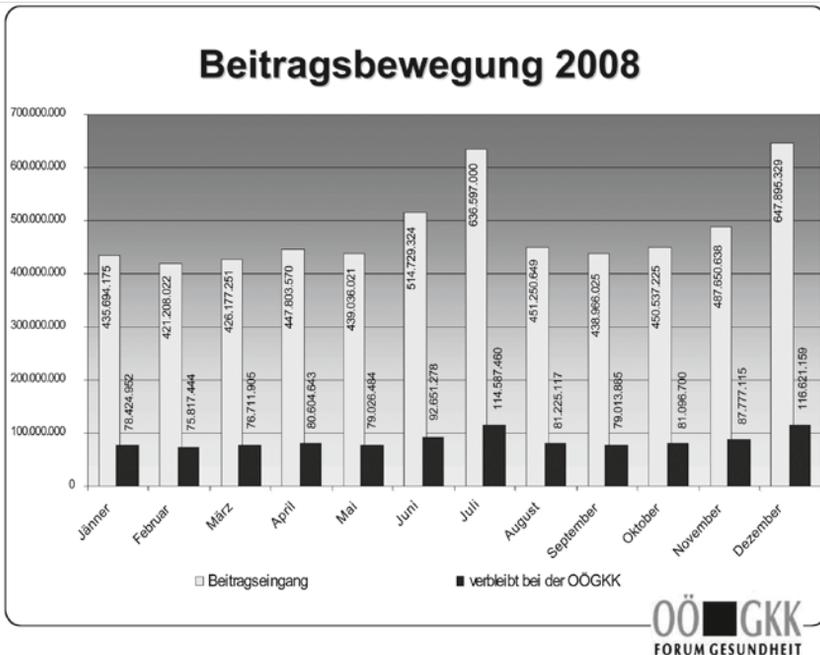


Abb. 2



Wie Abbildung 2 zu entnehmen ist, kommt es bei den Gebietskrankenkassen durch die spezielle Form der Einnahmen zu zwei interessanten Spannungsfeldern.

In einem ersten Spannungsfeld sollte sichergestellt werden, dass die von den Anspruchsberechtigten benötigten Gesundheitsleistungen durch die bei den Gebietskrankenkassen verbleibenden Einnahmen monatlich finanziert werden können, ohne dabei die Zahlungsfähigkeit des Krankenversicherungsträgers zu gefährden.

In diesem Zusammenhang gibt es große Unterschiede zu Profitunternehmen. So stellt sich insbesondere die Frage, ob es keine Gesundheitsleistungen mehr gibt, wenn die Krankenkassen nicht die notwendige Liquidität besitzen, um diese Leistungen bei den Vertragspartnern bezahlen zu können.

Nachdem jedoch die Gebietskrankenkassen in Österreich die Beiträge sowohl für die Pensionsversicherung als auch für die Unfallversicherung und die Krankenversicherung und diverse andere kleinere Beitragsleister einheben, kommt es monatlich zu einer massiven Überliquidität (siehe Abb. 2). Diese besteht jedoch nur für wenige Tage und erzeugt somit das zweite Spannungsfeld, nämlich jenes zwischen Treuhandgeld (PV, UV) und der Zahlungsfähigkeit des Unternehmens.

Treuhandgelder bedeutet, dass die Gebietskrankenkassen die eingehobenen Beiträge bis zur Dekadenabfuhr treuhänderisch verwalten.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wem dieses Geld gehört und ob es uneingeschränkt verwendet und veranlagt werden kann bzw. was es bedeuten würde, wenn die Krankenversicherungsträger nur noch die Beiträge zur Krankenversicherung als Einnahmen verwenden könnten.

Diese spezielle Situation führt dazu, dass z.B. die OÖGKK in einem Jahr ca. 6 Mrd. EUR „dreht“ obwohl sie nur 1,7 Mrd. EUR in der Erfolgsrechnung als Umsatz ausweist.

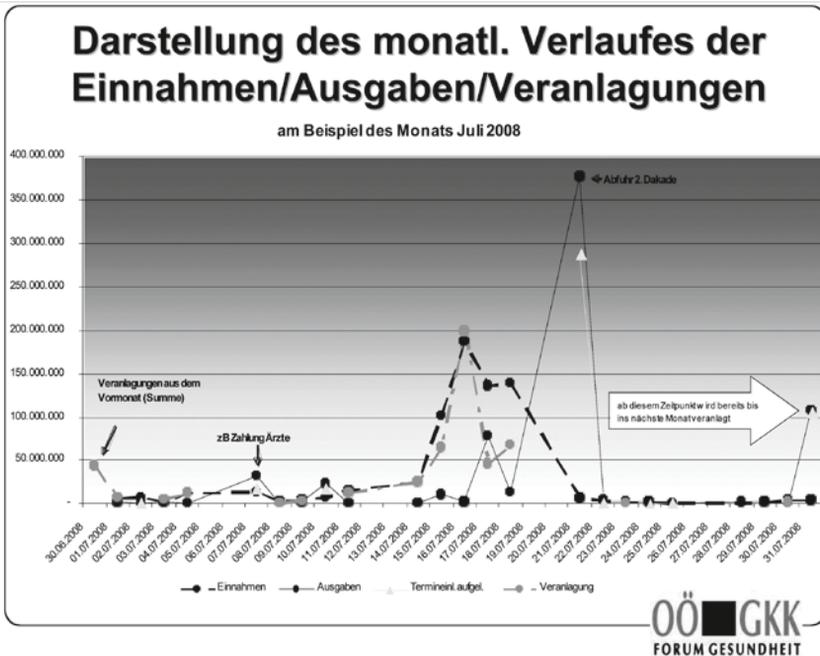


Abb. 3

In Abbildung 3 sehen Sie den monatlichen Verlauf der Einnahmen und Ausgaben und der Veranlagungen der Gebietskrankenkassen. Mit dieser Grafik möchte ich bei Ihnen das Verständnis erwecken, warum es in diesem Bereich zu einem Spannungsfeld kommt. Sie sehen hier den Monat Juli 2008 und die wesentlichen Kriterien des Finanzmanagements der OÖGKK. Die Linien stellen die Einnahmen und die Ausgaben sowie die Veranlagungen und die aufgelösten Termineinlagen dar. Sie ersehen daraus, dass die größten Einnahmenezuwächse insbesondere zwischen dem 15. und dem 20. eines Monats bei den Gebietskrankenkassen eintreffen.

Die Abfuhr der Treuhandgelder an die Pensionsversicherung, Unfallversicherung etc. ist im § 63 ASVG geregelt und hat am 10., am 20. und am Ultimo eines Monats zu erfolgen. Dadurch kommt es über einen kurzen Zeitraum zu einer Überliquidität bei allen Gebietskrankenkassen. Auch jene Kassen, die über eine schlechte relative Liquidität verfügen, weisen dann eine absolute Überliquidität auf. An dieser Stelle greift das sogenannte Finanzierungsmanagement der Gebietskrankenkassen mit dem es monatlich – zumindest über wenige Tage hinweg – möglich ist, allen Zahlungsverpflichtungen nachkommen zu können. Diese Tatsache führt möglicherweise dazu, dass der Bund die Gebietskrankenkassen im Gegensatz zu den Banken in Österreich nicht jene Systemrelevanz zuerkennt, um dem Krankenversicherungssystem in Österreich – so wie den Banken – 1 Mrd. EUR zur Verfügung zu stellen<sup>1</sup>.

Um eine Planung und ein Controlling dieser Aktivitäten sicherzustellen, müssen alle Gebietskrankenkassen verbindlich einen Finanzplan erstellen.

In diesem Finanzplan werden über einen Zeitraum von zwölf Monaten die operativen Zuflüsse und Abflüsse, die Finanzaktiva und -passiva, dargestellt. Damit hat man am Monatsende den aktuellen Liquiditätsstatus jederzeit abrufbar zur Verfügung. Dieser Finanzplan zeigt den Krankenversicherungsträgern in der Folge auf, in welchen Monaten, zu welchen Zeitpunkten verstärkt im Bereich der Barvorlagen (Kredite) bzw. im Bereich der Taggeldveranlagungen und der Arbitragegeschäfte und somit im gesamten Cash-Management tätig werden muss.

Die Arbitragegeschäfte bedeuten, dass die Disponenten der Gebietskrankenkassen es nutzen, dass sie Veranlagungen und Barvorlagen zu unterschiedlichen Zinssätzen erhalten. In diesem Segment lässt sich je nach Zeitpunkt, Bonität und Geldbedarf der Banken ein Erfolg von bis zu 100 Basispunkten erzielen.

Aufgrund des „Spreads“ zwischen den Angeboten der Banken für Veranlagungen bzw. Barvorlagen erhalten die Disponenten und damit die Gebietskrankenkassen einen sehr groben, aber guten Überblick über den Liquiditätsstatus der Partnerbanken.

Anhand der Tatsache, wie viel für die Veranlagung bzw. für die Barvorlage geboten wird, kann ein erfahrener Disponent auf die finanzielle Ausstattung der Partnerbanken schließen. Diese Schlüsse fließen wiederum in die Veranlagung und das Risikomanagement der Gebietskrankenkassen ein.

Neben diesem „täglichen Cash-Management“ gibt es noch die Veranlagungspolitik und das Risikomanagement im langfristigen Segment gemäß § 446 ASVG. In diesem Bereich hat die OÖGKK das gesamte Segment ausgeschöpft. Das heißt, die OÖGKK veranlagt in Spezialfonds, welche eigens für die OÖGKK gegründet

wurden, in Publikumsfonds und in anderen Formen der vorne genannten, im § 446 ASVG möglichen Bereiche. Die Veranlagung erfolgt im Sinne eines ausgeprägten Risikomanagements mit einer sehr großen Streuung. Damit soll unter anderem ganz bewusst im Sinne des Grundsatzes „Sicherheit vor Performance“ auf mögliche hohe Gewinne durch hohes Risiko verzichtet werden.

Die Entwicklung der Banken in den Jahren 2008 und 2009 hat gezeigt, dass die OÖGKK mit dieser Form der Veranlagung langfristig gesehen und im Sinne ihrer Versicherten und Angehörigen den besseren Weg eingeschlagen hat.

Abschließend möchte ich zwei Thesen aufstellen: die eine in Form eines Vorschlags, wie die Liquiditätssituation einzelner Träger und ihre Bewertung einfach zu verbessern wäre; die zweite als eine eher provokante These, welche möglicherweise die Diskussion anregen könnte.

These 1:

Eine Verschiebung der gesamten Dekadenabfuhr, also jener insbesondere vom 20. oder vom 10. eines Monats auf das Monatsultimo, würde die Liquiditätssituation bei den einzelnen Krankenversicherungsträgern erheblich entspannen. Dies würde bedeuten, dass alle Gebietskrankenkassen die gesamten Treuhandgelder, die sie für die Pensions- und die Unfallversicherung einnehmen, über einen längeren Zeitraum veranlagen bzw. nutzen können, um ihren Zahlungsverpflichtungen nachkommen zu können, bevor sie wieder Barvorlagen am Monatsersten aufnehmen müssen. Dieses Thema war bereits einmal in einem Entwurf eines Sozialpartnerpapiers enthalten, welches jedoch wegen anderer Mängel zur Gänze verworfen wurde.

These 2:

Die zweite These besagt, dass die Zahlungsfähigkeit in der Regel dann anzunehmen ist, wenn die Zahlungseinstellung erfolgt ist. Solange die Banken – nachdem sie genau und ausführlich über die finanzielle Situation informiert wurden – einer Gebietskrankenkasse Geld leihen, um die Vertragspartner zu bezahlen, kann ein Einkäufer von Gesundheitsleistungen nicht insolvent werden.

Ich hoffe, mit meinen Ausführungen etwas Licht ins Dunkel in das Liquiditäts- und Finanzmanagement der Gebietskrankenkasse in Oberösterreich gebracht zu haben.

<sup>1</sup> Dieser Betrag wäre nötig, um das gesamte negative Reinvermögen der Gebietskrankenkassen abdecken zu können.



## **Insolvenz von Krankenkassen – frühere und derzeitige Rechtslage in Deutschland**

*Dr. Dirk Uwer M.A., Rechtsanwalt LL.M., Düsseldorf*

### **I. Einleitung**

Über die Insolvenz von Krankenkassen zu sprechen, ist für einen Partner einer großen, fast ausschließlich wirtschaftsberatenden Sozietät (die man als Berater vor allem von Banken, Industrie, mitunter gar der vielgescholtenen „Heuschrecken“ identifiziert) eine besondere Herausforderung – hat er doch seine Berührungspunkte zum Sozialversicherungsrecht überwiegend als Anwalt forschender Arzneimittelhersteller. Deren Produkte gilt es durch die regulatorischen Untiefen von Festbeträgen, Therapiehinweisen, Rabattverträgen und Generika-Substitutionspflichten zu lotsen – durch ein Meer der Regulierung also. Und dies wirkt mitunter, als diene es der Falsifikation von Niklas Luhmanns These vom Recht als autopoietischem System zur Reduktion von Komplexität und dem Nachweis, dass das SGB V die Komplexität der Beziehungen zwischen den verschiedenen Akteuren im System der gesetzlichen Krankenversicherung mühelos in den Arkanbereich des Unverständlichen zu steigern weiß.

Unser Generalthema scheint der Lebenswirklichkeit der GKV auf den ersten Blick eine weitere Komplexitätsfacette hinzufügen zu wollen. Durchmustert man das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz<sup>1</sup> und das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG)<sup>2</sup>, wird indes deutlich, warum der Wirtschaftsrechtler am Ende wohl zu Recht auf den Plan gerufen wird: Es geht um Kernthemen des modernen Wirtschaftsrechts, um Wettbewerb nämlich, um Sicherstellung gleicher wettbewerblicher Rahmenbedingungen und um Transparenz der finanziellen Verhältnisse der Krankenkassen nach dem Modell großer Kapitalgesellschaften durch bilanzielle Vorgaben. Wem das noch nicht genügt, der muss in der Begründung zum GKV-OrgWG nicht lange suchen, um die Chiffre *par excellence* moderner Gesetzgebung zu finden: Es geht natürlich auch um „Nachhaltigkeit“, genauer: „eine stärkere Nachhaltigkeit der Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung“. Allzu viel nachgedacht worden ist darüber im Rahmen der Gesetzesbegründung wohl nicht, bezeichnet der Begriff der „Nachhaltigkeit“ doch die Nutzung eines natürlichen Systems in einer Weise, dass dieses System in seinen wesentlichen Charakteristika langfristig erhalten bleibt<sup>3</sup> und „sein Bestand auf natürliche Weise nachwachsen kann“<sup>4</sup>. Ob das System der GKV angesichts seiner demografischen Herausforderungen natürlich nachwachsend ist, und ob ausgerechnet das Insolvenzrecht dazu beizutragen vermag, die systemische Nutzungsdauer der Krankenkassen zu erhöhen, das alles sind spannende und berechtigte Fragen. Aber man muss gleich vorweg warnen: Das GKV-OrgWG beantwortet sie möglicherweise nicht zur Zufriedenheit aller.

## II. Überblick über den Regelungsgehalt des GKV-OrgWG

Nähern wir uns dem Thema vom Ende her und schauen darauf, was das GKV-OrgWG – nach einem schwierigen, sich über zwei Jahre erstreckenden und gestuften Gesetzgebungsverfahren, an dessen Anfang der Gesetzentwurf vom 24. Oktober 2006 des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes stand – zur Insolvenzfähigkeit der Krankenkassen regelt:

1. Am 1. Januar 2010 wurden alle Krankenkassen insolvenzfähig, einschließlich der zuvor insolvenzunfähigen landesunmittelbaren Kassen. Ausgenommen bleiben die Landwirtschaftlichen Krankenkassen<sup>5</sup> und die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See<sup>6</sup>.
2. Die Haftung der Länder für Versorgungsansprüche und Ansprüche auf Insolvenzgeld nach dem SGB III entfiel bereits mit Aktivierung des Gesundheitsfonds am 1. Januar 2009.
3. Alle Krankenkassen sind seit 1. Januar 2010 verpflichtet, binnen 40 Jahren ausreichendes Deckungskapital zur Erfüllung der Versorgungsverpflichtungen zu bilden.
4. Wird eine Krankenkasse insolvent, haften zunächst die übrigen Kassen der Kassenart für nicht gedeckte Versorgungsverpflichtungen der betroffenen Kasse. Reicht deren Vermögen nicht, haften subsidiär auch die Krankenkassen der übrigen Kassenarten.
5. Für Verpflichtungen gegenüber Versicherten und Leistungserbringern haften im Insolvenzfall die übrigen Kassen der Kassenart bis zur Höhe von 1 Prozent ihrer jährlichen Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds. Subsidiär haften bei Überschreiten dieser Grenze auch die Kassen der übrigen Kassenarten.
6. Für alle übrigen Verpflichtungen gelten die Verteilungsregelungen der Insolvenzordnung.
7. Bei Schließung einer Krankenkasse haften wie bisher die übrigen Kassen der Kassenart, subsidiär haften auch die übrigen Kassen, und zwar ohne Deckelung.
8. Die Rechnungslegungsvorschriften werden an die HGB-Grundsätze einer ordnungsgemäßen Buchführung und Bilanzierung angenähert.

## III. Das programmatische Konzept

Das skizzierte neue Regelungsgefüge lässt sich nicht ohne Blick auf die Historie des programmatischen Konzepts „Insolvenzfähigkeit für alle (Kassen)“ verstehen. Die Frage der Insolvenzfähigkeit gesetzlicher Krankenkassen ist eingebettet in den derzeit zu beobachtenden allgemeinen Trend, wirtschaftliche Wettbewerbsstrukturen in das Sozialrecht zu übertragen. Kassenartabhängige Differenzierungen wollen dazu nach Auffassung der Bundesregierung so recht nicht mehr passen. Der Entwurf des GKV-WSG machte deshalb zunächst einen Regelungsvorschlag, der schon aufgrund seiner Schlankeit sympathisch wirkte. § 171 b SGB V sollte lauten: „§ 12 Abs. 1 Nr. 2 der Insolvenzordnung findet auf Krankenkassen keine Anwendung.“ Das Schließungsrecht sollte in § 155 SGB V dahingehend geändert werden, dass die bislang bestehende

Haftung des Landesverbandes für bestimmte Fallkonstellationen aufgelöst und durch das Prinzip der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung sowie die Anwendung der Regelungen des Fünftens Teils der Insolvenzordnung (§§ 174 bis 216 InsO) ersetzt wird.

Wer meint, die seinerzeit über 200 und am 1. Januar 2010 auf 169 zusammengeschrumpfte<sup>7</sup> Zahl der im GKV-Spitzenverband zusammengeschlossenen Krankenkassen seien zu viele – darunter bekanntlich die damalige Bundesgesundheitsministerin Ulla Schmidt, die ja 30 bis 50 Kassen für wettbewerblich ausreichend hielt und zum Erstaunen nicht nur der Kartellrechtler (Stichwort: Bündelung der Nachfragemacht) zur bundesweiten Fusion der AOKs aufrief –, dem hätte dieser Regelungsvorschlag die Freude einer Marktberreinigung ganz eigener Art gemacht: Er hätte nicht bloß zur Insolvenzfähigkeit, sondern zur Insolvenz etlicher Krankenkassen geführt.

Das war hingegen weniger ein Vorschlag voll unfeiner Ironie als vielmehr Beleg des unter anderem von Theodor Lenckner schon 1977 in der „Tradition und Fortschritt im Recht“ betitelten Festschrift zum 500-jährigen Jubiläum der Tübinger Juristenfakultät konstatierten „Verfalls der Gesetzgebungskunst“<sup>8</sup>.

### 1. Insolvenz statt Insolvenzfähigkeit?

Die großen landesunmittelbaren Krankenkassen hatten nicht wenig Mühe, das Selbstverständliche in das Gesetzgebungsverfahren einzubringen: Dass bei ihnen nämlich wegen ihrer zahlreichen Dienstordnungs- (DO-) Angestellten<sup>9</sup> zeitgleich mit Inkrafttreten der Regelung der Insolvenzgrund der Überschuldung eingetreten wäre.

Eine Überschuldung liegt gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Die Feststellung der Überschuldung erfordert die Erstellung einer Überschuldungsbilanz. In einer Überschuldungsbilanz sind für Pensionsverpflichtungen und unverfallbare Pensionsanwartschaften grundsätzlich Rückstellungen zu bilden. Das betrifft bei betrieblichen Versorgungszusagen anerkanntermaßen die unverfallbaren Pensionsanwartschaften im Sinn des § 1 b Abs. 1 BetrAVG<sup>10</sup>. Die Altersversorgungsbezüge der DO-Angestellten der Krankenkassen, die sich nach §§ 4 ff. Beamtenversorgungsgesetz richten<sup>11</sup>, sind nicht einseitig durch die verpflichteten Krankenkassen kündbar und daher wie unverfallbare betriebliche Pensionsanwartschaften einzuordnen. Da solche unverfallbaren Pensionsanwartschaften unabhängig davon, ob die Fortführungsprognose positiv oder negativ ausgefallen ist, mit ihrem Barwert in der Überschuldungsbilanz anzusetzen sind<sup>12</sup>, gilt dies auch für Altersversorgungsbezüge der DO-Angestellten der gesetzlichen Krankenkassen.

Der Barwert der in ihre Überschuldungsbilanzen einzustellenden Versorgungsansprüche der damals rund 13 000 DO-Angestellten insgesamt wurde im Gesetzgebungsverfahren Ende 2006 allein von den Allgemeinen Ortskrankenkassen (rd. 11 800 DO-Angestellte) auf – je nach Diskontierungszinssatz – 6,25 bis 8 Mrd. EUR beziffert<sup>13</sup>. Da diesen Passiva keine ausreichenden Aktiva gegenüber gestanden hätten, wären die betroffenen Krankenkassen sofort rechnerisch überschuldet gewesen. Die Situation würde sich übrigens noch einmal durch das jetzt geltende Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz<sup>14</sup> verschärfen: Nach § 253 Abs. 1 Satz 2 HGB-E sind sie nun mit dem nach kaufmännischer Beurteilung notwendigen Erfüllungsbetrag, also explizit unter

Berücksichtigung künftiger Preis- und Kostensteigerungen, anzusetzen. Unter Durchbrechung des Stichtagsprinzips sind auch künftige, noch nicht vertraglich oder (im Falle der DO-Angestellten) gesetzlich fixierte Rentenentwicklungen ebenso einzubeziehen wie biometrische Daten für die Bewertung der Pensionsverpflichtungen dann regelmäßig zu aktualisieren sind.

## **2. Anwendung des strengen Überschuldungsbegriff auf Krankenkassen**

Zu berücksichtigen ist umgekehrt aber auch die mit Art. 5 des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes vom 17. Oktober 2008 eingeführte und unterdessen bis zum 31. Dezember 2013 verlängerte Änderung des insolvenzrechtlichen strengen Überschuldungsbegriffs in § 19 Abs. 2 InsO<sup>15</sup>. Sie gilt im Rahmen des § 171b Abs. 2 SGB V n.F. auch für die Krankenkassen. § 19 Abs. 2 InsO verlangt in seiner derzeit geltenden Fassung, den konkreten Fortführungswert sämtlicher Aktiva eines Unternehmens zu ermitteln und zu bewerten, und dieser Wert muss die bestehenden Verbindlichkeiten vollständig decken. Temporär gilt nun wieder der – hochproblematische – Überschuldungsbegriff, wie er durch das Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 1. Januar 1999 überwunden wurde. Eine positive Fortführungsprognose (die Fortführung muss „nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich sein“) lässt danach den Überschuldungstatbestand entfallen. Zur Bedeutung dieses Gesetzes sowie des neuen Bilanzrechts schweigen sich das GKV-WSG und das GKV-OrgWG aus. Dies bestärkt den – insgesamt bestehenden – Eindruck, beide Gesetze seien vom Wunsch nach mehr handels- und gesellschaftsrechtlicher Avantgarde im Krankenkassen-Haushaltsrecht beseelt, ohne die Übertragung des einen auf das andere System in seinen Konsequenzen zu Ende zu denken.

## **3. Weitere konstruktive Unzulänglichkeiten**

Vor diesem Hintergrund fiel kaum mehr noch ins Gewicht, dass jener Gesetzentwurf weitere konstruktive Unzulänglichkeiten enthielt: Die Bestimmungen über die Schließung von Krankenkassen bei fehlender Leistungsfähigkeit waren nur unzureichend mit den insolvenzrechtlichen Vorgaben harmonisiert, das kompetenzielle Verhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und Insolvenzverwalter nicht geregelt. Die vorgesehene, weitgehend undifferenzierte Anwendung des Insolvenzrechts hätte dem besonderen, durch das GKV-WSG bestätigten Versorgungsauftrag der Krankenkassen (§ 1 Abs. 1 SGB V) kaum entsprochen. Sozial- und Insolvenzrecht verfolgen nämlich unterschiedliche gesetzgeberische Ziele: Das Sozialrecht soll die grundrechtlich determinierte öffentlich-rechtliche Aufgabenerfüllung der GKV sicherstellen. Das zum 1. Januar 1989 eingeführte Instrument der Schließung und Abwicklung einer Krankenkasse wegen nicht mehr auf Dauer gesicherter Leistungsfähigkeit ist dabei Ultima Ratio<sup>16</sup>. Das Insolvenzrecht soll dagegen eine Abwicklung des insolventen Unternehmens (bei Unmöglichkeit seines Erhalts), eine gleichmäßige Verteilung der Insolvenzmasse unter allen Gläubigern und unter Umständen auch eine Sanierung ermöglichen.

Im GKV-WSG-Gesetzgebungsverfahren haben die Länder zwar frühzeitig auf ihre Enthaftung gedrängt, andererseits darauf hingewiesen, dass die Folge- und Anpassungsregelungen zur Herstellung der Kompatibilität von Sozialrecht und Insolvenzrecht fehlten und auch nicht kurzfristig geschaffen werden konnten. Mit den Beschlussempfehlungen des Bundestags-Ausschusses für Gesundheit vom 31. Januar 2007<sup>17</sup> wurde der Kritik durch die Reduzierung des Gesetzgebungsvorschlags auf eine

Einführungsregelung zur Insolvenzfähigkeit von Krankenkassen Rechnung getragen. § 171 b SGB V in der Fassung des GSV-WSG vom 26. März 2009<sup>18</sup> gab den Regelungsauftrag, wie er dann durch das GKV-OrgWG ausgefüllt worden ist.

#### **IV. Umsetzung durch das GKV-OrgWG**

Dieser Regelungsauftrag wurde im Einzelnen wie folgt umgesetzt:

##### **1. Kassenartübergreifende Regelungen**

Gesetzgebungstechnisch wurden §§ 171 b und 172 neugefasst und §§ 171 c-171 f SGB V eingefügt. Diese Vorschriften bilden nun gemeinsam den Achten Titel „Kassenartübergreifende Regelungen“.

Nach § 171 b Abs. 1 SGB V n.F. findet seit 1. Januar 2010 die Insolvenzordnung mit den genannten Ausnahmen auf alle Krankenkassen Anwendung; § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO gilt für Krankenkassen dann nicht mehr. § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO erklärt das Insolvenzverfahren für juristische Personen des öffentlichen Rechts für unzulässig, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muss diese juristische Person der Aufsicht eines Landes unterstehen – das ergibt sich für die landesunmittelbaren Krankenkassen aus § 90 Abs. 2 SGB IV. Zweitens muss das zuständige Land von der Ermächtigung in § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO, eine Person des öffentlichen Rechts für insolvenzunfähig zu erklären, Gebrauch gemacht haben. Das hatten die Länder durch Generalklauseln getan, sodass bis Jahresende 2009 bekanntlich noch alle Krankenkassen insolvenzunfähig waren, die unter der Aufsicht der Länder stehen.

§ 171 f SGB V n.F. ordnet die Insolvenzfähigkeit auch für Krankenkassenverbände an.

##### **2. Insolvenzgründe und Anzeigepflicht**

Tritt einer der Insolvenzgründe nach §§ 17-19 InsO ein – also Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit (sie ist Eröffnungsgrund nur bei Antrag des Schuldners selbst) oder Überschuldung –, trifft den Vorstand einer Krankenkasse die Pflicht zur Anzeige an die Aufsichtsbehörde, § 171 b Abs. 2 SGB V n.F. Das gilt übrigens nicht für den Verwaltungsrat oder sonstige Personen. Anders als bei der GmbH (§ 64 Abs. 1 GmbHG) und der Aktiengesellschaft (§ 92 Abs. 2 AktG), bei denen der Insolvenzantrag ohne schuldhaftes Verzögern, aber jedenfalls binnen drei Wochen ab Eintritt des Insolvenzgrundes zu stellen ist, gibt es die Dreiwochenfrist bei den Körperschaften des öffentlichen Rechts nicht. Der Antrag ist hier unmittelbar nach Vorliegen des Insolvenzgrundes zu stellen. Jedenfalls entsteht die Antragspflicht spätestens dann, wenn das antragspflichtige Organ positive Kenntnis vom Beginn der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung hat. Diese Grundsätze können auf die Anzeigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde übertragen werden.

Die Verletzung der Anzeigepflicht ist nach § 307 a Abs. 4 SGB V n.F. im Falle der Überschuldung und der Zahlungsunfähigkeit strafrechtlich sanktioniert, und zwar analog den VAG- und KWG-Bestimmungen. Der Regierungsentwurf vom 16. Juni 2008 enthielt demgegenüber noch eine unnötige Verschärfung, weil auch die Verletzung der Anzeigepflicht bei drohender Zahlungsunfähigkeit strafbewehrt sein sollte. Auf die Unbilligkeit dieser Verschärfung hatte der AOK-Bundesverband zu Recht hingewiesen und damit beim Ausschuss für Gesundheit Gehör gefunden.

Neben die strafrechtliche tritt auch eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder einer Krankenkasse. Sie haften – ungeachtet der Möglichkeit einer sogenannten D&O-Versicherung – nach allgemeinem Haftungsrecht auf Grundlage des Dienstvertrags nach §§ 280, 611 BGB gegenüber der Krankenkasse. Sie kann die Vorstandsmitglieder für Schäden in Anspruch nehmen, die infolge der verspäteten Insolvenzanzeige eintreten.

### 3. Insolvenzantragsrecht

Das ausschließliche Insolvenzantragsrecht liegt nach § 171 b Abs. 3 Satz 1 SGB V bei der zuständigen Aufsichtsbehörde; das entspricht § 46 b Abs. 1 Satz 4 KWG und § 88 Abs. 1 VAG. Sie kann den Antrag nur binnen drei Monaten nach Eingang der Anzeige des Vorstands stellen und hat darüber den Spitzenverband Bund zu unterrichten (§ 171 b Abs. 4 Satz 1 SGB V). Durch die Anzeige wird der Vorstand von der Pflicht zur eigenen Antragstellung wegen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (§ 89 Abs. 2 i. V. m. § 42 Abs. 2 BGB) befreit.

Die Frist von drei Monaten ist aus insolvenzrechtlicher Perspektive sicher zu lang bemessen. Eines der zentralen Anliegen der Insolvenzordnung, nämlich die frühzeitige Reaktion auf die Überschuldung, wird damit ausgehebelt. Macht die Aufsicht kurz vor Ablauf der Frist von ihrem Antragsrecht Gebrauch, dürfte kaum mehr Masse vorhanden sein.

Ganz ausgeschlossen ist das Insolvenzantragsrecht der Gläubiger nach § 14 InsO, das für das Insolvenzrecht charakteristisch ist und ohne das es per se nur ein „Insolvenzrecht light“ geben kann. Die Bundesregierung begründet das mit dem Schutz der Funktionsfähigkeit des GKV-Systems, die gefährdet würde, wenn auch andere Gläubiger antragsberechtigt wären und in der Folge Leistungserbringer die Versicherten nicht mehr oder nur noch gegen Vorkasse behandeln würden. Das sind sicherlich berechtigte Erwägungen, doch führen sie auch zur Frage: warum dann überhaupt ein neues Insolvenzrecht? Wenn Gläubiger ohne Insolvenzantragsrecht als Druckmittel letztlich nur der Weg der Anregung an die Aufsichtsbehörde bleibt, von dort aus Insolvenzantrag zu stellen, bleibt insoweit kein Unterschied mehr zum Schließungsverfahren – mit dem Unterschied der besseren Aussicht auf Forderungsbefriedigung bei Schließung. Man kann hier schon eine indikative Bewertung wagen: Die Koexistenz von Schließungsrecht und „Insolvenzrecht light“ bietet für die Gläubiger einer Krankenkasse keine erkennbaren Vorteile.

Auch die (sogleich zu skizzierenden) Spezifika des neuen Insolvenzrechts der Krankenkassen bestätigen diesen Eindruck.

### 4. Verhältnis von Schließungs- und Insolvenzverfahren

Die Aufsichtsbehörde muss innerhalb der Dreimonatsfrist prüfen und entscheiden, ob sie von ihrem Schließungsrecht Gebrauch macht, alternative Maßnahmen (auf die sogleich einzugehen ist) ergreift oder Insolvenzantrag stellt. Da eine spätere Antragstellung die nur nach Quote zu befriedigenden Gläubiger (§ 195 InsO) benachteiligen würde, kommt nach Ablauf der Dreimonatsfrist nur noch eine Schließung in Betracht: Nur die Haftungskaskade nach § 155 SGB V im Schließungsfall führt zur vollständigen Befriedigung aller bestehenden Verbindlichkeiten der geschlossenen Krankenkasse.

Zum Verhältnis von Schließungs- und Insolvenzverfahren ist die gesetzgeberische Entscheidung eindeutig: Das Schließungsrecht (§§ 146 a, 153, 155, 163 SGB V) genießt nach § 171 b Abs. 3 Satz 2 SGB V n.F. generell Vorrang vor dem Insolvenzverfahren. Liegt ein Insolvenzgrund vor und verneint die Aufsichtsbehörde zugleich die dauerhafte Leistungsfähigkeit der Krankenkasse (§ 153 Satz 1 Nr. 3 SGB V), soll sie die Krankenkasse schließen (Ermessensreduktion).

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Abwicklung einer Krankenkasse unabhängig vom konkret anzuwendenden Verfahren angesichts des Versorgungsauftrags der GKV immer nur *Ultima Ratio* sein kann und die Aufsichtsbehörde im von ihr geführten Schließungsverfahren bis zum Wirksamwerden der Schließung weitaus mehr Möglichkeiten hat, die Abwicklung in Koordination mit dem GKV-Spitzenverband durch die Organisation finanzieller Hilfen oder Zwangsvereinigungen zu verhindern<sup>19</sup>.

Man kann auch davon ausgehen, dass der Tatbestand des § 171 b Abs. 3 Satz 2 SGBV immer dann erfüllt ist, wenn die Voraussetzungen für den Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vorliegen, dass also bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes immer auch ein meist schon zeitlich früher eingetretener Schließungsgrund wegen nicht mehr auf Dauer gesicherter Leistungsfähigkeit der Krankenkasse gegeben ist.

Im Einzelfall können zwar sachliche Gründe für die Durchführung eines Insolvenzverfahrens sprechen. Man darf aber davon ausgehen, dass im Instrumentenmix das Insolvenzverfahren wohl nicht nur wie im Gesetz vorgesehen Ausnahme, sondern ganz ohne praktische Bedeutung bleiben wird. Die mit der Einführung der Insolvenzfähigkeit aller Krankenkassen programmatisch beabsichtigte Stärkung eines wettbewerblich geprägten Kassensystems<sup>20</sup> wird mit dem vom Gesetzgeber gewollten Vorrang des bestehenden Schließungsrechts vor dem Insolvenzrecht verfehlt. In der Konsequenz der Entscheidung für die Anwendbarkeit des Insolvenzrechts auf alle Kassen hätte es gelegen, das aufsichtsrechtliche Schließungsverfahren ganz entfallen zu lassen und stattdessen – wie geschehen – das ausschließliche Antragsrecht der Aufsichtsbehörde zu übertragen. Zudem hätte – systematisch angemessener – der Insolvenzverwalter auf spezifische Ziele (sozialstaatlicher Auftrag der Krankenkassen) verpflichtet werden können. Auch der umgekehrte Weg eines ausschließlichen Schließungsverfahrens hätte gewählt werden können – wenn auch schwieriger, weil ein Zurück hinter die bestehende Insolvenzfähigkeit bundesunmittelbarer Kassen politisch schwerer zu vermitteln gewesen wäre.

Einzig die Kassen selbst könnten sich zu Fürsprechern eines Insolvenzverfahrens über ihre notleidenden Wettbewerber entwickeln: Die vorrangige Schließung einer Krankenkasse birgt für die Kassen derselben Kassenart das Risiko höherer finanzieller Belastungen als bei einer Insolvenz, denn im Schließungsfall besteht keine Haftung des Pensions-Sicherungs-Vereins für zukünftig entstehende Versorgungsansprüche; es gibt keinen Schwellenwert für die Haftung für Verpflichtungen gegenüber Leistungserbringern und Versicherten (wie für den Insolvenzfall in § 171 d Abs. 5 Satz 2 SGB V n.F. vorgesehen), und die Kassen der Kassenart haften für alle Verbindlichkeiten der geschlossenen Krankenkasse. Auf diese unterschiedlichen Haftungskaskaden ist hier noch einzugehen. Daraus können allerdings auch (wie vom Gesetzgeber beabsichtigt) finanzielle Anreize für die Gewährung freiwilliger finanzieller Hilfen innerhalb der Kassenart nach § 256 b SGB V n.F. entstehen.

## 5. Insolvenzmasse

Was ist nun die Insolvenzmasse einer Krankenkasse? Grundsätzlich ist das nach § 35 InsO das gesamte Vermögen des Schuldners zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung und das, was er während des Verfahrens erlangt. § 171 b Abs. 6 SGB V definiert davon abweichend als Vermögen der Krankenkasse nur die Mittel nach § 259 SGB V, also die Betriebsmittel, die Rücklage und das Verwaltungsvermögen. Da seit Beginn des Gesundheitsfonds die Beitragsforderungen nicht mehr zum Vermögen der Krankenkasse gehören, sondern für Rechnung des Gesundheitsfonds eingezogen werden, stehen sie nicht mehr der einzelnen Kasse und ihren Gläubigern, sondern nur mehr der gesetzlichen Krankenversicherung als Ganzer zu. Hingegen fällt der in diesen Tagen heiß diskutierte kassenindividuelle Zusatzbeitrag (§ 242 SGB V in der seit 1. Januar 2009 geltenden Fassung) als kasseneigener Vermögenswert in die Insolvenzmasse.

## 6. Insolvenzversicherungspflicht

Welche Vorkehrungen verlangt das Gesetz von der Krankenkasse, um den Eintritt des Insolvenzfalls zu verhindern?

Nach § 171 e Abs. 1 SGB V n.F. müssen alle Kassen seit dem 1. Januar 2010 ein Deckungskapital für Altersversorgungsverpflichtungen, die eine direkte Einstandspflicht nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG begründen, sowie für Beihilfeverpflichtungen bilden. Dies erfasst die Versorgungswege Direktzusage, Unterstützungskasse und Pensionsfonds (vgl. § 10 Abs. 1 BetrAVG). Hat eine Krankenkasse hingegen Versorgungszusagen in Form einer Pensionskasse, einer Direktversicherung nach § 7 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BetrAVG oder einen versicherungsförmig ausgestalteten Pensionsfonds erbracht, besteht keine Pflicht zum Aufbau eines Deckungskapitals. Ein solches besteht bei diesen der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht unterliegenden Einrichtungen ja bereits<sup>21</sup>.

Für die mindestens jährlichen Zuführungen zum Deckungskapital steht den Krankenkassen ein Zeitraum von bis zu 40 Jahren zur Verfügung, um eine finanzielle Überforderung zu vermeiden. Das geht über die Gesetzgebungsverfahren zunächst erwogenen 20 bis 30 Jahre hinaus. Eine von den Kassen bereits erfolgte Ausfinanzierung über andere anerkannte Durchführungswege (z. B. Pensionskassen) wird bei der Berechnung der Versorgungsleistungen, für die das Deckungskapital zu bilden ist, berücksichtigt (§ 171 e Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 SGB V n.F.). Aufwendungen zur Bildung des Deckungskapitals und zur Insolvenzabsicherung sind Verwaltungsausgaben, für die die Krankenkassen standardisierte Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds erhalten sollen (§ 37 RSAV). Spätestens zum 31. Dezember 2049 muss ein dem voraussichtlichen Barwert der Altersversorgungsverpflichtungen wertgleiches, bilanziell zu passivierendes Deckungskapital bestehen.

Das Deckungskapital muss nach § 171 e Abs. 1 Satz 5 SGB V n.F. zweckentsprechend verwendet werden. Ich habe mich dafür ausgesprochen, es nicht zur Insolvenzmasse zu zählen<sup>22</sup>. Eindeutig geregelt ist das leider nicht. Der Bundesrat hatte eine entsprechende gesetzliche Klarstellung beantragt, um die Versorgungsansprüche besser abzusichern, augenscheinlich ohne sich damit durchsetzen zu können. Mit dem Abschluss des kontinuierlich aufzubauenden Deckungskapitals aus der Insolvenzmasse

korrespondiert – dem vorgelagert – der Ausschluss solcher Altersversorgungsverbindlichkeiten der Krankenkasse aus der Überschuldungsbilanz, für die nach § 171 d Abs. 1 SGB V n.F. der Spitzenverband Bund haftet, § 171 b Abs. 2 Satz 2 SGB V n.F.

In Zukunft sind alle Kassen beitragspflichtig zur Insolvenzversicherung nach dem BetrAVG (Mitgliedschaft im Pensions-Sicherungs-Verein) für die Absicherung ab dem 1. Januar 2010 neu eingegangener Pensionsverpflichtungen<sup>23</sup>. Ansprüche und Anwartschaften aus Versorgungszusagen werden vom Insolvenzschutz nach BetrAVG nur erfasst, wenn sie nach dem 31. Dezember 2009 entstanden sind (§ 171 d Abs. 3 SGB V n.F.).

## **7. Rechtliche Qualifikation der Dienstverhältnisse der DO-Angestellten**

Die Insolvenzfähigkeit der landesunmittelbaren Krankenkassen berührt schließlich nicht die rechtliche Qualifizierung der Dienstverhältnisse der DO-Angestellten. Die Insolvenzunfähigkeit ist keine Voraussetzung der Versicherungsfreiheit hinsichtlich der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB VI. Die Regelungen des GKV-OrgWG stellen sicher, dass es bei der Sicherheit der gewährleisteten Versorgungsanwartschaften der DO-Angestellten im Sinne dieser Vorschrift bleibt. Die Insolvenzunfähigkeit ist auch keine Voraussetzung der Versicherungsfreiheit hinsichtlich der Arbeitslosenversicherung nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 SGB III. Es bleibt also auch bei Einführung der Insolvenzfähigkeit bei der Versicherungsfreiheit der DO-Angestellten zur Arbeitslosenversicherung. Mit der Insolvenzfähigkeit ist hingegen die Voraussetzung der Freistellung nach § 17 Abs. 2 BetrAVG entfallen, sodass Beiträge zur Insolvenzabsicherung der Versorgungszusagen der DO-Angestellten an den PSV geleistet werden müssen. Dasselbe gilt für die Verpflichtung zur Zahlung einer Umlage für das Insolvenzgeld. § 359 Abs. 2 Satz 2 SGB III stellt lediglich die nicht insolvenzfähigen Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts von der Zahlungspflicht frei.

## **8. Haftungskaskaden**

Was passiert nun im Fall der Insolvenz einer Krankenkasse mit ihren Verbindlichkeiten? Das GKV-OrgWG führt in § 171 d SGB V n.F. ein komplexes Haftungssystem ein. Die jeweiligen Haftungskaskaden variieren je nach Art der Verpflichtungen.

Für (nunmehr sämtliche, nicht mehr bloß, wie im Gesetzentwurf vorgesehen, unverfallbare) Altersversorgungsverpflichtungen, die vor dem 31. Dezember 2009 entstanden sind, gilt nach § 171 d Abs. 1 SGB V n.F. im Insolvenzfall folgende Haftungskaskade:

- Es haftet der Spitzenverband Bund;
- dieser nimmt zunächst Rückgriff bei den übrigen Kassen einer Kassenart (bis 31. Dezember 2009 anteilig auch im Falle ihrer kassenartübergreifenden Vereinigung nach § 171 a SGB V);
- sind diese Kassen nicht in der Lage, die Verpflichtung zu erfüllen, haften hierfür auch die Kassen der übrigen Kassenarten.

Für Verpflichtungen gegenüber Versicherten und Leistungserbringern nach § 155 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 und 5 SGB V n.F., die aus verfassungsrechtlichen Gründen in vollem Umfang erfüllt werden müssen, gilt im Insolvenzfall nach § 171 d Abs. 5 SGB V n.F.:

- Die verbleibenden Kassen der Kassenart haften bis zu einem Schwellenwert von 1 Prozent der jährlichen Gesamtzuweisung aus dem Gesundheitsfonds an diese Kassenart.
- Sind diese Kassen nicht in der Lage, die Verpflichtung zu erfüllen, haften hierfür auch die Kassen der übrigen Kassenarten.

Für alle übrigen Verpflichtungen (zum Beispiel Mietforderungen) gelten die Verteilungsregelungen der InsO, also gleichmäßige quotale Befriedigung der Gläubiger aus der Insolvenzmasse.

Mit diesen differenzierten Haftungskaskaden trägt der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass gesetzliche Krankenkassen, anders als privatwirtschaftliche Unternehmen, besonderen verfassungsrechtlichen Bindungen unterworfen sind. Versicherte, Leistungserbringer und DO-Angestellte können wegen ihrer verfassungsrechtlich besonders abgesicherten Anspruchspositionen nicht auf die quotale Befriedigung im Insolvenzverfahren verwiesen werden. Daraus resultiert die Notwendigkeit, sozialrechtliches Haftungs- und Insolvenzrecht aufeinander abzustimmen. Verfassungsrechtlich müssen diese existenziellen Versorgungsansprüche in der GKV im Falle der Insolvenz einer Kasse auch kurzfristig gesichert werden. Die Berechtigten haben einen Anspruch auf Fortführung ihres Leistungsanspruchs gegen einen zahlungsfähigen neuen Schuldner. Dieser ergibt sich im Gesetz nur mittelbar aus der jeweiligen Haftungskaskade; wünschenswert wäre eine ausdrückliche Regelung gewesen.

## V. Übertragung wesentlicher handelsrechtlicher Bewertungsgrundsätze

Mit der Einführung der Insolvenzfähigkeit der landesunmittelbaren Krankenkassen hat der Gesetzgeber auch die Gelegenheit ergriffen, für alle Kassen die Rechnungslegungsvorschriften an die im HGB geregelten Grundsätze einer ordnungsgemäßen Buchführung und Bilanzierung anzunähern. Die Neufassung des § 77 SGB IV durch das GKV-OrgWG überträgt die in § 252 HGB geregelten wesentlichen handelsrechtlichen Bewertungsgrundsätze auf die Jahresrechnung der Krankenkassen. Sie muss nunmehr entsprechend der Vorgabe in § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB für den Jahresabschluss der Kapitalgesellschaft „ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage“ der Krankenkasse vermitteln, § 77 Abs. 1 a Satz 1 SGB IV. Auch die schriftliche Versicherung der gesetzlichen Vertreter nach § 264 Abs. 2 Satz 3 HGB zur Abgabe der Jahresrechnung nach bestem Wissen (Erklärung unter Wissensvorbehalt) findet sich nun wortgleich in § 77 Abs. 1 a Satz 2 SGB IV.

Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 SVRV müssen folgerichtig für Altersversorgungszusagen nunmehr zwingend Rückstellungen gebildet werden, das bisherige Bilanzierungswahlrecht entfällt. Während des Zuführungszeitraums für das zu bildende Deckungskapital muss der Gesamtbetrag des Rückstellungsbetrags nur in einer Fußnote der Jahresrechnung ausgewiesen werden.

Weitere komplizierte Details ließen sich ausführen, doch erschöpfend wäre auch das nicht: Nach § 171 e Abs. 3 SGB V n.F. sind die Abgrenzung der Versorgungsverpflichtungen, für die das Deckungskapital zu bilden ist, die allgemeinen versicherungsmathematischen Vorgaben für die Ermittlung des Barwerts der Versorgungsverpflichtungen sowie weitere Details zur Höhe der Zuweisungsbeträge zum Deckungskapital durch (eine nach dem Willen der Bundesregierung an das Bundesversicherungsamt delegierte) Rechtsverordnung zu regeln.

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass diese Komplexität und die mit ihr notwendig verbundenen Bürokratiekosten einen hohen Preis für ein derzeit noch nicht quantifizierbares Mehr an Wettbewerb durch Einführung der Insolvenzfähigkeit bedeuten. Bleibt am Ende nur der Wunsch der Länder nach vollständiger Enthftung mit Einführung des Gesundheitsfonds als treibende Kraft, vielleicht auch als einzige Motivationsgrundlage?

## **VI. Kollektive Haftungsprävention**

Wenden wir uns noch den durch das GKV-OrgWG eingeführten kassenübergreifenden Präventivmaßnahmen zur Vermeidung einer Schließung oder Insolvenz zu:

### **1. Freiwillige und satzungsmäßige finanzielle Hilfe**

Schon bisher konnten die Satzungen der Landesverbände und der Verbände der Ersatzkassen nach § 265 SGB V eine Umlage der Verbandsmitglieder vorsehen, um die Kosten für aufwendige Leistungsfälle und für andere aufwendige Belastungen ganz oder teilweise zu decken; die Hilfen können auch als Darlehen gewährt werden. Näheres über Voraussetzungen, Rückzahlung und Verzinsung regelt die Satzung des Verbandes.

In seinen Entscheidungen vom 24. September 2008 hat der 12. Senat des BSG Revisionen zweier klagender Betriebskrankenkassen zurückgewiesen, die im Wege der Verbandsumlage zur anteiligen Tragung von Aufwendungen ihres Landesverbandes herangezogen worden waren. Diese Aufwendungen waren durch Maßnahmen zur Abwehr der Zahlungsunfähigkeit einer Mitgliedskasse entstanden. Soweit Satzung und Ausgleichsordnung als Gegenstand des Finanzausgleichs für andere aufwendige Belastungen auch den Kostenaufwand für die Abwendung des Haftungseintritts nach § 155 Abs. 4 SGB V benennen, halten sie sich nach Auffassung des Senats im Rahmen der bundesrechtlichen Satzungsermächtigung in § 265 SGB V. Die Art und Weise der Wahrnehmung derartiger Optionen ist von den klagenden Kassen, die nicht selbst Vertragspartner sind, als Tatbestand hinzunehmen.

Nach § 265 b SGB V n.F. können sich Krankenkassen derselben Kassenart nunmehr zu freiwilligen finanziellen Hilfen auf vertraglicher Basis verpflichten, um die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit der unterstützten Krankenkasse zu erhalten, Haftungsfälle wegen Schließung oder Insolvenz (mit vorrangiger Haftung innerhalb der Kassenart) zu vermeiden und ihre Beiträge zur Haftung im Insolvenzfall abweichend von der noch zu erlassenden Rechtsverordnung zu regeln. Diese Vereinbarungen müssen wegen ihrer finanziellen Bedeutung von den Aufsichtsbehörden genehmigt werden.

Nach § 265 a SGB V n.F. muss der Spitzenverband Bund Satzungsregelungen zur Generierung von Unterstützungsleistungen zugunsten notleidender Krankenkassen schaffen, um Vereinigungen mit anderen Krankenkassen zu ermöglichen. Das ist inzwischen durch die Finanzhilfenordnung des GKV-Spitzenverbandes geschehen, deren Details im Genehmigungsverfahren für diese Satzungsänderung durchaus Schwierigkeiten bereiteten. Durch solche Kassenfusionen sollen Haftungsrisiken für die übrigen Krankenkassen vermieden werden. Finanzielle Hilfen dürfen nur gewährt werden, wenn auch ausreichende freiwillige Hilfen nach § 265 b SGB V vereinbart werden. Unklar ist allerdings, wann die freiwilligen Hilfen „ausreichend“ sind und in welchem Umfang in solch einem Fall noch Unterstützungsmaßnahmen des Spitzenverbands Bund erforderlich sind. Der Bundestags-Ausschuss für Gesundheit hat das Verhältnis der freiwilligen Hilfen nach § 265 b SGB V zu den satzungsmäßigen Hilfen nach § 265 a SGB V dahingehend zu präzisieren versucht, dass freiwillig geleistete Hilfen bei der Aufteilung der pflichtigen Hilfen auf die Mitgliedskassen angemessen zu berücksichtigen sind<sup>24</sup>.

## **2. Zwangsfusion**

Der Instrumentenmix im Vorfeld einer Kasseninsolvenz wird schließlich durch § 172 Abs. 3 SGBV n.F. arrondiert. Danach können die Aufsichtsbehörden im Benehmen mit dem Spitzenverband Bund Zwangsfusionen von Krankenkassen anordnen, wenn die Leistungsfähigkeit einer Kasse nur durch diese Maßnahme auf Dauer gesichert werden bzw. der Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vermieden werden kann. Nach der Gesetzesbegründung muss aber die aufnehmende Krankenkasse zu einer Vereinigung bereit sein. Eine Verschmelzung der insolvenzgefährdeten auf eine gesunde Kasse im Sinne eines doppelten Fusionszwangs sieht das Gesetz zu Recht nicht vor. Die Fusionsbereitschaft lässt sich allerdings durch die Bereitstellung von Hilfen nach §§ 265 a oder 265 b SGB V fördern.

## **3. Liquiditätsgarantie des Bundes**

Ein Systemfehler war trotz frühzeitiger Hinweise im Gesetzgebungsverfahren nicht korrigiert worden, hat sich augenscheinlich aber im vergangenen Jahren nicht materialisiert: Da die Bundesländer schon ab 1. Januar 2009 von der Haftung befreit waren, eine Anwendung des Insolvenzrechts auf die Krankenkassen aber erst ab 1. Januar 2010 vorgesehen wurde, bestand eine einjährige Haftungslücke für etwaige Kassenschließungen im Jahr 2009.

Möglich war für diese Übergangszeit und ist auch jetzt *de lege ferenda* eine Garantiehaftung des Bundes. Eine von den Ländern geforderte Liquiditätsgarantie des Bundes für die Haftung des Spitzenverbands Bund (mit entsprechender Rückzahlungsverpflichtung) ähnlich der in § 214 SGB VI enthaltenen Regelung für die gesetzliche Rentenversicherung lehnte die Bundesregierung zwar aus finanzverfassungsrechtlichen Gründen wegen des Konnexitätsprinzips in Art. 104 a GG ab: Die Herstellung der Insolvenzfähigkeit landesunmittelbarer Krankenkassen sei keine Bundesaufgabe<sup>25</sup>. Zudem geht der Bundesgesetzgeber davon aus, dass das System der GKV jederzeit leistungsfähig ist. Allerdings verdrängt das in sich geschlossene und hinsichtlich seiner Finanzierung vom Steuerhaushalt unabhängige System der Sozialversicherung als Spezialregelung die allgemeine Finanzverfassung des Grundgesetzes<sup>26</sup>. Letztlich wird dem Bund in Art. 120 Abs. 1 Satz 4 GG die Gesamtverantwortung für dessen Finanzierung über-

antwortet, ebenso wie der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12, Art. 87 Abs. 2 GG über die umfassende Kompetenz zur organisatorischen Ausgestaltung des Systems einschließlich der Ausgaben und Einnahmen verfügt. Das verfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip kommt im Bereich der GKV gar nicht zur Anwendung und stünde einer verursachungsgerechten Liquiditätsgarantie des Bundes nicht entgegen<sup>27</sup>. Ob dagegen das System der GKV auch nach Einführung des Gesundheitsfonds, der die Finanzierung der gesetzlichen Krankenkassen grundlegend verändert hat, jederzeit leistungsfähig genug ist, auch hohe Haftungsverbindlichkeiten kurzfristig zu bedienen, kann derzeit ohne hinreichende Erfahrungen mit dem neuen Finanzierungssystem nicht beurteilt werden. Angesichts der existenziellen Bedeutung der abzusichernden Leistungs- und Versorgungsansprüche wäre eine Liquiditätsgarantie des Bundes daher verursachungsgerecht und angemessen.

## VII. Verfahrensfragen

Betrachten wir noch kurz das Insolvenzverfahren, sollte es jemals zu einem solchen über eine Krankenkasse kommen. Dabei möchte ich nur Folgendes herausgreifen:

Für die Krankenkasse als juristische Person des öffentlichen Rechts sieht das Gesetz nunmehr vor, dass sie mit dem Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder seiner Ablehnung mangels Masse geschlossen und zur Abwicklungskörperschaft wird, § 171 b Abs. 5 SGB V n.F. Das entspricht den bisherigen Schließungsfolgen: Mit der Schließung einer Krankenkasse endet ihre Existenz als Krankenkasse im Sinne des § 4 Abs. 2 SGB V, sie besteht jedoch gemäß § 155 Abs. 1 Satz 2 SGB V fort, soweit es die Zwecke der Abwicklung erfordern.

Die Abwicklung der Geschäfte der Krankenkasse im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt nach den Vorschriften der Insolvenzordnung, § 171 b Abs. 5 a.E. SGB V n.F. Die Formulierung des § 171 b Abs. 5 SGB V n.F. („im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens“) und die Gesetzesbegründung lassen offen, wie die Abwicklung bei Ablehnung der Eröffnung (§ 26 Abs. 1 Satz 1 InsO) zu geschehen hat. Aus der Zusammenschau mit der Formulierung „ist die Kasse geschlossen“ ließe sich folgern, dass dann das Schließungsrecht des § 155 SGB V zur Anwendung kommt. Umgekehrt ließe sich argumentieren, dass der Gesetzeswortlaut nur die insolvenzrechtliche Selbstverständlichkeit wiedergibt, dass kein Insolvenzverfahren nach den Vorschriften der Insolvenzordnung (§§ 27 ff. InsO) durchgeführt wird, wenn der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgelehnt wird. Die Abwicklung der insolventen juristischen Person richtet sich dann nach den rechtsformspezifischen Vorschriften (z. B. Abwicklung der AG nach §§ 264 ff. AktG, Liquidation der GmbH nach §§ 60 ff. GmbHG oder des Vereins nach §§ 47 ff. BGB). Ob eine insolvente Krankenkasse mangels Insolvenzverfahren nach § 155 SGB V abzuwickeln oder über § 89 Abs. 2, § 42 Abs. 2, §§ 47 ff. BGB zu liquidieren ist, kann allerdings für die Gläubiger durchaus erhebliche praktische Bedeutung haben. Zwar agiert in beiden Fällen der Vorstand als Abwickler/Liquidator, und die Auflösung der Krankenkasse ist in beiden Fällen öffentlich bekannt zu machen. Allerdings kann die Bekanntmachung bei der Abwicklung nach § 155 Abs. 2 Satz 2 SGB V eine Präklusionsbestimmung enthalten – Gläubigern, die sich nicht innerhalb von sechs Monaten melden, kann die Befriedigung ihrer Forderungen verweigert werden. Nach § 50 BGB führt die Nichtanmeldung eines Anspruchs hingegen nicht zum Rechtsverlust.

### VIII. Schlussbemerkung

Für ein Fazit ist es eigentlich noch zu früh. Dennoch versuche ich ein vorsichtiges Résumé:

- Das GKV-WSG hat die Finanzierung der gesetzlichen Krankenkassen auf eine neue Grundlage gestellt und die Insolvenzfähigkeit aller Krankenkassen eingeführt. Mit den Regelungen des GKV-OrgWG wurde das Insolvenzrecht an die Besonderheiten des sozialrechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen angepasst und so modifiziert, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über eine Krankenkasse – wie vom Gesetzgeber beabsichtigt – in der Praxis unwahrscheinlich erscheint.
- Verfassungsrechtlich lässt sich zwar keine Garantiehaftung des Bundes für die Verbindlichkeiten einer Krankenkasse begründen. Allerdings ist der Staat wegen der im System der GKV betroffenen Grundrechtspositionen insbesondere der Versicherten und der Leistungserbringer im Sinne einer „Systemgewährleistung“ verpflichtet, den Fortbestand des Systems der GKV zu sichern.
- Einen (tatsächlich unwahrscheinlich erscheinenden) Systemausfall wegen finanzieller Überforderung des Systems der GKV durch die Haftung der Krankenkassen im vorrangigen Schließungsfall (für alle Verbindlichkeiten der geschlossenen Krankenkasse) oder im Insolvenzfall (für verfassungsrechtlich privilegierte Verbindlichkeiten) muss der Staat aus verfassungsrechtlichen Gründen verhindern, wenn und soweit dadurch die Erfüllung der verfassungsrechtlich privilegierten Ansprüche gefährdet wird. Dies würde mittelbar auch den verfassungsrechtlich nicht privilegierten Gläubigern einer Krankenkasse zugutekommen.
- Zusätzlich gilt verfassungsrechtlich ein Vertrauensschutz für vor dem Gesetzesbeschluss zum GKV-WSG begründete Altverbindlichkeiten der Krankenkassen.
- Eine Gesamtschau dieser Regelungen zeigt, dass der Eintritt eines Insolvenzfalles in der GKV in der gesetzlichen Konzeption von vornherein vermieden werden soll und auch in der Praxis nur ganz selten Fälle denkbar sind, in denen tatsächlich das Insolvenzverfahren über eine Krankenkasse eröffnet werden wird. Durch den Vorrang des Schließungsrechts und die Systemgewährleistung des Staates für die GKV sind auch verfassungsrechtlich nicht privilegierte Gläubiger einer Krankenkasse im Ergebnis in vergleichbarer Weise geschützt wie unter der Rechtslage vor Inkrafttreten des GKV-WSG. Auch für die Gläubiger einer gesetzlichen Krankenkasse wird das Risiko eines Forderungsausfalls durch die gesetzliche Anordnung der Insolvenzfähigkeit daher praktisch kaum erhöht.

Betrachtet man das GKV-OrgWG und sein Regelungssystem zur Einführung der Insolvenzfähigkeit (fast) aller Krankenkassen, überwiegt bei einer Kosten-Nutzen-Bewertung daher Skepsis: Die bisherige, durch den Gesundheitsfonds beseitigte prokompetitive Spreizung der Beitragssätze wirkt durch eine Nivellierung auf hohem Niveau und angesichts eines zu 98 Prozent vorgegebenen Leistungsspektrums der präsumptiven Wettbewerber extrem antikompetitiv. Zu glauben, dass dieses Weniger an Wettbewerb durch die Einführung der Insolvenzfähigkeit und hochkomplexer Regelungen zur Bewältigung der vom Gesetzgeber selbst zu verantwortenden Pensionsaltlasten kompensiert werden könnte, halte ich für illusorisch.

Das GKV-OrgWG trägt die „Narben“ eines schwierigen Kompromisses offen zur Schau: Dem Bekenntnis zur Einführung der Insolvenzfähigkeit als Konsequenz einer wettbewerblichen Strukturierung der GKV folgt die weitgehende Neutralisierung des Insolvenzrechts zugunsten des aufsichtsrechtlichen Schließungsrechts. So hat der Deutsche Anwaltverein in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf kritisiert, man hätte es dann gleich beim Insolvenzausschluss belassen und den Kassen die Beiträge für Insolvenzgeldabsicherung und PSV sparen können.

Also: Cui bono? Ich gestehe, ich weiß es nicht so recht und nehme daher Zuflucht bei einer Sentenz aus dem elegischen Gedicht „De reditu suo sive iter gallicum“ des Claudius Rutilius Namatianus aus dem Jahr 416, die mir durchaus als Trost und zugleich Programmsatz für die gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland zu dienen vermag: *Ordo renascendi est crescere posse malis*. Das Wesen der Erneuerung ist es, an den Widrigkeiten wachsen zu können.

- <sup>1</sup> Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz) (GKV-WSG) vom 26. 3. 2007 (BGBl I S. 378)
- <sup>2</sup> Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 15. 12. 2008 (BGBl I S. 2426)
- <sup>3</sup> So die Definition der BT-Enquete-Kommission Globalisierung der Weltwirtschaft des 14. Deutschen Bundestags, BT-Drucks. 14/9200 vom 12. Juni 2002, S. 393
- <sup>4</sup> „Zukunft gestalten – sozialen Zusammenhalt sichern: Nachhaltige Entwicklung durch bürgerschaftliches Engagement“, Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung, hrsg. vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Stand: April 2009, 157
- <sup>5</sup> Der Grund liegt darin, dass die Landwirtschaftlichen Krankenkassen einen Verwaltungsverbund mit den Trägern der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft bilden.
- <sup>6</sup> Bei der Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See als Träger der Krankenversicherung handelt es sich nicht um eine Krankenkasse in der Rechtsform einer selbstständigen Körperschaft des öffentlichen Rechts, sondern um einen Rentenversicherungsträger, der die Krankenversicherung in einer unselbstständigen Organisationseinheit durchführt.
- <sup>7</sup> Siehe dazu im Überblick „Immer mehr Kassen fusionieren“, F. A. Z. Nr. 8 vom 11. 1. 2010, 12.
- <sup>8</sup> Erschienen als Bd. 46 der Tübinger rechtswissenschaftlichen Abhandlungen, 253
- <sup>9</sup> Zum Hintergrund: Etlliche landesunmittelbare Krankenkassen beschäftigen neben Arbeitnehmern, für welche die Vorschriften des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts gelten, bis zum 1. Januar 1993 (§ 358 RVO) eingestellte Angestellte, auf deren Beschäftigungsverhältnis eine Dienstordnung gemäß § 351 Abs. 1 RVO Anwendung findet („DO-Angestellte“). DO-Angestellte sind aufgrund entsprechender Regelungen in den Dienstordnungen Inhaber einer Anwartschaft auf beamtengleiche Versorgung für die Zeit nach ihrem Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis. Die Versorgungszusage wurde durch die jeweiligen Länder abgesichert (§ 12 Abs. 2 InsO). Infolgedessen waren die DO-Angestellten gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI von der Rentenversicherungspflicht befreit. Soweit das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Krankenkasse nicht zulässig war, zahlte die Kasse gemäß § 17 Abs. 2 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) keine Beiträge zur Insolvenzsicherung der betrieblichen Versorgungszusagen an den Pensions-Sicherungs-Verein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (PSV). Ebensowenig waren die nicht insolvenzfähigen Unternehmen zur Zahlung der Umlage für das Insolvenzgeld verpflichtet (§ 359 Abs. 2 Satz 2 SGB III). Zum heutigen Status der DO-Angestellten siehe unten.
- <sup>10</sup> Siehe nur Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 19 Rz. 108.
- <sup>11</sup> Zum Erfordernis einer „amtsangemessenen“ Versorgung entsprechend dem für DO-Angestellte geltenden Alimentationsprinzip F. Kirchhof, NZS 2004, 1 (3)
- <sup>12</sup> Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 19 Rz. 108.
- <sup>13</sup> Hier zitiert nach einer dem Verfasser vorliegenden internen Stellungnahme des AOK-Bundesverbandes vom 22. 11. 2006
- <sup>14</sup> Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) vom 25. Mai 2009 (BGBl I S. 1102). Dazu etwa Pellens/Sellhorn/Strzyz, DB 2008, 2373 (2380)
- <sup>15</sup> Dazu im Überblick M.-O. Otto, MDR 2008, 1369-1372
- <sup>16</sup> Vgl. nur Koch, in: Schlegel/Voelzke, SGB V, 2008, § 163 Rz. 11. Siehe auch Vöcking, GesR 2009, 138 (140).
- <sup>17</sup> BT-Drucks. 16/4200, Bericht BT-Drucks. 16/4247
- <sup>18</sup> GSV-WSG vom 26. 03. 2009 (BGBl I 378). Überblick zum GKV-WSG bei Sodan, NJW 2007, 1313 (1320)
- <sup>19</sup> BT-Drucks. 16/9559, 20
- <sup>20</sup> BT-Drucks. 16/10609, 1
- <sup>21</sup> BT-Drucks. 16/9559, 22
- <sup>22</sup> Uwer, GesR 2009, 113 (117).
- <sup>23</sup> Der Ausschuss für Gesundheit hat hiervon in § 171 d Abs. 3 Satz 2-4 SGB V n.F. Krankenkassen freigestellt, wenn und solange sie aufgrund Landesgesetzes Pflichtmitglied beim Kommunalen Versorgungsverband Baden-Württemberg oder Sachsen sind. Eine Rückausnahme besteht danach für die AOK Baden-Württemberg, die nicht mehr Umlage-, sondern nur noch Erstattungsmitglied dieses Verbandes ist, das Versorgungslastenrisiko also selbst trägt.
- <sup>24</sup> BT-Drucks. 16/10609, 77
- <sup>25</sup> BT-Drucks. 16/10070, 16
- <sup>26</sup> BverfGE 113, 167
- <sup>27</sup> Eine Kontrollüberlegung bestätigt dies: Es wäre dem Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG grundsätzlich möglich, sämtliche Träger der gesetzlichen Krankenversicherung zusammenzufassen und den nunmehr einzigen Träger nach Art. 87 Abs. 2 GG als bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts zu organisieren (BVerfG v. 18. 7. 2005 – 2 BvF 2/01, GesR 2005, 501 = BverfGE 113, 167 [201]). Mit dieser Verschmelzung gingen aber die Versorgungslasten der bisherigen landesunmittelbaren Krankenkassen automatisch auf die Bundesebene über. Wenn eine solche Regelung verfassungsrechtlich unbedenklich wäre, dann muss sich der Bund – a maiore ad minus – auch an den Versorgungslasten der landesunmittelbaren Krankenkassen direkt beteiligen können, wenn er durch einen strukturellen Eingriff eine solche Beteiligung erforderlich macht.

## Zur Insolvenzfähigkeit von Krankenversicherungsträgern aus österreichischer Sicht

*Univ.-Prof. Dr. Robert Rebhahn, Universität Wien*

### 1. Einleitung

Die Veranstalter haben mir zum einen aufgetragen, zu Fragen der Insolvenz einer Krankenkasse aus österreichischer Sicht Stellung zu nehmen. Zum anderen haben sie mir aufgegeben, auch Überlegungen zur Frage vorzutragen, inwieweit der Staat einzustehen hat, falls eine Krankenkasse zu wenig Mittel hat, um ihre Aufgaben zu erfüllen – also inwieweit der Bund bei (drohender) Insolvenz einer Krankenkasse „haftet“. Ich habe 2008 zu dieser Finanzierungsverantwortung des Bundes für die gesetzliche Krankenversicherung eine Studie veröffentlicht, die auf ein Gutachten im Auftrag des Hauptverbandes zurückgeht<sup>1</sup>.

Mehrere Gebietskrankenkassen haben finanzielle Probleme. Der Bundesgesetzgeber hat daher ein zweiteiliges „Kassen-Sanierungspaket“ auf den Weg gebracht. Ersten wurden in den Artikeln 48, 50 und 51 des Budgetbegleitgesetzes 2009 fünf finanzielle Maßnahmen getroffen<sup>2</sup>. Ein Zuschuss des Bundes von 45 Mio. EUR; Aufteilung der Rücklage nach § 447 Abs. 5 ASVG; Neuverteilung der Überschüsse aus der Beihilfe nach GSBG (BGBl I 746/1996) ab 2009; Bundesgesetz über einen Kassenstrukturfonds für die Gebietskrankenkassen (Krankenkassen-Strukturfondsgesetz; Art. 50); sowie Bundesgesetz betreffend den Verzicht auf Bundesforderungen gegenüber Gebietskrankenkassen (Art. 51). Unmittelbar vollziehbar sind nur die drei zuerst genannten Maßnahmen. Der Bundeszuschuss war auf Gebietskrankenkassen mit negativem Reinvermögen aufzuteilen. Die Rücklage wurde auf alle Gebietskrankenkassen aufgeteilt, wobei die Wiener einen Vorzuschuss erhielt. Die Überschüsse nach dem GSBG werden nur mehr an Kassen mit negativem Reinvermögen bezahlt, also von jenen mit positivem Reinvermögen abgezogen<sup>3</sup>. Die Gesetze betreffend den Strukturfonds und zum Forderungsverzicht erhalten nur Ermächtigungen an den Bund für Maßnahmen zugunsten von Gebietskrankenkassen. Der Strukturfonds wird 2010 mit 100 Mio. EUR dotiert; die spätere Dotierung bedarf eines besonderen Gesetzes. Die Mittel des Fonds dienen im Wesentlichen für Maßnahmen zur Ausgabendämpfung und dürfen nur ausbezahlt werden, wenn sie Richtlinien des Bundes und einem Sanierungskonzept entsprechen. Der Verzicht auf Forderungen kann nur Gebietskrankenkassen mit negativem Reinvermögen zugute kommen und ist auf maximal 450 Mio. EUR bis 2012 begrenzt. Er darf ebenfalls nur erfolgen, wenn die Kassen mehrmals ein vom Bund gebilligtes Sanierungskonzept mit dem Ziel einer mittelfristig ausgeglichenen Gebarung vorlegen. Zweitens wurden die Rahmenbedingungen für die gesetzliche Krankenversicherung durch das 4. SRÄG 2009 etwas, aber nicht wesentlich geändert<sup>4</sup>.

Die eben genannten Gesetze zur Entschuldung der Kassen haben das Thema des Vortrages seit Planung der Tagung sicher weniger aktuell werden lassen. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass die finanziellen Probleme alsbald wiederkehren, wenn nicht auch die Rahmenbedingungen der gesetzlichen Krankenversicherung nachhaltig verändert werden.

Rechtlich ist für unser Thema aus den Gesetzen zur Entschuldung von Interesse, dass drei der fünf genannten Maßnahmen auf Kassen mit „negativem Reinvermögen“ beschränkt sind. Allerdings sagen weder diese Gesetze noch die Materialien etwas dazu, was unter negativem Reinvermögen zu verstehen ist. Auch das ASVG verwendet den Begriff Reinvermögen nicht, auch nicht in den rudimentären Normen zur Rechnungslegung (§ 444 ASVG). Die österreichische Rechtsordnung definiert den Begriff auch sonst nicht<sup>5</sup>. Die Begriffsbildung könnte sich auf die Weisungen des Bundesministers für die Rechnungslegung und Rechnungsführung bei den Sozialversicherungsträgern und dem Hauptverband (Rechnungsvorschriften RV) beziehen<sup>6</sup>. Diese verwenden „Reinvermögen“ in § 15 allerdings als Sammelbegriff für Rücklagen<sup>7</sup>. Die neuen Gesetze meinen mit Reinvermögen hingegen wohl allgemein die Differenz zwischen Aktiva und (sonstigen) Passiva. Allerdings weichen die genannten Rechnungsvorschriften von den Rechnungslegungsvorschriften für Unternehmen wesentlich ab<sup>8</sup>, insbesondere weil keine Rückstellungen vorgesehen und die Bewertungsvorschriften für Aktiva und Passiva anders sind. Sie folgen eher den Regeln der Kameralistik. Bei den Krankenkassen ist etwa das Fehlen von Rückstellungen für die Zusatzpensionen der Dienstnehmer<sup>9</sup> relevant. Es erstaunt, dass die Gesetze zur Kassenentschuldung aus 2009 die wesentliche Voraussetzung des „negativen Reinvermögens“ selbst weitgehend unbestimmt lassen.

Jedenfalls Kassen mit negativem Reinvermögen werfen die Fragen auf, ob ein Träger der gesetzlichen Krankenversicherung insolvent werden kann und nach welchen Regeln bei Insolvenz zu verfahren wäre. Diese stellen sich in Österreich in deutlich anderer Weise als in Deutschland. Die wichtigsten Unterschiede sollen vorweg genannt werden: In Österreich gibt es keinerlei ausdrückliche gesetzliche Aussagen zur Insolvenzfähigkeit von Trägern der Sozialversicherung oder eines Trägers der gesetzlichen Krankenversicherung. Sie wird weder ausdrücklich ausgeschlossen noch bejaht. Fragen zur Insolvenz wurden bisher auch weder gerichtlich entschieden noch in der Literatur umfassend erörtert. Sie müssen daher allein anhand der allgemeinen Normen beurteilt werden. Der wichtigste materielle Unterschied betrifft die Organisation der Krankenkassen. Diese sind in Österreich mit Ausnahme der wenigen Betriebskrankenkassen durch Gesetz errichtet; Betriebskrankenkassen können nicht mehr neu gegründet werden<sup>10</sup>. Die Zuweisung der Versicherten und Leistungsberechtigten zu einer Krankenkasse erfolgt dementsprechend schon durch Gesetz; die Versicherten haben keinerlei Wahlmöglichkeit. Die Auflösung einer Krankenkasse ist (außer bei Betriebskrankenkassen) nicht gesetzlich vorgesehen, auch nicht wegen eines Konkurses. In Deutschland gibt es demgegenüber auch frei errichtete Krankenkassen; das Gesetz regelt die Auflösung einer Kasse wegen Insolvenz oder durch Schließung (Abwicklung ohne Insolvenz), die Versicherten können (und müssen) dann zu einer anderen Kasse wechseln. In Bezug auf den Weg zur Insolvenzlage ist wesentlich, dass in Deutschland das Gesetz den Kassen nun die Aufnahme von Krediten weitestgehend untersagt, während das österreichische Gesetz dazu schweigt. Manche Kassen nehmen Kredite zur Bedeckung der laufenden Ausgaben auf, ohne dass die Aufsichtsbehörde bisher einschreitet. Einige wenige Kassen haben hohe Kreditlasten. Unterschiedlich ist auch die Rechtslage zur Rechnungslegung. In Deutschland haben Krankenkassen beim Rechnungsabschluss die Vorschriften des Handelsrechts zu befolgen. Dies würde insbesondere dazu führen, dass sie – teils sehr hohe – Rentenanwartschaften auf der Passivseite zu bilanzieren haben; die Passivierung „alter“ Anwartschaften bis 2009 wurde aber gesetzlich „erlassen“. In Österreich fehlt schon die Pflicht zur echten Bilanzierung. In

Deutschland kann die Insolvenz einer Kasse nur von der Aufsichtsbehörde beantragt werden, nicht auch von deren Gläubigern. Die Insolvenz einer Kasse erfasst dann das gesamte Vermögen der Kasse. Und bei Insolvenz wie bei Schließung haften die Kassen derselben Art und subsidiär auch die Kassen anderer Art für die Verbindlichkeiten der insolventen Kasse, wobei die Haftung bei Schließung weiter geht als bei Insolvenz, und das Gesetz einen Vorrang der Schließung vor einer Insolvenz vorsieht. In Österreich ist die Lage zu diesen Punkten, falls man die Insolvenzfähigkeit bejaht, grundlegend verschieden. Nach den allgemeinen Regeln können Gläubiger die Insolvenz beantragen. In der Insolvenz führt § 15 EO hingegen zu einer Beschränkung der Insolvenz auf jenen Teil des Vermögens, der „ohne Beeinträchtigung der durch die Gemeinde zu wahren öffentlichen Interessen“ zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden kann. Die Befugnisse des Masseverwalters beschränken sich von vorneherein auf diesen konkursunterworfenen Teil der Aktiva und auch Passiva der Kasse. Schließlich sieht das Gesetz keine besondere Haftung anderer Kassen bei Insolvenz einer Kasse vor. Aus alledem folgt, dass in Österreich die Insolvenz einer Kasse, falls man deren Insolvenzfähigkeit bejaht, allein für diese bewältigt werden muss. Dabei hat die Kasse weiter die Krankenversicherung durchzuführen, solange der Gesetzgeber nicht einschreitet. Die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf die durch Gesetz errichteten Krankenkassen; Betriebskrankenkassen bleiben außer Betracht.

## **2. Zur Insolvenz einer Krankenkasse<sup>11</sup>**

Ab 1. Juli 2010 wurde das Insolvenzrecht in vielen Fragen geändert (IRÄG 2010, BGBl 24/2010). Da die Änderungen aber die hier erörterten Fragen inhaltlich kaum betreffen und der Beitrag vor Beschlussfassung abgeschlossen war, wird weiter die frühere Terminologie verwendet.

### **2.1. Konkursfähigkeit**

Übersteigen die Ausgaben einer Krankenkasse deren Einnahmen, steht die Krankenkasse vor dem Problem, ihre Leistungen zu finanzieren. In der Praxis nehmen Krankenkassen in Österreich dann Kredite auf<sup>12</sup>. Die Frage nach einer Insolvenz stellt sich, wenn die Krankenkasse keine Kredite mehr erhält und die Zahlungsfähigkeit beeinträchtigt ist. Zweitens kann sich die Frage einer Überschuldung stellen, und zwar auch wenn die Krankenkasse zwar noch weiter Kredit erhält, sie aber bereits eine hohe Kreditbelastung hat. Jedenfalls bei einer GKK trifft dies zu.

Die Konkursordnung regelt nicht näher, wer konkursfähig ist. Allgemein wird gesagt, dass nach § 1 Konkursordnung (KO) konkursfähig ist, wer Schuldner im eigenen Namen sein kann. Intensiv erörtert wurde die Insolvenzfähigkeit von Gemeinden<sup>13</sup>. Nach der Doktrin sind Gemeinden in Österreich – anders als in Deutschland – jedenfalls konkursfähig. Dies bedeutet aber praktisch nicht allzu viel. Der Konkurs und die Zuständigkeit des Masseverwalters erfassen nämlich gemäß § 15 Exekutionsordnung (EO) nur jene Vermögensgegenstände, welche „ohne Beeinträchtigung der durch die Gemeinde zu wahren öffentlichen Interessen“ zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden können. Dies bedeutet, dass das vorhandene Vermögen der Gemeinde in einen konkursunterworfenen und einen konkursfreien Teil aufzuteilen ist. Aufzuteilen sind aber auch die Aufgaben und damit die Ausgaben bzw. Verbindlichkeiten der Gemeinde. Die Befugnisse des Masseverwalters erstrecken sich nur auf den konkursunterworfenen Bereich.

§ 15 EO betreffend die Herausnahme von Vermögen aus der Exekutionsunterworfenheit ist meines Erachtens auf Träger der Sozialversicherung anzuwenden<sup>14</sup>. Die dort verlangte Eigenschaft als „öffentliche und gemeinnützige Anstalt“ ergibt sich hier meines Erachtens bereits unmittelbar aus dem Gesetz, ohne dass dafür der Ausspruch der Verwaltungsbehörde erforderlich wäre. Aufgrund § 15 EO ist dann bei Exekution wegen Geldforderungen nur jenes Vermögen exekutionsunterworfen, für welches die Verwaltungsbehörde positiv festgestellt hat, dass es „ohne Beeinträchtigung der durch die Gemeinde zu wahren öffentlichen Interessen“ verwertet werden kann<sup>15</sup>. Ausgangspunkt ist also die Exekutions- und Konkursfreiheit; konstitutiv ist die Entscheidung, dass bestimmte Vermögensteile der Krankenkasse exekutions- bzw. konkursunterworfen sind. Zuständig für diese Entscheidung ist aber nicht die Aufsichtsbehörde der Kasse (§ 448 ASVG), sondern jene Behörde, die nach der zu § 15 EO erlassenen Verordnung zuständig ist<sup>16</sup>, wobei hier offen bleiben soll, ob dies die Bezirksverwaltungsbehörde am Sitz der Kasse oder der Landeshauptmann ist.

Die Doktrin würde, folgt man der Argumentation zu Gemeinden, die Konkursfähigkeit wohl auch für Träger der Sozialversicherung bejahen. Diese Träger sind nach § 32 ASVG „Körperschaften des öffentlichen Rechts und haben Rechtspersönlichkeit.“ Die Verleihung der Rechtspersönlichkeit erfolgt ohne ausdrückliche Einschränkung und umfasst daher insbesondere die Fähigkeit, Träger von privatrechtlichen Rechten und Pflichten zu sein<sup>17</sup>. Die Konkursfähigkeit der Gemeinden wird ferner mit Argumenten begründet, die auch bei Sozialversicherungsträgern zutreffen: Konkursfähig ist, wer Schuldner im eigenen Namen sein kann. Der Konkurs ist nur die logische Konsequenz aus der Zulässigkeit der Einzelzwangsvollstreckung. Der Konkurs vernichtet nicht die Rechtspersönlichkeit. Dies trifft auch bei Krankenkassen zu, weil diese (mit Ausnahme der Betriebskrankenkassen) kraft gesetzlicher Anordnung bestehen und die Auflösung wegen Konkurses – anders als bei juristischen Personen des Privatrechts – nicht angeordnet ist. Ferner lässt der Konkurs die öffentlich-rechtliche Rechtsstellung sowie die öffentlichen Verwaltungsaufgaben jedenfalls dann unberührt, wenn § 15 EO anwendbar ist. Die folgenden Ausführungen werden allerdings Zweifel daran wecken, dass ein Konkurs über eine Krankenkasse sinnvoll ist, der nach den allgemeinen Regeln durchgeführt wird.

## 2.2. Konkurswirkungen

Schon aus dem Gesagten folgt, dass der Masseverwalter im Konkurs über eine Krankenkasse nur beschränkte Befugnisse hat. Insbesondere bleibt die Kasse samt ihren Aufgaben bestehen, und die Befugnisse des Masseverwalters erstrecken sich nur auf den konkursunterworfenen Bereich von Vermögen und Pflichten<sup>18</sup>. Zum konkursfreien Bereich zählen sowohl das konkursfreie Vermögen wie auch die konkursfreien, „ausgeschlossenen“ Forderungen.

§ 451 ASVG sieht die Bestellung eines vorläufigen Verwalters für einen Träger der Sozialversicherung durch die Aufsichtsbehörde nur als Sanktion auf rechtswidrige Führung der Verwaltung, und nicht als Maßnahme bei finanziellen Problemen des Trägers. Nur wenn die Voraussetzungen des § 451 ASVG vorliegen, kann für die Kasse daher ein Verwalter bestellt werden. Solange dies nicht geschieht, behalten die Organe der Kasse im konkursfreien Bereich ihre volle Handlungsfähigkeit. Wird ein Verwalter bestellt, so verwaltet allein er – und nicht der Masseverwalter – den konkursfreien Bereich.

Von Interesse ist daher, wie konkursfreier und konkursunterworfener Bereich abzugrenzen sind. Dazu beginnt man am besten mit den konkursfreien Pflichten der Krankenkasse und dazu mit dem Einfluss der Insolvenz auf das öffentlich-rechtliche Sozialrechtsverhältnis zwischen Kasse und Versicherten bzw. Leistungsberechtigten. Auch Ansprüche auf Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung, insbesondere auf Krankenbehandlung, sind öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten<sup>19</sup>. Eine Insolvenz erfasst aber an sich auch öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners, wie schon Steuer- und Abgabenerfordernisse zeigen. Allerdings werden öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten eines Gemeinschuldners, auf den § 15 EO anwendbar ist, häufig konkursfrei sein, also trotz Konkurses voll weiter bestehen, wenn ihre Erfüllung den durch den Schuldner „zu wahren öffentlichen Interessen“ dient. Dies ist jedenfalls bei jenen Leistungspflichten der Kassen der Fall, die Pflichtleistungen betreffen, und damit beim größten Teil der Leistungen. Diese Überlegung ist auch für die – an sich vorgelagerte – Frage relevant, welchen Einfluss der Konkurs auf das Sozialversicherungsverhältnis selbst hat. Da das Gesetz die Krankenkassen aus Sorge um diese Sozialversicherungsverhältnisse errichtet, bilden sie den Kern der von der Kasse „zu wahren öffentlichen Interessen“ i.S.d. § 15 EO; sie gehören daher zum konkursfreien Bereich. Schon daher kann der Masseverwalter Sozialversicherungsverhältnisse nicht auflösen<sup>20</sup>. Aber auch wenn es anders wäre, hätte der Masseverwalter keine Möglichkeit zur Auflösung dieser Rechtsverhältnisse nach der KO. Einschlägig könnte nur das Auflösungsrecht des § 21 KO zu „zweiseitigen Verträgen“ sein. Hier fehlt es aber schon am Vertrag, während die Zweiseitigkeit gegeben sein dürfte<sup>21</sup>. Auch nach Konkurseröffnung bleiben die Leistungspflichten der Krankenkasse gegenüber den Leistungsberechtigten somit bestehen, insbesondere die Pflicht, sich um Leistungen durch Vertragspartner mit Direktverrechnung zu sorgen (Sachleistungssystem).

Zur Erfüllung der konkursfreien Aufgaben benötigt die insolvente Krankenkasse Mittel, insbesondere Geld. Zum Vermögen der Krankenkasse zählen in erster Linie die Beitragseinnahmen. Die von den Gebietskrankenkassen einzuhebenden Beiträge zu anderen Zweigen der Sozialversicherung sind nach § 15 EO konkursfrei. Auch nach den allgemeinen Regeln müsste sie der Masseverwalter als Treugut aussondern<sup>22</sup>. Die Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung selbst fallen unter § 15 EO, jedenfalls soweit sie für konkursfreie Aufgaben – insbesondere Bezahlung und Bereitstellung der Pflichtleistungen der Krankenversicherung – erforderlich sind, weil die Beiträge vom Gesetz für diese von der Krankenkasse „zu wahren öffentlichen Interessen“ zweckgewidmet sind. Auch beim Gemeindekonkurs sind Vermögensgegenstände, die nicht unmittelbar einer geschützten Aufgabe dienen – und damit vor allem Geld – primär zur Finanzierung der geschützten Aufgaben heranzuziehen<sup>23</sup>. Eigene Einrichtungen der Krankenkasse wie etwa ein Ambulatorium sind jedenfalls konkursfrei, falls die Kasse zu deren Betrieb verpflichtet ist<sup>24</sup>. Aber der Betrieb eines Ambulatoriums wird, auch ohne Betriebspflicht, gerade für eine insolvente Kasse für die von ihr zu wahren öffentlichen Interessen erforderlich sein, weil Leistungserbringer dann weit weniger als sonst zur Direktverrechnung von Leistungen bereit sein werden. Konkursfrei dürften ferner jene Beträge sein, die zur Erfüllung der gesetzlichen Pflichten zur Krankenanstaltenfinanzierung und wohl auch zur Zahlung von Beiträgen an den Ausgleichsfonds dienen.

Darüber hinaus werden auch jene Mittel für die Verwaltung der Kasse konkursfrei sein, die erforderlich sind, um die konkursfreien Leistungen gegenüber den Leistungsberechtigten zu administrieren: also vor allem Ausgaben für Personal, Räume und Administrationsbedarf. Ohne diese Administration läuft der Exekutionsschutz zugunsten der Krankenvorsorge leer. Die für die Leistungserbringung unbedingt notwendigen Dienstnehmer der Kasse zählen daher zum konkursfreien Bereich.

Die den Krankenkassen zufließenden Beiträge werden daher weitestgehend konkursfrei sein, zumal sie – anders als Abgabenanteile für Gemeinden – für eine gesetzliche Aufgabe zweckgewidmet sind. Bei einer insolventen Kasse werden wohl alle Beiträge für die Erbringung der Pflichtleistungen erforderlich sein, sodass daraus nichts in die Masse fließen wird. Ein Konkurs einer Krankenkasse würde also nur einen kleinen Teil des Vermögens erfassen, etwa nicht notwendige Gebäude, Grundstücke oder Dienstwagen. Ferner wird auch bei notwendigen Gebäuden häufig wohl nur die Nutzung, nicht aber das Eigentum daran für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben erforderlich sein. So kann die Verwaltungsbehörde das Eigentum selbst zur Masse geben, sofern die Nutzungsmöglichkeit gesichert ist oder der Raumbedarf sonst verlässlich zu decken ist<sup>25</sup>.

Aus alledem folgt, dass die Konkursorgane keinen Einfluss auf den „Fortbetrieb“ der Krankenversicherung durch die Krankenkasse haben. Im Einzelnen kann daher nur fraglich sein, ob auch jene Leistungspflichten der Kasse aufrecht bleiben, die nicht einer Pflichtleistung dienen, sondern einer freiwilligen Leistung<sup>26</sup>. Man wird darauf abstellen, ob die Krankenkasse auch ohne Konkurs die Leistung einstellen könnte, ohne ihre gesetzlichen Pflichten zu verletzen. Soweit dies zutrifft, wird sie die Leistungen bei Insolvenz einstellen müssen.

Aus der Zuweisung einer Aufgabe zum konkursfreien Bereich folgt, dass auch die Leistungsentgelte und entsprechenden Forderungen von Personen, die nach Konkurseröffnung der Kasse Leistungen für diese Aufgaben erbringen, konkursfrei sind. Dies betrifft insbesondere Forderungen der Ärzte, Apotheken und andere Leistungserbringer sowie jene von Dienstnehmern der Krankenkassen. Ihre Forderungen für Leistungen nach Verfahrenseröffnung sind vom Konkurs ausgeschlossene Forderungen und nicht etwa Masseforderungen. Sie sind daher aus dem konkursfreien Vermögen der Kasse von dieser zu begleichen. Zahlt die Kasse nicht, so können auch während des Konkurses ausgeschlossene Forderungen in das konkursfreie Vermögen vollstreckt werden. Der Konkurs wird vor allem jene, welche Leistungen an Versicherte erbringen, aber motivieren, eine Direktverrechnung abzulehnen (also vom Patienten Zahlung zu verlangen) oder die üblichen Verrechnungsvorgänge zu ändern (dazu später).

Am Konkurs nehmen somit nur die Konkursforderungen teil. Dazu zählen insbesondere vor Verfahrenseröffnung entstandene Forderungen von Kreditgebern (Banken). Allerdings führen nach allgemeinen Regeln weder Eröffnung noch Aufhebung des Konkurses dazu, dass Konkursforderungen erlöschen. Sie bleiben vielmehr nach Aufhebung des Konkurses bestehen, soweit sie die Konkursquote übersteigen<sup>27</sup>. Anders ist es bei Zwangsausgleich oder Ausgleich. Die Möglichkeit der Konkursgläubiger, ihre Konkursforderung nach Aufhebung weiter zu verfolgen, ist bei Konkurs einer juristischen Person normalerweise ohne praktische Bedeutung, weil diese aufgelöst

wird. Bei Konkurs über Gemeinde oder Krankenkasse bleiben die Forderungen hingegen aufrecht, außer der Gesetzgeber greift aus Anlass eines Konkurses ein, was aber vor dem Grundrecht auf Eigentum der Rechtfertigung bedarf. Geschieht dies nicht, so verringert der Konkurs somit die Schulden der Krankenkasse nicht, faktisch dürfte er sie eher erhöhen.

Fraglich ist, ob die Zuweisung zum konkursfreien Bereich durch § 15 EO auch für Forderungen der Vertragspartner und Dienstnehmer eingreift, die schon vor Verfahrenseröffnung entstanden sind. Da die damit bezahlten Leistungen zu diesem Zeitpunkt bereits erbracht waren, sind die dafür eingegangenen Verbindlichkeiten wohl im Beurteilungszeitpunkt nicht mehr für die Wahrung öffentlicher Interessen durch die Kasse erforderlich. Folgt man dem, so sind rückständige Ansprüche von Vertragspartnern und Dienstnehmern der Kassen aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung bloße Konkursforderungen. Nur Forderungen der Dienstnehmer sind partiell bei Insolvenz gesichert. Auch Ansprüche der ehemaligen Dienstnehmer auf Pensionen nach den Dienststörungen und entsprechende Anwartschaften wären danach wohl nur Konkursforderungen<sup>28</sup>. In Deutschland sind die genannten Forderungen und Anwartschaften besonders geschützt, dies allerdings vor dem Hintergrund, dass der Schuldner dort durch die Insolvenz untergeht. In Österreich erlöschen sie hingegen auch bei Qualifikation als Konkursforderung wie gesagt nicht; Restforderungen bleiben vielmehr aufrecht. Deshalb ist die Qualifikation als Konkursforderung wohl nicht verfassungswidrig und auch sonst hinnehmbar.

Für die Versicherten ist vor allem von Interesse, wie bei Insolvenz der Kasse Leistungen außerhalb von Krankenanstalten erbracht werden, insbesondere ob die Kasse durchgehend auf Kostenerstattung übergehen muss oder weiter Direktverrechnung und damit ein Sachleistungssystem aufrechterhalten kann. Die Eröffnung des Konkurses über die Krankenkasse wird zur Auflösung des Gesamtvertrages und (damit) der Einzelverträge führen. Viele Einzelverträge sehen die Auflösung bei Konkurs eines Vertragspartners ohnehin vor (auch wenn primär an jenen des Arztes gedacht war, ist die Klausel hier einschlägig). Überdies ist der Konkurs ein wichtiger Grund für sofortige Auflösung, weil er die Grundlagen der Direktverrechnung betrifft. Bis zum Abschluss neuer Verträge mit Leistungserbringern wird daher nur Kostenerstattung nach z. B. § 131 a ASVG geleistet werden können. Die oben dargelegte Behandlung neuer Forderungen als ausgeschlossene Forderungen wird deren Bereitschaft zu weiterer Direktverrechnung ebenso wenig fördern wie die Behandlung rückständiger Forderungen von Vertragspartnern als Konkursforderungen. Auf der anderen Seite sind die Verwaltungskosten der Kasse bei durchgehender Kostenerstattung beträchtlich höher als bei Direktverrechnung, sodass bei durchgehender Kostenerstattung die für dritte Leistungserbringer zur Verfügung stehenden Summen geringer sind. Dies könnte manche Leistungserbringer doch dazu motivieren, statt der Barzahlung durch die Versicherten bereit zu sein, zumindest Verrechnungsabreden mit der Kasse abzuschließen, jedenfalls wenn Bezahlung durch rasche pauschale Abschlagzahlungen erfolgt und/oder die Sicherheit der Leistungserbringer durch Bürgschaften der Patienten (für das Honorar in Höhe des früheren Kassentarifes) verbessert wird.

Nach dem bisher Gesagten gehen somit die meisten Mittel der insolventen Kasse an Masse und Masseverwalter gleichsam „vorbei“. Fraglich bleibt, wie die Aufteilung auf die beiden Bereiche praktisch erfolgt, wie Organe der Kasse, Masseverwalter und die für § 15 EO zuständige Verwaltungsbehörde zusammenwirken. Dazu kann hier nur das gesagt werden: Um die Pflichtleistungen zu erfüllen, ist weder eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde noch des Masseverwalters nötig. Beiträge sind, wie gesagt, soweit konkursfrei, als sie für Pflichtleistungen und deren Administration sowie die weiteren konkursfreien Aufgaben erforderlich sind, ohne dass die Verwaltungsbehörde dies besonders auszusprechen hat. Die Verwaltungsbehörde hat vielmehr, nach Anhörung auch der Kasse, zu entscheiden, welche Vermögensteile und welche Personalstellen konkursunterworfen sind. Die Zuordnung konkreter Mitarbeiter zu diesen Stellen obliegt dann wohl der Krankenkasse. Über das Ausmaß eines Personalabbaues entscheidet somit die Verwaltungsbehörde. Die Arbeitsverhältnisse der „nicht konkursfreien“ Mitarbeiter unterliegen dann der KO, einschließlich des Auflösungsrechts des Masseverwalters.

Abschließend ist zu fragen, ob es Auswirkungen auf die Beitragspflicht hat, wenn die insolvente Krankenkasse nicht einmal mehr die vom Gesetz vorgesehene Kostenerstattung leisten kann. Da es sich bei Beiträgen wie Leistungen um konkursfreies Vermögen bzw. Pflichten des Gemeinschuldners handelt, sind die allgemeinen Regeln des Insolvenzrechts schon deshalb wohl nicht anwendbar. Wendete man sie an, so müsste man das Sozialrechtsverhältnis wohl wie einen zweiseitigen Vertrag mit zeitlich teilbarer Leistung behandeln: Der Gläubiger (Versicherte) ist zu weiteren Teilleistungen (Beiträgen) nur verpflichtet, wenn der Masseschuldner die Erfüllung wählt; die Forderungen des Gläubigers sind dann Masseforderungen, er kann diese zurückbehalten, wenn die Masse nicht ihren Teil leistet. Die Beitragspflicht würde dann in der Zukunft entfallen. Da das Gesetz die Beitragspflicht jedoch nicht ausdrücklich an die Leistungsfähigkeit der Kasse bindet, bleibt es einfachgesetzlich wohl bei der Beitragspflicht, bis der Gesetzgeber eingreift. Allerdings wird fraglich, ob dies verfassungsrechtlich zulässig ist. Der VfGH vertritt zur Agrarmarkt Austria, dass ein Beitragspflichtiger kein subjektives Recht hat, seine öffentlich-rechtlichen Leistungen von der ordnungsgemäßen Erfüllung der gesetzlich vorgesehenen Aufgaben abhängig zu machen<sup>29</sup>. Bei der gesetzlichen Krankenversicherung stellt wegen der weit engeren Verbindung zwischen Beiträgen und Leistungen eine weiter bestehende Beitragspflicht selbst dann, wenn über längere Zeit nicht einmal eine ausreichende Kostenerstattung gewährleistet ist, hingegen wohl einen verfassungswidrigen Eigentumseingriff dar<sup>30</sup>.

### 2.3. Insolvenzvoraussetzungen

Auch die Insolvenzvoraussetzungen sind vor dem Hintergrund der dargelegten Wirkungen des Konkurses einer Krankenkasse zu sehen<sup>31</sup>. Schwierigkeiten bereitet insbesondere die Konkretisierung der Überschuldung, weniger jene der Zahlungsunfähigkeit. Da das Thema allgemein im Beitrag von Artmann behandelt wird, gehe ich darauf nur kurz ein.

Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn eine Person mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, (alle) ihre fälligen Schulden zu bezahlen, und sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann<sup>32</sup>. Bloß drohende Zahlungsunfähigkeit ist kein Konkursgrund, ebenso wenig eine Zahlungsstockung.

Mittel aus Krediten sind positiv zu berücksichtigen, wenn mit ihnen verlässlich gerechnet werden kann; gestundete Forderungen sind während der Stundung auszublenden. Bei juristischen Personen öffentlichen Rechts, die normalerweise Aussicht auf regelmäßige zwangsweise eintreibbaren Einnahmen aus Abgaben i.w.S. haben, könnte man allerdings zweifeln, ob es sachgerecht ist, Mittel aus Krediten im selben Ausmaß wie sonst positiv zu berücksichtigen, weil sie hier weniger als sonst Aufschluss über das Vertrauen der Kreditgeber geben. Für die österreichischen Krankenkassen ist vor allem wesentlich, ob man die Treuhandgelder, welche den Krankenkassen für kurze Zeit aus Sozialversicherungsbeiträgen für andere Versicherungsweige zur Verfügung stehen, wirklich als Ausweis der Zahlungsfähigkeit werten kann. Die Praxis tut dies.

Beim Tatbestand der Überschuldung ist nach allgemeinen Regeln – wie Artmann darlegt – in zwei Stufen vorzugehen: Feststellung einer rechnerischen Überschuldung (Vermögensstatus) sowie Fortführungsprognose. Ist eine positive Prognose möglich, so liegt der Insolvenzgrund der Überschuldung auch dann nicht vor, wenn rechnerische Überschuldung vorliegt. Es soll hier nicht auf die Problematik dieser Tatbestandsbildung eingegangen werden, vielmehr sollen nur einige Anmerkungen zur Anwendung bei Krankenkassen erfolgen.

Primär ist fraglich, ob auf Krankenkassen die allgemeinen Regeln zur Überschuldung überhaupt anwendbar sind. Nach manchen sei der Überschuldungstatbestand auf Gemeinden nicht anwendbar, weil diese Aussicht auf laufende Einnahmen aus Abgaben haben und überdies nur durch Gesetz aufgelöst werden können<sup>33</sup>, sodass stets eine positive Fortführungsprognose zu erstellen sei. Die überwiegende Doktrin sieht dies wohl anders, indem sie (zutreffend) die Anwendbarkeit des Überschuldungstatbestandes an sich bejaht, und daher wohl eine positive Prognose aufgrund der konkreten Lage des Schuldners verlangt. Fraglich ist aber auch, ob die allgemeinen Regeln zum Vermögensstatus übernommen werden können. Diese verlangen nämlich eine Vermögensbewertung zu Liquidationswerten. Da Kassen aber nur durch Gesetz aufgelöst werden können, erscheint ein Ansatz nur der Liquidationswerte vor Auflösung durch Gesetz rechtlich ausgeschlossen. Heranzuziehen wären wohl eher die Werte zum Reinvermögen, an die auch die Gesetze zur Kassenentschuldung aus 2009 anknüpfen<sup>34</sup>. Bei Kassen, die danach kein negatives Reinvermögen haben, sehen diese Gesetze ja schon deshalb keinen Handlungsbedarf.

Zum Vermögensstatus bei Kassen ist in der Folge relevant, welche Aktiva und Passiva zu berücksichtigen sind. Kassen haben, anders als die meisten Gemeinden, nämlich notwendig kaum der Exekution unterworfenen Vermögen, wenn man dem hier Gesagten folgt. Dafür haben sie, und zwar auch Kassen ohne wesentliche Kreditaufnahme, beträchtliche Verbindlichkeiten aus Pensionszusagen, für die bei Bilanzierung Rückstellungen zu bilden wären. Blickte man nur auf konkursunterworfenen Aktiva und Passiva, so würde rechnerische Überschuldung jedenfalls bei erheblichen Schulden vorliegen. In der Praxis blickt man hingegen nur auf das Netto-Reinvermögen, das stille Lasten wohl nicht voll berücksichtigt<sup>35</sup>. Für diese Sicht, die Pensionslasten und andere sonst rückstellungspflichtige Lasten bei Prüfung der Überschuldung ausblendet, sprechen der Bestand der Kassen kraft Gesetzes und das Abstellen der Gesetze zur Kassenentschuldung aus 2009 darauf<sup>36</sup>.

Das Vorliegen von Überschuldung entfällt aber, wenn eine positive Fortführungsprognose möglich ist. Folgt man dem, so kommt es primär darauf an, ob mit der Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners gerechnet werden kann. Bei Unternehmen wird dabei ein eher kurzer Prognosezeitraum angewendet. Bei Kassen ist jedenfalls ein längerer Zeitraum (etwa bis zu 5 Jahren) angemessen, eben weil mit laufenden Einnahmen aus Abgaben gerechnet werden kann. Überdies wird für die positive Prognose wohl erforderlich sein, dass die Beseitigung des negativen Reinvermögens in absehbarer Zeit zu erwarten ist, wobei jedenfalls eine positive Tendenz bestehen muss. Für eine positive Prognose wird es daher nicht schon genügen, wenn die Krankenkasse Kreditgeber findet, die den Abgang weiter finanzieren<sup>37</sup>. Vielmehr ist erforderlich, dass die bestehenden gesetzlichen Rahmenbedingungen in Verbindung mit der wahrscheinlichen Entwicklung der Fakten im Prognosezeitraum eine ausgeglichene Gebarung samt Entschuldung erwarten lassen. Die jüngsten Maßnahmen des Gesetzgebers zur Entschuldung der Kassen aus 2009 berechtigen nicht schon deshalb, weil der Gesetzgeber sich der Kassen annimmt, zu einer positiven Prognose, schon weil deutlich ist, dass zwei der drei Maßnahmen nur einmalige sind<sup>38</sup>. Darin bloß unter Bedingungen zugesagte Mittel sind bei der Prognose wohl nur insoweit zu berücksichtigen, als der Eintritt der Bedingung wahrscheinlich ist.

Schon diese kurzen Anmerkungen zeigen, dass die üblichen Formeln zu Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit, die man für erwerbswirtschaftliche Unternehmen verwendet, bei Kassen nicht passen, und zwar wohl noch weniger als bei Gemeinden.

#### **2.4. Ausgleichsfähigkeit**

Fraglich kann auch sein, ob über eine Krankenkasse Ausgleich oder Zwangsausgleich eröffnet bzw. nach dem IRÄG 2010 ein Insolvenzplan beschlossen werden kann. Dies ist besonders relevant, weil ein Konkurs der Kasse Restforderungen, wie gesagt, unberührt lässt. Bei Ausgleich und Zwangsausgleich hat daher die Zuordnung einer Forderung zu den ausgeschlossenen Forderungen oder zu den Konkurs- bzw. Ausgleichsforderungen weit größere Bedeutung als beim Konkurs selbst.

§ 1 AO knüpfte an § 1 KO an. Zu Gemeinden bejaht die herrschende Meinung daher die Ausgleichsfähigkeit<sup>39</sup>. Problematisch erscheint die Ausgleichsfähigkeit hier wegen der zentralen Funktion des Ausgleichs, nämlich dass eine Minderheit der Gläubiger durch Mehrheitsbeschluss zum Verzicht auf Forderungen gezwungen werden kann. Gegen diese Möglichkeit könnte eingewendet werden, dass bei Gemeinden und Kassen deren Bestand durch die Insolvenz ohnehin nicht gefährdet ist. Der Wegfall von Forderungen der überstimmten Gläubiger ist daher hier gar nicht erforderlich, um den Fortbestand der juristischen Person zu sichern<sup>40</sup>. Dagegen wird vorgebracht, dass die Sicherung des Fortbestandes nicht der Hauptzweck des Ausgleiches sei – wie insbesondere der Ausgleich über natürliche Personen zeige – und dass ein Ausgleich unbestritten meist zu einer höheren Quote führe als ein Konkurs. Die Lehre hat sich den Bedenken gegen die Ausgleichsfähigkeit zu Gemeinden daher nicht angeschlossen. Allerdings sind natürliche und juristische Personen gerade in Bezug auf den Eingriff in Gläubigerrechte durch Mehrheitsbeschluss wohl nicht vergleichbar. Ferner bringt ein Ausgleich bei juristischen Personen, die auch durch Konkurs nicht untergehen, jedenfalls auf lange Sicht i.d.R. wohl keine höhere Quote. Allerdings wird das Fort-

bestehen der Forderungen trotz Aufhebung des Konkurses jedenfalls private Gläubiger wenig motivieren, dem Ausgleich zuzustimmen. Bedenklich ist ein Ausgleich daher insbesondere dann, wenn bei Ausgleich einer Kasse solche Gläubiger stark vertreten sind, die bei Konkurs eine gewisse Verantwortung für die Finanzierung der Krankenkasse haben, also insbesondere der Bund. Dazu ist anzumerken, dass Kredite den Kassen in letzter Zeit vor allem von der Bundesfinanzierungsagentur gewährt wurden<sup>41</sup>. Der Bund könnte bei Zwangsausgleich oder Ausgleich somit andere Gläubiger überstimmen und insbesondere Vertragspartner und Dienstnehmer um Forderungen aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung bringen. Meines Erachtens wird dann aber in Anbetracht der Gesamtsituation bei den Krankenkassen die Zuordnung dieser Forderungen zu den Konkurs bzw. Ausgleichsforderungen auch verfassungsrechtlich sehr problematisch.

## **2.5. Schlussbemerkung**

Das Gesetz regelt alle relevanten Fragen zur Insolvenz einer Krankenkasse nicht näher. Die allgemeinen Vorschriften zur Insolvenz passen bei Krankenkassen wohl noch weniger als bei Gemeinden. Vor allem aber bringt ein Konkurs einer Kasse nichts: Es gibt kaum etwas zu verteilen, und die Schulden werden nicht geringer. Diese würden nur bei Zwangsausgleich oder Ausgleich verringert; gegen deren Zulässigkeit bestehen aber erhebliche Bedenken. All dies zeigt, dass der Gesetzgeber nicht mit der Insolvenz, sondern mit der dauernden Funktionsfähigkeit einer Krankenkasse rechnet. Man kann daraus ein Argument gegen die Insolvenzfähigkeit spezifisch der Krankenkassen gewinnen: Es erlaubt eine andere Beurteilung als bei Gemeinden, weil die insolvenzfremden Einnahmen nur der Kassen für eine konkrete gesetzliche Aufgabe bestimmt sind, die in entgeltlicher Beziehung zu diesen Einnahmen steht<sup>42</sup>.

## **3. Finanzierungsverantwortung des Bundes<sup>43</sup>**

### **3.1. Allgemeines**

Die schlechte finanzielle Lage einer Krankenkasse kann entweder auf eine ungeeignete gesetzliche Regelung der Rahmenbedingungen oder auf schlechte Geschäftsführung der Kasse selbst zurückzuführen sein. Ob das eine oder das andere oder beides zusammen zutrifft, ist keine (primär) juristische Frage. Auch das auf den Weg gebrachte „Sanierungspaket“ bringt nur einen vorübergehenden Bundeszuschuss, ändert aber nicht die Rahmenbedingungen für die gesetzliche Krankenversicherung. Es ist daher nicht auszuschließen, dass die Kassen mittelfristig aufgrund dieser Rahmenbedingungen wieder in finanzielle Bedrängnis kommen können. Aufgaben und Einnahmemöglichkeiten der Kassen sind nämlich weitestgehend gesetzlich geregelt und damit generell-abstrakt festgelegt. Die Einflussmöglichkeiten der Kassen sind eher gering. Nicht nur Beitragsgrundlage und Beitragssatz sind gesetzlich geregelt, auch die Aufgaben sind weitgehend durch gesetzliche Leistungspflichten der Kassen vorgezeichnet. Auch wenn sich der konkrete Aufwand erst aus den abstrakten Leistungspflichten in Verbindung mit dem Gesundheitszustand der Leistungsberechtigten, dem Verhalten der Ärzte bei der Behandlung und den Honoraren für Leistungserbringer ergibt, sind die Einflussmöglichkeiten der Kassen vergleichsweise gering<sup>44</sup>. Der Gesetzgeber gibt den Kassen überdies kaum Möglichkeiten, bei drohendem oder bereits eingetretenem Fehlbetrag („Defizit“) in eigener Verantwortung die Einnahmen zu erhöhen oder die

Aufgaben zu verringern. Die schlechte finanzielle Lage mehrerer Kassen lässt jedenfalls nach der Verantwortung des Bundes für eine ausreichende Finanzierung der Kassen fragen, insbesondere weil er nicht geeignete Rahmenbedingungen geschaffen habe.

Von Interesse ist daher zuerst die Frage, ob der Bund durch die Verfassung verpflichtet wird, im Gesetz geeignete Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass die Kassen – bei ordentlicher Geschäftsführung – ausgeglichen gebaren können. Zu prüfen ist dafür, unter welchen Voraussetzungen die gesetzliche Ausgestaltung von Einnahmen und Aufgaben sowie Organisation verfassungswidrig ist. Bejaht man die genannte Pflicht des Bundes, so ist in einem zweiten Schritt zu überlegen, ob der Bund bei verfassungswidriger Ausgestaltung zur Abgangsdeckung verpflichtet ist, also zu fragen, ob der Bund deshalb (zumindest) verpflichtet ist, den Fehlbetrag einer Kasse zumindest insoweit durch Bundeszuschuss auszugleichen, als der Fehlbetrag durch nicht geeignete Rahmenbedingungen verursacht wurde.

Das geltende Recht enthält keine ausdrückliche Bestimmung, aus der eine Einstandspflicht des Bundes für Abgänge oder Verbindlichkeiten der Krankenkassen folgt. § 80 ASVG sieht eine solche Pflicht nur für die Pensionsversicherung ausdrücklich vor. Der Bund hat danach den Trägern der Pensionsversicherung einen Beitrag in einer Höhe zu leisten, in der die Aufwendungen die Erträge übersteigen. Auch in den Versicherungen für Selbständige nach BSVG und GSVG ist ein Beitrag des Bundes („Partnerleistung“) nur für die Pensionsversicherung vorgesehen<sup>45</sup>.

Beide vorhin genannten Fragen wurden weder in der Rechtsprechung noch vor meiner Studie aus 2008 in der Lehre behandelt. Der Grundgedanke des dazu hier Vorzutragenden ist einfach: Wenn der Staat die Besorgung öffentlicher Aufgaben an ausgegliederte Rechtsträger mit oder ohne Selbstverwaltung überträgt, dann muss er dafür sorgen, dass die Aufgaben ordnungsgemäß erledigt werden können. Er muss umso eher dafür eintreten, je intensiver er die Aufgabenerfüllung regelt. Es wird hier nicht erörtert, inwieweit der Bund die für eine ausgeglichene Gebarung erforderlichen Rahmenbedingungen tatsächlich geschaffen hat und inwieweit die Kassen den Abgang (zum Teil) durch andere Geschäftsführung hätten vermeiden können. Diese Fragen werden rechtlich ja erst relevant, wenn man die angesprochene finanzielle Verantwortung des Bundes für geeignete Rahmenbedingungen bejaht.

### **3.2. Verfassungswidrige Ausgestaltung der gesetzlichen Krankenversicherung?**

Für die gesetzliche Krankenversicherung ist primär der Kompetenztatbestand „Sozialversicherungswesen“ relevant<sup>46</sup>. Der Bund kann eine umfassende Vorsorge für Krankheit derzeit nur auf dieser Grundlage regeln. Weder dieser Kompetenztatbestand noch eine andere Verfassungsnorm verpflichten den Bund oder die Länder dazu, eine umfassende Krankheitsvorsorge für alle Erwerbstätigen oder alle Bürger einzurichten<sup>47</sup>. Gleiches gilt wohl auch in Bezug auf das geltende Gemeinschaftsrecht<sup>48</sup>. Andere übernationale Vorgaben wie die Europäische Sozialcharta enthalten zwar Ansätze für eine Garantie der Sozialen Sicherheit, jedoch lassen sich daraus keine innerstaatlich durchsetzbaren Rechtsfolgen ableiten.

Die Verfassung verpflichtet den Bund nicht zur Einrichtung einer Krankheitsvorsorge. Dennoch folgen aus der Verfassung Vorgaben für deren Ausgestaltung – falls der Bund eine solche Vorsorge vorsieht – sowie Hindernisse, die gesetzliche Krankenversicherung für derzeit Leistungsberechtigte abzuschaffen oder wesentlich einzuschränken. Solange der Bund die Pflichtversicherung vorsieht, ist er meines Erachtens verpflichtet, die Leistungen so auszugestalten, dass jedenfalls die wesentlichen Risiken, insbesondere große und teure, abgedeckt sind<sup>49</sup>. Eine Versicherung, welche diese Risiken nicht abdeckt, ist keine Sozialversicherung. Ferner wäre die Beitragspflicht andernfalls ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum. Das Erfordernis, die wesentlichen Risiken abzudecken, ist auch in Bezug auf Eigenleistungen der Leistungsberechtigten zur Finanzierung – zum Beispiel Selbstbehalte – zu beachten<sup>50</sup>. Für eine Einschränkung der bestehenden gesetzlichen Vorsorge und einen Leistungsabbau ist ferner relevant, dass der Zwang zur Pflichtversicherung eine umfassende private Vorsorge für Krankheit verhindert oder unzumutbar macht – insbesondere auch private Vorsorge nur für den Fall, dass die gesetzliche Krankenversicherung nicht mehr leistet. Das Bestehen einer gesetzlichen Krankenversicherung, die so gut wie die gesamte Bevölkerung erfasst, führt dazu, dass sich für eine umfassende private Krankenversicherung gar kein Angebot entwickelt. Viele der derzeit Leistungsberechtigten der gesetzlichen Krankenversicherung sind ferner auch deshalb auf deren fortdauernde Leistungsbereitschaft zumindest für die „wesentlichen Risiken“ angewiesen, weil eine private Krankenversicherung Ältere und Personen mit erhöhtem Risiko nicht oder nur zu nicht zumutbaren Bedingungen versichern würde.

Der VfGH hat, bislang nur zur Pensionsversicherung, aus dem Gleichheitssatz abgeleitet, dass der Gesetzgeber Ansprüche aus der Sozialversicherung nicht überraschend und übermäßig einschränken darf<sup>51</sup>. Darin ist implizit die Anforderung enthalten, dass das Vorsorgesystem an sich leistungs- und funktionsfähig bleibt. Gleiches wird für die gesetzliche Krankenversicherung gelten. Daraus folgt, dass der Gesetzgeber diese nur beseitigen oder wesentlich einschränken könnte, wenn er für deren Leistungsberechtigte einen sozial verträglichen Umstieg in eine private Krankheitsvorsorge sicherstellt.

Vor diesem Hintergrund ist nach den Vorgaben zu fragen, die aus der Verfassung für die finanzielle Ausstattung der Krankenkassen folgen. Der VfGH hat sich unmittelbar damit noch nicht befasst. Sehr wohl hat er sich aber mit der Frage befasst, inwieweit es zulässig ist, dass das Gesetz eine Kasse verpflichtet, eine andere zu subventionieren. Der VfGH hat aus der Gliederung der Versicherten nach der Erwerbstätigkeit abgeleitet, dass damit unterschiedliche Versichertengemeinschaften gebildet werden, und dass eine Versichertengemeinschaft nicht zur Quersubvention einer anderen Gemeinschaft verpflichtet werden dürfe<sup>52</sup>. Daher dürfen Träger für Selbständige nicht zu Ausgleichszahlungen an Träger für Unselbständige verpflichtet werden. Überdies hat der VfGH 1986 und 2004 zu Leistungspflichten von Kassen an einen Ausgleichsfonds ausgeführt, dass diese Pflichten wohl dann verfassungswidrig sind, wenn die verpflichteten Kassen deshalb nicht mehr in der Lage „wären, ihren gesetzlichen Aufgaben und Verpflichtungen mit ihren eigenen Mitteln ... nachzukommen“<sup>53</sup>, und dass solche Pflichten den Träger nicht so belasten dürfen, „dass die Erfüllung seiner Aufgaben gefährdet wäre.“ Der Ausgleichsfonds aller Krankenversicherungsträger

wurde deshalb zu einem Ausgleichsfonds nur der Kassen für unselbstständig Erwerbstätigen reduziert. Auch innerhalb dieser ASVG-Kassen wird nicht jede Quersubvention zulässig sein<sup>54</sup>, jedenfalls wenn die Abschöpfung die Fähigkeit zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben beeinträchtigt und bei der belasteten Kasse selbst zu einem negativen Ergebnis führt. Dies muss umso mehr gelten, falls die begünstigte Kasse ihren Abgang durch nicht ordnungsgemäße Geschäftsführung verursacht haben sollte. Die in Deutschland vorgesehene Einstandspflicht anderer Kassen für eine insolvente Krankenkasse ist daher in Österreich teilweise nicht und im Übrigen wohl nur eingeschränkt zulässig.

Aus der Rechtsprechung zum Verbot der Quersubventionierung zwischen Versicherungs- und Risikogemeinschaften lässt sich ableiten, dass das Gesetz den Trägern der Sozialversicherung nicht mehr an Aufgaben auferlegen darf, als sie mit den vom Gesetz eröffneten Mitteln erfüllen können. Das Gesetz hat sich für ein reines Umlageverfahren und damit gegen Kapitaldeckung entschieden. Aus Gleichheitssatz und Effizienzgebot folgt daher, dass es verfassungswidrig ist, wenn das Gesetz den Krankenkassen Aufgaben zuweist, deren Gesamtaufwand nicht aus den laufenden Einnahmen – unter Berücksichtigung des Ausgleichs zwischen Krankenkassen derselben Versicherungsgemeinschaft – gedeckt werden kann.

Bestätigt wird dies durch die Anforderungen an das Einrichten von Selbstverwaltung. Die Sozialversicherung ist in Österreich als Selbstverwaltung organisiert. Schon vor der erstmaligen Regelung der nichtterritorialen Selbstverwaltung in der Verfassung im Jahr 2007 durften einem Selbstverwaltungskörper Aufgaben zur eigenverantwortlichen Besorgung nur übertragen werden, wenn diese dafür geeignet sind. In den neuen Bestimmungen des B-VG sagt dies nun Art. 120 a Abs. 1 B-VG. An der Eignung zur eigenverantwortlichen Besorgung fehlt es jedoch, wenn der Selbstverwaltungskörper auch bei ordentlicher Geschäftsführung nicht in der Lage ist, die Aufgaben mit den vom Gesetz eröffneten Mitteln zu besorgen. Jedenfalls für Gebarungsperioden nach Inkrafttreten der neuen Verfassungsbestimmungen ist auch der neue Art. 120 c Abs. 2 B-VG einschlägig: „Eine sparsame und wirtschaftliche Erfüllung der Aufgaben der Selbstverwaltungskörper ist nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen durch Beiträge ihrer Mitglieder oder durch sonstige Mittel sicherzustellen.“ Nach dem Ausschussbericht wird dadurch gewährleistet, dass „Selbstverwaltungskörper in die Lage versetzt sind, die ihnen zukommenden Aufgaben wahrzunehmen“<sup>55</sup>. Auch daraus folgt zwar kein Recht der Kassen auf Einnahmen in bestimmter Höhe. Sehr wohl folgt daraus aber, dass die Einnahmen so bemessen sein müssen, dass die gesetzlich vorgesehenen Aufgaben damit ordnungsgemäß erfüllt werden können.

Mit Selbstverwaltung ist stets Mitverantwortung der Selbstverwaltungskörperschaft verbunden<sup>56</sup>. Der Gesetzgeber handelt daher bereits verfassungsgemäß, wenn er Rahmenbedingungen geschaffen hat, innerhalb derer die Selbstverwaltung bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung die gesetzlichen Aufgaben mit den gesetzlich eröffneten Mitteln erfüllen kann. Verfassungswidrig ist es daher erst, wenn die Rahmenbedingungen der gesetzlichen Krankenversicherung es den Kassen und dem Hauptverband selbst bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung nicht erlauben, die gesetzlichen Aufgaben mit den gesetzlich eröffneten Mitteln zu erfüllen. Denkbar ist auch, dass sowohl der Bund wie die Selbstverwaltung Verantwortung für je einen Teil des Fehlbetrages tragen. Dies ist der Fall, wenn die Rahmenbedingungen zwar eine bessere Geschäftsführung erlaubt hätten, aber auch bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung ein – geringerer – Abgang aufgetreten wäre.

Im Wesentlichen dieselben Aussagen folgen aus den verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Leistungsberechtigten. Der Zwang in die Pflichtversicherung verhindert private Vorsorge oder macht diese unzumutbar. Die Leistungsberechtigten sind daher, wie dargelegt, auf eine fortdauernde Leistungsbereitschaft der gesetzlichen Krankenversicherung jedenfalls für die „wesentlichen Risiken“ angewiesen. Der Gesetzgeber darf die gesetzliche Krankenversicherung nur beseitigen oder wesentlich einschränken, wenn er für die bereits Leistungsberechtigten den sozial verträglichen Umstieg in ein anderes System der Krankheitsvorsorge sicherstellt; dabei ist insbesondere das Fehlen einer Altersrückstellung zu berücksichtigen. Solange der Gesetzgeber dies nicht sicherstellt, ist es auch aus Grundrechtssicht der Leistungsberechtigten verfassungswidrig, wenn das Gesetz die Leistungsfähigkeit der Krankenkassen gefährdet, indem es diesen Aufgaben zuweist, die mit den gesetzlich eröffneten Mitteln nicht erfüllt werden können. Auch im Verhältnis zu den Leistungsberechtigten kann die Verantwortung des Bundes für die Ausgestaltung der gesetzlichen Krankenversicherung durch Selbstverwaltung eingeschränkt sein. Der Gesetzgeber handelt auch den Leistungsberechtigten gegenüber bereits verfassungsgemäß, wenn er die erwähnten geeigneten Rahmenbedingungen geschaffen hat. Diese Reduktion der Verantwortung des Bundes könnte allenfalls dadurch beeinflusst werden, dass die Selbstverwaltung nicht von Vertretern jener geübt wird, die von Störungen der Leistungserbringung primär betroffen sind.

Der Bund trägt aufgrund der Einrichtung der Pflichtversicherung und deren Finanzierung im Umlageverfahren also den Leistungsberechtigten wie den Krankenkassen gegenüber Verantwortung dafür, dass die Kassen die gesetzlich vorgesehenen Leistungen auch bereitstellen können. Ob die gesetzlichen Rahmenbedingungen – insbesondere das Verhältnis von Aufgaben und möglichen Einnahmen, aber auch Organisation und Handlungsmöglichkeiten – das genannte Kriterium erfüllen und daher für eine ordentliche Gebarung „geeignet“ oder „ungeeignet“ sind, kann hier, wie gesagt, nicht beurteilt werden. Bei den Überlegungen dazu ist neben dem Verhältnis der Aufgaben zu möglichen Einnahmen insbesondere relevant, inwieweit die gesetzliche Regelung eine effiziente Geschäftsführung – etwa beim Aufdecken von Beitragshinterziehung oder im Verhältnis zu Vertragspartnern – erlaubt.

Bisher wurde eine Verfassungswidrigkeit der Aufgabenstellung nur bejaht, wenn sie aus der Gesamtbetrachtung von Aufgaben und möglichen Mitteln folgt. Fraglich ist dann, ob auch eine zusätzliche Verschlechterung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für sich verfassungswidrig sein kann. In der politischen Diskussion wird von Kassen- und Ärzteseite vorgebracht, dass die Kassen in den letzten Jahren mit zusätzlichen „kassenfremden“ Leistungen belastet und in ihren Einnahmen unsachlich geschmälert worden seien<sup>57</sup>. Genannt wurden insbesondere Leistungen bei Mutterschaft, Beitragsgrundlage für Pensionisten und Arbeitsuchende, Deckelung der Rezeptgebühren für Heilmittel und Umsatzsteuerlage bei Heilmitteln. Es wäre für die Kassen weit leichter, sich vor dem VfGH zu wehren, falls sie zusätzliche Belastungen, die gleichsam das „Fass zum Überlaufen“ bringen, gesondert vor dem VfGH als verfassungswidrig bekämpfen und zu Fall bringen könnten. Meines Erachtens folgt aus der Verfassung jedoch nur die Pflicht des Gesetzgebers, das Gesamtsystem so auszugestalten, dass eine ausgeglichene Gebarung möglich ist. Zuweisung und Ausgestaltung von einzelnen Aufgaben und Einnahmen liegen hingegen weitgehend im Ermessen des Gesetzgebers. Die Kategorie der versicherungsfremden Leistungen bzw. der versicherungsinadäquaten Einnahmen ist dann insoweit nur von politischer Relevanz, als nicht aus anderen Verfassungsgeboten Schranken dafür ableitbar sind. Verfassungsrechtlich relevant wäre es daher etwa, wenn der Gesetzgeber die Grenzen einer sozialen Krankenversicherung überschreitet und Aufgaben zuweist, die mit Krankheitsvorsorge nichts mehr zu tun haben können.

Zur Bekämpfung der verfassungswidrigen Ausgestaltung käme allenfalls ein Individualantrag auf Gesetzesaufhebung an den VfGH in Betracht. Allerdings macht die eben vertretene restriktivere Sicht die Bekämpfung durch die Kassen schwierig. Danach ist ja keine einzelne Aufgabe an sich verfassungswidrig, sondern allenfalls deren Summe im Verhältnis zu den Einnahmen „übermäßig“. Überdies folgen die konkreten Belastungen nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern erst aus der Konkretisierung der Leistungsanspruchnahme zum Beispiel durch Vertragsärzte. Beides hindert wohl die Zulässigkeit eines Individualantrages nach der bisherigen Judikatur zu dessen Zulässigkeit<sup>58</sup>. Ein Individualantrag, mit dem die übermäßige Gesamtbelastung der Kassen geltend gemacht und die Aufhebung von Bestimmungen verlangt wird, setzte daher eine Erweiterung der Zulässigkeit durch den VfGH voraus. Dafür sprechen in Anbetracht der besonderen Lage gute Gründe. Die Schwierigkeiten der Kassen, die Ausgestaltung der Rahmenbedingungen vor dem VfGH zu bekämpfen, lenken den Blick jedenfalls auf eine finanzielle Einstandspflicht des Bundes.

Vorher soll auf die Eigenverantwortung der gesetzlichen Krankenversicherung für einen Abgang eingegangen werden. Ein Fehlbetrag kann, wie gesagt, auch auf Fehler der Träger der Krankenversicherung beruhen. Bei der Beurteilung dieser Eigenverantwortung geht es primär um den Maßstab der ordnungsgemäßen Geschäftsführung. Dazu sind im Rahmen der rechtlichen Vorgaben auch Erwägungen zu Gesundheitspolitik und Effizienz einzubeziehen. Relevant ist dann, ob die Träger alle Möglichkeiten für Einnahmen und für das Vermeiden von Ausgaben genutzt haben, die bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung zu nutzen sind. Genannt wird in diesem Zusammenhang häufig die Ermächtigung zur Vorschreibung von generellen Kostenbeiträgen<sup>59</sup>.

Auch soweit der Fehlbetrag auf Eigenverantwortung der Kasse beruht, kann man nach einer Mitverantwortung des Bundes für diesen Fehlbetrag fragen. Man könnte zuerst an Amtshaftung gegen den Bund wegen Verletzung der Aufsichtspflicht denken<sup>60</sup>. Leistungsberechtigte und andere Gläubiger der Kasse, deren Ansprüche nicht erfüllt werden, könnten solche Ansprüche haben, wenn die Aufsichtsbehörde es vorwerfbar unterlassen hat, gegen eine nicht ordnungsgemäße Geschäftsführung einzuschreiten, und das Einschreiten den Schaden abgewendet hätte. Allerdings dürfte dieser Weg nicht weit führen.

Wichtiger ist, dass die dargelegte Pflicht des Bundes für eine sachgerechte Ausgestaltung der gesetzlichen Krankenversicherung auch relevant ist, wenn der Abgang eines Trägers auf schlechte Geschäftsführung der Selbstverwaltung zurückzuführen ist. Die dargelegte Verantwortung des Bundes in Verbindung mit dem Vorsehen von Selbstverwaltung würde es nämlich konsequenterweise erfordern, dass das Gesetz es dem Träger ermöglicht, selbst Maßnahmen zu setzen, um einen durch fehlerhafte Geschäftsführung verursachten finanziellen Engpass zu beseitigen, entweder durch vorübergehende Einschränkung von Leistungen oder/und durch vorübergehende Erhöhung von Beiträgen oder durch Kostenbeiträge<sup>61</sup>. Erinnert sei hier an den Zusatzbeitrag in Deutschland, den nun mehrere Kassen angekündigt haben. Die damit angesprochene Belastung der Beitragspflichtigen oder Leistungsberechtigten mag auf den ersten Blick überraschen, sie verwirklicht aber die Mitverantwortung der Selbstverwaltung. Die „Fehler“ der Selbstverwaltung sind den durch die Organe der Selbstverwaltung Repräsentierten – finanziell – zuzurechnen. Derzeit eröffnet das Gesetz den Trägern jedoch weder die erwähnten Möglichkeiten noch eröffnet es der Kasse andere Wege, um selbst aus der Krise zu kommen. Man wird auch dieses Unterlassen des Gesetzes als verfassungswidrig ansehen müssen.

### **3.3. Anspruch auf Abgangsdeckung aus der Verfassung?**

Sollte die Ausgestaltung der Krankenversicherung aus dem einen oder anderen Grund verfassungswidrig sein, so stellt sich die Frage, ob daraus ein Anspruch von Krankenkassen auf zusätzliche Einnahmen folgt. Die Eröffnung zusätzlicher Einnahmen seitens der Versicherten durch eine Gesetzesanfechtung beim VfGH kommt kaum in Betracht, schon weil keine Bestimmung ersichtlich ist, die sinnvollerweise angefochten werden könnte. Von Interesse ist daher eine Pflicht des Bundes zur Zahlung eines Betrages, um den Abgang der Kasse zu decken. Eine derartige Pflicht kann meines Erachtens jedenfalls nicht unmittelbar auf eine einfachgesetzliche Analogie zu § 80 ASVG zur Abgangsdeckung für die Pensionsversicherung gestützt werden<sup>62</sup>. Dafür fehlt es an einer planwidrigen Lücke.

Ein Anspruch auf Abgangsdeckung kann meines Erachtens aber aus der Verfassung abgeleitet werden<sup>63</sup>. Von Interesse ist dazu primär, inwieweit der Staat ganz allgemein die Verantwortung für die ausreichende Finanzierung einer von ihm geschaffenen juristischen Person, insbesondere öffentlichen Rechts, trägt. Diese Frage wurde soweit zu sehen bisher nicht näher untersucht<sup>64</sup>. Den Staat trifft nun nicht stets eine Einstandspflicht in Form einer Pflicht zu Abgangsdeckung im Innenverhältnis oder einer Außenhaftung.

Es gibt jedoch Ansatzpunkte für eine Einstandspflicht im vorliegenden Zusammenhang. In Bezug auf ausdrückliche Normen der Verfassung sind hier insbesondere § 2 F-VG, Art. 120a Abs. 1 B-VG, und Art. 120c Abs. 2 B-VG zu nennen. § 2 F-VG ordnet an: Die Gebietskörperschaften „tragen, sofern die zuständige Gesetzgebung nichts anderes bestimmt, den Aufwand, der sich aus der Besorgung ihrer Aufgaben ergibt“, jedenfalls im Verhältnis zueinander. Die Sozialversicherung ist eine Aufgabe des Bundes i. S. d. F-VG. In Bezug auf den zitierten Art. 120c Abs. 2 B-VG betreffend die Sicherstellung der Mittel scheint nahezuliegen, daraus unmittelbar eine Einstandspflicht des Staates ableiten zu wollen. Allerdings sagt der Ausschussbericht: „Eine Ausfallhaftung von Gebietskörperschaften ist damit nicht verbunden.“<sup>65</sup> Aus der Errichtung von Selbstverwaltungskörpern allein soll also keine Ausfallhaftung folgen. Dieser Ausschluss kann aber wohl nicht greifen, wenn der Gesetzgeber seine Pflichten aus Art. 120a Abs. 1 und 3 B-VG betreffend die Eignung der Aufgaben verletzt hat, weil der Selbstverwaltungskörper auch bei ordentlicher Geschäftsführung nicht in die Lage versetzt wurde, seine gesetzlichen Aufgaben mit den vom Gesetz eröffneten Mitteln zu besorgen. Allerdings ist zweifelhaft, ob die Einstandspflicht allein auf diese Normen gestützt werden kann.

Die fragliche Einstandspflicht des Bundes wird aber gestützt durch Grundsätze des Rechts der (privaten) Körperschaften, und zwar jene zur Durchgriffshaftung, auch wenn diese primär die Außenhaftung gegenüber Gläubigern betreffen. Durchgriffshaftung wird nicht in Form einer Garantiehaftung bejaht, sondern nach der Judikatur des OGH nur, wenn die Gesellschafter spezifische Sorgfaltspflichten in Bezug auf den Umgang mit der Gesellschaft verletzen<sup>66</sup>. Eine Einstandspflicht des Staates kann danach in Betracht kommen, wenn er die (ausgliederte) juristische Person nicht so organisiert hat, dass sie finanziell leistungsfähig bleiben kann. Eine Durchgriffshaftung wird bei Ausgliederung ohne Selbstverwaltung eher eingreifen als bei Selbstverwaltung, weil deren Eigenverantwortung zu bedenken ist. Mit dieser Maßgabe kann wohl auch eine Verletzung des Art. 120c Abs. 2 B-VG für eine Durchgriffshaftung ins Treffen geführt werden. Stellt der Gesetzgeber nicht sicher, dass der Selbstverwaltungskörper – auch bei sparsamer und wirtschaftlicher Geschäftsführung – seine gesetzlichen Aufgaben mit Hilfe von Beiträgen und sonstigen Mitteln erfüllen kann, so verletzt er eine Verfassungspflicht, die jedenfalls der für die Durchgriffshaftung zentralen Sorgfaltspflicht der „Gesellschafter“ gleichgehalten werden kann.

Schließlich ist es unsachlich (gleichheitswidrig), wenn der Gesetzgeber die Rechtslage unverändert lässt, obwohl die Krankenkassen selbst bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung die gesetzlichen Aufgaben mit den eröffneten Mitteln nicht mehr erfüllen können. Der Gesetzgeber muss dann entweder die Bestimmungen zu Aufgaben oder zu Einnahmen ändern oder den Abgang decken.

Allerdings wurden aus dem Gleichheitssatz Leistungsansprüche bislang nur im Bereich des Privatrechts zu Förderungen abgeleitet, nicht aber im genuin öffentlich-rechtlichen Bereich<sup>67</sup>. Der VfGH müsste insoweit Neuland betreten. Diese Fortentwicklung sollte hier möglich sein, weil der fragliche Anspruch nicht nur im Gleichheitssatz wurzelt. Die Begründung einer Pflicht zur Abgangsdeckung kann insbesondere an die vom ASVG angeordnete Ausfallhaftung des Betriebsunternehmers für seine Betriebskrankenkasse anknüpfen<sup>68</sup>, zusätzlich am Rechtsgedanken des § 80

ASVG. Überdies sprechen für den Anspruch die oben angestellten Erwägungen zur Einstandspflicht für vom Bund selbst geschaffene juristische Personen. Die Sozialversicherung ist eine Aufgabe des Bundes i.S.d. § 2 F-VG, und dieser hat – wie vorausgesetzt – seine Pflichten aus Art. 120c Abs. 2 B-VG und damit die für eine Durchgriffshaftung konstitutive Sorgfaltspflicht verletzt. Drittens sprechen für den Anspruch die verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Leistungsberechtigten.

Soweit Fehlbeträge bei einer Krankenkasse nicht auf ungeeignete gesetzliche Rahmenbedingungen, sondern auf nicht ordnungsgemäße Geschäftsführung zurückzuführen sind, kommt eine Einstandspflicht des Bundes wie gesagt nur – aber immerhin – in Betracht, wenn das Gesetz keine Möglichkeiten zur zeitgerechten Selbsthilfe der Kasse enthält. In diesem Fall treffen alle genannten Argumente wohl ebenfalls zu.

Der Anspruch auf Abgangsdeckung gegen den Bund könnte entweder durch Aufhebung einer Gesetzesbestimmung oder durch Klage nach Art. 137 B-VG vor dem VfGH durchgesetzt werden. Vorzuziehen ist die Klage. Erstens ist keine Bestimmung in Sicht, deren Anfechtung zu einem höheren Bundeszuschuss führen könnte. Zweitens ist nur das Verfahren nach Art. 137 B-VG ein Streitiges Verfahren zwischen Kasse und Bund, in dem erörtert werden kann, ob das Gesetz eine ausgeglichene Gebarung ermöglicht. Insbesondere können nur in diesem Verfahren die Verantwortungsanteile des Bundes und der gesetzlichen Krankenversicherung an einem Abgang erörtert und geschätzt werden. Mit der Klage nimmt der Träger auch die verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Leistungsberechtigten wahr.

Sollte man eine verfassungsrechtliche Garantie der sozialen Krankenversicherung bejahen, so spräche auch diese Garantie für die dargelegte Klagemöglichkeit. Auch wenn man die Garantie bejahte, gehen deren Konsequenzen jedoch wohl nicht über das Dargelegte hinaus. Insbesondere wird die Mitverantwortung der Selbstverwaltung auch dann relevant sein.

Zusammenfassend kann man sagen: Der Bund hat trotz der dargelegten Schranken weite Möglichkeiten zur Regelung der gesetzlichen Krankenversicherung. Er muss diese aber so regeln, dass die Kassen bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung ausgeglichen gebaren können, oder dass sie bei nicht ordnungsgemäßer Geschäftsführung den Abgang durch Belastung der Versicherten oder der Leistungsberechtigten einbringen können. Verletzt er die eine oder andere Pflicht, so hat er den Abgang zu decken. Der Grundgedanke des Vorgetragenen ist einfach: Wenn der Staat bzw. der Gesetzgeber öffentliche Aufgaben an andere überträgt und diese intensiv regelt, dann muss er auch dafür sorgen und einstehen, dass die Aufgaben ordnungsgemäß erledigt werden können. Zuständigkeit bedeutet auch Verantwortung für die Folgen des Verhaltens, und zwar für den Bund wie für die Selbstverwaltung und die dadurch Repräsentierten.

### 3.4. Unionsrecht

Ergänzend sei kurz auf das Unionsrecht eingegangen. Auch dieses verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht dazu, eine umfassende Krankheitsvorsorge für alle Erwerbstätigen oder Bürger einzurichten<sup>69</sup>. Die Grundrechtscharta hat daran wohl nichts geändert, weil sie die Mitgliedstaaten nur bindet, soweit diese Unionsrecht anwenden.

Auch wenn das Unionsrecht die Mitgliedstaaten nicht zur Vorsorge verpflichtet, kann es doch Schranken für die Ausgestaltung einer bestehenden Vorsorge enthalten. Diese Schranken finden sich derzeit primär in den Voraussetzungen, um eine Sozialversicherung vom Wettbewerbsrecht auszunehmen. Zu nennen sind insbesondere solidarische Finanzierung ohne starken Zusammenhang zwischen Finanzierung und Risiko, weitgehendes Fehlen von Wettbewerb sowie staatliche Aufsicht<sup>70</sup>. Die Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH erst jüngst eindeutig auch auf Sozialversicherungen angewendet<sup>71</sup>; die Voraussetzungen für die Vereinbarkeit damit sind noch nicht deutlich. Da die österreichische gesetzliche Krankenversicherung keine unternehmerische Tätigkeit entfaltet, unterliegt die hier erwogene Einstandspflicht des Bundes auch nicht dem Beihilfenregime des Unionsrechts.

Soweit eine konkrete Sozialversicherung die Voraussetzungen für die Freistellung erfüllt, enthält das Unionsrecht kaum weitere Vorgaben für die Finanzierung einer Pflichtversicherung. Dasselbe scheint auch in Bezug auf die Ausgestaltung zuzutreffen. Allerdings könnte man erwägen zu sagen, dass eine soziale Krankenvorsorge nur dann von Wettbewerbsrecht und Dienstleistungsfreiheit ausgenommen ist, wenn sie ein bestimmtes Mindestmaß an Leistungen gewährt. Die hier dargelegte Pflicht zur Abgangsdeckung würde dadurch zusätzlich gestützt. In Anbetracht der großen Unterschiede in der Union dürfte das Leistungsniveau der österreichischen gesetzlichen Krankenversicherung aber noch von einem solchen Mindeststandard entfernt sein<sup>72</sup>.

#### **4. Ausblick**

Die Maßnahmen des Gesetzgebers zur Entschuldung der Kassen aus 2009 haben die finanzielle Lage oder doch Aussichten jener Gebietskrankenkassen, die hohe Kreditverbindlichkeiten und daher ein „negatives Reinvermögen“ aufweisen, bedeutend verbessert. Die Rahmenbedingungen für das Agieren der Krankenkassen hingegen sind bislang nur wenig geändert worden. Es ist daher nicht auszuschließen, dass nach Auslaufen der finanziellen Hilfsmaßnahmen wieder neue Kredite aufgenommen werden müssen. Die wichtigste Änderung, die der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang vornehmen sollte, wäre daher das Verbot der Aufnahme von Krediten, wenn deren Gesamtsumme einen bestimmten, niedrig festzusetzenden Prozentsatz der jährlichen Beitragseinnahmen der Kasse übersteigt. Damit würden sowohl die Kassen wie in weiterer Folge der Gesetzgeber gezwungen, sich einem Missverhältnis von Aufgaben und Einnahmen zu stellen, anstatt dies durch Schulden zu kaschieren, die von den Beteiligten als Staatsschulden angesehen werden. Besonders fragwürdig ist die Aufnahme dieser faktischen Staatsschulden bei der Bundesfinanzierungsagentur<sup>73</sup>. Ein solches Kreditverbot wäre die angemessene und notwendige Begleitmaßnahme zu der im Gang befindlichen Entschuldung der Kassen.

Aus rechtlicher Sicht hat sich gezeigt, dass die Anwendung der allgemeinen Regeln des Insolvenzrechts auf Krankenkassen wenig sachangemessen ist. Dies lässt – entgegen der Doktrin zu Gemeinden – an der Konkurs- wie an der Ausgleichsfähigkeit der Kassen zweifeln. Der Gesetzgeber ist vielmehr aufgerufen, erstens deren Aufgabenstellung im Hinblick auf die Einnahmen zu überprüfen und den Kassen Mittel an die Hand zu geben, um die Ausgaben stärker beeinflussen zu können, insbesondere jene für Krankenanstalten. Zweitens sollte der Gesetzgeber sachadäquate Verfahren

der Selbststeuerung der Kassen und der Aufsicht vorsehen, die es bei (drohender) finanzieller Schieflage erlauben, angemessen zu reagieren. Drittens ist zu erwägen, die hier vertretene Einstandspflicht des Bundes gesetzlich festzuschreiben. Dies und der dadurch eröffnete Rechtsweg könnte das Bewusstsein auch der Politik für die Verantwortung für eine funktionierende Krankheitsvorsorge stärken.

Zu denken ist etwa an folgende Ergänzung des § 80 ASVG: „(2) Ein Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, auch nach anderen Bundesgesetzen, mit Ausnahme der Betriebskrankenkassen, hat insoweit Anspruch auf Deckung des Abganges eines Jahres gegen den Bund, als folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Die Ausgaben für Pflichtleistungen und jene freiwilligen Leistungen, deren Streichung aus gesundheitspolitischen Gründen nicht zumutbar ist, übersteigen die Einnahmen aus Beiträgen und einem Ausgleichsfonds;
2. Der Träger konnte diesen Abgang auch durch eine sorgfältige und ordnungsgemäße Geschäftsführung, welche insbesondere auch alle zumutbaren Anstrengungen in Bezug auf Einnahmen aus Beiträgen und Kostenbeiträgen umfasst, nicht vermeiden;
3. Der Abgang kann nicht durch zumutbares Auflösen von Rücklagen finanziert werden. Der Anspruch auf Abgangsabdeckung ist nach Art. 137 B-VG geltend zu machen.“

- <sup>1</sup> Rebhahn, Finanzierungsverantwortung des Bundes für die Gesetzliche Krankenversicherung (2008); der Beitrag wurde in Januar 2010 abgeschlossen.
- <sup>2</sup> BGBl I 52/2009; EBRV 213 BlgNR XXIV. GP; der VfGH hat die Aufteilung der Rückfrage aufgehoben; VfGH 23.9.2010, G 166/09.
- <sup>3</sup> Diese Maßnahme sowie jene zur Rücklage wurden von einer Kasse beim VfGH angefochten.
- <sup>4</sup> BGBl I 147/2009; EB 476 BlgNR XXIV.GP
- <sup>5</sup> Dies gilt auch in Bezug auf die Voranschlags- und Rechnungsabschlussverordnung 1997 – VRV 1997 und die Bundeshaushaltsverordnung 2009.
- <sup>6</sup> Zu finden unter [www.sozdok.at](http://www.sozdok.at)
- <sup>7</sup> In anderen Teilen dieser Rechnungsvorschriften, insbesondere jene zur Übertragung von Vermögen, wird Reinvermögen eher im Sinne von tatsächlichem Reinvermögen verwendet. Im Bilanzrecht des UGB entspricht der Position des Reinvermögens am ehesten jene des Eigenkapitals.
- <sup>8</sup> Krankenkassen und andere Träger der Sozialversicherung sind keine Unternehmer i. S. d. UGB. Gemäß § 1 Abs. 1 UGB ist Unternehmer, wer ein Unternehmen betreibt. Nach § 1 Abs. 2 UGB ist ein Unternehmen „jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.“ Nach hM üben Krankenkassen keine wirtschaftliche Tätigkeit aus; vgl. z. B. OGH 16 Ok 5/04; 4 Ob 238/06p.
- <sup>9</sup> Vgl. § 460 b ASVG.
- <sup>10</sup> Vgl. insbesondere § 23 ASVG.
- <sup>11</sup> Das Folgende baut auf Rebhahn, Finanzierungsverantwortung, 6-9 auf, entwickelt das dort Gesagte aber deutlich fort. Ich danke Univ.-Prof. Andreas Konecny für wertvolle Kritik und Hinweise.
- <sup>12</sup> Die Zulässigkeit der Aufnahme längerfristiger Kredite ist nicht eindeutig zu bejahen; vgl. Rebhahn, Finanzierungsverantwortung 4 f., 76.
- <sup>13</sup> Vgl. dazu nur Rechberger, Exekutions- und insolvenzrechtliche Fragen kommunaler Wirtschaftsverwaltung, in: Krejci/Ruppe (Hrsg.), Rechtsfragen der kommunalen Wirtschaftsverwaltung (1992), 237 ff. m. w. N. Nach Burgstaller/Sittenthaler soll eine Insolvenz bei Gemeinden allerdings nicht wegen Überschuldung möglich sein, ZIK 1999, 181 ff.
- <sup>14</sup> Vgl. zum Anwendungsbereich des § 15 EO z. B. Rebhahn, in: Burgstaller/Deixler-Hübner (Hrsg.), EO-Kommentar, § 15 Rz. 3, 6 f.
- <sup>15</sup> Vgl. Rebhahn, in: Burgstaller/Deixler-Hübner (Hrsg.), EO-Kommentar, § 15 Rz. 12.
- <sup>16</sup> Verordnung des Justizministers RGBI 1897/153. Vgl. z. B. Rebhahn, in: Burgstaller/Deixler-Hübner (Hrsg.), EO-Kommentar, § 15 Rz. 4.
- <sup>17</sup> Vgl. z. B. Funk, Organisatorische Reformen in der Sozialversicherung aus der Sicht des Verfassungsrechts, in: FS Krejci II, 1902. Soweit im RIS zu sehen hat sich noch kein Höchstgericht mit dem Umfang der Rechtsfähigkeit der Träger der Sozialversicherung näher befasst. Am ausführlichsten noch VfSlg 10519/1985; sowie VfSlg 10451/1985 zum Hauptverband
- <sup>18</sup> Vgl. allgemein Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht<sup>2</sup> (2004) Rz. 156 ff., 372.
- <sup>19</sup> Es geht um gesetzliche Aufgaben, die Krankenkassen entscheiden (potenziell) mit Bescheid, und die Pflichten sind Teil des Sozialversicherungsverhältnisses. Zur Entscheidung über Leistungsansprüche mit Bescheid vgl. § 367 ASVG. Vgl. ferner Krejci, Das Sozialversicherungsverhältnis (1977), 5; Schrammel, Verfügungen über Leistungsansprüche aus der Sozialversicherung (1982). Die sukzessive Kompetenz der Arbeits- und Sozialgerichte macht die Ansprüche nicht zu privatrechtlichen.
- <sup>20</sup> Die von der KO nicht ausdrücklich angeordnete Konkursfähigkeit einer Kasse kann nicht die ausdrücklich angeordneten Versicherungs- und Leistungspflichten beseitigen.
- <sup>21</sup> Es geht um das Gegenseitigkeitsverhältnis von Beiträgen und Leistungen, das schon deshalb grundsätzlich zu bejahen ist, weil die Leistungsberechtigung i. d. R. an die aufrechte Versicherung geknüpft ist. Davon zu unterscheiden ist, ob eine Anfechtung von Beitragszahlungen nach § 30 KO schon deshalb ausscheidet, weil die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug abzuwickeln sind. Dieser besonders enge Zusammenhang wird von der hM für das Verhältnis zwischen den Beiträgen zur Krankenversicherung sowie den Leistungen der Krankenkasse verneint, sodass der Masseverwalter wegen (objektiver) Begünstigung (und nicht nur nach § 31 KO) anfechten kann. Dies bedeutet aber nicht, dass beim Krankenversicherungsverhältnis keine synallagmatische Beziehung vorliegt.
- <sup>22</sup> Vgl. zu Treugut im Konkurs des Treuhänders Schulyok, in: Konecny/Schubert, KO § 44 Rz. 3. Fraglich ist daher, inwieweit diese Treugelder bei der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit zu einem anderen Ergebnis führen dürfen, als wenn man sie nicht berücksichtigt.
- <sup>23</sup> Rechberger, Exekutions- und insolvenzrechtliche Fragen, in: Krejci/Ruppe (Hrsg.) 244 m. w. N.
- <sup>24</sup> Derzeit ist etwa die Wiener Gebietskrankenkasse gesetzlich zum Betrieb eines Krankenhauses verpflichtet. Der Masseverwalter würde diese Verpflichtung – wohl mit Erfolg – beim VfGH bekämpfen können. Dann wäre „nur“ noch die Betriebspflicht nach Krankenanstaltengesetz aufzuheben.
- <sup>25</sup> Sale-and-lease-back ist allerdings auf lange Sicht häufig nicht günstiger.
- <sup>26</sup> Parallele Fragen stellen sich bei Gemeinden, ohne dass es dazu eine einhellige Auffassung gibt; vgl. Rebhahn/Strasser, Zwangsvollstreckung und Insolvenz bei Gemeinden (1989), 166 ff.

- <sup>27</sup> Dellinger/Oberhammer, *Insolvenzrecht*<sup>2</sup> Rz. 553
- <sup>28</sup> Das Gesetz selbst sieht allerdings besondere Beiträge der Dienstnehmer zu diesen Pensionen vor, ohne besondere Rückstellungen oder eine gesonderte Anlage vorzuschreiben. Daher ist zu erwägen, diese Forderungen zu den ausgeschlossenen zu nehmen, sodass sie aus dem exekutionsfreien Vermögen zu erfüllen sind.
- <sup>29</sup> VfGH 12.10.2007 B 968/07
- <sup>30</sup> Das Einbeziehen in die Pflichtversicherung setzt voraus, dass jeder Versicherte zumindest theoretisch in den Genuss einer Leistung kommen kann; vgl. Tomandl a. a. O., 0.2.1., 5 f.
- <sup>31</sup> Die Wirtschaftsprüfungskanzlei Leitner + Leitner hat im Februar 2008 eine „Gutachtliche Stellungnahme – Analyse zur Finanzsituation der sozialen Krankenversicherung“ für den Hauptverband erstellt. Sie ist zwar durch die seither eingetretenen Änderungen zu Gesetzeslage und Finanzierung in den Details nicht mehr aktuell, grundlegende Aussagen bleiben aber davon unberührt. Zu den Insolvenz Voraussetzungen führte die Studie aus: „Trotz rechtlicher Unklarheiten bei der Frage, ob eine Gebietskrankenkasse konkursfähig ist, sind uE die insolvenzrechtlichen Tatbestandsmerkmale, Zahlungsunfähigkeit<sup>3</sup> sowie ‚Überschuldung‘ aus betriebswirtschaftlicher Sicht zu beachten. Durch laufende Kreditfinanzierungen sind die Gebietskrankenkassen zwar aktuell zahlungsfähig. Die vorhandenen Überschuldungen fordern jedoch die Erstellung einer Fortbestehensprognose. Bei den Kassen mit negativem Netto-Reinvermögen (buchmäßige und real) und negativen Gebarungsprognosen ist die Fortbestehensprognose negativ. Bei Vorliegen einer negativen Fortbestehensprognose wiederum ist die Aufnahme neuer Kredite problematisch. (Bei juristischen Personen privaten Rechts wäre eine Kreditaufnahme in einer vergleichbaren Situation aus insolvenzrechtlicher Sicht problematisch; weiters wären die leitenden Organe mit haftungsrechtlichen Konsequenzen bedroht.) Ohne zusätzliche Kredite kann der gesetzliche Versorgungsauftrag nicht mehr erfüllt werden.“
- <sup>32</sup> Vgl. Dellinger/Oberhammer, *Insolvenzrecht*<sup>2</sup> (2004) Rz. 69 ff. m. w. N.; sowie ausführlich Dellinger, in: Konecny/Schubert (Hrsg.), *KO-Kommentar* § 66.
- <sup>33</sup> Burgstaller/Sittenthaler *ZIK* 1999, 181 ff.
- <sup>34</sup> Vgl. zu diesen oben in der Einleitung.
- <sup>35</sup> Darauf stellt die Studie von Leitner + Leitner ab. Aus der Sicht von Anfang 2008 wurde dort gesagt: Das negative Netto-Reinvermögen beträgt bei einigen GKK derzeit bereits jeweils über 10 Prozent der Jahreseinnahmen, mit steigender Tendenz. Es wird 2010 voraussichtlich bei fünf GKK (fast) 20 Prozent oder mehr der Jahreseinnahmen ausmachen. 2008 müssten die Wiener und die Kärntner GKK in einem Jahr ein Fünftel der Ausgaben (einschließlich jener für KA) einsparen, um das Netto-Reinvermögen auszugleichen.
- <sup>36</sup> Die Berücksichtigung auch der vollen Pensionslasten würde wohl auch bei manchen Kassen mit positivem Reinvermögen zu rechnerischer Überschuldung führen.
- <sup>37</sup> Aus der Studie Leitner + Leitner: „Den prognostizierten Gebarungen der Gebietskrankenkassen (laufende Jahresfehlbeträge) folgend, kann bei den Kassen mit negativem Netto-Reinvermögen (buchmäßig und real) von keiner positiven Fortbestehensprognose ausgegangen werden.“
- <sup>38</sup> Für den geringen Bundeszuschuss zur Rücklage sagen dies die Materialien selbst; RV 113 BlgNR XXIV. GP. 83. Für die Entschuldung ergibt sich die Einmaligkeit aus deren Inhalt. Der Krankenkassen-Strukturfonds ist nicht ausdrücklich zeitlich begrenzt und sieht die Pflicht des Bundes zur Dotierung vor, allerdings nennt das Gesetz nur für 2010 schon den Betrag.
- <sup>39</sup> OGH 20.6.1934 Rsp 1934/286; Rechberger, *Exekutions- und insolvenzrechtliche Fragen*, 237 ff. m. w. N.
- <sup>40</sup> Rebhahn/Strasser, *Zwangsvollstreckung und Insolvenz bei Gemeinden*, 239 f. Hingewiesen sei darauf, dass das Gesetz bei Privatversicherern (und Banken) Ausgleich und Zwangsausgleich ausschließt und durch aufsichtsbehördliche Maßnahmen ersetzt (§§ 95, 98 VAG). Allerdings kann man daraus wohl nichts für gesetzliche Kassen ableiten.
- <sup>41</sup> Dies ist der Hintergrund für Forderungsverzichte des Bundes aufgrund BGBl I 52/2009.
- <sup>42</sup> In jeder Versicherung ist Gegenleistung für die Prämien nicht die konkrete Versicherungsleistung, sondern das Versicherthalten und damit Leistungsfähigkeit und -bereitschaft des Versicherers.
- <sup>43</sup> Vgl. Rebhahn, *Finanzierungsverantwortung*; sowie auch die Zusammenfassung bei Rebhahn, in: Pfeil (Hrsg.), *Finanzierungsprobleme der gesetzlichen Krankenversicherung* (2009), 1-16. Der folgende Text zu 3. folgt – entsprechend der Aufgabenstellung der Veranstalter – weithin dieser Zusammenfassung.
- <sup>44</sup> Der Rechnungshof hat zwar durch Vergleich zweier Gebietskrankenkassen bei einer Kasse erhebliche Sparpotenziale gesehen. Allerdings wurden dabei wohl nicht alle Unterschiede ausreichend berücksichtigt (z. B. die unterschiedliche Verschiebung in Spitalsambulanzen), sodass die relevanten Unterschiede geringer sein dürften.
- <sup>45</sup> § 24 BSVG, § 27 GSVG
- <sup>46</sup> Vgl. dazu insbesondere Tomandl, *Die Sozialversicherung*, in: Schambeck (Hrsg.), *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung* (1980), 643 ff. (648); vgl. Tomandl, *Allgemeiner Teil*, 0.2.1.; Günther, *Verfassung und Sozialversicherung* (1994), 17 ff. m. w. N.; Schrammel, *Das Sozialrecht in der Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes*, VSSR Bd. 11 (1983), 213 ff. (224)
- <sup>47</sup> Vgl. zum Beispiel VfSlg 9809/1983 zum Ausschluss einer Selbstversicherung von Sozialhilfeempfängern. Ferner nur Funk, *Organisatorische Reformen in der Sozialversicherung aus der Sicht des Verfassungsrechts*, in: FS Krejci II (2002), 1897 ff (1909); Wiederin, *Umverteilung und Existenzsicherung durch Sozialversicherungsrecht: Verfassungsrechtliche Absicherung sozialer Mindeststandards auch ohne „Sozialstaatsprinzip“?*, in: Kneihls/Lienbacher/Runggaldier (Hrsg.), *Wirtschaftssteuerung durch Sozialversicherungsrecht* (2005), 79 ff.

- <sup>48</sup> Vgl. unten 3.4.
- <sup>49</sup> Allgemein in diese Richtung Wiederin, Umverteilung und Existenzsicherung durch Sozialversicherungsrecht, 92; Tomandl, Die Sozialversicherung, 650; Schrammel, VSSR Bd. 11, 228; vgl. ferner Mazal, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992).
- <sup>50</sup> Vgl. dazu Grillberger/Pichler (Hrsg.), Selbstbehalte in der gesetzlichen Krankenversicherung aus ökonomischer und rechtlicher Sicht (2005).
- <sup>51</sup> Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts 10 (2007) Rz. 1366 m.w.N.; Tomandl, Gedanken zum Vertrauensschutz (2000); Stelzer, Verfassungsrechtliche Grenzen des Eingriffs in Rechte oder Vertragsverhältnisse, DRdA 2001, 508 ff.; Tomandl, Allgemeiner Teil, 0.2.1., 8
- <sup>52</sup> VfSlg 10451/1985; 17172/2004. Vgl. ferner VfSlg 3670/1960, 10779/1986.
- <sup>53</sup> VfSlg 11013/1986
- <sup>54</sup> Der VfGH wird sich mit dieser Frage aus Anlass des Entlastungspaketes 2009 befassen. Vgl. nun VfGH 23.9.2010, G 166/09
- <sup>55</sup> AB 370 BlgNR 23. GP, 5
- <sup>56</sup> Art. 120b Abs. 1 S 1 B-VG: „in eigener Verantwortung“. VfSlg 3708/1960: Für die Selbstverwaltung sei ein Eigenleben in Selbstverantwortung charakteristisch.
- <sup>57</sup> Vgl. zum Beispiel aus Sicht der Ärzte Sinabell, Statistische Daten zum österreichischen Gesundheitswesen, in: Dörner (Hrsg.), Gesundheitspolitische Perspektiven (2009), 23 ff., 51.
- <sup>58</sup> Vgl. insbesondere VfSlg 16406/2001; 17172/2004.
- <sup>59</sup> Die Ermächtigung des § 31 Abs. 5 a ASVG stammt aus dem monströsen BudgetbegleitG 2003 BGBl I 71/2003, Art. 73 Teil 1 (vgl. dazu EBRV 59 BlgNR XXII. GP, 323 [von 540!]). Danach „hat“ der Hauptverband für die ASVG-Kassen jährlich eine Verordnung über Kostenbeiträge zu ärztlicher Hilfe zu erlassen. Nach dem Gesetzestext ist der Kostenbeitrag aber „für die genannten Versicherungsträger einheitlich“ festzusetzen, sodass er – leider – nicht nur für finanzschwache Kassen vorgeschrieben werden kann. Die Verordnung wurde bisher nicht erlassen, vielleicht wegen der geforderten Einheitlichkeit und wohl auch, weil sie der Zustimmung des Gesundheitsministers bedarf und mit dieser nicht gerechnet wurde.
- <sup>60</sup> Vgl. Brünner/Hausner, Notorische finanzielle Unterbedeckungssituation im Sozialversicherungsbereich, DRdA 2004, 14 ff. Das Unterlassen von Regierungsvorlagen zur Änderung von Gesetzen kann nach neuerer, treffender Judikatur keine Ansprüche nach AHG begründen; OGH 1 Ob 231/03g = SZ 2004/118
- <sup>61</sup> § 31 Abs. 5 a ASVG erlaubt derzeit nur das Vorschreiben einheitlich für alle ASVG-Kassen.
- <sup>62</sup> Dafür aber Brünner/Hausner, DRdA 2004, 14 ff.
- <sup>63</sup> Für eine vergleichbare Einstandspflicht der Länder fehlt jeder Anhaltspunkt.
- <sup>64</sup> Vgl. zum Beispiel Stolzlechner, Öffentliche Fonds (1982), 250 ff.; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2003) Rz. 75 ff.; Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996), 308 ff.; Kucsko-Stadlmayer, Grenzen der Ausgliederung, Gutachten für den 15. Österreichischen Juristentag (2003), 38 f.; Baumgartner, Ausgliederung und Öffentlicher Dienst (2005), 282 ff. Die Ausführungen von Kucsko-Stadlmayer und Baumgartner zu den Formen der Haftung sind wohl beschreibend gemeint, und nicht in dem Sinne, dass der Staat eine dieser Formen von Verantwortung übernehmen muss.
- <sup>65</sup> AB 370 BlgNR 23. GP, 5. Im Ministerialentwurf war dieser Satz noch nicht enthalten.
- <sup>66</sup> Vgl. dazu insbesondere OGH 6 Ob 313/03b; 8 Oba 98/00w. Genannt werden in der Literatur insbesondere folgende Fallgruppen: Sphärenvermischung, Unterkapitalisierung, Beherrschung der Gesellschaft und faktischen Geschäftsführung der Gesellschafter.
- <sup>67</sup> Vgl. Berka, in: Schäffer/Rill, B-VG Kommentar, Art. 7 B-VG Rz. 18 und 35.
- <sup>68</sup> § 445 ASVG
- <sup>69</sup> Vgl. Rebhahn, Finanzierungsverantwortung, 21 ff.; sowie zum Beispiel Axer, Europäisierung des Sozialversicherungsrechts, Die Verwaltung 2010, Beiheft 10, 123 ff.
- <sup>70</sup> Nur dann sind die Regeln zu Beihilfen, Kartellen und Marktbeherrschung nicht anwendbar. Vgl. EuGH C-264/01, C-306/01 ua – AOK, Slg 2004, I-02493; C-205/03 FENIN, Slg 2006, I-06295; C 350/07 – Kattner Stahlbau, Slg 2009, I-01513 Rn. 33 ff.; zum Urteil Kattner vgl. zum Beispiel Giesen, ZESAR 2009, 311-319; Penner, ZESAR 2009, 411-421; Proksch, Soziale Sicherheit 2009, 504 ff.
- <sup>71</sup> C 350/07 – Kattner Stahlbau, Slg 2009, I-01513 Rn. 71 ff.
- <sup>72</sup> Schon die Fragestellung zeigt, wie groß die Möglichkeiten des Unionsrechts sein können, um sich auf „Umwegen“ Zugriff auf die Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten zu verschaffen.
- <sup>73</sup> Dies erinnert an die Finanzierung eines südlichen Bundeslandes durch Kredite bei dessen Landesbank, die wiederum lange von einer Landeshaftung profitierte.

## **Insolvenzverfahren und Schließungsverfahren in Deutschland**

*RegDirektor Dr. Gerhard Vieß, Bundesministerium für Gesundheit,  
Bonn/Berlin*

### **I. Schließung von Krankenkassen**

#### **1. Historische Entwicklung**

Bis 1992 gab es im Fünften Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) Vorschriften über die Schließung von Krankenkassen durch die Aufsichtsbehörde nur für Betriebs- und Innungskrankenkassen (BKKs und IKKs) sowie für Ersatzkassen. Demgegenüber war eine Schließung von Allgemeinen Ortskrankenkassen (AOKs) bis 1996 nicht möglich. Der Grund hierfür bestand darin, dass AOKs historisch bedingt die Funktion einer Basiskasse hatten. Das Konzept der Basiskassenfunktion der AOKs ist nur verständlich vor dem Hintergrund, dass die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Krankenkasse bis 1996 auf gesetzlicher Zuständigkeitszuweisung beruhte. Ein umfassendes Kassenwahlrecht für alle Mitglieder gab es bis zu diesem Zeitpunkt dagegen nicht. Für den Fall, dass keine andere Krankenkasse gesetzlich zuständig war und auch kein Wahlrecht zu einer Ersatzkasse bestand, mussten daher flächendeckend AOKs vorhanden sein.

Mit dieser Basiskassenfunktion der AOKs waren Regelungen über Schließung einer AOK nicht vereinbar gewesen, da eine Schließung zum Wegfall der betroffenen AOK geführt hätte – mit der Folge, dass für die betroffenen Versicherten keine Krankenkasse mehr zuständig gewesen wäre, die die Krankenversicherung hätte durchführen können.

Diese Rechtslage änderte sich grundlegend durch das Gesundheitsstrukturgesetz von 1992, das die Einführung umfassender Kassenwahlrechte für alle Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung ab 1996 vorsah<sup>1</sup>. Damit wurde die flächendeckende Existenz einer Basiskasse entbehrlich. Auch im Fall der Schließung einer AOK wären für deren Mitglieder ausreichend viele Krankenkassen wählbar gewesen, die die Krankenversicherung hätten durchführen können. Konsequenterweise wurden mit diesem Gesetz die Regelungen über die Schließung von Krankenkassen auch auf die AOKs übertragen.

Dagegen ist weiterhin für die landwirtschaftlichen Krankenkassen und die knappschaftliche Krankenversicherung keine Schließung möglich. Die landwirtschaftlichen Krankenkassen nehmen nicht am Kassenwettbewerb teil, da die Mitgliedschaft in einer landwirtschaftlichen Krankenkasse aufgrund gesetzlicher Zuweisung entsteht. Für die in der landwirtschaftlichen Krankenversicherung Versicherungspflichtigen muss daher das flächendeckende Vorhandensein einer landwirtschaftlichen Krankenkasse gewährleistet sein. Bei der knappschaftlichen Krankenversicherung ist eine Schließung nicht möglich, da sie nicht in der Rechtsform einer selbständigen Körperschaft des öffentlichen Rechts durchgeführt wird. Vielmehr handelt es sich bei der knappschaftlichen Krankenversicherung um eine organisatorisch unselbstständige Organisationseinheit des Rentenversicherungsträgers Deutsche Rentenversicherung-Knappschaft-Bahn-See.

Von sehr seltenen Ausnahmefällen abgesehen, hat es in der Vergangenheit keine Schließungen von Krankenkassen gegeben. Finanzielle Schieflagen, die die betroffene Krankenkasse nicht aus eigener Kraft bewältigen konnte, sind in der Vergangenheit dadurch gelöst worden, dass eine leistungsfähige Krankenkasse sich mit der Not leidenden Krankenkasse vereinigt hat.

## **2. Voraussetzungen für die Schließung einer Krankenkasse**

### **a) Wegfall des Trägerbetriebs bzw. der Trägerinnung**

Der Schließungsgrund des Wegfalls von Trägerbetrieb bzw. Trägerinnung<sup>2</sup> hat nur für die BKKs und IKKs Bedeutung, die nicht aufgrund entsprechender Satzungsregelung für betriebs- bzw. innungsfremde Versicherte wählbar sind. Ursprünglich galt das für sämtliche BKKs und IKKs, da diese Kassenarten von ihrer Konzeption her ausschließlich auf den Trägerbetrieb bzw. die Trägerinnung bezogen sind. Infolgedessen hatte der Fortfall des Trägerbetriebs bzw. der Trägerinnung notwendig die Schließung der Krankenkasse zur Folge. Seit 1996 haben die BKKs und IKKs jedoch die Möglichkeit, sich auch für betriebs- bzw. innungsfremde Mitglieder zu öffnen<sup>3</sup>. Die hiermit verbundene organisatorische Loslösung vom Trägerbetrieb bzw. von der Trägerinnung führt zu einer Verselbständigung der Krankenkasse, sodass Krankenkassen, die von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, auch unabhängig vom Trägerbetrieb bzw. von der Trägerinnung fortbestehen können. Bei Fortfall des Trägerbetriebs oder der Trägerinnung könnte daher eine rechtzeitige Öffnung für betriebs- bzw. innungsfremde Mitglieder eine Schließung verhindert werden.

### **b) Fehlen der Voraussetzungen für die Errichtung einer BKK oder IKK**

Neue Krankenkassen können nur als BKKs oder IKKs errichtet werden. Ist eine solche Errichtung erfolgt, obwohl die Voraussetzungen hierfür nicht vorlagen, muss die Krankenkasse geschlossen werden<sup>4</sup>. Da die Errichtungsvoraussetzungen in erster Linie die Leistungsfähigkeit der Krankenkasse sichern sollen – etwa durch die Vorgabe einer Mindestmitgliederzahl – hat die Schließungsfolge eine Schutzfunktion auch für die Versicherten der betroffenen Krankenkasse. In den letzten Jahren hat es jedoch praktisch keine Errichtungen neuer Krankenkassen mehr gegeben; somit wird auch dieser Schließungsgrund in absehbarer Zeit nicht mehr zum Tragen kommen.

### **c) Nicht mehr dauerhaft gesicherte Leistungsfähigkeit**

Sollte es in Zukunft zur Schließung von Krankenkassen kommen, dürfte dieser Schließungsgrund die weitaus größte praktische Relevanz entfalten. Von einer nicht mehr dauerhaft gesicherten Leistungsfähigkeit ist auszugehen, wenn die Krankenkasse ihren gesetzlichen Leistungspflichten nicht mehr auf Dauer nachkommen kann. Akute kurzfristige Liquiditätsprobleme reichen hierfür nicht aus. Vielmehr ist eine auf Dauer nicht mehr gesicherte Leistungsfähigkeit erst dann anzunehmen, wenn die Ausgaben einer Krankenkasse ihre Einnahmen dauerhaft übersteigen und ihr keine Möglichkeiten mehr zur Verfügung stehen, Ausgaben und Einnahmen wieder in ein Gleichgewicht zu bringen – etwa durch Verringerung der Ausgaben oder Erhöhung der Einnahmen<sup>5</sup>.

Ob die Leistungsfähigkeit einer Krankenkasse nicht mehr auf Dauer gesichert ist, muss die Aufsichtsbehörde beurteilen. Da die Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs in erheblichem Umfang prognostische Elemente in Bezug auf Entwicklung von Ausgaben und Einnahmen enthält, ist dieser insoweit ein erheblicher Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Allerdings wird keine Aufsichtsbehörde geneigt sein, vorschnell ein Schließungsverfahren einzuleiten, sondern erst dann, wenn anders keine Möglichkeit zur Rettung der Krankenkasse mehr besteht.

### **3. Schließungsverfahren**

Die Entscheidung darüber, ob eine Krankenkasse geschlossen werden soll, liegt ausschließlich bei der Aufsichtsbehörde, die das Schließungsverfahren von Amts wegen einleitet. Eines Antrags der betroffenen Krankenkasse bedarf es hierfür nicht. Allerdings wird vor einer Schließung ein intensiver Informationsaustausch zwischen Krankenkasse und Aufsichtsbehörde in Bezug auf deren finanzielle Situation und eventuelle Rettungsmöglichkeiten durch Vereinigung mit einer leistungsfähigen Krankenkasse stattfinden. Die Aufsichtsbehörde bestimmt auch den Zeitpunkt, in dem die Schließung wirksam wird<sup>6</sup>. Von diesem Zeitpunkt an wird die Krankenkasse zur Abwicklungskörperschaft. Das bedeutet, dass sie keine neuen Mitglieder mehr aufnehmen darf und auch keine neuen Verträge mit Leistungserbringern mehr abschließen kann.

Die Abwicklung der Geschäfte der Krankenkasse erfolgt durch ihren bisherigen Vorstand<sup>7</sup>. Zu seinen gesetzlich festgelegten Aufgaben gehören etwa die öffentliche Bekanntmachung der Schließung sowie die Aufforderung an die bekannten Gläubiger, ihre Ansprüche innerhalb von sechs Monaten geltend zu machen. Ansprüche, die nicht innerhalb dieser Frist angemeldet werden, können von der Befriedigung ausgeschlossen werden. Dies gilt allerdings nicht für die Ansprüche aus der Versicherung. Mit der Stellung der Krankenkassen als Träger der sozialen Sicherheit wäre es nicht vereinbar, wenn eine Schließung zu einer Beeinträchtigung des Versicherungsschutzes führen würde. Die Forderungen auf Grund über- und zwischenstaatlichen Rechts können ebenfalls nicht von einer Befriedigung ausgeschlossen werden. Zu den Abwicklungsaufgaben des Vorstands gehört weiterhin, den Übergang der Mitglieder auf andere Krankenkassen zu organisieren. Auch wenn dies nicht ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist, löst die Schließung einer Krankenkasse ein sofortiges Wahlrecht der Mitglieder zu einer anderen Krankenkasse aus.

Mit der abgeschlossenen Abwicklung der Krankenkasse endet ihre Existenz als Körperschaft des öffentlichen Rechts.

### **4. Folgen der Schließung (Haftung)**

Im Fall der Schließung einer Krankenkasse werden die Forderungen der Gläubiger umfassend befriedigt. Reicht das Vermögen dieser Krankenkasse hierfür nicht aus, müssen auch die verbleibenden Krankenkassen der betroffenen Kassenart für die Verbindlichkeiten der geschlossenen Krankenkasse einstehen. Sind diese hierzu nicht in der Lage, sind für die übersteigenden Verbindlichkeiten auch die Krankenkassen der anderen Kassenarten dazu verpflichtet<sup>8</sup>. Nur bei BKKs und IKKs, die nicht für betriebs- oder innungsfremde Mitglieder geöffnet sind, wird vorrangig das Vermögen

des Trägerarbeitgebers bzw. der Trägerinnehmung zur Haftung herangezogen. Erst wenn diese Vermögensmassen erschöpft sind, geht die Haftung auf die verbleibenden Krankenkassen der betroffenen Kassenart über<sup>9</sup>.

Auch die Vereinigung mit einer Krankenkasse einer anderen Kassenart kann die Haftung nicht ausschließen. Selbst wenn die aus der Vereinigung hervorgegangene Krankenkasse einer anderen Kassenart angehört als die geschlossene Krankenkasse, wird sie anteilmäßig zur Haftung für die Verbindlichkeiten der geschlossenen Krankenkasse herangezogen werden<sup>10</sup>.

Die organisatorische Abwicklung der Haftung erfolgt durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen (GKV-Spitzenverband), dem gegenüber die Gläubiger ihre Forderungen geltend machen müssen. Diese Konzentration dient sowohl den Interessen der Gläubiger, die einen konkreten Ansprechpartner haben, als auch dem Schutz der haftenden Krankenkassen, da andernfalls eine zufällig von einem Gläubiger in Anspruch genommene Krankenkasse als Gesamtschuldnerin für den gesamten geltend gemachten Betrag hätte haften und sich um eine Refinanzierung bei den übrigen Krankenkassen ihrer Kassenart bemühen müssen. Der GKV-Spitzenverband fordert die geltend gemachten Beträge bei den haftenden Krankenkassen an. Die Einzelheiten der Aufteilung der Haftung auf die einzelnen Krankenkassen sind durch Rechtsverordnung geregelt (Haftungsaufteilungsverordnung)<sup>11</sup>. Danach ist für die Aufteilung der maßgeblichen Beträge auf die einzelnen Krankenkassen deren Mitgliederzahl zugrunde zu legen. Diese ist ein tauglicher Indikator für wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, da – soweit für die Aufbringung der angeforderten Mittel ein Zusatzbeitrag erhoben werden muss – dieser von den Mitgliedern der Krankenkasse aufzubringen ist.

BKKs und IKKs, die nicht für betriebs- bzw. innungsfremde Mitglieder geöffnet sind, haften nur in Höhe von 20 Prozent des an sich zu zahlenden Betrags<sup>12</sup>. Dies ist sachgerecht, da sie im Fall ihrer eigenen Schließung wegen der primären Haftung des Trägerarbeitgebers bzw. der Trägerinnehmung für die jeweiligen Krankenkassen ihrer Kassenart ein geringeres Haftungsrisiko darstellen.

Die gesetzlich vorgesehene Überforderungsgrenze, wonach auch die Krankenkassen der übrigen Kassenarten zur Haftung herangezogen werden, wenn die Krankenkassen der betroffenen Kassenart nicht in der Lage sind, die Verbindlichkeiten der geschlossenen Krankenkasse zu begleichen, ist durch die Haftungsaufteilungsverordnung dahingehend konkretisiert worden, dass die Krankenkassen der betroffenen Kassenart in jedem Fall 2,5 Prozent ihrer jährlichen Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds aufbringen müssen<sup>13</sup>. Lediglich der überschießende Teil der Verbindlichkeiten wird auf die Krankenkassen der übrigen Kassenarten umgelegt. Je nach Größe der betroffenen Kassenart und der Höhe der Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds beträgt der Selbstbehalt zwischen ca. 300 Mio. EUR und ca. 1,6 Mrd. EUR.

## II. Insolvenz von Krankenkassen

### 1. Insolvenzgründe

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Krankenkasse kann aus drei Gründen eröffnet werden: bei Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit, bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder bei Überschuldung. Mangels sozialversicherungsrechtlicher Sonderregelungen ist zur Konkretisierung dieser Insolvenzgründe auf die einschlägige insolvenzrechtliche Rechtsprechung und Literatur zurückzugreifen.

#### a) Zahlungsunfähigkeit

Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen<sup>14</sup>. Auf den ersten Blick erweckt diese Begriffsbestimmung den Eindruck, das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit sei verhältnismäßig unproblematisch und vor allem mit gleichsam naturwissenschaftlicher Präzision feststellbar. Bei näherem Hinsehen wird jedoch deutlich, dass es sich bei dem Begriff der Zahlungsunfähigkeit um einen komplexen Rechtsbegriff handelt, der auch wertende Elemente enthält, und dessen Bestandteile durch eine langjährige Rechtspraxis entwickelt worden sind. Diese hat sich hierbei in erster Linie an den Bedürfnissen und den Besonderheiten der Privatwirtschaft orientiert.

Danach müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein, um Zahlungsunfähigkeit bejahen zu können:

- Es muss ein objektiver Mangel an Zahlungsmitteln vorliegen<sup>15</sup>. Die bloße Unwilligkeit des Schuldners, eine fällige Zahlungsverpflichtung trotz vorhandener Mittel zu erfüllen, genügt nicht.
- Es darf nicht nur eine kurzfristige Zahlungsstockung vorliegen. Eine kurzfristige Zahlungsstockung sieht der BGH als gegeben an, wenn die Zahlungen nur vorübergehend ausgesetzt und nach Ablauf eines Zeitraums wieder aufgenommen werden, den ein kreditwürdiger Schuldner benötigt, um einen Kredit aufzunehmen. Dies soll üblicherweise innerhalb von drei Wochen der Fall sein<sup>16</sup>.
- Der nicht erfüllte Teil der Schulden darf nicht nur unbeachtlich sein, das heißt, er darf in der Regel 10 Prozent der Schulden nicht übersteigen. Überschreitet der nicht erfüllte Teil der Schulden diese Schwelle, bedeutet dies aber nicht zwangsläufig, dass Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Vielmehr begründet die Überschreitung nur die widerlegbare Vermutung von Zahlungsunfähigkeit. Auch bei einer Überschreitung der Schwelle kann die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit widerlegt werden, wenn eine Besserung der Vermögenssituation des Schuldners zu erwarten ist und den Gläubigern das weitere Zuwarten zugemutet werden kann. Umgekehrt kann allerdings Zahlungsunfähigkeit auch schon dann gegeben sein, wenn die nicht erfüllten Verbindlichkeiten zwar weniger als 10 Prozent betragen, aber absehbar ist, dass eine Besserung der Vermögensverhältnisse des Schuldners ausgeschlossen ist, und deshalb den Gläubigern nicht zugemutet werden kann, länger auf die Erfüllung ihrer Forderungen zu warten.

Insgesamt ist die Beurteilung, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt, daher in erheblichem Umfang das Ergebnis einer Abwägung der Interessen von Gläubiger und Schuldner. Die Notwendigkeit einer solchen Abwägung steht der Übertragung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit auf Krankenkassen nicht grundsätzlich entgegen. Vielmehr ermöglicht sie, bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit einer Krankenkasse den Besonderheiten Rechnung zu tragen, die Krankenkassen als Träger der sozialen Sicherheit gegenüber Unternehmen der Privatwirtschaft auszeichnen.

So ist bei der Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit einer Krankenkasse von einer Zahlungsstockung zu berücksichtigen, dass Krankenkassen kraft Gesetzes nicht kreditwürdig sind: Für Krankenkassen gilt ein gesetzliches Kreditaufnahmeverbot<sup>17</sup>. Dies könnte die Annahme nahelegen, dass jede Zahlungsstockung bei einer Krankenkasse mit Zahlungsunfähigkeit gleichzusetzen ist, da es Krankenkassen verwehrt ist, einen Liquiditätseingpass durch die Aufnahme eines Kredits zu überbrücken. Andererseits stellt das Kreditaufnahmeverbot keinen hinreichenden Grund dar, die Gläubiger einer Krankenkasse in Bezug auf eine möglicherweise zumutbare Stillhaltefrist besser zu stellen als die Gläubiger eines privaten Wirtschaftsunternehmens. Wenn die Rechtspraxis es Letzteren zumutet, bis zu drei Wochen auf die Erfüllung ihrer Forderungen zu warten, kann Gleiches auch den Gläubigern einer Krankenkasse zugemutet werden. Schließlich dient das Kreditaufnahmeverbot für Krankenkassen nicht dem Zweck der Gläubigerbegünstigung im Fall der Insolvenz einer Krankenkasse, sondern in erster Linie der Verbesserung der Transparenz in Bezug auf die wirtschaftliche Situation der Krankenkassen<sup>18</sup>.

Allerdings gilt das nicht uneingeschränkt für alle Gläubiger einer Krankenkasse. Mitglieder einer Krankenkasse, die etwa Krankengeld beziehen, sind auf die pünktliche Zahlung dieser Leistung existenziell angewiesen, denn sie benötigen diese Leistung zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts. Ein Zuwarten von mehreren Wochen auf die Erfüllung des Krankengeldanspruchs ist einem Mitglied daher in der Regel nicht zumutbar. Ist eine Krankenkasse daher nicht einmal zur pünktlichen Zahlung des Krankengelds an ihre anspruchsberechtigten Mitglieder in der Lage, dürfte ohne weiteres Zahlungsunfähigkeit anzunehmen sein.

### **b) Drohende Zahlungsunfähigkeit**

Drohende Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage ist, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen<sup>19</sup>. Zu berücksichtigen sind dabei nicht nur die gegenwärtig fälligen Zahlungsverpflichtungen und die kurzfristig zur Verfügung stehenden Zahlungsmittel, sondern auch die dem Grunde nach schon bestehenden, aber erst künftig fällig werdenden Verpflichtungen und die voraussichtlich zur Verfügung stehenden Zahlungsmittel<sup>20</sup>. Daraus ergibt sich, dass die drohende Zahlungsunfähigkeit dem Eintritt von Zahlungsunfähigkeit zeitlich vorgelagert ist.

Die Anwendung des Begriffs der drohenden Zahlungsunfähigkeit auf Krankenkassen dürfte grundsätzlich keine anderen Probleme aufwerfen als in der Privatwirtschaft<sup>21</sup>. Vielmehr ist die Entwicklung der finanziellen Situation einer Krankenkasse eher besser abschätzbar als die wirtschaftliche Entwicklung eines Privatunternehmens. So ist die Einnahmenseite der Krankenkassen maßgeblich durch die feststehenden Zuweisungen aus Gesundheitsfonds gekennzeichnet, die besser kalkulierbar

sind als etwa die künftigen Verkaufserlöse privater Wirtschaftsunternehmen. Auch die Entwicklung der Ausgabenseite ist aufgrund der Verträge mit den Leistungserbringern verhältnismäßig zuverlässig abschätzbar. Insgesamt wird dadurch, dass bei Krankenkassen auch die drohende Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzgrund darstellt, die Möglichkeit geschaffen, frühzeitig Maßnahmen zur Rettung der Krankenkasse einzuleiten – zum Beispiel durch Organisation von Finanzhilfen oder einer Vereinigung mit einer anderen Krankenkasse.

### c) Überschuldung

Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners seine Verbindlichkeiten nicht mehr deckt und die Fortführung des Betriebs ist nicht überwiegend wahrscheinlich ist<sup>22</sup>. Das Vermögen und die Verbindlichkeiten des Schuldners werden durch einen sogenannten insolvenzrechtlichen Überschuldungsstatus ermittelt. Dabei sind die Vermögensgegenstände mit ihrem wahren Wert anzusetzen, unabhängig davon, welche Wertansätze nach den maßgeblichen Buchungs- und Bilanzierungsvorschriften vorzunehmen wären<sup>23</sup>. Anlass zur Erstellung eines insolvenzrechtlichen Überschuldungsstatus besteht dann, wenn sich im Rahmen der Rechnungslegung ergibt, dass die Verbindlichkeiten nicht mehr vom Vermögen gedeckt sind. Diese bilanzielle Überschuldung hat damit indizielle Bedeutung für das Vorliegen auch einer insolvenzrechtlichen Überschuldung, dessen Vorliegen anschließend durch die Erstellung eines insolvenzrechtlichen Überschuldungsstatus festgestellt wird.

Die zweite Komponente des Überschuldungsbegriffs, die negative Fortführungsprognose – das heißt, die Feststellung, dass die Fortführung des Betriebs nicht überwiegend wahrscheinlich ist – ist im Zusammenhang mit den gesetzgeberischen Maßnahmen zur Bewältigung der Finanz- und Wirtschaftskrise befristet bis zum 31. Dezember 2010 (wieder) eingeführt worden<sup>24</sup>. Hierdurch sollte verhindert werden, dass als Folge der Krise erforderliche Abwertungen von Vermögensgegenständen dazu führen und dass im Kern gesunde Unternehmen einen Insolvenzantrag wegen Überschuldung stellen müssen. Mangels gesetzlicher Sonderregelungen ist diese negative Fortführungsprognose auch Bestandteil der Prüfung der Überschuldung einer Krankenkasse. Umgekehrt bedeutet diese Erweiterung des Überschuldungsbegriffs, dass eine positive Fortführungsprognose bereits die Überschuldung entfallen lässt.

Für die Feststellung der Überschuldung von Krankenkassen bedeutet das, dass der Tatbestand der Überschuldung weitgehend deckungsgleich sein dürfte mit dem Tatbestand der nicht mehr auf Dauer gesicherten Leistungsfähigkeit. Es dürfte kaum vorstellbar sein, dass trotz negativer Fortführungsprognose die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Krankenkasse noch gesichert ist bzw. bei nicht mehr auf Dauer gesicherter Leistungsfähigkeit die Fortführung des Betriebs der Krankenkasse überwiegend wahrscheinlich ist<sup>25</sup>.

Als gesetzlich vorgesehene Besonderheit bei der Anwendung des Überschuldungsbegriffs auf die Krankenkassen ist die Regelung in § 171 b Abs. 2 Satz 2 SGB V zu erwähnen, wonach die Altersversorgungsverpflichtungen der Krankenkassen gegenüber ihren Mitarbeitern, die bis zum 31. Dezember 2009 entstanden sind, bei der Aufstellung des Überschuldungsstatus unberücksichtigt bleiben. Diese Sonderregelung war erforderlich, da insbesondere die AOKs und die IKKs in der Vergangenheit hohe Altersversorgungsverpflichtungen gegenüber ihren sogenannten Dienstordnungsangestellten begründet haben, ohne dass hierfür ein wertgleiches Deckungskapital gebildet worden wäre. Eine unveränderte Übernahme des Überschuldungsbegriffs auf die Krankenkassen hätte daher zur Folge gehabt, dass Krankenkassen allein wegen des Bestehens dieser Verpflichtungen als überschuldet hätten angesehen werden müssen. Dieses Problem stellt sich nicht mehr, sobald alle Krankenkassen ein ausreichendes Deckungskapital zur Absicherung ihrer Versorgungsverpflichtungen gebildet haben. Dazu sind sie seit dem 1. Januar 2010 verpflichtet. Wegen der Höhe der bestehenden Versorgungsverpflichtungen hat der Gesetzgeber den Krankenkassen hierfür allerdings eine Frist bis zum 31. Dezember 2049 eingeräumt, um zu verhindern, dass Krankenkassen aufgrund der Höhe der zu bildenden Rückstellungen überfordert werden.

## 2. Einleitung eines Insolvenzverfahrens

Ein Insolvenzverfahren wird nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag eingeleitet<sup>26</sup>. Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans unverzüglich einen Insolvenzantrag zu stellen. Durch eine verspätete oder unrichtige Antragstellung machen sie sich strafbar<sup>27</sup>. Für Personengesellschaften ist Vergleichbares in §§ 130 a, 177 a HGB geregelt. Aber auch die Gläubiger sind zur Stellung eines Insolvenzantrags berechtigt, wenn sie ein rechtliches Interesse an der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens haben und das Vorliegen eines Insolvenzgrunds glaubhaft machen<sup>28</sup>. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass ein Insolvenzantrag in jedem Fall so frühzeitig wie möglich gestellt wird, um eine Gefährdung der Interessen der Gläubiger zu vermeiden.

Diese Regelungen sind für die Krankenkassen nur in modifizierter Form übernommen worden. Ebenso wie im Bereich der Banken und privaten Versicherungsunternehmen ist das Recht zur Stellung eines Insolvenzantrags bei der jeweiligen Aufsichtsbehörde monopolisiert worden<sup>29</sup>. Das bedeutet, dass nur die Aufsichtsbehörde das Recht hat, einen Insolvenzantrag zu stellen. Weder der Vorstand einer Krankenkasse noch ein Gläubiger einer Krankenkasse sind hierzu berechtigt. Der Grund hierfür liegt darin, dass Krankenkassen in ebenso hohem Maß auf das Vertrauen ihrer Versicherten angewiesen sind wie Banken und private Versicherungsunternehmen auf das Vertrauen ihrer Kunden. Könnte zum Beispiel ein Gläubiger einer Bank wegen einer verhältnismäßig geringfügigen Forderung einen Insolvenzantrag stellen, könnte dies zu destabilisierenden Reaktionen der Kunden dieses Geldinstituts führen. Ebenso könnte ein aufs Geratewohl gestellter Insolvenzantrag eines Gläubigers einer Krankenkasse zu unerwünschten Reaktionen bei den Versicherten und den Leistungserbringern zur Konsequenz haben – etwa in der Weise, dass Leistungserbringer dazu übergehen, die Versicherten dieser Krankenkasse nur noch gegen Vorkasse zu behandeln oder dass Mitglieder in großer Zahl zu einer anderen Krankenkasse wechseln und hierdurch die wirtschaftlichen Schwierigkeiten weiter vergrößern.

Die erforderlichen Informationen, die die Aufsichtsbehörde benötigt, um über die Stellung eines Insolvenzantrags zu entscheiden, erhält sie vom Vorstand der Krankenkasse. Dieser ist verpflichtet, ihr unverzüglich das Vorliegen eines Insolvenzgrunds anzuzeigen<sup>30</sup>. Durch eine verspätete oder unterlassene Anzeige macht sich der Vorstand der Krankenkasse strafbar<sup>31</sup>. Stellt die Aufsichtsbehörde einen Insolvenzantrag, hat sie hierüber unverzüglich den GKV-Spitzenverband zu unterrichten, damit er Vorkehrungen zur Erfüllung einer eventuellen Haftungsverpflichtung treffen kann.

### 3. Ablauf eines Insolvenzverfahrens

Das Insolvenzgericht prüft, ob die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vorliegen. Hierzu gehören das Vorliegen eines wirksamen Antrags auf Eröffnung des Verfahrens und eines Eröffnungsgrunds. Bejaht es das Vorliegen dieser Voraussetzungen, kann es gleichzeitig mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorläufige Sicherungsmaßnahmen treffen, um nachteilige Veränderungen des Vermögens der Krankenkasse zu verhindern. Insbesondere kann es einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen, dessen Aufgabe die Sicherung und Erhaltung des Schuldnervermögens ist<sup>32</sup>.

Die besondere Stellung der Aufsichtsbehörde im Rahmen eines Insolvenzverfahrens unterstreichen mehrere gesetzliche Sonderregelungen. So ist ihr der Eröffnungsbeschluss gesondert zuzustellen. Außerdem kann sie vom Insolvenzgericht jederzeit Auskunft über den Stand des Verfahrens verlangen und ist vor der Bestellung des Insolvenzverwalters anzuhören. Insgesamt ist die Stellung der Aufsichtsbehörde derjenigen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht als Aufsicht über die privaten Versicherungsunternehmen nachgebildet.

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist das gesamte Vermögen der Krankenkasse in Beschlag genommen<sup>33</sup>. Danach bleibt die Krankenkasse zwar Rechtsinhaber, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis geht aber auf den Insolvenzverwalter über. Dies gilt allerdings nicht für die Beitragsforderungen, die die Krankenkasse für den Gesundheitsfonds einzieht. Da es sich hierbei nur um durchlaufende Posten handelt, gehören sie nicht zur Insolvenzmasse<sup>34</sup>. Zur Insolvenzmasse gehören daher nur die Zusatzbeiträge nach § 242 Abs. 1 SGB V. Gleiches muss im Ergebnis auch für die Teile des Gesamtsozialversicherungsbeitrags gelten, die von der Krankenkasse für die Rentenversicherung und die Arbeitslosenversicherung eingezogen werden. Auch wenn die Krankenkasse rechtlich Gläubigerin der Ansprüche ist, handelt es sich wirtschaftlich um durchlaufende Posten. Daher ist in Bezug auf diese Beträge von einem Verwaltungstreuhandverhältnis auszugehen, das im Insolvenzfall ein Aussonderungsrecht der Träger der Rentenversicherung und der Arbeitslosenversicherung begründet<sup>35</sup>.

Mit dem Eröffnungsbeschluss ist die Krankenkasse geschlossen und wird zur Abwicklungskörperschaft. Damit ist bei Krankenkassen – anders bei juristischen Personen des Privatrechts – das Insolvenzverfahren zwangsläufig auf eine Liquidation ausgerichtet. Dagegen können die Gesellschafter einer juristischen Person des Privatrechts nach erfolgreicher Durchführung eines Insolvenzplanverfahrens die Fortführung der juristischen Person beschließen. Eine Übertragung dieser Regelungen auf die Krankenkassen war nicht möglich, da bei diesen kein einer Gesellschafterversammlung vergleichbares Organ vorhanden ist, das über die Errichtung, den Fortbestand

oder die Liquidation einer Krankenkasse entscheiden kann. Für eine Übertragung der betroffenen Regelung auf die Krankenkassen bestand aber auch kein Bedarf. Es ist davon auszugehen, dass die Aufsichtsbehörde vor der Stellung eines Insolvenzantrags alle Möglichkeiten zur Rettung einer Krankenkasse ausgeschöpft hat, sodass bei einer Krankenkasse, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, keine realistische Fortführungsmöglichkeit mehr besteht.

#### **4. Haftung im Insolvenzfall**

Umfangreiche Sonderregelungen hat der Gesetzgeber für die Haftung im Insolvenzfall vorgesehen. Eine unveränderte Übernahme der Regelungen der Insolvenzordnung hätte dazu geführt, dass alle Gläubiger einer insolventen Krankenkasse gleichmäßig mit der Insolvenzquote hätten befriedigt werden müssen. Da sich die Insolvenzquote aber häufig genug im niedrigen einstelligen Prozentbereich bewegt, hätte das bedeutet, dass etwa die Inhaber von Krankengeldansprüchen faktisch leer ausgegangen wären. Aus verfassungsrechtlichen Gründen ist der Gesetzgeber jedoch verpflichtet, den Versicherten ein funktionsfähiges System der Absicherung im Krankheitsfall zur Verfügung zu stellen<sup>36</sup>. Dies wäre nicht mehr gewährleistet, wenn Mitglieder in Bezug auf ihre Ansprüche gegen die Krankenkasse auf die Insolvenzquote verwiesen oder Leistungserbringer, die ihre Vergütungsansprüche gegen die Krankenkasse gefährdet sehen, die Versicherten dieser Krankenkasse nur noch gegen Vorkasse behandeln würden. Aus diesen Gründen ist durch Sonderregelungen sichergestellt worden, dass die Ansprüche der Versicherten, der Leistungserbringer im Insolvenzfall in jedem Fall erfüllt werden<sup>37</sup>. Der Begriff der Leistungserbringer weit zu verstehen, sodass auch etwa die Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Vereinigungen erfasst werden, da diese letztlich die Vergütungsansprüche ihrer Mitglieder geltend machen.

Außerdem gilt im Insolvenzfall die gleiche Privilegierung der Forderungen aufgrund über- und zwischenstaatlichen Rechts wie im Fall der Schließung<sup>38</sup>. Schließlich sind auch Sonderregelungen vorgesehen worden, die sicherstellen, dass im Insolvenzfall die Versorgungsansprüche der Beschäftigten einer insolventen Krankenkasse in vollem Umfang erfüllt werden<sup>39</sup>. Bei Insolvenzverfahren über das Vermögen privater Wirtschaftsunternehmen werden diese Ansprüche entweder durch die gesetzlichen Rentenversicherung erfüllt beziehungsweise Ansprüche auf eine betriebliche Altersversorgung durch den Pensions-Sicherungsverein. Insbesondere die Orts- und Innungskrankenkassen beschäftigen jedoch in erheblicher Zahl noch sogenannte Dienstordnungsangestellte, die nicht der Rentenversicherungspflicht unterliegen, und deren Versorgungsansprüche daher in vollem Umfang aus den laufenden Einnahmen der Krankenkasse erfüllt werden müssen. Ohne gesetzliche Sonderregelung würde die Altersversorgung dieser Beschäftigten daher im Insolvenzfall faktisch entfallen.

Alle übrigen Forderungen, wie etwa Forderungen aus Miet- oder Werkverträgen, werden dagegen mit der Insolvenzquote befriedigt<sup>40</sup>.

Zum Verfahren der Befriedigung der von den vorgenannten Sonderregelungen betroffenen Forderungen kann auf die entsprechenden Ausführungen zur Haftung nach Schließung einer Krankenkasse verwiesen werden<sup>41</sup>.

### III. Verhältnis von Schließungs- und Insolvenzverfahren

Seit dem Inkrafttreten des GKV-OrgWG bestehen für alle Krankenkassen zwei Abwicklungsmechanismen: die Schließung wegen nicht mehr dauerhaft gesicherter Leistungsfähigkeit und das Insolvenzverfahren bei Vorliegen eines Insolvenzgrunds. Bei bundesunmittelbaren Krankenkassen standen diese beiden Abwicklungsmechanismen seit jeher nebeneinander, allerdings ohne dass deren Verhältnis zueinander geklärt gewesen wäre. Eine grundlegende Neuregelung der Folgen wirtschaftlichen Versagens einer Krankenkasse ist durch dieses Gesetz daher nicht erfolgt. Neu ist lediglich, dass im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage das Verhältnis beider Abwicklungsmechanismen zueinander explizit geregelt worden ist.

Denkbar wäre naturgemäß auch gewesen, die Regelungen über die Schließung einer Krankenkasse ersatzlos aufzuheben, sodass die Abwicklung einer Krankenkasse nur noch nach den Vorschriften der Insolvenzordnung möglich gewesen wäre. Dies ist jedoch nicht erfolgt, um der besonderen Aufgabe der Krankenkassen zur Versorgung ihrer Versicherten im Krankheitsfall auch im Rahmen der Abwicklung Rechnung tragen zu können. Die Abwicklung einer Krankenkasse durch Schließung hat den Vorteil, dass das gesamte Abwicklungsverfahren vollständig in der Hand der Beteiligten – insbesondere der Aufsichtsbehörde – verbleibt, die mit den Besonderheiten der betroffenen Krankenkasse am besten vertraut ist.

Die Entscheidung darüber, welcher Abwicklungsmechanismus im Einzelfall zur Anwendung kommen soll, trifft allein die Aufsichtsbehörde. Sie ist daher Adressatin der Regelungen über das Verhältnis von Schließungs- und Insolvenzverfahren. Dabei gilt naturgemäß, dass eine Entscheidungsmöglichkeit zwischen Schließung und Insolvenz nur besteht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen sowohl der Schließung als auch der Insolvenz vorliegen, was – wie vorstehend ausgeführt<sup>42</sup> – insbesondere bei Überschuldung in der Regel der Fall sein wird.

Ist diese Voraussetzung erfüllt, ist das Schließungsverfahren generell vorrangig vor dem Insolvenzverfahren zu betreiben. Im Einzelfall können aber auch sachliche Gründe dafür sprechen, einen Insolvenzantrag zu stellen. Als sachlicher Grund kann etwa das Bestehen hoher Forderungen nicht privilegierter Gläubiger anzusehen sein, die bei einer Schließung in vollem Umfang von den verbleibenden Krankenkassen der betroffenen Kassenart beziehungsweise von den Krankenkassen der anderen Kassenarten zu tragen, bei Durchführung eines Insolvenzverfahrens aber nur mit der Insolvenzquote zu befriedigen wären. Aus Gründen der Schonung des Haftungsverbands wäre es sachlich zu rechtfertigen, wenn die Aufsichtsbehörde sich in einem derartigen Fall dafür entscheiden würde, einen Insolvenzantrag zu stellen<sup>43</sup>.

Das Wahlrecht der Aufsichtsbehörde zwischen Einleitung des Schließungsverfahrens und Stellung eines Insolvenzantrags ist zeitlich begrenzt. Um eine Benachteiligung der nicht privilegierten Gläubiger einer Krankenkasse zu vermeiden, hat die Aufsichtsbehörde nach dem Eingang der Anzeige des Vorstands über das Vorliegen eines Insolvenzgrunds drei Monate Zeit, um zu entscheiden, ob und welchen Abwicklungsweg sie einschlagen will. Nach Ablauf dieser Frist ist eine Abwicklung der Krankenkasse nur noch durch Schließung möglich, da hierbei wegen der umfassenden Haftung der verbleibenden Krankenkassen eine Schlechterstellung von Gläubigern nicht eintreten kann. Könnte die Aufsichtsbehörde auch nach Ablauf dieses Zeitraums noch einen Insolvenzantrag stellen, wäre nicht auszuschließen, dass sich die Vermögenslage der Krankenkassen in der Zwischenzeit so stark verschlechtert hätte, dass sich die Insolvenzquote für die nicht privilegierten Gläubiger unter Umständen weiter verringert hätte. Auch vor dem Hintergrund des insolvenzrechtlichen Beschleunigungsgrundsatzes erscheint eine Frist von drei Monaten daher noch als vertretbar.

- <sup>1</sup> § 173 SGB V
- <sup>2</sup> § 153 Satz 1 Nr. 3 SGB V für BKKs, § 163 Satz 1 Nr. 1 für IKKs
- <sup>3</sup> § 173 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 SGB V
- <sup>4</sup> § 153 Satz 1 Nr. 2 SGB V für BKKs, § 163 Satz 1 Nr. 2 SGB V für IKKs
- <sup>5</sup> Krauskopf-Baier § 153 SGB V, Rn. 9f.
- <sup>6</sup> § 146 a Satz 2 SGB V für AOKs, § 153 Abs. 2 SGB V für BKKs, § 163 Satz 2 SGB V für IKKs und § 170 Satz 2 für Ersatzkassen
- <sup>7</sup> § 155 Abs. 1 Satz 1 SGB V, der über entsprechende Verweisungen auch für die Abwicklung der Krankenkassen anderer Kassenarten gilt
- <sup>8</sup> § 155 Abs. 4 Satz 4 SGB V, der über entsprechende Verweisungen auch für die Abwicklung der Krankenkassen anderer Kassenarten gilt
- <sup>9</sup> § 155 Abs. 4 Satz 1 bis 3 SGB V für BKKs, § 164 Abs. 1 Satz 2 bis 4 SGB V für IKKs
- <sup>10</sup> § 155 Abs. 4 Satz 4 SGB V, der über entsprechende Verweisungen auch für die Abwicklung der Krankenkassen anderer Kassenarten gilt
- <sup>11</sup> Vom 4. Januar 2010, BGBl I, S. 2
- <sup>12</sup> § 171 d Abs. 2 Satz 2 SGB V
- <sup>13</sup> § 3 Abs. 1 Satz 1 Haftungsaufteilungsverordnung
- <sup>14</sup> § 17 Abs. 2 InsO
- <sup>15</sup> Eickmann/Flessner u. a. InsO § 17, Rn. 12
- <sup>16</sup> Grundlegend BGHZ 163, S. 134
- <sup>17</sup> § 222 Abs. 5 SGB V; Bohlen-Schöning, Die Krankenversicherung 2009, 289 (293)
- <sup>18</sup> Im Ergebnis ebenso Krasney NZS 2010, 443 (445)
- <sup>19</sup> § 18 Abs. 2 InsO
- <sup>20</sup> Eickmann/Flessner u. a. InsO § 18, Rn. 5f.
- <sup>21</sup> A. A. Bohlen-Schöning, Die Krankenversicherung 2009, 289 (293)
- <sup>22</sup> § 19 Abs. 2 InsO
- <sup>23</sup> Eickmann/Flessner u. a. InsO § 19, Rn. 17 f.
- <sup>24</sup> Durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17. Oktober 2008, BGBl I, S. 1982
- <sup>25</sup> Bohlen-Schöning, Die Krankenversicherung 2009, 289 (292)
- <sup>26</sup> § 13 Abs. 1 Satz 1 InsO
- <sup>27</sup> § 15 a InsO
- <sup>28</sup> § 14 InsO
- <sup>29</sup> § 171 b Abs. 3 Satz 1 SGB V; entsprechende Regelungen enthalten § 46 b KWG für die Banken und § 88 VAG für die privaten Versicherungsunternehmen
- <sup>30</sup> § 171 b Abs. 2 Satz 1 SGB V
- <sup>31</sup> § 307 a SGB V
- <sup>32</sup> § 21 InsO
- <sup>33</sup> § 80 InsO
- <sup>34</sup> § 171 b Abs. 6 Satz 2 SGB V
- <sup>35</sup> Heeg/Kehbel, ZIP 2009, 302 (308)
- <sup>36</sup> Füsser SGB 2009, 126 (129)
- <sup>37</sup> § 171 d Abs. 5 Satz 1 i. V. m. § 155 Abs. 5 SGB V
- <sup>38</sup> § 171 d Abs. 5 Satz 1 i. V. m. § 155 Abs. 5 SGB V
- <sup>39</sup> § 171 d Abs. 1 Satz 1 SGB V
- <sup>40</sup> Bultmann, MedR 2009, 25 (31)
- <sup>41</sup> Vgl. oben unter I. 4.
- <sup>42</sup> Vgl. oben II.1.c).
- <sup>43</sup> Füsser, SGB 2009, 126 (127); Krasney, NZS 2010, 443 (448); Heeg/Kehbel, ZIP 2009, 302 (307)



## Regelungen zur Vermeidung von Insolvenzen und Schließungen von Krankenkassen in Deutschland

*RegDirektor Dr. Gerhard Vieß, Bundesministerium für Gesundheit,  
Bonn/Berlin*

Mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung<sup>1</sup> ist die Insolvenzfähigkeit aller Krankenkassen hergestellt worden. Zwar war der überwiegende Teil der Krankenkassen, nämlich die bundesunmittelbaren, auch schon vor diesem Zeitpunkt insolvenzfähig. Zur Angleichung der organisationsrechtlichen Rahmenbedingungen der Krankenkassen hat der Gesetzgeber diese Rechtslage auch auf die landesunmittelbaren Krankenkassen ausgeweitet<sup>2</sup>. Mit dieser Vereinheitlichung der Abwicklungsmechanismen nicht mehr leistungsfähiger Krankenkassen hat der Gesetzgeber sich jedoch nicht begnügt. Angesichts der mit der Schließung oder Insolvenz einer Krankenkasse verbundenen Unzuträglichkeiten für alle Beteiligten (die Mitglieder müssen eine neue Krankenkasse wählen, die Beschäftigten verlieren ihren Arbeitsplatz, nicht privilegierte Gläubiger müssen auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten) hat er außerdem ein breites Instrumentarium vorgesehen, dessen Zweck darin besteht, Schließungs- und Insolvenzfälle bereits im Vorfeld finanzieller Krisen zu vermeiden.

### **I. Übertragung handelsrechtlicher Bewertungsgrundsätze**

#### **1. Zielsetzung**

Der Vermeidung von Kassenschließungen oder -insolvenzen dient zunächst die Annäherung der für die Krankenkassen maßgeblichen Rechnungslegungsvorschriften an die in § 252 HGB geregelten Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung<sup>3</sup>. Hieraus ergibt sich künftig eine höhere Transparenz in Bezug auf die tatsächliche finanzielle Situation der Krankenkassen, die unabdingbare Voraussetzung dafür ist zu erkennen, ob und gegebenenfalls welche unter ihnen sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinden und wie dringlich die Vorbereitung oder Einleitung von Rettungsmaßnahmen ist. Nach der früheren Rechtslage gab die Jahresrechnung einer Krankenkasse ihre tatsächliche wirtschaftliche Situation nur unzureichend wieder, da zum Beispiel die Verpflichtungen aus Altersversorgungszusagen nicht gebucht werden mussten. § 12 SVRV eröffnete in Bezug auf diese Verpflichtungen ein sogenanntes Bilanzierungswahlrecht<sup>4</sup>. Transparenz in Bezug auf die Finanzlage der Krankenkassen ist auch eine unabdingbare Voraussetzung dafür, dass der Gesetzgeber seine Steuerungsaufgaben sachgerecht wahrnehmen kann<sup>5</sup>.

Regelungstechnisch ist die Übertragung der wesentlichen handelsrechtlichen Bewertungsgrundsätze auf die Jahresrechnungen der Krankenkassen nicht durch eine dynamische Verweisung auf den handelsrechtlichen Regelungsbestand erfolgt. Vielmehr ist ausdrücklich angeordnet worden, welche dieser Grundsätze in der gesetzlichen Krankenversicherung gelten sollen. Dies hat zum einen seinen Grund darin, dass nicht alle handelsrechtlichen Bewertungs- und Bilanzierungsregeln unverändert auch auf die Krankenkassen Anwendung finden können. Zum andern sollen künftige Änderungen der handelsrechtlichen Bilanzierung nicht ohne weiteres auch für die

Krankenkassen maßgeblich sein. Derartige Änderungen müssen daher jeweils darauf hin überprüft werden, ob sie für die Krankenkassen übernommen werden sollen. Eine unmittelbare und vollständige Geltung der handelsrechtlichen Buchführung und Bilanzierung auf die gesetzliche Krankenversicherung hat der Gesetzgeber daher nicht angeordnet. Dies macht schon der gesetzliche Regelungszusammenhang deutlich, wonach das Nähere zu den in § 77 Absatz 1 a SGB IV niedergelegten Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung in der Rechtsverordnung nach § 78 SGB IV geregelt werden kann. Dies ermöglicht eine Anpassung dieser Grundsätze an die Bedürfnisse und Besonderheiten der gesetzlichen Krankenversicherung<sup>6</sup>.

## **2. Einzelgrundsätze**

### **Grundsatz der Bilanzkontinuität**

Der Grundsatz der Bilanzkontinuität besagt, dass die Saldenvorträge zu Beginn eines Rechnungsjahres mit den entsprechenden Schlussalden des Vorjahres übereinstimmen müssen. Eine Neubewertung von Vermögensgegenständen darf daher nicht alleine deshalb erfolgen, weil ein neues Rechnungsjahr begonnen hat.

### **Grundsatz der Bilanzklarheit**

Der Grundsatz der Bilanzklarheit besagt, dass die Vermögenssituation einer Krankenkasse unmittelbar aus der Jahresrechnung erkennbar sein muss. Letztere muss daher so aufgebaut sein, dass die Heranziehung weiterer Unterlagen entbehrlich ist.

### **Grundsatz der Bewertung zum Abschlussstichtag und der Einzelbewertung**

Danach sind Veränderungen der Vermögenssituation einer Krankenkasse, die nach dem Abschlussstichtag auftreten, unbeachtlich und werden in der Jahresrechnung nicht berücksichtigt. Darüber hinaus sind jeder Vermögensgegenstand und jeder Schuldposten für sich zu bewerten. Eine Verrechnung von Wertminderungen einzelner Vermögensgegenstände mit Wertzuwächsen bei anderen Vermögensgegenständen ist daher unzulässig.

### **Vorsichtsprinzip**

Das Vorsichtsprinzip hat zwei Ausprägungen: zum einen den Grundsatz der Verlustantizipation; danach sind vorhersehbare Verluste in der Jahresrechnung zu berücksichtigen, auch wenn sie noch nicht eingetreten sind. Zum andern das Realisationsprinzip, wonach nur tatsächlich eingetretene Gewinne berücksichtigt werden dürfen, bloße Gewinnerwartungen dagegen nicht. Das Vorsichtsprinzip dient als Leitlinie bei der Ausfüllung von Ermessensspielräumen bei der Bewertung von Vermögensgegenständen. Da eine Bewertung entsprechend dem Vorsichtsprinzip ein frühzeitiges Erkennen wirtschaftlicher Schieflagen und eine entsprechende Reaktion darauf ermöglicht, kann sie zur Vermeidung von Schließungs- oder Insolvenzverfahren beitragen.

### **Grundsatz der periodengerechten Abgrenzung**

Der Grundsatz der periodengerechten Abgrenzung schreibt vor, dass Aufwendungen und Erträge unabhängig von den jeweiligen Zahlungszeitpunkten zu berücksichtigen sind. Dieser Grundsatz ist für die Krankenkassen wegen des regelmäßigen Auseinanderfallens der Fälligkeitszeitpunkte der Beiträge und der Vergütungen der Leistungserbringer von besonderer Bedeutung. So könnte durch eine nicht periodengerechte Abgrenzung eine zu optimistische Darstellung der Finanzlage einer Krankenkasse dadurch erreicht werden, dass die zeitnah eingehenden Beiträge noch dem alten Rechnungsjahr zugeordnet werden, die üblicherweise zeitversetzt eingehenden Rechnungen der Leistungserbringer aber dem neuen Rechnungsjahr – obwohl die Leistungsanspruchnahme noch im alten erfolgt ist.

### **Grundsatz der Bewertungsstetigkeit**

Nach dem Grundsatz der Bewertungsstetigkeit sollen die aufeinander folgenden Jahresrechnungen vergleichbar sein, damit die tatsächliche finanzielle Situation einer Krankenkasse auch über einen längeren Zeitraum hinweg zuverlässig beurteilt werden kann.

Ebenso wie im Handelsrecht werden Verstöße gegen diese Grundsätze als Ordnungswidrigkeiten geahndet<sup>7</sup>.

### **3. Weitere Maßnahmen zur Verbesserung der Transparenz**

Künftig müssen alle Krankenkassen für ihre Altersversorgungsverpflichtungen gegenüber ihren Mitarbeitern Rückstellungen bilden. Dies trägt ebenfalls zur Verbesserung der Transparenz in Bezug auf die finanzielle Situation der Krankenkassen bei. Das bisherige Bilanzwahlrecht, das den Krankenkassen die Bildung derartiger Rückstellungen freistellte, ist ersatzlos entfallen.

## **II. Informationspflichten des GKV-Spitzenverbands („Frühwarnsystem“)**

Die Aufsichtsbehörden sollen in die Lage zu versetzt werden, frühzeitig wirtschaftliche Schwierigkeiten bei einer Krankenkasse zu erkennen und Maßnahmen zur Verhinderung einer Insolvenz oder Schließung ergreifen zu können. Daher hat der Gesetzgeber einen umfassenden Informationskreislauf vorgesehen. Zum einen erfolgt eine quartalsweise Unterrichtung der Aufsichtsbehörde durch den GKV-Spitzenverband, wenn er bei einer Mitgliedskasse einen Ausgabenüberschuss in Höhe von 0,5 Prozent der durchschnittlichen monatlichen Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds feststellt<sup>8</sup>. Diese Unterrichtung bedeutet noch nicht, dass sich die betroffenen Krankenkassen bereits in ernsthaften wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinden. Von der benachrichtigten Aufsichtsbehörde sollte die Information aber zum Anlass genommen werden, die betroffenen Krankenkassen intensiv zu beobachten. Darüber hinaus informiert der GKV-Spitzenverband die Aufsichtsbehörden jeweils zum 31. Dezember eines Jahres über die Vermögenssituation der ihrer Aufsicht unterstehenden Krankenkassen.

Enthalten die vom GKV-Spitzenverband übermittelten Informationen nach Ansicht der Aufsichtsbehörde Anhaltspunkte für eine Gefährdung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einer Krankenkasse, hat sie unverzüglich weitergehende Informationen von dieser einzuholen, um sich ein umfassendes Bild über deren wirtschaftliche Situation zu verschaffen.

### **III. Kassenartinterne Finanzhilfen**

Kassenartinterne Finanzhilfen zur Unterstützung von Krankenkassen in besonderen Notlagen konnten bereits bis 2007 auf der Grundlage von Satzungsregelungen des jeweiligen Spitzenverbands einer Kassenart gewährt werden<sup>9</sup>. Nach der Reform des Verbänderechts der Krankenkassen auf Bundesebene sind die früheren kassenartbezogenen Spitzenverbände der Krankenkassen keine Körperschaften des öffentlichen Rechts mehr, sodass ihre Satzung keine taugliche Rechtsgrundlage für die Gewährung kassenartinterner Finanzhilfen mehr darstellte. Um gleichwohl die Gewährung kassenartinterner Finanzhilfen zu ermöglichen, war daher eine Neuregelung erforderlich. Nunmehr können Krankenkassen einer Kassenart vertraglich vereinbaren, andere Krankenkassen der Kassenart durch die Gewährung von Finanzhilfen zu unterstützen, um deren Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten, Haftungsfälle auf Grund der Schließung oder Insolvenz einer Krankenkasse der Kassenart zu vermeiden, oder die Aufteilung der Haftung auf die Krankenkassen der Kassenart gegenüber den rechtlichen Vorgaben zu modifizieren<sup>10</sup>. Der Anreiz für die Krankenkassen zum Abschluss derartiger Verträge ergibt sich daraus, dass die Kosten der Schließung oder Insolvenz einer Krankenkasse erfahrungsgemäß erheblich höher sind als die Kosten einer Sanierung. Wegen der finanziellen Bedeutung derartiger Verträge für die hieraus verpflichteten Krankenkassen sind die Verträge von den zuständigen Aufsichtsbehörden zu genehmigen<sup>11</sup>.

### **IV. Kassenartübergreifende Finanzhilfen**

Die Regelung des § 265 a SGB V ist der früheren Regelung über die Gewährung finanzieller Hilfen durch die ehemaligen Spitzenverbände der Krankenkassen auf satzungsrechtlicher Grundlage nachgebildet. Ebenso wie damals bedarf die Hilfegewährung einer entsprechenden Satzungsregelung des Verbands. Entsprechend seiner kassenartenübergreifenden Stellung sind an der Finanzierung der vom GKV-Spitzenverband gewährten Hilfen die Krankenkassen aller Kassenarten beteiligt.

§ 265 a SGB V enthält eine Reihe inhaltlicher und verfahrensmäßiger Vorgaben, die die Satzungsautonomie des GKV-Spitzenverbands einschränken. So dürfen die Hilfen nur gewährt werden zur Ermöglichung oder Erleichterung von Vereinigungen von Krankenkassen, die zur Abwendung von Haftungsrisiken für notwendig erachtet werden. Außerdem darf die Hilfe nur gewährt werden, wenn zuvor kassenartinterne Hilfen nach § 265 b SGB V in ausreichender Höhe gewährt worden sind.

Diese Vorgaben hat der GKV-Spitzenverband in seiner Satzung dahingehend umgesetzt, dass die Krankenkassen der betroffenen Kassenart mindestens 3 Prozent der jährlichen Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds als kassenartinterne Hilfe aufbringen müssen, bevor die Gewährung kassenartenübergreifender Hilfen möglich ist. Aufgrund der Höhe dieses Schwellenwerts ist absehbar, dass solche Hilfen nur in

„Großschadensfällen“ gewährt werden, sodass kleinere und mittelgroße Haftungsfälle von den Krankenkassen der betroffenen Kassenart selbst zu schultern sind. Da mit dieser Verschränkung von kassenartinternen und -übergreifenden Hilfen Neuland betreten worden ist, hat das Bundesministerium für Gesundheit die Satzungsregelung zunächst nur befristet bis Ende 2011 genehmigt. Damit können die Beteiligten in diesem Zeitraum ausreichende Erfahrungen sammeln, ob das Zusammenwirken dieser Instrumente funktional ist oder – im Gegenteil – unerwünschte kontraproduktive Effekte auslöst.

Die Finanzierung gewährter Hilfen orientiert sich nach der Satzung des GKV-Spitzenverbands an der Leistungsfähigkeit seiner Mitgliedskassen. Die wirtschaftlich stärkeren Kassen werden daher stärker belastet als weniger leistungsfähige.

Im Hinblick auf das Verfahren hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass der Antrag auf Gewährung von Hilfen nur von der Aufsichtsbehörde gestellt werden kann. Hierdurch wird die Verfahrenshoheit der Aufsichtsbehörden zur Bewältigung finanzieller Schieflagen von Krankenkassen weiter gestärkt. Denn diese Behörden erhalten dadurch eine weitere Handlungsmöglichkeit, um die Schließung oder Insolvenz einer Krankenkasse zu vermeiden.

## **V. Organisationsrechtliche Flankierung**

Ein neuartiges organisationsrechtliches Instrument zur Vermeidung von Kassenschließungen oder -insolvenzen ist mit der Möglichkeit geschaffen worden, dass eine Aufsichtsbehörde die Vereinigung einer Not leidenden Krankenkasse in ihrem Aufsichtsbereich mit einer anderen Krankenkasse herbeiführen kann, wenn diese dazu bereit ist und bei der Not leidenden Krankenkasse der für die Vereinigung erforderliche Beschluss des Verwaltungsrats nicht zustande kommt. Als Voraussetzung dafür muss die Aufsichtsbehörde im Benehmen mit dem GKV-Spitzenverband feststellen, dass die betroffene Krankenkasse nur durch die Vereinigung mit einer anderen Krankenkasse gerettet werden kann. Die Aufsichtsbehörde kann dem Verwaltungsrat der Not leidenden Krankenkasse eine geeignete Frist setzen, innerhalb derer er die Vereinigung beschließen muss. Wird innerhalb dieser Frist kein Beschluss gefasst, kann die Aufsichtsbehörde den Beschluss ersetzen, wenn eine andere Krankenkasse bereit ist, sich mit der Not leidenden Kasse zu vereinigen. Entsprechende Vorschläge für vereinigungswillige Krankenkassen kann der GKV-Spitzenverband der Aufsichtsbehörde unterbreiten, da er – im Gegensatz etwa zu einer Landesaufsichtsbehörde – in einem unmittelbaren Kontakt zu allen Krankenkassen steht. Da auf Seiten der vereinigungswilligen Krankenkasse immer die Freiwilligkeit bestehen muss, handelt es sich bei diesem Instrument nicht um eine Zwangsfusion<sup>12</sup>. Letztlich dient diese neuartige Befugnis der Aufsichtsbehörden dazu, eine Not leidende Krankenkasse vor den Folgen ihrer Uneinsichtigkeit in ihre finanzielle Situation zu schützen, wenn diese andernfalls nur eine Schließung oder Insolvenz zuließe.

- <sup>1</sup> Vom 15. Dezember 2008, BGBl I, S. 2426
- <sup>2</sup> BT-Drs. 16/9559, S. 15
- <sup>3</sup> § 77 Abs. 1 a SGB IV
- <sup>4</sup> Vgl. hierzu unter I. 3.
- <sup>5</sup> Füsser SGB 2009, S. 126 (130)
- <sup>6</sup> Vgl. Heeg/Kehbel ZIP 2009, S. 302 (304).
- <sup>7</sup> § 111 Abs. 3 Nr. 2 SGB IV
- <sup>8</sup> § 172 Abs. 1 SGB V
- <sup>9</sup> § 265 a SGB V in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung
- <sup>10</sup> § 265 b Abs. 1 SGB V
- <sup>11</sup> § 265 b Abs. 2 SGB V
- <sup>12</sup> Unzutreffend daher die Begrifflichkeit bei Uwer, GesR 2009, S 113 (119)

# **Auswirkungen von Insolvenz oder Schließung auf die Ansprüche des Personals gegenüber den Krankenkassen in Deutschland**

*Dr. Knut Müller, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Sozialrecht, München*

## **I. Einleitung**

### **Vorbemerkung**

Insolvenz von Krankenkassen – dazu aus der Sicht eines Arbeitsrechtlers zu schreiben, das heißt, sich auf unbekanntem Terrain zu bewegen. Sind doch die Insolvenzen von Krankenkassen bisher kein Thema, das irgendeine praktische Relevanz hätte. Zwar sind bundesunmittelbare Krankenkassen (§ 90 Abs. 1 SGB IV) nach bisherigem Insolvenzrecht bereits insolvenzfähig (§ 11 Abs. 1 Satz 1 InsO), bekannt geworden sind jedoch keine.

Mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) sind nun alle Krankenkassen – gleich ob bundesunmittelbar oder landesunmittelbar – insolvenzfähig. § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO, der noch die Unzulässigkeit des Insolvenzverfahrens für landesunmittelbare Krankenkassen anordnete, sofern das Landesrecht dies bestimmte, gilt nun für landesunmittelbare Krankenkassen nicht mehr. Aus meiner in diesem Bezug Laiensicht ist es selbstverständlich fraglich, ob der Bundesgesetzgeber eine so weitreichende Kompetenz hatte bzw. ob die in Generalklauseln angeordnete fehlende Insolvenzfähigkeit der landesunmittelbaren Krankenkassen durch einen weiteren Gesetzgebungsakt der Landesgesetzgeber zu beseitigen ist.

Ob und welche Auswirkungen die nunmehr bestehende Insolvenzfähigkeit aller Krankenkassen auf das Arbeitsrecht hat, ist Gegenstand des nachfolgenden Beitrags.

## **II. Die Arbeitsvertragsparteien bei Arbeitsverhältnissen mit Krankenkassen**

### **1. Der Arbeitnehmer**

Arbeitnehmerdefinition: Arbeitnehmer ist jeder, der sich durch einen privatrechtlichen Vertrag verpflichtet, Dienste zu leisten, die in unselbstständiger Arbeit zu erbringen sind.

### **2. Der Arbeitgeber**

Arbeitgeber und damit Vertragspartner des Arbeitnehmers in diesem Arbeitsverhältnis ist die Krankenkasse selbst, die nach § 4 Abs. 1 SGB V eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts darstellt. Damit handelt es sich bei der Krankenkasse um eine juristische Person, die aus dem Arbeitsverhältnis berechtigt und verpflichtet wird.

### III. Das Arbeitsverhältnis

Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und der Krankenkasse wird durch den Arbeitsvertrag begründet. Für das Arbeitsrecht in der Krankenkasse ist von Bedeutung, ob das Anstellungsverhältnis vor oder nach dem 1. Januar 1993 begründet wurde. Für Arbeitsverhältnisse, bei denen dies nach diesem Datum der Fall war, gelten im Folgenden keine Besonderheiten; für davor begründete Arbeitsverhältnisse sind die Regelungen der §§ 349 ff. RVO zu beachten. Sie enthalten einige arbeitsrechtliche Besonderheiten und waren daher selbstverständlich schon Gegenstand der bundesarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung.

Die §§ 349 ff. RVO gestalteten die für diese vor dem 1. Januar 1993 geschlossenen Arbeitsverhältnisse geltenden Regelungen normativ aus. Die dienstordnungsmäßig Angestellten der Krankenkassen sind zwar weder verbeamtet, noch haben sie einen öffentlich-rechtlichen Status. Dies ändert aber nichts daran, dass ihr Angestelltenverhältnis weitgehend öffentlich-rechtlich ausgestaltet worden ist. Die Dienstordnungen der Sozialversicherungsträger sind dem Öffentlichen Recht angehöriges, aufgrund gesetzlicher Ermächtigung erlassenes autonomes Satzungsrecht. Es gestaltet normativ und zwingend die Arbeitsverhältnisse der Angestellten, die der Dienstordnung unterworfen sind. Der nach § 354 Abs. 1 RVO abzuschließende schriftliche Arbeitsvertrag unterstellt die Angestellten der Dienstordnung. Sobald der Vertrag geschlossen ist, wird diese in ihrer jeweiligen Fassung Gesetzesgleich auf das Dienstverhältnis anwendbar. Dies gilt selbst bei einer statischen Verweisung auf eine Dienstordnung, da immer die in jeweils aktueller Fassung anzuwenden ist. Die in § 352 RVO angeordnete normative Wirkung der Dienstordnung in der jeweils geltenden Fassung kann nicht arbeitsvertraglich beseitigt werden. Insoweit bricht das Gesetzesrecht unmittelbar die arbeitsvertraglichen Regelungen.

Da es sich bei der Dienstordnung selbst um aufgrund grundgesetzlicher Ermächtigung nach den Bestimmungen der RVO erlassenes Satzungsrecht handelt (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts [BAG], vgl. BAG Urteil vom 25.4.1979 – 4 Azr 791/77; Urteil vom 5.3.1980 – 4 Azr 245/78; Urteil vom 17.12.1987 – 6 Azr 747/85) muss sich diese Dienstordnung im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften halten. Ist dies nicht der Fall, ist es als sekundäre Rechtsquelle unwirksam – auch wenn es in einem formal ordnungsgemäßen Verfahren zustande gekommen ist.

Das Bundesarbeitsgericht hat, zum Beispiel mit Urteil vom 15. November 2001 – 6 Azr 382/00, deutlich gemacht, dass das Recht der Dienstordnung dem beamtenrechtlichen Alimentationsprinzip entspricht: Danach ist der Dienstherr – somit die Krankenkasse – verpflichtet, dem Beamten und seiner Familie amtsangemessenen Unterhalt zu leisten. Zwar beruht das Alimentationsprinzip auf den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (vgl. Art. 33 Abs. 5 GG). Diese gelten aber für Dienstordnungsangestellte nicht unmittelbar, weil letztere trotz der weitgehenden Annäherung ihrer Rechtsverhältnisse an das Beamtenrecht keine Beamten, sondern privatrechtliche Angestellte sind. Für die Beurteilung der Angemessenheit ihrer Bezüge gelten diese Grundsätze entsprechend (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. BAG Urteil vom 25.4.1979 – 4 Azr 791/77; Bundessozialgericht Urteil vom 13.7.1999 – B 1 A 2/97 R). Dies ergibt sich unmittelbar aus den Bestimmungen der §§ 349 ff. RVO selbst.

Diese beamtenähnliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses eines „DO-Angestellten“ zu seiner Krankenkasse hat auch seine Bedeutung im Rahmen der Sozialversicherungspflicht dieser Personengruppe sowie im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung.

Dienstordnungsangestellte sind nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB VI von der Rentenversicherungspflicht befreit, da sie Inhaber einer Anwartschaft auf beamtengleiche Versorgung für die Zeit nach ihrem Ausscheiden aus dem Dienstverhältnis sind. Da nach bisheriger Rechtslage das Insolvenzverfahren über landesunmittelbare Krankenkassen nicht zulässig war, haben die Krankenkassen gemäß § 17 Abs. 2 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) keine Beiträge zur Insolvenzsicherung der betrieblichen Versorgungszusagen an den Pensionsversicherungsverein auf Gegenseitigkeit (PSV) zu leisten gehabt. Ebenso wenig sind die nichtinsolvenzfähigen Unternehmen – wie bisher die landesunmittelbaren Krankenkassen – zur Zahlung der Umlage für das Insolvenzgeld gemäß § 359 Abs. 2 Satz 2 SGB III verpflichtet.

Gemäß § 358 RVO dürfen Verträge mit Angestellten von Krankenkassen, die der Dienstordnung unterstehen sollen, ab dem 1. Januar 1993 nicht mehr abgeschlossen werden. Jedenfalls gilt für Neueintritte mit und ab dem 1. Januar 1993 bei sämtlichen – gleich ob bundesunmittelbaren oder landesunmittelbaren – Krankenkassen das „normale“ Arbeitsrecht.

#### **IV. Inhalt des Arbeitsverhältnisses**

Nachfolgend soll bei der Bewertung der Auswirkungen einer Krankenkasseninsolvenz auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse daher das „normale“ Arbeitsrecht zugrunde gelegt werden. Soweit für Dienstordnungsangestellte Besonderheiten zu berücksichtigen sind, werden diese gesondert beschrieben.

Bevor die Auswirkungen einer Insolvenz oder einer Schließung einer Krankenkasse auf das einzelne Arbeitsverhältnis umfassend beleuchtet werden kann, sollen kurz die Arbeitsbedingungen nach ihrer Herkunft (nachfolgend 1.) sowie nach ihrem typischen Inhalt (dazu nachfolgend 2.) unterschieden werden.

##### **1. Rechtsgrundlage arbeitsvertraglicher Normen**

Arbeitsvertragliche Regelungen können unterschiedlichen Hierarchieebenen zugeordnet werden. Diese werden im Folgenden in der gebotenen Kürze dargestellt, um nachfolgend die Auswirkungen einer Insolvenz den Normen unterschiedlicher Regelungsebenen zuordnen zu können.

###### **a. Europarechtliche Normen**

Das Arbeitsrecht ist europarechtlich größtenteils in den Regelungsbereich der Sozialpolitik eingebunden. Arbeitsrechtliche Regelungen sind in der Regel Richtlinien und damit sekundäres Gemeinschaftsrecht. Dieses entfaltet gegenüber den Mitgliedstaaten Rechtsverbindlichkeit hinsichtlich ihrer Ziele, überlässt jedoch den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel, wie diese Ziele in das nationale Recht umgesetzt werden.

Typische europäische Regelungsbereiche des Arbeitsrechts betreffen den Arbeitsschutz, insbesondere die Arbeitszeit, was besondere Bedeutung in Krankenhäusern hat.

### **b. Grundgesetzliche arbeitsrechtliche Normen**

Wesentliche grundgesetzliche Normen des Arbeitsrechts finden sich im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1 und 2 GG). Aus diesen Normen leitet das Bundesarbeitsgericht den in der Praxis völlig unterschätzten arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruch ab, der auch im Fall der Insolvenz einer Krankenkasse Bedeutung hat. Weitere grundgesetzliche Normen des Arbeitsrechts betreffen die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) sowie insbesondere die Gleichheitsgrundrechte (Art. 3 GG).

Besonders das Recht der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG gewinnt in Krankenkassen eine zunehmende Bedeutung. Es bilden sich in einzelnen davon Gewerkschaften, die krankenkassenspezifisch Tarifverträge verhandeln, um die Arbeitsbedingungen für deren Angestellten zu regeln, und zwar unabhängig von den Flächentarifen des TVöD. Wie in vielen anderen Wirtschaftszweigen auch gewinnt die Regelung der Arbeitsbedingungen durch Haustarife massiv an Bedeutung. Verwiesen sei zum Beispiel auf das Beispiel der Techniker Krankenkasse (TK). Diese hat die Arbeitsbedingungen der für die TK gebildeten Gewerkschaft fairTK geregelt und macht bewusst eine Gewerkschaftspolitik für Krankenkassen, die sich von ver.di abgrenzt.

### **c. Gesetzliche Normen**

Gesetzliche Normen spielen im Arbeitsrecht eine große Rolle. Dies betrifft die Regelungen des Arbeitsvertrags ausgestaltende privatrechtliche Normen, aber auch die dem Arbeitsschutz dienenden öffentlichrechtlichen Arbeitsschutznormen.

Beispiele für privatrechtlich arbeitsrechtliche Regelungen finden sich im BGB; verwiesen sei insbesondere auf § 622 BGB. Dieser regelt die Mindestkündigungsfristen in einem Arbeitsverhältnis und wurde insoweit unlängst für europarechtswidrig erklärt. § 622 BGB enthält eine mittelbare Altersdiskriminierung dahingehend, dass bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer Betriebszugehörigkeitszeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt wurden (§ 622 Abs. 2 Satz 2 BGB). Die Europarechtswidrigkeit dieser Regelung hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit Beschluss vom 19. Januar 2010 in der Sache C-555/07 festgestellt. Der EuGH hat nicht nur – wie erwartet – die unmittelbare Altersdiskriminierung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB festgestellt, sondern in konsequenter Anwendung der Mangold-Entscheidung auch festgestellt, dass ein deutsches Gericht die deutsche gesetzliche Bestimmung ohne Vorabentscheidungsverfahren außer Betracht lassen kann, wenn die deutsche gesetzliche Regelung gegen eine Richtlinie europäischen Rechts verstößt.

Auch im Insolvenzfall zu beachtende gesetzliche Normen des Arbeitsrechts entstammen dem Arbeitnehmerschutzrecht, das dem Öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Verwiesen wird insbesondere auf die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes, des Mutterschutzgesetzes und weitere Regelungen.

#### **d. Tarifliche Normen**

Das Arbeitsrecht und speziell auch das Arbeitsrecht der Krankenkassen werden jedoch besonders geprägt durch tarifliche Normen. Ich hatte in diesem Zusammenhang bereits auf die Besonderheiten im Krankenkassenwesen mit der Erwähnung der bei der TK gebildeten fairTK hingewiesen. Die fairTK ist eine eigene Arbeitnehmervertretung, die im Jahr 2005 durch Angestellte der TK gegründet wurde. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte – wie bei anderen Krankenkassen auch – ver.di eine Monopolstellung. Diese gilt insbesondere auch im gesamten Ersatzkassenbereich. Die Ersatzkassen waren zuvor dominiert worden von der Deutschen Angestelltengewerkschaft (DAG), die jedoch zwischenzeitlich mit der konkurrierenden DGB-Gewerkschaft, Handel, Banken und Versicherungen in ver.di aufgegangen ist.

Die Gewerkschaft ver.di hatte zuletzt im Fachbereich „4 Sozialversicherung und Arbeitsverwaltung“ die Hoheit über die Tarifverhandlungen in allen Ortskrankenkassen und Ersatzkrankenkassen. Jedenfalls in der TK hat nach unserer Kenntnis ver.di die Tariffherrschaft verloren und vereint bereits mehr Mitglieder als ver.di bei sich.

Gegenstand tariflicher Normen sind zum Beispiel Lebensarbeitszeitarifverträge, Manteltarifverträge und spezielle Entgelttarifverträge wie auch Tarifverträge über vermögenswirksame Leistungen oder die Altersversorgung.

#### **e. Dienstvereinbarung**

Schließlich werden arbeitsrechtliche Normen in den Arbeitsverhältnissen zu den Krankenkassen auch durch die Personalräte und Hauptpersonalräte geschaffen. Dienstvereinbarungen gelten ebenso wie die Regelungen, die auf Basis des Betriebsverfassungsgesetzes erlassen werden, unmittelbar und zwingend und gestalten somit unabhängig vom Willen des einzelnen Arbeitnehmers den Inhalt des Arbeitsverhältnisses.

#### **f. Verträge**

Den Kern der arbeitsrechtlichen Beziehung bildet selbstverständlich auch im Arbeitsverhältnis zur Krankenkasse der Arbeitsvertrag. Erst durch ihn kommt das durch vorstehende Regelungen ausgestaltete Rechtsverhältnis zustande. Je stärker die Differenzierungsdichte der Normen aus dem Tarifvertrag und zum Beispiel den in einer Krankenkasse abgeschlossenen Dienstvereinbarungen, desto kürzer ist in der Regel der Arbeitsvertrag selbst. Auch bei Krankenkassen enthält er häufig lediglich einen Verweis auf tarifliche Bestimmungen und im Übrigen noch den Beginn des Anstellungsverhältnisses und beschreibt in Grundsätzen die vertraglich geschuldete Tätigkeit.

## **2. Inhaltliche Typisierung arbeitsvertraglicher Regelungen**

Arbeitsvertragliche Regelungen sind inhaltlich nach Hauptleistungs- und Nebenleistungspflichten zu unterscheiden. Die Auswirkungen einer Insolvenz auf das Arbeitsverhältnis müssen entsprechend in Bezug auf ihre Auswirkungen auf die Hauptleistungspflichten und Nebenleistungspflichten getrennt untersucht werden.

### **a. Hauptleistungspflichten**

Die Hauptpflicht des Arbeitgebers besteht in der Zahlung der vereinbarten Vergütung sowie in der Verpflichtung, den Arbeitnehmer vertragsgerecht zu beschäftigen. Das BAG leitet diese allgemeine Beschäftigungspflicht aus dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ab (ständige Rechtsprechung des BAG seit Urteil vom 10. November 1955 – AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 2).

Die Hauptpflicht des Arbeitnehmers liegt in der Erbringung seiner Arbeitsleistung.

### **b. Nebenpflichten**

Gesetzliche Nebenpflichten für den Arbeitgeber werden durch nahezu alle arbeitsrechtlichen Gesetze erzeugt, insbesondere Schutzgesetze zugunsten des Arbeitnehmers. Die Begründung des Arbeitsvertrags verpflichtet den Arbeitgeber, diese zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Schutzgesetze einzuhalten. Die Arbeitsschutzregelungen entfalten damit eine Doppelnatur (vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 611 BGB, Rd-Nr. 879 n.w.N.). Nebenpflichten können sowohl vorvertraglich als auch nachvertraglich bestehen.

Nebenpflichten des Arbeitnehmers liegen insbesondere in der Beachtung der Verschwiegenheitspflicht, der Berücksichtigung des vertraglichen Wettbewerbsverbotes, des Verbots der Annahme von Schmiergeldern und von weiteren Anzeige, Aufklärungs- und Auskunftspflichten wie auch in der Wahrung der betrieblichen Ordnung.

## **V. Die Insolvenz der Krankenkasse und die Auswirkungen auf die Ansprüche des Personals gegenüber der Krankenkasse**

### **1. Insolvenz einer Krankenkasse**

Mit der Anwendbarkeit der Insolvenzordnung auf alle Krankenkassen finden die Insolvenzgründe nach §§ 17 bis 19 InsO (Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) ebenso auf Krankenkassen Anwendung.

Nachdem der Vorstand der Krankenkasse der Aufsichtsbehörde unverzüglich den Insolvenzfall gemeldet hat, kann diese den Insolvenzantrag binnen drei Monaten nach Eingang der Anzeige des Vorstands stellen. Darüber ist der Spitzenverband Bund zu unterrichten. Mit der Antragstellung beginnt das Insolvenzeröffnungsverfahren, das in den §§ 11 bis 34 InsO geregelt ist. Dieses Verfahren dient der Prüfung der Voraussetzungen für ein Insolvenzverfahren und kann auch durch Arbeitnehmer – zum Beispiel wegen rückständigen Arbeitsentgelts – eingeleitet werden. Nicht antragsberechtigt sind die Arbeitnehmervertretung und eine bei einer Krankenkasse gewählte Gewerkschaft. Das Stellen eines Insolvenzantrags durch einen Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber ist jedoch außerordentlich selten. Dies liegt in der Regel daran, dass der Gläubiger (in diesem Falle der Arbeitnehmer in Bezug auf das Arbeitsentgelt)

bei Stellung seines Antrags zu bedenken hat, dass er als Sekundärschuldner für die Gerichtskosten und die Auslagen, inklusive eventueller Gutachterkosten, vom Insolvenzgericht in Anspruch genommen werden kann. Zudem ist zu berücksichtigen, dass das schuldhaft, unberechtigte Stellen eines Gläubigerantrags nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. eingerichteten und ausgeübtem Gewerbebetrieb als Schadensersatzansprüche auslösende Handlung gewertet wird. Das Insolvenzeröffnungsverfahren kann jederzeit durch Antragsrücknahme, Erledigungserklärung oder Abweisung enden.

Zu den wichtigsten Entscheidungen des Gerichts im Insolvenzeröffnungsverfahren gehört die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO). Dessen Bestellung ist zwar bei Unternehmensinsolvenzen allgemeine Praxis, nach dem Gesetz jedoch nicht zwingend vorgeschrieben. Der vorläufige Insolvenzverwalter kann als sogenannter schwacher Verwalter oder als starker Verwalter bestellt werden. Beim vorläufig schwachen Insolvenzverwalter bestimmt das Insolvenzgericht die Pflichten in dem Bestellungsbeschluss. In der Praxis ist die Bestellung eines schwachen Verwalters entgegen der Intention des Gesetzgebers der Regelfall geworden, da der schwache Insolvenzverwalter anders als der starke Insolvenzverwalter keine Masseverbindlichkeiten erzeugt. Der Insolvenzschuldner kann in der Zeit der Bestellung eines schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters weiterhin Verpflichtungen eingehen, bei denen es sich nachfolgend um einfache Insolvenzverbindlichkeiten nach § 38 InsO handelt. Dies schränkt im Ergebnis die Handlungsmöglichkeiten des vorläufigen schwachen Insolvenzverwalters stark ein.

Nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO kann dem Schuldner auch ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt werden, womit ein sogenannter „vorläufiger starker Verwalter“ bestellt wird. Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO geht für diesen Fall die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den vorläufigen Insolvenzverwalter über. Der starke vorläufige Insolvenzverwalter rückt wie der spätere endgültige Insolvenzverwalter rechtlich in die Stellung des Schuldners ein. Der starke Insolvenzverwalter ist daher berechtigt, Masseverbindlichkeiten zu begründen. Dies gilt auch für Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis, wie zum Beispiel dem Arbeitsverhältnis, soweit der vorläufige starke Insolvenzverwalter die Gegenleistung (somit die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer in einer Krankenkasse) in Anspruch genommen hat. Für seit dem 1. Dezember 2001 eröffnete Verfahren hat das BAG klargestellt, dass § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO, der die Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis als Masseverbindlichkeiten beschreibt, als Spezialvorschrift § 108 Abs. 2 InsO vorgeht, nach dem Arbeitslöhne einfache Insolvenzforderungen sein sollen. Der vorläufige starke Insolvenzverwalter erzeugt also erhebliche Masseansprüche durch die in Anspruch genommene Arbeitsleistung und zehrt damit bereits vor der Verfahrenseröffnung das auf, was eigentlich als Insolvenzmasse später an die verschiedenen Gläubiger zu verteilen wäre. Da dem vorläufigen Insolvenzverwalter die Stilllegung des Betriebs gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO ausdrücklich untersagt ist, kann sich der vorläufige starke Insolvenzverwalter gegen diese Begründung von Masseverbindlichkeiten nicht wehren. Damit ist auch die arbeitsrechtliche Sicht belegt, warum – anders als vom Gesetzgeber gewollt – der starke vorläufige Insolvenzverwalter die Ausnahme geblieben ist.

Das vorläufige Insolvenzverfahren endet schließlich in der Regel mit einem Insolvenzeröffnungsbeschluss. Im Rahmen dieses eröffneten Insolvenzverfahrens ist nunmehr die Prüfung der arbeitsrechtlichen Ansprüche der Arbeitnehmer durchzuführen.

Voranstellend ist zu bemerken und zu betonen, dass die Insolvenz des Arbeitgebers zunächst keinen Einfluss auf die Fortgeltung des allgemeinen Arbeitsrechts hat. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird das für alle Arbeitnehmer geltende Arbeitsrecht nicht suspendiert. Die zum Schutz der Arbeitnehmer bestehenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen treten durch die Sanierungsbedürftigkeit des Arbeitgebers in keiner Weise zurück.

Das Insolvenzrecht erhält in den §§ 113, sowie 120 bis 128 InsO arbeitsrechtliche Sonderbestimmungen, die vorrangig dem Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitnehmer und der sonstigen Insolvenzgläubiger dienen. Für Teilbereiche des Individual- und Kollektivarbeitsrechts werden die Handlungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters erweitert, indem zum Beispiel die Kündigungsfristen vereinheitlicht und zugleich abgekürzt, das Betriebsänderungsverfahren beschleunigt und die Kündigung von Betriebsvereinbarungen erleichtert werden. Auch wenn die Insolvenzordnung in dem Zusammenhang lediglich von Betriebsvereinbarungen spricht, gilt dies analog für bei Krankenkassen geschaffene Dienstvereinbarungen.

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat keine Auswirkung auf Bestand und Inhalt des Arbeitsverhältnisses, was bereits aus § 108 Abs. 1 InsO folgt, der bestimmt, dass Dienstverhältnisse mit Wirkung zur Insolvenzmasse fortbestehen.

Da gemäß § 80 Abs. 1 InsO das Verwaltungs- und Verfügungsrecht vom Schuldner auf den Insolvenzverwalter übergeht, ist der ursprüngliche Arbeitgeber nicht mehr berechtigt, die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis auszuüben. Der Insolvenzverwalter übernimmt somit kraft Gesetzes die Arbeitgeberfunktion mit allen damit zusammenhängenden Rechten und Pflichten, gleichgültig ob sie auf gesetzlicher, tarifvertraglicher, betriebsverfassungsrechtlicher oder einzelvertraglicher Regelung basieren (BAG, gemeinsamer Senat, Beschluss vom 13. Dezember 1978 – AP Nr. 6 zu § 612 BetrVG 1972).

Auch führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht zur Erweiterung der Rechte des Insolvenzverwalters. Daraus ergibt sich auch, dass die Vertragsparteien zur Erbringung der wechselseitigen Leistungspflichten weiterhin verpflichtet sind. Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitsleistung zu erbringen und kann dafür die arbeitsvertraglich vereinbarte Vergütung verlangen.

Das Direktionsrecht des Insolvenzverwalters wird durch das Insolvenzverfahren weder erweitert noch beschränkt. Das Direktionsrecht umfasst weiterhin das Recht des Arbeitgebers, die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers durch einseitige Weisungen näher auszugestalten. Mit Hilfe des Direktionsrechts ist es dem Insolvenzverwalter möglich, die Arbeitspflicht inhaltlich näher festzulegen, die Arbeitszeit näher zu bestimmen und den Arbeitsort festzulegen.

Der Insolvenzverwalter kann das Direktionsrecht nur nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 BGB ausüben, das heißt unter Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers einerseits und der betrieblichen Interessen andererseits. Daher ist der Insolvenzverwalter nicht berechtigt, dem Arbeitnehmer andere als die im Arbeitsvertrag vereinbarten Aufgaben zuzuweisen. Die Insolvenz ist grundsätzlich kein Notfall oder keine Ausnahmesituation, die den Arbeitnehmer dazu verpflichtet, Arbeiten zu leisten, die er laut Vertrag nicht verrichten muss.

Auch bleiben alle sonstigen vertraglichen Leistungen wie Gratifikationen, Prämien, Provisionen, Auslagenersatz oder Handynutzung oder die Stellung eines Firmenwagens bestehen. Der Insolvenzverwalter ist nicht berechtigt, einzelvertraglich durch den Schuldner vereinbarte Leistungen wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einseitig zu kürzen. Der Arbeitnehmer ist auch nicht verpflichtet, zur Sicherung des Überlebens des Unternehmens Gehaltsansprüche zu stunden.

In diesem Zusammenhang ist auch auf § 615 BGB hinzuweisen. Kann im Fall einer Insolvenz der Arbeitnehmer nicht beschäftigt werden, sondern wird die Hauptleistungspflicht der Beschäftigung (siehe oben) nicht erfüllt, behält der Arbeitnehmer den Anspruch auf sein Arbeitsentgelt. Der Arbeitnehmer bleibt berechtigt, seinen Beschäftigungsanspruch gerichtlich durchzusetzen, auch gegen einen Insolvenzverwalter. Die während des Annahmeverzugs entstehenden Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer sind Masseverbindlichkeiten, solange nicht die Masseunzulänglichkeit angezeigt ist.

Der Arbeitnehmer ist auch in der Insolvenz an bestehende nachvertragliche Wettbewerbsverbote gebunden. Das Wettbewerbsverbot ist ein gegenseitiger Vertrag, sodass § 103 InsO anwendbar ist. Der Insolvenzverwalter kann wählen, ob er auf Einhaltung der Wettbewerbsabrede besteht oder die Erfüllung ablehnt. Wählt er Ersteres, muss der Arbeitnehmer das Wettbewerbsverbot weiter erfüllen. Der Arbeitnehmer kann die Wettbewerbsabrede jedoch außerordentlich kündigen, wenn die Masse voraussichtlich nicht ausreicht, um den Anspruch auf Karenzentschädigung zu befriedigen.

Auch wenn der Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis kündigt, kann er hinsichtlich des Wettbewerbsverbots das Wahlrecht nach § 103 InsO ausüben; allerdings kann sich ein Arbeitnehmer nach § 75 Abs. 2 HGB vom Wettbewerbsverbot lösen, wenn der Insolvenzverwalter das Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen ordentlich gekündigt hat. Übt der Insolvenzverwalter das ihm zustehende Wahlrecht nicht aus, kann der Arbeitnehmer sich dadurch absichern, dass er den Verwalter gemäß § 103 Abs. 3 InsO zur Ausübung dieses Rechts auffordert. Übt der Insolvenzverwalter das Wahlrecht nicht aus, kann er nicht auf Erfüllung bestehen. Dann wird das Wettbewerbsverbot für den Arbeitnehmer unverbindlich.

Zentrale Bedeutung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens besitzt § 113 Abs. 1 InsO. § 113 Abs. 1 Satz 1 InsO bestimmt, dass das Dienstverhältnis ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer oder den vereinbarten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung gekündigt werden kann. Gesetzliche Kündigungsbeschränkungen hingegen hat der Insolvenzverwalter zu beachten. Die Kündigungsfrist beträgt drei Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist. Die Insolvenzeröffnung stellt jedoch keinen Grund dar, der für sich genommen eine ordent-

liche oder außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt. § 113 Abs. 1 InsO begründet gerade kein insolvenzbedingtes Sonderkündigungsrecht. Der Insolvenzverwalter hat auch nicht das Vorrecht, einseitig die Kündigungsfrist abzukürzen. Vielmehr haben beide Vertragsparteien ungeachtet etwaiger Kündigungsbeschränkungen das Recht, das Arbeitsverhältnis mit einer Höchstfrist von drei Monaten ordentlich zu kündigen.

An dieser Stelle wird vielfach ein verfassungswidriger Eingriff des Gesetzgebers in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie gesehen – jedenfalls dann, wenn die Tarifvertragspartien zum Beispiel in Manteltarifverträgen längere Kündigungsfristen als in § 113 InsO vorgesehen vereinbart hatten. Diese Bedenken teilt das Bundesarbeitsgericht nicht (BAG, Urteil vom 19. Januar 2000 – AP Nr. 5 zu § 113 InsO), die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht wurde von diesem als unzulässig zurückgewiesen (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 21. Mai 1999 – NZA 1999, 923). Wie so oft kamen die entsprechenden Abweichungen von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus Nordrhein-Westfalen, so hier zum Beispiel durch das Landesarbeitsgericht (LAG) Hamm mit Urteil vom 14. Januar 1999, das die Regelung des § 113 InsO für verfassungswidrig hielt. Gleiches gilt für das LAG Düsseldorf mit Urteil vom 9. Januar 1998.

Die Tarifverträge der Krankenkassen kennen diese kollektivrechtliche Unkündbarkeit. Es wird verwiesen auf die Regelung des TVöD, nach der bei 15-jähriger Betriebszugehörigkeit und der Vollendung des 40. Lebensjahres eine kollektivrechtliche Unkündbarkeit besteht. Diese kollektivrechtliche Unkündbarkeit wird nicht durch § 113 InsO aufgehoben, vielmehr finden auch in diesem Fall die grundsätzlichen Erwägungen der Rechtsprechung Anwendung. Danach können auch ordentlich unkündbare Arbeitsverhältnisse durch eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit beendet werden, wenn die Fortführung des Arbeitsverhältnisses eine bloße Förmerei darstellen würde. Entscheidende Voraussetzung ist die dauerhafte Betriebsstilllegung.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber der Insolvenzordnung die Belastung der Insolvenzmasse mit den Kosten der Arbeitsverhältnisse als ein zentrales Problem in der Insolvenz erkannt. Daher sind auch kollektivrechtliche Regelungen des Insolvenzrechts geschaffen worden, die diesem Schutz dienen. Zu nennen sind insbesondere die Begrenzung des Sozialplanvolumens oder das Widerrufsrecht zeitnaher Sozialpläne nach §§ 123, 124 InsO sowie die Kündigungsmöglichkeit von Betriebsvereinbarungen nach § 120 InsO. Sämtliche Regelungen dienen der Entlastung der Masse und erhöhen so die Überlebenschancen des Unternehmens. Statt seiner Liquidierung sollen durch Zugeständnisse aller Gläubiger, auch der Arbeitnehmer, eine Sanierung ermöglicht und Arbeitsplätze erhalten werden. Auch wenn § 120 InsO von der Kündigungsmöglichkeit von Betriebsvereinbarungen spricht, fallen hierunter auch Dienstvereinbarungen, die eine Krankenkasse mit dem jeweils zuständigen Personalrat oder Hauptpersonalrat geschlossen hat. In der Regel hat die Insolvenz des Unternehmens zur Folge, dass Rationalisierungsmaßnahmen eingeleitet werden müssen – sei es, dass der Betrieb im Ganzen oder Teile davon stillgelegt werden bzw. dass alle oder eine größere Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer entlassen wird.

Die Insolvenz einer Krankenkasse wird häufig dieselben Folgen wie bei anderen Unternehmen auch hervorrufen. Höchstwahrscheinlich ist mit der Übernahme von wesentlichen Teilen des Geschäfts durch andere Krankenkassen zu rechnen, sodass in diesem Zusammenhang insbesondere § 613 a BGB an Bedeutung gewinnt. § 613 a BGB und somit die Regelungen zum Betriebsübergang bleiben in der Insolvenz mit haftungsrechtlichen Einschränkungen anwendbar. Uneingeschränkt bleibt die Bestandsschutzfunktion des § 613 a BGB in der Insolvenz bestehen. Nach § 128 InsO können Betriebe veräußert werden; § 128 InsO setzt jedoch die Anwendung des § 613 a BGB voraus. Entgegen dem Gesetzeswortlaut sind auch Betriebsteilübergänge von der Möglichkeit der Veräußerung aus der Insolvenz heraus erfasst. Dies ist, gemessen am Regelungszweck des § 128 InsO, eine zügige Durchführung von Sanierungen in der Insolvenz zu erreichen, auch geboten.

Besonderes Augenmerk verdient die betriebliche Altersversorgung in der Insolvenz. Die betriebliche Altersversorgung beruht in der Regel auf der Zusage des Arbeitgebers (der Krankenkasse), eine Leistung für den Versorgungsfall zu erbringen. Eine Begrifflichkeit, bei der sich Sozialrechtler wieder mehr zu Hause fühlen. Die betriebliche Altersversorgung ist geregelt im Gesetz über die betriebliche Altersversorgung (BetrAVG). Bedeutend ist, dass § 17 Abs. 1 Satz BetrAVG den persönlichen Geltungsbereich auf Personen, die nicht Arbeitnehmer sind, erweitert, wenn ihnen Leistungen der Versorgung aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen zugesagt worden sind. Dies betrifft im Bereich der Krankenkassen insbesondere die Vorstände, die nicht als Arbeitnehmer im Sinne vieler Arbeitnehmerschutzvorschriften gelten, jedoch auch vom Regelungskreis des BetrAVG erfasst werden.

Durch die Insolvenzfähigkeit der Krankenkasse gelten nunmehr auch die Regelungen zum Insolvenzschutz der betrieblichen Altersversorgung.

## **2. Auswirkungen von Insolvenz oder Schließung auf die Ansprüche des Personals gegenüber den Krankenkassen – Sozialrecht**

Werden aufgrund einer Insolvenz der Krankenkasse die Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer nicht mehr erfüllt, kommen grundsätzlich zwei Leistungsansprüche der betroffenen Arbeitnehmer in Betracht.

Ich verweise in diesem Zusammenhang auf die Verpflichtung des Insolvenzverwalters, die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers anzunehmen. Tut der Insolvenzverwalter dies nicht, obwohl der Arbeitnehmer seine Leistung angeboten hat, und zahlt er dem Arbeitnehmer auch kein Entgelt, obgleich die vertragliche Leistungsverpflichtung besteht, kann dieser entsprechend den Regelungen des § 143 Abs. 3 SGB III Arbeitslosengeld beziehen. Der vom Insolvenzverwalter nicht erfüllte Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt geht auf die Agentur für Arbeit über, die nunmehr vom Insolvenzverwalter nach den Regelungen des Insolvenzrechts die Erfüllung der Entgeltansprüche des Arbeitnehmers aus eigenem Recht verfolgen kann.

Daneben sind selbstverständlich die Regelungen des Insolvenzgelds zu beachten. Beim Insolvenzgeld handelt es sich um eine Absicherung vermögensrechtlicher Arbeitnehmeransprüche durch die Bundesagentur für Arbeit. Es wird durch Erhebung einer Umlage gemäß §§ 358 ff. SGB III finanziert bzw. refinanziert. Das Verfahren ist im SGB III so geregelt, dass die Träger der Unfallversicherung der Bundesagentur für Arbeit die Aufwendungen für das Insolvenzgeld zu erstatten haben und ihrerseits den von ihnen aufzubringenden Anteil nach dem Entgelt der Versicherten auf die Unternehmen in ihrem Zuständigkeitsbereich umlegen. Letztlich wird das Insolvenzgeld unmittelbar durch die Wirtschaft finanziert. An dieser Umlage sind nunmehr nach der Insolvenzfähigkeit der Krankenkassen auch sämtliche Krankenkassen beteiligt.

Das Insolvenzgeld ist der Nachfolger des Konkursausfallgelds, das nach den Vorschriften des Arbeitsförderungsgesetzes gewährt wurde und heute in den Vorschriften der §§ 183 ff. SGB III geregelt ist.

Nach § 183 Abs. 1 SGB III besteht Anspruch auf die Leistung von Insolvenzgeld für die vorausgehenden drei Monate des Arbeitsverhältnisses. Dieser Zeitraum umfasst grundsätzlich die drei Monate vor dem Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. die Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse. Geschützt werden über die §§ 183 ff. SGB III das Arbeitsentgelt sowie sämtliche Nebenleistungen, insbesondere Gewinnanteile und Tantiemen, Deputate und Naturalbezüge sowie Zuschüsse zu vermögenswirksamen Leistungen. Nicht erfasst sind Abfindungen nach dem Kündigungsschutzgesetz (vgl. §§ 9, 10 KSchG) sowie Ansprüche aus Sozialplänen, Karenzentschädigungen und aus der betrieblichen Altersversorgung.

Die Schließung der Krankenkasse ist in § 170 SGB V geregelt. Eine Ersatzkasse wird dann von der Aufsichtsbehörde geschlossen, wenn ihre Leistungsfähigkeit nicht mehr auf Dauer gesichert ist. Gemäß § 171 SGB V hat der Verband, dem die Ersatzkasse angehörte, die Verpflichtung der Gläubiger zu erfüllen, wenn das Vermögen einer aufgelösten oder geschlossenen Ersatzkasse nicht ausreicht. Die Schließung hat daher weitaus geringere Auswirkungen auf das Personal einer Krankenkasse, weil ihre Ansprüche besser abgesichert sind.

## Haftungsverantwortung und Haftungsvermeidung aus österreichischer Sicht

*Dr. Günter Porsch, Bundesministerium für Gesundheit, Wien*

### I. Einleitung

Aus der Sicht des Tätigkeitsbereiches eines Bediensteten im Bundesministerium für Gesundheit, welches ja Aufsichtsbehörde über die Krankenversicherungsträger ist<sup>1</sup>, stellen sich in der täglichen Praxis Fragen der Haftung nicht vorrangig. Diese werden erst dann interessant, wenn etwas passiert – wenn also Versicherungsvertreter Handlungen setzen oder von Verwaltungskörpern Beschlüsse gefasst werden, aus denen dem Versicherungsträger oder Dritten ein Schaden erwächst, und derartige Vorgänge auch von der Aufsichtsbehörde – aus welchen Gründen auch immer – nicht von vornherein unterbunden wurden. Selbstverständlich wären diesfalls auch Haftungsfragen zu relevieren. Tatsächlich ist in der Vergangenheit noch nicht viel „passiert“, oder das „Passierte“ wurde nicht oder nicht hinreichend auf mögliche Haftungsrelevanz untersucht.

Was bisher stattfand, war eine mehr oder weniger fundierte theoretische Auseinandersetzung mit dem gegenständlichen Thema nach dem Motto „Was wäre, wenn ...?“, und auch das meist nur in der Eile des „Tagesgeschäftes“ und nicht als tiefgehende Auseinandersetzung mit einem doch – wie es scheint – an Wichtigkeit gewinnenden Problemkreis. Was wir hingegen nicht vorfinden, ist eine gesicherte Judikatur dazu. Man darf dies aber nicht nur mit dem weinenden Auge desjenigen sehen, der Gewissheit in der Beantwortung einer Frage erlangen will, sondern darf durchaus auch ein lachendes Auge zeigen, weil dies ja (wenn man nicht davon ausgehen will, dass alles Haftungsrelevante mit vereinten Kräften unter den Teppich gekehrt wurde) bedeutet, dass schadenserzeugende Aktivitäten in der Vergangenheit offenbar weitestgehend nicht gesetzt wurden.

Nicht zuletzt in Zeiten der knapper werdenden finanziellen Ressourcen der Versicherungsträger ist aber das Bundesministerium für Gesundheit als Aufsichtsbehörde zunehmend mit den Sorgen von Versicherungsvertretern konfrontiert, die fürchten, für die Teilnahme an Verwaltungskörperbeschlüssen in die Haftung zu geraten. Dabei wird erkennbar, wie wenig Information auf diesem Gebiet vorhanden ist.

Mit diesem Beitrag soll versucht werden, etwas Licht ins Dunkel dieses Rechtsbereiches zu bringen. Dazu sollen zunächst ganz kurz die allgemeinen Haftungsgrundsätze im Verhältnis zwischen dem allgemeinen bürgerlichen Recht und den sozialversicherungsrechtlichen Spezialregelungen dargestellt werden. Danach werden die für die Pflichten der Selbstverwaltung der gesetzlichen Sozialversicherung geltenden Regelungen behandelt. Und schließlich soll – um dem Generalthema „Insolvenz von Krankenkassen“ einigermaßen gerecht zu werden – dargelegt werden, wann Haftung bei einem in einer finanziell prekären Situation befindlichen Versicherungsträger eintreten und wie diese allenfalls vermieden werden kann.

## II. Haftungsgrundsätze

### 1. § 424 ASVG – maßgebliche Elemente des Gesetzestextes

Zentrale Bestimmung in Sachen Verantwortung der Versicherungsvertreter für ihre Handlungen ist wohl § 424 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) – selbstverständlich sind es auch die entsprechenden Bestimmungen in den sozialversicherungsrechtlichen Parallelgesetzen<sup>2</sup>. Dieser Gesetzesstelle zufolge haben die Mitglieder der Verwaltungskörper der Versicherungsträger und des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger bei der Ausübung ihres Amtes die Rechtsvorschriften zu beachten. Sie sind zur Amtsverschwiegenheit sowie zur gewissenhaften und unparteiischen Ausübung ihres Amtes verpflichtet. Sie haften unbeschadet der Bestimmungen des Amtshaftungs- und des Organhaftpflichtgesetzes für jeden Schaden, der dem Versicherungsträger bzw. dem Hauptverband aus der „Vernachlässigung ihrer Pflichten“ erwächst. Die Versicherungsträger bzw. der Hauptverband können auf Ansprüche aus der Haftung nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde verzichten. Macht ein Versicherungsträger oder der Hauptverband trotz mangelnder Genehmigung der Aufsichtsbehörde die Haftung nicht geltend, kann diese die Haftung anstelle und auf Kosten des Versicherungsträgers bzw. des Hauptverbandes geltend machen.

In der zitierten Vorschrift werden in den ersten beiden Sätzen zunächst allgemeine Pflichten normiert (Beachtung der Rechtsvorschriften, Amtsverschwiegenheit, gewissenhafte und unparteiische Ausübung des Amtes). Damit hat es selbstverständlich noch nicht sein Bewenden. Die Versicherungsvertreter sind konkret noch einer Reihe von Pflichten im Zusammenhang mit der Mitwirkung an der Beschlussfassung in den Verwaltungskörpern unterworfen, in die sie entsendet wurden. Darauf wird im Folgenden noch einzugehen sein.

Von wirklich entscheidender Bedeutung für die Haftung von Versicherungsvertretern ist freilich der dritte Satz der in Rede stehenden Bestimmung: Versicherungsvertreter haften unbeschadet der Bestimmungen des Amtshaftungs- und des Organhaftpflichtgesetzes für jeden Schaden, der dem Versicherungsträger bzw. dem Hauptverband aus der Vernachlässigung ihrer Pflichten erwächst. In diesem Satz finden sich alle Zutaten, die bei der Beurteilung der Haftung von Versicherungsvertretern Anwendung finden.

### 2. Unterschiede zum allgemeinen bürgerlichen Recht?

Geht man die einzelnen Tatbestandselemente durch, lassen sich folgende Merkmale isolieren: Zunächst muss ein Schaden verursacht worden – „dem Versicherungsträger erwachsen“ – sein. Dieser Schaden muss kausal einem oder mehreren Versicherungsvertretern zugeordnet werden können, und er muss durch eine Rechtswidrigkeit – hier durch den Ausdruck „Vernachlässigung“ verdeutlicht – entstanden sein. In der Wendung „Vernachlässigung seiner Pflichten“ steckt darüber hinaus auch noch der Hinweis darauf, dass nur ein Verschulden des Versicherungsvertreters haftungsbe gründend sein kann.

Vergleicht man damit die – deliktische – Haftung nach bürgerlichem Recht, sind viele Parallelen festzustellen: So wird der Schadensbegriff als Voraussetzung für – wie es in der Überschrift zu diesem Hauptstück des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetz-

buches heißt – „Schadenersatz und Genugtuung“ im § 1293 ABGB folgendermaßen definiert: „Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemandem am Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.“ Und § 1294 ABGB setzt fort: „Der Schade entspringt entweder aus einer widerrechtlichen Handlung oder Unterlassung eines anderen (oder aus einem Zufalle)“. Hier finden sich also sowohl die Kausalität als auch die Rechtswidrigkeit. Und weiter: „Die widerrechtliche Beschädigung wird entweder willkürlich oder unwillkürlich zugefügt. Die willkürliche Beschädigung aber gründet sich teils in einer bösen Absicht, wenn der Schaden mit Wissen und Willen, teils in einem Versehen, wenn er aus schuldbarer Unwissenheit oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit oder des gehörigen Fleißes verursacht worden ist. Beides wird ein Verschulden genannt.“ Es wird also auch hier ein Verschulden vorausgesetzt, und es wird zwischen Verschuldensgraden differenziert.

Da die vom bürgerlichen Recht verlangten Tatbestandsmerkmale auch von der sozialversicherungsgesetzlichen Spezialnorm des § 424 ASVG und den entsprechenden Normen der übrigen Sozialversicherungsgesetze vorausgesetzt werden, kann in einem Zwischenresümee also festgehalten werden, dass es inhaltlich so gut wie keine Abweichungen hinsichtlich der Voraussetzungen für die Haftung eines Versicherungsvertreters für den von ihm in dieser Eigenschaft zugefügten Schaden zwischen den allgemeinen zivilrechtlichen Schadenersatzregelungen des ABGB und dem Sozialversicherungsrecht gibt. Die in den Sozialversicherungsgesetzen enthaltenden Haftungsbestimmungen stellen die Haftung wohl lediglich klar, ohne echte Abweichungen von der allgemeinen Rechtslage zu verfügen<sup>3</sup>.

### **3. Anwendbarkeit auf hoheitliches bzw. privatwirtschaftliches Handeln?**

Fraglich ist, ob durch die speziellen sozialversicherungsrechtlichen Haftungsbestimmungen eine Ausweitung der Verantwortlichkeit im hoheitlichen Handeln auch auf privatwirtschaftliches Handeln im bürgerlichen Recht erfolgt, ob also § 424 ASVG und die gleichlautenden Bestimmungen der sozialversicherungsrechtlichen Nebengesetze eine – indirekte – Verweisung auf das ABGB enthalten.

Einerseits spricht § 424 ASVG davon, dass die Versicherungsvertreter „bei der Ausübung ihres Amtes“ die Rechtsvorschriften zu beachten haben, was auf die Einschränkung auf hoheitliche Akte hindeutet. Andererseits aber haften die Versicherungsvertreter „für jeden Schaden, der aus der Vernachlässigung ihrer Pflichten erwächst“. Dies kann meiner Ansicht nach als Hinweis auf eine umfassendere Haftung angesehen werden. Ähnlich äußert sich Schrank<sup>4</sup>, der das Schließen der „Haftungslücke“ (die, wie er ausführt, sonst vom OGH durch Anwendung der Schadenersatzregeln des bürgerlichen Rechtes erfolgt) infolge Anordnung der Haftung in den Sozialversicherungsgesetzen trotz des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses zwischen Organwalter und Sozialversicherungsträger für nicht erforderlich hält. Schrank führt dazu aus, dass die Frage, ob damit auf die Schadenersatzregeln des ABGB verwiesen wird, dem Grunde nach wohl zu bejahen sei. Dieser Einschätzung kann meines Erachtens durchaus gefolgt werden.

### III. Amtshaftungs- und Organhaftpflichtgesetz

#### 1. Anwendung auf hoheitliche bzw. privatwirtschaftliche Verwaltung

Wie verhalten sich aber die sozialversicherungsrechtlichen Haftungsregeln zu dem darin erwähnten Amtshaftungs- und Organhaftpflichtgesetz? Beim Versuch einer Beantwortung dieser Frage ist ein in der Legistik immer wieder verwendetes Wort mit schillerndem Bedeutungsinhalt zu betrachten: das Wort „unbeschadet“. Versicherungsvertreter haften „unbeschadet“ des Amtshaftungs- und Organhaftpflichtgesetzes. Die Bedeutung dieser Wendung ist jedenfalls nicht eindeutig. Gelegentlich wird dieser Ausdruck als „ohne Rücksicht auf“, „ungeachtet“ oder „trotz“ verstanden. In diesem Sinne könnten die für die Versicherungsvertreter geltenden Vorschriften als Ausnahme von der Anwendung des Amtshaftungs- und des Organhaftpflichtgesetzes gedeutet werden. Im Sprachgebrauch findet sich aber auch eine andere Bedeutung: „Unbeschadet“ ist damit als „ohne Schaden für“ oder „ohne Nachteil für“ zu sehen. Letztere Auslegung wird durch zahlreiche höchstgerichtliche Erkenntnisse untermauert<sup>5</sup>.

Dies bedeutet für den gegenständlichen Anwendungsfall, dass eine Schadenszufügung jedenfalls im Bereich der Hoheitsverwaltung die Anwendung des Amtshaftungs- und des Organhaftpflichtgesetzes nach sich zieht. Fraglich bleibt hingegen, ob eine analoge Anwendung dieser Gesetze auch für im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung verursachte Schäden vorgesehen ist. Schrank<sup>6</sup> spricht sich dafür aus und begründet dies im Wesentlichen wie folgt: Einerseits enthielten die Sozialversicherungsgesetze in ihren speziellen Haftungsbestimmungen für die Versicherungsvertreter keine besondere Aussage zur Verschuldensfrage, ließen aber deutlich den Konnex zur Amtshaftung erkennen; andererseits sei offenbar eine „einheitliche“ Haftung gewollt, dies umso mehr, als sachlich nicht einzusehen wäre, wenn Mitglieder eines Verwaltungskörpers dem Versicherungsträger im Rahmen der hoheitlichen Vollziehung nach dem Amtshaftungs- und dem Organhaftpflichtgesetz nur begrenzt haften würden, im Rahmen ihrer privatwirtschaftlichen Tätigkeit aber voll, obwohl sie in beiden Fällen im Rahmen desselben öffentlichen Verhältnisses agierten.

#### 2. Umfang der Haftung

Wie bereits angeklungen, erfahren die allgemeinen Haftungsmaßstäbe des bürgerlichen Rechtes durch die genannten Spezialgesetze eine Einschränkung. Nach dem ABGB wird grundsätzlich (von Ausnahmen wie etwa der Wegehalterhaftung im § 1319a ABGB<sup>7</sup> abgesehen) ab leichter Fahrlässigkeit voll gehaftet. Bei leicht fahrlässiger Schadenszufügung ist allerdings bloß der Ersatz des wirklichen, des erlittenen Schadens oder des „positiven“ Schadens zu leisten<sup>8</sup>. Der Schaden ist diesfalls nach dem Wert der beschädigten Sache zu bemessen<sup>9</sup>, ohne Rücksichtnahme auf eine besondere Bewertung durch den Geschädigten. Hat der Schädiger den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht, muss er volle Genugtuung leisten<sup>10</sup>.

Nach § 1 Abs. 1 des Amtshaftungsgesetzes<sup>11</sup> haften unter anderem die Träger der Sozialversicherung nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes für den Schaden am Vermögen oder an der Person, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben; dem Geschädigten haftet das Organ nicht. Auch in dieser Anordnung sind die Tatbestandsmerkmale Schaden, Verschulden, Rechtswidrigkeit und Kausalität enthalten.

Das in der zitierten Bestimmung angesprochene Verhalten kann sowohl in einer Handlung als auch in einer Unterlassung bestehen. Es ist davon auszugehen, dass unter dem Begriff der Rechtswidrigkeit im Sinne des Amtshaftungsgesetzes nicht nur die gesetzwidrige Anwendung materieller oder verfahrensrechtlicher Vorschriften den betroffenen Parteien und Beteiligten gegenüber zu verstehen ist, sondern auch die Verletzung aller öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsvorschriften, die die Schädigung von Personen und Sachen verhindern sollen. Gerade die den Versicherungsträgern und ihren Verwaltungskörpern eingeräumten Ermessensspielräume machen allerdings die Beurteilung der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens schwierig. Eine generelle Aussage dazu ist jedenfalls unmöglich; ob die Grenzen eines bestehenden Freiraums überschritten werden, kann wohl nur im konkreten Einzelfall beurteilt werden.

### 3. Umfang des Rückersatzanspruches

Die Haftung des Rechtsträgers ist hinsichtlich des Grades des Verschuldens nicht eingeschränkt. Hat allerdings der Rechtsträger dem Geschädigten den Schaden ersetzt, kann er von den Personen, die als seine Organe gehandelt und die Rechtsverletzung verursacht haben den Rückersatz nur bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Rechtsverletzung begehren<sup>12</sup>. Bei grober Fahrlässigkeit kann darüber hinaus das Gericht aus Gründen der Billigkeit den Rückersatz mäßigen<sup>13</sup>. Diese Möglichkeit der Mäßigung besteht nach dem Organhaftpflichtgesetz<sup>14</sup> jedenfalls auch dann, wenn die Schädigung auf einem Versehen beruht; sofern der Schaden durch einen minderen Grad des Versehens zugefügt worden ist, kann das Gericht ihn auch ganz erlassen<sup>15</sup>.

Kein Rückersatz kann von einem Organ nach dem Amtshaftungsgesetz allerdings dann begehrt werden, wenn eine Handlung auf Weisung eines Vorgesetzten erfolgt ist – es sei denn, das Organ hätte die Weisung eines offenbar unzuständigen Vorgesetzten befolgt oder in Befolgung der Weisung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen<sup>16</sup>. Das Organhaftpflichtgesetz ergänzt diese Tatbestände noch um jenen der entschulderten Fehlleistung<sup>17</sup>; auch in diesem Fall ist ein Ersatz ausgeschlossen.

## IV. Haftung einer Mehrzahl von Personen

### 1. Situation in der Sozialversicherung

Bisher haben wir uns lediglich mit der Frage der Haftung einzelner Personen im Zusammenhang mit dem von ihnen allein gesetzten und allein zu verantwortenden Verhalten auseinandergesetzt. Im Bereich der gesetzlichen Sozialversicherung fallen viele Entscheidungen – und sicherlich nicht die unwichtigsten – im Rahmen der Selbstverwaltung. Die geschäftsführenden Verwaltungskörper – Generalversammlung und Vorstand sowie die aus Mitgliedern der Generalversammlung gebildeten Ausschüsse – einerseits und die Kontrollversammlung andererseits fassen Beschlüsse, die nach außen wirksam werden und das Handeln des Büros des Versicherungsträgers bestimmen. Die genannten Gremien werden von den Versicherungsvertretern gebildet, die durch gemeinschaftliches Handeln die Willensbildung des Versicherungsträgers betreiben. Für derartige Fälle bestimmen das Amtshaftungs- und das Organhaftpflichtgesetz annähernd gleichlautend<sup>18</sup>, dass für die von einem Kollegialorgan beschlossenen Entscheidungen und Verfügungen nur die Stimmführer haften, die für sie gestimmt haben. Beruht jedoch die Entscheidung oder Verfügung auf einer unvollständigen oder

unrichtigen Darstellung des Sachverhaltes durch den Berichterstatter, haften auch die Stimmführer, die dafür gestimmt haben, nicht – es sei denn, dass sie die pflichtgemäße Sorgfalt grobfahrlässig außer Acht gelassen haben.

## 2. Umfang der Haftung

Zur Frage, in welcher Höhe und in welcher Art und Weise der widerrechtlich und schuldhaft zugefügte Schaden den einzelnen Schädigern, die gemeinschaftlich gehandelt haben, zuzurechnen ist, normieren die §§ 1301 und 1302 ABGB Zurechnungsregeln, wenn der Schaden von mehreren Personen verantwortet werden muss, weil sie gemeinschaftlich zum Schadenseintritt beigetragen haben:

Wenn der Schaden „in einem Versehen gegründet“ ist, also fahrlässig herbeigeführt wurde, und sich die Anteile jedes Einzelnen bestimmen lassen, verantwortet „jeder nur den durch sein Versehen verursachten Schaden“<sup>19</sup>. Wenn aber der Schaden vorsätzlich zugefügt worden ist oder sich die Anteile der Mitverursacher nicht bestimmen lassen, „so haften alle für einen und einer für alle“<sup>20</sup>. Doch „bleibt demjenigen, welcher den Schaden ersetzt hat, der Rückersatz gegen die übrigen vorbehalten“, es steht ihm also das Recht auf Regress zu.

## V. Spezielle Verpflichtungen der Versicherungsvertreter als Mitglieder von Verwaltungskörpern

Welche Pflichten kann nun ein Versicherungsvertreter verletzen, um der Haftung ausgesetzt zu sein? Wie bereits ausgeführt, bleibt § 424 ASVG nur vage, spricht allgemein von der Vernachlässigung der Pflichten und nennt nur einige wenige konkrete Verpflichtungen. Tatsächlich halten aber die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften eine Reihe weiterer – zum Teil sehr konkreter – von den Versicherungsvertretern zu erfüllender Aufgaben und Verpflichtungen bereit, deren Missachtung haftungsbegründend sein kann. Hier geht es noch lange nicht um die Situation eines bereits drohenden Konkurses; davon sind wir zunächst noch weit entfernt; nicht ausgeschlossen ist aber, dass ein bestimmtes Handeln oder – vermutlich noch viel mehr – ein Unterlassen die Herbeiführung einer solchen Situation begünstigen kann und daher zu vermeiden ist.

Der Vorstand ist das geschäftsführende Organ eines Versicherungsträgers. Ihm obliegt die Geschäftsführung, soweit nicht das Gesetz bestimmte Aufgaben der Geschäftsführung einem anderen Organ – der Generalversammlung oder im Falle von Versicherungsträgern mit Zuständigkeit für das gesamte Bundesgebiet den Landesstellenausschüssen – übertragen hat oder der Vorstand selbst bestimmte Aufgaben an Ausschüsse aus Mitgliedern der Generalversammlung, an den Obmann oder an das Büro des Versicherungsträgers delegiert<sup>21</sup>.

Eine Abgrenzung oder taxative Aufzählung hinsichtlich der vom Vorstand zu besorgenden Aufgaben findet sich im Gesetz nicht. Die Geschäftsführungsbefugnis und -verpflichtung ist umfassend und kann nur negativ durch „Subtraktion“ der an andere Organe übertragenen Aufgaben definiert werden.

Im Gegensatz dazu sind die Aufgaben der Generalversammlung – dem zweiten geschäftsführenden Organ – im Gesetz abschließend genannt<sup>22</sup>. Nur beispielsweise – weil im gegenständlichen Zusammenhang von besonderer Bedeutung – nenne ich hier die Befugnisse zur Beschlussfassung über den Jahresvoranschlag, über den Rechnungsabschluss des Vorstandes und dessen Entlastung (bei deren Ablehnung die Aufsichtsbehörde zu entscheiden hat) und die Entscheidung über die Verfolgung von Ansprüchen, die dem Versicherungsträger gegen Mitglieder der Verwaltungskörper aus deren Amtsführung erwachsen.

Die Kontrollversammlung wiederum ist berufen, die gesamte Haushaltsführung des Versicherungsträgers ständig zu überwachen, zu diesem Zweck insbesondere die Buch- und Kassenführung und den Rechnungsabschluss zu überprüfen, über ihre Wahrnehmungen Bericht zu erstatten und die entsprechenden Anträge zu stellen. Insbesondere hat sie den Antrag auf Genehmigung des Rechnungsabschlusses und die Entlastung des Vorstandes in der Generalversammlung zu stellen<sup>23</sup>.

## **VI. Haftungsrisiko in den einzelnen Verwaltungskörpern bzw. Verhalten zur Vermeidung der Haftung**

Wie gezeigt, findet nur hinsichtlich der Generalversammlung eine abschließende Aufzählung ihrer Pflichten statt, was die Eingrenzung ihrer Haftung erheblich erleichtert. Allerdings sind die vom Gesetz genannten Pflichten von großer Bedeutung. Die Beschlussfassung über den Rechnungsabschluss und die Entlastung des Vorstandes etwa umfassen genau genommen die gesamte Haushaltsführung des Versicherungsträgers. Diese Befugnis ist daher mit besonderer Sorgfalt auszuüben, wengleich die Generalversammlung sicherlich nicht jedem einzelnen Geschäftsfall wird nachgehen können, sondern das Gesamtbild der finanziellen Situation im Auge behalten muss. Sie wird dabei darauf angewiesen sein, hinreichende Informationen durch das Büro (etwa in Form eines Berichtes des leitenden Angestellten) und des Vorstandes als allgemein geschäftsführendes Organ (vertreten durch den Obmann) zu erhalten. Von besonderer Bedeutung wird aber auch die Haltung der Kontrollversammlung in diesem Zusammenhang sein. Stellt diese einen positiven Antrag zum Rechnungsabschluss und empfiehlt sie die Entlastung des Vorstandes, wird die Generalversammlung wohl im Regelfall davon ausgehen können, dass der Annahme des Rechnungsabschlusses und der Entlastung des Vorstandes keine Hindernisse entgegenstehen, sofern sich nicht aus anderweitiger Wahrnehmung ein anderes Bild ergibt.

Etwas anders stellt sich meines Erachtens die Sachlage beim Vorstand dar. Wengleich auch er nicht über jeden Einzelfall der Geschäftsführung informiert sein kann und es wohl unerlässlich ist, die laufenden Aufgaben an das Büro zu delegieren – und es im Regelfall sicherlich gerechtfertigt ist, in dessen Fähigkeit und Redlichkeit ein gewisses Maß an Vertrauen zu setzen – ist ihm doch eine weitaus genauere Beobachtung der Haushaltsführung des Versicherungsträgers zuzumuten. Nicht zuletzt durch die größere Sitzungshäufigkeit im Vergleich zum Sitzungskalender der Generalversammlung und im Hinblick darauf, dass ihm sämtliche Sitzungsprotokolle der Ausschüsse zur genehmigenden Kenntnisnahme vorgelegt werden sowie auch das Büro über die wichtigeren Angelegenheiten regelmäßig Bericht erstattet, sollte der Vorstand einen tiefer gehenden Einblick in das Geschehen im Versicherungsträger haben. Sollten die

dem Vorstand zugehenden Informationen Fragen offen lassen, sollten sich Zweifel ergeben, sind die erstatteten Berichte und die vorgelegten Protokolle augenscheinlich unvollständig bzw. nicht konsistent, sind die Versicherungsvertreter in diesem Gremium gut beraten, wenn sie die zur Aufklärung nötigen Fragen stellen. Andernfalls könnte man ihnen ein Verschulden an einem dann allenfalls eintretenden Schaden zur Last legen, weil sie den Mangel oder die Ungereimtheit hätten erkennen können, ja erkennen müssen. Falsch beantwortete Fragen und die daraus gezogenen Konsequenzen, insbesondere in Form von Beschlüssen, können aber – wenn die Unrichtigkeit auch bei gebotener Sorgfalt nicht erkennbar war – nicht zur Haftung der dem Vorstand angehörenden Versicherungsvertreter führen.

Die Kontrollversammlung wiederum ist explizit durch den Gesetzeswortlaut dazu berufen, die gesamte Haushaltsführung des Versicherungsträgers zu überwachen. Freilich wird auch dieses Ansinnen wortwörtlich sicher nicht zu erfüllen sein. Vielmehr wird dieser Formulierung die Absicht des Gesetzgebers beizumessen sein, die Kontrollversammlung mit umfassenden Befugnissen zur Prüfung der Haushaltsführung des Versicherungsträgers auszustatten. Es soll ihr der Einwand erspart bleiben, dass sie ja in der einen oder anderen Angelegenheit gar kein Recht hätte, eine Prüfung vorzunehmen. Umgekehrt wird die Rechtfertigung der Kontrollversammlung, sie könne sich nicht um alles kümmern, dort ins Leere gehen, wo bei Anlegen eines entsprechenden Sorgfaltsmaßstabes und in Abwägung zwischen den Aufgaben des Versicherungsträgers eine hinreichend sorgfältig handelnde Person sich mit einer bestimmten Fragestellung auseinandersetzen würde. Wengleich nicht in Zweifel zu ziehen ist, dass den Selbstverwaltungskörpern eines Versicherungsträgers bzw. deren Mitgliedern ein Auskunftsrecht gegenüber anderen Gremien, gegenüber dem Obmann oder auch gegenüber dem Büro zukommt, so ist bei der Kontrollversammlung der Gesetzestext etwas deutlicher: Die Kontrollversammlung ist berufen, zum Zweck der Gebarungüberwachung insbesondere die Buch- und Kassenführung und den Rechnungsabschluss zu prüfen. Ihr wurde daher nicht nur die Durchführung der Kontrolltätigkeit abstrakt aufgetragen, sondern ihr wurden auch die Befugnisse an die Hand gegeben, um diesen Auftrag erfüllen zu können. Nimmt sie diese Möglichkeiten nicht in hinreichendem Maße wahr, muss wohl von der „Vernachlässigung der Pflichten“ im Sinne des § 424 ASVG gesprochen und im Schadensfall ein Verschulden daran und eine Haftung daraus angenommen werden. Wie schon erwähnt, empfiehlt die Kontrollversammlung der Generalversammlung die Entlastung des Vorstandes. Wären allein das Rechenwerk des Rechnungsabschlusses und sein Ergebnis maßgeblich für die Erteilung der Entlastung, bedürfte es einer derartigen Empfehlung mit Sicherheit nicht. Die Zahlen liegen vor; für jedes Mitglied der Generalversammlung ist ersichtlich, ob das Geschäftsjahr mit einem Überschuss oder einem Minus endet. Beachtlich sind aber auch die Umstände, die zu den vorliegenden Zahlen geführt haben.

## **1. Möglichkeiten der Steuerung durch einen Versicherungsträger (bzw. seiner Verwaltungskörper) und haftungsrechtliche Konsequenzen**

Zur Frage der Dispositionsmöglichkeit eines Versicherungsträgers zur Realisierung von Sparmaßnahmen muss man sich vor Augen führen, dass die Gebarung der Versicherungsträger weitestgehend durch das Gesetz bestimmt und vom Versicherungsträger nur mäßig beeinflussbar ist.

Es steht einem Versicherungsträger und seinen Organen jedenfalls nicht ohne Weiteres frei, eine oder mehrere Pflichtleistungen zu streichen, wie dies ein Unternehmer mit Produkten aus seiner Angebotspalette tun kann, wenn sie ihm nicht mehr rentabel erscheinen. Man stelle sich vor, der Versicherungsträger verweigert die Behandlung der saisonalen Grippe, weil diese nun einmal zu viel kostet. Auch der Wechsel des Vertragspartners – etwa für den ärztlichen Beruf in der Gestalt der Ärztekammer – ist nicht möglich. Selbst nach Eintritt eines vertragslosen Zustandes wird sich der Träger, will er diesen beenden, wieder mit denselben Personen an den Verhandlungstisch setzen müssen.

In diesem Spannungsfeld ist meines Erachtens aus der Sicht des Versicherungsträgers, seiner Gremien und der Mitglieder derselben nicht jede Entscheidung, die eine finanzielle Belastung des Versicherungsträgers bedeutet – selbst wenn sie ihn noch tiefer ins Minus führt – als schuldhaft zu bezeichnen. Haben sich die Verantwortlichen im Rahmen der Geschäftsführung rechtskonform verhalten und sind ihren Pflichten sorgfältig nachgekommen, konnten sie aber trotz aller zumutbaren Anstrengungen einen Abgang in der Gebarung nicht verhindern, bleibt meines Erachtens für eine Schulduweisung und eine Haftung kein Raum.

## **2. Spezialproblem: Entlastung des Vorstandes durch die Generalversammlung und diesbezügliche Empfehlung der Kontrollversammlung**

Der Kontrollversammlung kommt im Lichte der vorangegangenen Ausführungen gerade bei einem negativen Gebarungsergebnis die besondere Aufgabe zu, die Gründe hierfür zu erforschen und der Generalversammlung darüber zu berichten. Damit wie mit der Empfehlung selbst gibt die Kontrollversammlung der Generalversammlung eine wertvolle Entscheidungshilfe an die Hand.

Das Sozialversicherungsrecht macht keine Aussage zur Wirkung der Entlastung des Vorstandes durch die Generalversammlung. Es ist aber davon auszugehen, dass die im Gesellschaftsrecht eintretenden Folgen der Entlastung auch hier zur Anwendung gelangen<sup>24</sup>. Der Versicherungsträger verzichtet damit grundsätzlich auf Ersatzansprüche gegenüber dem Vorstand und seinen Mitgliedern, allerdings nur hinsichtlich jener Umstände, die bei Beschlussfassung aus den vorgelegten Urkunden und Berichten erkennbar waren. Waren Ersatzansprüche nicht erkennbar und/oder die vorgelegten Unterlagen nicht vollständig, können diese auch noch nach der Entlastung geltend gemacht werden<sup>25</sup>.

### 3. Schlussfolgerung

Auch wenn der Fragenkomplex rund um die Rechte und Pflichten der Versicherungsvertreter im Allgemeinen noch bei Weitem nicht abschließend behandelt ist und es im Hinblick auf die Vielzahl von möglichen Sachverhalten und Einzelfragen eine abschließende Behandlung wohl auch kaum wird geben können, hoffe ich doch, einen Eindruck dahingehend vermittelt zu haben, dass – zumindest nach meinem Dafürhalten – der Eintritt einer Haftung von vielen Sachverhaltselementen abhängt. Daher kann letztlich nur jeder Einzelfall gesondert beurteilt werden. Eine nicht unerhebliche Rolle spielt in diesem Zusammenhang der Beweis, dass ein bestimmtes Verhalten kausal für den Eintritt eines Schadens war, also die Beantwortung der Frage, ob eine bestimmte Situation als Schaden im Sinne einer „Vorher-Nachher-Betrachtung“ unter Berücksichtigung der diese Situation beeinflussenden Handlung oder Unterlassung zu betrachten ist.

## VII. Insolvenz eines Sozialversicherungsträgers

### 1. Ausgangssituation

Die Krankenversicherungsträger – einige von ihnen besonders – leiden bekanntlich an permanenter Geldknappheit. Dies hat auch sein Gutes, wenn es gilt, der Begehrlichkeit der Leistungserbringer die leeren Kassen argumentativ entgegenzuhalten. Wenn aber Jahr für Jahr trotz eingeleiteter Sparmaßnahmen nur noch ein Minus erwirtschaftet wird und der Schuldenberg dermaßen anwächst, dass die Leistungen nur noch durch Aufnahme von Barvorlagen bei Geldinstituten vollständig erbracht werden können, ist der Zeitpunkt gekommen, sich darüber Gedanken zu machen, bis zu welchem Grad der Verschuldung weitergemacht werden kann wie bisher und welche Maßnahmen zu ergreifen sind, wenn das Ende der sprichwörtlichen Fahnenstange erreicht zu sein scheint. Dabei spielt zwangsläufig die Frage des Konkurses eines Versicherungsträgers eine nicht unbedeutende Rolle. Und eben diese Frage beschäftigt ebenso zwangsläufig die Versicherungsvertreter, ist doch – wenn die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung<sup>26</sup> vorliegen – diese gemäß § 69 Abs. 2 KO ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber 60 Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu beantragen. Diese Verpflichtung trifft zufolge Abs. 3 dieser Bestimmung unter anderem die organschaftlichen Vertreter juristischer Personen.

### 2. Insolvenzfähigkeit von Versicherungsträgern

Zuallererst muss man sich wohl mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Versicherungsträger überhaupt in Konkurs gehen kann. Das Sozialversicherungsrecht kennt – wie dies die rechtliche Konsequenz eines Konkurses wäre – die Auflösung von Versicherungsträgern grundsätzlich nicht. Lediglich für die noch existierenden Betriebskrankenkassen findet sich eine Sonderbestimmung<sup>27</sup>, der zufolge der Gesundheitsminister eine Betriebskrankenkasse als aufgelöst erklären kann, wenn dies von der Generalversammlung beantragt wird oder wenn der Eintritt wesentlicher Änderungen in den Verhältnissen – z.B. die Auflösung des zugehörigen Betriebes und das Sinken der Zahl der Versicherten – oder grobe Unregelmäßigkeiten in der Gebarung die Auflösung geboten erscheinen lassen. Er hat hierbei die erforderlichen Anordnungen bezüglich des Rechts-, Vermögens- und Mitgliederüberganges zu treffen. Das Gesetz spricht in diesem Zusammenhang von einer „Anhörung ... der für die Übernahme der Versicherten in Betracht kommenden Gebietskrankenkasse/n“. Davon ist

abzuleiten, dass der Gesetzgeber von der Eingliederung der Versicherten der aufgelösten Betriebskrankenkasse in die jeweils örtlich zuständige Gebietskrankenkasse ausgeht. Ein Konkurs wird dann wohl nicht Platz greifen, da die aufnehmende Gebietskrankenkasse wohl oder übel das Defizit der Betriebskrankenkasse wird übernehmen müssen. Jedenfalls hat die Regelung dieser Frage der Gesundheitsminister laut dem zuvor zitierten Gesetzeswortlaut in der Hand.

An diesem Regelungskomplex zeigt sich deutlich, dass der Gesetzgeber zwar nach und nach mit der Auflösung der im Jahre 1955 vorgefundenen und offenbar aus politischen Gründen übernommenen Betriebskrankenkassen gerechnet (oder sogar darauf gehofft) hat – aus einst zehn sind ja mittlerweile auch sechs Betriebskrankenkassen geworden –, dass er aber von einem dauernden Bestand der übrigen Krankenversicherungsträger ausgegangen ist; zumindest solange, bis er selbst durch einen gesetzgeberischen Akt eine Änderung der Situation herbeiführt. Auch besteht keine spezialgesetzliche Regelung dahingehend, dass die Eröffnung eines Konkurses das Erlöschen der Verpflichtung zur Besorgung der den Krankenversicherungsträgern übertragenen öffentlichen Aufgaben zur Folge hätte.

Das Konkursrecht selbst ist hier auch nur bedingt hilfreich. § 67 der Konkursordnung bestimmt, dass die Eröffnung des Konkurses über – unter anderem – das Vermögen juristischer Personen, soweit besondere Gesetze nichts anderes bestimmen, (auch) bei Überschuldung stattfindet. Zwischen juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechtes wird dabei nicht unterschieden. Dies deutet auf eine Anwendbarkeit des Konkursrechtes – auch ohne spezialgesetzliche Bestimmung oder explizite Verweisung – auf die Sozialversicherungsträger hin.

Im Diskurs zu dieser Frage werden immer wieder Vergleiche mit der rechtlichen Situation von Gemeinden angestellt. Aber auch hier ist die Lage keineswegs eindeutig. § 15 der Exekutionsordnung<sup>28</sup> sieht nämlich eine Exekutionsbeschränkung insoweit vor, als eine Zwangsvollstreckung nur in jene Vermögensgegenstände der Gemeinde bewilligt werden darf, welche ohne Beeinträchtigung der durch die Gemeinde zu wahren öffentlichen Interessen zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werden. Daraus leiten Burgstaller/Sittenthaler<sup>29</sup> ab, dass „der nur auf juristische Personen zugeschnittene Konkursgrund der Überschuldung nach seinen historischen und immer noch tragfähigen Gründen nicht auf Gemeinden anzuwenden“ ist. Zur Begründung dieser Meinung wird darauf verwiesen, dass für Gemeinden (wie bereits dargestellt, auch für die Sozialversicherungsträger) keine spezialgesetzlichen Regelungen über die Rechtsfolgen im Konkursfall – etwa über eine Auflösung – bestehen, ein Konkurs aber regelmäßig zur Auflösung der juristischen Person führen müsste, über die er verhängt wurde.

Nicht einmal diese für Gemeinden explizit geregelte Exekutionsbeschränkung existiert für die Sozialversicherungsträger. Zur Begründung einer Analogie für diese Körperschaften muss daher auf § 1 der Konkursordnung Bezug genommen werden, dem zufolge durch Eröffnung des Konkurses das gesamte, der Exekution unterworfen Vermögen, das dem Gemeinschuldner zu dieser Zeit gehört oder das er während des Konkurses erlangt, dessen freier Verfügung entzogen ist. Setzt man diese Anordnung mit der öffentlich rechtlichen Verpflichtung der Versicherungsträger zur Leistungserbringung in Beziehung, und bedenkt man, dass fast das gesamte Vermö-

gen des Versicherungsträgers der Erfüllung des gesetzlichen Leistungsauftrages dient, ist davon auszugehen, dass bei Konkursöffnung und Eintritt der Rechtsfolgen nach § 1 KO den Leistungsverpflichtungen nicht mehr nachgekommen werden könnte. Zur Verhinderung einer solchen Situation erscheint die analoge Anwendung des § 15 EO nicht mehr gänzlich ausgeschlossen.

Demgegenüber wird der dargestellten Interpretation von einem anderen Teil der Lehre<sup>30</sup> entgegengehalten, dass grundsätzlich die Einleitung eines Konkursverfahrens gegen einen Versicherungsträger nicht ausgeschlossen ist und dass bei buchmäßiger Überschuldung eine positive Fortbestandsprognose erforderlich ist, um den Konkurs abzuwenden.

An dieser Stelle sei noch einmal ausdrücklich betont, dass keinerlei Judikatur existiert, die für die Beantwortung der Frage, ob ein Sozialversicherungsträger in Konkurs gehen kann bzw. bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen gehen muss, hilfreich wäre. Es scheint daher doch geboten, sich weiters mit der Frage auseinanderzusetzen, wann eine rechnerische Überschuldung insolvenzrechtliche Bedeutsamkeit erlangt oder davon ausgegangen werden muss, dass Zahlungsunfähigkeit vorliegt.

### **3. Bei Annahme der Möglichkeit der Insolvenz eines Versicherungsträgers**

#### **a) Haltung des Rechnungshofes**

Der Rechnungshof hat sich dazu in seinem Bericht über einen von ihm angestellten Vergleich zwischen zwei großen, in ihrem Gebarungserfolg aber äußerst unterschiedlichen Gebietskrankenkassen geäußert<sup>31</sup>. Er führt dazu zunächst allgemein aus, dass die Aufnahme von (weiteren) Krediten nur zulässig sei, wenn deren Rückzahlung gesichert erscheint, was der Versicherungsträger selbst auf Grund von Analysen (bzw. Prognosen laut Finanzplan) der täglichen Finanzströme beurteilen muss bzw. kann (externe Stellen wie z. B. der Hauptverband oder das Gesundheitsministerium haben ja nur über die Berichte des jeweiligen Versicherungsträgers Einblick in die tatsächliche finanzielle Gebarung – wie der Rechnungshof sinngemäß anmerkt.)

Zahlungsunfähigkeit nimmt der Rechnungshof dann an, wenn „selbst unter Heranziehung der Treuhandgelder die Konten der Kasse an keinem Tag im Jahr mehr einen positiven Saldo aufweisen.“ Diese Rechnung ist einfach zu handhaben, da kein Zweifel darüber bestehen kann, an wie vielen Tagen im Jahr ein positiver Kontostand gegeben ist. Sie scheint jedoch im Ergebnis zu schematisch und den realen Verhältnissen keineswegs angemessen. Man darf nämlich nicht vergessen, dass durch die ständig fließenden Beitragseinnahmen die Versicherungsträger regelmäßig und vorhersehbar wieder zu Geld kommen und somit auch immer wieder ihre Verpflichtungen erfüllen können, wenngleich dies dann und wann mit etwas Verzögerung geschieht oder sie zur Überbrückung finanzieller Engpässe kurzfristige Kredite aufnehmen müssen. Gerade im Hinblick auf die gesicherten Einnahmen wird die Gewährung von Barvorlagen von den Geldinstituten offensichtlich nicht als gesteigertes Risiko betrachtet. Darüber hinaus hat sich im Laufe der Zeit die durchaus auch von den Aufsichtsbehörden gewollte Praxis herausgebildet, die Barvorlagen bei der im Namen und auf Rechnung des Bundes handelnden Bundesfinanzierungsagentur<sup>32</sup> in Anspruch zu nehmen, da diese aufgrund nicht verrechneter Bearbeitungsgebühren im Regelfall die niedrigsten Zinssätze bietet.

Es ist also nicht nur der formale Status Quo der Gebarung eines Versicherungsträgers ins Kalkül zu ziehen; vielmehr haben auch die Erwartungen hinsichtlich der finanziellen Zukunft der Körperschaft in die Betrachtungen mit einzufließen.

#### **b) Überschuldung und „Fortbestandsprognose“**

Es ist also eine schon erwähnte sogenannte „Fortbestandsprognose“ aufzustellen, die weniger mit harten Fakten als mit – fundierten – Zukunftsaussichten kalkuliert. Für Dellinger<sup>33</sup> sind für eine positive Fortbestandsprognose die Antworten auf folgende Fragen maßgeblich:

bleibt das Unternehmen in Zukunft zahlungs- und damit lebensfähig? Ist der weitere Bestand des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich? Ist eine positive Unternehmensentwicklung zu erwarten? Nicht verlangt wird hingegen die überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der Abbau der Schulden innerhalb bestimmter Frist erfolgen kann.

Die Schwierigkeiten einer solchen Prognose bei einem Sozialversicherungsträger liegen auf der Hand. Wie bereits erwähnt, sind die Ausgaben der Versicherungsträger weitgehend fremdbestimmt und entziehen sich im Wesentlichen der Einflussnahme durch den Träger selbst. Unternehmerische Entscheidungen hinsichtlich Produktpalette, Preisgestaltung oder Nutzung von Standortvorteilen können hier nicht getroffen werden. Möglichkeiten der Einschränkung freiwilliger Leistungen, der zielgerichteten und effizienten Erbringung der Pflichtleistungen, der Einsparungen im Vertragspartnerbereich sowie bei der Reduktion von Verwaltungskosten werden seit längerer Zeit verstärkt genutzt. Eine spürbare Entspannung ist dennoch nicht festzustellen.

Trotzdem sind Aspekte erkennbar, die den Fortbestand der Sozialversicherungsträger grundlegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Zusammenfassend will ich hier noch einmal auf die Rechtslage verweisen, die die Möglichkeit der Auflösung der Versicherungsträger (von den Betriebskrankenkassen einmal abgesehen) nicht vorsieht und die den Versicherungsträgern in einem Sozialstaat grundsätzlich unverzichtbare öffentlich-rechtliche Aufgaben überträgt. Auch die gerade in jüngerer Vergangenheit mehrfach geäußerten Bekenntnisse der maßgeblichen politischen Kräfte zur Durchführung der Sozialversicherung durch die Versicherungsträger als in Selbstverwaltung organisierte Körperschaften öffentlichen Rechtes geben Anlass, von einer weiteren Existenz der Versicherungsträger auszugehen.

Das bisherige Verhalten der Geldinstitute und ganz besonders der Bundesfinanzierungsagentur lässt ebenfalls nicht erkennen, dass den Versicherungsträgern bei Bedarf die nötigen Mittel in Form von Barvorlagen vorenthalten würden.

Schließlich sind zuletzt seitens der Politik auch konkrete Maßnahmen gesetzt worden, die zu einer teilweisen Entschuldung der Krankenversicherungsträger führen, wie etwa die Senkung der Mehrwertsteuer auf Medikamente<sup>34</sup>, die Auflösung des sogenannten „Katastrophenfonds“ und die Verteilung seiner Mittel auf die Krankenversicherungsträger<sup>35</sup>, die Dotierung eines Strukturfonds mit 100 Mio. EUR<sup>36</sup> oder die beabsichtigte Erlassung von Verbindlichkeiten der Kassen gegenüber der Bundesfinanzierungsagentur<sup>37</sup>. Freilich wird den Versicherungsträgern als Gegenleistung dazu auch abverlangt, einen Beitrag zur finanziellen Konsolidierung aus eigenen Kräften zu leisten<sup>38</sup>.

### c) Zahlungsunfähigkeit

Ist aber – auch bei grundsätzlich anzunehmendem Fortbestand der Versicherungsträger – die Möglichkeit des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit gegeben? § 66 KO nennt die Zahlungsunfähigkeit (neben der Überschuldung) als Voraussetzung für die Eröffnung des Konkurses und sieht sie nur ganz allgemein als gegeben, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt. Üblicherweise wird Zahlungsunfähigkeit angenommen, wenn der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, seine fälligen Schulden zu bezahlen und sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht beschaffen kann<sup>39</sup>. Die Beschaffung von Zahlungsmitteln darf dabei selbstverständlich nicht auf unredliche Weise erfolgen, etwa durch Täuschung des Gläubigers über die wirtschaftliche Lage des Schuldners (damit würde der Schuldner ja auch bereits mit dem Strafrecht in Konflikt geraten). Im konkreten Fall wird aber weder eine tatsächliche Täuschung des Gläubigers vorliegen, da die finanzielle Situation der Versicherungsträger zumindest tendenziell notorisch ist und damit sowohl die Geldinstitute als auch die Bundesfinanzierungsagentur darüber bestens informiert sein sollten, noch wird den Versicherungsträgern im Bewusstsein über die Öffentlichkeit ihrer Lage eine Täuschungsabsicht unterstellt werden können. Im Fall der Zurverfügungstellung von Kreditmitteln durch die Bundesfinanzierungsagentur gehen manche Autoren sogar soweit, im Hinblick auf ihr bereits erwähntes Handeln im Namen und auf Rechnung des Bundes eine Einheit der Kredit gewährenden Institution und der gesetzgebenden Gewalt anzunehmen, die ebenfalls vom Bund ausgeht<sup>40</sup>. Eine Unredlichkeit der Organe eines Versicherungsträgers im Zuge der Aufnahme weiterer Kreditmittel bei der Bundesfinanzierungsagentur wird von ihnen daher als ausgeschlossen angesehen.

## VIII. Zusammenfassung

Haftung bzw. Anspruch auf Schadensersatz kann nur bei Verwirklichung eines Tatbestandes, auf den die Tatbestandsmerkmale des bürgerlichen Rechtes zutreffen, entstehen. Haftung der Organe der Versicherungsträger und ihrer Mitglieder ist nur in dem durch das Amtshaftungs- und das Organhaftpflichtgesetz hinsichtlich des Grades des Verschuldens eingeschränkten Ausmaß anzunehmen.

Haftung setzt die Vernachlässigung der Pflichten in den von den Organen der Versicherungsträger beeinflussbaren Bereichen und unter Berücksichtigung jener Umstände voraus, die den Versicherungsvertretern bekannt sind oder bei Anlegen eines objektiven Sorgfaltsmaßstabes hätten bekannt sein müssen.

Es besteht zumindest Zweifel daran, ob ein Versicherungsträger überhaupt in Konkurs gehen kann bzw. welches verwertbare Vermögen im Falle der Konkursöffnung überhaupt zur Verfügung steht und wie ein Konkursrichter mit einem derartigen Konkursantrag umginge.

Die Haftung bei unterlassenem Konkursantrag ist unter Berücksichtigung der Überschuldung samt Einschätzung der Fortbestandsaussichten sowie der Gefahr einer drohenden Zahlungsunfähigkeit zu beurteilen.

Insgesamt erscheint die Wahrscheinlichkeit einer (insbesondere auch strafrechtlichen) Haftung der Versicherungsvertreter aus dem Titel des nicht oder zu spät beantragten Konkurses (zumindest unter den derzeitigen Voraussetzungen) eher gering.

Und zum allerletzten Mal: Es gibt keinerlei einschlägige Judikatur zu diesem Thema.

- <sup>1</sup> § 448 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 9. 9. 1955 über die allgemeine Sozialversicherung – ASVG, BGBl Nr. 189/1955
- <sup>2</sup> § 201 Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz – GSVG, BGBl Nr. 560/1978, § 189 Bauern-Sozialversicherungsgesetz – BSVG, BGBl Nr. 559/1978, § 136 Beamten-Kranken- und Unfallversicherungsgesetz - B-KUVG, BGBl Nr. 200/1967
- <sup>3</sup> Schrank, in: Soziale Sicherheit Nr. 2/1996, 77 ff.
- <sup>4</sup> Schrank, in: Soziale Sicherheit Nr. 2/1996, 77 ff.
- <sup>5</sup> So führt der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis 93/10/0231 vom 19. 12. 1994 Folgendes aus: „Der Wortinterpretation des Begriffes „unbeschadet“ ist die Bedeutung „ohne ... zu berühren“ zugrunde zu legen (vgl. Österreichisches Wörterbuch 37, 436). Die zitierte Regelung ist danach in dem Sinne zu verstehen, dass andere Vorschriften des Gesetzes (soweit dies inhaltlich in Betracht kommt, von der in § < ... >.angeordneten Fiktion unberührt bleiben, das heißt (im Ergebnis) die letztzitierte Vorschrift „verdrängen“, wenn die jeweils angeordneten Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen.
- <sup>6</sup> Schrank, in: Soziale Sicherheit Nr. 2/1996, 77 ff.
- <sup>7</sup> § 1319 a Abs. 1 erster Satz ABGB: „Wird durch den mangelnden Zustand eines Weges ein Mensch getötet, an seinem Körper oder an seiner Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so haftet derjenige für den Ersatz des Schadens, der für den ordnungsgemäßen Zustand des Weges als Halter verantwortlich ist, sofern er oder einer seiner Leute den Mangel vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet hat.“
- <sup>8</sup> § 1323 ABGB, „schlichte Schadloshaltung“
- <sup>9</sup> § 1332 ABGB
- <sup>10</sup> § 1324 ABGB
- <sup>11</sup> Bundesgesetz vom 18. 12. 1948, womit die Haftung des Bundes, der Länder, der Bezirke, der Gemeinden und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für den in Vollziehung der Gesetze zugefügten Schaden geregelt wird (Amtshaftungsgesetz), BGBl Nr. 20/1949
- <sup>12</sup> § 3 Abs. 1 Amtshaftungsgesetz
- <sup>13</sup> § 3 Abs. 2 Amtshaftungsgesetz
- <sup>14</sup> Bundesgesetz vom 19. 5. 1967 über die Haftung der Organe der Gebietskörperschaften und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für Schäden, die sie dem Rechtsträgerin Vollziehung der Gesetz unmittelbar zugefügt haben (Organhaftpflichtgesetz) , BGBl Nr. 181/1967
- <sup>15</sup> § 3 Abs. 1 Organhaftpflichtgesetz
- <sup>16</sup> § 4 Amtshaftungsgesetz
- <sup>17</sup> § 2 Abs. 1 Organhaftpflichtgesetz
- <sup>18</sup> § 3 Abs. 3 Amtshaftungsgesetz, § 4 Organhaftpflichtgesetz
- <sup>19</sup> § 1302 erster Satz ABGB, sog. „Anteilshaftung“
- <sup>20</sup> § 1302 zweiter Satz ABGB, sog. „Solidarhaftung“
- <sup>21</sup> § 434 Abs. 1 ASVG
- <sup>22</sup> § 433 ASVG
- <sup>23</sup> § 436 Abs. 1 ASVG
- <sup>24</sup> Vgl. § 35 des Gesetzes vom 6. 3. 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz – GmbHG) RGBl Nr. 58/1906 i.d.g.F.
- <sup>25</sup> OGH 4. 8. 2009, 9ObA149/08 i: Es liegt an der GmbH zu beweisen, dass ausnahmsweise die Entlastung nicht zur Haftungsbefreiung geführt hat. Es ist nicht ausreichend, nur auf die mangelnde Kenntnis zu verweisen, vielmehr muss von der GmbH auch behauptet und bewiesen werden, dass der Verstoß zum Zeitpunkt der Entlastung nicht erkennbar gewesen ist.
- <sup>26</sup> Vgl. §§ 66 und 67 KO, RGBl Nr. 337/1914 i. d. g. F.
- <sup>27</sup> § 23 Abs. 3 ASVG
- <sup>28</sup> Gesetz vom 27. 5. 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung – EO), RGBl Nr. 79/1896 i. d. g. F.
- <sup>29</sup> Alfred Burgstaller/Elisabeth Sittenthaler, Überschuldung als Konkursgrund bei Gemeinden?, ZIK 1999, 181
- <sup>30</sup> Schumacher, in: Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, Band (2004), Rz. 9 f. zu § 67 KO
- <sup>31</sup> Rechnungshof, Vergleich Wiener Gebietskrankenkasse mit Oberösterreichischer Gebietskrankenkasse, Reihe Bund 2008/2
- <sup>32</sup> Bundesgesetz über die Verwaltung und Koordination der Finanz- und sonstigen Bundesschulden (Bundesfinanzierungsgesetz), die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes 1986, des Prokuraturgesetzes und des Postsparkassengesetzes 1969, BGBl Nr. 763/1992

- 
- <sup>33</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen I, (1999), Rz. 77 zu § 67 KO
- <sup>34</sup> Änderung des Umsatzsteuergesetzes 1994 durch BGBl I Nr. 132/2008
- <sup>35</sup> Budgetbegleitgesetz 2009, BGBl I Nr. 52/2009, Art. 48
- <sup>36</sup> Budgetbegleitgesetz 2009, BGBl I Nr. 52/2009, Art. 50, Bundesgesetz über den Kassenstrukturfonds für die Gebietskrankenkassen (Krankenkassen-Strukturfondsgesetz)
- <sup>37</sup> Budgetbegleitgesetz 2009, BGBl I Nr. 52/2009, Art. 51, Bundesgesetz betreffend den Verzicht auf Bundesforderungen gegenüber Gebietskrankenkassen
- <sup>38</sup> So sind zwischen dem Hauptverband und den Gebietskrankenkassen Ziele sowie Maßnahmen zur Erreichung dieser Ziele zu vereinbaren. Auf ein angemessenes Verhältnis zwischen Kosten und Nutzen einer Maßnahme, die Messbarkeit der Ziele und die Evaluationsfähigkeit der Maßnahmen ist Bedacht zu nehmen. Der Hauptverband hat mit den Trägern die Kriterien zu vereinbaren, nach denen die Zielerreichung beurteilt wird. Die Maßnahmen der Gebietskrankenkassen und die Gewährung von Zuschüssen sind durch den Hauptverband zu koordinieren. (§ 4 des Krankenkassen-Strukturfondsgesetzes).
- Weiters hat der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger ein mit den Sozialversicherungsträgern abgestimmtes und von der Bundesregierung zustimmend zur Kenntnis genommenes Sanierungskonzept mit dem Ziel einer mittelfristig ausgeglichenen Haushaltsführung vorzulegen (§ 1 des Bundesgesetzes betreffend den Verzicht auf Bundesforderungen gegenüber Gebietskrankenkassen).
- <sup>39</sup> Dellinger, in: Konecny/Schubert Kommentar zu den Insolvenzgesetzen I, (1999), Rz. 5 zu § 66 KO
- <sup>40</sup> Gutachterliche Stellungnahme der Freimüller/Noll/Obereder/Pilz & Partner Rechtsanwälte GmbH vom 17. 3. 2008







CW Haarfeld  
Annastraße 32-36  
45130 Essen

ISBN 978-3-7747-1761-9