

Rechtswissenschaftliches Gutachten

zum Thema

**„Bedarf der Neuordnung des
Organisationsrechts der gesetzlichen
Krankenkassen vor dem Hintergrund moderner
Unternehmensstrukturen“**

erstattet

im Auftrag des

BKK-Dachverbandes

und der

**BKV-Interessengemeinschaft Betriebliche
Krankenversicherung e.V.**

von

Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer

Institut für

Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht

Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Universitätsstraße 14-16

48143 Münster

Inhalt

I. GUTACHTENSAUFTRAG	4
II. DERZEITIGER STAND UND DEFIZITE	6
1. Allgemeine Vorüberlegungen.....	6
2. Die derzeitige Ausgestaltung bei den Betriebskrankenkassen im Gesamtsystem	10
a. Die Errichtung von Betriebskrankenkassen.....	10
aa. Problemstellungen	10
bb. Derzeitige Situation.....	13
(1) Grundsatz der Einheit von Arbeitgeber und Betrieb	13
(2) Beschäftigung von mindestens 1.000 Versicherungspflichtigen bzw. mindestens 1.000 Mitglieder bei Errichtung	17
(3) Zustimmung der Beschäftigten.....	18
cc. Bewertung und Folgerungen	20
b. Die Ausdehnung von Betriebskrankenkassen.....	21
c. Das Ausscheiden von Betrieben	23
aa. Übergang des Betriebes.....	23
bb. Ausscheiden aus einer gemeinsamen Betriebskrankenkasse mehrerer Arbeitgeber	23
d. Wahlrechte der Versicherten	26
aa. Geöffnete Betriebskrankenkassen.....	27
bb. Geschlossene Betriebskrankenkasse.....	28
3. Defizite des geltenden Systems vor dem Hintergrund moderner Unternehmensstrukturen.....	30
4. Schlussfolgerung	35
III. LÖSUNGEN	36
1. Vorüberlegungen.....	36
2. Grundfragen der Neuordnung des Kassenorganisationsrechts der Betriebskrankenkassen	39
a. Der Betrieb als Anknüpfungspunkt.....	39
aa. Ungeeignetheit der Anknüpfung an den Konzernbegriff.....	39
bb. Betriebs- und Unternehmensbegriff als Basis in anderen Rechtsgebieten	42
cc. Anknüpfung an den Betrieb.....	42
b. Aufgabe des Grundsatzes der Einheit von Betrieb und Arbeitgeber.....	42
aa. Erleichterungen für moderne Unternehmens- und Wirtschaftsstrukturen	42
bb. Gemeinschaftsbetrieb	43
c. Zustimmungspflicht der Beschäftigten des Betriebes	44
d. Geschlossene vs. Geöffnete Betriebskrankenkassen.....	45
e. Die Problematik der Leistungsfähigkeit von Betriebskrankenkassen.....	47
3. Neukonzeption.....	49
a. Die Errichtung einer Betriebskrankenkasse.....	49
aa. Antragsbefugnis auch mehrerer Arbeitgeber	49
bb. Mindestanzahl an Versicherungspflichtigen bzw. Beschäftigten	50
cc. Zustimmung der Mehrheit der Beschäftigten	51

b. Die Ausdehnung	52
c. Ausscheiden von Betrieben bzw. Arbeitgebern	53
aa. Ausscheiden einzelner Betriebe	53
bb. Ausscheiden von Arbeitgebern	54
d. Resümee	54

IV. FRAGEN DER AUSGESTALTUNG DER BETRIEBSKRANKENLASSEN..... 56

1. Sonderbehandlung von Leistungserbringern?	56
2. Besonderheiten des Wahlrechts regionaler Betriebskrankenkassen.....	58

V. KONSEQUENZEN EINER NEUREGELUNG 59

1. Allgemeine Feststellungen.....	59
2. Aufsichtsrecht.....	60
a. Zuständigkeiten.....	60
b. Inhaltliche Vorgaben.....	61
3. Wettbewerbsrecht	62
4. Unternehmensrecht.....	64
5. Internationalrechtliche Fragestellung.....	64
6. Mögliche Beihilfeproblematik.....	66
7. Mögliche steuerrechtliche Problematik	67

VI. AUSWIRKUNGEN AUF DAS KASSENORGANISATIONSRECHT ANDERER KASSENARTEN 69

1. Grundsätzliches.....	69
2. Übertragung auf die Innungskrankenkassen?	69
3. Ergebnis	71

VII. GESAMTERGEBNIS..... 72

I. Gutachtensauftrag

Der Verfasser ist gebeten worden, den Bedarf der Neuordnung des Organisationsrechts der gesetzlichen Krankenkassen vor dem Hintergrund moderner Unternehmensstrukturen zu untersuchen. Bestimmend ist dabei, dass Betriebskrankenkassen nach ihrer Tradition an Trägerunternehmen gebunden sind und ihr Leistungsspektrum eng an den Bedürfnissen der Arbeitnehmer ausrichten. Angesichts der demografischen Entwicklung und der Erhöhung des Renteneintrittsalters steigt die Nachfrage nach passgenauen gesundheitsfördernden Leistungen für Beschäftigte, und Neugründungen von Betriebskrankenkassen rücken wieder in den Fokus. Dabei ist auch anzunehmen, dass das bisherige Regelungssystem nicht mehr den aktuellen Anforderungen entspricht.

Daraus ergeben sich folgende Frage, die dem Verfasser dieses Rechtsgutachtens zur Beantwortung vorgelegt worden sind:

- I. Wie sind die gesetzlichen Errichtungsvoraussetzungen für Betriebskrankenkassen (insbes. Arbeitgeber-, Betriebsbegriff) im Lichte moderner Unternehmensstrukturen rechtlich zu beurteilen?
- II. Wie sind die gesetzlichen Beschränkungen der Arbeitgeberbefugnis in Bezug auf die Ausdehnung einer (nicht geöffneten) Betriebskrankenkasse auf weitere Betriebe eines Konzerns im Lichte moderner Unternehmensstrukturen rechtlich zu beurteilen?
- III. Wie ist die Beschränkung des Rechts eines Arbeitgebers, mit seinem Betrieb aus einer geöffneten gemeinsamen Betriebskrankenkasse auszuschneiden (§ 151 Abs. 2 SGB V), im Lichte moderner Unternehmensstrukturen rechtlich zu bewerten?
- IV. Inwieweit hat das geltende Krankenkassenorganisationsrecht Auswirkungen auf die Wahlrechte der Versicherten?

V. Welche rechtlichen Folgen zeitigte eine Neuordnung des Organisationsrechts in der GKV für international aufgestellte Konzerne und deren Beschäftigte?

VI. Was ist bei der Ausgestaltung marktüblich ausgestatteter Betriebskrankenkassen EU-(beihilfen-)rechtlich, unternehmens-, wettbewerbs- und steuerrechtlich zu beachten, um Strukturfehler von vornherein zu vermeiden?

VII. Welche (nachgelagerten) rechtlichen Gestaltungsoptionen sind für den Fall einer Neuordnung des Organisationsrechts der gesetzlichen Krankenkassen zu beachten?

VIII. Welche Pflichten ergeben sich für die Aufsichtsbehörden?

II. Derzeitiger Stand und Defizite

1. Allgemeine Vorüberlegungen

Die Organisation der gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland ist historisch bedingt und im Kern auch nur historisch erklärlich. Das Kassenorganisationsrecht knüpft an die vorgegebene Struktur an, die aus Ortskrankenkassen, Betriebskrankenkassen, Innungskrankenkassen und Ersatzkassen besteht. Dabei bestand die ursprüngliche Ausgestaltung darin, dass die Ortskrankenkassen die „grundsätzlichen“ Kassen waren und die übrigen genannten bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ebenfalls zuständig sein konnten bzw. gewählt werden konnten.

Diese Kassenlandschaft ist inzwischen in erheblichem Maße verändert worden.

An die Stelle eines Systems der Zuständigkeiten mit begrenztem Wahlrecht ist ein System der Wahl zwischen den Krankenkassen getreten, das lediglich für die Betriebs- und Innungskrankenkassen nach Entscheidung der Kassen eingegrenzt ist bzw. bei denen diese Krankenkassen entscheiden können, ob sie sich für die Wahl durch alle in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten öffnen wollen.

Zudem ist aus einem System der Zuständigkeiten in Abgrenzung voneinander ohne Wettbewerb untereinander ein System des Wettbewerbs unter den Krankenkassen geworden, das bis hin zum „Marktaustritt“ einzelner Krankenkassen führen kann.

Weiterhin hat sich das Finanzierungssystem der Krankenkassen grundsätzlich verändert. Während zunächst die Krankenkassen ihre Beiträge innerhalb bestimmter Rahmenbedingungen unter Berücksichtigung ihrer Risikostruktur

selbst festlegten und sich innerhalb der Kassenart um Ausgleiche bemühten, trat an diese Stelle der Risikostrukturausgleich, der zunächst unter Beibehaltung der „Beitragshoheit“ die unterschiedlichen Risikostrukturen auszugleichen versuchte. Dies ist dann schließlich abgelöst worden durch die heutige aktuelle Situation, nach der ein einheitlicher Beitrag erhoben wird, dieser an den Gesundheitsfonds geht und dann nach Risikostruktur über einen Risikostrukturausgleich an die Krankenkassen ausgefolgt wird. Bei Bedarf können die Krankenkassen einen Zusatzbeitrag erheben.

Vor diesem Hintergrund ist die Ausgestaltung des Kassenorganisationsrechts zu betrachten und zu bewerten. Dabei ist auch zu berücksichtigen und zu bewerten, dass und inwieweit das Kassenorganisationsrecht den dargestellten Änderungen und Entwicklungen Rechnung getragen hat und Rechnung tragen muss. Dazu ist im Rahmen dieser Vorüberlegungen darauf hinzuweisen, dass der Wettbewerb zwischen den Krankenkassen auch und nicht zuletzt aus der Sicht des Gesetzgebers die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen voraussetzt.

Die historische Bedingtheit des Kassenorganisationsrechts gibt auch Anlass zu der Prüfung, ob die Ausgestaltung den heutigen Anforderungen noch entspricht. Dies mag allgemein für die gesamte Kassenlandschaft zu beantworten sein, aber auch für die jeweilige Kassenart.

So knüpft das Organisationsrecht der Betriebskrankenkassen an den Betrieb an, was auch heute noch für eine besonders arbeitsplatznahe Gesundheitsversorgung spricht. Es fragt sich aber, ob die konkrete Ausgestaltung in ausreichender Weise modernen Unternehmensstrukturen Rechnung trägt.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Betriebskrankenkassen aus den sog. Fabrikassen hervorgegangen sind, die von den Unternehmern organisiert

wurden und sich nicht zwingend an die Betriebsorganisation hielten, also auch für größere Unternehmungen gebildet wurden¹.

Es ist festzustellen, dass der ursprüngliche Ausgangspunkt darin bestand, dass die Krankenkassen über abgegrenzte Zuständigkeiten im Verhältnis zueinander verfügten. Die Betriebskrankenkassen waren für die Betriebe zuständig, für die sie errichtet worden sind und erfassten die dort beschäftigten Arbeitnehmer, die dann zu dem von ihnen versicherten Personenkreis gehörten. So war eine betriebsnahe Krankenversicherung sichergestellt. Wenn eine Betriebskrankenkasse errichtet werden sollte oder im Rahmen von Fusionsprozessen lag es dann nahe, dass die so erfassten im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer an diesem Vorgang im Wege einer Abstimmung beteiligt waren. Arbeitnehmer, die weder von den Betriebskrankenkassen noch von Innungskrankenkassen erfasst werden, gehörten in diesem Stand der Rechtsentwicklung – vorbehaltlich einer Zugehörigkeit zu einer Ersatzkasse – einer Allgemeinen Ortskrankenkasse an. Eine Mitentscheidung der Beschäftigten bei Errichtung und Fusion war da nur konsequent – ebenso wie eine Orientierung am Betrieb, wenn man auch damals bereits die enge Auslegung des Grundsatzes der Einheit des Betriebes und der Einheit des Arbeitgebers in Zweifel ziehen konnte.

Eine grundlegende Änderung trat ein durch die Öffnung der Krankenkassen und die Einführung der Wahlfreiheit. Mitarbeiter eines Betriebes sind nunmehr frei, eine andere als die Betriebskrankenkasse zu wählen und Betriebskrankenkassen ebenso wie Innungskrankenkassen können von betriebsfremden Versicherten gewählt werden, wenn sich die jeweilige Betriebs- oder Innungskrankenkasse geöffnet hat. Damit haben sich die somit geöffneten Betriebskrankenkassen

¹ S. dazu *Friede*, Die Betriebskrankenkassen in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. Essen 1980, S. 13 ff.; *Schwenger*, Die deutschen Betriebskrankenkassen, München/Leipzig 1934, S. 1 ff.; *Tauchnitz*, Krankenkassen – Zwang oder Segen?: Organisationsgeschichte des deutschen Krankenkassenwesens im „langen“ 19. Jahrhundert, Wiesbaden 1999, S. 113 ff.

nachhaltig in ihrem Charakter verändert und haben ihre Betriebsbindung zumindest zum Teil gelöst. Sie sind – bei allen Vorbehalten hinsichtlich ihres verbleibenden Charakters als Betriebskrankenkassen – den Ersatzkassen ähnlicher geworden, wie ja auch einschlägige kassenartenübergreifende Fusionen deutlich gemacht haben.

Das hat zugleich dazu geführt, dass die Betriebskrankenkassen nun nur noch ein Angebot einer betriebsnahen Krankenversicherung an die Beschäftigten des jeweiligen Betriebs bei geschlossenen aber auch bei geöffneten Betriebskrankenkassen darstellen. Die Kassenlandschaft hat sich im Zuge dessen grundlegend verändert und es haben sich erheblich größere Einheiten entwickelt. Aus den Ortskrankenkassen einzelner Städte und Regionen sind länderweite und zum Teil auch länderübergreifenden Ortskrankenkassen geworden, Ersatzkassen haben untereinander bzw. kassenartenübergreifend Fusionen vorgenommen. Gleichwohl ist bei den Betriebskrankenkassen die Schaffung größerer und im Sinne einer betriebsnahen Krankenversicherung homogenerer Einheiten erschwert und auf Unternehmenszusammenschlüsse kann nur mit hohem Aufwand und nicht immer wirklich zielführend reagiert werden. Das Angebot einer betriebsnahen Krankenversicherung verbunden mit passgenauen gesundheitsfördernden Leistungen kann so nur unter erschwerten Bedingungen dargestellt werden und Reaktion auf moderne Unternehmensstrukturen wird verhindert. Es ist aber ein legitimes Interesse von Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüssen, die Möglichkeit zu haben, betriebliche Sozialpolitik² auch über eine konzernweite Betriebskrankenkasse zu organisieren.

Es zeigt sich also, dass die Regelungen des SGB V zur Organisationsstruktur der Betriebskrankenkassen mit den Entwicklungen im Recht der gesetzlichen

² Zur Bedeutung der Betriebskrankenkassen in der betrieblichen Sozialpolitik schon *Schwenger*, Die deutschen Betriebskrankenkassen, München/Leipzig 1934, S. 81 ff.; *Friede*, Die Betriebskrankenkassen in der Bundesrepublik Deutschland, Essen 1980, S. 26 ff.

Krankenversicherung nicht Schritt gehalten haben. Es ist vielmehr festzustellen, dass sich weiterhin Regelungen und Anforderungen finden, die zu einem früheren Zeitpunkt der Entwicklung der Organisationsstruktur der gesetzlichen Krankenversicherung einmal gerechtfertigt gewesen sein mögen; eine Anpassung an neue Gegebenheiten hat aber nicht stattgefunden.

Wie noch im Einzelnen zu zeigen sein wird, verharren die Regelungen des SGB V zur Struktur der Betriebskrankenkassen und insbesondere die zu ihrer Errichtung und zu Fusionen weitgehend bei der Organisationsstruktur zur Zeit der Schaffung des SGB V. Der Gesetzgeber hat mit dem Gesundheitsstrukturgesetz zwar die Wahlfreiheit der Versicherten eingeführt und die Öffnung der Betriebskrankenkassen ermöglicht, dies aber im Kassenorganisationsrecht nur insoweit umgesetzt, als er die Möglichkeit der Öffnung als solche eingeräumt hat. Weitere Konsequenzen, die den Betriebskrankenkassen die nötige Flexibilität im Wettbewerb einräumen, sind nicht nachvollzogen worden und führen – wie noch zu zeigen sein wird – zu ungerechtfertigten Behinderungen.

2. Die derzeitige Ausgestaltung bei den Betriebskrankenkassen im Gesamtsystem

a. Die Errichtung von Betriebskrankenkassen

aa. Problemstellungen

Gemäß § 147 Abs. 1 SGB V kann der Arbeitgeber für einen oder mehrere Betriebe eine Betriebskrankenkasse errichten, wenn in diesen Betrieben regelmäßig mindestens 1.000 Versicherungspflichtige beschäftigt werden und ihre Leistungsfähigkeit auf Dauer gesichert ist. Diese Errichtung bedarf dann der Genehmigung der nach der Errichtung zuständigen Aufsichtsbehörde und

kann nur versagt werden, sofern eine der in § 147 Abs. 1 SGB V genannten Voraussetzungen nicht vorliegt oder die Krankenkasse zum Errichtungszeitpunkt nicht – mindestens - 1.000 Mitglieder haben wird.

Hieraus ergeben sich vorliegend mehrere Fragestellungen. Zum einen muss es darum gehen, wie der Arbeitgeber zu bestimmen ist, was auf den ersten Blick unproblematisch zu sein scheint.

Es stellt sich aber beispielsweise die Frage, was zu geschehen hat, wenn ein Betrieb mehrere Arbeitgeber hat, was im in gewisser Weise wesensverwandten Betriebsverfassungsrecht eine Standardproblematik ist³.

Im modernen Unternehmen setzen sich auch immer mehr sog. Matrixstrukturen durch, was bedeutet, dass die Unternehmensleitungen sowie die Zuweisung von Aufgaben in einem Mehrliniensystem strukturiert werden⁴. In diesem Fall werden die Arbeitsorganisationen klassischerweise länder- und gesellschaftsübergreifend nach Funktionsbereichen einerseits und Produktbereichen andererseits strukturiert. Dabei mögen sich diese Matrixorganisationen weitgehend von der überkommenen Betriebsorganisation entfernen. Dies ermöglicht es den Unternehmen, ihre Personalressourcen ohne die Problemstellungen von Versetzung, Arbeitnehmerüberlassung oder Entsendung zu nutzen. Dies führt im Arbeitsrecht zu Fragen und Problemen, wenn etwa die Arbeitnehmer nicht nur für ihren Anstellungsarbeitgeber⁵ arbeiten sondern in unternehmensübergreifenden Teams tätig werden. Im Arbeitsrecht werden insoweit Lösungen entwickelt⁶. Diskutiert wird etwa ein

³ S. nur § 1 BetrVG

⁴ Siehe etwa *Reinhard*, Arbeitsrechtliche Tücken der Matrixstruktur, *Arbeitsrecht. Weltweit* v. 4.1.2016; *Bauer/Herzberg*, Arbeitsrechtliche Probleme in Konzernen mit Matrixstrukturen, *NZA* 2011, 713 ff.; *Kort*, Matrixstrukturen und Betriebsverfassungsrecht, *NZA* 2013, 1318 ff., *Günther/Böglmüller*, *Arbeitsrecht 4.0 – Arbeitsrechtliche Herausforderungen in der vierten industriellen Revolution*, *NZA* 2015, 1025 ff.; *Witschen*, *Matrixorganisation und Betriebsverfassung*, *RdA* 2016, 38 ff.

⁵ S. dazu *Kort*, *NZA* 2013, 1319.

⁶ S. dazu insb. *Witschen*, *RdA* 2016, 38 ff.

Gemeinschaftsbetrieb innerhalb des Konzerns⁷. Übertragen auf die vorliegende Problematik bedeutet dies, dass die Anknüpfung an den Arbeitgeber in einem anderen Licht erscheint.

Insgesamt ergibt sich daraus auch, dass sich das Krankenkassen-Organisationsrecht den Herausforderungen der neuen Arbeitswelt stellen muss – bekannt auch unter dem Stichwort „Arbeit 4.0“⁸.

Das führt hin zu Fragen von Konzernstrukturen. Die Unternehmensorganisation hat sich bereits seit längerem dahin verändert, dass Unternehmen in Konzerne eingebunden sind oder allgemeiner formuliert in einer Konzernstruktur aufgestellt sind. Es ist dann naheliegend, dass ein Unternehmen bzw. Konzern daran interessiert ist, eine Betriebskrankenkasse für den Konzern einzurichten, die die Arbeitnehmer des Konzerns insgesamt erfasst, um so auch passgenaue gesundheitsfördernde Leistungen für Beschäftigte anbieten zu können. Der Arbeitgeberbegriff jedoch orientiert sich herkömmlich an dem einzelnen Konzernunternehmen als Vertragsarbeitgeber, so dass es sich bei einer Konzern-Betriebskrankenkasse formal um mehrere Arbeitgeber handelt.

Daraus ergeben sich auch Fragen hinsichtlich des Betriebsbegriffs.

Bei den Matrixstrukturen kann sich der klassische Betriebsbegriff auflösen und bei den gemeinsamen Betrieben mehrerer Unternehmen ergeben sich mehrere Arbeitgeber für einen Betrieb. Bei Konzernstrukturen mag man je nach Ausgestaltung ebenfalls eine Auflösung des Betriebsbegriffs festzustellen haben; zumindest ist aber hier festzustellen, dass von vornherein mehrere Arbeitgeber formaler Art mit mehreren Betrieben vorzufinden sind.

⁷ Bauer/Herzberg, NZA 2011, 717

⁸ S. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Grünbuch Arbeiten 4.0, Berlin 2015; Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Weißbuch Arbeiten 4.0, Berlin 2017

bb. Derzeitige Situation

(1) Grundsatz der Einheit von Arbeitgeber und Betrieb

Das Bundessozialgericht geht vom sog. Grundsatz der Einheit des Arbeitgebers aus⁹. Das Gericht stützte sich dabei auf den eindeutigen Wortlaut des damaligen § 245 Abs. 1 RVO, wonach ein Arbeitgeber für einen Betrieb, in dem er eine bestimmte Mindestzahl von Versicherungspflichtigen beschäftigt, eine Betriebskrankenkasse oder nach § 245 Abs. 1 Satz 2 RVO für mehrere Betriebe, in denen er insgesamt eine bestimmte Mindestzahl Versicherungspflichtiger beschäftigt, eine gemeinsame Betriebskrankenkasse errichten kann. Aus dieser Regelung hat das Bundessozialgericht geschlossen, dass nur ein Arbeitgeber eine oder eine gemeinsame Betriebskrankenkasse errichten kann und dass daher nur für die Arbeitnehmer eines – desselben – Arbeitgebers eine Betriebskrankenkasse oder eine gemeinsame Betriebskrankenkasse bestehen könne. Es sei daher nach der eindeutigen gesetzlichen Regelung nicht zulässig, dass zwei oder mehrere Arbeitgeber – mit zwei oder mehreren Betrieben – eine Betriebskrankenkasse oder eine gemeinsame Betriebskrankenkasse errichten, mögen ihre Betriebe auch noch so eng zusammenarbeiten. Daraus leitet das Bundessozialgericht dann den Grundsatz der Einheit des Arbeitgebers her.

Dem entspreche dann der Grundsatz der Einheit des Betriebes. Nach dem damaligen § 245 Abs. 3 RVO gehörten in die Betriebskrankenkasse grundsätzlich alle im Betrieb beschäftigten Versicherungspflichtigen; sie wurden also als Versicherungspflichtige von der bestehenden Betriebskrankenkasse erfasst.

Sofern es sich nicht um eine gemeinsame Betriebskrankenkasse für mehrere Betriebe desselben Arbeitgebers handele, setze die Mitgliedschaft bei der

⁹ BSG v. 20.12.1962 – 3 RK 31/58 – BSGE 18, 190 ff., 194; s. dazu auch *Baier*, in: *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, § 147 Rn 3 ff.

Betriebskrankenkasse die Zugehörigkeit zu dem einen Betrieb voraus, für den die Betriebskrankenkasse errichtet worden sei. Unter Betrieb sei dabei in Übereinstimmung mit dem arbeitsrechtlichen Begriff die organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln zu verstehen, mit deren Hilfe jemand allein oder mit seinen Mitarbeitern einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolge. Maßgeblich sei dabei das Beschäftigungsverhältnis zum Arbeitgeber des Betriebs.

Im zu entscheidenden Fall ging es um zwei miteinander durch Beteiligungen verknüpfte Gesellschaften mit jeweils eigenen Betrieben, die aber nur wenige 100 Meter voneinander entfernt lagen. Das Bundessozialgericht lehnte deshalb die Errichtung einer Betriebskrankenkasse für die Betriebe mehrerer selbständiger Arbeitgeber auch für den Fall ab, dass die Betriebe organisatorisch und wirtschaftlich eng miteinander verflochten sind.

Der Wortlaut ist in seinem Kern in das SGB V übernommen worden. So hieß es in der ursprünglichen Fassung des § 147:

(1) Der Arbeitgeber kann für einen oder mehrere Betriebe eine Betriebskrankenkasse errichten, wenn

1. in diesen Betrieben regelmäßig mindestens vierhundertfünfzig Versicherungspflichtige beschäftigt werden,

2. ihre Leistungsfähigkeit auf Dauer gesichert ist und

3. sie den Bestand oder die Leistungsfähigkeit vorhandener Ortskrankenkassen nicht gefährdet.

(2) Der Arbeitgeber bestellt auf seine Kosten die für die Führung der Geschäfte erforderlichen Personen. Nicht bestellt werden dürfen Personen, die bei der Führung der Geschäfte im Personalbereich des Betriebes oder Dienstbetriebes tätig sein dürfen.

In der amtlichen Begründung zu dieser Vorschrift (§ 156 des Entwurfs) heißt es

„Die Vorschrift übernimmt weitgehend geltendes Recht. Die in § 245 Abs. 2 RVO enthaltene Ausschlußklausel, Betriebskrankenkassen im Handwerk zu errichten, entfällt.

Zu Absatz 1

Nummer 1 entspricht § 245 Abs. 1 RVO. Unerheblich ist, ob die versicherungspflichtig Beschäftigten der Ortskrankenkasse, einer Innungskrankenkasse oder einer Ersatzkasse angehören. Für die Beibehaltung einer Sonderregelung in Landwirtschaft und Binnenschifffahrt besteht kein Bedürfnis mehr.

Nummer 2 entspricht § 248 Nr. 3 RVO.

Nummer 3 übernimmt § 248 Nr. 1 RVO. An der Prüfung der Leistungs- und Bestandsgefährdung der von der Errichtung betroffenen Ortskrankenkassen wird festgehalten, um eine zu starke Entsolidarisierung zu Lasten der Ortskrankenkassen durch Herauslösung besonderer Risikostrukturen zu verhindern. Eine Bestandsgefährdung wird insbesondere dann angenommen, wenn infolge der geplanten Errichtung der betroffenen Krankenkasse die Gefahr einer zwangsweisen Vereinigung mit einer anderen Krankenkasse droht. Entsprechend der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sind bei der Prüfung von Leistungs- und Bestandsgefährdung auch frühere Mitgliederverluste durch Errichtung von Betriebskrankenkassen zu berücksichtigen.“¹⁰.

Es wird damit deutlich, dass der Gesetzgeber in Kenntnis der geschilderten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts am Grundsatz der Einheit des Arbeitgebers und am daraus folgenden Grundsatz der Einheit des Betriebes festhalten wollte. Es geht deshalb zwar rechtssystematisch fehl, wenn gewichtige Stimmen in der Literatur die Formulierung des § 147 Abs. 1 S. 1

¹⁰ BT-Drucks 11/2237, S. 209 f.

SGB V als Redaktionsversehen einstufen¹¹. Eine Redaktionsversehen wird man nur annehmen können, wenn dem Gesetzgeber ein klarer Lapsus passiert ist, der aus dem Zusammenhang deutlich wird. Davon kann vorliegend nicht mit Sicherheit ausgegangen werden. Die Regelung genügt allerdings – worauf die angeführten Literaturstellen hinweisen - den heutigen Anforderungen nicht mehr und widerspricht auch der Entwicklung hin zur Konzentration kleinerer Betriebskrankenkassen zu größeren Einheiten. Es ist deshalb nachvollziehbar und auch rechtlich möglich, wenn trotz des Wortlautes die Vorschrift nach dem Sinn der Vorschriften des Kassenorganisationsrechts dahin ausgelegt wird, dass eine Errichtung auch durch mehrere Arbeitgeber akzeptiert wird. Diese Sichtweise ebenso wie die Hinweise auf das Redaktionsversehen machen deutlich, dass man es hier mit einer völlig überholten Vorschrift zu tun hat, deren Korrektur längst überfällig ist.

Das bedeutet dann aber, dass diese Vorschrift der Errichtung einer Betriebskrankenkasse durch mehrere Arbeitgeber eigentlich entgegensteht. Das bedeutet weiter, dass eine solche Errichtung einer gemeinsamen Betriebskrankenkasse nach dieser Vorschrift grundsätzlich nur erfolgen kann, indem die Arbeitgeber jeweils eine Betriebskrankenkasse gründen und diese Betriebskrankenkassen dann schließlich fusionieren. Das bedeutet für eine Konzernstruktur, dass keine einheitliche Betriebskrankenkasse für einen Konzern geschaffen werden kann, da dieser aus mehreren Arbeitgebern besteht. In einem Konzern kann eine Betriebskrankenkasse also nur für denselben errichtet werden, indem einzelne Konzernunternehmen jeweils Betriebskrankenkassen gründen und diese dann später fusionieren. Bei einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Arbeitgeber besteht auch diese Möglichkeit nicht und Matrixstrukturen können insgesamt nicht sachgerecht erfasst werden.

¹¹ So aber LPK-SGB V/Hänlein, §§ 147,148 Rn 3; ihm folgend auch Mühlhausen, in: Becker/Kingreen, SGB V, 5. Aufl. 2017, §§ 147, 148 Rn 5

Es ist hier also festzustellen, dass die derzeitige Regelung die Realisierung eines Angebots einer gemeinsamen bzw. einheitlichen betrieblichen Sozialpolitik unnötig erschwert. Die in der Praxis und Literatur vorgeschlagenen bzw. gewählten Hilfskonstruktionen unterstreichen dies nur.

(2) Beschäftigung von mindestens 1.000 Versicherungspflichtigen bzw. mindestens 1.000 Mitglieder bei Errichtung

§ 147 Abs. 1 Nr. 1 SGB V verlangt die regelmäßige Beschäftigung von mindestens 1.000 Versicherungspflichtigen und § 148 Abs. 1 S. 2 SGB V sieht für die Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde das Erfordernis von mindestens 1.000 Mitgliedern zum Errichtungszeitpunkt vor.

Das Kriterium einer Mindestzahl¹² soll dem Umstand dienen, leistungsfähige Einheiten zu schaffen. Allerdings ist es für die Leistungsfähigkeit einer Versicherung weniger entscheidend, wie viele Arbeitnehmer in dem Betrieb tätig sind, für den die Betriebskrankenkasse errichtet werden soll sondern es kommt mehr darauf an, wie viele Mitglieder die Betriebskrankenkasse hat. Hier sind zu kleine Einheiten schneller in ihrer Existenz gefährdet als größere. Deshalb erscheint das Erfordernis des § 148 Abs. 1 S. 2 SGB V nachvollziehbar, das des § 147 Abs. 1 S. 2 SGB V eher nicht. Dies gilt insbesondere deshalb, weil nach heutiger Rechtslage die Versicherungspflichtigen eine umfassende Wahlfreiheit haben, die Beschäftigung von 1.000 Versicherungspflichtigen also nichts über die Schaffung leistungsfähiger Einheiten aussagt.

Das Erfordernis von 1.000 Beschäftigten mag berechtigt gewesen sein zu einer Zeit, als die Beschäftigten eines Betriebes von der Versicherungspflicht bei dieser Betriebskrankenkasse erfasst wurden, wo also – wie schon zur Zeit der

¹² S. dazu schon *Schwenger*, Die deutschen Betriebskrankenkassen, München/Leipzig 1934, S. 38

RVO – ein System der gesetzlichen Klientelzuweisung zugrunde lag. In einer Zeit der Wahlfreiheit macht dieses Kriterium keinen Sinn mehr.

Allerdings stellt sich bei diesen Anforderungen die Frage, ob sie die an die Leistungsfähigkeit einer Krankenkasse zu stellenden Anforderungen zutreffend abbilden. So kann durchaus in Frage gestellt werden, ob eine Krankenkasse mit gerade einmal 1.000 Mitgliedern tatsächlich lebensfähig ist. Festzustellen ist, dass Betriebskrankenkassen dieser Mitgliederzahl als geschlossene Betriebskrankenkassen durchaus existieren. Auch einige geöffnete Betriebskrankenkassen bewegen sich in dieser Größenordnung.

(3) Zustimmung der Beschäftigten

Für die Errichtung beschränkt § 147 SGB V die Anforderungen auf die in Abs. 1 genannten Punkte, wie sich aus § 148 Abs. 1 SGB V ergibt. Allerdings sieht dann § 148 Abs. 2 SGB V vor, dass die Errichtung der Zustimmung der Mehrheit der im Betrieb Beschäftigten bedarf.

Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Vorschrift ausdrücklich von Beschäftigten und nicht von Versicherungspflichtigen spricht, weshalb eben auch Nicht-Versicherungspflichtige insoweit stimmberechtigt sind. Stimmberechtigt sind also sowohl solche Personen, die allgemein der Versicherungspflicht nach § 5 SGB V nicht unterfallen also auch solche, die bereits bei anderen Krankenkassen in Ausübung ihrer Wahlfreiheit als Versicherungspflichtige versichert sind. Sie sind zum einen nicht wirklich von der Entscheidung zur Errichtung einer Betriebskrankenkasse betroffen und werden u.U. schwer für eine Abstimmung zu motivieren sein. Zum anderen und infolgedessen ist dann das Erfordernis der Mehrheit der *Beschäftigten* und nicht nur der abgegebenen Stimmen ein regelmäßig unüberwindliches Hindernis. Ein nicht mehr zu rechtfertigendes Erfordernis steht damit der Schaffung einer

modernen Unternehmensstrukturen entsprechenden Betriebskrankenkassen entgegen.

Welche Folgen das Fehlen einer solchen Abstimmung hat, ist im Übrigen unklar¹³. Legt man § 148 Abs.1 SGB V nach seinem Wortlaut zugrunde, so kann bei Fehlen einer Abstimmung die Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde nicht versagt werden, da eben Maßstab nur die in § 147 Abs. 1 genannten Voraussetzungen sowie eine Mindest-Mitgliederzahl von 1.000 ist. Dies zeigt eine fehlende Abstimmung der Regelungen untereinander.

Man mag nun aus § 153 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V herleiten, dass bei Fehlen der Abstimmung die Betriebskrankenkasse von der Aufsichtsbehörde zu schließen ist, da sie nicht hätte errichtet werden dürfen. Das mag man aus § 148 Abs. 2 herleiten, der bestimmt, dass die Errichtung der Abstimmung und der darin erfolgten Zustimmung bedarf.

Es erscheint zwingend, eine solche Regelung als zumindest nicht sonderlich gelungen zu bezeichnen¹⁴. Das führt auch zu der Frage, auf welchem Gedanken die Vorgabe der Zustimmung der Beschäftigten beruht. Hier wird darauf hingewiesen, dass nach früherer Rechtslage die Beschäftigten eines Betriebes der Betriebskrankenkasse „angehören“, also als Versicherungspflichtige von ihr erfasst würden (§ 245 Abs. 1 RVO). Dann aber erscheint es nachvollziehbar, ihnen als Betroffene die Möglichkeit einer Abstimmung über die Errichtung einer Betriebskrankenkasse einzuräumen¹⁵. Nach derzeitigem Recht besteht jedoch eine praktisch allgemeine Wahlfreiheit, so dass diese Betroffenheit nicht

¹³ S. dazu auch *Schnapp*, NZS 2002, 449 ff.

¹⁴ So auch *Schnapp*, NZS 2002, 449 ff., 450.

¹⁵ S. hierzu auch BSG v. 8.4.1987 – 1 RR 14/85 - BSGE 61, 244, 251

mehr gegeben ist, das Erfordernis der Zustimmung der Mehrheit der Beschäftigten also seine Berechtigung verloren hat¹⁶.

Was zur Zeit der RVO und zu den Anfangszeiten des SGB V angesichts des Prinzips der Mitgliedschaft bei der zuständigen Betriebskrankenkasse kraft Gesetzes vor dem Hintergrund des Selbstbestimmungsrechts der Arbeitnehmer noch einen Sinn machte, hat durch die zwischenzeitlichen Entwicklungen seine Grundlage verloren¹⁷.

cc. Bewertung und Folgerungen

Daraus ergibt sich, dass die derzeitige Ausgestaltung der Vorschriften zur Errichtung von Betriebskrankenkassen weder der aktuellen Stellung der Betriebskrankenkassen im Gesamtgefüge der Kassenorganisation entspricht noch modernen Unternehmensstrukturen ausreichend Rechnung trägt.

Mit der Feststellung, dass das Erfordernis der 1.000 Versicherungspflichtigen nach § 147 Abs. 1 Nr. 2 SGB V nicht mehr zeitgemäß ist, ergibt sich auch, dass dies kein Kriterium für die Errichtung einer Betriebskrankenkasse eines Betriebes mit weniger als 1.000 Versicherungspflichtigen im Rahmen eines Konzernverbundes ist und sein kann. Diese Zahl hat schlicht keine Aussagekraft mehr für das, was einmal mit ihr bezweckt war. Allerdings ist nach derzeitigem Rechtszustand darauf hinzuweisen, dass in diesem Fall auch das Erfordernis der 1.000 Mitglieder nach § 148 Abs. 1 S. 2 SGB V nicht erfüllt sein dürfte, also die Schaffung einer Betriebskrankenkasse für einen Konzern bestehend aus mittelgroßen Unternehmenseinheiten nicht möglich ist. Das bestätigt nur, dass

¹⁶ S. dazu auch *Schnapp*, Kassenschließung trotz fehlerfreier Errichtung? Über die Vergesslichkeit des Sozialgesetzgebers und den Zustand der Kommentarliteratur, NZS 2002, 449 ff., 451

¹⁷ So auch *Schnapp*, NZS 2002, 449 ff., 451

die Konzernproblematik vom derzeitigen Rechtszustand nicht erfasst wird und die Lösung einer allgemeinen Neuordnung vorbehalten bleiben muss.

Die gesetzliche Ausgestaltung der Errichtung von Betriebskrankenkassen entspricht deshalb heutigen Anforderungen nicht mehr. Sie berücksichtigt nicht die gewandelte Rolle der Krankenkassen und dabei insbesondere die Wahlfreiheit. Die Regelungen sind auf einem Rechtszustand stehen geblieben, der noch von einer Zuständigkeit von Krankenkassen für bestimmte Personengruppen und einer gesetzlichen Mitgliederzuweisung geprägt war. Konsequenzen aus den sich daran anschließenden Entwicklungen sind nicht gezogen worden.

b. Die Ausdehnung von Betriebskrankenkassen

Von der Errichtung der Krankenkassen ist deren Ausdehnung zu unterscheiden. Nach § 149 SGB V kann eine Betriebskrankenkasse, deren Satzung keine Regelung nach § 173 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 SGB V enthält (geöffnete Betriebskrankenkasse), auf Antrag des Arbeitgebers auf weitere Betriebe desselben Arbeitgebers ausgedehnt werden.

Aus dieser derzeitigen Rechtslage folgt mehrerlei.

Zum einen bezieht sich die Vorschrift auf den Grundsatz der Einheit des Arbeitgebers, lässt also eine Ausdehnung auf Betriebe eines anderen Arbeitgebers – auch innerhalb eines Konzernverbundes – nicht zu.

Zum anderen sieht sie die Möglichkeit der Ausdehnung – auch auf Betriebe desselben Arbeitgebers - bei einer geöffneten Betriebskrankenkasse nicht vor. Hier bleibt nur die Möglichkeit der Wahl dieser Betriebskrankenkasse durch den Beschäftigten. Die Regelung, die die Ausdehnung in diesen Fällen versagt, lässt

sich nur mit dem Gedanken begründen, dass es wegen der Wahlmöglichkeit der Möglichkeit der Ausdehnung nicht bedarf. Das ist aber noch keine ausreichende Begründung dafür, diese Möglichkeit zu versagen, die ansonsten der betriebsnahen Krankenversicherung und passgenauen gesundheitsfördernden Leistungen für Beschäftigte besser Rechnung tragen könnte.

Hier erweist sich, dass der Gesetzgeber keine durchdachte Wesensbestimmung der sog. geöffneten Betriebskrankenkassen vorgenommen hat. Der Umstand, dass auch andere Personen als Betriebsangehörige diese Betriebskrankenkassen wählen können, bedeutet nicht, dass diese Betriebskrankenkassen den Betriebs- bzw. Unternehmensbezug verlieren. Sie bleiben Betriebskrankenkassen im klassischen Sinn und erweitern lediglich den Personenkreis der potentiellen Mitglieder. Deshalb ist eine solche Einschränkung hinsichtlich der geöffneten Betriebskrankenkassen nicht nachvollziehbar; es bedarf dieser Einschränkung nicht.

Schließlich ist noch auf die entsprechende Geltung von § 148 SGB V hinzuweisen, was insbesondere bedeutet, dass eine Abstimmung zu erfolgen hat. Aus der entsprechenden Anwendung ist wohl zu entnehmen, dass es um die Zustimmung der zusätzlich Erfassten geht, also des weiteren Betriebes. Dieser Betrieb wäre es bei Zugrundelegung des ursprünglichen Rechtszustandes der Mitgliedschaft kraft Gesetzes gewesen, der – zusätzlich – erfasst würde, wo also eine Betroffenheit gegeben gewesen wäre. Dieser argumentativ notwendige Rückbezug auf einen nicht mehr bestehenden Rechtszustand zeigt deutlich, wie wenig überzeugend die Regelung im derzeitigen Umfeld ist. Insoweit ist auch auf die obigen Ausführungen zu verweisen, die die Fragwürdigkeit der Vorgabe des Erfordernisses des § 148 Abs. 2 SGB V bereits herausgearbeitet haben.

c. Das Ausscheiden von Betrieben

§ 151 SGB V sieht für den Fall des Ausscheidens von Betrieben zwei verschiedene Konstellationen vor.

aa. Übergang des Betriebes

Zum einen geht es um die Frage des Übergangs eines Betriebes. Hierzu sieht § 151 Abs. 1 SGB V vor, dass dann, wenn von mehreren Betrieben desselben Arbeitgebers, für die eine gemeinsame Betriebskrankenkasse besteht, einer auf einen anderen Arbeitgeber übergeht, jeder beteiligte Arbeitgeber – also der Erwerber und der Veräußerer – das Ausscheiden des übergegangenen Betriebs aus der gemeinsamen Betriebskrankenkasse beantragen kann. Damit wird dem arbeitsrechtlich in § 613a BGB geregelten Betriebsübergang Rechnung getragen.

Für die Konzernproblematik dürften sich hier keine Probleme ergeben, da bei einem Betriebsübergang innerhalb eines Konzerns vermutlich an einem Ausscheiden des Betriebes kein Interesse bestehen wird; sollte dem gleichwohl so sein, so liefert § 151 Abs. 1 SGB V die geeigneten Instrumentarien.

bb. Ausscheiden aus einer gemeinsamen Betriebskrankenkasse mehrerer Arbeitgeber

§ 151 Abs. 2 SGB V unterscheidet zwischen zwei Fallkonstellationen. Zum einen wird es grundsätzlich jedem beteiligten Arbeitgeber einer gemeinsamen Betriebskrankenkasse erlaubt, auf Antrag mit seinem Betrieb aus der Betriebskrankenkasse auszuschneiden. Aus S. 2 ergibt sich aber, dass dies nur für sog. geschlossene Betriebskrankenkassen gelten kann. Bei einer geöffneten Betriebskrankenkasse besteht diese Möglichkeit hingegen nicht.

Das führt zu der Frage, was diese besondere Regelung für die geöffneten Betriebskrankenkassen rechtfertigt.

Diese Regelung wurde eingeführt durch das Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz) und wie folgt begründet:

„Das Recht eines Arbeitgebers, aus einer vereinigten Betriebskrankenkasse auszuscheiden, wird begrenzt. Es entfällt, wenn die Satzung der Betriebskrankenkasse ein allgemeines Kassenwahlrecht vorsieht. Damit wird der ab 1996 geltenden Möglichkeit, allgemeine Kassenwahlrechte durch Satzungsregelung einzuführen, Rechnung getragen. Nach Einführung eines allgemeinen Kassenwahlrechts durch Satzungsregelung kann das Ausscheiden eines Arbeitgebers aus einer Betriebskrankenkasse zu einer unvermeidbaren Schwächung der neu gebildeten Solidargemeinschaft führen. Auch mit dem Ziel, die Wettbewerbsbedingungen der Kassenarten einander anzugleichen, wäre die für Betriebskrankenkassen geltende Sonderregelung nach Einführung des Satzungswahlrechts nicht mehr vereinbar.“¹⁸

Hinter dieser Regelung steht das Bild, dass das allgemeine Kassenwahlrecht dazu führen kann, dass eine bestimmte Krankenkasse – auch welchen Gründen auch immer – nicht gewählt wird bzw. die Versicherten eine andere Kasse wählen, so dass es geschehen kann, dass die betroffene Kasse ihre Mitgliederbasis soweit verliert, dass ihre Existenzfähigkeit gefährdet wird. Angesichts des allgemeinen Kassenwahlrechts ist dies aber kein alleiniges Phänomen einer geöffneten Betriebskrankenkasse, sondern kann sich ebenso auch bei einer geschlossenen ergeben. In dem einen wie dem anderen Fall

¹⁸ BT-Drucks 12/3608 S. 110

besteht ein allgemeines Kassenwahlrecht und auch das Mitglied einer geschlossenen Betriebskrankenkasse ist nicht gezwungen, bei dieser geschlossenen Kasse zu bleiben, sondern kann jede andere wählen. Allenfalls die allgemeinen Vorteile einer unternehmensbezogenen Betriebskrankenkasse mögen den oder die Versicherte davon abhalten, eine andere Krankenkasse zu wählen.

Es wird nicht berücksichtigt, dass Krankenkassen jeglicher Art nach Einführung der allgemeinen Wahlfreiheit keinen gesicherten Stamm von Versicherten mehr haben. Das gilt bei den Betriebskrankenkassen für geschlossene wie für geöffnete. Die derzeitige Ausgestaltung des Organisationsrechts der Krankenkassen kann bis zum Ausscheiden einzelner Krankenkassen aus dem Wettbewerb und damit zum Ende ihrer Existenz führen. Dies wird dann im Hinblick auf den Schutz der Versicherten und der Leistungserbringer durch die Regelungen der §§ 171a ff. SGB V zur Insolvenz und ggf. zur Schließung von Krankenkassen ausreichend abgedeckt.

Der Verweis auf die Angleichung der Wettbewerbsbedingungen als Grund für die gesetzgeberische Blockade des Ausscheidens bei geöffneter Betriebskrankenkasse ist so nicht recht nachvollziehbar. Man mag allenfalls daran denken, dass § 161 SGB V eine entsprechende Regelung auch für geöffnete Innungskrankenkassen vorsieht und man wohl Innungskrankenkassen und Betriebskrankenkassen nicht ungleich behandeln will. Es ist aber ohne Weiteres einleuchtend, dass die hier geäußerten Bedenken gegen die Regelung auch auf die Innungskrankenkassen in gleicher Weise zutreffen. Wenn diese Einschränkung für die Betriebskrankenkassen nicht zu rechtfertigen ist, dann auch nicht für die Innungskrankenkassen.

Damit erweist sich diese Einschränkung als untaugliches Mittel zur Sicherung der Existenzfähigkeit, da eben auch im Gründerbetrieb die Wahlfreiheit besteht.

Im Übrigen verfügen die Aufsichtsbehörden über ausreichende Mittel, um die Leistungsfähigkeit einer Krankenkasse zu überwachen und sicherzustellen.

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass dieser Ausschluss des Ausscheidens eines Arbeitgebers aus einer geöffneten Betriebskrankenkasse nicht zu problematischen Konsequenzen in der Haftungsfrage nach § 155 Abs. 4 SGB V führen kann. Die erstrangige Haftung ist dort nur für die nicht-geöffneten Betriebskrankenkassen vorgesehen, für geöffnete Betriebskrankenkassen haften die anderen Betriebskrankenkassen. Dies erscheint angesichts der unterschiedlichen Situation gerechtfertigt.

Eine Möglichkeit des Ausscheidens macht allerdings auch sog. virtuelle Betriebskrankenkassen möglich, die einen Bezug zu einem bestimmten Arbeitgeber sowie ggf. einer Gruppe von Arbeitgebern verloren haben¹⁹. Das aber widerspricht dem Grundsatz der betriebsnahen und betriebsbezogenen Krankenversicherung, womit das Grundverständnis der Betriebskrankenkassen betroffen ist. Allerdings ist diese Konsequenz in der Praxis nicht zu vermeiden, da sich eine solche Entwicklung etwa auch ergeben kann etwa durch Auflösung oder Insolvenz von Trägerunternehmen.

d. Wahlrechte der Versicherten

§ 173 Abs. 2 SGB V sieht vor, dass Versicherungspflichtige und Versicherungsberechtigte wählen können zwischen

1. der Ortskrankenkasse des Beschäftigungs- oder Wohnorts,
2. jeder Ersatzkasse, deren Zuständigkeit sich nach der Satzung auf den Beschäftigungs- oder Wohnort erstreckt,

¹⁹ S. dazu *Schnapp*, Die Rechtsstellung geöffneter und „virtueller“ Krankenkassen, NZS 2004, 113 ff.

3. der Betriebs- oder Innungskrankenkasse, wenn sie in dem Betrieb beschäftigt sind, für den die Betriebs- oder die Innungskrankenkasse besteht,
4. der Betriebs- oder Innungskrankenkasse, wenn die Satzung der Betriebs- oder Innungskrankenkasse dies vorsieht,
- 4a. der Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See,
5. der Krankenkasse, bei der vor Beginn der Versicherungspflicht oder Versicherungsberechtigung zuletzt eine Mitgliedschaft oder eine Versicherung nach § 10 bestanden hat,
6. der Krankenkasse, bei der der Ehegatte oder der Lebenspartner versichert ist.

Von hier interessierender Bedeutung sind die Ziffern 3 und 4.

aa. Geöffnete Betriebskrankenkassen

Mit der Ziffer 4 sind die sog. geöffneten Betriebskrankenkassen angesprochen.

Übertragen auf die vorliegende Problematik bedeutet diese Regelung, dass der Versicherte jede Betriebskrankenkasse wählen kann, die eine entsprechende Klausel in der Satzung enthält. Ist also eine Betriebskrankenkasse, die die Konzernunternehmen unter geltendem Recht erfassen soll, in diesem Sinne geöffnet, so können Versicherte von Konzernunternehmen diese wählen. Auf diese Weise kann eine konzernweite Erfassung der Beschäftigten der Konzernunternehmen erzielt werden. Dies geschieht allerdings um den Preis, dass eine Betriebskrankenkasse für einen Konzern sämtlichen Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung offensteht. Die Option einer exklusiv betriebsnahen Krankenversicherung bleibt damit ausgeschlossen, obwohl dies ursprünglich einmal die Aufgabe der Betriebskrankenkassen war und in der Regel-Ausgestaltung als geschlossene Betriebskrankenkasse auch weiterhin zum Ausdruck kommt.

Eine konzernweite Betriebskrankenkasse im Sinne einer exklusiv nur für Beschäftigte vorgesehenen Einrichtung, die für sie passgenau gesundheitsfördernde Leistungen anbietet, lässt sich so nicht erzielen.

bb. Geschlossene Betriebskrankenkasse

Die Wahl einer geschlossenen Betriebskrankenkasse hängt von der Ausgestaltung ihrer Satzung im Einzelnen ab, was zugleich bedeutet, dass der Einzugsbereich einer Betriebskrankenkasse abhängig ist von den Voraussetzungen für eine Errichtung und Ausdehnung (§§ 147 und 149 SGB V). Das bedeutet zunächst, dass es nur um Betriebe eines einzelnen Arbeitgebers geht. Weitere Konzernunternehmen sind dann zusätzliche Arbeitgeber.

Eine gemeinsame Betriebskrankenkasse mehrerer Arbeitgeber kann aber nur durch Fusionen von Betriebskrankenkassen nach § 150 SGB V erreicht werden. Die Wahl einer nicht geöffneten Konzern-Betriebskrankenkasse ist deshalb für Beschäftigte des Konzerns nur dann uneingeschränkt möglich, wenn sich die Betriebskrankenkassen der einzelnen Konzernunternehmen zu einer gemeinsamen Betriebskrankenkasse vereinigt haben und dies auch tatsächlich sämtliche Konzernunternehmen erfasst.

Ein solcher Vorgang ist aber durchaus komplex und trägt der existierenden Unternehmenswirklichkeit nicht Rechnung. Wird ein zusätzlicher Betrieb erworben und in ein Konzernunternehmen eingegliedert, so bedarf es dafür des Verfahrens nach § 149 SGB V mit der Folge, dass eine Mehrheit der Beschäftigten des erworbenen Betriebes zustimmen muss.

Wird ein neues Unternehmen in den Konzern eingegliedert, so muss eine etwa dort bestehende Betriebskrankenkasse mit der bestehenden des Konzerns fusioniert werden. Eine Ausdehnung auf diesen Betrieb bzw. dieses

Unternehmen ist nicht vorgesehen, da § 149 SGB V einen weiteren Betrieb desselben Arbeitgebers voraussetzt. Hat dieses neue Unternehmen also keine eigene Betriebskrankenkasse, so müsste eine solche errichtet werden, um sie dann über § 150 SGB V in der konzernweiten Betriebskrankenkasse aufgehen zu lassen. Dies gilt etwa auch für den Fall, dass ein Konzern den abgespaltenen Teil eines Unternehmens erwirbt. Wenn dieser bisher von der Betriebskrankenkasse des bisherigen Unternehmens erfasst wurde, so muss für dieses Teil-Unternehmen eine Betriebskrankenkasse errichtet werden, die alle in § 147 SGB V genannten Voraussetzungen erfüllen muss, um diese dann in einem weiteren Prozess mit der Betriebskrankenkasse des erwerbenden Konzerns bzw. Unternehmens zusammenzuschließen.

Hat das neue Konzernunternehmen zu einer – anderen - gemeinsamen Betriebskrankenkasse gehört, so müsste ein Antrag auf Ausscheiden für jeden Betrieb dieses Unternehmens nach § 151 Abs. 2 SGB V erfolgen, um es dann zu ermöglichen, durch Neugründung und Fusion dieses neue Konzernunternehmen mit seinen Betrieben in die konzernweite Betriebskrankenkasse einzufügen.

Es dürfte offenkundig sein, dass dies ein Verfahren ist, das der modernen Unternehmenswirklichkeit in keiner Weise entspricht und faktisch zur Verhinderung entsprechender Konzepte führt.

Diese Möglichkeit scheidet schließlich vollständig aus, wenn das neue Konzernunternehmen einer geöffneten Betriebskrankenkasse angehört. Ein Ausscheiden aus der gemeinsamen – geöffneten – Betriebskrankenkasse ist nicht möglich, da § 151 Abs. 2 S. 2 SGB V diese Möglichkeit ausdrücklich verwehrt. Die Eingliederung dieses Unternehmens bzw. seiner Betriebe in die konzernweite Betriebskrankenkasse ist also nicht möglich.

Dies gilt auch, wenn nur ein einzelner Betrieb, der einer geöffneten Betriebskrankenkasse angehört, in den Konzern eingegliedert werden soll.

Werden Unternehmen oder Betrieb durch Verkauf oder sonstwie aus dem Konzernverbund entlassen, so kann der bisherige wie der neue Arbeitgeber das Ausscheiden aus der Betriebskrankenkasse beantragen. Dies gilt auch für gemeinsame Betriebskrankenkassen. Sofern es sich hier allerdings um eine geöffnete Betriebskrankenkasse handelt, scheidet diese Möglichkeit aus und das ehemalige Konzernunternehmen bzw. konzernangehörige Betrieb bleibt dauerhaft der bisherigen Betriebskrankenkasse zugehörig.

Es dürfte offenkundig sein, dass diese Situation mit der Unternehmenswirklichkeit einer modernen Unternehmensstruktur kaum in Einklang zu bringen ist.

3. Defizite des geltenden Systems vor dem Hintergrund moderner Unternehmensstrukturen

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass das Kassenorganisationsrecht der Betriebskrankenkassen orientiert ist am Bild des einzelnen Arbeitgebers, der für die Arbeitnehmer seines Betriebes eine Krankenkasse gründet. Bei der Errichtung von Betriebskrankenkassen lässt die Vorschrift des § 147 SGB V auch eine Betriebskrankenkasse für mehrere Betriebe zu, die aber sämtlich die eines einzelnen Arbeitgebers sein müssen.

Dass ein Konzern, der angesichts der bestehenden Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnisse aus mehreren Arbeitgebern besteht, ein – berechtigtes – Interesse an einer konzernweiten Betriebskrankenkasse haben mag, wird vom Gesetz nicht ausdrücklich berücksichtigt. Es bleibt dem Konzern nur die Möglichkeit, für jedes einzelne Konzernunternehmen eine

Betriebskrankenkasse zu gründen und dann diese Betriebskrankenkassen über den Weg der freiwilligen Vereinigung (Fusion) nach § 150 SGB V zu einer konzernweiten Betriebskrankenkasse zu machen. Wird ein weiteres Unternehmen erworben und in den Konzern eingegliedert, so kann die Einheitlichkeit wiederum nur über den Weg nach § 150 SGB V erreicht werden. Scheidet ein Unternehmen aus dem Konzern aus, so ist dies bei einer geschlossenen Betriebskrankenkasse vergleichsweise einfach möglich. Hat sich eine Betriebskrankenkasse aber – auch um den oben beschriebenen Schwierigkeiten bei der Bildung einer konzernweiten Betriebskrankenkasse aus dem Weg zu gehen – nach § 173 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 SGB V geöffnet, so hat ein ausscheidendes Konzernunternehmen diese Möglichkeit nicht. Dass dies unbefriedigend ist, leuchtet unmittelbar ein.

Misst man also das Kassenorganisationsrecht der Betriebskrankenkassen an der modernen Konzernwirklichkeit, so zeigt sich, dass es dieser nicht Rechnung trägt und den Anforderungen einer Konzernstruktur nicht gerecht wird. Es besteht im Sinne einer betriebs- und unternehmensnahen Krankenversicherung ein berechtigtes Interesse daran, für Unternehmenszusammenschlüsse eine gemeinsame Betriebskrankenkasse zu ermöglichen. In der heutigen Konzernwirklichkeit sind Verflechtungen zwischen Konzernunternehmen vielfältig, worauf das Arbeitsrecht bereits reagiert hat²⁰.

Es ist dabei auch festzustellen, dass Unternehmen sich in einzelne miteinander konzernmäßig verbundene Unternehmen aufspalten, die außerordentlich eng miteinander zusammenarbeiten. Vorzufinden sind etwa miteinander verbundene Beteiligungsgesellschaften, Personalführungsgesellschaften, die ihr Personal anderen Konzerngesellschaften zur Verfügung stellen, auf die Produktion konzentrierte Gesellschaften und reine Verwaltungsgesellschaften, um nur einige Gestaltungsformen zu nennen. Allen gemeinsam ist aber, dass der

²⁰ S. dazu *Braun/Wisskirchen*, Konzernarbeitsrecht, München 2015

Grundsatz der Einheit des Betriebs und der Einheit des Arbeitgebers in der Ausgestaltung durch die §§ 147 ff. SGB V hier an der Unternehmenswirklichkeit vorbeigeht.

Des Weiteren ist festzustellen, dass die Ausgestaltung in Bezug auf die sog. geöffneten Betriebskrankenkassen nicht in sich konsistent ist. Die Vorschrift des § 151 Abs. 2 S. 2 SGB V hindert einen Arbeitgeber bei einer geöffneten gemeinsamen Betriebskrankenkasse daran, aus dieser auszuschneiden. Das bedeutet im Ergebnis, dass etwa ein Unternehmen, das zu den Gründern einer – später - geöffneten Betriebskrankenkasse gehört, in das System einer konzernweiten Betriebskrankenkasse des Konzerns nicht einbezogen werden kann, in den es im Zuge von Unternehmenszusammenschlüssen eintritt. Die Zuordnung dieses Unternehmens zur alten gemeinsamen Betriebskrankenkasse ist also unauflöslich und steht der Bildung einer konzernweiten Betriebskrankenkasse entgegen. Auch diese Regelung steht damit den Bedürfnissen moderner Unternehmensstrukturen entgegen.

Festzustellen ist auch, dass die Anforderungen an eine Errichtung und eine Ausdehnung einer Betriebskrankenkasse den aktuellen Bedingungen nicht ausreichend Rechnung tragen. Dies gilt insbesondere für das Erfordernis der Zustimmung aller Beschäftigten des jeweiligen Betriebes. Dies mag seine Berechtigung zu einer Zeit gehabt haben, zu der die Zugehörigkeit zum Betrieb gleichbedeutend mit der Zugehörigkeit zur Betriebskrankenkasse war, die Arbeitnehmer des Betriebs also in diesem Sinn Betroffene waren. Dies aber ist angesichts der sehr weitgehenden Wahlfreiheit der Versicherten inzwischen nicht mehr gegeben, so dass das Erfordernis der Zustimmung der Mehrheit der Beschäftigten keine Rechtfertigung mehr findet. Diese Vorgabe der Zustimmung der Beschäftigten ist aber andererseits auch ein Hindernis für die Bildung konzernweiter Betriebskrankenkassen, da die Vorschrift ein nicht wirklich kalkulierbares Hindernis aufstellt und zudem nicht nur die Mehrheit der abgegebenen Stimmen verlangt sondern die Mehrheit der Beschäftigten, so

dass eine geringe Beteiligung an einer derartigen Abstimmung entsprechend nachteilige Folgen für die Errichtung bzw. Ausdehnung hat. Dieses Erfordernis ist also in gleichsam doppelter Weise nicht länger gerechtfertigt. Zum einen stimmen hier Personen über eine Entscheidung ab, von der sie nicht betroffen sind, denn sie sind nicht dazu veranlasst oder gar gezwungen, sich der Betriebskrankenkasse dann auch anzuschließen. Zum anderen ist dann und vor diesem Hintergrund die Anforderungen einer Mehrheit der Beschäftigten und nicht nur einer Mehrheit der abgegebenen Stimmen unverhältnismäßig; bei Wahlen und Abstimmungen auch fundamentaler Bedeutung wird sonst regelmäßig nur die Mehrheit der abgegebenen Stimmen verlangt.

Man mag dagegen einwenden, dass die Vorschrift der demokratischen Legitimierung der Einrichtung dienen soll²¹. Demokratische Legitimation bedeutet aber, dass die von einer bestimmten Entscheidung betroffenen Personen an dieser Entscheidung unmittelbar – oder mittelbar durch zwischengeschaltete und von ihnen gewählte Gremien – beteiligt werden. In der amtlichen Begründung zum Gesundheitsstrukturgesetz wird insoweit ausgeführt:

„Durch die Regelung soll die Errichtung einer Betriebskrankenkasse nicht von der Zustimmung der Mehrheit der abstimmenden Arbeitnehmer, sondern der Mehrheit der im Betrieb Beschäftigten abhängig gemacht werden. Hierzu gehören auch Arbeitnehmer, die noch nicht volljährig sind, und Auszubildende. Die demokratische Legitimierung einer BKK-Errichtung erfolgt damit auf einer breiteren, von Gesamtbelegschaft getragenen Basis. Die Regelung berücksichtigt, daß von einer BKK-Errichtung gesamte Belegschaft finanziell betroffen sein kann. Das gilt auch für Personen, die der Betriebskrankenkasse nach der Errichtung nicht angehören können, weil die BKK-Errichtung auch Auswirkungen auf den

²¹ So BT-Drucks. 12/3806 S. 109

Beitragszuschuß des Arbeitgebers nach § 257 SGB V haben kann. Nicht abstimmungsberechtigt sind Personen, die zum Zeitpunkt der BKK-Errichtung nicht mehr Beschäftigte des Betriebes sind und bei denen dies bei der Abstimmung bekannt ist.“

Daraus folgt vorliegend, dass eine in diesem Sinne bestehende Betroffenheit nicht mehr gegeben ist. Angesichts der Umstellung des Beitragssystems auf einen festen und einheitlichen Krankenversicherungsbeitrag spielt ein individueller Beitragssatz einer Krankenkasse für den Beitragszuschuss nach § 257 SGB V keine Rolle mehr. Nach dem jetzt geltenden § 257 SGB V kommt es auch nicht auf den Zusatzbeitrag einer bestimmten Kasse an, da für diese Fälle der durchschnittliche Zusatzbeitragssatz des § 242a SGB V zugrunde gelegt wird. Einer derartigen Zustimmung aller Beschäftigten bedarf es deshalb nicht mehr; sie ist zur demokratischen Legitimation gegenstandslos geworden.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass dann der Arbeitgeber ohne Beteiligung der Beschäftigten eine Betriebskrankenkasse errichten kann. Es handelt sich bei dieser Frage aber nicht um die nach der demokratischen Legitimation bei einem Eingriffs- oder Betroffenheitstatbestand. Vielmehr wird durch die durch den Arbeitgeber erfolgende Errichtung einer Betriebskrankenkasse den Versicherungspflichtigen des Betriebes neben der Wahl einer anderen Krankenkasse auch die Wahl der jeweiligen Betriebskrankenkasse eröffnet. Da das Errichtungsrecht bei einer Betriebskrankenkasse ohnehin vom Arbeitgeber ausgeht und die Zustimmung auch bisher schon keine unmittelbare Errichtungsvoraussetzung war, ist ein Fortfall dieser Zustimmung auch unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation zu rechtfertigen.

4. Schlussfolgerung

Es zeigt sich damit insgesamt, dass das geltende Regelungssystem in mehrfacher Hinsicht nicht mehr den heutigen Anforderungen entspricht. Es stellt Bedingungen auf, die als solche nicht mehr gerechtfertigt sind, da sie von der zwischenzeitlichen gesetzgeberischen Entwicklung überholt sind und nur unter einem früheren Rechtszustand einen Sinn gemacht haben. Die derzeit noch geltenden Rahmenbedingungen verhindern ohne wirklich triftigen Grund die Schaffung sinnvoller Einheiten und die angemessene Reaktion auf die Erfordernisse moderner Unternehmens- und Wirtschaftsstrukturen.

III. Lösungen

1. Vorüberlegungen

Die bisherigen Überlegungen haben also gezeigt, dass die derzeitige Ausgestaltung des Krankenkassenorganisationsrechts modernen Unternehmensstrukturen nicht Rechnung zu tragen vermag. Eine betriebsnahe betriebliche Krankenversicherung muss der gewachsenen Unternehmenswirklichkeit Rechnung tragen und es deshalb auch ermöglichen, dass Unternehmenszusammenschlüsse die Konzernstrukturen auch auf die Organisation ihrer betrieblichen Krankenversicherung übertragen können. Auf diese Weise lässt sich im Interesse der Versicherten eine betriebsnahe gesetzliche Krankenversicherung organisieren, die die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung bedarfsgerecht erbringt.

Die Herstellung einer derartigen Organisationsstruktur ist derzeit mit völlig unverhältnismäßigem Aufwand verbunden und auch dann nur unvollkommen herstellbar. Die geltenden Regelungen gehen vom Bild des einzelnen Arbeitgebers aus, der über einen oder mehrere Betriebe verfügt und für diese eine Betriebskrankenkasse errichten will. Die bestehenden Vorschriften tragen dann dem Wachsen des Unternehmens um weitere Betriebe Rechnung und auch dem Ausscheiden von Betrieben aus dem Unternehmen. Eine Errichtung durch mehrere Arbeitgeber ist aber nach dem bisherigen Wortlaut bereits ausgeschlossen; sie verlangt vielmehr den mit umständlichem und unverhältnismäßigem Aufwand verbundenen Weg über separate Errichtungsvorgänge verbunden mit einer späteren Fusion. Bereits eine Organisationsstruktur größerer Einheiten ist also vom Gesetzgeber nicht vorgesehen und unter geltendem Recht nur mit Schwierigkeiten erreichbar.

Unabhängig von der Frage der Anpassung an moderne Unternehmensstrukturen ist also bereits feststellbar, dass die Regelungen zur Organisationsstruktur der Betriebskrankenkassen der Schaffung größerer Einheiten, die den aktuellen Herausforderungen im System der gesetzlichen Krankenversicherung Rechnung tragen, entgegenstehen. Dies nur durch Fusionen einzelner Betriebskrankenkassen – unvollkommen - erreichen zu können, entspricht nicht einem modernen Kassenorganisationsrecht.

Der Gesetzgeber hat punktuell auf Veränderungen in der Organisationsstruktur und in der Finanzierung reagiert, dies aber nie zum Anlass genommen, das Kassenorganisationsrecht umfassend zu überarbeiten. Er hat es auch unterlassen, grundlegende Umgestaltungen des Krankenkassensystems wie etwa die Einführung der Wahlfreiheit in den §§ 147 ff. SGB V nachzuvollziehen und diese dementsprechend auszugestalten.

So hat er auf die Öffnung von Betriebskrankenkassen für nicht im Betrieb tätige Versicherte nur damit reagiert, dass er es einem Arbeitgeber verwehrt, aus dieser geöffneten und von ihm mitbegründeten Krankenkasse auszuschneiden. Wenn das dann mit der Gefahr der Auszehrung begründet wird, so erweist sich dieses Argument als nach der praktischen Erfahrung zweifelhaft und passt auch nicht anderen inzwischen vollzogenen Ausgestaltungen des Kassenorganisationsrechts. Es ist zudem nur ein Versuch des Absicherns der Existenz geöffneter Betriebskrankenkassen, ohne dass dahinter ein Konzept für die organisatorische Ausgestaltung geöffneter Betriebskrankenkassen steht. Vielmehr wird lediglich bestimmt, dass Betriebskrankenkassen von betriebsfremden Versicherten dann gewählt werden können, wenn die Satzung dieser Betriebskrankenkasse dies ermöglicht.

Der Gesetzgeber hat auch nicht in ausreichender Weise der Entwicklung des Kassenwahlrechts Rechnung getragen, das u.a. dafür sorgt, dass kein

Versicherter gezwungen ist, der Betriebskrankenkasse seines Unternehmens anzugehören.

Andere Regelungen tragen nach wie vor dem – nicht mehr bestehenden – Umstand Rechnung, dass die Krankenkassen ihre Beiträge innerhalb bestimmter Grenzen festlegen. Das ist inzwischen Vergangenheit und auch beim Zusatzbeitrag wird nicht der konkrete der einzelnen Krankenkasse in Ansatz gebracht sondern ein durchschnittlicher Satz.

Bei einer Neuordnung des Kassenorganisationsrechts stellt sich auch die Frage nach der zutreffenden Mindestgröße. Die Erfahrung zeigt offenbar, dass kleine geschlossene Betriebskrankenkassen durchaus lebensfähig sind, was auch daraus erklärlich ist, dass sie in besonderer Weise mit dem Arbeitgeber verbunden sind. Dies bringt insbesondere § 147 Abs. 2 und 2a SGB V zum Ausdruck, wonach etwa grundsätzlich der Arbeitgeber auf seine Kosten das Personal der Betriebskrankenkasse bestellt.

Ob ein solcher Maßstab allerdings auch für geöffnete Betriebskrankenkassen sinnvoll ist, erscheint weniger sicher. Bei geöffneten Betriebskrankenkassen, die dieser Mindestgrenze der Mitgliederzahl nahe sind, dürfte deshalb die Einschränkung des § 151 Abs. 2 Satz 2 SGB V einen Sinn machen, da das Ausscheiden eines Betriebs des Gründer-Arbeitgebers bei dieser Konstellation tatsächlich zu einer Existenzgefährdung der Krankenkasse führen kann. Bei der „typischen“ geöffneten Betriebskrankenkasse hingegen, die regelmäßig über eine deutlich höhere Mitgliederzahl verfügt, stellt sich dieses Problem nicht und die Berechtigung der Einschränkung in § 151 II S. 2 SGB V ist nicht zu sehen.

Hier mag es angezeigt sein, entweder die Mindestzahl für geöffnete Betriebskrankenkassen heraufzusetzen oder aber die Ausnahmeregelung des § 151 Abs. 2 S. 2 SGB V nur für Krankenkassen vorzusehen, die eine bestimmte Mitgliederzahl unterschreiten.

2. Grundfragen der Neuordnung des Kassenorganisationsrechts der Betriebskrankenkassen

a. Der Betrieb als Anknüpfungspunkt

Eine Anpassung des Kassenorganisationsrechts an moderne Unternehmensstrukturen kann erfolgen, indem man unmittelbar an die Unternehmensstrukturen anknüpft, also etwa Konzernen ein – eigenständiges - Errichtungsrecht für Betriebskrankenkassen einräumt. Das würde eine grundsätzliche Abkehr vom Grundsatz der Einheit des Arbeitgebers und der Einheit des Betriebes bedeuten. Dieser Grundsatz mag in dieser Ausgestaltung durch die moderne Unternehmensentwicklung inzwischen überholt sein; der Betrieb und die betriebsnahe Krankenversicherung ist aber weiterhin der Markenkern der Betriebskrankenkassen.

aa. Ungeeignetheit der Anknüpfung an den Konzernbegriff

Eine Anknüpfung an den Konzernbegriff führt vorliegend nur hin zu einer möglichen Form moderner Unternehmensstrukturen und löst das Problem nicht im Grundsätzlichen. In der Einführung wurden auch andere moderne Formen der Arbeits- und Unternehmensstruktur bezeichnet, die ebenfalls von den bestehenden Regelungen nicht sachgerecht erfasst werden können.

Zudem ist der Konzernbegriff angesichts seiner unterschiedlichen Ausgestaltungen gesetzgeberisch für die hier gegebenen Zwecke nicht leicht umsetzbar.

So ist etwa für das in gewisser Weise wesensverwandte Arbeitsrecht festzustellen, dass dort ein einheitlicher Konzernbegriff nicht existiert²². Das Individualarbeitsrecht vermeidet die Bezugnahme auf den Konzern, was hier auch grundsätzlich in der Logik liegt, da Anknüpfungspunkt der Arbeitsvertrag ist und diese zum jeweiligen Arbeitgeber besteht und jedes Konzernunternehmen als solches Arbeitgeber ist. Anders ist dies im Betriebsverfassungsrecht, wo es die Einrichtung des Konzernbetriebsrats gibt; hier nimmt das BetrVG Bezug auf das Aktiengesetz und sieht den Konzernbetriebsrat für die sog. Unterordnungskonzern des § 18 Abs. 1 AktG vor. Das Gesetz über den Europäischen Betriebsrat auf der anderen Seite sieht den Konzernbegriff gar nicht vor sondern spricht von Unternehmensgruppen, wobei dafür entscheidend ist, dass ein (herrschendes) Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen derselben Gruppe (abhängiges Unternehmen) ausüben kann, wie sich aus § 6 Abs. 1 EBRG ergibt. Diese Begriffsbestimmungen beschränken sich auf Unternehmensverbindungen, die nach dem Prinzip der Über- und Unterordnung organisiert sind. Dies macht hier auch einen vernünftigen Sinn, da es bei der Betriebsverfassung und Mitbestimmung um die Teilnahme an Leitungsentscheidungen geht. Das aber führt dann zu Zweifeln, ob bei einer Übertragung dieser Begrifflichkeit den Bedürfnissen betriebsnaher Sozialpolitik ausreichend Rechnung getragen wäre.

Geht man ins Aktienrecht als eigentlichem Standort des Konzernbegriffs, so bestimmt § 18 des Aktiengesetzes, dass ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen, die unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind, einen Konzern bilden; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag nach § 291 AktG besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319 AktG), sind als unter einheitlicher Leitung

²² S. dazu *Richardi*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. München 2009, § 23 Rn 1 ff.

zusammengefasst anzusehen. Ein Konzern kann danach aber auch gegeben sein, wenn rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind; man kann dann auch von einem Gleichordnungskonzern sprechen. Daneben kennt das Aktiengesetz noch verbundene Unternehmen (§ 15 Aktiengesetz), In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16 Aktiengesetz) sowie wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19 Aktiengesetz).

Das zeigt bereits, dass eine Anknüpfung an den Konzernbegriff nicht wirklich weiterhilft, um für das Kassenorganisationsrecht der Realität moderner Unternehmensstrukturen Rechnung zu tragen. Der Konzernbegriff ist eine aktien- bzw. konzernrechtlicher und dementsprechend auf die Bedürfnisse dieses Rechtsgebietes zugeschnitten. Er dient dazu, daran unternehmensrechtliche Rechtsfolgen zu knüpfen, wie sich etwa aus den §§ 97 ff. AktG zum Aufsichtsrat, § 131 AktG zur Stellung der Aktionäre, zur Prüfung des Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat nach §§ 170 ff. AktG sowie insbesondere aus den §§ 308 ff. zur Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Anhängigkeit von Unternehmen ergibt. Er lässt sich deshalb nicht ohne Weiteres auf das Kassenorganisationsrecht übertragen.

Es wäre etwa auch erforderlich, sich für einen bestimmten Konzernbegriff zu entscheiden, was die Flexibilität unnötig einengen würde. Es würde sich auch die Frage ergeben, welche Anknüpfungen sonst noch vorzusehen wären und es wäre das Verhältnis zueinander zu klären; so müsste man wohl die Anknüpfung auch an den Betrieb bestehen lassen.

Eine Anknüpfung an den Konzern sollte deshalb nicht erfolgen

bb. Betriebs- und Unternehmensbegriff als Basis in anderen Rechtsgebieten

Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, dass sowohl das Gesellschaftsrecht als auch das Arbeitsrecht auf dem Unternehmen bzw. Betrieb aufbauend und an ihn grundsätzlich anknüpfend Sonderregelungen für die höheren Ebenen vorsehen.

So ist das Konzernrecht Teil des Aktienrechts und baut auf der Aktiengesellschaft auf.

Im Betriebsverfassungsrecht bleibt der Betrieb der Kern der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation und der Gesamtbetriebsrat (§§ 47 ff. BetrVG) sowie der Konzernbetriebsrat (§§ 54 ff. BetrVG) sind ihm nicht übergeordnet, sondern sind nur die betriebsverfassungsrechtlichen Einrichtungen, die der Unternehmens- bzw. Konzernstruktur Rechnung tragen und in die die Betriebsräte der jeweiligen Betriebe Mitglieder entsenden.

cc. Anknüpfung an den Betrieb

Es liegt deshalb näher, auch bei der Organisation betrieblicher Krankenversicherung an den Betrieb als Keimzelle anzuknüpfen.

b. Aufgabe des Grundsatzes der Einheit von Betrieb und Arbeitgeber

aa. Erleichterungen für moderne Unternehmens- und Wirtschaftsstrukturen

Mit der Entwicklung neuer Unternehmensstrukturen nicht mehr vereinbar ist ein weiteres Festhalten am Grundsatz der Einheit von Betrieb und Arbeitgeber. Es

muss möglich sein, für solche Unternehmensstrukturen Betriebskrankenkassen zu errichten, ohne jeweils dafür die Betriebskrankenkassen einzelner Betriebe fusionieren zu müssen. Das bedeutet, dass es auch möglich sein muss, dass auch mehrere Arbeitgeber für ihre Betriebe gemeinsam eine Betriebskrankenkasse gründen können. Das ermöglicht eine Schaffung größerer und anders verknüpfter Einheiten nicht nur für Konzerne und vergleichbare Unternehmensgruppen, sondern auch für eine Mehrzahl von Unternehmen einer Branche oder einer Region. Für einen Konzern ermöglicht es den Aufbau einer konzernweiten Betriebskrankenkasse.

bb. Gemeinschaftsbetrieb

Daneben ist oben bei der Analyse auch der Fall des gemeinsamen Betriebes mehrerer Arbeitgeber angesprochen worden. Dies ist eine Erscheinungsform zum einen bei Konzernverbindungen im Bereich der Privatversicherung, wo einerseits dem Grundsatz der Spartenentrennung Rechnung getragen werden muss, andererseits aber auch zentrale Einheiten aus betriebswirtschaftlichen Gründen gemeinsam betrieben werden. Zum anderen ist zu denken an kleine und mittlere Unternehmen, die - ebenfalls aus betriebswirtschaftlichen Gründen – zentrale Einheiten wie etwa Buchhaltung oder auch Logistik – gemeinsam betreiben.

Das Betriebsverfassungsrecht arbeitet hier mit dem Begriff des Gemeinschaftsbetriebs, für den nur ein Betriebsrat zu wählen ist²³. Ein solcher Gemeinschaftsbetrieb setzt voraus, dass der Einsatz menschlicher Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird und sich die beteiligten Unternehmen zumindest stillschweigend zu einer gemeinsamen Führung rechtlich verbunden haben²⁴. Diese einheitliche Leitung muss sich dabei auf die

²³ Vgl. hierzu und zum Folgenden *Preis*, in: *Wlotzke/Preis/Kreft*, BetrVG, 4. Aufl. 2009, § 1 Rn 34

²⁴ BAG v. 11.12.2007 – NZA-RR 2008, 391

wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in personellen Angelegenheiten erstrecken. Legt man diese Konkretisierung zugrunde, so verlangt dies nicht die ausdrückliche Installierung einer Erscheinungsform „Betrieb mehrerer Arbeitgeber“, sondern es lässt sich mit dem Erfordernis der einheitlichen Leitung die Zuordnung herstellen. Allerdings bleibt es hier bei mehreren Rechtsträgern eines Betriebes.

Da es vorliegend um die Errichtung einer Betriebskrankenkasse durch den Arbeitgeber oder um einen vergleichbaren Vorgang handelt, kann vorgesehen werden, dass sich mehrere Arbeitgeber, die einen solchen Gemeinschaftsbetrieb betreiben, auf eine Rechtsträgerschaft eines der Arbeitgeber einigen müssen. Das Betriebsverfassungsgesetz arbeitet hier mit einem Vermutungstatbestand, um dem Betriebsrat bzw. den Wahlvorständen bei unklarer Sachlage einen Ansatzpunkt zu bieten. Eine derartige Konstruktion über einen Vermutungstatbestand ist vorliegend nicht erforderlich.

c. Zustimmungspflicht der Beschäftigten des Betriebes

Die bisherigen Überlegungen haben gezeigt, dass es angesichts der inzwischen erreichten Ausgestaltung des Krankenkassensystems nicht mehr erforderlich ist, zur demokratischen Legitimation der Errichtung einer Betriebskrankenkasse die Zustimmung der Mehrheit der Beschäftigten zu verlangen. Für diejenigen, die sich anderweitig als in der Betriebskrankenkasse versichern, hat die Errichtung einer Betriebskrankenkasse keine rechtlich relevanten spürbaren Folgen mehr. Dies ergibt sich insbesondere aus der Änderung des Finanzierungssystems aber auch der Herstellung der Wahlfreiheit. Der demokratischen Legitimation ist in ausreichender Weise dadurch Rechnung getragen, dass Versicherte durch die freie Wahl einer Krankenkasse Mitglied derselben werden und dann alle Rechte eines Mitglieds einer Körperschaft des öffentlichen Rechts haben.

Das Erfordernis der Zustimmung der Mehrheit der Beschäftigten nach § 148 Abs. 2 SGB V ist deshalb nicht weiter zu rechtfertigen und sollte bei einer Neukonzeption auch nicht weiter berücksichtigt werden.

d. Geschlossene vs. Geöffnete Betriebskrankenkassen

Die Betriebskrankenkassen sind geschaffen worden als Krankenkassen für die im jeweiligen Betrieb Beschäftigten. Sie waren also von ihrem Ursprung her in diesem Sinne geschlossene Betriebskrankenkassen. Die Öffnung der Betriebskrankenkassen geschah im Rahmen des Gesundheitsstrukturgesetzes von 1992, das allgemein die damals „bestehenden Zuweisungen zu bestimmten Krankenkassen und damit die sachlich nicht zu begründende Trennung zwischen Primär- und Wahlkassen“²⁵ beseitigen wollte.

Den Betriebs- und Innungskrankenkassen, die von ihrer Art auf bestimmte Betriebe bzw. Wirtschaftszweige fokussiert waren, wurde dabei im Gegensatz zu den anderen Kassenarten die Möglichkeit eingeräumt, darüber zu entscheiden, ob sie sich anderen Versicherten öffnen wollen oder nicht. Bei beiden Kassenarten war das mit der grundsätzlichen Konsequenz verbunden, dass sich die Beziehung des Versicherten vom Betrieb bzw. von der Innung löst.

Grundsätzlich denkbar wird dann auch eine – geöffnete – Betriebskrankenkasse ohne jeglichen Betriebsbezug, sofern die Arbeitgeber, die die Betriebskrankenkasse einmal errichtet haben, aus der Betriebskrankenkasse ausgeschieden sind. Eine Betriebskrankenkasse im Sinne einer betriebsnahen Krankenversicherung existiert dann nicht mehr und sie unterscheidet sich dann nicht weiter von den Krankenkassen anderer Kassenarten. Dies wird derzeit noch weitgehend durch § 151 Abs. 2 Satz 2 SGB V verhindert, der aber – wie

²⁵ BT-Drucks 12/3608 S. 112

gezeigt – der Umsetzung moderner Unternehmensstrukturen bei der Organisation von Betriebskrankenkassen entgegensteht.

Das führt dann unmittelbar zur Frage des Selbstverständnisses geöffneter Betriebskrankenkassen in der Kassenart. Auch eine geöffnete Betriebskrankenkasse ist entstanden, indem ein Arbeitgeber für einen oder mehrere seiner Betriebe eine Betriebskrankenkasse gegründet hat. Die Öffnung ist erst ein später hinzugekommener Akt der Selbstverwaltung der Krankenkasse, der an der grundsätzlichen Betriebsbezogenheit der Krankenkasse zumindest zunächst nichts ändert. Die Regelung des § 151 Abs. 2 S. 2 SGB V hat auch nicht die Aufgabe, das Selbstverständnis geöffneter Betriebskrankenkassen zu sichern, sondern soll ein „Ausbluten“ geöffneter Betriebskrankenkassen verhindern, wofür sie allerdings faktisch ungeeignet ist.

Ein Verzicht auf die einschränkende Regelung des § 151 Abs. 2 S. 2 SGB V widerspricht deshalb nicht dem Selbstverständnis der geöffneten Betriebskrankenkassen. Auch sie verfolgen das strategische Ziel einer arbeitsplatzbezogenen betrieblichen Krankenversicherung.

Für die Konzeption einer Überarbeitung des Kassenorganisationsrechts der Betriebskrankenkassen bedeutet dies, dass die geöffneten Betriebskrankenkassen auf der Basis ihrer Ursprünge zu betrachten sind. Auch geöffnete Betriebskrankenkassen bleiben Einrichtungen der betrieblichen Krankenversicherung, die grundsätzlich lediglich durch die Öffnung in der Satzung den potentiellen Kreis der Versicherten erweitert haben.

e. Die Problematik der Leistungsfähigkeit von Betriebskrankenkassen

Die Betriebskrankenkassen sind üblicherweise kleinere Einheiten als dies bei den Ortskrankenkassen und den Ersatzkassen feststellbar ist. Bei diesen beiden Kassenarten ist auf ein bestehendes System zurückzugreifen; eine Neuerrichtung sehen die Vorschriften der §§ 143 ff. SGB V (Ortskrankenkassen) und der §§ 168 ff. SGB V (Ersatzkassen) nicht vor. Ortskrankenkassen bestehen für abgegrenzte Regionen und die Bundesrepublik Deutschland ist flächendeckend erfasst. Die Existenz von Ersatzkassen ist auf den 31.12.1992 festgeschrieben. Betriebs- und Innungskrankenkassen hingegen können auch weiterhin noch errichtet werden, wobei die einschlägigen Vorschriften für die beiden Kassenarten jeweils eine bestimmte Mindestgröße vorsehen und allgemein eine dauerhafte Sicherung der Leistungsfähigkeit verlangen.

Wenn § 147 Abs. 1 Nr. 1 SGB V eine Mindestanzahl an Versicherungspflichtigen verlangt, so soll damit verhindert werden, dass kleine Solidargemeinschaften gebildet werden, die nicht die Gewähr für einen dauerhaften Risikoausgleich innerhalb der Versichertengemeinschaft bieten²⁶. Dies entspricht dem allgemeinen Versicherungsgedanken, der nur umsetzbar ist, wenn eine ausreichend große Versichertenzahl das versicherte Risiko kalkulierbar macht.

Allerdings stellt diese Zahl nicht auf die der in der jeweiligen Betriebskrankenkasse Versicherten ab, was dem Versicherungsgedanken entsprechen würde, sondern auf die Beschäftigung Versicherungspflichtiger – unabhängig davon, bei welcher Krankenkasse sie versichert sind. Über die Funktionsfähigkeit der jeweiligen Betriebskrankenkasse kann dies keine Auskunft geben. Der Gesetzgeber hat hier vielmehr unzutreffend an die Situation vor 1992 (Gesundheitsstrukturgesetz) angeknüpft, als die in einem

²⁶ BT-Drucks. 12/3608 S. 109

Betrieb Beschäftigten der dort gebildeten Betriebskrankenkasse „angehörten“. Dem Kriterium einer kritischen Mindestgröße wird vielmehr durch § 148 Abs. 1 S. 2 SGB V Rechnung getragen, was das Nebeneinander dieser Kriterien wenig überzeugend macht.

Die Leistungsfähigkeit nach § 148 Abs. 1 Nr. 2 SGB V ist nach allgemeinen und nicht konkret an bestimmten Werten festzumachenden Kriterien zu bestimmen. Allgemein lässt sich aus dem Erfordernis der Leistungsfähigkeit auf Dauer herleiten, dass die Krankenkasse – dauerhaft – finanziell in der Lage sein muss, die maßgeblichen Leistungen zu erbringen. Dies war unter dem früheren System der Festsetzung von Beiträgen durch die Krankenkassen innerhalb eines bestimmten Rahmens anders zu bewerten als dies heute bei einem einheitlichen Beitragssatz und ggf. kassenindividuellem Zusatzbeitrag der Fall ist. In der Literatur wird unter Berufung auf eine nicht unmittelbar einschlägige Entscheidung des Bundessozialgerichts aus 1992 davon ausgegangen, dass eine Leistungsfähigkeit nicht mehr gegeben ist, wenn der Bedarf der Krankenkasse den landesdurchschnittlichen Beitragssatz aller Betriebskrankenkassen um mehr als 10 % oder den bundesdurchschnittlichen Bedarfssatz aller Betriebskrankenkassen um 12,5 % übersteigen würde²⁷. An anderer Stelle wird in der Literatur Bezug genommen auf § 266 SGB V; wenn die für den potentiellen Mitgliederkreis vorzuberechnenden oder zu schätzenden Zuweisungen an die neue Kasse aus dem Gesundheitsfonds überdurchschnittlich hoch sein müssten, könne die Leistungsfähigkeit kaum als gesichert angesehen werden. Es sei eine sichere Prognose für die Leistungsfähigkeit auf Dauer erforderlich²⁸.

Insgesamt dürfte hier das Kriterium der Leistungsfähigkeit der Krankenkasse außer Frage stehen. Hinsichtlich der fortdauernden Berechtigung der Beschäftigung von mindestens 1.000 Versicherungspflichtigen sind aber

²⁷ Juris-PK SGB/Koch, 3. Aufl. 1016, § 147 Rn 14 unter Verweis auf BSG v. 26.2.1992 – 1 RR 10/91

²⁸ KassKomm/Peters, § 147 SGB V rn 15

Zweifel anzumelden und die Mindestzahl von 1.000 Mitgliedern mag neben dem Kriterium der Leistungsfähigkeit überflüssig wirken, erleichtert es aber andererseits, hier eine Entscheidung zu treffen.

3. Neukonzeption

Die bisherigen Überlegungen haben ergeben, dass ein Ansetzen unmittelbar beim Konzern nicht unbedingt zielführend ist. Vielmehr hat sich gezeigt, dass es sinnvoller erscheint, auch weiterhin beim Betriebsbegriff anzusetzen, der auch den Markenkern der betrieblichen Krankenversicherung kennzeichnet. Im Vordergrund soll deshalb ein Modell stehen, dass beim Betriebsbegriff ansetzt und eine Neugestaltung vornimmt, die den Anforderungen, die sich inzwischen ergeben haben, besser Rechnung trägt.

a. Die Errichtung einer Betriebskrankenkasse

aa. Antragsbefugnis auch mehrerer Arbeitgeber

Das bedeutet in einem ersten Schritt, dass nicht mehr nur ein Arbeitgeber für seinen Betrieb oder eine Mehrzahl von Betrieben eine Betriebskrankenkasse errichten kann sondern dass auch von vornherein mehrere Arbeitgeber mit einem gemeinsamen Antrag die Errichtung einer Betriebskrankenkasse bewirken können. Dabei muss es sich nicht zwingend um Arbeitgeber des gleichen Konzerns handeln; es kann sich auch um verschiedene Arbeitgeber einer Branche oder einer Region handeln, die im Sinne einer effizienten betrieblichen Krankenversicherung zusammenarbeiten wollen. Es sollten keine Vorgaben hinsichtlich der Zusammensetzung des Kreises der Arbeitgeber gemacht werden, die gemeinsam eine Betriebskrankenkasse gründen können.

Auf diese Weise wird für die nötige Flexibilität gesorgt und es kann sich wandelnden Unternehmensstrukturen Rechnung getragen werden.

Eine Einführung des Konzernbegriffs in das Organisationsrecht der Betriebskrankenkassen würde zu zusätzlichen Abgrenzungsproblemen führen und würde auch eine Einschränkung der Möglichkeiten auf Konzerne bedeuten, wofür kein Anlass und keine Rechtfertigung besteht. Der Grundsatz der Einheit des Arbeitgebers und des Betriebs ist nicht mehr zu begründen. Eine Erstreckung der Errichtungsmöglichkeit auf mehrere Arbeitgeber durch gemeinsamen Antrag zieht daraus nur die Konsequenzen.

bb. Mindestanzahl an Versicherungspflichtigen bzw. Beschäftigten

Es hat sich auch gezeigt, dass die Anforderungen der §§ 147 Abs. 1 Nr. 1 SGB V und § 148 Abs. 2 Satz 2 SGB V zumindest in ihrer Kombination – aber auch ihrer gesetzessystematischen Stellung – so nicht sachgerecht sind. Es ist sicher sinnvoll, angemessen große Einheiten zu schaffen, die funktionsfähig sind und auch dem Risikogedanken einer Versicherung in ausreichender Weise Rechnung tragen können. Das erfordert weniger eine bestimmte Anzahl von versicherungspflichtig Beschäftigten in einem Betrieb als vielmehr eine bestimmte Mitgliederzahl der Versicherung – also hier der Krankenkasse. Zwar lässt sich auch das über die dauerhafte Leistungsfähigkeit einer Krankenkasse sicherstellen, ein formales Kriterium zur Erleichterung des Errichtungsprozesses erscheint jedoch sinnvoll.

Welche Mindestzahl dabei gewählt wird, liegt im Ermessen des potentiellen Gesetzgebers. Eine bestimmte Zahl lässt sich mit wissenschaftlicher Genauigkeit nicht ableiten. Betrachtet man aber die Mitglieder- und Versichertenzahlen der Betriebskrankenkassen, so erweist sich, dass die weit

überwiegende Mehrheit der Betriebskrankenkassen Mitglieder- und Versichertenzahlen im zumindest mittleren fünfstelligen Bereich hat. Einige wenige – wohl geschlossene - Betriebskrankenkassen bewegen sich im unteren und mittleren vierstelligen Bereich und beweisen damit, dass Betriebskrankenkassen auch dieser Größenordnung funktionsfähig sind, wenn sie auch die Ausnahme sind. Die Mindestzahl sollte sich deshalb an ihnen orientieren.

Allerdings ist festzustellen, dass es für einen Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sachgerechter erscheint, nicht auf die Mitgliederzahl zum Errichtungszeitpunkt abzustellen, sondern darauf, dass die Betriebskrankenkasse dauerhaft mindestens 1.000 Mitglieder haben sollte.

Diese Anforderung sollte auch für eine Betriebskrankenkasse mehrerer Arbeitgeber gelten.

cc. Zustimmung der Mehrheit der Beschäftigten

Eine Zustimmung der Mehrheit der Beschäftigten sollte nicht mehr vorgesehen werden. Es hat sich ergeben, dass ein derartiges Kriterium keine Rechtfertigung mehr besitzt und für die demokratische Legitimation einer Betriebskrankenkasse nicht (mehr) erforderlich ist.

Die Wahl einer Betriebskrankenkasse verbunden mit der Mitgliedschaft und damit verbundenen Rechten und Pflichten erscheint als demokratische Legitimation ausreichend.

b. Die Ausdehnung

Nach geltendem Recht kann eine geschlossene Betriebskrankenkasse auf Antrag des Arbeitgebers auf weitere Betriebe dieses Arbeitgebers ausgedehnt werden. Diese Vorschrift hat als solche auch weiterhin noch Berechtigung. Es mag allenfalls noch erwogen werden, diese Vorschrift zu vereinfachen. Auf jeden Fall aber sollte ein Verweis in § 149 SGB V auf § 148 Abs. 2 SGB V nicht mehr erfolgen. Die Zustimmung aller Beschäftigten im Rahmen einer Abstimmung hat sich als nicht mehr erforderlich erwiesen.

Davon zu unterscheiden ist die Frage der Ausdehnung der Betriebskrankenkasse auf weitere Arbeitgeber – etwa im Rahmen einer Konzernstruktur. Wenn nach dem hier vorgestellten Konzept mehrere Arbeitgeber für ihre Betriebe Betriebskrankenkassen errichten können, ist es nur konsequent, auch eine Ausdehnung auf einen weiteren Arbeitgeber oder mehrere weitere Arbeitgeber zu ermöglichen und nicht weiter insoweit auf die Fusion nach § 150 SGB V zu verweisen.

Allerdings würde hier das bisherige Regelungskonzept des § 149 SGB V nicht tragfähig sein, da es von einem Arbeitgeber ausgeht, der bereits der Betriebskrankenkasse angehört. In Fällen der hier interessierenden Art hingegen geht es rechtlich um einen Beitritt eines Arbeitgebers. Es empfiehlt sich daher, in Anknüpfung an die Regelungen zur Errichtung einer Betriebskrankenkasse eine solche Beitrittsmöglichkeit zu regeln. Wenn bei der Errichtung durch mehrere Arbeitgeber nach der vorgelegten Konzeption ein gemeinsamer Antrag erforderlich ist, so wird man in Konsequenz hier neben dem Antrag des neu beitretenden Arbeitgebers die Zustimmung der bisherigen Träger-Arbeitgeber verlangen müssen. Dieses „Einstimmigkeitsprinzip“ dürfte bei der Bildung konzernweiter Betriebskrankenkassen unproblematisch sein und ermöglicht es in anderen Fällen bei geschlossenen Betriebskrankenkassen, eine auf die

besonderen Bedürfnisse einer Branche oder Region ausgerichtete betriebliche Krankenversicherung zu organisieren.

Die geltende Regelung über Fusionen (§ 150 SGB V) könnte so bestehen bleiben; sie wird lediglich um einen Anwendungsfall reduziert. Zur Schaffung einer gemeinsamen Betriebskrankenkasse mehrerer Arbeitgeber ist sie nicht mehr erforderlich.

c. Ausscheiden von Betrieben bzw. Arbeitgebern

Zum Ausscheiden von Betrieben und Arbeitgebern sieht § 151 SGB V eine diese Problematik grundsätzlich abdeckende Regelung vor. Diese befasst sich sowohl mit dem Ausscheiden einzelner Betriebe als auch mit dem Ausscheiden einzelner Arbeitgeber.

aa. Ausscheiden einzelner Betriebe

Die Vorschrift impliziert, dass einzelne Betriebe nur dann aus einer Betriebskrankenkasse ausscheiden können, wenn sie auf einen anderen Arbeitgeber übergehen. Damit ist der Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB gemeint. Diese Art der inhaltlichen Begrenzung erscheint angemessen und sollte bei einer Neukonzeption beibehalten werden.

Die Regelung ermöglicht es sowohl dem bisherigen als auch dem neuen Arbeitgeber, das Ausscheiden des übergegangenen Betriebs aus der Betriebskrankenkasse zu veranlassen, was es zum einen dem alten Arbeitgeber ermöglicht, nicht mehr ihm gehörende Betriebe aus der Betriebskrankenkasse im Sinne einer betriebs- und unternehmensnahen Krankenversicherung auszuschließen. Dem neuen Arbeitgeber eröffnet es die Möglichkeit – auch

gegen den Willen des alten Arbeitgebers – den Betrieb ggf. auch in seine Betriebskrankenkasse einzugliedern.

bb. Ausscheiden von Arbeitgebern

Eine weitgehend deckungsgleiche Regelung findet sich auch für den Fall des Ausscheidens von Arbeitgebern einer gemeinsamen Betriebskrankenkasse. Diese Regelung könnte grundsätzlich beibehalten werden.

Allerdings sollte das Verbot des Ausscheidens bei einer geöffneten Betriebskrankenkasse gestrichen werden. Es ist als solches nicht mehr zu rechtfertigen und behindert die Schaffung von Betriebskrankenkassen, die modernen Unternehmensstrukturen Rechnung tragen. Auf diese Weise der Gefahr des „Ausblutens“ einer geöffneten Betriebskrankenkasse begegnen zu wollen, erscheint unverhältnismäßig, zumal die Vorschrift pauschal die Austrittsmöglichkeit verwehrt ohne Rücksicht auf die Situation der Krankenkasse.

Es gibt flexiblere Mittel, um dem Rechnung zu tragen. Insoweit ist zu verweisen auf die Möglichkeit der Schließung nach § 153 S. 1 Nr. 3 SGB V bei Gefährdung der dauerhaften Leistungsfähigkeit.

d. Resümee

Die hier vorgeschlagene Lösung setzt bei der ursprünglichen Konzeption der Betriebskrankenkassen an und passt diese den veränderten Rahmenbedingungen an. Sie vermeidet die Verwendung neuer und in ihrer Ausformung und Übertragung auf das Kassenorganisationsrecht schwer zu handhabender Begriffe. Sie beschränkt sich weitgehend darauf, die Regelungen zu flexibilisieren und das Regelungskonzept von nicht mehr zu rechtfertigenden

Einschränkungen und Anforderungen zu befreien. Sie kann damit – ohne dass auf sie im Gesetz ausdrücklich Bezug genommen werden muss – modernen Unternehmensstrukturen Rechnung tragen und ist auch gegenüber weiteren noch nicht absehbaren Entwicklungen offen.

In Konzernen und Unternehmenszusammenschlüssen gleich welcher Art kann so eine gemeinsame Betriebskrankenkasse geschaffen werden, die imstande ist, die Unternehmensgruppe insgesamt abzudecken, zumal nach diesem Konzept auch Gründerunternehmen von geöffneten Betriebskrankenkassen aus diesen herausgelöst werden können. Es wurde gezeigt, dass dieses Konzept imstande ist, flexibel auf die Eingliederung neuer Unternehmen in den Verbund reagieren kann. Betriebsübergänge in den Verbund oder aus dem Verbund heraus können dabei sachgerecht behandelt werden.

Dieses Konzept trägt auch modernen Matrixstrukturen Rechnung, die betriebs- und unternehmensübergreifend die Arbeit organisieren.

Schließlich kann mit dem vorliegenden Konzept auch dem Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Arbeitgeber Rechnung getragen werden, damit wird hier eine Entwicklung nachvollzogen, die im Arbeitsrecht schon länger zu den Selbstverständlichkeiten gehört.

IV. Fragen der Ausgestaltung der Betriebskrankenkassen

Das hier vorgestellte Konzept erreicht das angestrebte Ziel einer besseren Berücksichtigung moderner Unternehmensstrukturen mit vergleichsweise geringem gesetzgeberischem Aufwand. Das bedeutet zugleich auch, dass sich für die Ausgestaltung vergleichsweise wenig Konsequenzen ergeben, die eine Umgestaltung oder Neugestaltung erforderlich machen.

1. Sonderbehandlung von Leistungserbringern?

§ 147 Abs. 4 SGB V schließt solche Betriebe von der Errichtung einer Betriebskrankenkasse aus, die als Leistungserbringer zugelassen sind oder deren maßgebliche Zielsetzung die Wahrnehmung wirtschaftlicher Interessen von Leistungserbringern ist, soweit sie nach diesem Buch Verträge mit den Krankenkassen oder deren Verbänden zu schließen haben. Dies gilt nicht für Leistungserbringer, die nicht überwiegend Leistungen auf Grund von Verträgen mit den Krankenkassen oder deren Verbänden erbringen.

Diese Regelung wurde durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz - GMG)²⁹ eingefügt und damit begründet³⁰, dass dadurch verhindert werden solle, dass durch die Errichtung einer Betriebskrankenkasse, in deren Selbstverwaltung Vertragspartner der Krankenkassen oder ihrer Verbände als Arbeitgeber vertreten wären, der Grundsatz der Gegnerfreiheit im Verhältnis zwischen gesetzlicher Krankenversicherung und Leistungserbringern gefährdet wird. Die Vorschrift gelte für Betriebe zugelassener Leistungserbringer (z. B.

²⁹ Vom 14.11.2003 BGBl. I S. 2190

³⁰ BT-Drucks. 15/1525, S. 134 f (zu Buchstabe b)

Leistungserbringer von Heil- und Hilfsmitteln). Außerdem gelte sie für Betriebe, deren maßgebliche Zielsetzung die Wahrnehmung wirtschaftlicher Interessen von Leistungserbringern sei. Dies seien alle Verbände, Vereinigungen und Berufsorganisationen der Leistungserbringer, mit denen die Krankenkassen oder ihre Verbände Verträge über die Vergütung, Bewertung, Abrechnung, Qualität oder Inhalte von Leistungen, über Wirtschaftlichkeitsprüfungen oder Preise von Gesundheitsgütern vereinbaren. Hierzu gehörten insbesondere die kassenärztlichen und kassenzahnärztlichen Vereinigungen und ihre Spitzenorganisationen, die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Organisationen der Apotheker (Landes-, Bundesapothekerkammer), die Berufsorganisationen der Ärzte, Zahnärzte und Krankenhausärzte, die Landeskrankenhausgesellschaften, die Deutsche Krankenhausgesellschaft, die Vereinigungen der Krankenhausträger auf Landes- und Bundesebene, die Verbände der sonstigen Leistungserbringer im Bereich der Heil- und Hilfsmittel sowie der Bundesinnungsverband der Zahntechniker. Die Vorschrift gelte nicht für pharmazeutische Unternehmer und deren Verbände, weil mit ihnen keine obligatorischen Vertragsbeziehungen bestünden. Sie gelte außerdem nicht für Leistungserbringer, die sich überwiegend auf anderen Geschäftsfeldern als der Leistungserbringung nach dem SGB V betätigten (z. B. Kommunen, die auch ein Krankenhaus betreiben). Unter diesen Voraussetzungen sei davon auszugehen, dass die Gründung einer Betriebskrankenkasse nicht zu Interessensvermischungen bei den Vertragsverhandlungen führe.

Es ist nun nicht zu leugnen, dass es ein wichtiges Anliegen ist, Interessenkonflikte zu vermeiden. Dies trifft insbesondere zu sofern es um die Verbände der Leistungserbringer geht. Die Schwäche dieser Regelung zeigt sich aber an § 147 Abs. 4 S. 2 SGB V. Hier werden Leistungserbringer ausgenommen, die nicht überwiegend Leistungen auf Grund von Verträgen mit den Krankenkassen oder deren Verbänden erbringen. Maßgebend für die Bewertung ist in dem einen wie dem anderen Fall der Zeitpunkt der Errichtung.

Das bedeutet, dass sich ein Betrieb später dahingehend entwickeln kann, also die Leistungserbringung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung sich im Lauf der Zeit so verändert, dass sie später als überwiegend anzusehen ist. Auf diese Entwicklung reagiert die Vorschrift nicht, was insoweit ihren Sinn zweifelhaft macht.

2. Besonderheiten des Wahlrechts regionaler Betriebskrankenkassen

Zu den geöffneten Betriebskrankenkassen sieht § 173 Abs. 2 Satz 2 SGB V vor, dass die Öffnung nur gilt für die Gebiete der Länder, in denen Betriebe oder Innungsbetriebe bestehen und die Zuständigkeit für diese Betriebe sich aus der Satzung der Betriebs- oder Innungskrankenkasse ergibt; soweit eine Satzungsregelung am 31. März 2007 für ein darüber hinausgehendes Gebiet gegolten hat, bleibt dies unberührt. Das bedeutet, dass nur solche Versicherte dieser Krankenkasse beitreten können, die ihren Beschäftigungs- oder Wohnort in dem Land haben, in dem Betriebe bestehen.

Diese Regelung dürfte angesichts der zwischenzeitlichen Entwicklung nur noch sehr begrenzte Bedeutung haben. Es ist dann fraglich, ob diese Begrenzung weiterhin sinnvoll ist bzw. eine Berechtigung hat.

V. Konsequenzen einer Neuregelung

1. Allgemeine Feststellungen

Durch den hier vorgeschlagenen Ansatz wird vermieden, dass die Begriffe Unternehmen und Konzern in das Recht der gesetzlichen Krankenkassen Eingang finden. Vielmehr geht die vorgestellte Konzeption weiter allein von den Begriffen Arbeitgeber und Betrieb aus und kann sich damit auf die bestehende klare Begrifflichkeit stützen, die durch die Rechtsprechung hinreichend konkretisiert ist. Die vorgelegte Konzeption kann auch flexibel auf Veränderungen der Unternehmensstruktur reagieren, da sie eben nicht an Konzern und Unternehmen anknüpft und so auch für künftige Veränderungen der Unternehmensstruktur, die derzeit noch nicht absehbar sind, hinreichende Flexibilität liefert.

Da auf den Konzern als solchen nicht abgestellt werden soll, ergeben sich auch nicht Probleme bei der Insolvenz etwa des Mutterkonzerns während die Tochterunternehmen fortbestehen. Die weitere Anknüpfung an Arbeitgeber und Betrieb verhindert derartige Sonderprobleme.

Das nimmt auch den Aufsichtsbehörden das Problem, über konzernrechtliche Fragen entscheiden zu müssen und die Konzernstrukturen aufsichtlich überprüfen zu müssen.

Bei diesem Konzept werden auch die Wettbewerbsbedingungen zwischen den Kassenarten nicht entscheidend verschoben. Zum einen ist darauf hinzuweisen, dass der vorgelegte Ansatz nichts an der grundsätzlichen Wahlfreiheit der Versicherten ändert. Es bleibt beim grundsätzlichen Bezug zum Arbeitgeber, der ausdrücklich nicht aufgegeben wird. Es wird lediglich die Möglichkeit eröffnet

bzw. erheblich erleichtert, Betriebskrankenkassen für mehrere Arbeitgeber zu errichten und somit u.a. es ermöglicht, Konzernstrukturen nachzuzeichnen und ein konzernweites Angebot zu ermöglichen.

Man mag einwenden, dass die höhere Flexibilität den Betriebskrankenkassen Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Krankenkassen bringen mag. Insoweit ist anzumerken, dass Zweifel anzumelden sind, ob derartige Vorteile messbar auftreten. Entscheidend ist aber, dass sich das hier vorgestellte Konzept konzentriert auf die Beseitigung nicht mehr gerechtfertigter Beschränkungen. Deren Beseitigung kann aber nicht als Schaffung ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteile angesehen werden.

2. Aufsichtsrecht

Für den Bereich des Aufsichtsrechts ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen den Zuständigkeiten der verschiedenen Aufsichtsbehörden einerseits und dem Inhalt der Aufsichtstätigkeit andererseits.

a. Zuständigkeiten

Bei den Betriebskrankenkassen wird – da oft deutschlandweit tätig – die Aufsicht vielfach durch das Bundesversicherungsamt ausgeübt. Die Landesaufsicht greift wohl nur in der Minderheit der in Frage kommenden Betriebskrankenkassen. Dieser Trend mag sich bei der erleichterten Möglichkeit der Betriebskrankenkassen mehrerer Arbeitgeber verstärken. Die Aufsichtszuständigkeit und ihre Gewichtsverschiebung kann aber kein entscheidendes Argument gegen das vorgelegte Konzept sein; vielmehr hat das Aufsichtsrecht auf das Organisationsrecht zu reagieren und nicht umgekehrt.

Das bedeutet für die Umsetzung des hier vorgestellten Konzepts, dass regelmäßig das Bundesversicherungsamt aufsichtsrechtlich dafür zuständig ist. Für konzernweite Betriebskrankenkassen bedeutet dies, dass für ihre Errichtung in aller Regel die Bundesaufsicht zuständig ist. Bei der Errichtung kleinerer Betriebskrankenkassen mag dies auch die Landesaufsicht des jeweiligen Bundeslandes sein, in dem die Betriebskrankenkasse ihren Sitz hat.

Wird eine bestehende Betriebskrankenkasse um einen weiteren Arbeitgeber erweitert, so wird diese Erweiterung in Verfolgung des Regelungskonzepts der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedürfen. Bei einer reinen Ausdehnung auf weitere Betriebe ist dann weiter die für die Errichtung zuständige Aufsichtsbehörde zuständig. Bei der Aufnahme eines zusätzlichen Arbeitgebers wird man davon ausgehen müssen, dass die vor der Aufnahme des zusätzlichen Arbeitgebers zuständige Aufsichtsbehörde auch für diesen Vorgang zuständig ist. Dies fügt sich ein in das Konzept, das der Zuständigkeit bei Fusionen zugrunde liegt, wo die Genehmigung der vor der Vereinigung zuständigen Aufsichtsbehörden erforderlich ist (§ 150 SGB V).

Eine davon zu unterscheidende Frage ist die nach der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden, wenn durch die Ausdehnung auf einen weiteren Arbeitgeber die Voraussetzungen für eine bundesunmittelbare Kasse erfüllt werden. Dann kommt es nach Wirksamwerden zu einem Zuständigkeitswechsel.

b. Inhaltliche Vorgaben

Die Aufsichtsbehörden sind grundsätzlich auf die Rechtskontrolle beschränkt. Das bedeutet, dass auch grundsätzlich nur die Erfüllung der gesetzlich genannten Voraussetzungen der Prüfung unterliegt. Ob die Errichtung oder Ausdehnung sinnvoll ist, unterliegt ebenso wenig der Überprüfung wie das Ausscheiden von Betrieben oder Arbeitgeber.

Einen gewissen Entscheidungsspielraum hat die Aufsicht bei der Frage der Leistungsfähigkeit einer Kasse, was insbesondere bei ihrer Errichtung oder Schließung eine Rolle spielt. Diese Entscheidungsfunktion wird nach dem vorgestellten Konzept insofern verstärkt werden, als das Kriterien der Mindest-Mitgliederzahl relativiert wird.

Den Aufsichtsbehörden ist es beim hier vertretenen Ansatz nicht auferlegt, konzernrechtliche Fragestellungen bewerten zu müssen bzw. die Konzernstruktur regelmäßig überprüfen zu müssen.

3. Wettbewerbsrecht

§ 172a SGB V sieht für die freiwillige Vereinigung von Krankenkassen die Anwendung der Vorschriften zur Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB vor. Das bedeutet auch, dass eine Genehmigung einer Fusion nach § 172a Abs. 2 SGB V erst erfolgen darf, wenn zuvor eine kartellrechtliche Überprüfung mit positivem Ergebnis stattgefunden hat.

Nach dem vorgelegten Konzept soll grundsätzlich an der Regelung zu den Fusionen nach § 150 SGB V nichts geändert werden. Allerdings ist für die Schaffung einer gemeinsamen Betriebskrankenkasse mehrerer Arbeitgeber anders als nach geltendem Recht eine Vereinigung bestehender Betriebskrankenkassen nicht mehr erforderlich. Den Tatbestand des § 150 SGB V erfüllt dies also nicht mehr und unterliegt demzufolge nach dem Wortlaut des § 172a SGB V auch nicht mehr der Zusammenschlusskontrolle.

Man mag einwenden, dass es sich hier um einen vergleichbaren Sachverhalt handele, da hier eine Krankenkasse ähnlich wie ein Unternehmen bei einem Zukauf sich vergrößert und zusätzliche Marktmacht gewinnt. Es fragt sich

deshalb, ob es sich hier gleichwohl um einen Zusammenschluss im Sinne von § 37 GWB handelt. In Frage kommen könnte hier Abs. 1 Nr. 4, der auch erfasst *„jede sonstige Verbindung von Unternehmen, auf Grund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können.“* Es ließe sich daran denken, dass durch die Erfassung zusätzlicher Arbeitgeber eine Einrichtung entsteht, die geeignet ist, im Bereich der Krankenversicherung erheblichen Einfluss auszuüben. Die Betriebskrankenkassen sind in diesem Zusammenhang als Unternehmen zu betrachten.

Allerdings ist hier darauf hinzuweisen, dass es nicht um eine Verbindung von Unternehmen = Betriebskrankenkassen geht, sondern um deren Errichtung und ggf. Erweiterung. Die Vorschrift würde vielmehr – übertragen auf die Betriebskrankenkassen – bedeuten, dass sich zwei Betriebskrankenkassen auf andere Weise als durch Fusion verbinden. Die Zusammenschlusskontrolle ist begrenzt auf die Verbindung rechtlich selbständiger Unternehmen (Betriebskrankenkassen). Die Aufnahme eines weiteren im Konzernverbund stehenden Arbeitgebers in eine Betriebskrankenkasse ist vielmehr dem internen Wachstum zuzurechnen, auf das eine Zusammenschlusskontrolle nicht anwendbar sein kann. Die Kommentarliteratur verlangt deshalb auch ausdrücklich, dass auch im Fall des § 37 Abs. 1 Nr. 4 GWB der Zusammenschluss gesellschaftsrechtlich vermittelt sein muss³¹.

Entstehen durch Aufnahme weiterer Mitglieder Einrichtungen, die wesentlichen Einfluss ausüben können, so unterliegt dies der allgemeinen Missbrauchskontrolle.

³¹ Siehe nur Kallfaß in: *Langen/Bunte*, Kartellrecht, 12. Aufl. Neuwied 2014, § 37 GWB Rn 48; s. auch BGH v. 21.12.2004, WuW/E DE-R 1419, 1420 „transoflex“

4. Unternehmensrecht

Für das Unternehmensrecht ergeben sich bei dem hier vertretenen Ansatz keine Besonderheiten, da weiterhin bei Arbeitgeber und Betrieb angesetzt wird und unternehmensrechtliche Fragestellungen deshalb in Konsequenz keine Rolle spielen.

Es geht auch weiterhin darum, dass der einzelne Arbeitgeber eine Betriebskrankenkasse errichten kann. Dies können auch mehrere Arbeitgeber tun, wobei aber jeweils die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Betrieb bestehen bleibt. Auch dann, wenn es um Gemeinschaftsbetriebe geht, bleibt es bei der Konstruktion von Arbeitgeber und Betrieb.

Unternehmensrechtliche Kategorien sind nicht erforderlich, da das Konzept weder an Gesellschaftsformen noch an den Begriff des Konzerns anknüpft. Es erleichtert diesen lediglich die Gestaltung einer Betriebskrankenkasse des Unternehmenszusammenschlusses bzw. Konzerns.

5. Internationalrechtliche Fragestellung

Die fortbestehende Anknüpfung an Arbeitgeber und Betrieb führt auch nicht dazu, dass ausländische Unternehmen und Konzerne bzw. Teile davon sowie ihre Beschäftigten erfasst werden. Es kann wie nach dem bisherigen Rechtszustand nur um inländische Betriebe und ihre Arbeitgeber gehen. Erstreckt sich ein Konzern über die Grenzen Deutschlands hinaus, so beschäftigen die ausländischen Betriebe nicht Versicherte im Sinne der Vorschriften des Kassenorganisationsrechts und insbesondere auch nicht im Sinne der §§ 3 bis 6 SGB IV.

Auch insoweit ist darauf hinzuweisen, dass das hier vorgestellte Konzept nicht die Absicht verfolgt, Konzerne als solche zu erfassen, was zu der Frage der Behandlung ausländischer Konzerntöchter und Betriebe führen würde. Vielmehr geht es nur um Arbeitgeber, die für ihre Betriebe eine gemeinsame – und durchaus einen Konzern umfassende – Betriebskrankenkasse errichten und ausgestalten können. Ein im Ausland belegener Betrieb erfüllt nicht die Voraussetzungen für die Zugehörigkeit zu einer inländischen Betriebskrankenkasse; in ihm sind keine nach deutschem Recht Versicherungspflichtige tätig.

Es kommen nur die Fälle in Betracht, in denen ein im Inland versicherter Arbeitnehmer vorübergehend im ausländischen Betrieb – etwa einer Filiale – tätig ist. Diese Fälle werden aber nach § 4 SGB IV sowie Art. 12 VO 883/2004/EG als Ausstrahlungsfälle behandelt, was bedeutet, dass der Arbeitnehmer weiter dem entsendenden Betrieb oder Unternehmen zugeordnet ist. Erfüllt er wegen Eingliederung oder Dauerhaftigkeit der Tätigkeit im ausländischen Betrieb diese Voraussetzungen nicht oder nicht mehr, so ist er diesem ausländischen Betrieb auch sozialversicherungsrechtlich zugeordnet und unterliegt nicht mehr der deutschen Sozialversicherung³².

Es ist deshalb ausgeschlossen, dass nach dem hier vorgestellten Konzept ausländische Betriebe von den Betriebskrankenkassen erfasst werden.

Zwar ist es denkbar und je nach Zuschnitt des jeweiligen Unternehmens bzw. Konzerns sogar wahrscheinlich, dass insbesondere in Matrixstrukturen grenzüberschreitende Zusammenarbeit stattfindet. Hier ist es aber nach wie vor

³² Vgl. zu den §§ 3 bis 6 SGB IV *Steinmeyer*, Das nationale Recht grenzüberschreitender Sachverhalte, in *v.Maydell/Ruland/Becker*, Sozialrechtshandbuch, 5. Aufl. Baden-Baden 2012, § 32 Rn 80 ff.; zu Art. 12 VO 883/2004/EU vgl. *Steinmeyer*, in *Fuchs* (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl. 2018, Kommentierungen zu Art. 12.

möglich, die Mitarbeiter bestimmten Betrieben bzw. Arbeitgebern zuzuordnen und damit auch einem bestimmten nationalen Sozialversicherungssystem.

Die einheitliche Betriebskrankenkasse für Konzerne und Unternehmensverbände ebenso wie für moderne Formen der Zusammenarbeit findet ihre Grenzen im Anwendungsbereich des deutschen Sozialversicherungsrechts, da die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung auch nur insoweit zuständig sind bzw. sein können. Eine etwa darüber hinausgehende Erfassung ausländischer Betrieb ist nach dem hier vorgestellten Konzept ausgeschlossen.

6. Mögliche Beihilfeproblematik

Nach Art. 107 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Hinsichtlich des Beihilfenbegriffs besteht Einigkeit darüber, dass es sich bei Beihilfen um Maßnahmen handelt, die gleich in welcher Form (Tun oder Unterlassen) die Belastungen verringern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat. Die Zuwendung darf keine marktgerechte Gegenleistung für eine von diesem Wirtschaftsteilnehmer erbrachte Leistung darstellen.

Dass Bürgschaften und Garantien Beihilfen im Sinne des europäischen Beihilfenrechts sein können, ist anerkannt.

Überträgt man diese Grundsätze auf die vorliegende Fragestellung, so ergibt sich zunächst, dass Leistungen eines Arbeitgebers an „seine“

Betriebskrankenkasse den Vorgaben des Beihilferechts nicht unterfallen, da es sich nicht um staatliche Mittel handelt.

Anders ist dies bei den Betriebskrankenkassen. Nach allgemeiner Auffassung sind staatliche Mittel alle Beihilfen, die unmittelbar oder mittelbar durch staatliche Hoheitsträger veranlasst werden, wobei es auf den rechtlichen Status der gewährenden Stelle nicht ankommt. Zurechenbar sind damit auch Zahlungen von Körperschaften des öffentlichen Rechts³³. Seit der Rechtssache Oymanns des EuGH³⁴ ist anerkannt, dass auch Mittel von Krankenkassen Mittel staatlicher Art sind. Hier wäre dann an § 265 b SGB V zu denken, der als solcher aber eine Problematik behandelt, die außerhalb des Gutachtensauftrags liegt. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass derartige Zahlungen unter Krankenkassen den Wettbewerb zwischen den Krankenkassen grundsätzlich nicht zu beeinträchtigen vermögen, da sie auch einen anderen Ansatz haben. Zudem handelt es sich um Transfers zwischen Körperschaften des öffentlichen Rechts. Wettbewerbsnachteile zu Lasten anderer Anbieter außerhalb des Krankenkassenbereichs sind nicht ersichtlich. Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass hier Zweifel angebracht wären, ob dies den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

Beihilferechtliche Bedenken gegen das hier vorgestellte Konzept sind deshalb nicht ersichtlich.

7. Mögliche steuerrechtliche Problematik

Betriebskrankenkassen unterliegen als Körperschaften des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht der Körperschaftsteuer. Eine Ausnahme besteht nach § 1

³³ S. nur *Khan*, in *Geiger/Khan/Kozur*, EUV/AEU, 5. Aufl. München 2010, Art. 107 Rn 12.

³⁴ Urt. Vom 11.6.2009 – C-300/07 – *Oymanns* ./ AOK Rheinland/Hamburg

Abs. 1 Nr. 6 KStG für Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts – also auch von Betriebskrankenkassen. Um solche Betriebe gewerblicher Art geht es hier jedoch nicht.

Es mag sich die Frage ergeben, wie die Kosten für eine Betriebskrankenkasse, sofern sie der Arbeitgeber nach § 147 Abs. 2 SGB V trägt, steuerlich geltend gemacht werden können. Hier mögen sich Schwierigkeiten ergeben, wenn die Errichtung und das Betreiben einer Betriebskrankenkasse an den Konzern anknüpft, was zu Schwierigkeiten bei der steuerlichen Zuordnung führen könnte. Da nach dem hier vorgestellten Konzept allerdings eine Anknüpfung an den Konzern nicht erfolgt, ergeben sich derartige Probleme nicht.

VI. Auswirkungen auf das Kassenorganisationsrecht anderer Kassenarten

1. Grundsätzliches

Es ist festzustellen, dass das Kassenorganisationsrecht der Ortskrankenkassen angesichts ihrer räumlichen Zuständigkeit grundlegend anders ist als das der Betriebskrankenkassen ist. Probleme, die sich vorliegend für die Betriebskrankenkassen stellen, ergeben sich so für die Ortskrankenkassen nicht. Entsprechendes gilt auch für die Ersatzkassen.

Vorliegend geht es vielmehr um eine Kassenart, die von Trägereinrichtungen (Arbeitgebern) getragen bzw. errichtet wird. Es hat sich ergeben, dass die Rolle der Trägerunternehmen und ihre gesetzgeberische Behandlung der Kern des Problems sind, an sie aber auch bei der Lösung angeknüpft werden konnte. Es ist weiterhin eine Kassenart, die für einen bestimmten sachlich abgrenzbaren Bereich geschaffen wurde und die im Rahmen der Reformen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung – abhängig von einer Entscheidung der jeweiligen Krankenkasse – für andere Versicherte geöffnet wurde.

2. Übertragung auf die Innungskrankenkassen?

Entsprechende Eigenheiten wie die Betriebskrankenkassen hat auch die Kassenart der Innungskrankenkassen, weshalb für diese sich die Problematik entsprechend stellen dürfte und auch die Lösungen übertragbar sein mögen.

Hier ist festzustellen, dass die Voraussetzungen für die Errichtung einer Innungskrankenkasse in den entscheidenden Punkten denen für die Betriebskrankenkassen entsprechen, wie sich aus dem Vergleich zwischen § 147 SGB V einerseits und § 157 SGB V andererseits ergibt. Hier wie dort wird die

Anforderung von 1.000 versicherungspflichtigen Beschäftigten aufgestellt, die angesichts der Wahlfreiheit in dieser Ausformung nicht mehr gerechtfertigt ist.

Allerdings findet sich hier nicht der Grundsatz der Einheit des Betriebes und des Arbeitgebers bzw. etwas Vergleichbares, so dass der umständliche Fusionsprozess nicht erforderlich ist, was im Übrigen als zusätzliches Argument gegen die entsprechende Regelung in § 147 SGB V ist.

Ebenfalls faktisch deckungsgleich ist das Verfahren bei der Errichtung (§ 158 SGB V im Vergleich zu § 148 SGB V). Hier wie dort wird das Kriterium der 1.000 Mitglieder zum Errichtungszeitpunkt genannt und es bedarf einer Zustimmung der Beschäftigten – im Fall der Innungskrankenkassen der Mehrheit der in den Innungsbetrieben Beschäftigten. Es wurde zu den Betriebskrankenkassen nachgewiesen, dass diese Anforderung keinen Sinn mehr macht; das muss dann entsprechend auch für die Innungskrankenkassen gelten.

Bei der Ausdehnung auf weitere Innungen ist wie bei den Betriebskrankenkassen eine Abstimmung erforderlich (§ 159 SGB V), die in gleicher Weise ausgestaltet ist und die dementsprechend den gleichen Bedenken begegnet.

Das gilt auch für das Ausscheiden einer Handwerksinnung. Dies ist wie bei den Betriebskrankenkassen grundsätzlich möglich (§ 161 SGB V), nicht aber bei geöffneten Innungskrankenkassen. Hier wie dort fehlt aber eine entsprechende Berechtigung dafür.

3. Ergebnis

Insgesamt ist deshalb festzustellen, dass es naheliegt, das hier vorgestellte Konzept auch auf die Innungskrankenkassen zu übertragen.

VII. Gesamtergebnis

1. Es hat sich gezeigt, dass das geltende Regelungssystem in mehrfacher Hinsicht nicht mehr den heutigen Anforderungen entspricht. Es stellt Bedingungen auf, die als solche nicht mehr gerechtfertigt sind, da sie von der zwischenzeitlichen gesetzgeberischen Entwicklung überholt sind und nur unter einem früheren Rechtszustand einen Sinn gemacht haben. Die derzeit noch geltenden Rahmenbedingungen verhindern ohne wirklich triftigen Grund die Schaffung sinnvoller Einheiten und die angemessene Reaktion auf die Erfordernisse moderner Unternehmens- und Wirtschaftsstrukturen.
2. So gehen die geltenden Vorschriften zur Errichtung von Betriebskrankenkassen vom Grundsatz der Einheit des Arbeitgebers und des Betriebes aus und machen die Errichtung einer Betriebskrankenkasse mehrerer Arbeitgeber als solche nach dem Wortlaut der Vorschrift unmöglich und verlangen einen komplizierten Neugründungs- und Fusionsprozess, um dieses Ziel zu erreichen, was so nicht zu rechtfertigen ist. Das Erfordernis der Zustimmung der Beschäftigten des Betriebs ist angesichts der Regelungen zur Wahlfreiheit nicht mehr haltbar.
3. Bei der Ausdehnung von Betriebskrankenkassen ist festzustellen, dass sich die einschlägige Vorschrift auf den Grundsatz der Einheit des Arbeitgebers bezieht, also eine Ausdehnung auf Betriebe eines anderen Arbeitgebers – auch innerhalb eines Konzernverbundes – nicht zulässt. Zum anderen sieht sie die Möglichkeit der Ausdehnung bei einer geöffneten Betriebskrankenkasse auch auf Betriebe desselben Arbeitgebers nicht vor. Beide Begrenzungen lassen sich nicht weiter rechtfertigen.
4. Ebenfalls nicht weiter zu rechtfertigen ist der Ausschluss des Ausscheidens eines Arbeitgebers aus einer geöffneten

Betriebskrankenkasse. Die dafür vorgebrachten Argumente greifen angesichts geänderter Bedingungen nicht mehr.

5. Um modernen Unternehmens- und Wirtschaftsstrukturen Rechnung tragen zu können, genügt die Öffnung einer Betriebskrankenkasse den Anforderungen an eine betriebsnahe Krankenversicherung nicht. Die umfassende Wahl einer geschlossenen Betriebskrankenkasse für einen Konzern wird durch die derzeitigen Regelungen praktisch unmöglich gemacht.
6. Das geltende Recht vermag auch anderen Entwicklungen wie etwa den modernen Matrixstrukturen oder den gemeinsamen Betrieben mehrerer Arbeitgeber nicht Rechnung zu tragen.
7. Es ergibt sich, dass die derzeitige Ausgestaltung des Krankenkassenorganisationsrechts modernen Unternehmensstrukturen nicht Rechnung zu tragen vermag. Eine betriebsnahe betriebliche Krankenversicherung muss der gewachsenen Unternehmenswirklichkeit Rechnung tragen.
8. Bei einer Lösung sollte nicht an den Konzernbegriff angeknüpft werden, da dieser ein unternehmensrechtlicher ist und für die in diesem Rechtsgebiet einschlägigen Regelungen und Rechtsfolgen zugeschnitten ist. Von einer Übertragung auf das Kassenorganisationsrecht sollte deshalb abgesehen werden.
9. Vielmehr liegt es nahe, weiterhin an Betrieb und Arbeitgeber anzuknüpfen, die Regelungen jedoch zu flexibilisieren, indem nicht mehr zu rechtfertigende Regelungen aufgehoben werden. Durch die fortbestehende Anknüpfung an den Begriff des Betriebes und nicht eine darüber liegende Einheit befindet man sich auch im Einklang mit anderen Rechtsgebieten – etwa dem Arbeitsrecht.
10. Mit der Aufgabe des Grundsatzes der Einheit von Betrieb und Arbeitgeber wird die Möglichkeit geschaffen, dass auch mehrere Arbeitgeber für ihre Betriebe gemeinsam eine Betriebskrankenkasse gründen können. Das ermöglicht eine Schaffung größerer und anders

verknüpfter Einheiten nicht nur für Konzerne und vergleichbare Unternehmensgruppen, sondern auch für eine Mehrzahl von Unternehmen einer Branche oder einer Region. Auch ein Gemeinschaftsbetrieb kann berücksichtigt werden.

11. Nicht mehr nur ein Arbeitgeber soll für seinen Betrieb oder eine Mehrzahl von Betrieben eine Betriebskrankenkasse errichten können, sondern dies sollen auch von vornherein mehrere Arbeitgeber mit einem gemeinsamen Antrag die Errichtung einer Betriebskrankenkasse bewirken können.
12. Für einen Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sollte nicht mehr auf die Mitgliederzahl zum Errichtungszeitpunkt abgestellt werden, sondern darauf, dass die Betriebskrankenkasse dauerhaft mindestens 1.000 Mitglieder haben sollte.
13. Das Erfordernis der Zustimmung der Mehrheit der Beschäftigten nach § 148 Abs. 2 SGB V ist nicht weiter zu rechtfertigen und sollte bei einer Neukonzeption auch nicht weiter berücksichtigt werden.
14. Auf die einschränkende Regelung des § 151 Abs. 2 S. 2 SGB V zum Ausscheiden von Trägerunternehmen aus geöffneten Betriebskrankenkassen sollte verzichtet werden.
15. Wenn nach dem hier vorgestellten Konzept mehrere Arbeitgeber für ihre Betriebe Betriebskrankenkassen errichten können, ist es nur konsequent, auch eine Ausdehnung auf einen weiteren Arbeitgeber oder mehrere weitere Arbeitgeber zu ermöglichen und nicht weiter insoweit auf die Fusion nach § 150 SGB V zu verweisen.
16. Die hier vorgeschlagene Lösung setzt bei der ursprünglichen Konzeption der Betriebskrankenkassen an und passt diese den veränderten Rahmenbedingungen an. Sie vermeidet die Verwendung neuer und in ihrer Ausformung und Übertragung auf das Kassenorganisationsrecht schwer zu handhabender Begriffe. Sie beschränkt sich weitgehend darauf, die Regelungen zu flexibilisieren und das Regelungskonzept von nicht mehr zu rechtfertigenden Einschränkungen und Anforderungen zu

befreien. Sie kann damit – ohne dass auf sie im Gesetz ausdrücklich Bezug genommen werden muss – modernen Unternehmensstrukturen Rechnung tragen und ist auch gegenüber weiteren noch nicht absehbaren Entwicklungen offen.

17. Für die Aufsichtsbehörden ergeben sich aus dieser Lösung keine besonderen Probleme. Der Ansatz beim Betriebsbegriff vermeidet es auch, dass die Aufsichtsbehörden mit der Kontrolle der Konzernstruktur befasst werden könnten.
18. Wettbewerbsrechtliche und unternehmensrechtliche Probleme ergeben sich bei der vorgeschlagenen Lösung nicht.
19. Die fortbestehende Anknüpfung an Arbeitgeber und Betrieb führt auch nicht dazu, dass ausländische Unternehmen und Konzerne bzw. Teile davon sowie ihre Beschäftigten erfasst werden. Es ist ausgeschlossen, dass nach dem hier vorgestellten Konzept ausländische Betriebe von den Betriebskrankenkassen erfasst werden.
20. Beihilferechtliche sowie steuerrechtliche Probleme ergeben sich nicht.
21. Da die Situation bei den Innungskrankenkassen vergleichbar ist, bietet sich eine Übertragung des hier vorgestellten Konzepts insoweit an.

Münster, 6.11.2017



(Prof. Dr. Steinmeyer)