

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 38

**Der Gemeinsame Bundesausschuss
(G-BA) nach § 91 SGB V aus
der Perspektive des Verfassungsrechts:
Aufgaben, Funktionen
und Legitimation**

Von

Winfried Kluth



Duncker & Humblot · Berlin

WINFRIED KLUTH

Der Gemeinsame Bundesausschuss
(G-BA) nach § 91 SGB V aus
der Perspektive des Verfassungsrechts:
Aufgaben, Funktionen
und Legitimation

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 38

Herausgegeben von Professor Dr. Helge Sodan,
Freie Universität Berlin,
Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a.D.

Der Gemeinsame Bundesausschuss
(G-BA) nach § 91 SGB V aus
der Perspektive des Verfassungsrechts:
Aufgaben, Funktionen
und Legitimation

Von

Winfried Kluth



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: CPI buch.bücher.de, Birkach

Printed in Germany

ISSN 1614-1385

ISBN 978-3-428-14751-9 (Print)

ISBN 978-3-428-54751-7 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84751-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die demokratische Legitimation der sozialen Selbstverwaltung mit ihren zentralen Zweigen Gesetzliche Krankenversicherung und Rentenversicherung ist seit Jahrzehnten Gegenstand rechtswissenschaftlicher und gerichtlicher Kontroversen. Neben der grundsätzlichen Frage, ob die funktionale Selbstverwaltung, zu der beide Bereiche zuzuordnen sind, mit dem demokratischen Prinzip vereinbar ist, geht es auch und vor allem um die Frage, ob bei Zugrundelegung dieser Konzeption ein ausreichendes Niveau demokratischer Legitimation verwirklicht wird. Das Meinungsspektrum zu dieser Frage ist in der verfassungsrechtlichen und sozialrechtlichen Fachliteratur sehr weit gespannt, wobei die Zahl kritischer Stimmen in den letzten Jahren ebenso zugenommen hat wie die Zahl der Stellungnahmen, die von der Vereinbarkeit der Organisationsform(en) mit dem Grundgesetz ausgehen.

Besonders umstritten ist innerhalb des Gesamtsystems der sozialen Selbstverwaltung der Gemeinsame Bundesausschuss. Diese auch als „kleiner Gesetzgeber“ bezeichnete, von den vier großen Organisationen der sozialen Selbstverwaltung im Gesundheitswesen getragene Organisation ist vor allem deshalb in den Fokus verfassungsrechtlicher Kritik geraten, weil der Gesetzgeber ihr in den letzten Jahren zunehmend bedeutsame Steuerungsaufgaben im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen zugewiesen hat. Die vom Gemeinsamen Bundesausschuss erlassenen Richtlinien sollen wirksam zur Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen beitragen. Damit dies gelingt, kann der Gemeinsame Bundesausschuss auch Behandlungsmethoden und Leistungen gegenüber den Versicherten ausschließen.

Vor allem diese Wirkung seiner Entscheidungen ist es, die bereits im Zusammenhang mit dem sog. Nikolaus-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts große Aufmerksamkeit gefunden hat und die weitere Entwicklung der rechtswissenschaftliche Debatte seither prägt. Das Bundessozialgericht hat seine einschlägige Rechtsprechung vor dem Hintergrund der in der Literatur geäußerten Kritik mehrfach weiterentwickelt und ist dabei im Ergebnis davon ausgegangen, dass die Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses hinreichend demokratisch legitimiert sind. In einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, das sich u. a. gegen eine Entscheidung des Bundessozialgerichts richtet, ist diese Thematik erneut aufgegriffen worden. Dieses Verfahren bildet den Anlass für die vorliegende Untersuchung, die durch den Gemeinsamen Bundesausschuss in Auftrag gegeben und dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt wurde.

Halle, im Juni 2015

Winfried Kluth

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Einführung in die Thematik	11
A. Anlass der Untersuchung	11
I. Der Gemeinsame Bundesausschuss als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchungen und Kontroversen	11
1. Der Gemeinsame Bundesausschuss und seine rechtliche(n) Grundlage(n)	11
2. Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts	13
3. Reaktionen der wissenschaftlichen Literatur	20
4. Bislang keine explizite Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts	25
5. Allgemeine Aussagen zur funktionalen Selbstverwaltung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	26
6. Zwischenergebnis	27
II. Das anlassgebende Verfassungsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht	28
B. Die Fragestellungen der Untersuchung	28
C. Übersicht zum Gang der Untersuchung im Einzelnen	29
D. Zusammenfassende Thesen	30

Zweiter Teil

Der Gemeinsame Bundesausschuss auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts	34
A. Zur organisationsrechtlichen Verortung des Gemeinsamen Bundesausschusses	34
I. Was der Gemeinsame Bundesausschuss nicht ist	34
1. Keine Organstellung des Gemeinsamen Bundesausschusses	34
2. Keine Anstalt des öffentlichen Rechts	35
3. Keine Stiftung des öffentlichen Rechts	36
4. Zwischenergebnis	36
II. Positive Verortungen	37
1. Rechtsfähigkeit und Selbstverwaltungsrecht	37
2. Einordnung als Körperschaft des öffentlichen Rechts	37

III. Zwischenergebnis zur organisationsrechtlichen Verortung	38
B. Die spezifischen Funktionen des Gemeinsamen Bundesausschusses aus dem Blickwinkel des Verfassungsrechts	39
I. Der Gemeinsame Bundesausschuss als Selbstverwaltungsorganisation	39
1. Gesetzliche Verankerung des Selbstverwaltungsrechts	39
2. Historische Entwicklung und Ratio des Selbstverwaltungsrechts	39
3. Weiterentwicklung zum Gemeinsamen Bundesausschuss	44
4. Aktuelle Organisations- und Legitimationsstruktur	45
II. Rechtsetzungsorgan	48
III. „Regulierungsbehörde“	54
1. Regulierung als Verwaltungs- und Normsetzungsaufgabe	54
2. Der Richtlinienerlass durch den Gemeinsamen Bundesausschuss als Regulierungstätigkeit	56
3. Wechselwirkung zwischen Selbstverwaltungsrecht und Regulierungsaufgabe	57
4. Bedeutung für die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses	57
IV. Die Arbeit des Gemeinsamen Bundesausschusses als qualifizierte Wissensgenerierung	57
V. Zwischenergebnis	60
C. Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	61
I. Die allgemeine dogmatische Struktur demokratischer Legitimation nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur unmittelbaren Staatsverwaltung	61
1. Sachliche Reichweite des Legitimationserfordernisses	61
2. Legitimationsniveau und Legitimationsinstrumente	62
3. Kein vollständiger Verzicht auf personelle demokratische Legitimation	64
II. Modifizierte Anforderungen an die demokratische Legitimation in der funktionalen Selbstverwaltung	65
1. Die Betonung des Prinzipiencharakters des Art. 20 Abs. 2 GG	66
2. Selbstverwaltung und Demokratie	67
3. Verschiedene Ausprägungen der funktionalen Selbstverwaltung	68
4. Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts an die Ausgestaltung der funktionalen Selbstverwaltung	72
a) Merkmal „überschaubarer Aufgabenbereich“	72
b) Merkmal „historisch bewährt“	74
c) Keine zwingende Aufgabe der unmittelbaren Staatsverwaltung	74
III. Die Rechtsprechung zur demokratischen Legitimation in anderen Bereichen der Verwaltungsorganisation mit besonderen Modalitäten der Bestellung des Leitungspersonals	74
1. Die Entscheidung zur Filmförderabgabe vom 28.01.2014	75

2. Die Entscheidung zum Deutschen Weinfonds vom 06.05.2014	80
3. Einordnung der Rechtsprechung	82
IV. Personelle demokratische Legitimation aus dem Blickwinkel des Art. 33 Abs. 2 GG	82
V. Die Bedeutung der Grundentscheidung für selbständige Verwaltungsträger in Art. 87 Abs. 2, 3 GG	84
VI. Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses	85
1. Personelle demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses	85
2. Die weiteren Legitimationsmechanismen	88
VII. Zusammenfassende Einordnung des Gemeinsamen Bundesausschusses in das „System“ demokratischer Legitimation	89
D. Die Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses zwischen Rechtsanwendung und Rechtsetzung	90
I. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen im Überblick	90
II. Übersicht zu den gesetzlichen Grundlagen der Tätigkeit des Gemeinsamen Bundesausschusses	91
1. Allgemeine Aufgabenzuweisung	91
2. Ermächtigung(en) zum Erlass von Richtlinien	92
3. Herausnahme von besonders gewichtigen Einzelfallentscheidungen durch § 2 Abs. 1a SGB V	94
4. Ermächtigung zur Ausgestaltung der Verfahren und der Methode	95
5. Die Konkretisierung des Verfahrens durch den Gemeinsamen Bundesausschuss	96
a) Erlass der Geschäfts- und der Verfahrensordnung	96
b) Entscheidung für die Methode der evidenzbasierten Medizin	98
c) Zusammenarbeit mit dem IQWiG	99
6. Zwischenergebnis	100
III. Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen	100
1. Die Grundrechtsrelevanz der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses in Bezug auf die verschiedenen Normadressaten	100
a) Grundrechte der Versicherten	100
b) Grundrechte der Leistungserbringer	101
aa) Grundrechtlicher Status der verschiedenen Leistungserbringer	101
bb) Betroffene Grundrechte und Eingriffsintensität	102
2. Daraus abzuleitende Anforderungen an die gesetzliche Ermächtigung und die rechtfertigenden Belange	103
3. Sicherung der Grundrechtsbindung des Gemeinsamen Bundesausschusses durch fachgerichtliche Kontrolle	103
IV. Ergebnis	104

Dritter Teil

Zusammenfassung 105

Literaturverzeichnis 107

Einführung in die Thematik

A. Anlass der Untersuchung

I. Der Gemeinsame Bundesausschuss als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchungen und Kontroversen

1. Der Gemeinsame Bundesausschuss und seine rechtliche(n) Grundlage(n)

Der Staats- und Verwaltungsaufbau unter dem Grundgesetz ist traditionell durch eine starke Betonung dezentraler Entscheidungskompetenzen geprägt. Neben der föderalen Gliederung (der Verwaltung) als solcher¹ kommt dabei vor allem der facettenreichen Nutzung des Ordnungsprinzips der Selbstverwaltung² eine große praktische Bedeutung zu. Außer der durch das Grundgesetz in Art. 28 GG gewährleisteten und durch das Landesrecht näher ausgestalteten kommunalen Selbstverwaltung³ gehört dazu auch der seinerseits vielgesichtige Bereich der funktionalen Selbstverwaltung.⁴ In dieser „Welt“ kommt wiederum den Trägern der sog. sozialen Selbstverwaltung⁵, die u. a. in Art. 87 Abs. 2 und 3 GG „erwähnt“ werden, eine herausgehobene Bedeutung zu, weil die Bereiche Krankenversorgung und Alterssicherung zu den besonders bedeutsamen Feldern staatlicher Daseinsvorsorge gehören.

Vor allem die gesetzliche Krankenversicherung ist dabei auf eine Vielzahl von z. T. sehr komplexen Steuerungsnormen und -instrumenten angewiesen, um die qualitätsvolle und möglichst einheitliche Leistungserbringung faktisch zu gewährleisten und rechtsstaatlich abzusichern.⁶ Da der parlamentarische Gesetzgeber aus vielen Gründen alleine nicht in der Lage ist, die Leistungserbringung im Detail zu normieren, bediente er sich schon sehr früh⁷ der unterstützenden⁸ Normkonkreti-

¹ Zu den Verwaltungskompetenzen im deutschen Bundesstaat siehe *Trute*, in: Härtel, § 28.

² Dazu grundlegend *Hendler*, Selbstverwaltung, 1984.

³ Zu Einzelheiten *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, § 96.

⁴ Dazu im Detail *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997.

⁵ Zu ihr näher *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 189 ff.

⁶ Vertiefend *Axer*, Normsetzung, 2000.

⁷ Historische Analyse bei *Ziermann*, S. 13 ff.

sierung durch die Selbstverwaltungsträger. Einer organisatorischen Einheit kommt dabei – vor allem in den letzten Jahrzehnten – eine herausgehobene Stellung zu: dem Gemeinsamen Bundesausschuss.

Diese auch als „kleiner Gesetzgeber“⁹ (für den Bereich des Leistungsrechts) bezeichnete Organisationseinheit findet ihre gesetzliche Grundlage in § 91 SGB V, der seinerseits an die frühere Regelung des § 368o RVO anknüpft. Die Kernaussage in ihrer heutigen Fassung lautet in Absatz 1:

„(1) Die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen bilden einen Gemeinsamen Bundesausschuss. Der Gemeinsame Bundesausschuss ist rechtsfähig. Er wird durch den Vorsitzenden des Beschlussgremiums gerichtlich und außergerichtlich vertreten.“

Der Gemeinsame Bundesausschuss erscheint damit auf den ersten Blick als eine gemeinsame Einrichtung von vier zentralen Akteuren der Gesundheitsversorgung, die Rolle als Auftraggeber (Versicherer) und Auftragnehmer (Leistungserbringer) den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung weitgehend repräsentieren, so dass man von einer Betroffenen-Selbstverwaltung sprechen könnte, wie sie auch bei den Berufskammern verwirklicht ist.

Gegen die Annahme einer solchen partizipatorischen Legitimation richten sich aber nicht nur die herkömmlichen Vorbehalte, die der funktionalen Selbstverwaltung im Allgemeinen gegenüber vorgebracht werden, weil bei ihr das Leitungspersonal nicht in klassischer Form durch „ununterbrochene, auf das Staatsvolk zurückführbare Legitimationsketten“ im Sinne des demokratischen Prinzips des Art. 20 Abs. 2 GG legitimiert ist. Hinzu kommt, dass der Gemeinsame Bundesausschuss im Falle der Deutschen Krankenhausgesellschaft auch durch eine Organisation getragen wird, die nicht öffentlich-rechtlich verfasst ist und die Versicherten nur mittelbar durch die Versicherungsträger mitrepräsentiert werden.

Wo weder eine klassische, auf das Staatsvolk zurückführbare Legitimation noch – jedenfalls prima facie – eine vollständig ausgeprägte mitgliedschaftlich-partizipatorische Legitimation vorliegt, ist eine kritische Wahrnehmung durch die im Hinblick auf die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung seit jeher kritische Wissenschaft nicht überraschend. Die kritische Aufmerksamkeit spiegelt sich nicht nur in einer ungewöhnlich großen Zahl von Dissertationen wider, die dem Gemeinsamen Bundesausschuss¹⁰ und seiner Tätigkeit¹¹ gewidmet sind, sondern

⁸ Die Frage, ob die Normsetzung durch ausreichend bestimmte gesetzliche Regelungen legitimiert und determiniert ist, soll zunächst dahinstehen, da diese Frage eng mit dem Untersuchungsgegenstand zusammenhängt und deshalb erst am Ende der Überlegungen beantwortet werden kann.

⁹ *Roters*, NZS 2007, 176; *Butzer/Kaltenborn*, MedR 2001, 333.

¹⁰ Siehe vor allem *Seeringer*, Der Gemeinsame Bundesausschuss, 2006; *Ziermann*, Inhaltsbestimmung, 2007; *Vießmann*, Demokratische Legitimation, 2009; *Zimmermann*, Der Gemeinsame Bundesausschuss, 2012.

¹¹ Siehe neben den bereits erwähnten Arbeiten nur *Roters*, Kontrolldichte, 2003.

auch und vor allem in einer umfangreichen sozialgerichtlichen Rechtsprechungspraxis, die ihrerseits zahlreiche (kontroverse) Stellungnahmen der wissenschaftlichen Literatur¹² zur Folge hatte. Dabei ist es wegen der großen Breite sowohl der kritischen als auch der „positiven“, eine ausreichende demokratische und rechtsstaatliche Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses annehmenden Stellungnahmen schwierig, von einer klaren herrschenden Meinung zu sprechen. Für die Praxis ist indes bis heute die den Gemeinsamen Bundesausschuss verfassungsrechtlich legitimierende Rechtsprechung des Bundessozialgerichts von größter Bedeutung, weshalb ihr auch die erste Aufmerksamkeit gelten soll.

2. Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts¹³

Die Entwicklung der verfassungsrechtlichen „Debatte“ über den Gemeinsamen Bundesausschuss ist eng verbunden mit der schrittweisen Erweiterung seiner Zuständigkeiten bei gleichzeitiger Ausdehnung der Bindungswirkung der durch ihn erlassenen Richtlinien. Diese Entwicklung spiegelt sich insbesondere in ihrer „Würdigung“ durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts wider.

Bereits zur „alten“ Rechtslage unter der Geltung des § 368p Reichsversicherungsordnung hatte das Bundessozialgericht (BSG) zu urteilen. Im Urteil vom 22. 07. 1981¹⁴ zu den Richtlinien des damaligen Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen hatte das Bundessozialgericht ausgeführt, dass eine gesetzliche Krankenkasse im Verhältnis zu der Kassenärztlichen Vereinigung zwar verpflichtet sei, eine nicht im Leistungskatalog vorgesehene Leistung gegenüber den Versicherten abzulehnen. Das gelte aber nur für die Fälle, in denen die Versicherten nicht nachweisen könnten, dass in ihrem Falle ausnahmsweise doch die Anspruchsvoraussetzungen für eine Leistungsgewährung vorlägen. Die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses hatten damals nach allgemeiner Ansicht keine normative Wirkung gegenüber den Versicherten. Damit waren auch die Anforderungen an ihre (demokratische und rechtsstaatliche) Legitimation geringer. Diese Rechtsprechung prägte mehrere Jahrzehnte die rechtliche Wahrnehmung des Gemeinsamen Bundesausschusses und sicherte eine Symmetrie zwischen Leistungsrecht und Leistungserbringungsrecht.¹⁵

¹² Pars pro toto und mit weiteren Nachweisen: *Castendiek*, NZS 2001, 71; *Schimmelpfeng-Schütte*, NZS 2006, 567; *Kingreen*, NJW 2006, 877; *Hauck*, NZS 2010, 600; *Neumann*, NZS 2010, 593; *Kingreen*, in: VVDStRL 70, 2011, S. 152 (177 ff.); stellvertretend für die Kommentarliteratur: *Schmidt-De Caluwe*, in: *Becker/Kingreen*, § 91, Rn. 16 ff. m.w.N.

¹³ Zu weiteren Einzelheiten wird auf die Stellungnahme des Bundessozialgerichts gegenüber dem Bundesverfassungsgericht verwiesen, in der die einschlägige Rechtsprechung der verschiedenen Senate genau nachgezeichnet wird.

¹⁴ BSGE 52, 71 ff.

¹⁵ So die – überzeugende – Bewertung bei *Schimmelpfeng-Schütte*, NZS 2006, 567 (568).