

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 67

herausgegeben von

Susanne Baer, Oliver Lepsius,
Christoph Schönberger, Christian Waldhoff
und Christian Walter



Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck mit Genehmigung des Verlags.

Prof. Dr. Dr. h.c. SUSANNE BAER, LL.M., Humboldt Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. OLIVER LEPSIUS, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie, Universität Münster, Bispinghof 24/25, D-48143 Münster

Prof. Dr. CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Vergleichende Staatslehre und Verfassungsgeschichte, D-78457 Konstanz

Prof. Dr. CHRISTIAN WALDHOFF, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. CHRISTIAN WALTER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

ISBN 978-3-16-157052-0

ISSN 0075-2517

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberschutzfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Bembo-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Papier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Digitaler Sonderdruck mit Genehmigung des Verlags.

Inhaltsverzeichnis

Schwerpunktthema: Die Wahl

SOPHIE SCHÖNBERGER: Die personalisierte Verhältniswahl – eine Dekonstruktion	1
JOACHIM BEHNKE: Die Unausweichlichkeit der Reform des Wahlsystems nach seinem offenkundigen Scheitern bei der Bundestagswahl 2017	23
FABIAN MICHL und ROMAN KAISER: Wer hat Angst vorm Gerrymander? Manipulative Wahlkreiszuschnitte in Deutschland	51
HEIKE MERTEN: Nach der Wahl ist vor der Wahl. Funktionen der Parteien bei der Wahlvorbereitung und deren Kontrolle	107
THORSTEN KINGREEN: Die Wahl der Qual: Sozialwahlen in der Sozialversicherung	139
BERNARD DOLEZ und ANNIE LAURENT: Die französische Phobie gegen die Verhältniswahl: Rekonstruktion einer Pathologie	161
JÖRG LUTHER: Die römischen Passionen des Wahlrechts	191
CHRISTINA BINDER: Wählen außerhalb des Heimatlandes: Eine völkerrechtliche Bestandsaufnahme	209
FRITHJOF EHM: Der Schutz des Wahlrechts durch regionale Menschenrechtsgerichtshöfe. Ein Beitrag zu ausgewählten Fällen der jüngeren Rechtsprechung	233

Abhandlungen und Aufsätze

THOMAS VON DANWITZ: Zukunft des Grundgesetzes	249
MICHAEL RIEGNER: Transformativer Konstitutionalismus und offene Staatlichkeit im regionalen Verfassungsvergleich mit Lateinamerika	265

FABIAN WESSELMANN: Die Politik der Bundesrichterberufung. Aus dem Inneren des Richterwahlausschusses nach Art. 95 Abs. 2 GG	301
--	-----

*Debatte: Perspektivenenerweiterung durch Genderforschung
in der Rechtswissenschaft*

CATHARINE A. MACKINNON im Gespräch mit SUSANNE BAER: Gleichheit, realistisch	361
UTE SACKSOFSKY: Geschlechterforschung im Öffentlichen Recht	377
EVA KOCHER: Die Position der Dritten. Objektivität im bürgerlichen Recht	403
FRIEDERIKE WAPLER: Politische Gleichheit: demokratietheoretische Überlegungen	427
ELISABETH HOLZLEITHNER: Geschlecht als Anerkennungsverhältnis. Perspektiven einer Öffnung der rechtlichen Kategorie im Zeichen des Prinzips gleicher Freiheit	457
THERESIA DEGENER: Die UN Behindertenrechtskonvention – Ansatz einer inklusiven Menschenrechtstheorie	487

Porträts und Erinnerungen

BERNHARD MÜLLENBACH: Hugo am Zehnhoﬀ – Preußischer Justizminister in der Weimarer Republik. Ein Beitrag zu seinem Bild	509
FRANK SCHORKOPF: Robert Krawielickis (1905–1966) Arbeit am Schmelztiegel eines allgemeinen europäischen Rechts. Eine biographische Erkundung in die Verfassungs-rechtsgeschichte der europäischen Integration	553

Entwicklungen des Verfassungsrechts

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: On Presidentialism. The Problem of the System of Government in Argentina, Brazil, and Colombia	567
ATTILA VINCZE, HERBERT KÜPPER und CLAUDIA FUCHS: Die Beziehungen zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und den Obergerichten in Mitteleuropa. Eine vergleichende Analyse	601

Die Wahl der Qual: Sozialwahlen in der Sozialversicherung

von

Prof. Dr. Thorsten Kingreen (Regensburg)

Inhalt

I. Einleitung	140
II. Sozialversicherungsrechtliche Regelungsstrukturen	140
1. Die Sozialversicherungsträger als Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung, § 29 Abs. 1 SGB IV	141
2. Versicherte und Arbeitgeber als Träger der Selbstverwaltung, § 29 Abs. 2 SGB IV	142
a) Kranken- und Pflegeversicherung	142
b) Rentenversicherung	143
c) Unfallversicherung	144
d) Arbeitsförderung, insbes. Arbeitslosenversicherung	144
3. Recht und Praxis der Sozialwahlen	145
III. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für das Sozialwahlrecht	146
1. Die Verfassungswidrigkeit der sog. Friedenswahlen	146
a) „Democracy is so overrated“: Das Bundessozialgericht und die „Friedenswahlen“	146
b) Art. 87 Abs. 2 GG als verfassungsrechtliche Legitimation der Friedenswahlen?	149
c) Fazit	150
2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Durchführung der Wahlen	151
a) Einreichung der Wahlvorschläge, § 48 Abs. 1 SGB IV	151
b) 5 %-Sperrklausel, § 45 Abs. 2 S. 3 SGB IV	153
IV. Sozialversicherungsträger als Gesetzgeber: Die demokratische Legitimation der Rechtsetzung in der Gemeinsamen Selbstverwaltung	154
1. Rechtsetzung durch Richtlinien im Gemeinsamen Bundesausschuss	154
2. Die personelle Legitimation der Vertreter der Krankenkassen im Gemeinsamen Bundesausschuss	156
V. Schluss	158

I. Einleitung

2019 ist ein Superwahljahr, anders als 1994, in dem es gar zum Wort des Jahres gekürt wurde, aber nicht wegen der in diesem Jahr stattfindenden Wahlen, sondern als Referenzjahr für Historiker. Es jähren sich die erste Europawahl vor 40 Jahren (am 7.6. und 10.6.1979), die erste Bundestagswahl vor 70 Jahren (am 14.8.1949), die erste Wahl zur Weimarer Reichsversammlung vor 100 Jahren am 11.8.1919 und schließlich vor 170 Jahren das Frankfurter Reichswahlgesetz (12.4.1849), eine der letzten Amtshandlungen der Frankfurter Nationalversammlung, zwar niemals angewendet, aber immerhin Vorbild für spätere Wahlgesetze, insbesondere das Reichswahlgesetz, das vor 150 Jahren am 31.5.1869 in Kraft trat.

Man könnte einige Gründe dafür anführen, dass es auch die Sozialwahlen in der Sozialversicherung verdienen, in diesem Kontext gewürdigt zu werden. Ihre Tradition ist lang (die ersten Wahlen fanden schon Mitte des 19. Jahrhunderts statt¹), die Zahl der Wahlberechtigten groß (bei den vergangenen Sozialwahlen mehr als 50 Millionen), und das Volumen der Haushalte allein der Kranken- und Rentenversicherungsträger macht mit zusammen gut 500 Mrd. € fast 40% des öffentlichen Gesamthaushalts aus.² Dennoch werden die Sozialwahlen in diesem Jahr des Rückblicks auf die deutsche Demokratiegeschichte noch nicht einmal Randfigur sein. Das liegt nicht daran, dass es keinen passenden „runden“ Jahrestag gibt, sondern weil die Sozialwahlen die anderen Sternstunden der Demokratie verschatten würden. Das können wir gerade jetzt gar nicht gebrauchen.

Im Folgenden werden zunächst die für das Sozialwahlrecht relevanten einfach-rechtlichen Regelungsstrukturen (II.) und die dafür maßgeblichen verfassungsrechtlichen Vorgaben (III.) entfaltet. Sodann wird gezeigt, dass sich die verfassungsrechtlichen Desiderata insbesondere im Krankenversicherungsrecht auswirken, wo im sog. Gemeinsamen Bundesausschuss teilweise Entscheidungen ohne demokratische Legitimation fallen (IV.). Abschließend werden die Ergebnisse des Beitrages knapp zusammengetragen (V.).

II. Sozialversicherungsrechtliche Regelungsstrukturen

Wahlen bewirken personelle Legitimation von Hoheitsgewalt ausübenden Amtswaltern. Bevor die Regelungsstrukturen des Sozialwahlrechts behandelt werden, muss daher erklärt werden, wer hier eigentlich gewählt wird.

¹ *Ayaß*, Hundert Jahre und noch mehr ... Zur Geschichte der Sozialwahlen, *Soziale Sicherheit* 62 (2013), 422 ff.

² Zahlen aus <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/OeffentlicheFinanzen/Steuern/OeffentlicheFinanzen/EUHaushaltsrahmenrichtlinie/Tabellen/OeffentlicherGesamthaushalt.html> (letzter Zugriff: 28.11.2018).

1. Die Sozialversicherungsträger als Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung, § 29 Abs. 1 SGB IV

Die Sozialversicherungsträger sind nach § 29 Abs. 1 SGB IV bzw. § 367 Abs. 1 SGB III Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung. Das Recht auf Selbstverwaltung beinhaltet auch im Sozialrecht das Recht auf Regelung eigener Angelegenheiten.³ Es ist damit Ausfluss gemeinschaftlich wahrgenommener Selbstbestimmung.⁴ Selbstverwaltung bedeutet auch Staatsdistanz und weist damit eine ausgeprägte Affinität zu den Grundrechten auf.⁵ Sie war im 19. Jahrhundert Ausdruck des zunehmenden Selbstbewusstseins des erstarkenden Bürgertums gegenüber dem monarchischen Staat, der insbesondere in seiner Eigenschaft als Wohlfahrtsstaat eine ausgeprägte Neigung gezeigt hatte, das gesamte wirtschaftliche und soziale Leben unter seine Kuratel zu stellen.⁶ In der Bildung der Selbstverwaltungskörperschaften lag eine Dezentralisierung und Demokratisierung einzelner Lebensbereiche im monarchischen Staat, denn der engere Bereich der Körperschaft blieb für ihre Mitglieder überschaubarer und damit auch besser zu beeinflussen als der politische Prozess auf der gesamtstaatlichen Ebene.⁷ Sozialversicherungsträger vermitteln Solidarität, indem sie die Ansprüche und die Verpflichtungen der Solidargenossen auf sich konzentrieren. Sie bilden die Schaltstelle im solidarischen Verteilungsfluss: Ihnen werden die Beiträge geschuldet, mit denen das Mitglied seiner Einstandspflicht für die Solidargemeinschaft nachkommt. Zugleich sind sie Adressaten der Leistungsansprüche. Kraft ihrer hoheitlichen Gewalt erzwingen sie die von jedem Mitglied geforderte solidarische Mitwirkung und bieten ihm stellvertretend für die Solidargemeinschaft Unterstützung bei der Bewältigung der Wechselfälle des Lebens.⁸

Angesichts der die Sozialversicherung heute beherrschenden Großbürokratien mag man diese historische Funktionsbeschreibung der Selbstverwaltung für eine romantisierende Überzeichnung halten.⁹ Aber sie bleibt zum Verständnis des Sozialwahlrechts wichtig, denn im Recht, die Selbstverwaltungsorgane zu bestimmen, verwirklicht sich noch heute die Idee der staatsfernen Selbstbestimmung in den eigenen Angelegenheiten. Die Frage nach demokratischer Legitimation der Sozialversicherungsträger hat sich seit 1949 sogar eher noch zugespitzt. Sozialversicherungsträger substituieren staatliche Funktionen in grundrechtswesentlichen Bereichen, d.h.

³ Vgl. zum Folgenden ausführlicher *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund. Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, 227 ff.

⁴ *Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, 300 f.; *Hase*, Soziale Selbstverwaltung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 145 Rn. 1 ff.; *Hufen*, Soziale Selbstverwaltung im demokratischen Rechtsstaat, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes 34 (1991), 43 (50 ff.).

⁵ *Hendler*, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, 329 ff.

⁶ In diesem Spannungsfeld ist in den 1880er Jahren die Bismarck'sche Sozialversicherung entstanden, s. *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund. Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, 170 ff.

⁷ *Hendler*, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, 2 und passim.

⁸ *Simons*, Verfahren und verfahrensäquivalente Rechtsformen im Sozialrecht, 1985, 73 f.

⁹ So tendenziell etwa *Geis*, Körperschaftliche Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, in: Schnapp (Hrsg.), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip am Beispiel der Sozialversicherung, 2001, 65 (80 ff.).

der Staat gibt in einem zentralen Handlungsbereich Verantwortung ab, muss aber zugleich, insbesondere über die Aufsicht (§§ 87 ff. SGB IV), die Beachtung der Spielregeln des demokratischen Rechtsstaats gewährleisten. Namentlich die Verbände der Sozialversicherungsträger verfügen zudem über einen enormen Einfluss auf die Gestaltung der Sozialpolitik, teilweise sogar mit Regelungsbefugnissen gegenüber Außenseitern. Sozialversicherungsträger sind also bedeutende Akteure des Verbändestaats und damit auch Adressaten der Debatte über die demokratische Kontrolle von Korporationen.¹⁰ Verfassungsrechtlich geht es damit um die Schwierigkeit, passende Maßstäbe für diese Zwischenschicht zwischen Staat und Gesellschaft zu entwickeln.¹¹

2. Versicherte und Arbeitgeber als Träger der Selbstverwaltung, § 29 Abs. 2 SGB IV

Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung wird nach § 29 Abs. 2 SGB IV grundsätzlich gemeinsam durch die Versicherten und die Arbeitgeber ausgeübt. In der sozialen Selbstverwaltung verbinden sich damit die korporatistischen Strukturen des Arbeits- mit denjenigen des Sozialrechts, denn die soziale Selbstverwaltung wird maßgeblich durch die Gewerkschaften und die Verbände der Arbeitgeber geprägt, wie sich bei der Darstellung des Sozialwahlrechts¹² noch zeigen wird. Selbstverwaltungsorgane sind nach § 31 Abs. 1 S. 1 SGB IV eine Vertreterversammlung, die nach § 33 Abs. 1 S. 1 SGB IV insbesondere die Satzung und das sonstige autonome Recht beschließt, und ein Vorstand, der den Sozialversicherungsträger gemäß § 35 Abs. 1 SGB IV verwaltet. Für die laufenden Verwaltungsgeschäfte wählt die Vertreterversammlung einen hauptamtlichen Geschäftsführer (§ 36 Abs. 1, 2 SGB IV). In der Vertreterversammlung sind Arbeitnehmer und Arbeitgeber grundsätzlich paritätisch vertreten; sie wird von beiden Gruppen getrennt aufgrund von Vorschlagslisten gewählt (§ 46 Abs. 1 SGB IV). Diese gemeinsame Grundstruktur darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es zwischen den einzelnen Sozialversicherungszweigen erhebliche Unterschiede gibt, die auch für das Verständnis der Sozialwahlen von erheblicher Bedeutung sind. In der Grobstruktur sind folgende Unterscheidungen wichtig:

a) Kranken- und Pflegeversicherung

Sozialversicherungsträger in der Krankenversicherung sind nach § 4 Abs. 1 SGB V die derzeit noch gut 100 Krankenkassen. In der Pflegeversicherung sind die bei den

¹⁰ Klassisch (und umstritten): *Eschenburg*, Herrschaft der Verbände?, 1955. Vgl. ferner etwa *Grimm*, Verbände, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Teil 1, 2. Aufl. 1995, 665 ff.; *Schmitter/Grote*, Der korporatistische Sisyphus. Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, PVS 38 (1997), 530 ff.

¹¹ Vgl. bereits *Kingreen*, Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht. Die juristische Person zwischen grundrechtsgeschützter Freiheit und grundrechtsgebundener Macht, JöR 65 (2017), 1 ff.

¹² Dazu 3.

Krankenkassen angesiedelten, aber rechtlich selbständigen Pflegekassen Sozialversicherungsträger (§ 46 SGB XI).

Die Kranken- und Pflegekassen verfügen über eine von den anderen Sozialversicherungsträgern abweichende Binnenstruktur. Bei ihnen wird nach § 31 Abs. 3a S. 1 SGB IV keine Vertreterversammlung, sondern ein Verwaltungsrat gebildet, der über weniger Mitglieder verfügt als eine Vertreterversammlung (§ 43 Abs. 1 S. 2 SGB IV). Der nach § 35a Abs. 5 SGB IV vom Verwaltungsrat zu wählende Vorstand muss zudem hauptamtlich tätig sein. Diese Professionalisierung der Selbstverwaltungsstrukturen lässt sich damit erklären, dass die Kranken- und Pflegekassen anders als die anderen Sozialversicherungsträger in einem durch Wahlrechte (§ 175 SGB V) gesteuerten Beitragswettbewerb stehen und zudem über erhebliche Gestaltungsrechte im Bereich des leistungserbringungsrechtlichen Vertragsrechts verfügen.

Wie wichtig historische Pfadabhängigkeiten sind, zeigt sich darin, dass die Selbstverwaltungsstrukturen zwischen den Kranken- und damit auch den Pflegekassen differieren. Während die Selbstverwaltungsorgane, der allgemeinen Regel des § 44 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV entsprechend, bei den meisten Krankenkassen zur Hälfte aus Vertretern der Versicherten und der Arbeitgeber zusammengesetzt sind, bestehen sie in den Organen der Ersatzkassen (das sind große Krankenkassen wie die Barmer/GEK, die DAK und die Techniker-Krankenkasse) nur aus Vertretern der Versicherten (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 SGB IV). Das hat den Hintergrund, dass die Vorläufer der Ersatzkassen, die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, allein von den Versicherten verwaltet worden waren.¹³ Aufgrund kassenartübergreifender Fusionen (§ 44 Abs. 1 Nr. 3 SGB IV) sind allerdings im Verwaltungsrat einzelner Ersatzkassen mittlerweile auch Arbeitgebervertreter Mitglieder. Selbstverständlich können zudem Arbeitgeber, die selbst Mitglieder sind, an der Selbstverwaltung partizipieren.¹⁴

b) Rentenversicherung

Träger der gesetzlichen Rentenversicherung sind nach § 125 SGB VI die in 14 Regionalträger untergliederte Deutsche Rentenversicherung Bund sowie die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See.

Hinsichtlich der Binnenstruktur muss unterschieden werden. Für die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See gilt die Grundregel des § 31 Abs. 1 SGB IV, d.h. sie verfügt über eine Vertreterversammlung und einen ehrenamtlichen Vorstand, dem ein nach § 36 Abs. 2 SGB IV von der Vertreterversammlung zu wählender Geschäftsführer angehört. Die Deutsche Rentenversicherung Bund ist hingegen nicht nur Sozialversicherungsträgerin, sondern nimmt auch die in § 138 Abs. 1 SGB VI genannten Grundsatz- und Querschnittsaufgaben der Deutschen Rentenversicherung wahr. Das hat Auswirkungen auf ihre Binnenstruktur: Auch sie verfügt zwar über eine Vertreterversammlung und einen Vorstand i.S.v. § 31 Abs. 1 SGB IV, wel-

¹³ Vgl. zur historischen Entwicklung *Eichenhofer*, Ersatzkassen und ihre Verbände in der deutschen Sozialgeschichte, ZSR 58 (2012), 481 (482ff.); *Wigge*, Die Stellung der Ersatzkassen im gegliederten System der gesetzlichen Krankenversicherung nach dem GRG vom 20.12.1988, 1992, 4ff.

¹⁴ *Zabre*, in: Kreikebohm (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IV. Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 44 Rn. 6.

chem auch ein Geschäftsführer angehört (§ 36 SGB IV). Bei ihr werden darüber hinaus aber noch eine Bundesvertreterversammlung und ein Bundesvorstand gebildet (§ 31 Abs. 3b SGB IV), die für Grundsatz- und Querschnittsfragen und bei gemeinsamen Angelegenheiten der Träger zuständig sind. Näheres zur Zusammensetzung ergibt sich aus § 44 Abs. 5 und 6 SGB IV und zur Beschlussfassung aus § 64 Abs. 4 SGB IV.

c) Unfallversicherung

Träger der Unfallversicherung sind die in § 114 Abs. 1 SGB VII genannten Berufsgenossenschaften und sonstigen Unfallversicherungsträger. Die Besonderheit der Unfallversicherung besteht darin, dass Mitglieder allein die Arbeitgeber sind; sie allein sind daher nach § 150 SGB VII beitragsverpflichtet. Dafür befreit sie die Unternehmen von Schadensersatzansprüchen, die aufgrund von Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten entstehen (§§ 104 ff. SGB VII).

Die Organe der gewerblichen Berufsgenossenschaften sind gemäß der allgemeinen Regel des § 44 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV paritätisch besetzt. Das gilt nach § 44 Abs. 2a SGB IV auch für die Unfallkassen der Länder und der Gemeinden, die die Unfallversicherung der Arbeiter und Angestellten im öffentlichen Dienst tragen sowie nach § 44 Abs. 7 SGB IV für die Unfallversicherung Bund und Bahn, die für die Arbeiter und Angestellten auf Bundesebene zuständig sind. Die Arbeitgebervertreter werden hier aber nicht gewählt, sondern jeweils durch staatliche Behörden bestimmt. Sie erhalten die notwendige personelle Legitimation m.a.W. nicht über die Sozialwahlen, sondern durch staatliche Berufsakts.

d) Arbeitsförderung, insbes. Arbeitslosenversicherung

Das im Sozialgesetzbuch III geregelte Recht der Arbeitsförderung nimmt eine Sonderstellung insoweit ein, als es nicht nur Sozialversicherungsrecht regelt (in Gestalt der Arbeitslosenversicherung, §§ 24 ff., 136 ff. SGB III), sondern auch die staatliche Aufgabe der Arbeitsförderung. Daher gilt für sie das gesamte Organisationsrecht für die Sozialversicherung nach § 1 Abs. 1 S. 2 SGB IV nicht.

Trägerin ist gemäß § 367 SGB III die regional untergliederte Bundesagentur für Arbeit. Für sie gilt das von den §§ 31 ff. SGB IV abweichende Binnenorganisationsrecht der §§ 371 ff. SGB III. Selbstverwaltungsorgane sind nach § 371 Abs. 1 SGB III der Verwaltungsrat und die Verwaltungsausschüsse bei den Agenturen für Arbeit. Die Mitglieder des Verwaltungsrates erhalten ihre personelle Legitimation aufgrund der Berufung durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, die Verwaltungsausschüsse durch den über diesen Berufsakt legitimierten Verwaltungsrat (§ 377 Abs. 2 SGB III). Der Vorstand wird nach § 382 Abs. 1 S. 1 SGB III auf Vorschlag des Verwaltungsrats durch die Bundesregierung berufen.

Im Recht der Arbeitsförderung finden daher keine Sozialwahlen statt. Die arbeitsrechtlichen Korporationen haben allerdings Vorschlagsrechte (§ 379 SGB III).

3. Recht und Praxis der Sozialwahlen

Die Rechtsgrundlagen für die Sozialwahlen finden sich in den §§ 45 ff. SGB IV und der auf § 56 SGB IV beruhenden Wahlordnung für die Sozialversicherung (SVWO). Gemäß § 46 Abs. 1 SGB IV wählen die Versicherten und die Arbeitgeber die Vertreter ihrer Gruppen in die Vertreterversammlung (bzw. den Verwaltungsrat) jeweils getrennt aufgrund von Vorschlagslisten. Die Vorschlagslisten können nach § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 SGB IV die arbeitsrechtlichen Korporationen einreichen. Das Recht, Vorschlagslisten einzureichen, haben zwar auch die Versicherten über sog. freie Listen (§ 48 Abs. 1 Nr. 4 SGB IV); diese spielen aber wegen der hohen Zugangshürden in der Praxis des Sozialwahlrechts keine Rolle.¹⁵

Im Vergleich mit Art. 28 Abs. 1 S. 1, 38 Abs. 1 S. 1 GG sind die Wahlrechtsgrundsätze eher dünn normiert. Nach § 45 Abs. 2 S. 1 SGB IV sind die Wahlen immerhin frei und geheim. Allerdings wird die Wahl nach § 54 Abs. 1 SGB IV als Briefwahl durchgeführt, die gemeinhin als Durchbrechung der Geheimheit gilt¹⁶ und daher die Ausnahme bleiben sollte. Insbesondere auf die Normierung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl meint der Gesetzgeber ganz verzichten zu können; stattdessen regelt er in § 45 Abs. 2 S. 3 SGB IV eine 5%-Sperrklausel. Wahlberechtigt ist nach § 50 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB IV bereits, wer das 16. Lebensjahr vollendet hat.

Besonders kurios sind die Regelungen zu den begrifflich recht freundlich daher-kommenden „Friedenswahlen“. Nach § 46 Abs. 2 SGB IV gelten die für die Vertreterversammlung der Krankenkassen vorgeschlagenen als gewählt, wenn aus der Gruppe der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber nur eine Vorschlagsliste zugelassen ist oder auf mehreren Vorschlagslisten insgesamt nicht mehr Bewerber benannt werden als Mitglieder zu wählen sind. Es finden dann also gar keine Wahlen durch die Versicherten statt, sondern, wie es in § 28 Abs. 1 Sozialversicherungswahlordnung in geradezu entwaffnender Offenheit heißt, „Wahlen ohne Wahlhandlungen“¹⁷, deren Ergebnis nach Abs. 2 der Vorschrift spätestens am 107. Tage vor (!) dem Wahltag bekannt zu machen ist. Bei den Friedenswahlen dürfen also die Sektkorken bereits vor der Wahl knallen. Friedenswahlen waren, wie schon bei allen Wahlen zuvor, auch bei den Sozialwahlen 2017 die Regel. In der Krankenversicherung fanden Urwahlen nur bei 5 Ersatzkassen statt; bei allen anderen, gut 100 Krankenkassen wurden die Verwaltungsräte durch Friedenswahlen bestimmt. Urwahlen fanden zudem noch statt bei der Deutschen Rentenversicherung Bund sowie ihrem Regionalträger Saarland. In der Unfallversicherung fanden die Sozialwahlen bei allen 33 Trägern als Friedenswahlen statt. Wo gewählt wurde, lag die Wahlbeteiligung zwischen 25 und 33 %.¹⁸

¹⁵ Dazu näher unten III. 2. a).

¹⁶ Vgl. etwa Butzer, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck-OK GG, Art. 38 Rn. 77.

¹⁷ Vgl. auch BSGE 39, 244 (249).

¹⁸ Vgl. zum Ganzen <https://www.sozialwahl.de/ergebnisse/gesamtergebnisse-der-sozialwahl-2017> (letzter Zugriff: 30.11.2018).

III. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für das Sozialwahlrecht

Das Grundgesetz hat das Sozialwahlrecht ebenso vorgefunden wie insgesamt die soziale Selbstverwaltung. Es hat damit auch vorkonstitutionelle Strukturen geerbt, die erst allmählich mit den Anforderungen des demokratischen Rechtsstaats in Einklang gebracht wurden. Die Sozialwahlen waren im Kaiserreich und in der Weimarer Republik aufgrund der noch nicht vollzogenen Trennung zwischen Sozialverwaltung und Sozialrechtsprechung¹⁹ eng mit der Wahl der Laienrichter verzahnt. Erst als 1945 das bis dahin als letzte Instanz für sozialrechtlichen Rechtsschutz fungierende Reichsversicherungsamt geschlossen und 1953 das Sozialgerichtsgesetz eine eigenständige Sozialgerichtsbarkeit schuf,²⁰ wurde der Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) auch im Sozialrecht verwirklicht. Dadurch kam es dann auch zur Abspaltung der erstmals 1953 wieder abgehaltenen Sozialwahlen von der Wahl der Laienrichter in der Sozialgerichtsbarkeit. Nach wie vor ist aber umstritten, welche verfassungsrechtlichen Maßstäbe eigentlich an die Sozialwahlen anzulegen sind. Im Folgenden ist zunächst zu zeigen, dass das Grundgesetz fordert, dass überhaupt Wahlen stattfinden müssen; das führt zur Verfassungswidrigkeit der sog. Friedenswahlen (1.). Zudem folgen aus Art. 3 Abs. 1 GG Anforderungen an die Durchführung der Wahlen (2.).

1. Die Verfassungswidrigkeit der sog. Friedenswahlen

Zu den Hinterlassenschaften aus Kaiserreich und Weimar gehören insbesondere die „Friedenswahlen“. Immerhin hat zwar noch niemand versucht, die Vereinbarkeit dieser „Wahlen ohne Wahlhandlung“ (§ 28 Abs. 1 SVWO) mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) zu behaupten. Aber teilweise wird einfach die Maßstäblichkeit des Demokratieprinzips bestritten:

a) „Democracy is so overrated“²¹: Das Bundessozialgericht und die „Friedenswahlen“

Das Bundesverfassungsgericht hat an sich schon 1961 alles Erforderliche zu Friedenswahlen gesagt. Diese waren im schleswig-holsteinischen Kommunalwahlrecht in Kommunen mit weniger als 750 Einwohnern vorgesehen, in denen es nur einen Wahlvorschlag gab. Das sei, so das Bundesverfassungsgericht, verfassungswidrig, denn Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG schreibe zwingend vor, dass „das Wahlverfahren so geregelt ist, dass jeder Wahlberechtigte seine Stimme bei der Wahl abgeben kann. Die-

¹⁹ Dazu Ayß, Wege zur Sozialgerichtsbarkeit: Schiedsgerichte und Reichsversicherungsamt bis 1945, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats. Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht Bd. 1, 2014, 265 ff.

²⁰ Voßkuhle/Gerberding, Das Bundessozialgericht unter dem Grundgesetz – Errichtung und verfassungsrechtliche Garantien, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats. Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht Bd. 1, 2014, 265 ff.

²¹ Frank Underwood, House of Cards Staffel 2, Episode 2.

sem Gebot ist nicht Genüge getan, wenn das Wahlergebnis durch die Aufstellung und Duldung entsprechender Wahlvorschläge vorweggenommen werden kann.“²²

Das Bundessozialgericht meint allerdings, dass nur Gebietskörperschaften ein „Volk“ haben und daher eine Volksvertretung benötigen. Soziale Versicherungsträger hingegen hätten zwar Mitglieder, aber kein Verbandsvolk. Daher sei das demokratische Prinzip „wenn überhaupt, nur mit Einschränkungen auf Nichtgebietskörperschaften zu übertragen.“ Weil diese „nach Verfassungsrecht nicht einmal notwendig eine Vertretung“ benötigten, könne von ihnen noch weniger verlangt werden, dass „eine vom Gesetzgeber vorgesehene Vertretung ausnahmslos aus Wahlen hervorgeht, die den Anforderungen des Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG genügen.“²³

Das ist nicht haltbar. Es ist zwar zutreffend, dass Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG nur für die kommunale Selbstverwaltung gilt. Daraus kann man aber nicht folgern, dass die sog. funktionale Selbstverwaltung²⁴ von den Anforderungen des Demokratieprinzips gänzlich freigestellt wäre. Denn soziale Verwaltungsträger üben in vielfältiger Weise Hoheitsgewalt aus, etwa wenn sie als Verwaltungsakte nach § 31 SGB X ergehende Beitrags- und Leistungsbescheide erlassen. Das Bundesverfassungsgericht formuliert unmissverständlich: „Alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter bedarf nach dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG) der demokratischen Legitimation. Es muss sich auf den Willen des Volkes zurückführen lassen und ihm gegenüber verantwortlich werden.“²⁵ Wahlen bilden das Fundament des demokratischen Prinzips und sind daher auch Dreh- und Angelpunkt des bundesverfassungsgerichtlichen Legitimationsmodells.²⁶ Der nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG erforderliche „Zurechnungszusammenhang“²⁷ zwischen dem Volk und den besonderen Organen wird vorrangig durch das Parlament und die Parlamentsgesetze realisiert, denn das Volk wählt lediglich die besonderen Organe der Gesetzgebung (und nicht auch diejenigen der beiden anderen Gewalten). Daher bilden die sachlich-inhaltliche Legitimation durch das Parlamentsgesetz und die unmittelbar auf den Volkswillen zurückzuführende personell-organisatorische Legitimation der gewählten Abgeordneten das Gerüst des verfassungsrechtlichen Modells demokratischer Legitimation.²⁸

Das grundgesetzliche Legitimationsmodell ist zwar auch offen für die Ausübung von Staatsgewalt durch rechtlich verselbständigte Verwaltungsträger. Die personelle Legitimation wird hier nicht auf das Gesamtvolk zurückgeführt, sondern auf die autonome Legitimation durch die Träger der Selbstverwaltung, also das „Verbandsvolk“.²⁹ Das Bundesverfassungsgericht akzeptiert diese „gelockerte Einbindung in den zentralen, auf das Gesamtvolk zurückgehenden Legitimationszusammenhang“, wenn und soweit dieser „durch ein stärkeres Zurgeltungbringen der gleichfalls im

²² BVerfGE 13, 1 (18).

²³ BSGE 36, 242 (244).

²⁴ Zu ihr umfassend *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997.

²⁵ BVerfGE 130, 76 (123).

²⁶ *Meyer*, Demokratische Wahl und Wahlsystem, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 45 Rn. 1 und 4.

²⁷ BVerfGE 130, 76 (123); 135, 155 (221); 136, 194 (261).

²⁸ BVerfGE 135, 155 (223); vgl. bereits 83, 60 (72); 130, 76 (123).

²⁹ *Holzner*, Konsens im Allgemeinen Verwaltungsrecht und in der Demokratietheorie, 2016, 285 ff. Kritisch zur Existenz von solchen Teilvölkern etwa *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, 2009, 210 ff.

Gedanken der Selbstbestimmung und damit im demokratischen Prinzip wurzelnden Grundsätze der Selbstverwaltung und der Autonomie“ ausgeglichen werde.³⁰ Allerdings müsse auch die funktionale Selbstverwaltung „der Verwirklichung des übergeordneten Ziels der freien Selbstbestimmung aller“³¹ dienen. Aus diesem Grunde „müssen die Regelungen über die Organisationsstruktur der Selbstverwaltungseinheiten auch ausreichende institutionelle Vorkehrungen dafür enthalten, dass die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden.“³² Die grundlegenden, aus Art. 20 Abs. 2 GG folgenden Anforderungen für die Ausübung der Staatsgewalt durch Verwaltungsträger gelten daher „für alle Formen der Ausübung von Staatsgewalt“³³ und damit auch in der funktionalen Selbstverwaltung.³⁴

Personelle Legitimation wird entweder durch Wahlen vermittelt oder durch Beststellungsakte von ihrerseits demokratisch legitimierten Amtswaltern.³⁵ Dementsprechend sind etwa die vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales berufenen Mitglieder des Verwaltungsrates der Bundesagentur für Arbeit (§ 377 Abs. 2 S. 1 SGB III) legitimiert.³⁶ Amtswalter, die ihr Amt weder auf eine Wahl noch einen öffentlich-rechtlichen Ernennungs-, Berufungs- oder Betrauungsakt zurückführen können, verfügen aber über keine personell-demokratische Legitimation. Zwar stehen die personell-organisatorische und die sachlich-inhaltliche Komponente des Legitimationsmodells in einem wechselseitigen und bis zu einem gewissen Grad auch gegenseitig substituitionsfähigen Verhältnis untereinander, wenn denn das notwendige Legitimationsniveau realisiert wird.³⁷ Man könnte also überlegen, ob die fehlende personelle Legitimation von Amtswaltern, die ihr Amt Friedenswahlen verdanken, nicht durch eine verstärkte sachlich-inhaltliche Legitimation kompensiert wird. Immerhin hat das Bundesverfassungsgericht selbst gesagt, die Hauptaufgabe der Sozialversicherungsträger bestehe „in dem Vollzug einer detaillierten Sozialgesetzgebung, gleichsam nach Art einer übertragenen Staatsaufgabe“³⁸. Das war allerdings 1975 und diente der Begründung der fehlenden Grundrechtsfähigkeit der Krankenkassen (vgl. Art. 19 Abs. 3 GG) und nicht der Exemption vom Demokratieprinzip. Für die seit 1995 im Wettbewerb untereinander stehenden Krankenkassen stimmt dieser Befund

³⁰ BVerfGE 136, 194 (263).

³¹ BVerfGE 107, 59 (92).

³² BVerfGE 107, 59 (93).

³³ BVerfGE 47, 253 (273); 77, 1 (40).

³⁴ BVerfGE 107, 59 (93).

³⁵ Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 20 (Demokratie) [2010], Rn. 121.

³⁶ Daher geht das Argument ins Leere, Friedenswahlen könnten schon deshalb nicht undemokratisch sein, weil sich der Gesetzgeber ja auch für andere Verwaltungsformen der Sozialversicherung habe entscheiden können (so in Verkennung des Konzepts der personellen Legitimation Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Fragen zur Sozialversicherung, Az. WD 6 – 3000, 060/17 v. 4.1.2018, S. 15).

³⁷ Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 111–113.

³⁸ BVerfGE 39, 302 (313); ferner etwa Schnapp, Friedenswahlen in der Sozialversicherung – vor-demokratisches Relikt oder schein-demokratisches Etikett, in: Epping/Fischer/Heintschel-von Heinegg (Hrsg.), Brücken bauen und begehen: Festschrift für Knut Ipsen zum 65. Geburtstag, 2000, 807 (825): „Subsumtionsautomatismus“.

ohnehin nicht mehr, weil sie gerade zur Aktivierung dieses Wettbewerbs über vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten insbesondere im leistungserbringungsrechtlichen Vertragsrecht verfügen und die gesetzliche Steuerung daher insoweit eher reduziert wird.³⁹ Insbesondere das Krankenversicherungsrecht ist in weiten Bereichen durch untergesetzliche Rechtskonkretisierung gekennzeichnet, an der die Krankenkassen stets beteiligt sind.⁴⁰ Hinzu treten ihre ohne Zweifel legitimationsbedürftigen Funktionen im Rahmen der soziale Rechte ausgestaltenden Rechtsetzung der Gemeinsamen Selbstverwaltung.⁴¹ Selbst wenn also, was umstritten ist,⁴² der durch Friedenswahlen bedingte Totalausfall der personell-organisatorischen Legitimation durch eine verschärfte gesetzliche Steuerung kompensiert werden könnte, könnte hier kein dem Demokratieprinzip genügendes Legitimationsniveau erreicht werden, weil die gesetzliche Detailsteuerung nicht nur dem Wettbewerbsprinzip in der gesetzlichen Krankenversicherung, sondern insgesamt der Gestaltungsspielräume implizierenden Selbstverwaltung fremd ist.⁴³ Daraus folgt, dass es auch in der Sozialversicherung keine Ausübung von Staatsgewalt durch Amtswalter geben kann, die über keine personell-organisatorische Legitimation verfügen. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG gilt!

Auch die weiteren Argumente des Bundessozialgerichts (geringe Wahlbeteiligung, unverhältnismäßige Kosten bei geringem Nutzen⁴⁴) sind offensichtlich sachwidrig, denn immerhin das Demokratieprinzip ist noch nicht ökonomisch disponibel. Man kann die Entscheidung des Bundessozialgerichts aus dem Jahre 1973 also allenfalls damit erklären, dass das Demokratieprinzip erst in den 1980er Jahren rechtsdogmatische Konturen bekommen hat.⁴⁵ Dennoch staunt man etwas, dass ein höchstes deutsches Bundesgericht noch 1973 ernsthaft meinte, unter dem Grundgesetz könne Hoheitsgewalt ausgeübt werden, die keiner demokratischen Legitimation bedarf, und noch mehr, dass es sich davon bis heute nicht distanziert hat, obwohl es dazu insbesondere in seiner Rechtsprechung zur demokratischen Legitimation der Gemeinsamen Selbstverwaltung⁴⁶ hinreichende Gelegenheit gehabt hätte.

b) Art. 87 Abs. 2 GG als verfassungsrechtliche Legitimation der Friedenswahlen?

Diskutiert wird schließlich, ob Art. 87 Abs. 2 GG eine Art Bestandsgarantie auch der vordemokratischen Strukturen der Gemeinsamen Selbstverwaltung gewährleistet.

³⁹ Dazu *Becker/Schweitzer*, Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich zur Verbesserung des Wettbewerbs der Versicherer und Leistungserbringer im Gesundheitswesen? Gutachten zum 69. Dt. Juristentag, Abteilung Sozialrecht, 2012, B 30 ff.

⁴⁰ *Kingreen*, Governance im Gesundheitsrecht, *Die Verwaltung* 42 (2009), 339 (347 ff.).

⁴¹ Dazu IV.

⁴² Vgl. etwa *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 20 (Demokratie) [2010], Rn. 130.

⁴³ Wie hier etwa *Wimmer*, Friedenswahlen in der Sozialversicherung – undemokratisch und verfassungswidrig, *NJW* 2004, 3369 (3372f.).

⁴⁴ BSGE 36, 242 (244); aufgegriffen für die Friedenswahlen in einer Handwerkskammer VGH Mannheim, NVwZ-RR 1998, 366 (369).

⁴⁵ Grundlegend: *Böckenförde*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. I, 1. Aufl. 1987, § 22 Rn. 14 ff.; nunmehr: 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 16 ff.

⁴⁶ Dazu IV.

Die Norm bildet die nach 1945 vorgefundene Vielfalt der sozialen Versicherungsträger verwaltungskompetenzrechtlich ab, wird aber darüber hinausgehend zum Teil materiell aufgeladen. Sie enthalte zwar keine Verfassungsgarantie der sozialen Selbstverwaltung, bringe aber zum Ausdruck, dass die Ausübung von Staatsgewalt durch soziale Versicherungsträger in Einklang mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes stehe. Damit dispensiere Art. 87 Abs. 2 GG auch von den Erfordernissen personell-organisatorischer Legitimation, wie sie Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG für die Ausübung der Staatsgewalt durch Träger der unmittelbaren Staatsverwaltung voraussetze.⁴⁷ Mit dieser Begründung werden auch die als „Friedenswahlen“ stattfindenden Sozialwahlen in das Grundgesetz hinübergerettet.⁴⁸

Auch diese Begründung ist sehr ambitioniert. Es ist zwar, wie bereits gesehen,⁴⁹ richtig, dass das Demokratieprinzip Selbstverwaltung als legitime Ausübung von Hoheitsgewalt grundsätzlich anerkennt. Aber es gibt weder im Wortlaut der Norm noch in den historischen Materialien⁵⁰ einen Anhaltspunkt dafür, dass mit der Verteilung von Verwaltungskompetenzen zugleich ein von Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG grundsätzlich abweichendes Legitimationskonzept mitgeregelt wird und damit der vorkonstitutionelle Zustand gewissermaßen gebilligt wurde.

c) Fazit

Es ist im rechtswissenschaftlichen Schrifttum schon seit langem weitgehend unbestritten, dass die Sozialwahlen wegen der Möglichkeit von sog. Friedenswahlen (§ 46 Abs. 2 SGB IV) keine demokratische Legitimation zu vermitteln mögen.⁵¹ Das verdient nicht nur deshalb Hervorhebung, weil es sich damit auch ziemlich einhellig gegen das Bundessozialgericht stellt, sondern vor allem auch, weil außerhalb der Rechtswissenschaft im verbändegeprägten Schrifttum so getan wird, als sei die Friedenswahl „in Rechtsprechung und Literatur allgemein als verfassungsgemäß anerkannt“⁵². Diese Fehleinschätzung belegt, wie sehr sich die korporatistische Parallelgesellschaft von der Welt des geltenden Verfassungsrechts abgeschottet hat.

⁴⁷ So vor allem und grundlegend *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, 299 ff.; tendenziell auch *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Begr.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 87 Abs. 2 Rn. 78.

⁴⁸ *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, 372; anders aber trotz seines Ansatzes über Art. 87 Abs. 2 GG *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, 305.

⁴⁹ Siehe vorstehend a).

⁵⁰ Zur Entstehungsgeschichte von Art. 87 Abs. 2 GG etwa *Ibler*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 87 [2012] Rn. 168 ff.

⁵¹ *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, 305; *Kingreen*, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), 152 (178 f.); *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, 460; *Oebbecke*, Demokratische Legitimation nichtkommunaler Selbstverwaltung, VerwArch 81 (1990), 349 (362 f.); *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, 83 f.; *Wimmer*, Friedenswahlen in der Sozialversicherung – undemokratisch und verfassungswidrig, NJW 2004, 3369 (3370 ff.).

⁵² So tatsächlich *Düker*, Sozialwahlen 1999, Die Angestelltenversicherung 1999, 117 (118 f.); aus jüngster Zeit auch *Zabre*, in: Kreikebohm (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IV. Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 44 Rn. 6.

2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Durchführung der Wahlen

Das Grundgesetz fordert nicht nur, dass Amtswalter personell legitimiert sind, sondern es begründet auch Anforderungen an den die Legitimation stiftenden Akt. Zwar gelten für Sozialwahlen weder der allein für Bundestagswahlen maßgebliche Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG noch Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG und entsprechende landesverfassungsrechtliche Garantien. Nach zutreffender Ansicht des Bundesverfassungsgerichts gilt aber für sonstige, nicht unter Art. 28 Abs. 1 S. 2 und 38 Abs. 1 S. 1 GG fallende politische Abstimmungen Art. 3 Abs. 1 GG,⁵³ den das Bundesverfassungsgericht wahlrechtlich scharfstellt und ihm daher die gleichen Anforderungen entnimmt wie Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG. Daher gilt auch für Sozialwahlen der Grundsatz der Gleichheit der Wahl.⁵⁴ Alle Wahlberechtigten müssen danach das aktive und passive Wahlrecht in formal möglichst gleicher Weise ausüben können,⁵⁵ und jede Wählerstimme muss grundsätzlich den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis haben, also nicht nur den gleichen Zählwert, sondern auch den gleichen Erfolgswert haben.⁵⁶ Dabei folgt aus dem formalen Charakter des Wahlrechts, „dass dem Gesetzgeber bei der Ordnung des Wahlrechts nur ein eng bemessener Spielraum für Differenzierungen verbleibt“⁵⁷. Problematisch sind unter dem Aspekt der Gleichheit der Wahl die Regelungen über die Einreichung der Wahlvorschläge (dazu a)) und die 5%-Sperrklausel (b)):

a) Einreichung der Wahlvorschläge, § 48 Abs. 1 SGB IV

Die Regelungen über die Einreichung von Wahlvorschlägen bilden zwei Gruppen: auf der einen Seite die Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen/-verbände, die als privilegierte Berechtigte nach § 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 SGB IV stets Vorschläge einreichen dürfen, und auf der anderen Seite die sonstigen Arbeitnehmervereinigungen (§ 48a SGB IV) und verbandlich nicht organisierten Versicherten und Arbeitgeber (§ 48 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB IV), welche nur unter den Voraussetzungen des § 48 Abs. 2 SGB IV Vorschläge einreichen dürfen.

In diesen Regelungen kommt deutlich zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber die Versicherten eher als potenziellen Störfaktor in der sozialen Selbstverwaltung wahrnimmt. Die soziale Selbstverwaltung ist mitnichten Selbstbestimmung der Versicherten, sondern ein Machtzentrum korporatistischer Funktionseleiten. Alle bedeutsamen Sozialversicherungsträger haben mehr als 3 Millionen Versicherte, weshalb freie Listen nach § 48 Abs. 1 S. 2 SGB IV regelmäßig 2000 Unterstützer benötigen. Diese Zahl hat sich aber in der Praxis regelmäßig als unerreichbar erwiesen, weil man als Initiator einer Liste wegen des Sozialdatenschutzes seine potenziellen Unterstützer gar nicht kennt und die Versicherten anders als die Sozialversicherungsträger und Leistungserbringer auch nirgends verbandlich organisiert sind. Auch die formal-or-

⁵³ Vgl. für die Wahlen zum Europäischen Parlament BVerfGE 51, 222 (234) sowie BVerfGE 120, 300 (317); 135, 259 (284).

⁵⁴ BVerfGE 30, 227 (246).

⁵⁵ BVerfGE 93, 373 (376).

⁵⁶ BVerfGE 95, 408 (417); BVerfGE 120, 82 (102).

⁵⁷ BVerfGE 120, 86 (106).

organisatorischen Hürden sind offenbar so hoch,⁵⁸ dass man schon an hochgradiger Langeweile leiden muss, bevor man sich die Aufstellung einer freien Liste antut. Selbst das sonst eher ironiefreie Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann sich den Hinweis nicht verkneifen, dass die Aufstellung freier Listen „ein freundschaftliches Verhältnis zum Formalismus“⁵⁹ voraussetzt. Auf der Seite der Versicherten beherrschen daher die Gewerkschaften die Vertreterversammlungen und Verwaltungsräte, woraus sie einen Einfluss ableiten, der in einem gewissen Widerspruch zu ihrer abnehmenden Anziehungskraft unter den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern steht. Dass sie diejenigen vertreten, die nicht als abhängig Beschäftigte (§ 7 SGB IV) Mitglieder der Sozialversicherung sind, wird man ohnehin nicht ernstlich behaupten können.⁶⁰

Das ist aus mehreren Gründen auch ein verfassungsrechtliches Problem. Erstens sind die rigiden Regelungen zur Einreichung von Wahlvorschlägen ein wesentlicher Grund dafür, dass „Friedenswahlen“ im Sozialwahlrecht zur Regel geworden sind; es ist dem faktischen Vorschlagsmonopol der Korporationen in § 48 Abs. 1 S. 1 SGB IV zu verdanken, dass sich in der Regel nur genauso viele Kandidaten und Kandidatinnen zur Wahl stellen wie im Gesetz bzw. den Satzungen vorgesehen. Die Unvereinbarkeit des geltenden Sozialwahlrechts mit Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG beruht damit maßgeblich auf den Bestimmungen über die Einreichung von Wahlvorschlägen.

Zweitens sind die unterschiedlichen Zugangshürden mit dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl (Art. 3 Abs. 1 GG) unvereinbar. Zwar ist ein Unterschriftenquorum grundsätzlich mit der Wahlrechtsgleichheit vereinbar, um die Ernsthaftigkeit einer Vorschlagsliste sicherzustellen.⁶¹ Auch im staatlichen Wahlrecht werden daher die von den Parteien aufgestellten Wahlvorschläge privilegiert und müssen parteifreie Listen eine bestimmte Anzahl von Unterstützern nachweisen. Aber selbst im Bundestagswahlrecht sind dafür nach § 20 Abs. 3 BWahlG nur 200 Wahlberechtigte erforderlich. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum diese Hürde bei den meisten Sozialversicherungsträgern zehnmal so hoch ist wie im Bundestagswahlrecht. Zwar gibt es in staatlichen Wahlkreisen weniger Bürger als Versicherte in großen Sozialversicherungsträgern. Aber die Wahlberechtigten eines Wahlkreises lassen sich wesentlich leichter ausfindig machen und aktivieren als Versicherte eines bestimmten Sozialversicherungsträgers. Dieses Problem besteht letztlich unabhängig von der Größe des Trägers. Erklärungsversuche aus dem Umfeld der Sozialversicherungsträger sind eher hilflos: Es gehe in den selbstverwalteten Vertretungskörperschaften anders als in den staatlichen Parlamenten doch nicht um Opposition, sondern um Konsens⁶² – den die Versicherten offenbar nur stören können. Die Vorstellung, dass politische Auseinandersetzungen die Funktionsfähigkeit von Wahlorganen gefährden, ist Ausdruck des technokratischen Demokratiekonzepts der Output-Legitimation: Was gute Ergebnisse bringt, kann ja legitimatorisch so schlecht nicht

⁵⁸ Vgl. Windels-Pietzsch, Friedenswahlen in der Sozialversicherung, VSSR 2003, 215 (218).

⁵⁹ Bundesministerium für Arbeit und Soziales, <https://www.bmas.de/DE/Themen/Soziale-Sicherung/Sozialversicherungswahlen/Fragen-und-Antworten/inhalt.html> (letzter Zugriff: 28.11.2018).

⁶⁰ Haverkate, Verfassungslehre, 1992, 301: „Soziale Selbstverwaltung wird heute auf den Cheftagen der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände gemacht.“

⁶¹ BVerfGE 30, 227 (246 f.).

⁶² Zabre, in: Kreikebohm (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IV. Kommentar, 3. Aufl. 2018, vor § 45 Rn. 9.

sein. Dagegen wird spitz vorgebracht, dass die Output-Legitimation auch von einer Diktatur geltend gemacht werden könne, wenn sie nur genügend akzeptable Ergebnisse erziele.⁶³ Der Schluss von der Vernünftigkeit einer Entscheidung auf ihre demokratische Legitimation hat also letztlich eine ausschließende Wirkung: „Denn wer nicht in der Lage ist, an der Debatte teilzunehmen und sich zu rechtfertigen, wird ausgeschlossen. Demokratische Verfahren werden damit zu einer Art Gedankenexperiment des Vernünftigen. Wenig erstaunlich, dass solche Theorien gerne von Vertretern internationaler Bürokrationen verwendet werden, um sich eine eigene Legitimation zu verschaffen.“⁶⁴

§ 48 Abs. 1 S. 2 SGB IV greift daher ohne hinreichende Rechtfertigung in den Grundsatz der Gleichheit der Wahl (Art. 3 Abs. 1 GG) ein und ist mithin verfassungswidrig.

b) 5%-Sperrklausel, § 45 Abs. 2 S. 3 SGB IV

Auch die in § 45 Abs. 2 S. 3 SGB IV enthaltene 5%-Sperrklausel beeinträchtigt den Grundsatz der Gleichheit der Wahl. Denn Stimmen, die für Vorschlagslisten abgegeben werden, die den Stimmenanteil nicht erreichen, werden bei der Umrechnung der abgegebenen Stimmen in Sitze in den Vertreterversammlungen und Verwaltungsräten nicht mitgezählt, d.h. ihr Erfolgswert ist gleich Null.⁶⁵

Das Bundesverfassungsgericht akzeptiert Sperrklauseln zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Parlaments, die durch das – auch bei den Sozialwahlen anzuwendende (§ 45 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 SGB IV) – Verhältniswahlrecht in Frage gestellt sein kann.⁶⁶ Aber es sieht diese Gefahr weder bei Wahlen zum Europäischen Parlament⁶⁷ noch im Kommunalwahlrecht, wo es ebenso wie in der sozialen Selbstverwaltung um Selbstverwaltungskörperschaften geht: „Kommunalverfassungsrecht und -wirklichkeit sind von dem Gedanken des Selbstbestimmungsrechts der Gemeindebürger geprägt. Auch wenn insbesondere in größeren Gemeinden und Kreisen die Willensbildung der Bürger überwiegend von den politischen Parteien geformt wird, so folgt doch aus der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, dass die Auslese der Kandidaten für die kommunalen Vertretungskörperschaften jedenfalls auch nach partikularen Zielen möglich sein muss und daher nicht ausschließlich den ihrem Wesen und ihrer Struktur nach in erster Linie am Staatsganzen orientierten politischen Parteien vorbehalten werden darf.“⁶⁸ Gerade in Vertretungskörperschaften von Selbstverwaltungsträgern muss es daher eine vom Verbändeeinfluss unabhängige, realistische Möglichkeit geben, als Wahlbewerber aufgestellt und von den Wählern gewählt zu werden.

⁶³ Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 53 Fn. 271.

⁶⁴ Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechungen, 2009, 43 f.

⁶⁵ Degenhart, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, 34. Aufl. 2018, Rn. 87.

⁶⁶ BVerfGE 51, 222 (236 f.).

⁶⁷ BVerfGE 129, 300 (324 ff.); 135, 259 (291 ff.).

⁶⁸ BVerfGE 120, 82 (110).

Vor diesem Hintergrund ist eine Rechtfertigung von § 45 Abs. 2 S. 2 SGB IV kaum vorstellbar. Die Sperrklausel ist gewissermaßen die zweite Verteidigungslinie gegen den Einfluss von Versicherten in den Vertretungskörperschaften. Wenn es trotz des prohibitiven § 48 Abs. 1 S. 2 SGB IV doch einmal eine freie Liste geschafft hat, eine Urwahl zu erzwingen, muss sie auch noch insgesamt über 5 % der Stimmen aller Wahlberechtigten bekommen, was ohne eine verfestigte, einen Wahlkampf durchführende Organisation kaum möglich sein dürfte. Man könnte allenfalls darauf abstellen, dass die sozialen anders als die kommunalen Vertreterversammlungen das für die laufende Verwaltung zustehende hauptamtliche Organ (Vorstand bzw. Geschäftsführer, §§ 35a Abs. 5, 36 Abs. 2 SGB IV) wählen. Aber selbst dann müsste dargetan werden, dass die Abschaffung der 5 %-Hürde eine politische Zersplitterung in den Vertreterversammlungen und Verwaltungsräten zur Folge hätte, die die Wahl eines Vorstands bzw. Geschäftsführers unmöglich machen. Dafür gibt es aber keine validen Hinweise.

§ 45 Abs. 2 S. 3 SGB IV ist daher ebenfalls wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl (Art. 3 Abs. 1 GG) verfassungswidrig.

IV. Sozialversicherungsträger als Gesetzgeber: Die demokratische Legitimation der Rechtsetzung in der Gemeinsamen Selbstverwaltung

Die fehlende personell-organisatorische Legitimation der durch „Friedenswahlen“ bestimmten Amtswalter in den Vertreterversammlungen/Verwaltungsräten der Sozialversicherungsträger wirkt als „weiterfressender Mangel“ fort. Wenn die Legitimationskette zum Volk als Inhaber der Staatsgewalt einmal durchbrochen ist, ist es daher um die demokratische Legitimation aller weiteren Amtswalter geschehen, die ihre Legitimation von den Vertreterversammlungen und Verwaltungsräten ableiten. Nicht demokratisch legitimiert sind daher nicht nur die von diesen gewählten Vorstände, sondern auch die Verbände der Sozialversicherungsträger.⁶⁹ Das ist insbesondere im Krankenversicherungsrecht von erheblicher Bedeutung, denn hier verwalten die Krankenkassen nicht nur, sondern betreiben insbesondere im Gemeinsamen Bundesausschuss (§ 91 SGB V) funktional allgemein-verbindliche Rechtsetzung. Um die Dimension dieses Kardinalproblems des Gesundheitsrechts zu erfassen, muss zunächst auf das Regulierungskonzept der Gemeinsamen Selbstverwaltung eingegangen werden (1.), bevor das verfassungsrechtliche Problem adressiert wird (2.):

1. Rechtsetzung durch Richtlinien im Gemeinsamen Bundesausschuss

Die Regelungsstrukturen des Krankenversicherungs- und Gesundheitsrechts weichen nicht unerheblich „vom vertrauten Bild der öffentlichen Verwaltung“⁷⁰ ab.⁷¹ Sie

⁶⁹ Windels-Pietzsch, Friedenswahlen in der Sozialversicherung, VSSR 2003, 215 (226f.).

⁷⁰ Wahl, Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, 2001, 382.

⁷¹ Das Folgende aus Kingreen, Krankenversicherungs- und Gesundheitsrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht Bd. 3, 4. Aufl. 2019, § 76 Rn. 73 ff.

bilden ein „System komplexer Vielfachsteuerung“⁷², in dem das Ziel, knappe Ressourcen sozialstaatlich und gesamtwirtschaftlich optimal zuzuordnen, durch ein unterschiedliches Mischungsverhältnis zwischen hierarchischer Steuerung, korporativen Aushandlungsmechanismen und wettbewerblicher Allokation verfolgt wird.⁷³ Diese sehr speziellen Regelungsstrukturen wirken sich auch auf die Konkretisierung des Anspruchsinhalts aus. § 27 Abs. 1 S. 2 SGB V zählt zwar auf, welche Leistungen Bestandteil des Anspruches auf Krankenbehandlung sind, und die §§ 28 ff. SGB V füllen diesen Katalog auch jeweils durch Einzelbestimmungen näher aus. Aber diese Normen schreiben den Anspruch des Versicherten nur dem Grunde nach fest, ohne näher festzulegen, welche Leistungen genau Bestandteil des von den Krankenkassen zu garantierenden Leistungskataloges sind. Auch aus den Eingangsbestimmungen folgen nur grobe Vorgaben: Nach § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V müssen Qualität und Wirksamkeit der Leistungen dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen und den medizinischen Fortschritt berücksichtigen. Die Leistungen müssen zudem gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 SGB V ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein und dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten.

Grundsätzlich ist diese allgemein gehaltene Umschreibung des Leistungskataloges rechtsstaatlich unproblematisch und wegen der Dynamik des medizinischen Fortschritts sogar geboten. Es ist schlechterdings unmöglich, die Feinheiten des Leistungskataloges zum Gegenstand einer eher langwierigen parlamentarischen Rechtsetzung zu machen. Erforderlich ist eine Konkretisierung gleichwohl, sollen nicht Einzelfragen des Leistungskataloges zum Gegenstand permanenter sozialgerichtlicher Auseinandersetzungen werden. Untergesetzliche Rechtsquellen (Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften), die in anderen dynamischen Rechtsgebieten wie dem Umwelt- und Technikrecht⁷⁴ üblicherweise zur Detailsteuerung eingesetzt werden, spielen indes im Krankenversicherungsrecht praktisch keine Rolle. Hintergrund ist die Genese des Vertragsarztrechts, das nach den Konflikten zwischen Ärzten und Krankenkassen zu Beginn des 20. Jahrhunderts in weiten Bereichen durch (gemeinsame) Selbstverwaltungsstrukturen mit einer nur vergleichsweise geringen parlamentsgesetzlichen Regelungsdichte geprägt ist. Auch in den anderen Leistungsbereichen dominiert die Selbstverwaltung, hier allerdings nur der Kassen und nicht der Leistungserbringer. Da der Selbstverwaltung die Handlungsformen der allgemeinen Staatsverwaltung nicht zur Verfügung stehen und aus legitimatorischen Gründen auch gar nicht zur Verfügung stehen dürfen, haben sich hier mit den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses und einem darunter angelegten, seinerseits mehrschichtigen Vereinbarungs- und Empfehlungsregime sehr spezielle korporatistische Regelungsstrukturen herausgebildet.⁷⁵

⁷² Alber, Das Gesundheitswesen der Bundesrepublik Deutschland, 1992, 157.

⁷³ Gutachten 2005 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen (BT-Drs 15/15670), Ziff. 42 ff.

⁷⁴ Vgl. dazu Eifert, Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 19 Rn. 62 ff. und Ruffert, Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, ebd., § 17 Rn. 85 ff.

⁷⁵ Dazu Axer, Normsetzung der Exekutive im Sozialversicherungsrecht, 2000, 52 ff.; Ebsen, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrecht Bd. 1 (Krankenversicherungsrecht), 1994, § 7; Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, 2001, 345 ff.; Kingreen, Governance im Gesundheitsrecht. Zur Bedeutung der Referenzgebiete für die verwaltungsrechtswissenschaftliche Methoden-

An der Spitze dieser sog. Selbstverwaltungsstrukturen steht der Gemeinsame Bundesausschuss – ein hybrides Gremium der sog. Gemeinsamen Selbstverwaltung, das neben drei neutralen Mitgliedern aus Vertretern der Krankenkassen, der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft (vgl. § 91 Abs. 1 SGB V), sowie aus Vertretern der Patientinnen und Patienten besteht, die allerdings kein Entscheidungs-, sondern nur ein Beteiligungsrecht haben (§ 140f Abs. 1, 2 SGB V). Mit der Befugnis zum Erlass von Richtlinien (§ 92 SGB V) verfügt er über ein in der Rechtsordnung einmaliges Handlungsinstrument: Die Richtlinien enthalten, obwohl sie von einem Selbstverwaltungsträger kommen, außenwirksames, allgemeinverbindliches Recht, also Recht, das Wirkungen auch gegenüber nicht im Gemeinsamen Bundesausschuss Vertretenen beansprucht und das das gesamte Leistungsgeschehen steuert, also nicht nur den Bereich der ärztlichen und der Krankenhausleistungen, sondern etwa auch die Arzneimittelversorgung. Diese mit einer Rechtsverordnung vergleichbaren Wirkungen ergeben sich mittlerweile aus § 91 Abs. 6 SGB V, wurzeln aber im Rechtskonkretisierungskonzept des Bundessozialgerichts: Danach sind die Leistungsansprüche der §§ 27 ff. SGB V nicht als Leistungsrechte im Vollsinn zu begreifen, sondern als ausfüllungsbedürftige Rahmenrechte.⁷⁶ Dem trägt das SGB V dadurch Rechnung, dass es mit den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses einen Konkretisierungsmechanismus vorsieht, der das gesetzliche Rahmenrecht zum durchsetzbaren Einzelanspruch verdichtet.⁷⁷ Damit werden zugleich Leistungs- und Leistungserbringungsrecht aufeinander abgestimmt: Leistungen, die in den Richtlinien nicht anerkannt sind, darf die Krankenkasse nicht bewilligen, der Leistungserbringer nicht erbringen/verordnen und der Versicherte nicht beanspruchen. Eine erhebliche Bedeutung für das Versorgungsgeschehen haben darüber hinaus Verträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern, im Bereich der ärztlichen Leistungserbringung zwischen den Verbänden der Parteien, im nichtärztlichen Bereich oftmals auch zwischen einzelnen Kassen und Leistungserbringern. Für alle diese Vereinbarungen sind jeweils die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses maßgebend.

2. Die personelle Legitimation der Vertreter der Krankenkassen im Gemeinsamen Bundesausschuss

Es gibt keine befriedigende Antwort auf die Frage, wie sich die in korporatistischen Aushandlungs- und Rechtsetzungsprozessen getroffenen Entscheidungen legitimatisch auf die Versicherten zurückführen lassen.⁷⁸

diskussion, Die Verwaltung 42 (2009), 339 (347 ff.); Schuler-Harms, Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 15 Rn. 134 ff.; Wahl, Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, 2001, 288 ff., 346 ff.

⁷⁶ BSGE 73, 271 (279 ff.); 78, 70 (75 ff.); 81, 54 (59 ff.); 81, 73 (76 ff.). Zu dieser Rechtsprechung (und auch zu den Unterschieden unter den Senaten des BSG) Kingreen, Systemstabilisierung durch ein lernendes System: Die Gemeinsame Selbstverwaltung in der gesetzlichen Krankenversicherung und das Bundessozialgericht, ZMGR 2010, 216 (218 ff.).

⁷⁷ BSGE 81, 54 (61).

⁷⁸ Dazu und zum Streitstand mit ausführlichen Nachweisen Schmidt-De Caluwe in: Becker/Kingreen (Hrsg.) SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 6. Aufl. 2018, § 92 Rn. 9.

Die personell-organisatorische Legitimation der Mitglieder des Beschlussgremiums des Gemeinsamen Bundesausschusses wird maßgeblich durch die Trägerorganisationen, also den Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Kassenärztliche Bundesvereinigung und die Deutsche Krankenhausgesellschaft (§ 91 Abs. 2 S. 1 SGB V) vermittelt. Dagegen ist im Prinzip auch nichts einzuwenden, denn die autonome Legitimation durch Mitglieder ist ein Wesenselement von Selbstverwaltung. Allerdings stellt das Erfordernis personell-organisatorischer Legitimation einen untrennbaren Zusammenhang zwischen Person und Aufgabe her. Der handelnde Amtswalter wird durch einen Ernennungs-/Bestellungsakt nicht generell personell legitimiert, sondern für einen konkreten, gesetzlich und durch exekutive Vorgaben näher umschriebenen Aufgabenbereich; diese Zuständigkeitszuweisung macht die organisatorische Komponente des Erfordernisses personell-organisatorischer Legitimation aus.⁷⁹ Daraus folgt denknotwendig ein Korrespondenzgebot zwischen dem Amtswalter, den ihm übertragenen Aufgaben und den Wirkungen seiner Entscheidungen.⁸⁰ Wenn nämlich die personell-organisatorische Legitimation im Wesentlichen mitgliedschaftlich vermittelt wird, können die Aufgaben und Entscheidungswirkungen auch nur mitgliedschaftlich gedacht werden. Sollen autonom legitimierte Verwaltungsträger hingegen Aufgaben erhalten, die auch Nichtmitglieder betreffen, so bedarf es eines weiteren personell-organisatorisch gestrickten Legitimationsstrangs. Ein Amtsträger, der seine personell-organisatorische Legitimation allein aus einem Teilvolk bezieht, kann daher denknotwendig keine Entscheidungen treffen, die andere Teilmölder oder das Gesamtvolk betreffen.

Eine solche Korrespondenz würde freilich bestehen, wenn die vom GKV-Spitzenverband entsandten Mitglieder im Beschlussgremium des Gemeinsamen Bundesausschusses zugleich Vertreter der Versicherten wären, wie es der 6. Senat des Bundessozialgerichts⁸¹ und vereinzelte Stimmen im Schrifttum⁸² vertreten. Diese These ist aber schlicht unhaltbar, und zwar ganz unabhängig davon, ob bei den Krankenkassen Friedenswahlen stattfinden. Denn es fehlt auch an einer hinreichend festen Legitimationskette zwischen den Vertreterversammlungen der einzelnen Krankenkassen und den Vertretern des Spitzenverbands Bund im Gemeinsamen Bundesausschuss. Der Spitzenverband Bund verfügt über eine Mitgliederversammlung, in die jede Krankenkasse jeweils einen Vertreter der Versicherten und der Arbeitgeber beruft (§ 271b Abs. 3 S. 1 und 3 SGB V);⁸³ ihre offenbar einzige Aufgabe besteht dann darin, einen Verwaltungsrat zu wählen (§ 271b Abs. 3 S. 2 SGB V). Dieser besteht aus höchstens 52 Mitgliedern (§ 271c Abs. 1 S. 1 SGB V), repräsentiert also nur noch knapp die Hälfte der derzeit existierenden Krankenkassen mit einer zudem hochkomplexen Verteilung von Sitzen und Stimmen (vgl. § 26 der Satzung des GKV-Spitzenverban-

⁷⁹ Vgl. bereits oben III. 1. a).

⁸⁰ *Holzner*, Konsens im Allgemeinen Verwaltungsrecht und in der Demokratietheorie, 2016, 145 f., 287; *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, 76.

⁸¹ BSGE 78, 70 (81).

⁸² *Schlacke*, Kontrolle durch Patientenbeteiligung im Medizin- und Gesundheitssystem, in: *Schmehl/Wallrabenstein* (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens Bd. 3, 2007, 41 (57).

⁸³ Sonderregelung für die Ersatzkassen: § 271b Abs. 3 S. 4 SGB V.

des⁸⁴). Es ist zudem gesetzlich nicht geregelt, welches Organ dafür zuständig ist, das Benennungsrecht für den Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 91 Abs. 2 S. 1 SGB V auszuüben; nach § 31 Abs. 1 Nr. 17 der Satzung des GKV-Spitzenverbandes dürfte aber der Verwaltungsrat zuständig sein. Die personelle Legitimation der fünf vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen zu entsendenden Mitglieder verläuft also über eine vergleichsweise lange und gesetzlich nur rudimentär ausgestaltete Legitimationskette von der einzelnen Krankenkasse über eine Mitgliederversammlung und einen Verwaltungsrat des GKV-Spitzenverbandes in den G-BA.⁸⁵

Auch das Bundesverfassungsgericht hält die Zweifel an der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses für „durchaus gewichtig“, betont aber zugleich, dass nicht die Verfassungsmäßigkeit der Institution als solche in Frage stehe: „Vielmehr bedarf es konkreter Ausführungen nicht nur zum Einzelfall, sondern auch zur Ausgestaltung der in Rede stehenden Befugnis, zum Gehalt der Richtlinie und zur Reichweite der Regelung auf an ihrer Entstehung Beteiligten oder auch unbeteiligte Dritte. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass der Gemeinsame Bundesausschuss für eine Richtlinie hinreichende Legitimation besitzt, wenn sie zum Beispiel nur an der Regelsetzung Beteiligte mit geringer Intensität trifft, während sie für eine andere seiner Normen fehlen kann, wenn sie zum Beispiel mit hoher Intensität Angelegenheiten Dritter regelt, die an deren Entstehung nicht mitwirken konnten. Maßgeblich ist hierfür insbesondere, inwieweit der Ausschuss für seine zu treffenden Entscheidungen gesetzlich angeleitet ist.“⁸⁶

Das Bundesverfassungsgericht legt damit zwar den Finger in die Wunde. Aber die Vorstellung, man könne das Problem durch parlamentsgesetzliche Verdichtung in den Griff bekommen, ist nicht nur sehr praxisfern, sondern setzt auch am falschen Pfeiler des Legitimationskonstrukts an. Es meint, die sachliche Legitimation durch verstärkte gesetzliche Determinierung des Leistungsgeschehens ertüchtigen zu können, obwohl doch eigentlich die personell-organisatorische Legitimation problematisch ist. Das Problem lässt sich systemimmanent nur lösen, wenn man die personelle Legitimation der Entscheidungen stärkt; das wird nur über eine Verstärkung der Aufsicht durch das Bundesministerium für Gesundheit funktionieren.

V. Schluss

In Sozialwahlen werden die Vertretersammlungen und Verwaltungsräte der meisten Sozialversicherungsträger gewählt; keine Sozialwahlen finden nur insoweit statt als die Mitglieder der Organe durch staatliche Berufsakts benannt werden.

⁸⁴ https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/gkv_spitzenverband/wir_ueber_uns/organisation/Satzung_GKV-SV_20180123.pdf (letzter Zugriff: 30.11.2018).

⁸⁵ Kritisch dazu etwa Mühlhausen, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 6. Aufl. 2018, § 217a Rn. 8: Rückverfolgung der Legitimationskette führt in „sozial- und verfassungsrechtliches ‚Niemandland‘“. Ausführlich, aber weniger kritisch Besemann, Aktuelle Entwicklungen im Organisationsrecht der gesetzlichen Krankenkassen, 2010, 299 ff.

⁸⁶ BVerfGE 140, 229 (238 f.); dazu Kingreen, Der Gemeinsame Bundesausschuss vor dem Bundesverfassungsgericht: Das Tor liegt in der Luft, MedR 2017, 8 ff.

Sozialwahlen vermitteln allerdings nicht, was sie als Wahlen verheißen: personelle Legitimation. Die Amtswalter in den Vertreterversammlungen und Verwaltungsräten der Krankenkassen werden fast durchgängig durch sog. „Friedenswahlen“ bestimmt, die auf Vorschlagslisten beruhen, die faktisch allein Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen einreichen können. Diese „Wahlen ohne Wahlhandlung“ verhöhnen das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, für das nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG nur Wahlen mit Wahlhandlung Legitimation stiften können. Zugleich delegitimieren sie die für das bundesrepublikanische Sozialmodell so wichtige Politikgestaltung durch Korporationen.

Die Sozialwahlen sind zudem gleichheitswidrig ausgestaltet, weil sie Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände bei der Aufstellung der Wahlvorschläge gegenüber den sog. freien Listen ohne rechtfertigenden Grund übervorteilen und eine nicht begründbare 5%-Sperrklausel gilt. Diese Legitimationsdefizite setzen sich in den Vorständen der Sozialversicherungsträger und insbesondere deren Verbänden fort, die namentlich im Krankenversicherungsrecht nicht nur verwalten, sondern in der Gemeinsamen Selbstverwaltung sogar allgemeinverbindliches Recht setzen.

Sozialwahlen sind damit ein vordemokratisches Relikt und im Superwahljahr 2019 kein Grund zum Feiern. Es ist dennoch gut, dass sie beim Themenschwerpunkt „Wahlen“ mit dabei sein dürfen: zur Sensibilisierung der Verfassungsrechtswissenschaft für die Legitimationsdefizite der korporatistischen Parallelgesellschaft.

