

Mehr Staat wagen! Die Aufsicht über den Gemeinsamen Bundesausschuss*

von Thorsten Kingreen

Übersicht

- | | |
|--|--|
| I. Mehr Demokratie wagen | Rechtsetzungstätigkeit des G-BA durch ministerielle Allgemeinverbindlicherklärung |
| II. Die fachgesetzlichen Regelungsstrukturen | |
| III. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die demokratische Legitimation der Rechtsetzung durch den G-BA | 1. You can't have it both ways: Stärkung der personellen Legitimation des G-BA ohne Schwächung der Selbstverwaltung? |
| 1. Das Problem der fehlenden personell-organisatorischen Legitimation | 2. Modelle der Verantwortungsteilung zwischen Gemeinsamer Selbstverwaltung und unmittelbarer Staatsverwaltung |
| 2. Rettungsversuche | |
| a) Das Traditionsargument | |
| b) »Output-Legitimation«: Interessenausgleich und Sachverstand | |
| IV. Reformvorschlag: Stärkung der demokratischen Legitimation der | V. Ein Allgemeiner Teil des Leistungserbringungsrechts |

I. Mehr Demokratie wagen

Lieber Dekan, lieber Markus, liebe Freunde und Koryphäen des Korporatismus und heute vor allem: sehr geehrter, lieber Herr *Schnapp*,

ich danke Ihnen und Euch für die Einladung nach Bochum. Ich komme ja immer gerne. Die meisten wissen, dass ich mich hier zu Hause fühle – nicht nur landsmannschaftlich und fußballerisch (dies allerdings ausschließlich im östlichen Ruhrgebiet), sondern mittlerweile auch sachlich-fachlich.

Das war nicht immer so. Ich hatte mich im Juni 1998 erstmals in die Welt des Sozialrechts gewagt und beim 6. Fachkolloquium des Bochumer Instituts für Sozialrecht in die letzte Reihe gesetzt. Das Tagungsthema lautete: »Probleme der Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht Teil II«.¹ Zwei Jahre zuvor hatte es bereits ein erstes Kolloquium zum gleichen Thema gegeben. *Friedrich Schnapp* hatte in seiner Eröffnungsrede

* Der nachfolgende Text beruht auf einem Vortrag beim Wissenschaftlichen Symposium anlässlich des 80. Geburtstags von Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp am 23.11.2018 in Bochum. Er greift auf mein Rechtsgutachten »Optionen zur Stärkung der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung« zurück, das ich im September 2017 für das Bundesministerium für Gesundheit erstellt habe (s. https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Ministerium/Berichte/Gutachten_Prof_Kingreen_zur_Legitimation_G-BA.PDF [zuletzt abgerufen am 10.12.2018]). Die Vortragsform wurde im Hinblick auf den besonderen Anlass beibehalten.

1 *Schnapp* (Hrsg.), Probleme der Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht Teil II, 1999.

die Perspektive des »Normaljuristen« auf den Sozialrechtler eingenommen, der mit dem Verdacht leben müsse, »insgeheim ein Masochist« zu sein. Das Chaos der Rechtsquellen treibe diesen Normaljuristen »entweder in geschäftige Hektik« oder hinterlasse ihn »in dumpfer Ratlosigkeit«. ² Ich befand mich auf diesem 2. Kolloquium zum Thema jedenfalls noch im Stadium dumpfer Ratlosigkeit, die erst später geschäftiger Hektik weichen sollte. Immerhin lernte ich auf diesem Kolloquium *Peter Axer* kennen und seine rheinische Toleranz schätzen, die auch vor Menschen nicht haltmachte, die überhaupt nicht verstanden, worüber er sich habilitiert. ³ Heute verstehe ich, dass das Kolloquium mit der Rechtsquellenlehre vor allem die eigentliche Herausforderung für uns Sozialrechtler adressiert hat: Wie schaffen wir es, das Sozialrecht vom Ruf des »um sich selbst kreisenden Sonderrechts«, ⁴ das Schwierigkeiten hat, den Nachweis der Zugehörigkeit zum Verwaltungsrecht, seinen Figuren und Methoden zu führen, zu befreien? ⁵ Der Methadon-Beschluss des Bundessozialgerichts, der im März 1996 in einem Akt kreativer Unbekümmertheit die Richtlinien der damaligen Bundesausschüsse zu allgemeinverbindlichen Rechtsätzen gemacht hat, ohne deren Rechtsnatur zu klären, ⁶ hat uns diesen Zugehörigkeitsnachweis jedenfalls nicht eben erleichtert.

Mancher von Euch und Ihnen mag sich angesichts meines Vortragstitels nun allerdings fragen, ob sich an meiner damaligen Ahnungslosigkeit wirklich so viel geändert hat. »Mehr Staat wagen!« »Sollte man den Titel nicht mit einem Fragezeichen versehen?«, ließ *Friedrich Schnapp* über das heutige Festkomitee bei mir anfragen. Das hat mich natürlich verunsichert. Aber wer im Gesundheitswesen mehr Staat wagt, wagt auch mehr Demokratie, und damit haben wir doch gar nicht so schlechte Erfahrungen gemacht. Ich werde versuchen, das Fehlen des Fragezeichens in drei Schritten zu erläutern. Ausgehend von der allseits bekannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.11.2015 werde ich zunächst einen Blick auf das einfache Sozialrecht werfen (II.), bevor ich in der gebotenen Kürze das Defizit personell-organisatorischer Legitimation benenne (III.) und dann einen minimalinvasiven Reformvorschlag präsentiere (IV.). Dieser führt mich dann zu dem Projekt eines Allgemeinen Teils des Leistungserbringungsrechts (V.).

II. Die fachgesetzlichen Regelungsstrukturen

Der thematische Anlass muss in diesem Kreise nur noch kurz in Erinnerung gerufen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 10.11.2015 eine leistungsrechtliche Verfassungsbeschwerde zwar in voller Mannschaftsstärke als unzulässig verworfen, dies aber mit der dunklen Andeutung verbunden, die Zweifel an

2 Beide Zitate aus *Schnapp*, in: Schnapp (Hrsg.), Probleme der Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht Teil I, 1998, S. 11.

3 *Axer*, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, 2000.

4 *Schmidt-Aßmann*, NJW 2004, 1689, 1690.

5 Dazu *Kingreen/Rixen*, DÖV 2008, 741 ff.

6 BSGE 78, 70, 75 ff.

der demokratischen Legitimation des G-BA seien »durchaus gewichtig«.⁷ Es stellt die demokratische Legitimation des G-BA aber nicht institutionell, sondern nur funktionell in Frage. Maßgeblich für die verfassungsrechtliche Bewertung soll erstens sein, ob nur die Trägerorganisationen oder auch Dritte betroffen sind und zweitens, in welcher Intensität sie betroffen sind. Für die Beurteilung der Legitimation im Einzelfall sei dann letztlich maßgebend, inwieweit der Ausschuss für seine zu treffenden Entscheidungen »gesetzlich angeleitet« ist.⁸

Das konnte man so interpretieren, dass es letztlich darauf ankommt, dass die parlamentsgesetzlichen Vorgaben unter Bestimmung des Grads der grundrechtlichen Betroffenheit hinreichend konkret sind. So hat es jedenfalls auch das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) verstanden, das drei Gutachter beauftragt hat, alle einfach-rechtlichen Rechtsgrundlagen und die dazu gehörenden Richtlinien durchzumustern.⁹ Das ist natürlich eigentlich eine Arbeit für Strafgefangene, und sie war, das will ich vorwegnehmen, für das Legitimationsthema auch nicht wirklich weiterführend, weil nicht die sachlich-inhaltliche Legitimation durch das Gesetz, sondern die personell-organisatorische Legitimation der Mitglieder des Beschlussgremiums des G-BA den Kern des Legitimationsproblems bildet. Immerhin war diese Frage aber Anlass, das einfache Gesetzesrecht sowie das Richtlinienrecht durchzumustern. Offenbar hat hier schon lange niemand mehr vorbeigeschaut. Jedenfalls hat man den Anspruch auf systematische Kohärenz und inhaltliche Konsistenz offenbar schon lange aufgegeben.

Auf den ersten Blick sieht das Ganze gar nicht so schlimm aus: § 92 Abs. 1 Satz 2 SGB V enthält einen Katalog von Richtlinien, die der G-BA beschließen soll. Dieser ist allerdings nicht abschließend (»insbesondere«); so sind bspw. die Richtlinien im Bereich der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung (§ 116b Abs. 4 und 5 SGB V) nicht aufgeführt. Das wirft die Frage auf, welche Funktion der Katalog in § 92 Abs. 1 Satz 2 SGB V haben soll, wenn er nicht eine abschließende Übersicht über die Rechtssetzungskompetenzen des G-BA enthalten soll. Unklar ist aber auch sein Verhältnis zu den speziellen Ermächtigungsgrundlagen im fachspezifischen Leistungs- und Leistungserbringungsrecht. Regelmäßig formulieren diese Rechtsgrundlagen zumindest etwas detaillierter, welche Gegenstände der G-BA in der jeweiligen Richtlinie näher konkretisieren soll. Allerdings gibt es in vielen Bereichen Richtlinien, für die es keine spezialgesetzliche Ermächtigung gibt. Insoweit hat dann die Aufzählung in § 92 Abs. 1 Satz 2 SGB V konstitutive Bedeutung, weil anderenfalls die Richtlinie in Ermangelung

7 Vgl. zu den ungewöhnlichen Begleitumständen der Entscheidung *Ebsen*, MedR 2018, 931, 932.

8 BVerfG, NJW 2016, 1505, 1507. Diese Linie wird durch die Entscheidung BVerfG, Beschl. v. 15.08.2018 – 1 BvR 1780/17 und 1781/17 nicht in Frage gestellt. Hier wird zwar gesagt, dass es keine Bedenken gegen die demokratische Legitimation der Vertragspartner der Bundesmantelverträge gebe (Rn. 21). Es gab hier aber keinen Drittbetroffenen, denn die Beschwerdeführer waren als Vertragsärzte Mitglieder der den Bundesmantelvertrag abschließenden Kassenärztlichen Vereinigungen.

9 Die drei Gutachten finden sich unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/publikationen/ministerium/details.html?bmg%5Bpubid%5D=3162> (zuletzt abgerufen am 10.12.2018).

einer Rechtsgrundlage rechtswidrig wäre. Man fragt sich dann allerdings, warum das so ist. Warum bestehen für einzelne Bereiche spezielle und teilweise zumindest etwas ausführlichere gesetzliche Grundlagen, für andere nicht?

Nur beispielhaft zeigt das etwa das Hilfsmittelrecht. Die Möglichkeit, dieses durch Richtlinien zu regeln, wird in § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 SGB V nur benannt, leistungsrechtlich in § 33 Abs. 2–4 SGB V aber nur für das Recht der Sehhilfen konkretisiert (und auch dies nur teilweise). Für alle anderen Hilfsmittel, also etwa auch die Hörhilfen, existiert als Rechtsgrundlage nur der allgemeine § 92 Abs. 1 SGB V. Die Heraushebung der Regelungskompetenz für die Sehhilfen mag zwar damit zusammenhängen, dass hier ausnahmsweise grundsätzlich notwendige Leistungen von der Leistungspflicht der GKV ausgenommen werden und daher ein erhöhtes parlamentargesetzliches Regelungsbedürfnis besteht. Aber in der Hilfsmittel-Richtlinie befinden sich auch andere, sehr ausführliche Regelungen, die ebenfalls erhebliche Bedeutung für die Konkretisierung des Leistungsanspruchs haben. Das wiederum wirft nicht nur die Frage auf, ob für diese Bestimmungen die bloße Benennung der Regelungskompetenz in § 92 Abs. 1 Satz 2 SGB V verfassungsrechtlich hinreichend ist, sondern auch, ob es irgendeine Maßstab bildende Regel dafür gibt, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen für einzelne Regelungsinhalte detaillierte gesetzliche Ermächtigungen bestehen, für andere hingegen nicht.

Es ist dementsprechend oftmals gar nicht erkennbar, auf welcher/n Rechtsgrundlage/n der jeweilige Rechtssetzungsakt beruht. Manchmal werden Rechtsgrundlagen genannt und manchmal nicht und wenn sie benannt sind, sind sie mitunter schon verstorben.¹⁰ Hier würde ein Zitiergebot helfen, wie es bei Rechtsverordnungen in Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungsrechtlich vorgeschrieben ist.

Diskussionsbedürftig ist ferner etwa der systematische Standort der §§ 91 bis 94 SGB V. Diese sind bislang Teil des Zweiten Abschnitts des Vierten Kapitels des SGB V (Leistungserbringungsrecht), gehören also systematisch zum Vertragsarztrecht. Das dürfte im Wesentlichen historische Gründe haben, weil der G-BA aus dem Bundesausschuss für Ärzte und Krankenkassen hervorgegangen ist, der nur für kassenärztlichen Fragen zuständig war. Die Zuständigkeit des G-BA ist aber umfassend; seine Richtlinien haben für alle Leistungsbereiche eine zentrale Steuerungsfunktion. Insoweit symbolisiert der bisherige Regelungsstandort das fundamentale legitimatorische Problem. Er regelt eine vertragsarztrechtliche Institution, die aber Zuständigkeiten weit über diesen Bereich hinaus hat. Systematisch müssten die §§ 91 bis 94 SGB V daher in den Allgemeinen Teil des Leistungserbringungsrechts (»Erster Abschnitt. Allgemeine Grundsätze«), also unmittelbar hinter § 71 SGB V, verschoben werden. Man könnte sogar noch weiter gehen und die Vorschriften über den G-BA in einem eigenen Abschnitt ab § 20 SGB V zusammenführen, um die leistungsrechtliche Relevanz des G-BA und den Zusammenhang zwischen Leistungs- und Leistungserbringungsrecht noch stärker herauszuheben.

10 Beispiel: Richtlinien des Bundesausschusses der Zahnärzte und Krankenkassen über die Früherkennungsuntersuchungen auf Zahn-, Mund- und Kieferkrankheiten, die auf einem so nicht mehr existenten § 26 Abs. 1 Satz 2 SGB V beruhen.

Eher selten versucht der Gesetzgeber, die personell-organisatorische Legitimation der untergesetzlichen Konkretisierung des Leistungsgeschehens zu stärken. So begründet § 92 Abs. 1a Satz 3 SGB V fachaufsichtliche Interventionsrechte des BMG in Bezug auf den Erlass von Richtlinien zur zahnärztlichen Behandlung. Im Recht der Arzneimittelbewertung greift der Gesetzgeber in § 35a Abs. 1 Satz 6 und 7 SGB V zudem in einem speziellen Fall zur Handlungsform der Rechtsverordnung, die im durch das Prinzip der Selbstverwaltung geprägten Krankenversicherungsrecht im Übrigen sehr unüblich ist. Beide Regelungen stärken zwar die personelle Legitimation, aber sie wirken doch beliebig und lassen sich möglicherweise nur durch sehr spezielle politische Konfliktlinien erklären. Ein durchgängiges Legitimationskonzept ist jedenfalls ebenso wenig zu erkennen wie eine sachliche Begründung, warum nun ausgerechnet diese beiden Bereiche herausgegriffen worden sind. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass auch das Verhältnis zwischen G-BA und anderen Gremien der Gemeinsamen Selbstverwaltung und der Selbstverwaltung der Krankenkassen bei der Konkretisierung des Leistungs- und des Leistungserbringungsrechts sehr uneinheitlich ist. Die Konkretisierung des Leistungskatalogs wird in einigen Bereichen in Richtlinien geregelt (etwa die Methoden der Psychotherapie, aber etwa auch die Leistungsarten des Heilmittelrechts), in anderen hingegen Kollektivvertragsparteien (vertragsärztliche Leistungen, Krankenhausleistungen) und teilweise auch nur dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen (Hilfsmittelkatalog) überlassen, ohne dass – mit Ausnahme der historischen Pfadabhängigkeiten – ein sachlich-fachlicher Grund dafür erkennbar ist, warum für die Konkretisierung des Leistungskatalogs so unterschiedliche Zuständigkeiten und Verfahren existieren.

Es wäre also zwar ganz gut, wenn im Sozialgesetzbuch V aus Anlass seines 30. Geburtstags einmal grundlegend aufgeräumt würde. Dennoch lösen wir mit einer parlamentsgesetzlichen Verdichtung des Leistungsrechts, wie sie dem Bundesverfassungsgericht vorschwebt, kein einziges Problem, sondern schaffen nur neue: Der in Teilbereichen des Leistungsrechts ohnehin schon sehr unübersichtliche Gesetzestext würde noch weiter mit Details überladen werden. Zugleich wüsste der Gesetzgeber dann doch nie, ob er im verfassungsrechtlichen Sinne »genügend« selbst geregelt hat. Eine zu intensive gesetzliche Vorsteuerung steht zudem in einem erheblichen Spannungsverhältnis zu den aus fachlicher Sicht notwendigen Entscheidungsspielräumen des G-BA. Details in Leistungskatalogen und Methodenentscheidungen sind keine geeigneten Gegenstände parlamentarischer Beratung, sondern müssen fachwissenschaftlich behandelt werden. Vor einer »Verdichtung der gesetzlichen Anleitung« kann man daher nur warnen.¹¹

Entscheidend ist aber vor allem, dass eine Intensivierung der gesetzlichen Anleitung zwar die sachlich-inhaltliche Legitimation der Rechtsetzung, nicht aber die personell-organisatorische Legitimation des G-BA verbessern könnte. Genau dort liegen aber die im nächsten Abschnitt näher zu entfaltenden verfassungsrechtlichen Desiderate.

11 Darüber sind sich die unterschiedlichen Lager einig, vgl. nur *Hase*, 2018, 1, 10, einerseits und *Sodan/Hadank*, NZS 2018, 804, 805, andererseits.

III. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die demokratische Legitimation der Rechtsetzung durch den G-BA

Über die verfassungsrechtliche Beurteilung der Rechtsetzung des G-BA ist schon alles gesagt worden, zwar noch nicht von jedem, von mir aber so oft,¹² dass ich mich auf ein paar wesentliche Kernsätze beschränken möchte.

1. Das Problem der fehlenden personell-organisatorischen Legitimation

Demokratische Legitimation i.S.v. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG wird bekanntermaßen sachlich-inhaltlich durch die Gesetzesbindung und durch die Rechtsaufsicht übergeordneter staatlicher Stellen und personell-organisatorisch über Wahlen und Ernennungsakte durch personell legitimierte Amtsträger erzeugt.¹³ Sachlich-inhaltliche und personelle Legitimation stehen in einem wechselbezüglich kompensationsfähigen Verhältnis zueinander. Es muss nur insgesamt ein bestimmtes Legitimationsniveau erreicht werden.¹⁴ Das verfassungsrechtliche Legitimationskonzept ist offen auch für die Ausübung von Staatsgewalt durch rechtlich verselbständigte Verwaltungsträger, insbesondere im Rahmen der sog. funktionalen Selbstverwaltung.¹⁵ Die personelle Legitimation der Amtswalter wird dann nicht durch das Gesamtvolk, sondern mitgliedschaftlich durch das »Verbandsvolk« erzeugt.¹⁶ Auch diese autonome Legitimation hebt aber den mit der personell-organisatorischen Legitimation erzeugten Zusammenhang zwischen Person und Amt nicht auf. Wenn nicht das Gesamtvolk, sondern ein durch Sachnähe und/oder Fachverstand geprägtes Teilvolk die notwendige Legitimation spendet, kann es auch nur dieses Teilvolk, nicht aber das Gesamtvolk binden, will es sich nicht mit seinen eigenen Prämissen in Widerspruch setzen und eine Fremdverwaltung für Nichtbetroffene etablieren. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.11.2015 mit der Unterscheidung zwischen Betroffenen und Nichtbetroffenen konsequent. Es hat früheren Versuchen, den G-BA in das funktionale Legitimationsmodell zu integrieren, die Grundlage entzogen.

Die Mitglieder des Beschlussgremiums des G-BA sind damit personell-organisatorisch nur legitimiert, wenn und soweit die dem G-BA gesetzlich zugewiesenen Aufgaben und Entscheidungswirkungen mit dem mitgliedschaftlichen Substrat korrespondieren.¹⁷ Die personelle und die organisatorische Komponente auch des autonomen Legitimationsmodells werden aber auseinandergerissen, wenn dem G-BA Aufgaben zugewiesen

12 Vgl. zuletzt *Kingreen*, *MedR* 2017, 8, 9 ff.

13 BVerfGE 83, 60, 72; 130, 76, 123; 135, 155, 223.

14 BVerfGE 130, 76, 124.

15 BVerfGE 107, 59, 91 f.

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

17 *Holzner* (Fn. 16), S. 145 f., 287; *Schmidt-Aßmann*, *Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen*, 2001, S. 76.

werden, die über den Kreis der ihn legitimierenden Mitglieder hinausreichen. Daher besteht im Verhältnis zu den Versicherten und den nicht im G-BA repräsentierten Leistungserbringern keine personell-organisatorische Legitimation. Der Versuch namentlich des Bundessozialgerichts,¹⁸ die Krankenkassen als Legitimationsspende im Verhältnis zu den Versicherten zu konstruieren, hat sich damit erledigt.

Es ist zwar umstritten, ob der Totalausfall der personell-organisatorischen Legitimation im Verhältnis zu den Versicherten und den nicht im G-BA vertretenen Leistungserbringern durch sachlich-inhaltliche Legitimationsspende kompensiert werden kann.¹⁹ Die Streitfrage muss hier aber nicht beantwortet werden, denn auch diejenigen, die eine Kompensation der nicht vorhandenen personell-organisatorischen Legitimation durch gesetzliche Detailsteuerung überhaupt für zulässig halten, knüpfen dies an die Bedingung, dass die angeleitete Behörde keine relevanten Entscheidungsspielräume mehr hat²⁰ – ein Modell, das dem Konzept der fachlichen Beratung durch den G-BA diametral entgegensteht.

2. Rettungsversuche

Damit ist klar, dass der G-BA personell-demokratisch nicht hinreichend legitimiert ist, wenn und soweit Dritte grundrechtlich betroffen sind. Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird daher auch nicht mehr versucht, die Rechtsetzung durch den G-BA am Maßstab des tradierten Legitimationsmodells verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Vielmehr wird versucht, die fehlende personell-organisatorische Legitimation des G-BA anderweitig zu kompensieren: Dabei wird entweder die Tradition bemüht und/oder die Funktion der Gemeinsamen Selbstverwaltung als Ort von Interessenausgleich und Bündelung von Sachkunde. Beide Ansätze sind aber untauglich:

a) Das Traditionsargument

Ein insbesondere die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts prägendes Argument ist die Tradition. Im grundlegenden Methadon-Urteil des 6. Senats des Bundessozialgerichts, das den Richtlinien des damaligen Bundesausschusses für Ärzte und Krankenkassen erstmals Rechtsnormqualität beigemessen hat, heißt es zur Begründung:

»Die Zuweisung der Normsetzungsbefugnis an den Bundesausschuss ist Bestandteil eines generellen Regelungskonzeptes, das die Rechtssetzung durch untergesetzliche Normen den

18 BSGE 78, 70, 81; vgl. aus dem Schrifttum etwa *Schlacke*, in: Schmehl/Wallrabenstein (Hrsg.), *Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens* Bd. 3, 2007, S. 41, 57.

19 Ablehnend: *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 23; *Emde*, *Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung*, 1991, S. 329 ff.; *Sommermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Begr./Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar* Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Abs. 2 Rn. 170. Für Zulässigkeit in begrenzten Ausnahmefällen: *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar* Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Demokratie) Rn. 113; noch weitergehend *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Begr.) *Grundgesetz. Kommentar*, Art. 20 (Demokratie, [2010]), Rn. 130.

20 *Kluth*, *Funktionale Selbstverwaltung*, 1997, S. 367.

an der kassenärztlichen (nunmehr: vertragsärztlichen) Versorgung beteiligten Körperschaften der Krankenkassen und der Ärzte übertragen hat. Dieses für das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung charakteristische Konzept wurde bereits zu Beginn der 30er Jahre entwickelt und war als solches bei Schaffung des GG vorhanden.«²¹

Auch nach Meinung des 1. Senats des Bundessozialgerichts handelt es sich bei den Richtlinien des (heutigen) G-BA und den Kollektivverträgen um ein »historisch gewachsenes Regelungssystem, welches untrennbar mit den für die gesetzliche KV charakteristischen Strukturen der Leistungserbringung verknüpft ist.«²²

In der Literatur wird das Traditionsargument auch verfassungsrechtlich fundiert. Art. 87 Abs. 2 GG enthalte zwar keine Verfassungsgarantie der sozialen Selbstverwaltung. Der Parlamentarische Rat habe aber auf das seit dem Berliner Abkommen vom 23.12.1913 allmählich entstehende System der Kollektivverträge zwischen Krankenkassen und den Ärzteverbänden Bezug nehmen wollen und dieses daher durch Art. 87 Abs. 2 GG anerkannt. Dieser bringe aber zum Ausdruck, dass die Ausübung von Staatsgewalt durch soziale Versicherungsträger in Einklang mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes stehe. Es bedürfe daher auch Dritten gegenüber keiner personell-organisatorischen Legitimation, weil die verfassungsrechtliche Legitimation zur Rechtsetzung bereits unmittelbar aus Art. 87 Abs. 2 GG folge.²³

Verfassungsdogmatisch ist diese Begründung recht ambitioniert. Der G-BA ist nach der Wortlautauslegung kein »sozialer Versicherungsträger« i.S.v. Art. 87 Abs. 2 GG. Es gibt auch nirgends wirklich valide Hinweise, dass eine Verfassungsnorm, die der Abgrenzung von Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern dient, einen Dispens von den Vorgaben des Demokratieprinzips begründen könnte oder sollte. Das Traditionsargument ist aber auch sozialrechtshistorisch nicht haltbar.²⁴ Das in der Weimarer Republik entstandene ärztliche Kollektivvertragsrecht hatte zunächst die gleiche Funktion wie das arbeitsrechtliche Tarifvertragsrecht. Es ging, namentlich nach den Verwerfungen zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenkassen zu Beginn des 19. Jahrhunderts, darum, dass Parteien mit antagonistischen Interessen unter weitgehendem Ausschluss des Staates die für ihre Zusammenarbeit notwendigen Bedingungen kollektiv und allgemeinverbindlich aushandeln.²⁵ Staatliches Recht gab es praktisch nicht; selbst das große Kodifikationswerk des Sozialrechts, die 1911 in Kraft getretene Reichsversicherungsordnung, enthielt praktisch keine das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Ärzten betreffenden Regelungen – ein Zustand, der bis zum Inkrafttreten des Sozialgesetzbuchs V am 01.01.1989 fort dauern sollte.

21 BSGE 78, 70, 78.

22 BSGE 81, 73, 83.

23 So vor allem und grundlegend *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 299 ff.

24 Zum Folgenden grundlegend *Käsbauer*, Die Neuordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen durch das Berliner Abkommen vom 23.12.1913, 2015, vor allem S. 343 ff.

25 *Käsbauer* (Fn. 24), S. 91 ff.

Weil es zunächst praktisch gar keine gesetzlichen Bestimmungen über das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Ärzten gab, war das Feld weitgehend den Akteuren selbst überlassen. Federführend war zunächst der durch das Berliner Abkommen geschaffene Zentrallausschuss, ab 1923 dann der Reichsausschuss Ärzte und Krankenkassen, der in § 5 Abs. 1 der Verordnung über Ärzte und Krankenkassen erstmals ausdrücklich dazu ermächtigt wurde, Richtlinien »zur Sicherung gleichmäßiger und angemessener Vereinbarungen zwischen Ärzten und Kassen« aufzustellen.²⁶ Das Gesetz über das Kassenarztrecht²⁷ schuf dann 1955 einen Bundesausschuss für Ärzte und Krankenkassen und einen weiteren für Zahnärzte und Krankenkassen.²⁸ Im Jahre 2000 trat der Ausschuss Krankenhaus hinzu, bevor die Ausschüsse 2004 im G-BA (§ 91 SGB V) zusammengeführt wurden.

Die wichtigste Handlungsform waren Normverträge, die aber nach ganz überwiegender Meinung und Praxis ebenso wie die wesensverwandten Tarifverträge nur für die Parteien rechtsverbindlich waren. Sie regelten die Tätigkeit und insbesondere die Vergütung des Arztes, wirkten sich aber, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht auf den Leistungsanspruch aus. *Anna Käsbauer* zieht daraus in ihrer grundlegenden Untersuchung zur Thematik den folgenden Schluss:

»Im Ergebnis lässt sich also festhalten, dass die Regelungsinstrumente der heutigen gemeinsamen Selbstverwaltung, denen überwiegend normative Wirkung zugeschrieben wird, keine Tradition aufweisen, die sich bereits in der Weimarer Zeit gebildet hatte. Auch die zwingende Notwendigkeit einer Harmonisierung von Leistungs- und Leistungserbringungsrecht, die vom Bundessozialgericht in seinen Entscheidungen formuliert wird, drängt sich zumindest aus der Sicht der historischen Untersuchung nicht auf. Der geschichtliche Rückblick lässt vielmehr das Gegenteil erkennen: Man distanzierte sich ausdrücklich von einem rechtlichen Zusammenspiel von Kassenarzt- und Leistungsrecht, sowohl im Hinblick auf die Kassenarztverträge als auch im Hinblick auf die Richtlinien und Ausführungsbestimmungen des Reichsausschusses.«²⁹

Das war also der sozialrechtliche Rechtszustand, den der Verfassungsgeber 1949 vorfand. Die »Gemeinsame Selbstverwaltung« war noch nicht einmal begrifflich bekannt.³⁰ Daher konnte sich Art. 87 Abs. 2 GG auf die Regelung der Verwaltungskompetenzen der »sozialen Versicherungsträger« beschränken, unter den sich der G-BA nicht subsumieren lässt.³¹

26 *Tempel-Kromminga*, Die Problematik der Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen nach dem neuen Recht des SGB V, 1994, S. 12.

27 Gesetz über Änderungen von Vorschriften des Zweiten Buches der Reichsversicherungsordnung und zur Ergänzung des Sozialgerichtsgesetzes (Gesetz über Kassenarztrecht – GKAR) v. 17.08.1955, BGBl. I S. 513.

28 Vgl. dazu *Hess/Venter*, Handbuch des Kassenarztrechts Bd. I. Das Gesetz über Kassenarztrecht, 1955.

29 *Käsbauer* (Fn. 24), S. 352.

30 *Käsbauer* (Fn. 24), S. 353 ff.

31 Das wirft, nur am Rande, die Frage der Legitimation einer über Art. 87 Abs. 2 GG hinausgehenden Bundesverwaltung im Gesundheitswesen auf. Das Traditionsargument geht hier also nach hinten los, weil der G-BA im verfassungsrechtlichen Verwaltungsorganisationsrecht keinen Raum hat. Er kann schon deshalb keine allgemeinverbindliche exekutive Staatsgewalt i.S.v. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG ausüben.

Erst im Vorfeld des 1955 in Kraft getretenen Gesetzes über Kassenarztrecht sind, soweit ersichtlich, die Rechtswirkungen des neu zu schaffenden Bundesausschusses Ärzte und Krankenkassen erstmals auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten reflektiert worden. Wegweisend war insoweit ein 1953 verfasstes Rechtsgutachten des Kölner Verfassungsrechtlers *Hans Peters*, der dem Gesetzgeber die beiden Regelungsalternativen klar vor Augen führte: Entweder könne man die Bundesausschüsse als unmittelbare Bundesbehörden organisieren, die dann nach Art. 80 GG auch das Recht zum Erlass von Rechtsverordnungen hätten, oder man könne die Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen als Selbstverwaltungsbehörden führen, die dann aber keine Rechtssätze erlassen dürften, die auch Außenseiter betreffen.³² Man entschied sich für letztere Variante, was dann aber zur Konsequenz hatte, dass der Bundesausschuss keine rechtlich verbindlichen Bestimmungen, sondern »nur« (!) Richtlinien erlassen durfte. Die Bezeichnung »Richtlinien« war also durchaus mit Bedacht gewählt!

Das Bundessozialgericht hat diese schon seinerzeit als verfassungsrechtlich geboten angesehene Beschränkung der Rechtswirkungen der Richtlinien anfangs auch ernst genommen. Die beiden zuständigen Senate interpretierten die Richtlinien als Verwaltungsvorschriften, die gemäß der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Handlungsformenlehre nur eine Selbstbindung der beteiligten Körperschaften,³³ darüber hinausgehende normative Wirkungen aber nur durch eine gesetzliche Geltungsanordnung erzeugen könnten. Das Kassenarztgesetz ermächtigte die Bundesausschüsse aufgrund von verfassungsrechtlichen Bedenken des Rechtsausschusses des Bundestages bewusst nur zum Erlass von Richtlinien und nicht mehr, wie noch den Reichsausschuss, auch zu verbindlichen Ausführungsbestimmungen, so der 6. Senat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1974.³⁴ Verbindlichkeit gegenüber den Ärzten und Krankenkassen erlangten sie daher nicht schon »aus sich heraus«, sondern nur aufgrund gesetzlicher Geltungsanordnungen über die Verträge und Satzungen der Verbände. Für das Leistungsrecht seien sie mangels einer entsprechenden gesetzlichen Regelung irrelevant.

Nachdem diese Linie in den 80er Jahren schon etwas aufgeweicht worden war,³⁵ vollzog der 6. Senat erst 1996 in der schon erwähnten Methadon-Entscheidung die Wende hin zu einer Interpretation der Richtlinien als allgemein-verbindliche Rechtssätze, ohne dass sich an den auszulegenden Normen irgendetwas geändert hätte. Dass zur Begründung der Allgemeinverbindlichkeit der Richtlinien ausgerechnet die Tradition bemüht wurde, ist vor dem Hintergrund der in Wirklichkeit genau andersherum verlaufenden Entwicklung ein wenig überraschend. Tradition hat die Selbstverwaltung in der Krankenversicherung, nicht aber die Rechtsverbindlichkeit der Richtlinien des G-BA. Das Bundessozialgericht hat 1996 mit der Tradition gebrochen, auf die es sich beruft.

32 *Peters*, Gutachten über verfassungsrechtliche Fragen des Entwurfs eines Gesetzes über die Regelung der Beziehungen zwischen Ärzten, Zahnärzten und Krankenkassen (Kassenarztrecht), 1953, S. 6–8.

33 BSGE 35, 10, 14 [3. Senat].

34 BSGE 38, 35 [6. Senat].

35 Dazu näher *Kingreen*, ZMGR 2010, 210, 219 f.

b) »Output-Legitimation«: Interessenausgleich und Sachverstand

Vereinzelt wird auch die Auffassung vertreten, die als defizitär erkannte personell-organisatorische Legitimation des G-BA könne dadurch gerechtfertigt werden, dass sich in ihm Sachverstand und antagonistische Interessen auf eine für funktionale Selbstverwaltungsträger typische Art und Weise bündelten.³⁶ Der Gesetzgeber dürfe »Selbstverwaltungsorganisationen neben der Verwirklichung von Partizipation auch dort nutzen [...], wo es darum geht, qualifiziertes Wissen zu generieren und divergierende Interessen zur Steigerung der Akzeptanz von Normen einzubeziehen und zum Ausgleich zu bringen.«³⁷

Damit wird eine Fülle von sehr voraussetzungsvollen und teils auch gegenläufigen Deutungsmustern (Partizipation/Sachverstand/Interessenausgleich) für die Legitimation des G-BA präsentiert, deren Verhältnis untereinander zunächst einmal aufgelöst werden müsste, um ihnen wirklich argumentative Kraft zu vermitteln. Historisch diene die Kollektivierung der Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Ärzten jedenfalls sicher nicht der Bündelung von Sachverstand und schon gar nicht der Partizipation, sondern dem Ausgleich gegenläufiger Interessen. Wenn es aber primär um Interessenausgleich ginge, so hinge die Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts von institutionellen Vorkehrungen ab, die »eine nicht Einzelinteressen gleichheitswidrig begünstigende, sondern gemeinwohlorientierte und von Gleichachtung der Betroffenen geprägte Aufgabenwahrnehmung ermöglichen und gewährleisten.«³⁸ Die Funktion des Interessenausgleichs scheidet daher als Rechtfertigungsgrund für eine defizitäre personell-organisatorische Legitimation aus, wenn nicht alle Interessen gleichheitsgerecht repräsentiert sind – das genau ist aber das legitimatorische Problem des G-BA.

Das Argument des Sachverstands ist noch schwieriger greifbar, auch weil es nicht ganz klar von der Funktion des Interessenausgleichs abgegrenzt werden kann. Offenbar wird es mit der Erwartung aufgeladen, dass durch die Einbeziehung fachkundiger Akteure die Qualität von Entscheidungen erhöht wird. Die Qualität, ja möglicherweise sogar die Richtigkeit einer Entscheidung sollen dann zugleich deren Legitimation erhöhen. Diese (in vielen Varianten vertretene) Output-Legitimation ist ein ziemlich technokratisches Konzept, das ihre Vertreter am besten in einer »entpolitisierten Fachverwaltung«³⁹ (wie sie namentlich der G-BA bildet) verwirklicht sehen. Politischer Ein-

36 So vor allem *Kluth*, Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation, Rechtsgutachten 2015, S. 77 ff.; https://www.g-ba.de/downloads/17-98-3899/Rechtsgutachten_G-BA_Kluth_2015-04-13.pdf (zuletzt abgerufen am 10.12.2018).

37 *Kluth* (Fn. 36), S. 115; https://www.g-ba.de/downloads/17-98-3899/Rechtsgutachten_G-BA_Kluth_2015-04-13.pdf (zuletzt abgerufen am 10.12.2018).

38 BVerfGE 135, 155, 223.

39 So, kritisch, *Groß*, VVDStRL 66 (2007), 172, 173; vgl. ferner etwa *Hänlein*, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, 2000, S. 501 ff.

fluss gefährde die Fachlichkeit und wird daher als »fachfremd« zurückgewiesen.⁴⁰ Das ist schon deshalb ein schwer fassbares Argument, weil man sich fragen kann, ob denn nur im Gesundheitswesen die Gefahr besteht, dass Lobbyisten Einfluss auf politische Entscheidungen nehmen. Bestätigt es nicht eher den Verdacht der Nicht-Sozialrechtler, dass wir uns hier unsere eigene, von den Grundsätzen des allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsrechts abgekapselte eigene Welt zurechtlegen?⁴¹ Und ist es eine richtige Antwort auf die Gefahr des Lobbyismus, dass man nur einen Teil der Lobbyisten mitentscheiden lässt? Denn niemand wird ernsthaft behaupten, dass die von den Selbstverwaltungspartnern entsandten Vertreter im G-BA nicht auch irgendwie die Interessen ihrer Bank im Blick haben.

Was gute Ergebnisse bringt, kann ja legitimatorisch so schlecht nicht sein – so ließe sich das Konzept der Output-Legitimation also knapp auf den Punkt bringen. Dagegen wird spitz vorgebracht, dass die Output-Legitimation auch von einer Diktatur geltend gemacht werden könne, wenn sie nur genügend akzeptable Ergebnisse erziele.⁴² Diese Kontrollüberlegung zeigt, dass gute Ergebnisse allein keine demokratische Legitimation erzeugen können. Vielmehr

»hat der Schluss von Vernunft auf Demokratie 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 Bürokratien verwendet werden, um sich eine eigene Legitimation zu verschaffen.«⁴³

Abgesehen davon, dass Sachverstand nicht exklusiv in Selbstverwaltungskörperschaften, sondern auch in Behörden der unmittelbaren Staatsverwaltung anzutreffen ist (wo man die legitimatorischen Kollateralschäden vermeiden könnte), ist im Übrigen auch keinesfalls gesagt, dass Entscheidungen in funktionalen Selbstverwaltungskörperschaften allein auf fachlicher Grundlage fallen, schon gar nicht in einer Institution wie dem G-BA, in der der vereinigte Sachverstand durch Interessengegensätze überlagert wird. Wenn das Argument des Sachverstands legitimatorisch fruchtbar gemacht werden soll, müsste es zudem durch entsprechende materielle Vorgaben für die Besetzung der Gremien der (Gemeinsamen) Selbstverwaltung normativ abgesichert werden. Man müsste dann auch begründen, warum nur Vertreter der Ärzte, Krankenhäuser und Krankenkassen über Sachverstand verfügen, wenn es bspw. um pharmakologische Detailfragen der Arzneimittelversorgung geht, oder warum nicht die Versicherten sachverständig sind, wenn es um das Leistungsrecht geht.⁴⁴ Ohnehin gibt es keine einzige Norm im Sozialgesetzbuch V, die den Mitgliedern des Beschlussgremiums im G-BA diesen

40 Zu diesem auch im Bereich der Gemeinsamen Selbstverwaltung verbreiteten, letztlich anti-demokratischen Argument *Kingreen*, *MedR* 2017, 8, 14.

41 Vgl. bereits oben I.

42 *Trute*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts* Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 6 Rn. 53 Fn. 271.

43 *Möllers*, *Demokratie – Zumutungen und Versprechungen*, 2009, S. 43 f.

44 Kritisch daher auch *Klafke/Loer*, *VerwArch* 2017, 343, 363 f.

Sachverständigen abverlangt. »Sachkundig« müssen nach § 140f Abs. 2 Satz 3 SGB nur die Vertreterinnen und Vertreter der Patientinnen und Patienten sein, also ausgerechnet diejenigen, die dann kein Mitentscheidungsrecht haben (§ 140f Abs. 2 Satz 1 SGB V). Wer sachkundig sein muss, darf also nicht entscheiden, und wer entscheiden darf, muss nicht sachkundig sein. Das Gesetz konzipiert den G-BA damit jedenfalls nicht als Sachverständigenremium.⁴⁵

Das Konzept der Output-Legitimation steht damit für einen mit dem Demokratieprinzip unvereinbaren »Expertokratievorbehalt«:⁴⁶ »Technokratische Kompetenz und demokratische Struktur stehen in klassischem Gegensatz zueinander. Technokratische Herrschaft ohne demokratische Legitimation abzuwehren, ist das gemeinsame Anliegen der Art. 20 Abs. 2 Satz 1 und 80 Abs. 1 Satz 1 GG.«⁴⁷ Output-Legitimation stärkt Legitimation also nicht nur nicht, sondern es schwächt durch die Überhöhung des Expertentums die Normativität des Demokratieprinzips: »Der Einwand von Experten, dass in Demokratien ohne Kompetenz entschieden würde, zeigt die demokratische Inkompetenz der Experten.«⁴⁸

IV. Reformvorschlag: Stärkung der demokratischen Legitimation der Rechtsetzungstätigkeit des G-BA durch ministerielle Allgemeinverbindlicherklärung

Eine Reform der Rechtsetzung des G-BA ist unerlässlich, um die notwendige Rechtssicherheit im Krankenversicherungsrecht zu gewährleisten. An sie sind im Wesentlichen drei Anforderungen zu stellen:

- (1) Sie muss das verfassungsrechtliche Problem an der Wurzel fassen, d.h. sie muss nicht die sachliche-inhaltliche Legitimation der untergesetzlichen Rechtsetzung verbessern, sondern die personell-organisatorische Legitimation. Es bedarf daher keiner weiteren Verdichtung der parlamentsgesetzlichen Anleitung, sondern einer Stärkung der personell-organisatorischen Legitimation der untergesetzlichen Rechtsetzung.
- (2) Sie muss die Fachlichkeit der Entscheidungen der Gemeinsamen Selbstverwaltung sichern und die Allgemeinverbindlichkeit der untergesetzlichen Rechtsetzung gewährleisten.
- (3) Sie muss Pfadabhängigkeiten berücksichtigen und daher nach Möglichkeit minimalinvasiv wirken.

Man kann diese Herausforderungen entweder dadurch bewältigen, dass man die personelle Legitimation des G-BA stärkt oder indem man die Mitwirkungsmöglichkeiten des BMG erweitert:

45 *Seewald*, SGB 2018, 71, 79.

46 Begriff bei *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, S. 592.

47 *Von Zezschwitz*, in: Köbler/Heinze/Schapp (Hrsg.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft*. Freundesgabe für Alfred Söllner, zum 60. Geburtstag, 1990, 644, 651.

48 *Möllers* (Fn. 43), S. 4; kritisch etwa auch *Gärditz*, AÖR 135 (2010), 251, 278 f. und *Köller* (Fn. 16), S. 233 ff.

1. You can't have it both ways: Stärkung der personellen Legitimation des G-BA ohne Schwächung der Selbstverwaltung?

Es gibt zunächst diverse Vorschläge, wie man die personelle Legitimation des G-BA stärken könnte. Man kann grob zwischen zwei Zugängen unterscheiden: Die einen sagen: »Einbeziehung aller Interessen in den G-BA«, die anderen: »mehr oder besser legitimierte unparteiische Mitglieder«. Beides funktioniert aber nicht:

Ein nach wie vor populärer Lösungsvorschlag ist die Schaffung einer aus Vertretern der Patienten und/oder Versicherten bestehenden »Dritten Bank«.⁴⁹ Wir sollten auch im Krankenversicherungsrecht bankenkritisch sein. Gegen die Bankenlösung spricht erstens, dass auch die Patienten-/Versichertenvertreter personell legitimiert sein müssten (was sie im derzeitigen Modell des § 140f Abs. 2 SGB V nicht sind), zweitens, dass auch alle anderen Drittbetroffenen (also insbesondere die nichtärztlichen Leistungserbringer) in den G-BA einbezogen werden müssten, drittens, dass dann der G-BA nicht mehr effektiv arbeiten könnte und viertens und ganz grundsätzlich, dass damit die Fehlvorstellung nur noch weiter kultiviert würde, das öffentliche Gesundheitswesen sei eine »Selbstverwaltungsangelegenheit« einzelner Interessengruppen.⁵⁰ Insbesondere die beiden zuletzt genannten Argumente sprechen auch dagegen, das Problem über die Etablierung einer Gemeinsamen Schiedsstelle zu lösen, die die jeweiligen Interessen abbildet.⁵¹

In jüngster Zeit konzentrieren sich daher die Vorschläge auf die Ernennung und die Zahl der Unparteiischen. Ein Vorschlag geht dahin, die Anzahl der Unparteiischen im G-BA zu erhöhen und allein diesen ein Stimmrecht zu geben.⁵² Das klingt zunächst ganz gut. Aber wenn dann die Unparteiischen nicht durch das BMG, sondern durch die Trägerorganisationen bestimmt werden, rettet man zwar die Selbstverwaltungsidee, hat aber legitimatorisch gar nichts gewonnen. Man hat Unparteiische, die von Parteiischen benannt werden. Geht's noch? Natürlich könnte man darüber nachdenken, die Unparteiischen ohne Zutun durch die Selbstverwaltungspartner durch das BMG ernennen zu lassen und ihre Zahl so zu erhöhen, dass sie in der Mehrheit sind. Aber ob man ein solches Gebilde dann noch als »Selbstverwaltung« bezeichnen könnte, erscheint doch eher zweifelhaft.

Man kann das Ganze also drehen und wenden, wie man will. Es gleicht dem Versuch einer Quadratur des Kreises, wenn man einerseits die personelle Legitimation des G-BA

49 Zu diesem Reformvorschlag ausführlich *Vießmann*, Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Entscheidungen nach § 135 Abs. 1 Satz 1 SGB V, 2009, S. 265 ff.

50 *Kingreen*, VVDStRL 70 (2011), 152, 187 f.

51 So der Vorschlag von *Gassner/Holzner*, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Legitimation des G-BA (https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Ministerium/Berichte/Gutachten/Prof._Gassner_zur_Legitimation_G-BA.PDF [zuletzt abgerufen am 10.12.2018]), 2017, S. 278 ff.

52 So der Vorschlag von *Hartmann/Haucap/Wollenschläger*, Reformkommission G-BA der Stiftung Münch. Vorschläge zur Reform des Gemeinsamen Bundesausschusses: Gemeinwohlorientierung und Innovationsoffenheit stärken, 2017, s. <http://www.stiftung-muench.org/wp-content/uploads/2017/05/16.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.12.2018).

verbreitern, andererseits aber am Dogma der Selbstverwaltung festhalten möchte. You can't have it both ways!

2. Modelle der Verantwortungsteilung zwischen Gemeinsamer Selbstverwaltung und unmittelbarer Staatsverwaltung

Es bleibt daher nur, die Verantwortung der (personell legitimierten) unmittelbaren Staatsverwaltung für die untergesetzliche Rechtsetzung zu stärken. Es gibt dazu im Wesentlichen drei Reformvorschläge:

- (1) Der G-BA wird in eine Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des BMG umgewandelt und erlässt den Inhalt der Richtlinien als Rechtsverordnung. Dieser Vorschlag würde zwar den Anforderungen der Fachlichkeit und der personellen Legitimation der Rechtsetzung gleichermaßen gerecht, bedeutete aber einen erheblichen Bruch mit der Selbstverwaltungstradition, denn die Amtsträger der Bundesoberbehörde G-BA würden nicht mehr von den Selbstverwaltungspartnern, sondern durch den zuständigen Minister ernannt. Dieser Vorschlag wird damit der Pfadlogik des Gesundheitswesens nicht gerecht.
- (2) Das BMG wird gesetzlich zur untergesetzlichen Rechtsetzung durch Rechtsverordnung und zugleich zur Subdelegation dieser Befugnis auf den G-BA ermächtigt, der den Inhalt der bisherigen Richtlinien als Rechtsverordnung erlässt.⁵³ Ob eine solche Subdelegation auf einen Träger außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung nach Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG überhaupt zulässig ist, ist bislang nicht geklärt, weil es einen solchen Fall in der Staatspraxis, soweit ersichtlich, bislang nicht gegeben hat. Diese Frage kann aber offen bleiben, weil dieser Vorschlag keinen Gewinn an personell-organisatorischer Legitimation erzeugt. Er würde sich vom derzeitigen, verfassungsrechtlich unhaltbaren Rechtszustand nur dadurch unterscheiden, dass zwischen den parlamentarischen Gesetzgeber und die untergesetzliche Rechtsetzung durch den G-BA das BMG träte, das zum Erlass einer Rechtsverordnung und zugleich zu deren Delegation ermächtigt wird. Legitimatorisch wäre dadurch noch nichts gewonnen, weil nach wie vor der G-BA die grundrechtswesentlichen Entscheidungen ohne substantielle inhaltliche Vorsteuerung durch das BMG träte. Anders wäre es nur, wenn das BMG bereits in »seiner« Rechtsverordnung die wesentliche inhaltliche Vorsteuerung übernehme und dem G-BA lediglich die Konkretisierung in den nicht grundrechtswesentlichen Details überließe. Dann könnte es die Rechtsverordnung allerdings auch gleich selbst erlassen (s. den nachfolgenden Punkt), denn die Gestaltungsspielräume des G-BA wären in diesem Modell aus legitimatorischen Gründen nicht mehr sonderlich groß.
- (3) Das BMG erlässt den Inhalt der vom G-BA fachlich vorbereiteten Richtlinien, deren Rechtswirkungen auf eine Entscheidungsvorbereitung ohne Außenwirkung zurück-

⁵³ Angedeutet bei *Axer*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), *Handbuch des Vertragsarztrechts*, 3. Aufl. 2017, § 10 Rn. 57.

genommen werden, als Rechtsverordnung.⁵⁴ Die Rechtsverordnungslösung genügt zwar allen zu Beginn dieses Abschnitts aufgestellten Anforderungen. Der G-BA behält die Zuständigkeit, die Richtlinien auf fachlicher Grundlage zu erarbeiten; ihre demokratische Legitimation erhalten sie sodann durch die Überführung in eine Rechtsverordnung. Es handelt sich zumindest um die zweitbeste Lösung des Legitimationsproblems.

Wenn das nur die zweitbeste Lösung ist, muss es natürlich eine beste geben. Die Pfadlogik des Verbänderechts spricht dafür, die ministerielle Mitwirkung auf eine durch fachaufsichtliche Prüfungsrechte vorbereitete Allgemeinverbindlicherklärung zu reduzieren und damit den historischen Zusammenhang zwischen Tarifvertrags- und Krankenversicherungsrecht wiederherzustellen, den das Bundessozialgericht in der Methadon-Entscheidung⁵⁵ mit einer historisch wie verfassungsrechtlich unhaltbaren Begründung auseinandergerissen hat. Mein Vorschlag differenziert zwischen der Wahrnehmungs- und Sachkompetenz:⁵⁶ Die Gremien der gemeinsamen Selbstverwaltung behalten, anders als im Rechtsverordnungsmodell, die Wahrnehmungskompetenz für die untergesetzliche Rechtsetzung; insbesondere werden daher die Richtlinien nach wie vor durch den G-BA erlassen. Zugleich wird aber die (schon bislang insbesondere nach § 94 SGB V bestehende) Sachkompetenz des BMG⁵⁷ durch die Einführung von fachlichen Mitentscheidungsrechten gestärkt, um die Außenverbindlichkeit der Richtlinien auch gegenüber Dritten zu bewirken und damit die notwendige personelle demokratische Legitimation der untergesetzlichen Rechtsetzung zu erzeugen. Staatliches Mitentscheidungsinstrument ist die Allgemeinverbindlicherklärung, die nur die Vertragsparteien bindende Rechtsnormen auf Dritte (Versicherte und nicht im G-BA vertretene Leistungserbringer) ausweitet.

Im Einzelnen könnte das wie folgt aussehen:

- (1) Der G-BA beschließt nach Anhörung der Betroffenen wie bislang die Richtlinien. Diese haben aber keine Außenwirkung, binden also zunächst nur die Trägerorganisationen und deren Mitglieder.
- (2) Der G-BA übermittelt die Richtlinien dann an das BMG. Dort findet zunächst die übliche rechtsaufsichtliche Prüfung statt. Soweit die Richtlinien die Rechtspositionen der nur zur Stellungnahme berechtigten Außenseiter (Versicherte, nicht im G-BA repräsentierte Leistungserbringer) betreffen, findet eine fachaufsichtliche Zweckmäßigkeitprüfung statt. Für die Frage der demokratischen Legitimation ist die Unterscheidung zwischen Rechts- und Fachaufsicht von erheblicher Bedeutung: Die Rechtsaufsicht kontrolliert lediglich die Gesetzesbindung und ist daher primär ein Instrument zur Gewährleistung sachlich-inhaltlicher Legitimation. Im Rahmen der

54 In diesem Sinne etwa *Ossenbühl*, NZS 1997, 497, 503; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 17), S. 94 f.

55 BVerfGE 78, 70; dazu oben III.

56 Zu dieser Differenzierung BVerfGE 81, 310, 332; 104, 249, 265 f.

57 Dazu, dass § 94 SGB V lediglich eine Rechtsaufsichtsbefugnis des BMG begründet, BSGE 103, 106, 120 sowie mittlerweile § 91a Abs. 1 Satz 2 SGB V i.V.m. § 87 Abs. 1 Satz 2 SGB IV.

Fachaufsicht hat die Aufsichtsbehörde hingegen eigene Mitentscheidungsbefugnisse, indem sie auch über die (politische) Zweckmäßigkeit der Entscheidung des Selbstverwaltungsträgers befindet. Diese Mitgestaltungsbefugnisse erzeugen die notwendige personell-organisatorische Legitimation für diejenigen Entscheidungen, die nicht nur den Kreis der eigenen Angelegenheiten betreffen. Der G-BA steht damit keinesfalls umfassend unter Fachaufsicht; diese reicht nur so weit, wie dies zur Legitimation der Richtlinien im Verhältnis zu Versicherten und nicht im G-BA vertretenen Leistungserbringern erforderlich ist. Im Übrigen ist nur eine Rechtsaufsicht zulässig.

- (3) Nach der aufsichtsrechtlichen Prüfung erklärt das BMG die Richtlinien für allgemeinverbindlich. Das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung verleiht im Tarifvertragsrecht (§ 5 TVG) dem Tarifvertrag die für die Bindung auch der Außenseiter notwendige normative Wirkung und dient damit spezifisch den Interessen der Außenseiter.⁵⁸ Anders als im Tarifvertragsrecht ist das Ministerium befugt, den Inhalt der Richtlinien im Rahmen der der Allgemeinverbindlicherklärung vorgeschalteten rechts- und fachaufsichtlichen Prüfung zu modifizieren; das ist auch verfassungsrechtlich zulässig, weil die Trägerorganisationen der Gemeinsamen Selbstverwaltung anders als die Tarifvertragsparteien nicht durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt sind.

Dieses Konzept hat zwei Vorteile gegenüber der Rechtsverordnungslösung. *Ers- tens*: Es orientiert sich an der Pfadlogik des Verbänderechts. Die Richtlinien bleiben ein Rechtsprodukt der Gemeinsamen Selbstverwaltung, das durch die Allgemeinverbindlicherklärung lediglich die notwendige Außenwirkung erhält. Während also im Rechtsverordnungskonzept das BMG selbst Recht setzt, verbreitert es durch eine Allgemeinverbindlicherklärung lediglich dessen Rechtswirkungen. Das hat Folgen namentlich für den Rechtsschutz des G-BA: Während er im Rechtsverordnungskonzept keine eigenständige Rechtsposition mehr hätte, kann er im hier favorisierten Konzept als Träger von Selbstverwaltungsrechten Überschreitungen der Rechts- oder Fachaufsicht seitens des BMG sozialgerichtlich geltend machen.⁵⁹ *Zweitens*: Die Lösung über eine ministerielle Allgemeinverbindlicherklärung ist wesentlich einfacher, denn es muss mit § 94 SGB V im Wesentlichen nur eine einzige Norm geändert werden. Das Konzept der Allgemeinverbindlicherklärung wird also der Anforderung eines möglichst minimalinvasiven Eingriffs am besten gerecht.

58 BVerfGE 44, 322, 341: »Die Allgemeinverbindlicherklärung *dehnt die Verbindlichkeit dieser Rechtsregeln auf Personen aus, die bisher vom Tarifvertrag nicht erfasst wurden*. Der Kreis der infolge der Allgemeinverbindlicherklärung an die Normen des Tarifvertrags gebundenen Personen steht nicht von vornherein fest. Solange die Allgemeinverbindlicherklärung wirkt, können durch Beginn und Ende von Arbeitsverhältnissen im Geltungsbereich des Tarifvertrags Personen in die Tarifbindung hineinwachsen oder aus ihr herausfallen. *Die Allgemeinverbindlicherklärung ist deshalb – jedenfalls soweit das Verhältnis zu den Außenseitern in Rede steht – ebenfalls Normsetzung.*« Hervorhebungen nur hier.

59 Vgl. zum Rechtsschutz gegen die Richtlinien des G-BA *Schmidt-De Caluwe*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 6. Aufl. 2018, § 92 Rn. 18.

V. Ein Allgemeiner Teil des Leistungserbringungsrechts

Was sind nun die Erkenntnisse, die ich seit der Bochumer Tagung 1998 hinzugewonnen habe? Erstens lassen die fachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen keine gemeinsame Regelungsidee erkennen, sie sind unsystematisch und wirken in ihrer Regelungsdichte und ihren wenig konsistenten Regelungsinhalten bisweilen geradezu beliebig. Zweitens lösen sie nicht das demokratische Legitimationsproblem, das nicht sachlich-inhaltlicher, sondern personell-organisatorischer Natur ist. Daraus ist drittens der Vorschlag entwickelt worden, die personelle Legitimation der Rechtsetzung des G-BA dadurch zu stärken, dass diese durch das BMG für allgemein-verbindlich erklärt wird. Dieses Regelungskonzept könnte in einen reformierten Allgemeinen Teil des Leistungserbringungsrechts integriert werden, der damit nicht mehr nur aus den §§ 69 bis 71 SGB V besteht, sondern aus allen den G-BA betreffenden Bestimmungen.⁶⁰

»Mehr Staat wagen« heißt damit nur, die personelle Legitimation erzeugende Fachaufsicht des Ministeriums dort, aber auch nur dort zu stärken, wo dies zum Schutz von Außenseiterinteressen verfassungsrechtlich notwendig ist. Mit diesem Reformvorschlag möchte ich nicht nur das fehlende Fragezeichen hinter meinem Titel erklären, sondern ich kann auch belegen, dass ich aus meiner ersten sozialrechtlichen Tagung 1998 doch schon etwas mitgenommen habe: *Volker Neumann* hat nämlich schon seinerzeit unter Verweis auf die einschlägige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen angeregt, auch im Krankenversicherungsrecht einen entsprechenden Schutz von Außenseitern zu etablieren.⁶¹ So schließt sich in Bochum ein Kreis, den es, lieber Herr *Schnapp*, ohne Sie nicht gäbe. Glückauf!

60 Vgl. näher den Regelungs- und Formulierungsvorschlag in meinem Rechtsgutachten »Optionen zur Stärkung der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung«, September 2017, S. 201 ff. (https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Ministerium/Berichte/Gutachten_Prof._Kingreen_zur_Legitimation_G-BA.PDF [zuletzt abgerufen am 10.12.2018]).

61 *Neumann*, in: *Schnapp* (Fn. 1), S. 43, 75; vgl. später namentlich *Hänlein* (Fn. 39), insb. S. 493 ff.