

Zur demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses und zu der Frage, ob dessen Richtlinien der gerichtlichen Kontrolle unterliegen.

Dr. Peter Holtappels

Zum ersten Teil dieses Themas haben sich in letzter Zeit Hase¹ und Kingreen² geäußert. Hase kam zu dem Ergebnis, Zweifel an der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses und seiner Rechtsetzung seien im Prinzip ganz unbegründet.³ Kingreen dagegen hat dem Bundesverfassungsgericht vorgeworfen, es schleiche um den heißen Brei der personellen und sachlichen Legitimation des Bundesausschusses herum.⁴ Zum zweiten Teil des Themas dieser Untersuchung meint er, das Bundessozialgericht setze seiner Rechtsprechung die Krone auf, indem es sich auf die Formel zurückziehe, die „in einem ordnungsgemäßen Verfahren getroffene Entscheidung, mit der der Bundesausschuss eine neue Untersuchungs- und Behandlungsmethode von der Anwendung zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeschlossen hat, unterliege keiner inhaltlichen Überprüfung durch Verwaltung und Gerichte.“⁵

1. Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses (§§ 91,92 SGB V)

a. Beide oben zitierten Autoren haben die Kenntnis der einschlägigen Rechtstatsachen offensichtlich vorausgesetzt. Diese sind aber keineswegs allgemein bekannt. Es erscheint deshalb erforderlich, die weithin unbekanntere Einrichtung des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) und seine Funktionsweise als Einführung detailliert darzustellen: Die am deutschen Gesundheitssystem beteiligten Interessenverbände haben – einem Auftrage des Gesetzgebers (§ 91/I SGB V) entsprechend⁶ - eine rechtsfähige Person des öffentlichen Rechtes⁷ unter dem derzeitigen Namen „Gemeinsamer Bundesausschuss“ gegründet. Die 21 Mitglieder dieses Ausschusses werden von den beteiligten Interessenverbänden ernannt.⁸ Ihre Namen sind im Internet veröffentlicht.⁹ Wenn sich darunter tatsächlich praktizierende Ärzte befinden, so sind sie jedenfalls in der Minderheit.¹⁰ Gemäß § 140f Abs. 2 und 3 SGB V ist durch die „Patientenbeteiligungsverordnung“¹¹ auch den von deren Verbänden benannten „sachkundigen Personen“ das Recht der „Mitberatung“ eingeräumt worden. Von einer „Mitentscheidung“ sind die Versicherten (Patienten) jedoch ausgeschlossen.¹² Der Ausschuss gibt sich seine Verfahrens- und Geschäftsordnung selber.¹³ Er finanziert sich über „Systemzuschläge“, die von den Leistungserbringern – mithin indirekt von den Versicherten - aufzubringen sind.¹⁴ Die Höhe dieses Zuschlages legt er selber fest.¹⁵ Die sich daraus ergebende Budgetsumme ist den veröffentlichten Angaben jedoch nicht zu entnehmen. Die sachliche Aufgabe dieses Gremiums beschreibt sein Schöpfer, der Gesetzgeber, in § 92/I SGB V, wie folgt: „Der Gemeinsame Bundesausschuss beschließt die zur Sicherung der ärztlichen Versorgung erforderlichen Richtlinien über die Gewährung für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten.“ Das Bundesgesundheitsministerium beschreibt die Tätigkeit des G-BA kürzer, treffend und in einwandfreiem Deutsch wie folgt: „Der G-BA entscheidet, was in der GKV möglich ist und was nicht.“¹⁶ In der Praxis bedeutet das, dass dieses Gremium die medizinische Versorgung von 70 Millionen gesetzlich Versicherten regelt, indem es den Leistungskatalog der Gesetzlichen Krankenversicherung durch von ihm beschlossenen Richtlinien konkretisiert¹⁷ und damit über die Verwendung der von den Versicherten und ihren Arbeitgebern aufgebrachten Mittel von derzeit € 145 Mrd.¹⁸ p.a. wesentlich mitbestimmt. Die Beschlüsse des G-BA, die in der Regel in der Form von Richtlinien erlassen werden, sind für alle am Gesundheitssystem teilnehmenden Leistungserbringer und Kostenträger grundsätzlich verbindlich (§ 91/IX SGB V). Der einzige Außeneinfluss auf die Tätigkeit dieses Gremiums ist die Rechtsaufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit und soziale Sicherung (§ 91/X SGB V).¹⁹ Gemeinhin wird die Tätigkeit des G-BA als Manifestation der Selbstverwaltung einer öffentlichrechtlichen Körperschaft im Gesundheitssystem beschrieben.²⁰ Hase führt dazu aus: „Die Rechtsetzung in der sozialen Krankenversicherung ist somit durch ein eigenartiges, ja einzigartiges „Zusammenspiel“, eine quasi-symbiotische Verbindung, ein Ineinandergreifen von staatlich demokratischer und körperschaftlich strukturierter, mitgliedschaftlich-partizipatorischer Willensbildung charakterisiert.“²¹ Auch diese – eher lyrische – Darstellung vermag nun jedoch nicht zu verbergen, dass es sich bei dem G-BA eben gerade nicht um ein Beispiel der Selbstverwaltung handelt. Selbstverwaltung ist die eigenverantwortliche Verwaltung bestimmter öffentlicher Angelegenheiten durch selbständige, öffentlich-rechtliche Organisationseinheiten unter Beteiligung der Betroffenen. Diese aber, nämlich die Versicherten, sind von der „mitgliedschaftlich-partizipatorischen Willensbildung“ gerade ausgeschlossen. Bei dem G-BA handelt sich vielmehr um einen typischen „closed shop“, in dem diejenigen, die den Nutzen davon haben, über die Verwendung der Mittel allein bestimmen, während diejenigen, die einen erheblichen Teil der Beträge, über deren Verwendung hier beschlossen wird, selber aufbringen, von der Beschlussfassung ausgeschlossen

sind. Ökonomisch betrachtet würde man eine derartige Konstruktion als ein Oligopol bezeichnen. Zudem ist sie ein Teil dessen, was Dörner den „industriell-medizinischen Komplex“ nennt.²² Die Art, in der die Öffentlichkeit der Bundesrepublik über die Entscheidungsfindung im G-BA informiert wird, lässt insoweit jede Präzision vermissen. So z.B. wenn das Bundesministerium für Gesundheit behauptet: „Der G-BA ist keine für die Öffentlichkeit schwer zugängliche Institution, über deren Entscheidungsfindung wenig oder gar nichts nach außen dringt. Dafür sorgen Vertreter von Patienten- und Verbraucherverbänden, die mit am Tisch sitzen und ein Mitberatungsrecht haben. Gewährleistet ist damit ein hohes Maß an Transparenz bei den Entscheidungen dieser zentralen Einrichtung des deutschen Gesundheitswesens.“²³

b. Mit dem § 92 SGB V hat der Bundesgesetzgeber auf den G-BA das Recht delegiert, untergesetzliche Normen in der Form von Richtlinien mit Allgemeinverbindlichkeit für die am Gesundheitssystem partizipierenden Teilnehmer zu erlassen.²⁴ Diese Delegation ist in ihrem Umfang verfassungsrechtlich unzulässig. Das Thema der mangelnden demokratischen Legitimation der verschiedenen Bundesausschüsse wird seit 1990 in Literatur und Rechtsprechung diskutiert. Die Literatur vertrat – mit Ausnahme von Hase²⁵ - überwiegend die hier vertretene Auffassung²⁶, das LSG Niedersachsen und das Hessische LSG schlossen sich ihr an,²⁷ das BSG hat sich den Bedenken regelmäßig verschlossen²⁸ und das BverfG hat sie (noch) dahinstehen lassen²⁹. Die innerhalb dieser Diskussion bereits vorgetragene Argumente bedürfen keiner Wiederholung, denn das Fehlen der demokratischen Legitimation der Normsetzung durch den G-BA ergibt sich – was Hase und Kingreen übersehen haben - schon aus der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten und in ständiger Rechtsprechung vertretenen Wesentlichkeitstheorie,³⁰ der die Wissenschaft folgt.³¹ Aus ihr ergibt sich, welche Funktionen unter welchen Bedingungen vom parlamentarischen Gesetzgeber auf Träger der funktionalen Selbstverwaltung – wie den G-BA – delegiert werden dürfen. Danach darf der Gesetzgeber sich seiner Verantwortung für die Regelung bestimmter Sachverhalte nicht entäußern und – spiegelbildlich – darf er den Trägern funktionaler Selbstverwaltung die Befugnis zu deren Regelung nicht zu völlig freier Verfügung übertragen.

- Wo solche Regelungen mit Eingriffen in Grundrechte verbunden sind, denn dort hat ausschließlich der Gesetzgeber zu entscheiden, wann und wieweit solche Eingriffe im Gemeininteresse zulässig sind.
- Ferner muss er institutionelle Vorkehrungen zur Wahrung der Interessen der von der Selbstverwaltung erfassten Personen treffen. Dies gilt insbesondere bei der Delegation der Befugnis, verbindliche Entscheidungen zu treffen.
- Die Organe der Selbstverwaltung müssen nach demokratischen Grundsätzen gewählt werden.
- Die Entscheidungsprozesse müssen den Grundsätzen des demokratischen Rechtsstaates entsprechen. Das gilt insbesondere, wenn die Mitglieder der selbstverwalteten Körperschaft dieser „zwangsläufig“ angehören und zu Zwangsbeiträgen herangezogen werden.
- Die staatliche Aufsicht über die Körperschaft muss effektiv gestaltet sein.

Vergleicht man diese Bedingungen mit der gesetzlichen Regelung der Aufgaben des G-BA in den §§ 91 und 92 des SGB V³² und insbesondere seiner oben dargestellten, tatsächlichen Arbeitsweise, so wird der Leser den zutreffenden Eindruck gewinnen, der Gesetzgeber und die Geschäftsführung des Gemeinsamen Bundesausschusses weigerten sich gemeinsam, die vom BverfG mit Gesetzeskraft³³ postulierten verfassungsrechtlichen Grundsätze zur demokratischen Legitimation ihrer Tätigkeit zur Kenntnis zu nehmen. Sie scheinen sie in der Tat wie „Phantombilder aus einer anderen Welt“³⁴ zu betrachten. Hase, der alle Einwände gegen die demokratische Legitimation des G-BA unter Hinweis auf das Demokratieprinzip zurückweist, hat übersehen, dass das BverfG die funktionale Selbstverwaltung nur insoweit für eine Ausprägung des Demokratieprinzips des Art. 20 Abs. 2 GG - mit dem Ziel der Verwirklichung der freien Selbstbestimmung - hält, als der Gesetzgeber sich bei der Delegation seiner Regelungsverantwortung an die oben beschriebenen Grenzen hält.³⁵ Bei der Formulierung der §§ 91 und 92 SGB V hat er sie jedoch – ohne dass das hier im einzelnen noch dargestellt werden müsste – mehrfach eindeutig überschritten. Daraus folgt die Verfassungswidrigkeit der beiden Vorschriften. Diese Verletzung geltenden Verfassungsrechtes durch den Gesetzgeber kann nur vor dem BverfG gerügt werden, weil nur dieses über das Verwerfungsmonopol für Bundesgesetze verfügt. Dies geschieht entweder durch Verfassungsbeschwerde oder durch einen Vorlagebeschluss eines mit der Sache befassten Gerichtes.³⁶

2. Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes zur gerichtlichen Kontrolle von Richtlinien des G-BA.

a. Bei dem von Kingreen zu diesem Thema zitierten Text handelt es sich um den Tenor des Urteils des Bundessozialgerichtes vom 19.2.2003.³⁷ Das Urteil betraf eine Therapie unter Verwendung einer neuen Behandlungsmethode, die der G-BA durch Beschluss unter der Nummer 17 in die Anlage B der damaligen BUB- Richtlinie übernommen hatte. Damit war sie aus der vertragsärztlichen Versorgung ausgeschlossen.³⁸ Zur Begründung seiner Entscheidung führte das BSG aus: „Bei den Richtlinien über die Einführung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden besteht jedoch die Besonderheit, dass das Gesetz selbst eine Bindung bewirkt, indem es anordnet, dass solche Methoden ohne Empfehlung in den Richtlinien nicht zu Lasten der Krankenversicherung angewandt werden dürfen. An diese gesetzliche Regelung sind Verwaltung und Gerichte gebunden (Art 20 Abs. 3 GG).“³⁹ In einer späteren Entscheidung hat der gleiche Senat des BSG seine Entscheidung noch um ein weiteres Argument angereichert:⁴⁰ „Das Gesetz ordnet in § 135 Abs. 1 SGB V an, dass Methoden ohne positive Empfehlung in Richtlinien über die Einführung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden nicht zu Lasten der Krankenversicherung angewandt werden dürfen. An diese Entscheidungen des Bundesausschusses über den Ausschluss bestimmter Methoden sind Verwaltung und Gerichte im Grundsatz ebenso gebunden, wie wenn die Entscheidung vom Gesetzgeber selbst getroffen worden wäre.“⁴¹

Was der Gesetzgeber hier formuliert hat, ist ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, wie sie häufig vorkommen. Ein derartiges Verbot begegnet grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken,⁴² sofern die Voraussetzungen, unter denen eine Erlaubnis erteilt wird, konkret benannt sind. An dieser Voraussetzungen mangelt es hier erkennbar nicht. Die notwendige Erlaubnis wird – wie dargelegt – gemäß § 92/I SGB V⁴³ in der Form einer Richtlinie als „untergesetzliche“ Norm erteilt. Allgemein anerkannt ist, dass die Normsetzung durch die Exekutive Ausübung öffentlicher Gewalt ist.⁴⁴ Der G-BA ist Bestandteil der Exekutive. Jede seiner Richtlinien stellt mithin die Ausübung öffentlicher Gewalt dar. Gegen diese Konsequenz wird eingewandt, die Richtlinien seien nach § 92/III SGB V Bestandteil der Bundesmantelverträge und deshalb nicht justitiabel.⁴⁵ Bei dieser Argumentation handelt es sich jedoch um einen Zirkelschluss: Die Bundesmanteltarifverträge sind gemäß § 82/II/2 SGB V Bestandteil der Gesamtverträge. Auf diese findet gemäß §§ 53 ff SGB X das Verwaltungsverfahrenrecht für öffentlich-rechtliche Verträge Anwendung. Das SGB X enthält für öffentlich-rechtliche Verträge in den einschlägigen §§ 61 und 62 keine den Rechtsweg regelnde Sondervorschriften. Es gelten die allgemeinen Vorschriften und damit primär die des Grundgesetzes.⁴⁶ So sieht es auch das BSG, wenn es für normative Teile der Gesamtverträge – um die es sich bei der Frage nach dem Rechtsweg handelt – formuliert: „Als Normen sind sie nur wirksam, wenn sie sich auf eine gültige gesetzliche Ermächtigungsgrundlage stützen können und nicht mit höherrangigem Recht kollidieren.“⁴⁷

Die Besonderheit des § 135/I SGB V ist nun zudem, dass auch das Unterlassen dieser Art von öffentlicher Gewalt die subjektiven Rechte jenes Vertragsarztes verletzt, der eine neue Behandlungsmethode therapeutisch anwenden will und zwar auch dann, wenn er einen Rechtsanspruch auf die Abgabe einer positiven Empfehlung hat, weil die Methode die im Gesetz beschriebenen Voraussetzungen erfüllt.⁴⁸ Es würde nahe liegen, diesen Tatbestand analog dem der Einstellung einer Empfehlung in die Anlage II der Richtlinie „Methoden vertragsärztlicher Versorgung“ zu regeln, da beide dazu führen, dass die Methoden zu Lasten der gesetzlichen Krankenkasse nicht angewendet werden dürfen. Das BSG verwendet jedoch ein anderes Verfahren. Wenn die fehlende Anerkennung einer neuen Untersuchungs- oder Behandlungsmethode darauf zurückzuführen ist, dass das Verfahren vor dem G-BA trotz Erfüllung der für eine Überprüfung notwendigen formalen und inhaltlichen Voraussetzungen nicht oder nicht zeitgerecht durchgeführt wurde, spricht es von einem "Systemversagen", judiziert jedoch in der Sache, weil die in § 135 Abs. 1 SGB V vorausgesetzte Aktualisierung der Richtlinien rechtswidrig unterblieben sei, um das Anwendungsverbot „anderweitig zu überwinden“.⁴⁹ Gleiches soll bei Maßnahmen zur Behandlung einer Krankheit gelten, die so selten auftritt, dass ihre systematische Erforschung praktisch ausscheidet.⁵⁰ Diese Ausnahmen und deren Begründung offenbaren, dass dem 1. Senat des BSG die Vorstellung, eine Richtlinie könne in einem rechtswidrigen Verfahren zustande gekommen sein und es sei deshalb die Pflicht der Gerichtsbarkeit, dem betroffenen Bürger zu seinem Recht zu verhelfen, durchaus geläufig ist. Weshalb der Senat den naheliegenden Schluss, dies müsse generell gelten, nicht zieht, bleibt unklar. Das Argument, die Rechtsfolge einer Norm verhindere deren Justitiabilität ist unsinnig.

In der Interpretation, die ihm das BSG gibt, ist der § 135 SGB V verfassungswidrig. Die Norm verstößt gegen Art. 19/IV GG., wonach jedermann der Rechtsweg offen steht, wenn er durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Nach dieser Vorschrift gibt es im Geltungsbereich des Grundgesetzes keine „gerichtsfreien Hoheitsakte“ und jede Weigerung der Fachgerichte sich mit einem Petitum des Klägers sachlich auseinander zu setzen, stellt eine Verletzung dieses

„Gravitationspunktes“ des Rechtsschutzes und der Rechtsentwicklung dar. Die Fachgerichte haben effektiven Rechtsschutz zu gewähren⁵¹. Sie sind sogar im Verfahren über den vorläufigen Rechtsschutz gehalten, die Sach- und Rechtslage eingehend zu prüfen.⁵² Umso mehr muss das im Hauptsacheverfahren gelten. Diese Grundsätze sind dem 3. Senat des BSG auch durchaus bekannt, wie sich aus dessen Urteil vom 24.11.2004 ergibt. Es heißt dort: „Die Frage braucht deshalb nicht abschließend entschieden zu werden, weil der einfache Gesetzgeber jedenfalls Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen nicht ausschließen durfte (vgl. Art 19 Abs. 4 GG)“⁵³. Umso unerklärlicher erscheint, dass der 1. Senat gleichwohl meint, dies gelte nicht für den § 135/I SGB V. Wenn das BSG auf die Möglichkeit der Normenkontrolle nach Art. 100 GG verweist⁵⁴, so stellt sich schließlich die Frage, warum die beiden Landessozialgerichte, die sich geweigert hatten, dem BSG in seiner Ansicht zur fehlenden Justitiabilität von Entscheidungen des G-BA zu folgen, dem BVerfG nicht eine entsprechende Vorlage unterbreitet haben.

b. Es kommt darauf aber auch nicht an, denn die Rechtsprechung des BSG verstößt nicht nur gegen Art. 19/IV GG sondern gleichzeitig auch gegen weiteres höherrangiges Recht, nämlich gegen Art 6 /I der Europäischen Menschenrechtskonvention.⁵⁵ In der Sache Woś v. Poland (application no. 22860/02) hat der Europäische Menschenrechtsgerichtshof am 8.6.2006 entschieden: „Having regard to the above considerations, the Court considers that the absolute exclusion of judicial review in respect of the decisions issued by the Foundation under the first compensation scheme was disproportionate to the legitimate aim pursued and impaired the very essence of the applicant's "right of access to a court" within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention.“⁵⁶ Dem Kläger war während des Krieges als Zwangsarbeiter eingesetzt worden. Ihm war aus dem von der Bundesrepublik finanzierten Entschädigungsfond („the foundation“) eine ihm zu gering erscheinende Entschädigung zugesprochen worden. Gegen diese Entscheidung wurden ihm weder von dem Fond noch von den staatlichen polnischen Gerichten Rechtsmittel gewährt.

3. Als Ergebnis dieser Darstellung lässt sich feststellen, dass das rechtliche Fundament des G-BA unter verfassungsrechtlichen Aspekten nicht tragfähig und dass die Weigerung der Sozialgerichtsbarkeit, seine Richtlinien gerichtlicher Kontrolle zu unterziehen, ebenfalls verfassungswidrig ist. Die Frage, ob die bereits erlassenen Richtlinien eine gerichtliche Kontrolle unbeschadet überstehen würden, bleibt einer weiteren Untersuchung vorbehalten.

Hamburg, den 8.12.2006

¹ Verfassungsrechtliche Bewertung der Normsetzung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss; MedR 2005, S. 391ff

² Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht. NJW 2006/807 ff

³ a.a.O. S. 397

⁴ a.a.O. S. 879

⁵ a.a.O. S. 878

⁶ § 91/I SGB V lautet: „Die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft, die Bundesverbände der Krankenkassen, die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See und die Verbände der Ersatzkassen bilden einen Gemeinsamen Bundesausschuss. Der Gemeinsame Bundesausschuss ist rechtsfähig.“

⁷ Hess (Vorsitzender des Gemeinsamen Bundesausschusses) und Bronner (Geschäftsführerin des Gemeinsamen Bundesausschusses), Das Krankenhaus 2005/91 ff

⁸ § 91/II SGB V

⁹ http://www.g-ba.de/cms/front_content.php

¹⁰ Kingreen a.a.O. S.880.

¹¹ Verordnung zur Beteiligung von Patientinnen und Patienten in der Gesetzlichen Krankenversicherung (Patientenbeteiligungsverordnung – PatBeteiligungsV.) vom 19. Dezember 2003

¹² § 4/II/3 der PatBeteiligungsV. lautet: „Die sachkundigen Personen haben ein Mitberatungsrecht, aber kein Stimmrecht.“

¹³ § 91/III SGB V

¹⁴ Z.B. Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses gem. § 91 Abs. 2 SGB V vom 9.12.2005 für den stationären Bereich.

¹⁵ Er trägt gemäß weiterem Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses vom 9.12.2005 im vertragsärztlichen und vertragszahnärztlichen Sektor 2 Cent pro Fall und im stationären Sektor 65 Cent pro Fall. Hess beschreibt diese Form der Selbstbedienung zu Lasten der Versicherten wie folgt: Die Finanzierung von G-BA und IQWiG wird durch die Abkoppelung von den Verwaltungshaushalten der Trägerorganisationen des G-BA auf eine unabhängige Grundlage gestellt. (a.a.O. FN 5)

¹⁶ http://www.die-gesundheitsreform.de/solidarisch_versichern/grundlagen/selbstverwaltung/index.html

¹⁷ Bronner a.a.O. Das Bundesministerium für Gesundheit beschreibt ihn in seinem Glossar zur Gesundheitsreform (http://www.die-gesundheitsreform.de/glossar/gemeinsamer_bundesausschuss.html) wie

folgt: „Gemeinsam mit Vertretern der Krankenhäuser und mit Patientenvertretern beraten die Krankenkassen und Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen im Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA), dem wichtigsten Gremium der gemeinsamen Selbstverwaltung im Gesundheitswesen, über die Inhalte der medizinischen Versorgung.“
Gemeinhin wird der Gemeinsame Bundesausschuss der „kleine Gesetzgeber“ genannt. (Kingreen a.a.O. S 878)

¹⁸ FAZ Nr. 75 29.3.2006, Seite 14

¹⁹ Mit Ausnahme der Stellungnahmen der Fachverbände, die der Gemeinsame Bundesausschuss vor der Entscheidung über eine Richtlinie einzuholen und gegebenenfalls in die Entscheidung einzubeziehen hat. (§§ 92, 140 f SGB V)

²⁰ „Ärzte und Krankenkassen tragen eine erhebliche Mitverantwortung bei der Verteilung der Beitragsgelder. Das kommt den Patienten direkt zugute: Die Mitverantwortung aller Beteiligten stellt sicher, dass nicht die Interessen einer einzelnen Gruppe maßgeblich sind, sondern das Wohl des einzelnen Patienten. Die organisatorische Grundlage der Mitverantwortung ist die Selbstverwaltung. Sie ist vom Staat dazu ermächtigt worden, die medizinische Versorgung in Deutschland zu organisieren. Die Selbstverwaltung besteht aus Vertretern der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) und der Ärzteschaft, die Jahr für Jahr miteinander die Verteilung der Beitragsgelder aushandeln. Die Ärzte sind hierbei in regionalen Kassenärztlichen Vereinigungen organisiert, die neben den Krankenkassen den zweiten Pol der Selbstverwaltung bilden.“ (Bundesgesundheitsministerium http://www.die-gesundheitsreform.de/solidarisch_versicherern/grundlagen/selbstverwaltung/index.html. Vergl auch Kingreen a.a.O.

²¹ a.a.O. S.393

²² Dörner K. Der gute Arzt, 2. Auflage, 2003: S.18

²³ http://www.die-gesundheitsreform.de/solidarisch_versicherern/grundlagen/selbstverwaltung/index.html. Es ist dieser Mangel an Transparenz der dem deutschen Gesundheitssystem seitens der internationalen Organisation Transparency International in ihrem kürzlichen Bericht den Vorwurf eingetragen hat, von Korruption zersetzt zu sein. (Transparenzmängel, Korruption und Betrug im deutschen Gesundheitswesen. Kontrolle und Prävention als gesellschaftliche Aufgabe. Grundsatzpapier von Transparency Deutschland. Stand: August 2005)

²⁴ Die Vorschrift lautet:

„(1) Der Gemeinsame Bundesausschuss beschließt die zur Sicherung der ärztlichen Versorgung erforderlichen Richtlinien über die Gewährung für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten; dabei ist den besonderen Erfordernissen der Versorgung behinderter oder von Behinderung bedrohter Menschen und psychisch Kranker Rechnung zu tragen, vor allem bei den Leistungen zur Belastungserprobung und Arbeitstherapie; er kann dabei die Erbringung und Verordnung von Leistungen oder Maßnahmen einschränken oder ausschließen, wenn nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse der diagnostische oder therapeutische Nutzen, die medizinische Notwendigkeit oder die Wirtschaftlichkeit nicht nachgewiesen sind. Er soll insbesondere Richtlinien beschließen über die 1. ärztliche Behandlung, 2. zahnärztliche Behandlung einschließlich der Versorgung mit Zahnersatz sowie kieferorthopädische Behandlung, 3. Maßnahmen zur Früherkennung von Krankheiten, 4. ärztliche Betreuung bei Schwangerschaft und Mutterschaft, 5. Einführung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, 6. Verordnung von Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln, Krankenhausbehandlung, häuslicher Krankenpflege und Soziotherapie, 7. Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit, 8. Verordnung von im Einzelfall gebotenen Leistungen zur medizinischen Rehabilitation und die Beratung über Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben und ergänzende Leistungen zur Rehabilitation, 9. Bedarfsplanung, 10. medizinische Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft nach § 27a Abs. 1, 11. Maßnahmen nach den §§ 24a und 24b, 12. Verordnung von Krankentransporten“.

²⁵ A.a.O S. 395

²⁶ von Zezschwitz, Freundesgabe für Söllner, 1990, 645; Papier, VSSR 1990, 123, 130 ff.; Wimmer, NJW 1995, 1577; ders, MedR 1996, 425; Ossenbühl, NZS 1997, 497; Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 119 ff., 153 ff.; Hänlein, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, 2001, S. 454 ff.; Schnapp, in: von Wulffen/Krasney, Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, S. 497 ff.; Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, S. 176 ff., jeweils m.w.N.

²⁷ LSG Niedersachsen vom 30.8.1995 (L 4 Kr/11/95), NZS 1996/74 und das Hessische Landessozialgericht vom 31. Mai 2001.

²⁸ NJW 1999/1805/1808; vom 27.9.2005 (B 1 KR 28/03 R) Abs. 19 m.w.N.

²⁹ NJW 2006/891/893 Abs. 60

³⁰ Zusammenfassend: BVerfG vom 13.7.2004 (1 BvR 1298/94) Absätze 52 –54

(http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040713_1bvr129894.html) m.w.N. siehe auch BVerfG vom 24.5.2006 (2 BvR 669/04) Absatz 85. http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060524_2bvr066904.html

³¹ Statt aller Herzog in Maunz-Dürig, Komm. Z. GG. Art 20 RN 85 m.w.N.

³² Siehe oben FN 5 und FN 24

³³ § 31/I BVerfGG

³⁴ Papier a.a.O.S 137. Solch geistige Abschottung trifft man bei Oligopolen regelmäßig an.

³⁵ BVerfG, 1 BvR 1298/94 vom 13.7.2004 Abs. 152

³⁶ BSG 19.2.2003 (B 1 KR 18/01 R) Abs.16 Für die Richtlinien ist den Fachgerichten der Weg des Vorlagebeschlusses verwehrt, weil dieser gemäß Art 100/I GG nur für verkündete, förmliche Gesetze zulässig ist. (Maunz in Maunz/Dürig Komm. Z. GG. Art 100 Rdnr. 7 m.w.N.

³⁷ B 1 KR 18/01 R Das Urteil verweist auf die Vorentscheidung desselben Senates vom 28.3.2000 - B 1 KR 11/98 R = BSGE 86, 54.

³⁸ Heute Anlage II der Richtlinie „Methoden vertragsärztlicher Versorgung“ in der Fassung vom 17. Januar 2006. Insoweit gleicht der Sachverhalt dem, der Gegenstand des Beschlusses des BVerfG vom 6.12.200 war (1 BvR 347/98, NJW 2006/891 ff). Mit diesem Beschluss hatte das BVerfG ein Urteil des 1. Senates des BSG vom 16.9.1997 (1 KR 28/95), BSGE 81,54; NJW 1999/1805 ff aufgehoben.

³⁹ Abs. 16

⁴⁰ Urteil vom 27.9.2005, B 1 KR 28/03 R Abs. 19

⁴¹ Der zitierte § 135/I SGB V lautet:

„(1) Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden dürfen in der vertragsärztlichen und vertragszahnärztlichen Versorgung zu Lasten der Krankenkassen nur erbracht werden, wenn der Gemeinsame Bundesausschuss auf Antrag einer Kassenärztlichen Bundesvereinigung, einer Kassenärztlichen Vereinigung oder eines Spitzenverbandes der Krankenkassen in Richtlinien nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 Empfehlungen abgegeben hat über 1. die Anerkennung des diagnostischen und therapeutischen Nutzens der neuen Methode sowie deren medizinische Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit - auch im Vergleich zu bereits zu Lasten der Krankenkassen erbrachte Methoden - nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse in der jeweiligen Therapierichtung, 2. die notwendige Qualifikation der Ärzte, die apparativen Anforderungen sowie Anforderungen an Maßnahmen der Qualitätssicherung, um eine sachgerechte Anwendung der neuen Methode zu sichern, und 3. die erforderlichen Aufzeichnungen über die ärztliche Behandlung.“

Zu dem Vergleich des G-BA mit dem Gesetzgeber fällt mir nichts ein.

⁴² Herzog in Maunz-Dürig, Komm. z. GG. Art 20 RN 84 m.w.N.

⁴³ Siehe oben FN 24

⁴⁴ Schmidt-Aßmann in Maunz-Dürig, Komm. z GG Art 19 Abs. 4 R 70 mit reichen Nachweisen.

⁴⁵ So Krauskopf in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechtes 3. Auflage 2002 § 28 RN 2 unter Verweis auf eine Entscheidung des BSG aus dem Jahre 1969

⁴⁶ Hier wird – u.a. von Krauskopf in Laufs/Uhlenbruck § 30 RN 18 - auf die in § 89/I/1 SGB V vorgeschriebene Entscheidung durch ein Schiedsamt verwiesen. Dies entscheidet jedoch nur, wenn ein Vertrag ganz oder teilweise nicht zustande kommt.

⁴⁷ Urteil vom 31.8.2005, B 6 KA 6/04 R Absatz 18

⁴⁸ BVerfG, 1 BvR 2306/96 vom 27.10.1998, Absatz 154, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs19981027_1bvr230696.html

⁴⁹ BSG vom 27.09.2005, B 1 KR 28/03 R Abs. 21

⁵⁰ BSG vom 19.10.2004, B 1 KR 27/02 R Leitsatz 2

⁵¹ BVerfG, 1 BvR 131/04 vom 19.3.2004, Absatz 10, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040319_1bvr013104.htm; BVerfG, 1 BvR 347/98 vom 6.12.2005 (http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20051206_1bvr034798.html), NJW 2006/891/Absatz 66

⁵² BVerfG, 1 BvR 131/04 vom 19.3.2004, Absatz 12, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040319_1bvr013104.htm, so auch der 3. Senat des BSG vom 24.11.2004 (B 3 KR 10/04 R Absatz 15) „Dafür reicht es wie für jedes andere sozialgerichtliche Rechtsschutzbegehren aus, dass die Rechtsverletzung generell möglich ist und im Einzelfall nachvollziehbar dargelegt wird“

⁵³ a.a.O.

⁵⁴ Siehe FN 36

⁵⁵ Die Vorschrift lautet: „Article 6 . Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.“

⁵⁶ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal>. Ziffer 111. „Das Gericht ist – unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen - der Ansicht, dass die Verweigerung gerichtlicher Überprüfung der Entscheidungen des Entschädigungsfonds dem legitimen Zweck desselben nicht entsprach und den wesentlichen Kern des Rechtes des Kläger auf Zugang zu einem Gericht gemäß Artikel 6.1. der Konvention verletzte.“ (Übersetzung des Verfassers). Die Entscheidung ist am 8.9.2006 rechtskräftig geworden.