

Die Stellung der Krankenhäuser in der Selbstverwaltung

Prof. Dr. Peter Axer
Lehrstuhl für Sozialrecht i. V. m. dem Öffentlichen Recht,
Universität Heidelberg

Inhaltsübersicht

I.	Das GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz	15
1)	Die Deutsche Krankenhausgesellschaft	17
2)	Trägerorganisation des G-BA	17
II.	Der G-BA und die Krankenhäuser	18
1)	Die Frage der demokratischen Legitimation	19
2)	Der Beschluss vom 10.11.2015	20
III.	Normsetzung durch Zusammenschlüsse der Krankenhäuser	22
1)	Normenverträge und Rechtskonkretisierung	22
2)	Normenverträge, Empfehlungen und Mitwirkung in gemeinsamen Gremien	24
3)	Die Zusammenschlüsse der Krankenhäuser	26
4)	Verfassungsrechtliche Zulässigkeit?	28
IV.	Alternativen – Ergebnisautorisierung durch den Staat?	30

Das GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz vom 21. Februar 2017 weitete und stärkte die Aufsicht des BMG über die Spitzenorganisationen der GKV. Die privatrechtlich organisierte Deutsche Krankenhausgesellschaft, obschon „Spitzenorganisation“ der Krankenhäuser auf Bundesebene, ist unmittelbar kein Thema des Gesetzes. Doch stellen sich ebenso für sie und die Landeskrankenhausesellschaften Fragen nach einer aufsichtsrechtlichen Kontrolle und nach der demokratischen Legitimation zur Normsetzung.

I. Das GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz

Am 1. März 2017 ist das Gesetz zur Verbesserung der Handlungsfähigkeit der Selbstverwaltung der Spitzenorganisationen in der gesetzlichen Krankenversicherung sowie zur Stärkung der über sie geführten Aufsicht, kurz: GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz, in Kraft getreten. Anlässlich von Konflikten mit und bei der Kassenärztlichen Bundesvereinigung¹ hat der Gesetzgeber zum einen die internen Kontrollinstrumente ausgeweitet und

1 S. dazu: *Olaf Rademacker*, Selbstverwaltung – Hoffnungsträger oder Auslaufmodell im Vertragsarztrecht, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 2017, S. 84 (85); *Stephan Rixen*, Was sich durch das GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz bei den Spitzenorganisationen der Krankenversicherung ändert, SozSich 2017, S. 115 ff.

zum anderen die aufsichtsrechtlichen Kontrollmöglichkeiten des Bundesgesundheitsministeriums erweitert. Obschon bei der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung, dem GKV-Spitzenverband und dem Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) keine vergleichbaren Probleme wie bei der Kassenärztlichen Bundesvereinigung bestanden, erstreckt sich das Gesetz ebenso auf diese Organisationen.

Das GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz ist, obschon es im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens ausgehend von einem sehr weitgehenden Referentenentwurf² in Bezug auf die Möglichkeiten und Instrumente zur Kontrolle erheblich abgeschwächt wurde, auch ein GKV-Aufsichtsstärkungsgesetz, zielt es doch gerade auf eine externe Stärkung der Aufsicht durch das Bundesgesundheitsministerium. Zwar sind etwa „Inhaltsbestimmungen“ der Aufsichtsbehörde zur Gewährleistung einer mit den Gesetzeszwecken des G-BA in Einklang stehenden Mittelverwendung als verbindliche Vorgaben bei unbestimmten Rechtsbegriffen nicht mehr vorgesehen, doch schuf der Gesetzgeber neue und weitergehende Eingriffsmöglichkeiten für das Bundesgesundheitsministerium. Als „Aufsichtsmittel in besonderen Fällen“³ sind nunmehr explizit etwa nachträgliche Satzungsänderungen durch die Aufsichtsbehörde oder Selbstvornahme- und Aufhebungsmöglichkeiten bei Beschlüssen geregelt. Weiterhin kann das Bundesgesundheitsministerium, solange und soweit die ordnungsgemäße Verwaltung bei den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen oder dem GKV-Spitzenverband gefährdet ist, eine Person in die jeweilige Organisation entsenden und sie mit der Wahrnehmung von Aufgaben betrauen und ihr die hierfür erforderlichen Befugnisse übertragen⁴. Obschon mit dem „Entsandten für besondere Angelegenheiten“ ein Instrument unterhalb der Eingriffsschwelle für die Einsetzung eines „Staatskommissars“ geschaffen wurde und eine Bezeichnung als „Staatskommissar light“ suggerieren könnte, es handele sich um ein milderes Mittel, ist damit zuerst einmal ein neues und weiteres Kontrollinstrument verbunden. Durch das GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz wird die Selbstverwaltung der Spitzenorganisationen insgesamt stärker reglementiert und kontrolliert, bis hin zu der Möglichkeit, für die Vollstreckung von Aufsichtsverfügungen gegenüber den Spitzenorganisationen ein Zwangsgeld von bis zu 10 Mio. Euro⁵ anstatt bislang von bis zu 25.000 Euro verhängen zu können⁶.

2 Referentenentwurf für ein GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz v. 22.9.2016. Vgl. dazu *Rademacker* (Fn. 1), S. 85 ff.

3 § 78a SGB V GKV – KBV; § 217g SGB V – GKV-Spitzenverband.

4 § 78b SGB V GKV – KBV; § 217h SGB V – GKV-Spitzenverband.

5 § 91a Abs. 2 SGB V – G-BA. Vgl. auch § 217d Abs. 3 SGB V – GKV-Spitzenverband; § 78 Abs. 4 SGB V – KBV.

6 BT-Drucks. 18/10605, S. 26, dort auch zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

1) Die Deutsche Krankenhausgesellschaft

Die Deutsche Krankenhausgesellschaft wird im GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz nicht namentlich genannt, obschon sie, in § 108a SGB V angesprochen, zurzeit die „Spitzenorganisation“ der Krankenhäuser auf Bundesebene darstellt. Doch war die Deutsche Krankenhausgesellschaft Thema im Gesetzgebungsverfahren und ist sie mittelbar durch das GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz betroffen. Der kurz vor Abschluss der parlamentarischen Beratungen von den Fraktionen von CDU/CSU und SPD gestellte Änderungsantrag Nr. 11 sah eine Neufassung des § 274 Abs. 4 SGB V vor⁷: „Der Bundesrechnungshof prüft die Haushalts- und Wirtschaftsführung der gesetzlichen Krankenkassen, ihrer Verbände und Arbeitsgemeinschaften, der Kassenärztlichen Vereinigungen, der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Deutschen Krankenhausgesellschaft“. Zur Begründung hieß es weiter: „Die Kassenärztlichen Vereinigungen, die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, der Gemeinsame Bundesausschuss und die Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG) sind mittelbare Empfänger von Bundesmitteln und sollten einheitlich dem Prüfrecht des Bundesrechnungshofs unterliegen, um eine vollumfassende und flächendeckend nach gleichen Maßstäben zu erfolgende Prüfung zu gewährleisten. Das Ziel ist die sachgerechte Finanzkontrolle über die genannten Institutionen“. Selbst wenn der Änderungsantrag – der gerade in Bezug auf die Deutsche Krankenhausgesellschaft auch rechtlich problematisch ist, weil die privatrechtlich organisierte Deutsche Krankenhausgesellschaft keine Bundeszuschüsse erhält – „in letzter Minute“ wieder zurückgenommen und nicht Gesetz wurde, bedeutet dies nicht, dass sich sein Inhalt damit erledigt hat, schon deshalb nicht, weil er auf einer Aufforderung des Haushaltsausschusses beruhte und weiter verfolgt werden kann⁸.

2) Trägerorganisation des G-BA

Betroffen durch das GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz ist die Deutsche Krankenhausgesellschaft als Trägerorganisation des G-BA, in dessen dreizehnköpfiges Beschlussgremium sie zwei Mitglieder entsendet⁹. Durch die Einfügung der Vorschrift des § 91a SGB V „Aufsicht über den Gemeinsamen Bundesausschuss, Haushalts- und Rechnungswesen, Vermögen“ wurde die

7 Deutscher Bundestag, Ausschuss für Gesundheit, Ausschussdrucks. 18(14)0237.1 v. 24.1.2017.

8 Siehe dazu Gesundheitspolitischer Informationsdienst (gid) v. 26.1.2017, S. 2 f.; zum Antrag vgl. auch die Stellungnahme der DKG zum Entschließungsantrag des Haushaltsausschusses zur Erweiterung der Prüfrechte des Bundesrechnungshofes anlässlich der Anhörung zum Regierungsentwurf eines GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetzes vom 9.1.2017, Ausschussdrucks. 18(14)0230(12), S. 4.

9 Im Einzelnen § 91 SGB V.

Aufsicht neu geregelt sowie in § 91 Abs. 4 SGB V die Genehmigungsvoraussetzungen für Geschäfts- sowie Verfahrensordnung des G-BA neu formuliert und die Aufsichtsmöglichkeiten des BMG damit geschärft und gestärkt. Für die Geschäfts- und die Verfahrensordnung sieht § 91 Abs. 4 S. 5 SGB V nunmehr vor, dass bei ganz oder teilweiser Versagung der Genehmigung das Bundesgesundheitsministerium „insbesondere zur Sicherstellung einer sach- und funktionsgerechten Ausgestaltung der Arbeitsweise und des Bewertungsverfahrens des Gemeinsamen Bundesausschusses erforderliche Änderungen“ bestimmen und anordnen kann, dass der G-BA innerhalb einer bestimmten Frist die erforderlichen Änderungen vornimmt. Die Gesetzesbegründung nimmt dabei Bezug auf eine Entscheidung des 6. Senats des Bundessozialgerichts aus dem Jahre 2009¹⁰, allerdings wirft diese selbst wiederum Fragen auf¹¹. Da das Gericht dort die Begriffe „Zweckmäßigkeit“ und „Fachaufsicht“ nicht verwendet, dürfte angesichts der geläufigen Unterscheidung von Rechtmäßigkeits- und Zweckmäßigkeitskontrolle insoweit keine umfassende fachaufsichtliche Zweckmäßigkeitskontrolle über die Verfahrensordnung gemeint sein, jedoch bleibt offen, ob und in welchem Umfang dann eine Aufsicht erfolgen soll und kann, die über eine Rechtsaufsicht hinausreicht. Unabhängig davon geht der Gesetzgeber wohl über das Urteil des Bundessozialgerichts hinaus, wenn er die Versagung einer Genehmigung „insbesondere“ aus den vom Senat genannten Gründen vorsieht, damit zugleich noch anderen Motiven als mögliche Gründe für eine Versagung der Genehmigung Raum lässt, ohne diese näher zu benennen.

II. Der G-BA und die Krankenhäuser

Von Seiten der Deutschen Krankenhausgesellschaft wurde in der Stellungnahme zu dem Referentenentwurf für das GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz eine Ausdehnung der im Referentenentwurf noch vorgesehenen umfassenderen Aufsichtsmöglichkeiten auf die Richtlinien des G-BA befürwortet¹²: „Aus Sicht der Krankenhäuser sind derartige Mitgestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers jedoch auch im Rahmen der Prüfung der Richtlinienbeschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses zu erwägen. Insbesondere bei weitreichenden Systemsentscheidungen, die durch den G-BA getroffen werden, muss das Bundesministerium für Gesundheit die Möglichkeit haben, über eine bloße Vertretbarkeitskontrolle hinaus auch inhaltlich zu bewerten, ob die Intention des Gesetzgebers mit den Richtli-

10 BT-Drucks. 18/10605, S. 33 f., unter Bezugnahme auf BSG, Urt. v. 6.5.2009, B 6 A 1/08 R, Rn. 49.

11 S. dazu Peter Axer, Die Begriffe des § 137h SGB V, GesR 2017, S. 12 (17 f.).

12 Stellungnahme der Deutschen Krankenhausgesellschaft vom 12.10.2016, S. 4, abrufbar unter: http://www.dkgev.de/media/file/27701.DKG-Stellungnahme_Referentenentwurf_GKV-SVSG_12-10-2016.pdf.

nien und Beschlüssen des G-BA, insbesondere wenn sie mit knapper Mehrheit zustande gekommen sind, ausreichend berücksichtigt wird. Als Beispiel sind die anstehenden Systembeschlüsse im G-BA über Sicherstellungszuschläge, über Qualitätsindikatoren für die Krankenhausplanung, über eine Neukategorisierung der stationären Notfallstrukturen oder über ein komplettes Personalbedarfs-Konzept für die psychiatrischen Krankenhäuser zu nennen. Es sollten vergleichbare aufsichtsrechtliche Instrumente wie beim Haushaltswesen und der Genehmigung der Geschäfts- und Verfahrensordnung des G-BA, die über eine bloße Vertretbarkeitskontrolle hinausgehen, auch für die Prüfung solcher Richtlinienbeschlüsse vorgesehen werden“.

1) Die Frage der demokratischen Legitimation

Die Kritik an einer zu geringen und unzureichenden aufsichtsrechtlichen Kontrolle der normativen Entscheidungen des G-BA kann sich mit den „gewichtigen Zweifeln“ an der demokratischen Legitimation des G-BA verbinden, ist doch das Bestehen von Aufsicht ein Element demokratischer Legitimation. Insoweit überrascht es allerdings, dass die Gesetzesbegründung zum GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz die Ausweitung der Aufsicht gerade beim G-BA nicht näher in den Kontext der Frage der demokratischen Legitimation stellt.

Die Frage der hinreichenden demokratischen Legitimation des G-BA gehört mit zu den meistdiskutierten verfassungsrechtlichen Fragen des Krankenversicherungsrechts. Im Schrifttum sind seit über zwanzig Jahren wohl sämtliche Argumente ausgetauscht worden¹³, während das Bundesverfassungsgericht die Frage letztlich bislang nicht klar beantwortet hat. In einem Nichtannahmebeschluss mangels hinreichender Substantiierung der Verfassungsbeschwerde vom 6. Oktober 2016 bezüglich der Festsetzung einer Mindestmenge von 14 pro Krankenhaus für die Versorgung von Früh- und Neugeborenen mit einem Geburtsgewicht von weniger als 1250 Gramm¹⁴ führt das Gericht nur kurz aus: „Nach allem ist eine Auseinandersetzung mit den inhaltlichen Argumenten der Beschwerdeführer, vor allem mit den durchaus gewichtigen Zweifeln an der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses als Institution nicht veranlasst“. Insoweit verweist es dann auf den Beschluss vom 10. November 2015¹⁵, der

13 Vgl. nur aus jüngerer Zeit mwN.: *Thomas Holzner*, Konsens im Allgemeinen Verwaltungsrecht und in der Demokratietheorie, 2016, S. 240 ff.; *Winfried Kluth*, Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation, 2015.

14 BVerfG, B. v. 6.10.2016, 1 BvR 292/16, NVwZ-RR 2017, S. 121 ff. (Rn. 24); s. dazu BSG, Urt. v. 17.11.2015, B 1 KR 15/15 R, SozR 4–2500 § 137 Nr. 6.

15 BVerfG, B. v. 10.11.2015, 1 BvR 2056/12, BVerfGE 140, 229 ff.; zu diesem Beschluss m. w. N. jüngst: *Ulrich M. Gassner*, Götterdämmerung des Gemeinsamen Bundesausschusses?, NZS

allerdings letztlich in Bezug auf die Frage der demokratischen Legitimation – anders als in Bezug auf die verfassungsrechtliche Beurteilung der werungsmäßig vergleichbaren Erkrankung und zur Verhältnismäßigkeit von Beitrag und Leistung – mehr Unsicherheit als Klarheit geschaffen hat.

2) Der Beschluss vom 10.11.2015

In seinem Beschluss vom 10. November 2015 verwarf der Erste Senat die Verfassungsbeschwerde mangels hinreichender Substantiierung als unzulässig, ohne konkret die Frage nach einer ausreichenden demokratischen Legitimation eindeutig zu beantworten oder klare Maßstäbe für die Beantwortung vorzugeben. Der Senat bezeichnete die generellen und allgemeinen Zweifel an der demokratischen Legitimation zwar als durchaus gewichtig¹⁶, ohne jedoch die Zweifel umfangreicher zu erläutern und durch Zitate zu belegen. Stattdessen wies er auf die seines Erachtens nicht ausreichende Substantiierung hin: Es bedürfe 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 Beteiligte oder auch unbeteiligte Dritte. Denn es sei nicht ausgeschlossen, dass der G-BA für eine Richtlinie hinreichende Legitimation besitze, wenn sie zum Beispiel nur an der Regelsetzung Beteiligte mit geringer Intensität treffe, während sie für andere seiner Normen fehlen könne, wenn sie zum Beispiel mit hoher Intensität Angelegenheiten Dritter regele, die an deren Entstehung nicht mitwirken können. Maßgeblich sei hierfür insbesondere, inwieweit der Ausschuss für seine zu treffenden Entscheidungen gesetzlich angeleitet sei.

Nachfolgend bejahten die krankenversicherungsrechtlichen Senate des BSG bislang die demokratische Legitimation in Bezug auf die jeweiligen in Streit stehenden Richtlinien¹⁷. So sah der 1. Senat in seiner Entscheidung vom 19. April 2016¹⁸ den G-BA als demokratisch legitimiert an, in Richtlinien qualitätssichernde Mindestanforderungen für die stationäre Versorgung bei der Indikation Bauchaortenaneurysma festzulegen. Doch wird die Diskussion angesichts des verfassungsgerichtlichen Beschlusses vom 10. November 2015 weiter gehen, liefert dieser doch keine exakten und belastbaren Maßstäbe, etwa zur Beantwortung der Frage, ob die Versicherten

2016, S. 121 ff.; *Thorsten Kingreen*, Der Gemeinsame Bundesausschuss vor dem BVerfG: Das Tor liegt in der Luft!, MedR 2017, S. 8 ff.; *Gerhard Nitz*, Verfassungsunmittelbare Leistungsansprüche und demokratische Legitimation des G-BA, MedR 2016, S. 941 ff.

16 BVerfG, B. v. 10.11.2015, 1 BvR 2056/12, BVerfGE 140, 229 (238 f., Rn. 22).

17 Vgl. etwa: BSG, Urt. v. 15.12.2015, B 1 KR 30/15 R, SozR 4–2500 § 34 Nr. 18 Rn. 42 ff.; BSG, Urt. v. 19.4.2016, B 1 KR 28/15 R, SozR 4–2500 § 137 Nr. 7 Rn. 28; BSG, Urt. v. 20.4.2016, B 3 KR 18/15 R, Rn. 21 – juris; BSG, Urt. v. 4.5.2016, B 6 KA 24/15 R, SozR 4–2500 § 103 Nr. 19 Rn. 25; BSG, Urt. v. 13.12.2016, B 1 KR 2/16 R, KrV 2017, S. 30 (31 f.).

18 BSG, Urt. v. 19.4.2016, B 1 KR 28/15 R, SozR 4–2500 § 137 Nr. 7 Rn. 28.

hinreichend, sei es über die Krankenkassen oder die Stellungnahmerechte der Patientenvertreter, beteiligt oder nicht schon außenstehende Dritte sind, ob die Möglichkeiten zur Stellungnahme für die betroffenen Leistungserbringer ausreichen oder welche Bedeutung der Aufsicht zukommt und welche Anforderungen an sie zu stellen sind. Der Beschluss spricht nur einzelne Punkte kurz und beispielhaft an und ist interpretations- und deutungsoffen – nach dem Motto, das Glas ist halb voll oder halb leer, oder – erwartungsvoll oder Schlimmes befürchtend – ein Tor liegt in der Luft.

Offen bleibt zudem, in welcher Beziehung der Beschluss vom 10. November 2015 zu anderen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen steht, in denen sich das Gericht gerade seit der Wasserverbandsentscheidung aus dem Jahre 2002 durchaus offen(er) für unterschiedliche Wege der demokratischen Legitimation gezeigt hat. So heißt es etwa in der Entscheidung zum Deutschen Weinfonds vom 6.5.2014: „Auch außerhalb der funktionalen Selbstverwaltung können im Interesse sachgerechter, effektiver Aufgabewahrnehmung begrenzt Abweichungen von der Regelanforderung uneingeschränkter personeller Legitimation zulässig sein“¹⁹. Immerhin wird man aber dem Beschluss vom 10. November 2015 eines nicht entnehmen können, nämlich dass es dem G-BA per se und von vornherein in allen Fällen an demokratischer Legitimation fehle.

Für die Beurteilung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der untergesetzlichen Normsetzung in der Sozialversicherung allgemein ist schließlich zu berücksichtigen, dass das Grundgesetz selbst gerade durch die Vorschrift des Art. 87 Abs. 2 GG die untergesetzliche Normsetzung durch verselbstständigte Verwaltungseinheiten im Sozialversicherungsrecht im Grundsatz als verfassungsverträglich anerkennt und dem Grunde nach mit dem Demokratieprinzip vereinbar ansieht²⁰. Der Regelungsgehalt des Art. 87 Abs. 2 GG beschränkt sich nicht allein darauf, den bundesstaatlichen Verwaltungsvollzug und die Form der organisatorischen Durchführung festzuschreiben (Kompetenz- und Organisationsnorm)²¹. Vielmehr lässt sich der Vorschrift – selbst wenn sie keine soziale Selbstverwaltung vergleichbar der kommu-

19 BVerfG, B. v. 6.5.2014, 2 BvR 1139/12 u. a., BVerfGE 136, 194 (262 f., Rn. 169); vgl. auch zu Fragen der demokratischen Legitimation BVerfG, Urt. v. 28.1.2014, 2 BvR 1561/12 u. a., BVerfGE 135, 155 ff.

20 S. dazu und zum folgenden näher m. w. N. *Peter Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 274 ff., 299 ff.; *ders.*, Das Normsetzungsinstrumentarium im Vertragsarztrecht, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 10 (im Erscheinen).

21 In Art. 87 Abs. 2 GG dagegen nur eine Kompetenz- oder Organisationsnorm sehend *Thomas Holzner*, Konsens im Allgemeinen Verwaltungsrecht (Fn. 13), S. 313 ff.; weiteres Verständnis dagegen etwa auch bei *Matthias Jestaedt*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, Band 2, 2002, Art. 87 Rn. 93; *Martin Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band 3, 6. Aufl. 2010, Art. 87 Rn. 78; *Andreas Musil*, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, 2. Aufl. 2016, § 91 Rn. 37.

nalen in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG garantiert²² – entnehmen, dass eine Normsetzung auf Grund gesetzlicher Ermächtigung unmittelbar durch soziale Versicherungsträger – wobei der Begriff der Körperschaft weit zu verstehen ist²³ – verfassungsrechtlich zulässig ist. Zudem stellt der Begriff der „Sozialversicherung“, wie er in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG geregelt und in Rechtsprechung und Literatur verstanden wird, auf den Vollzug der Sozialversicherung durch verselbständigte Verwaltungseinheiten ab, denen regelmäßig Normsetzungsbefugnisse zukamen und zukommen, und sieht in der organisatorischen Durchführung durch selbständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts ein wesensprägendes Kriterium für das Vorliegen von Sozialversicherung²⁴. Der Grundgesetzgeber knüpft insoweit, ohne sich darauf zu beschränken, an die „klassische“ Sozialversicherung²⁵ an, der eine untergesetzliche Normsetzung, gerade in der Weimarer Zeit, bekannt war. Auf die historische Entwicklung und deren Bedeutung für die verfassungsrechtliche Beurteilung der demokratischen Legitimation weist das Gericht auch in seinem Beschluss zur demokratischen Legitimation von Wasserverbänden hin. Der Verfassungsgeber – so das Gericht unter ausdrücklicher Nennung von Art. 87 Abs. 2 GG – habe bei Inkrafttreten des Grundgesetzes vorhandene, historisch gewachsene Organisationsformen zur Kenntnis genommen und durch ihre Erwähnung ihre grundgesetzliche Vereinbarkeit mit der Verfassung anerkannt²⁶.

III. Normsetzung durch Zusammenschlüsse der Krankenhäuser

1) Normenverträge und Rechtskonkretisierung

Die Frage der demokratischen Legitimation stellt sich ebenfalls – obschon im Vergleich mit dem G-BA eher weniger thematisiert – für die Normsetzung durch die Deutsche Krankenhausgesellschaft und die Landeskranken-

22 *Peter Axer*, Normsetzung der Exekutive (Fn. 20), S. 269 ff.; *Martin Ibler*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Loseblatt, Stand: 2016, Art. 87 Rn. 162, 190; *Michael Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2014, Art. 87 Rn. 57.

23 Dazu m. w. N. auf den Streitstand *Peter Axer*, Normsetzung der Exekutive (Fn. 20), S. 276 ff.; *Martin Burgi*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 21) Art. 87 Rn. 71 f.; *Martin Ibler*, in: Maunz/Dürig (Fn. 22), Art. 87 Rn. 189 ff.; *Michael Sachs*, in: Sachs (Fn. 22), Art. 87 Rn. 54; *Ingwer Ebsen*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts – Rentenversicherungsrecht, Band 3, 1999, § 4 Rn. 16 ff.; *Walter Krebs*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Organisationsreform der Deutschen Rentenversicherung, 1999, S. 10 f.

24 BVerfG, B. v. 8.4.1987, 2 BvR 909/82 u. a., BVerfGE 75, 108 (146 f.); *Peter Axer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, Loseblatt, Stand: 2016, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG Rn. 25 ff.

25 BVerfG, B. v. 8.4.1987, 2 BvR 909/82 u. a., BVerfGE 75, 108 (146).

26 BVerfG, B. v. 5.12.2002, 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98, BVerfGE 107, 59 (90).

hausgesellschaften, die in weitem Umfange in Form von Normenverträgen mit den Zusammenschlüssen der Krankenkassen erfolgt. Als Normenverträge²⁷ auf Landesebene sind etwa zu qualifizieren die von den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen gemeinsam mit den Landeskrankenhausgesellschaften oder mit den Vereinigungen der Krankenhausträger gemeinsam zu schließenden zweiseitigen Verträge nach § 112 Abs. 1 SGB V über die nähere Ausgestaltung der Art und des Umfangs der Krankenhausbehandlung²⁸. In diesen werden insbesondere die allgemeinen Bedingungen der Krankenhausbehandlung, die Überprüfung der Notwendigkeit und Dauer der Krankenhausbehandlung, die Verfahrens- und Prüfungsgrundsätze für Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsprüfungen, die soziale Betreuung und Beratung der Versicherten im Krankenhaus oder der nahtlose Übergang von der Krankenhausbehandlung zur Rehabilitation und Pflege vereinbart. Den zweiseitigen Verträgen kommt Bindungswirkung nicht nur – wie in § 112 Abs. 1 S. 2 SGB V explizit normiert – für die Krankenkassen sowie für alle zugelassenen Krankenhäuser zu, damit auch gegenüber denjenigen, die nicht Mitglied der Landeskrankenhausgesellschaft sind, sondern ebenso für die Versicherten²⁹, deren Leistungsanspruch durch die Verträge ausgestaltet und konkretisiert wird.

Während für die ambulante ärztliche Versorgung insofern das bundessozialgerichtliche Rechtskonkretisierungskonzept, nach dem gerade auch durch untergesetzliche leistungserbringungsrechtliche Normen der Leistungsanspruch des Versicherten konkretisiert wird, dem Grunde nach anerkannt ist, obschon sich auch Fragen stellen, etwa im Hinblick auf die Qualifikation des Leistungsanspruchs als Rahmenrecht oder, wie vor allem vom 1. Senat des Bundessozialgerichts vertreten, als konkreter Individualanspruch³⁰, scheint die Anwendbarkeit und Reichweite eines Rechtskonkretisierungskonzepts für den stationären Bereich noch offen zu sein und Fragen aufzuwerfen. Zwar werden sich die Richtlinien des G-BA, die immer stärker über § 137c SGB V hinaus den stationären Sektor betreffen, vergleichbar dem ambulanten Bereich in ein Rechtskonkretisierungskonzept einfügen lassen, und lässt sich Entsprechendes auch für die krankenhaushausrechtlichen

27 Zur Begrifflichkeit *Peter Axer*, in: Schnapp/Wigge (Fn. 20), § 10 Rn. 29 ff.

28 Zur Einordnung der zweiseitigen Verträge als Normenverträge: *Ulrich Becker*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 5. Aufl. 2017, § 112 Rn. 3; *Andreas Wahl*, in: Engelmann/Schlegel (Hrsg.), jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 112 Rn. 32; allgemein zu der Qualifizierung von Verträgen im Krankenhausbereich als Normenverträge *Peter Axer*, Normsetzung der Exekutive (Fn. 20), S. 75 ff.

29 *Andreas Wahl*, in: jurisPK-SGB V (Fn. 28), § 112 Rn. 36.

30 Zum konkreten Individualanspruch: BSG, Urt. v. 2.9.2014, B 1 KR 11/13 R, SozR 4–2500 § 13 Nr. 32 Rn. 8; BSG, Urt. v. 18.11.2014, B 1 A 1/14 R; BSG Urt. v. 31.5.2015, B 1 A 2/15 R, Rn. 19 – juris; zum Rechtskonkretisierungskonzept und kritisch zum Verständnis des Leistungsanspruchs des Versicherten als Rahmenrecht *Peter Axer*, Aktuelle Rechtsfragen der Methodenbewertung, GesR 2015, S. 641 ff.

Normenverträge annehmen, wenn und weil sie den Versicherten betreffen und seinen Anspruch ausgestalten, doch stellen sich Fragen gerade im Hinblick auf die Funktion und Bedeutung vergütungsrechtlicher Regelungen im DRG-System durch normenvertragliche Fallpauschalenvereinbarungen³¹ bis hin zu den OPS-Codes³². Die vergütungsrechtlichen Regelungen unterscheiden sich in ihrer Funktion und Bedeutung vom Einheitlichen Bewertungsmaßstab als dem Verzeichnis der abrechnungsfähigen Leistungen im vertragsärztlichen Bereich (§ 87 Abs. 2 SGB V). Doch bleibt die Frage, ob und inwieweit etwa vergütungsrechtliche Regelungen im stationären Bereich den Leistungsanspruch berühren und ausgestalten können, indem sie Anforderungen an eine bestimmte Art und Weise der Erbringung als Voraussetzung für die Abrechenbarkeit stellen und im Rahmen des OPS qualitative Strukturvorgaben regeln³³.

2) Normenverträge, Empfehlungen und Mitwirkung in gemeinsamen Gremien

Normative Wirkung besitzen ferner etwa die auf Landesebene zu schließenden dreiseitigen Verträge nach § 115 SGB V³⁴, in denen die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen und die Kassenärztlichen Vereinigungen mit den Landeskrankenhausesellschaften Regelungen treffen, um eine nahtlose ambulante und stationäre Behandlung der Versicherten zu gewährleisten. Entsprechendes gilt für die Verträge nach § 115a Abs. 3 SGB V über die vor- und nachstationäre Behandlung, die zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen, den Ersatzkassen, den Landeskrankenhausesellschaften oder den Vereinigungen der Krankenhausträger im Land sowie dem Landesausschuss des Verbandes der privaten Krankenversicherung vereinbart werden.

Nicht nur auf Landesebene, sondern ebenso auf Bundesebene existieren normative Regelungen, die auch den Versicherten gegenüber Bindungswirkung zeitigen können. Nach § 39 Abs. 1a S. 9 SGB V regeln der GKV-Spitzenverband, die Kassenärztliche Bundesvereinigung und die Deutsche Krankenhausgesellschaft die „weiteren Einzelheiten“ zum Entlassmanage-

31 Zur normativen Wirkung der Fallpauschalenvereinbarung BSG, Urt. v. 19.4.2016, B 1 KR 34/15 R, Rn. 11 m. w. N. – juris; s.a. *Thomas Vollmöller*, in: Dettling/Gerlach (Hrsg.), *Krankenhausrecht*, 2014, § 17b KHG Rn. 1.

32 Zur Ermittlung und Bestimmung der Vergütung im DRG-System grundlegend BSG, Urt. v. 8.11.2011, B 1 KR 8/11 R, SozR 4–5560 § 17b Nr. 2 Rn. 14 ff.

33 S. dazu BSG, Urt. v. 23.6.2015, B 1 KR 12/14 R, SozR 4–2500 § 109 Nr. 46 Rn. 17 ff.

34 *Ulrich Becker*, in: *Becker/Kingreen* (Fn. 28), § 115 Rn. 4; *Stefan Knittel*, in: *Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung*, § 115 SGB V Rn. 3; *Christel Köhler-Hohmann*, in: *jurisPK-SGB V* (Fn. 28), § 115 Rn. 17.