

# Gerichtlicher Rechtsschutz versus Rechtsaufsicht

## Fachvortrag

Festakt aus Anlass des 50jährigen Bestehens  
des Bundesversicherungsamtes  
am Donnerstag, dem 8. Juni 2006,  
in Bonn

von

Rechtsanwalt Dr. Hermann Plagemann  
Fachanwalt für Sozialrecht und  
Fachanwalt für Medizinrecht  
Honorarprofessor an der  
Johannes-Gutenberg-Universität Mainz

Myliusstr. 15, 60323 Frankfurt  
Fon (069) 9 71 20 60 Fax (069) 72 55 86  
hermann.plagemann@plagemann-rae.de  
[www.plagemann-rae.de](http://www.plagemann-rae.de)

## Übersicht:

I.	Aufsicht und „ihre“ Kunden .....	3
1.	Der Beschwerdeführer – Individualinteressen .....	3
2.	Der Beitragszahler .....	4
3.	Leistungsträger – Kontrolle und Absicherung .....	4
4.	Das öffentliche Interesse .....	5
II.	Gericht vor Aufsicht?.....	6
1.	„Vorgreifliche Aufsichtsmaßnahmen?“ .....	6
2.	Gleichbehandlung qua Verpflichtung? .....	7
a)	Vorwirkung .....	8
b)	Gleichbehandlung im Rechtsstaat .....	9
3.	Rechtsgestaltung durch Verwaltung, nicht Aufsicht .....	11
a)	Gestaltende Rechtsaufsicht? .....	11
b)	„Schutzauftrag“ der Aufsicht.....	13
c)	Unlauterer Wettbewerb? .....	14
d)	Aufsicht im Wettbewerb .....	15
e)	Medizinischer Fortschritt und Leistungsauftrag der Krankenkassen .....	16
4.	Gerichtliche Kontrolle vor der Genehmigung? .....	17
5.	Aufsicht vor Gericht!.....	18
III.	Aufsicht im 21. Jahrhundert .....	19
1.	„Kooperative“ Aufsicht – Aufsicht „light“? .....	19
2.	Abschied von der Aufsicht? .....	20
3.	„Schutzauftrag“ der Aufsicht: Nachhaltigkeit! .....	21

Lassen Sie uns zunächst einen kurzen Blick auf die „Klienten“ und deren Interesse an einer Instanz, die wir **Aufsicht** nennen, werfen (I. Außenansicht). Daran schließt sich die Analyse zweier neuer Entscheidungen des Bundessozialgerichtes an (II. Gericht vor Aufsicht?). Der dritte Teil befasst sich mit der Legitimation von Aufsicht im 21. Jahrhundert.

## I. Aufsicht und „ihre“ Kunden

### 1. Der Beschwerdeführer – Individualinteressen

Maßlos enttäuscht von der Ablehnung seiner Krankenkasse wendet sich der Bürger an die Aufsicht: Sein Arzt und er selbst sind zutiefst davon überzeugt, dass nur die Methode XY geeignet ist, ihm noch zu helfen. 45 Jahre lang zahle er pünktlich seine Beiträge, nun verweigere ihm die Kasse die erforderlich Behandlung. Die Aufsichtsbeschwerde ist eine durchaus probate Methode, Streitfragen schnell und „unbürokratisch“ zu klären, auch wenn der Sachbearbeiter das Gefühl nicht los wird, sein „Kunde“ habe ihn verpetzt.

Das vom BVA seit Anbeginn praktizierte „Beschwerdemanagement“<sup>1</sup> steht heute nicht auf der Tagesordnung. Die Einzelbeschwerde führt zumeist nicht zu einem Verpflichtungsbescheid nach § 89 SGB IV sondern allenfalls zu einem Schriftwechsel.

---

<sup>1</sup> Dazu schon *Debus* in: Schewe (Hrsg.), BVA, Die Praxis des Bundesversicherungsamtes, 1976, S. 63 ff.; ferner: *Hölzl* zum Thema „Der Beschwerdeführer“, a. a. O. S 73 ff., Tätigkeitsbericht des BVA 2004, S. 18 ff., 64 ff.; *Schnapp* in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band I – Gesetzliche Krankenversicherung, § 52 Rdn. 150 f.; *Schirmer/Kater/Schneider*, Aufsicht in der Sozialversicherung (Stand Dezember 2005) Nr. 345. *H. Bogs*, Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, 1973, S 68, erörtert, ob der Bürger einen „Anspruch gegen die Aufsichtsbehörde auf die Durchsetzung eines Rechts“ hat. Dazu ablehnend: *Marburger/Marburger*, Die Staatsaufsicht in der Sozialversicherung, 3. Aufl. 2004, S 54 f.

## 2. Der Beitragszahler

Der Beitragszahler richtet sein Augenmerk auf einen ausgeglichen Haushalt und eine sparsame Mittelverwendung. Das setzt Transparenz und eine geordnete Buchführung voraus. Transparenz erschöpft sich nicht in politischer Symbolik, wozu ich die Pflicht zur Veröffentlichung der Gehälter von Kassenvorständen gem. § 35a Abs. 6 Satz 2 SGB IV zähle<sup>2</sup>. Die erforderliche Transparenz betrifft eine Rechnungslegung, die das Versicherungsrisiko seriös bewertet und ebenso auf das Jahr bezogen die Einnahmesituation (vgl. dazu § 220 SGB V), so dass es zu Kreditaufnahmen nicht kommen muss<sup>3</sup>.

## 3. Leistungsträger – Kontrolle und Absicherung

Die Versicherungsträger sind – so § 29 SGB IV – rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung. Sie erfüllen **ihre Aufgaben in eigener Verantwortung** (§ 29 Abs. 3 SGB IV).

Neue Aufgabenbereiche (z.B. integrierte Versorgung), vom Gesetzgeber veranlasste Leistungseinschränkungen, Vergleichsverhandlungen mit einer Vielzahl von Personen oder Unternehmen, Fusionen, die Haushaltsplanung – all das geschieht nicht nur „unter den Augen“ der Aufsicht sondern oftmals auch im Einvernehmen. Das kann die Autonomie des einzelnen Trägers schwächen<sup>4</sup>; es stiftet aber zugleich Legitimation und entlastet ihn in der Diskussion mit Kritikern<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Vgl. dazu die Entscheidung des SG Augsburg Urt. v. 20.4.2005 – S 10 KR 320/04 –. Sie wurde wegen Fusion der klagenden BKK rechtskräftig, hat das Problem der widerstreitenden Interessen insbesondere unter Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes nicht gelöst. *Schnapp* in: ders./Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 4 Rdn. 96, sieht durch die bundesweite Veröffentlichung personenbezogener Daten das Grundrecht der betroffenen Vorstände auf informationelle Selbstbestimmung verletzt.

<sup>3</sup> Zur Kritik am Verhalten der Aufsichtsbehörden, die „als geduldig-langmütige Begleiter“ die Kassen in diesem Bereich nur „ungern stören wollen“, vgl. *Rixen*, Auf dem Marsch in den verschuldeten Krankenversicherungsstaat?, VSSR 2004, 241. Zum „Milliardendefizit bei Großkassen“ im 1. Quartal 2006 vgl. *Thelen* Handelsblatt v. 23.05.2006, S. 4.

<sup>4</sup> Zu diesem Konflikt zwischen Aufsicht und Selbstverwaltung bereits *Krause*, Aufsicht in der Sozialversicherung, in: Sozialrechtsprechung. Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat. Festschrift zum 25jährigen Bestehen des BSG, 1979, S. 188 ff.

<sup>5</sup> Sog. „Schutz- und Kontrollfunktion“ dazu *Schuppert*, Staatsaufsicht im Wandel, DÖV 1998, 831, 832; vgl. dazu auch andeutungsweise *Schirmer* in: Schewe (Hrsg.), BVA. Die Praxis des Bundesversicherungsamtes, 1976, S. 28.

#### 4. Das öffentliche Interesse

Der Sozialstaat des Grundgesetzes erschöpft sich nicht darin, Leistungen denjenigen zu gewähren, die danach verlangen, sondern muss auf Gleichbehandlung und Chancengleichheit, sprich: „**soziale Gerechtigkeit**“ achten.

Eine Aufsicht, die nicht nur den Haushalt sondern auch das Leistungsgebaren der Sozialversicherungsträger sorgfältig kontrolliert, erfüllt auch und gerade im demokratischen Rechtsstaat eine öffentliche Aufgabe<sup>6</sup>. Aufsicht ist also nicht irgendein Anhängsel an die Exekutive oder die Sondereinsatztruppe der Legislative, die – unzufrieden mit der Wirkweise des allgemeinen Gesetzes – deren punktgenaue Durchsetzung verlangt.

Bei derart **einhelligem Zuspruch** von allen Seiten, fragt man sich verwundert, wieso um manche Einzelfrage mit der Aufsicht vor den Gerichten so erbittert gestritten wird. Die Analyse zweier Rechtsstreite aus den letzten zwei Jahren schärft den Blick für die Rolle der Aufsicht in der „Zivilgesellschaft“ von morgen.

---

<sup>6</sup> I.d.S. z.B. *Schuppert*, Staatsaufsicht im Wandel, DÖV 1998, 831, 836 f.: „Steuerungsaufsicht und Gewährleistungsverantwortung“; *Marschner* in: Wannagat (Hrsg.), SGB, § 87 SGB IV Rdn. 6, 7. *Marburger/Marburger*, Die Staatsaufsicht in der Sozialversicherung, 3. Aufl. 2004, S 43, bezeichnen als „Aufsichtsziel“: Rechtssicherheit und Rechtseinheit für die Versicherten sowie Gleichbehandlung der Träger

## II. Gericht vor Aufsicht?

### 1. „Vorgreifliche Aufsichtsmaßnahmen?“

Die Aufsichtsbehörde darf grundsätzlich auch in bestehende Rechtsbeziehungen zwischen Versicherungsträger und einem Dritten eingreifen und Verpflichtungsbescheide erlassen. Anders liegt es jedoch, wenn die Beteiligten eines Rechtsverhältnisses bereits über dessen Inhalt streiten und dieser Streit ohne weiteres zur Entscheidung eines Gerichts gebracht werden kann. Hier darf – so das BSG am 27.10.1966 ausdrücklich –

„die Aufsichtsbehörde der gerichtlichen Entscheidung grundsätzlich nicht durch eine eigene – über eine gutachterliche Meinungsäußerung hinausgehende – Entscheidung vorgreifen. Dagegen sprechen neben verfassungsrechtlichen Bedenken (Art. 92 GG) vor allem prozessuale Erwägungen. Würde die Aufsichtsbehörde einer Krankenkasse aufgeben, einem Dritten eine bisher verweigerte Leistung zu gewähren, so könnte die Kasse diese Anordnung nach § 54 Abs. 3 SGG anfechten. Daneben könnte aber auch der Dritte wegen der Ablehnung der Leistung gegen die Kasse Klage erheben. Über beide Klagen müssten u.U. verschiedene Gerichte entscheiden und können voneinander abweichende Entscheidungen ergehen ...“<sup>7</sup>

Dieser Entscheidung hat schon vor mehr als 20 Jahren der damalige Vizepräsident des BVA, Herr *Gleitze*, vehement widersprochen: Der Hinweis auf Art. 92 GG sei schon deshalb nicht überzeugend,

„weil der Verpflichtungsbescheid einer Aufsichtsbehörde weder die richterliche Unabhängigkeit noch richterliche Entscheidungsbefugnisse berührt. Durch den Verpflichtungsbescheid werden weder die Rechtsbeziehungen zwischen dem Träger und dem Dritten abschließend geregelt noch ist das Gericht, das über den Individualrechtsstreit zu entscheiden hat, an den Ausgang des Aufsichtsrechtsstreits gebunden. Die Gefahr divergierender Gerichtsentscheidungen ist aus praktischer Sicht mehr theoretischer als

realistischer Natur ... . Die Aufsichtsbehörde würde ihrem gesetzlichen Auftrag nicht genügen, wenn sie die Einleitung von Aufsichtsmaßnahmen im Hinblick darauf unterließe, dass ein Dritter gegen das Verhalten des Versicherungsträgers um Rechtsschutz nachsuchen kann oder nachgesucht hat ...“.<sup>8</sup>

In der Folgezeit hat das BSG die Frage regelmäßig offen gelassen, ob ein Einschreiten der Aufsicht dann ausgeschlossen ist, wenn Dritte unmittelbar Klagemöglichkeiten gegenüber dem Versicherungsträger haben<sup>9</sup>. Weder die Furcht vor widersprechenden Entscheidungen noch die „Priorität des Individualrechtsschutzes“ spielen eine Rolle. Die Praxis hat längst Verfahren entwickelt um widerstreitende Entscheidungen auszuschließen: z. B. Ruhensanordnung in einem Verfahren, um den Ausgang des anderen abzuwarten oder Beiladung gem. § 75 SGG.

## 2. Gleichbehandlung qua Verpflichtung?

Der „Konflikt“ zwischen Individualrechtsschutz und Aufsicht wird in der Aufsichtsklage, über die der 8. Senat im Jahre 2003<sup>10</sup> zu entscheiden hatte, besonders deutlich: Es ging um die Frage, ob die Bergbau-BG im Hinblick auf eine **bevorstehende** – einschlägige – Änderung der BKV<sup>11</sup> Anträge auf Entschädigung einer Berufskrankheit gem. § 9 Abs. 2 SGB VII („Wie-BK“) ablehnen durfte. Die Bergbau-BG hat tatsächlich im Zeitraum Juli bis November 1997 in ca. 580 Fällen Entschädigungsanträge allein

---

<sup>7</sup> BSG Ur. v. 27.10.1966 – 3 RK 27/64 – E 25, 224; ähnlich BSG Urteil v. 28.08.1970 – 3 RK 14/68 – SozR Nr. 3 zu § 30 RVO.

<sup>8</sup> *Gleitze und Schneider*, Aufsicht und Rechtsprechung – Wirkung und Rückwirkung – in: Deutscher Sozialrechtsverband (Hrsg.), Entwicklung des Sozialrechts. Aufgabe der Rechtsprechung, Festgabe 100 Jahre sozialgerichtliche Rechtsprechung, 1984, 609, 613; ausführlich: *Schirmer/Kater/Schneider*, Aufsicht in der Sozialversicherung (Stand Dezember 2005) Nr. 200 S. 4, Nr. 230 S. 1 ff. Ebenso krit. zur Sicht des BSG auch *Harald Bogs*, Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, 1973, S. 67. Er vermisst „eine überzeugende rechtssatzmäßige Einschränkung des Aufsichtsrechts“; *Graeff* in: Hauck, SGB IV K § 89 Rdn. 5a; *Krause*, Aufsicht in der Sozialversicherung, in: Sozialrechtsprechung. Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des BSG, 1979, S. 208 f.; *Marburger/Marburger*, Die Staatsaufsicht der Sozialversicherung, 3. Aufl. 2004, 59; zust. dagegen *Schnapp*, Die vorgreifliche Anordnung der Aufsichtsbehörde in der Sozialversicherung, BKK 1969, 97 ff.

<sup>9</sup> Z.B. BSG Ur. v. 18.5.1988 – 1/8 RR 36/83 – E 63, 173, 176: Selbstabgabestellen; BSG Ur. v. 12.11.2003 – B 8 KN 1/02 U R – E 91, 269, 273: Keine Verpflichtung zur Amtshaftung; BSG Ur. v. 22.3.2005 – B 1 A 1/03 R – E 94, 221, 231: Leistungsgewährung im Zusammenhang mit Methoden der besonderen Therapierichtungen.

<sup>10</sup> BSG Ur. v. 12.11.2003 – B 8 KN 1/02 UR – E 91, 269.

<sup>11</sup> § 6 Abs. 2 BKV v. 31.10.1997 (BGBl. I S. 2623).

deshalb abgelehnt, weil der sogenannte Versicherungsfall der chronischen Bronchitis schon vor dem in der kommenden BKV festgelegten **Stichtag** (31.12.1992) eingetreten ist<sup>12</sup>. Ohne Anwendung der Stichtagsregelung wäre es – jedenfalls überwiegend – zu positiven Anerkennungen einer Wie-BK gekommen, die durch Anwendung der neuen BKV nicht mehr im Nachhinein abänderbar gewesen wären.

### a) Vorwirkung

Das BVA hatte die Problematik einer solchen „Vorwirkung“<sup>13</sup> erkannt und rechtliche Bedenken geltendgemacht. Nach Inkrafttreten der BKV-Novelle (mit Stichtagsregelung) war es auch nach Auffassung des BVA nicht (mehr) möglich, gleichsam unter Anwendung des Rechtsgedankens der „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ die vor Inkrafttreten der BKV-Novelle anhängigen Verfahren nach altem Recht zu entscheiden. Deshalb verpflichtete das BVA die Bergbau-BG, die alten Fällen wieder aufzugreifen und Entschädigung nach den Grundsätzen der Amtshaftung zu gewähren, soweit die Ablehnung ausschließlich auf der Anwendung einer Stichtagsregelung beruhte, die ihrerseits erst nach der Ablehnung in Kraft trat.

Diesen Verpflichtungsbescheid kassierte der 8. Senat des BSG im Jahre 2003<sup>14</sup> mit der Begründung, die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Amtshaftung lägen nicht vor. Es fehle jedenfalls am dafür erforderlichen Verschulden. Der 8. Senat verwies auf ein Urteil, welches er selbst zuvor, nämlich im Jahre 1999<sup>15</sup> gefällt hatte und in dem er die Ablehnung eines Entschädigungsantrages für rechtens erklärte, der vor der BKV-Novelle gestellt worden ist und über den vor dem 01.12.1997, d. h. vor dem Inkrafttreten der BKK-Novelle, entschieden wurde. Die Tatsache, dass gegen diese Entscheidung seines Senates eine Verfassungsbeschwerde noch anhängig war, ändere nichts an der Rechtswidrigkeit des Verpflichtungsbescheides.

---

<sup>12</sup> Vgl. dazu Hinweise von *Becker* in: Anm. zu BVerfG Ur. v. 23.6.2005 – 1 BvR 235/00 – SGB 2006, 94, 98 und den Tatbestand von BSG Urteil v. 12.11.2003 – B 8 KN 1/02 U R – E 91, 269, 270.

<sup>13</sup> Dazu u.a. *Kloepfer*, Vorwirkung von Gesetzen, 1974; *Gronen*, Die „Vorwirkung“ von EG-Richtlinien, 2006.

<sup>14</sup> BSG Ur. v. 12.11.2003 – B 8 KN 1/02 R – E 91, 269, 273.

<sup>15</sup> BSG Ur. v. 30.9.1999 – B 8 KN 5/98 UR – E 85, 24; ähnlich auch BSG Ur. v. 4.6.2002 – B 2 U 20/01 R –, wonach zur Sicherung des Vorrangs des Ordnungsgebers seine Beratungen eine „Sperrwirkung“ haben, nach der in dieser Beratungszeit des Ordnungsgebers keine Anerkennungen von Wie-BK nach der Öffnungsklausel gem. § 9 Abs. 2 SGB VII erfolgen dürfen; vgl. dazu auch die Nachweise bei *Becker* a.a.O. S. 98.

**b) Gleichbehandlung im Rechtsstaat**

Der Casus war damit nicht erledigt: Mit Beschluss vom 23.6.2005<sup>16</sup> hat das BVerfG nun die Individualentscheidung des BSG aus dem Jahre 1999<sup>17</sup> aufgehoben. Im Gegensatz zum BSG stellt das BVerfG fest, dass die Ablehnung einer „Wie-BK“ gem. § 9 Abs. 2 SGB VII unter Bezug auf eine erst später in Kraft tretende BKV-Änderung gegen das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verstößt. Mittlerweile hat die BG die Alt-Fälle wieder aufgegriffen und Entschädigung nach § 9 Abs. 2 SGB VII gewährt, auch soweit das mit der Novelle eingeführte Stichtagserfordernis nicht erfüllt ist.

Im Ergebnis haben die Versicherten also erhalten, wozu das BVA den Träger schon vorher als verpflichtet ansah. Anders als vom 8. Senat angenommen, hat der Träger sehr wohl rechtswidrig – ja sogar verfassungswidrig – gehandelt. Ob er sich auf mangelndes Verschulden berufen kann, ist zweifelhaft, hat doch die Aufsicht schon vor Inkrafttreten der BKV-Novelle den Finger auf die Wunde gelegt und effektives Verwaltungshandeln angemahnt bzw. den Attentismus (auch soweit er mit dem Stichwort „Vorwirkung“ neuen Rechts begründet wird<sup>18</sup>) als rechtsfehlerhaft kritisiert. Im Lichte der BVerfG-Entscheidung hatte die BG ihre Amtspflicht verletzt und sich schadensersatzpflichtig gemacht, sofern nicht im Wege des Primärrechtsschutzes Leistungen noch gewährt werden.

Natürlich wären nur sehr wenige mutige, wohlinformierte Betroffene den steinigen Weg zum Landgericht gegangen, um sich im Wege der Amtshaftung dort ihr Recht zu holen – ganz abgesehen vom Problem der Verjährung. Kein Zweifel: Den Verpflichtungsbescheid zu erfüllen, hätte die BG viel mehr Geld gekostet als die vielleicht schlussendlich für sie ebenfalls negativen Amtshaftungsverfahren durchzustehen. So gesehen schneidet der Verpflichtungsbescheid des BVA der BG „Rechte“ ab. Rechte, die diese aber – wie das BVerfG nun feststellt, nur durch fehlerhaftes Verwaltungshandeln erworben hat. Der Verpflichtungsbescheid sorgt für **Gleichbehandlung** unter all den Personen, die nach jahrelanger Exposition an einer Berufskrankheit erkrankt sind – einerlei ob sie den

---

<sup>16</sup> BVerfG Beschl. v. 23.6.2005 – 1 BvR 235/00 – SGB 2006, 94 m. Anm. *Becker*.

<sup>17</sup> BSG Urt. v. 30.9.1999 – B 8 KN 5/98 UR – E 85, 24.

<sup>18</sup> Dazu bezogen auf die BKV: BSG Urt. v. 3.6.2002 – B 2 U 20/01 R –: Sperrwirkung; ähnlich BayLSG Urt. v. 14.12.2004 – L 17 U 16/04 R –; SG Baden-Württemberg Urt. v. 26.9.2005 – L 10 U 2792/03 –;

Klageweg beschritten haben oder nicht. Solcher Art Gleichbehandlung zu gewährleisten ist originäre Aufgabe der Aufsicht.

So gesehen hätte der 8. Senat allen Anlass gehabt, genau anders herum zu entscheiden und die Klage gegen den Verpflichtungsbescheid abzuweisen – jedenfalls aber abzuwarten, bis das BVerfG entschieden hat, auch wenn diese Sicht nicht mit dem eindeutigen Votum des Senates im vorangegangenen Individualrechtsstreit überein zu stimmen scheint<sup>19</sup>.

Wer den in §§ 87, 89 SGB IV formulierten gesetzlichen Auftrag<sup>20</sup> an die Aufsicht ernst nimmt, kann dem BVA die Befugnis nicht absprechen, an dem Diskurs über das Thema „Vorwirkung von Gesetzen“<sup>21</sup> aktiv teilzunehmen und sich auch dann noch einzuschalten, wenn – jedenfalls für die Zukunft – der Gesetz- oder Ordnungsgeber neues Recht geschaffen hat. Dies um so mehr als die Vorwirkungsproblematik uns immer wieder beschäftigt: Aktuelles Beispiel ist die vom BSG<sup>22</sup> bejahte, von der Deutsche Rentenversicherung Bund anders begründete (Renten-)Versicherungspflicht selbständiger GmbH-Geschäftsführer. Seit Bekanntwerden des Urteils des BSG wendet die Deutsche Rentenversicherung Bund dieses Urteil nicht an unter Hinweis auf neues kommendes Recht. In der Tat hat der Bundestag reagiert und in das zum 1.7.2006 in Kraft tretende Haushaltbegleitgesetz eine Regelung aufgenommen die „klarstellen“ soll, dass der zur Rentenversicherungspflicht führende Tatbestand des § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI nicht im Verhältnis des Gesellschafter-Geschäftsführers zu „seiner“ Gesellschaft gelten soll<sup>23</sup>.

---

zur „Vorwirkung“ von Gesetzen aus verfassungsrechtlicher Sicht: *Kloepfer*, Vorwirkung von Gesetzen, 1974.

<sup>19</sup> BSG Ur. v. 30.9.1999 – B 8 KN 5/98 UR – E 85, 84.

<sup>20</sup> Zum „Gesetzesvorbehalt“ betr. den Auftrag an die Aufsicht: *Kahl*, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 503 f.

<sup>21</sup> Weitere Beispiele dazu bei *Schirmer/Kater/Schneider*, Aufsicht in der Sozialversicherung (Stand Dezember 2005) Nr. 250 S. 2.

<sup>22</sup> BSG Ur. v. 24.11.2005 – B 12 RA 1/04 – dazu *Plagemann/Radtke*, GmbH-Geschäftsführer: „Arbeitnehmerähnlich“, NZG 2006, 281.

<sup>23</sup> BT-Drucks 16/1525.

### 3. Rechtsgestaltung durch Verwaltung, nicht Aufsicht

Die Sozialrechtspraxis verlangt **Gestaltung**. Gestalten muss der Sachbearbeiter, der Leistungsträger, und zwar in eigener Verantwortung<sup>24</sup>. Verbunden ist dies nicht nur mit einer kreativen Rechtsauslegung sondern auch mit Rechtsschöpfung. Wenn es aber Aufgabe der Sozialverwaltung ist, Recht zu gestalten und Recht zu schöpfen, kann es nicht Sache der Aufsicht sein, diese Rechtsschöpfung gleichsam „vorwegzunehmen“. Das ist die „Botschaft“ der Entscheidung vom 22.3.2005, mit der der 1. Senat eine Verpflichtungsanordnung teilweise aufgehoben hat, die sich mit den Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen der besonderen Therapierichtungen befasste: Dem aufsichtsbehördlichen Einschreiten stehe entgegen, dass weder durch das Gesetz noch durch gesetzesauslegende höchstrichterliche Rechtsprechung hinreichend abgesichert ist, dass die zu den neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden entwickelten leistungsrechtlichen Grundsätze gem. § 135 SGB V (u.a. „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“) auf entsprechende Leistungen der besonderen Therapierichtungen (hier: speziell Homöopathie und Anthroposophie) uneingeschränkt zu übertragen sind oder ob insoweit Abweichungen und Modifizierungen in Betracht kommen<sup>25</sup>.

#### a) Gestaltende Rechtsaufsicht?

Schauen wir genauer hin: Nach § 87 SGB IV erstreckt sich die staatliche Aufsicht auf die Beachtung von Gesetz und sonstigem Recht, das für die Versicherungsträger maßgebend ist. „Rechtsaufsicht“ beginnt also erst dort (dann aber muss sie auch „eingreifen“), wo sich aus Gesetz und sonstigem Recht bezogen auf einen Tatbestand eine Rechtsfolge herleiten lässt. Die Worte „Gesetz oder sonstiges Recht“ sind nicht restriktiv auszulegen, etwa derart, dass nur das „Gesetz“ zu beachten ist, dem das BSG einen bestimmten Inhalt gegeben hat, welches es „bestätigt“ oder „bekräftigt“ hat. Lange vor einer Befassung durch das BSG, nämlich vom ersten Tag seiner Geltung an, ist es vom Träger anzuwenden (ohne wenn und aber!) und dessen Beachtung von der Aufsicht zu kontrollieren, ggf. durchzusetzen. Ob also die von der Rechtsprechung zu neuen Behandlungs- und Untersuchungsmethoden i.S. des § 135 SGB V anzuwenden

---

<sup>24</sup> Das heben auch *Schirmer/Kater/Schneider*, Aufsicht in der Sozialversicherung (Stand Dezember 2005) Nr. 220 S. 3 f., hervor.

<sup>25</sup> BSG Urt. v. 22.3.2005 – B 1 A 1/03 R – E 94, 230 m. zust. Anm. *Engelhard* jurisPR-SozR 25/2005.

Kautelen auch für die besonderen Heilmethoden gelten oder nicht, ist eine **Rechtsfrage** (und unterliegt auch nicht dem Ermessen eines Trägers).

Richtig ist, dass der 1. Senat über eine Aufsichtsklage zu entscheiden hatte, die von erheblicher Breitenwirkung ist. Unabhängig davon, welche Kosten durch die Finanzierung von Leistungen der besonderen Therapierichtungen tatsächlich entstehen, ging es ganz grundsätzlich um Fragen der Wirksamkeit, Effizienz und Wirtschaftlichkeit, die immer dann berührt sind, wenn man die bisher angewandten schulmedizinischen Kriterien der evidenzbasierten Medizin mit Erkenntnissen und Überzeugungen konfrontiert, die aus den sogenannten „besonderen Therapierichtungen“ stammen und explizit eine derartige Denkweise ablehnen<sup>26</sup>. Der 1. Senat billigt zwar dem Gemeinsamen Bundesausschuss bei der Entscheidung gem. § 135 SGB V eine Art Beurteilungsspielraum zu<sup>27</sup>, räumt aber an keiner Stelle der einzelnen Krankenkasse einen vergleichbaren Entscheidungsspielraum (Ermessen- oder Beurteilungsspielraum?) ein<sup>28</sup>, soweit es um die Frage geht, ob und welche Leistungen der besonderen Therapierichtungen als Sachleistung dem Versicherten zur Verfügung gestellt werden können. Im Gegenteil lässt der Senat keinen Zweifel daran, dass es sich hierbei um Rechtsfragen handelt, auf die es – nach der herkömmlichen juristischen Logik – nur eine „richtige Antwort“ geben kann. Es ist durchaus ehrenwert, wenn ein Gericht zugibt, dass die von den Parteien aufgeworfene Rechtsfrage so kompliziert und schwierig ist, dass die richterliche „Manpower“ derzeit jedenfalls nicht ausreicht, darauf eine schlüssige und überzeugende Antwort zu finden. Reicht das aber aus, um einen Verpflichtungsbescheid aufzuheben? Der – so formulieren die Richter im Jahre 2005 eindeutig – keineswegs auf einer falschen sondern „nur“ auf einer vom BSG bisher so nicht bestätigten Rechtsauffassung beruhte?

---

<sup>26</sup> Dazu zusammenfassend *Zuck*, Homöopathie und Verfassungsrecht, 2004; *Wigge/Wille*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.) Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, S 19 Rdn. 7; BSG Ur. v. 08.09.1993 – 14a RKA 7/92 – E 73, 66 – Amalgam – m. Anm. *Plagemann* SGB 1994, 543; LSG Niedersachsen Ur. v. 30.08.1996 – L 4 KR 11/95 – NZS 1996, 74.

<sup>27</sup> BSG Ur. v. 22.03.2005 – B 1 A 1/03 R – E 94, 221, 232 unter Bezug auf die Rechtsprechung; kritisch dazu *Schimmelpfeng-Schütte* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 7 Rdn. 38, 39. Ausführlich zur Kontrolldichte unter der geänderten Rechtslage gem. GMG: *Engelmann*, Die Kontrolle medizinischer Standards durch die Sozialgerichtsbarkeit, MedR 2006, 250 ff.

<sup>28</sup> Einen solchen „Gestaltungsspielraum“ haben die Kassen, soweit es um Satzungsregelungen zur Bemessung der Beiträge gem. § 240 SGB V geht: BSG Ur. v. 24.04.2002 – B 7/1 A 1/00 R – E 89, 213.

**Zur Klarstellung:** Wer – wie der Gesetzgeber – in der Medizin für eine Pluralität von Therapiekonzepten wirbt und dies in § 2 SGB V den Versicherten auch verspricht, kommt wohl nicht umhin, dem Gemeinsamen Bundesausschuss ein Überprüfungsrecht einzuräumen. Möglicherweise nach einem „anderen“ Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse, nämlich dem „in der jeweiligen Therapierichtung“ (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 am Ende SGB V). Die Tatsache, dass diese Leistungen im EBM bisher nicht oder unzureichend aufgelistet sind, reicht nicht aus, um jahrelang angewandte Behandlungsmethoden der Homöopathie oder Anthroposophie als „neu“ anzusehen - verbunden mit einem generellen bis zur positiven Entscheidung des GBA andauernden Verbot der Anwendung zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung.

**b) „Schutzauftrag“ der Aufsicht**

Auch dieser Casus ist damit **keineswegs erledigt**:

Wenige Monate nach der Entscheidung des BSG hat das BVerfG in zwei sehr umfangreichen und detailliert ermittelten Urteilen verfassungsrechtliche **Schutzpflichten** des Gesetzgebers aus Art. 2 und 14 GG hergeleitet. Schutzpflichten zur Sicherung dafür, dass die durch Prämienzahlungen der Versicherungsnehmer beim Lebensversicherer geschaffenen Vermögenswerte im Falle von Bestandsübertragungen als Quellen für die Erwirtschaftung von Überschüssen erhalten bleiben<sup>29</sup>. Das BVerfG stellt klar, dass weder die Privatwirtschaftlichkeit noch der Wettbewerb zwischen den Versicherern noch die – zumeist nur theoretische – Möglichkeit des VN, das Unternehmen zu wechseln, eine ausreichende Mindestsicherung gewährleisten. Auch die dem VN selbst zustehende Klagemöglichkeit (auf Einschreiten der Missbrauchsaufsicht gem. § 81 ff. VAG)<sup>30</sup> gewähre keinen ausreichenden Schutz<sup>31</sup>. Das Gericht bezeichnet den derzeit geltenden Prüfmaßstab anhand des VAG als unzureichend, da er nicht **positiv auf die Wah-**

---

<sup>29</sup> BVerfG Urt. v. 26.7.2005 – 1 BvR 782/94 und 957/96 – VersR 2005, 1109; dazu *Schwintowski* EWiR 2005, 647; BVerfG Urt. v. 26.7.2005 – 1 BvR 80/95 – VersR 2005, 1127. Im einen Fall ging es um die Übertragung eines Lebensversicherungsbestandes und die Frage, welche Vermögenswerte zu Lasten der Versicherungsnehmer bei dem Übertragenden verbleiben können bzw. später erst übertragen werden; dazu allg. *Hasselbach/Komp*, Die Bestandsübertragung als Maßnahme zur Restrukturierung von Versicherungsunternehmen, VersR 2005, 1651. Im anderen Fall ging es um die Bewertung und die Sicherung der Überschussbeteiligung.

<sup>30</sup> Dazu im Einzelnen: *Winter*, Die Paradigmenverschiebung bei der Missbrauchsaufsicht nach § 81 VAG, VersR 2005, 145.

<sup>31</sup> VersR 2005, 1125.

**rung der Belange** der Versicherten gerichtet sei. Der Gesetzgeber sei verpflichtet, seinem Schutzauftrag auch mit Hilfe der Aufsicht nachzukommen.

Wie weit geht der Schutzauftrag des BVA?

Einige Betriebskrankenkassen haben mit Ärzten, die homöopathische Behandlung anbieten, Verträge über die **integrierte Versorgung** abgeschlossen. Diese Kassen gewähren eine über den EBM hinausgehende Vergütung für ärztliche Leistungen und Zuschüsse zur Finanzierung homöopathischer Mittel. Ob in den Verträgen sich Hinweise darauf finden, dass die „Einzelheiten zur Leistungsgewährung im Zusammenhang mit Leistungen der besonderen Therapierichtungen durch die höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht geklärt und daher rechtlich nicht hinreichend abgesichert“ seien<sup>32</sup>, ist mir nicht bekannt. Ein solcher vom 1. Senat verlangter Hinweis ändert natürlich nichts daran, dass die Leistungsgewährung endgültig ist. Der Hinweis ist für den Versicherten belanglos. Er wird deswegen nicht den Klageweg beschreiten, um Rechtsicherheit zu erhalten, nachdem er die Leistung ja erhalten hat.

Also doch Homöopathie auf Kassenkosten?

**c) Unlauterer Wettbewerb?**

Recht offen wird auch von der Politik zu einem „**Wettbewerb**“ unter Krankenkassen aufgerufen. Es diene der Qualitätssicherung, wenn Krankenkassen ihren Versicherten Leistungen zur Verfügung stellen, die andere Kassen vielleicht nicht finanzieren. Dieser „Wettbewerb“ bewirke, dass Versicherte bei der Wahl ihrer Krankenkasse (§ 175 SGB V) nicht nur auf den „Preis“ achten sondern auch auf die Leistungen, die ihnen dort gewährt werden. In ihren Verlautbarungen, z.B. im Internet, „werben“ einzelne Krankenkassen ausdrücklich mit der Homöopathie, die Teil ihres (Sachleistungs-) Angebots sei.

**Unlauter** sind solche Maßnahmen i.S. des UWG, wenn mit einer Leistung geworben wird, welche nach dem SGB V von der Kasse aus den (Pflicht-)Beiträgen ihrer Mitglieder nicht finanziert werden dürfen. Träfe die Auffassung des BVA zu, wäre das Versprechen, Leistungen der Homöopathie zu finanzieren, Teil eines unlauteren Wettbe-

---

<sup>32</sup> BSG Urt. v. 22.03.2005 – B 1 A 1/03 R – E 94, 221, 238.

werbs und rechtswidrig. Aus Gründen der Kostendämpfung hat der Gesetzgeber zudem in § 34 Abs. 1 SGB V definitiv nichtverschreibungspflichtige Arzneimittel von der Versorgung ausgeschlossen. Pharmakotherapien der Homöopathie dürften als Arzneimittel i.S. der §§ 31, 34 SGB V anzusehen sein<sup>33</sup>, die zudem nicht rezeptpflichtig sind, mit der Folge, dass der Leistungsausschluss gilt, soweit der Gemeinsame Bundesausschuss nicht etwas anderes geregelt hat<sup>34</sup>.

Gegen derart unlauteren Wettbewerb können sich weder Verbraucherschutzverbände noch „konkurrierende“ Krankenkassen vor den Zivilgerichten zur Wehr setzen. Aus einem Urteil des BGH<sup>35</sup> ergibt sich, dass § 69 SGB V die Anwendbarkeit des UWG auch im Verhältnis zwischen Krankenkassen ausschließt<sup>36</sup>. Die Frage des Leistungsumfangs im Bereich der besonderen Therapierichtlinien kann also erst dann einer höchstrichterlichen Rechtsprechung zugeführt werden, wenn ein Versicherter einer anderen Krankenkasse von dieser eine Ablehnung erhält und nun eine Individualklage einreicht. Eine wenig praktische Sicht: Der Versicherte wäre zweifellos besser beraten, die Kasse zu wechseln als einen langwierigen Rechtsstreit um Behandlungskosten zu führen, die regelmäßig nur in geringer Höhe anfallen.

#### d) Aufsicht im Wettbewerb

Wer außer dem BVA kann überhaupt die bis heute streitige **Rechtsfrage**, wie es um die Leistungsgewährung im Bereich der besonderen Therapierichtungen nach dem aktuellen SGB V steht, mit den Kassen diskutieren? Das BVA muss den gesetzlichen **Schutzauftrag** der Versicherten wahren<sup>37</sup>. Diesen Schutzauftrag hat das BVerfG explizit auch auf die Position des Versicherten einer gesetzlichen Krankenkasse bezogen, und zwar unter Hinweis auf die der GKV zugrundeliegende **Versiche-**

---

<sup>33</sup> So wohl auch der 1. Senat E 94, 221, 236, 237.

<sup>34</sup> Vgl. dazu Nr. 16 der Arzneimittel-Richtlinien, i.d.F. Beschl. v. 21.12.2004, BAnz Nr. 62.

<sup>35</sup> BGH Urt. v. 23.2.2006 – I ZR 164/03 – unter Bezug auf BSG Urt. v. 25.09.2001 – B 3 KR 3/01 R – E 89, 24 und BSG Urt. v. 12.05.2005 – B 3 KR 32/04 R – GesR 2005, 409.

<sup>36</sup> Nach *Schirmer/Kater/Schneider*, Aufsicht in der Sozialversicherung (Stand Dezember 2005) Nr. 260, hat die Aufsicht als Maßstab eigener Art nun auch die „Gemeinsamen Wettbewerbsgrundsätze“ anzuwenden bzw. deren Einhaltung zu überwachen.

<sup>37</sup> *Schirmer/Kater/Schneider*, Aufsicht in der Sozialversicherung (Stand Dezember 2005) Nr. 295 S. 6, bezeichnen das Sozialstaatsgebot als „Schutzprinzip zugunsten des wirtschaftlich Schwachen“, das mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit in Konfrontation geraten kann.

**rungspflicht**<sup>38</sup>. Die Position des GKV-Versicherten kann man durchaus als „eigentumsähnlich“<sup>39</sup> ansehen. Wenn aber Leistungsansprüche verfassungsrechtlich auch aus dem Aspekt der Versicherungspflicht herzuleiten sind, muss es spiegelbildlich auch einen Schutzauftrag geben, der die Solidargemeinschaft der Versicherten (§ 1 SGB V) vor Ausgaben der Kasse schützt, die nach den gesetzlichen Vorgaben nicht getätigt werden dürfen.

Um nicht missverstanden zu werden: Die vom Gesetzgeber in § 2 SGB V erwähnten „Behandlungsmethoden, Arznei- und Heilmittel der besonderen Therapierichtungen“ sind möglicherweise – in einem zu definierenden Umfang – Teil des Leistungskataloges. Dann entspräche es wiederum dem vom BVerfG hervorgehobenen Schutzauftrag, alle Krankenkassen daran zu erinnern, welches ihre Leistungspflichten sind. Ob sie damit „werben“ oder nicht ist natürlich wiederum eine andere Frage. **Diesen Schutzauftrag muss die Aufsicht auch wahrnehmen.**

#### e) Medizinischer Fortschritt und Leistungsauftrag der Krankenkassen

Jedermann weiß, dass – trotz aller Diskussionen um Leitlinien, evidenzbasierte Medizin und Qualitätssicherung – medizinisches Handeln und insbesondere der medizinische Fortschritt sich nicht in der Auslegung und Anwendung von Gesetzesparagrafen erschöpft und erschöpfen darf. Ein Krankenversicherungssystem, welches ärztliches Handeln auf Rechtsanwendung beschränkt, verliert seine Legitimation. Man kann mit guten Gründen für ein System der GKV werben, welches die Entscheidung über das „richtige“ Therapiekonzept in die Hände von Arzt und Patienten legt und in Grenzbereichen ihnen auch so etwas wie Experimente zubilligt. Die Rechtsprechung zum off-label-use<sup>40</sup> öffnet sehr vorsichtig das System der GKV; das BVerfG hat dies mit Beschluss vom 6.12.2005 sogar für den Fall akzeptiert, in dem es bei einer seltenen und schweren Krankheit um ein therapeutisches Konzept geht, welches der Bundesaus-

---

<sup>38</sup> BVerfG Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvR 347/98 – NJW 2006, 891 = GesR 2006, 72; dazu *Dettling* GesR 2006, 97. Vgl. dazu auch die „vorläufigen Hinweise für die Begutachtung“ von neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden (NUB)“ v. 4.4.2006 der Spitzenverbände der Krankenkassen.

<sup>39</sup> Dazu explizit *Dettling* GesR 2006, 97, 103.

<sup>40</sup> BSG Ur. v. 19.10.2004 – B 1 KR 27/02 R – E 93, 236; BSG Ur. v. 19.03.2002 – B 1 KR 37/00 – E 89, 184; *Wigge/Wille*, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2006, § 19 Rdn. 62 ff.; vgl. auch Beschl. des GBA v. 18.04.2006 zur Änderung der Arzneimittel-Richtlinien.

schuss – allerdings bezogen auf einen weiteren Anwendungsbereich – von der Leistungspflicht gem. § 135 SGB V ausgeschlossen hatte<sup>41</sup>.

Anders als bisher angenommen<sup>42</sup> wird künftig auch die GKV medizinisches „Erfahrungswissen“ generieren, welches durchaus geeignet ist, die medizinische Praxis fortzuentwickeln<sup>43</sup>. Vielleicht kann man das Urteil des 1. Senates vom 22.3.2005 auch i.d.S. deuten. Dann allerdings muss man in der Tat einen Schritt weiter gehen: Sachleistungen, soweit sie Homöopathie und Anthroposophie umfassen, unterliegen jedenfalls nicht per se dem Verdikt der Rechtswidrigkeit. Die Leistungsgewährung ist auch nicht – mit den Worten des 1. Senates – als „nicht hinreichend abgesichert“ anzusehen sondern rechtmäßig, freilich steht sie unter dem Vorbehalt einer der Qualitätssicherung verpflichteten Überprüfung für die Zukunft. Der Beschluss des GBA zur Akupunktur<sup>44</sup> und die neue Verfahrensordnung<sup>45</sup> geben bereits erste Hinweise darauf, wie eine solche Überprüfung aussehen kann.

#### 4. Gerichtliche Kontrolle vor der Genehmigung?

Die dem BVA obliegende Genehmigung<sup>46</sup> von Satzungen bzw. Satzungsänderungen kann Sachverhalte von höchster sozialpolitischer Brisanz betreffen. Die Frage ist also, ob ein von der Satzungsneuregelung betroffener Bürger bzw. eine Institution vorbeugenden Rechtsschutz etwa in Form einer Unterlassungsklage i.V.m. einer einstweiligen Anordnung in Anspruch nehmen kann, um die Genehmigung und damit das Inkrafttreten der kritisierten Neuregelung zu verhindern. Dagegen spricht, dass es Rechtsschutz gegen Normen nur in speziell geregelten Verfahren gibt, im Übrigen der Bürger auf eine Inzidentkontrolle verwiesen wird.

---

<sup>41</sup> Es handelt sich um die Bioresonanztherapie, vgl. dazu Beschl. des Gemeinsamen Bundesausschusses v. 10.12.1999, BAnZ Nr. 56 vom 21.03.2000; dazu auch BSG Urt. v. 19.02.2003 – B 1 KR 18/01 R – SozR4-2500 § 135 Nr. 1.

<sup>42</sup> Dazu *Schimmelpfeng-Schütte* in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch Vertragsarztrecht, 2. Aufl. 2006, § 7 Rdn. 32.

<sup>43</sup> Vgl. i.d.S. insb. *Wölk*, „Off-Label-use“ in der ambulanten Versorgung in der GKV – Öffnung der GKV für individuelle Heilversuche?, ZMGR 2006, 3, 10.

<sup>44</sup> V. 18.4.2006: Richtlinie „Methoden vertragsärztlicher Versorgung“: Akupunktur.

<sup>45</sup> Vgl. nur die Verfahrensordnung des Gemeinsamen Bundesausschusses v. 20.9.2005, BAnZ 2005, Nr. 242, S. 16998.

<sup>46</sup> Man spricht hier von „Mitwirkung“ der Aufsicht an der Normsetzung: z. B. *Marburger/Marburger*, Staatsaufsicht in der Sozialversicherung, 3. Aufl. 2004, S 122 f. Zum Genehmigungsverfahren im einzelnen: *Schirmer/Kater/Schneider*, Aufsicht in der Sozialversicherung (Stand Dezember 2005) Nr. 520.

Sofern der Antragsteller von der Satzungsänderung **unmittelbar betroffen** ist, sich also bei genehmigter Satzungsänderung unmittelbar erhebliche Pflichten bzw. Belastungen ergeben, die im Wege des Individualrechtsschutzes nicht oder nicht zeitnah einer Überprüfung unterzogen werden können, gebietet es Art. 19 Abs. 4 GG die Lücke im SGG (keine Normenkontrolle<sup>47</sup>) im Wege einer vorgreiflichen Rechtskontrolle zu schließen:

„Der Rechtsschutz gegen Satzungsrecht im Sozialrecht wäre unvollkommen, wenn in Fällen der vorliegenden Art erst nach Eintritt der Rechtsverletzung nur festgestellt werden könnte, dass das Verhalten – ... – rechtswidrig war. Da nach Genehmigung der Satzungsänderung die Gestaltungswirkung unmittelbar in Kraft tritt ..., ist in verfassungskonformer Auslegung die Antragsbefugnis zu bejahen ...“<sup>48</sup>.

## 5. Aufsicht vor Gericht!

Die der Aufsicht einerseits und der Rechtsprechung andererseits obliegenden Funktionen im Verfassungsstaat mit Gewaltenteilung schließen sich nicht aus. Sie müssen sich ergänzen, wobei das von *Schnapp* verwendete Bild von der „Reservfunktion“ der Aufsicht mit dem **Vorrang der Gesetzes** kollidiert. Zudem möchte ich aus rein praktischen Erwägungen der strengen Subsidiaritätsthese widersprechen: So perfekt der Sozialrechtsschutz auch ausgestaltet ist, kann er – gleichsam „wesensmäßig“ – nur mit Verzögerung greifen, so dass zur funktionalen Ergänzung die Aufsicht aufgerufen ist<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Zu den Ausnahmefällen vgl. BSG v. 28.6.2000 – B 6 KA 26/99 R – SozR3-2500 § 138 Nr. 1; BSG Urt. v. 11.9.2002 – B 6 KA 34/01 R – SozR3-2500 § 87 Nr. 35; BSG Urt. v. 24.11.2004 – B 3 KR 10/04 R – GesR 2005, 274; zusammenfassend dazu auch *Plagemann* Prozessrecht, Wandel des Sozialstaates – Herausforderungen an den Sozialrechtsschutz, in FS-BSG 2004, 825 f., ferner ders., NZS 2006, 169, 174.

<sup>48</sup> So ausdrücklich Hessisches LSG Beschl. v. 28.4.2004 – L 14 KR 66/04 ER – unter Bezug auf BVerwG v. 17.12.1981 – 5 C 56.79 – E 64, 298, 300 betr. vorbeugende Unterlassungsklage.

<sup>49</sup> Dazu ausführlich *Kahl*, Die Staatsaufsicht. Entstehung, Wandel, Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden, 2000, S. 495, 549, 550.

### III. Aufsicht im 21. Jahrhundert

#### 1. „Kooperative“ Aufsicht – Aufsicht „light“?

*Kluth*<sup>50</sup> spricht von einem Bedeutungs- und Verständniswandel der Aufsicht. Ging es früher um die Frage, ob durch die Staatsaufsicht die Anbindung der Körperschaft an den möglichst als Einheit zu bewahrenden Staat gesichert wird<sup>51</sup>, dominiert heute ein **kooperatives Verständnis** von Staat und Körperschaft. Die „Leitungsgewalt“ bleibt eindeutig beim Leistungsträger und obliegt nicht der Aufsicht<sup>52</sup>. Dafür spricht der Gedanke der Selbstverwaltung,

Auch dann, wenn man die Sozialversicherung insgesamt der „mittelbaren Staatsverwaltung“ zuordnet<sup>53</sup> und den Umfang der Leistungsansprüche auch daran orientiert, dass die GKV eine Pflichtversicherung ist<sup>54</sup>, muss man zur Kenntnis nehmen, dass sich das Selbstverständnis und die Arbeitsweise der Exekutive in einem Modernisierungsprozess befindet. Manche sprechen von einem „neuen Verwaltungsmanagement“<sup>55</sup>. Wer vor dem Hintergrund flacher Hierarchien und eines teamorientierten Arbeitsprozesses Bürgernähe verspricht und zugleich ein verwaltungsinternes Controlling, ggf. mit einer Budgetierung, einführt, muss den Blick auf eine **ergebnisorientierte** Verwaltungsarbeit richten. *Fuchs* verknüpft die „Effizienz“ des Systems der Sozialversicherung mit der der Versicherung zugrundeliegenden **Äquivalenz von Beitrag und Leistung**<sup>56</sup>; *Pitschas*<sup>57</sup> postuliert: „Nie war die (Qualitäts-)Aufsicht so wichtig wie heute“. Gestaltungsspielräume werden modernen Verwaltungsorganisationen um der Qualitätssicherung willen

---

<sup>50</sup> *Kluth* in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Band III, 5. Aufl. 2004 § 87 IV Rdn. 80 unter Bezug auf *Knemeyer*, Rechtsaufsicht als Vertrauensaufsicht, BayVBl. 1999, 183.

<sup>51</sup> *Kahl*, Die Staatsaufsicht. Entstehung, Wandel, Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden, 2000, S. 472 ff.; dazu auch *Pitschas*, Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im Neuen Verwaltungsmanagement, DÖV 1998, 907, 908.

<sup>52</sup> *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht Band III, 5. Aufl. 2004, § 87 IV Rdn. 187 ff.

<sup>53</sup> So BSG Urt. v.25.09.2001–3 KR 3/01 R – E 89, 24, 32; ; BVerfG Beschl. v.09.04.1975 –2 BvR 879/73– E 39, 302, 313; *Marburger/Marburger*, Die Staatsaufsicht in der Sozialversicherung, 3. Aufl. 2004, S. 24 f., 41.

<sup>54</sup> BVerfG Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvR 347/98 – NJW 2006, 891 = GesR 2006, 72; dazu *Detting*, Grundrechte, neue Behandlungsmethoden und Grenzen der Rationierung in der GKV, GesR 2006, 97. *Nahnauer*, Brauchen wir weitere Ausnahmeregelungen im Arzneimittelbereich, BKK 2006, 204.

<sup>55</sup> Dazu *Pitschas*, Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im Neuen Verwaltungsmanagement, DÖV 1998, 907 ff.

<sup>56</sup> *Fuchs* in: Fuchs/Preis, Sozialversicherung. Praxislehrbuch 2005, § 4 II.2 S. 32.

zugebilligt. Dem entspricht eine stärker präventiv orientierte „Strukturaufsicht“<sup>58</sup> bzw. eine „Steuerungsaufsicht“<sup>59</sup>. Eine Aufsicht, die wirksam wird, bevor die Sozialverwaltung „vollendete Tatsachen“ geschaffen hat. Sie agiert „rückwirkend“ nur insoweit, als dem jeweiligen Träger in der Rechtsgestaltung das „Recht der ersten Entscheidung“ zusteht<sup>60</sup>, aber niemals „schonend“ sondern effektiv.

## 2. Abschied von der Aufsicht?

Das Grundgesetz ebenso wie der EU-Vertrag fördern eine Sichtweise, wie sie auch dem Begriff **Zivilgesellschaft** eigen ist: Der politische Konsens wird weitgehend durch ein Bewusstsein ersetzt (oder jedenfalls ergänzt), welches den „mündigen Verbraucher“ in den Mittelpunkt stellt. Jeder Bürger soll nicht nur über die ihm gemäßen Konsumalternativen informiert sein und aus einer Vielfalt wählen können, sondern sein Selbstbewusstsein als soziales Wesen auch aus der Eigenständigkeit der Wahlentscheidung herleiten. Solcher Art Selbstbewusstsein bezieht er auch auf die eigenverantwortliche Gestaltung seiner finanziellen Position bis hin zur Vorsorge: Jeder Bürger ein „homo oeconomicus“. Dazu gehört Deregulierung verbunden mit Wettbewerb zwischen den verschiedenen Anbietern und Transparenz.

Wozu dann noch die Aufsicht? Der Markt soll es richten, der **Wettbewerb** als Garant für Verbraucherschutz. „Effektive Leistungserstellung durch kostengünstige Produktion“, so lautet eines der Ziele des funktionsfähigen Wettbewerbs im Gesundheitswesen<sup>61</sup>. Dieser Markt soll nicht durch Bürokratien belastet oder „behindert“ werden. Freier Markt und **Bürokratieabbau** bedingen sich gegenseitig. Erst recht in Zeiten eines hohen Staatsdefizits muss auch zum 50. Geburtstag des BVA die selbstkritische Frage erlaubt sein, ob der (finanzielle) Aufwand einer Institution wirklich lohnt, die von Amts wegen nicht mehr und nicht weniger zu leisten hat als eine „Zweitmeinung“.

---

<sup>57</sup> Dazu *Pitschas*, Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im Neuen Verwaltungsmanagement, DÖV 1998, 911.

<sup>58</sup> So *Pitschas*, Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im Neuen Verwaltungsmanagement, DÖV 1998, 905.

<sup>59</sup> So *Schuppert*, Staatsaufsicht im Wandel, DÖV 1998, 831, 833.

<sup>60</sup> Dazu andeutungsweise *Marburger/Marburger*, Die Staatsaufsicht der Sozialversicherung, 3. Aufl. 2004, S. 46.

<sup>61</sup> Gutachten 2005 des Sachverständigenrates zur Begutachtung im Gesundheitswesen. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, BT-Drucks. 15/5670, S. 37 ff. Nach *Kingreen*, Das Gesundheitsrecht im Fokus von Grundfreiheiten, Kartell- und Beihilferecht, GesR 2006, 193, deckt Wettbewerb Handlungsoptionen auf, die ohne Wettbewerb unentdeckt geblieben wären.

### 3. „Schutzauftrag“ der Aufsicht: Nachhaltigkeit!

Sowohl die Privatversicherung als auch die Krankenversicherungsreform in den Niederlanden<sup>62</sup> belehren uns etwas anderes: **Je freier der Wettbewerb, desto mächtiger und umfassender die Aufsicht.** Die Aufsicht in der Privatversicherung fordert nicht nur Gehorsam vor dem Gesetz sondern überprüft auch „die Wahrung der Belange der Versicherten“ (§ 81 VAG). Der Gesetzgeber scheint sich selbst zu misstrauen: Belange der Versicherten werden als gesondertes Schutzgut zusätzlich zum Gesetzesgehorsam ausdrücklich apostrophiert. Fest steht, dass die aus der EU stammende Deregulierung, d.h. die Liberalisierung der Dienstleistungen der Versicherungen, die im Einklang mit der schrittweisen Liberalisierung des Kapitalverkehrs zu erfolgen hatte, schlussendlich zu einer deutlichen Aufwertung der Versicherungsaufsicht durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen geführt hat<sup>63</sup>.

Was für die private Versicherungswirtschaft gilt, muss nicht unbedingt auch für die Sozialversicherung gelten. Die private Versicherungswirtschaft ist durch den kapitalistischen Grundsatz der Gewinnmaximierung geprägt. Die Sozialversicherung dagegen exekutiert eine Versicherungs- und Beitragspflicht verbunden mit einem vom Gesetzgeber abschließend definierten Leistungskatalog<sup>64</sup>. Gerade weil diese Aufgaben von einer Selbstverwaltung wahrgenommen werden, gilt das Prinzip der Aufsicht bis heute praktisch unangefochten<sup>65</sup> und findet auch in der EU ausdrückliche Zustimmung<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup> Dazu ein kurzer Überblick von *Demmer*, Nicht nur die Neuerungen sind anders - Krankenversicherungsreform in den Niederlanden, BKK 2006, 115, 117 f.

<sup>63</sup> Vgl. dazu u.a. *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000, S. 294 ff.; *Terbille* in: ders. (Hrsg.), Münchener AnwaltsHandbuch Versicherungsrecht, 2004, § 1 Rdn. 16 ff., der im Zusammenhang mit dem Versicherungsaufsichtsrecht von einer Zugangskontrolle sowie einer ständigen Beaufsichtigung der Unternehmen spricht, a.a.O. Rdnr. 27, zugleich aber konstatiert, dass der durch die Deregulierung verursachte ausgeprägte Wettbewerb zwischen den einzelnen Versicherungsunternehmen für den Versicherungsnehmer zu einem „deutlich unübersichtlicheren Markt geführt hat“, a.a.O. Rdn. 31.

<sup>64</sup> Diesen Unterschied zwischen Privat- und Sozialversicherung hebt *Schmähl*, Sozialversicherung auf dem Prüfstand, Die BKK 2005, 312, hervor

<sup>65</sup> Ausführlich *Wolfgang Kahl*, Die Staatsaufsicht. Entstehung, Wandel, Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden, 2000, S. 472 ff.; besonders prägnant *Harald Bogs*, Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, 1973, S. 62, 182 ff.; *Krebs*, Verwaltungsorganisation, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland 1988, § 69 Rdn. 40; *Kirchhoff*, Mittel staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland 1988, § 59 Rdn. 203.

<sup>66</sup> Z.B. Mitteilung der Kommission: Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der EU, v. 28.4.2006 BRAT-Drucks. 324/06, S. 4.

Die Zivilgesellschaft wird auf **soziale Sicherung** nicht verzichten, und damit meine ich mehr als Grund- und Mindestsicherung. Soziale Sicherung zielt u. a. auf Chancengleichheit und Teilhabe am (medizinischen) Fortschritt. Das erfordert „moderne Systeme der Qualitätssicherung“ ebenso wie Transparenz und Akzeptanz – sogar Vertrauen. Dies umso mehr und erst recht in einer offenen Gesellschaft, die einem demographischen Wandel unterliegt<sup>67</sup>, den jedermann spürt und dem sich die gesamte Bevölkerung stellen muss. Qualitätssichernde Aufsicht wird sich noch stärker dem aktuellen gesellschaftlichen Diskurs öffnen und damit ihren Beitrag **zu mehr Akzeptanz**<sup>68</sup> und Vertrauen in das Funktionieren von Sozialsystemen leisten.

Aufsicht ersetzt nicht die demokratisch legitimierte Legislative und Exekutive sondern interveniert dann, wenn der von dem Leistungsträger eingeschlagene Weg die vom Gesetzgeber vorgezeichnete Bahn verlässt. Vielfach erschöpft sich Aufsicht in einer Art „Präventivkontrolle“, in einer Kommunikation, die um Verständnis für Nachhaltigkeit wirbt. Eine Aufsicht, die auf so schmalem Grad wandelt, wird auch künftig „neues Recht“ auslegen (müssen) und an der Rechtsschöpfung unabhängig davon teilnehmen, ob das BSG dazu im Individualklageverfahren Stellung genommen hat oder nicht<sup>69</sup>. Die dem Sozialstaat aufgebene Nachhaltigkeit ist – jenseits aller staatsrechtlichen Erklärungsmuster für die Staatsaufsicht – viel zu wichtig als das auf die in diesem Sinne **„qualitätssichernde“ Aufsicht** verzichtet werden könnte.

---

<sup>67</sup> vgl. z. B. Entschließung des Europäischen Parlaments zu den demographischen Herausforderungen vom 25.04.2006 – BRAT-Drucks. 321/06; *Kaufmann*, Schrumpfende Gesellschaft. Vom Bevölkerungsrückgang und seinen Folgen, 2005

<sup>68</sup> zum Akzeptanzverlust der Sozialversicherung und verschiedenen Reformoptionen vgl. u. a. *Knospe*, Quo vadis gesetzliche Sozialversicherung? oder: Der lange Marsch, Staatliche Risikovorsorge in das 21. Jahrhundert, VSSR 2005, 411 ff.; *Schmähl*, Sozialversicherung auf dem Prüfstand, BKK 2005, 302.

<sup>69</sup> Zum „Supplementär“-Verhältnis von Individualrechtsschutz und Aufsicht vgl. *Kahl*, Die Staatsaufsicht 2000, S. 495 f.