

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VStG)

-BT-Drucksache 17/6906-

von Prof. Dr. med. Dr. iur. Christian Dierks
DIERKS + BOHLE Rechtsanwälte, Berlin, www.db-law.de

Im Rahmen des Anhörungsverfahrens zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VStG) nehme ich als Einzelsachverständiger Stellung.

Ich beschränke mich im Folgenden auf einige wesentlichen Punkte, die ich auf meine Erfahrungen in der Rechtsberatung an der Schnittstelle zwischen Arzneimittel- und Sozialrecht stütze.

1. Weiterentwicklung der Strukturen des Gemeinsamen Bundesausschusses

Das erklärte Ziel des GKV-VStG, die Legitimation und Akzeptanz der Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses sowie die erforderliche Transparenz und die Beteiligungsmöglichkeiten zu stärken, ist zu begrüßen.

a. Verfahren zur Berufung der unparteiischen Mitglieder des Gemeinsamen Bundesausschusses und deren Stellvertreter

Das in § 91 Abs. 2 SGB V-E geregelte Verfahren zur Berufung der unparteiischen Mitglieder des Gemeinsamen Bundesausschusses und deren Stellvertreter sieht vor, dass die Trägerorganisationen des Gemeinsamen Bundesausschusses sich für jede einzelne Funktion auf einen Personalvorschlag einigen und diesen dem Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages über das Bundesministerium für Gesundheit spätestens sechs Monate vor Ablauf der Berufungsperiode des Beschlussgremiums zuleiten. Die gesetzliche Fristvorgabe stellt hierbei sicher, dass die unparteiischen Mitglieder und deren Stellvertreter zum Ende der Amtszeit des Beschlussgremiums rechtzeitig berufen werden können und auch die vorgeschlagenen Personen hinreichende Planungssicherheit haben.

Sodann erhält der Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages zukünftig das Recht, die vorgeschlagenen Personen anzuhören sowie ihrer Berufung mit Zweidrittelmehrheit zu widersprechen, wenn er die Unabhängigkeit oder die Unparteilichkeit als nicht gewährleistet ansieht. Die Trägerorganisationen haben in diesem Fall innerhalb von sechs Wochen einen neuen Vorschlag vorzulegen. Wenn dies nicht geschieht oder wenn der Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages auch dem neuen Personalvorschlag widerspricht, beruft das Bundesministerium für Gesundheit eine andere Person für die jeweilige Funktion.

Ich begrüße nachdrücklich, dass mittels der Etablierung fristgebundener Einspruchsmöglichkeiten des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen von einem unabhängigen Entscheidungsgremium überprüft wird. Hierdurch wird die Neutralität der unparteiischen Mitglieder des Gemeinsamen Bundesausschusses und deren Stellvertreter im Interesse ihrer effektiven Durchsetzung in der Praxis stärker gesichert.

Ich habe aus rechtlicher Sicht keine Bedenken gegen eine solche Kompetenzzuweisung an den Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass dem Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages lediglich Widerspruchsrechte und keine Vorschlags- bzw. Benennungsrechte eingeräumt werden. Diese verbleiben vielmehr bei den Trägerorganisationen bzw. bei dem Bundesministerium für Gesundheit. Zudem ist das Verfahren flexibel ausgestaltet, da der Gesundheitsausschuss selbst entscheidet, ob er eine Anhörung durchführt und wen von den vorgeschlagenen neun Personen er hierzu einlädt. Schließlich stellt die Beschränkung der Ablehnungsgründe auf die fehlende Unabhängigkeit bzw. Unparteilichkeit sicher, dass das Widerspruchsrecht nicht uferlos ausgeweitet oder aufgrund sachfremder Erwägungen ausgeübt wird. Da im Falle eines Widerspruchs ein neuer Personalvorschlag seitens der Trägerorganisationen erfolgt bzw. mangels eines solchen die Benennung einer anderen Person durch das Bundesministerium für Gesundheit, ist auch gewährleistet, dass Mitglieder nicht zuvor als unparteilich stigmatisiert wurden.

b. Stärkung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der unparteiischen Mitglieder des Gemeinsamen Bundesausschusses und deren Stellvertreter

Ich begrüße insbesondere die Etablierung gesetzlicher Vorgaben zur Stärkung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der unparteiischen Mitglieder des Gemeinsamen Bundesausschusses und deren Stellvertreter.

Der Ausschluss solcher Personen, die in den vorangegangenen 3 Jahren in einem Krankenhaus gearbeitet haben, selbst als Vertragsarzt, Vertragszahnarzt oder Vertragspsychotherapeut tätig oder bei den Trägerorganisationen des Gemeinsamen Bundesausschusses, bei deren Mitgliedsverbänden oder bei Verbänden von deren Mitgliedern beschäftigt waren trägt dem Umstand Rechnung, dass gewonnene Vernetzungsstrukturen aber auch die Gefahr einer Interessenkollision im Übrigen nicht mit der Aufgabe dieser Tätigkeit enden. Die Regelung der dreijährigen Sperrfrist verhindert den nahtlosen Übergang aus einer langjährigen Tätigkeit für die genannten Einrichtungen zu den unparteiischen Mitgliedern des Gemeinsamen Bundesausschusses und stärkt damit deren Neutralität in erheblichem Maße.

Im Interesse einer effektiven Durchsetzung des Ausschlussgrundes in der Praxis wird die Überprüfung des Nichtvorliegens eines Ausschlussgrundes durch die Einführung von Anhörungs- und Widerspruchsrechten des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages sichergestellt.

Schließlich wird die Gefahr der Beeinträchtigung der Unabhängigkeit durch mit der Aufgabe einhergehende Vernetzungstendenzen durch den Ausschluss einer zweiten Amtszeit zurückgedrängt und somit sichergestellt, dass tatsächlich unabhängige Sachkompetenz in den Entscheidungsprozess eingebracht wird.

Ausdrücklich zu begrüßen ist zudem, dass die Vorgaben zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der unparteiischen Mitglieder gesetzlich verankert werden. In der Konsequenz sollte jedoch die Gelegenheit genutzt werden, im Interesse der Stärkung der sachlich-inhaltlichen Legitimation, die Benennungskriterien insbesondere zur Unabhängigkeit auch der Patientenvertreter gesetzlich zu normieren. Hierzu zählt insbesondere der Ausschluss auch solcher Personen, die zuvor selbst Leistungserbringer oder bei diesen bzw. Kostenträgern, ihren Verbänden oder von ihnen beherrschten Einrichtungen beschäftigt waren, da gewonnene Vernetzungsstrukturen aber auch die Gefahr einer Interessenkollision im Übrigen auch hier eben nicht mit der Aufgabe dieser Tätigkeit enden. Die

effektive Durchsetzung der Ausschlussgründe in der Praxis könnte auch für die Patientenvertretung durch Anhörungs- und Widerspruchsrechte des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages sichergestellt werden. **Auch hier sollte eine dreijährige Sperrfrist den nahtlosen Übergang aus einer langjährigen Tätigkeit für die genannten Einrichtungen in die Patientenvertretung verhindern** (vgl. hierzu insgesamt die ausführliche Darstellung von *Dierks/Höhna*, Die Patientenvertretung im Gemeinsamen Bundesausschuss, in: A&R 3/2011 S. 99ff. m.w.N. bzw. Mehr Legitimation - mehr Mitbestimmung, Die Patientenvertretung im Gemeinsamen Bundesausschuss, in: Gesellschaftspolitische Kommentare (gpk), Ausgabe Nr. 8/11, S. 5-10).

c. Stimmübertragung auf wesentlich betroffene Trägerorganisationen auf Leistungserbringerseite

Ich begrüße, dass der Referentenentwurf zur Sicherstellung einer angepassten und sachgerechten Stimmverteilung im Gemeinsamen Bundesausschuss eine Stimmübertragung auf die *betroffenen* Leistungserbringerorganisationen vorsieht.

Damit wird dem für den Gemeinsamen Bundesausschuss beanspruchten Charakter als Organ funktionaler Selbstverwaltung stärker Rechnung getragen, welcher die organisierte Beteiligung der *sachnahen Betroffenen* an den sie berührenden Entscheidungen eigen ist (Vgl. zum Ganzen BVerfG (Lippeverband), Beschluss vom 05.12.2002, 2 BvL 5 /98). Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang die Notwendigkeit betont, ausreichende institutionelle Vorkehrungen dafür zu schaffen, dass die *betroffenen* Interessen auch angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden. Die Stimmübertragung auf wesentlich *betroffene* Trägerorganisationen auf Leistungserbringerseite ist ein wichtiger Schritt, um diesen Vorgaben stärker Rechnung zu tragen. **Ich weise jedoch auch darauf hin, dass die Ausgestaltung des Gemeinsamen Bundesausschusses immer noch erheblich hinter den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes an die institutionelle Ausgestaltung von Trägern funktionaler Selbstverwaltung zurückbleibt.** Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Funktion des Gemeinsamen Bundesausschusses als „kleinem Gesetzgeber“ durch die mit den Neuregelungen des Arzneimittelmarktneuordnungsgesetzes (AMNOG) zum 01. Januar diesen Jahres verbundene Kompetenzstärkung weiter ausgebaut wurde. Damit wurde das partizipatorische Ungleichgewicht im Gemeinsamen Bundesausschuss weiter verschärft.

Während die Krankenkassen, Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten und Krankenhäuser ihre Partizipation durch die Möglichkeit zur Stimmabgabe realisiert haben, trifft dies auf viele andere, die von den Richtlinien betroffen sind, nicht zu. Ihre Partizipation wird gegenwärtig nur durch ein Anhörungsrecht realisiert - eine Beteiligung am Beschluss ist nicht vorgesehen. Eine Beteiligung dieser Betroffenen stärkt aber die partizipatorische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses, sowie die Transparenz und Akzeptanz seiner Entscheidungen.

Ich halte es daher (nicht zuletzt aufgrund dem auch mit dem GKV-VStG einhergehenden Machtzuwachs des Gemeinsamen Bundesausschusses) für dringend **geboten, die betroffene Industrie zumindest am Beschlussgremium zu beteiligen.** Die Körperschaftliche Struktur des Gemeinsamen Bundesausschusses bliebe hierdurch weiterhin unverändert.

Der Gesetzgeber hat seinerzeit die Patientenvertretung im Gemeinsamen Bundesausschuss eingeführt, um durch die Beteiligung von Patientenvertretern zumindest die partizipatorische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu stärken. Die Patientenvertretung verfügt allerdings ebenfalls nicht über Stimmrechte und kann daher bisher auch nicht als Begründung für die erforderliche autonome Selbstverwaltung sich selbst bestimmender Bürger im Sinne der Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 05.12.2002, 2 BvL 5 /98 m.w.N. (Lippeverband)) erhalten. Die **Mitberatungsrechte der Patientenvertretung im Gemeinsamen Bundesausschuss sollten daher ebenfalls zu Mitbestimmungsrechten ausgebaut werden.**

d. Stärkung der Transparenz der Verfahren des Gemeinsamen Bundesausschusses

Ich weise darauf hin, dass die Vertraulichkeitsregelung für die nicht-öffentlichen Beratungen des Gemeinsamen Bundesausschusses, für die Beratungen in den vorbereitenden Gremien einschließlich der Beratungsunterlagen und der Niederschriften nicht nur der mit dem GKV-VStG forcierten Stärkung der Transparenz der Verfahren des Gemeinsamen Bundesausschusses zuwiderläuft, sondern auch eine falsche Reaktion auf die Rechtsprechung zum Informationsfreiheitsgesetz (IFG) darstellt.

Das IFG des Bundes sieht abgestufte Transparenzpflichten vor, je nachdem ob die Beratungen einer Behörde noch andauern oder schon abgeschlossen sind. Diese Wertung im SGB V nicht zu konterkarieren, gebietet schon der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung jüngst bestätigt hat, dass der Gemeinsamen Bundesausschuss tauglicher Adressat eines Informationsanspruchs nach dem IFG ist und er daher entsprechenden Auskunftsbeglehen nachkommen muss, soweit nicht im einzelnen Ausschluss- oder Versagungsgründe nach dem IFG entgegenstehen (VG Köln, Urteil vom 13.01.2011, Az.: 13 K 3033/09, juris-Rn. 56). Zweck auch des IFG ist es, staatliches Handeln transparent zu machen und durch den freien Zugang zu Informationen nicht nur die Nachvollziehbarkeit, sondern auch die Akzeptanz behördlicher Entscheidungen zu steigern (VG Köln, Urteil vom 13.01.2011, Az.: 13 K 3033/09, juris-Rn. 53). Diesem Zweck läuft es zuwider, wenn nun als Reaktion auf die Klarstellung der Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des IFG auf den Gemeinsamen Bundesausschuss entgegen der eigentlichen Intention des GKV-VStG, die Transparenz zu stärken, die bereits auf der Grundlage des IFG zu gewährleistende Transparenz durch eine Vertraulichkeitsregelung erheblich eingeschränkt wird.

Wenn im Rahmen des GKV-VStG die Gelegenheit genutzt wird, um eine Vertraulichkeitsregelung zu etablieren, dann sollte dies jedoch im Einklang mit den Vorgaben des IFG und der Rechtsprechung geschehen:

Diese beschränken die Vertraulichkeit der Beratungsunterlagen und Niederschriften der vorbereitenden Gremien und der Beschlussgremien zeitlich auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung der Entscheidungen und Beschlüsse. Sobald die Beratungen des Gemeinsamen Bundesausschusses durch Beschlussfassung und anschließende Veröffentlichung, bspw. im Internet, abgeschlossen sind, ist interessierten Kreisen auf Antrag nach dem IFG **Einsicht in die Beratungsunterlagen, Niederschriften, Gutachten, sachverständigen Stellungnahmen etc. zu gewähren**. Davon ausgenommen werden können Voten und Stellungnahmen einzelner Personen in den vorbereitenden Gremien und den Beschlussgremien, um insoweit den mit der Vertraulichkeitsregelung laut ihrer Begründung forcierten vorbehaltlosen Austausch von Argumenten und Positionen auch für künftige Beratungen sicher zu stellen. Wer hingegen an den Beratungen der vorbereitenden Gremien, wie bspw. den Unterausschüssen und

Arbeitsausschüssen, und der Beschlussgremien teilhat, ist von vornherein öffentlich im Internet bekannt zu machen. Die insoweit transparent zu machenden Angaben entsprechen der Wertung des § 5 Abs. 4 IFG des Bundes und folgen den **Prinzipien von Good Governance**, die eine behördliche Transparenz in personeller Hinsicht vorsehen.

2. Modellvorhaben zur Arzneimittelversorgung

Der Änderungsantrag 4 der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zum GKV - VStG zielt unter Punkt 10e auf Modellvorhaben zur Arzneimittelversorgung. Zu diesem Änderungsantrag gebe ich Folgendes zu bedenken:

- Die vorgeschlagene Regelung ist **wettbewerbsfeindlich**.
- Sie führt zu landesweiten korporatistischen Regelungen, die darauf zielen, den Markt vor wettbewerblich agierenden Unternehmen abzuschotten.
- Durch die Regelung wird zwangsläufig auf den Erfahrungsschatz privater Unternehmen auf dem Gebiet der Arzneimittelversorgung verzichtet.
- Die vorgeschlagene Regelung für Modellvorhaben erfordert eine gegenwärtig nicht vorhandene Infrastruktur zur Zusammenführung von Medikationsdaten der Ärzte und Apotheker, die nur durch erhebliche initiale Investitionen realisiert werden könnte.
- Die Regelung kann kaum gegen den Widerstand der niedergelassenen Ärzte umgesetzt werden.
- Die vorgeschlagene Regelung kann nicht kostenneutral umgesetzt werden.

Soweit an der Einführung des Modellvorhabens trotz der geäußerten Bedenken festgehalten werden soll, besteht erheblicher Anpassungsbedarf. In diesem Fall müsste im Sinne einer wettbewerblichen Regelung **auch privaten Anbietern von Systemen und Dienstleistungen des Medikationsmanagements die Möglichkeit gegeben werden**, als Vertragspartner an Modellvorhaben zur Durchführung eines Medikationsmanagements teilzunehmen.

3. Beschränkung der Abrechnung von Krankenhausleistungen gegenüber Patienten in sog. „Privatpatientenkliniken“, d.h. außerhalb der GKV-Versorgung

Die geplante Regelung, die die Abrechnung von Krankenhausleistungen gegenüber Patienten in sog. „Privatpatientenkliniken“, d.h. außerhalb der GKV-Versorgung beschränken soll, verträgt sich schon wenig mit dem Zweck des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG), der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser, § 1 Abs.1 KHG.

Zudem ist es widersprüchlich, sog. „Privatpatientenkliniken“ einerseits von den gesetzlichen Regelungen zur Krankenhausfinanzierung in der Bundespflegesatzverordnung und dem Krankenhausentgeltgesetz gem. §§ 1 Abs.2 Nr. 2 BpflV, 2 Abs.2 Satz 2 Nr. 2 KHEntgG auszunehmen, weil sie nicht die nach § 67 AO notwendige Anzahl von GKV-Patienten versorgen, um sie andererseits durch die geplante Neuregelung in das gesetzliche Finanzierungsregime wieder einzubeziehen.

Die Neuregelung übersieht, dass sog. **Privatpatientenkliniken schon wegen der gesetzlich ausgeschlossenen Investitionsförderung nach § 5 Abs.1 Nr. 2 KHG ihren Patienten höhere Entgelte in Rechnung stellen müssen**, um überhaupt kostendeckend arbeiten zu können, als z.B. Plankrankenhäuser. Das gilt selbst dann, wenn diese Privatpatientenkliniken geförderte Ressourcen eines Plankrankenhauses in Anspruch nehmen sollten. Denn in solchen Fällen muss das Plankrankenhaus für die dann insoweit zweckwidrig verwendeten Fördermittel zur Vermeidung einer eigenen wirtschaftlichen Belastung von der Privatpatientenklinik einen Wertersatz verlangen.

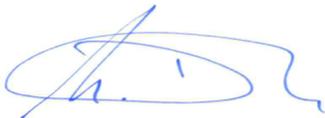
Eine gesetzliche Regelung, die sog. Privatpatientenkliniken vorschreibt, keine höheren Entgelte als nach den geltenden Regelungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes abzurechnen, wäre deshalb zur Vermeidung einer **gleichheitswidrigen Differenzierung nach Art. 3 Abs.1 GG** gezwungen, ihnen dieselbe Investitionsförderung zu gewähren, wie z.B. dem Plankrankenhaus selbst. Das ist aber wohl weder beabsichtigt noch scheint es nach den bestehenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Länder praktikabel.

Der durch die geplante Neuregelung naheliegende Verstoß gegen Art. 3 Abs.1 GG wird dadurch verschärft, dass die Ergänzung von § 17 KHG keine Rücksicht darauf nimmt, dass Leistungen der sog. Privatpatientenkliniken **nicht nach § 4 Nr. 14b UStG von der Umsatzsteuer befreit** sind. Bei ihnen handelt es sich gerade nicht um zugelassene Krankenhäuser nach § 108 SGB V, § 4 Nr. 14b lit. aa) UStG. Die sonstigen steuerlichen Befreiungstatbestände greifen im Ergebnis ebenfalls nicht.

Die Gründe, die für einen Verstoß der geplanten Neuregelung gegen Art. 3 Abs.1 GG sprechen, führen voraussichtlich auch zu entsprechenden Verstößen gegen Art. 12 Abs.1 GG und 14 Abs.1 GG.

Der befürchteten Belastung der privaten Krankenversicherung und der Haushalte von Bund und Ländern durch Leistungsangebote der sog. Privatpatientenkliniken könnte durch eine Änderung der Muster- und Tarifbedingungen der privaten Krankenversicherungsunternehmen und der Beihilfevorschriften begegnet werden.

Berlin, den 19.10.2011

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'C. Dierks', written over a faint circular stamp or watermark.

Prof. Dr. med. Dr. iur. Christian Dierks
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Sozialrecht,
Fachanwalt für Medizinrecht, Facharzt für Allgemeinmedizin