

Jonathan Ströttchen

# Verfassungsrechtliche Ansprüche auf konkrete medizinische Leistungen

Die Durchbrechung leistungsbeschränkender Normen  
in der gesetzlichen Krankenversicherung



**Nomos**

**Bochumer Schriften zum Sozial- und Gesundheitsrecht**

**Herausgegeben von**

**Prof. Dr. Stefan Huster, Ruhr-Universität Bochum**

**Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp, Ruhr-Universität Bochum**

**Prof. Dr. Markus Kaltenborn, Ruhr-Universität Bochum**

**Band 24**

Jonathan Ströttchen

## Verfassungsrechtliche Ansprüche auf konkrete medizinische Leistungen

Die Durchbrechung leistungsbeschränkender Normen  
in der gesetzlichen Krankenversicherung



**Nomos**

Die Dissertation wurde gefördert durch einen Druckkostenzuschuss der Deutschen Gesellschaft für Kassenarztrecht e.V.

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-5720-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-9852-8 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Februar 2019 abgeschlossen und berücksichtigt Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung bis Januar 2019.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Stefan Huster, der nicht nur bei der Betreuung und Begleitung dieser Arbeit jederzeit als Ansprechpartner zur Verfügung stand und dabei jegliche Unterstützung gewährte. Dass er stets für eine fruchtbare und unbeschwertere Arbeits- und Forschungsatmosphäre Sorge trug, war von unschätzbarem Wert.

Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. Markus Kaltenborn, zum einen für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens, zum anderen aber insbesondere für die in jeglicher Hinsicht angenehme und bereichernde Zeit als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl.

Neben diesen beiden danke ich Herrn Prof. Dr. Friedrich E. Schnapp für die Aufnahme in die Bochumer Schriftenreihe und für die lehrreichen Gespräche in meinen Anfangsjahren am Institut für Sozial- und Gesundheitsrecht.

Für die schöne Zeit an der Ruhr-Universität zeichnen im besonderen Maße meine Kolleginnen am Institut für Sozial- und Gesundheitsrecht und am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie verantwortlich, denen ich für ihre unbedingte Diskussions- und Hilfsbereitschaft danken möchte.

Bedanken darf ich mich darüber hinaus bei der Deutschen Gesellschaft für Kassenarztrecht e.V. für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Schließlich gilt ganz besonderer Dank meiner Frau, meinen Eltern und meiner Familie für die umfassende Unterstützung, Zusprache und Geduld.

Bochum, im Februar 2019

*Jonathan Ströttchen*



## Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Einführung	19
Teil 2: Der begrenzte Leistungsanspruch des Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung	23
Kapitel 1: Untersuchungs- und Behandlungsmethoden	25
A. Vertragsärztliche Versorgung	26
I. Durchsetzung des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt durch die Rechtsprechung	26
II. „Neue“ und „alte“ Behandlungsmethoden	27
III. Fazit	28
B. Versorgung im Krankenhaussektor	28
C. Fazit	32
Kapitel 2: Heil- und Hilfsmittel	33
A. Heilmittel	33
I. Vertragsärztliche Versorgung	33
II. Krankenhaussektor	34
B. Hilfsmittel	36
C. Fazit	37
Kapitel 3: Arzneimittel	38
A. Negative und positive Voreigenschaft des Arzneimittelrechts	38
B. Rezepturarzneimittel	39
C. Arzneimittel als Teil einer Untersuchungs- und Behandlungsmethode	39
D. Fazit	40

*Inhaltsverzeichnis*

Kapitel 4: Ergebnis	41
Teil 3: Die verfassungsrechtliche Notwendigkeit von Durchbrechungen der leistungsbeschränkenden Normen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung	42
Kapitel 1: Warum gibt es Durchbrechungen?	43
A. Kein Bedürfnis nach Durchbrechungen vor Einführung des SGB V	43
B. Bedürfnis nach Durchbrechungen als Folge von Leistungsbeschränkungen	45
C. Schaffung von Durchbrechungstatbeständen durch die Rechtsprechung	47
Kapitel 2: Verfassungsrechtliche Ansprüche auf Leistungen außerhalb des Leistungskatalogs der gesetzlichen Krankenversicherung	51
A. Dogmatik verfassungsunmittelbarer Leistungsansprüche	52
I. Freiheitsrechte als Abwehrrechte	52
II. Grundrechtliche Schutzpflichten	53
1. Herleitung der Schutzpflichtendimension der Grundrechte	53
2. Parallelität und Unterschiede der Begründungsansätze	54
a. Schutzpflichten im klassischen Dreiecksverhältnis	55
b. Schutzpflichten bei nicht-anthropogener Verursachung	56
c. Das Dreiecksverhältnis als konstitutives Element der grundrechtlichen Schutzpflicht	57
(1) Die Suizidgefahr als Vollstreckungshindernis	58
(2) Schutz des Suizidgefährdeten vor sich selbst	59
(3) Notwendigkeit der Einschränkung auf Dreieckskonstellationen	59
3. Schutzpflichten als Ausgangspunkt verfassungsunmittelbarer Ansprüche auf medizinische Leistungen	62
III. Leistungsrechte	63
1. Leistungsrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	63
2. Leistungsrechte in Abgrenzung zu Schutzpflichten	64



3. Kritik an Reichweite von grundrechtlichen Leistungspflichten	65
4. Eingrenzung durch Abgrenzung von sozialen Rechten	67
5. Leistungsrechte als subjektive Ansprüche zwischen Schutzpflichten und sozialen Rechten	69
IV. (Derivative) Teilhaberechte	70
B. Verfassungsrechtliche Ansprüche auf bestimmte medizinische Leistungen	72
I. Die Eigentumsgarantie, Art. 14 GG	72
1. Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur gesetzlichen Rentenversicherung	73
2. Bestehen einer vermögenswerten Rechtsposition	75
3. Privatnützige Zuordnung	76
4. Das Solidarprinzip als Argument gegen Eigentumsschutz	77
5. Ergebnis zu Art. 14 GG	78
II. Die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG	79
1. Die Beschränkung von Art. 2 Abs. 1 GG durch die Versicherungspflicht	79
2. Die Beschränkung von Art. 2 Abs. 1 GG durch die Beitragspflicht	81
a. Die zweckmäßige Verwendung der Beiträge	81
b. Das angemessene Verhältnis zwischen Beitrag und Leistung	81
(1) Unverhältnismäßigkeit als Unangemessenheit des Beitrages zur Leistung im Einzelfall	82
(2) Unverhältnismäßigkeit als generelle Unangemessenheit von Beitrag und Leistung	84
(3) Unverhältnismäßigkeit wegen besonderer Belastung von Geringverdienern	86
(4) Unverhältnismäßigkeit mangels Konsequenz	86
(5) Fazit	88
c. Probleme eines an die Beitragspflicht geknüpften Anspruchs	90
d. Die Beschränkung der freien Wahl der ärztlichen oder nichtärztlichen Leistung	91
(1) Keine verfassungsrechtliche Pflicht zur Finanzierung sämtlicher Leistungen	92
(2) Zurechnung der Mittelknappheit zur Versicherungs- und Beitragspflicht	92
(3) Bewertung	94

*Inhaltsverzeichnis*

(4) Fazit	95
e. Konkretisierung des Schutzgehaltes von Art. 2 Abs. 1 GG durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	95
(1) Verstoß gegen Grundsatz der Spezialität?	96
(2) Das Konkretisierungsmodell Dettlings	96
(3) Schutz durch Eingriff	97
(4) Fazit	98
3. Ergebnis zur allgemeinen Handlungsfreiheit	99
III. Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	100
1. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als Abwehrrecht	101
a. Eingriff durch Ausschluss von Leistungen aus der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung	102
b. Verbot einer Leistung	102
c. Mittelbare Verdrängung einer Leistung	103
d. Fazit	104
2. Die grundrechtliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	104
a. Verfassungsunmittelbare Ansprüche aus der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	104
(1) Dreiecksverhältnis im Nikolaus-Beschluss	105
(2) Krankheitsursache als unsachgemäßer Differenzierungsgrund	106
(a) Herausragende Bedeutung der Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	107
(b) Gleichbehandlung mit Fällen schädlicher Umwelteinwirkung	108
(c) Gleich gelagerte Not bei ein und derselben Krankheit	110
(3) Gesamtsystem der gesetzlichen Krankenversicherung als Dreiecksverhältnis	112
(4) Fazit	113
b. Die „Schutzpflicht“ im Begründungsansatz des Bundesverfassungsgerichts	113
(1) Verfassungskonforme Auslegung anhand objektiv-rechtlicher Verfassungsinhalte	114
(2) Keine verfassungskonforme Auslegung im Nikolaus-Beschluss	114
(3) Fazit	116

c.	Die verfassungsrechtliche Unabdingbarkeit der staatlichen Gesundheitsfürsorge	117
(1)	Anknüpfungspunkt Pflichtmitgliedschaft	117
(2)	Anknüpfungspunkt Existenzminimum	118
(3)	Objektiv-rechtliche Pflicht als Kehrseite eines subjektiven Leistungsrechts	118
(4)	Keine Ansprüche auf bestimmte medizinische Leistungen	119
(5)	Fazit	120
d.	Ergebnis	121
3.	Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als Leistungsrecht	121
a.	Leben und körperliche Unversehrtheit als elementare Grundrechtsgarantien	121
b.	Unangemessenheit des Unterlassens der Freiheitsverwirklichung	124
(1)	Verantwortungsübernahme durch den Gesetzgeber	124
(2)	Die Außerachtlassung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers	127
(3)	Spezialität des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	130
(4)	Grundrechtscharakter der Menschenwürde	131
(5)	Gefahr der Entkernung der Menschenwürde	132
(6)	Kein Recht auf medizinische Leistungen aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	133
c.	Ergebnis	133
4.	Ergebnis zum Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit	135
IV.	Menschenwürde und Existenzminimum, Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip	136
1.	Das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum	137
2.	Positive Wirkungsweisen der Menschenwürde	139
3.	„Gesundheit“ als Teil des menschenwürdigen Existenzminimums	141
a.	Form und Gestalt der Gesundheit im Rahmen des Existenzminimums	141
b.	Versuche zur Konkretisierung des Minimums	142
(1)	Modell der Marktsimulation	143

*Inhaltsverzeichnis*

(2) Abgrenzung und Ableitung vom Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung	143
(a) Die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung als Minimum	144
(b) Minimum unterhalb der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung	144
(c) Sinnhaftigkeit der Ableitung vom Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung	145
(3) Die Entwicklung der gesetzlichen Krankenversicherung als Maßstab eines relativen Minimums	147
c. Fazit	149
4. Unangemessenheit des Unterlassens der staatlichen Freiheitsverwirklichung	150
a. Subsidiarität	151
b. Lebensrettung	152
c. Ausschöpfung sämtlicher Möglichkeiten	155
d. soziale Ausgrenzung	157
(1) Übertragbarkeit der Grundsätze auf die Gesundheitsfürsorge	158
(a) Übertragbarkeit aus systematischer Sicht	159
(b) Die stigmatisierende Wirkung mangelnder Gesundheit	159
(c) Fazit	163
(2) Die relative Bestimmung als Ableitung vom Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung?	163
(3) Grenzen des Kriteriums der sozialen Ausgrenzung	164
(a) Mittellosigkeit als einziger Grund für Versorgungsausschluss	165
(b) Schweregrad der Krankheit als Indikator für Intensität der sozialen Ausgrenzung	166
(c) Entscheidung in Grenzfällen	166
(d) Die Wirksamkeit der begehrten Therapie als Grenze	168
(e) Fazit	171
e. Ergebnis	172

5. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers	173
a. Materielle und formelle Gestaltungsfreiheit	173
b. Die Zulässigkeit finanzieller Erwägungen	174
c. Begrenzung und Kontrolle der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers	177
d. Anspruch auf ein verfassungskonformes Verfahren	180
6. Ergebnis zum Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum	182
V. Der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG	184
1. Unmittelbare Leistungsansprüche aus Art. 3 Abs. 1 GG	184
2. Das Gebot der Widerspruchsfreiheit	185
3. Das Transparenzgebot	186
4. Ergebnis zum allgemeinen Gleichheitssatz	187
VI. Einfluss des internationalen Rechts	187
VII. Ergebnis: Verfassungsunmittelbare Ansprüche auf medizinische Leistungen	190
 Teil 4: Durchbrechungen leistungsbeschränkender Normen	 193
 Kapitel 1: § 13 Abs. 3 SGB V	 194
A. Unvermögen zur rechtzeitigen Leistung	194
B. Rechtswidrige Ablehnung	195
C. Kosten und Kausalität	195
D. Fazit	196
 Kapitel 2: Systemversagen	 197
A. Entstehungsgeschichte	198
B. Voraussetzungen	200
I. Systemmangel	200
1. Kein Verfahren vor dem G-BA	201
a. Verletzung der Antragspflicht	201
b. Verletzung der Beobachtungspflicht	202
2. Nicht zeitgerechtes Verfahren vor dem G-BA	203
3. Nicht ordnungsgemäßes Verfahren vor dem G-BA	204
4. Rechtswidrige Entscheidung	206
II. Versorgungslücke	208
1. Wirksamkeitsnachweis	208
2. Alternativlosigkeit	212

*Inhaltsverzeichnis*

III. Anwendungsbereich	213
C. Rechtsfolgen	215
D. Verfassungsrechtliche Einordnung	216
Kapitel 3: Seltenheitsfall	218
A. Entstehungsgeschichte	218
B. Voraussetzungen	219
I. Seltene Erkrankung	220
II. Notstandsähnliche Situation	221
III. Keine Behandlungsalternative	222
IV. Mindestqualität	222
V. Anwendungsbereich	223
C. Rechtsfolgen	223
D. Verfassungsrechtliche Einordnung	224
Kapitel 4: „Empfehlungsfiktion“ nach § 135 Abs. 1 S. 4-7 SGB V	226
A. Entstehungsgeschichte	226
B. Voraussetzungen	226
C. Rechtsfolgen	227
D. Verfassungsrechtliche Einordnung	228
Kapitel 5: Genehmigungsfiktion nach § 13 Abs. 3a SGB V	230
A. Entstehungsgeschichte	230
B. Voraussetzungen	230
I. Anwendungsbereich	231
II. Leistungsberechtigung	231
III. Genehmigungsfähiger Antrag	231
IV. Erforderlichkeit der Leistung	232
V. Fristablauf	235
VI. Genehmigung nicht erloschen	236
C. Rechtsfolgen	238
D. Verfassungsrechtliche Einordnung	239
Kapitel 6: Off-Label-Use	244
A. Entstehungsgeschichte	246

B. Voraussetzungen	248
I. Zulassung	248
II. Schwerwiegende Erkrankung	249
III. Alternativlosigkeit	250
IV. Begründete Aussicht auf Erfolg	252
1. Zulassung bereits beantragt	253
2. Sonstige gleichzusetzende Erkenntnisse	253
3. Ausschlussgründe	255
C. Rechtsfolgen	255
D. Verfassungsrechtliche Einordnung	255
Kapitel 7: Nikolaus-Beschluss / § 2 Abs. 1a SGB V	260
A. Entstehungsgeschichte	260
B. Voraussetzungen	262
I. Lebensbedrohliche oder regelmäßig tödliche Erkrankung	262
1. Nikolaus-Rechtsprechung	262
2. § 2 Abs. 1a SGB V	265
II. Alternativlosigkeit	266
III. Aussicht auf Erfolg	268
1. Das Mindestmaß für den Wirksamkeitsnachweis	269
2. Die Folgen einer negativen abstrakten Risiko-Nutzen- Abwägung	270
3. Voreingrifflichkeit des Arzneimittelrechts in Nikolaus- Fällen	272
4. Die Einwirkung auf die Grunderkrankung als Voraussetzung für den Behandlungserfolg	274
IV. Weitere Voraussetzungen	275
C. Rechtsfolgen	275
D. Verfassungsrechtliche Einordnung	276
Teil 5: Übereinstimmung des Systems der Durchbrechungen mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen	278
Kapitel 1: Anspruch auf Erfüllung der gesetzlichen Leistungspflichten aus Art. 2 Abs. 1 GG	279
A. Anspruch wegen Systemversagens	280

*Inhaltsverzeichnis*

B. Anspruch auf Fertigarzneimittel	280
I. Vorgeordnete Beschränkung des Leistungsanspruchs	281
II. Besondere Gründe zur Einschränkung des Off-Label-Use	283
III. Zulässigkeit der Begrenzung	284
C. Zulässigkeit der Differenzierung zwischen Fertigarzneimitteln und sonstigen Leistungen	285
D. Fazit	286
Kapitel 2: Anspruch auf konkrete medizinische Leistungen zur Wahrung des Existenzminimums	287
A. Nikolaus	287
I. Anwendungsbereich	288
1. Auswirkungen der Fokussierung auf die akute Lebensgefahr	288
2. Fallbeispiel 1: Unterschiede in der Anspruchsbegründung	290
3. Fallbeispiel 2: Unterschiede in rein palliativen Behandlungssituationen	292
4. Zwischenfazit	295
II. Anspruchsumfang	296
1. Alternativlosigkeit	296
a. Leistungsausschluss bei verfügbarer Standardtherapie	296
b. Ausschluss von potentiell überlegenen Therapien	297
(1) Grundsatz	297
(2) Besonderheiten bei Arzneimitteln	298
c. Verweis auf andere Sondertatbestände	299
d. Mitwirkungsobliegenheit bei Auslandsbehandlungen	300
2. Bedingungen und Grenzen der Leistungspflicht	303
3. Zwischenfazit	304
III. Subsidiarität	305
B. Seltenheitsfälle	306
C. Off-Label-Use	307
D. Auswirkungen der Kostenindifferenz des Nikolaus-Beschlusses	308
I. Notwendigkeit der Berücksichtigung von Kosten medizinischer Leistungen	309
II. Verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Berücksichtigung von Kosten	314



III. Verfassungsmäßigkeit eines Verbots der Berücksichtigung von Kosten	317
IV. Zwischenfazit	320
E. Fazit	320
Kapitel 3: Anspruch auf ein verfassungskonformes Verfahren zur Entscheidung über den Leistungsanspruch	322
A. Das Verfahren zur Entscheidung über den verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruch	323
I. Die Mehrdimensionalität des Anspruchs auf ein verfassungskonformes Verfahren	323
II. Das Verfahren zur Anspruchsrealisierung bei Durchbrechungstatbeständen	325
III. Das Verfahren zur Bestimmung des Leistungsinhalts bei Durchbrechungstatbeständen	327
IV. Das Verfahren zur Bestimmung des Leistungsinhalts in Nikolaus-Fällen	329
V. Fazit	330
B. Demokratische Legitimation	330
I. Entscheidungen im Verfahren zur Entscheidung über den verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruch	333
II. Demokratische Legitimation der entscheidenden Stelle	334
1. Parlamentsvorbehalt	334
a. Verfahren zur Bestimmung des Leistungsinhalts	336
b. Verfahren zur Realisierung des Leistungsanspruchs	337
c. Kritik an Übernahme der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	338
2. Demokratische Legitimation für die Entscheidung über den verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruch	339
a. Personelle Legitimationskette	339
b. Sachlich-inhaltliche Legitimation	340
c. Legitimation durch staatliche Aufsicht	342
d. Besonderheiten der funktionalen Selbstverwaltung	342
e. Ergebnis	344
3. Fazit	346
C. Weitere verfassungsrechtliche Anforderungen	346
I. Nachvollziehbarkeit und Sachgerechtigkeit	347
II. Keine verdeckten Entscheidungen durch das Verfahren	349

*Inhaltsverzeichnis*

III. Intransparenz und Inkohärenz durch dezentrale Entscheidungen	351
IV. Ungleicher Zugang zum Verfahren	353
D. Erfordernis eines zentralen Verfahrens auch bei alternativer dogmatischer Herleitung	357
E. Fazit	359
Kapitel 4: Ergebnis	361
Teil 6: Zusammenfassung und Thesen	363
Literaturverzeichnis	369