

**In dem Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerde**

des Herrn P...

- Bevollmächtigte: 1. Prof. Dr. Gunther Schwerdtfeger,
Hülsebrinkstraße 23, 30974 Wennigsen
2. Rechtsanwälte Wolfgang Kozianka und Nils Hußmann
in Sozietät Rechtsanwälte Dr. Schmidt-Felzmann &
Kozianka, Habichthorst 32, 22459 Hamburg -

1. unmittelbar gegen
das Urteil des Bundessozialgerichts vom 6. November 2008 - B 1 KR 6/08 R -,
2. mittelbar gegen
die Vorschrift des § 34 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V)

hat die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch

den Vizepräsidenten Kirchhof,
den Richter Schluckebier
und die Richterin Baer

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 12. Dezember 2012 einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen.

Gründe:

I.

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Versorgung des Beschwerdeführers mit einem nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel sowie die Erstattung der Kosten, die er für die Beschaffung des Mittels seit Juni 2004 aufgewendet hat. 1

Der 1934 geborene Beschwerdeführer ist gesetzlich krankenversichert. Er leidet an einer chronischen Atemwegserkrankung (Emphysebronchitis), die das Versorgungsamt mit einem Grad der Behinderung von 70 anerkannt hat. Der Hausarzt behandelt die Atemwegserkrankung dauerhaft mit „Gelomyrtol forte“. Bis Ende 2003 übernahm die Krankenkasse des Beschwerdeführers die Kosten, dieser musste eine Zuzahlung in Höhe von 5,00 € pro Packung leisten. Seit 2004 fällt das nicht verschreibungspflichtige Medikament aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung heraus. Dem Beschwerdeführer entstehen nach seinem Vortrag dadurch 2

monatliche Kosten von 28,80 €. Der Hausarzt hält eine Weiterbehandlung mit Gelo-myrtol forte für sinnvoll und notwendig. Die Krankenkasse lehnte die beantragte Kostenübernahme trotz ärztlicher Verschreibung ab. Widerspruch und Klage hiergegen blieben erfolglos. Das Sozialgericht hat die auf Kostenübernahme gerichtete Klage mit Urteil vom 21. April 2005 abgewiesen, das Landessozialgericht die Berufung mit Beschluss vom 31. August 2007 zurückgewiesen. Das Bundessozialgericht hat die Revision des Beschwerdeführers mit Urteil vom 6. November 2008 zurückgewiesen.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer die Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung gemäß § 34 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V). Er macht erstens geltend, § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V verstoße bei chronisch kranken Versicherten gegen Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 GG. Dem chronisch Kranken werde ein Sonderopfer abverlangt. Es liege eine unzulässige Gleichbehandlung akut Kranker und chronisch Kranker vor. Der Beschwerdeführer macht zweitens geltend, das Bundessozialgericht habe Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt, weil es bei seinem Urteil vom 6. November 2008 von einer Richtervorlage an den Europäischen Gerichtshof abgesehen habe. Der Beschwerdeführer sieht drittens einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG auch darin, dass Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses eine hinreichende demokratische Legitimation fehle und dessen Richtlinienkompetenz gegen Art. 20 Abs. 2 und Art. 80 Abs. 1 GG verstoße.

3

In dem Verfahren haben das Bundessozialgericht, das Bundesministerium für Gesundheit, der Bundesverband der Arzneimittelhersteller e.V. als sachkundiger Dritter nach § 27a BVerfGG sowie die im Ausgangsverfahren beklagte Techniker Krankenkasse zu dem Beschwerdevorbringen Stellung genommen. Der Beschwerdeführer hat seinerseits zur Äußerung des Bundesministeriums für Gesundheit Stellung genommen.

4

II.

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen. Ihr kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu noch ist die Annahme zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt. Die Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg, denn sie ist teilweise unzulässig, teilweise unbegründet.

5

1. Soweit der Beschwerdeführer einen Verstoß von § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V gegen Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG bei chronisch kranken Versicherten rügt, ist die Verfassungsbeschwerde zulässig, aber nicht begründet.

6

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, ihm als einem chronisch kranken Versicherten werde durch den gesetzlichen Ausschluss nicht verschreibungspflichtiger Medikamente eine erhebliche Sonderlast zur Konsolidierung der gesetzlichen Krankenversicherung auferlegt. Im Vergleich zu nur akut erkrankenden Versicherten er-

7

brächten chronisch kranke Versicherte ein Sonderopfer, da sie außer den Kosten für akute Erkrankungen, die alle Versicherten grundsätzlich gleich trafen, auch noch die finanzielle Last der chronischen Krankheit zu tragen hätten. In seinem Fall mache die so definierte Zusatzlast eine monatliche Belastung von 28,80 € zusätzlich zu den Zuzahlungen nach den §§ 61, 62 SGB V aus. Das Sonderopfer sei durch finanzwirtschaftliche Überlegungen, über den geringen Durchschnittspreis von Arzneimitteln zur Selbstmedikation, über die Ausnahmeregelung des § 34 Abs. 1 Satz 2 SGB V, über Aspekte der Arzneimittelsicherheit und auch über die Typisierungs- und Generalisierungsbefugnis des Gesetzgebers nicht zu rechtfertigen.

Chronisch Kranken wird kein Sonderopfer zugunsten der Allgemeinheit, hier der gesetzlichen Krankenversicherung, auferlegt. Zwar wird ein chronisch Kranker für nicht verschreibungspflichtige Medikamente mehr aufwenden als ein nicht chronisch Kranker oder Gesunder. Allerdings wendet er diesen Betrag für sich selbst auf. Schon deshalb ist der Begriff des Sonderopfers nicht naheliegend, weil dieser eine fremdnützige Belastung erfasst. Wenn aber eine Person nur ihr selbst nützliche Medikamente kauft, liegt darin kein Sonderopfer für die Gemeinschaft. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn es verfassungsrechtlich vorgegeben wäre, dass die gesetzliche Krankenversicherung, in der der Beschwerdeführer pflichtversichert ist, sämtliche Gesundheitskosten ohne Ausnahme tragen müsste. Das ist aber nicht der Fall. Die gesetzlichen Krankenkassen sind nicht von Verfassungs wegen gehalten, alles zu leisten, was an Mitteln zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit verfügbar ist. Zumutbare Eigenleistungen können verlangt werden (vgl. BVerfGE 115, 25 <46>).

8

b) Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 98, 365 <385>; stRspr). Er gilt sowohl für ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen (vgl. BVerfGE 79, 1 <17>; 126, 400 <416> m.w.N.; 129, 49 <68>). Verboten ist auch ein gleichheitswidriger Ausschluss (vgl. BVerfGE 93, 386 <396>; 105, 73 <110 ff., 133>), bei dem eine Begünstigung dem einem Personenkreis gewährt, dem anderen aber vorenthalten wird (vgl. BVerfGE 110, 412 <431>; 112, 164 <174>; 126, 400 <416> m.w.N.).

9

aa) Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (vgl. BVerfGE 117, 1 <30>; 122, 1 <23>; 126, 400 <416> m.w.N.). Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet nicht nur, dass die Ungleichbehandlung an ein der Art nach sachlich gerechtfertigtes Unterscheidungskriterium anknüpft, sondern verlangt auch für das Maß der Differenzierung einen inneren Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung, der sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungs-

10

gesichtspunkt von hinreichendem Gewicht erweist (vgl. BVerfGE 124, 199 <220>; 129, 49 <68 f.>). Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 55, 72 <88>; 88, 87 <97>; 93, 386 <397>; 99, 367 <389>; 105, 73 <110>; 107, 27 <46>; 110, 412 <432>; 129, 49 <69>).

Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbe-
reichen bestimmen lassen (vgl. BVerfGE 75, 108 <157>; 93, 319 <348 f.>; 107, 27 <46>; 126, 400 <416> m.w.N.; 129, 49 <69>). Eine strengere Bindung des Gesetzgebers ist insbesondere anzunehmen, wenn die Differenzierung an Persönlichkeitsmerkmale anknüpft, wobei sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen umso mehr verschärfen, je weniger die Merkmale für den Einzelnen verfügbar sind (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>) oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern (vgl. BVerfGE 124, 199 <220>). Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich auch aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>). Im Übrigen hängt das Maß der Bindung unter anderem davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Kriterien zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>; 127, 263 <280>; 129, 49 <69>).

11

bb) (1) Ungleich behandelt werden Versicherte, die verschreibungspflichtige Medikamente einnehmen, und Versicherte, die nicht verschreibungspflichtige Medikamente einnehmen. Während erstere für die verschreibungspflichtigen Medikamente nur Zuzahlungen leisten müssen (§§ 31, 61, 62 SGB V), müssen letztere - vorbehaltlich der Ausnahmeregelung in § 34 Abs. 1 Satz 2 SGB V - die nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel auf eigene Kosten finanzieren (§ 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Die Verschreibungspflicht knüpft an die Art des Medikaments an, so dass davon auszugehen ist, dass fast alle Versicherten sowohl zur Gruppe derer gehören, die verschreibungspflichtige, als auch zur Gruppe derer, die nicht verschreibungspflichtige Medikamente einnehmen. Der Gesetzgeber unterliegt insofern keiner strengen Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG.

12

(2) Diese Ungleichbehandlung zwischen verschreibungspflichtigen und nicht verschreibungspflichtigen Medikamenten, die für chronisch Kranke tatsächlich höhere Zuzahlungen nach sich zieht, ist gerechtfertigt. Ob ein Medikament verschreibungspflichtig ist oder nicht, entscheidet sich in erster Linie nach den Kategorien der Arzneimittelsicherheit. § 48 Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln - Arzneimittelgesetz (AMG) - in Verbindung mit § 1 Verordnung über die Verschreibungspflicht von Arzneimitteln - ArzneimittelverschreibungsVO - dient dem Schutz der Bevölkerung. Die Normen sollen sicherstellen, dass Arzneimittel, die gesundheitliche Risiken in sich bergen, nur über diejenigen Heilpersonen angewendet werden, die ihre Wirkun-

13

gen, Nebenwirkungen und Wechselwirkungen mit anderen Mitteln, Gegenanzeigen und sonstige Gefahren genau kennen. Verschreibungspflichtige Arzneimittel sind stark wirksame Arzneimittel, von denen eine Gesundheitsgefährdung ausgeht, wenn sie ohne ärztliche Überwachung eingenommen werden (Hauck/Haines-Gerlach, SGB V, § 34 Rn. 12). Von nicht verschreibungspflichtigen, also nicht stark wirksamen apothekenpflichtigen Arzneimitteln (§ 43 AMG), geht diese Gefährdung nicht aus. Der rechtlich nicht gebundene Preis solcher Arzneimittel übernimmt hier eine Steuerungsfunktion bei der Selbstmedikation. Der Gesetzgeber bedient sich mit der Verschreibungspflicht somit eines Kriteriums, das in einem großen, sich in ständiger Entwicklung befindlichen und von hoch spezialisierten Fachkenntnissen geprägten Markt primär die Funktion hat, Arzneimittelsicherheit zu gewährleisten, auch mit dem Ziel, die finanzielle Inanspruchnahme der gesetzlichen Krankenversicherung zu steuern. Insofern ist das Kriterium nach seiner Genese nicht zielgenau. Es ist aber auch nicht sachwidrig, sondern zur Dämmung der Kosten im Gesundheitswesen erforderlich und auch geeignet.

(3) Die Differenzierung ist auch im engeren Sinne verhältnismäßig, denn die Belastung mit den Zusatzkosten für nicht verschreibungspflichtige Medikamente steht jedenfalls hier in einem angemessenen Verhältnis zu den vom Gesetzgeber mit dieser Differenzierung verfolgten Zielen. Da das hier in Rede stehende Medikament ohne ärztliche Verschreibung erhältlich ist und zur Gruppe der Medikamente mit typischerweise geringem Preis gehört, ist es den Versicherten grundsätzlich zumutbar, die Kosten hierfür selbst zu tragen. Es ist auch nichts dafür ersichtlich, dass im konkreten Fall dem Beschwerdeführer die von ihm geltend gemachte Belastung von 28,80 € monatlich unzumutbar wäre. Zudem ist gewährleistet, dass für solche nicht verschreibungspflichtigen Medikamente, die als Therapiestandard bei schwerwiegender Erkrankung anerkannt sind, die Krankenkasse ausnahmsweise die Kosten übernimmt (§ 34 Abs. 1 Satz 2 SGB V). Das gesetzliche Kriterium der fehlenden Verschreibungspflicht kann damit als sachlicher Anknüpfungspunkt für den grundsätzlichen Ausschluss aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung dienen, soweit dem Versicherten damit zumutbare Eigenleistungen aufgebürdet werden.

14

Schließlich hat der Gesetzgeber Regelungen getroffen, um die Belastung der chronisch Kranken durch die Kosten für Medikamente in Grenzen zu halten. Insofern werden chronisch Kranke und akut Erkrankte im Bereich der Zuzahlungen bei verschreibungspflichtigen Medikamenten (§§ 61, 62 SGB V) ungleich behandelt. Das entspricht der allgemeinen Vorgabe des § 2a SGB V, den Bedürfnissen chronisch Kranker besonders Rechnung zu tragen. Bei der Zuzahlungsgrenze profitieren chronisch Kranke bei Inanspruchnahme von Vorsorgeuntersuchungen und bei therapiegerechtem Verhalten, da sie nach § 62 Abs. 1 Satz 2 SGB V nur Zuzahlungen bis zur Höhe von 1 % statt 2 % des Bruttoeinkommens leisten müssen.

15

cc) Der Gesetzgeber differenziert zudem zwischen schwerwiegenden und anderen Erkrankungen. Bei schwerwiegenden Erkrankungen, bei denen das Medikament

16

zum Therapiestandard gehört, können auch nicht verschreibungspflichtige Medikamente zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung verordnet werden (§ 34 Abs. 1 Satz 2 SGB V).

Auch diese Ungleichbehandlung ist aus verfassungsrechtlicher Sicht zu rechtfertigen. Der Beschwerdeführer ist zwar der Auffassung, die Anknüpfung an das Merkmal „schwerwiegende Erkrankung“ im Ausnahmetatbestand des § 34 Abs. 1 Satz 2 SGB V sei ein singulärer Fremdkörper im System der gesetzlichen Krankenversicherung, der allenfalls als Einstieg in einen Systemwechsel gerechtfertigt werden könnte. Doch müssen die gesetzlichen Krankenkassen von Verfassungen wegen nicht alles leisten, was zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit verfügbar ist (vgl. BVerfGE 115, 25 <46>). Vielmehr ist die Schwere der Erkrankung im Rahmen eines Krankenversicherungssystems ein naheliegendes Sachkriterium, um innerhalb des Leistungskatalogs zu differenzieren und die Nähe zwischen chronischen Krankheiten und den in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG spezifisch geschützten Behinderungen (vgl. dazu BVerfGE 96, 288 <301>) zu berücksichtigen. Mit § 34 Abs. 1 Satz 2 SGB V ist eine Versorgung schwerwiegender Erkrankungen auch chronisch Kranker in gleicher Weise wie für nicht chronisch kranke Menschen gewährleistet. Unangemessene Härten, die sich daraus für chronisch Kranke ergeben würden, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

17

dd) Die angegriffenen Differenzierungen im Rahmen des SGB V sind auch nicht deshalb unverhältnismäßig, weil keine (weitere) Härteklausel vorhanden ist. Vorliegend geht es um ein Arzneimittel, dessen Preis über dem vom Gesetzgeber angenommenen Durchschnittspreis nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel von 11 € (BTDrucks 15/1525, S. 86) liegt. Dass es im Fall des Beschwerdeführers sozial nicht vertretbar ist, eine sich für ihn ergebende Belastung von 28,80 € monatlich zu tragen, lässt sich aber nicht feststellen, denn zu den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers ist nichts, weder zu seinem Einkommen noch zu seinem Vermögen, vorgetragen.

18

Aus der gesetzlichen Begrenzung des kassenindividuellen Zusatzbeitrags in § 242 SGB V auf maximal 1 % der beitragspflichtigen Einnahmen, im Jahr 2009 also auf höchstens 36,75 € monatlich, ergibt sich entgegen dem Vortrag des Beschwerdeführers nichts anderes. Dort soll die Beitragszahlung der Mitglieder über die Beitragsbemessungsgrenze beschränkt und damit der Transfereffekt der Beitragsleistung im System der gesetzlichen Krankenversicherung begrenzt werden, hier wird der Versicherte an der Kostentragung von Arzneimitteln über Zuzahlungen beteiligt oder muss deren Kosten nach § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V sogar vollständig selbst tragen.

19

2. Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet, soweit ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG durch unterlassene Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gerügt wird.

20

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften ist gesetzlicher Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Das nationale Gericht ist unter den Voraussetzun-

21

gen des Art. 267 Abs. 3 AEUV von Amts wegen gehalten, den Gerichtshof anzurufen (vgl. BVerfGE 82, 159 <192 f.>). Das Bundesverfassungsgericht überprüft allerdings nur, ob die Vorlagepflicht in offensichtlich unhaltbarer Weise gehandhabt worden ist (vgl. BVerfGE 82, 159 <195>; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 4. Juni 2009 - 1 BvR 2163/08). Danach stellt nicht jede Verletzung der unionsrechtlichen Vorlagepflicht einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dar. Das Bundesverfassungsgericht beanstandet die Auslegung und Anwendung von Zuständigkeitsnormen nur, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind (vgl. BVerfGE 82, 159 <194>; 126, 286 <315>).

Liegt zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs noch nicht vor oder hat eine vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet oder erscheint eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht nur als entfernte Möglichkeit, so wird Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG erst verletzt, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten hat (vgl. BVerfGE 82, 159 <195 f.>; 126, 286 <317>; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25. Februar 2010 - 1 BvR 230/09, NJW 2010, S. 1268 <1269>). Dabei kommt es für die Prüfung einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht in erster Linie auf die Vertretbarkeit der fachgerichtlichen Auslegung des für den Streitfall maßgeblichen materiellen Unionsrechts an, sondern auf die Vertretbarkeit der Handhabung der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV durch das Fachgericht (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25. Februar 2010, a.a.O.). Dies entspricht dem Beschluss des Zweiten Senats, der eine vertretbare Beantwortung der entscheidungserheblichen Frage verlangt (vgl. BVerfGE 126, 286 <317>).

22

Das Fachgericht hat dabei Gründe anzugeben, die zeigen, ob es sich hinsichtlich des europäischen Rechts ausreichend kundig gemacht hat, und so dem Bundesverfassungsgericht eine Kontrolle am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ermöglichen (vgl. BVerfGK 8, 401 <405>; 10, 19 <31>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 9. Januar 2001 - 1 BvR 1036/99, NJW 2001, S. 1267 <1268>; Beschlüsse der 3. Kammer des Ersten Senats vom 14. Mai 2007 - 1 BvR 2036/05, NVwZ 2007, S. 942 <945>; vom 20. Februar 2008 - 1 BvR 2722/06, NVwZ 2008, S. 780 <781> und vom 25. Februar 2010, a.a.O.).

23

Die angegriffene Entscheidung des Bundessozialgerichts lässt erkennen, dass es sich hinsichtlich des europäischen Rechts kundig gemacht und eine Vorlage in Erwägung gezogen, aber begründet abgelehnt hat. Das Bundessozialgericht sieht die Frage, ob § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V mit der Richtlinie 89/105/EWG vom 21. Dezember 1988 betreffend die Transparenz von Maßnahmen zur Regelung der Preisfestsetzung bei Arzneimitteln für den menschlichen Gebrauch und ihre Einbeziehung in die staatlichen Krankenversicherungssysteme (Transparenz-Richtlinie) vereinbar ist, als

24

geklärt an. Der grundsätzliche gesetzliche Ausschluss nicht verschreibungspflichtiger Medikamente aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V unterfalle nicht - wie gerügt - Art. 7 der Transparenz-Richtlinie. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften habe in der „Pohl-Boskamp“-Entscheidung (Urteil vom 26. Oktober 2006 - C-317/05 -, EuGHE I 2006, 10611, Rn. 35) die von der gesetzlichen Regel abweichende Ausnahmeentscheidung des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 34 Abs. 1 Satz 2 SGB V unter Art. 6 Nr. 2 der Transparenz-Richtlinie subsumiert, also unter den Begriff der behördlichen Positivliste. Der gesetzliche Ausschluss nicht verschreibungspflichtiger Medikamente in § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB V falle nicht unter Art. 7 der Transparenz-Richtlinie zur behördlichen Negativliste, denn die Entscheidung, nicht verschreibungspflichtige Medikamente aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung herauszunehmen, werde nicht von einer Behörde, sondern vom Gesetzgeber selbst getroffen. Die Verschreibungspflicht habe der Gerichtshof in der Doc Morris-Entscheidung (Urteil vom 11. Dezember 2003 - C 322/01 -, EuGHE I 2003, 14887, Rn. 112 ff.) als Anknüpfungspunkt für Differenzierungen genommen und damit gebilligt.

Die Argumentation des Bundessozialgerichts entspricht der Systematik der Transparenz-Richtlinie und liegt auf der Linie der Entscheidung des Gerichtshofs im Urteil Pohl-Boskamp. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist nicht verletzt, weil das Bundessozialgericht in nachvollziehbarer Auslegung des für den Streitfall maßgeblichen materiellen Unionsrechts unter konsequenter Beachtung der dazu vorliegenden Rechtsprechung die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV vertretbar gehandhabt hat.

25

Zur Frage, ob der Beschwerdeführer sich auf die Begründungs-, Bekanntmachungs- und Belehrungsanforderungen des Art. 7 der Transparenz-Richtlinie (Ausschluss bestimmter Arzneimittel oder Arzneimittelkategorien durch behördliche Entscheidung, behördliche Negativlisten) berufen kann, hat das Bundessozialgericht nicht Stellung genommen. Das ist nicht zu beanstanden, weil die Norm insoweit nicht entscheidungserheblich war. Denn der Ausschluss nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel beruht auf einer gesetzlichen, nicht auf einer behördlichen Entscheidung.

26

3. Unzulässig ist die Verfassungsbeschwerde, insoweit der Beschwerdeführer mit der Rüge einer Verletzung von Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 2 und Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zur Rechtsetzung bestreitet. Dazu fehlt es an der Selbstbetroffenheit des Beschwerdeführers. Dieser hat nicht vorgetragen, dass es sich bei seiner Erkrankung um eine schwerwiegende Erkrankung im Sinne des § 34 Abs. 1 Satz 2 SGB V handelt, für die das hier in Rede stehende Medikament als Therapiestandard anerkannt werden müsste. Selbst wenn die Normsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 34 Abs. 1 Satz 2 SGB V verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügen sollte - wozu sich das Bundesverfassungsgericht noch nicht abschließend geäußert hat -, so wirkte sich dies auf die Position des Beschwerdeführers nicht aus, weil der Ausschluss des nicht verschreibungspflichtigen

27

Medikaments auf einer Entscheidung des Gesetzgebers, nicht des Gemeinsamen Bundesausschusses beruht.

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

28

Kirchhof

Schluckebier

Baer

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom
12. Dezember 2012 - 1 BvR 69/09**

Zitiervorschlag BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 12. Dezember 2012 - 1 BvR 69/09 - Rn. (1 - 28), http://www.bverfg.de/e/rk20121212_1bvr006909.html

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2012:rk20121212.1bvr006909