

Bedarfsplanung als spezifisches Regulierungsrecht

*Claudio Franzius**

I. Einführung

Dem unbefangenen Beobachter stellt sich die „Bedarfsplanung als spezifisches Regulierungsrecht“ als bedrohliches Szenario dar. Hatte die Abschaffung der Bedarfsplanung für die vertragszahnärztliche Versorgung nicht hoffen lassen, auf dieses Instrument in Zukunft verzichten zu können? Wenn es nun aber im Bereich der vertragsärztlichen Regelversorgung bei der Bedarfsplanung bleibt, rücken dann mit der regulierungsrechtlichen Perspektive nicht „versorgungsfremde“ Aspekte in das Gesundheitsrecht? Und schließlich zum „Spezifischen“ des Regulierungsrechts: Entfernt sich ein bereichsspezifisches Regulierungsrecht nicht noch weiter vom allgemeinen Verwaltungsrecht, indem es Gefahr läuft, die alte Sonderrolle durch eine neue Sonderrolle zu ersetzen?

Diese Sorgen sind ernstzunehmen, aber nur zum Teil berechtigt. Dazu ist in einem ersten Schritt aufzuzeigen, was für die vertragsärztliche Bedarfsplanung nach dem GKV-Versorgungsstrukturgesetz interessant ist (II.). Kurz wird der Blick auf andere, heute teilweise bereits als „klassisch“ bezeichnete Regulierungssektoren geworfen, in denen ebenfalls Versorgungsfragen schärfer hervortreten (III.). Drei Problemkreise der Bedarfsplanung können unter der Regulierungsperspektive eine neue Akzentuierung erfahren (IV.). Zum Schluss sei dann noch einmal die Frage nach dem „spezifischen“ Regulierungsrecht aus der verwaltungsrechtlichen Perspektive aufgeworfen (V.).

II. Bedarfsplanung

1. Ansätze

Die Bedarfsplanung kann an unterschiedlichen Stellen im Gesundheitswesen ansetzen.¹ Das beginnt bei der Ausbildung medizinischer Fachkräfte, die durch Zugangsbeschränkungen zum Medizinstudium gesteuert wird. Es setzt sich fort bei der Zulassung der Tätigkeit und der Vergabe von Abrechnungsberechtigun-

* Für hilfreiche Anregungen und Hinweise danke ich *Dagmar Felix, Friedhelm Hase, Thorsten Kingreen, Margarete Schuler-Harms* und *Ulrich Wenner*.

1 Vgl. *Johanna Nüsken/Reinhard Busse*, Ansatzpunkte und Kriterien der Bedarfsplanung in anderen Gesundheitssystemen, Gutachten im Auftrag der Bundesärztekammer, 2011, 4.

gen für ambulant tätige Ärzte oder die Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan. Vorgelagert ist jedoch eine *Regulierung der Versorgungsstrukturen*, um eine bedarfsgerechte Versorgung zu gewährleisten. Darum soll es vorliegend gehen. Nicht behandelt wird die ebenso brisante Regulierung des Leistungsvolumens über die Festlegung von Fallzahlen oder Mindestmengen.

Während früher die Überversorgung mit Ärzten im Vordergrund stand, ist es heute die bereits eingetretene oder drohende Unterversorgung, die ein konzeptionelles Überdenken der Bedarfsplanung angezeigt erscheinen lässt.² Denn augenscheinlich ist es nicht gelungen, durch Zulassungsbeschränkungen in überversorgten Planungsbereichen niederlassungswillige Ärzte in unterversorgte Regionen zu locken. Der Hausärztemangel betrifft vor allem, aber nicht nur ländliche Regionen in Ostdeutschland.

2. Überkommene Zweiteilungen

Was bringt nun aber die regulierungsrechtliche Perspektive? Ungeachtet aller Schwierigkeiten, den Modernisierungsansatz des Regulierungsrechts auf das historisch gewachsene Gesundheitsrecht zu übertragen, erlaubt es ein regulierungsrechtlicher Zugriff auf das Gesundheitsrecht, überkommene Zweiteilungen zu hinterfragen. Die Frage lautet nicht, ob es mehr Staat oder mehr Markt im Gesundheitswesen geben sollte. Seit jeher haben wir es hier mit Mischungsverhältnissen zu tun, in der sich allenfalls die Selbstverwaltung als dominant erwiesen hat. Gerade die korporative Struktur macht das Gesundheitsrecht für das Regulierungsrecht interessant.

Auch die herkömmliche Unterscheidung zwischen ambulantem und stationärem Sektor gilt als überholt, ist jedenfalls vielfältigen Verschränkungen gewichen.³ Seit längerer Zeit wird eine „Ambulantisierung“ des Versorgungssektors beobachtet, wodurch der bestehende Versorgungsdualismus relativiert wird.

2 Von einem Paradigmenwechsel spricht *Ulrich Wenner*, Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, 2008, § 16 Rn. 38. Zur vertragsärztlichen Bedarfsplanung „im System“ der GKV *Ingwer Ebsen*, Leistungssteuerung und Ressourcenplanung in der gesetzlichen Krankenversicherung am Beispiel der ambulanten ärztlichen Versorgung, in: FS Hoppe, 2000, 723.

3 Von einer „Verflüssigung der Grunddifferenz von ambulant und stationär“ spricht *Ansgar Hense*, Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen – der stationäre Sektor, in: Michael Fehling/Matthias Ruffert (Hg.), Regulierungsrecht, 2010, § 16 Rn. 13. An einer „pragmatischen Differenzierung“ vorläufig festhaltend: *Margarete Schuler-Harms*, Soziale Infrastruktur im Gesundheitswesen – der ambulante Sektor, ebd., § 15 Rn. 15.

Krankenhäuser können zum Beispiel nach § 116a SGB V vertraglich zur ambulanten Versorgung zugelassen werden, sofern eine vertragsärztliche Unterversorgung zu kompensieren ist. Die Bedarfsplanung selbst bleibt jedoch unterschiedlich geregelt. Während die Planaufstellung im Vertragsarztrecht nach § 99 SGB V den Kassenärztlichen Vereinigungen zugewiesen ist, sind für die Krankenhausplanung nach § 6 KHG die Länder zuständig und verantwortlich. Ein Anliegen der jüngsten Reformbestrebungen war deshalb die Schaffung einer *integrierten Versorgungsplanung*.⁴

3. Versorgungsstrukturgesetz

Dazu kann sich der Reformgesetzgeber nur begrenzt durchringen. Verantwortlich für das Ausbleiben einer integrierten Bedarfsplanung sind weniger kompetenzrechtliche Grenzen als vielmehr in erster Linie – wie so oft – politische Gründe. Der Korporatismus des deutschen Gesundheitswesens erweist sich als punktuell beweglich, im Ganzen aber als weitgehend reformresistent. Dennoch sind *aus zwei Gründen* die im GKV-Versorgungsstrukturgesetz⁵ vorgenommenen Änderungen der vertragsärztlichen Bedarfsplanung interessant.

a) Sicherstellung flächendeckender Versorgung

Das betrifft zunächst die Zielrichtung des Gesetzes. Es lässt eine Schärfung des Versorgungsziels erkennen, um der drohenden Unterversorgung vor allem in ländlichen Gebieten vorzubeugen. Die Begründung des Gesetzesentwurfs macht dies deutlich, wenn als zentrales gesundheitspolitisches Anliegen die „Sicherstellung einer flächendeckenden bedarfsgerechten und wohnortnahen medizinischen Versorgung der Bevölkerung“ hervorgehoben wird.⁶

Mit diesem nicht zufällig an die klassischen Regulierungssektoren erinnernden Regulierungsziel könnte ein *Wechsel im Rechtfertigungsansatz der Bedarfs-*

4 Siehe etwa *Harmut Reiners*, Kassenwettbewerb, Selektivverträge und die Rolle der Länder, G+S 3/2010, 13. Zu den unterschiedlichen Positionen im Vorfeld *Jürgen Malzahn/Karl-Heinz Schönbach/Christian Wehner*, Sicherstellungsfrage neu gestellt – Chancen für Direktverträge in der GKV?, G+S 5/2010, 10 (11 ff.).

5 Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VStG) v. 22.11.2011, BGBl I 2011, 2983. Zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung BR-Drucks. 456/11 v. 12.8.2011, dazu *Georg Baum*, Das GKV-Versorgungsstrukturgesetz (GKV-VStG), das Krankenhaus 7/2011, 661. Baum ist Hauptgeschäftsführer der Deutschen Krankenhausgesellschaft.

6 BR-Drucks. 456/11, 1.

planung einhergehen: Bislang wurde für die Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit privater Leistungserbringer auf Aspekte der Kostendämpfung oder des regulativ aufzufangenden Marktversagens abgestellt.⁷ Das GKV-Versorgungsstrukturgesetz erleichtert es nunmehr, stärker als bisher auf die *Sicherstellung gleicher Versorgungsgewährleistung* zuzugreifen, also die der Erfüllung durch die Leistungserbringer vorgelagerte Gewährleistungspflicht der Krankenkassen gegenüber dem Leistungsempfänger in den Blick zu nehmen.⁸

Dass im Vordergrund der Bedarfsplanung nicht der Wettbewerb, sondern die Versorgungsgewährleistung steht, spricht nicht gegen deren Qualifizierung als Regulierungsrecht. Wir haben es im Regulierungsrecht mit komplexen Zielbestimmungen zu tun. Als komplex erweisen sich auch die Regelungsstrukturen, die sich nicht länger problemlos in bipolare Rechtsbeziehungen zerlegen und im Abwehrverhältnis grundrechtsdogmatisch rekonstruieren lassen. Tun wir es dennoch – wofür es gute Gründe gibt – so wäre zu fragen, ob sich die Bedarfsplanung allein vor dem Zugangsanspruch des Arztes rechtfertigen muss oder nicht eben auch mit dem Zugangsanspruch der Versicherten zu einer angemessenen Gesundheitsversorgung prinzipiell gerechtfertigt ist.

Regulierungsrecht hat typischerweise *mehrpoleige Zugangsfragen* und deren Ausgleich zum Gegenstand. Es soll an dieser Stelle dahingestellt bleiben, ob sich die Auflösung grundrechtlicher Spannungslagen im Regulierungsrecht noch unhinterfragt im „klassischen“ Eingriffsabwehrschema⁹ vornehmen lässt. Die

7 BVerfGE 103, 172 (184 ff.). Zur Bekämpfung der „anbieterinduzierten Nachfrage“ als Rechtfertigungsgrund BSG, NZS 1999, 98 (99 f.); *Wenner*, Vertragsarztrecht (Fn. 2), § 16 Rn. 36.

8 Vgl. *Astrid Wallrabenstein*, Staatliche Gewährleistung einer angemessenen gesundheitlichen Versorgung im Bundesgebiet, Vortrag v. 12.4.2011 vor der Deutschen Gesellschaft für Krankenkassenrecht, Ms.

9 Zweifelnd *Astrid Wallrabenstein*, Versicherung im Sozialstaat, 2009, 351 ff. mit dem Hinweis auf die Frage nach ausgestaltungsbedürftigen Grundrechten. Der Versuch einer gewährleistungsstaatlich reformulierten Grundrechtsdogmatik, wie er namentlich von *Wolfgang Hoffmann-Riem*, *Der Staat* 43 (2004), 203 angeregt wurde, ist auf Kritik gestoßen, statt vieler *Renata Martins*, Grundrechtsdogmatik im Gewährleistungsstaat: Rationalisierung der Grundrechtsanwendung?, *DÖV* 2007, 456 (460 ff.); *Stephan Rixen*, Wettbewerb im Gesundheitswesen zwischen Gewährleistungsstaat und Grundrechtsschutz, in: *Arndt Schmehl/Astrid Wallrabenstein* (Hg.), *Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens*, Bd. 1, 2005, 109 (115 ff.).

verschiedentlich geäußerte Skepsis¹⁰ ist jedenfalls nicht in gleicher Weise für bedarfsorientierte Zulassungsbeschränkungen angezeigt, die das Feld, auf dem sich die Ärzte bewegen, nicht erst schaffen und damit einfachgesetzlich auch nicht ohne weiteres die Reichweite der ärztlichen Berufsfreiheit mitbestimmen können. Vielmehr ist weiterhin von einem rechtfertigungsbedürftigen, aber unter Berücksichtigung des Regulierungsziels der Versorgungsgewährleistung auch rechtfertigungsfähigen Eingriff in die Berufsfreiheit privater Leistungserbringer auszugehen.¹¹

Die Probleme liegen woanders. So verweist eine Betrachtung der Bedarfsplanung unter dem Regulierungsziel bedarfsgerechter Versorgungsgewährleistung auf das Organisationsrecht. Hier spielt – wie stets im Regulierungsrecht – die Musik.¹²

b) Organisation versorgungsgewährleistender Bedarfsplanung

Deshalb ist, neben der Aufwertung des Versorgungsziels, der organisationsrechtliche Ansatz des Versorgungsstrukturgesetzes interessant. Das Gesetz zielt auf eine Flexibilisierung der Bedarfsplanung um den Preis einer Verkomplizierung der Organisationslandschaft:

Zur Flexibilisierung: Der Gesetzgeber lockert die Orientierung an stichtagsbezogenen Verhältniszahlen und schreibt die Berücksichtigung der Altersstruktur¹³ sowie anderer sozialer Kriterien für insgesamt kleinräumiger zu fassende Planungsbereiche (§ 101 Abs. 1 Nr. 3 SGB V neu) vor. Was bislang über die

10 Nicht grundlos ist die Berufsfreiheit im Regulierungsrecht als „schwaches Grundrecht“ bezeichnet worden, vgl. *Oliver Lepsius*, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung, in: *Fehling/Ruffert* (Hg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 4 Rn. 51, 53; kritisch *Rainer Pitschas*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen der Neuordnung ambulanter Krankenversorgung und § 116b SGB V, *GesR* 2010, 513 (517 ff.); s. auch *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, 45 f.

11 Zu einer teilhaberechtlichen Konstruktion *Daniel Riedel*, Das Teilhabegrundrecht auf Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung, *NZS* 2009, 260.

12 Plastisch: *Lepsius*, Verfassungsrechtlicher Rahmen (Fn. 10), § 4 Rn. 9: „Institutionelle Delegation der inhaltlichen Determination“.

13 Zur bisherigen Praxis *Carsten Reiter*, Vertragsärztliche Bedarfsplanung – Einführung eines Demografiefaktors, *GesR* 2011, 141.

Bedarfsplanung nur schwer zu machen war, wird nunmehr gesetzlich vorge-schrieben. Das ist zu begrüßen.

Die entsprechenden Festlegungen soll aber weiterhin der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) treffen, ein in vielerlei Hinsicht gesundheitspolitisch ebenso sinnvolles wie verfassungsrechtlich problematisches Gremium, das bereits als „Zentralkomitee des Gesundheitswesens“ bezeichnet worden ist.¹⁴ Hier gibt es nun einige Neuerungen, die zwar alles andere als umstürzend, aber doch erwähnenswert sind:

- Von den Bedarfsplanungsrichtlinien kann zur Bestimmung des lokalen Bedarfs abgewichen werden (§ 99 Abs. 1 S. 3 SGB V neu), sei es durch abweichende Abgrenzungen der Planungsbereiche oder durch abweichende Verhältnis-zahlen für den bedarfsgerechten Versorgungsgrad.
- Dafür können sektorübergreifend gemeinsame Landesgremien nach § 90a SGB V neu geschaffen werden, womit die Bedarfsplanung föderalisiert und mit Blick auf die Beantwortung sektorenübergreifender Versorgungsfragen dezentralisiert wird. Das ist nicht unproblematisch, unterläuft es doch die Verantwortung der Krankenkassen für die bundesweite Versorgung.
- Diese neue Struktur wird ihre eigene Logik herausbilden, zumal dem Gemeinsamen Bundesausschuss insoweit Steuerungsmöglichkeiten verwehrt sein sollen. Eine Ermächtigung des G-BA, in der Bedarfsplanungsrichtlinie die Voraussetzungen für das Vorliegen regionaler Besonderheiten zu regeln, soll ausweislich der Gesetzesbegründung nicht bestehen.¹⁵

Gewinner der Reform sind – zumindest in formaler Hinsicht – die Länder, die im G-BA ein *Mitberatungsrecht* (§ 92 Abs. 7e SGB V neu) erhalten. Auch im Übrigen verfügen sie lediglich über Mitwirkungsrechte, aber über keine Entscheidungsbefugnisse. Aus einer regulierungsrechtlichen Perspektive überzeugend ist die Ersetzung des Benehmenserfordernisses in § 99 SGB V neu durch eine *Vorlagepflicht* des Bedarfsplans mit einem *Beanstandungsrecht* der obers-

14 Joachim Lege, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), 113 (130 f.). Von warlords spricht Udo Steiner, ebd., 203; kritisch Rainer Pitschas, ebd., 209. Zum „kleinen Gesetzgeber“ des Krankenversicherungsrechts Andreas Wahl, Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, 2001, 313 ff.

15 Kritisch Rainer Hess, Im Wesentlichen Positiv, ärztepost, Sommer 2011, 14. Hess ist unparteiischer Vorsitzender des G-BA.

ten Landesbehörde, welche die Rechtsaufsicht über die Kassenärztlichen Vereinigungen als Planungsträger ausübt.

Nach dem Willen des Bundesgesetzgebers wird die Bedarfsplanung jedoch weiterhin maßgeblich durch die Bedarfsplanungsrichtlinien des G-BA gesteuert. Das ist aus der Sicht der ärztlichen Leistungserbringer weniger problematisch als aus Sicht der Leistungsempfänger, die als *Versicherte* über keine angemessene Vertretung im G-BA verfügen. Das GKV-Versorgungsstrukturgesetz ändert daran nichts, stärkt aber die personelle Legitimation der unparteiischen Mitglieder, indem ihre Auswahl nach § 91 Abs. 2 S. 4 SGB V neu an ein Widerspruchsrecht des Gesundheitsausschusses des Bundestags geknüpft wird. Auch das passt nicht richtig in die überkommenen Strukturen der Gemeinsamen Selbstverwaltung und lässt erkennen, dass die Grenze zur Fremdverwaltung erreicht, wenn nicht gar überschritten ist.

c) Rechtliche Grenzen und politische Spielräume

Was folgt daraus? Die erneute Reform der Organisation des Gemeinsamen Bundesausschusses wirft die Frage auf, ob es so weiter gehen kann. Natürlich hat sich mit dem G-BA eine Struktur verfestigt. Das mag heute ein Bedürfnis nach Ruhe erklären, und eine Korrektur der langjährigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur demokratischen Legitimation des G-BA durch das Bundesverfassungsgericht dürfte wenig wahrscheinlich sein. Auch tut das Bundesverfassungsgericht gut daran, sich zum Demokratieprinzip des Grundgesetzes behutsam zu äußern.¹⁶ Aber damit ist das Problem nicht gelöst. Denn der G-BA ist das eigentliche, sukzessive ausgebaute Machtzentrum des Gesundheitsrechts, das nur noch mit einigen Verrenkungen als Selbstverwaltung ausgewiesen werden kann. Gewiss ist dazu viel geschrieben worden, weniger aber zu der Frage, ob sich der G-BA auf der Folie einer unabhängigen Regulierungsbehörde – kontrastierend oder vergleichend – sinnvoll beschreiben und fortentwickeln lassen könnte.¹⁷

16 Unschönes Gegenbeispiel: BVerfGE 123, 267 – Lissabon (2009).

17 Vorsichtig *Schuler-Harms*, Soziale Infrastruktur (Fn. 3), § 15 Rn. 146, 166. Die Weiterentwicklung der vorhandenen Struktur in diese Richtung erscheint realistischer als die Schaffung einer gänzlich neuen Behörde, wie es – vereinzelt – für die Krankenhausregulierung vorgeschlagen wird, vgl. *Wolfram Höfling*, Vom Krankenhausrecht zum Krankenhausregulierungsrecht, GesR 2007, 289 (292 f.).

Jedenfalls darf die vertragsärztliche Bedarfsplanung in den rechtlichen Grenzen und politischen Spielräumen nicht allein vor dem Hintergrund der betroffenen Grundrechtspositionen und einer gegebenenfalls darüber zu rechtfertigenden autonomen Rechtssetzungsgewalt gesehen werden. Es stellt – wie jede exekutive Normsetzung – auch ein Demokratietheorieproblem dar.¹⁸ Das betrifft die Diagnose wie die Therapie, wenngleich eine regulierungsrechtlich überzeugende Antwort auf die korporatistische Struktur noch aussteht.¹⁹

Hier gilt es anzusetzen: Denn einiges spricht dafür, dass eben diese Struktur, also die weitgehende Einkapselung der Gemeinsamen Selbstverwaltung gegenüber politischer Steuerung, für das Ausbleiben einer integrierten Bedarfsplanung verantwortlich zu machen ist. Zum Wandel im grundrechtlichen Rechtfertigungsargument muss deshalb – so lautet vorliegend die These – die Frage nach einem Wandel des Legitimationsansatzes hinzutreten. Gerade weil ein grundlegender Umbau der Gemeinsamen Selbstverwaltung nicht zu erwarten und politisch auch nicht gewollt ist, brauchen wir tragfähigere Begründungen, um sie als solche bewahren zu können.

III. Vergleich

Aufschlüsse liefert der Vergleich. Die Zersplitterung der Bedarfsplanung zeigt bereits die Krankenhausplanung. Sie ist keine Selbstverwaltungsangelegenheit der betroffenen Akteure, sondern eine staatliche Aufgabe, die von den Bundesländern wahrgenommen wird. Die Landesbehörde entscheidet über die Aufnahme in den Krankenhausplan und damit über das Tätigwerden der sog. Plankrankenhäuser auf dem lukrativen Gesundheitsmarkt. Hier gibt es eine Reihe von Problemen, aber das soeben angesprochene Problem demokratischer Legitimation stellt sich unter dem Letztentscheidungsrecht der Landesbehörde nicht.

Auch im Umwelt- und Risikorecht lässt sich unter dem Leitbild der nachhaltigen Entwicklung eine Renaissance der Planung beobachten.²⁰ Das schließt Bedarfsprüfungen, etwa in Gestalt der fachplanungsrechtlichen Planrechtfertigung, als Option bei der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung oder bei der Umweltverträglichkeitsprüfung im Rahmen von Zulassungsentscheidungen ein. Im

18 Allg. *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen (Fn. 10), 56 ff.

19 Insofern ist es bedauerlich, dass auf der Staatsrechtslehrertagung in Münster (2011) die exekutive Rechtsetzung weder unter dem Demokratieprinzip noch am Beispiel des Regulierungsrechts behandelt wurde. Dies hat zutreffende Kritik erfahren.

20 Vgl. *Ivo Appel*, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, 2005, 160 ff.

planungsrechtlichen Abwägungsgebot kann das Fehlen eines Bedarfs als „Nullvariante“ zur Ablehnung des Vorhabens führen.²¹

Allerdings zeigt das benachbarte Infrastrukturrecht, dass der Bedarf auch durch den Gesetzgeber festgelegt werden kann und darf. Eine solche Bedarfsgesetzgebung wird in der Bundesverkehrswegeplanung seit längerer Zeit praktiziert (§ 1 Abs. 2 FStrAbG). Sie ist auch im Energierecht vorgesehen (§ 1 Abs. 2 EnLAG) und liegt dem kürzlich in Kraft getretenen Netzausbaubeschleunigungsgesetz (§§ 4 ff. NABEG) zugrunde: Der Bedarf nach länderübergreifenden oder grenzüberschreitenden Höchstspannungsleitungen wird im Bundesbedarfsplan nach § 12a Abs. 4 S. 1 EnWG parlamentarisch verantwortet, während die nachfolgenden Planungsaufgaben der Bundesnetzagentur zugewiesen und bei dieser gebündelt sind bzw. gebündelt werden können (§ 2 Abs. 2 NABEG). Das ist bemerkenswert, wird doch auf diese Weise die Regulierungsbehörde zu einer echten Planungsbehörde, die *insoweit* kaum weisungsfrei gestellt sein kann.²²

Nun wird immer wieder betont, dass sich im Gesundheitsrecht ein objektivierbarer Bedarf nicht festlegen lässt. Das mag so sein, spricht aber zunächst eher *für* als gegen die gesetzgeberische Bedarfsfeststellung.²³ Sie darf keine starren Verhältniszahlen festlegen, könnte aber den Zulassungsgremien die hinter Verteilungsentscheidungen maßgeblichen politischen Wertungen vorgeben. Diese – früher in § 102 SGB V enthaltene – Option wurde nicht aufgegriffen, erschien eine Rückverlagerung der Planungsbefugnisse auf den Staat doch weniger als Fortschritt denn als Rückschritt hinter die Errungenschaften der Gemeinsamen Selbstverwaltung. Dennoch wäre die korporative Struktur zugunsten einer Stufung des Gewährleistungsauftrags von legislativer Bedarfsfestlegung und exekutiver Auswahlentscheidung zu hinterfragen. Mag der Gesetzgeber den in der Fläche ganz unterschiedlichen Bedarf auch nicht festlegen können, so erscheint es doch problematisch, ihm faktisch die Steuerung aus der Hand zu

21 Vgl. *Thomas Groß*, Zur Zulässigkeit von Bedarfsprüfungen bei der Entscheidung über umweltrelevante Vorhaben, *VerwArch* 88 (1997), 89; *Gerd Winter*, Brauchen wir das? Von der Risikominimierung zur Bedarfsprüfung, *KJ* 1992, 389.

22 Kritisch *Wolfgang Durner*, Die aktuellen Vorschläge für ein Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) – Bewertung der Verfassungsmäßigkeit und des Beschleunigungspotentials, *DVBl* 2010, 853. Zur Kritik auch *Rudolf Steinberg*, Zweifelhafter Schnellschuss, *FAZ* v. 27.6.2011, 10.

23 Von „mittelbarer gesetzlicher Bedarfsplanung“ sprechen *Michael Quaas/Rüdiger Zuck*, *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2008, § 19 Rn. 15.

nehmen.²⁴ Deshalb liefert Art. 87 Abs. 2 GG der Selbstverwaltung auch keinen unüberwindbaren Bestandsschutz.²⁵

IV. Regulierungsrecht

Ist das Primärziel nicht der Wettbewerb, sondern die Versorgungssicherheit, dann kommt das Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung ohne eine vorstrukturierende Bedarfsplanung nicht aus. Kann die Bedarfsplanung dann aber als Regulierungsrecht verstanden werden? Diese Behauptung erscheint gewagt.

Zwar lässt sich im ambulanten Sektor auch die Förderung des Wettbewerbs als Regulierungsziel ausmachen. Aber die Regelungsstrukturen weisen den Wettbewerb eher als ein funktionales Äquivalent zur Bedarfsplanung aus. Auffallend ist jedenfalls, dass der Wettbewerb bislang gerade dort zum Tragen kommen soll, wo die Versorgung aus dem kollektivvertraglichen System herausgelöst ist, der Gesamtsicherungsauftrag der Kassenärztlichen Vereinigungen nach § 75 SGB V eingeschränkt ist und auf eine Bedarfsplanung nach §§ 99 ff. SGB V verzichtet wird. Das betrifft etwa die neuen Versorgungsformen der Integrierten Versorgung (§ 140a Abs. 1 SGB V) und der hausarztzentrierten Versorgung (§ 73b SGB V), aber auch den Korridor²⁶ anderer selektivvertraglicher Formen spezialärztlicher Versorgung. Hier, also in solchen Sektoren, die gerade nicht der Bedarfsplanung unterliegen, soll es Wettbewerb geben. Mittelbar zielt der unter Kostenträgern wie Leistungserbringern erwünschte Wettbewerb auf die Sicherung einer bedarfsangemessenen, qualitativ hochwertigen und der Wirtschaftlichkeit verpflichteten Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen.²⁷ Das rechtfertigt es, von Regulierungsrecht zu sprechen,

24 BVerfGE 33, 125 (158) verlangt für Regelungen im Rahmen der Satzungsautonomie die Beachtung des Grundsatzes, dass „der Gesetzgeber sich seiner Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig entäußern und seinen Einfluss auf den Inhalt der von den körperschaftlichen Organen zu erlassenden Normen nicht gänzlich preisgeben darf“.

25 *Hans Michael Heinig*, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, 454 f.; anders *Peter Axer*, *Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung*, 2000, 299 ff.

26 BR-Drucks. 456/11, 56.

27 *Schuler-Harms*, *Soziale Infrastruktur* (Fn. 3), § 15 Rn. 33.

lässt in diesem *engen Verständnis* aber eher eine konzeptionelle Alternative zur Bedarfsplanung durch die Verbände erkennen.²⁸

Dennoch macht die Regulierungsperspektive Sinn. Zunächst gilt es daran zu erinnern, dass mit dem Regulierungsansatz nicht allein ein Aufbrechen von Monopolen zugunsten des Wettbewerbs intendiert ist. Zwar ist Regulierung ein Wettbewerbsbezug immanent. Doch das schließt andere Ziele nicht aus. Gerade die klassischen Regulierungssektoren, zu denen wir neben dem Telekommunikations- auch den Energiesektor zählen können, verdeutlichen eine neue Akzentuierung der Versorgungsdimension.²⁹ Anfragen werden an das Grundversorgungsmodell im Energierecht gestellt, aber auch an das Universaldienstmodell im Post- und Telekommunikationsrecht, das sich als stumpfes Schwert zur flächendeckenden Versorgung mit schnellen Internetzugängen erwiesen hat.³⁰ Selbst der bislang überwiegend im Privatrecht diskutierte Verbraucherschutz ist ein regulierungsrechtliches Thema geworden.³¹ In einem weiten *Verständnis* von Regulierung kann nicht nur der Kassenwettbewerb (§ 69 SGB V), sondern auch die Versorgungsplanung dem Regulierungsrecht zugeordnet werden.

1. Regulierungsbegriff

Inwieweit die Bedarfsplanung als Regulierungsrecht auszuweisen ist, hängt also vom gewählten Regulierungsbegriff ab: Es konkurrieren ein enger und ein weiterer Regulierungsbegriff.³²

Das engere Verständnis sieht im Regulierungsrecht soziales Wettbewerbs-ermöglichungsrecht. Wichtig ist diese Qualifizierung deshalb, weil es dem Re-

28 In diesem Sinne wohl auch *Wolfram Höfling*, Der Gesundheitsgewährleistungsstaat: Staatstheoretische und verfassungsrechtliche Überlegungen, in: Volker Schumpelick/Bernhard Vogel (Hg.), *Medizin zwischen Humanität und Wettbewerb*, 2008, 110 (115).

29 Siehe etwa *Markus Möstl*, Perspektiven des Regulierungsrechts, *GewArch* 2011, 265 mit einem Vergleich von Telekommunikations- und Krankenhausrecht.

30 *Claudio Franzius*, Wo bleibt der Staat? Das Modell der Universaldienste und seine Alternativen, *ZG* 2010, 66.

31 Näher *Claudio Franzius*, Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht, *DVB1* 2010, 1086. Zu weit der Regulierungsbegriff bei *Martin Eifert*, Regulierungsstrategien, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. (i.E.), § 19 Rn. 5.

32 Siehe auch *Margarete Schuler-Harms*, Braucht das Gesundheitswesen ein eigenes Regulierungsrecht?, in diesem Band, S. 29 ff.

gulierungsrecht eben gerade nicht darum geht, einen bereits vorhandenen, freien Wettbewerb zu sichern, sondern darum, einen gemeinwohlpflichtigen, nicht notwendig auf die Netzwirtschaften beschränkten Wettbewerb herzustellen. Regulierung ist danach eine Gestaltungsaufgabe.³³ Hierüber grenzt sich das *Regulierungsrecht* gegenüber dem Ordnungsrecht und der herkömmlichen Eingriffsverwaltung ab.

Demgegenüber sieht ein weiteres Verständnis in der Regulierung eine Aufgabe des Gewährleistungsstaates, der sich verschiedener Regulierungsstrategien bedienen kann.³⁴ Hierüber grenzt sich die *Regulierungsverwaltung* gegenüber der wohlfahrtsstaatlichen Leistungsverwaltung ab. Regulierung dient der Umsetzung in der Verfassung mitunter nur implizit verankerter Gewährleistungspflichten, die gerade dort relevant werden, wo die Leistung nicht vom Staat, sondern von nicht-staatlichen Akteuren erbracht wird.³⁵ Danach handelt es sich um kein absterbendes Sonderkartellrecht. Regulierung ist vielmehr Ausdruck einer Daueraufgabe und bildet mit der Gewährleistungsverwaltung eine dritte Säule neben der Eingriffs- und der Leistungsverwaltung heraus.³⁶ Anders gesagt: Aus der Daseinsvorsorge werden öffentliche Dienstleistungen, deren bedarfsgerechte Erbringung regulatorisch überformt wird.³⁷

Betrachten wir aus dieser Perspektive das Gesundheitsrecht, so werden die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zu vielen Regulierungssektoren netzgebun-

33 Prononciert *Johannes Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, D 152 ff.; grundlegend *Hans-Heinrich Trute*, Regulierung am Beispiel des Telekommunikationsrechts, in: FS Brohm, 2002, 169 (171 f.).

34 Näher *Claudio Franzius*, Der Gewährleistungsstaat, *VerwArch* 99 (2008), 351. Die Frage nach der Regulierung ist mit *Wallrabenstein*, Versicherung (Fn. 9), 243 „schlicht die Konsequenz aus der Annahme, dass den Staat eine Gewährleistungsverantwortung“ trifft.

35 Zum Leitbild des Gewährleistungsstaates und einer Neuausrichtung verwaltungsrechtlicher Denkmuster, nachdem die „Zweiteilung des Verwaltungsrechts in liberales Abwehrrecht und die Daseinsvorsorge erfüllendes Leistungsrecht aufgebrochen“ ist: *Wallrabenstein*, Versicherung (Fn. 9), 239.

36 So *Andreas Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *VVDStRL* 62 (2003), 267 (304 ff.); kritisch *Johannes Hellermann*, Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht, *VVDStRL* 70 (2011), 366 (388).

37 Von einem „gewährleistungsstaatlich-regulierungsrechtlichen Ansatz“ spricht *Höfling*, Gesundheitsgewährleistungsstaat (Fn. 28), 113.

dener Versorgungsgewährleistung schnell erkennbar. Ähnlich wie das Energierecht, aber anders als das Post- und Telekommunikationsrecht, das sich zu einem guten Teil mit der Überführung eines staatlichen Monopols in den Wettbewerb beschäftigt, ist das Gesundheitsrecht seit alters her auf die Mitwirkung privater Akteure angewiesen. Der Staat erbringt die Leistung nicht selbst, sondern hat mit der korporativen Selbstverwaltung organisatorische Strukturen geschaffen, die es ihm erlauben, die Leistung von Dritten, nicht notwendig privaten Akteuren, erbringen zu lassen.³⁸ So gesehen haben wir es mit Regelungsstrukturen zu tun, die sich von denen der netzgebundenen Versorgung nicht grundlegend unterscheiden. Neu ist aber die Erwartung, über die regulierungsrechtliche Schärfung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung eröffne sich ein Raum für die Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen im funktionalen Wettbewerb.

Vor dem Hintergrund eines relativ weiten Verständnisses von Regulierung erscheint die Einordnung der Bedarfsplanung unter das Regulierungsrecht möglich. Verstehen wir Regulierung in einem instrumentellen Sinne als Umsetzung staatlicher Gewährleistungspflichten, dann lassen sich Planung und Regulierung nicht als kategorial verschieden begreifen. Sie stellen eine Voraussetzung, Bedingung oder Innovationsressource für wettbewerbliche Reformen im Gesundheitsrecht dar. Dabei geht es – das sei nochmals betont – nicht um einen freien, gegenüber verbandlicher oder staatlicher Planung abzuschirmenden Wettbewerb. Die Ausrichtung auf den Wettbewerb dient vielmehr dem vorrangigen Ziel einer bedarfsgerechten Versorgung. Mit der erwünschten Anbieter- bzw. Trägervielfalt existiert ein Wettbewerbselement im Gesundheitsrecht, das bei der Bedarfsplanung auf Beachtung drängt.

Regulierung – und damit regulierter Wettbewerb – ist kein Selbstzweck, sondern erfüllt eine Gewährleistungsfunktion. Staatlich zu gewährleisten ist eine in der Fläche wirksame Versorgung mit Gesundheitsleistungen. Diese können in unterschiedlichen Formen erbracht werden. Wir haben es mit überlieferten, aber wandelbaren Governance-Strukturen³⁹ zu tun. Wandelbar insoweit, als es dem

38 Zum sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis *Stephan Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, 119 ff. Darstellung: *Hinnerk Wißmann*, Kooperation im Wettbewerb: Soziale Dienstleistungen als Herausforderung staatlicher Regulierung, in: Andreas v. Arnould/Andreas Musil (Hg.), Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts, 2009, 139 (149 ff.).

39 Vgl. *Nils C. Bandelow*, Governance im Gesundheitswesen: Systemintegration zwischen Verhandlung und hierarchischer Steuerung, in: Stefan Lange/Uwe Schimank (Hg.), Go-

Gesetzgeber verfassungsrechtlich weitgehend freigestellt ist, neue Zuordnungen von Solidarität und Effizienz vorzunehmen. Wie schon § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V zeigt, verschwimmen die Grenzen zwischen dem traditionell der Kooperation verpflichteten Sozialrecht und dem Konkurrenz eröffnenden Wettbewerbsrecht, das im Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern für anwendbar erklärt wird. Die zweigleisige Struktur, die mit der Anwendbarkeit des auf sozialrechtliche Regulierungsfragen nicht zugeschnittenen Kartellrechts in der Zuständigkeit der Kartellbehörden und der Kontrolle durch die Zivilgerichte entstanden ist, erschwert sachgerechte Lösungen.⁴⁰ Wettbewerb kann auch im Sozialrecht nicht einfach *vorausgesetzt*, sondern muss nach Maßgabe der gesetzlichen Ziele und den Bedingungen des Aufgabenfeldes *geschaffen*, das heißt gestaltet werden. Für das Primärziel der Versorgungsgewährleistung verlangt dies eine bessere Koordinierung des bisherigen Nebeneinanders sozial- und kartellrechtlicher Handlungslogiken bzw. kollektiv- und selektivvertraglicher Mechanismen.

2. Regulierung sozialer Infrastruktur

Normative Vorgaben für die Planung und Regulierung sozialer Infrastrukturen enthält das Sozialstaatsprinzip, das mit dem *Nikolaus*-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts für besonders gelagerte Fälle zwar individualisiert werden kann.⁴¹ Gegenüber einer Überkonstitutionalisierung des Gesundheitsrechts ist aber – wie in den anderen Feldern des Regulierungsrechts auch⁴² – Skepsis angezeigt.

vernance und gesellschaftliche Integration, 2004, 89. Zur Analyse von Governance-Strukturen *Hans-Heinrich Trute/Doris Kühlers/Arne Pilniok*, Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in: Gunnar Folke Schuppert/ Michael Zürn (Hg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS-Sonderheft 41/2008, 173.

40 Zur Notwendigkeit eines Gesundheitsregulierungsrechts *Ulrich Becker/Thorsten Kingreen*, Der Krankenkassenwettbewerb zwischen Sozial- und Wettbewerbsrecht – Zur geplanten Ausdehnung der Anwendung des GWB auf das Handeln der Krankenkassen, NZS 2010, 417 (421, 423 f.); kritisch *Wulf-Henning Roth*, Das GWB als Regulierungsrecht – geeignet für das Gesundheitswesen?, in diesem Band, S.113 ff.

41 BVerfGE 115, 25 (41) spricht Versicherten im System der beitragsfinanzierten Krankenversicherung einen vorrangig auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) gestützten Leistungsanspruch gegenüber der Krankenkasse zu.

42 *Lepsius*, Verfassungsrechtlicher Rahmen (Fn. 10), § 4 Rn. 22 ff.

Werden die Regelungsstrukturen in den Netzwirtschaften zum Vorbild genommen, liegt es nahe, die Zuständigkeiten korporativer Steuerung zu entflechten. So wäre es aus der regulierungsrechtlichen Perspektive überdenkenswert, die Planungsverantwortung in die Hand der Landesbehörden zu legen. Einen vorsichtigen Schritt in diese Richtung geht das Versorgungsstrukturgesetz mit der Vorlagepflicht der Bedarfspläne, die von der obersten Landesbehörde beanstandet werden können. Wie mit einem beanstandeten Bedarfsplan umzugehen ist, bleibe jedoch Sache des Planungsträgers, dessen Planungsermessen zu wahren sei.⁴³

Unter der Akzentuierung der staatlichen Gewährleistungspflicht zur Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung lässt sich aber auch sagen, dass der Bedarfsplan von den Kassenärztlichen Vereinigungen (§ 99 SGB V) für die Krankenkassen (§§ 72, 72a SGB V) aufgestellt wird.⁴⁴ Diese Stufung der Gewährleistungsverantwortung hätte zur gebotenen Strukturierung der Kooperation im Gesetz klarer zum Ausdruck kommen sollen.

Den netzbezogenen Infrastrukturen haben wir die Einsicht zu verdanken, dass es erst die Zuweisung klarer Verantwortlichkeit staatlicher Instanzen für die Versorgungsgewährleistung in einem gedanklich zweiten Schritt erlaubt, die Erbringungsmodalitäten dem Wettbewerb zu öffnen. In Anlehnung an die systematisch richtige Formulierung in Art. 87f GG für das Post- und Telekommunikationsrecht lässt sich sagen: Der Wettbewerb der Dienste setzt den Staat für die Infrastruktur voraus.

Von dieser Einsicht ist das Gesundheitsrecht in seinen Pfadabhängigkeiten kooperativer Verflechtung⁴⁵ weit entfernt. Regulierungsrecht wird kaum zu einem grundlegenden Umbau führen, könnte aber helfen, zu einer Verbesserung von Transparenz und Verantwortlichkeit in den vernetzten Strukturen einer sektorenübergreifenden Versorgungsgewährleistung „im System“ beizutragen.

43 BR-Drucks. 456/11, 107.

44 *Wallrabenstein*, Staatliche Gewährleistung (Fn. 8) mit Hinweis auf die Richtung bei *Schuler-Harms*, Soziale Infrastruktur (Fn. 3), § 15 Rn. 21. Eine gewährleistungs- oder regulierungsrechtliche Schärfung der Verantwortung wird sich jedenfalls nicht damit begnügen können, dass die Kassenärztlichen Vereinigungen die Bedarfspläne für die Selbstverwaltung erstellen. Primär verantwortlich sind – wie sich auch am Kostenersatzanspruch der Versicherten nach § 13 Abs. 3 SGB V erkennen lässt – die Krankenkassen.

45 Vgl. *Wißmann*, Kooperation im Wettbewerb (Fn. 38), 168 f. u. passim.

3. *Bedarfsplanung als Zugangsregulierung*

Abgesehen von kompetenzrechtlichen Grenzen, über das SGB V das Krankenhausrecht oder das Recht der freien Berufe zu regeln, stellen sich grundrechtliche (a), rechtsstaatliche (b) und demokratische (c) Fragen planerischer Zugangsregulierung.

a) *Versorgungsgewährleistung*

Keine unüberwindbaren Grenzen liefern die Grundrechte. Die vertragsärztliche Bedarfsplanung betrifft den Zugang der Leistungserbringer, deren Begrenzung – wie gesehen – mit dem Zugang der Leistungsempfänger zu einer gleichen Gesundheitsversorgung gerechtfertigt werden kann. Ein solidarisches Gesundheitswesen, an dem der Gesetzgeber bislang festhält, ist nicht bloß aus finanziellen Gründen der Beitragsstabilität auf Zulassungsbeschränkungen angewiesen, sondern auch – und vorrangig – zur Erfüllung der Gewährleistungspflichten. Ihrer Verantwortung für die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung können die Krankenkassen ohne eine Steuerung des Niederlassungsverhaltens der Ärzte nicht angemessen nachkommen. Hierfür bietet die Bedarfsplanung den harten Kern, um den sich andere Instrumente einer „Anreizregulierung“ gruppieren. Auch an den neuen Versorgungsformen, die von der Bedarfsplanung freigestellt sind, können grundsätzlich nur zugelassene Ärzte teilnehmen, die also den Bedarfsfilter passiert haben.

b) *Planung als Regulierung*

Planung als Regulierung zu verstehen, wirft Fragen auf. Drohen hier nicht notwendige Differenzierungen verloren zu gehen? Das beginnt schon mit der Planung, worunter ganz unterschiedliche Vorgänge fallen. Auch der Regulierungsbegriff leidet, wie wir gesehen haben, an einer Unschärfe. Deshalb seien zwei Punkte aus der regulierungsrechtlichen Diskussion herausgegriffen. Zunächst zur Frage nach der rechtsstaatlichen Begrenzung der Entscheidungsspielräume bei der Bedarfsermittlung und -festlegung:

Es gilt der Satz: Planung ohne Gestaltungsfreiheit ist undenkbar, weshalb der Planungsbehörde ein Planungsermessen eingeräumt ist. Schon sehr viel unsicherer ist, ob Regulierung als Gestaltungsaufgabe die Einräumung eines Regulierungsermessens verlangt. Ausgesprochen umstritten aber ist, inwieweit sich eine Parallelisierung von Planungs- und Regulierungsermessen anbietet. Für die

einen liegt darin eine zu weitgehende Begrenzung, für die anderen eine notwendige Rationalisierung regulierungspolitischer Gestaltungsaufgaben.⁴⁶

Uns interessiert an dieser Stelle nicht näher, was das Regulierungsrecht vom Planungsrecht lernen kann. Vielmehr ist umgekehrt zu fragen, was die Bedarfsplanung vom offenen, dogmatische Erdungen erst noch suchenden Regulierungsrecht lernen könnte. Dabei gilt es nochmals zu betonen, dass sich nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis raumbezogene Planung und soziale Wettbewerbsregulierung nicht ausschließen.⁴⁷ Weil sich die Regulierungsverwaltung gegenüber der gewerberechtlichen Überwachung durch besonderen Wissensbedarf, erhebliche Gestaltungsspielräume und eine hieran angepasste Behördenorganisation⁴⁸ auszeichnet, könnte das Regulierungsrecht die Frage zu beantworten helfen, wo ein *Gestaltungsermessen* der zuständigen Stellen mit welchen Folgen für die gerichtliche Kontrolle zu verorten ist.⁴⁹

Dafür bietet sich ein Vergleich mit dem Regulierungsermessen an. Das Bundesverwaltungsgericht erkennt ein solches Regulierungsermessen im Telekommunikationsrecht für die Marktdefinition und -analyse (§§ 10 f. TKG), die Zugangsgewährleistung (§ 21 TKG) und die Entgeltregulierung (§ 30 TKG) an. Begründet wird die Begrenzung der daraus folgenden Kontrolldichte mit dem Vorliegen einer einheitlichen Regulierungsverfügung und dem Wettbewerbsziel.⁵⁰ Beides fehlt der Bedarfssteuerung. Die raumordnungsrechtlichen Pla-

46 Gegen eine Parallelisierung *Jens Kersten*, Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), 288 (323 f.); dafür *Wolfgang Durner*, Schutz der Verbraucher durch Regulierungsrecht, VVDStRL 70 (2011), 398 (429 f.). Zum Abwägungsgebot in diesem Kontext *Martin Eifert*, Die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen der Bundesnetzagentur, ZHR 174 (2010), 449 (460 f.).

47 Planung und Wettbewerb müssen keine Antipoden sein, aber Planung ohne Wettbewerb ist keine Regulierung.

48 *Schuler-Harms* in diesem Band, S. 38 f.

49 Zum Problem *Dominik Roters*, Die gebotene Kontrolldichte bei der gerichtlichen Prüfung der Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, 2003, 206 ff. Zum Erfordernis einer gesetzlich vorgesehenen Bindung der Gerichte an behördliche Entscheidungen zuletzt BVerfG, NVwZ 2011, 1062 Rn. 65 ff.

50 BVerwGE 130, 39 (48 ff.); 131, 41 (44 ff.); BVerwG, NVwZ 2010, 1359 (1361 ff.); *Claudio Franzius*, Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht? DVBl 2009, 409 (413 f.); kritisch *Klaus Ferdinand Gärditz*, „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2009, 1005.

nungskriterien werden zwar um soziale Kriterien angereichert, sind aber nur mittelbar auf den Wettbewerb bezogen.

aa) Zunächst zur Krankenhausplanung: Der Bedarfsanalyse und -festlegung auf der ersten Stufe folgt die Auswahl- und Zulassungsentscheidung auf der zweiten Stufe.⁵¹ Das Bundesverwaltungsgericht räumt den Landesbehörden auf der ersten Stufe der krankenhausrrechtlichen Planung *kein* Ermessen ein, da sie insoweit nicht planerisch gestaltend tätig werden.⁵² Erst auf der zweiten Stufe der Versorgungsentscheidung als Auswahlentscheidung stehe der Behörde ein Beurteilungsspielraum zu, welches Krankenhaus entsprechend der Zielvorgaben bedarfsgerechter, leistungsfähiger und wirtschaftlicher sei. Mit der engen Bemessung der Entscheidungsspielräume ist hier eine Sonderdogmatik entstanden, die sich vom „klassischen“ Planungsermessen entfernt hat.⁵³

Auf der zweiten Stufe schließt der Feststellungsbescheid als Verwaltungsakt im Ergebnis wohl die Anwendung des Kartellvergaberechts aus, befreit aber nicht von der Beachtung der allgemeinen Anforderungen an die Transparenz, Nichtdiskriminierung und Neutralität.⁵⁴ An einem diese Anforderungen näher ausformenden Regulierungsvergaberecht, wie es in Ansätzen im ebenfalls von starken Pfadabhängigkeiten geprägten ÖPNV⁵⁵ erkennbar wird, fehlt es im Gesundheitsrecht nahezu vollständig, damit aber auch an einer verfahrensrechtlichen Rationalisierung der Auswahlentscheidung.⁵⁶ Das ist unbefriedigend.

51 Instruktiv *Klaus Rennert*, Planung und Planvollzug im Krankenhausrecht, DVBl 2010, 936 (943 f.). Zu den engen Entscheidungsspielräumen nach der Rechtsprechung auch *Martin Burgi*, Moderne Krankenhausplanung zwischen staatlicher Gesundheitsverantwortung und individuellen Trägerinteressen, NVwZ 2010, 601 (606 ff.).

52 BVerwGE 72, 38 (53).

53 *Wolfgang Köck*, Pläne, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), GVwR II, 2008, § 37 Rn. 90 f.

54 Vgl. *Martin Burgi/Markus U. Bohm*, Krankenhausplanung und Kartellvergaberecht, MedR 2005, 74 (77 ff.).

55 Instruktiv *Michael Fehling*, Zur Reform der Daseinsvorsorge am Beispiel des Öffentlichen Personennahverkehrs, Die Verwaltung 34 (2001), 25; *ders.*, Öffentlicher Verkehr, in: *ders./Ruffert* (Hg.), Regulierungsrecht, 2010, § 10 Rn. 6 ff.

56 Zur Auftrags- und Konzessionsvergabe *Georg Cremer*, Ausschreibung sozialer Dienstleistungen als Problem, in: *Detlef Aufderheide/Martin Dabrowski* (Hg.), Markt und Wettbewerb in der Sozialwirtschaft, 2007, 249 ff.; allg. *Martin Burgi*, Die Ausschreibungsverwaltung, DVBl 2003, 949.

bb) Auch der vertragsärztlichen Bedarfsplanung ist das Zulassungsverfahren nachgeschaltet. Die Bedarfsplanung dient allein der Festlegung von Unterversorgung oder Überversorgung durch die Landesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen.

Für die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen wegen Überversorgung (§ 103 SGB V) ist den Zulassungsgremien *kein* Ermessen eingeräumt. Anders liegt der Fall bei Sonderbedarfszulassungen. Hier räumt das Bundessozialgericht dem Zulassungsgremium einen Beurteilungsspielraum ein.⁵⁷ Das gilt auch für die bisher den Landesausschüssen zugewiesene Beurteilung, ob ein lokaler Versorgungsbedarf (§ 100 Abs. 3 SGB V) besteht.⁵⁸

Den *funktionalen* Zusammenhang zwischen Bedarfsplanung und Zulassungsentscheidung verarbeitet der Gesetzgeber im Rahmen der vorgefundenen Selbstverwaltung *organisatorisch*. Hier liegt der zentrale Unterschied zum stationären Krankenhaus- und Pflegesektor. Wesentliche Vorstrukturierungen übernimmt nicht der Gesetzgeber, sondern der Gemeinsame Bundesausschuss in den Bedarfsplanungsrichtlinien, von denen zur Festlegung eines regionalen Versorgungsbedarfs abgewichen werden kann.

Die hierfür vorgesehenen sektorübergreifenden Landesgremien (§ 90a SGB V neu) sind ein organisatorischer Zwitter zwischen Staats- und Selbstverwaltung. Ob darin ein Schritt zur Regulierungsverwaltung gesehen werden kann, mag in den eigenen Entwicklungslinien des Kooperationsstrukturierenden Gesundheitsrechts⁵⁹ fraglich sein. Die dem G-BA vom Bundessozialgericht eingeräumte Gestaltungsfreiheit legt aber schon heute einen Vergleich mit dem Regulierungsermessen nahe.⁶⁰

Allerdings kann die Begründung, wonach es sich beim G-BA um ein sachkundiges Gremium handelt, das über einen eigenen, gerichtlich nicht weiter kontrollierbaren Wertungs- und Entscheidungsspielraum⁶¹ verfüge, allenfalls im Er-

57 *Quaas/Zuck*, Medizinrecht (Fn. 23), § 19 Rn. 17.

58 So *Wenner*, Vertragsarztrecht (Fn. 2), § 16 Rn. 33.

59 *Wißmann*, Kooperation im Wettbewerb (Fn. 38), 147 ff.; *Schuler-Harms*, Soziale Infrastruktur (Fn. 3), § 15 Rn. 11.

60 Andeutungen einer Parallele bei *Möstl*, GewArch 2011, 265 (271, 273).

61 BSGE 81, 73 (85). Zur Qualifizierung des G-BA als Sachverständigen-gremium der „Betroffenen-selbstverwaltung“ BSGE 90, 289 (294).

gebnis, nicht aber in der Begründung überzeugen. Die gesetzgeberische Ermächtigung zur Normkonkretisierung dürfte kaum ausreichen, denn es geht gerade nicht allein um die sachverständige Beurteilung unbestimmter Rechtsbegriffe, sondern um autonome Normsetzung.⁶² Abgesehen von methodischen Zweifeln an der überkommenen Unterscheidung von Rechtsanwendung und Rechtserzeugung⁶³ ist fraglich, ob die normative Ermächtigungslehre⁶⁴ für die Rechtsproduktion des G-BA passt. Denn es macht einen Unterschied, ob die Bundesregierung in einem besonders geregelten Verfahren eine ministerielle Verwaltungsvorschrift mit Außenverbindlichkeit für den Regelfall erlässt oder ein Selbstverwaltungsorgan mit seinen Richtlinien noch weitergehende Wirkungen⁶⁵ erzielt. Die eingeräumte Möglichkeit der Abweichung, die ein wenig an den Kompromiss in Art. 84 Abs. 1 GG erinnert, ändert daran nichts.

Die im G-BA zweifellos vorhandene Sachkunde erfordert besondere Verfahren der Wissensgenerierung.⁶⁶ Ob die vom Gesetzgeber bereitgestellten Verfahren im Vergleich zur starken Verfahrensverrechtlichung bei der Bundesnetz-

62 *Friedhelm Hase*, MedR 2005, 391 (396 f.) will die rechtlich nicht determinierten, schöpferischen Wertungsentscheidungen auf die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit beschränken. Demgegenüber sei die Bestimmung der Methoden, die dem Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechen, durch die Gerichte voll überprüfbar. Damit ist über die Bedarfsplanung nichts gesagt.

63 Für ein Festhalten an der Unterscheidung *Ivo Appel*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischen dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), 226 (256 ff.). Zu den Herausforderungen *Hans-Heinrich Trute*, Die konstitutive Rolle der Rechtsanwendung, in: ders. u.a. (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 211 (215 f.).

64 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hg.), Grundgesetz, Art. 19 Abs. 4 Rn. 184 f.; kritisch *Ralf Poscher*, Geteilte Missverständnisse. Theorien der Rechtsanwendung und des Beurteilungsspielraums der Verwaltung – zugleich eine Kritik an der normativen Ermächtigungslehre, in: FS Wahl, 2011, 527 (532 ff.).

65 Zur eingeschränkten Außenverbindlichkeit normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften BVerwGE 72, 300 (320 f.); 107, 338 (340 f.). Über eine bloße Vermutungswirkung gehen die Bedarfsplanungsrichtlinien des G-BA nach der Rechtsprechung des BSG hinaus, vgl. BSGE 82, 55: „wirksame untergesetzliche Rechtsnormen“.

66 Allg. *Burkard Wollenschläger*, Wissensgenerierung im Verfahren, 2009. Zur Verfahrens- und Organisationssteuerung *Claudio Franzius*, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), GVwR I, 2. Aufl. (i.E.), § 4 Rn. 50 ff.

agentur⁶⁷ ausreichen, um der Normsetzung des G-BA ein umfassendes Gestaltungsermessen zuzusprechen, erscheint zweifelhaft. Zwar dient auch die Gemeinsame Selbstverwaltung der horizontalen Verknüpfung von Wissensbeständen durch die organisatorische Zusammenfassung unterschiedlicher Selbstverwaltungskörperschaften. Aber eine vergleichbar intensive Vorprägung, wie sie das Handeln der Bundesnetzagentur durch europäisches Unionsrecht erfährt, fehlt im Gesundheitsrecht. Hier haben wir primärrechtliche, aber schon aus kompetenzrechtlichen Gründen kaum sekundärrechtliche Verfahrensvorgaben. Oder anders gesagt: Die Gemeinsame Selbstverwaltung stellt sich als eine eigene Verwaltungsebene dar. Anders als die Bundesnetzagentur kann der Gemeinsame Bundesausschuss nicht auf unionsrechtliche Legitimationsressourcen zurückgreifen, obgleich er ähnlich wie die Bundesnetzagentur⁶⁸ nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts über echte Normsetzungsbefugnisse, also über *rulemaking-power* verfügt.

Planungsentscheidungen rechtfertigen eine Zurücknahme der gerichtlichen Kontrollrechte durch eine besondere Verfahrensrationalität, etwa durch Berücksichtigungspflichten. Das legt die Annahme eines auf Abwägungsfehler zu kontrollierenden Regulierungsermessens im Telekommunikationsrecht nahe.⁶⁹ Wenn es aber richtig ist, dass die Zurücknahme der gerichtlichen Kontrollrechte auch in Bereichen verbandlicher, also exekutiver Rechtsverwirklichung in und durch Verfahren erst verdient⁷⁰ werden muss, dann rückt die Leistungsfähigkeit der kooperativen Verfahren der Gemeinsamen Selbstverwaltung in den Vordergrund. Hier kann nicht einfach vorfindbares Regel- und Erfahrungswissen abgerufen werden, sondern es muss professionelles, in die gemeinsame Struktur körperschaftlicher Normbildung gestelltes und von dieser beeinflusstes Sonderwis-

67 Vgl. *Jan Oster*, Normative Ermächtigungen im Regulierungsrecht, 2010, 76 ff.

68 Ein viel diskutiertes Beispiel sind die Festlegungen nach § 29 EnWG.

69 So *Karl-Heinz Ladeur/Christoph Möllers*, Der europäische Regulierungsverbund der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, DVBl 2005, 525 (531 ff.); kritisch *Markus Ludwigs*, Die Bundesnetzagentur auf dem Weg zur Independent Agency?, Die Verwaltung 44 (2011), 41 (55 ff.).

70 Öffentlichkeit und Diskursivität kompensieren eine geringere gerichtliche Kontrolle, vgl. *Michael Gerhardt*, in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Aßmann/Rainer Pietzner (Hg.), VwGO, § 114 Rn. 65. Zur prozeduralen Richtigkeitsgewähr durch Etablierung sachadäquater Verfahren und sachadäquat besetzter Entscheidungsträger *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Die Eigenständigkeit der Verwaltung, in: ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), GVwR I, 2. Aufl. (i.E.), § 10 Rn. 100 ff.

sen erst erzeugt werden, das dann als solches im Detail kaum nachprüfbar sein dürfte.⁷¹ Ob wir für den G-BA von einer hinreichenden Verfahrenssteuerung⁷² ausgehen können, die es den Gerichten erlauben könnte, sich auf eine Verfahrenskontrolle⁷³ zurückzuziehen, ist mehr als fraglich.⁷⁴ Über eine die gerichtliche Kontrolldichte reduzierende Letztentscheidungskompetenz verfügt der G-BA nicht. Die Sozialgerichte tun gut daran, eine Bindung an Entscheidungen des G-BA nur insoweit anzunehmen, als es gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist.⁷⁵ Art. 19 Abs. 4 GG gilt auch im Gesundheitsrecht.

71 In der Rechtsprechung – vgl. BVerfGE 88, 40 (56, 61); 103, 142 (156 f.), 116, 1 (18) – heißt es: „Die Pflicht zur gerichtlichen Überprüfung reicht nicht weiter als die materiellrechtliche Bindung der Exekutive. Sie endet dort, wo das materielle Recht der Verwaltungsbehörde in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise Entscheidungen abverlangt, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben.“ Dem schließt sich das BVerwG für das Regulierungsermessen an, vgl. BVerwGE 130, 39 Rn. 29; 131, 41 Rn. 20.

72 Es besteht eine Verfahrensordnung des G-BA, die vom BMG genehmigt sein muss. Dieser Genehmigungsvorbehalt ergänzt die Rechtsaufsicht. Mehr sei nach Auffassung des 6. Senats des Bundessozialgerichts „zur verfassungsrechtlichen Legitimation des Regelungskonzepts“ nicht geboten, vgl. BSGE 103, 106 Rn. 49.

73 Zur unionsrechtlich nahegelegten, wenngleich nicht erzwungenen „Rücknahme der materiellen Kontrolltiefe bei gleichzeitiger Stärkung des Verfahrensrechts“ beim indirekten Vollzug von Unionsrecht *Wolfgang Kahl*, Über einige Pfade und Tendenzen in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 42 (2009), 463 (474); kritisch *Michael Fehling*, Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht, VVDStRL 70 (2011), 278 (325 ff.).

74 BVerfG, NJW 2004, 3100 f. Zur differenzierten Kontrollintensität *Thorsten Kingreen*, Gerichtliche Kontrolle von Kriterien und Verfahren im Gesundheitsrecht, MedR 2007, 457 (461 ff.); *Roters*, Kontrolldichte (Fn. 49), 115 ff.

75 Dass der Gesetzgeber den Gerichten die Beachtung eines untergesetzlichen Regelwerks erlaubt, bedeutet nicht, dass sie daran gebunden und auf eine Offensichtlichkeitskontrolle beschränkt wären. Die Freistellung der Rechtsanwendung von gerichtlicher Kontrolle bedarf stets eines hinreichend gewichtigen, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteten Sachgrunds, vgl. BVerfG, NVwZ 2011, 1062 Rn. 73, 97.

c) *Gemeinsamer Bundesausschuss als Regulierungsbehörde?*

Die gebotene Zurückhaltung gegenüber der Anerkennung exekutiver Gestaltungsspielräume hat einen Grund. Dieser liegt in der prekären demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses.⁷⁶

Der Frage nach der demokratischen Legitimation scheint das Bundesverfassungsgericht aus dem Weg zu gehen.⁷⁷ Gerade der *Nikolaus-Beschluss*⁷⁸ lässt sich in diesem Sinne verstehen und kritisieren. Denn über die *grundrechtliche* Legitimation – durch die Schaffung eines verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruchs im Lichte der einfachgesetzlichen Regelungsstrukturen⁷⁹ – können die Defizite an *demokratischer* Legitimation nicht überspielt oder kompensiert werden.⁸⁰ Dieser Weg geht an der Zentralfrage, wie sich die untergesetzlichen Normsetzungsbefugnisse des G-BA vor dem Grundgesetz rechtfertigen lassen, vorbei.

Ein Unikat ist der Gemeinsame Bundesausschuss nicht deshalb, weil sich seine Befugnis zur Außenrechtsetzung im auf die hierarchische Staatsverwaltung zugeschnittenen Legitimationsmodell kaum rechtfertigen lässt. Formen

76 Vgl. *Kingreen*, MedR 2007, 457 (463 f.); siehe auch *Hase*, MedR 2005, 391 (394 ff.).

77 Anders das Bundessozialgericht, das wenig Problembewusstsein erkennen lässt, wenn es den Bedarfsplanungsrichtlinien eine „Außenseitererweiterung mit Wirkung für Dritte“ zuspricht und ihr Zustandekommen für mit dem Demokratieprinzip vereinbar erklärt, siehe BSG, NZS 1999, 98 (100 f.); kritisch *Timo Hebel*, Verfassungsrechtliche Probleme „besonderer“ Rechtssetzungsformen funktionaler Selbstverwaltung, DÖV 2002, 936 (942).

78 BVerfGE 115, 25 – Bioresonanztherapie (2005).

79 In dieser Richtung bereits BVerfGE 106, 275 (298 f.) – Festbeträge (2002). Für eine gewährleistungsstaatliche Konturierung der grundrechtlichen Schutzbereiche *Wallrabenstein*, Versicherung (Fn. 9), 377 ff. Zum Problem für die Legitimation des Bundesverfassungsgerichts *Christoph Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger (Hg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, 281 (346 ff.).

80 *Stefan Huster*, Anmerkung, JZ 2006, 466; *Thorsten Kingreen*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, 877; abgeschwächter *ders.*, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), 152 (186, 222). Nicht unproblematisch auch BVerfGE 125, 175 (222 ff.) – Hartz IV (2010) mit einem verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruch aus der Menschenwürde.

funktionaler Selbstverwaltung⁸¹ folgen einem anderen Legitimationsmodell, das der Partizipation der Mitglieder nicht bloß eine rechtsstaatliche, sondern auch eine demokratische Qualität zuspricht.⁸² Allerdings ist es mit der *mitgliedschaftlichen Legitimation* nicht zum Besten bestellt.⁸³ Das liegt weniger an der kaum zu unterstellenden Interessenhomogenität im G-BA als vielmehr daran, dass die Versicherten lediglich über die Krankenkassen, die als Unternehmen eigene Interessen verfolgen,⁸⁴ repräsentiert sind und die Mitsprachemöglichkeiten der nicht gewählten, sondern benannten Patientenvertreter schwach geblieben sind. Der Gesetzgeber sieht im G-BA insoweit keine Selbstverwaltung der Betroffenen, sondern die Mitsprache sachkundiger Personen (§ 140f Abs. 2 S. 1 SGB V). Ob das ausreicht, ist auch nach der *Wasserverbände*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁸⁵ keineswegs ausgemacht.⁸⁶

81 Ausf. *Ernst Thomas Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991. Danach handelt es sich bei den vielfältigen Erscheinungsformen der funktionalen Selbstverwaltung nicht um Ausnahmen, sondern um einen eigenständigen Typ der Verwaltungsorganisation unter dem Grundgesetz.

82 Darstellung: *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hg.), *GVwR I*, 2. Aufl. (i.E.), § 6 Rn. 15 f., 20, 82 ff. Enger aber alle Ansätze, die in der funktionalen Selbstverwaltung eine begründungsbedürftige Abweichung vom Regeltyp monistischer Legitimation sehen, statt vieler *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *HStR II*, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 24, 34.

83 Statt vieler *Thorsten Kingreen*, Legitimation und Partizipation im Gesundheitswesen. Verfassungsrechtliche Kritik und Reform des Gemeinsamen Bundesausschusses, *NZS* 2007, 113; differenzierend: *Heinig*, *Sozialstaat* (Fn. 25), 493 ff. m.w.N.

84 Nach der Rechtsprechung des EuGH handelt es sich unionsrechtlich nicht um Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne, vgl. EuGH Rs. C-159 u. 160/91 *Poucet und Pistre*, *Slg.* 1993, I-637 Rn. 9 ff.; Rs. C-264/01 *AOK-Bundesverband*, *Slg.* 2004, I-2493 Rn. 63; Rs. C-205/03 *Fenin*, *Slg.* 2006, I-6295 Rn. 26. Ob der deutsche Gesetzgeber davon abweichend die Krankenkassen gleichwohl dem allgemeinen Kartellverbot des § 1 GWB unterwerfen kann, ist umstritten. § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V konterkariert den Gleichlauf des europäischen und nationalen Kartellrechts, wie es § 22 Abs. 2 S. 1 GWB entsprechend Art. 3 Abs. 2 VO (EG) 1/2003 vorsieht. Für eine Sperrwirkung des Unionsrechts zum gegenwärtigen Zeitpunkt *Becker/Kingreen*, *NZS* 2010, 417 (421 f.).

85 BVerfGE 107, 59 – Emschergenossenschaft (2003).

86 Wenig Problembewusstsein: *Ernst Hauck*, Der Gemeinsame Bundesausschuss – ein unbequemes Kind unserer Verfassungsordnung?, *NZS* 2010, 600 (601 ff.).

Ein Unikat ist der Gemeinsame Bundesausschuss deshalb, weil es an der mitgliedschaftlichen Legitimation funktionaler Selbstverwaltung hapert.⁸⁷ Es handelt sich weder um Staats- noch um Selbstverwaltung, sondern um ein *mixtum compositum*, das als solches einer verbandlichen Legitimation bedürfte. Denn das Problem liegt nicht so sehr an etwaigen Defiziten in der einzelnen Selbstverwaltungskörperschaft wie den sog. Friedenswahlen, die den Krankenkassen keine den ausgehandelten Konsens hinterfragende Legitimation vermitteln.⁸⁸ Das Problem liegt im Unterschied dazu⁸⁹ vielmehr in der übergreifenden, nämlich unterschiedliche Selbstverwaltungsträger zusammenfassenden und deshalb einer Anstalt nicht unähnlichen Struktur⁹⁰ der Gemeinsamen Selbstverwaltung.⁹¹ Die immer wieder hervorgehobenen Vorteile dieser Konstruktion können nicht darüber hinwegtäuschen, dass wir es mit dem G-BA hinsichtlich seiner Rechtswirkungen um eine *neuartige* Mischung von Selbst- und Fremdverwaltung zu tun haben, die insoweit nicht bereits durch Art. 87 Abs. 2 GG gerechtfertigt ist.⁹²

87 Von einer „Hybridform“ ohne Selbstverwaltungssubstanz spricht *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen (Fn. 10), 86, 89 f. Umbauten der funktionalen Selbstverwaltung, wie die überwiegend begrüßte Schaffung des Patientenvertreters im Bundesausschuss, können das Problem dann nicht lösen.

88 Kritisch *Trute*, Legitimation (Fn. 82), § 6 Rn. 88 (mit Fn. 428); Kingreen, VVDStRL 70 (2011), 152 (179).

89 *Heinig*, Sozialstaat (Fn. 25), 495, 502 hält auch die Betrachtung des Bundesausschusses als eigenen und insoweit auf Art. 87 Abs. 3 GG gestützten Selbstverwaltungsträger für legitimationsdogmatisch bedenklich. Eine Verschachtelung der „Ausnahmereisnerungen“ führe zu einer „verfassungsrechtlich kaum noch hinnehmbaren Verschiebung der Legitimationsstatik“.

90 Davon geht auch das Bundessozialgericht aus, vgl. BSGE 78, 70 (80); ausf. *Stefanie Seeringer*, Der Gemeinsame Bundesausschuss nach dem SGB V, 2006, 56 ff.

91 Darstellung: *Peter Axer*, Gemeinsame Selbstverwaltung, in: FS 50 Jahre Bundessozialgericht, 2004, 339; kritisch *Florian Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung, 2005, 702 ff.

92 Dass sich die Strukturen der Sozialversicherung vorkonstitutionell herausgebildet haben, hilft nicht weiter. Die umstrittenen Normsetzungsbefugnisse des G-BA hat das BSG erst in jüngerer Zeit anerkannt, vgl. BSGE 73, 271 (279 ff.); 78, 70 (74 ff.); 81, 54 (59 ff.). Deshalb kann die Tätigkeit des G-BA nicht auf Art. 87 Abs. 2 GG gestützt werden, a.A. *Peter Axer*, Zur demokratischen Legitimation in der gemeinsamen Selbstverwaltung, in: Friedrich E. Schnapp (Hg.), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, 2001, 115 (136 ff.); *Andreas Musil*, Gemeinsame Selbstverwaltung in Kooperationsform, in:

Was also bleibt, ist die von der *Wasserverbände*-Entscheidung vorgezeichnete Möglichkeit *anstaltlicher Legitimation*. Dem Gesetzgeber sei es erlaubt, durch Gesetz für abgegrenzte Bereiche der Erledigung öffentlicher Verwaltung besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung zu schaffen.⁹³ Dazu werden nicht nur solche Einrichtungen gerechnet, die sich durch eine mitgliederschaftliche Struktur auszeichnen. Erfasst werden auch andere Organisationsformen, die mit dem Ziel eingerichtet werden, einen *sachgerechten* Interessenausgleich zu erleichtern und dazu beizutragen, dass die gesetzlichen Zwecke und Ziele *effektiver* erreicht werden.⁹⁴ Denn der Gesetzgeber ist nicht an bestimmte Organisationsformen gebunden. Wo er den Interessenausgleich aber nicht selbst vornimmt, sondern auf die Ebene der Verwaltung verlagert, weil nur dort sinnvolle Abwägungen vorgenommen werden könnten, müssen die Aufgaben und Handlungsbefugnisse der Selbstverwaltungsorgane im Gesetz „ausreichend vorherbestimmt“ sein und die Organisationsstruktur muss hinreichende Vorkehrungen dafür enthalten, dass die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden.⁹⁵ Das ist weniger als egalitäre Partizipation; die Ermöglichung gleicher Mitentscheidung im Selbstverwaltungsorgan wird danach gerade nicht gefordert.

Unter dieser Prämisse erscheint es möglich, die Rechtsetzungsbefugnisse des G-BA für legitimierbar zu halten und auf die formal naheliegende Steuerung durch Rechtsverordnung (Art. 80 GG) oder durch Normsetzungsverträge zu verzichten. Aus der Regulierungsperspektive wäre mit *Volker Neumann* nicht an der mitgliederschaftlichen Legitimation auf die Betroffenheit in eigenen Angele-

Schmehl/Wallrabenstein (Hg.), *Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens*, Bd. 2, 2006, 49 (61 ff.).

93 BVerfGE 107, 59 (92). Wir wissen inzwischen, dass es hochproblematisch ist, dem Gesetzgeber aus demokratischen Gründen etwas zu verbieten. Auch die Wesentlichkeitsdoktrin ist wegen ihrer notorischen Unschärfe in die Kritik geraten, vgl. *Dieter Hömig*, Grundlagen und Ausgestaltung der Wesentlichkeitslehre, in: FG BVerwG, 2003, 273 (286 f.); *Franz Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), *GVwR I*, 2. Aufl. (i.E.), § 9 Rn. 60. Im Gesundheitsrecht ist ähnlich wie im Umweltrecht von einem „umgekehrten Parlamentsvorbehalt“ die Rede, kritisch *Kingreen*, *VVDStRL* 70 (2011), 152 (179).

94 BVerfGE 107, 59 (92) unter Rückgriff auf BVerfGE 37, 1 (26 f.).

95 BVerfGE 107, 59 (93).

genheiten anzusetzen, sondern mit der anstaltlichen Legitimation auf die Sachkunde des Selbstverwaltungsorgans abzustellen.⁹⁶

Nur so dürfte der Verzicht auf eine Stärkung der kollektiven Entscheidungsteilnahme der Versicherten⁹⁷ hinnehmbar sein. Das erfordert über den Delegationsakt hinaus Verfahrensvorgaben durch den Gesetzgeber. Ob dieser die gesamte Legitimationslast schultern kann oder auch nur sollte, bleibt indes zweifelhaft. Auch die Frage, ob die gesetzlichen Vorkehrungen für eine angemessene Interessenberücksichtigung *im* und die Aufsicht *über* den G-BA⁹⁸ wirklich ausreichen, wird mit dem Hinweis auf die hohe Normierungsdichte und die sachlich-inhaltliche Legitimation kaum als beantwortet gelten können.⁹⁹

Nun entfalten die Bedarfsplanungsrichtlinien nicht dieselben unmittelbaren Wirkungen wie der Ausschluss von einer Behandlungsmethode. Auch kann nach Legitimationsäquivalenten gefragt werden. So wird die Normbindung mit § 2 Abs. 1a SGB V neu – als eine Kodifikation des *Nikolaus*-Beschlusses – nicht nur im Fall lebensbedrohlicher Krankheiten eingeschränkt. Ob aber die in § 99 Abs. 1 S. 3 SGB V neu vorgesehenen Abweichungsbefugnisse die demokratische Legitimation des G-BA verbessern, wird man bezweifeln müssen. Mit dem Angebot, gemeinsame Landesgremien neben den G-BA zu stellen, mag die föderale, nicht aber die *demokratische* Legitimation der Bedarfsplanung erhöht werden.

96 *Volker Neumann*, Verantwortung, Sachkunde, Betroffenheit, Interesse: Zur demokratischen Legitimation der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2010, 593 (600); *ders.*, VVDStRL 70 (2011), 207 f.; ähnlich *Hase*, MedR 2005, 391 (394), der es genügen lässt, dass der Gesetzgeber die Selbstverwaltung einrichtet und zur verbindlichen Normsetzung ermächtigt. § 91 IX SGB V hat dann nur deklaratorischen Gehalt.

97 Gleichsam als „dritte Bank“ neben den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Krankenkassen, vgl. *Thomas Vießmann*, Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Entscheidungen nach § 113 Abs. 1 S. 1 SGB V, 2009, 265 ff.; *Ruth Schimmelpfeng-Schütte*, Die Zeit ist reif für mehr Demokratie in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV), MedR 2006, 21.

98 Siehe aber BSGE 103, 106 Rn. 50: Es stehe nicht „im Belieben des Gesetzgebers [...], die Staatsaufsicht über den Richtlinienerlass um fachaufsichtliche Elemente anzureichern“.

99 Für die Einordnung als Sachverständigenrat, dessen Entscheidungen „der Rezeption oder Bestätigung durch volllegitimierte Instanzen“ bedürfen: *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen (Fn. 10), 91. Danach wäre entweder auf die Außenverbindlichkeit zu verzichten oder die staatliche Verordnungsgebung zu wählen.

Aus dieser unbefriedigenden Lage gibt es prinzipiell zwei Auswege: Eine Option besteht in der Politisierung der Entscheidungsstrukturen durch die Rückverlagerung der vom Bundessozialgericht generell für außenwirksam erklärten Normsetzungsbefugnisse auf demokratisch legitimierte Organe, um diese auch aufsichtsrechtlich in den Stand zu versetzen, sich bei fachlichen Differenzen gegenüber dem G-BA durchsetzen zu können. Dafür kann man mit guten Gründen votieren.¹⁰⁰ Über die gemeinsamen Landesgremien, welche die Staatsverwaltung stärken, scheint sich die Landespolitik für die Bedarfsplanung einen gewissen Spielraum zurückerobert zu haben. Anpassungsbefugnisse sind aber keine echten Entscheidungsbefugnisse und Konflikte mit dem Bundesausschuss sind vorprogrammiert.

Die andere Option besteht darin, den Gemeinsamen Bundesausschuss stärker als funktionale Regulierungsbehörde oder -agentur¹⁰¹ zu verstehen, die sich durch Professionalität und Sachkunde gerade in der Weisungsfreiheit gegenüber dem politischen Zugriff des Ministeriums legitimieren soll.¹⁰² Denn ob das Bundesgesundheitsministerium im Wege der Rechtsverordnung oder die Landesparlamente besser zur Bedarfsplanung imstande wären, ist schon wegen des unhintergehbaren Wissensproblems¹⁰³ zu bezweifeln. Die Vorstellung, das gesamte Wissen, das zur Ermittlung des Versorgungsbedarfs erforderlich ist, an einer Stelle akkumulieren zu können, mutet nicht nur in der Praxis lebensfremd an.¹⁰⁴

100 Jüngst etwa *Kingreen*, VVDStRL 70 (2011), 150 (175 f., 222).

101 Andeutungen: *Hense*, Soziale Infrastruktur (Fn. 28), § 16 Rn. 163. Zur Perspektive einer Regulierungsbehörde *Höfling*, GesR 2007, 289 (292 f.); *Stephan Rixen*, Zukunftsperspektive Regulierungsrecht? Der Arzt zwischen Heilberuf und Dienstleistung, in: Albrecht Wienke/Christian Dierks (Hg.), Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin, 2008, 123 (130 ff.), jeweils unter dem Hinweis auf die Niederlande, wo mit der Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) eine spezielle Regulierungsbehörde für einen einheitlichen privatrechtlich organisierten Gesundheitsmarkt eingerichtet worden ist.

102 Darin einen Entpolitisierungsstrategie erkennend: *Christoph Möllers*, Politik und Verwaltung, in: Armin v. Bogdandy u.a. (Hg.) *Ius Publicum Europaeum V* (i.E.), § 92 Rn. 50.

103 Überblick: *Hans-Heinrich Trute*, Wissen – Einleitende Bemerkungen, in: Hans Christian Röhl (Hg.), *Wissen – Zur kognitiven Dimension des Rechts, Die Verwaltung*, Beiheft 9, 2010, 11 mit wichtigen Unterscheidungen.

104 Zur Umstellung auf den Umgang mit Nichtwissen *Ino Augsberg*, Von der Gefahrenabwehr zu Risikomanagement und Opportunitätswahrnehmung, in: Dorett Funcke/Claudia Peter (Hg.), *Unabsehbare Folgen neuer medizintechnischer Möglichkeiten* (i.E.). Darauf

Hier liegt dann auch der eigentliche Grund für den Erhalt einer verselbständigten Verwaltungsstruktur. Diese kann sich ihrerseits vernetzen, wie einerseits die europäischen Regulierungsverbände im Telekommunikations- oder im Energierecht zeigen, was andererseits aber auch innerstaatlich zwischen Kartell- und Regulierungsbehörden geschieht und weiterhin schon jetzt zwischen Bundesausschuss und gemeinsamen Landesgremien prognostizierbar ist. Die Einschränkung der Befugnisse des G-BA zur Festlegung der Bedingungen des lokalen Versorgungsbedarfs wird man deshalb als ambivalent bezeichnen müssen.

Dass wettbewerbsferne Planungsaufgaben von einer Regulierungsbehörde übernommen werden, ist ungewohnt, aber nicht gänzlich unbekannt. So ist im Netzausbaubeschleunigungsgesetz eben dies vorgesehen, und ein Vorteil der Konstruktion könnte darin bestehen, die ambulante und stationäre Bedarfsplanung stärker miteinander zu verzahnen. Dass es zur Legitimation der getroffenen Entscheidungen aber kaum allein damit getan ist, eine Regulierungsbehörde durch Gesetz zu errichten und mit unterschiedlichen Kompetenzen oder Ermächtigungen zur Normsetzung auszustatten, lässt das GKV-Versorgungsstrukturgesetz, wenngleich unter der zweifelhaften – und diese selbst in Frage stellenden – Prämisse der Selbstverwaltung erkennen: So wird die Unabhängigkeit der unparteiischen Mitglieder des Bundesausschusses¹⁰⁵ gestärkt, deren Auswahl aber an ein Widerspruchsrecht des Bundestags geknüpft.

Insofern dokumentiert das Versorgungsstrukturgesetz im Grunde nur ein weiteres Mal den eigenständigen Weg, den das Gesundheitsrecht zwischen dem korporativen Erbe und den regulierungsrechtlichen Herausforderungen eingeschlagen hat. Aber es fragt sich, ob wir in der Legitimationsfrage nicht auch einmal vom Gesundheitsrecht lernen könnten. Immerhin verdeutlicht das Gesetz, dass eine mehr oder weniger stark ausgeprägte Unabhängigkeit des Normsetzungsgremiums von der Regierung eine Stärkung parlamentarischer Rechte verlangt.

hat sich das Verwaltungsrecht einzustellen, vgl. *Indra Spiecker gen. Döhmam*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, 2012.

105 Zur Unparteilichkeit als demokratischer Wert *Pierre Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, 2010, 93 ff. Zu Sicherungen der Unparteilichkeit der Verwaltung auch *Michael Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, 195 ff.

Die zentrale – und vielleicht auch beruhigende – Folgerung sei an dieser Stelle genannt: Wir mögen das Fehlen weitergehender Aufsichtsbefugnisse¹⁰⁶ gegenüber dem Gemeinsamen Bundesausschuss und seinen Kompetenzen zur Steuerung des Versorgungsbedarfs für problematisch halten.¹⁰⁷ Es wäre aber kein unüberwindbares, sondern ein durch stärkere Rückbindungen an das Parlament lösbares demokratisches Problem. Denn eine fachliche Unabhängigkeit von der Regierung muss – und darf – keine Unabhängigkeit von parlamentarischer Kontrolle bedeuten. Hier finden Gesundheitsrecht und Regulierungsrecht zusammen.

V. Verwaltungsrechtliche Perspektive

Wenn der Schein nicht trügt, dann wächst im Gesundheitsrecht das Bedürfnis nach einer Ordnungsidee, um analytisch, systematisch und dogmatisch den Herausforderungen einer angemessenen Versorgung mit Gesundheitsleistungen gerecht zu werden. Nicht grundlos wird von Sozialrechtlern beklagt, dass die großen Debatten im Verwaltungsrecht zu einem guten Teil am Sozialrecht vorbeilaufen.¹⁰⁸

Das ist deshalb erstaunlich, weil sich wegen des sozialstaatlichen Gewährleistungsauftrags das Sozialrecht als Referenzgebiet für die Neue Verwaltungswissenschaft¹⁰⁹ anbietet, von dieser aber nicht in ihren Fokus gerückt wird. Hierfür mag es Gründe geben. Sie könnten in der für das korporatisch verfasste Sozialrecht nur begrenzt passenden Steuerungsperspektive liegen, solange von einem allmächtigen Steuerungszentrum ausgegangen wird. Ein solches Zentrum

106 Zum eingeschränkten Nutzen des Begriffs „Fachaufsicht“ für die Vielfalt der Aufsichtsbefugnisse *Thomas Groß*, Was bedeutet Fachaufsicht?, DVBl 2002, 793.

107 Zur Beschränkung auf die Rechtsaufsicht BSGE 103, 106 Rn. 34 ff., 47 ff.; *Reimund Schmidt-De Caluwe*, in: Becker/Kingreen (Hg.), SGB V, 2. Aufl., 2010, § 94 Rn. 10 f.; *Friedrich E. Schnapp*, Staatsaufsicht über den G-BA in der gesetzlichen Krankenversicherung, in: FS Bethge, 2009, 399 (410); offener *Arndt Schmehl*, Zur Kontrolle der Selbstverwaltung im Gesundheitswesen durch die Staatsaufsicht, in: ders./Wallrabenstein (Hg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd. 3, 2007, 1 (5 ff.).

108 Vgl. *Thorsten Kingreen/Stephan Rixen*, Sozialrecht: Ein verwaltungsrechtliches Utopia?, DÖV 2008, 741.

109 *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hg.), GVwR I, 2. Aufl. (i.E.), § 1; *Claudio Franzius*, Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der Neuen Verwaltungswissenschaft, Die Verwaltung 39 (2006), 335.

im Gesundheitsrecht zu erwarten läuft immer wieder an den eigenen Strukturen auf¹¹⁰ und ist letztlich auch nicht gewünscht. Das Scheitern der „Konzertierten Aktion im Gesundheitswesen“ mahnt jedenfalls zur Zurückhaltung gegenüber dem Leitbild einer politischen Globalsteuerung, sofern daraus auf eine Bewertung des Regulierungskonzepts geschlossen werden sollte.

Das spricht aber nicht gegen integrierende oder koordinierende Ansätze, wie sie im Planungs- und Regulierungsrecht mit der Akzentuierung des Gestaltungsauftrags von Verwaltung und Verwaltungsrecht verfolgt werden. In seinen korporativen Verflechtungen stellt das Gesundheitsrecht einen „Fremdling im öffentlichen Recht“ dar¹¹¹ und droht in den wechselseitigen Abschottungen den Interessen der Patienten und Versicherten nicht gerecht zu werden. Es bleibt mit der Bedarfsplanung spezifisches, in die eigenen Entwicklungszusammenhänge eingebettetes Regulierungsrecht, ist als solches aber auf die Kommunikation mit anderen Teilgebieten des Verwaltungsrechts angewiesen, um zu instrumentell und institutionell überzeugenden Lösungen für die Gewährleistung der Versorgung mit Gesundheitsleistungen zu kommen.

Dafür ist die Idee einer sektorübergreifenden Regulierungsbehörde eine Option, die nicht vorschnell als neo-etatistisch verworfen werden sollte. Eine solche Behörde braucht nicht als besondere Wettbewerbsbehörde gedacht zu werden, die sich allein auf die Aufsicht privatwirtschaftlicher Leistungsanbieter beschränkt. Wie an den erweiterten Zuständigkeiten der Bundesnetzagentur deutlich wird, könnte sie auch zu einer bedarfsgerechten Versorgungsgewährleistung eingerichtet werden. Jedenfalls bleibt die integrierte Bedarfsplanung, wie sie im GKV-Versorgungsstrukturgesetz angelegt ist, weiter auszubauen. Am Ende ließen sich vielleicht zwei Fliegen mit einer Klappe schlagen: Die regulierungsrechtliche Perspektive auf das korporative – und das heißt ziemlich verkrustete Regelversorgungssystem – könnte die innere Sektoralisierung des Gesundheitsrechts aufhalten und dieses zugleich an Entwicklungen des allgemeinen Verwaltungsrechts anschließen. Einen Sonderweg markiert die Perspektive eines Gesundheitsregulierungsrechts nicht.

110 So *Thorsten Kingreen*, *Governance im Gesundheitsrecht*, *Die Verwaltung* 43 (2009), 339 (343 f.). Das schließt eine „Ordnung der Kooperation als Regulierungsaufgabe“ nicht aus, vgl. *Wißmann*, *Kooperation im Wettbewerb* (Fn. 38), 165 ff.

111 *Rixen*, *Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht* (Fn. 38), 8. Zur notwendigen Ausrichtung der gemeinsamen Selbstverwaltung an den allgemeinen Regeln rechtsstaatlicher Formenklarheit und demokratischer Legitimation *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, 3/35.

