

Kommentar

Bedarfsplanung als spezifisches Regulierungsrecht

Ulrich Wenner

§ 101 SGB V weist die Kompetenz für den Erlass von Richtlinien über die *vertragsärztliche Bedarfsplanung* und die Voraussetzungen für die Feststellung von Überversorgung dem Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) zu. Daran ändert sich auch nach dem vorliegenden Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein GKV-Versorgungsstrukturgesetz¹ nichts. Danach sollen die Vorgaben für die Bedarfsplanung regionalisiert und flexibilisiert werden. Zulassungen in rechnerisch überversorgten Gebieten sollen im Interesse einer besseren und gleichmäßigen Versorgung der Versicherten erleichtert werden. Die für all das erforderlichen normativen Vorgaben, ohne die eine vorhersehbare und rechtlich nachprüfbar Praxis der Zulassungsgremien nach §§ 96, 97 SGB V nicht denkbar ist, muss nach wie vor der G-BA festlegen. Ob dieser insgesamt als "Krone" der für das deutsche Krankenversicherungssystem kennzeichnenden gemeinsamen Selbstverwaltung von Leistungserbringern (Ärzten, Zahnärzten) und Krankenkassen (bzw. deren Verbänden) zu bezeichnen ist,² mag offen bleiben. Im hier interessierenden Komplex der Bedarfsplanung – fokussiert auf die ambulante ärztliche Versorgung – kommt ihm jedenfalls kraft gesetzlicher Zuweisung die maßgebliche Gestaltungskompetenz zu.

Die Diskussion über den Sinn der Erfassung der Gestaltungsaufgabe des G-BA mit den Prinzipien des Regulierungsrechts sollte deshalb am "real existierenden" G-BA³ und nicht an den jeweiligen Ideen des einzelnen Wissenschaft-

1 BT-Drucks. 17/6906 v. 5.9.2011.

2 In diesem Sinne *Thorsten Kingreen*, VVDStRL 70 (2011), 177.

3 Die in der Diskussion in Frankfurt auch von *Claudio Franzius* aufgegriffene Wendung vom G-BA als dem "Zentralkomitee" oder – noch polemischer – "ZK" des Gesundheitswesens geht nach meiner Recherche auf den Vortrag von *Joachim Lege* anlässlich der Staatsrechtslehrertagung 2010 in Berlin zurück, VVDStRL 70 (2011), 130. Die ersichtlich gewollte Assoziation zur SED ist nicht nur unhistorisch – der Begriff des Zentralkomitees ist älter, wie schon die Existenz des 1848 gegründeten Zentralkomitees der Deutschen Katholikentage zeigt, aus dem das heute noch bestehende Zentralkomitee der Deutschen Katholiken hervorgegangen ist –, sondern wird auch dem Umstand nicht gerecht, dass der G-BA kraft gesetzlicher Zuweisung unter Aufsicht des BMG seine Aufgaben erfüllt. Gegen die Rede vom "ZK" in Beziehung auf den G-BA mit überzeugender Begründung auch *Rainer Pitschas*, VVDStRL 70 (2011), 209.

lers von einer verfassungsrechtlich gebotenen oder rechtspolitisch erwünschten Zusammensetzung des G-BA ausgehen. Es trifft entgegen der Darstellung von *Franzius* nicht zu, dass "die Gerichte" bisher an den Grundfragen der *hinreichenden demokratischen Legitimation* des G-BA "vorbegegangen" seien. Alle mit der gerichtlichen Nachprüfung von Richtlinien des G-BA auf der Grundlage des § 92 SGB V befassten Senate des BSG haben sich mit der Legitimation des G-BA zur Rechtssetzung und zur Verbindlichkeit der Richtlinien (auch) gegenüber den Leistungserbringern und den Versicherten (§ 91 Abs. 6 SGB V) ausführlich auseinandergesetzt.⁴ Das BVerfG hat sich dazu in dem vielzitierten Beschluss vom 6.12.2005 nicht geäußert; das lässt immerhin fast sechs Jahre später den Schluss zu, dass dort jedenfalls keine schlechthin unüberwindbaren Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 91 SGB V gesehen werden. Schließlich hat auch kein Sozial- oder Landessozialgericht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, zur Vereinbarkeit der §§ 91, 92 SGB V sowie speziell der Zusammensetzung des G-BA bzw. zu dessen Rechtssetzungsbefugnis eine Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG einzuholen. Damit ist die Frage der *Verfassungsmäßigkeit der Normsetzungsbefugnis des G-BA* in seiner derzeitigen Zusammensetzung für die Praxis geklärt. Im Übrigen erscheint nach einer Analyse der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zum Staatsorganisationsrecht ausgeschlossen, dass in dem – aus meiner Sicht fernliegenden und rein hypothetischen – Fall, dass das Gericht in mittlerer Zukunft doch Bedenken gegen die hinreichende Legitimation des G-BA haben sollte, die bisherigen, mit impliziter Billigung des BVerfG⁵ gewachsenen Strukturen mit einem Federstrich beseitigt würden. In seinem Urteil vom 20.12.2007 zur Verfassungswidrigkeit der Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II a.F. hat das Gericht dem Gesetzgeber drei Jahre Zeit für eine Neuregelung gelassen und entschieden, dass die bisherigen Regelungen so lange uneingeschränkt weiter anzuwenden sind. Es macht deshalb wenig Sinn, Bemühungen um eine vermeintlich verfassungsnäheren Ausrichtung des G-BA damit zu rechtfertigen, auf diese Weise das Risiko eines "Kahlschlags" aus Karlsruhe zu minimieren.

4 Aktuelle Nachweise im Urteil vom 6.5.2009 – B 6 A 1/08 R , BSGE 103, 106 Rn. 45; zur Entwicklung der Rechtsprechung im Sinne eines ersten Überblicks *Ulrich Wenner*, Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, 2008, § 8 Rn. 36 ff.

5 Überzeugend ist der Hinweis von *Ingwer Ebsen*, VVDStRL 70 (2011), 212, man könne den umstrittenen Nikolausbeschluss des BVerfG auch so deuten, dass alle Akteure – ausdrücklich einschließlich des BSG – bei der Beurteilung von Richtlinien des G-BA einer "Fairness- und Vernünftigkeitkontrolle" unterliegen.

Der rechtswissenschaftliche Diskurs zum G-BA wird seit ca. 15 Jahren intensiv geführt;⁶ die Referate und Diskussionen anlässlich der Staatsrechtslehrertagung im Herbst 2010 in Berlin markieren vielleicht einen gewissen Schlusspunkt der Auseinandersetzung, weil sich zumindest dem Leser der Vorträge und Diskussionsbeiträge der Eindruck aufdrängt, die Argumente seien ausgetauscht. Die zunächst notwendig theoretische Debatte in der Wissenschaft über die Eignung der *Regulierungsmechanismen* für die Ausrichtung der vertragsärztlichen Bedarfsplanung verspricht deshalb wohl nur Ertrag, wenn sie an die für die Praxis (derzeit) geklärten Strukturen der untergesetzlichen Rechtssetzung insbesondere durch den G-BA anknüpft. Die Aufarbeitung der Frage, ob sich ein Gremium, das spezifisch nach Fachkundespekten zusammengesetzt ist und die fachlich unerlässlichen Vorarbeiten für eine Rechtssetzung durch Organe der unmittelbaren Staatsverwaltung erledigen würde,⁷ in die aus dem Regulierungsrecht bekannten Strukturen von Netzagenturen u.ä. einfügen würde, erscheint deshalb wenig ergiebig.

Die Verortung des G-BA als der für jede Übertragung von Regulierungskonzepten auf die Bedarfsplanung zentralen Körperschaft in einem der in Betracht kommenden *Legitimationsmodelle* im Sinne von *Franzius* scheint mir doch deutlich vorgezeichnet. Gerade das Urteil des 6. Senats des BSG vom 6.5.2009 zur Staatsaufsicht über den G-BA⁸ weist entschieden in Richtung funktionaler Selbstverwaltung. Die Aufsichtsbefugnisse des BMG werden historisch und systematisch in enger Anlehnung an die Kompetenzen des Ministeriums gegenüber den klassischen Selbstverwaltungskörperschaften Krankenkassen(-verbände) und Kassenärztlichen Bundesvereinigungen entwickelt. Der Senat spricht von einer „organisatorisch verselbständigten Einrichtung der Selbstverwaltung im Bereich des SGB V“ und verweist ergänzend auf die „fachkundige und interessenpluralistische Zusammensetzung“ des G-BA. Eine Ablösung des G-BA von den Selbstverwaltungsstrukturen des SGB V würde dessen Legitimation zumindest deutlich schwächen. Die Rechtsprechung des BSG kann vielleicht als Hinweis an den Gesetzgeber gedeutet werden, die *Selbstverwaltungsstruktu-*

6 Aktuelle Nachweise bei *Thorsten Kingreen*, VVDStRL 70 (2011), 179 Fn. 109 sowie zugespitzt im Diskussionsbeitrag von *Volker Neumann*, ebd., 207 f.

7 Das dürfte die Konsequenz der Ausführungen von *Thorsten Kingreen* sein, wie sich auch aus dem Diskussionsbeitrag von *Werner Heun*, VVDStRL 70 (2011), 214, ergibt. Der These von *Heun*, dass die Verlagerung der maßgeblichen Entscheidungen auf den Verordnungsgeber (Art. 80 Abs. 1 GG) kein einziges Problem löst, ist zuzustimmen.

8 BSGE 103, 106 Rn. 47 ff.

ren nicht beliebig mit Befugnissen der *unmittelbaren Staatsverwaltung* zu mischen.⁹ Ob dieser Gedanke der von *Franzius* befürworteten Reparlamentarisierung des Gesundheitswesens entgegensteht, will ich nur als Frage aufwerfen, ohne dies – auch im Hinblick auf meine richterliche Funktion – derzeit schon zu bewerten. Der alte „Sponti“-Spruch – das darf man sicher gerade in Frankfurt zitieren –, dass der Mittelweg in „Gefahr und großer Not“ nicht immer eine kluge Option ist, scheint mir auch hinsichtlich der Verortung des G-BA im Spannungsfeld von Selbstverwaltung und unmittelbarer Staatsverwaltung beherzigenswert. Auch das Urteil des BVerfG vom 20.12.2007 zur – vermeintlich – unzulässigen Mischverwaltung bei den Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II a.F.¹⁰ könnte in dieser Richtung gedeutet werden.

Weiter diskussionsbedürftig im Kontext des Regulierungsansatzes bei der Bedarfsplanung scheint mir die Rolle der *Krankenkassen*. Sie wären in dem Modell von *Franzius* die Akteure, die eine Dienstleistung (Gesundheitsversorgung) erbringen müssten. Eine Regulierungsbehörde oder -agentur würde dann – ganz grob vereinfacht – prüfen, ob das gesetzlich vorgeschriebene Versorgungsniveau erreicht ist. Nach § 27 SGB V sind die Krankenkassen aber unmittelbar für die Sicherung der Versorgung der Versicherten nach Maßgabe der dort formulierten Kriterien verantwortlich. Sie müssen sicherstellen, dass die Versicherten im ganzen Bundesgebiet annähernd gleichmäßig versorgt werden. Ein Hausarzt muss auch dort erreichbar sein, wo ohne Widerspruch der Bundesnetzagentur derzeit keine Breitbandverbindung für schnelles Internet zur Verfügung steht. Versorgungsstrukturprobleme können über den Kostenerstattungsanspruch der Versicherten nach § 13 Abs. 3 SGB V kostenwirksam bei den Krankenkassen abgeladen werden, wenn Leistungserbringer außerhalb des GKV-Systems zur Verfügung stehen. Zu klären ist, ob diese unmittelbare rechtliche Verantwortung der Krankenkassen nicht nur für eine im Ganzen angemessenen Versorgungsstruktur, sondern für die Versorgung in jedem einzelnen Fall, weiterhin eine stärkere unmittelbare Einbindung der Krankenkassen in die Bedarfsplanung rechtfertigt, als sie nach meinem Verständnis mit dem Regulierungsansatz verbunden sein dürfte.

9 Ablehnung der Rechtsprechung des BSG zur Beschränkung der Aufsicht des BMG über den G-BA auf eine reine Rechtsaufsicht z.B. bei *Thorsten Kingreen*, VVDStRL 70 (2011), 222.

10 BVerfGE 119, 331.