

## Bedarfsplanung als spezifisches Regulierungsrecht

### I. Bedarfsplanung

1. Der regulierungsrechtliche Zugriff auf das Gesundheitsrecht erlaubt es **überkommene Zweiteilungen** zu hinterfragen. Die Frage lautet nicht, ob wir mehr Staat oder mehr Markt im Gesundheitswesen brauchen. Auch die herkömmliche Unterscheidung zwischen ambulante und stationärem Sektor ist überholt und vielfältigen Verschränkungen gewichen.
2. Zu einer **integrierten Bedarfsplanung** kann sich der Reformgesetzgeber nur begrenzt durchringen. Das ist weniger kompetenzrechtlichen Grenzen geschuldet, sondern hat vielmehr in erster Linie politische Gründe. Der Korporatismus des deutschen Gesundheitswesens erweist sich als punktuell beweglich, im Ganzen aber als weitgehend reformresistent. Die im **Versorgungsstrukturgesetz** vorgesehenen Änderungen der vertragsärztlichen Bedarfsplanung sind jedoch aus zwei Gründen interessant:
  - a) Das betrifft zum einen die **Zielrichtung des Gesetzes**. Es lässt sich eine Schärfung des Versorgungsziels erkennen, um der drohenden Unterversorgung vor allem in ländlichen Gebieten vorzubeugen. Damit geht ein **Wechsel im Rechtfertigungsansatz der Bedarfsplanung** einher: Für die Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit privater Leistungserbringer braucht nicht allein auf Aspekte der Kostendämpfung oder des Marktversagens, sondern kann (auch) auf die Sicherstellung gleicher Versorgungsgewährleistung abgestellt werden.
  - b) Interessant ist das Versorgungsstrukturgesetz vor allem in organisationsrechtlicher Hinsicht. Es zielt auf eine Flexibilisierung der Bedarfsplanung um den Preis einer **Verkomplizierung der Organisationslandschaft**: Der Gesetzgeber lockert die Orientierung an stichtagsbezogenen Verhältniszahlen und schreibt die Berücksichtigung der Altersstruktur und anderer sozialer Kriterien für kleinräumiger zu fassende Planungsbereiche (§ 101 Abs. 1 Nr. 3 SGB V) vor. Die entsprechenden Festlegungen soll weiterhin der **Gemeinsame Bundesausschuss (GBA)** treffen. Davon kann zur Bestimmung des lokalen Bedarfs jedoch abgewichen werden. Hierfür können sektorübergreifend **gemeinsame Ländergremien** nach § 90a SGB V geschaffen werden, womit die Bedarfsplanung föderalisiert wird. Die neue Struktur wird ihre eigene Logik herausbilden, zumal dem GBA insoweit Steuerungsmöglichkeiten verwehrt sind.

Gewinner der Reform sind – zumindest in formaler Hinsicht – die Länder, die im GBA ein **Mitberatungsrecht** (§ 92 Abs. 7e SGB V) erhalten. Auch im übrigen verfügen sie über Kooperationsrechte, aber über keine Entscheidungsbefugnisse. Aus einer regulierungsrechtlichen Perspektive überzeugend ist die Ersetzung des Benehmenserfordernisses in § 99 SGB V durch eine **Vorlagepflicht** des Bedarfsplans mit einem **Beanstandungsrecht** der obersten Landesbehörde, welche die Rechtsaufsicht über die Kassenärztlichen Vereinigungen als Planungsträger ausübt.

Nach dem Willen des Bundesgesetzgebers wird die Bedarfsplanung normativ maßgeblich durch die **Bedarfsplanungsrichtlinien** des GBA gesteuert. Das ist aus Sicht der Leistungserbringer weniger problematisch als aus Sicht der Leistungsempfänger, die als **Versicherte** über keine angemessene Vertretung im GBA verfügen. Das Versorgungsstrukturgesetz ändert daran nichts, stärkt aber, wenn auch ohne erkennbare Not, die personelle Legitimation der unparteiischen Mitglieder, indem ihre Auswahl nach § 91 Abs. 2 S. 4 SGB V an ein **Widerspruchsrecht des Gesundheitsausschusses des Bundestags** geknüpft wird.

## II. Vergleich

Die – im Umweltrecht würden wir sagen – Zersplitterung der Bedarfsplanung zeigt bereits die **Krankenhausplanung**. Während im ambulanten Sektor die Kassenärztlichen Vereinigungen für die gegenüber den Versicherten verantwortlichen Krankenkassen den Bedarfsplan erstellen, gelingt es im stationären Krankenhaus- und Pflegesektor den nach §§ 6 ff. KHG zuständigen Landesbehörden ihre Planungshoheit erfolgreich zu verteidigen. Nicht bloß im Sozialrecht, sondern auch im Umwelt- und Risikorecht lässt sich im Zuge der Schärfung des Leitbildes der nachhaltigen Entwicklung eine **Renaissance der Planung** beobachten. Das schließt Bedarfsprüfungen ein.

Allerdings zeigt das benachbarte Infrastrukturrecht, dass die Festlegung des Bedarfs auch dem Gesetzgeber überantwortet werden kann und darf. Eine solche Bedarfsgesetzgebung wird im Straßenplanungsrecht seit längerer Zeit praktiziert (§ 1 Abs. 2 FStrAbG), inzwischen aber auch im Energierecht gewählt (§ 1 Abs. 2 EnLAG) und liegt dem geplanten Netzausbau-beschleunigungsgesetz (NABEG) zugrunde: Die Bedarfsfrage wird **parlamentarisch verantwortet**, während die nachfolgenden Planungsaufgaben der Bundesnetzagentur zugewiesen und bei dieser konzentriert werden sollen. Die *insoweit* kaum unabhängige, jedenfalls nicht weisungsfrei gestellte Regulierungsbehörde wird auf diese Weise zu einer echten Planungsbehörde.

Dass sich ein **objektivierter Bedarf** nicht festlegen lässt, spricht eher *für* als gegen die gesetzgeberische Bedarfsfeststellung, die im einzelnen nicht mit starren Verhältniszahlen operieren darf, aber die politischen Wertungen den Zulassungsgremien vorgeben könnte. § 102 SGB V enthielt diese Option. Zugunsten einer Stufung des Gewährleistungsauftrags von **legislativer Bedarfsfestlegung und exekutiver Auswahlentscheidung** ist die korporative Struktur zu hinterfragen. Art. 87 Abs. 2 GG vermittelt insoweit keinen unüberwindbaren Bestandsschutz.

## III. Regulierungsrecht

1. Inwieweit die Bedarfsplanung als Regulierungsrecht auszuweisen ist, hängt vom gewählten Regulierungsbegriff ab. Es konkurrieren ein enger und ein weiterer Regulierungsbegriff. Das engere Verständnis von Regulierungsrecht sieht darin **soziales Wettbewerbsermöglichungsrecht**. Es will keinen freien Wettbewerb sichern, sondern einen gemeinwohlpflichtigen, nicht notwendig auf die Netzwirtschaften beschränkten Wettbewerb herstellen. Danach handelt es sich um eine **Gestaltungsaufgabe**. Hierüber grenzt sich Re-

gulerungsrecht gegenüber dem lediglich grenzziehenden Ordnungsrecht und die nicht auf die Bundesnetzagentur beschränkte Regulierungsverwaltung gegenüber der Eingriffsverwaltung ab.

Demgegenüber sieht ein weitergehendes Verständnis von Regulierung darin eine Aufgabe des **Gewährleistungsstaates**, der sich verschiedener Regulierungsstrategien bedient. Danach sind Planung und Regulierung nicht als kategorial verschieden zu begreifen. Hierüber grenzt sich Regulierungsrecht gegenüber der staatlichen Leistungsverwaltung ab. Regulierung zur Umsetzung in der Verfassung mitunter nur implizit verankerter Gewährleistungspflichten ist kein absterbendes Sonderkartellrecht, sondern Ausdruck einer Daueraufgabe und bildet mit der Gewährleistungsverwaltung eine **dritte Säule neben der Eingriffs- und der Leistungsverwaltung** heraus. Aus der Daseinsvorsorge werden öffentliche Dienstleistungen, deren bedarfsgerechte Erbringung regulatorisch überformt wird.

Anders als in vielen, mittlerweile „klassischen“ Regulierungssektoren netzgebundener Versorgungsgewährleistung 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. **Neu** ist die Erwartung, über die Schärfung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung eröffne sich ein Raum für die Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen im **funktionalen Wettbewerb**.

Staatlich zu gewährleisten ist eine in der Fläche wirksame Versorgung mit Gesundheitsdienstleistungen, die in unterschiedlichen Formen erbracht werden können und im rechtlichen Steuerungsmix wandelbare **Governance-Strukturen** darstellen. Wandelbar insoweit als dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich weitgehend freigestellt ist, neue Zuordnungen von Solidarität und Effizienz vorzunehmen. Jedenfalls mit Blick auf die mitunter verdrängte Herausforderung vertretbarer Priorisierungs- und Rationierungsentscheidungen erscheint eine **Reparlamentarisierung des Gesundheitswesens** geboten.

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

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 wünschenswert, die Planungsverantwortung in die Hand der **Landesbehörden** zu legen. Einen Schritt in diese Richtung geht das Versorgungsstrukturgesetz mit der Vorlagepflicht der Bedarfspläne, die von der obersten Landesbehörde beanstandet werden können. Aufgestellt wird der Bedarfsplan von den kasernenärztlichen Vereinigungen (§ 99 SGB V) für die Krankenkassen (§§ 72, 72a SGB V) zu einer bedarfsgerechten Versorgung. Diese **Stufung der Gewährleistungsverantwortung** könnte im Gesetz klarer zum Ausdruck kommen.

Erst die Zuweisung klarer Verantwortlichkeit staatlicher Instanzen für die **Versorgungsgewährleistung** erlaubt es, die Erbringungsmodalitäten dem Wettbewerb zu öffnen. Der Wettbewerb der Dienste setzt den Staat für die Infrastruktur voraus. Von dieser Einsicht

ist das Gesundheitsrecht in seinen **Pfadabhängigkeiten kooperativer Verflechtungen** weit entfernt, was eine Distanz zur regulierungsrechtlichen Perspektive nahelegt. Sie könnte aber helfen, zu einer Schärfung von **Transparenz und Verantwortlichkeit** in den vernetzten Strukturen einer sektorenübergreifenden Bedarfs- und Versorgungsgewährleistung „im System“ beizutragen.

3. **Bedarfsplanung ist 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) Die vertragsärztliche Bedarfsplanung betrifft den Zugang der Leistungserbringer, deren Begrenzung mit dem **Zugang der Leistungsempfänger** zu einer gleichen Gesundheitsversorgung gerechtfertigt werden kann. Ein solidarisches Gesundheitswesen ist nicht bloß aus finanziellen Gründen der Beitragsstabilität auf Zulassungsbeschränkungen angewiesen, sondern auch 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. Auch an neuen Versorgungsformen, die von der Bedarfsplanung freigestellt sind, können grundsätzlich nur zugelassene Ärzte teilnehmen, die also den **Bedarfsfilter** passiert haben.

b) **Planung als Regulierung** zu verstehen, wirft eine Reihe offener Fragen auf: Das betrifft etwa die Konturierung 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. 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.

Raumbezogene Planung und soziale Wettbewerbsregulierung schließen sich nicht aus. Planungsrecht und Regulierungsrecht können sich vielmehr wechselseitig befruchten und die Frage zu beantworten helfen, wo ein **Gestaltungsermessen** der zuständigen Stellen mit welchen Folgen für die gerichtliche Kontrolle zu verorten ist. Das Bundesverwaltungsgericht begründet im Telekommunikationsrecht das Regulierungsermessen für die Marktdefinition und -analyse (§§ 10 f. TKG), die Zugangsgewährleistung (§ 21 TKG) und die Entgeltregulierung (§ 30 TKG) mit dem Wettbewerbsziel und dem Vorliegen einer einheitlichen Regulierungsverfügung. Beides fehlt der Bedarfsplanung. Die raumordnungsrechtlichen Planungskriterien werden zwar um soziale Kriterien angereichert, sind aber nur mittelbar auf den Wettbewerb bezogen.

aa) Der Bedarfsanalyse und -festlegung auf der ersten Stufe folgt die Auswahl- und Zulassungsentscheidung auf der zweiten Stufe. Die **Krankenhausplanung** erweist sich insoweit als konsolidiert. Das Bundesverwaltungsgericht räumt den Landesbehörden auf der ersten Stufe der krankenhausrrechtlichen Planung kein Ermessen ein, da sie insoweit nicht planerisch gestaltend tätig werden. Erst auf der zweiten Stufe der Ver-

sorgungsentscheidung als Auswahlentscheidung stehe der Behörde ein **Beurteilungsspielraum** zu, welches Krankenhaus bedarfsgerechter, leistungsfähiger und wirtschaftlicher sei. Mit der sehr engen Bemessung der Entscheidungsspielräume ist hier eine **Sonderdogmatik** entstanden, die sich vom Planungsermessen entfernt hat.

Der Feststellungsbescheid als Verwaltungsakt schließt die Anwendung des Kartellvergaberechts aus, befreit aber nicht von der Beachtung der allgemeinen Anforderungen an die Transparenz, Nichtdiskriminierung und Neutralität. Ein **Regulierungsvergaberrecht**, wie es in Ansätzen im ebenfalls von starken Pfadabhängigkeiten geprägten ÖPNV erkennbar wird, fehlt im Gesundheitsrecht nahezu vollständig, damit aber auch an einer **verfahrensrechtlichen Rationalisierung der Auswahlentscheidung**.

bb) Auch der **vertragsärztlichen Bedarfsplanung** sind die Zulassungsverfahren nachgeschaltet. Die Bedarfsplanung dient der Festlegung von Unterversorgung oder Überversorgung. Für die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen (§ 103 SGB V) ist den Zulassungsgremien **kein Ermessen** eingeräumt. Anders ist das bei neuen Versorgungsformen, die von der Bedarfsplanung freigestellt sind. So billigt das Bundessozialgericht den Zulassungsgremien bei Sonderbedarfszulassungen einen **Beurteilungsspielraum** zu. Das gilt auch für die bisher den Landesausschüssen zugewiesene Beurteilung, ob ein lokaler Versorgungsbedarf besteht (§ 100 Abs. 3 SGB V).

Den funktionalen Zusammenhang zwischen Bedarfsplanung und Zulassungsentscheidung verarbeitet das Vertragsarztrecht im Rahmen der „Gemeinsamen Selbstverwaltung“ **organisatorisch**. Hier liegt der maßgebliche Unterschied zum stationären Krankenhaus- und Pflegesektor. Wesentliche Vorstrukturierungen übernimmt nicht der Gesetzgeber, sondern der **Gemeinsame Bundesausschuss** in den Bedarfsplanrichtlinien, von denen zur Festlegung eines regionalen Versorgungsbedarfs abgewichen werden kann. Das hierfür vorgesehene sektorübergreifende Landesgremium (§ 90a SGB V) ist ein **organisatorischer Zwitter zwischen Staats- und Selbstverwaltung**. Ob darin ein Schritt zur Regulierungsverwaltung gesehen werden kann, mag in den eigenen Entwicklungslinien des Kooperation strukturierenden Gesundheitsrechts fraglich sein. Die dem GBA von der Rechtsprechung eingeräumte Gestaltungsfreiheit – es handele sich um ein sachkundiges Gremium, das über einen eigenen, gerichtlich nicht weiter kontrollierbaren Wertungs- und Entscheidungsspielraum verfüge – legt aber den Vergleich mit dem **Regulierungsermessen** nahe.

- c) Die gebotene Zurückhaltung gegenüber der Anerkennung von Gestaltungsspielräumen findet einen Grund in der **prekären demokratischen Legitimation** des Gemeinsamen Bundesausschusses. Dieser Frage gehen die Gerichte bislang aus dem Weg. Auch der Nikolaus-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts lässt sich in dem Sinne verstehen und kritisieren. Denn es ist fraglich, inwieweit über die grundrechtliche Legitimation durch die Schaffung eines verfassungsunmittelbaren Leistungsanspruchs im Lichte der einfachgesetzlichen Regelungsstrukturen die Defizite an demokratischer Legitimation kompensiert werden können. Sie gehen an der Zentralfrage, wie sich die Normsetzungsbefugnisse des GBA vor dem Grundgesetz rechtfertigen lassen, weitgehend vorbei.

Ein **Unikat** ist der Gemeinsame Bundesausschuss deshalb, weil sich seine Befugnis zur Außenrechtsetzung weder im monistischen noch im pluralistischen Legitimationsmodell rechtfertigen lässt. Es handelt sich weder um klassische Staats- noch um funktionale Selbstverwaltung, die organisatorische und prozedurale Vorkehrungen kollekti-

ver **Entscheidungsteilhabe der Versicherten** voraussetzen würde. Von einer Selbstverwaltung der Betroffenen, die als Versicherte lediglich über die eigene Interessen verfolgenden Krankenkassen vertreten werden, kann nur begrenzt die Rede sein. Mit dem Angebot, gemeinsame Ländergremien zur Festlegung des regionalen Bedarfs zu schaffen, stärkt der Bundesgesetzgeber allenfalls die föderale Legitimation.

Aus dieser Lage gibt es prinzipiell zwei Auswege: Eine Option besteht in der **Politisierung der Entscheidungsstrukturen** durch die Verlagerung der vom Bundessozialgericht für außenwirksam erklärten Normsetzungsbefugnisse auf demokratisch legitimierte Organe, um diese auch aufsichtsrechtlich in den Stand zu versetzen, sich bei fachlichen Differenzen gegenüber dem GBA durchsetzen zu können. Die andere Option besteht darin, den Gemeinsamen Bundesausschuss als **funktionale Regulierungsbehörde oder -agentur** zu verstehen, die sich durch Professionalität und Sachkunde legitimieren soll.

Dass wettbewerbsferne Planungsaufgaben von einer Regulierungsbehörde übernommen werden können, wird im Entwurf zum Netzausbaubeschleunigungsgesetz deutlich. Dass es zur Legitimation von Regulierungsentscheidungen nicht allein damit getan ist, eine Regulierungsbehörde durch Gesetz zu errichten und mit Kompetenzen auszustatten, lässt das Versorgungsstrukturgesetz erkennen: So wird die Unabhängigkeit der unparteiischen Mitglieder des GBA gestärkt und deren Auswahl an ein **Widerspruchsrecht des Bundestags** geknüpft. Insoweit dokumentiert das Versorgungsstrukturgesetz erneut den eigenständigen Weg, den das Gesundheitsrecht zwischen dem korporativen Erbe und regulierungsrechtlichen Herausforderungen eingeschlagen hat. Aber es fragt sich, ob in der Legitimationsfrage das allgemeine Regulierungsrecht nicht auch vom Gesundheitsrecht lernen kann. Eine Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde von der Regierung verlangt die **Stärkung parlamentarischer Rechte**. Das Fehlen einer Fachaufsicht gegenüber dem Gemeinsamen Bundesausschuss und seiner Verteilungsentscheidungen wäre dann kein prinzipiell unüberwindbares demokratisches Problem.

#### IV. Verwaltungsrechtliche Perspektive

Im Gesundheitsrecht ist das Bedürfnis nach einer **Ordnungsidee** erkennbar, um analytisch, systematisch und dogmatisch den Herausforderungen einer angemessenen Versorgung mit Gesundheitsdienstleistungen gerecht zu werden. Zugleich wird beklagt, dass die großen Debatten im Verwaltungsrecht zu einem guten Teil am Sozialrecht vorbeilaufen. Das ist deshalb erstaunlich, weil sich wegen des Gewährleistungsauftrags der GKV gerade das Gesundheitsrecht als Referenzgebiet für die **Neue Verwaltungsrechtswissenschaft** anbietet, von dieser aber nicht in ihren Fokus gerückt wird. Hierfür mag es Gründe geben, die in der für das Sozialrecht nicht richtig passenden Steuerungsperspektive liegen könnten. Das Scheitern der „Konzentrierten Aktion im Gesundheitswesen“ mahnt jedenfalls zur Zurückhaltung gegenüber der Vorstellung einer **politischen Globalsteuerung** und einer hieraus angeleiteten Bewertung des zum Einsatz kommenden Regulierungskonzepts.

Das spricht jedoch nicht gegen die Übertragung integrierter oder koordinierender Ansätze, wie sie im Planungs- und Regulierungsrecht mit der **Akzentuierung des Gestaltungsauftrags von Verwaltung und Verwaltungsrecht** verfolgt werden, auf das Gesundheitsrecht. In seinen

korporativen Verflechtungen stellt es nicht nur einen eigentümlichen „Fremdling im öffentlichen Recht“ dar, sondern 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, als solches aber auf die **Kommunikation mit anderen Teilgebieten des Verwaltungsrechts** angewiesen, um zu instrumentell und institutionell überzeugenden Lösungen für die Gewährleistung und Finanzierung der Versorgung mit Gesundheitsdienstleistungen zu kommen.

Dafür ist die Schaffung einer **sektorübergreifenden Regulierungsbehörde** eine Option. Eine solche Behörde braucht keine besondere Wettbewerbsbehörde sein, die sich auf die Aufsicht privatwirtschaftlicher Leistungsanbieter beschränkt, sondern könnte auch – wie sich an den erweiterten Zuständigkeiten der Bundesnetzagentur zeigt – zu einer bedarfsgerechten Versorgungsgewährleistung jenseits des Universaldienstmodells eingerichtet werden. Jedenfalls bleibt die **integrierte Bedarfsplanung**, wie sie im Versorgungsstrukturgesetz angelegt ist, auszubauen. Sie könnte insbesondere helfen

- die innere Sektoralisierung des Gesundheitsrechts **aufzuhalten**,
- über die Modernisierung des korporativen Regelversorgungssystems die Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen dem regulierten Wettbewerb **zu öffnen** und
- in einer regulierungsrechtlichen Perspektive auf die Bedarfsplanung – als Zwischenschicht von Sozial- und Wirtschaftsrecht – das Gesundheitsrecht an Entwicklungen des allgemeinen Verwaltungsrechts **anzuschließen**.