

## **Margarete Schuler-Harms**

### **Braucht das Gesundheitswesen ein eigenes Regulierungsrecht?**

#### **Grundgedanken und Strukturen des Regulierungsrechts**

1. Der Begriff des Regulierungsrechts wird nicht einheitlich verwandt. Er bezeichnet in meinem Verständnis einen Modus staatlicher Gewährleistung und Steuerung, der durch spezifische Ziele, ein charakteristisches Instrumentarium und Besonderheiten bei der Organisation der Regulierungsaufsicht geprägt ist. Staatliche Regulierungsverwaltung dient zur Schaffung von Wettbewerb und zur Sicherstellung einer Versorgung der Bevölkerung mit Wirtschaftsgütern, für die der Staat eine gesteigerte Verantwortung übernimmt. Das Instrumentarium ist durch ein Nebeneinander von klassischer Wirtschaftsaufsicht, Marktzugangsregulierung und Formen der Selbstregulierung geprägt, wobei auch die Instrumente herkömmlicher Wirtschaftsaufsicht in einen Vorgang planvoll gestaltender Steuerung eingebettet werden. In der staatlichen Behördenorganisation und in deren Gestaltungsspielräumen unterscheidet sich Regulierungsverwaltung von der gewerberechtlchen Überwachung durch besonderen Wissensbedarf, erhebliche Gestaltungsspielräume und eine hieran angepasste Behördenorganisation.

2. Regulierungsverwaltung hat zwar ihre Wurzeln in den klassischen Netzsektoren (Telekommunikation, Energie, Verkehr) und bei der Privatisierung ehemals staatlicher Wirtschaftsmonopole (Post). Sie ist aber mehr als Netzzugangsregulierung und als Privatisierungsfolgenrecht. Der Steuerungs- und Gewährleistungsmodus der Regulierungsverwaltung lässt sich auf andere Wirtschaftssektoren übertragen, in denen es Versorgungssicherheit planvoll zu gewährleisten und Marktversagen dauerhaft zu regulieren gilt. So verstandene Regulierungsverwaltung kommt grundsätzlich auch als Steuerungsmodus für das Gesundheitswesen in Betracht.

#### **Das Gesundheitswesen als Wirtschaftssektor**

3. Das Gesundheitswesen ist durch Bedarf nach flächendeckender Versorgung und durch Marktversagen geprägt, das vor allem auf Unsicherheiten und Informationsasymmetrien im Bereich der Leistungserbringung beruht. Die traditionelle Ordnungslogik des Gesundheitswesens ist in Deutschland allerdings eine spezifisch sozialrechtliche. Für den überwiegenden Teil des Gesundheitswesens übernehmen Sozialversicherungen (Krankenkassen) die Verantwortung für die Leistungserfüllung und erhalten dafür Beiträge von den Versicherten. Im klassischen sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis werden die Gesundheitsleistungen durch wohlfahrtsstaatliche Träger und durch anerkannte privatgewerbliche oder freiberufliche Dienstleister für die Versicherungen erbracht. Die Versicherten haben die Wahl zwischen den anerkannten Leistungserbringern. Die staatliche Verantwortung beschränkt sich trotz ihrer Ausgestaltung als Erfüllungsverantwortung auf die Steuerung und Finanzierung der Leistungserbringung. Im Rahmen dieser Aufgabe ist das Verhältnis von Kassen und Leistungserbringern durch Elemente der Bedarfsplanung, durch korporatives Handeln sowie durch kollektivvertragliche Beziehungen und Absprachen geprägt. Die privat finanzierte Leistungserbringung ist traditionell nur schwach reguliert.

4. Die sektorspezifischen Steuerungsmodi befinden sich im Wandel. Vor allem, aber nicht nur Effizienzerfordernisse bewegen den Gesetzgeber, die sozialrechtliche Ordnung durch Elemente einer markt- und wettbewerbsorientierten Steuerung anzureichern. Er zielt dabei – noch – eher auf Herstellung von Wettbewerb als auf Wettbewerbsregulierung. Die Krankenkassen stehen heute miteinander im Wettbewerb um Versicherte. Wegen des feststehenden Leistungskatalogs wird dieser Wettbewerb vor allem über den Preis

(Zusatzbeiträge) sowie über Zusatzleistungen und Servicequalität geführt. Die für den Infrastrukturwettbewerb unter den Leistungserbringern erforderliche Vergleichbarkeit vermitteln Standardisierungen der Leistungserbringung über qualitative Standards, Leitlinien und Behandlungspfade sowie standardisierte Vergütungssysteme über Kopfpauschalen, Fallpauschalen oder Budgets. Den Krankenkassen und Leistungserbringern werden überdies Einzelvereinbarungen ermöglicht mit dem Ziel, besondere Versorgungsformen zu erproben und zu etablieren. Bei Abschluss solcher Einzelvereinbarungen stehen – im Gegensatz zu den kollektivvertraglichen Handlungsformen – sowohl Krankenkassen als auch Leistungserbringer untereinander im Wettbewerb.

5. Zunehmend geläufiger wird – auch unter dem Einfluss des Europäischen Unionsrechts – die Perspektive auf die Gesundheitsleistung als wirtschaftliche Dienst- und Sachleistung. Der Vertrieb von Arzneimitteln folgt bereits einem spezifischen Regulierungsregime, und auch die sozialrechtlichen Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern werden zunehmend durch unionsrechtlich induzierte wettbewerbs- und vergaberechtliche Bindungen überlagert. Krankenkassen werden hierbei teils als Wirtschaftsunternehmen mit oder ohne Marktmacht, teils als öffentliche Auftraggeber behandelt. Die Versicherten/Patienten auch zu Verbrauchern, ihre Stellung wird über das Sozialversicherungsrecht hinaus auch verbraucherrechtlich ausgestaltet. Diese Tendenzen dürften Antriebskräfte für eine weitere Annäherung des Gesundheitswesens an andere Sektoren der Daseinsvorsorge und auch für eine weitere Europäisierung der Gesundheitspolitik freisetzen.

### **Ein eigenes Regulierungsrecht?**

6. Die Fruchtbarmachung des allgemeinen Regulierungsrechts als neue Leit- und Ordnungsidee liegt bei dieser Entwicklung zumindest nahe. Sie erfordert für das Gesundheitswesen freilich Rücksichtnahme auf die spezifischen Bedingungen des Sektors. Regulierung im Gesundheitswesen zielt nicht auf einen Prozess der Privatisierung, sondern auf Ergänzung, teilweise vielleicht auch Ersetzung sozialrechtlicher Steuerungsmodi durch den Modus regulierten Wettbewerbs. Charakteristisch für diesen Sektor sind auch mächtige Akteure auf Seiten der Krankenkassen, der Leistungserbringer und (im stationären Sektor) der staatlichen Planungsträger. Nicht zuletzt ihretwegen dürften die überkommenen korporativen und kollektivvertraglichen Strukturen im Reformprozess erhebliche Beharrungskräfte entfalten. Auf lange Sicht wird der Sektor deshalb durch ein Nebeneinander von sozialrechtlichen und regulierungsverwaltungsrechtlichen Instrumenten und Handlungsformen geprägt bleiben.

7. Die Kombination der überkommenen sozialrechtlichen Steuerung mit allgemeinen Formen der Marktregulation ist eine Aufgabe von hoher Komplexität. Besondere Aufmerksamkeit verdienen dabei Übergänge und Schnittstellen zwischen sozialrechtlicher Steuerung und allgemeinen Regulierungsformen. Der regulierungsrechtliche Blickwinkel verspricht z.B. neue Erkenntnisse für die Planung der Gesundheitsversorgung und die Marktzutrittsregulierung der Anbieter, etwa im Bereich der stationären Versorgung oder im Vergleich von flächendeckender Versorgung mit Apotheken einer- und Vertragsarztpraxen andererseits. Die Implementation eines Vertragswettbewerbs mit neuen Versorgungsformen erfordert neue Steuerungs- und Kontrollkompetenzen für die Zuordnung von Wahlfreiheit und Selbstbindung der Versicherten und von traditionellem (Gesamt-)Versorgungsauftrag und neuartiger Versorgungsverantwortung etwa in integrierten Versorgungsformen. Angesichts der besonderen Vetomacht der Kassen und Leistungserbringer erfolgt auch der Umbau der Rechtssetzungs- und Aufsichtsstrukturen nur schleppend und erzeugt schon heute spezifische, gegenüber dem allgemeinen Regulierungsrecht allenfalls hybride Organisationsformen.

8. Noch lässt sich nicht absehen, ob unter dem Einfluss der regulierungsverwaltungsrechtlichen Leit- und Ordnungsidee ein spezifisches Regulierungsrecht des Gesundheitswesens im oben erläuterten Sinn entstehen würde. Prognostizieren lässt sich aber eine Annäherung der Steuerungsmodi an andere Sektoren der Daseinsvorsorge, ein steigender Einfluss des europäischen Unionsrechts und eine steigende Bedeutung des Wirtschaftsverwaltungs- und –regulierungsrechts für diesen Sektor.