

*Bedarfsplanung als spezifisches Regulierungsrecht*

Kommentar zu den Ausführungen von Claudio Franzius

1. *Franzius* vertritt die These, „die Gerichte“ seien bisher an den Grundfragen zur hinreichenden demokratischen Legitimation des GBA „vorbeigegangen“. Das trifft für das BSG nicht und für das BVerfG nur mit Einschränkungen zu. Alle mit der Kontrolle der Rechtmäßigkeit von Richtlinien des GBA befassten Senate des BSG haben sich mehr oder weniger ausführlich mit der demokratischen Legitimation des GBA und seiner Befugnis zur Rechtsetzung auch gegenüber Versicherten und Leistungserbringern befasst. Die Ergebnisse dieser Prüfung sind eindeutig; man kann anderer Auffassung sein, wie sie zuletzt repräsentativ von Herrn Kingreen auf der letzten Staatsrechtslehrertagung vorgetragen worden ist, aber der Vorwurf, „die“ Gerichte wichen dem Problem aus, ist nicht gerechtfertigt.
2. Über die Beweggründe, die das BVerfG veranlasst haben, in dem bekannten Entscheidung vom 6.5.2005 zur Legitimation des GBA zum Erlass von „Außenrecht“ in der Terminologie von *Franzius* nicht näher Stellung zu nehmen, ist viel spekuliert worden. Für die Rechtspraxis kann aus dem partiellen Schweigen des BVerfG nur der Schluss gezogen werden, dass die bisherige Rechtssetzungspraxis in Richtlinienform vom BVerfG nicht in Frage gestellt wird. Fast sechs Jahre nach dem Beschluss und vier Gesetznovellen mit Ausweitung der Kompetenzen des GBA gerade auch zur Rechtssetzung gegenüber Personen und Institutionen, die nicht an der Bildung des GBA beteiligt sind (z.B. Arzneimittelhersteller), später dürften keine Zweifel mehr bestehen, wie der Gesetzgeber den GBA konstruieren will. Wenn dereinst das BVerfG doch Bedenken äußern sollte, dürfte es dem Gesetzgeber mindestens insoweit Vertrauensschutz zubilligen, dass er zwei Jahre Zeit bekommt, die untergesetzliche Rechtssetzung im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung neu zu ordnen.
3. Die Verortung des GBA 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 GBA weist entschieden in Richtung funktioneller 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 GBA. Eine Ablösung des GBA 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 Selbstverwaltungsstrukturen nicht beliebig mit Befugnissen der unmittelbaren Staatsverwaltung zu mischen. Ob dieser Gedanke der von *Franzius* befürworteten Reparlamentarisierung des Gesundheitswesens entgegensteht, will ich nur als Frage aufwerfen, ohne das – auch im Hinblick auf meine richterliche Funktion – derzeit schon zu bewerten. Der alte Sponti Spruch – das darf man sicher gerade in Frankfurt erwähnen -, dass der Mittelweg in „Gefahr und großer Not“ nicht immer eine kluge Option ist, scheint mir auch hinsichtlich der Verortung des GBA im Spannungsfeld von Selbstverwaltung und unmittelbarer Staatsverwaltung beherzigenswert.

4. Noch 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 denn Leistungserbringer außerhalb des GKV-systems zur Verfügung stehen. Zu klären ist, ob diese unmittelbare rechtliche Verantwortung der Krankenkassen nicht nur für eine im Ganzen angemessene 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.