

# Zur Rolle der Länder bei der Sicherstellung bedarfsgerechter medizinischer Versorgung in der GKV

*Ebenso wie das Recht der Planung und Sicherstellung einer bedarfsgerechten medizinischen Versorgung (ambulant, stationär und übergreifend) dringend reformbedürftig ist, gilt dies auch für die Ordnung der Zuständigkeiten zwischen Bundes- und Länderebene und zwischen Ländern und (gemeinsamer) Selbstverwaltung. Verfassungsrecht steht weder einer bundesrechtlichen Neuordnung des stationären Sektors entgegen, wenn diese sich auf die Versorgung der GKV-Versicherten beschränkt, noch der Begründung einer Gewährleistungsverantwortung der Länder und damit zusammenhängender Kompetenzen gegenüber auch bundesunmittelbaren Kassen.*

■ Ingwer Ebsen

## 1. Die Trennung und die diametral unterschiedliche Ausgestaltung des ambulanten und des stationären Sektors ärztlicher Behandlung

Bekanntlich könnte die Rolle und damit auch die Verantwortung der Länder für die Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung für den Bereich der vorrangig ambulanten und der vorrangig stationären ärztlichen Versorgung kaum gegensätzlicher sein. Im Bereich der vertragsärztlichen Versorgung, aber auch bei den neuen selektivvertraglichen ambulanten oder integrierten Gestaltungen außerhalb der klassischen vertragsärztlichen Versorgung – hausarztzentrierte Versorgung (§ 73b SGB V), besondere ambulante ärztliche Versorgung (§ 73c SGB V) und integrierte Versorgung (§§ 140a ff. SGB V) – ist das Land praktisch außen vor.

Den sogenannten „Sicherstellungsauftrag“ haben die KVen und die KBV<sup>1</sup> gegenüber den Kassen nach § 75 Abs. 1 SGB V. Aber praktisch und in § 72 Abs. 1 S. 1 SGB V auch ausdrücklich so anerkannt ist dies in Wahrheit ein Sicherstellungsauftrag der Kassenseite und der Vertragsärzteseite einschließlich ihrer vielen Gremien der „gemeinsamen

Selbstverwaltung“ zur gesamten Hand. Es fängt mit den Kompetenzen des G-BA für die normativen Regelungen zur Bedarfsplanung (§ 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 und § 101 Abs. 1 und 2 SGB V) an. Es setzt sich mit den Mitentscheidungsbefugnissen der Kassenseite bei der Bedarfsplanung der KVen (§ 99 SGB V), den Kompetenzen der Landesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen für die der Feststellung von Unterversorgung (§ 100 SGB V) oder Überversorgung mit Anordnung von Zulassungsbeschränkungen (§ 103 Abs. 1 SGB V) fort und endet bei den paritätischen Gremien für die Zulassung und Ermächtigung (§§ 96 und 97 SGB V).

In diesem ganzen System der Bedarfsplanung und Sicherstellung sind zwar bei der Aufstellung des Bedarfsplans materiell „die Ziele und Erfordernisse der Raumordnung und Landesplanung sowie der Krankenhausplanung ... zu beachten“ (§ 99 Abs. 1 S. 2 SGB V).<sup>2</sup> Aber als planende Einheiten sind die Länder nicht unmittelbar beteiligt und tragen insofern auch nicht die Verantwortung für die Daseinsvorsorge auf dem Gebiet ambulanter ärztlicher Versorgung. Sie müssen insbesondere auch bei Unterversorgung letztlich machtlos zuschauen, wenn in ihrem Hoheitsbereich die Gewährleistung einer flächendeckend bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung in Frage gestellt ist.<sup>3</sup> Dasselbe gilt nach gegenwärtiger Gesetzeslage übrigens auch außerhalb der vertragsärztlichen Versorgung, also neben dem selektivvertraglichen Bereich ambulanter ärztlicher Versorgung zu Lasten der GKV auch

*Prof. Dr. jur. Ingwer Ebsen,  
Goethe-Universität Frankfurt,  
ines (Institut für europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht)*

für die privatärztliche Versorgung. Für letztere hat sich, soweit ersichtlich, – wohl auch wegen ihrer problemlosen Abdeckung parallel zur GKV-Versorgung – noch kein spezifischer Planungsbedarf gezeigt.

Lediglich in einer Hinsicht, nämlich als Rechtsaufsicht, spielen die Länder in dem angesprochenen Bereich noch eine Rolle. Diese Rolle wird auch nicht etwa dadurch beeinträchtigt, dass gemäß Art. 87 Abs. 2 GG die Konzentration bei den Kassen und das Anwachsen des Anteils bundesunmittelbarer Kassen dazu führt, dass die Rechtsaufsichtsfunktion der Länder gegenüber den Krankenkassen heute praktisch nur die AOKen und wohl noch wenige IKKen erfasst. Denn die Einheiten, die für die Bedarfsplanung und deren Umsetzung auf der Ebene der KVen zuständig sind, unterliegen nach §§ 78 Abs. 1 S. 2, 90 Abs. 4 S. 2 und 97 Abs. 5 SGB V komplett der Rechtsaufsicht der Länder.

Auch wenn Rechtsaufsicht nichts anderes bedeutet als die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Handelns, ist dies für die praktische Steuerung nicht irrelevant. Soweit vage Rechtsvorschriften anzuwenden sind oder die Ausübung von Ermessen daraufhin zu überprüfen ist, ob dies pflichtgemäß erfolgte, gibt es Rechtsanwendungsspielräume, für welche der Inhaber der Rechtsaufsichtskompetenz gegenüber dem Kontrollierten die Durchsetzungskompetenz hat. Diese steht – das ist Teil der Selbstverwaltung, welche den betroffenen Körperschaften und Gremien eingeräumt ist – zwar wieder unter dem Vorbehalt, dass gegen Maßnahmen der Rechtsaufsicht gerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann. Das ist aber wiederum etwas, wozu sich diese Stellen im Zweifel eher selten entschließen dürften.

Diese mit der Rechtsaufsicht verbundene Einflussmöglichkeit ist aber gerade im hier betrachteten Bereich eher gering. Das hängt mit den äußerst detaillierten bundesrechtlichen Vorgaben zusammen, und zwar nicht nur durch die Bundesgesetze selbst, sondern auch durch untergesetzliches Recht der Verbände und Einrichtungen der gemeinsamen Selbstverwaltung der Bundesebene, welche der Rechtsaufsicht des Bundes unterliegen, also hier des G-BA mit seiner Richtlinienggebung für die Bedarfsplanung (§§ 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 9, 101 SGB V). Angesichts dessen bleibt für eine planende Steuerungsfunktion durch Konkretisierung vager Vorgaben im Wege der Rechtsaufsicht nicht viel übrig.<sup>4</sup>

Ganz anders sieht die Rolle der Länder im Hinblick auf die stationäre Versorgung im Land aus. Hier gibt es eine Gemengelage aus Bundesrecht (insbesondere dem KHG und dem KHEntgG) und den Krankenhausgesetzen der Länder. Auf diesen Rechtsgrundlagen haben die Länder nicht nur die Rechtsaufsicht, sondern die wesentliche und mit planerischem Gestaltungsspielraum ausgestattete Kompetenz zur Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern, wie es § 1 Abs. 1 KHG formuliert. Dies erfolgt durch die Krankenhausplanung, welche zwar auch für die Förderfähigkeit von Krankenhäusern wichtig ist (vgl. § 8 KHG in Verbindung mit dem dazugehörigen jeweiligen Landes-

recht), deren wichtigste Durchsetzungsinstrumente aber sicherlich die prinzipielle Abhängigkeit der Zulassung zur stationären Versorgung in der GKV durch die Aufnahme in den Krankenhausplan des Landes (§ 108 Nr. 2 KHG) sowie die Abhängigkeit der Zulassung durch Versorgungsvertrag nach § 108 Nr. 3 SGB V von der Genehmigung der zuständigen Landesbehörde nach § 109 Abs. 3 Abs. 2 S. 2 SGB V sind.

Diese Planungs- und Sicherstellungskompetenz des Landes für Krankenhäuser greift sogar insofern über den stationären Sektor hinaus, als die Länder nach § 116b Abs. 2 S. 1 SGB V für die Bestimmung von Krankenhäusern zur Erbringung besonderer, insbesondere hochspezialisierter ambulanter Leistungen zuständig sind und damit für ambulante Leistungserbringung außerhalb der sonstigen Tatbestände ambulanter Versorgung durch das Krankenhaus – insbesondere Ermächtigung nach § 31 ZO-Ärzte und selektivvertragliche Einigung mit Kassen wie im Falle der Beteiligung an DMP-Programmen nach § 116b Abs. 1 SGB V oder an IV-Verträgen nach §§ 140a ff. SGB V. In diesem Leistungssegment hat das Land insofern – das ist gewissermaßen eine Ausnahme zum obigen Befund zur ambulanten Versorgung – die Planungskompetenz für die ambulante ärztliche Versorgung.

Aufgrund der hier nur knapp skizzierten Bestimmungen sind die Länder für die stationäre Versorgung die wesentlichen Träger der Sicherstellungsverantwortung, die sie im Rahmen relativ vager bundesrechtlicher Vorgaben auch in Anwendung föderal unterschiedlicher Standards und Planungsprozeduren wahrnehmen können. Durchsetzungskompetenzen und -instrumente kann die Landesgesetzgebung schaffen. Beispiele sind etwa die Regelung einer „Rechtsaufsicht“ in § 11 KHG NRW oder die mit dem Fortfall der Anerkennung als Plankrankenhaus drohende Sanktionsnorm in § 16 Abs. 2 KHGG NRW.

Diese Planungsverantwortung der Länder für den stationären Sektor – das hat eine unten noch zu betrachtende verfassungsrechtliche Bedeutung – betrifft anders als die Bedarfsplanungs- und Sicherstellungskompetenzen für den ambulanten Sektor nicht nur die Versorgung der GKV-Versicherten, sondern ganz allgemein die Daseinsvorsorge, nämlich die angemessene Infrastruktur für die medizinische Versorgung im Land, wobei allerdings das scharfe Schwert der Qualifikation als „zugelassenes Krankenhaus“ im Sinne von § 108 SGB V nur für die GKV-Versorgung wirkt.

Neben den beiden Hauptsektoren der ärztlichen Versorgung mit ihren gegensätzlichen Rollen der Länder soll der Vollständigkeit halber noch auf einige ergänzende Kompetenzen der Länder hingewiesen werden. Es handelt sich – abgesehen vom Organisationsrecht der landesunmittelbaren Körperschaften und Stellen – insbesondere um die folgenden:

- Mitwirkung an Zahn-Gruppenprophylaxe einschl. Rahmenvereinbarung und hilfswesiger VO-Ermächtigung (§ 21 SGB V SGB V);

- Mitwirkung an Aktivierung für Kinderuntersuchungen einschließlich Rahmenvereinbarung (§ 26 Abs. 3 SGB V);
- vorrangige Kompetenz zu bestimmen, ob die notärztliche Versorgung im Rahmen des Rettungsdienstes zum Sicherstellungsauftrag der KV gehört (§ 75 Abs. 1 S. 2 SGB V);
- Bezugnahme auf die landesrechtlichen Vorschriften über die ärztliche Weiterbildung (§ 95a Abs. 2 und Abs. 4 SGB V);
- anzustrebendes, aber nicht zwingend gebotenes Einvernehmen mit der zuständigen Landesbehörde für den Abschluss von Versorgungsverträgen mit Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen (§ 111 Abs. 4 S. 3 SGB V);
- hilfswise Verordnungskompetenz für den Inhalt dreiseitiger Verträge über nahtlose ambulante und stationäre Behandlung der GKV-Versicherten (§ 115 Abs. 4 SGB V);
- Zuständigkeit für die – auch planerische Elemente enthaltende – Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen (§ 121a SGB V);
- vorrangige Kompetenz der Länder (evtl auch Gemeinden) zur Festlegung der Entgelte für die Inanspruchnahme von Leistungen des Rettungsdienstes und anderer Krankentransporte (§ 133 Abs. 1 SGB V);
- vorrangige Geltung hinreichender und bundeseinheitlicher landesrechtlicher Regelungen zur ärztlichen Berufsausübung für bestimmte besonders anspruchsvolle ärztliche Leistungen (§ 135 Abs. 2 S. 2 SGB V);
- Kompetenz der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde zur Bestimmung von Ausnahmen von den vom G-BA festgelegten Mindestmengen planbarer Krankenhausleistungen mit dem Ziel der Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung (§ 137 Abs. 3 S. 3 SGB V).

Dieser Strauß zusätzlicher Kompetenzen betrifft Überschneidungsbereiche anderer Länderkompetenzen mit denen der ärztlichen Versorgung, Überschneidungsbereiche der GKV mit dem ärztlichen Berufsrecht sowie Themen mit – unterschiedlich großer – Nähe zum Krankenhauswesen. Dies relativiert sicherlich nicht die vorherige Einschätzung, dass die Länder für die Planung und Sicherstellung der stationären Versorgung vorrangig zuständig sind und für die Planung und Sicherstellung der ambulanten Versorgung nahezu gar nicht.

## 2. Einordnung des einfachrechtlichen Befundes in die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung

Angesichts dessen, dass die in Teil 1 skizzierte Zuständigkeitsordnung in vielfältiger Hinsicht kritisiert wird und eine Vielzahl – auch durch jeweilige Rollen im System und Interessen bestimmte – Alternativen diskutiert werden<sup>5</sup>,

soll der einfachrechtliche Befund der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung zugeordnet werden, um zu sehen (dazu Teil 3), ob hieraus Beschränkungen für eine bundesrechtliche Reform erwachsen.

Nach Art. 30 GG ist die Erfüllung staatlicher Aufgaben Sache der Länder, soweit das GG keine andere Regelung trifft oder zulässt. Der Bund benötigt deshalb grundsätzlich<sup>6</sup> immer eine verfassungsrechtliche Ermächtigung, während die Länder im Übrigen zuständig sind, also die sogenannte „Residualkompetenz“<sup>7</sup> haben. Einen entsprechenden Grundsatz formuliert Art. 70 GG noch einmal für die Gesetzgebung, so dass Art. 30 GG vor allem die Verteilung der Verwaltungskompetenzen betrifft. Entgegen dem durch diese Grundsatznormen bewirkten Anschein sieht die Wirklichkeit für die föderale Kompetenzverteilung bei der Gesetzgebungskompetenz offenkundig ganz anders aus, was insbesondere an dem umfassenden Katalog (Art. 74 GG) für die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes (Art. 72 GG) liegt.

Während insbesondere wegen der Kompetenz der Länder, nicht nur Landesrecht, sondern auch die Gesetze des Bundes als eigene Angelegenheit auszuführen, soweit das GG nichts anderes bestimmt oder zulässt (Art. 83 GG), auf dem Gebiet der Verwaltung von Verfassungen wegen grundsätzlich die Länder zuständig sind, gilt dies, wie gerade gezeigt wurde, im Bereich der GKV nur sehr eingeschränkt. Auch insoweit ist zunächst wieder zwischen der stationären und der ambulanten Versorgung zu unterscheiden.

Die weitgehende Ausschaltung der unmittelbaren Landesverwaltungen – dass die landesunmittelbaren Kassen wie auch die KVen, die Landesverbände der Krankenkassen sowie die von ihnen gebildeten Einrichtungen der gemeinsamen Selbstverwaltung auch zur (mittelbaren) Landesverwaltung gehören und insoweit der Rechtsaufsicht der Länder unterliegen, wurde schon ausgeführt – liegt überwiegend an der Art und Weise, wie der Bundesgesetzgeber seine Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Sozialversicherung) ausgeübt hat. Denn mit der Einräumung von Selbstverwaltung an diese Gremien auf der Basis von praktisch ausschließlich Bundesrecht und mit der Übertragung der Planungsaufgaben auf diese Selbstverwaltungsträger sind die Länder selbst, also die unmittelbaren Landesverwaltungen, ohne Weiteres von dem eigentlichen Verwaltungsvollzug abgeschnitten.

Dass dies verfassungsrechtlich möglich ist, ergibt sich zum einen aus der Auslegung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Unstrittig gehört nämlich zur „Sozialversicherung“ im Sinne dieser Vorschrift auch das Leistungserbringungsrecht, insbesondere dasjenige zur GKV.<sup>8</sup> Folglich konnte der Bundesgesetzgeber auch die Bestimmungen über die Sicherstellung und die Bedarfsplanung treffen. Allerdings sind auf dieser Grundlage nur Regelungen für die GKV möglich, nicht aber generell über die angemessene ärztliche Versorgung. Hierauf hat sich der Bundesgesetzgeber für den ambulanten Sektor auch beschränkt.

Zum anderen geht es um die Bundeskompetenz, durch Regelungen über die Organisation und Zuständigkeit von



Behörden der mittelbaren Landesverwaltung mit Selbstverwaltung die unmittelbare Landesverwaltung auszuschließen. Diese Befugnis, mit den Bestimmungen über die KVen und die Einrichtungen der gemeinsamen Selbstverwaltung auf Landesebene und über deren Zuständigkeiten sowie derjenigen der Landesverbände der Krankenkassen, die Länder selbst auf die Funktion der Rechtsaufsicht zu reduzieren, ergibt sich aus Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG. Nach dieser Vorschrift kann der Bundesgesetzgeber – vor der Änderung von Art. 84 GG durch die Föderalismusreform 2006<sup>9</sup> ging dieses nur mit Zustimmung des Bundesrates, jetzt durch einfaches Einspruchsgesetz – Regelungen über die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren der Landesverwaltung bei der Ausführung von Bundesrecht treffen. Dazu gehören die Bestimmungen über die KVen und die zur mittelbaren Landesverwaltung gehörenden Einrichtungen der gemeinsamen Selbstverwaltung. Es ist also die Kombination der materiellen Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG mit der Organisationskompetenz aus Art. 84 Abs. 1 GG, welche die Abweichung vom verfassungsrechtlichen „Normalzustand“ der eigenständigen Organisationskompetenz der Länder nach Art. 84 Abs. 1 S. 1 GG trägt.

Seit der genannten Grundgesetzänderung haben die Länder allerdings die Abweichungskompetenz nach Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG, d.h. sie können für das jeweilige Land etwas anderes zur Einrichtung der Behörden – dazu gehört auch deren Zuständigkeit<sup>10</sup> und dazu gehört wieder, ob sie in Selbstverwaltung oder weisungsgebunden zuständig sind – und zum Verwaltungsverfahren regeln. Um solche Abweichungen einzelner Länder auszuschließen, benötigte der Bundesgesetzgeber nach Art. 84 Abs. 1 S. 5 GG materiell ein ausnahmsweise gegebenes besonderes Bedürfnis und formell die Zustimmung des Bundesrates. Diese seit September 2006 gegebene Abweichungsbefugnis besteht gemäß der Übergangsbestimmung des Art. 125b Abs. 2 GG auch gegenüber zuvor und deshalb gemäß der alten Fassung des Art. 84 GG mit Zustimmung des Bundesrates erlassenen Bundesgesetzen.

Insofern könnten Länder sich jetzt – z.B. durch Normierung von Mitwirkungs- und Lenkungs Kompetenzen der unmittelbaren Landesverwaltung gegenüber den Selbstverwaltungsträgern der mittelbaren Landesverwaltung – auch für die ambulante ärztliche Versorgung zusätzlichen Einfluss verschaffen. Allerdings blieben sie an das Bundesrecht gebunden – also auch z.B. an die detaillierten Vorgaben der Bedarfsplanungsrichtlinie. Auch dürfte es für die Länder nicht attraktiv sein, lediglich über formelle Kompetenzen den Anschein von Verantwortung zu schaffen, ohne in der Lage zu sein, wesentlich anders zu agieren als jetzt die Selbstverwaltungsträger. Materielle einschlägige Regelungen sind den Ländern nämlich nach Art. 72 Abs. 1 GG verwehrt, da davon auszugehen ist, dass der Bundesgesetzgeber mit den Vorschriften über die Sicherstellung und Bedarfsplanung für die vertragsärztliche Versorgung für diesen Bereich umfassend von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat.

Für die Sicherstellung und Planung des stationären Sektors, der wie schon ausgeführt in einer Gemengelage von Bundes- und Landesrecht geregelt ist, stellt sich die verfassungsrechtliche Kompetenzlage etwas komplizierter dar. Hier hat der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze. Diese Kompetenz ist anders als diejenige aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG nicht auf die Versorgung der GKV-Versicherten beschränkt, kann diese aber umfassen. Auf diese Kompetenz sind die Bestimmungen des KHG gestützt, welche allgemeine, nicht allein GKV-bezogene Regelungen treffen. Allerdings erfasst Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG nicht umfassend die Kompetenz zur Krankenhausplanung, also zur Normierung eines Systems der Bedarfsplanung und Sicherstellung der zur Versorgung der Bevölkerung angemessenen Infrastruktur an stationären Versorgungsangeboten. Hierfür sind, wenn es um die Versorgung der Bevölkerung insgesamt geht, allein die Landesgesetzgeber zuständig. Insofern gibt es eine verfassungsrechtliche Grundlage für die unterschiedliche Ausgestaltung der Planungsverantwortung für den ambulanten und den stationären Sektor.

Allerdings ist diese unterschiedliche Planungs- und Sicherstellungskonzeption für den ambulanten und den stationären Sektor nicht verfassungsrechtlich zwingend, soweit es um die Versorgung der Versicherten in der GKV geht. Unabhängig davon, inwieweit schon die derzeitige Aufteilung gesetzlicher Gestaltung der Krankenhausplanung der Begrenzung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG Rechnung trägt und inwieweit Regelungskompetenzen der Länder darauf beruhen, dass der Bund seine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG noch nicht in vollem Umfang ausgeübt hat, könnte der Bundesgesetzgeber, gestützt auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG umfassend die Bedarfsplanung und Sicherstellung auch der stationären Versorgung in letztlich gleicher Weise regeln wie diejenige der vertragsärztlichen Versorgung. Er müsste sich dabei allerdings auf die Leistungserbringung in der GKV beschränken.

Dem könnte grundsätzlich nicht entgegengehalten werden, mit einer auf die Versorgung der GKV-Versicherten beschränkten Regelung würde – etwa wegen der faktisch überragenden Bedeutung der GKV-Versorgung – auch die den Ländern vorbehaltene Gesetzgebung zur Krankenhausplanung ausgeübt. Da der Verfasser diese Beitrags dazu bereits an anderer Stelle etwas ausführlicher argumentiert hat<sup>11</sup>, sollen hier knappe Hinweise genügen. Letztlich geht es darum, dass in solchen Überlagerungsbereichen zu klären ist, zu welchem Kompetenzthema der Bundesgesetzgeber *regelt*. Wenn diese Regelung zugleich in einem Bereich Wirkungen hat, der nicht zu seinem Kompetenzfeld gehört, ist dies insoweit unschädlich, als sich nicht aufdrängt, dass es dem Bundesgesetzgeber – gewissermaßen zur faktischen Regelung auf mittelbare Weise gerade auch um diese Wirkungen geht. Dass wäre letztlich ein Missbrauch eines Kompetenztitels zur Erschleichung einer kompetenzwidrigen Gestaltungsmacht. Davon könnte,

wenn sich der Bundesgesetzgeber entschliesse, jedenfalls für die Versorgung der GKV-Versicherten eine eigene Bedarfsplanungs- und Sicherstellungskonzeption auch für den stationären Sektor zu normieren, nicht die Rede sein. Dafür spricht schon die Brüchigkeit der jetzigen Trennung von stationär und ambulant, auch wenn diese selbst auf Bundesrecht, nämlich der Auflösung der Sektorengrenzen insbesondere durch die Bestimmungen über ambulante Leistungen im Krankenhaus und über die integrierte Versorgung, beruhen.<sup>12</sup>

Folglich wäre der Bundesgesetzgeber nicht gehindert, eine Bedarfsplanung nach dem Muster der Bedarfsplanung für die vertragsärztliche Versorgung in der Hand von Selbstverwaltungsträgern einzuführen (auf Art. 84 Abs. 1 GG wäre dabei allerdings zu achten). Ebenso könnte er sich in Weiterentwicklung des vertragswettbewerblichen Ansatzes entschließen, die sozialversicherungsrechtliche Bedarfsplanung zurückzunehmen und auf selektive Verträge der Krankenkassen mit Krankenhäusern zu setzen. Gerade letzteres wäre regelungstechnisch sogar besonders einfach im Wege von Ausnahmen von den Zulassungs- und Ermächtigungsvorschriften des § 95 SGB V und der ZO-Ärzte sowie der Änderung der §§ 108 und 116b Abs. 2 SGB V möglich. Solches kann der Bundesgesetzgeber regeln. Ob er es tut – und allein darum geht es in diesen verfassungsrechtlichen Ausführungen – ist eine Frage sozialpolitischer Gestaltung und nicht verfassungsrechtlicher Handlungsschranken.

Umgekehrt könnte der Bundesgesetzgeber auch die Bedarfsplanung und Sicherstellung der ambulanten Versorgung in der Weise ändern, dass durch Bundesgesetz die Länder in diesem Bereich Kompetenzen bekommen, die sie jetzt nicht haben. Hierfür müsste sich nicht einmal auf Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG gestützt werden, wenn lediglich die „nach Landesrecht zuständige Behörde“ ermächtigt und verpflichtet würde. In einem solchen Fall wäre vielmehr der Normalfall geregelt, nämlich die Ausführung der Bundesgesetze als eigene Angelegenheit der Länder (Art. 83 GG), bei welcher die Länder die zuständigen Behörden und das Verwaltungsverfahren regeln (Art. 84 Abs. 1 S. 1 GG).

### 3. Einige Überlegungen zur Änderung der Rolle der Länder in einer neuen Versorgungsarchitektur

Die vielen Vorschläge für eine Neuordnung von Sicherstellung und Bedarfsplanung für die medizinische Versorgung der gesetzlich Krankenversicherten gehen zwar – offenkundig jeweils interessenbedingt – in sehr unterschiedliche Richtungen,<sup>13</sup> signalisieren aber auch Konsens über die erheblichen Schwächen und darum dringende Reformbedürftigkeit des derzeitigen im SGB V sowie im Krankenhausrecht des Bundes und der Länder geregelten Systems der Sicherung einer in Menge, örtlicher Verteilung und Qualität angemessenen Versorgungsinfrastruktur. Ausdruck dieser Schwächen sind besonders die Gleichzeitigkeit von regionaler Überversorgung und Unterversorgung durch Vertragsärzte oder MVZ, die fehlende

planungsmäßige und arbeitsteilige Koordinierung von ambulanter Behandlung durch Krankenhäuser und durch Vertragsärzte oder die Ausfaserung des Sicherstellungsauftrags der KVen durch die selektivvertraglichen Abweichungen vom überkommenen kollektivvertraglichen Modell, verbunden mit Unsicherheiten über die Rolle der KVen in einer veränderten Versorgungslandschaft.

Die folgenden Überlegungen sollen nicht den vorhandenen Entwürfen einer neuen Versorgungsarchitektur einen weiteren hinzufügen und die vielen Einzelvorschläge auch nicht sozialpolitisch würdigen. Statt dessen sollen anknüpfend an die verfassungsrechtlichen Ausführungen in Teil 2 anhand einiger Beispiele Möglichkeiten für eine neue Rolle der Länder ausgelotet werden. Im Hinblick auf diesen Zweck geht es nicht um Reformüberlegungen, welche sich mit Veränderungen im gegebenen institutionellen Rahmen befassen, wie etwa solchen zur Verfeinerung der Bedarfsplanung durch einschlägige Veränderung der Aufgaben von G-BA und der gemeinsamen Selbstverwaltung auf Landesebene<sup>14</sup>. Vielmehr sollen drei Beispiele betrachtet werden, die das gegenwärtige föderale Gefüge berühren würden, nämlich

- a) die Veränderung der Kontrollaufgaben der Länder in Richtung auf ein breiteres Spektrum als lediglich die Rechtsaufsicht über die landesunmittelbaren Selbstverwaltungsträger,
- b) die Weiterentwicklung der finanziellen Anreize zu selbststeuernder Standortanpassung und für die Investition in angemessene fachliche Qualitätsstandards und die dabei in Betracht kommende Rolle der Länder sowie
- c) die Überlegungen zur Einbeziehung der Länder – gewissermaßen als eine weitere „Bank“ – in die Regulierungsfunktion des G-BA.

Das Gemeinsame an diesen ausgewählten Beispielen ist neben dem Bezug zur föderalen Kompetenzordnung eine gewisse Anpassung der wirklichen Verantwortung der Länder für die sektorübergreifend bedarfsgerechte Versorgung vor Ort und in der Region an die gewissermaßen „gefühlte“ Verantwortung für die Zustände im Lande.<sup>15</sup>

Zu a): Gegenwärtig liegen Bedarfsplanung und Sicherstellung nach den Sektoren ambulant und stationär getrennt in den Händen der gemeinsamen Selbstverwaltung für den ambulanten Sektor und der Länder für den stationären Sektor. In beiden Sektoren gibt es Defizite, die sich insbesondere in der Unfähigkeit zur Beseitigung von Unterversorgung und der nicht begründbaren Unterschiedlichkeit der stationären Versorgungsstandards ausdrücken. Hinzu kommt, dass die (sinnvolle) Auflösung der Sektorengrenzen diese unterschiedliche Planungs- und Sicherstellungsarchitektur unterläuft und die (ebenfalls sinnvolle) Ausweitung vertragswettbewerblicher Formen der Leistungserbringung die Effektivität der jetzigen Planungsformen beeinträchtigt.

In dieser Lage kommt einerseits in Betracht, in noch größerem Maße als bisher die inhaltliche Standardsetzung für eine angemessene Versorgungsinfrastruktur und

Versorgungsqualität durch Bundesrecht, d.h. auf der Basis bundesgesetzlicher Vorgaben durch Richtlinien des G-BA, zu regeln, um mit solchen Standards bundesweit einheitlich festzulegen, welches Leistungsspektrum in welcher Dichte die Versicherten der GKV erwarten können. Das würde insbesondere bedeuten, – sicherlich zu verändernde – „Bedarfsplanungsrichtlinien“ des G-BA sektorübergreifend auch für die stationäre Versorgung zu schaffen und auf diese Weise auf Kosten derzeitiger Länderkompetenzen in der Krankenhausplanung diese Standards zentral vorzugeben.

Andererseits kommt in Betracht, in stärkerem Maße als bisher den Ländern als der naheliegenden Ebene für die Überprüfung der Erreichung dieser Standards größere Kontrollkompetenzen einzuräumen – gewissermaßen die Aufgabe eines auch Qualitätsaspekte umfassenden Monitorings zur Vermeidung von Unterversorgung.<sup>16</sup> Die Durchsetzungsinstrumente dürften sich sicherlich nicht auf diejenigen der Rechtsaufsicht beschränken, sondern müssten sich insbesondere auch auf das sogleich unter b) zu behandelnde Thema beziehen. In einem Punkt könnte aber auch das traditionelle Aufsichtsinstrumentarium greifen. Insoweit als Kassen auf selektivvertragliche Gestaltungen setzen und sich bestimmte Sicherstellungsanforderungen dann notwendigerweise an sie selbst richten, könnten die Länder die Aufgabe der sanktionsbewehrten Kontrolle der Einhaltung dieser Standards haben. Die Länder hätten also zu prüfen, ob Kassen für ihr vertragswettbewerbliches Angebot im erforderlichen Umfang leistungsfähige Anbieter „unter Vertrag“ haben.

Dies setzte voraus, dass sie solche Kontrollfunktion auch gegenüber bundesunmittelbaren Kassen haben, d.h. dass die aktuelle Verteilung der Aufsicht zwischen Bund und Ländern geändert würde. Aus den Ausführungen in Teil 2 ergibt sich, dass einer solchen Umgestaltung verfassungsrechtliche Hindernisse nicht entgegenstehen. Der Bund hätte, gestützt auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 und Art. 84 Abs. 1 GG, die Möglichkeit eine solche Lösung für die Versorgung der GKV-Versicherten zu schaffen. Er könnte nach Art. 84 Abs. 1 GG die Regelung der Behördenzuständigkeit für diese Aufgabe den Ländern überlassen – dann heißt es im Bundesgesetz „die zuständige Landesbehörde“ – oder diese selbst regeln und den Ländern die Option der Abweichung überlassen, oder er könnte – dann aber nur mit Zustimmung des Bundesrates – bestimmte für unverzichtbar gehaltene einheitliche Vorgaben für die Organisation und das Verfahren machen.

Zu b): Schon gegenwärtig gibt es finanzielle Anreize, um in der vertragsärztlichen Versorgung sowohl Unterversorgung als auch Überversorgung abzubauen. So gibt es den Sicherstellungszuschlag nach § 105 Abs. 1 und 4 SGB V zur Förderung des Abbaus von Unterversorgung und die finanzielle Förderung der Aufgabe von Zulassungen nach § 105 Abs. 3 SGB V in überversorgten Gebieten. Entsprechend gibt es Sicherstellungszuschläge in der stationären Versorgung (§ 5 Abs. 2 KHEntgG, § 17b Abs. 1 KHG), die weniger der regionalen als der qualitativen Unterversorgung entgegenwirken sollen. Diese Lenkungsinstrumente sind zum

einen sehr vage und optional, und zum anderen haben sie den Nachteil, dass die aufzubringenden Mittel nicht durch die Art und Weise ihrer Beitreibung selbst einen zusätzlichen Beitrag zum Ausgleich zwischen überversorgten und unterversorgten Regionen leistet. In die richtige Richtung, wenn auch kaum wirksam genug, geht hingegen die Differenzierung der Orientierungswerte als Grundlage für die Vergütung der vertragsärztlichen Leistungen nach § 87 Abs. 2e SGB V.

Dies könnte durch einen Mechanismus ergänzt werden, der im Ergebnis gewissermaßen nach dem Modell des Risikostrukturausgleichs<sup>17</sup> die Förderung von Leistungserbringung in unterversorgten Gebieten durch Belastung der Leistungserbringung in überversorgten Gebieten finanziert. Um in diesem Modell faire Bedingungen zu schaffen, könnte – wieder eine Arbeitsteilung zwischen der Bundes- und der Länderebene – ein System der Normierung von Fördervoraussetzungen mit einem solchen der Ausschreibung vor Ort verbunden werden. Da die Transfers über Ländergrenzen hinweg zu geschehen hätten – und im Hinblick auf „natürliche“ Länderegoismen –, läge es nahe, sowohl die Formulierung der Standards beim G-BA zu verorten als auch die Verwaltung der Transfermittel dem Bund zu übertragen. Demgegenüber wären die Länder – und nicht etwa Selbstverwaltungsinstitutionen potentieller Wettbewerber – die geeigneten Akteure für die Ausschreibung der Fördermittel. Ein derartiges funktionierendes System wäre sogar darauf hin zu überprüfen, inwieweit es Zulassungssperren wegen Überversorgung ersetzen kann.

Wieder geht es hier nicht um eine detaillierte sozialpolitische Diskussion solcher Optionen, sondern um ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit. Erneut genügt der Hinweis auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 und Art. 84 Abs. 1 GG für die erforderliche Regelung von Kompetenzen. Hier käme noch der Aspekt der finanziellen länderübergreifenden Transfers hinzu. Dies wirft Grundrechtsprobleme und – jedenfalls auf den ersten Blick – solche der föderalen Finanzverfassung auf. Letztere sind aber, wie das BVerfG in seiner Entscheidung zum RSA klargestellt hat, nur scheinbar vorhanden.<sup>18</sup> Die Berührung des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) durch eine solche Umverteilung – Art. 14 GG dürfte bei einer Umgestaltung der Vergütungen nicht betroffen sein – ist nicht zu bestreiten. Allerdings ergibt sich daraus nur, dass die Ausgestaltung im Einzelnen verhältnismäßig sein muss. Das dürfte bedeuten, dass bei wirklich „greifenden“ Belastungen der Leistungserbringer in überversorgten Gebieten zur Erleichterung der Anpassung ein verlangsamter Einstieg geboten sein könnte. Dass aber die Verwendung von Vergütungsunterschieden zum Ausgleich von Versorgungsdisparitäten eine im Prinzip auch im Lichte des Grundrechts der Berufsfreiheit angemessene Konzeption ist, dürfte kaum bestreitbar sein.<sup>19</sup>

Zu c): In dem Beschluss der Gesundheitsministerkonferenz der Länder vom 1.7.2010 zur Stärkung der Gestaltungsmöglichkeiten der Länder in der medizinischen Versorgung<sup>20</sup> wird u.a. der Vorschlag gemacht, die Länder an den Beratungen des G-BA zu Fragen der Bedarfsplanung in der ambulanten Versorgung und zu sektorenübergrei-



fenden Qualitätsindikatoren zwingend in der Weise zu beteiligen, dass sie ein Mitberatungsrecht mit dem Recht zur Anwesenheit bei der Beschlussfassung erhalten. Praktisch liefe das – gegenständlich begrenzt – auf eine Rolle hinaus, wie sie die „Patientenvertreter“ nach § 140f Abs. 2 SGB V haben.

Verfassungsrechtlich wirft dies die Frage einer sogenannten „Mischverwaltung“<sup>21</sup> auf. Man könnte auch die einigermaßen neue Frage diskutieren, inwieweit es für die Mitwirkung der Länder an der Rechtssetzung des Bundes – das ist die Regulierung durch den G-BA in der Sache – einen Verfassungsvorbehalt gibt. Allerdings handelt es sich bei dem Vorschlag der GMK in der Sache um nichts als eine besonders intensive Form der Anhörung. Dagegen dürften die Argumente gegen Mischverwaltung, nämlich die Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern mit dem Ziel der Vermeidung einer Vermengung und damit Verwischung von Verantwortung<sup>22</sup> verfassungsrechtlich nicht durchschlagen.

Eine andere Frage ist es, ob nicht der Sinn der Konzentration der übergreifenden untergesetzlichen Regulierungszuständigkeit beim G-BA, die bundeseinheitlich geltenden Standards dem Einwirkungsbereich der Länder zu entziehen, eher für einen anderen Weg legitimer Beteiligung spricht, nämlich die schlichte Möglichkeit zu Stellungnahmen vor der Beschlussphase. Auch dürfte die von der GMK vorgeschlagene Beteiligung wohl nur als ein erster Einstiegsversuch zu verstehen sein. Angesichts des politischen Gewichts, welches – auch ohne Stimmrecht – eine „Länderbank“ im G-BA hätte, und angesichts der Einflüsse, welche die Länder auf die stimmberechtigten Gruppen in anderen Kontexten ausüben können, sollte gründlich überlegt werden, ob eine solche Ausweitung der Beratung im G-BA nicht die Fähigkeit diese Gremiums schwächt, im Wege des Interessenausstrags bundesweit gültige Lösungen zu finden. Der legitime und grundgesetzlich vorgesehene Ort für die Wahrnehmung von Länderinteressen bei der Rechtssetzung ist der Bundesrat. Dieses Organ ist in der Lage, durch Mitwirkung an der Gesetzgebung für wesentlich gehaltene Vorgaben auch für den G-BA einzubringen. Soweit das gelingt, ist den Länderinteressen mehr gedient als durch ein Aufblähen des Beratungsorgans G-BA. Allerdings sei betont, dass diese Argumente (verfassungs-)politischer Natur sind, nicht aber als verfassungsrechtliche verstanden werden wollen.

### Fußnoten

- 1 Auf die zahnärztliche Versorgung wird hier nicht besonders eingegangen.
- 2 Was das konkret bedeutet, legt wiederum das vorrangige Bundesrecht fest, nämlich insbes. §§ 6 und 7 Bedarfsplanungs-Richtlinie Ärzte
- 3 Dazu Reiners, Gesundheits- und Sozialpolitik 2009, H. 2, S. 11 ff. (15); Gesundheits- und Sozialpolitik 2010, H. 3, S. 13 ff. (14).

- 4 Ein Beispiel, wie das auch anders sein kann, sind die relativ großen Einschätzungsspielräume der Kassen im Hinblick auf Wahltarife nach § 53 SGB V. Hier hat die Länderaufsicht eine etwas stärkere Steuerungsverantwortung gegenüber den landesunmittelbaren Kassen, die auch einmal zu Differenzen gegenüber der Rechtsaufsicht durch den Bund führen kann. Siehe dazu als Beispiel BSG vom 22.6.2010 – B 1 A 1/09 R, USK 2110 – 27, wo eine unterschiedliche Genehmigungspraxis des BVA und der Rechtsaufsicht des Landes Baden-Württemberg für Satzungsregelungen zu § 53 SGB V eine gewisse Rolle spielte.
- 5 Siehe etwa Beschluss der Gesundheitsministerkonferenz vom 1.7.2010: „Stärkung der Gestaltungsmöglichkeiten der Länder in der medizinischen Versorgung“ ([www.gmkonline.de](http://www.gmkonline.de)); GKV-Spitzenverband, Zukunft der ambulanten Versorgung – differenzierte, sektorübergreifende Bedarfsplanung, Positionspapier vom 28.4.2010 ([www.gkv-spitzenverband.de](http://www.gkv-spitzenverband.de)); „Position der Deutschen Krankenhausgesellschaft zur Reform der ambulanten ärztlichen Versorgung, KH 2010, 728 ff.; dazu auch noch Laufer et al., KH 2010, 921 ff.; KBV, Neuausrichtung der ambulanten medizinischen Versorgung – Gesundheitspolitische Vorschläge der KBV (<http://www.kbv.de/25545.html>); AOK-Bundesverband 30.8.2010, Neue Wege für eine hochwertige, wohnortnahe medizinische Versorgung (<http://www.aok-bv.de/politik/reformaktuell>); siehe dazu auch Schönbach, Gesundheits- und Sozialpolitik 2010, H. 2, S. 11 ff.
- 6 Abgesehen von ganz seltenen ungeschriebenen Kompetenzen Kraft „Natur der Sache“; dazu etwa Ehlers, Jura 2000, 323 ff.
- 7 Siehe Hermes, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. Bd. 3, 2008, Art. 83 Rn. 19.
- 8 Siehe Axer, Bonner Kommentar zum GG, Art. 74 (2006), Rn. 45.
- 9 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. 8. 2006, BGBl. I S. 2034.
- 10 Siehe Dittman, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Rn. 7.
- 11 Dazu zum parallelen Überschneidungsproblem von Heilberufsrecht und Sozialversicherung Ebsen, VSSR 1996, 351 ff.; ders., in: Festschr. P. Krause, 2006, 97 ff.; zum Verhältnis von Krankenhausplanung und Sozialversicherung ders., in: Klaubert et. al., Krankenhausreport 2006, 117 ff. (123 f.).
- 12 In der Rechtsprechung ist die Kompetenzüberschneidung aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG mit spezifischen Feldern des Gesundheitswesens und der Heilberufe, in denen der Bund keine Kompetenz hat, bisweilen Thema gewesen. Siehe etwa die wohl jüngste Entscheidung BVerfG (Kammer) vom 9.9.2010 – 1 BvR 2005 und 2006/10; siehe auch BVerfG (Kammer) vom 17.6.1999 – 1 BvR 2507/97, SozR 3-2500 § 73 Nr. 3; zur Einbehaltung von Entgelten von Krankenhäusern zur Anschubfinanzierung der integrierten Versorgung gemäß § 140d Abs. 1 SGB V siehe auch LSG Sachsen vom 24.6.2009 – L 1 KR 76/08, KH 2009, 1076.
- 13 Siehe schon oben, Fn. 5.
- 14 Dazu etwa Malzahn et. al., Gesundheits- und Sozialpolitik 2010, H. 5, S. 10 ff. mit einer Übersicht über einschlägige Vorschläge von verschiedenen Seiten.
- 15 Dazu schon oben bei Fn. 3.
- 16 Siehe schon Ebsen et. al., Vertragswettbewerb in der GKV (2003), in: AOK im Dialog, Bd. 13, 145 ff. (211).
- 17 Siehe dazu etwa Klose/Uhlemann, G+G Beilage 2006 Wissenschaft, Nr. 3, 7 ff..
- 18 Siehe BVerfG vom 18. 7. 2005 – 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167.
- 19 Zur prinzipiellen Legitimität des Instruments der finanziellen Belastung zur Erreichung von Lenkungszielen, sofern nur diese Ziele hinreichend transparent gemacht werden, siehe BVerfG v. 7. 11. 2006 – 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1, juris-Rn. 98-100 (dort für steuerliche Differenzierungen zu Lenkungszwecken).
- 20 Siehe oben Fn. 5.
- 21 Dazu Benjamin Küchenhoff, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Mischverwaltung, 2010.
- 22 Dazu aus jüngerer Zeit BVerfG v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433 und 2434/04, BVerfGE 119, 331, juris-Rn. 153, 155.