

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 12/2015

Kooperation als Lösungsansatz in Dreiecksbeziehungen des Verwaltungsrechts

Indra Spiecker genannt Döhmann^{*}

Erschienen in: Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. (Hrsg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt, S. 201-216

Zitiervorschlag: Spiecker genannt Döhmann, Kooperation als Lösungsansatz in Dreiecksbeziehungen des Verwaltungsrechts, Arbeitspapier des Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 12/2015, Rn.

Zusammenfassung: Im Wirtschaftsregulierungsrecht treten immer häufiger Mehrpersonenverhältnisse auf: Die Regulierungsentscheidung der Regulierungsbehörde betrifft nicht nur den Adressaten, sondern hat mittelbar auch Wirkungen auf die Ausgestaltung der Wettbewerbsfreiheit der Konkurrenten. Materielles und Verfahrensrecht erlauben aber bisher kaum eine Beteiligung der Interessen des Dritten. Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft sind aufgefordert, hierfür Problemkonstellationen zu identifizieren und Lösungsvorschläge zu unterbreiten.

Der Beitrag analysiert zunächst Dreiecksverhältnisse mit besonderem Blick auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht und schlägt als einen möglichen Weg zur Bewältigung daraus resultierender Probleme in Instrumenten der Kooperation vor, wie sie etwa im Gesundheitsrecht mit dem Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA) existieren, auch wenn dieses Rechtsgebiet (zu Unrecht) als wenig als wegweisend wahrgenommen wird.

^{*} Prof. Dr. iur., LL.M. (Georgetown), Goethe-Universität Frankfurt am Main, Juristische Fakultät, spiecker@jur.uni-frankfurt.de.

A. VORWORT

- 1 Das Öffentliche Recht in Frankfurt ist traditionell grundlagenorientiert ausgerichtet, ohne darüber Rechtsanwendung und Dogmatik zu vernachlässigen. Vielmehr entspricht es guter Tradition, aus der theoretischen und interdisziplinären Befassung mit dem Recht, einem grundlegenden Verständnis für seine Funktionsweisen und Vorbedingungen, Erkenntnisse für die Dogmatik abzuleiten und Empfehlungen für Neuausrichtungen und Veränderungen des geltenden Rechts abzugeben. Dazu gehört auch, Anschluss zu den verschiedenen Bereichen des Öffentlichen Rechts herzustellen.
- 2 Der folgende Beitrag greift diese Tradition in mehrfacher Hinsicht auf. Ein vor allem in der Verwaltungswissenschaft untersuchtes Phänomen – Kooperation – findet bisher nur in einigen wenigen Rechtsgebieten Beachtung; systematisch geschieht dies am ehesten im Umweltrecht¹ mit dem Kooperationsprinzip; faktisch besonders ausgeprägt dürfte es im Gesundheitsrecht² sein. Daher lohnt es, ein klassisches dogmatisches Problemfeld neuerer Prägung, nämlich das Wettbewerber-Verhältnis im Wirtschaftsregulierungsrecht, durch die Brille der verwaltungswissenschaftlichen Instrumente zu betrachten und daraus Anregungen für jenen Bereich zu schöpfen.

B. EINLEITUNG

- 3 Man stelle sich vor, es wird ein Gut produziert, das von den Konsumenten erheblich nachgefragt wird. Das bedeutete an sich gute Auslastung der Produktionsmaschinen, hohe Preise und hohen Verdienst. Aber: Der Hersteller darf weder die Menge, die er auf den Markt bringt, noch den Preis bestimmen. Dies tut eine staatliche Behörde.
- 4 Oder umgekehrt die Konsumentenperspektive: Der Erwerb eines bestimmten, hochinnovativen Guts würde die Produktivität und das Wohlbefinden eines Konsumenten in erheblicher Weise steigern. Allerdings schreibt eine staatliche

Ich danke stud. iur. Sonja Hess für ihre Recherche. Auf umfangreiche Literaturhinweise im Beitrag wird dem Festschriftencharakter gemäß verzichtet.

¹ Dies wird in Frankfurt durch einen umweltrechtlichen Lehrstuhl (besetzt durch die Autorin) sowie eine Forschungsstelle Umweltrecht ebendort bearbeitet.

² An der Goethe-Universität gibt es einen Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit einem Schwerpunkt im Sozialrecht sowie das Institut für Europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht, Ineges (unter Mitwirkung der Autorin).

Behörde vor, wie viel von diesem Gut angeboten werden und wer es zu welchen Bedingungen nutzen darf.

- 5 Beide Szenarien beschreiben Verhältnisse im Rahmen von Wirtschaftsregulierung. Sie finden tagtäglich statt, im Telekommunikations- oder Energierecht, wenn Endleistungen nur zu staatlicherseits festgelegten Fixpreisen abgegeben werden dürfen, oder im Gesundheitsrecht, wenn die Ersatzfähigkeit von Leistungen festgelegt wird.
- 6 Diese Grundkonstellation lässt sich durch ein Dreiecksverhältnis beschreiben, das zwischen einerseits zwei privaten Parteien mit nicht zwingend gleichgelagerten Interessen – Anbieter und Nachfrager bzw. Konsument und Produzent – und andererseits dem Staat als Regulierungsbehörde besteht. Behördliche Entscheidungen, insbesondere im Regulierungsbereich, betreffen häufig nicht nur denjenigen, an den sie gerichtet sind, sondern – nicht nur nebensächlich – eine breite, von klassischen rechtlichen „Drittschutzkonzepten“ kaum noch erfasste und erfassbare Menge an Bürgern. Da das materielle und prozessuale Recht diesen derzeit kaum Möglichkeiten zur Einflussnahme auf und zur Wehr gegen solche behördliche Entscheidungen zugesteht, verlagert sich der Streit um Zulässigkeit oder nicht, um Interessenberücksichtigung und Abwägungsvorgaben aus der rechtlichen in die politische und gesellschaftliche Sphäre. Rechtlich vermeintlich abgeschlossene Verfahren erhalten somit eine neue Dimension; eine der Hauptfunktionen des Rechts, dauerhaft Befriedung und Rechtssicherheit zu schaffen, wird verfehlt. Stuttgart²¹, Widerstand gegen den Ausbau von Hochspannungstrassen, Dauerdemonstrationen gegen Atomtransporte und Flughafenausbau – aber auch Vorschlags – und Bewertungsportale für gemeindliche Aktivitäten, Diskussion von partizipativen Elementen in der Finanzverwaltung und neue Mitbestimmung bei der Kreditvergabe auf den internationalen Finanzmärkten sind Symptome dieser Entwicklung.
- 7 Mit den zunehmend zu beobachtenden Dreiecksverhältnissen werden Verwaltungsrecht und -wissenschaft erneut vor eine Integrationsaufgabe gestellt. Wie lassen sich Dreiecksverhältnissen in ihrer Konstruktion begreifen und die daraus folgenden Probleme lösen? In wieweit können Erkenntnisse aus vergleichbaren Bereichen des Besonderen Verwaltungsrechts möglicherweise zu ihrer Lösung oder wenigstens Weiterentwicklung beitragen? Dieser Frage gehen die folgenden Ausführungen in der hier gebotenen Kürze nach.

- 8 Der Beitrag analysiert zunächst Dreiecksverhältnisse mit besonderem Blick auf das Wirtschaftsrecht (C). Ein möglicher Weg zur Bewältigung daraus resultierender Probleme besteht in Instrumenten der Kooperation (D.), wie sie etwa im Gesundheitsrecht mit dem Gemeinsamen Bundesausschuss (GBA) existieren, auch wenn dieses Rechtsgebiet (zu Unrecht) als wenig als wegweisend wahrgenommen wird (D. I.). Daraus können Impulse auch für Kooperation als Bewältigungsmechanismus im Wirtschaftsverwaltungsrecht entstehen (D. II.). Fazit und Ausblick beschließen den Beitrag (E.).

C. DREIECKSV ERHÄLTNI SSE I NSBESONDERE I M W IRTSCHAFTSV ERWALTUNGSRECHT – E I N P R O B L E M A U F R I S S

- 9 Das Verwaltungsrecht ist auf dualistische Verhältnisse hin konstruiert. Typischerweise befindet sich auf der einen Seite ein Hoheitsträger, auf der anderen Seite der Bürger. Die Instrumentenlehre bestätigt diesen Befund: Der Verwaltungsakt als häufigstes Verwaltungsinstrument³ spiegelt den Dualismus. Am deutlichsten wird dies im subjektiv ausgerichteten Rechtsschutz: Nur derjenige, dem eine eigenständige Rechtsposition zugewiesen ist, kann die Berücksichtigung seiner Individualinteressen erzwingen, vgl. § 42 VwGO. Zwischen Bürger und Staat muss ein unmittelbares Verhältnis von Rechten und Pflichten bestehen, damit Rechtsschutz greifen kann. Die Zuweisung einer Rechtsposition außerhalb eines unmittelbaren Bezugs zwischen Behörde und Bürger ist nur ausnahmsweise vorgesehen.
- 10 Dreiecksverhältnisse sind dem Verwaltungsrecht aber nicht gänzlich unbekannt. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass sich die Wirkungen des Verwaltungshandelns typischerweise auch auf Dritte erstrecken, etwa weil aus faktischen Gründen eine Trennung kaum möglich ist, z.B. bei Konkurrentenstreitigkeiten oder der sog. "bodenrechtlichen Zwangsgemeinschaft" des Baurechts: Da Grundstücke nicht beweglich sind, erfassen Veränderungen auf einem Grundstück zwangsläufig die benachbarten Grundstücke und das Wohnviertel.⁴
- 11 Insbesondere das Baurecht hat sich daher dieser Herausforderung der Behandlung von Dreiecksverhältnissen gestellt durch seinen Beitrag, Interessen von Dritten (Nachbarn), die von der Rechtsgestaltung zwischen Behörde und

³ J. Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 25. ErgL 2013, § 42 Abs. 1, Rn. 1.

⁴ R. Wahl/Schütz, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 25. ErgL 2013, § 42 Abs. 2, Rn. 110.

Bürger betroffen sind, rechtlich gewichtig auszugestalten, ohne eine grenzenlose Ausweitung des subjektiv-öffentlichen Rechts zu bewirken.

- 12 Aber auch andere Materien haben Dreiecksverhältnisse bearbeitet. So hat das Umweltrecht die Lehren des Baurechts aufgegriffen und weiterentwickelt: Die weitreichenden Auswirkungen etwa von Emissionen, Wasserlaufsveränderungen und Abfallfolgen verlang(t)en eine Erweiterung des Rechtsschutzes auf Dritte über die vom Baurecht vorgesehenen Möglichkeiten hinaus. Europarechtlich ist dieser Prozess zusätzlich beschleunigt worden, zuletzt durch das Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG).
- 13 Aber das Problem der Dreiecksverhältnisse ist mit den Entwicklungen des Bau- oder Umweltrechts noch nicht umfänglich erfassbar. Zunehmend werden Dreiecksverhältnisse im Wirtschaftsregulierungsrecht problematisch. So hat etwa das Telekommunikationsrecht in den letzten Jahren in erheblicher Weise Auseinandersetzungen darüber gesehen, ob auch andere Betroffene als die Adressaten von Regulierungsverfügungen dagegen vorgehen können.⁵ Noch ist nicht allgemein anerkannt, dass sich Regulierungsrecht nicht auf ein Zwei-Parteien-Verhältnis zwischen Staat und Bürger, d.h. Behörde und reguliertem Unternehmen, beschränken lässt. Denn die Markteingriffe, die zwangsläufig den Kern der staatlichen Aktivität ausmachen, wirken sich immer auch auf Konsumenten und Konkurrenten aus. Eingriffe, die sich formal nur gegen einen Beteiligten richten, bestimmen ganz regelmäßig die tatsächlichen und rechtlichen Bedingungen, unter denen andere Akteure auf dem Markt agieren.
- 14 Es kommt daher nicht von ungefähr, dass sich das Wirtschaftsverwaltungsrecht mit Dreiecksverhältnissen konfrontiert sieht. Es regelt üblicherweise die wirtschaftlichen Bezüge und das wirtschaftliche Verhalten natürlicher oder juristischer Personen.⁶ Obwohl es zumeist an einer Immobilität der regulierten Wirtschaftsaktivität fehlt, entstehen doch ähnlich unausweichliche Zwangslagen wie im Baurecht wegen der zwangsweisen Verbindung der Konkurrenten durch den gemeinsamen Markt. Denn Wirtschaftsverwaltungsrecht motiviert staatliches

⁵ Vgl. N. A. Christiansen, Optimierung des Rechtsschutzes im Telekommunikations- und Energierecht, 2013, S. 152f.

⁶ D. Ehlers, in: Ehlers/ Fehling/ Pünder, Bes. Verwaltungsrecht, Bd. 1: Öff. Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, § 1 Rn. 11.

Eingreifen durch das Vorliegen von Marktversagen,⁷ während gefahrenabwehrrechtliche Belange zurücktreten, die z.B. im Gaststätten- und Gewerbe-recht als traditionellem Wirtschaftsverwaltungsrecht noch den Hauptgrund staatlicher Regulierung ausmach(t)en⁸. Entsprechend sind auch die gewählten Instrumente häufig anderer Natur als bei einem gefahrenabwehrrechtlichen Zugriff (etwa Preiskontrolle).⁹

- 15 Eine Regulierung gegenüber dem einzelnen Unternehmen stellt sich daher schnell als Auswirkung auf dessen Stellung im Wettbewerb durch ein verändertes Angebot dar; und eine Maßnahme, die sich an Konsumenten richtet, verändert häufig die Nachfrage und wirkt damit ihrerseits auf den Wettbewerb ein.¹⁰ Besonders deutlich wird dies in denjenigen Materien, in denen die Motivation für die staatliche Regulierungstätigkeit aus der Gefahr natürlicher Monopole folgt, also z.B. in den Netzwirtschaften wie Telekommunikation, Strom oder Gas. Dazu gehören aber auch – wenngleich in der Wahrnehmung weniger vertreten – viele sonstige Infrastrukturleistungen, also auch Verkehr, Kanalisation oder Transport. Wenn Maximalpreise für eine Telekommunikationsleistung festgesetzt werden, z.B. für mobile Auslandstelefonie, ergeht die diesbezügliche Verfügung gegenüber den einzelnen Unternehmen, aber die Wirkungen treffen zwangsläufig den Endabnehmer und bestimmen sein Konsumverhalten. Oftmals entspricht das Ergebnis dieser Eingriffe dem wirtschaftlichen Interesse der Dritten; vorstellbar ist aber auch, dass die Eingriffe aus Drittsicht nicht weit genug reichen oder ihn sogar schädigen. Nicht zuletzt verfolgen Wirtschaftsverwaltungs-gesetze zumeist mehrere Zielsetzungen, so dass durchaus möglich ist, dass weder Adressat noch Dritte – wenngleich mit unterschiedlicher Motivation und Zielsetzung – mit dem Verwaltungshandeln ihre Rechte und Interessen gewahrt sehen.
- 16 „Dritter“ kann eine Vielzahl von natürlichen und juristischen Personen ohne lokale Verbindung sein. Hierin liegt ein nicht banaler Unterschied zu klassischen Dreiecksverhältnissen. Im Bau- und Umweltrecht ist Drittbetroffener eines Verwaltungshandelns regelmäßig der „Nachbar“, d.h. jemand, der in seinem räum-

⁷ M. Ruffert, in: Ehlers/ Fehling/ Pünder, Bes. Verwaltungsrecht, Bd. 1: Öff. Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, § 21 Rn.11.

⁸ K. Meixner, Praxis der Kommunalverwaltung, Gewerbeordnung, § 2 Nr. 2.1.

⁹ J. Ruthig/St. Storr, Öff. Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2011, § 6 II 1; W. Kluth, in: Ehlers/ Fehling/ Pünder, Bes. Verwaltungsrecht, Bd. 1: Öff. Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 44.

¹⁰ R. Wahl/Schütz (Fn. 5), § 42 Abs. 2, Rn 287f.

lichen Bezug feststellbar ist.¹¹ Wirtschaftsregulierung erfasst regelmäßig aber nicht nur den Unternehmer, an den sie adressiert ist, sondern beeinflusst auch dessen Stellung am Markt, sowohl zu seinen Konkurrenten als auch zu Kunden und Zwischenhändlern.

- 17 Entsprechend ist auch die Verteilung der rechtlich relevanten Interessen regelmäßig eine andere. Im Bau- und Umweltrecht sind – für diese Zwecke vereinfacht – die Interessenlagen meist dualistisch verteilt: Das Vorhaben des einen lehnt der andere gerade ab. Die Behörde entscheidet über die rechtliche Vorrangigkeit der Interessen der einen oder der anderen Seite. Dabei bezieht sie Allgemeinwohlinteressen zwar ein, diese entsprechen aber zumeist der Position eines der beiden Privaten. Im Wesentlichen sind also Allgemein- und Privatinteressen gleichgerichtet, so dass die Verfolgung von Gemeinwohlbelangen durch einen Privaten eine positive Externalität ist.
- 18 Im Wirtschaftsregulierungsrecht sind diese Interessenlagen nicht gleichermaßen eindeutig verteilt und die Allgemeininteressen daher nicht gleichsam mitrepräsentiert in der Position eines Privaten. Funktionieren des Marktes als Funktionieren eines allgemeinwohlfördernden Preisbildungsmechanismus im Sinne von Adam Smith' „unsichtbarer Hand“ ist nicht zwangsläufig im konkreten rationalen Interesse der Marktbeteiligten, wenn externe und Netzwerkeffekte bestehen.
- 19 Wie geht nun das Verwaltungsrecht mit solchen Dreiecksverhältnissen um, in denen gegenläufige Positionen und Interessen mit unterschiedlicher Heftigkeit vertreten werden, aber nicht zwangsläufig in rechtliche und Rechtsschutzpositionen einzelner Beteiligter münden?
- 20 Das Baurecht hat hier die grundlegenden Schritte getan: Man erweitert subjektiv-öffentliche Rechte.¹² Der Dritte kann also, wenn er vom drittschützenden Schutzzweck einer baurechtlichen Norm erfasst ist, gegen die Entscheidung vorgehen; die Behörde muss seine rechtliche Position von vorneherein einbeziehen. Die materiellen und sonstigen Kosten dieses Vorgehens sind für das Rechtssystem erheblich, nehmen doch Rechtsstreitigkeiten zu und steigt Rechtsunsicherheit. Daher hat das Baurecht die rechtliche Verfolgbarkeit von

¹¹ J. Ziekow, Zum Begriff des Nachbarn im baurechtlichen Drittschutz, NVwZ 1989, S. 231; O. Reidt, in: Battis/ Krautzberger/Löhr, BauGB, Vorb. zu §§ 29–38, Rn. 24.

¹² R. Wahl/Schütz, (Fn. 5), § 42 Abs. 2, Rn. 111.

materiellen wie prozeduralen Entscheidungsfehlern durch z.T. erhebliche Präklusionsvorschriften eingeschränkt, mittels derer die Erweiterung des Kreises der Rechtssuchenden wieder zurückgefahren wird. Rechtssicherheit ist um den Preis einer Zwangsbefriedung erreichbar, und diese kostet Zeit und Ressourcen aller Beteiligten, auch des Staates.

- 21 Das instrumentelle Konzept des Umweltrechts greift insofern weiter, als es seit geraumer Zeit in bestimmten Fällen Verbänden zusätzlich ein Klagerecht einräumt.¹³ Damit wird außerstaatlichen Vereinigungen unter bestimmten Bedingungen die Wahrung des Rechts aufgegeben. Dahinter steht die Vermutung, die Interessen dieser Verbände stünden in Deckungsgleichheit mit dem Allgemeinwohl. Diese Annahme ist durchaus fraglich, berücksichtigt man – etwa im Sinne eines Public-Choice-Ansatzes¹⁴ – die Eigeninteressen von Organisationen. Dennoch ist die Grundannahme nicht prinzipiell zu beanstanden, dass institutioneller Rechtsschutz systematische Defizite in der Rechtsverfolgung durch Einzelne ausgleichen kann.
- 22 Das Wirtschaftsverwaltungsrecht hat sich bisher dagegen wenig eigenständig gezeigt. Das gilt für das traditionelle Gewerbe- oder Vergaberecht, aber auch für jüngere Rechtsgebiete wie die Netzwerkregulierung, allen voran das Telekommunikationsrecht. Die Rechtsprechung wendet im Wesentlichen die im Bau- und Umweltrecht entwickelte Schutznormtheorie an und dehnt sie auf das TKG aus.¹⁵ Nur ganz ausnahmsweise in ganz konkreten Fällen sollen sich Drittbetroffene gegen Rechtsverletzungen wehren können – und auch nur gegen solche, die ihr Schutzrecht unmittelbar betreffen. Betroffenheit der allgemeinen Wettbewerbsposition soll dafür gerade nicht ausreichen.¹⁶ Die Rechtsprechung greift also die Ansätze des Baurechts auf.
- 23 Dies gilt auch für Vorgaben zur Berücksichtigung von Interessen in Abwägungsentscheidungen der Behörden, wengleich hier bisher nicht in gleicher Weise wie im Baurecht exakte Vorgaben und präzise Maßstäbe entwickelt worden sind. Dies liegt auch daran, dass sich angesichts fehlender örtlicher Verankerung der Regulierungstatbestände eine Anknüpfung an konkrete Interessen

¹³ Siehe § 64 BNatSchG.

¹⁴ *Baunack-Bennefeld/Eisenbroich/Gladow/Kutz/Schmidt/Steffen/Weidemann*: Praxis der Kommunalverwaltung, 1.4.1.

¹⁵ Vgl. *Schreiber* in: Geppert/ Schütz, TKG, § 40, Rn. 48.

¹⁶ *N.A. Christiansen* (Fn.6), S. 142; siehe nur die Rechtsprechung des BVerwG von 2007 - 6 C 43.06 et. al.

schwierig gestaltet. Während die Belegenheit eines Grundstücks, eines Wasserlaufs oder einer emittierenden Anlage eine Konkretisierung der Drittbetroffenheit rein örtlich ermöglicht, fehlt es daran im Telekommunikationsrecht: Eine örtliche Anbindung gelingt nur über die Endkunden. Und selbst diese Verörtlichung scheitert angesichts zunehmender Mobilisierung der Telekommunikationsleistungen.¹⁷

- 24 Damit sind trotz der Übernahme der Grundprinzipien des Baurechts viele Problembereiche nicht erfasst. Denn die behördliche Steuerung von Markt bedeutet oftmals, dass Drittinteressen mitgeregelt werden, ohne dass die hier Betroffenen tatsächlich Einfluss, gar rechtliche Positionen geltend machen könnten. Konkurrenten und Endverbraucher gelten als zu wenig konkretisiert und individualisiert, um ihnen eigenständige Rechtsverfolgung an die Hand zu geben. Verfahren durch Konkurrenten auf Einschreiten der Regulierungsbehörden und Marktteilnehmer scheitern daher regelmäßig.¹⁸ Es bleibt aber der Befund, dass letztere faktisch in ebensolcher Weise betroffen sein können wie die Adressaten – und dass sie sich mit ihrer Rechtlosstellung immer weniger zufrieden geben.

D. LÖSUNGSANSÄTZE

- 25 Vor diesem Hintergrund ist fraglich, wie sich materielle Konflikte in Dreiecksverhältnissen, wie sie derzeit im Wirtschaftsverwaltungsrecht zu beobachten sind, mit zusätzlichen Instrumenten besser und möglichst frühzeitig bewältigen lassen.

I. Das Gesundheits(regulierungs-)recht, insb. der Gemeinsame Bundesausschuss GBA, als Beispiel für Kooperation im Wirtschaftsverwaltungsrecht

- 26 Ein Ansatz bietet das Steuerungselement der Kooperation. Dahinter steht die Vorstellung eines grundlegend gewandelten Verhältnisses von Bürger und

¹⁷ Dies kann in anderen Bereichen des Infrastrukturrechts wegen der Belegenheit der Infrastruktur anders sein.

¹⁸ Vgl. *Th. Attendorn*, TK-Zugangsregulierung und Drittschutz – Können Wettbewerber weitergehende belastende Anordnungen gegen das regulierte Unternehmen einklagen?, MMR 2008, S. 444 ff. m.w.N.

Staat.¹⁹ Diese sollen sich die Verantwortung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben teilen können, gelegentlich sogar müssen. Der Bürger soll durch die Einbindung in den staatlichen Entscheidungsprozess mehr Einfluss gewinnen. Dadurch werde ein Mehr an Akzeptanz, an Staatsnähe und an Verbindlichkeit erreicht und letztlich der Wirkungsgrad staatlicher Entscheidungen insgesamt erhöht.²⁰ Der Interventionsstaat wird zum Interaktionsstaat.²¹

- 27 Als Paradebeispiel des kooperativen Staates wird gerne das Umweltrecht bemüht, in dem das „Kooperationsprinzip“ als fest verankert gilt.²² Hier wird allerdings auf ein anderes Rechtsgebiet mit seinen Erfahrungen rekurriert, das bisher wenig Berücksichtigung und als Wirtschaftsverwaltungsrecht kaum Wahrnehmung erfährt, nämlich das Gesundheitsrecht. Es kennt eine Reihe von Instrumenten zur Bewältigung der Dreiecksproblematik und setzt besonders auf Kooperation.
- 28 Das Gesundheitsrecht wird derzeit als weitgehend eigenständiges Sonderrechtsgebiet betrachtet. Die Erfahrungen des Allgemeinen und Besonderen Verwaltungsrechts, etwa auch des Wirtschaftsregulierungsrechts, werden bisher kaum integriert.²³ Und auch umgekehrt bleiben seine Erfahrungen für das Verwaltungsrecht zumeist ohne Widerhall – durchaus zu Unrecht. Denn etwa für die hier interessierende Bewältigung von Dreieckskonstellationen im Wirtschaftsverwaltungsrecht können die Erfahrungen des Gesundheitsrechts mit kooperativen Instrumenten, etwa mit der Einrichtung des sog. Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA), durchaus Hilfestellung geben.
- 29 Das Gesundheitsrecht reguliert – über den Umweg der Erstattungsleistungen der gesetzlichen Krankenversicherung, in der über 90% aller Bundesbürger umfasst sind²⁴ – einen staatlicherseits regulierten Wirtschaftszweig von erheblicher

¹⁹ H. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 1, Rn. 271.

²⁰ Statt vieler siehe nur D. Rölle/S. Druml, Vertrauen in die öffentliche Verwaltung, DÖV 2013, S. 540 ff.; K.-P. Dolde, Neue Form der Bürgerbeteiligung?, NVwZ 2013, S. 769 ff.

²¹ R. Pitschas, Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts – Grundfragen, 1993, S. 219, 280.

²² M. Klöpfer, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Bes. Verwaltungsrecht Bd. 2: Planungs-, Bau- und Straßenrecht et. al, 3. Aufl. 2013, § 44, Rn. 46.

²³ Dazu zu Recht kritisch Th. Kingreen/St. Rixen, Sozialrecht: Ein verwaltungsrechtliches Utopia?, DÖV 2008, S. 741; siehe auch die Beiträge in A. Wallrabenstein (Hrsg.), Braucht das Gesundheitsrecht ein spezifisches Regulierungsrecht?, 2012.

²⁴ Vgl.: www.gbe-bund.de, Startseite > Rahmenbedingungen > Gesetzliche Krankenversicherung > GKV, Mitglieder/Versicherte, zuletzt abgerufen am 11.05.2014.

Bedeutung.²⁵ In ihm ist die Dreiecksproblematik offenkundig: Regulierung der Anbieter, also der Ärzte, Therapeuten, Krankenhäuser, Apotheker und sonstiger Leistungserbringer, trifft zumeist auch die Nachfrager. Umgekehrt verändern die Bedingungen, zu denen die Nachfrager ihre Leistungen beanspruchen können, die Angebotsbedingungen.²⁶ Seit einer Neuorientierung in den 1990er Jahren sollen im Prinzip ein funktionierender Markt geschaffen, anreizorientierte Steuerungsinstrumente eingesetzt und Auswirkungen monopolistischer Strukturen gemildert, idealerweise verhindert werden.²⁷ Die Ausgangsbedingungen sind also vergleichbar mit dem Regulierungsanliegen des Telekommunikationsrechts.

- 30 Wie geht nun das Gesundheitsrecht mit der Dreieckskonstellation um, und lassen sich diese Umgangsformen möglicherweise fruchtbar machen für andere Bereiche?
- 31 Das Gesundheitsrecht kennt in besonderer Weise das Instrument der Kooperation. Es setzt erheblich auf Verhandlungs- und Repräsentationslösungen in einer Reihe von Institutionen, in denen eine Vielzahl von Beteiligten sich gemeinschaftlich verständigen (müssen).
- 32 Dafür steht insbesondere der sog. Gemeinsame Bundesausschuss (GBA) als Gremium der Gemeinsamen Selbstverwaltung.²⁸ Während der Gesetzgeber den Rahmen für die gesetzlichen Leistungen vorgibt, ist es die Aufgabe des GBA, diesen Rahmen auszufüllen und für die alltagspraktische Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben durch konkrete Entscheidungen über bestimmte Behandlungsmethoden zu sorgen.²⁹ Die dort gefällten Entscheidungen sind für die gesetzlichen Krankenkassen, deren Versicherte sowie die Ärzte und sonstigen

²⁵ Siehe etwa die Zahlen bei Wikipedia: In Deutschland machten Gesundheitsleistungen 2008 11% des BIPs aus, Tendenz überproportional steigend.

²⁶ Siehe zum ökonomischen Hintergrund der Schwierigkeiten einer Regulierung *I. Spiecker gen. Döhmman*, Zur Wettbewerbsfähigkeit der Gesundheitsgüter. Ökonomische Analyse des rechtlichen Ordnungsrahmens, in dem der Wettbewerb gelingen kann, in: A. Schmehl/A. Wallrabenstein (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd. 1: Wettbewerb, 2005, S. 1 ff.

²⁷ *D. Krauskopf* in: ders., Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 84. ErgL. 2014, SGB V § 70, Rn. 1 f.

²⁸ *R. Schmidt-De Caluwe*, in: Becker/ Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 91, Rn. 3.

²⁹ § 92 SGB V.

Leistungserbringer verbindlich.³⁰ Hier werden derzeit die wesentlichen konkreten Regulierungsentscheidungen des Gesundheitsrechts getroffen.

- 33 Die Typizität des GBA als Instrument der Kooperation lässt sich vor allem an seiner Besetzung und am Entscheidungsverfahren ablesen. Ärzte und Leistungserbringer, Patientenvereinigungen, Krankenhäuser und Krankenkassen wirken zusammen; es sind also private wie öffentlich-rechtliche Institutionen vereint. Das gesamte Verfahren, von der Einbringung eines Antrags auf Beratung einer Behandlungsmethode über die Methodenbewertung, Anhörung von Sachverständigen bis hin zur Entscheidungsfindung, erlaubt allen Mitgliedern eine weitgehend gleichwertige Beteiligung und Einflussnahme. So können z.B. alle der verschiedenen Interessenträger jederzeit Anträge auf Beratung einer Behandlungsmethode stellen. Oder die Einsetzung neuer Unterausschüsse, die vorbereitend tätig sind, erfolgt mit Einstimmigkeit, d.h. höchstmöglichem Konsensgrad. Und § 15 Abs. 1 Satz 2 der Geschäftsordnung sieht sogar die Möglichkeit der Hemmung eines bereits mit einfacher Mehrheit gefassten Beschlusses unter bestimmten Bedingungen vor, die nur eine erneute Beschlussfassung in der darauffolgenden Sitzung aufheben kann. Evident soll also ein möglichst breiter und damit möglichst Akzeptanz sichernder Konsens hergestellt werden.

II. Anregungen für das Verwaltungs-, insbesondere das Wirtschaftsverwaltungsrecht

- 34 Die Einbindung kooperativer Elemente in das Verwaltungs-, insbesondere das Wirtschaftsverwaltungsrecht bedeutete eine Ergänzung des bestehenden Instrumentariums. Bisher herrscht weitgehend ein ordnungsrechtlicher Zugriff unter Verwendung ökonomischer Berechnungs- und Anreizmodelle. Dies überzeugt, wenn man vor allem die Auflösung monopolistischer Strukturen bei der Überführung eines staatlichen Monopolisten in einen funktionierenden Markt verfolgt. Je stärker allerdings Wettbewerb hergestellt ist, umso mehr rücken andere Marktversagenserscheinungen in den Vordergrund, etwa in den Netzwirtschaften die Netzwerkeffekte. Damit ändert sich auch die Rolle der wirtschafts-

³⁰ Die vom GBA beschlossenen Richtlinien haben den Charakter untergesetzlicher Normen, § 91 VI SGB V.

regulierenden Behörde. Die Dreiecksproblematik entsteht in veränderter Dringlichkeit.

- 35 Kooperationsinstrumente können, wie das Gesundheitsrecht zeigt, die Interessen Dritter unter bestimmten Bedingungen effektiv bereits im Vorfeld staatlicher Entscheidungen einbinden. Da dies nach allgemeiner Ansicht auch die Akzeptanz staatlicher Entscheidungen erhöht, könnten auf rechtlichem Wege politische, gesellschaftliche und wirtschaftliche Gegenreaktionen zumindest abgemildert werden. Recht nimmt dann seine Funktion als Friedensstifter und zur Herstellung von Rechtssicherheit wieder wahr.
- 36 Wie könnte eine solche vergleichbare Konstruktion aussehen? In besonderer Weise problematisch gestalten sich Verteilungsprobleme. Dies gilt für die Zugangsproblematik zu Markt- oder Kirmesständen in grundsätzlich gleicher Weise wie für die Zugangsproblematik zu Telekommunikations- oder Energienetzen. Vergleichbar dem GBA könnten zeitlich gestreckte Verteilungskriterien bis hin zu Preisfestsetzungen durch ein Gremium, angesiedelt bei der jeweiligen Behörde, entwickelt werden. Diesem Gremium könnten neben Behörden- und Unternehmensvertretern auch Interessenvertreter der Endkunden sowie der Konkurrenten und sonstiger Interessen angehören, je nach Zielsetzung des Gesetzes und der Bestimmungen. Besonders zu achten wäre dabei auf eine ausgewogene Wirkungsmacht der einzelnen Interessen und starke Minderheitenrechte. Eine öffentliche Anhörung und Entscheidungsfindung, wie sie für den GBA konstituierend ist, würde zudem Transparenz steigern. Insgesamt könnte eine solche Konstruktion dazu beitragen, Drittinteressen in den regulatorischen Entscheidungsfindungsprozess einzubinden, und zwar frühzeitig.
- 37 Zwangsläufig ginge damit allerdings eine Rücknahme staatlicher Hoheitsbefugnisse einher. Ein (ordnungsrechtliches) Alleinentscheidungsrecht der Behörde und einseitige Kontrolle über den Verfahrensgang ist mit einem kooperativen Grundmodell nicht vereinbar. Staatliche Hoheitsentscheidungen müssten beschränkt werden auf Ausnahmefälle, in denen Verhandlungslösungen den Zielsetzungen des Gesetzes prinzipiell nicht entsprechen, z.B. bei der Liberalisierung. Allenfalls wäre an ein Modell vergleichbar der regulierten Selbstregulierung im Schatten des Rechts zu denken.
- 38 Das Gesundheitsrecht jedenfalls zeigt, dass mit der Institutionalisierung von Kooperation Rechtsstreitigkeiten über die Zulässigkeit von Behandlungsmetho-

den deutlich zurückgegangen sind. Nicht nur bei den unmittelbar Beteiligten, sondern auch und gerade bei den von ihnen Repräsentierten führt der Einsatz offenbar zu einer höheren Akzeptanz der Entscheidungen, wenn nicht sogar zu einer insgesamt besseren Entscheidungspraxis. Jedenfalls das heftig umstrittene sog. „Nikolaus-Urteil“ des BVerfGs³¹, wonach bei lebensbedrohlicher Krankheit auch Behandlungen durch die gesetzlichen Krankenkassen zu ermöglichen sind, wenn nur eine nicht ganz entfernt liegende Möglichkeit der Heilung oder Linderung mit ihnen einhergeht, behandelt bezeichnenderweise einen Fall vor der Institutionalisierung des GBA.

E. FAZIT UND AUSBLICK

- 39 Die Zunahme von Dreieckskonstellationen im Öffentlichen Wirtschafts-, Regulierungs- und Infrastrukturrecht stellt das Verwaltungsrecht vor neue Herausforderungen. Interessen Dritter erlangen ein besonderes Gewicht, bezwecken Maßnahmen aus diesem Bereich doch regelmäßig Marktversagen zu verhindern.
- 40 Die Entwicklung von rechtlichen Problemlösungen bedarf nicht immer des Beschreitens gänzlich neuer Wege. Vielmehr können andere Rechtsgebiete Erfahrungswissen vermitteln. „Neues“ Verwaltungsrecht kann dann an „altes“ Verwaltungsrecht anknüpfen, dieses aufarbeiten und ergänzen. So kann etwa die Integration von kooperativen Elementen in das öffentliche Wirtschaftsrecht nach dem Vorbild des Gesundheits- und Umweltrechts dazu beitragen, rechtliche, wirtschaftliche, gesellschaftliche und politische aktuelle Konflikte im Bereich von Infrastruktur- und Wirtschaftsregulierung besser zu bewältigen als dies einem vor allem ordnungsrechtlich ausgerichteten Instrumentarium gelingt. Ein Kooperationsmodell vermag eine Vielzahl von Interessen und Rechtspositionen nachhaltig und variabel zu integrieren, während ein überwiegend ordnungsrechtlich ausgerichtetes Instrumentarium wegen der Grundvorstellung eines bipolaren Verhältnisses zwischen Hoheitsträger und Adressat in diesen Konstellationen an seine Grenzen stößt.
- 41 Eine genaue Ausgestaltung setzt indes Grundlagenorientiertes Steuerungswissen sowie das Wissen um die verschiedenen Materien der Wirtschaftsregulie-

³¹ BVerfG - 1 BvR 347/98.

rung, des Gesundheitsrechts und des Umweltrechts voraus, das zur Entwicklung passgenauer Instrumente eingesetzt wird. Dies zu entwickeln und kritisch zu begleiten, ist wertvolle Aufgabe einer Rechtswissenschaft, wie sie in Frankfurt betrieben wird.