

Krankenversorgung in kirchlicher Trägerschaft

I.

Caritas¹ ist die Wachstumsbranche der Kirchen. Wenn die Zeichen nicht trügen, derzeit die einzige. Das kirchliche Krankenhaus bildet dabei noch nicht einmal den kräftigsten Zweig. Gleichwohl ist er üppig entwickelt. In kirchlichen Händen befinden sich 36,8% aller Krankenhäuser in Deutschland und 31,5% der Betten. Daß die Zahl der Häuser höher liegt als die der Betten, ergibt sich aus dem relativ hohen Anteil kleinerer Krankenhäuser – ein sympathischer Befund, der zeigt, daß die Kirchen nicht im gleichen Maß vom Trend zum Megaklinikum erfaßt worden sind wie ihre Konkurrenz. Die Zahl der hauptberuflich in kirchlichen Krankenhäusern Beschäftigten, sei es voll-, sei es teilzeitlich, liegt bei etwa 280 000.² Das entspricht vier Fünfteln der vom Zwei-plus-Vier-Vertrag zugelassenen Maximalstärke der Bundeswehr.

Das kirchliche Krankenhaus hat herkömmlich einen guten Ruf, unter Christen wie Nichtchristen, denen es gleichermaßen seine Leistungen anbietet. Es macht gute Figur gegenüber seinen weltlichen Wettbewerbern. Überhaupt finden die karitativen Dienste der Kirche eine um vieles größere Akzeptanz als Gottesdienst und Verkündigung.

Die kirchlichen Krankenhausträger stehen vor zwei Aufgaben, die das Bundesverfassungsgericht beschreibt, und zwar: „einerseits ihrem religiösen Grundauftrag und dem kirchlichen Selbstverständnis treu zu bleiben und andererseits den Anforderungen an ihre medizinische, soziale und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gerecht zu werden“.³ Sie haben ihre sakrale Sendung mit der Krankenversorgung zu einen. Beides wird ihnen nicht leicht gemacht, vom Staat und seinem Recht, von der Gesellschaft und deren Einflüssen, vom eigenen Personal, von Kirchenleitung, Kirchenmitarbeitern und Kirchengemeinden.

Hinzu kommt die allgemeine Krankheit des deutschen Gesundheitswesens, die auch das kirchliche Krankenhaus wie andere freie Krankenhäuser befallen hat. Insofern wird

¹ Die Wörter „Caritas“ und „Diakonie“, das eine der Name der Organisation der katholischen, das andere der Name der Organisation der evangelischen Kirche, werden im folgenden synonym verwendet, wenn nicht ein spezifischer Konfessionsbezug besteht.

² Insgesamt sind in den Bereichen der katholischen Caritas und der evangelischen Diakonie etwa 750 000 Personen hauptberuflich beschäftigt. Statistische Angaben bei: *Josef Schmitz-Elsen*, Die karitativen Werke und Einrichtungen im Bereich der katholischen Kirche, in: Joseph Listl/Dietrich Pirson (Hg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1995, § 61, S. 789ff.; *Peter von Tiling*, Die karitativen Werke und Einrichtungen im Bereich der evangelischen Kirche, in: Joseph Listl/Dietrich Pirson (Hg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1995, § 62, S. 809ff.

³ BVerfGE 53, 366 (406).

die Kirche hier von außen in ihrer weltlichen Rolle als freier Träger betroffen. Doch sie ist auch von innen her bedroht durch geistliche Schwindsucht, mit der sich das Kirchliche im kirchlichen Krankenhaus abschwächt. Auf der einen Seite droht der Verlust an Leistungsfähigkeit, auf der anderen der Verlust der religiösen Substanz. Hier steht das kirchliche Krankenhaus im Sog der Säkularisierung, dort im Sog der Sozialisierung.

Damit sind die zwei kritischen Momente genannt, unter denen das kirchliche Krankenhaus nunmehr zu betrachten ist, seine Funktionsbedingungen und seine Kirchlichkeitsbedingungen. Sie werden vornehmlich aus dem Blickwinkel des staatlichen Rechts betrachtet.⁴

II.

Die kirchlichen Krankenhäuser stehen im Anbieterwettbewerb mit nichtkirchlichen Einrichtungen und haben sich in ihm zu behaupten. Die Funktionen kirchlicher Krankenhäuser und die ihrer säkularen Konkurrenz in freier oder öffentlicher Trägerschaft sind vergleichbar. Eben deshalb lassen sie sich über das staatliche Recht auf den gemeinsamen Begriff bringen: als Leistungserbringer im System der Gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung.

Alle Leistungserbringer müssen sich an denselben fachlichen Standards messen lassen, die sich aus dem Stand der Wissenschaft und Technik ergeben, aus den Vorschriften des Staates und den Erwartungen des Publikums: etwa therapeutischen, pflegerischen, technischen und baulichen Standards. Diese werden nicht von der Kirche definiert. Sie folgen, unabhängig von Religion, Weltanschauung und Moral, der Sachgesetzlichkeit des jeweiligen Tätigkeitsgebietes. Kirchliche Träger dürfen auch nicht hoffen, daß die allgemeinen Erwartungen an die fachliche Qualität gerade für sie gesenkt würden oder daß ein fachliches Defizit sich durch besondere geistliche Anstrengung kompensieren lasse. Berufliche Inkompetenz eines Krankenhausarztes wird nicht aufgewogen durch private Frömmigkeit. Gegen Unzulänglichkeit des Gebäudes, gegen hygienische Mißstände, gegen den Mangel notwendiger Geräte hilft Beten (allein) nicht. Die Kirche trägt den Sacherfordernissen Rechnung und achtet die Eigengesetzlichkeit der Lebensbereiche, in denen sie diakonisch wirken will.⁵

Die säkularen Sachbereiche, in denen die Kirche sich karitativ betätigt, unterliegen der Regelungskompetenz des Staates. Ihm obliegt es, die fachlichen Standards rechts-

⁴ Für die folgenden Ausführungen verweise ich allgemein auf Darstellung und Nachweise bei *Josef Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat, in: Joseph Listl/Dietrich Pirson (Hg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1995, § 59, S. 665ff.

⁵ Die katholische Kirche achtet heute die Autonomie irdischer Wirklichkeiten und bekennt sich dazu in der Pastoralkonstitution des Zweiten Vatikanischen Konzils „Gaudium et spes“ vom 7. Dezember 1965, n. 36. Vgl. auch: *Karl Forster*, Caritas: Lebens- und Wesensäußerung der katholischen Kirche – Herausforderung an die Mitarbeiter in kirchlich-karitativen Einrichtungen (1980), in: ders., Glaube und Kirche im Dialog mit der Welt von heute, Bd. 1, Würzburg 1982, S. 210 (214); *ders.*, Gewährleistung des katholischen Charakters des katholischen Krankenhauses (1981), in: ders., Glaube und Kirche im Dialog mit der Welt von heute, Bd. 1, Würzburg 1982, S. 235 (235f.).

verbindlich auszuformulieren und die Erwartungen der Hilfesuchenden rechtlich abzusichern. Darin sind Gefahren der Über- und Fehlreglementierung angelegt, wenn etwa das diakonische Krankenhaus sich der staatlichen Fassung anpassen soll nach Aufgabe, Kapazität, Organisationsstruktur, nach Therapie, Pflegemodalitäten und dem Ausbildungsgang der Krankenschwestern.

Ob und wie die kirchliche Einrichtung den fachlichen Anforderungen genügt, hängt ab von der fachlichen Qualifikation des Personals. Die kirchlichen Krankenhäuser sind darauf angewiesen, entsprechende Mitarbeiter zu werben und an sich zu binden. Sie müssen ihre Einstellungskriterien, ihre Aus- und Fortbildungsziele den Funktionserfordernissen anpassen.

Die wichtigsten Personalressourcen, aus denen gerade die katholische Kirche herkömmlich für die Krankenpflege hat schöpfen können, die geistlichen Orden, drohen heute zu versiegen. Der Anteil ihrer Angehörigen in der Caritas nimmt rapide ab.⁶ Damit schwindet die Möglichkeit der Kirche, zurückzugreifen auf die in den Orden verkörperte religiöse Hingabe an die karitative Aufgabe, auf unbedingten Altruismus, auf Anspruchslosigkeit in materiellen Dingen. Das heißt nicht, daß nicht doch wie eh und je Uneigennützigkeit, Zuwendung zum Nächsten und Gemeinsinn nachwachsen, mögen sie nun christlich motiviert sein oder sozial. Der ehrenamtliche Dienst ist noch nicht ausgestorben; gerade die Kirchen vermögen die Bereitschaft dazu in besonderem Maße zu wecken und zu fördern.

Dennoch ist der Zug zur Professionalisierung auch im diakonischen Bereich unaufhaltsam (mag er auch teilweise weniger durch Sacherfordernisse als durch Prestigebedürfnisse in Gang gehalten werden). Die Einrichtungen müssen ihr Personal auf dem Arbeitsmarkt gewinnen. Um im Wettbewerb bestehen zu können, haben sie die marktüblichen Arbeitsbedingungen anzubieten, zumal hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsentgelt, und dürfen nicht erwarten, daß qualifizierte und unworbene Kandidaten, etwa der Chefarzt-Prätendent, sich mit der Aussicht auf Gotteslohn vertrösten lassen.

Die Caritas bedient sich des staatlichen Arbeitsrechts und paßt sich insoweit der Arbeitswelt an. Der Staat tritt auf den Plan, um arbeitsrechtliche Vorschriften zum Schutz der kirchlichen Bediensteten durchzusetzen, die Kirche wie einen üblichen Arbeitgeber zu behandeln und sie den allgemeinen Regeln über Berufsausbildung und Kündigungsschutz, Mutterschutz, Tarifautonomie, Mitbestimmung und soziale Sicherheit zu unterwerfen. Über die Institute des kollektiven Arbeitsrechts öffnet das staatliche Recht die diakonischen Werke dem Einfluß der Gewerkschaften. Den kirchlichen Einrichtungen droht Gleichschaltung mit den nichtkirchlichen.

Schwierigkeiten ergeben sich aus der Finanzierung. Errichtung, Betrieb und Unterhalt diakonischer Einrichtungen erfordern erheblichen und stetigen Finanzaufwand. Die Träger können nicht darauf bauen, daß ihre Benutzer kostendeckende Entgelte

⁶ 1945 lag der Anteil der Ordensangehörigen unter den Mitarbeitern im karitativen Bereich der katholischen Kirche über 60%, 1950 bei 57%, 1992 bei 4,63% und 1994 bei 3,87%. Die Schwesternschaften sind überaltert, der Nachwuchs bleibt aus. Dazu *Hans Harro Bühler*, Altersaufbau, Nachwuchs und Tätigkeitsfelder der katholischen caritativen Schwesterngemeinschaften, in: Caritas '95. Jahrbuch des Deutschen Caritasverbandes, Freiburg i. Br. 1994, S. 435 ff. Statistik bei *Josef Schmitz-Elsen* (N 2), § 61, S. 792 f.

erbringen; diese sind durchwegs dazu nicht in der Lage. Die Kirche darf aber ihr Angebot prinzipiell nicht auf den Kreis leistungsfähiger Destinatäre beschränken, ohne mit ihrer karitativen Sendung in Widerspruch zu geraten. Karitative Einrichtungen zielen ohnehin nicht auf Gewinn. Sie erbringen ihre Dienste selbstlos, ausschließlich und unmittelbar gemeinnützig oder mildtätig, wie es der steuerrechtlichen Konzeption der steuerbegünstigten Zwecke entspricht.

Die Kirche bringt hohe Eigenleistungen auf für ihre karitativen Einrichtungen, die sie aus dem Aufkommen der Kirchensteuer und aus Spenden finanziert. Sie tut gut daran, gerade Kirchensteuermittel zu verwenden,⁷ weil diese politisch immer wieder umstrittene Steuer daraus eine besondere altruistische Legitimation erhält; denn die karitativen Ausgaben kommen auch Nichtmitgliedern zugute, die der Kirchensteuer nicht unterliegen. Doch die Last der karitativen Einrichtungen, zumal der Krankenhäuser, übersteigt um vieles die Finanzkraft der Kirche.

Der marktwirtschaftliche Mechanismus von Angebot und Nachfrage ist im Bereich der sozialen Dienste und im Gesundheitswesen weitreichend außer Kraft gesetzt und abgelöst durch sozialstaatliche Verteilungssysteme wie Sozialversicherung und Sozialhilfe. Im dritten Sektor zwischen Staat und Markt ist die Kirche unabweislich angewiesen auf direkte oder indirekte Finanzmittel des Staates. Eben dadurch droht ihr auch Abhängigkeit vom Staat, nicht nur in finanzieller Hinsicht. Für den Staat liegt es nahe, seine Zuwendungen an Bedingungen und Auflagen zu knüpfen, daß die Kirche sich seinen Vorgaben über Organisation und Leistung anpaßt und sich in ein von ihm vorgefertigtes Kooperationschema fügt: „Wer zahlt, schafft an.“ Die Kirche übernimmt die staatlichen Vorgaben scheinbar freiwillig; scheinbar schaltet sie sich selbst gleich. Doch nur scheinbar. Praktisch bleibt ihr jedoch keine andere Wahl, wenn sie nicht auf Präsenz in kostenträchtigen Feldern der Caritas verzichten will. Hier zeigt sich, daß die Grundrechte in ihrer primären Funktion als Abwehrrechte nicht ohne weiteres greifen. Als Preis, den die staatliche Finanzierung kostet, droht im äußersten Fall die kalte Sozialisierung.

III.

Es bedarf keiner umständlichen verfassungsrechtlichen Deduktion, um darzutun, daß der Staat der Gegenwart für die Leistungsfähigkeit der Krankenhäuser im Ganzen Verantwortung trägt. Er kommt ihr nach durch Planung und Regelung, durch Leistung und Unterhalt eigener Einrichtungen. Die freien Träger sind in vielfacher Weise angewiesen auf Vorkehrungen des Staates, insbesondere auf das System der Gesetzlichen Krankenversicherung. Die Zulässigkeit der staatlichen Aktivität wird dem Grunde nach allseits anerkannt. Umstritten ist dagegen die Reichweite.

⁷ Im Jahr 1986 erhielten Einrichtungen und Verbände der Caritas von der katholischen Kirche 970 Mio. DM an Zuwendungen (16,7% des Gesamtaufkommens an Kirchensteuer und Kirchgeld). In der evangelischen Kirche lag der Betrag für die Diakonie bei 760 Mio. DM (13,1%). Quelle: *Eberhard Goll, Die freie Wohlfahrtspflege als eigener Wirtschaftssektor, Baden-Baden 1991, S. 305 ff.*

Mächtige politische Tendenzen gehen heute dahin, dem Staat die umfassende Regu- lings- und Organisationskompetenz im Krankenhausbereich zuzuweisen. Die verfas- sungsrechtliche Legitimation soll die Sozialstaatsklausel bieten. Eine typische Legitima- tionsthese lautet: alle Krankenhäuser unterfielen der „gesamtplanerischen Gesamtver- antwortung“ des Sozialstaats. Die kirchlichen Träger hätten sich trotz ihres Grund- rechtsschutzes dieser Gesamtverantwortung unterzuordnen. Es sei ihnen zwar weiter- hin gestattet, auf dem Gebiet der Sozialarbeit präsent zu bleiben, aber nur in „pflichten- geneigter“ Kooperation. Sie müßten die Pflichten übernehmen, die ihnen der souveräne Kooperator Sozialstaat zuweise.⁸ Ergebnis: die Kirchen dürfen das Gnadenbrot des Sozialstaats essen, sofern sie sich seinen Plänen gefügig erweisen.

Es bedarf keines juristischen Aufwandes, um eine politische Wunschvorstellung an die Sozialstaatsklausel zu hängen, weil das Adjektiv „sozial“ weit, undeutlich, ohne scharfe rechtliche Kontur und Ausprägung im Verfassungstext steht. Es ist dagegen nicht einfach, Inhalt und Grenzen der Klausel in Zusammenschau mit den sonstigen Verfassungsregelungen im Einzelfall zu bestimmen. Die Sozialstaatsklausel enthält das hochabstrakte Staatsziel, das menschenwürdige Mindestmaß in den gesellschaftlichen Verhältnissen zu gewährleisten. Der Sozialstaat ist angelegt auf ein Gegenüber: die Gesellschaft als den Bereich grundrechtlicher Freiheit. Er setzt die gesellschaftlichen Freiheitsrechte, zu denen die Kirchenautonomie gehört, voraus. Er sichert dieser Frei- heit die realen Entfaltungsbedingungen und die Breitenwirkung; er korrigiert Mißstän- de, greift ein, wo gesellschaftliche Autonomie versagt, um ein Mindestmaß an men- schenwürdigen Lebensbedingungen für jedermann zu erreichen. Die Aktivität des grundrechtsfördernden und grundrechtsgebundenen Sozialstaats wird gesteuert durch das Subsidiaritätsprinzip. Nur dort hat er ein Mandat zum Handeln, wo die grund- rechtslegitimierten freien Träger nicht fähig und nicht bereit sind, gemeinschaftswichti- ge öffentliche Aufgaben der Gesundheitsvorsorge und der Krankenversorgung ange- messen zu erfüllen. Konkrete Formen nimmt das Subsidiaritätsprinzip an in den Grundrechten, insbesondere in der Kirchenautonomie, und ihren Schranken. Eine pau- schale Berufung auf die Sozialstaatsklausel schafft keine Rechtfertigung.

Die Grundrechte, die nicht nur dem einzelnen, sondern auch den gesellschaftlichen Verbänden zukommen, die nicht nur die private Tätigkeit, sondern auch das öffentliche Wirken schützen, ermöglichen Freiheit und Vielfalt in der Erfüllung sozialer Aufgaben. Alle Grundrechtsträger sind berufen, nach ihren Fähigkeiten an der Herstellung des Gemeinwohls, auch in seiner sozialen Dimension, mitzuarbeiten. Der arbeitsteilige Dienst der freien Leistungsträger für das Gemeinwohl und die korrespondierende sub- sidiäre Letztverantwortung des Sozialstaates machen den freiheitlichen Verfassungs- staat aus. Die Aktivierung der Grundrechte verhindert, daß der Sozialstaat ein Sozial- monopol gewinnt und zum totalen Betreuungsstaat auswächst.⁹

⁸ So *Alfred Rinke*, Die karitative Betätigung der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Ernst Friesen- hahn/Ulrich Scheuner i.V.m. Joseph Listl (Hg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Zweiter Band, 1. Aufl., Berlin 1975, S. 345 (357ff.). Kritik: *Walter Leisner*, Caritas – innere Angelegenheit der Kirchen, in: DÖV 1977, S. 475 ff.

⁹ Vgl. BVerfGE 22, 180 (204); 29, 221 (236). Näher zur Relevanz des sozialen Staatsziels: *Isensee* (N 4), S. 697 ff. (Nachw.).

Ein Machiavelli der Sozialpolitik könnte dem Sozialstaat raten, die Tätigkeit der kirchlichen Träger zu dulden und sogar zu fördern, um aus ihr für sich Nutzen zu ziehen. In den Kirchen wirken religiöse und moralische Kräfte, die der Staat nicht von sich aus aktivieren und in Pflicht nehmen könnte, weil sie außerhalb seines säkularrechtlichen Horizonts entspringen. Diese Kräfte aber bringen Leistungen hervor, die der ganzen Gesellschaft zugute kommen und den Staat entlasten.

Der Pluralismus sozialer Dienste, den die Verfassung des freiheitlichen Gemeinwesens gewährleistet, wird vom Sozialgesetzbuch vorausgesetzt, das ein Modell der Kooperation unterschiedlicher Leistungsträger zeichnet: „In der Zusammenarbeit mit gemeinnützigen und freien Einrichtungen und Organisationen wirken die (sc. öffentlichen) Leistungsträger darauf hin, daß sich ihre Tätigkeit und die der genannten Einrichtungen und Organisationen zum Wohl der Leistungsempfänger wirksam ergänzen. Sie haben dabei deren Selbständigkeit in Zielsetzung und Durchführung ihrer Aufgaben zu achten“.¹⁰ Die Kooperation der Leistungsträger ist auch im Krankenhausbereich ein Gebot der praktischen Vernunft. Es wäre jedoch naiv, wenn die Kirchen glaubten, mit löblichen Harmonisierungsformeln wie „Zusammenarbeit“ und „Partnerschaft“ Konflikte meiden oder lösen zu können. Staat und Kirche sind nach Legitimation wie Mächtigkeit wesentlich ungleich. Der kirchliche „Partner“ bedarf der verfassungsrechtlichen Absicherung seiner Basis, damit er zur Zusammenarbeit fähig ist, ohne fürchten zu müssen, von der Umarmung seines staatlichen Partners erdrückt zu werden. Die Kirchen können in den sozialetischen Harmonisierungsidealen ebensowenig Ersatz für ihre grundrechtlichen und staatskirchenrechtlichen Gewährleistungen finden, wie die Gewerkschaften in der Lage wären, angesichts der Prinzipien von Sozialpartnerschaft und konzertierter Aktion das Grundrecht der Koalitionsfreiheit zu entbehren.

Außer Zweifel steht, daß die Kräfte im Gesundheitswesen gebündelt werden müssen. Doch können die freien Träger nur dann gefahrlos in ein solches Bündnis finden, wenn ihre rechtlichen Ausgangspositionen klar gewährleistet werden.

IV.

Eine Bewährungsprobe für die Grundrechte gibt die Krankenhausfinanzierung auf. Sie berührt die kirchlichen Träger wie die sonstigen freigemeinnützigen Träger im Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), das ihnen zusteht, auch wenn sie nicht auf Gewinn ausgehen.¹¹ Die Entscheidung des Kostenträgers, ob und wieweit er

¹⁰ § 17 Abs. 3 S. 1, 2 SGB I.

¹¹ Die Frage ist umstritten. Die Geltung der Berufsfreiheit für gemeinnützige Träger vertreten: BVerwGE 95, 15 (19f.); *Otto Bachof/Dieter Scheuing*, Verfassungsrechtliche Probleme der Novellierung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes, Freiburg i. Br., Stuttgart 1979, unter ausdrücklicher Aufgabe ihrer früheren Rechtsauffassung; *Walter Leisner*, Die Lenkungsauflage, Stuttgart 1982, S. 15; *ders.*, Kostendeckung, Köln u. a. 1984, S. 34; *Otto Depenheuer*, Staatliche Finanzierung und Planung im Krankenhauswesen, Berlin 1986, S. 109ff.; *Josef Isensee*, Kassenarztmonopol und nichtärztliche Leistungserbringer, Köln u. a. 1995, S. 45f. – A. A. *Roland Wegener*, Staat und Verbände im Sachbereich Wohlfahrtspflege, Berlin 1978, S. 275; *Joachim Wieland*, Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. 12. 1993, in: JZ 1995, S. 96 (97).

auf wirtschaftlichen Vorteil ausgeht oder sich mit Kostendeckung, gänzlich oder teilweise, begnügen will, konstituiert nicht den grundrechtlichen Berufsbegriff und nicht den grundrechtlichen Schutzbereich. Die Entscheidung unterliegt vielmehr der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung des Berufsinhabers und bildet einen Akt der Berufsausübung. Staatliche Vorgaben für die Wirtschaftsführung und für die Bemessung der Entgelte greifen in den grundrechtlichen Schutzbereich ein und lösen den grundrechtlichen Rechtfertigungszwang aus.

Das trifft besonders zu für das Recht der dualen Krankenhausfinanzierung.¹² Dieses gewährleistet den Krankenhäusern nur die Deckung der Betriebskosten über die Pflegesätze, während die Investitionskosten außen vor bleiben, um die Beitragszahler der Gesetzlichen Krankenversicherung zu entlasten, ohne aber den Leistungserbringern einen Ausgleich zu geben. Diese Abweichung vom Kostendeckungsprinzip ist unter den heutigen Gegebenheiten mehr als eine übliche Regulierung der Berufsausübung; sie kommt einer Beschränkung der Berufswahl zumindest nahe, weil die Gesetzliche Krankenversicherung, mithin der Anwendungsbereich der Pflegesätze, mehr als 90% der Bevölkerung erfaßt und das freigemeinnützige Krankenhaus nicht auf die privatversicherte Minderheit ausweichen kann.¹³ Der Eingriff in das Grundrecht des Krankenhausträgers muß jedenfalls den Mindestanforderungen der Verfassung genügen und sich aus vernünftigen Gründen des Gemeinwohls rechtfertigen.

Dafür genügt es nicht, daß das Ziel an sich legitim ist, hier also das Ziel, die Kassen zu entlasten und höhere Beiträge zu vermeiden. Vielmehr bedarf es der Begründung, daß der Grundrechtseingriff gerade gegenüber dem Krankenhaus um dieses Zieles willen erforderlich und angemessen ist. Eben das läßt sich nicht dartun.¹⁴ Der Gesetzgeber entbindet die Kassen von einer Finanzierungsaufgabe und schafft damit eine Finanzierungslücke für die Krankenhäuser, obwohl diese keine spezifische Finanzierungsverantwortung für jene tragen. Es handelt sich um eine staatliche Wohltat auf Kosten Dritter.

Die Krankenhausförderung der Länder schafft keinen angemessenen Ausgleich. Denn sie bemißt sich nicht nach der Inanspruchnahme der Leistungen durch die Patienten, sondern nach den Daten der staatlichen Bedarfsplanung. Der Staat bedient sich der Finanzierungslücke für seinen Planungsehrgeiz und etabliert eine Form der Investitionslenkung. Diese bildet ihrerseits einen grundrechtlichen Eingriff in die Berufsfreiheit, der vergeblich nach grundrechtlicher Rechtfertigung ruft. Die Lenkungsbefugnis

¹² Darstellung des dualen Systems: *Depenheuer* (N 11), S. 38ff.; *Jürgen Faltin*, Freigemeinnützige Krankenhausträger im System staatlicher Krankenhausfinanzierung, Köln u. a. 1986, S. 79ff., 115ff.; *Christian Graf von Pestalozza*, Rechtsfragen der Krankenhausfinanzierung in Berlin, Typoskript 1988, S. 23 ff.

¹³ Den Gedankengang entwickelt das Bundesverfassungsgericht am Fall des Kassenarztes (E 11, 30 [41ff.]) und des Kassenzahnarztes (E 12, 144 [147]).

¹⁴ Die Unvereinbarkeit mit der Berufsfreiheit nehmen an: *Bachof/Scheuing* (N 11), S. 15f.; *Depenheuer* (N 11), S. 189ff.; *Josef Isensee*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer Krankenhausreform, in: Robert Bosch Stiftung (Hg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung – Verfassungsrechtliche Stellungnahmen, T. 2, Gerlingen 1990, S. 97 (124ff.); *Alexander Hollerbach*, Freiheit kirchlichen Wirkens, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (= HStR), Bd. VI, 1989, § 140, Rdnr. 21. A. A. *Graf Pestalozza* (N 12), S. 45ff.

läßt sich nicht damit rechtfertigen, daß die Krankenhausträger von staatlichen Investitionsleistungen abhängig seien. Denn diese Abhängigkeit ist von Staats wegen oktroyiert. Die Krankenhausförderung gleicht sie nicht aus, sondern macht sie sich zunutze. Freilich kann sich nach Maßgabe der Plandaten im Einzelfall ergeben, daß ein Krankenhausträger mehr Mittel erhält, als ihm bei voller Kostendeckung zustünden. Doch das ändert nichts an dem rechtlichen Befund, daß das geltende Recht seiner *Struktur* nach das Äquivalenzprinzip durchbricht und so gegen die Berufsfreiheit verstößt.

In der Anfangszeit des dualen Systems, in den fetten Jahren des Finanz- und Sozialstaates, waren die rechtlichen Mängel für die kirchlichen Träger nicht spürbar, weil die Geldmittel reichlich, vielfach sogar über-äquivalent, flossen. Nun in den mageren Jahren müssen Prioritäten gesetzt werden. Nun drücken die Strukturen.

Wenn die freigemeinnützigen Träger jetzt rechtliche Rügen erheben, können ihnen nicht die Einwände des Grundrechtsverzichts der Verwirkung oder des *Venire contra factum proprium* entgegengehalten werden. Das Erstgeburtsrecht der Grundrechte kann nicht durch finanzielle Linsengerichte abgekauft werden.

V.

Der Rechtszwang zum Defizit und die damit verbundene Investitionslenkung kollidieren auch mit den Eigentumsrecht. Sie lassen zwar das zivilrechtliche Eigentum an den baulichen Anlagen und den Geräten des Krankenhauses bestehen. Doch sie entwerthen den Betrieb insgesamt, weil sie ihm die Chance nehmen, die Anlagen ökonomisch zu nutzen, die Investitionskosten zu erwirtschaften und eigene Investitionsentscheidungen zu treffen. Sie hindern den wirtschaftlichen Gebrauch und verkürzen die durch das Eigentum vermittelte Dispositionsfreiheit. Die Beschränkung des Eigentums läßt sich nicht plausibel begründen; sie ist unvereinbar mit der Eigentumsgarantie.¹⁵ Eine Investitionslenkung der freien Krankenhäuser nach gemeinwirtschaftlichen Zielen überschreite die Schwelle zur Sozialisierung und wäre schon deshalb verfassungswidrig, weil Dienstleistungseinrichtungen nicht zu den von der Verfassung vorgesehenen sozialisierungsfähigen Produktionsmitteln gehören.¹⁶

Gegenständen, die freien Trägern als bürgerlichrechtliches Eigentum gehören, wird der grundrechtliche Schutz aus Art. 14 GG nicht deshalb versagt, weil sie mit Hilfe staatlicher Förderungsmittel erworben worden sind oder erhalten werden. Dabei bedarf es nicht des Rückgriffs auf das Argument, daß die Träger selbst auch Kapital und Arbeit aufgewendet hätten. Dieses Kriterium spielt eine Rolle, wenn grundrechtlich schutzfähige öffentlich-rechtliche Leistungsansprüche und -anwartschaften zu unterscheiden sind von nicht schutzfähigen, die allein der staatlichen Fürsorge entspringen. Doch

¹⁵ *Depenheuer* (N 11), S. 265 ff.

¹⁶ Die Sozialisierungsermächtigung in Art. 15 GG bewirkt durch ihre tatbestandlichen Voraussetzungen und ihre Rechtsfolgen mittelbar Eigentumsschutz. Dazu *Walter Leisner*, *Der Sozialisierungsartikel als Eigentumsgarantie*, in: *JZ* 1975, S. 272 ff.

auch Geld- und Sachleistungen der Sozialhilfe werden in der Hand ihres Empfängers zu Eigentum, das unter dem Schutz des Art. 14 GG steht. Ebenso erfaßt das Grundrecht das private Wohnungsbaueigentum, das auf staatliche Wohnungsbauförderung zurückgeht; deren Sinn ist es gerade, den Erwerb von Privateigentum zu ermöglichen. Gleich, ob ein Anspruch auf staatliche Zuwendung besteht oder nicht: zweckgerecht verwendet und „ins Werk“ gesetzt, wird sie unterfangen von der Verfassungsgarantie. Vermögensrechte des Privaten finden den Schutz der Verfassung, gleich, ob sie durch eigene Leistung „verdient“ sind oder sich dem Glück verdanken. So erlangen die freien Krankenhausträger über die Investitionsförderung der Länder grundrechtlich geschütztes Eigentum an ihren Investivgütern, ohne daß danach gefragt werden muß, ob die Zuwendungen als (unvollkommenes) Äquivalent der erbrachten Pflegeleistungen ausgewiesen werden können oder ob sie darüber hinausgehen. Das Ergebnis der Investitionen genießt grundrechtlichen Schutz, ohne Rücksicht auf die verfassungsrechtlich maroden Grundlagen ihrer Finanzierung.

VI.

Die Gesundheitspolitik wendet sich heute ab von der dualen Finanzierung und neigt zu einer monistischen Lösung. Die praktische Folge dürfte sein, daß die Länder ihre Zuwendungen für die Investitionskosten einstellen, ohne daß die Kassen, zur Beitragsstabilität verpflichtet, die Pflegesätze erhöhen, so daß es den Krankenhäusern überlassen wird, mit der Unterdeckung auszukommen.

Als Patentlösung bietet sich hier an, daß der Gesetzgeber die Verteilung des Mangels einer Selbstverwaltungskörperschaft anvertraut. Vorbild könnte die Einschaltung der Kassen und Kassenärztlichen Vereinigungen sein bei der Budgetierung der kassenärztlichen Leistungen. In der sozial- und gesundheitspolitischen Debatte über eine Reform des Krankenhauses taucht denn auch der Vorschlag auf, alle (Plan-)Krankenhäuser, die Leistungserbringer im System der Gesetzlichen Krankenversicherung sind, in einer Zwangskörperschaft zusammenzufassen, ähnlich wie die Kassenärzte in der Kassenärztlichen Vereinigung, und diesem Verband die Befugnis zu geben, über die Verteilung der Vergütungen und Investitionsmittel, über Ausbau und Abbau der Kapazitäten, letztlich über den Verbleib im System der Gesetzlichen Krankenversicherung, unter den heutigen Gegebenheiten praktisch also über die wirtschaftliche Existenz, zu entscheiden.¹⁷ Wesentliche unternehmerische Entscheidungen sollen den einzelnen Trägern entzogen und auf die Körperschaft übergeleitet werden. An die Stelle der Selbstbestimmung träte Mitbestimmung. Eine solche Körperschaft wäre, verfassungsrechtlich gesehen, heterogen zusammengesetzt: Neben der Mehrheit öffentlicher Träger, die keinen Grundrechtsschutz genießen, stünden die freien, die sich auf die Grundrechte

¹⁷ Exemplarisch der von der Robert Bosch Stiftung initiierte und editierte Vorschlag „Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung“, Bericht der Kommission Krankenhausfinanzierung der Robert Bosch Stiftung, Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, T. 1, Gerlingen 1987.

berufen könnten, freilich nicht alle auf dieselben wie die Kirche. Ihrer grundrechtlichen Besonderheit und ihrer Selbstbestimmung könnte nicht Rechnung getragen werden durch Vorkehrungen eines Minderheitenschutzes. Denn Sinn einer solchen Körperschaft wäre es gerade, Probleme durch den Mehrheitsentscheid der Betroffenen zu lösen. Dieser aber würde vereitelt, wenn einzelne sich nicht überstimmen lassen müßten. Damit zeigt sich ein grundrechtliches Dilemma. Entweder wäre die Körperschaft kraft des Mehrheitsprinzips handlungsfähig, dann würde die grundrechtliche Selbstbestimmung der freien Träger aufgehoben. Oder aber die Selbstbestimmung bliebe erhalten, kraft Minderheitenschutzes, dann wäre die Körperschaft nicht fähig, ihre Aufgabe zu erfüllen. Für eine nicht zwecktaugliche Körperschaft ließe sich wiederum die Sinnhaftigkeit einer Pflichtmitgliedschaft nicht grundrechtlich plausibel machen.¹⁸ Die kirchlichen Krankenhausträger könnten sich unter Berufung auf ihre Grundrechte gegen die Eingliederung in eine Körperschaft mit Aussicht auf Erfolg wehren.

VII.

Die kirchlichen Träger haben nicht nur teil an den allgemeinen Freiheitsrechten, wie sie allen Trägern zustehen. Sie genießen auch spezifischen Schutz durch das Grundrecht der korporativen Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) sowie durch die staatskirchenrechtliche Gewähr der Kirchenautonomie (Art. 137 Abs. 3 WRV i.V.m. Art. 140 GG).¹⁹

Der gleiche Grundrechtsstandard, den das Grundgesetz den freigemeinnützigen Trägern gewährleistet, erweist sich für die kirchlichen Träger nur als grundrechtlicher Mindeststandard. Religionsfreiheit und Kirchenautonomie gehen als *leges speciales* den allgemeinen Grundrechten vor. Sie bieten den Religionsgemeinschaften in ihrer karitativen Betätigung stärkeren Schutz vor staatlicher Ingerenz als den weltlichen Organisationen der Wohlfahrtspflege. Damit kommt ihnen ein exponierter grundrechtlicher Status zu, der nicht von den Gleichbehandlungsgeboten der Verfassung her in Frage gestellt werden kann, weil er selbst in der Verfassung begründet ist.

Gesetzliche Regelungen, die für nichtkirchliche Häuser von Verfassungen wegen unbedenklich sind, können an den grundrechtlichen und staatskirchenrechtlichen Gewährleistungen scheitern, die um der freien Religionsausübung willen das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen schützen. Zur Religionsausübung gehört die karitative Tätigkeit der Kirchen, wie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung feststellt.²⁰ Damit bildet das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 2 GG auch das grundrechtliche Fundament des kirchlichen Krankenhauses. Über das Grundrecht hinaus greift der

¹⁸ Näher *Peter Lerche/Christoph Degenhart*, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, in: Robert Bosch Stiftung (Hg.), Krankenhausfinanzierung, T. 2 (N 14), S. 11 (33 ff., 53 ff.); *Isensee* (N 14), S. 97 (130 ff., 141 ff.); *Wolfgang Rübner*, Zum Problem der Zusammenfassung kirchlicher und anderer Krankenhausträger in Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: NZS 1996, S. 49 ff.

¹⁹ Dazu näher mit Nachw. *Isensee* (N 4), S. 714 ff.

²⁰ Vgl. BVerfGE 24, 236 (246 f.); 70, 138 (163 f.) – st. Rspr.

Schutz der Kirchenautonomie. Sie sichert einen Freiraum nicht nur für das religiöse Proprium (den „Geist“) der kirchlichen Einrichtung, sondern auch für die Organisation. Der Gesetzgeber, der das Krankenhaus neu ordnet, muß den kirchlichen Häusern „eigene Wege offenhalten, auf denen sie die etwa erforderlichen Strukturverbesserungen und Erneuerungen des Krankenhauses unter Berücksichtigung der besonderen kirchlichen Aspekte und in der vom kirchlichen Selbstverständnis gebotenen Form verwirklichen“.²¹

Das Bundesverfassungsgericht hat das kirchliche Selbstbestimmungsrecht im Krankenhaus in grundlegenden Entscheidungen herausgearbeitet, den Schutzbereich der eigenen Angelegenheiten der Kirche weit und die Reichweite des „für alle geltenden Gesetzes“ eng definiert. Der eingreifende Gesetzgeber ist nach Maßgabe der Kirchenautonomie zu einer Güterabwägung verpflichtet mit Rücksicht auf das zwingende Erfordernis des friedlichen Zusammenlebens von Staat und Kirche zwischen

- einerseits: dem Ordnen und Verwalten der eigenen Angelegenheiten durch die Kirche nach ihrem Selbstverständnis, auch in den organisatorischen, planerischen Angelegenheiten,
- andererseits: dem staatlichen Schutz anderer für das Gemeinwesen bedeutsamer Rechtsgüter.

Die rechtlich verselbständigten karitativen Einrichtungen der Kirchen haben an der Kirchenautonomie teil, wenn sie den Kirchen funktionell zugeordnet und personell mit ihnen eng verflochten sind.²² Die praktische Folge dieser Verfassungslage ist die Tendenz der Kirchen, ihre karitativen Einrichtungen enger in ihre Organisation einzubinden, und ihre Empfindlichkeit gegen Tendenzen, die eine institutionelle Absonderung – mit der Gefahr des Verlustes des verfassungsrechtlichen Sonderstatus – bewirken könnten.

VIII.

Der besondere verfassungsrechtliche Schutz des kirchlichen Krankenhauses braucht sich derzeit nicht gegen kirchenfeindliche Maßnahmen des Staates zu bewähren. Solche sind unter den obwaltenden politischen Umständen nicht zu erwarten. Die Gefahr, die der Kirche von staatlicher Seite droht, ist das immer dichtere Netz der Reglementierung, mit welcher der Staat den dritten Sektor überzieht, zumal das Gesundheitswesen. Das soziale Staatsziel gibt kräftige Impulse, die Rückstände der Privatautonomie zu absorbieren und die bestehenden Unterschiede einzuebennen. Eine sozialstaatliche Regulierung erzeugt über ihre Folgen und Nebenfolgen die Notwendigkeit weiterer Regulierungen. Vollends erzwingt die Finanzknappheit weitere engmaschige Normierungen. Der Sozialstaat geht darauf aus, die Gesellschaft nach seinem Bilde umzuformen. Ihm sind kirchenfeindliche Regungen fremd. Die Kirche hat jetzt nicht mehr, wie einst vom

²¹ BVerfGE 53, 366 (405).

²² BVerfGE 46, 73 (83 ff.); 57, 220 (241 ff.).

liberal-laizistischen Staat, Diskriminierung zu fürchten, sondern Gleichschaltung. Das nivellierende Gesetz des Sozialstaats gilt für das gesamte Gesundheitswesen, für alle Krankenanstalten, für jeden Arbeitgeber – gleich, ob kirchlich oder säkular. Der Staat nötigt dem Ordenskrankenhaus das gleiche Mitbestimmungsmodell und das gleiche Berufsbildungsschema auf wie dem Betrieb der gewerblichen Wirtschaft. Er öffnet zwangsweise die kirchlichen Häuser für hausfremde Gewerkschaftsfunktionäre, wie er ihnen Zugang zu den Fabriken verschafft. Die soziale Walze rollt ungehemmt über kirchliche und nichtkirchliche Besonderheiten hinweg und macht alles gleich. Das für jedermann gleiche Gesetz, das der Kirche in der liberalen Ära Freiheit verbürgt hat, wird ihr in der sozialstaatlichen zum Verhängnis. Sie ist nunmehr auf Sonderregelungen, auf Ausnahmen und Befreiungen vom sozialen Egalisierungsgesetz angewiesen, damit ihre Eigenart noch Entfaltungsmöglichkeiten behält.

Das Interesse der kirchlichen Einrichtung geht dahin, daß sie nicht behandelt wird wie ein gewerbliches Unternehmen oder ein politischer Interessenverband und von Regelungen freigestellt wird, die, mögen sie ansonsten durch soziale Belange gerechtfertigt werden, sie hindern, sich ihrer kirchlichen Bestimmung gemäß zu entfalten. Das Bedürfnis richtet sich nicht auf die fachlichen Standards der Krankenversorgung, sondern auf den Binnenbereich des Krankenhauses: Organisation und Personalwesen. Hier bedarf die Kirche der größeren Gestaltungsmöglichkeiten als der normale freie oder öffentliche Träger. Denn das Religiöse muß sich im Atmosphärischen geltend machen, im Stil des Hauses, in der Art und Weise, wie der Dienst am Kranken erbracht wird.

Auf die heutige Gefahrenlage antwortet das Bundesverfassungsgericht mit der Jedermann-Formel, nach der es die Anforderungen an die für alle geltenden Gesetze, die Schranken des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts, bemißt: Für alle geltende Gesetze sind solche, die für die Kirche dieselbe Bedeutung haben wie für den Jedermann. „Trifft das Gesetz die Kirche nicht wie den Jedermann, sondern *in ihrer Besonderheit als Kirche* härter, ihr Selbstverständnis, insbesondere ihren geistig-religiösen Auftrag beschränkend, also *anders* als den normalen Adressaten, dann bildet es insoweit keine Schranke.“²³ Die Jedermann-Formel wird ergänzt durch das Gebot der Güterabwägung zwischen

- dem selbständigen Ordnen und Verwalten der eigenen Angelegenheiten durch die Kirchen und
- dem staatlichen Schutz anderer für das Gemeinwesen bedeutsamer Rechtsgüter.²⁴

Dem staatlichen Gesetzgeber bleibt grundsätzlich die Befugnis, die religiös indifferenten Rahmenbedingungen des kirchlichen Handelns festzulegen, etwa die baulichen und hygienischen Anforderungen, die karitative Anstalten nicht anders betreffen als ihre weltlichen Pendanten. Er definiert die öffentlichen Aufgaben, zu deren Dienst sich karitative Träger in Kooperation mit anderen Trägern bereitfinden, etwa den Sicherstellungsauftrag im Gesundheitswesen, und legt die fachlich-technischen Standards fest. Doch kann er die Kirche nicht gegen ihren Willen verpflichten, bestimmte soziale

²³ BVerfGE 42, 312 (334).

²⁴ BVerfGE 53, 366 (400f.).

Aufgaben zu übernehmen. Unter keinen Umständen darf er Druck ausüben, Maßnahmen durchzuführen, die sie sittlich verurteilt, etwa Abtreibung und Euthanasie. Auch eine Drohung aus diesen Gründen, die Förderung zu kürzen, wäre verfassungswidrig.

Aus der staatlichen Kompetenz, das Ziel festzulegen, ergibt sich jedoch nicht zwingend auch die Kompetenz, den Weg vorzuschreiten und das „Procedere“ zu regeln. Gerade soweit das „Was“ der Dienstleistungen durch Sachgesetzlichkeit und staatliches Recht determiniert wird, muß der Diakonie die Freiheit im „Wie“ zukommen und die Möglichkeit offenstehen, Verfahren, Stil und Atmosphäre spezifisch zu prägen. Bloße Nützlichkeits- und Effizienzerwägungen des Staates reichen nicht aus, um die innere Ordnung des Krankenhauses zu regulieren.²⁵

Die innere Willensbildung karitativer Einrichtungen entzieht sich prinzipiell der staatlichen Regulierung. Das gilt an sich für jede grundrechtsfähige Organisation, weil Selbstbestimmung und Identität davon abhängen. Kirchliche Einrichtungen vertragen aber um des kirchlichen Propriums willen auch nicht solche Regelungen, die sonstigen Einrichtungen grundrechtlich zumutbar sind, etwa Oktroi von Mitbestimmungsmodellen²⁶ oder von außenstehenden Mitentscheidern in den Berufsbildungsausschüssen.²⁷ Sie brauchen sich auch nicht der Fremdbestimmung durch Gewerkschaften zu unterwerfen und ihrer Propaganda zu öffnen.²⁸

Das äußere Wirken der Caritas ist staatlicher Regulierung eher zugänglich als ihre innere Verfassung, weil sich in ihr das kirchliche Eigenverständnis zur Geltung bringt. Diesem aber ist allgemein dann besonderes Gewicht beizumessen, wenn und soweit es in der Religionsfreiheit wurzelt und dieses (keinem Gesetzesvorbehalt unterliegende) Grundrecht verwirklicht.²⁹

Zu dem besonders eingriffsempfindlichen Innenbereich gehört das Personalwesen. Die Anwendung der regulären Vorschriften des Arbeitsrechts träge die kirchlichen Träger vielfach in ihrem besonderen Auftrag und damit schärfer als den jedermann. So kann der Staat der Kirche nicht zumuten, in Personalfragen eine bestimmte Frauenquote einzuhalten, desgleichen nicht, an Mitarbeitern festzuhalten, die Loyalitätsobliegenheiten kraß verletzen, und zwar unabhängig von der Funktion, die sie jeweils wahrnehmen.³⁰

Wohl aber darf und muß er fordern, daß die Arbeitgeberin Caritas den rechtlich gebotenen Mutterschutz und den Behindertenschutz einhält. Gegen die Gebote des staatlichen Rechts könnte die Kirche hier kein Selbstverständnis aktivieren, ohne sich

²⁵ BVerfGE 53, 366 (402); 72, 278 (294). Vgl. auch *Leisner* (N 8), S. 481 ff. – A. A. *Ernst Friesenhahn*, Kirchliche Wohlfahrtspflege unter dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für Hans R. Klecatsky, Teilbd. 1, Wien 1980, S. 247 (265 f.).

²⁶ BVerfGE 46, 73 (94 ff.) – Betriebsverfassung für die kirchliche Krankenanstalt.

²⁷ BVerfGE 72, 278 (290 ff.). Dazu *Josef Isensee*, Kirchenautonomie und sozialstaatliche Säkularisierung in der Krankenpflegeausbildung, Freiburg i. Br., Stuttgart 1980, S. 55 ff.

²⁸ Vgl. BVerfGE 57, 220 (244 ff.) – Zugang von Gewerkschaftsvertretern; 72, 278 (293 ff.) – Berufsbildungsausschüsse.

²⁹ BVerfGE 53, 366 (401).

³⁰ BVerfGE 70, 138 (165 ff.). Allgemein zur Anwendbarkeit des Individualarbeitsrechts: *Reinhard Richardi*, Arbeitsrecht in der Kirche, 2. Aufl., München 1992, S. 39 ff.; *Rainer Keßler*, Loyalitätspflichten kirchlicher Arbeitnehmer und Kündigungsschutz, in: Festschrift für Wolfgang Gitter, Wiesbaden 1995, S. 461 ff.

rechtlich und auch moralisch zu diskreditieren. So darf der kirchliche Träger sich auch nicht vom Mutterschutz freizeichnen, wenn eine Mitarbeiterin ein außereheliches Kind erwartet. Er würde nicht nur der Mutter, sondern auch dem ungeborenen Kind gegenüber das ethische Minimum verletzen und die mißbilligte Notlagenindikation einer Abtreibung provozieren.

Der Staat kann der Kirche nicht die Institutionen des kollektiven Arbeitsrechts wie Tarifvertrag, Arbeitskampf und Mitbestimmung aufzwingen.³¹ Etwaige Kollisionen zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der kirchlichen Institutionen und dem Koalitionsgrundrecht ihrer Bediensteten müssen durch Gesetz nach der Maxime des schonsten Ausgleichs aufgelöst werden.

Im Außen- wie im Innenbereich des karitativen Wirkens hat der Staat durch das für alle geltende Gesetz den *ordre public* der Rechts- und Kulturgemeinschaft zu garantieren.³² Da der *ordre public* weithin vorgeprägt ist durch christliches Herkommen, erkennt auch die Kirche für sich den Auftrag an, ihn zu wahren. Im Grunde stimmen staatliches Recht und kirchliches Ethos hier überein.

IX.

Der von Verfassungen wegen weitgesteckte Freiraum bedeutet nicht, daß die Kirche die Dinge treiben lassen und daß sich ein Regelungsvakuum bilden darf, wo die Natur der Sache Regelungen erfordert, etwa für das Arbeitsverhältnis sowie für den Austrag und den Ausgleich des kollektiven Interessenwiderstreits zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Hier hat die Kirche eigene Lösungen zu entwickeln. Das unternimmt sie mit der Definition von Loyalitätsobliegenheiten und dem Entwurf der Dienstgemeinschaft.³³ Versagt sie sich dieser Aufgabe, so füllt notfalls das staatliche Recht die Lücke.

Die Freiheitsgarantien des Grundgesetzes nehmen den Kirchen nicht das Risiko des Glaubwürdigkeitsverlustes und das Risiko des Ärgernisses ab, wenn sie sich mit karitativen Diensten exponieren. Die Öffentlichkeit mißt ihr Tun und Lassen an strengeren Maßstäben als das der sonstigen Träger. Sie mißt die Kirchen nämlich an ihren eigenen Geboten. Mehrerlei Maß ist hier gerecht. Die Kirchen müssen mit dieser Ungleichheit leben. Würden sie in ihren wirklichen und vermeintlichen Mängeln nicht anders bewertet als kommunale Träger oder Privatunternehmer, würden sie als Kirchen nicht mehr ernst genommen.

Das Idealbild des kirchlichen Krankenhauses wird sich nie mehr als annäherungsweise verwirklichen lassen. Zwischen dem karitativen Anspruch und seiner praktischen Einlösung wird immer eine Differenz übrigbleiben. Doch darf sie nicht so groß ausfal-

³¹ BVerfGE 46, 73 (94ff.); 72, 278 (288ff.). Allgemein zur Anwendbarkeit des kollektiven Arbeitsrechts: *Richardi* (N 30), S. 149ff.; *Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Axel v. Campenhausen*, Das Bonner Grundgesetz Bd. 14, 3. Aufl., München 1991, Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 WRV, Rdnrn. 87ff.

³² Dazu BVerfGE 70, 138 (168).

³³ Vgl. BVerfGE 46, 73 (95f.); 53, 366 (403f.). Allgemein *Richardi* (N 30), S. 41ff., 54ff.; v. *Mangoldt/Klein/v. Campenhausen* (N 31), Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 WRV, Rdnrn. 82ff.

len, daß der Anspruch seine Wirksamkeit verliert. Es wäre um die Glaubwürdigkeit der Kirche geschehen, wenn sich in ihr das Sprichwort bestätigte, daß es am Fuße des Leuchtturms am dunkelsten ist. Mehr als andere hat sie den Skandal zu vermeiden.

X.

Das kirchliche Krankenhaus identifiziert sich per definitionem mit dem Christentum. Eine Tätigkeit, der dieser Bezug abgeht, mag noch so philanthropisch oder sozial ausgerichtet sein, das Prädikat „karitativ“ kommt ihr nicht zu.

Caritas und Diakonie sind nicht Sache bloßer Semantik. Der Heiligenname in der Firma macht noch kein katholisches Krankenhaus, auch nicht das Kreuz neben der Pfortnerloge, obwohl Name und Symbol, in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzen, den christlichen Anspruch repräsentieren.

Notwendige Bedingung der karitativen Qualität ist die rechtliche Zuordnung der Tätigkeit zu einem kirchlichen Träger. Doch das ist nur notwendige, nicht auch hinreichende Bedingung. Sie zeigt das kirchlich-institutionelle Moment an, nicht aber die religiöse Substanz. Diese aber ist nicht immer leicht auszumachen, zumal im kirchlichen Krankenhaus, dessen Funktionen, für sich genommen, weithin unspezifisch sind; die Herzoperation und die Computertomographie weisen keine christlichen Besonderheiten auf.

Es liegt nahe, die Besonderheit darin zu sehen, daß kirchliche Einrichtungen, zumal Krankenhäuser, der Seelsorge Raum geben. Seelsorge ist eine kirchliche Grundfunktion, aber darum ist sie nicht Caritas, auch wenn Caritas und Glaube zusammenhängen. Sie bildet nicht die eigentliche Bestimmung des Krankenhauses, ist dieser vielmehr akzessorisch. Sie stellt noch nicht einmal einen religiösen Vorzug des kirchlichen Krankenhauses dar. Denn der Seelsorge steht von Verfassungs wegen auch der Zugang zum staatlichen Krankenhaus offen, ebenso der Zugang zu Kasernen und Gefängnissen, ohne daß diese Anstalten dadurch kirchlichen Charakter annähmen. Das Krankenhaus ist nicht um der Krankenhauseelsorge willen da, sondern die Krankenhauseelsorge findet statt, weil Kranke, die in einer klinischen Einrichtung behandelt werden, der Seelsorge bedürfen. Nicht auf einzelne religiöse Aktivitäten kommt es an, die gleichsam kirchliche Randnutzungen einer vorhandenen Anstalt sind, sondern auf die eigentliche Bestimmung dieser Anstalt. Das kirchliche Wirken in einer Einrichtung ist zu unterscheiden von der Bestimmung der Einrichtung für kirchliche Zwecke.

Der kirchliche Träger definiert den religiösen Anspruch, den die Einrichtung erfüllen soll: allgemein-christlich, konfessionell oder spezifisch ausgerichtet auf die Regel einer Ordensgemeinschaft oder die Widmung durch einen Stifter. Von der Bestimmung durch den Träger und von der täglichen Praxis hängt es ab, ob und wieweit die Einrichtung religiöses Profil gewinnt oder sich der nichtkirchlichen Konkurrenz angleicht und verwechselbar wird, ob und wieweit sie sichtbar Zeugnis ablegt für den Glauben, aus dem sie handelt, oder ob sie es timide zurücknimmt und in der säkularen Umwelt zur Mimikry übergeht. Die Kirche steht von außen wie von innen unter Druck, jedenfalls

in ihrer karitativen Tätigkeit von der Berufung auf den Transzendenzglauben abzusehen, sich mit einer innerweltlichen Begründung als soziales Engagement, das dem ideologischen Grundkonsens der heutigen Gesellschaft gemäß ist, zu begnügen.

Der kirchliche Träger gewährleistet, daß das Wirken des Krankenhauses mit der christlichen Lehre übereinstimmt. Die Konsequenzen der christlichen Lehre für die karitative Praxis decken sich in weitem Umfang mit den Erwartungen von Staat und Gesellschaft. Doch treten in einzelnen Fragen, zumal in der Verfügbarkeit über das menschliche Leben an seinem Anfang und an seinem Ende, fundamentale Divergenzen auf. Hier muß die karitative Praxis den Widerspruch zur Umwelt durchhalten, wenn sie sich nicht selbst preisgeben will. So offeriert das katholische Krankenhaus nicht Leistungen, welche als unsittlich und rechtswidrig von der Kirche verworfen werden: Abtreibung und Euthanasie.

Der karitative Auftrag einer Organisation erschöpft sich nicht darin, den Widerspruch zur christlichen Botschaft zu vermeiden. Die Organisation soll auf ihre Weise die Botschaft erfüllen und bekunden. Diese positive Dimension ist eher sichtbar zu machen in der Bildung und Erziehung als in der Verteilung von Geld und Sachmitteln, eher in der Krankenpflege als in der ärztlichen Operation.

Damit wird die Schwierigkeit erkennbar, wie das diakonische Proprium in einer funktionsbeherrschten Einrichtung wirksam werden kann. Die Frage spitzt sich zu, worin denn das Katholische im katholischen Krankenhaus bestehen soll.³⁴ Es kann nur erkennbar werden jenseits der medizinisch-technischen Funktionalität. In der Funktionalität kann sich die Aufgabe des Krankenhauses nicht erschöpfen. Krankheit, Leiden, Hilflosigkeit und Todesnähe sind Grenzerfahrungen menschlicher Existenz, die sich nicht ohne Rest schulmedizinisch und psychotherapeutisch bewältigen lassen. Vollends versagen irdisches Hoffen und humanes Trösten vor der Realität des Sterbens. Eben hier können sich die christlichen Tugenden des Glaubens, der Hoffnung und der Liebe bewähren, um seelische Not, um Angst und Verzweiflung aufzunehmen, um zu bergen, wo keine ärztliche Rettung möglich ist, zu helfen, wo sich „nichts mehr machen“ läßt. Der christliche Geist, der das Haus beseelen sollte, transzendiert die ärztlichen und pflegerischen Funktionen. Er durchdringt sie und bringt sie ein in einen geistlichen Sinnzusammenhang.

Die christliche Identität des kirchlichen Krankenhauses läßt sich ihrerseits nicht auf eine vereinzelte, spezielle Funktion reduzieren, auf Krankenpastoral, auf religiöses Sinnangebot und Sterbebegleitung oder auf den geschulten Spezialisten konzentrieren. Es geht nicht um eine abgegrenzte Funktion, sondern um die Atmosphäre, innerhalb deren Funktionen ausgeübt werden, um den Geist, der die gesamte Tätigkeit „imprägniert“, biblisch gesprochen, um den Sauerteig, der den Teig durchsäuert. Die Identifikation mit dem Christentum ist nicht so sehr ein Tun als ein Sein, als solches – idealiter – nicht Ziel besonderer beruflicher Anstrengung der Beteiligten, sondern die Voraussetzung, von der aus sie handeln, ihre selbstverständliche Berufs- und Lebensform. Das

³⁴ Dazu *Forster*, Gewährleistung (N 5), S. 232ff.; *Anton Rauscher*, Aufgabe und Verantwortung des Katholischen Krankenhauses heute, in: *Die Neue Ordnung* 47 (1993), S. 31ff.

karitative Krankenhaus sollte sich von anderen Krankenhäusern unterscheiden durch die persönliche Zuwendung, die der Patient von Ärzten und Schwestern erwarten darf. Eben deshalb darf sich der karitative Dienst nicht völlig durchrationalisieren und konfektionieren lassen.

XI.

Solange die kirchliche Einrichtung ihre besondere Legitimation glaubhaft machen kann, darf sie nicht als arbeitsrechtlicher Tendenzbetrieb behandelt werden wie ein Redaktionsbüro, in dem die für die redaktionelle Linie verantwortlichen Tendenzträger von tendenzindifferentem, technischem Personal, etwa den Schreibkräften, unterschieden werden. Die diakonische Einrichtung, gleich, ob Krankenhaus, Pflgeanstalt, Kindergarten oder Jugendheim, bildet eine integrale Wirkungseinheit, zu der alle Beteiligten beitragen, auch das technische und das administrative Personal.³⁵

In den karitativen Einrichtungen wird das Gebot der Nächstenliebe objektiviert zu einer Aufgabe, die im Rahmen einer arbeitsteiligen und kompetenzdifferenzierten Ordnung zu erfüllen ist. Das christliche Gebot stellt sich für den einzelnen Mitarbeiter dar als ein Amt, ein gegenständlich bestimmter und begrenzter Tätigkeitskreis, den er, unter Verzicht auf Eigennutz und Eigenmacht, als loyaler Treuhänder der kirchlichen Gemeinschaft auszufüllen hat. Das Amt dient nicht der Selbstverwirklichung seines Inhabers, auch nicht seiner religiösen Selbstverwirklichung, als Instrument, eine Privation durchzusetzen. Insofern löst sich die Diakonie ab von der Subjektivität des einzelnen Mitarbeiters, auch von seinen persönlichen religiösen Empfindungen und moralischen Absichten.

Das bedeutet jedoch nicht, daß sich die Mitarbeiter – ohne Schaden für die Sache – auf funktional korrekte Arbeit beschränken, ihre Tätigkeit als begrenzte und auswechselbare Rolle betrachten und aus innerer Distanz als Job ausüben könnten. Karitative Einrichtungen sind auch auf die christliche Gesinnung und auf die Kirchentreu der Personen angewiesen, die ihre Aufgaben und Befugnisse im Namen der Kirche ausüben. Die Subjektivität der Mitarbeiter bleibt nicht außen vor. Es kommt grundsätzlich auch auf ihre persönliche Religiosität an.

Das objektive und das subjektive Prinzip sind zu versöhnen. Caritas ist darauf angewiesen, daß ihre Sachwalter sich die ihnen gegebene Aufgabe zu eigen und das ihnen obliegende Amt zu ihrem inneren Beruf machen. Weil Diakonie mehr ist als Funktion, schulden die diakonisch Tätigen nicht nur funktionsgerechte Leistung, sondern auch persönliche Identifikation mit Christentum und Kirche, sowohl in ihrer diakonischen Arbeit als auch in ihrer Lebensführung. Arbeitsrechtlich qualifiziert, sind sie nicht nur dazu verpflichtet, die vertraglich übernommene Arbeit so zu leisten, daß die Kirche

³⁵ Arbeitsrechtliche Sicht: *Josef Jurina*, Das Dienst- und Arbeitsrecht im Bereich der Kirchen in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1979, S. 41 f.; *Richardi* (N 30), S. 39 ff., 55 ff., 170 ff. (bes. S. 175 ff.). Verfassungsrechtliche Sicht: *Josef Isensee*, Kirchliche Loyalität im Rahmen des staatlichen Arbeitsrechts, in: Festschrift für Klaus Obermayer, München 1986, S. 203 ff.

ihren bekenntnismäßig geprägten Auftrag zu erfüllen vermag (Leistungstreuepflicht), sondern darüber hinaus, in ihrer Lebensführung die kirchliche Ordnung zu respektieren (Loyalitätsobliegenheit). Die Kirche kann die Loyalität zwar nicht erzwingen, aber sie kann sich von einem Mitarbeiter, der sie verletzt, durch Kündigung trennen.³⁶

Das Erfordernis der persönlichen Grundübereinstimmung mit der Kirche ergibt sich daraus, daß die diakonische Tätigkeit personal geprägt ist und die kirchliche Sendung nur glaubwürdig ist durch die Person, die sie konkret wahrnimmt. Da die Gesamtatmosphäre eines Krankenhauses für den karitativen Charakter bestimmend ist, beschränkt sich die Loyalitätsobliegenheit nicht auf einzelne Funktionsinhaber (Tendenzträger); auch administrative Dienste scheiden nicht von vornherein aus.

Die Kirche erschwert sich die Möglichkeit religiöser Identifikation, sofern sie Personen einstellt, die nicht ihre Mitglieder sind, etwa Christen anderer Konfession, vollends Nichtchristen, etwa Muslime oder auch Agnostiker. Von diesen kann sie nicht erwarten und nicht verlangen, daß sie sich die religiösen Grundlagen diakonischen Handelns zu eigen machen. Sie darf zwar auch von ihnen arbeitsrechtliche Leistungstreue verlangen (praktisch nicht viel mehr als die Unterlassung kirchenfeindlichen Verhaltens), nicht jedoch aber Kirchentreue als arbeitsrechtliche Loyalitätsobliegenheit. Je größer der Anteil der Kirchenexternen unter den Beschäftigten ist, desto größer ist die Schwierigkeit der Kirche, besondere Loyalitätsgebote gegenüber ihren Mitgliedern zu legitimieren und durchzusetzen. Die kirchlichen Verhaltensnormen, die über Funktionserfordernisse hinausgehen, finden ohnehin immer weniger Verständnis in der Gesellschaft, zumal wenn sie die außerberufliche Lebensführung betreffen. Der anti-institutionelle Affekt des Zeitgeistes richtet sich auch gegen die Institution Kirche und hat längst übergriffen auf das Kirchenvolk und die kirchlichen Bediensteten.

Die Kirche kann sich gegen den äußeren und inneren Druck nur behaupten, wenn es ihr gelingt, aus sich heraus für ihre Dienstverhältnisse individual- und kollektivrechtliche Konzepte eines gerechten Interessenausgleichs zu entwickeln, die auch den gerade hier sensiblen Anforderungen der säkularen Gesellschaft genügen.

Gleichwohl: Wann immer sie nach eigenen Wegen sucht, stößt die Kirche auf Widerstand. Dieser erhebt sich, weil sie im karitativen Bereich nicht die privatwirtschaftlichen Schemata des Tarifvertrags, des Arbeitskampfes und der Mitbestimmung übernimmt, die aus der Spannung von Kapital und Arbeit hervorgegangen sind, vielmehr ihrem Selbstverständnis gemäß das Leitbild der Dienstgemeinschaft aufrichtet und eigene Verfahren entwickelt, in denen Arbeitsbedingungen geregelt und Interessenkonflikte ausgetragen werden.³⁷

XII.

Die Akzeptanz, die das kirchliche Krankenhaus in der weithin entkirchlichten Gesellschaft findet, erstreckt sich nicht unbedingt auf die religiösen Voraussetzungen. Die

³⁶ Dazu eingehend *Richardi* (N 30), S. 55 ff.

³⁷ Dazu *Richardi* (N 30), S. 55 ff., 101 ff., 125 ff., passim.

Gesellschaft weiß zwar die karitativen Früchte am Baume der Kirche zu schätzen, aber sie führt dem Baum nicht genug an spirituellen Nährstoffen zu, die er braucht, damit seine Früchte ihren besonderen Geschmack entwickeln. Die religiösen Ressourcen erneuern sich nicht hinreichend und nehmen sogar ab, jedenfalls die Ressourcen an kirchlich gebundener Religiosität, aus der die Caritas in erster Linie schöpfen muß. Deutliches Symptom ist der erhebliche Rückgang der geistlichen Berufe im karitativen Bereich.³⁸ Die Caritas ist weithin nicht mehr in der Lage, die Stellen, über die sie in gewaltiger Zahl verfügt, mit hinlänglich kirchlich gesonnenen Personen zu besetzen.

Dem Säkularisierungsdruck, den das gesellschaftliche Umfeld von außen übt, korrespondiert die innere Versuchung der Kirche zur Selbstsäkularisierung. Sie geht dahin, Caritas nur noch als Sozialarbeit zu verstehen, allein der Funktionsgesetzlichkeit zu folgen und die religiöse Fundierung dahinstehen zu lassen oder aber sie durch eine humanitäre Legitimation, durch eine heute landläufige Sozialideologie zu ersetzen, in der sich das Seelenheil zum Sozialheil, die Nächstenliebe zum Randgruppenkult wandelt und so das soziale Prinzip, an sich ein Derivat des Christentums, zu seinem Surrogat mutiert, zum Religionsersatz, und die geistliche Legitimation verkommt zur zeitgeistlichen Legitimation. In diese Hohlräume des Religiösen nistet sich gern die politische Eigenmacht ein, die für ihre Zwecke von kirchlicher Reputation, kirchlicher Immunität und kirchlichem Gelde zehrt.

Die Schrumpfung der religiösen Vitalität vollzieht sich in auffälligem Kontrast zu der organisatorischen Expansion. Das Bild liegt nahe vom Caritas-Dinosaurier mit überdimensioniertem Personalrumpf und winzigem geistlichem Kopf, der zunehmend unfähig wird, sich selbst zu erhalten. Der christliche Anspruch droht zu verkommen zur Lebenslüge der Organisation und zum Werbespot für Spendensammlungen. Am Ende bleibt ein autonomer Großapparat, der, niemandem verantwortlich, von nichts anderem mehr bewegt wird als von seinem Selbsterhaltungsinteresse. Der staatskirchenrechtliche Status, der nicht mehr vom kirchlichen Leben erfüllt wird, gerät zum leeren Privileg.

Es ist kein Zufall, wenn sich innerhalb der Kirche Bestrebungen regen, sich der karitativen Einrichtungen mit ihrer Organisations- und Personalmasse zu entledigen, die für die gesamte Kirche institutionelle Gefahren zeitigen können, welche durch die spirituellen Vorteile nicht mehr auf Dauer aufgewogen werden können: Gefahren der Immobilisierung, der finanziellen Überlastung und Abhängigkeit, der Haftung für Handlungen, die sich aus dem kirchlichen Zentrum heraus immer schwieriger beeinflussen lassen.

Der Staat kann und will der Kirche hier die Entscheidung nicht abnehmen. Wenn er ihr in seiner Verfassung die Freiheit auch zum karitativen Wirken gewährleistet, so läßt er es ihre Sache sein, ob sie ihre rechtliche Freiheit auch tatsächlich ausfüllen und sinnvoll ausüben kann. Vitalität und Urteilskraft sind vorrechtliche Verfassungserwartungen, die der Staat von sich aus nicht einlöst.³⁹

³⁸ S. oben N 6.

³⁹ Dazu *Josef Isensee*, Verfassungsstaatliche Erwartungen an die Kirche, in: *Essener Gespräche* 25 (1991), S. 104 (118ff., 142f.).

Die Kirche aber wäre gut beraten, wenn sie dem Hang der Caritas zum quantitativen Wachstum Einhalt geböte und den Personal- und Organisationsbestand nur weitete oder hielte, sofern und soweit sie in der Lage wäre, die Tätigkeit geistig zu prägen und zu durchdringen: Caritas also nach Maßgabe der religiösen Potenz. Die richtige Reichweite ist, mit Goethe, „der Kreis, den meine Wirksamkeit erfüllt! Nichts drunter und nichts drüber!“.