

PETER KRAUSE

Krankenhausfinanzierung in verfassungsrechtlicher Sicht Zur neueren Gesetzgebung

Die Erwartung, daß die Verfassung die Probleme schon gelöst hat, die unser Gesundheitswesen stellt und stellen wird, kann nicht aufgehen, sie bestimmt weder die Vergütungen und Preise für alle Gesundheitsdienste und Gesundheitsgüter, noch fordert sie ein bestimmtes System der Krankenhausfinanzierung. Das Sozialstaatsprinzip, das in Zeiten der Vollbeschäftigung und scheinbar beständigen wirtschaftlichen Wachstums, als es um die Verteilung von Zuwächsen ging, eine hohe – vorwiegend politische – Dynamik besaß, erweist als Verfassungsprinzip in der Wirtschaftskrise als wenig hilfreich. Vielmehr bleibt es in ihr verstärkt Aufgabe der Politik, die härteren Konflikte gerecht zu lösen. Die Sache ist freilich auch zu ernst, um sie allein den Politikern zu überlassen. Die Organisationen der am Gesundheitswesen Beteiligten, der Heilberufe, der Heilmittelhersteller und Apotheker, der Krankenhausträger, der Versicherten und der mit den Gesundheitskosten Belasteten, müssen selbst ihren geistigen Beitrag dazu leisten. Dabei müssen sie sich von der einseitigen Vertretung ihrer partikularen Interessen lösen und erkennen, daß sie zum eigenen Nutzen eines funktionierenden, finanzierbaren und Akzeptanz findenden Gesundheitswesens in Deutschland bedürfen. Dabei geht es nicht um Erhaltung von Bestand, am wenigsten von Besitzständen, sondern um dauerhafte, bestandsfähige Lösungen. Kurzsichtige Sicherungsstrategien ziehen immer schneller wechselnde Reparaturmechanismen nach sich, die kontraproduktiv sind, weil sie keine Verlässlichkeit mehr begründen, die nicht nur das wesentliche Element sozialer Sicherheit ist, sondern deren auch die Berufe und Gewerbe des Gesundheitssektors und die mit den Kosten belasteten Arbeitgeber bedürfen, um überhaupt sinnvoll planen und entscheiden zu können.

Das Pflegesatzrecht der Krankenhäuser hat durch die jüngsten Änderungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes und der Bundespflegesatzverordnung eine grundstürzende Modifikation erfahren, deren Auswirkungen sich noch gar nicht im vollen Umfang absehen lassen. Schon das erzeugt Unsicherheiten vor allem bei den Krankenhausträgern, aber auch bei den Krankenkassen. Die Krankenhäuser haben im Grundsatz nicht mehr den Rechtsanspruch auf Deckung der „voraussichtlichen Selbstkosten eines sparsam wirtschaftenden und leistungsfähigen Krankenhauses“ (§ 4 KHG i. d. bis 1992 geltenden Fassung), sondern auf „leistungsgerechte Erlöse“ (§ 4 KHG n. F.). Der als Abschlag auf das individuelle prospektive Budget gezahlte und berechnete tagesgleiche Pflegesatz soll daher, soweit wie möglich, durch generell auszuhandelnde Fallpauschalen und Sonderentgelte ersetzt werden. Das Ziel ist letztlich ein Krankenhaus ohne ein gesetzlich gewährleistetes Budget. Ausgangspunkt bleibt der gegenwärtige

Leistungsaufwand. Seine Veränderung und damit die der Vergütungen hat den Grundsatz der Beitragssatzstabilität zu beachten, auf Landesebene darf der dadurch gesetzte Rahmen nur überschritten werden, wenn es erforderlich ist, um die „notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung“ zu gewährleisten; das konkret vereinbarte Budget des Krankenhauses darf nur darüber hinaus wachsen, wenn es nicht ausreicht, um die „zur Erfüllung des Versorgungsauftrages ausreichenden und zweckmäßige Leistungen zu erbringen“. Für eine Übergangszeit waren die Veränderungen der Krankenhausvergütungen unmittelbar an die Veränderungen der Grundlohnsumme gebunden, an deren Stelle soll – ebenfalls vorübergehend – die Gehaltsentwicklung im öffentlichen Dienst treten. Bei der Entgeltberechnung sollen die Entgelte vergleichbarer Krankenhäuser einbezogen werden. Die Neuregelung will bewußt den ökonomischen Druck auf die Kliniken verstärken und zugleich Anreize schaffen, um die Wirtschaftlichkeit zu erhöhen. Sie bricht jedenfalls mit gewohnten Prinzipien der Krankenhausfinanzierung, denen im Schrifttum vielfach Verfassungsrang zugesprochen wurde. Das läßt eine verfassungsrechtliche Bestandsaufnahme sinnvoll erscheinen.

Das Grundgesetz spricht die Krankenhausfinanzierung an zwei Stellen an. Der mit dem 22. Änderungsgesetz vom 12. Mai 1969 eingefügte Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG verleiht dem Bund ausdrücklich die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz¹ über „die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze“. Art. 140 GG hält Art. 138 Abs. 2 WRV aufrecht, der das Eigentum der Religionsgesellschaften an ihren für Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und sonstigem Vermögen gewährleistet. Dazu sind auch die Krankenhäuser in unmittelbaren und mittelbarer kirchlicher Trägerschaft² zu rechnen. Eine unmittelbare staatliche Finanzverantwortung für die von Privaten oder freien Wohlfahrtsverbänden unterhaltenen Krankenhäuser läßt sich indessen weder aus der einen noch aus der anderen Verfassungsnorm herleiten.

Zwar läßt Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG erkennen, daß die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser bundesgesetzlicher Regelung fähig ist, er reagiert offensichtlich auf ein konkretes Bedürfnis nach einer bundesgesetzlichen Normierung, gleichwohl begründet er keine verfassungsrechtliche Verpflichtung, die Krankenhausfinanzierung überhaupt oder gar in einer bestimmten Weise gesetzlich zu ordnen. Er sollte dem Bund lediglich die Regelung finanzieller Probleme ermöglichen³, die vor allem in der gesetzlichen Krankenversicherung gefühlt wurden. Er zwingt den Gesetzgeber aber nicht dazu, die Förderung der Krankenhäuser, einschließlich des Krankenhausbaus, zu einer eigenständigen öffentlichen Aufgabe zu entwickeln, er gestattet auch nicht den Schluß, die Finanzierungsaufwendungen für die Krankenhäuser oblägen den Ländern, vielmehr läßt er es wie das auf ihrer Grundlage ergangene Krankenhausfinanzierungsgesetz zu, daß letztlich Private die Krankenhausinvestitionen tragen⁴. Daß jedes Krankenhausfinanzierungskonzept dem Sozialstaatsprinzip genügen muß, ist eine andere Frage.

¹ Zur Funktion s. BVerfGE 83, 363, 377ff.

² Vgl. dazu a. BVerfGE 53, 366, 403.

³ BVerfGE 83, 379

⁴ BVerfGE 83, 380f.

Art. 138 Abs. 2 WRV enthält eine spezifische Eigentumsgarantie; schon der Zusammenhang mit dem ersten Absatz des gleichen Artikels verbietet es aber, aus ihr zusätzlich Ansprüche auf Staatsleistungen abzuleiten, etwa zur Subvention allen kirchlichen Vermögens, das den dort aufgeführten umfassenden Absichten dient. Beide Absätze sichern allein den Bestand, sie halten daher staatliche Finanzierungspflichten nur aufrecht, die bei Erlaß der Verfassungsgarantie schon bestanden haben, ohne neue zu begründen. Wenn die Kirchen und Religionsgesellschaften eine neue staatliche Finanzhilfe für die von ihnen betriebenen Einrichtungen beanspruchen wollen, können sie das im weltanschaulich neutralen Staat des Grundgesetzes nur nach Maßgabe des für alle geltenden Rechts. Zu Recht hat das BVerfG den Anspruch auf Förderung der kirchlichen Ersatzschulen denn auch nicht – zusätzlich – auf Art. 138 Abs. 2 WRV, sondern allein auf die Privatschulfreiheit der Art. 7 Abs. 4 GG⁵ gegründet. Und die in den §§ 8 Abs. 2 Satz 2, 10, 93 BSHG anerkannte Pflicht des Staates und der Gemeinden zur Unterstützung kirchlicher Liebestätigkeit findet ihre Legitimation in Art. 4 GG und in dem aus den Grundrechten der Bedürftigen zu entwickelnden Vorrang freier Wohlfahrtspflege⁶. Dagegen gibt Art. 138 Abs. 2 WRV den kirchlichen Wohlfahrtseinrichtungen keinen Anspruch auf Konkurrenzlosigkeit oder auf wirtschaftliche Garantie ihrer Wettbewerbsbedingungen⁷. Verfassungsrechtliche Ansprüche auf staatliche Beihilfen zum Kirchenbau können gleichfalls nicht dieser Verfassungsbestimmung, sondern sofern sie nicht hergebracht sind und durch die Garantie der Staatsleistungen erfaßt sind, nur dem Kulturstaatsprinzip entnommen werden. Selbst *von Campenhhausen* hat es nicht gewagt, von einem für sich selbst bestehenden Teilhabegrundrecht der Kirchen auf staatliche Finanzierung ihrer Krankenhäuser zu sprechen, sondern sich auf die Forderung beschränkt, in die für die wirtschaftliche Lage der Krankenhäuser relevanten Ermessensentscheidungen die Grundrechte der Krankenhausträger einzubeziehen und jede Diskriminierung christlicher Krankenhäuser zu unterlassen⁸. Eine darüber hinausgehende Gewährleistung einer kostendeckenden Finanzierung kirchlicher Krankenhäuser, selbst wenn „die der äußeren Form nach gleichen Leistungen durch andere Krankenhäuser kostengünstiger oder im Blick auf die medizinische Versorgung effektiver erbracht werden kann“⁹, ist verfassungsrechtlich kaum zugelassen, keineswegs aber geboten. Überlegungen des Privatschulförderungsrechts, zwischen kirchlichen und sonstigen Einrichtungen zu unterscheiden, mögen durch den Erziehungsauftrag gerechtfertigt sein, sie lassen sich auf den Krankenhausbereich kaum übertragen. Die These, ein kirchliches Krankenhaus könne medizinisch durchaus weniger effektiv sein, also weniger zur Gesundheit beitragen, mag als Ausrutscher gelten. Es dürfte aber dem kirchlichen Selbstverständnis widersprechen, die spezifischen Leistungen der

⁵ BVerfGE 75, 40, 63ff.

⁶ Vgl. BVerfGE 22, 180, 202, 209.

⁷ Ebd.; abw. *Quaas* NZS 1993, S. 108.

⁸ *von Campenhhausen/Christoph*, Staatliche Krankenhausfinanzierung als Erfüllung grundrechtlicher Ansprüche, DVBl 1985, 266, 268.

⁹ *Quaas*, Die wirtschaftliche Sicherung des freigemeinnützigen Krankenhauses als Gebot der Krankenhausplanung und -finanzierung, VBilBW 1987, S. 146ff, 165.

kirchlichen Häuser, die sie von denen nicht-christlicher Einrichtungen unterscheiden, dem Staat oder den von ihm errichteten Versicherungsgemeinschaften in Rechnung zu stellen. Das Befremden, das es ohnehin auslöst, wenn die Kirchen ihre Liebestätigkeit zum großen Teil auf Kosten der staatlichen Sozialeinrichtungen erbringen, läßt sich nur überwinden, wenn wenigstens das *specificum* der kirchlichen Leistung auf Eigenem ruht. Nur insofern kann auch die Gewährleistung des Art. 140 GG i.V.m. Art. 138 Abs. 2 WRV für das Eigentum an Wohltätigkeitszwecken gewidmetem Eigentum der Religionsgesellschaften wirken.

Wird der Wettbewerb um die Erbringung der sozialen Dienst- und Sachleistungen einmal in vollem Umfang eröffnet, was nicht nur aus Verfassungsgründen, sondern auch von der Not geboten ist, werden die kirchlichen Institutionen darin auf Dauer keine Sonderstellung beanspruchen können. In ihrer Bemühung um den Zuspruch der Hilfsbedürftigen können sie zwar ihre Besonderheiten ausspielen, sie werden aber keinen Vorteil gegenüber ihren Konkurrenten daraus schlagen können, daß ihnen unter dem Prätext kostendeckender Vergütung auch die Aufwendungen ihrer besonderen Leistungen ersetzt werden. Vielmehr gebietet die Neutralitätspflicht dem Staat äußerste Zurückhaltung, die entsprechenden Kosten zu übernehmen oder den Versicherungsgemeinschaften aufzuerlegen.

Aus den allgemeinen Grundrechten der freien und freigemeinnützigen Krankenhausbetreiber folgt ebenfalls keine originäre Verpflichtung des Staates oder sonstiger Träger der öffentlichen Gewalt, die Kosten der Krankenhäuser zu ersetzen oder wenigstens zu bezuschussen. Selbst die weitestgreifenden Tendenzen, die Freiheitsrechte der Verfassung zu Teilhaberechten auszugestalten, haben stets davor haltgemacht, die Grundrechte der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit auf eine staatliche Erfolgsgarantie oder auf eine Staatsgarantie gegen das Insolvenzrisiko zu erstrecken. Sie haben vielmehr stets daran festgehalten, daß die Wirtschaftsfreiheit das Risiko des wirtschaftlichen Erfolges und Mißerfolges einschließt. Selbst wenn die berufliche Tätigkeit keine Gewinnabsicht verfolgt, sondern anderen, insbesondere sozialen Zielen dient, gewährleistet weder das Bundes- noch das Landesverfassungsrecht ihre wirtschaftliche Grundlage. Daran ändert sich auch nichts, wenn es um die Erbringung sozialer Dienst- und Sachleistungen geht. Zwar haben sich nicht nur die Vertreter der freien Wohlfahrtsverbände unter dem Deckmantel einer Lobby für die Armen daran gewöhnt, großzügig Wohltaten aus dem vom Sozialstaat ständig nachgefüllten Säckel des Fortunatus zu spenden und zu fordern, sondern auch die Angehörigen aller der Erbringung sozialer Sach- und Dienstleistungen gewidmeten Gewerbe, freien Berufe, einschließlich ihrer überaus zahlreichen Arbeitnehmerschaft sehen im Sozialstaatsprinzip zunehmend eine Erwerbsgarantie. Sie neigen dazu, den Begriff von Solidarität mit dem Anspruch zu verbinden, auf Kosten anderer wohlütig sein und zugleich vom Sozialstaat leben zu können; Caritas verkeht sich dabei leicht zu einer Zauberformel, die Finanzmittel des Staates in ein Becken lenkt, aus dem sie die Ströme der Barmherzigkeit ergießen läßt. Selbst Rechtswissenschaft und Judikatur haben sich dem nicht entzogen und unbesonnen Forderungen an die Ausgestaltung von Versicherungssystemen aus den Grundrechten der Berufe hergeleitet, die in die Erbringung der Versicherungsleistungen eingeschaltet sind. Dennoch haben diese

Einschränkungen des Versicherungsschutzes hinzunehmen, die ihre beruflichen Chancen beschneiden, ohne die eigenen Grundrechte dagegen in Anschlag bringen zu können. Natürlich sind sie durch ihre Freiheitsrechte und das Rechtsstaatsprinzip vor überraschenden Änderungen der Sozialleistungssysteme gesichert, aber das gibt ihnen nicht den Anspruch auf einen dauerhaften Fortbestand des Sozialleistungssystems, von dem sie wirtschaftlich ganz oder zum Teil leben, und auf dessen Vergütungssystem. Ein anderes ist, daß eine verantwortungsvolle Politik auch ihr Sicherheitsinteresse im Auge haben muß.

Ein anderes ist es auch, daß die Träger öffentlicher Gewalt, wenn und soweit sie sich Privater zur Erbringung von – sozialen – Dienst- und Sachleistungen bedienen, aus allgemeinen Prinzipien des Staatsrechts, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Lastengleichheit, zu deren angemessener Vergütung verpflichtet sind. Die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der angemessenen Vergütung wirkt indessen nicht geringe Schwierigkeiten auf. Ein *iustum pretium* im absoluten Sinne kennen wir nicht mehr, vielmehr bemessen sich im freiheitlichen Rechtsstaat die Vergütungen nach den Marktgesetzen von Angebot und Nachfrage. An sie sind die Träger öffentlicher Gewalt schon faktisch gebunden, wenn sie im Wettbewerb mit anderen Nachfragern nach den entsprechenden Leistungen stehen. Ob sie das Verfassungsrecht unter diesen Umständen in ihrer Preisgestaltung weiteren Beschränkungen unterwirft, insbesondere durch das Gebot der Angemessenheit zu höherer Vergütung verpflichtet oder ob sie allein den Prinzipien der Sparsamkeit folgen müssen, kann hier offenbleiben. Denn Marktpreise bilden sich nur, wo Wettbewerb besteht. Kommt aber den öffentlichen Trägern eine monopolistische Nachfragemacht zu, fallen die Marktmechanismen bei der Preisbildung notwendig aus, soweit es nicht gelingt, etwa im Wege der Lizitation, Elemente des Wettbewerbs zurückzugewinnen.

Eine Einschränkung des Wettbewerbs ist insbesondere bei den sozialen Dienst- und Sachleistungen des Gesundheitssektors zu beobachten, da die Nachfrage nach Gesundheitsleistungen von mehr als 90% der Bevölkerung über die gesetzliche Krankenversicherung vermittelt wird. Ein Wettbewerb der Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, der die Preise der Gesundheitsgüter hochhält, ist weder zu erwarten noch erwünscht; er ist auch durch das Europarecht, das nur die mißbräuchliche Ausnutzung des Nachfragemonopols bei der Preisbildung verbietet, nicht erzwingbar. Der Wettbewerb kann im Gesundheitssektor auch deshalb die Preise nicht regulieren, weil auf die Preise der Gesundheitsleistungen seit alters her administrativ Einfluß genommen wird.

Die Krankenkassen, die an das haushaltsrechtliche Gebot der Sparsamkeit gebunden sind, müssen von daher auf möglichst niedrige Preise drängen. Sie müssen dabei im Auge behalten, daß der wirtschaftliche Anreiz erhalten bleibt, die von ihnen nachgefragten Leistungen in der erforderlichen Qualität zu erbringen. Das Gebot der angemessenen Vergütung geht darüber ersichtlich hinaus. Es gilt einen gerechten Ausgleich zwischen denen, die die Vergütung beanspruchen, und denen, die sie zu tragen haben, insbesondere den Versicherten herbeizuführen. Zum anderen darf die Schere zwischen den Einkommen derer, die in die Dienst- und Sachleistungserbringung einbezogen sind, und den auf anderen Märkten Tätigen nicht zu weit aufgehen. Das letztere ver-

langt die Preise und Risiken in den Vergleich einzubeziehen, die für vergleichbare Leistungen auf dem Markt erzielt werden und setzt die nicht leichte Bildung plausibler Vergleichsgruppen voraus. Schließlich ist die Vergütung unangemessen, wenn sie das wirtschaftliche Überleben der zu den Dienst- und Sachleistungen Herangezogenen ausschließt oder sie zwingt, aus der Substanz zu wirtschaften. Damit kommen erneut die Eigentumsgarantien der Art. 14 GG und Art. 138 Abs. 2 WRV ins Spiel. Tatsächlich bieten sie sich vor allem an, wo die Leistungserbringer nicht am Gewinn orientiert sind und daher der Maßstab vergleichbarer am Markt arbeitender Gruppen ausscheidet, also besonders für die Krankenhäuser in kirchlicher Trägerschaft. Doch ist die Eigentumsgarantie der kirchlichen Krankenhäuser nicht leicht zu handhaben, insbesondere wenn – wie bei der geltenden Krankenhausfinanzierung – die laufenden Betriebsaufwendungen über die Entgelte und die Investitionskosten durch staatliche Förderung abgedeckt werden. In diesem System sind die Krankenhausträger zwar prinzipiell davor geschützt, durch die laufenden Betriebskosten in rote Zahlen zu geraten, können aber aus den Einnahmen die Reinvestitionsbedürfnisse nicht abdecken. Auch wenn die öffentliche Förderung sie zu den notwendigen Modernisierungs- und Verbesserungsmaßnahmen in Stand setzt, ja ihnen sogar vielfach eine überaus kostspielige Umgestaltung ermöglicht, bleibt es zwar bedenklich, daß das geltende Krankenhausrecht dauerhaft die eigentumstypische Autonomie der Krankenhausträger zur Investitionsentscheidung durch ein öffentliches Planungsverfahren überlagert und ausgeschaltet wird. Doch läßt es sich kaum vorstellen, daß die notwendige Krankenhausmodernisierung und -fortentwicklung allein betriebswirtschaftlichen Renditeüberlegungen überlassen werden könnte, ja daß die Krankenhausträger in einem marktwirtschaftlich organisierten System in der Lage wären, die erforderlichen Gelder aus den laufenden Einnahmen zu erwirtschaften, sei es durch vorgängiges Ansparen oder durch eine folgende Abzinsung. Art. 12 und Art. 14 GG, wie Art. 138 Abs. 2 WRV dürften daher nicht die Aufgabe des dualen Finanzierungssystems gebieten. Das schließt aber nicht aus, daß es aus anderen Erwägungen ausgeschlossen werden könnte und sollte. Daß die konservativ bestandssichernde Garantie des Art. 138 Abs. 2 WRV nicht ausreicht, um die aus der Multiplikation der Anlagekosten erwachsenden Probleme der kirchlichen Krankenhäuser zu bewältigen, ist ohnehin evident.

Die Rechtsprechung hat die Frage, ob sich aus der Verfassung ein Anspruch auf kostendeckende Krankenhausvergütungen ergibt, bislang nicht entscheiden müssen; offensichtlich ist sie nie erheblich geworden, weil die Entgelte zusammen mit den Investitionszuschüssen den Maßstab bislang nie in einer verfassungswidrigen Weise unterschritten haben. Das ist nicht zu verwundern. Weder die auf die Vermittlung der Dienst- und Sachleistungen angewiesenen Träger der öffentlichen Gewalt noch der Staat wollen die Leistungserbringer in den Ruin oder zur Aufgabe zwingen, daher werden sie die Entgelte schon im Eigeninteresse keinesfalls so niedrig festsetzen, daß es „nicht nur vorübergehend, sondern auf Dauer, und nicht nur im Einzelfall, sondern typischerweise“¹⁰ unmöglich wird, die zur Leistungserbringung erforderlichen Kosten

¹⁰ QuaaS, NZS 1993, S. 108; Depenhauer, S. 211 ff.

langt die Preise und Risiken in den Vergleich einzubeziehen, die für vergleichbare zu erwirtschaften. Was Substanzverzehr in Unternehmen bedeutet, läßt sich im Osten Deutschlands noch heute beobachten, im Gegensatz dazu hat sich die Vermögenssubstanz der freien Krankenhäuser in der Bundesrepublik offensichtlich vervielfacht. Eine andere Politik ließe sich nur denken, wenn ihr die Absicht unterstellt werden müßte, die freien Leistungserbringer ganz auszuschalten. Einer solchen Politik steht jedoch bereits die Verfassungsgarantie der freien Leistungserbringung wie das grundgesetzliche Diskriminierungsverbot entgegen. Was die freigemeinnützigen und die privaten Krankenhäuser betrifft – widerstreiten ihr zudem die Freiheitsgrundrechte der Art. 4 GG und des Art. 12 GG, die in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG eine diskriminierende Preispolitik verbieten, insbesondere wenn sie Vorteile der durch gemeindliche Stützung begünstigten kommunalen Anstalten ausnutzt, so daß es der Heranziehung eines grundrechtlichen Anspruchs auf angemessene Vergütung nicht bedarf.

Da es immer wieder Fälle gegeben hat, in denen einzelne Krankenhäuser aus wirtschaftlichen Gründen zur Aufgabe gezwungen waren, ohne daß ein verfassungsrechtlicher Einwand wegen Verletzung des Prinzips kostendeckender Vergütung erhoben worden ist, wird man davon ausgehen müssen, daß auch die in der Literatur vielfach laut gewordenen Stimmen¹¹ für einen verfassungsrechtlich begründeten Anspruch auf kostendeckende Vergütungen keine individuelle Orientierung für geboten ansahen, sondern daß sie allenfalls die Gewährleistung des Überlebenskönnens der Leistungsfähigen und sparsam Wirtschaftenden in Betracht gezogen haben. M. a. W. das Prinzip der angemessenen Vergütung schließt die Festsetzung eines alle individuellen Selbstkosten deckenden Preises nicht ein. Wer einen grundrechtlichen Anspruch des Krankenhauses auf individuelle Festsetzung eines seiner Aufgabenstellung, sowie seiner Kosten- und Ertragsituation entsprechenden Pflegesatzes behaupten wollte¹², müßte gänzlich auf die Ausschaltung unwirtschaftlicher Einrichtungen verzichten.

Regelmäßig wird der „Grundsatz der Selbstkostendeckung“ als notwendiger Ausgleich für den staatlichen Eingriff in die Grundrechte der Krankenhausträger gefordert, der insbesondere in der Pflegesatzreglementierung liegt¹³. Gewiß sind staatliche Taxen, die eine Preisvereinbarung ausschließen, Eingriffe in die grundrechtlich, sei es durch Art. 2 Abs. 1, 12 oder 14 GG, gewährleistete Autonomie und müssen daher in ihrer Ausgestaltung dem Schutz des eingeschränkten Grundrechts Rechnung tragen, um dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu genügen. Dessen Anforderungen fallen allerdings weitgehend mit denen der angemessenen Vergütung zusammen. Was sie im Hinblick auf die Krankenhausfinanzierung bedeuten, ist nun genauer zu entwickeln.

¹¹ Vgl. *Bachof*, Rechtsgutachten über die Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit der BPFIV, Stuttgart 1962; *Bachof/Scheuing*, Verfassungsrechtliche Probleme des Krankenhausfinanzierungsgesetzes, Rechtsgutachten, Freiburg 1978; *Depenhauer*, Staatliche Finanzierung und Planung im Krankenhauswesen, Berlin, 1986; *Fallin*, Freigemeinnützige Krankenhäuser im System staatlicher Krankenhausfinanzierung, 1986; *Maunz*, Krankenhausreform durch Ländergesetze, Rechtsgutachten, Stuttgart 1974; *Pestalozza*, Rechtsfragen der Krankenhausfinanzierung in Berlin, 1988.

¹² *Quaas*, Der Versorgungsauftrag des Krankenhauses – Inhalt und Grenzen der gesetzlichen und vertraglichen Leistungsverpflichtungen –, *MedR* 1995, S. 54, 57

¹³ *Quaas*, *NZS* 1993, S. 108; *Depenhauer*, S. 211 ff.

Zunächst schränkt nicht jedes Gesetz, das die Vergütungen von Gesundheitsleistungen betrifft, die Freiheit der Leistungserbringer ein. Häufig dient es gerade umgekehrt deren Schutz vor der monopolistischen Übermacht der öffentlichen Nachfrager und will das gestörte Ungleichgewicht wiederherstellen. Es grenzt dazu die Handlungsspielräume der Nachfrager ein. Ein solches Gesetz ist kein Eingriff in die Grundrechte der Leistungsanbieter, sondern dient für sie zur Grundrechtssicherung und – entfaltung. Auch wenn die Grundrechte der Leistungsanbieter den Schutz vor der monopolistischen Nachfragemacht der Sozialleistungsträger gebieten, unterliegt die getroffene Regelung allein der Frage, ob sie dem grundrechtlichen Schutzanspruch genügt, sie kann aber selbst bei einem Ungenügen nicht als Grundrechtseingriff bewertet werden. Verboten ein Gesetz etwa den Krankenkassen, die Leistungen für Arzneimittel ohne weiteres auf die Höhe von Festpreisen einzuschränken, sondern bindet es sie dabei an ein bestimmtes Verfahren und an bestimmte Voraussetzungen, unterliegt weder das Gesetz noch die von ihm vorgesehenen Entscheidungen der Krankenkassen und ihrer Verbände den Voraussetzungen und Anforderungen einer Berufsausübungsregelung, sondern ist als Beschränkung der Handlungsspielräume, die den Krankenkassen aus ihrem Nachfragemonopol erwachsen, zunächst grundrechtlich irrelevant. Es beeinträchtigt die Grundrechte der Leistungserbringer nicht, sondern sichert sie ab.

Ein Gesetz, das es den Krankenkassen – wie auch immer – nur unter eingeschränkten Voraussetzungen gestattet, sich nicht der einseitigen Preisfestsetzung der Arzneimittelhersteller zu entziehen, wäre ein Eingriff in die Berufsfreiheit der Arzneimittellieferanten nur, wenn deren Preisgestaltungsfreiheit als natürlich gelten müßte. Tatsächlich aber ist deren Fähigkeit, ihre Preisvorstellungen einseitig durchzusetzen, weder eine notwendige Implikation des Sachleistungsprinzips, noch entspricht sie den Prinzipien der Marktgerechtigkeit, es handelte sich vielmehr nur um einen tatsächlichen Vorteil aus einer höchstgradig unwirtschaftlichen und irrationalen Ausgestaltung des Sachleistungssystems, die gesetzlich nicht einmal stringent vorgeschrieben war und auf deren Erhaltung kein grundrechtlich gesicherter Anspruch bestand. Vielmehr entspricht es diesem, die Kosten auf das notwendige Maß zu beschränken und es den Versicherten und ihren Ärzten aufzuerlegen, nur die preisgünstigsten Sachleistungen in Anspruch zu nehmen. Die Preisgestaltungsfreiheit der Sachleistungsanbieter läuft notwendig leer, wenn Krankenkassen ihre Versicherten auf den Verbrauch gleichwirksamer und in hinreichender Menge erhältlicher, preisgünstiger Generica beschränken. Als der Gesetzgeber die Krankenkassen dazu verpflichtete, unwirtschaftlichen Aufwendungen auf dem Arzneimittelsektor entgegenzuwirken und dafür ein spezielles Entscheidungsverfahren vorsah, schränkte er die Leistungsansprüche der Versicherten ein, gegebenenfalls auch die Therapiefreiheit des Arztes, er griff aber weder selbst in die Grundrechte der am weiteren Absatz interessierten Hersteller der überbewerteten Vergleichsprodukte ein, noch erteilte er den Krankenkassen (-Zusammenschlüssen) eine entsprechende Ermächtigung.

Es ist offensichtlich, daß auch die Krankenhäuser keine grundrechtlich gesicherte Freiheit zu einseitiger Entgeltgestaltung besitzen; denn in einem marktwirtschaftlichen System ist niemand in der Entgeltgestaltung frei, sondern hat seine Vorstellungen stets

unter Wettbewerbsbedingungen mit denen seiner Vertragspartner abzustimmen. Ärzte und Apotheker, Arzneimittelhersteller, Hilfsmittelerbringer und Hersteller, Heilhilfsberufe, Krankentransportunternehmen, Kuranstalten und eben auch Krankenhäuser erbringen ihre Leistungen allerdings in einem Bereich, der kaum als Markt beschrieben und reguliert werden kann. Abweichungen folgen nicht allein aus der Starrheit der Nachfrage nach ausreichenden Maßnahmen zur Heilung und Linderung seiner Krankheit, die wenig Spielräume zur Substitution läßt, und den Leistungsanbietern tendenziell eine Übermacht verleiht, die das vertragliche Zustandekommen eines gerechten Ausgleichs schon wegen des zeitlichen und psychischen Drucks, unter dem der Kranke steht, kaum erwarten läßt. Sie sind zusätzlich dadurch bedingt, daß die Ärzte als sachverständige Vertrauenspersonen der Kranken den konkreten Leistungsbedarf definieren und so Art und Umfang der Diagnosemaßnahmen und der Therapie maßgeblich bestimmen. Weitere Störungen treten hinzu. Ein engmaschiges Versicherungssystem schließt das unmittelbare wirtschaftliche Interesse der Gesundheitsleistungen beanspruchenden aus, die Kosten gering zu halten. Der Gesundheitsbedarf der überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung – mehr als 90% – wird überdies im Wege der sogenannten Sachleistung befriedigt, d.h. die Krankenkassen beschaffen sich die erforderlichen Güter und Dienste entgeltlich, um sie sodann kostenlos an die Versicherten weiterzuleiten. Die größte Besonderheit aber besteht darin, daß der Sozialstaat das Ziel verfolgt, jedermann ohne Rücksicht auf seine eigene Leistungsfähigkeit die notwendige Heilbehandlung zu gewährleisten. Damit hat der Gesundheitssektor eine scheinbar grenzenlose Dynamik gewonnen, die alle Überlegungen, sekundär marktwirtschaftliche Momente einzuschalten, zunichte zu machen droht. Abgesehen von verteilungspolitischen Einwendungen stößt jede Maßnahme, die sich anschickt, ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Kranken zur Kostendämpfung anzuregen, auf die Schranke, die notwendige Heilbehandlung für jedermann zu sichern. Weil sie die notwendige Leistung nicht sperren darf, für diese dem Leistungsfähigen aber kein Preis zu hoch, dem nicht Leistungsfähigen aber unter der Voraussetzung der sozialstaatlichen Garantie der Preis gleichgültig sein kann, sind alle Modelle der Selbstbeteiligung im Kernbereich der Leistungen bei Krankheit wohl zur Teilprivatisierung der Aufwendungen, nicht aber zu effektiver Kostendämpfung geeignet. Zwar läßt sich trotz Überwälzung der Kosten auf einen Dritten das wirtschaftliche Interesse des Leistungsnachfragers aufrechterhalten, indem ihm – wie im Haftpflicht- und Schadensversicherungsrecht – eine Obliegenheit zur Schadensminderung auferlegt wird, die verlangt, sich im Rahmen des Zumutbaren um die kostengünstigste Wiederherstellung zu bemühen. Doch haben weder die private noch die gesetzliche Krankenversicherung dieses Instrument übernommen, das Bundessozialgericht hat erst jüngst die Ermächtigung an die Krankenkassenverbände, die Leistungen auf den Preis eines billigeren Vergleichsarzneimittels zu begrenzen, als verfassungswidrig bezeichnet, weil die Begrenzung der Leistungspflicht die Berufsfreiheit des Herstellers des teureren Konkurrenzproduktes beeinträchtigt und nur durch Gesetz oder Rechtsverordnung bestimmt werden dürfe; Überlegungen, wie dessen Freiheit zur Preisgestaltung in einem durch die soziale Krankenversicherung nicht gestörten Markt aussehen würde, sucht man freilich in der Entscheidung vergeblich. Sie

geht schlicht von den Preisgestaltungschancen aus, die das System der unbegrenzten Kostenübernahme durch die Krankenversicherung eröffnet, und unterstellt diese naiv dem Schutz der Freiheitsrechte.

Der Verzicht der Krankenversicherung auf die Schadensminderungspflicht beabsichtigt, den Kranken ein Höchstmaß an Freiheit in der Auswahl zu geben. Der privaten Krankenversicherung wurde sie dadurch erleichtert, daß die Preise der Gesundheitsleistungen weitgehend staatlich administriert und damit der privaten Vereinbarung entzogen sind. Nicht zufällig hat das parallele Interesse der privaten Krankenversicherung und der Beihilfestellen denn auch den Ausschlag dafür gegeben, die Gebührenordnungen der Ärzte und Zahnärzte zwingend auszugestalten. Das ist zugleich ein Hinweis darauf, daß in der Zielsetzung der Gebührentaxen im Gesundheitsbereich inzwischen ein grundlegender Wandel eingetreten ist; ging es ursprünglich um die Sicherung des einzelnen Kranken gegen Überforderung und zugleich um die Ermöglichung einer Abstufung der Honorare nach der individuellen Leistungsfähigkeit des Patienten, so geht es heute um einen Schutz der Versichertengemeinschaften und des Staates vor Vereinbarung überhöhter Gebühren.

Mit dem Sachleistungsprinzip überträgt das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung die Verhandlungsmacht von vorneherein auf die Krankenkassen(-Verbände). Sie machten davon allerdings lange Zeit fast ausschließlich gegenüber den Ärzten Gebrauch, zunächst in Einzelverträgen, heute in einem hochkomplizierten System des Kassenarztrechts. Dabei wurde die Gewährung der nichtärztlichen Sachleistungen durchgängig von der Verordnung durch den Arzt und nur in Sonderfällen von einer Bewilligung der Krankenkasse abhängig gemacht, so daß dem Arzt die primäre Überwachung der Wirtschaftlichkeit aller Kassenleistungen zuwuchs. Dabei kümmerten sich die Kassen kaum um die Preise der nichtärztlichen Leistungen, die allerdings zum Teil – wie die Hebammengebühren und Arzneimittelpreise – staatlich festgesetzt, zum Teil wie die Krankenhauspflegesätze staatlich beaufsichtigt waren. Als die Arzneimitteltaxen durch immer neue Präparate leerliefen, konnten die Apotheker die von den Herstellern frei festgesetzten Abgabepreise abzüglich eines Rabatts in Rechnung stellen, das bedeutete bei einem zu über 90% durch die gesetzliche Krankenversicherung beherrschten Sektor, daß die Hersteller bei der Preisbildung nicht unter den Bedingungen des Preiswettbewerbs standen. Abgesehen vom Rabatt zahlten die Krankenkassen auch in anderen Bereichen sogenannte Marktpreise und unterbanden damit zugleich deren marktgerechte Bildung. Ein Höchstbetrag wurde zunächst nur für Brillengestelle festgesetzt, dabei hat sich gezeigt, daß dessen Herabsetzung dank des Wettbewerbs die Verbesserung der Auswahl und Qualität nicht behindert hat, nicht zuletzt weil in den Gläsern erhebliche Gewinnmargen stecken. Ein Anreiz, die mittlerweile in weiterem Umfang ermöglichten Festbeträge zu unterschreiten, besteht freilich nicht, der Preiswettbewerb wird insofern durch den Qualitätswettbewerb verdrängt.

Prozentuale Selbstbeteiligungen sind nur in schwachem Umfang vorgesehen, ihre Leistung ist gering. Soweit sie in der absoluten Höhe begrenzt werden, bleiben sie wirkungslos, wenn der Grenzsatz erreicht ist; wird der sozial besonders Bedürftige freigestellt, so versagen sie bei ihm. Einem on dit zufolge erhalten derzeit Millionäre

und Sozialhilfeempfänger den teuersten Zahnersatz. Auch im übrigen darf die Wirkung der Selbstbeteiligung nicht überschätzt werden, bleibt ihr Satz niedrig, werden sie auf dem Gesundheitssektor, wo i. d. R. nichts zu teuer ist, nur den abschrecken, der mit dem Pfennig zu rechnen hat, aber noch kein Härtefall ist. Sie belassen überdies den größten Teil der luxuriös veranlaßten Kosten den Versichertengemeinschaften und führen so zu einer sozial unakzeptablen Umverteilung zugunsten der Versicherten, die sich zusätzliche Aufwendungen leisten können.

Nur in geringem Umfang hat das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung den Arzt an einer Verordnungstätigkeit interessieren können, die die Belastung der Kassen in Grenzen hält, indem es ihn dem Arzneimittelregreß aussetzte. Dabei ging es zudem lange Zeit weniger darum, kostengünstigere Arzneimittel zu verordnen, als die Verordnungspraxis generell einzuschränken. Erst in jüngster Zeit ist es zu deutlichen Einflüssen auf die Preisbildung des Arzneimittelsektors gekommen, die auch der privaten Krankenversicherung zugutegekommen sind. Sie hängen aber weitgehend mit der Festsetzung von Festpreisen zusammen.

Die Verfahren der Gewährung von Krankenhausbehandlung, die nicht immer Regelleistung war, haben sich in erheblichem Umfang geändert. Inzwischen gilt: Grundsätzlich setzt die Gewährung von Krankenhausbehandlung eine ärztliche Verordnung voraus, die begründet, daß eine ambulante Behandlung nicht ausreicht, sie ist auf ein bestimmtes zugelassenes Krankenhaus bezogen, hat aber in geeigneten Fällen auch die beiden nächsterreichbaren geeigneten Häuser anzugeben. Bei der Auswahl ist ein regionales Verzeichnis der Leistungen und Entgelte zu berücksichtigen, das die Kassenverbände unter Mitwirkung der Landeskrankenhausgesellschaft und der Kassenärztlichen Vereinigung aufgestellt haben (§§ 39, 73 Abs. 2 Nr. 7, Abs. 4 SGB V). Die Ärzte unterliegen dabei zwar dem Gebot der Wirtschaftlichkeit (§ 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V), ungewiß ist freilich, inwiefern die Wirtschaftlichkeitsprüfung eine Einweisung in ein weniger preisgünstiges Krankenhaus mit einem Regreßanspruch sanktioniert. Die freie Wahl der Versicherten wird durch die Einweisung nicht ausgeschlossen, wählen sie ohne zwingenden Grund ein anderes als das in der ärztlichen Einweisung genannte Krankenhaus, können ihnen die Mehrkosten ganz oder teilweise auferlegt werden. Der auf diese Weise beschränkt in Gang gesetzte Preiswettbewerb wird allerdings im Falle der Selbsteinweisung ausgeschlossen. Das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung setzt nämlich die ärztliche Einweisung nicht zwingend voraus. Es läßt die Aufnahme nach der Prüfung ihrer Notwendigkeit auch durch das Krankenhaus selbst zu (§ 39 Abs. 1 Satz 2 SGB V). Maßgebend dafür sind wiederum unmittelbar verbindliche Verträge über die allgemeinen Bedingungen der Krankenhausbehandlung, einschließlich der Aufnahme und Entlassung der Versicherten, sowie der Kostenübernahme, die zwischen der Landeskrankenhausgesellschaft und den Kassenverbänden vereinbart werden (§ 112 Abs. 2 SGB V). Zur Leistungserbringung zugelassen sind nur Hochschulkliniken und Krankenhäuser, die in den Krankenhausplan eines Landes aufgenommen sind, ausnahmsweise aufgrund eines Versorgungsvertrages mit den Kassenverbänden auch andere Krankenhäuser (§§ 108, 109 SGB V). Doch weichen die Entgelte für die einzelnen zugelassenen Häuser außerordentlich voneinander ab.

Die Regulierung der Entgelte der Krankenhausleistungen pendelt, was die Ziele und das Instrumentarium angeht, zwischen gesetzlicher Krankenversicherung, allgemeiner staatlicher Daseinsvorsorge und Preisregulierung. Ihre Besonderheit verdeutlicht sich im Vergleich mit den Maßnahmen und Zwecken der Regulierung ärztlicher Vergütungen. Diese werden, was die Privatpatienten angeht, durch der Zustimmung des Bundesrates bedürftige Rechtsverordnung, die zwingende Gebührenordnung, festgesetzt, die ihrerseits auf das Preisgesetz gestützt und damit auf die Bundeskompetenz zur Wirtschaftsgesetzgebung gegründet ist. Für die Behandlung der Kassenpatienten wird in einem mehrstufigen Verfahren zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Kassenverbänden teils auf Bundesebene, in Gestalt eines einheitlichen Bewertungsmaßstabes, und teils auf Landesebene, in Form regionaler Punktwertfestsetzungen in Gesamtverträgen, eine Gesamtvergütung ausgehandelt, die wiederum nach Maßgabe von Honorarverteilungsmaßstäben auf die einzelnen Ärzte verteilt wird; im Nichteinigungsfall werden neutrale Personen eingeschaltet; das Verfahren wird durch die Aufsicht der zuständigen Bundes- und Landesministerien kontrolliert. Es findet seine Grundlage im Sozialversicherungsrecht und damit in der Bundesgesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Damit unterscheiden sich bei den Ärzten erstens die Privat- und Kassenvergütung sowohl in der Höhe wie im Verfahren ihrer Festsetzung und zweitens die Globalvergütung an die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Einzelhonorare der Ärzte grundlegend voneinander. Es gibt zwar regionale und kassenartbedingte Unterschiede in den Punktwerten, sie sind jedoch gering, eine Berücksichtigung der Praxiskosten findet nur allgemein im Bewertungsmaßstab und bei der Punktwertfestsetzung, u.U. auch im Honorarverteilungsmaßstab, aber nicht konkret individuell hinsichtlich des einzelnen Kassenarztes statt. Die Investitionen sind allein Sache der Ärzte.

Ganz anders ist das Instrumentarium der Krankenhausfinanzierung. Die Vergütungen werden in gleicher Weise für die Kassen- und Privatpatienten festgesetzt; sie schließen im Prinzip die Kosten der Investitionen nicht mit ein. Nach § 4 des Gesetzes zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (KHG) erfolgt die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser dadurch, daß ihre Investitionskosten im Wege öffentlicher Förderung übernommen werden und sie leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen erhalten, die nur nicht geförderte Investitionskosten veranschlagen dürfen. Die Länder haben dazu Krankenhauspläne und Investitionsprogramme aufzustellen, die auch die Folgekosten, insbesondere die Auswirkungen auf die Pflegesätze, berücksichtigen (§ 6 KHG); die direkte Sanktion des Kapitaleinsatzrisikos bleibt jedoch ausgeschaltet. Weil das KHG neben Regeln über die Vergütung der konkreten Leistung an die Patienten, eigenständige Pflichten der Länder begründet, die Investitionen der Krankenhausträger zu bezuschussen, konnte es nicht allein auf die Kompetenz zur Regelung des Wirtschafts- und Sozialversicherungsrechts gestützt werden, es bedurfte vielmehr der besonderen Gesetzgebungsbefugnis des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG. Das sogenannte duale Finanzierungssystem bedingt, daß in die Investitionsentscheidung keine Renditeüberlegungen der Krankenhausträger einfließen; die Geltung des Selbstkostendeckungsprinzips für die Vergütung der konkre-

ten Leistungen schaltete selbst die Folgekostenkalkulation weitgehend aus. Die Krankenhausförderung der Länder orientiert sich vielmehr am Bedürfnis nach Krankenhausbehandlung im Einzugsgebiet. Neben dem Bedarf ist über die Aufnahme in den Krankenhausplan und damit in die staatliche Investitionsförderung primär der Bedarf, der Anspruch auf Gleichbehandlung maßgeblich, er verlangt auch die Berücksichtigung neu hinzutretender Bewerber, ein maßgebliches Auswahlkriterium ist die Kostengünstigkeit.

Die Krankenhauspflegesätze sind nach den Grundsätzen des § 17 KHG und nach Maßgabe einer mit Zustimmung des Bundesrates ergangenen Rechtsverordnung des Bundes, der Bundespflegesatzverordnung, durch die Krankenhausträger und Arbeitsgemeinschaften der Sozialleistungsträger zu vereinbaren (§ 18 KHG). Die Privatpatienten und die privaten Krankenversicherungen sind dabei ausgeschaltet, obwohl die Pflegesätze für alle Benutzer einheitlich zu berechnen sind. Die Pflegesätze müssen medizinisch leistungsgerecht sein und es einem Krankenhaus bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, den Versorgungsauftrag zu erfüllen. Versorgungsauftrag und medizinische Leistungsgerechtigkeit fließen dabei zusammen, ihnen werden jedoch ökonomische Grenzen gesetzt, da bei der Ermittlung der Pflegesätze der Grundsatz der Beitragssatzstabilität und vorübergehend weitere Grenzen zu beachten sind. Dadurch kann es zu Sparzwängen kommen, die die Krankenhausträger erheblich unter Druck setzen. Sie haben sich durch eine vorübergehende Deckelung verschärft. Sofern dadurch auch sparsam wirtschaftende Krankenhäuser aus der Substanz leben müssen, zeichnet sich ein Konflikt mit den Eigentumsgrundrechten der Krankenhausträger ab. Langfristig dürfte es zu einer Steuerung kommen, die auf Einschränkung der Qualität – auch in medizinischer Hinsicht – hinausläuft. Dazu ist zu bemerken, daß weder das Sozialstaatsprinzip noch das Recht auf Leben und Gesundheit den Staat dazu verpflichtet, ohne Rücksicht auf die Kosten ein Krankenhauswesen zu gewährleisten, daß alle möglichen Standards erreicht oder die erreichten Standards wahrt. Wenn es richtig ist, daß sich allein durch den medizinischen Fortschritt die Gesundheitskosten in den letzten einhundert Jahren ver Hundertfacht haben, ist es undenkbar, daß auf die Dauer jede neue Entwicklung der Medizin vorgehalten werden kann.

Die Regulierung der Krankenhausfinanzierung als solche ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden¹⁴. Die Festsetzung der Pflegesätze greift zwar als zwingende Gebührentaxe für die Privatpatienten in die Berufsausübungsfreiheit der Krankenhäuser ein, u. U. in das Grundrecht aus Art. 14 GG¹⁵, weil sie die nicht geförderten Krankenhäuser einem erheblichen Konkurrenznachteil aussetzt¹⁶ und den übrigen die autonome Erwirtschaftung der Investitionen unmöglich macht. Der äußerst harte Eingriff ist jedoch durch die außerordentlich hoch einzuschätzenden Ziele der bedarfsgerechten Krankenhausversorgung der Bevölkerung und der Gewährleistung sozial tragbarer Krankenhauskosten gerechtfertigt¹⁷. Das Regelungssystem dient primär dazu, die Sta-

¹⁴ BVerfGE 82, 209, 222 ff.

¹⁵ BVerfGE 82, 234 f.

¹⁶ BVerfGE 82, 224, 229 f.

¹⁷ BVerfGE 82, 230 ff.

bilität der gesetzlichen Krankenversicherung zu gewährleisten, es soll dazu einen gerechten Ausgleich zwischen allen Kranken, auch den nicht sozialversicherten, und den Krankenhausträgern herbeiführen.

Auch die Ausgestaltung der Regelungen über die Aufnahme in den Krankenhausplan steht mit dem Verfassungsrecht nicht in Widerspruch. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar die Frage offengelassen, ob es verfassungsrechtlichen Bedenken begegne, daß gewisse Krankenhäuser, nämlich die außerplanmäßigen, bei der Teilnahme an der Versorgung von Kassenpatienten an der Realisierung kostendeckender Preise gehindert seien¹⁸. Dem Anschein, es habe damit erwogen, den Anspruch auf individuelle Kostendeckung auf Verfassungsebene zu heben, steht aber sein Hinweis entgegen, es gelte, unnötige und leistungsschwache Krankenhäuser auszuschneiden¹⁹; was an sich durch Marktgesetze bewirkt werde, müßte durch staatliche Lenkungsmaßnahmen erreicht werden, wenn die ersteren ausgeschaltet seien²⁰. Das dürfte nicht allein für den vom BVerfG beschriebenen Fall gelten, daß die Preise durch staatliche Fördermittel beeinflußt sind, die einem Teil der Mitbewerber, nämlich den außerplanmäßigen Krankenhäusern, vorenthalten bleiben, sondern auch zutreffen, wenn durch das bestehende Sachleitungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung von vornherein mit erheblichen Marktstörungen zu rechnen ist. Jedenfalls kann eine auf einem freien Markt nicht gegebene Möglichkeit, seine Preise kostendeckend festzusetzen und zugleich vor der Verdrängung durch kostengünstigere Mitbewerber geschützt zu sein, nicht in der Gestalt des Prinzips individueller Kostendeckung verfassungsfest gemacht werden, wo der Staat zu einem an sich legitimen Preisregulierungssystem greift.

Es ist bereits gezeigt worden, daß die auf Sparsamkeit zielenden Marktmechanismen auf dem Gesundheitssektor weitgehend ohne Wirkung bleiben und ihre Wirkung zusätzlich durch Versicherung und durch die sozialstaatliche Gewährleistung alles Notwendigen gestört werden; das natürliche Gegenmittel wäre unter den Bedingungen der Kostenerstattung die Inanspruchnahme der Schadensminderungspflicht; sie würde die den Versicherten zufließende Erstattung auf den Preis des zumutbaren kostengünstigsten Krankenhauses beschränken. Der Inanspruchnahme einer versicherungstypischen Schadensminderungspflicht können allenfalls Grundrechte der Versicherten, nicht aber solche der Berufe entgegengehalten werden, die sich auf die Beseitigung versicherter Schäden spezialisiert haben. Es ist evident, daß Karosserie-Handwerker grundrechtlich nicht den Ersatz der Reparaturkosten statt Abrechnung als Totalschaden verlangen könnten, wenn der Staat durch Einführung einer Pflichtkaskoversicherung dafür gesorgt hätte, daß die ihr Auskommen hätten. Wenn man insofern bei den Gesundheitsleistungen zu einer anderen Einschätzung kommt, findet dies ihren Grund darin, daß insofern der Vollkaskoschutz als natürlich angesehen wird, nicht zuletzt wegen seiner Begründung aus dem Sozialstaatsprinzip heraus, das als Erwerbsgarantie der ihm gewidmeten Berufe jedoch mißinterpretiert wäre.

¹⁸ BVerfGE 82, 229.

¹⁹ BVerfGE 82, 230f.

²⁰ Ähnlich *Heinze*, Das Krankenhaus 1994, S. 288, 300f.

An die Stelle der Schadensminderungspflicht tritt im Sachleistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung der kostengünstige Einkauf der Sachleistung „Krankenhausbehandlung“ durch die Krankenkassen, gegebenenfalls ergänzt durch beschränkte Kostenerstattung bei der Inanspruchnahme einer teureren Alternative. Beides ist nicht unter dem Aspekt der Beeinträchtigung der grundrechtlichen Freiheit der Gesundheitsberufe zu bewerten, sondern schränkt allenfalls die Wahlfreiheit des Versicherten ein. Auch sie bleibt unbeschädigt, solange die Preise der medizinisch notwendigen Behandlung ungeachtet des vom Versicherten präferierten Partners gleich sind. Das ist für die ärztlichen Leistungen in der freien Praxis durch die Gebührenordnungen (für die Privatversicherten) und die Vergütungsverträge (für die Krankenversicherten) gewährleistet. Der krankenhausesindividuelle Pflegesatz aber bewirkt, daß die medizinisch gleiche Leistung in den Krankenhäusern unterschiedlich viel kostet. Unter diesen Umständen dem Patienten die freie Wahl zu belassen, ohne ihm die Mehrkosten aufzuerlegen, setzt keinen – grundrechtlich zu schützenden – Preiswettbewerb in Gang, sondern gewährt eine Freiheit einseitig zulasten der Solidargemeinschaften. Ein Abbau der Preisdifferenzen der Krankenhäuser wird gegenwärtig durch Fallpauschalen angestrebt. Eine völlige Preisgleichheit ist allerdings nicht zu erreichen, solange am System der Deckung der individuell ermittelten Selbstkosten noch festgehalten wird. In der Tat soll zwar künftig bei den Krankenhäusern, die ausschließlich nach Fallpauschalen und Sonderentgelten abrechnen, die Gewährleistung des Budgets entfallen. Das ist nicht grundrechtswidrig, sondern freiheitsfördernd und marktgerecht: Die Krankenhäuser finanzieren sich nach dem im KHG angestrebten Modell entweder künftig ausschließlich durch Fallpauschalen und pauschalierte Sonderentgelte. Obwohl diese ähnlich wie die kassenärztlichen Honorare allgemein ausgehandelt werden sollen, können sie aber nach wie vor durch Zuschläge an individuelle Kostenstrukturen angepaßt werden, so daß es bei Preisdifferenzen verbleibt, die angesichts der Abwälzung nach ausgleichenden Regulierungsmechanismen zur Kostenbegrenzung verlangen. Daneben werden die Krankenhäuser bei realistischer Betrachtung auch künftig noch Leistungen nach Pflegesätzen abrechnen, die zusammen mit den Fallpauschalen und Sonderentgelten ein prospektiv berechnetes individuelles Budget abdecken. Dieses Budget soll alle Kosten erfassen – außer den Investitionen, die dem Krankenhaus aus öffentlicher Förderung zufließen; bei nicht öffentlich geförderten Krankenhäusern bezieht es die Investitionskosten ein, bedingt aber dadurch höhere Pflegesätze, die sich im eröffneten Wettbewerb nachteilig auswirken. Während das Budget früher an den individuell ermittelten Selbstkosten orientiert gewesen ist²¹, soll es künftig nur noch die Kosten eines Krankenhauses mit entsprechender Leistungsstruktur und entsprechendem Leistungsumfang nach Maßgabe des Versorgungsauftrages ausgleichen. Das wird die Preise vergleichbarer Häuser wohl annähern, gleichwohl erhebliche Differenzen unter ihnen und zu Häusern mit abweichender Leistungsstruktur und anderem Leistungsumfang bestehen lassen, die ihrerseits nach einer Beschränkung der Auswahlfreiheit der Versicherten verlangen. Das

²¹ Eines vernünftig wirtschaftenden Krankenhauses: *Gitter*, Krankenhausverfassung und Krankenhausfinanzierungsrecht, Zentrallehrgang 1978, S. 77ff; 88.

Budget muß dem Grundsatz der Beitragsstabilität genügen, außer wenn „die notwendige medizinische Versorgung auch unter Ausschöpfung von Wirtschaftlichkeitsreserven nicht zu gewährleisten ist“ (§ 141 Abs. 2 SGBV). Damit wird ein Druck auf die Krankenhäuser ausgeübt, ihre Kosten zu senken. Das wird nicht ohne einen Verzicht auf die Leistungsstruktur und -umfang gehen. Wie schon angedeutet, wird damit das Wachstum der medizinischen Möglichkeiten eingeschränkt, unter Umständen sogar eine Rückentwicklung eingeleitet. Wenn dem Krankenhaus die erwirtschafteten Überschüsse und Verluste verbleiben, ist ein Anreiz zu weiteren Einsparungen gegeben, der freilich nicht an die Kranken weitergeleitet werden wird.

Abschließend ist zu bemerken: Der Gesetzgeber ist bei Regelung der Krankenhausfinanzierung über die Beziehungen der Krankenhäuser zu den gesetzlichen Krankenkassen hinausgegangen. Er hat nach Art einer verbindlichen Taxe die Preise gegenüber allen Benutzern festgesetzt. Damit hat er nicht nur die Vergütungen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung reguliert, sondern unmittelbar in die private Vertragsfreiheit der Krankenhausträger eingegriffen, die für diese grundrechtlich von Art. 12 GG gewährleistet ist²². Dieser Eingriff ist ähnlich zu beurteilen wie alle zwingenden staatlichen Gebührentaxen, d.h. er ist verfassungsrechtlich zulässig, wenn er durch übergeordnete Gemeinwohlziele legitimiert ist und dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit genügt. Das ist im Prinzip ebenso zu bejahen wie für die verbindlichen Gebührenordnungen der Ärzte und Zahnärzte. Hinter der Forderung, Beitragsstabilität und ein hohes Leistungsniveau miteinander zu verbinden, stehen nämlich ebenfalls Verfassungsprinzipien und Grundrechte. Pflegesatzregelungen, die die Krankenhäuser auf Dauer und generell auf Entgelte beschränkten, die sie zwingen, aus der Substanz zu leben, wären nicht nur evident unvernünftig, sondern wegen Verstoßes gegen das Übermaßverbot auch verfassungswidrig. Der Schutz der Berufsfreiheit gebietet es dagegen nicht, die Entgelte individuell nach den konkreten Selbstkosten zu bestimmen, um auch dem unwirtschaftlichen einzelnen Krankenhaus das Überleben zu sichern. Dabei ist gleichgültig, ob die Unwirtschaftlichkeit auf der Übernahme von kirchlichen Nebenzwecken beruht; im Gegenteil ist eine über Art. 138 WRV hinausgehende Bezuschussung der darauf abzielenden Tätigkeiten im religiös neutralen Staat verfassungsrechtlich bedenklich. Der Übergang zu einer Vergütung nach Fallpauschalen und Sonderentgelten ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, zumal er den Häusern Zeit zur Anpassung läßt.

Daß die Höhe der Vergütung im Zusammenwirken von Krankenhausträgern und Krankenkassen und deren jeweiligen Verbänden bestimmt wird, aber die gleichfalls betroffenen Privatpatienten und deren Versicherer nicht beteiligt sind, kann hingenommen werden, da deren Organisation schwierig ist, die privaten Patienten angesichts der Gleichheit der Pflegesätze auch wenig gefährdet sind und da der aufsichtführende Staat verhindern kann (und muß), daß deren Interessen verkürzt werden.

Problematisch ist allein, daß die hergebrachten wie die künftigen Vergütungsregeln im Prinzip die Erwirtschaftung der Investitionskosten durch angemessene Verzinsung

²² Er ist einschlägig, selbst wenn keine Gewinnerzielungsabsicht besteht.

und Abschreibung nicht zulassen. Die Ausschaltung des kapitalistischen Investitionsmodells ist bewußt erfolgt. Das Krankenhausfinanzierungsgesetz hat stets die Absicht verfolgt, die Entscheidung über Investitionen in dem für die Volksgesundheit notwendigen Krankenhausbereich unabhängig von Rendite-Erwägungen zu sichern. Indem es die Entgelte prinzipiell auf die laufenden Betriebskosten beschränkt und die Berücksichtigung der Investitionskosten untersagt, hat es dafür ein Instrument gewählt, das ganz allgemein verhindert, die erforderlichen Investitionskosten für die Krankenhäuser privat zu finanzieren. Zwar gibt es damit die Krankenhäuser nicht dem Verfall preis, aber es entzieht den Betreibern die autonome Entscheidung über Erhalt und Ausbau und überträgt sie in ein staatlich kontrolliertes Planungssystem. Dieser Eingriff in die Freiheit aus Art. 12 und 14 GG ist nicht unausweichlich, es ist durchaus denkbar, die Vergütungen so zu bemessen, daß sie auch die Investitionen abdecken. Zweifellos müßten sie dann steigen, die Folgen könnten aber, wenn politisch gewollt, auch durch direkte Subventionierung der Patienten und Krankenkassen abgewendet werden. Dennoch erscheint der Eingriff in die Investitionsfreiheit noch als ein im politischen Spielraum liegendes Instrument gerechtfertigt zu sein, um den Ausbau und die Erhaltung des Krankenhauswesens zu sichern, die angesichts des Finanzbedarfs von Privaten kaum erwartet und wegen seiner kosteninduzierenden Folgen für den Gesundheitsbereich und die soziale und private Krankenversicherung auch nicht allein der Privatinitiative überlassen werden kann. Doch muß Krankenhausbetreibern eine faire Chance bleiben, in den Krankenhausplan aufgenommen zu werden.

Letztlich bleibt die Krankenhausfinanzierung eine politische Aufgabe. Bei ihrer Erfüllung kommt den Leistungserbringern und Beitragszahlern eine wichtige Aufgabe zu, die sie gemeinsam angehen sollten, statt gegeneinander zu Felde zu ziehen. Sie haben ein gemeinsames Interesse an der Erhaltung eines leistungsfähigen und bezahlbaren Gesundheitssystem von hoher Verlässlichkeit, die dem Versicherten Sicherheit bietet und es den Leistungserbringern ermöglicht, den erforderlichen Leistungsapparat durch Investition – modisch gesprochen – in Human- (Aus- und Fortbildung) und Sachkapital bereitzustellen. Gewiß kommt es dem Staat zu, sie zu gemeinschaftlicher Bewältigung der Aufgaben in Stand zu setzen. Sie dürfen aber nicht abwarten, bis er ein hinreichendes Instrumentarium entwickelt, statt sie mit vollmundigen Bekundungen der Vorfahrt für die Selbstverwaltung auf einem Schienennetz zu halten, dessen Weichen er weiterhin selbst stellt.

Das Kassenarztsystem ist ein Modell einer Kooperation zwischen Beitragszahlern und Leistungserbringern. Es hat freilich die Erwartungen nicht voll erfüllen können. Vor allem hat es zu keiner Begrenzung des Leistungsumfangs geführt, teils hat es die Expansion noch gefördert, teils haben eine das Füllhorn ausschüttende, ihrem vermeintlichen sozialen Gewissen blind folgende Rechtsprechung und Gesetzgebung jegliche dahingehenden Anstrengung zunichte gemacht. Primär war ihm freilich auch die Aufgabe gestellt, die Einkommenswünsche der Ärzte und die Zahlungsbereitschaft in Übereinstimmung zu bringen; die Lösungen, die es gefunden hat, hat die Politik vielfach kritisiert und zum Zwecke der Kostendämpfung korrigiert; d.h. sie hat ihnen tendenziell vorgehalten, den Einkommenswünschen der Ärzte zu sehr nachgegeben

und der Beitragsbelastung der Versicherten zu wenig Beachtung geschenkt zu haben. Der Gesetzgeber ist freilich schlechterdings unfähig gewesen, die Ursachen der vorgeworfenen Fehlsteuerung exakt zu ermitteln, er hat vielmehr nur immer wieder den Kurs vorgegeben oder das Steuer festgelegt, aber das Entscheidungsverfahren nie so zu ändern vermocht, daß Fehlsteuerungen von vornherein vermieden werden können. Angesichts des immer mehr verschärften Interventionismus, zu dem er sich deshalb gezwungen gesehen hat, und des durch ihn bekundeten Mißtrauens in das autonome Entscheidungssystem kann sein Bekenntnis zu mehr Selbstverwaltung nur hohl klingen.

Die mit den Erfolgen der Medizin, ja selbst der Prävention notwendig exorbitant steigende Morbidität, die mit der steigenden Lebenserwartung, vor allem auch der schwer und schwerst chronisch Kranken einhergeht und die durch die generativ bedingten Verschiebungen in der Altersstruktur nur noch zusätzlich verschärft wird, und die ebenso extrem gewachsene Qualität einer medizinischen Diagnose- und Therapie-technik, ihr selbstverständlicher Einsatz in Fällen, in denen ein positives Ergebnis höchst unwahrscheinlich ist, nur um sicher zu gehen und nichts unversucht zu lassen, hat es freilich mit sich gebracht, daß die Aufwendungen gestiegen sind. Auch dagegen konnten die Beteiligten vielfach nichts tun, weil dem teils eine expansive, völlig verantwortungslos gewordene Schadensersatzjudikatur, teils aber auch eine Sozialrechtsprechung entgegensteht, die dem einzelnen Arzt und Patienten das Recht zugesteht, wo nichts mehr hilft, alles zu versuchen, einschließlich der Götter. Sie wäre überdies mit dem Zeitgeist und seinem Ideal eines Gesundheitssystems unvereinbar gewesen, das jedem – wenigstens dem Nichtraucher – ewige Gesundheit und Unsterblichkeit garantiert. Selbst wenn sich der Zeitgeist ändern sollte, werden die Aufwendungen weiter steigen. Die Reduzierung der Einkommen und Gewinne der vom Gesundheitswesen lebenden Berufe, Gewerbe und Industrien verspricht keinen dauerhaften Ausweg. Der Rationalisierung sind engste Grenzen gesetzt. Medizin produziert nicht wie die Industrie immer mehr zu immer geringeren Aufwand, sondern umgekehrt immer weniger – in den bei Sterblichen unausweichlich eintretenden Extremlagen – mit immer größerem Aufwand, zuletzt kann sie auch bei größtem Aufwand den Tod nicht verhindern. Die Prävention mag vorzeitige Todesfälle verhindern, die Belastungen der Krankenkassen durch die dann älter werdenden Versicherten verringert sie nicht, sondern treibt sie hoch, von der Zahnmedizin vielleicht abgesehen. Gelingt es nicht, zu einem umfassenden Konsens über den Leistungsumfang zu kommen, dann kann auch die Kooperation zwischen Leistungserbringern und Versicherten Beitragsatzstabilität nicht eher erreichen, bis das Einkommen vollständig für die Gesundheitsvorsorge verzehrt ist.

Tatsächlich tut sich die Staatsrechtslehre schwer bei der Entwicklung von Verfahren und Einrichtungen zur Entscheidung in Verteilungskämpfen, das behält sie, soweit der Staat die Verantwortung für sie übernehmen darf oder muß, weitgehend auf parlamentarischer Ebene. Möglicherweise verdient aller Mängel zum Trotz ein kooperatives, dem Tarifvertragssystem parallel entwickeltes System einen Vorzug. Der Gesetzgeber verfolgt jedenfalls zunehmend die Tendenz, das Kassenarztsystem als Modell für eine kollektive Kooperation zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern zu benutzen. Das geltende Kassenarztsystem ist aber nicht allein wegen der geschilderten

Mängel nicht unverändert zum Modell der Kooperation zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen geeignet. Einmal sind die Interessen der unterschiedlichen Leistungserbringer einander entgegengesetzt, jede Gruppe muß versuchen, ihren Anteil am Budget auf Kosten der anderen zu vergrößern. Zum anderen sind innerhalb der einzelnen Gruppen die Interessen kontrovers, schon innerhalb der Ärzteschaft ist es schwer, zwischen den einzelnen Facharztgruppen zu vermitteln. Noch schwerer wird es bei anderen Leistungserbringern. Innungen und Innungsverbände wie Krankenhausgesellschaften sind keine öffentlich-rechtlichen Zwangskörperschaften. Krankenhäuser lassen sich schon von der Sache her nicht wie Kassenärzte organisieren, weil es nicht um allgemeine Vergütungen geht, möglicherweise aber auch deshalb nicht, weil kirchliche Häuser von Verfassungen wegen nicht zu Mitgliedern von Zwangskörperschaften gemacht werden dürfen. Arzneimittelhersteller stehen dem Sachleistungssystem der Krankenversicherung weit ferner als Apotheker, sie produzieren weltweit, beides steht ihrer Einbindung nach Analogie des Kassenarztrechts entgegen; dazu kommt noch eine europarechtliche Schranke.

All das sollte aber alle an unserem Gesundheitswesen interessierten Berufe, Gewerbe, Industrien, die Krankenkassen und die privaten Krankenversicherer nicht daran hindern, den Weg der Kooperation zu suchen und zu entwickeln, um dem Gesundheitswesen den notwendigen Bestand und die dafür erforderliche Akzeptanz zu sichern. Der Rückzug ins Private und die Hoffnung, die Verfassung habe schon alles geregelt und die Politik werde es im übrigen schon richten, greift zu kurz.