

Gutachten

zur Verfassungsmäßigkeit der Krankenhausvergütungsregulierung

im Auftrag der

Deutsche Krankenhausgesellschaft e. V.

vertreten durch Dr. Gerald Gaß (Vorstandsvorsitzender)

abgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Stefan Huster

Bochum, 28. April 2023

Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Sachverhalt und Fragestellung	3
A. Sachverhalt	3
I. COVID-19-Pandemie	3
II. Steigende Personalkosten	4
III. Kostensteigerungen.....	6
B. Fragestellung	8
Teil 2: Gutachterliche Stellungnahme	9
A. Rechtsgrundlagen der Krankenhausvergütung.....	9
I. Grundlagen der Regulierung der Entgelthöhe	10
II. Kalkulation der Fallpauschalen	11
III. Finanzhilfen	14
B. Zwischenfazit	15
C. Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.....	16
I. Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs	16
1. Wesensmäßige Anwendung der Berufsfreiheit.....	16
2. Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat.....	18
II. Reichweite des sachlichen Schutzbereichs von Art. 12 Abs. 1 GG	20
III. Eingriff.....	26
IV. Rechtfertigung	27
1. Legitimer Zweck	29
2. Geeignetheit.....	30
3. Erforderlichkeit	32
4. Angemessenheit.....	32
a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Vergütungsregulierung.....	33
b) Zusammenfassung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe.....	40
c) Aktuelle wirtschaftliche Lage	40
V. Zwischenergebnis	43
D. Anforderungen aus dem Sozialstaatsprinzip	44
E. Fazit	46

Teil 1: Sachverhalt und Fragestellung

A. Sachverhalt

Die wirtschaftliche Lage deutscher Krankenhäuser war bereits mehrfach problematisch. Bis 2016 war ein Aufwärtstrend zu verzeichnen, der aber nicht anhielt: Ab 2017 kam es zu sinkenden Fallzahlen bei gleichzeitig steigenden Personalkosten; erste Insolvenzen wurden bekannt.

Siehe zum Beispiel zur Insolvenz des St. Vinzenz-Krankenhaus in Altena, im Rahmen dessen Insolvenz kurzfristig kein Notarzt mehr gestellt werden konnte; *Braun*, Insolvenz: Krankenhaus kann keinen Notarzt mehr stellen – Kreis findet schnelle Lösung, Meldung vom 21.12.2016; abrufbar unter: <https://lokalstimme.de/blog/2016/12/21/insolvenz-krankenhaus-kann-keinen-notarzt-mehr-stellen-kreis-findet-schnelle-loesung/>; zuletzt abgerufen am 20.04.2023. Diese Situation setzte sich weiter fort, indem zum Beispiel am 21.12.2017 die Paracelsus-Kliniken Deutschland GmbH & Co. KGaA mit 40 Einrichtungen und 5 200 Mitarbeitern Insolvenz anmeldete; ZEIT.Online, Paracelsus-Kliniken: Klinikette meldet Insolvenz an, Meldung vom 21.12.2017; abrufbar unter: <https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2017-12/insolvenz-paracelsus-kliniken-osnabrueck>; zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

Krankenhäuser bzw. Krankenhausträger stehen auch heute wiederum vor großen wirtschaftlichen Herausforderungen, die durch die aktuellen Krisen noch verschärft wurden. Exemplarisch ist auf die nach wie vor relevanten Folgen der COVID-19-Pandemie (s. u. I.), steigende Personalkosten (s. u. II.) und Belastungen, die insbesondere auf steigende Energiekosten zurückzuführen sind (s. u. III.), hinzuweisen.

I. COVID-19-Pandemie

Mit dem Beginn der COVID-19-Pandemie zum Ende des Jahres 2019 standen die Krankenhäuser zunächst vor erheblichen wirtschaftlichen Herausforderungen. Drastische pandemiebedingte Einnahmeausfälle entstanden insbesondere durch verschobene oder ausgesetzte planbare Operationen und Behandlungen. Im Jahr 2020 sank die Fallzahl um 13,5 Prozent und blieb im Jahr 2021 auf diesem niedrigen Niveau.

Analysen haben aber ergeben, dass sich die wirtschaftliche Lage der Krankenhäuser im Jahr 2020 bei öffentlich-rechtlichen und besonders bei freigemeinnützigen Krankenhäusern trotzdem verbessert hat, was allerdings nicht auf strukturelle Reformen, sondern auf pandemiebedingte Ausgleichszahlungen zurückzuführen ist. Die Ertragslage privater Krankenhäuser verschlechterte sich dagegen im Jahr 2020

im Vergleich zum Jahr 2019. Im Jahr 2021 lag die Leistungsmenge der Krankenhäuser weiterhin unter dem Stand des Jahres 2019, sodass für die weitere wirtschaftliche Entwicklung abzuwarten bleibt, wie sich die Leistungsmenge zukünftig entwickelt.

Vgl. *Augurzky/Krolop/Hollenbach/Monsees/Pilny/Schmidt/Wuckel*, Krankenhaus Rating 2022, S. 15 f.

Es lässt sich daher festhalten, dass die pandemiebedingten Ausgleichszahlungen die wirtschaftliche Lage der Krankenhäuser für die Pandemiejahre 2020 und 2021 etwas besser aussehen lassen, als sie sein dürfte.

Neben pandemiebedingten Einnahmeausfällen entstanden aufgrund der COVID-19-Pandemie Liefer- und Transportengpässe, sodass dadurch insbesondere im Jahr 2021 höhere Preise entstanden.

Linz/Neumann/Abdalla/Gladis-Dörr, Auswirkungen der Corona-Pandemie: Lieferengpässe bremsen Industrie und treiben Preise, S. 71, 80, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Methoden/WISTA-Wirtschaft-und-Statistik/2022/01/lieferengpaesse-012022.pdf?__blob=publicationFile; zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

II. *Steigende Personalkosten*

Der demografische Wandel trifft das Gesundheitswesen besonders hart. Das anstehende Ausscheiden der geburtenstarken Jahrgänge aus den 1960er Jahren reduziert die verfügbare Arbeitskraft in den nächsten Jahrzehnten drastisch.

Modellrechnungen gehen von einem Absinken des allgemeinen Arbeitsangebotes um etwa 30 % bis zum Jahr 2060 im Vergleich zum Jahr 2010 aus; vgl. bereits *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Herausforderungen des demografischen Wandels, Mai 2011, abrufbar unter: https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/Expertisen/2011/expertise_2011-demografischer-wandel.pdf; zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

Es ist daher mit einem zunehmenden Arbeitskräftemangel und einem zunehmenden Wettbewerb, um Arbeitskräfte zu rechnen. Die Corona-Pandemie rückte dabei die Entlohnung des Pflegepersonals in den Fokus, denn vielfach kam es zu Überlastungen der Beschäftigten. Dabei hat sich deutlich gezeigt, dass sich der Personalmangel weiter perpetuiert, wenn sich überlastetes Personal zum Berufswechsel entscheidet.

Jede dritte Pflegekraft erwägt einen Berufswechsel laut einer im Januar 2022 veröffentlichten Umfrage der Alice Salomon Hochschule Berlin, abrufbar unter: <https://www.ash-berlin.eu/hochschule/presse-und-newsroom/presse/pressemitteilungen/pflege-studie-knapp-40-prozent-der-pflegenden-erwaegen-ihren-beruf-zu-verlassen/>; zuletzt abgerufen am 20.04.2023. Zur Studie: *Gräske/Forbrig/Koppe/Urban/Neumann/Boguth, Gratifikationskrisen, Arbeitsfähigkeit und Wunsch nach beruflichen Veränderungen – eine Querschnittsstudie bei Pflegepersonen (Effort-Reward Imbalance, Ability to Work and the Desire for Career Exits: a Cross-sectional Study of Nurses)*; abrufbar unter: <https://www.thieme-connect.com/products/ejournals/abstract/10.1055/a-1706-0629>; zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

Für Krankenhäuser ist es unerlässlich, ein attraktiver Arbeitgeber zu sein und Löhne und Arbeitsbedingungen zu verbessern. Steigende Lohnkosten und erhebliche Herausforderungen durch den demografischen Wandel zeichneten sich bereits vor der COVID-19-Pandemie ab. Aktuell laufen allerdings auch Tarifverhandlungen, die – mit Blick auf die derzeitige Inflation – sehr hohe Tarifabschlüsse erwarten lassen.

So hat zum Beispiel ver.di bereits die höchste Einigung seit Jahrzehnten mit den Arbeitgebern erzielt, s. die entsprechende Meldung:

„Danach erhalten die Beschäftigten eine steuer- und abgabenfreie Inflationsausgleichszahlung in Höhe von 3.000 Euro. Die Auszahlung beginnt mit einem Betrag von 1.240 Euro netto im Juni 2023. In den Monaten Juli 2023 bis einschließlich Februar 2024 gibt es monatliche Zahlungen in Höhe von je 220 Euro netto. Die Einkommen der Beschäftigten steigen ab dem 1. März 2024 tabellenwirksam um einen Sockelbetrag von 200 Euro plus 5,5 Prozent. Studierende, Auszubildende und Praktikantinnen und Praktikanten erhalten im Juni 2023 ein Inflationsausgleichsgeld von 620 Euro sowie in der Zeit von Juli 2023 bis einschließlich Februar 2024 monatlich 110 Euro netto. Die Ausbildungsentgelte werden für sie ab März 2024 um 150 Euro erhöht. Die Laufzeit des Tarifvertrages beträgt 24 Monate bis zum 31. Dezember 2024.

„Mit der Entscheidung, diesen Kompromiss einzugehen, sind wir an die Schmerzgrenze gegangen“, machte Werneke deutlich. Positiv sei, dass der Abschluss ab März 2024 eine tabellenwirksame Erhöhung von bis zu 16,9 Prozent bedeute - die allermeisten Beschäftigten erhielten damit über 11 Prozent mehr Geld.“

Abrufbar unter: <https://zusammen-geht-mehr.verdi.de/++co++77826c22-e147-11ed-bb25-001a4a16012a>; zuletzt abgerufen am 26.04.2023.

Ab dem Jahr 2020 erfolgte (gemäß § 6a KHEntgG) eine Umstellung der Krankenhausvergütung mit dem Ziel der Verbesserung der Personalsituation in der Pflege. Mit dem Pflegepersonal-Stärkungsgesetz (PpSG) wurden die Pflegepersonalkosten für die unmittelbare Patientenversorgung aus den Fallpauschalen ausgegliedert; die Vergütung erfolgt nunmehr über ausgehandelte Pflegebudgets. Das Pflegebudget ist zweckgebunden und darf nur für die Begleichung der Pflegepersonalkosten eingesetzt werden (vgl. § 6a Abs. 1 S. 3, 4 KHEntgG).

Grundsätzlich ist das Pflegebudget auf eine Selbstkostendeckung angelegt, sodass die Ausgliederung der Pflegekosten als eine für die Krankenhäuser grundsätzlich wirtschaftlich vorteilhafte Maßnahme erscheint. Es gibt allerdings erhebliche Kritik u. a. am Ablauf des Aushandlungsprozesses, der einen späteren Ausgleich zwischenzeitlicher Kostensteigerungen zum Beispiel durch Tarifierhöhungen vorsieht. Träger von Krankenhäusern sind dabei zur Vorfinanzierung gezwungen, wodurch Liquiditätsengpässe entstehen können.

Bibliomed Pflege, Pflegebudget, Vorfinanzierung der Pflegekosten verschärft Notlage der Kliniken, Meldung vom 25.02.2022; abrufbar unter: <https://www.bibliomed-pflege.de/news/vorfinanzierung-der-pflegekosten-verschaerft-notlage-der-kliniken> zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

Insofern werden Krankenhäuser durch hohe Tarifabschlüsse in Bezug auf alle Berufsgruppen – einschließlich der Kosten für Pflegepersonal – erheblich belastet.

III. Kostensteigerungen

Die bereits im Jahr 2022 rasant gestiegene Inflationsrate trifft auch die Krankenhäuser bzw. deren Träger in intensiver Weise. Eine Inflationsursache liegt insbesondere in den gestiegenen Energiepreisen, die sich direkt durch höhere Kosten für Energielieferungen auswirken und indirekt durch höhere Sachkosten. Bereits ab Juni 2021 ist es zu signifikanten Preissteigerungen für Energielieferungen gekommen.

Siehe zum Beispiel zur Preisentwicklung für Erdgas: Statista, Strom- und Energiepreise in Deutschland, S. 9 f., abrufbar unter: <https://de-statista.com/statistik/studie/id/10091/dokument/strom-und-energiepreise-in-deutschland/>; zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

Intensive Preisanstiege sind auch für Verbrauchs- und Gebrauchsgüter zu verzeichnen.

„Die Preise für Verbrauchsgüter waren im Februar 2023 um 17,9 % höher als im Februar 2022 und stiegen gegenüber Januar 2023 um 0,9 %. Nahrungsmittel waren 23,4 % teurer als im Vorjahr. Besonders stark stiegen die Preise für Zucker (+90,4 % gegenüber Februar 2022). Allein gegenüber dem Vormonat Januar wurde Zucker 11,3 % teurer. Schweinefleisch kostete 58,9 % mehr als im Februar 2022, verarbeitete Kartoffeln 49,0 %. Margarine und Nahrungsfette kosteten 38,9 % mehr, Milch 30,3 % und Kaffee 16,7 %. Billiger als vor einem Jahr waren lediglich Butter (-5,5 %) und nicht behandelte pflanzliche Öle (-8,8 %). Die Preise für Gebrauchsgüter waren im Februar 2023 um 10,5 % höher als ein Jahr zuvor und stiegen gegenüber Januar 2023 um 0,2 %, insbesondere bedingt durch die Preisentwicklung bei Möbeln (+12,1 % gegenüber Februar 2022).“ Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 110 vom 20. März 2023, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2023/03/PD23_110_61241.html; zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

Krankenhäuser bzw. Krankenhausträger und die Deutsche Krankenhausgesellschaft weisen daher auf die sich stetig zuspitzende Finanzsituation sowie drohende Insolvenzen hin und warnen vor Versorgungslücken.

S. exemplarisch Pressemitteilung der Deutschen Krankenhausgesellschaft vom 13.03.2023: *„Gleichzeitig ist die wirtschaftliche Lage der Kliniken dramatisch und spitzt sich Monat für Monat zu. „Wegen des fehlenden Inflationsausgleichs sind bis Ende 2022 bereits 6,7 Milliarden Euro an Defiziten aufgelaufen, und aktuell kommen im Jahr 2023 jeden Monat 740 Millionen Euro dazu. Wenn nichts passiert, stehen wir Ende 2023 bei minus 15,6 Milliarden Euro. Die Krankenhäuser liegen im Schockraum der Notaufnahme, und viele Kliniken werden die politische Therapie des Abwartens nicht überleben“, so Gaß. Nur sehr wenige Krankenhäuser (3 Prozent) bewerten ihre aktuelle wirtschaftliche Situation noch als gut. Diese Zahlen des neu erhobenen Krankenhaus-Index des Deutschen Krankenhausinstituts (DKI) im Auftrag der DKG untermauern die Notlage der Kliniken. Die DKG fordert deshalb ein Vorschaltgesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser. Nur so kann verhindert werden, dass Kliniken vor der großen Krankenhausreform in Insolvenz gehen und dadurch Versorgungslücken entstehen. „Wenn Bundesminister Lauterbach seine in Aussicht gestellte Krankenhausreform als Rettung der von Insolvenz bedrohten Häuser darstellt, ohne aber unverzüglich lebensrettende Sofortmaßnahmen einzuleiten, dann wird er am Ende Krankenhäuser retten, die schon längst nicht mehr existieren“, prognostiziert Gaß.“* abrufbar unter: <https://www.dkgev.de/dkg/presse/details/ohne-vorschaltgesetz-werden->

viele-krankenhaeuser-die-grosse-krankenhausreform-nicht-mehr-erleben/
zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

B. Fragestellung

Vor diesem Hintergrund wird die Frage aufgeworfen, ob staatliches Handeln zur Vermeidung eines unkontrollierten „kalten Strukturwandels“ rechtlich geboten ist.

Rechtliche Anknüpfungspunkte dafür sind verfassungsrechtlich geschützte Position der Krankenhausträger, d. h. insbesondere die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, und die aus dem Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG folgende Verpflichtung der öffentlichen Gewalt zur Daseinsvorsorge.

Teil 2: Gutachterliche Stellungnahme

A. Rechtsgrundlagen der Krankenhausvergütung

Das Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) regelt die Finanzierung und Vergütung von Krankenhäusern. Diese Regulierung der Vergütung erfolgt unabhängig davon, welcher Trägergruppe, d. h. privaten, freigemeinnützigen oder öffentlichen Trägern, das Krankenhaus angehört

Vgl. *Wernick* in: Huster/Kaltenborn (Hrsg.), Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 20, Rn. 23.

Dabei gilt für Plankrankenhäuser das Prinzip der dualen Finanzierung, nach dem die Betriebskosten der Krankenhäuser, also alle Kosten, die für die Behandlung von Patienten entstehen, von den Krankenkassen finanziert werden, die Investitionskosten hingegen durch die Bundesländer getragen werden. Eine weitere Gruppe sind die nicht in den Krankenhausplan aufgenommenen Krankenhäuser, deren Zulassung auf einem Versorgungsvertrag gemäß § 108 Nr. 3 SGB V (im Folgenden: „Vertragskrankenhäuser“) beruht. Die Investitionskosten dieser Krankenhäuser werden nicht oder uU nur teilweise gefördert.

Die Investitionskostenfinanzierung von Krankenhäusern wird seit Jahren als unzulänglich kritisiert, sodass für die vorstehende Fragestellung eine Konzentration auf die Vergütung der Behandlungskosten erfolgt.

*„Die Investitionsfördermittel der Länder beliefen sich im Jahr 2020 auf 3,27 Mrd.€, 3 % mehr als im Vorjahr. Bezogen auf die gesamten Krankenhauserlöse entspricht dies 3,4 %, 1991 waren es noch rund 10 % gewesen. Zum Erhalt der Unternehmenssubstanz sollten jährlich 7-8 % der Erlöse in Investitionen fließen. Wir schätzen den jährlichen förderfähigen Investitionsbedarf der Plankrankenhäuser zum Substanzerhalt auf mindestens 5,5 Mrd. €, zuzüglich Universitätskliniken insgesamt auf 6,3 Mrd. €. **Krankenhäuser schließen diese investive Lücke nur zum Teil aus eigener Kraft, sodass es zu einem Substanzverzehr kommt, der in den Bilanzen deutlich sichtbar ist. Besonders stark war dieser Substanzverzehr bei den ostdeutschen Krankenhäusern, die sich - von einer sehr guten Unternehmenssubstanz kommend - dem niedrigen Niveau der westdeutschen Krankenhäuser immer weiter annähern.** [Hervorh. d. d. Verf.]“ (Augurzky/Krolop/Hollenbach/Monsees/Pilny/Schmidt/Wuckel, Krankenhaus Rating 2022, S. 15 f.).*

I. Grundlagen der Regulierung der Entgelthöhe

Gemäß § 17b Abs. 1 S. 1 KHG werden somatische Krankenhausleistungen pauschal vergütet. Für die Vielfalt der Krankheitsarten wurden diagnosebezogene Fallpauschalen (DRG) formuliert, die jährlich weiterentwickelt und angepasst werden.

Vgl. *Prütting* in: Huster/Kaltenborn (Hrsg.), Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 5, Rn. 74.

Für psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen regelt § 17d KHG die Einführung eines pauschalierenden Entgeltsystems für psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen (PEPP-Entgeltsystem).

Für stationäre ärztliche Wahlleistungen gilt gemäß § 17 Abs. 3 S. 7 Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen (KHEntgG) die GOÄ (Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ)) entsprechend, falls das Krankenhaus die Leistungen selbst anbietet und abrechnet. Falls liquidationsberechtigte Ärzte der Krankenhäuser die wahlärztlichen Leistungen selbst berechnen, ist der Anwendungsbereich der GOÄ unmittelbar eröffnet.

Die pauschalierenden Entgeltsysteme gemäß §§ 17b, 17d KHG sind allerdings nicht auf alle Krankenhäuser anzuwenden. Eine wichtige Ausnahme in diesem Zusammenhang ist die Herausnahme von nicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 oder Nr. 7 KHG geförderten Krankenhäusern gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 KHEntgG, also u. a. von nicht in den Krankenhausplan der Länder aufgenommenen Krankenhäusern.

Vgl. *Götz* in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, 2. Auflage 2018, § 1 KHEntgG, Rn. 16; BSG, Urteil vom 11.09.2012, B 1 KR 3/12 R, Rn. 39 juris.

Nachdem der BGH im Jahr 2011 bestätigte, dass diese Einschränkung des Anwendungsbereichs auch für sog. ausgegründete Privatkliniken gilt,

S. BGH, Beschluss vom 21.04.2011, III ZR 114/10, Rn. 5 ff. juris.

ergänzte der Gesetzgeber in § 17 Abs. 1 S. 5 KHG eine Sonderregelung für Einrichtungen, die in räumlicher Nähe zu einem Krankenhaus liegen und mit diesem organisatorisch verbunden sind. Diese Einrichtungen dürfen nunmehr für allgemeine, dem Versorgungsauftrag des Krankenhauses entsprechende Krankenhausleistungen keine höheren Entgelte verlangen, als sie nach den Regelungen des KHG und des KHEntgG zu leisten wären. Regelungsziel war es, eine Umgehung des Krankenhausfinanzierungsrechts, d. h. insbesondere der Investitionskostenförderung, zu verhindern.

Es soll eine „systemwidrige Quersubventionierung“ der verbundenen Privatkliniken mit Mitteln der öffentlich geförderten Krankenhäuser

vermieden werden: BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 20.08.2013, 1 BvR 2402/12, 1 BvR 2684/12, Rn. 35 juris. Außerdem trifft den Gesetzgeber eine Verantwortung, auch unzumutbare Belastungen in der privaten Krankenversicherung zu vermeiden: vgl. BT-Drs. 17/8005, 132 f. unter Hinweis auf BVerfGE 123, 186 ff.

Nicht in den jeweiligen Krankenhausplan der Länder aufgenommene Krankenhäuser mit einem Versorgungsvertrag gemäß § 108 Nr. 3 SGB V sind jedenfalls für die Behandlung von gesetzlich versicherten Patienten auch an die krankhausentgeltrechtliche Vergütungshöhe gebunden. Mit Blick auf einen Versichertenanteil von rund 90 % in der gesetzlichen Krankenversicherung wird – bereits unabhängig von der derzeitigen allgemeinen Finanzsituation der Krankenhäuser – von einer Verdrängung dieser Krankenhäuser ausgegangen.

Köbler in: BeckOK KHR, 3. Ed. 1.2.2023, KHG § 17 Rn. 93.

Diese Krankenhäuser sind daher nahezu vollumfänglich an krankhausentgeltrechtliche Vergütungsvorgaben gebunden. Ein gewisser Gestaltungsspielraum besteht daher im Verhältnis zu nicht gesetzlich versicherten Patienten, denn insoweit ist eine Einbeziehung von Investitionskosten in den Pflegesatz möglich, der allerdings spiegelbildlich mit einem erheblichen Wettbewerbsnachteil durch die dementsprechend höheren Pflegesätze einhergeht. Insofern sind auch diese Krankenhäuser umfassend in der Preisgestaltung betroffen.

S. dazu BVerfGE 82, 209, 229.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass jedenfalls in die jeweiligen Krankenhauspläne der Länder aufgenommene Krankenhäuser vollumfänglich von preisregulierenden Vorschriften erfasst sind. Mit Blick auf § 17 Abs. 1 S. 5 KHG gilt dies unabhängig vom Versicherungsstatus der Patienten und begrenzt die Vergütung der Entgelte der Höhe nach. Plankrankenhäuser und Krankenhäuser mit einem Versorgungsvertrag gemäß § 108 Nr. 3 SGB V können daher nicht kaufmännisch auf Kostensteigerungen reagieren, indem sie die Entgelte an Preissteigerungen anpassen.

II. Kalkulation der Fallpauschalen

Die Fallpauschalen sind gemäß § 17b Abs. 2 KHG jährlich weiterzuentwickeln und dabei insbesondere an medizinische Weiterentwicklungen und Kostenentwicklungen anzupassen. Die dem zugrundeliegende Kalkulation der Fallpauschalen ist Aufgabe des Instituts für das Entgeltsystem im Krankenhaus (InEK).

Die Kalkulation der Fallpauschalen erfolgt auf der Grundlage von Kostendaten der Krankenhäuser. Die Kostendaten werden dabei stichprobenhaft erhoben, indem

Vereinbarungen zur Teilnahme an der Kalkulation mit Krankenhäusern geschlossen werden (Kalkulationskrankenhäuser). Die Kostendaten werden dabei anhand der Vorschriften eines zu diesem Zweck geschaffenen detaillierten Kalkulationshandbuches

InEK, Kalkulation von Behandlungskosten, Version 4.0, 10.10.2016; abrufbar unter: [http://www.g-drg.de/Kalkulation2/DRG-Fallpauschalen_17b_KHG /Kalkulationshandbuch](http://www.g-drg.de/Kalkulation2/DRG-Fallpauschalen_17b_KHG/Kalkulationshandbuch); zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

durch die Krankenhäuser einheitlich ermittelt. Bei dieser Kalkulation handelt es sich um einen Ist-Kosten-Ansatz auf Vollkostenbasis

Vgl. InEK, Kalkulation von Behandlungskosten, Version 4.0, 10.10.2016, S. 2.

Zweck der Kalkulation ist es, fallbezogene Behandlungskosten

Vgl. InEK, Kalkulation von Behandlungskosten, Version 4.0, 10.10.2016, S. 2, 22.

im Krankenhaus im Einzelnen präzise – bis hin zum Verbrauch von Kleinmaterialien – zu ermitteln, um die erzielten Kalkulationsergebnisse der Pflege und Weiterentwicklung des DRG-Systems zugrunde zu legen. Für die Kalkulationskrankenhäuser sind die im Handbuch beschriebenen Kalkulationsverfahren verbindlich

Vgl. InEK, Kalkulation von Behandlungskosten, Version 4.0, 10.10.2016, S. 2.

Ziel ist es, den Behandlungsfall und -aufwand möglichst genau in der Kalkulation der Fallpauschalen abzubilden, um Fehlsteuerungen zu vermeiden. Grenzen entstehen dabei allerdings durch die Notwendigkeit, eine Handhabbarkeit im Rahmen der Vielzahl von Behandlungsfällen zu gewährleisten; zudem ist es aufgrund des ständigen wissenschaftlichen Fortschritts in der Medizin nicht möglich, jegliche Prozedur oder Diagnose ganz genau abzubilden. Deshalb ist das System vom Gesetzgeber als „lernendes“ System angelegt

Vgl. BSG, Urteil vom 08.11.2011, B 1 KR 8/11 R, Rn. 27 juris.

Im Hinblick auf die Vielzahl von Produkten, Verfahren und Behandlungsformen hat sich der Gesetzgeber schließlich ausdrücklich (gemäß § 17b Abs. 1 KHG) für ein *pauschalierendes Vergütungssystem* nach zusammengefassten Fallgruppen entschieden und vorgesehen, die Sachgerechtigkeit der Gesamtvergütung über die (jährliche) kostenbasierte Kalkulation der DRG zu gewährleisten. Die Entgeltgruppen sollen dabei die durchschnittlichen Kosten aller Patienten der definierten Fallgruppe abbilden.

*„Das Vergütungssystem soll „pauschalierend“ sein. Mit dem pauschalen Entgelt sollen **sämtliche Leistungen für einen definierten Behandlungsfall** vergütet werden. Das Entgelt muss demnach nicht die für einen einzelnen konkreten Patienten erforderlichen Leistungen und Kosten abbilden, sondern **die durchschnittlichen Kosten aller Patienten** mit der gleichen Erkrankung und einer vergleichbaren Behandlung. Es sollen somit Entgelte für bestimmte Gruppen von Patienten gebildet werden. Die Definition dieser Gruppen wird in diesem Entgeltsystem insbesondere durch Diagnosen nach der Diagnosenklassifikation ICD-10-German Modifikation (ICD-10-GM) und durch den Operationen- und Prozedurenschlüssel (OPS) vorgenommen. [Hervorh. d. d. Verf.]“ (Tuschen in: Dietz/Bofinger, Krankenhausfinanzierungsgesetz Bundespflegegesetzverordnung und Folgerecht, Stand: 4.2020, § 17b KHG, S. 169).*

Durch die Pauschalierung tritt im Ergebnis eine Abstrahierung vom einzelnen Fall ein; Kostenunterschiede und Preisentwicklungen im Allgemeinen werden durch die Berücksichtigung der Häufigkeit der Fälle ausgeglichen

„Bei einer solchen pauschalierten Vergütung erhält das Krankenhaus trotzdem die ihm zustehende durchschnittliche Vergütung, solange die mehr und die weniger aufwändigen Patienten sich in der Summe ausgleichen.“ (Tuschen in: Dietz/Bofinger, Krankenhausfinanzierungsgesetz Bundespflegegesetzverordnung und Folgerecht, Stand: 4.2020, § 17b KHG, S. 172)

Die Kalkulationskrankenhäuser liefern die Kostendaten des sog. Datenjahres bis Ende März des Folgejahres (d. h. des sog. Datenlieferungsjahres).

Vgl. § 2 Abs. 2 i. V. m. § 3 Abs. 3 Vereinbarung über die Teilnahme an der Kalkulation über die Teilnahme an der Kalkulation für die Pflege und Weiterentwicklung des Entgeltsystems im Krankenhaus zwischen dem InEK und dem jeweiligen Kalkulationskrankenhaus; abrufbar unter: <https://www.g-drg.de/kalkulation/kalkulationsvereinbarung>; zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

Danach erfolgt die Kalkulation der DRG durch das InEK, sodass die Entgelte stets auf Daten aus dem vorletzten Jahr beruhen. Die Entgelte des Jahres 2023 beruhen also auf Kostendaten aus dem Jahr 2021. Dass die Kosten vergangener Jahre nicht den Kosten der Zukunft entsprechen können, ist selbstverständlich. Vor diesem Hintergrund wird in die Berechnung der Fallpauschalen z. B. ein Hebesatz eingerechnet.

III. Finanzhilfen

Aktuell wurden erste Finanzhilfen für die Krankenhäuser bereits eingeführt. Gemäß § 26f KHG wurden z. B. Ausgleichszahlungen für Energiepreissteigerungen vorgesehen. Für indirekte Preissteigerungen hat der Bund 1,5 Milliarden Euro für direkte Kosten durch höhere Energiepreise 4,5 Milliarden Euro bereitgestellt.

Gemäß § 26f Abs. 2 KHG wird der der Ausgleich für indirekte Kosten durch höhere Energiepreise durch einen pauschalen Betrag je Krankenhausbett geleistet. Diese Ausgleichszahlungen wurden bereits vollständig an die Krankenhäuser ausgezahlt. Die Ausgleichszahlungen für die direkten Kosten durch höhere Energiepreise wurden allerdings nur zu einem geringen Anteil in Anspruch genommen.

Eine Übersicht über die Auszahlung ist auf den Seiten des Bundesamtes für Soziale Sicherung abrufbar: <https://www.bundesamtsozialesicherung.de/de/themen/default-4e54e7918a/ueberblick/>; zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

Erklärungsansätze für die geringe Inanspruchnahme sind zum Beispiel, dass die allgemein geltende Energiepreislösung wirkt und dadurch der vorausgesetzte hohe Preisanstieg nicht erreicht wurde oder der jeweilige Energieträger (z. B. Pellets) nicht von der Ausgleichsregelung erfasst ist. Außerdem wurde der Betrag für Abschlagszahlungen des Monats März 2022 zur Referenz für die Ausgleichszahlungen genommen (s. § 26f Abs. 4 S. 1 KHG) ohne dass dies auf wirtschaftlichen Erwägungen beruhte.

Hintergrund der Wahl des Referenzzeitpunktes sind – wie aus der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU hervorgeht – beihilferechtliche Erwägungen:

„Die Festlegung des konkreten Referenzzeitraums Frühjahr 2022 entspricht einer Vereinbarung zwischen allen betroffenen Bundesressorts auf Staatssekretärsebene und wurde auch im Hilfsfonds für die Pflegeeinrichtungen umgesetzt.

Sie beruht auf dem Besprechungsergebnis des Bundeskanzlers mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 4. Oktober 2022, wonach alle Maßnahmen des 200 Mrd. Euro Pakets der Bundesregierung ausschließlich der Abfederung der Folgen der Energiekrise infolge des russischen Angriffskriegs gegen die Ukraine dienen und marktübliche Steigerungen der Energiepreise, die auch ohne den Krieg in der Ukraine eingetreten wären, nicht berücksichtigt werden. Nur zu diesem Zweck hat die EU einen befristeten beihilferechtlichen Krisenrahmen eröffnet. Allgemeine

Preissteigerungen müssen innerhalb des Systems, etwa im Rahmen der Verhandlungen des Landesbasisfallwerts, berücksichtigt werden.“ (BT-Drs. 20/6241, S. 6)

Die Energiepreise erreichten im März 2022 einen vorläufigen Höchststand, der lediglich im August 2022 nochmal überschritten wurden – dies allerdings sehr deutlich. Für die Auswirkungen auf einzelne Krankenhäuser kommt es letztlich auf die jeweiligen Lieferverträge an. Grundsätzlich ist allerdings festzuhalten, dass es bereits ab Juni 2021 zu signifikanten Preissteigerungen gekommen ist, sodass die Wahl des Referenzmonats, d. h. der Kopplung an den März 2022, dazu führt, dass bereits sehr hohe Preise als Referenz herangezogen werden.

Siehe zum Beispiel zur Preisentwicklung für Erdgas: Statista, Strom- und Energiepreise in Deutschland, S. 9 f., abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/studie/id/10091/dokument/strom-und-energiepreise-in-deutschland/>; zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

Inzwischen wurde eine Anpassung der Energiehilfen angekündigt, indem weitere 2,5 Milliarden Euro aus dem Wirtschaftsstabilisierungsfond zur Verfügung zu stellen. Die nähere Ausgestaltung soll ebenfalls in § 26f KHG erfolgen.

Vgl. Art. 5 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Erdgas-Wärme-Preisbremsengesetzes, zur Änderung des Strompreisbremsegesetzes sowie zur Änderung weiterer energiewirtschaftlicher und sozialrechtlicher Gesetze, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gesetzentwurf-aenderung-des-erdgas-waerme-preisbremsengesetzes.pdf?__blob=publication-File&v=6; zuletzt abgerufen am 26.04.2023.

B. Zwischenfazit

Aus juristischer Perspektive lässt sich die derzeitige wirtschaftliche Situation der Krankenhäuser nicht vollständig beurteilen. Es lässt sich aber feststellen,

- dass die krankenhausesgeltrechtliche Regulierung keinen Spielraum für eine selbstständige, kostengerechte Anpassung der Entgelte durch die Krankenhäuser belässt;
- dass die jährliche Kalkulationsmethodik der Fallpauschalen um das sog. Datenlieferungsjahr versetzt, erfolgt und daher jedenfalls die Kostensteigerungen mit Einsetzen des Ukraine-Krieges noch nicht systematisch berücksichtigt werden konnten;

- dass punktuell Ausgleichsleistungen vorgesehen wurden, die aufgrund der geltenden Anspruchsvoraussetzungen nicht vollumfänglich ausgenutzt werden konnten.

C. Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG

Eine Regulierung von Preisen beschränkt unternehmerische Entscheidungen im Rahmen des Angebots von Leistungen. Als verfassungsrechtlicher Ansatzpunkt kommt daher insbesondere eine Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht, wenn und soweit die krankenhausentgeltrechtlichen Regelungen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht (mehr) entsprechen.

1. Eröffnung des persönlichen Schutzbereichs

In Deutschland besteht eine Krankenhausträgervielfalt, sodass für diese verfassungsrechtliche Analyse eine Anwendung der Berufsfreiheit auf private, öffentliche und freigemeinnützige (einschließlich kirchlicher) Krankenhausträger in verschiedenen (gesellschaftsrechtlichen) Organisationsformen in Rede steht. Daher kommt es zunächst darauf an, ob und ggf. für welche Krankenhausträger der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet ist.

S. zur Krankenhausträgervielfalt ausführlich *Rübsamen*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Fallpauschalensystems im Krankenhauswesen (DRG-Vergütungssystem), 2008, S. 103 ff.

Die Berufsfreiheit ist ein sog. Deutschengrundrecht, sodass der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit grundsätzlich nur für „*Deutsche*“ bzw. inländische juristische Personen eröffnet ist, denn gemäß Art. 19 Abs. 3 GG ist der Grundrechtsschutz nicht auf natürliche Personen beschränkt, sodass Grundrechte für *inländische juristische Personen* (s. u. b)) gelten, *soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind* (s. u. a)). Grundrechte haben in erster Linie die Funktion (nicht gerechtfertigte) Eingriffe des Staates abzuwehren, sodass der Staat selbst grundsätzlich nicht grundrechtsfähig ist (s. u. c)).

1. Wesensmäßige Anwendung der Berufsfreiheit

Trotz der Bedeutung von Art. 12 Abs. 1 GG für die Entfaltung der Persönlichkeit des Individuums ist Art. 12 Abs. 1 GG nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur auf natürliche Personen, sondern auch auf juristische Personen anwendbar.

„Ausgangspunkt der Konkretisierung dieses Grundrechts durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Umstand, daß es sich bei der Garantie um ein Grundrecht handelt, nicht - wie etwa in Art. 151 Abs. 3 WRV - um die Proklamierung der "Gewerbefreiheit" als eines objektiven Prinzips der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung. Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Freiheit des Bürgers in einem für die moderne arbeitsteilige Gesellschaft besonders wichtigen Bereich: Er gewährleistet dem Einzelnen das Recht, jede Arbeit, für die er sich geeignet glaubt, als "Beruf" zu ergreifen, d. h. zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen (BVerfGE 7, 377, 397). In dieser Deutung reicht Art. 12 Abs. 1 GG weiter als die - von ihm freilich umfaßte (vgl. BVerfGE 41, 205, 228 - Badische Gebäudeversicherung) - Gewerbefreiheit. Darüber hinaus unterscheidet er sich jedoch von ihr durch seinen personalen Grundzug: Der "Beruf wird in seiner Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen im ganzen verstanden, die sich erst darin voll ausformt und vollendet, daß der Einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist und durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt. Das Grundrecht gewinnt so Bedeutung für alle sozialen Schichten; die Arbeit als "Beruf hat für alle gleichen Wert und gleiche Würde (BVerfGE 7, 377, 397). Dieser individualrechtlich-personale Ansatz könnte es zweifelhaft erscheinen lassen, ob der Schutz des Grundrechts "seinem Wesen nach" auch juristischen Personen zukommen kann (Art. 19 Abs. 3 GG). **Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage jedoch in ständiger Rechtsprechung bejaht: Schutzgut des Art. 12 Abs. 1 GG ist bei juristischen Personen die Freiheit, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit, insbesondere ein Gewerbe, zu betreiben, soweit diese Tätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann (BVerfGE 30, 292, 312 - Erdölbevorratung - m.w.N.). [Hervorh. d. d. Verf.]“ (BVerfGE 50, 290, 362 f.)**

Krankenhausträger, die als inländische juristische Personen organisiert sind, können sich daher grundsätzlich auch auf die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Dabei ist das Tatbestandsmerkmal „juristische Person“ im Sinne von Art. 19 Abs. 3 GG nicht streng im gesellschaftsrechtlichen Sinne auszulegen, sodass es nicht auf die konkrete (privatrechtliche) Organisationsform des jeweiligen Krankenhausträgers ankommt, denn der Grundrechtsschutz umfasst nicht nur voll-, sondern auch teilrechtsfähige Personenmehrheiten oder Organisationen.

Grundlegend zur Offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft vgl. BVerfGE 4, 7, 12.

2. Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat

Die Grundrechte sind aus den (vorstaatlichen) Menschenrechten abgeleitete Rechte des Einzelnen (vgl. Art. 1 Abs. 2 GG). Ihr Sinn und Zweck ist es daher, die Freiheit und Gleichheit des Einzelnen vor staatlicher Ingerenz zu schützen.

BVerfGE 7, 198, 204 f.; 50, 290, 337 f.; 68, 193, 205.

Der Staat ist daher Adressat (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) und nicht Berechtigter der Grundrechte.

BVerfGE 15, 256, 262; 21, 362, 369 ff.

Aus der Funktion der Grundrechte als Abwehrrecht gegen den Staat folgt daher, dass die Grundrechte die gesamte öffentliche Gewalt binden und juristische Personen des öffentlichen Rechts, die hoheitliche Aufgaben wahrnehmen, nicht grundrechtsfähig sind. Sie können sich damit auch nicht auf das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG berufen.

„Dies gilt nicht nur, wenn der Staat unmittelbar in Erscheinung tritt - als Staatsgewalt des Bundes oder eines Landes -, sondern grundsätzlich auch, wenn er sich zur Erfüllung seiner Aufgaben eines selbständigen Rechtsgebildes bedient. Die Entscheidung, auf welche Art und Weise eine bestimmte öffentliche Aufgabe erfüllt werden soll, ist Sache des gesetzgeberischen Ermessens (vgl. BVerfGE 10, 89, 102, 104); die Verfassungswirklichkeit kennt eine Fülle von Organisationsformen: von den Gebietskörperschaften mit ihren Behörden über die sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts bis zu nicht rechtsfähigen Verwaltungseinheiten verschiedener Art, Sondervermögen, beliebigen Unternehmern usw. Vom Menschen und Bürger als dem ursprünglichen Inhaber der Grundrechte her gesehen, handelt es sich jeweils nur um eine besondere Erscheinungsform der einheitlichen Staatsgewalt (vgl. BVerfGE 4, 27 30; 6, 445, 448). Innerhalb dieses hoheitlichen Gesamtaufbaus des Staates kann es daher keine Grundrechte als subjektive öffentliche Rechte geben.“ (BVerfGE 21,362, 370 f.)

Insofern ist zwischen privaten und öffentlichen Krankenhausträgern zu unterscheiden: Private Träger können sich auf Grundrechte berufen, öffentliche Krankenhausträger hingegen grundsätzlich nicht. Davon bestehen allerdings anerkannte Ausnahmen und es stellen sich Abgrenzungsfragen:

Kirchliche Krankenhausträger können sich grundsätzlich auf die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Hintergrund dessen ist die Inkorporation der Art. 137,

138 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) gemäß Art. 140 GG in das Grundgesetz, denn gemäß Art. 137 Abs. 1 WRV besteht keine Staatskirche, sodass kirchliche Einrichtungen dem Staat auch dann nicht zurechenbar sind, wenn sie öffentlich-rechtliche Körperschaften sind

Das BVerfG hat die Grundrechtsfähigkeit von durch Kirchen getragenen Krankenhäusern daher anerkannt; Vgl. BVerfGE 46, 73, 82 f.; 57, 220, 240 f.; 70, 138, 160 f.

Universitätskliniken sind unterschiedlich organisiert und es bestehen verschiedene Formen der (Teil-)Privatisierung.

Für Universitätskliniken, die als rechtsfähige Anstalt oder Körperschaft des öffentlichen Rechts organisiert sind, wird eine Grundrechtsfähigkeit abgelehnt, denn Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts sind grundsätzlich dem Staat zuzurechnen und so nicht grundrechtsberechtigt; vgl. BVerfGE 21, 362, 369 ff.; 61, 82, 101 ff.; 68, 193, 206; 75, 192, 196 ff.

Universitätskliniken können aber auch als juristische Person des privaten Rechts organisiert sein. Insoweit gilt allerdings, dass die Grundrechtsbindung nicht von der jeweiligen Organisationsform abhängt und privatrechtlich organisierte Träger in öffentlicher Hand nicht grundrechtsfähig sind. Andernfalls könnte die öffentliche Gewalt sich durch die Wahl der Organisationsform Ihrer Grundrechtsbindung aus Art. 1 Abs. 3 GG entledigen.

Davon zu unterscheiden sind sog. gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, d. h. ein Träger, an der die öffentliche Hand eine Beteiligung hält. Insoweit kommt es darauf an, ob das Unternehmen vom öffentlichen Anteilseigner beherrscht wird. Dabei ist eine Orientierung an den Beteiligungsverhältnissen möglich, die Beherrschung kann sich im Einzelfall aber auch aus den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages ergeben.

Vgl. dazu ausführlich *Enders* in: BeckOK GG, 54. Ed. 15.2.2023, GG Art. 19, Rn. 48.

Sonstige öffentliche Krankenhausträger wie zum Beispiel der Bund, das Land oder kommunale Träger können sich grundsätzlich nicht auf Grundrechte berufen. Soweit sonstige öffentliche Träger an gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen beteiligt sind, kommt es auf die Beherrschung des Unternehmens im Einzelfall an.

S. ausführlich zur Grundrechtsfähigkeit von Krankenhausträgern *Rübsamen*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Fallpauschalensystems im Krankenhauswesen (DRG-Vergütungssystem), 2008, S. 106 ff.

Jedenfalls private bzw. privat beherrschte inländische Krankenhausträger sind grundrechtsfähig und können sich daher auf Grundrechte berufen.

Ob eine *inländische* juristische Person vorliegt, richtet sich nach der sog. Sitztheorie. Danach handelt es sich um eine inländische juristische Person, wenn die juristische Person ihren Sitz im Inland, d.h. im Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland oder einem Mitgliedsstaat der EU, hat. Juristische Personen, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat der EU haben, müssen wegen des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten im Binnenmarkt (Art. 26 Abs. 2 AEUV) und des allgemeinen Diskriminierungsverbotes wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) den inländischen juristischen Personen gleichgestellt werden.

Vgl. BVerfGE 129, 78, 91, 94 f.

Nach der sog. Sitztheorie kommt es insoweit auf den Sitz der Hauptverwaltung an, sodass (internationale) Beteiligungsverhältnisse und -strukturen in der Regel nicht maßgeblich sind.

S. zur Sitztheorie *Schaub*, NZG 2000, 953, 954.

Der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ist daher für kirchliche und private bzw. privat beherrschte Krankenhausträger mit einem Hauptsitz in Deutschland (bzw. einem EU-Mitgliedsstaat) eröffnet.

II. Reichweite des sachlichen Schutzbereichs von Art. 12 Abs. 1 GG

Ferner kommt es darauf an, ob der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit für Träger von Plankrankenhäusern und Krankenhäusern mit einem Versorgungsvertrag gemäß § 108 Nr. 3 SGB V eröffnet ist. Art. 12 Abs. 1 GG verbürgt ein einheitliches Grundrecht der Freiheit der Berufsausübung, welches vier Teil-Garantien umfasst: die freie Wahl der Ausbildungsstätte, die Freiheit der Berufswahl, die freie Wahl des Arbeitsplatzes und die Freiheit der Berufsausübung.

Breuer, Freiheit des Berufs, in: HStR VIII, 3. Auflage 2010, § 170, Rn. 56.

Die vier Teilgarantien sind durch einen inneren Zusammenhang verbunden, denn „Vorbildung, Berufswahl und Berufsausübung“ sind Abschnitte eines einheitlichen Lebensvorganges, denn die Wahl der Ausbildung und die Berufswahl sind Stufen eines zusammengehörenden Lebensvorgangs.

BVerfGE 33, 303, 329 f.; *Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR VIII, 3. Auflage 2010, § 170, Rn. 56.

Der entsprechende einheitliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zielt dabei auf die selbstbestimmte Entscheidung über die Aufnahme und Fortführung einer konkreten Beschäftigung ab, denn die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ist eine bereichsspezifische Ausprägung des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit.

Vgl. BVerfGE 54, 301, 313; 82, 209, 223.

Der Betrieb eines Krankenhauses müsste daher die Merkmale eines Berufs erfüllen. Ein Beruf ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage.

Vgl. ausführlich und grundlegend nur BVerfGE 7 377, 397.

Die Berufsfreiheit schützt die Schaffung einer materiellen Lebensgrundlage durch eigene Leistung. Es besteht also ein wirtschaftlicher Zweckzusammenhang; der Beruf hat eine existenzsichernde Funktion.

Vgl. BVerfGE 97, 228, 270; 81, 242, 254.

Vom Schutzbereich erfasst sind daher Berufe, die geeignet sind, eine wirtschaftliche Lebensgrundlage zu schaffen; geschützt ist insofern die persönliche Freiheit zum Erwerb. Art. 12 Abs. 1 GG schützt demnach die Freiheit zur wirtschaftlichen Verwertung beruflicher Leistungen am Markt, also die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen, nicht hingegen den beruflichen Erfolg.

Vgl. BVerfGE 118, 1, 19; 105, 252, 265.

Der Betrieb eines Krankenhauses ist jedenfalls auf eine dauerhafte wirtschaftliche Erwerbstätigkeit angelegt und erfüllt daher die Merkmale der Berufsdefinition. Wenn diese Voraussetzungen eines Berufs vorliegen, aber eine juristische Person in Rede steht, ist das Grundrecht als Unternehmerfreiheit zu verstehen.

„Sofern es sich um Tätigkeiten handelt, die den dargelegten Voraussetzungen eines "Berufs" entsprechen, ist grundsätzlich auch die "Unternehmerfreiheit" im Sinne freier Gründung und Führung von Unternehmen durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Allerdings darf dabei nicht übersehen werden, daß das Grundrecht insoweit sehr verschiedene wirtschaftliche Sachverhalte erfaßt. Wahrnehmung von Unternehmerfreiheit ist sowohl die Gründung und Führung eines Klein- oder Mittelbetriebs als auch die Tätigkeit eines Großunternehmens. Während sich bei den ersten der personale Grundzug des Grundrechts auch im wirtschaftlichen Bereich voll verwirklicht, geht dieser bei Großunternehmen nahezu gänzlich verloren; er mag sich noch bei einem maßgebenden Anteilseigner finden, vor allem wenn dieser, wie bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung möglich, zugleich in der Leitung des Unternehmens tätig ist. Davon abgesehen ist indessen Unternehmerfreiheit im Fall von Großunternehmen nicht Element der Ausformung der Persönlichkeit des Menschen, sondern grundrechtliche Gewährleistung eines Verhaltens, dessen Wirkungen weit über das wirtschaftliche Schicksal des eigenen Unternehmens hinausreichen (vgl. BVerfGE 14, 263,

282); dies namentlich in einer Wirtschaft, in der, wie in der Bundesrepublik, die Konzentration weit fortgeschritten ist (vgl. dazu Monopolkommission, Hauptgutachten I [1973/1975], 2. Aufl., 1977, S. 110 ff., 182 ff., 679 ff.; Hauptgutachten II [1976/1977], 1978, S. 111 ff., 191 ff., 544 ff.). Diese Sachlage kann indessen nicht dazu führen, Unternehmerfreiheit auf kleine und mittlere Unternehmen zu beschränken: Großunternehmen und auch Konzerne sind wesentliche Elemente einer hochentwickelten und leistungsfähigen Volkswirtschaft (vgl. BVerfG, a.a.O.). Sie ist jedoch für den Umfang der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers von Bedeutung.“ (BVerfGE 50, 290, 363 f.)

Aus der Vielschichtigkeit beruflicher Tätigkeiten folgt, dass zahlreiche Einzelfreiheiten berufliche Tätigkeiten schützen, die zugleich nicht trennscharf voneinander abzugrenzen sind.

Vgl. R. Breuer, Freiheit des Berufs, in: HStR VIII, 3. Auflage 2010, § 170, Rn. 86.

Eine dieser Einzelfreiheiten ist die Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit, die eine selbstbestimmte Gestaltung von Rechtsverhältnissen in beruflichen Zusammenhängen schützt. Dabei ermöglicht die Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit die Ausübung der Berufsfreiheit am Markt, denn diese Freiheit eröffnet dem Grundrechtsträger die Möglichkeit zu entscheiden, zu welchen Bedingungen er im Wettbewerb seine beruflichen Leistungen anbietet. Die Wettbewerbsfreiheit zielt also darauf ab, dem Grundrechtsträger einen angemessenen Spielraum für eine freie wirtschaftliche Entfaltung zu sichern.

Vgl. Brenner, Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit, in HGR V, 2013, § 115 Rn.7.

Neben der inhaltlichen Freiheit zur Gestaltung von Rechtsverhältnissen umfasst die Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit die Möglichkeit, eine angemessene Vergütung für die angebotenen beruflichen Leistungen zu fordern. Die Berufsfreiheit ist also auch Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, die die Entgeltlichkeit der Berufsausübung einschränken.

Vgl. BVerfGE 54, 251, 271; 68, 193, 216; 83, 1, 13.

„1. Die Freiheit, einen Beruf auszuüben, ist untrennbar verbunden mit der Freiheit, eine angemessene Vergütung zu fordern. Gesetzliche Vergütungsregelungen sind daher am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG zu messen (vgl. BVerfGE 54, 251 [271]; 68, 193 [216]; 83, 1 [13]). Das gilt nicht nur

für Vorschriften, die die Anspruchsgrundlage selbst betreffen; auch Regelungen, die lediglich die Durchsetzung von Vergütungsansprüchen beschränken, fallen in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.

In diesem Sinne bedeutet § 60 Abs. 1 KO einen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung des Konkursverwalters. Die Vorschrift hindert den Konkursverwalter zwar nicht, die gewünschte Tätigkeit auszuüben; sie ändert auch nichts an dem in § 85 KO normierten Grundsatz, daß die Tätigkeit angemessen zu vergüten und bare Auslagen zu erstatten sind. Jedoch bewirkt die Rangrücksetzung dieser Ansprüche gegenüber Masseschulden, daß der Konkursverwalter seinen gesetzlichen Anspruch in massearmen Konkursen nicht oder nur begrenzt realisieren kann, wenn § 60 Abs. 1 KO undifferenziert angewandt wird. [Hervorh. d. d. Verf.]“ (BVerfGE 88, 145, 159 f.)

Diese Ausprägung der Berufsfreiheit ist hier berührt, denn Plankrankenhäuser sind verpflichtet, ihre Leistungen anhand der Vorgaben des Gesetzes über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen (KHEntgG) abzurechnen, vgl. § 1 KHEntgG:

„(1) Die vollstationären und teilstationären Leistungen der DRG-Krankenhäuser werden nach diesem Gesetz und dem Krankenhausfinanzierungsgesetz vergütet.

(2) Dieses Gesetz gilt auch für die Vergütung von Leistungen der Bundeswehrkrankenhäuser, soweit diese Zivilpatienten behandeln, und der Krankenhäuser der Träger der gesetzlichen Unfallversicherung, soweit nicht die gesetzliche Unfallversicherung die Kosten trägt. Im Übrigen gilt dieses Gesetz nicht für

1. Krankenhäuser, auf die das Krankenhausfinanzierungsgesetz nach seinem § 3 Satz 1 keine Anwendung findet,

2. Krankenhäuser, die nach § 5 Abs. 1 Nr. 2, 4 oder 7 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes nicht gefördert werden,

3. Krankenhäuser und selbständige, gebietsärztlich geleitete Abteilungen für die Fachgebiete Psychiatrie und Psychotherapie, Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychotherapie sowie Psychosomatische Medizin und Psychotherapie, soweit im Krankenhausfinanzierungsgesetz oder in der Bundespflegeverordnung nichts Abweichendes bestimmt wird.

4. (weggefallen)

(3) Die vor- und nachstationäre Behandlung wird für alle Benutzer einheitlich nach § 115a des Fünften Buches Sozialgesetzbuch vergütet. Die

ambulante Durchführung von Operationen und sonstiger stationsersetzender Eingriffe wird für die gesetzlich versicherten Patienten nach § 115b des Fünften Buches Sozialgesetzbuch und für sonstige Patienten nach den für sie geltenden Vorschriften, Vereinbarungen oder Tarifen vergütet. Die nach § 115f Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch vereinbarten oder nach § 115f Absatz 4 Satz 1 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch bestimmten Leistungen werden für alle Benutzer und Benutzerinnen des Krankenhauses einheitlich nach § 115f des Fünften Buches Sozialgesetzbuch vergütet.“

Für Vertragskrankenhäuser (gemäß § 108 Nr. 3 SGB V) folgt eine entsprechende Begrenzung der Vergütungshöhe aus § 17 Abs. 5 KHG. Durch die Bindung an diese Vorschriften ist also die Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit betroffen.

Gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 KHEntG gelten die Vorschriften allerdings nicht u. a. für nach § 5 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4 oder Nr. 7 Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (KHG) nicht geförderte Krankenhäuser. Die nicht in den jeweiligen Krankenhausplan der Länder aufgenommenen Privatkliniken sind daher nicht an das KHEntgG gebunden. Für diese Krankenhäuser ist es umstritten, ob sie an die Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) gebunden sind.

S. zur Systematik der Abrechnungsvorschriften und zur Bindung an die GOÄ ausführlich *Büscher/Harney* in: BeckOK GewO, 57. Ed. 1.6.2022, GewO § 30, Rn. 11 ff.

Soweit man mit der wohl überwiegenden Auffassung eine Bindung von Privatkliniken in Trägerschaft einer juristischen Person an die GOÄ ablehnt, kann die Vergütung in den allgemeinen zivilrechtlichen Grenzen (§§ 134, 138 BGB) frei vereinbart werden.

Soweit man diese Auffassung ablehnt, besteht im Anwendungsbereich der GOÄ gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 GOÄ die Möglichkeit zur Vereinbarung einer abweichenden Gebührenhöhe.

Anders als für *Plankrankenhäuser* besteht für Privatkliniken also keine Deckelung der Entgelte der Höhe nach; kaufmännisch begründete Anpassungen sind daher jedenfalls möglich. Vor diesem Hintergrund ist es fraglich, ob der Betrieb gerade eines *Plankrankenhauses* als eigenständiges Berufsbild (bzw. als eigenständig geschützter Unternehmensgegenstand) zu qualifizieren ist oder ob eine typisierende Betrachtung vorzunehmen ist und der Schutzbereich der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG allgemein den Betrieb eines Krankenhauses erfasst.

Für Vertragsärzte (bzw. damals: Kassenärzte) hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass das Berufsbild eines Kassenarztes nicht gesondert geschützt ist, sondern lediglich eine besondere Ausprägung des Berufsbildes eines frei praktizierenden Arztes darstellt.

*„Von dieser Rechtsstellung des Arztes her ist auch die Frage zu entscheiden, ob die Tätigkeit als Kassenarzt ein eigener Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG oder nur eine besondere Ausübungsform des allgemeinen Berufs des frei praktizierenden Arztes ist. **Es mag ärztliche Tätigkeiten geben, die sich in der Aufgabenstellung und durch ihre rechtliche Ausgestaltung so sehr vom Beruf des frei praktizierenden Arztes unterscheiden, daß man sie als besonderen Beruf ansehen muß, wie etwa die des Amtsarztes. Jedenfalls ist "Kassenarzt" kein eigener Beruf, der dem des nicht zu den Kassen zugelassenen frei praktizierenden Arztes gegenübergestellt werden könnte.** [Hervorh. d. d. Verf.]“ (BVerfGE 11, 30, 41)*

Insofern stellt sich die Frage, ob bzw. inwieweit sich diese Rechtsprechung auf Krankenhäuser bzw. Plankrankenhäuser übertragen lässt. Nach der Entscheidung kommt es dabei auf die konkrete Aufgabenstellung und die rechtliche Ausgestaltung an:

Anders als Privatkliniken sind Plankrankenhäuser gemäß § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V im Rahmen ihres Versorgungsauftrages zur Versorgung der Versicherten verpflichtet, sodass aufgrund des Versorgungsauftrages regelmäßig umfangreiche Vorhaltungen zu treffen sind. Dabei besteht eine grundsätzlich andere rechtliche Aufgabenstellung, denn es gelten zum Beispiel diverse gesetzliche Vorgaben zur Qualitätssicherung. Vor diesem Hintergrund ist es überzeugender, den Betrieb eines Plankrankenhauses als eigenständiges Berufsbild (bzw. als eigenständig geschützten Unternehmensgegenstand) zu qualifizieren. Für Vertragskrankenhäuser gemäß § 108 Nr. 3 SGB V gelten diese Erwägungen in gleicher Weise, denn auch aus dem Versorgungsvertrag folgt ein Versorgungsauftrag und die damit einhergehende Regulierung der Tätigkeiten. Es ist daher von einem eigenen Berufsbild für Krankenhausträger von Krankenhäusern mit öffentlich-rechtlichem Versorgungsauftrag auszugehen.

Auch für Vertragsärzte gelten die vorstehenden Argumente in ähnlicher Weise. Insoweit ist allerdings zu berücksichtigen, dass die sog. Kassenarzt-Entscheidung des BVerfG auf den 23.03.1960 datiert ist und mithin bereit 63 Jahre alt ist. Zwischenzeitlich wurde – insbesondere die sozialversicherungsrechtliche – Regulierung ärztlicher Tätigkeit stetig weiter ausdifferenziert, sodass es jedenfalls nicht selbstverständlich ist, dass die Maßstäbe aus

der Entscheidung weiterhin auf die aktuelle vertragsärztliche Tätigkeit übertragen werden können.

Zusammenfassend ist der Schutzbereich der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in der Ausprägung der Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit für Träger von Plankrankenhäusern und Träger von Vertragskrankenhäusern gemäß § 108 Nr. 3 SGB V daher eröffnet.

III. Eingriff

Die krankenhausesgeltrechtlichen Vorschriften müssten in den Schutzbereich des Grundrechts eingreifen. Nach dem erweiterten Eingriffsbegriff ist ein Eingriff in den Schutzbereich jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht.

Vgl. nur BVerfGE 105, 279, 299 ff.

Im Anwendungsbereich des Krankenhausesgeltrechts ist eine freie Vereinbarung der Vergütung für Krankenhausleistungen vollständig ausgeschlossen.

Gemäß § 17 Abs. 1 S. 5 KHG sind sog. ausgegründete Privatkliniken auch an die Vorschriften des Krankenhausesgeltrechts gebunden. Die Regelung erfasst Privatkliniken, die von Plankrankenhäusern geründet werden, in räumlicher Nähe zu diesem Krankenhaus liegen und mit diesem organisatorisch verbunden sind. Durch diese Regelung sollte eine Umgehung des Krankenhausfinanzierungsrechts verhindert werden, denn den Gesetzgeber trifft eine Verantwortung, unzumutbare Belastungen in der privaten Krankenversicherung zu vermeiden; vgl. BT-Drs. 17/8005, 132 f. mit ausdrücklichem Hinweis auf BVerfGE 123, 186 ff. Darüber hinaus soll eine „systemwidrige Quersubventionierung“ der verbundenen Privatkrankenanstalten mit Mitteln der öffentlich geförderten Krankenhäuser vermieden werden; vgl. BVerfG, Beschl. V. 20.08.2013, 1 BvR 2402/12, 1 BvR 2684/12.

Für das Berufsbild bzw. den Unternehmensgegenstand des Betriebes eines Plankrankenhauses bzw. des Vertragskrankenhauses (gem. § 108 Nr. 3 SGB V) bestehen also (nahezu) keine wirtschaftlichen Spielräume außerhalb des Anwendungsbereichs der Vorschriften des Krankenhausesgeltrechts.

Insofern liegt jedenfalls ein Eingriff mit berufsregelnder Tendenz

Siehe dazu BVerfGE 82, 209, 224.

in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG von Plankrankenhausträgern bzw. Trägern von Vertragskrankenhäusern (gemäß § 108 Nr. 3 SGB V) durch die Vorschrif-

ten des Krankenhausentgeltrechtes vor, denn durch die Regelungen wird das Angebot der Leistung am Markt hinsichtlich der Entgelte nahezu vollständig reguliert und eine freie Festsetzung ist unzulässig.

IV. *Rechtfertigung*

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit bedeutet nicht zwangsläufig, dass eine Grundrechtsverletzung vorliegt, denn Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG bestimmt, dass die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden kann. Vor dem Hintergrund, dass Art. 12 Abs. 1 GG als *einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit* interpretiert wird (s. o. C. II.), gilt diese Schrankenregelung aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG entgegen dem insoweit differenzierenden Wortlaut nicht nur für die Berufsausübung, sondern auch für die Berufs- und Arbeitsplatzwahl sowie die Wahl der Ausbildungsstätte.

Grundlegend dazu BVerfGE 7, 377, 401 ff.

Daraus folgt, dass ein einfacher Gesetzesvorbehalt gilt und die Vorschriften des Krankenhausentgeltrechtes grundsätzlich eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG darstellen. Zweifel an der formellen Verfassungsmäßigkeit sind nicht ersichtlich. Insofern kommt es darauf an, ob die Vorschriften materiell verfassungsgemäß sind.

Diesbezüglich ist insbesondere der alle staatlichen Gewalten bindende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (auch: „Übermaßverbot“) zu beachten. Dieser verlangt, dass der vom Staat verfolgte Zweck als solcher verfolgt werden darf und dass der Einsatz des Mittels zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Angemessen ist das staatliche Mittel, wenn die damit einhergehende Freiheitsbeeinträchtigung nach ihrer Art und Intensität nicht außer Verhältnis zum Zweck steht.

Vgl. nur BVerfGE 80, 137, 159 ff.

Für die materiellen Maßstäbe, an denen Beschränkungen der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG zu messen sind, erfolgt in der Regel eine Orientierung an den im Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1958 entwickelten Abstufungen (d. h. der sog. Stufentheorie).

Vgl. BVerfGE 7, 377, 400 ff.

Nach dieser Theorie werden unterschiedliche Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen gestellt. Auf der ersten niedrigsten Eingriffsstufe kann die Freiheit der Berufsausübung durch Regelungen beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls dies zweckmäßig erscheinen lassen.

Vgl. *Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR VIII, 3. Auflage 2010, § 171 Rn. 15.

Die Freiheit der Berufswahl darf demgegenüber nur eingeschränkt werden, soweit es der Schutz besonders wichtiger („überragender“) Gemeinschaftsgüter zwingend erfordert.

BverfGE 7, 377, 405.

Diese aus dem Jahr 1958 stammende Theorie ist im Rahmen, der der nachfolgenden Verfassungsrechtsprechung mehrfach weiterentwickelt, modifiziert und korrigiert worden.

Vgl. ausführlich: *Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR VIII, 3. Auflage 2010, § 171 Rn. 16 ff.

Dabei besteht inzwischen weithin Einigkeit, dass die Stufentheorie nicht als abschließender Prüfmaßstab zu verstehen ist, sondern die Stufenzuordnung lediglich eine gewisse Systematisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung ermöglicht. Eine trennscharfe Abgrenzung von Berufswahlregelungen und Berufsausübungsregelungen kann im Einzelnen schwierig sein.

Vgl. *H.-P. Schneider*, Berufsfreiheit, in: HGR V, 2013, § 113, Rn. 100 ff.

Für die Abgrenzung zwischen Berufsausübungs- und Berufswahlregelungen kommt es darauf an, ob das „Ob“ des Ergreifens des Berufs oder das „Wie“ des Ausübens des Berufs in Rede steht. Die Regulierung der Vergütung betrifft tendenziell das „Wie“, da die berufliche Tätigkeit an sich voraussetzungslos zugänglich bleibt. Die Rechtsprechung hat eine Regulierung der Vergütung daher regelmäßig als Berufsausübungsregelung eingestuft.

BverfGE 88, 145, 159; 114, 196, 244.

Für eine Einordnung der krankenhausesgeltrechtlichen Regelungen als Berufswahlregelung spräche es allerdings, wenn die krankenhausesgeltrechtliche Regulierung den Betrieb eines Plankrankenhauses bzw. Vertragskrankenhauses (gemäß § 108 Nr. 3 SGB V) faktisch unmöglich macht. Dies wäre der Fall, wenn die krankenhausesgeltrechtlichen Vorschriften einen wirtschaftlichen Betrieb – d. h. die gerade durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage – ausschließen und so praktisch wie ein Verbot wirken.

In Rede steht insoweit die Wahl des Berufs (bzw. des Unternehmensgegenstandes) des Betriebes eines *Plankrankenhauses* bzw. eines Krankenhauses mit Versorgungsauftrag (s. zur Abgrenzung des eigenständigen Berufsbildes von Krankenhausbetreiber mit Versorgungsauftrag bereits oben C. II.),

sodass Betreiber von Plankrankenhäusern bzw. Betreiber von Vertragskrankenhäusern (gemäß § 108 Nr. 3 SGB V) jedenfalls nicht darauf verwiesen werden können das Geschäftsfeld zu ändern und zukünftig ein privates, nicht in den Krankenhausplan aufgenommenes Krankenhaus ohne Bindung an krankenhausesgeltrechtliche Vorschriften zu betreiben.

Je problematischer sich die wirtschaftliche Situation entwickelt und je stärker das Insolvenzrisiko von Krankenhäusern im Anwendungsbereich der krankenhausesgeltrechtlichen Vorschriften zunimmt, umso näher kommt die Beschränkung einer Berufswahlregelung.

1. Legitimer Zweck

Ein Zweck ist legitim, wenn er verfassungsrechtlich nicht missbilligt ist. Unter Berücksichtigung der Stufentheorie und bei Annahme eines bloßen Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit würde es ausreichen, wenn Erwägungen des Gemeinwohls den Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG der Plankrankenhausträger bzw. der Vertragskrankenhausträger (gemäß § 108 Nr. 3 SGB V) als zweckmäßig erscheinen lassen. Für Berufswahlregelungen müsste der Zweck auf den Schutz besonders wichtiger („überragender“) Gemeinschaftsgüter zwingend erforderlich sein.

Das KHG bezieht sich in § 1 Abs. 1 KHG auf

„die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser, um eine qualitativ hochwertige, patienten- und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen digital ausgestatteten, qualitativ hochwertig und eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern zu gewährleisten und zu sozial tragbaren Pflegesätzen beizutragen.“

Die Sicherstellung einer (Mindest-)Versorgung wird regelmäßig als Gemeinwohlbelang von überragend wichtiger Bedeutung eingeordnet und als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut angesehen.

Vgl. zur vertragsärztlichen Versorgung BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 27. April 2001, 1 BvR 1282/99, Rn. 5 juris; Kaltenborn, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 5. Aufl. 2017, § 100, Rn. 7; vgl. allgemein zur Gesundheit der Bevölkerung als Regelungsziel BVerfGE 9, 338, 346; 13, 97, 107; 25, 236, 247; 78, 179, 192.

Insofern liegt ein Zweck vor, der grundsätzlich geeignet ist, auch Berufswahlregelungen zu rechtfertigen, sodass eine Einordnung anhand der Stufentheorie dahinstehen kann.

2. Geeignetheit

Das staatliche Mittel, d. h. hier die krankenhausergeltrechtliche Regulierung, welches zur Verfolgung eines bestimmten Zweckes eingesetzt wird, muss zunächst geeignet sein, diesen Zweck zu erreichen oder zumindest zu fördern. Dabei ist ein Nachweis, dass der angegebene Zweck durch das eingesetzte Mittel (vollständig) erreicht wird, nicht erforderlich. Es reicht aus, dass das Mittel die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass der angestrebte Erfolg zumindest teilweise eintritt.

BVerfGE 16, 147, 183; 30, 292, 316; 33, 171, 187; 134, 204, 227.

Zweck des Krankenhausfinanzierungsrechts ist die Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung, d. h. sämtlicher Einwohner Deutschlands, zu sozial tragbaren Pflegesätzen. Auf diesen Zweck ist auch die wirtschaftliche Sicherung der Existenz der Krankenhäuser bezogen.

Vgl. Patt in: Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, 3. Auflage 2006, § 1 KHG, Rn. 1.

Ungewissheiten und unabsehbare Entwicklungen schließen dabei die Geeignetheit nicht aus. Dem Gesetzgeber wird insoweit eine sog. Einschätzungsprärogative zugestanden.

„Ungewißheit über die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft kann nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann Ungewißheit nicht schon als solche ausreichen, einen verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht zugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers zu begründen. Prognosen enthalten stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil, dessen Grundlagen ausgewiesen werden können und müssen; diese sind einer Beurteilung nicht entzogen. Im einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter. Demgemäß hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn auch im Zusammenhang anderer Fragestellungen, bei der Beurteilung von Prognosen des Gesetzgebers differenzierte Maßstäbe zugrunde gelegt, die von einer Evidenzkontrolle (etwa BVerfGE 36, 1 [17] - Grundvertrag; 37, 1 [20] - Stabilisierungsfonds; 40, 196 [223] - Güterkraftverkehrsgesetz) über eine Vertretbarkeitskontrolle (etwa BVerfGE 25, 1 [12 f., 17] - Mühlengesetz; 30, 250 [263] - Absicherungsgesetz;

39, 210 [225 f.] - Mühlenstrukturgesetz) bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen (etwa BVerfGE 7, 377 [415] - Apotheken; 11, 30 [45] - Kassenärzte; 17, 269 [276 ff.] - Arzneimittelgesetz; 39, 1 [46, 51 ff.] - § 218 StGB; 45, 187 [238] - Lebenslange Freiheitsstrafe).“ (BVerfGE 50, 290, 332 f.).

Dabei müssen die getroffenen Annahmen im Ausgangspunkt auf tatsächlichen Feststellungen fußen.

Vgl. nur BVerfGE 113, 348, 386.

Vor diesem Hintergrund war die Einschätzung, dass die Einführung eines Vergütungssystems, das auf einer aufwendigen Kalkulation unter Berücksichtigung von Kostendaten der Krankenhäuser basiert, zur Förderung dieser Zwecke geeignet ist, jedenfalls zutreffend.

Das deutsche DRG-System stellt eine Adaption der Fallpauschalensysteme in den USA und Australien dar, sodass der Konzeption eine langjährige gesundheitsökonomische Forschung zugrunde liegt; vgl. *Knispel* in: BeckOK SozR, 68. Ed. 1.3.2023, SGB V § 39, Rn. 18.

Problematisch ist allerdings, ob die Annahme der Geeignetheit weiterhin fort gilt. Die Prognose der weiteren wirtschaftlichen Entwicklungen der Krankenhäuser hängt nicht zuletzt von den allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklungen ab. Aktuell wird davon ausgegangen, dass mindestens ein Drittel der Krankenhäuser insolvenzgefährdet ist.

„Lauterbach verspricht weitere 2,5 Milliarden Euro direkte Energiehilfen für Krankenhäuser“, Meldung vom 05.04.2022, abrufbar unter: <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/142271/Lauterbach-verspricht-weitere-2-5-Milliarden-Euro-direkte-Energiehilfen-fuer-Krankenhaeuser>; zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

Es ist auch zu erwarten, dass sich für die Krankenhausfinanzierung problematische wirtschaftliche Entwicklungen zunächst fortsetzen werden.

Aktuelle Prognosen gehen davon aus, dass sich z. B. die derzeitige Inflation sich zunächst noch weiter fortsetzen wird und im Jahr 2023 mit 6% nur geringfügig die Vorjahreswerte unterschreiten wird. Vgl. Prognose des ifo Instituts – Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München e.V., abrufbar unter: <https://www.ifo.de/pressemitteilung/2023-04-05/inflation-im-kern-hoch-angebotskraefte-jetzt-staerken>; zuletzt abgerufen am 20.04.2023.

Die mit Blick darauf prognostizierte unkontrollierte kalte Strukturbereinigung könnte dazu führen, dass nicht unerhebliche Versorgungslücken entstehen. Insofern

ist tatsächlich fraglich, ob das derzeitige System der Regulierung der Krankenhausentgelte noch als zur Förderung des Zwecks der Sicherstellung einer Versorgung *sämtlicher Einwohner Deutschlands* geeignet angesehen werden kann.

Die krankenhausesgeltrechtliche Regulierung verhindert eine freie Festsetzung der Vergütung durch die Krankenhäuser und führt so zu einer Begrenzung der Vergütungshöhe, sodass die Kosten für Krankenhausleistungen und für die Kostenträger begrenzt bleiben. Insofern fördert die derzeitige krankenhausesgeltrechtliche Regulierung das Ziel, sozial tragbare Pflegesätze zu gewährleisten.

3. *Erforderlichkeit*

Wird eine Geeignetheit des derzeitigen Krankenhausfinanzierungssystems (noch) angenommen, kommt es im nächsten Schritt darauf an, ob die krankenhausesgeltrechtliche Regulierung in der derzeitigen Form auch erforderlich ist. Erforderlich ist eine staatliche Maßnahme immer dann, wenn kein milderes aber gleichermaßen geeignetes Mittel zur Förderung des Zwecks besteht.

BVerfGE 69, 315, 351; 143, 161, 199; 159, 355, 409 f.

Ein milderes aber gleichermaßen geeignetes Mittel ist nicht ersichtlich. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass zum Beispiel eine Erhöhung des Hebesatzes zur Anpassung an die Inflationsrate o. ä. aus Sicht der Krankenhäuser milder wäre. Allerdings wäre eine Erhöhung der Vergütung nicht gleichermaßen geeignet, um sozial tragbare Pflegesätze zu gewährleisten. Insofern ist die krankenhausesgeltrechtliche Regulierung als erforderlich anzusehen.

4. *Angemessenheit*

Verhältnismäßig im engeren Sinne ist ein Eingriff, wenn er in Relation zu dem verfolgten Ziel angemessen ist. Dazu bedarf es einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs in die Berufs- bzw. Unternehmerfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG der Träger von Plankrankenhäusern bzw. Vertragskrankenhäusern (gemäß § 108 Nr. 3 SGB V) und dem Gewicht und der Dringlichkeit der mit dem Eingriff verfolgten Zwecke. Die Grenze zieht dabei das Übermaßverbot, das überschritten ist, wenn sich eine Maßnahme auch angesichts des Gewichts der verfolgten Ziele als für den Grundrechtsträger unzumutbar erweist.

„Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne verlangt eine Abwägung zwischen Gemeinwohlbelangen, zu deren Wahrnehmung es erforderlich ist, in Grundrechte einzugreifen, und den Auswirkungen auf die Rechts-

güter der davon Betroffenen. Die Gewichtung der miteinander in Verbindung zu setzenden und abzuwägenden widerstreitenden Interessen macht es erforderlich, die für das jeweilige Interesse erheblichen Bedingungen und Auswirkungen der Eingriffsregelung in ihrem Zusammenwirken zu würdigen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne enthält als solcher aber keine inhaltlichen Aussagen darüber, welche Auswirkungen und Bedingungen eines staatlichen Eingriffs in die Abwägung einzubeziehen sind und wann ein Mittel verhältnismäßig ist und wann nicht [...]. Insofern bedarf es einer wertenden verfassungsrechtlichen Entscheidung im jeweiligen Einzelfall.“ (BVerfGE 92, 277, 327)

Es geht also um eine Zweck-Mittel-Relation. Dabei ist der Zweck, die Gewährleistung sozialer Pflegesätze, von äußerst hohem Gewicht. Vor diesem Hintergrund bietet sich an, die äußersten Grenzen der Regulierung von Vergütungen für berufliche Leistungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu ermitteln.

a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Vergütungsregulierung

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bereits vielfach mit der Regulierung von Preisen bzw. Gebühren befasst. Dabei geht es in der Regel um öffentliche und/oder soziale Aufgaben, deren Wahrnehmung möglichst kostengünstig oder sogar umsonst erfolgen soll.

Vgl. zu einer Pflicht zur Gebührenreduzierung von Notaren aus sozialen Gründen:

„2. Eine Einschränkung der freien Berufsausübung des Notars ist nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie den Anforderungen entspricht, die für Berufsausübungsregelungen entwickelt worden sind (vgl. BVerfGE 30, 292, 316; 36, 47, 59; 47, 285, 321).

*Als mit der Verfassung vereinbar hat das Bundesverfassungsgericht die Verpflichtung der Notare angesehen, **für unbemittelte Personen im Armenrecht** tätig zu werden und ferner in gewissem Umfang dort, wo das sozialpolitisch gerechtfertigt ist, **Gebührenermäßigungen** zu gewähren (BVerfGE 47, 285, 321 f.). **Der Zwang, notarielle Leistungen unentgeltlich oder für ein Entgelt zu erbringen, das erheblich unter den Durchschnittskosten liegt, lässt sich nach dieser Rechtsprechung aber nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbaren, wenn er auf Gemeinwohlgründen beruht, die schwerer wiegen als die Belange der betroffenen Notare. Für die verfassungsrecht-***

liche Beurteilung ist danach der Umfang der Beeinträchtigung der Berufstätigkeit der Notare bedeutsam. Die gesetzliche Anordnung eines Verzichts auf Gebühren als Entgelt für die berufliche Tätigkeit kann vor der Verfassung jedenfalls dann keinen Bestand haben, wenn dem Notar damit ein unzumutbares Opfer abverlangt werden würde.

3. Diesen Anforderungen wird § 144 Abs. 2 KostO gerecht, soweit seine Verfassungsmäßigkeit hier zu prüfen ist.

Die dem Notar auferlegte Verpflichtung, ausnahmsweise gebührenfrei tätig zu werden, betrifft die Beurkundung und Beglaubigung von Urkunden, die im Sozialhilferecht aus Anlaß der Beantragung oder Erbringung einer nach dem Bundessozialhilfegesetz vorgesehenen Leistung benötigt werden (§ 64 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X). Nach der gesetzlichen Regelung können nicht nur die Hilfeempfänger die Gebührenfreiheit in Anspruch nehmen, sondern auch die Träger der Sozialhilfe, soweit sie selbst - wie im Ausgangsverfahren - die Tätigkeit des Notars veranlassen. In jedem Falle bedeutet die Gebührenfreiheit eine Verringerung der Belastung der Sozialhilfeträger; denn diese hätten einmalige Leistungen im Sinne des § 21 Abs. 1 BSHG zu gewähren, wenn die Hilfesuchenden die notariellen Gebühren entrichten müßten. Eine solche Regelung läßt sich noch mit hinreichenden Gemeinwohlbelangen rechtfertigen, wenn dabei gleichzeitig das Beurkundungsmonopol der Notare sowie der Umstand berücksichtigt werden, daß die beanstandete Vorschrift die Notare nicht nennenswert belastet. Zwar müssen diese tätig werden, ohne ihre allgemeinen Kosten abdecken zu können. Die gebührenbefreiten Notariatsgeschäfte erreichen indessen im Verhältnis zu denjenigen, welche eine Gewinnerzielung ermöglichen, einen kaum nennenswerten Umfang. Von einer fühlbaren Belastung der Notare kann schon deshalb ernsthaft nicht gesprochen werden. Nach den Erfahrungen der Bundesnotarkammer gibt es "nur sehr wenige Fälle", in denen die Gebührenbefreiungsvorschrift des § 144 Abs. 2 KostO überhaupt Anwendung findet; im Verhältnis zum Gesamtgeschäftsanfall ist ihr Anteil "völlig unerheblich". Dieser Einschätzung entspricht auch das Ergebnis der vom Deutschen Städtetag mitgeteilten Erhebung. [Hervorh. d. d. Verf.]“ (BVerfGE 69, 373, 378 ff.)

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann also auch eine Pflicht zur gebührenfreien Tätigkeit gerechtfertigt sein, wenn für den jeweiligen Beruf insgesamt eine Gewinnerzielung möglich ist. Übertragen auf Betreiber von Plan- und Vertragskrankenhäusern (gemäß § 108 Nr. 3 SGB V) lässt sich daher

festhalten, dass die Vergütung nicht für jeden einzelnen Behandlungsfall kostendeckend sein muss.

Ein Unterschreiten des kostendeckenden Satzes bedarf allerdings einer sorgfältigen Analyse der Rechtfertigungsgründe und es muss eine Rechtfertigung für jede einzelne Kostenunterschreitungen bestehen.

Vgl. zu einer Pflicht zur Gebührenreduzierung von Notaren zugunsten bestimmter Kostenschuldner:

„a) In Teil C des Beschlusses vom 1. März 1978 hat das Bundesverfassungsgericht im einzelnen dargelegt, daß die Neufassung des § 144 Abs. 3 KostO durch das Beurkundungsgesetz die Notare in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt, weil die Notare bei zahlreichen Geschäftsvorgängen zu einer Ermäßigung ihrer Gebühren gezwungen werden, die erheblich unter dem kostendeckenden Satz liegt, ohne daß der Gesetzgeber bislang geprüft hat, ob in allen diesen Fällen eine Ermäßigungspflicht aus Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt und den Notaren zumutbar ist. Diese Vorschrift ist demgemäß insoweit für nichtig erklärt worden, als sie eine Ermäßigung der notariellen Gebühren um mehr als fünfzig vom Hundert vorschreibt.

Soweit die angefochtene Entscheidung die Gebührenrechnung des Beschwerdeführers um mehr als 50 % herabgesetzt hat, beruht demnach die Entscheidung auf einer rückwirkend fortgefallenen gesetzlichen Regelung. [Hervorh. d. d. Verf.]“ (BVerfGE 48, 240, 244)

Dabei ist die Gewährleistung der Finanzstabilität der gesetzlichen Krankenversicherung ein Gemeinwohlbelang äußerst hohem Gewichts.

Vgl. BVerfGE 10, 1, 30.

Aus dem Sozialstaatsprinzip folgt aber auch eine Verpflichtung der öffentlichen Hand für eine ausreichende Gesundheitsversorgung insgesamt Sorge zu tragen (s. dazu ausführlich unten D.). Die Gewährleistung sozialer Pflegesätze dient daher auch der Finanzierbarkeit des Versorgungssystems insgesamt und trägt auch der Verantwortung für die Finanzsituation privater Krankenversicherungen (s. o. Teil 2, A. I.) Rechnung.

Auch äußerst gewichtige soziale Belange können aber nicht jedwede Beschränkung der Entgeltlichkeit beruflicher Leistungen rechtfertigen. Das Bundesverfassungsgericht berücksichtigt insoweit das Ausmaß der Inanspruchnahme und die Möglichkeit zur sonstigen wirtschaftlichen Betätigung.

Vgl. zu stark belasteten Strafverteidigern und Vormündern und zur wirtschaftlichen Gesamtsituation von Notaren:

*„Angesichts dieser umfassenden Inanspruchnahme des Pflichtverteidigers für Aufgaben, deren ordentliche Wahrnehmung im öffentlichen Interesse liegt, hat der Gesetzgeber die Pflichtverteidigung nicht als eine vergütungsfrei zu erbringende Ehrenpflicht des Anwaltsstandes angesehen, sondern den Pflichtverteidiger honoriert. Der Vergütungsanspruch des Pflichtverteidigers aus § 97 BRAGO liegt indessen erheblich unter den als angemessen geltenden Rahmengebühren des Wahlverteidigers. Diese Begrenzung ist durch einen vom Gesetzgeber im Sinne des Gemeinwohls vorgenommenen Interessenausgleich, der auch das Interesse an einer Einschränkung des Kostenrisikos berücksichtigt, gerechtfertigt, sofern die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist. **In Strafsachen besonderen Umfangs, die die Arbeitskraft des Pflichtverteidigers für längere Zeit ausschließlich oder fast ausschließlich in Anspruch nehmen, ohne daß er sich dieser Belastung entziehen könnte, gewinnt die Höhe des Entgelts für ihn existenzielle Bedeutung.** Eine Verteidigung zu den verkürzten Gebühren des § 97 BRAGO könnte dann dem Pflichtverteidiger ein unzumutbares Opfer abverlangen. Schon das Grundrecht auf freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) gebietet für solch besondere Fallgestaltungen eine Regelung, die es, wie § 99 BRAGO, ermöglicht, der aufgezeigten Inanspruchnahme des Pflichtverteidigers Rechnung zu tragen und ihn entsprechend zu vergüten (vgl. BVerfGE 47, 285, 321 f.; 54, 251, 271). [Hervorh. d. d. Verf.]“ (BVerfGE 68, 237, 254 f.)*

*„Für einen solchen Vormund ist die Führung der Vormundschaften Teil seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübung. Wenn aber der Staat für Aufgaben, deren ordentliche Wahrnehmung im öffentlichen Interesse liegt, Staatsbürger beruflich in Anspruch nimmt, dann erweist es sich als übermäßige, durch keine Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigte Einschränkung der freien Berufsausübung, den derart Belasteten eine angemessene Entschädigung für ihre Inanspruchnahme vorzuenthalten. In einem solchen Fall ist der Grundsatz der Unentgeltlichkeit nicht nur mit Art. 12 Abs. 1 GG, sondern auch mit dem im Rahmen dieses Grundrechts zu berücksichtigenden Gleichheitsgebot unvereinbar. **Denn dadurch würden stark belastete Vormünder ohne sachlich vertretbare Gründe mit denjenigen Vormündern gleichbehandelt, die entsprechend dem Leitbild der echten Einzelvormundschaft nicht mehr als zwei Vormundschaften oder Pflgschaften führen.** Aus den gleichen Erwägungen, die schon im Normalfall der echten Vormundschaft den Gesetzgeber veranlaßten, den*

Grundsatz der Unentgeltlichkeit zu durchbrechen und dem Vormund bei Mittellosigkeit des Mündels Ansprüche gegen die Staatskasse zu eröffnen, gebührt dem berufsmäßig beanspruchten Vormund mit zahlreichen Vormundschaften und Pfllegschaften ein weitergehender finanzieller Ausgleich als im Normalfall. Das ist im übrigen nichts Ungewöhnliches, wenn man bedenkt, daß der Staat auch bei der subsidiären Übertragung von Vormundschaften auf Jugendämter finanzielle Mittel aufzuwenden hat.

Für diese Beurteilung kann es nicht ausschlaggebend sein, ob der Betroffene diese Belastung freiwillig oder gezwungenermaßen übernimmt. Maßgebend ist allein die Tatsache einer Inanspruchnahme, der der Betroffene - anders als der echte Einzelmund - nur im Rahmen seiner Berufstätigkeit ordnungsgemäß nachkommen kann und die in der bestehenden Rechtsordnung üblicherweise nicht unentgeltlich als allgemeine staatsbürgerliche Pflicht geleistet wird. Ebenso wenig ist es verfassungsrechtlich von Bedeutung, daß spezialisierte Rechtsanwälte unentgeltliche Vormundschaften über mittellose Mündel in aller Regel nur gleichzeitig mit solchen Vormundschaften übernehmen, bei denen Vergütungsansprüche gemäß § 1836 BGB entstehen. Dieser Umstand mag wirtschaftlich zu einem gewissen Ausgleich führen. Er rechtfertigt es aber nicht, einen wesentlichen Teil der beruflichen Inanspruchnahme gänzlich unvergütet zu lassen. Rechtlich erschiene eine solche Globalbetrachtung zudem deshalb bedenklich, weil sie voraussetzt, daß vermögende Mündel mittelbar für Vormundschaften über mittellose Mündel mit aufkommen. [Hervorh. d. d. Verf.]“ (BVerfGE 54, 251, 271 f.)

*„Das bedeutet nicht, daß Notare gebührenrechtlich in vollem Umfang wie freie Berufe zu behandeln sind. Denn auch gebührenrechtlich kann nicht außer acht bleiben, daß sie **öffentliche Aufgaben wahrnehmen** und daß sie dabei als Inhaber einer Monopolstellung und auch deshalb, weil die Zahl der Bestellungen vom Bedürfnis abhängt (vgl. § 4 BNotO), eine gewisse Einkommensgarantie genießen. Es ist insbesondere nicht zu beanstanden, daß bei der Frage, ob die Gebührenordnungen den Notaren insgesamt ein angemessenes Einkommen gewährleisten, nicht auf jedes einzelne Urkundsgeschäft, sondern auf die Gesamttätigkeit und bei Anwaltsnotaren auf den auf das Notariat entfallenden Anteil abgestellt wird. Grundsätzlich gewährleistet das Gesetz das angemessene Einkommen der Notare dadurch, daß es für jedes notarielle Geschäft eine Regelgebühr bestimmt.*

2. Eine Verpflichtung, berufliche Leistungen für ein Entgelt zu erbringen, das erheblich unter diesen als angemessen geltenden Regelgebühren liegt, ist verfassungsrechtlich als Einschränkung der freien Berufsausübung zu

beurteilen. Als eine solche Berufsausübungsregelung ist die beanstandete Vorschrift des § 144 Abs. 3 KostO nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sich die Gebührenermäßigungspflicht durch sachgemäße und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls begründen läßt, wenn diese Pflicht nach Art und Ausmaß geeignet und erforderlich ist, um den vom Gesetzgeber erstrebten Zweck zu erreichen, und wenn eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe ergibt, daß die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist (vgl. BVerfGE 30, 292, 316; 36, 47, 59).

Mit diesen Anforderungen erscheint die Verpflichtung der Notare vereinbar, für unbemittelte Personen im Armenrecht tätig zu werden und ferner in gewissem Umfang dort, wo das sozialpolitisch gerechtfertigt ist, Gebührenermäßigungen zu gewähren. [Hervorh. d. d. Verf.]“ (BVerfGE 47, 285, 321 f.)

Aus der Verfassung lässt sich allerdings nicht ableiten, welche Vergütung bzw. welcher Gewinn im Einzelfall angemessen ist. Dabei kann einer freiwilligen Übernahme der jeweiligen Tätigkeit eine gewisse Bedeutung zukommen, wobei das Bundesverfassungsgericht – beim Vergleich mit anderen Gebührensätzen – davon ausging, dass *auf der Grundlage der bestehenden Vergütungsregelung generell eine wirtschaftliche Existenz möglich ist.*

„(4) Die Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe ergibt, daß die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt ist, also die Betroffenen nicht übermäßig belastet sind (vgl. BVerfGE 83, 1, 19).

*Anhaltspunkte dafür, daß durch die staatliche Gebührenregelung den Betreuern unangemessen niedrige Einkünfte zugemutet werden, gibt es nicht. Betreuer verfügen über unterschiedlichste berufliche Qualifikationen. Es ist ihrer freien Entscheidung überlassen, ob sie als **Berufsbetreuer zu den gesetzlichen Konditionen tätig werden wollen; eine durchsetzbare Verpflichtung zur Übernahme von Betreuungen kennt das Gesetz nicht (§ 1898 Abs.2 BGB).** Auch gibt es kein Überangebot an Personen, die wegen einer **Spezialausbildung darauf angewiesen wären, gerade als Berufsbetreuer zu arbeiten.** Zudem hatte der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Vergütungsregelung neben den Belangen der Betreuer die Interessen der Betreuten und ihrer Familienangehörigen zu berücksichtigen, die sich in einer Lage befinden, die sie anfällig dafür macht, auf alle Konditionen einzugehen, nur um die Betreuung sicherzustellen.*

Aus der Verfassung läßt sich nicht unmittelbar ableiten, was als Vergütung angemessen wäre und wie die Vergütungsstruktur auszugestalten ist. Vor der Eröffnung eines neuen Berufes gibt es keine vergleichbaren Erkenntnisse und kein marktübliches Entgelt. Bei komplexen und sich entwickelnden Sachverhalten ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers besonders weit. Der Gesetzgeber muß einen angemessenen Zeitraum zur Verfügung haben, um Erfahrungen zu sammeln, Klarheit zu gewinnen und Mängeln einer Regelung abzuhelpfen (vgl. BVerfGE 83, 1, 13ff.). Hier brauchte er schon deshalb nicht allein auf Marktmechanismen zu vertrauen, weil er auch die Interessen der vermögenslosen Betreuten zu wahren hatte, für die dann nur die sehr wahrscheinlich gänzlich überlastete Betreuungsbehörde geblieben wäre (vgl. BVerfGE 54, 251, 270, 273).

Berücksichtigt man die Tatsache, daß sich Angehörige vielfältiger Berufsgruppen für die freiberufliche Tätigkeit als Berufsbetreuer entscheiden, daß auch Rechtsanwälte eine entsprechende Spezialisierung nicht grundsätzlich ablehnen, wie sich aus der Stellungnahme des Kölner Anwaltvereins ergibt, wird man dem Grundsatz nach davon ausgehen können, daß der in der Vergütungsregelung angelegte Zielkonflikt zwischen dem Anreiz zur Gewinnung qualifizierter Betreuer einerseits und der kostengünstigen Gestaltung der Betreuung andererseits angemessen gelöst ist.

Für die Angemessenheit der Regelung spricht überdies, daß sie für Ergänzungen offen ist. § 1835 Abs. 3 BGB erlaubt es nach Auffassung des Schrifttums, die Dienste des Betreuers, die zu seinem sonstigen Gewerbe oder Beruf gehören, als Aufwendungen nach der für diese Leistungen geltenden Gebührenordnung oder Taxe abzurechnen (vgl. Engler, in: Staudinger, BGB, 13. Bearbeitung, Bd. IV, §§ 1773 bis 1895, 1999, § 1835 Rn.37f. m.w.N.). Dies kommt insbesondere Rechtsanwälten oder Steuerberatern zugute.

Daß auf der Grundlage der bestehenden Vergütungsregelung generell eine wirtschaftliche Existenz möglich ist, zeigt auch der Vergleich mit anderen Gebührenordnungen, deren Zeitgebühren nicht wesentlich höher liegen. So sah beispielsweise die Steuerberatergebührenverordnung [...] [Hervorh. d. d. Verf.]“ (BVerfGE 101, 331, 350 ff.)

Diese Argumentation lässt sich auf Träger von Plan- und Vertragskrankenhäusern (gemäß § 108 Nr. 3 SGB V) nicht übertragen, denn im Rahmen der ursprünglichen Entscheidung für diesen Unternehmensgegenstand war der Einfluss der aktuellen wirtschaftlichen Entwicklungen jedenfalls nicht absehbar. Vor diesem Hintergrund kann jedenfalls nicht von einer freien Entscheidung für einen Unternehmensgegenstand mit schlechten wirtschaftlichen Aussichten ausgegangen werden.

b) Zusammenfassung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe

Zusammenfassend lassen sich aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung daher folgende Maßstäbe ableiten:

- Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gesamtsituation erforderlich, falls eine Regulierung der Vergütung erfolgt. Soweit nur ein begrenzter Teil der beruflichen Tätigkeit bzw. des Unternehmensgegenstandes betroffen ist, kann sogar eine Verpflichtung zur kostenlosen Leistungserbringung gerechtfertigt sein.
- Grundsätzlich schützt die Berufsfreiheit die Teilhabe am Wettbewerb, jedoch nicht den beruflichen bzw. unternehmerischen Erfolg. Falls der Gesetzgeber den (Preis-)Wettbewerb allerdings weitgehend ausschaltet, muss die Preisregulierung generell eine wirtschaftliche Existenz ermöglichen.
- Aus verfassungsrechtlichen Maßstäben lässt sich keine konkrete Grenze einer angemessenen Vergütung ableiten. Die wirtschaftliche Existenz ist allerdings nicht mehr gewährleistet, wenn die Selbstkosten in der Gesamtschau unterschritten werden – also, wenn eine Situation besteht, die das Erzielen von Gewinn von vorneherein ausschließt.
- Weiterhin lässt sich verfassungsrechtlich auch keine konkrete Ausgestaltung des Vergütungssystems ableiten.

Aus den vorstehenden Maßstäben folgt außerdem, dass es für die verfassungsrechtliche Bewertung nicht im Detail auf die Situation einzelner Krankenhäuser ankommt. Verfassungsrechtlich problematisch ist es, wenn sich eine allgemeine Tendenz für eine Kostenunterdeckung zeigt, die *„generell geeignet ist die wirtschaftliche Existenzfähigkeit der Krankenhäuser zu untergraben.“*

Rübsamen, Verfassungsrechtliche Aspekte des Fallpauschalensystems im Krankenhauswesen (DRG-Vergütungssystem), 2008, S. 122 mwN.

c) Aktuelle wirtschaftliche Lage

Ausführliche wirtschaftliche Studien und Analysen zu Auswirkungen des derzeitigen Inflationsgeschehens liegen – soweit ersichtlich – noch nicht vor. Dennoch weisen eine Vielzahl tatsächlicher Umstände auf eine beispiellose Situation der Krankenhäuser in Deutschland hin, die eine derartig deutliche Tendenz für eine Kostenunterdeckung zeigt und daher generell geeignet ist, die wirtschaftliche Existenzfähigkeit in Frage zu stellen.

*„Bei dem jährlich von der DKG organisierten „Krankenhausgipfel“ sagte Bundesgesundheitsminister Karl Lauterbach (SPD): „**Die Krankenhäuser sind in größter Not.**“ Er gehe davon aus, dass sehr viele Krankenhäuser in eine Insolvenzgefahr geraten werden. Er warb für seine große Klinikreform, die in diesem Jahr auf den Weg gebracht werden soll. [Hervorh. d. d. Verf.]“ (WirtschaftsWoche, Meldung vom 13.03.2023, Krankenhausgipfel Berlin, Lauterbach: „Krankenhäuser sind in größter Not“; abrufbar unter: <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/krankenhausgipfel-berlin-lauterbach-krankenhaeuser-sind-in-groesster-not/29032884.html>; zuletzt abgerufen am 20.04.2023.)*

Ein Blick auf die letzten Analysen – d. h. noch vor dem Ukrainekrieg – belegt bereits eine schwierige wirtschaftliche Situation des Gesundheitswesens und auch der Krankenhäuser.

Der Krankenhaus Rating Report 2022 beruht auf Daten aus dem Jahr 2019 und 2020, enthält Hochrechnungen für das Jahr 2021 und wurde im Juni 2022 veröffentlicht. Zu diesem Zeitpunkt waren der weitere Verlauf des Ukrainekrieges, die Energiepreisentwicklungen und die weiteren Inflationsentwicklungen noch nicht absehbar. Trotzdem stellen die Autoren folgenden Befund fest:

*„Die Herausforderungen, vor denen das Gesundheitswesen steht, sind gewaltig. Dass wir in Deutschland in den 2020er-Jahren auf ein enormes demografisch bedingtes Problem zuwandern, ist seit Jahrzehnten bekannt. Allerdings wurden mögliche Lösungen verschleppt. Doch die Aufmerksamkeit muss derzeit auch noch den vielen anderen Krisen gewidmet werden. Nach wie vor ist die COVID-19 Pandemie virulent und erstmals herrscht wieder Krieg in Europa. Die Nachwehen der Finanz- und Euro-Krise sind noch nicht vorbei, sondern zeigen sich in der aufgeblähten Bilanz der Europäischen Zentralbank, und die dramatische Veränderung des Klimas wird immer sichtbarer. Gleichzeitig brechen derzeit teilweise die Vorteile aus der internationalen Arbeitsteilung weg und es erweist sich als sinnvoll, eine Diversifikation von Bezugsquellen anzustreben. **In der Konsequenz sinkt damit die Effizienz der Leistungserbringung weltweit und es steigen die Preise für Güter und Dienstleistungen. Für Verbraucher wird zunehmend spürbar, was das Zurück fahren der internationalen Arbeitsteilung für ihren Alltag bedeutet.***

Kommt nun vor dem Hintergrund dieser vielfältigen Verwerfungen das Gesundheitswesen unter die Räder? Bei einem -Weiter so'' lautet die Antwort vermutlich ja''. Die gegenwärtige Gesundheitsversorgung ist nicht für

diese Herausforderungen gerüstet. [Hervorh. d. d. Verf.]“ (Augurzky, Kropf, Hollenbach, Monsees, Pilny, Schmidt, Wuckel, Krankenhaus Rating 2022, S. 17)

Die Kalkulation der Fallpauschalen erfolgt grundsätzlich auf der Basis der Kostendaten des vorletzten Jahres. Für das Jahr 2022 und 2023 gelang die Verhandlung der Entgeltkataloge zwischen den Selbstverwaltungspartnern nicht.

Für das Jahr 2023 wurde der Entgeltkatalog durch eine Verordnung des Bundesministeriums für Gesundheit gemäß § 17b Abs. 1 Nr. 1, 2 KHG festgesetzt. Hintergrund dessen war im Wesentlichen ein Streit um die sachgerechte Ausgliederung von Pflegepersonalkosten (s. dazu oben Teil 1, A. II.).

Dabei kritisierte die Deutsche Krankenhausgesellschaft insbesondere einen hilfswisen Rückgriff auf Daten aus dem Jahr 2018 zur Abgrenzung der Pflegepersonalkosten; Stellungnahme der Deutschen Krankenhausgesellschaft zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit zur Verordnung zu den Entgeltkatalogen für DRG-Krankenhäuser für das Jahr 2023 (DRG-Entgeltkatalogverordnung 2023 – DRG-EKV 2023) Stand: 11. November 2022; abrufbar unter: https://www.dkgev.de/fileadmin/default/Mediapool/1_DKG/1.3_Politik/Stellungnahmen/2022-11-11_Stellungnahme_DRG-Entgeltkatalogverordnung_2023_-_DRG-EKV_2023.pdf; zuletzt abgerufen am 22.03.2023.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Kalkulation der Fallpauschalen jedenfalls nicht auf Daten beruht, die die aktuellen Preissteigerungen erfasst hatten. Insgesamt ist daher anzunehmen, dass die jüngsten globalen Krisen dazu geführt haben, dass die krankenhausesgeltrechtlichen Vergütungsbeschränkungen in ein unangemessenes Verhältnis umgeschlagen sind.

Falls man diese Einschätzung für die aktuelle Situation (noch) nicht teilt, würde spätestens ein Unterschreiten des verfassungsrechtlich gebotenen Mindestversorgungsniveaus (s. zu den Anforderungen aus dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG unten Teil 2, D.) durch eingetretene Krankenhausinsolvenzen das unangemessene Verhältnis der krankenhausesgeltrechtlichen Regulierung belegen, denn spätestens in diesem Fall entfällt der Rechtfertigungsgrund für die Regulierung der Krankenhausvergütung.

Die Regulierung der Pflegesätze bezweckt keine Kostenreduktion um jeden Preis, sondern es soll Finanzstabilität durch sozial tragbare Pflegesätze erreicht werden. Es geht also um die Gewährleistung eines angemessenen Verhältnisses zwischen der Versorgung der Bevölkerung und den damit einhergehenden Kosten. Vgl. BVerfGE 82, 209, 230.

Dies schließt weder eine Änderung oder Herabsenkung des Versorgungsniveaus noch Rationierungsmaßnahmen aus. Ein sog. „kalter Strukturwandel“ kann aber mit willkürlichen Versorgungslücken einhergehen, sodass die krankenhausesentgeltrechtliche Regulierung ihre Zwecksetzung im Fall es Unterschreiten des Mindestversorgungsniveaus nicht mehr fördert.

V. *Zwischenergebnis*

Die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ist im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Lage der Krankenhäuser einschlägig. Insbesondere ist festzuhalten, dass

- der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG für kirchliche und private bzw. privat beherrschte Krankenhausträger mit einem Hauptsitz in Deutschland (bzw. einem EU-Mitgliedsstaat) eröffnet ist;
- die krankenhausesentgeltrechtliche Regulierung verbietet kaufmännisch begründete Preisanpassungen für nahezu das gesamte wirtschaftliche Betätigungsfeld. Eine wirtschaftlich nicht tragbare Vergütungshöhe kommt in seiner Wirkung einem Verbot des Berufes bzw. des Unternehmensgegenstandes nahe. Daher liegt eine Berufsausübungsregelung vor, die in ihren Wirkungen allerdings einer Berufswahlregelung nahekommt;
- der Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, setzt daher einen überragend wichtigen Grund zur Rechtfertigung des Eingriffs voraus. Die Gewährleistung der Finanzstabilität der gesetzlichen Krankenkassen und die Finanzierbarkeit des Gesundheitssystems stellen einen solch gewichtigen Rechtfertigungsgrund dar;
- die Rechtfertigung schon denkllogisch ein Untermaßverbot fordert, denn die krankenhausesentgeltrechtliche Regulierung darf nicht von vorneherein die Funktionsfähigkeit der stationären Versorgung ausschließen;
- sich verfassungsrechtlich keine konkrete angemessene Vergütungshöhe ableiten lässt. Die Untergrenze ist allerdings erreicht, wenn die wirtschaftliche Existenz nicht mehr gewährleistet ist. Dies ist anzunehmen, wenn die Selbstkosten in der Gesamtschau unterschritten werden und das Erzielen von Gewinn von vorneherein ausgeschlossen ist;
- es aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht auf jedes einzelne Krankenhaus ankommt, denn die Berufsfreiheit schützt die Teilhabe am Wettbewerb und nicht den wirtschaftlichen Erfolg. Einzelne Krankenhausinsolvenzen sind daher noch kein Indikator für eine Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass die aktuelle krankenhaushausentgeltrechtliche Regulierung die verfassungsrechtlich geltende Untergrenze unterschreitet. Zur Beurteilung dessen kommt es aus verfassungsrechtlicher Sicht auf das wirtschaftliche Gesamtergebnis an. Insoweit ist festzuhalten, dass die derzeitigen Kostensteigerungen auf die bereits unzureichende, mit einem Substanzverzehr einhergehende Investitionskostenfinanzierung (s. o. Teil 2, A.) trifft.

Für Vertragskrankenhäuser (gemäß § 108 Nr. 3 SGB V) gilt dies mangels Investitionskostenförderung erst recht. Die Möglichkeit zum Aufschlag von Investitionskosten bei nicht gesetzlich versicherten Patienten ändert diesen Befund nicht, denn die Umlage der Kosten stellt einen gewichtigen Wettbewerbsnachteil dar (s. o. Teil 2 A. I.). Im Fall von Versorgungslücken, kann sich der Wettbewerbsnachteil aufheben oder jedenfalls reduzieren, wenn höhere Kosten in Kauf genommen werden, um überhaupt versorgt zu werden. In diesem Fall wäre aber die durch die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitende Untergrenze ohnehin unterschritten.

Aktuelle Prognosen gelangen zu dem Ergebnis, dass mindestens ein Drittel der Krankenhäuser insolvenzgefährdet sind. Daher ist zu erwarten, dass für weit mehr Krankenhäuser das Erzielen von Gewinn derzeit ausgeschlossen ist und die verfassungsrechtlich geltende Finanzierungsuntergrenze unterschritten ist.

D. Anforderungen aus dem Sozialstaatsprinzip

Weiterer verfassungsrechtlicher Ansatzpunkt im Zusammenhang mit einer möglichen kalten Strukturbereinigung in der stationären Versorgung ist das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG, denn aus dem Sozialstaatsprinzip wird ein allgemeiner Sicherstellungsauftrag des Staates für die stationäre medizinische Versorgung abgeleitet. Insofern hat die öffentliche Hand dafür Sorge zu tragen, dass in quantitativ und qualitativ ausreichender Weise stationäre medizinische Versorgungseinrichtungen für alle Bürger zur Verfügung stehen. Für die Ausgestaltung dessen steht dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu.

S. dazu *Stollmann/Wollschläger*, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Auflage 2019, § 79, Rn. 4.

Gleichzeitig ist die Sicherung der finanziellen Stabilität der Träger der Sozialversicherung ein äußerst wichtiger Gemeinwohlbelang,

Vgl. vgl. BVerfGE 70, 1, 26, 30 mwN; 77, 84, 107

sodass beide Belange miteinander in Einklang gebracht werden müssen. Aus dem verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzip lässt sich daher kein konkretes Versorgungsniveau ableiten. Grundsätzlich gilt daher, dass dem Gesetzgeber die Konzeption des Versorgungssystems obliegt und sich aus dem verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzip nur äußere Grenzen ableiten lassen, denn das Sozialstaatsprinzip garantiert ausschließlich die Gewährleistung eines Existenzminimums.

Siehe grundlegend zur verfassungsrechtlichen Herleitung BVerwGE 1, 159, 161; und aktuell BVerfGE 132, 134, 150 ff.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht kann das Versorgungssystem daher grundsätzlich anders gestaltet werden und auch die Krankenhausversorgung auf ein unteres gesundheitliches Existenzminimum reduziert werden.

Wann das Existenzminimum unterschritten wird, ist nur schwer zu beurteilen; s. zur Diskussion um das stets zu gewährleistende Mindestversorgungsniveau für Flüchtlinge: *Eichenhofer*, ZAR 2013, 169, 173 ff.

Ein „kalter Strukturwandel“, der dieses Existenzminimum ggf. regional unterschreitet, würde daher das Sozialstaatsprinzip verletzen. Als Bestandteil des gesundheitlichen Existenzminimums gilt stets die Versorgung von akuten Verletzungen.

Das Beispiel des St. Vinzenz-Krankenhaus in Altena (s. o. Teil 1, A.) belegt, dass Krankenhausinsolvenzen insoweit zu höchst kritischen Versorgungslücken führen können.

„Die Kreisleitstelle der Feuerwehr wurde am Montagabend vom St. Vinzenz Krankenhaus in Altena informiert, dass ab Dienstagmorgen 7.30 Uhr kein qualifizierter Mediziner als Notarzt zur Verfügung steht.“ (Braun, Insolvenz: Krankenhaus kann keinen Notarzt mehr stellen – Kreis findet schnelle Lösung, Meldung vom 21.12.2016; abrufbar unter: <https://lokalstimme.de/blog/2016/12/21/insolvenz-krankenhaus-kann-keinen-notarzt-mehr-stellen-kreis-findet-schnelle-loesung/>; zuletzt abgerufen am 20.04.2023)

Außerdem wäre aber auch ein sehr unterschiedliches Versorgungsniveau – auch weit oberhalb des Existenzminimums – verfassungsrechtlich kritisch, denn aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) und dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) ist ein sog. derivatives Teilhaberecht abzuleiten, sodass ein Recht auf gleichheitsgerechten Zugang zur Versorgung besteht.

Zur dogmatischen Herleitung von derivativen Teilhaberechten vgl. *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2015, 693, 694.

E. Fazit

Die wirtschaftliche Lage von Krankenhäusern lässt sich aus juristischer Perspektive nicht abschließend beurteilen. Festhalten lässt sich aber, dass aktuelle Prognosen zur Insolvenzgefährdung die hoch problematische wirtschaftliche Lage deutscher Krankenhäuser belegen. Die krankenhausesentgeltrechtliche Systematik enthält kein Instrument zur Reaktion auf die aktuellen kurzfristigen und rasanten Preissteigerungen. Es ist daher zu erwarten, dass sich die Situation im Verlauf des Jahres 2023 noch verschärfen wird.

Diese Situation ist auf eine Kombination verschiedener Ursachen zurückzuführen: Eine präzise Kalkulation der Fallpauschalen ist durch pandemiebedingte Fallzahlschwankungen und die Ausgliederung der Pflegepersonalkosten derzeit problematisch. Diese Situation trifft zugleich auf die derzeitigen krisenbedingten Kostensteigerungen und auf einen bereits stattfindenden Substanzverzehr, der auf eine unzureichende Investitionskostenfinanzierung durch die Länder zurückzuführen ist.

Die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Teilhabe am Wettbewerb und nicht den wirtschaftlichen Erfolg. Vor diesem Hintergrund ist auch von Krankenhausträgern ein vorausschauende wirtschaftliche Planung zu fordern, die eine gewisse wirtschaftliche Resilienz ermöglicht. Die aktuelle Kumulation internationaler Krisen war aber für niemanden vorherzusehen - was auch die Vielzahl der insolvenzgefährdeten Krankenhäuser belegt. Dabei ist noch einmal festzuhalten, dass Krankenhausträgern die im Wirtschaftsverkehr naheliegendste Lösung – die Vornahme von Preiserhöhungen – nicht offen steht.

Es spricht daher viel dafür, dass eine aus der Berufsfreiheit der Krankenhausträger abzuleitende Finanzierungsuntergrenze inzwischen unterschritten wird, indem die krankenhausesentgeltrechtliche Regulierung die wirtschaftliche Existenz nicht mehr gewährleistet, die Selbstkosten in der Gesamtschau unterschritten werden und sich die Situation dahingehend zugespitzt hat, dass das Erzielen von Gewinn von vorneherein ausgeschlossen ist.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive kommt es lediglich auf das wirtschaftliche Endergebnis an, denn eine konkrete Finanzierungsgestaltung lässt sich nicht aus dem Grundgesetz ableiten. Es ist daher auch unerheblich, worauf eine Unterfinanzierung beruht oder ob eine Gewährung von Finanzhilfen beihilferechtlich problematisch ist.

Vgl. BT-Drs. 20/6241, S. 6.

Spätestens das Abwarten einer „kalten Strukturbereinigung“ verletzt daher die Berufsfreiheit bzw. Unternehmerfreiheit von kirchlichen und privaten bzw. privat beherrschten Krankenhausträgern. Staatliches Handeln zur Vermeidung eines Krankenhausinsolvenzwellen ist daher verfassungsrechtlich dringend geboten. Weiteres Zuwarten und den „kalten Strukturwandel“ durch Notlösungen – wie zum Beispiel durch eine Verstaatlichung – nachträglich zu korrigieren, würde eine Grundrechtsverletzung von Krankenhausträgern noch weiter vertiefen, denn die wirtschaftliche Lage der Krankenhäuser ist nicht allein auf äußere Umstände zurückzuführen, sondern ergibt sich maßgeblich aus den krankenhausesgeltrechtlichen Beschränkungen.

Weiterhin folgt auch aus dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG ein verfassungsrechtliches Gebot, einen „kalten Strukturwandel“ zu verhindern. Das Sozialstaatsprinzip verlangt die Gewährleistung eines gleichheitsgerechten Zugangs der gesamten Bevölkerung zumindest zu einer das Existenzminimum wahren Krankenhausversorgung. Diese Mindestversorgung ist eine niedrig angesetzte Grenze. Dennoch kann ein Unterschreiten dieser Grenze kurzfristig eintreten, wenn sich zum Beispiel mehrere Insolvenzen in lokalem und zeitlichem Zusammenhang verwirklichen und es so zu einer Gefährdung dringender (Notfall-)Versorgung o. ä. kommt. Insofern gebietet auch das Sozialstaatsprinzip ein staatliches Tätigwerden zur Abwendung von Versorgungslücken.



(Prof. Dr. Stefan Huster)