

Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger

Ordinarius für Öffentliches Recht, Europarecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht
an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg

Wissenschaftliches Kurzgutachten

Ersteinschätzung

Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit vom 13.3.2024 (11:40)

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsqualität im Krankenhaus und zur
Reform der Vergütungsstrukturen

(Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz – KHVVG)

im Auftrag des

Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit, Pflege und Prävention,
Ministeriums für Justiz und Gesundheit des Landes Schleswig-Holstein,
Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen und des
Ministeriums für Soziales, Gesundheit und Integration des Landes Baden-Württemberg

14.4.2024

Inhaltsverzeichnis

I.	Abstract	5
II.	Vorbemerkung und Gang der Untersuchung	8
III.	Ansatz des Gesetzentwurfs.....	8
	1. Regelungen.....	8
	a) Qualitätsvorgaben (§ 135e SGB V-E).....	9
	b) Mindestvorhaltezahlen (§ 135f SGB V-E).....	10
	c) Zuweisung von Leistungsgruppen (§ 6a KHG-E; § 275a SGB V-E)	11
	d) Regelungen zur (Vorhalte-)Vergütung (§§ 6b, 8 Abs. 4 KHEntgG-E).....	12
	e) Behandlung in einer sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtung (§ 115g SGB V-E).....	12
	2. Regelungsziele	12
IV.	Verfassungsrechtliche Bewertung der Kompetenzkonformität	13
	1. Verfassungsrechtlicher Rahmen	13
	2. Verfassungsrechtliche Bewertung.....	16
	a) Regelungsansatz und Kompetenzproblematik	16
	b) Gutachten: Kompetenzwidrigkeit des Reformentwurfs der Regierungskommission und Lösungsoptionen.....	19
	aa) Kompetenzwidrigkeit des Reformentwurfs der Regierungskommission.....	19
	bb) Reformoption einer Vergütungsregelung unter Verzicht auf planungsrelevante Strukturvorgaben.....	22
	c) Bewertung des Referentenentwurfs.....	23
	aa) Abschwächung gegenüber dem Reformvorschlag der Regierungskommission	23
	bb) Erheblicher Eingriff in die Planungshoheit der Länder	24
	(1) Erhebliche Relativierung der Landeskrankenhausplanung durch umfassende bundesgesetzliche Steuerung des Versorgungsgeschehens.	24
	(2) Fortwirkung des Level-Gedankens	27

(3) Weitere Eingriffe in die Versorgungsstruktur: Fachkliniken, Kooperationen, Anreize zur Leistungsverlagerung.....	29
(4) Relevanz der Abweichungsmöglichkeit.....	29
cc) Irrelevanz einer Bundesratszustimmung für Kompetenzfrage.....	31
d) Fazit.....	31
V. Weitere verfassungsrechtliche Aspekte.....	32
1. Grundrechtliche Grenzen der Normierung von Mindestvorhaltezahlen (§ 135f SGB V-E)	32
2. Anspruch auf Zuweisung einer Leistungsgruppe.....	34
3. Verstoß gegen den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	34
4. Merkposten: Vorhaltevergütung	35
VI. Regelungstechnischer Anpassungsbedarf	35
1. Flächendeckende Erreichbarkeit bei Ausnahmeregelung?	35
2. Landesautonome Abweichungsbefugnis.....	36
3. Abweichungsmöglichkeit mit Blick auf Kooperationen.....	36
4. Beteiligungsverfahren beim Erlass der Rechtsverordnung.....	36
VII. Erfordernis einer Zustimmung des Bundesrats	37
1. Prämisse: Investitionskostenförderung als Geldleistungsgesetz i.S.d. Art. 104a Abs. 4 GG (Abs. 3 a.F.).....	38
a) Verfassungsrechtliche Anforderungen an ein zustimmungspflichtiges Geldleistungsgesetz i.S.d. Art. 104a Abs. 3 a.F. bzw. Abs. 4 GG	38
b) Eckpunkt der Entwicklung des KHG	42
2. Zustimmungspflicht	44
a) Zustimmungspflicht bei Änderung zustimmungspflichtiger Bundesgesetze	44
aa) Systemwechsel	45
bb) (Mittelbare) Begründung von Geldleistungspflichten.....	46
b) Zustimmungspflicht qua Auslösung einer Geldleistungspflicht	48

3. Transformationsfonds (§ 12b KHG-E)	48
4. Fazit.....	49
VIII.Zusammenfassung in Thesen	51

I. Abstract

Fehlende Bundeskompetenz für den Referentenentwurf eines Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetzes. Krankenhausreform muss zwischen Bund und Ländern aufgespaltene Zuständigkeit für Regelung der Krankenhausversorgung beachten, insbesondere die Planungshoheit der Länder. Zustimmungspflicht nach Art. 104a Abs. 4 GG bei Vorliegen eines Geldleistungsgesetzes.

Der Referentenentwurf zielt auf eine Verbesserung der Versorgungsqualität im Krankenhaus und auf eine Reform der Vergütungsstrukturen. Dass bundesweit Reformbedarf besteht, bedeutsame gesundheitspolitische Ziele verfolgt werden oder eine bundeseinheitliche Lösung für wünschenswert erachtet wird, bedeutet im Bundesstaat des Grundgesetzes, der Gesetzgebungskompetenzen – gerade auch im Gesundheitswesen – zwischen Bund und Ländern aufteilt, noch nicht, dass der Bundesgesetzgeber zur Reform berufen ist.

Das Grundgesetz sieht **keine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Gesundheits- oder Krankenhauswesen** vor. Vielmehr bestehen nur punktuelle (konkurrierende) Bundeszuständigkeiten, namentlich für die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG) sowie für die Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Die Krankenhausplanung hat das Grundgesetz, bekräftigt vom Bundesverfassungsgericht, den Ländern zugewiesen, was die Reichweite der genannten Kompetenztitel als Basis für Regelungen des Bundes beschränkt. Den Ländern müssen eigenständige und umfangmäßig erhebliche Planungsspielräume verbleiben, gerade auch für die legislative, abstrakt-generelle Rahmensetzung; schwerpunktmäßig Versorgungsstrukturen steuernde Regelungen sind dem Bund versperrt. Es gilt ein Primat der Landeskrankenhausplanung gegenüber Qualitäts- und Vergütungsregelungen des Bundes. Dass die Sozialversicherungskompetenz den Bund zur Regelung des GKV-Leistungserbringungsrechts und damit grundsätzlich auch zur Statuierung von Qualitätsanforderungen berechtigt und dass die Regelungsbefugnis für die Krankenhauspflegesätze die Normierung von (auch Steuerungswirkung entfaltenden) Vergütungstatbeständen deckt, bedeutet damit nicht, dass diese Kompetenztitel ohne Rücksicht auf die Krankenhausplanungshoheit der Länder ausgeübt werden könnten, eine Grenze, die die Begründung zum Referentenentwurf des Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetzes (KHVVG-E) mit keinem Wort erwähnt.

Nach der grundgesetzlichen Kompetenzordnung bestehen **durchgreifende Einwände hinsichtlich der Zuständigkeit des Bundes für das Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz**, da der Referentenentwurf – trotz Abschwächungen gegenüber den Empfehlungen der

Regierungskommission – schwerpunktmäßig Versorgungsstrukturen regelt und die Planungsbefugnis der Länder übermäßig beschneidet. Die Einwände gegen die Kompetenzkonformität des Gesetzgebungsvorhabens, wie sie bereits im ersten Rechtsgutachten vom April 2023 ausgeführt wurden, konnten durch den vorliegenden Entwurf nicht entkräftet werden. Unerheblich ist, dass nicht unmittelbar Vorgaben für die Krankenhausplanung, sondern Qualitäts- und Vergütungsregelungen getroffen werden sollen. Denn letzteren kommt erhebliche Planungsrelevanz zu. Hängt die Vergütung der Krankenhäuser, wie vorgesehen, von der bundesrechtlich definierten Berechtigung zur Leistungserbringung qua Einhaltung von bundesrechtlich definierten Qualitätsanforderungen einschließlich Mindestvorhaltezahlen ab, können die Krankenhäuser den krankenhauplanerisch zugewiesenen Versorgungsauftrag (adäquat vergütet) nur noch nach Maßgabe detaillierter, auf eine qualitativ hochwertige Versorgung zielende Strukturvorgaben des bundesrechtlichen Vergütungsregimes erfüllen. Überdies bleibt der Levelgedanke präsent (Erfordernis einer kombinierten Vorhaltung von Leistungsgruppen; Zuweisung von Koordinierungs- und Vernetzungsaufgaben an Krankenhäuser der Versorgungsstufe „Level 3U/3“; Schaffung des Typs der „sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtung“; Level als Kategorie für die Steuerung des Versorgungsgeschehens durch Transparenz) und lassen sich wesentliche Elemente der Landeszielplanung steuern, so die Rolle von Fachkliniken, die Schwerpunktbildung oder Kooperationsmöglichkeiten. Diese Struktur- und Qualitätsvorgaben des Reformvorschlags tangieren dabei offenkundig Kategorien der Krankenhausplanung in erheblichem Umfang (detaillierte Definition von Leistungsgruppen; detaillierte, auf eine qualitativ hochwertige Versorgung zielende Mindeststrukturvorgaben einschließlich Mindestvorhaltezahlen; teilweise Kategorisierung von Einrichtungen in Level; Rolle von Fachkliniken; Schwerpunktbildung; Kooperationen). Dies illustriert zugleich die mit dem Referentenentwurf einhergehende weit reichende, allgemeine Steuerung der Versorgungsstruktur. Durch die umfassenden Qualitäts- und Strukturvorgaben entsteht nicht nur ein erheblicher faktischer Anpassungsdruck für die Planung; vielmehr ist die Steuerung der Versorgungsstruktur auch beabsichtigt. Dies widerspricht zugleich dem kompetentiell fundierten Primat der Krankenhausplanung gegenüber Qualitäts- und Vergütungsregelungen, da das Qualitäts- und Vergütungsregime eigenständige, die Planungshoheit übermäßig beschneidende Strukturanforderungen formuliert. Ob die verfassungsrechtlichen Einwände durch die vorgesehenen **Abweichungsmöglichkeiten** zu Gunsten der Länder ausgeräumt werden können, erscheint wegen des skizzierten Ausmaßes des Eingriffs in die Planungshoheit der Länder schon im Grundsatz fraglich. Unabhängig davon wirkt die Abweichungsbefugnis angesichts ihrer konkreten Ausgestaltung jedenfalls nur be-

dingt kompensatorisch, da Ausnahmemöglichkeiten durch eine Bundesrechtsverordnung zumindest versperrt werden können, materiell durch starre Erreichbarkeitsvorgaben qualifiziert sind und einer grundsätzlichen Befristung unterliegen.

Jenseits der Kompetenzfrage bewirkt der Reformvorschlag einen – auch vor dem Hintergrund der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung relevanten – **Systembruch in der dualen Krankenhausfinanzierung**, da erste und zweite Säule der Krankenhausfinanzierung nicht mehr synchronisiert wären, mithin Krankenhäuser in die Investitionskostenförderung einzubeziehen wären, obgleich ihnen kein adäquater Vergütungsanspruch zukommt.

Die flächendeckende, undifferenzierte Statuierung von **Mindestvorhaltezahlen** für alle Leistungsgruppen kollidiert überdies mit grundrechtlichen Anforderungen, wie sie das Bundessozialgericht in seinem Urteil vom 12. September 2012 herausgearbeitet hat.

So man mit guten Gründen die Regelungen der Investitionskostenförderung als Geldleistungsgesetz i.S.d. Art. 104a Abs. 3 GG a.F. bzw. Abs. 4 GG n.F. qualifiziert, kommt eine **Zustimmungspflicht** für den KHVVG-E nach den für die Änderung zustimmungspflichtiger Bundesgesetze geltenden Grundsätzen bzw. unmittelbar nach Art. 104a Abs. 4 GG in Betracht. Die Interpretation des Art. 104a Abs. 3 GG a.F. bzw. Abs. 4 GG n.F. ist bundesverfassungsgerichtlich noch nicht konturiert und auch im Schrifttum umstritten. Eine Verabschiedung des KHVVG-E ohne Zustimmung des Bundesrates birgt – unbeschadet der Kompetenzfrage – jedenfalls das Risiko einer formellen Verfassungswidrigkeit.

Hinweis: Am Ende des Gutachtens findet sich eine ausführliche Zusammenfassung in Thesen.

II. Vorbemerkung und Gang der Untersuchung

Der Verfasser hat im April 2023 ein (online und als Monographie veröffentlichtes) Rechtsgutachten zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Krankenhausreform vorgelegt, namentlich zur grundgesetzlichen Kompetenzverteilung und grundrechtlichen Anforderungen.¹ Auf dieser Basis erfolgt eine Ersteinschätzung des Referentenentwurfs des Bundesministeriums für Gesundheit vom 13.3.2024 für ein Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz; für detaillierte Nachweise sei auf dieses Gutachten verwiesen.

Einleitend sei nochmals hervorgehoben, dass im Bundesstaat des Grundgesetzes, der Gesetzgebungskompetenzen – gerade auch im Gesundheitswesen – zwischen Bund und Ländern aufteilt, der Umstand, dass bundesweit Reformbedarf besteht, bedeutsame gesundheitspolitische Ziele verfolgt werden oder eine bundeseinheitliche Lösung für wünschenswert erachtet wird, noch nicht bedeutet, dass der Bundesgesetzgeber zur Reform berufen ist. Dementsprechend hat auch die Regierungskommission darauf hingewiesen, dass die Umsetzung ihres Reformvorschlags angesichts der Kompetenzverteilung im deutschen Bundesstaat „juristische Herausforderungen“ birgt.²

Die vorliegende Untersuchung legt zunächst den Regelungsansatz des Referentenentwurfs dar (III.), analysiert sodann dessen Vereinbarkeit mit der Kompetenzordnung des Grundgesetzes (IV.) sowie weiteren grundgesetzlichen Vorgaben (V.) und zeigt des Weiteren regelungstechnischen Anpassungsbedarf auf (VI.). Der letzte Teil erörtert die Frage der Zustimmungsbefähigung im Bundesrat (VII.). Eine Zusammenfassung in Thesen rundet die Überlegungen ab (VIII.).

III. Ansatz des Gesetzentwurfs

1. Regelungen

Der Referentenentwurf sieht eine Abkehr von der rein leistungs- und mengenorientierten Vergütung des DRG-Systems zugunsten einer Kombination aus Leistungsmengenabhängiger Vergütung und an Leistungsgruppen geknüpfter Vorhaltefinanzierung vor. In dieser Reform des

¹ Das Gutachten ist abrufbar unter <https://s.bayern.de/gutachten-krankenhausreform> (2.4.2024); auf seiner Basis ist auch die Monographie *F. Wollenschläger*, Krankenhausreform und Grundgesetz. Kompetentielle und grundrechtliche Determinanten einer Reform von Krankenhausplanung und Krankenhausvergütung, Tübingen 2023 (Mohr Siebeck, Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht, Bd. 11), erschienen.

² Regierungskommission, Grundlegende Reform der Krankenhausvergütung, S. 10, abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/K/Krankenhausreform/3te_Stellungnahme_Regierungskommission_Grundlegende_Reform_KH-Verguetung_6_Dez_2022_mit_Tab-anhang.pdf (8.4.2024).

Vergütungssystem erschöpft sich der Referentenentwurf indes nicht. Vielmehr werden Leistungsgruppen bundeseinheitlich definiert und bundeseinheitlich Mindeststrukturanforderungen einschließlich Mindestvorhaltezahlen für die Erbringung von Leistungen formuliert. Damit kann ein Krankenhaus Leistungen (vergütet) nur noch erbringen, wenn ihm die entsprechende Leistungsgruppe zugewiesen ist, was die Erfüllung der Mindeststrukturanforderungen voraussetzt, und wenn es die Mindestvorhaltezahlen erreicht hat; dabei sind Ausnahmen möglich. Des Weiteren führt der Referentenentwurf die Kategorie der „sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtung“ ein.

Regelungstechnisch normiert der Gesetzentwurf im hier interessierenden Zusammenhang erstens im SGB V verankerte Qualitätsanforderungen an die stationäre Leistungserbringung (§ 135e SGB V-E; dazu a) einschließlich Mindestvorhaltezahlen (§ 135f SGB V-E; dazu b). Zweitens sieht der Gesetzentwurf im KHG die Zuweisung von Leistungsgruppen an Krankenhäuser durch die jeweilige Landeskrankenhausplanungsbehörde vor, was die Erfüllung der vorstehend erwähnten Qualitätskriterien – vorbehaltlich einer Ausnahmeregelung – voraussetzt (§ 6a KHG-E; dazu c). An diese Zuweisung und die Erfüllung der Mindestvorhaltezahlen (wobei auch insoweit eine Ausnahmemöglichkeit greift) knüpft drittens die Befugnis zum Erhalt der (Vorhalte-)Vergütung an (§§ 6b, 8 Abs. 4 KHEntgG-E; dazu d). Viertens normiert der Referentenentwurf die Befugnis zur Erbringung sektorenübergreifender Leistungen (§ 115g SGB V-E), die die Bestimmung eines Krankenhauses als sektorenübergreifende Versorgungseinrichtung durch die Landeskrankenhausplanungsbehörde voraussetzt (§ 6b KHG-E; dazu e).

a) Qualitätsvorgaben (§ 135e SGB V-E)

§ 135e SGB V-E gibt die Einhaltung von Qualitätsanforderungen für die Leistungserbringung im stationären Sektor vor. Basis hierfür ist eine Einteilung der „Leistungen der Krankenhausbehandlung in Leistungsgruppen“ (§ 135e Abs. 1 Satz 2 SGB V-E). Hieran knüpfen „bundeseinheitliche Qualitätskriterien [an], die insbesondere Mindestanforderungen an die Struktur- und Prozessqualität beinhalten“ (§ 135e Abs. 1 Satz 1 SGB V-E). § 135e Abs. 1 Satz 3 SGB V-E normiert eine Pflicht der Krankenhäuser, „die Qualitätskriterien der Leistungsgruppen, deren Leistungen sie erbringen, zu erfüllen.“ Dabei sind für alle Leistungsgruppen Qualitätsvorgaben hinsichtlich vorgegebener Anforderungsbereiche festzulegen (§ 135e Abs. 1 Satz 4 SGB V-E). Diese Anforderungsbereiche umfassen gemäß § 135e Abs. 1 Satz 5 SGB V-E die Erbringung verwandter Leistungsgruppen (Nr. 1), die sachliche Ausstattung (Nr. 2), die personelle Ausstattung (Nr. 3) sowie sonstige Struktur- und Prozesskriterien (Nr. 4). § 135e Abs. 2 Satz 1 Nr. 2

SGB V-E enthält eine Befugnis zur Regelung von Kooperationsmöglichkeiten, indem er die Regelungsbefugnis auf „Regelungen zur Zulässigkeit der Einhaltung der Qualitätskriterien in Kooperationen und Verbänden“ erstreckt. Den für die Festlegung von Qualitätskriterien maßgeblichen Standard formuliert § 135e Abs. 1 Satz 5 SGB V-E: „Die Qualitätskriterien sollen den aktuellen Stand der medizinisch wissenschaftlichen Erkenntnisse berücksichtigen und zu einer leitliniengerechten, qualitativ hochwertigen und für Patienten sicheren medizinischen Versorgung beitragen.“

Normiert werden die Qualitätskriterien durch das Bundesministerium für Gesundheit im Wege des Verordnungserlasses, wobei dem Bundesrat ein Zustimmungsrecht zukommt (§ 135e Abs. 2 SGB V-E). Eine derartige Regelung hat bis zum 31.3.2025 mit Wirkung ab dem 1.1.2027 zu erfolgen (§ 135e Abs. 2 SGB V-E), wobei bis zum Inkrafttreten der Verordnung eine Interims-Regelung mit Verweis auf die Anlage und die NRW-Regelung greift (§ 135e Abs. 4 SGB V-E). Zur Unterstützung der Normsetzung richtet das Bundesministerium für Gesundheit „einen Ausschuss ein, der Empfehlungen zu den Inhalten der Rechtsverordnung nach Absatz 2 Nummern 1 bis 3 beschließt“ und der „durch das Bundesministerium für Gesundheit gemeinsam mit den obersten Gesundheitsbehörden der Länder geleitet“ wird, sich aus „Vertretern des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen einerseits und Vertretern der Deutschen Krankenhausgesellschaft, der Bundesärztekammer und der Berufsorganisationen der Pflegeberufe andererseits“ unter Einräumung eines Beratungsrechts für Patientenorganisationen nach § 140f SGB V zusammensetzt und Sachverstand einbindet (§ 135e Abs. 3 SGB V-E).

In dieser Verordnung kann auch geregelt werden, „für welche Leistungsgruppen in Einzelfällen zur Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung von den Qualitätskriterien abgewichen werden kann und für welche Leistungsgruppen dies ausgeschlossen ist“ (§ 135e Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB V-E).

b) Mindestvorhaltezahlen (§ 135f SGB V-E)

§ 135f Abs. 1 Satz 1 SGB V-E sieht vor, dass für (alle) Leistungsgruppen „jeweils eine Mindestzahl an vom Krankenhausstandort erbrachten Behandlungsfällen (Mindestvorhaltezahlen)“ gilt. Bei deren Festlegung „sind zu berücksichtigen: 1. Vorhaltung eines ständig verfügbaren Facharztstandards, 2. Sicherstellung einer bedarfsgerechten und flächendeckenden stationären Versorgung sowie 3. Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß § 12“ (§ 135f Abs. 1 Satz 2 SGB V-E). Festgesetzt werden die Mindestvorhaltezahlen gemäß § 135f Abs. 5 SGB V-E vom „Bundesministerium für Gesundheit [...] auf Grundlage der Empfehlungen des Instituts für Qualität und

Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen nach Absatz 2 sowie der Auswertungen und der Empfehlung des Instituts für das Entgeltsystem im Krankenhaus nach Absatz 3 durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates“. Die Erfüllung der Mindestvorhaltezahlen ist Voraussetzung für den Erhalt der Vorhaltevergütung (§ 135f Abs. 1 Satz 3 SGB V-E; § 6b und § 8 Abs. 4 KHEntgG-E). § 135f Abs. 4 SGB V-E sieht eine Ausnahmemöglichkeit vor, „wenn die Vorhaltung der Leistungsgruppe durch ein Krankenhaus nach Einschätzung der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde zur Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung zwingend erforderlich ist.“ Hierbei gilt der Vorbehalt der Erreichbarkeit einer Alternative in angemessener Zeit (§ 135f Abs. 4 Satz 2 SGB V-E i.V.m. § 6a Abs. 2 Satz 2 und 3 KHG-E).

c) Zuweisung von Leistungsgruppen (§ 6a KHG-E; § 275a SGB V-E)

Die Zuweisung einer Leistungsgruppe erfolgt gemäß § 6a Abs. 1 Satz 1 KHG-E durch die jeweilige Landeskrankenhausplanungsbehörde. Die Zuweisung setzt die Erfüllung der Qualitätskriterien gemäß § 135e SGB V-E voraus (§ 6a Abs. 1 Satz 3 KHG-E), wobei der Nachweis über ein vom Medizinischen Dienst zu erstellendes Gutachten erfolgt (§ 6a Abs. 1 Satz 5 ff. KHG-E; § 275a SGB V-E).

§ 6a Abs. 2 KHG-E sieht eine Ausnahmemöglichkeit vor, die an formelle und materielle Voraussetzungen geknüpft ist. In der Sache setzt eine Ausnahme voraus, dass die Zuweisung der Leistungsgruppe „zur Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung zwingend erforderlich ist und eine Abweichung von den Qualitätskriterien für die Leistungsgruppe nicht nach der Rechtsverordnung aufgrund § 135e Absatz 2 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch ausgeschlossen ist“ (§ 6a Abs. 2 Satz 1 KHG-E). Die zwingende Erforderlichkeit der Zuweisung bemisst sich gemäß § 6a Abs. 2 Satz 2 KHG-E nach der flächendeckenden Erreichbarkeit eines alternativen, die Qualitätskriterien erfüllenden Krankenhauses, wobei Satz 3 Höchstfahrtzeiten leistungsgruppenabhängig festlegt und in der Entwurfsbegründung zusätzlich die Notwendigkeit eines Betroffenheitsmaßes im Einzugsbereich angeführt wird³. Dabei kommt grundsätzlich nur eine auf maximal drei Jahre befristete Ausnahme in Betracht (§ 6a Abs. 2 Satz 4 KHG-E; zur Ausnahme Satz 5). Prozedural setzt § 6a Abs. 2 Satz 1 KHG-E eine Entscheidung „im Benehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen“ voraus.

³ S. 112 und 135.

d) Regelungen zur (Vorhalte-)Vergütung (§§ 6b, 8 Abs. 4 KHEntgG-E)

Die Zuweisung einer Leistungsgruppe ist Voraussetzung für die Vergütung eines Vorhaltebudgets, wobei auch die Mindestvorhaltezahle erfüllt sein muss (§ 6b KHEntgG-E). Darüber hinaus setzt auch die Befugnis zur Berechnung von Entgelten ab dem Jahre 2027 die Zuweisung einer Leistungsgruppe voraus (§ 8 Abs. 4 KHEntgG-E).

*e) Behandlung in einer sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtung
(§ 115g SGB V-E)*

§ 115g SGB V-E normiert die Befugnis zur Erbringung sektorenübergreifender Leistungen (§ 115g Abs. 2 SGB V-E) durch sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen. Obgleich § 115g Abs. 1 SGB V-E den Ländern das Recht einräumt, Krankenhäuser als sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen gemäß § 6b KHG-E zu bestimmen, überantwortet § 115g Abs. 3 SGB V-E für die Leistungserbringung wesentliche Regelungsbefugnisse an Dritte, nämlich einer Vereinbarung zwischen der Deutschen Krankenhausgesellschaft und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, etwa hinsichtlich der Frage, „welche stationären Leistungen der Leistungsgruppen Allgemeine Innere Medizin oder Geriatrie nach § 135e sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen mindestens anbieten müssen“ (§ 115g Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 SGB V-E) oder „welche weiteren stationären Leistungen der Leistungsgruppen Allgemeine Innere Medizin und Geriatrie und welche stationären Leistungen der Leistungsgruppe Allgemeine Chirurgie oder weiterer Leistungsgruppen nach § 135e ebenfalls in sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen erbracht werden können“ (§ 115g Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 SGB V-E).

2. Regelungsziele

Mögen auch der Titel des Referentenentwurfs – „Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsqualität im Krankenhaus und zur Reform der Vergütungsstrukturen“ – und die Beschreibung von Problem und Ziel (S. 1) sowie von Lösung und Nutzen (S. 1 f.) zurückhaltend formuliert sein, scheint eine überschießende, auf die Steuerung der Krankenhausversorgung zielende Tendenz immer wieder auf, etwa wenn das zu lösende Problem identifiziert wird, „dass mit den bestehenden Strukturen eine qualitativ hochwertige, flächendeckende und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung nicht mehr sichergestellt werden kann“ (S. 1), oder eines der drei Ziele in der „Gewährleistung einer flächendeckenden medizinischen Versorgung für Patientinnen und Patienten“ gesehen wird (S. 1).

Auch die Vorhaltevergütung erschöpft sich nicht im Ziel, dass „die Vorhaltung von Strukturen in Krankenhäusern künftig weitgehend unabhängig von der Leistungserbringung gesichert und

der Anreiz für die Krankenhäuser gesenkt [wird], Fallmengen auszuweiten“ (S. 1); vielmehr soll auch eine Steuerung des Versorgungsgeschehens erfolgen, nämlich eine (örtliche) Konzentration der stationären Versorgung: „Die Konzentration von Leistungen zum Zweck einer qualitativ hochwertigen Versorgung und eine weitere Steigerung der Qualität der medizinischen Versorgung wird erreicht, indem die Vorhaltevergütung mit der Zuweisung von Leistungsgruppen sowie der Erfüllung der betreffenden Qualitätskriterien und der Mindestvorhaltezahlen verknüpft wird.“ (S. 2)

Auf das Versorgungsgeschehen bezogen sind auch die Regelungen zur sektorenübergreifenden Versorgung: „Um insbesondere auch in struktur- und bevölkerungsschwachen Regionen weiterhin eine qualitätsgesicherte medizinische Grundversorgung aufrecht erhalten zu können, wird der Ausbau der sektorenübergreifenden und integrierten Gesundheitsversorgung vorangetrieben. Die Länder erhalten gesetzlich die Möglichkeit, sektorenübergreifende Versorgungseinrichtungen zu bestimmen, deren Leistungsspektrum neben stationären auch erweiterte ambulante sowie medizinisch-pflegerische Leistungen umfasst.“ (S. 2)

IV. Verfassungsrechtliche Bewertung der Kompetenzkonformität

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Hinsichtlich der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung hat das Gutachten die nur beschränkten Regelungsbefugnisse des Bundes im Krankenhauswesen herausgearbeitet und insoweit zusammenfassend festgehalten (Gutachten, S. 127 f.).

1. Das Grundgesetz sieht weder für das Krankenhauswesen im Allgemeinen noch für die Krankenhausplanung im Besonderen eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes vor. Vielmehr bestehen nur punktuelle (konkurrierende) Bundeszuständigkeiten, namentlich für die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG) sowie für die Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Im Übrigen liegt die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern.
2. Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG soll dem Bund, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 7.2.1991 unter Verweis auf Wortlaut und Genese des Kompetenztitels herausgearbeitet hat, „Spielraum zur Regelung finanzieller Fragen eröffnen, ihm jedoch den Bereich der Krankenhausorganisation und der Krankenhausplanung versperren“.⁴ Angesichts der Relevanz der Krankenhausplanung für die

⁴ BVerfGE 83, 363 (379 f.).

wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser besteht ein kompetentielles Spannungsfeld, das Landesverfassungsgerichtsbarkeit und überwiegendes Schrifttum mit der Formel auflösen, dass „grundsätzliche und allgemeine Regelungen des Bundes zur Krankenhausplanung und -organisation auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 a GG gestützt werden [können], sofern deren Bezug zur wirtschaftlichen Sicherung naheliegend und offensichtlich ist und den Ländern dennoch eigenständige und umfangmäßig erhebliche Ausgestaltungsspielräume bleiben“⁵. Die notwendige Weite zu belassender landesplanerischer Spielräume folgt nicht zuletzt daraus, dass eine (ausschließliche) Gesetzgebungskompetenz der Länder infrage steht, die eine – über administrative Konkretisierungsbefugnisse hinausgehende – Befugnis zur legislativen, abstrakt-generellen Rahmensetzung impliziert.

3. Aus nämlichen Gründen begrenzt die Planungshoheit der Länder auch die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG enthaltene Kompetenz zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Vergütung) durch den Bund. Diese Grenze ist überschritten, wenn die Vergütungsregelung – über die derartigen Regelungen zwangsläufig innewohnende Steuerungswirkung, die sich der Gesetzgeber zunutze machen darf, hinaus – schwerpunktmäßig Versorgungsstrukturen steuert oder Planungsspielräume der Länder übermäßig beschneidet. Neben den Auswirkungen auf die Planungshoheit maßgeblich ist, ob die Entgeltregelung an planerisch (oder anderweitig vom Sachgesetzgeber) definierte Strukturen und Anforderungen anknüpft oder selbst Struktur- bzw. Qualitätsvorgaben aufstellt. Es besteht ein – auch kompetentiell fundiertes und vom Bundessozialgericht anerkanntes – Primat der Krankenhausplanung gegenüber Entgeltregelungen,⁶ eine im Übrigen auch in den Grundsätzen der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und der Bundestreue wurzelnde Anforderung.
4. Konkretisierend hält das Fazit (Gutachten, S. 28 f.) fest: Angesichts der [...] zwangsläufigen Relevanz von Vergütungsregelungen für das Versorgungsgeschehen ginge es zu weit, dem Vergütungsgesetzgeber jedwede Regelung mit Auswirkungen auf Planung und Versorgung zu verschließen. Indes deckt die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für die Regelung der Krankenhauspflegesätze keine Vergütungsregelung, die maßgeblich die Versorgungsstruktur steuert bzw. die Planungshoheit der Länder übermäßig beschneidet. Spezifischer Ausdruck dieser Grenze ist der Primat der

⁵ So BayVerfGH, MedR 2020, S. 399 (402).

⁶ BSG, BeckRS 2018, 22328, Rn. 20.

Krankenhausplanung gegenüber Entgeltregelungen. Rechnet auch die Beschreibung der Leistung, die vergütet wird, zur Vergütungskompetenz, mag sie auch qualifizierende Elemente beinhalten, so handelt es sich bei maßgeblich qualitäts- und struktursteuernden Maßnahmen, mögen diese auch in das Gewand eines Abrechnungsausschlusses oder von Abrechnungsvoraussetzungen gekleidet sein, nicht mehr um Vergütungsregelungen i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG. Entscheidend für das Vorliegen einer die Kompetenzgrenzen wahren Vergütungsregelung ist die Antwort auf die Frage, ob die Entgeltregelung an planerisch (oder anderweitig vom Sachgesetzgeber, wozu auch der GKV-Gesetzgeber rechnet) definierte Strukturen und Anforderungen anknüpft oder eigenständige Struktur- bzw. Qualitätsvorgaben aufstellt. Verschärfend wirkt, wenn die Vorgaben im Widerspruch zu Regelungen des Sachgesetzgebers stehen. Für ein primär beschreibendes Moment und damit eine Vergütungsregelung kann sprechen, dass die Formulierung von Anforderungen notwendiger Bestandteil der Beschreibung einer (komplexen) Leistung ist, etwa hinsichtlich der notwendigen apparativen Ausstattung. Relevant ist des Weiteren, in welchem Umfang über die reine Leistungsbeschreibung hinausgehende Anforderungen formuliert werden, mithin ob mittels Vergütungstatbeständen flächendeckend Struktur- bzw. Qualitätsvorgaben aufgestellt werden oder ob es sich um punktuelle Vorgaben für komplexe Leistungen handelt. Ferner kommt es entscheidend auf die Regelungstiefe der Vorgabe an. Die Planungsrelevanz bestimmt sich überdies nach den ökonomischen Konsequenzen der Nichterfüllung des Vergütungstatbestands; abgesehen vom absoluten Betrag lässt sich strukturell insoweit danach differenzieren, ob lediglich Zu- bzw. Abschläge im Raum stehen oder Vergütungsausschlüsse, ebenso danach, ob Leistungen über alternative Tatbestände noch angemessen abgerechnet werden können. Diese Abgrenzung kann im Einzelfall Schwierigkeiten aufwerfen. Grundsätzlich zulässig erscheinen Regelungen, die die Vergütung am Planungsregime orientieren, dabei auch Zuschläge bei besonderem und im Planungs- bzw. Versorgungsregime angelegtem Aufwand vorsehen, unzulässig demgegenüber – zumal flächendeckende und neue – Strukturanforderungen als Vergütungsvoraussetzung.

5. Des Weiteren müssen sich auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG gestützte Regelungen als erforderlich i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG erweisen; ein Gesetzgebungsrecht des Bundes besteht demnach nur, „wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.“ Diese

Erforderlichkeitsklausel verdeutlicht zugleich, dass das Anliegen, gleichwertige Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse herzustellen, so wünschenswert dies im Einzelfall auch erscheinen mag, keine Kompetenz des Bundes begründet, sondern vielmehr Voraussetzung für die Aktualisierung einer anderweitig begründeten, der Erforderlichkeitsklausel unterliegenden Gesetzgebungskompetenz ist.

6. Die konkurrierende Zuständigkeit des Bundes für die Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) erfasst zwar das Leistungserbringungsrecht und damit Qualitätsvorgaben; allerdings dürfen auch auf diesen Kompetenztitel gestützte Regelungen die Planungshoheit der Länder nicht übermäßig beschneiden, strukturelevante, im Schwerpunkt die Krankenhausversorgung allgemein betreffende Regelungen sind dem Bund versperrt. Maßgebliche Parameter (so die Konkretisierung auf S. 41 des Gutachtens) für die Beurteilung, ob die Planungshoheit der Länder bei Qualitätsvorgaben gewahrt wird, sind zunächst Breite und Tiefe der Qualitätsvorgaben, mithin ob erstens Struktur- bzw. Qualitätsvorgaben flächendeckend aufgestellt werden oder ob es sich um punktuelle Vorgaben gerade für komplexe Leistungen handelt und ob zweitens Mindestvorgaben aufgestellt werden oder eine weitergehende Steuerung erfolgt. Entscheidend ist darüber hinaus, ob krankhausplanerische Anliegen der Länder, namentlich eine flächendeckende, erreichbare und ortsnahe Versorgung zu ermöglichen, über Ausnahmetatbestände hinreichend berücksichtigt werden.

2. Verfassungsrechtliche Bewertung

Als Basis für eine kompetentielle Bewertung des Referentenentwurfs seien zunächst der Regelungsansatz des Referentenentwurfs sowie die Kompetenzproblematik erörtert (a) und sodann aufgezeigt, warum das Gutachten zum Reformentwurf der Regierungskommission dessen Kompetenzwidrigkeit angenommen hat und welche Lösungsoptionen es für kompetenzkonform erachtet hat (b). Auf dieser Folie sei der vorliegende Referentenentwurf bewertet (c).

a) Regelungsansatz und Kompetenzproblematik

Der Referentenentwurf sieht eine Abkehr von der rein leistungs- und mengenorientierten Vergütung des DRG-Systems zugunsten einer Kombination aus Leistungsmengenabhängiger Vergütung und an Leistungsgruppen geknüpfter Vorhaltefinanzierung vor. Dabei wird die stationäre Versorgung in bundeseinheitlich definierte Leistungsgruppen kategorisiert und werden für diese Leistungsgruppen bundeseinheitlich Mindeststrukturanforderungen einschließlich Mindestvorhaltezahlen formuliert.

Während der Koalitionsvertrag den Auftrag der die Krankenhausreform vorbereitenden Regierungskommission darin sah, „Leitplanken für eine auf Leistungsgruppen und Versorgungsstufen basierende und sich an Kriterien wie der Erreichbarkeit und der demographischen Entwicklung orientierende Krankenhausplanung [zu] erarbeiten“,⁷ erfolgt die Strukturierung der stationären Versorgung und die Formulierung von Qualitätskriterien im Referentenentwurf nicht als Regelung der Krankenhausplanung. Vielmehr normiert der Referentenentwurf zunächst Qualitätskriterien (§ 135e SGB V-E) einschließlich Mindestvorhaltezahlen (§ 135f SGB V-E) als im SGB V zu verankernde Anforderungen an die stationäre Leistungserbringung. Die Erfüllung der Qualitätskriterien erlangt sodann Relevanz für die Zuweisung von Leistungsgruppen an Krankenhäuser durch die jeweilige Landeskrankenhausplanungsbehörde (§ 6a KHG-E), die ihrerseits Voraussetzung für die Vergütung eines Vorhaltebudgets (§ 6b KHEntgG-E) und die Entgelterhebung (§ 8 Abs. 4 KHEntgG-E) ist; die Erfüllung der Mindestvorhaltezahlen ist Voraussetzung für den Erhalt der Vorhaltevergütung (§ 135f Abs. 1 Satz 3 SGB V-E; § 6b und § 8 Abs. 4 KHEntgG-E).

Nachdem der Referentenentwurf Qualitäts- und Strukturvorgaben als Qualitätsanforderung an die Leistungserbringung bzw. Voraussetzung für Entgelte regelt, sieht die Begründung zum Gesetzentwurf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aufgrund seiner konkurrierenden Zuständigkeiten für die Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) und für die Regelung der Krankenhauspflegesätze (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG) als gegeben an.

Zur Sozialversicherungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG heißt es:

„Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die sozialversicherungsrechtlichen Regelungen im SGB V folgt aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 12 des Grundgesetzes (GG, Sozialversicherung). Danach hat der Bund für die Sozialversicherung die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz. Diese Gesetzgebungskompetenz umfasst die Beitrags- und Leistungsaspekte der gesetzlichen Krankenversicherung. Auf diese Gesetzgebungskompetenz kann der Gesetzgeber daher Regelungen zum Inhalt, zu den Voraussetzungen, den Modalitäten und zum Umfang der versicherungsrechtlichen Leistungen stützen. Zu den Modalitäten der Leistungen gehören insbesondere auch Regelungen zur Qualität der voll- und teilstationären Leistungen.“⁸

⁷ Koalitionsvertrag 2021–2025, S. 86.

⁸ S. 65 f.

Zur Regelungsbefugnis für die Krankenhauspflegesätze (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG) heißt es:

„Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die vorgesehenen Änderungen des KHG, des KHEntgG sowie der BPflV stützt sich auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 19a GG (wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und Regelung der Krankenhauspflegesätze) in Verbindung mit Artikel 72 Absatz 2 GG. Diese Gesetzgebungskompetenz umfasst alle Regelungen, die die Entgelte der Krankenhausleistungen nach Höhe und Struktur beeinflussen, und damit auch Regelungen zur Ergänzung der fallbezogenen Vergütung durch eine Vorhaltevergütung. [...]“⁹

Dieser Begründung ist zunächst insoweit zu folgen, als die Sozialversicherungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) den Bund zur Regelung des Leistungserbringungsrechts und damit grundsätzlich auch zur Statuierung von Qualitätsanforderungen berechtigt. Ebenso deckt die Regelungsbefugnis für die Krankenhauspflegesätze (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG) nicht nur eine Umstellung der Krankenhausvergütung von einer rein leistungs- und mengenorientierten Vergütung auf eine Kombination aus leistungsmengenabhängiger Vergütung und an Leistungsgruppen geknüpfter Vorhaltefinanzierung, sondern auch die Normierung von (auch Steuerungswirkung entfaltenden) Vergütungstatbeständen.

Gleichwohl gibt die Gesetzesbegründung nur die halbe Wahrheit wieder, erwähnt sie doch die Kompetenzproblematik mit keinem Wort. Diese besteht darin, dass die beiden genannten Kompetenztitel keine umfassende Regelungsbefugnis für die genannten Aspekte verleihen, sondern, wie vorstehend ausgeführt, ihre Grenzen im Primat der Länder für die Krankenhausplanung finden. Dass die Krankenhausplanung betroffen ist, ergibt sich ohne Weiteres daraus, dass ein Krankenhaus Leistungen (vergütet) nur noch erbringen kann, wenn ihm die entsprechende Leistungsgruppe zugewiesen ist, was die Erfüllung der Mindeststrukturanforderungen voraussetzt, und wenn die Mindestvorhaltezahlen erreicht sind (mögen auch in beiderlei Hinsicht Ausnahmen möglich sein). Unter diesem Vorbehalt steht die praktische Relevanz jedweder Planungsentscheidung der Länder. Hinzu kommt, dass der Referentenentwurf mit seinen umfassenden Qualitäts- und Strukturvorgaben eine weit reichende, allgemeine Steuerung der Versorgungsstruktur bewirkt.

⁹ S. 66.

b) Gutachten: Kompetenzwidrigkeit des Reformentwurfs der Regierungskommission und Lösungsoptionen

Das Gutachten hat sowohl die Kompetenzwidrigkeit des Reformentwurfs der Regierungskommission (aa) als auch kompetenzkonforme Lösungsoptionen (bb) aufgezeigt.

aa) Kompetenzwidrigkeit des Reformentwurfs der Regierungskommission

Das Gutachten hat den Reformvorschlag der Regierungskommission für nicht mit der grundgesetzlichen Kompetenzordnung für vereinbar erachtet. Maßgeblich waren folgende Erwägungen (siehe zusammenfassend, S. 129 ff.):

1. Der Reformvorschlag der Regierungskommission lässt sich nicht auf Bundesebene gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG umsetzen. Zwar lässt sich ein hinreichender Bezug zur wirtschaftlichen Sicherung hinsichtlich der Kernregelungen grundsätzlich bejahen, wobei dies abschließend nur anhand einer konkreten Regelung beurteilt werden kann und vom Reformgesetzgeber entsprechend darzutun ist; allerdings beschneidet der Reformvorschlag die Planungsbefugnis der Länder in einem Ausmaß, dass keine eigenständigen und umfangmäßig erheblichen Ausgestaltungsspielräume mehr verbleiben.
 - a. Unerheblich ist hierbei zunächst, dass durch den Reformvorschlag nicht unmittelbar Vorgaben für die Krankenhausplanung normiert, sondern Vergütungsregelungen getroffen werden sollen. Denn letzteren kommt erhebliche Planungsrelevanz zu. Hängt die Vergütung der Krankenhäuser, wie vorgesehen, von der bundesrechtlich definierten Berechtigung zur Leistungserbringung qua Levelzuordnung und der Einhaltung von bundesrechtlich definierten Qualitätsanforderungen ab, können die Krankenhäuser – jenseits eines erheblichen faktischen Anpassungsdrucks – den krankenhauplanerisch zugewiesenen Versorgungsauftrag (adäquat vergütet) nur noch nach Maßgabe detaillierter Strukturvorgaben des bundesrechtlichen Vergütungsregimes erfüllen. Die Struktur- und Qualitätsvorgaben des Reformvorschlags tangieren dabei offenkundig planerische Kategorien der Krankenhausplanung in erheblichem Umfang. Unverblümt formuliert der Reformvorschlag: Zur Verteilung des Vorhaltebudgets auf die einzelnen Krankenhäuser „nehmen die Bundesländer eine Einteilung der Kranken-

häuser nach Leveln vor und vergeben Leistungsgruppen und damit Versorgungsaufträge.“¹⁰ Damit ist der Kern der Versorgungsplanung betroffen, nämlich zu bestimmen, wo welche Leistungen vorgehalten werden.

- b. Die übermäßige Beschneidung legislativer Spielräume der Länder zur Rahmensezung für die Krankenhausplanung resultiert daraus, dass der Reformvorschlag zunächst die Bedarfsbestimmung auf eine Leistungsplanung und auf die Zuordnung zu Leveln festlegt. Überdies erfolgt eine detaillierte Definition der Leistungsgruppen und Level. Die angestrebte Vereinheitlichung der Planungsebenen determiniert des Weiteren die Bedarfsbestimmung in räumlicher Hinsicht. Damit werden Grundstrukturen der Krankenhausplanung der Art nach und im Detail determiniert.
- c. Verschärfend wirkt, dass Level und Leistungsgruppen an Mindeststrukturvorgaben gebunden werden sollen. Diese umfassen Qualifikationen, Kompetenzen, Erfahrungen und technische Ausstattung. Dies begrenzt den Raum für entsprechende Landesvorgaben deutlich. Erheblich beschnitten wird auch die Möglichkeit einer Landeszielplanung, da deren Kernelemente nunmehr bundesrechtlich determiniert sind, etwa in Gestalt der Absage an selbstständige Fachkliniken, der forcierten Schwerpunktbildung oder der Beschränkung von Kooperationsmöglichkeiten aufgrund der Standortfixierung.
- d. Die detaillierten Vorgaben des Reformvorschlags bedingen zugleich, dass Gestaltungsmöglichkeiten auf der administrativen Planungsebene beschnitten werden, nimmt doch der Entscheidungsspielraum auf Landesebene mit einer zunehmenden Detailsteuerung auf Bundesebene ab. Im Übrigen illustriert der in großem Umfang prognostizierte Verlust bestehender Versorgungsaufträge mangels hinreichender Vergütung das Ausmaß des Eingriffs in die Landeskrankenhausplanung eindrücklich.
- e. Die skizzierte Steuerung des Versorgungsgeschehens durch das Vergütungsregime widerspricht zugleich dem – ebenfalls kompetentiell fundierten – Primat der Krankenhausplanung gegenüber Entgeltregelungen. Das Vergütungsregime knüpft nämlich nicht an planerisch definierte Strukturen und Anforderungen an, sondern stellt in erheblichem Umfang eigenständige Struktur- bzw. Qualitätsvorgaben auf.

¹⁰ Regierungskommission, Grundlegende Reform der Krankenhausvergütung, S. 23 – Hervorhebung nicht im Original.

- f. Schließlich spiegelt sich die konstatierte erhebliche Planungsrelevanz des Reformvorschlags darin, dass dieser selbst den Anspruch erhebt, nicht lediglich auf eine Vergütungsreform zu zielen, sondern auf eine Strukturreform, was auch sein Kontext erhärtet; so ist im Reformvorschlag etwa von einer „Restrukturierung der Krankenhauslandschaft auf Grundlage der hier vorgelegten Reformvorschläge“ die Rede.¹¹
2. Die Sozialversicherungskompetenz ist wegen der Regelung außerhalb des GKV-Regimes – was auch für das DRG-Vergütungssystem und die krankenhausplanungsbezogene Qualitätssicherung (§ 136c SGB V, § 6 Abs. 1a KHG) gilt – nicht einschlägig. Im Übrigen deckt dieser Kompetenztitel wegen des damit einhergehenden übermäßigen Eingriffs in die Planungshoheit der Länder und mangels Schwerpunkts auf der Regelung der Sozialversicherung keine umfassende Regulierung von Versorgungsstrukturen, wie sie der Reformvorschlag vorsieht (Strukturierung der Krankenhausversorgung nach detailliert definierten Leistungsgruppen und Levels mit entsprechenden Mindeststrukturvorgaben, Zuweisung von Versorgungsaufträgen an Level, weitere Vorgaben für die Versorgungsstruktur, etwa zur Rolle der Fachkrankenhäuser). Dass das Sozialversicherungsrecht bereits jetzt relativ weit reichende versorgungs- und planungsrelevante Anforderungen der Qualitätssicherung formuliert (z.B. Mindestanforderungen für bestimmte Leistungen, § 136 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB V; Mindestmengen, § 136b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB V; Notfallversorgung, § 136c Abs. 4 SGB V), ist kein Gegenargument; vielmehr stellt sich umgekehrt die schwieriger greifbare Frage, wann für sich betrachtet kompetentiell noch rechtfertigungsfähige Einzelregelungen aufgrund ihrer Addition in einen übermäßigen Eingriff in die Planungshoheit der Länder umschlagen.
3. Angesichts des aktuellen Regelungsansatzes ist mit Blick auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG hinzuzufügen, dass sich dieser auf eine Regelung der Sozialversicherung und damit das GKV-Leistungserbringungsrecht im stationären Sektor bezieht, nicht aber auf eine Regelung der stationären Versorgung generell. Insoweit kommen allenfalls Kompetenzen kraft Sachzusammenhangs in Betracht, die aber engen Grenzen unterliegen.

¹¹ Regierungskommission, Grundlegende Reform der Krankenhausvergütung, S. 10.

bb) Reformoption einer Vergütungsregelung unter Verzicht auf planungsrelevante Strukturvorgaben

Abgesehen von einer Analyse der Kompetenzkonformität des Reformvorschlags der Regierungskommission hat das Gutachten verschiedene Möglichkeiten einer kompetenzkonformen Gestaltung der Krankenhausreform aufgezeigt (siehe zusammenfassend, S. 132 ff.). Vorliegend von besonderem Interesse ist die Lösungsmöglichkeit einer Vergütungsregelung unter Verzicht auf planungsrelevante Strukturvorgaben, ggf. flankiert durch Struktur- und Qualitätsvorgaben als Element des Leistungserbringungsrechts. Hierzu heißt es zusammenfassend (S. 132 f.):

Mittels einer *Vergütungsregelung unter Verzicht auf planungsrelevante Strukturvorgaben* lassen sich wichtige Anliegen des Reformvorschlags realisieren, namentlich die Fehlanreize beseitigende und dem Sicherstellungsauftrag dienende Umstellung von einer rein leistungs- und mengenorientierten Vergütung des DRG-Systems auf eine Kombination aus leistungsabhängiger Vergütung und v.a. an Leistungsgruppen geknüpfter Vorhaltefinanzierung. Im Zusammenwirken mit den Ländern ist überdies eine Harmonisierung von Planungs- und Vergütungssystematik hinsichtlich Leistungsgruppen möglich. Es bestehen aber folgende wesentliche Grenzen:

1. Unzulässig ist es, Strukturvorgaben im Gewande von Vergütungsregelungen aufzustellen und damit das Primat der Krankenhausplanung gegenüber Entgeltregelungen zu verletzen. Die Vergütungsregelung muss an den krankenhauplanerischen Versorgungsauftrag anknüpfen, nicht aber eigenständige, die Planungshoheit übermäßig beschneidende Strukturanforderungen an diesen formuliert, etwa in Gestalt von flächendeckenden abrechnungsrelevanten Mindeststrukturvorgaben oder der vergütungsausschließenden Zuordnung bestimmter Leistungsgruppen zu bestimmten Leveln.
2. Struktur- und Qualitätsvorgaben, an die eine Vergütungskompetenz anknüpfen darf, können auch als Element des Leistungserbringungsrechts über die Sozialversicherungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) statuiert werden; auch diese unterliegt, wie aufgezeigt, Grenzen. Kein Schwerpunkt im Leistungserbringungsrecht liegt bei einer allgemeinen Regelung der Krankenhausversorgung vor, mithin wenn von konkreten Leistungen abstrahiert Versorgungsstrukturen reguliert würden, etwa Versorgungsstufen (Level) eingeführt und Qualitätsanforderungen oder die Berechtigung zur Erbringung von Leistungen an diese Level geknüpft würden bzw. die Rolle von Fachkrankenhäusern definiert würde,

mag dies auch durch Qualitätsanliegen motiviert sein. Mit Blick auf leistungsbezogene Qualitätsvorgaben ist vor allem das Verbot einer flächendeckenden Regulierung zu beachten, die krankenhauplanerischen Anliegen der Länder, namentlich eine flächendeckende, erreichbare und ortsnahe Versorgung zu ermöglichen, nicht über Ausnahmetatbestände hinreichend Rechnung trägt.

3. Mit Blick auf den aktuellen Regelungsansatz ist hinsichtlich einer Anknüpfung an die Sozialversicherungskompetenz das soeben Ausgeführte zu bekräftigen, nämlich dass sich Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG auf eine Regelung des GKV-Leistungserbringungsrechts im stationären Sektor bezieht.

c) Bewertung des Referentenentwurfs

Trotz Abschwächungen gegenüber dem Reformvorschlag der Regierungskommission (aa) beschneidet auch der Referentenentwurf die Krankenhausplanungshoheit der Länder in erheblichem Umfang (bb). Dies vermag auch die vorgesehene Zustimmung des Bundesrates zum Verordnungserlass nicht zu relativieren (cc).

aa) Abschwächung gegenüber dem Reformvorschlag der Regierungskommission

Vergleicht man den Referentenentwurf mit dem Reformvorschlag der Regierungskommission, so ist zu konstatieren, dass sich in ersterem einige Eingriffe in die Krankenhausplanung der Länder nicht mehr finden, mitunter, wie noch zu zeigen wird, indes nur auf den ersten Blick.

Der Referentenentwurf

- sieht keine Level und daran angeknüpfte Leistungsgruppen mit Struktur- und Qualitätsvorgaben mehr vor;
- erlaubt die Eröffnung der Möglichkeit einer Abweichung von Qualitätsanforderungen zugunsten der Länder (§ 135e Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB V-E; § 6a Abs. 2 KHG-E);
- erlaubt die Abweichung von Mindestvorhaltezahlen (§ 135f Abs. 4 SGB V-E; § 6a Abs. 2 KHG-E);
- beseitigt den Bestand von Fachkliniken nicht;
- strebt keine Harmonisierung der Planungsebenen und damit eine räumliche Strukturierung des Bedarfs an.

bb) Erheblicher Eingriff in die Planungshoheit der Länder

Gleichwohl beschneidet auch der Referentenentwurf die Krankenhausplanungshoheit der Länder in erheblichem Umfang.

(1) Erhebliche Relativierung der Landeskrankenhausplanung durch umfassende bundesgesetzliche Steuerung des Versorgungsgeschehens

Hängt die Vergütung der Krankenhäuser, wie vorgesehen, von der bundesrechtlich definierten Berechtigung zur Leistungserbringung qua Zuordnung von Leistungsgruppen und der Einhaltung von bundesrechtlich definierten Qualitätsanforderungen einschließlich Mindestvorhaltezahlen ab, können die Krankenhäuser – jenseits eines erheblichen faktischen Anpassungsdrucks – den krankenhauserplanerisch zugewiesenen Versorgungsauftrag (adäquat vergütet) nur noch nach Maßgabe detaillierter Strukturvorgaben des bundesrechtlichen Qualitäts- und Vergütungsregimes erfüllen. Die Struktur- und Qualitätsvorgaben des Referentenentwurfs tangieren dabei offenkundig planerische Kategorien der Krankenhausplanung in erheblichem Umfang. Damit ist der Kern der Versorgungsplanung betroffen, nämlich zu bestimmen, wo welche Leistungen vorgehalten werden.

Die übermäßige Beschneidung legislativer Spielräume der Länder zur Rahmensetzung für die Krankenhausplanung resultiert daraus, dass der Referentenentwurf zunächst die Bedarfsbestimmung auf eine Leistungsplanung festlegt. Überdies erfolgt eine detaillierte Definition der Leistungsgruppen. Damit werden Grundstrukturen der Krankenhausplanung der Art nach und im Detail determiniert.

Verschärfend wirkt, dass die Leistungsgruppen an Mindeststrukturvorgaben gebunden werden sollen. Diese betreffen alle Leistungsgruppen und weisen einen erheblichen Umfang sowie eine erhebliche Tiefe auf, § 135e Abs. 1 Satz 5 SGB V-E nennt die Erbringung verwandter Leistungsgruppen (Nr. 1), die sachliche (Nr. 2) und personelle (Nr. 3) Ausstattung sowie sonstige Struktur- und Prozesskriterien (Nr. 4). Anlage 2 zu § 135e SGB V-E verdeutlicht dabei das Ausmaß der gestellten Anforderungen, und § 135e Abs. 1 Satz 5 SGB V-E gibt als Standard eine qualitativ hochwertige Versorgung vor. Dies begrenzt den Raum für entsprechende Entscheidungen der Landesebene deutlich. Die Begründung zum Gesetzentwurf betont die bezweckte Steuerung des Versorgungsgeschehens: „Die Definition von Leistungsgruppen beinhaltet auch die Festlegung von sachgerechten, bundeseinheitlichen Qualitätskriterien je Leistungsgruppe. Unter anderem soll damit sichergestellt werden, dass Krankenhäuser Leistungen

künftig nur noch erbringen dürfen, soweit sie geeignete Struktur- und Prozessqualitätsmerkmale erfüllen. Das bedeutet, dass ein bestimmtes Maß an technischer Ausstattung, das richtig qualifizierte Personal sowie die erforderlichen Fachdisziplinen zur Vor-, Mit- und Nachbehandlung vorhanden sind.“¹² Und weiter heißt es:

- „Der Gesetzentwurf trägt zur Rechts- und Verwaltungsvereinfachung bei, indem künftig Qualitätsaspekte bereits eine Voraussetzung für die Erteilung eines Versorgungsauftrags sind“.¹³
- „Die vorgesehene Zuordnung von Leistungsgruppen wird einerseits zu einer stärkeren Spezialisierung führen.“¹⁴
- „Nach Satz 1 [des § 135e Abs. 1 SGB V-E] wird sichergestellt, dass Leistungen künftig nur noch dort erbracht werden, wo geeignete Struktur- und Prozessqualitätsmerkmale vorliegen. [...] Die Gliederung des gesamten stationären Behandlungsspektrums in Leistungsgruppen gemäß Satz 2 dient einer sachgerechten, bundeseinheitlichen und transparenten Strukturierung der Versorgung.“¹⁵
- Besonders deutlich liest sich auch die Korrelation von Zielen des KHG und Reform: „Leistungsgruppen bilden das Behandlungsspektrum der Krankenhäuser ab. Für sie gelten nach § 135e SGB V bundeseinheitliche Qualitätskriterien, deren Erfüllung Voraussetzung für die Zuweisung nach Satz 1 ist. Hierdurch soll eine hochwertige Strukturqualität gewährleistet werden. Die Zuweisung der Leistungsgruppen durch die Landesbehörde dient daher der Verwirklichung des in § 1 Absatz 1 genannten Ziels einer qualitativ hochwertigen Versorgung. Zugleich werden durch die Zuweisung der mit einheitlichen und evidenzbasierten Qualitätskriterien hinterlegten Leistungsgruppen auch die in § 1 Absatz 1 genannten Ziele einer patienten- und bedarfsgerechten Versorgung erreicht: Die durch die Einführung der Leistungsgruppen bezweckte Qualitätssicherung erhöht die Behandlungsqualität und dient damit der Sicherheit der Patientinnen und Patienten. Zudem wird durch die Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen Versorgungsstruktur die Deckung des Versorgungsbedarfs der Bevölkerung durch geeignete Krankenhäuser sichergestellt.“¹⁶

¹² S. 63.

¹³ S. 66.

¹⁴ S. 95.

¹⁵ S. 104.

¹⁶ S. 132.

Nichts anderes gilt mit Blick auf die vorgesehenen Mindestvorhaltezahlen.

Der Einfluss dieser Aspekte auf die Krankenhausplanung wird nochmals besonders deutlich, wenn man sich deren Anliegen vergegenwärtigt, wie es etwa im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.4.2018 zum Ausdruck kommt:

„Gemäß § 1 Abs. 1 KHG gehört es zu den Zielen der gesetzlichen Regelung, eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten. Die Länder sind daher gemäß § 6 KHG verpflichtet, einen Krankenhausplan aufzustellen, in dem der landesweite Versorgungsbedarf in räumlicher, fachlicher und struktureller Gliederung beschrieben wird (Bedarfsanalyse), in dem des Weiteren die zur Bedarfsdeckung geeigneten Krankenhäuser verzeichnet werden (Krankenhausanalyse) und in dem schließlich festgelegt wird, mit welchen dieser Krankenhäuser der beschriebene Bedarf gedeckt werden soll (Versorgungsentscheidung; [...]). Die Bedarfsanalyse umfasst die Beschreibung des gegenwärtig zu versorgenden Bedarfs sowie eine vorausschauende Beurteilung (Prognose) des zu erwartenden künftigen Versorgungsbedarfs [...].“¹⁷

Bereits auf der Ebene der Bedarfsanalyse erfolgt eine Beschneidung der Planungshoheit, zwingt die Festlegung auf Leistungsgruppen doch faktisch zu einem planerischen Nachvollzug in Gestalt einer Festlegung auf die Leistungs(gruppen)planung statt einer vielfach praktizierten Planung nach Fachabteilungen oder einer Rahmenplanung. Denn eine abweichende und damit doppelte Kategorienbildung hat gravierende Nachteile, etwa mit Blick auf den Vollzugsaufwand für Staat und Betroffene oder auf die rechtsstaatliche Normenklarheit. Diesen Zusammenhang stellt im Übrigen auch die Begründung zum Gesetzentwurf ausdrücklich her, heißt es dort doch, dass die Leistungsgruppen „als Instrument einer leistungsdifferenzierten und qualitätsorientierten Krankenhausplanung dienen“ können.¹⁸ Ebenfalls ihre Bedeutung verlöre die Versorgungsentscheidung, entscheidet die Krankenhausplanung wegen des eigenständigen, von ihr abgekoppelten Vergütungsregimes doch nicht darüber, ob das Plankrankenhaus den ihm zugewiesenen Versorgungsauftrag (vergütet) erfüllen darf. Dies kann sich auch als für die Versorgung problematisch erweisen, da Versorgungslücken entstehen, wenn ein Plankrankenhaus einen ihm zugewiesenen Versorgungsauftrag nicht erfüllen darf/kann; besonders dysfunktional erweist sich dies, wenn der Versorgungsauftrag auf einer Auswahlentscheidung beruht, da dann das nicht in den Plan aufgenommene, aber u.U. die Qualitätskriterien des Vergütungsregimes

¹⁷ BVerwG, Urt. v. 26.4.2018, 3 C 11/16, juris, Rn. 24; ferner BVerwGE 132, 64 (67, Rn. 17); E 139, 309 (312, Rn. 13).

¹⁸ S. 63.

erfüllende Krankenhaus über keine Versorgungsberechtigung gemäß § 108 Nr. 2 SGB V verfügt. Schlösse man diese Lücke über eine Berücksichtigung der Qualitätskriterien im Rahmen der Krankenhausplanung oder einen Abschluss von Versorgungsverträgen gemäß § 108 Nr. 3, § 109 SGB V, würde die Bedeutung der Landeskrankenhausplanung weiter beeinträchtigt.

Die detaillierten Vorgaben des Reformvorschlags bedingen zugleich, dass Gestaltungsmöglichkeiten auf der administrativen Planungsebene beschnitten werden, nimmt doch der Entscheidungsspielraum auf Landesebene mit einer zunehmenden Detailsteuerung auf Bundesebene ab.

Die skizzierte Steuerung des Versorgungsgeschehens durch das Vergütungsregime widerspricht zugleich dem – ebenfalls kompetentiell fundierten – Primat der Krankenhausplanung gegenüber Entgeltregelungen. Das Vergütungsregime knüpft nämlich nicht an planerisch definierte Strukturen und Anforderungen an, sondern stellt in erheblichem Umfang eigenständige Struktur- bzw. Qualitätsvorgaben auf.

(2) Fortwirkung des Level-Gedankens

Dass der Referentenentwurf auf eine Einteilung der Krankenhäuser in Level und die damit korrespondierende Berechtigung zur Leistungserbringung qua Levelzugehörigkeit verzichtet, bedeutet nicht, dass der Levelgedanke nicht mehr präsent wäre. So lässt sich über das Qualitätskriterium, die Erbringung bestimmter Leistungsgruppen an die Erbringung weiterer Leistungsgruppen zu knüpfen (§ 135e Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 SGB V-E), eine mit Leveln vergleichbare Wirkung erreichen, da die Leistungsberechtigung an das – typischerweise (nur) in Krankenhäusern eines bestimmten „Level“ gegebene – Vorhandensein bestimmter Fachgebiete geknüpft werden kann.

Der Levelgedanke spiegelt sich des Weiteren in der Möglichkeit einer Zuweisung von Koordinierungs- und Vernetzungsaufgaben an Krankenhäuser der durch das Krankenhaustransparenzgesetz vom 22.3.2024 (BGBl. I, Nr. 105) eingeführten Versorgungsstufe „Level 3U“ und subsidiär der Versorgungsstufe „Level 3“ (§ 6a Abs. 5 KHG-E), wobei dieser Status vor allem vergütungsrelevant durch die Berechtigung zur Erhebung eines Zuschlags ist (§ 5 Abs. 3i KHEntgG-E). Die nur subsidiäre Zulässigkeit einer Zuweisung der Koordinierungs- und Vernetzungsaufgaben an andere Level 3-Krankenhäuser als Hochschulklinika (es darf in dem jeweiligen Land kein Krankenhaus der Versorgungsstufe 3U zugeordnet sein) enthält eine weitere Beschränkung der landesautonomen Entscheidung über die Versorgungsstruktur. Ebenfalls neu geschaffen und ausgestaltet wird der Typ der „sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtung“ (§ 115g SGB V-E; § 6b KHG-E).

Schließlich darf nicht übersehen werden, dass jenseits des Referentenentwurfs, aber gleichwohl im Kontext der Krankenhausreform mit dem Krankenhaustransparenzgesetz eine Kategorisierung der Krankenhauslandschaft in Level (Versorgungsstufen) erfolgt ist (siehe § 135d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Abs. 4 SGB V), um auf dieser Basis Transparenz hinsichtlich des Leistungsgeschehens herzustellen. Dabei wird Transparenz als Steuerungsressource, nämlich als Instrument der Qualitätssicherung und der Steuerung der Patientenströme eingesetzt. Dies kommt in der Begründung zum Krankenhaustransparenzgesetz deutlich zum Ausdruck (siehe BT-Drs. 20/8408, S. 1). Spezifisch zu Leveln heißt es:

Es „wird zu jedem Krankenhausstandort zum Zweck der Aufklärung und Information der Öffentlichkeit die jeweilige Versorgungsstufe (Level) nach Absatz 4 angegeben. Damit soll Patientinnen und Patienten eine niedrigschwellige Einschätzung dazu ermöglicht werden, wie das Leistungsspektrum an dem betreffenden Krankenhausstandort grundsätzlich einzuordnen ist, das heißt, ob eher komplexe Eingriffe oder eine Grund- und Regelversorgung erbracht werden. Damit sollen eine nutzerfreundliche Suche nach einem geeigneten Krankenhaus für bestimmte medizinische Leistungen und Vergleiche zu den an den jeweiligen Krankenhausstandorten erbrachten Fallzahlen ermöglicht werden.“¹⁹

Damit wird ein Regime der Einteilung von Krankenhäusern nach Versorgungsstufen geschaffen, das mit der entsprechenden krankenhauplanerischen Kategorisierung durch die Länder (Versorgungsstufen) konkurriert. Widersprüche sind zu erwarten, da die krankenhauplanerische Entscheidung in den Ländern, die Versorgung in einer bestimmten Weise zu strukturieren bzw. diese nicht weiter zu strukturieren, nicht berücksichtigt wird. Besonders deutlich wird der konkurrierende Ansatz daran, dass sich die bundesrechtlichen Kategorien gegenüber einer abweichenden Zuordnung auf Landesebene in Ausübung der Landesplanungskompetenz durchsetzen. Diesem Regime lässt sich angesichts der skizzierten Zielsetzung eine für das Vorliegen eines Eingriffs in die Planungshoheit relevante Steuerungsintention und -wirkung nicht absprechen. Dies ergibt sich zwangsläufig daraus, dass Transparenz eingeführt wird, um einerseits einen (auch für grundrechtliche Rechtfertigung entscheidenden) Beitrag zur Qualitätssicherung zu leisten, jedenfalls wenn es sich um einen relevanten Beitrag handeln soll, und andererseits die Patientenströme zu steuern. Dass auch staatliches Informationshandeln ein Steuerungsinstrument darstellt und damit Eingriffscharakter aufweisen kann, ist in der Rechtsprechung des

¹⁹ BT-Drs. 20/8408, S. 20.

Bundesverfassungsgerichts anerkannt.²⁰ Vor diesem Hintergrund trifft die Beschneidung der Planungshoheit durch den hier untersuchten Referentenentwurf auf eine „Vorbelastung“ durch die skizzierten Regelungen des Krankenhaustransparenzgesetzes. Hinzu kommt, dass diese Kategorisierung im Übrigen auch im vorliegenden Kontext des Referentenentwurfs Relevanz erlangt, da dieser den Leveln 3U und 3 Bedeutung für die Zuweisung von Koordinierungs- und Vernetzungsaufgaben an Krankenhäuser beimisst (§ 6a Abs. 5 KHG-E).²¹

(3) Weitere Eingriffe in die Versorgungsstruktur: Fachkliniken, Kooperationen, Anreize zur Leistungsverlagerung

Enthält der Referentenentwurf, anders als der Kommissionsvorschlag, auch keine explizite Absage an selbstständige Fachkliniken, so ist doch zu bedenken, dass der Raum für diese Versorgungsform mittels Qualitätsvorgaben (zumal wenn diese dem Status als Fachklinik nicht angemessen Rechnung tragen) gesteuert werden kann, etwa durch das Erfordernis der Vorhaltung bestimmter weiterer Leistungsgruppen. Dasselbe gilt für die Möglichkeit von Kooperationen, umfasst die Befugnis zur Normierung von Qualitätskriterien doch auch den Erlass von „Regelungen zur Zulässigkeit der Einhaltung der Qualitätskriterien in Kooperationen und Verbänden“ (§ 135e Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SGB V-E). Einen Anreiz zur Leistungskonzentration entfaltet auch die Regelung zum Erhalt der Vorhaltevergütung bei Leistungsverlagerung, wenn ein Krankenhaus Mindestvorhaltezahlen nicht erreicht (§ 135f Abs. 1 Satz 5 ff. SGB V-E). Damit wird auch durch den Referentenentwurf die Möglichkeit einer Landeszielplanung beschnitten, da Kernelemente nunmehr bundesrechtlich determiniert werden können, etwa mit Blick auf die Rolle von Fachkliniken, die Schwerpunktbildung oder die Beschränkung von Kooperationsmöglichkeiten.

(4) Relevanz der Abweichungsmöglichkeit

Anzuerkennen ist, dass die Möglichkeit einer Abweichung von Qualitätsanforderungen i.S.d. § 135e SGB V-E besteht. Diese den Landeskrankenhausplanungsbehörden zustehende (und im Benehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen auszuübende) Abweichungsbefugnis ermöglicht die Zuteilung von Versorgungsaufträgen, auch wenn die Qualitätsanforderungen nicht erfüllt sind, und dient damit dem Schutz der Planungshoheit. Die

²⁰ Siehe nur BVerfGE 148, 40. Näher dazu *F. Wollenschläger*, JZ 2018, S. 980.

²¹ Siehe ferner für sektorenübergreifende Versorgungseinrichtung die Begründung zum Gesetzentwurf, S. 95: „Bei sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen handelt es sich um Krankenhäuser, die im Sinne des § 135d Absatz 4 Satz 4 zum Zweck der Veröffentlichung im Transparenzverzeichnis der Versorgungsstufe Level 1i zugeordnet werden.“

Abweichungsbefugnis erweist sich indes als begrenzt: Zunächst kann die Abweichungsbefugnis durch Bundesrechtsverordnung ausgeschlossen werden, zwar nur mit Zustimmung des Bundesrates, damit aber auch gegen den Willen einzelner Länder (§ 135e Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB V-E; § 6a Abs. 2 Satz 1 und 2 KHG-E); Zweifel bestehen überdies, ob die im Wortlaut zum Ausdruck kommende, dem Schutz der Planungshoheit dienende und insoweit auch gebotene landesautonome Abweichungsmöglichkeit (d.h. ohne Gestattung durch die RVO gemäß § 135e Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB V-E) der Intention des Gesetzgebers entspricht, da die Gesetzesbegründung für das (über ein Abweichungsverbot hinausgehendes) Erfordernis einer positiven Freigabe sprechen könnte.²² Die Normierung einer entsprechenden Ausnahmemöglichkeit ist überdies materiell begrenzt, nämlich auf die Notwendigkeit einer Abweichung „in Einzelfällen zur Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung“ qua nicht angemessener Erreichbarkeit einer Versorgungsalternative (hierbei findet sich der Bezug auf eine Abweichungsmöglichkeit lediglich in Einzelfällen nur in § 135e Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB V-E, nicht aber in § 6a Abs. 2 Satz 1 KHG-E). Dabei kommt grundsätzlich nur eine auf maximal drei Jahre befristete Ausnahme in Betracht (§ 6a Abs. 2 Satz 4 KHG-E; zur dauerhaften Ausnahmemöglichkeit Satz 5). Ebenfalls einer Abweichung aus identischen materiellen Gründen zugänglich sind die Mindestvorhaltezahlen (§ 135f Abs. 4 SGB V-E i.V.m. § 6a Abs. 2 Satz 2 und 3 KHG-E).

Die Abweichungsbefugnis ändert schließlich nichts daran, dass der Referentenentwurf mit seinem Bezug auf die gesamte stationäre Versorgung, seiner detaillierten Definition von Leistungsgruppen, seinen detaillierten und flächendeckenden, auf eine qualitativ hochwertige Versorgung zielenden Mindeststrukturvorgaben einschließlich Mindestvorhaltezahlen, seiner teilweisen Kategorisierung von Einrichtungen in Level sowie seiner Relevanz für die Rolle von Fachkliniken, für die Schwerpunktbildung und für Kooperationen schwerpunktmäßig Versorgungsstrukturen regelt.

²² Während § 135e Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB V-E Festlegungen hinsichtlich abweichungsoffener und abweichungsfester Leistungsgruppen vorsieht, erklärt § 6a Abs. 2 Satz 1 KHG-E nur einen Abweichungsausschluss für relevant. Hierbei könnte es sich um ein Redaktionsversehen handeln, wenn es in der Entwurfsbegründung (S. 134 f.) heißt: „Abweichungen von den geltenden Qualitätskriterien bei der Zuweisung der Leistungsgruppen sollen in eng begrenzten Ausnahmefällen nur dann möglich sein, wenn dies zur Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung zwingend erforderlich ist und wenn eine Abweichung von den Qualitätskriterien für die Leistungsgruppe nicht nach der Rechtsverordnung aufgrund § 135e Absatz 2 SGB V ausgeschlossen ist. In dieser Rechtsverordnung wird festgelegt, für welche Leistungsgruppen im Einzelfall zur Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung von den Qualitätskriterien abgewichen werden kann und für welche Leistungsgruppen dies ausgeschlossen ist.“

cc) Irrelevanz einer Bundesratszustimmung für Kompetenzfrage

Eine Zustimmung des Bundesrates vermag einen Kompetenzmangel nicht zu heilen. Dass eine solche für den Verordnungserlass vorgesehen ist, minimiert auch nicht den Eingriff in die Planungshoheit der Länder. Denn eine Zustimmung des Bundesrates kann schon deshalb keine Landes(planungs)spielräume in kompetenzrelevanter Weise sichern, da die Zustimmung im Bundesrat durch Mehrheitsentscheidung erfolgt, wohingegen Gesetzgebungskompetenzen jedem Land individuell zustehen.

d) *Fazit*

Trotz der skizzierten Abschwächungen im Vergleich zum Reformentwurf der Regierungskommission greift der Referentenentwurf erheblich in die Planungshoheit der Länder ein. Der Referentenentwurf normiert Qualitäts- und Strukturvorgaben in erheblicher Breite und Tiefe. Er kategorisiert die gesamte stationäre Versorgung in Leistungsgruppen und versieht diese flächendeckend mit Qualitäts- und Strukturanforderungen einschließlich Mindestvorhaltezahlen. Mithin erschöpft sich der Referentenentwurf nicht in punktuellen Vorgaben gerade für komplexe Leistungen. Trotz der Beschränkung auf „Mindestvorgaben“ betreffen die Qualitätskriterien ein breites Spektrum an Anforderungen und gehen auch in die Tiefe; überdies gibt § 135e Abs. 1 Satz 5 SGB V-E – in gewissem Spannungsverhältnis zur Bezeichnung „Mindestvorgaben“ eine qualitativ hochwertige Versorgung als Standard vor. Auch lebt der Level-Gedanke fort und werden weitere strukturelevante Bereiche erfasst, so Kooperationen, die Rolle von Fachkliniken oder die Schwerpunktbildung. Damit bewirkt der Referentenentwurf eine weitreichende, allgemeine Steuerung der Versorgungsstruktur. Indem die Qualitäts- und Strukturvorgaben als Voraussetzung für die Krankenhausvergütung (im Übrigen auch jenseits der GKV) fungieren, steht überdies die Erfüllbarkeit des krankenhauserplanerisch zugewiesenen Versorgungsauftrags unter dem Vorbehalt der Einhaltung der bundesrechtlichen Vorgaben; insofern verliert die Krankenhausplanung ihre Bedeutung als zentrales Instrument zur Steuerung des Versorgungsgeschehens, das auch verfassungsrechtlich fundierte Primat der Krankenhausplanung sieht sich in sein Gegenteil verkehrt. Das Anliegen, die Versorgungsstruktur zu steuern, fasst auch die Begründung zum Referentenentwurf an verschiedener Stelle in deutliche Worte.

Weiter verschärft würde der Eingriff in die Planungshoheit, wenn – wie durch den Referentenentwurf ermöglicht – mittels Qualitätskriterien faktisch Level eingeführt würden oder ein Aus-

schluss von Fachkliniken mittels des Status als Fachklinik nicht angemessen Rechnung tragender Qualitätsanforderungen erfolgte, insbesondere durch Erfordernisse der Vorhaltung weiterer Leistungsgruppen.

Vor diesem Hintergrund lässt sich als Fazit der kurzgutachterlichen Ersteinschätzung festhalten, dass der Referentenentwurf erheblich in die Krankenhausplanungshoheit der Länder eingreift und daher durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwänden begegnet. Ob diese durch Abweichungsmöglichkeiten zu Gunsten der Länder ausgeräumt werden können, erscheint wegen des skizzierten Ausmaßes des Eingriffs in die Planungshoheit der Länder schon im Grundsatz fraglich. Unabhängig davon wirkt die Abweichungsbefugnis angesichts ihrer konkreten Ausgestaltung jedenfalls nur bedingt kompensatorisch, da die Möglichkeit einer Abweichung durch eine Bundesrechtsverordnung auch gegen den Willen einzelner Länder zumindest versperrt werden kann, materiell durch Erreichbarkeitsvorgaben qualifiziert ist (die flexiblen Lösungen entgegenstehen, nicht auf Fachkrankenhäuser zugeschnitten sind und Kooperationsmöglichkeiten ausblenden) und einer grundsätzlichen Befristung unterliegt.

V. Weitere verfassungsrechtliche Aspekte

1. Grundrechtliche Grenzen der Normierung von Mindestvorhaltezahlen (§ 135f SGB V-E)

§ 135f Abs. 1 Satz 1 SGB V-E sieht eine vor, dass für (alle) Leistungsgruppen „jeweils eine Mindestzahl an vom Krankenhausstandort erbrachten Behandlungsfällen (Mindestvorhaltezahlen)“ gilt. Die Erfüllung der Mindestvorhaltezahlen ist Voraussetzung für den Erhalt der Vorhaltevergütung (§ 135f Abs. 1 Satz 3 SGB V-E; § 6b und § 8 Abs. 4 KHEntgG-E).

Derartige Mindestmengenvorgaben sind, wie im Gutachten herausgearbeitet (S. 106 ff.), an der verfassungsrechtlich geschützten Organisationshoheit der Krankenhausträger und dem Anspruch auf gleiche Plan- bzw. Vergütungsteilhabe zu messen und damit rechtfertigungsbedürftig. Die undifferenzierte Statuierung von Mindestvorhaltezahlen für alle Leistungsgruppen kollidiert mit grundrechtlichen Anforderungen, wie sie das Bundessozialgericht in seinem Urteil vom 12. September 2012 herausgearbeitet hat.²³ In diesem Urteil heißt es u.a.:

²³ BSG, NZS 2013, S. 224 (225 ff.).

„Nicht zweifelhaft ist zunächst, dass der Gesetzgeber die Beteiligung an der GKV-Versorgung im Rahmen des Verhältnismäßigen an besondere Anforderungen zur Sicherung von Qualität und Wirtschaftlichkeit knüpfen darf. [...]

Demgemäß begegnen Versorgungsbeschränkungen infolge der Mindestmengenregelung – wenn sie nicht den gesamten Kernbereich eines Fachgebiets betreffen und deshalb an den strengeren Anforderungen der subjektiven Berufswahlregelung zu messen sind – ebenfalls keinen Bedenken, sofern sie entsprechend der mit der Regelung verfolgten Zielsetzung rechtlich erhebliche Qualitätsvorteile erwarten lassen und diese Vorteile durch weniger belastende Vorgaben der Qualitätssicherung nicht ebenso erreichbar erscheinen. [...]

Mit diesem Ansatz muss die Mindestmengenregelung im Gefüge der weiteren Vorschriften zur Qualitätssicherung schon verfassungsrechtlich auf Ausnahmelagen beschränkt bleiben, bei denen die Einflussnahme über die Leistungsmenge Versorgungsvorteile verspricht, die über weniger belastende andere Instrumente der Qualitätssicherung mutmaßlich nicht zu gewinnen sind. Zwar wirkt die Regelung nicht auf die Freiheit der Berufswahl zurück, solange nicht weite Teile der stationären Versorgung von ihr komplett erfasst werden. Auch ist von Verfassungs wegen nichts dagegen zu erinnern, dass das Fallpauschalensystem wirtschaftlich zur Spezialisierung anreizt und daher nicht jede Leistung in jeder Einrichtung in gleicher Weise auskömmlich erbracht werden kann (vgl. zu solchen Entwicklungen als mögliche Folge der Umstellung auf das Fallpauschalensystem BT-Drucks 14/6893 S. 28); Anspruch auf Finanzierung unwirtschaftlicher Leistungsstrukturen aus den Mitteln der GKV besteht nicht (vgl. zu den verfassungsrechtlichen Maßstäben für vergütungsrechtliche Vorschriften BVerfGE 101, 331, 349ff, 351). Jenseits dieser verfassungsrechtlich unbedenklichen Anreize für eine verstärkte Konzentration des Leistungsgeschehens greift eine nur in Grenzen selbst beeinflussbare Mindestmenvorgabe aber intensiver in die Berufsfreiheit eines Krankenhauses ein als qualitative Anforderungen an die Leistungserbringung, über deren Erfüllung jedenfalls rechtlich jeder Träger autonom selbst entscheiden kann. Solange das angestrebte Qualitätsniveau bei vertretbarem wirtschaftlichen Aufwand durch sonstige Vorgaben der Qualitätssicherung ebenso erreichbar erscheint wie über eine Mindestmengenbestimmung, ist verfassungsrechtlich der Steuerung über das mildere Mittel der verhaltensabhängigen Qualitätsanforderung der Vorzug zu geben. Raum für Mindestmengengrenzen bleibt deshalb jedenfalls aus Gründen der Qualitätssicherung nach

Maßgabe von Art. 12 Abs. 1 GG nur, soweit sie Qualitätsvorteile zu gewährleisten versprechen, die mit vertretbarem Aufwand anderweitig nicht erreichbar erscheinen.“²⁴

2. Anspruch auf Zuweisung einer Leistungsgruppe

Wenn § 6a Abs. 1 Satz 4 KHG-E bestimmt, dass kein Anspruch auf Zuweisung einer Leistungsgruppe besteht, so ist dies missverständlich. Nachdem die Zuweisung einer Leistungsgruppe – ähnlich wie die Aufnahme in den Krankenhausplan – essentiell für die Möglichkeit der Erbringung von Krankenhausleistungen ist, besteht zumindest ein Anspruch auf gleichheitskonforme Berücksichtigung.²⁵ Erfüllt ein Krankenhaus mithin die Voraussetzungen für die Zuweisung einer Leistungsgruppe, ist ihm die Leistungsgruppe (so kein Bewerberüberhang besteht) zuzuweisen; in Konkurrenzsituationen besteht ein Anspruch auf Bestenauslese.

3. Verstoß gegen den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung

Unabhängig von der Kompetenzthematik begründet der Referentenentwurf einen – auch vor dem Hintergrund der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung relevanten – Systembruch in der dualen Krankenhausfinanzierung. Nach § 4 KHG gilt:

„Die Krankenhäuser werden dadurch wirtschaftlich gesichert, daß

1. ihre Investitionskosten im Wege öffentlicher Förderung übernommen werden und sie
2. leistungsgerechte Erlöse aus den Pflegesätzen, die nach Maßgabe dieses Gesetzes auch Investitionskosten enthalten können, sowie Vergütungen für vor- und nachstationäre Behandlung und für ambulantes Operieren erhalten.“

Infolge der Reform sind erste und zweite Säule der Krankenhausfinanzierung nicht mehr synchronisiert, mithin sind Krankenhäuser in die Investitionskostenförderung einbezogen (und einzubeziehen), obgleich ihnen kein oder nur noch ein auf Teile ihres Leistungsspektrums reduzierter Vergütungsanspruch zukommt. Die Limitationen für die Krankenhausvergütung finden

²⁴ BSG, NZS 2013, S. 224 (226).

²⁵ Näher zum Anspruch auf (gleiche) Planteilhabe *F. Wollenschläger*, VSSAR 2020, S. 87 (89, 105 ff.).

nämlich keine Entsprechung bei der Investitionskostenförderung, die nach wie vor ausschließlich an die Planaufnahme anknüpft. Der nach dem Referentenentwurf unverändert fort geltende § 8 Abs. 1 Satz 1 KHG bestimmt insoweit:

„Die Krankenhäuser haben nach Maßgabe dieses Gesetzes Anspruch auf Förderung, soweit und solange sie in den Krankenhausplan eines Landes und bei Investitionen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 in das Investitionsprogramm aufgenommen sind.“

Vermeiden ließe sich dies nur, wenn die Investitionskostenförderung oder die Krankenhausplanung an die vom Bund vorgegebenen Vergütungsregelungen angepasst würden, was aber einen weiteren Eingriff in die Krankenhausplanung bedeuten würde und im Übrigen nochmals die hohe Planungsrelevanz des Referentenentwurfs unterstreicht.

4. Merkposten: Vorhaltevergütung

Die Ausgestaltung der Vorhaltevergütung bedarf einer separaten Prüfung, insbesondere hinsichtlich der Verfassungskonformität der Verteilungsparameter (Anspruch der Krankenhäuser auf gleichheitskonforme Teilhabe an der Vergütung, Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG – dazu Gutachten, S. 97 ff.) und der Auswirkung auf die Planungshoheit der Länder. Es ist festzuhalten, dass auch die Ausgestaltung der Vorhaltevergütung die Planungshoheit der Länder nicht unangemessen beschneiden darf; auch insoweit gelten das Primat der Krankenhausplanung gegenüber Entgeltregelungen und das Verbot struktureller Vergütungsvorgaben (siehe Gutachten, S. 20 ff. – allgemeine Anforderungen, S. 56 ff. – zum Status Quo und S. 76 ff. – DRG-Regime).

VI. Regelungstechnischer Anpassungsbedarf

1. Flächendeckende Erreichbarkeit bei Ausnahmeregelung?

Nicht explizit geregelt ist, wie die flächendeckende Erreichbarkeit im Kontext der Ausnahmemöglichkeit von Qualitätskriterien und Mindestvorhaltezahlen zu bestimmen ist. Hierzu führt die Entwurfsbegründung aus: „Zur Beurteilung der flächendeckenden Erreichbarkeit kommt es neben den PKW-Fahrtzeitminuten auch auf die Anzahl der Einwohnerinnen und Einwohner an, die im Fall einer unterbleibenden Zuweisung der Leistungsgruppe von längeren Fahrtzeiten betroffen wären. Die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde kann sich zur Ermittlung dieses Bevölkerungsbezugs insbesondere an der Regelung des G-BA für die Vereinbarung von Sicherstellungszuschlägen gemäß § 136c Absatz 3 in der Fassung vom 24. November 2016, veröffentlicht im Bundesanzeiger Banz AT 21.12.2016 B3, zuletzt geändert am 1.

Oktober 2020, veröffentlicht im Bundesanzeiger Banz AT 08.12.2020 B3, orientieren.“²⁶ Im Interesse der Rechtssicherheit empfiehlt sich eine Konkretisierung des Normtextes.

2. Landesautonome Abweichungsbefugnis

Mit Blick auf die Zweifel, ob die im Wortlaut des § 6a Abs. 2 KHG-E zum Ausdruck kommende, dem Schutz der Planungshoheit dienende und insoweit auch gebotene landesautonome Abweichungsmöglichkeit (d.h. ohne Gestattung durch die Rechtsverordnung gemäß § 135e Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB V-E) der Intention des Gesetzgebers entspricht, da die Gesetzesbegründung für das Erfordernis einer positiven Freigabe sprechen könnte,²⁷ ist eine entsprechende Klarstellung angezeigt, dass die Länder unabhängig von einer Freigabe durch die Rechtsverordnung abweichen dürfen, die Rechtsverordnung eine Abweichung vielmehr nur ausschließen kann. Eine weitere Wortlautdivergenz zwischen § 135e Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB V-E und § 6a Abs. 2 Satz 1 KHG-E besteht darin, dass sich nur in der zuerst genannten Norm das Tatbestandsmerkmal einer Abweichungsbefugnis (nur) „in Einzelfällen“ findet; die striktere Variante würde den Spielraum der Länder weiter beschränken.

3. Abweichungsmöglichkeit mit Blick auf Kooperationen

Nicht (explizit) geregelt ist, ob eine Abweichung auch von den Anforderungen an Kooperationen möglich ist, was ebenfalls eine Option zur Sicherstellung eines flächendeckenden Versorgungsangebots ist.

4. Beteiligungsverfahren beim Erlass der Rechtsverordnung

Der Beratung von Initiativen zur Fortentwicklung der Qualitätskriterien seitens der Länder ist eine Beteiligung Dritter vorgeschaltet, ohne dass – anders als für den im selben Absatz geregelten Erlass der Geschäftsordnung – Entscheidungsfristen o.ä. vorgesehen sind (§ 135e Abs. 3 SGB V-E).

²⁶ S. 112; ferner S. 135.

²⁷ Während § 135e Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SGB V-E Festlegungen hinsichtlich abweichungsoffener und abweichungsfester Leistungsgruppen vorsieht, erklärt § 6a Abs. 2 Satz 1 KHG-E nur einen Abweichungsausschluss für relevant. Hierbei könnte es sich um ein Redaktionsversehen handeln, wenn es in der Entwurfsbegründung (S. 134 f.) heißt: „Abweichungen von den geltenden Qualitätskriterien bei der Zuweisung der Leistungsgruppen sollen in eng begrenzten Ausnahmefällen nur dann möglich sein, wenn dies zur Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung zwingend erforderlich ist und wenn eine Abweichung von den Qualitätskriterien für die Leistungsgruppe nicht nach der Rechtsverordnung aufgrund § 135e Absatz 2 SGB V ausgeschlossen ist. In dieser Rechtsverordnung wird festgelegt, für welche Leistungsgruppen im Einzelfall zur Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung von den Qualitätskriterien abgewichen werden kann und für welche Leistungsgruppen dies ausgeschlossen ist.“

VII. Erfordernis einer Zustimmung des Bundesrats

Das Grundgesetz unterscheidet mit Blick auf die Beteiligung des Bundesrates zwischen Einspruchs- und Zustimmungsgesetzen (vgl. Art. 77 f. GG). Ein Zustimmungsgesetz liegt nicht bereits dann vor, wenn ein Bundesgesetz Interessen der Länder berührt; erforderlich ist vielmehr, dass das Grundgesetz (ausnahmsweise²⁸) ein Zustimmungserfordernis normiert.

Abgesehen von materienbezogenen Tatbeständen (siehe etwa Art. 74 Abs. 2 GG) kam vor Inkrafttreten der Föderalismusreform I zum 1.9.2006 in Bundesgesetzen enthaltenen Regelungen des (Landes-)Verwaltungsverfahrens und der (Landes-)Verwaltungsorganisation (Art. 84 Abs. 1 GG a.F.) eine besondere Bedeutung als Auslöser für eine Zustimmungspflicht zu; seitdem bedarf es einer Bundesratszustimmung insoweit nur dann, wenn der Bundesgesetzgeber Regelungen des Verwaltungsverfahrens als abweichungsfest gestalten will (Art. 84 Abs. 1 Satz 5 f. GG n.F.). Dies liegt hier nicht vor.

Bedeutung erlangen könnte jedoch der Zustimmungstatbestand für Bundesgesetze, die Pflichten der Länder zur Erbringung von Geldleistungen gegenüber Dritten begründen, die die Länder (mit-)finanzieren müssen. In seiner am 1.1.1970 in Kraft getretenen Ursprungsfassung (nämlich i.d.F. des Finanzreformgesetzes vom 12.5.1969, BGBl. I, S. 359) sah die Regelung in Art. 104a Abs. 3 GG vor:

„Bundesgesetze, die Geldleistungen gewähren und von den Ländern ausgeführt werden, können bestimmen, daß die Geldleistungen ganz oder zum Teil vom Bund getragen werden. Bestimmt das Gesetz, daß der Bund die Hälfte der Ausgaben oder mehr trägt, wird es im Auftrage des Bundes durchgeführt. Bestimmt das Gesetz, daß die Länder ein Viertel der Ausgaben oder mehr tragen, so bedarf es der Zustimmung des Bundesrates.“

Im Zuge der am 1.9.2006 in Kraft getretenen Föderalismusreform I wurde die Bestimmung neu gefasst (nämlich durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.8.2006, BGBl. I, S. 2034) und findet sich nunmehr in Art. 104a Abs. 4 GG. Diese Norm bestimmt:

„Bundesgesetze, die Pflichten der Länder zur Erbringung von Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten begründen und von den Ländern als eigene Angelegenheit oder nach Absatz 3 Satz 2 im Auftrag des Bundes ausgeführt werden, bedürfen der Zustimmung des Bundesrates, wenn daraus entstehende Ausgaben von den Ländern zu tragen sind.“

²⁸ Zum Ausnahmecharakter von Zustimmungstatbeständen BVerfGE 37, 363 (383); E 126, 77 (106).

Prämisse der Einschlägigkeit dieser Bestimmung(en) ist, dass sich die Regelungen der Investitionskostenförderung als Geldleistungsgesetz i.S.d. Art. 104a Abs. 3 GG a.F. bzw. Abs. 4 GG n.F. darstellen (1.). Dann könnte, selbst wenn der Referentenentwurf keine zustimmungspflichtigen Regelungen enthielte, eine Zustimmungspflicht nach den für die Änderung zustimmungspflichtiger Bundesgesetze geltenden Grundsätzen in Betracht kommen, nämlich wenn der Referentenentwurf zustimmungspflichtigen Regelungen eine andere Bedeutung oder Tragweite verleiht (2.). Die Regelungen zum Transformationsfonds begründen keine Zahlungspflichten der Länder, sie verdeutlichen aber das gewaltige finanzielle Investitionsvolumen, das der Bund mit der avisierten Reform zwingend verknüpft sieht (3.).

1. Prämisse: Investitionskostenförderung als Geldleistungsgesetz i.S.d. Art. 104a Abs. 4 GG (Abs. 3 a.F.)

Prämisse der Einschlägigkeit des Zustimmungstatbestands ist, dass ein Geldleistungsgesetz i.S.d. Art. 104a Abs. 4 GG (Abs. 3 a.F.) vorliegt. Daher seien zunächst die verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein zustimmungspflichtiges Geldleistungsgesetz reflektiert (a) und sodann ein Blick auf Eckpunkte der Entwicklung des KHG geworfen (b).

a) Verfassungsrechtliche Anforderungen an ein zustimmungspflichtiges Geldleistungsgesetz i.S.d. Art. 104a Abs. 3 a.F. bzw. Abs. 4 GG

Eine Klärung der Anforderungen an ein zustimmungspflichtiges Geldleistungsgesetz i.S.d. Art. 104a Abs. 3 a.F. bzw. Abs. 4 GG ist, soweit ersichtlich, in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bislang nicht erfolgt; die Auslegung des Tatbestands ist auch im Schrifttum umstritten.

Unter den Begriff Geldleistungen fallen nach der herkömmlichen Definition „einmalige oder laufende Zuwendungen aus öffentlichen Mitteln an Dritte, die nicht von einer Gegenleistung abhängig sind“.²⁹ Als überkommene Anwendungsfälle gelten das Wohngeldgesetz, das Bundesausbildungsförderungsgesetz, das Sparprämienengesetz, das Wohnungsbau-Prämienengesetz, das Bundeserziehungsgeldgesetz oder das Opferentschädigungsgesetz.³⁰

²⁹ Siehe nur *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2018, Bd. 3, Art. 104a, Rn. 26. Ähnlich für Art. 104a Abs. 3 GG a.F. bei *H. Siekmann*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 104a, Rn. 24: „Geldleistungen sind einmalige oder laufende Zuwendungen aus öffentlichen Mitteln an Dritte, die nicht Gegenleistung für empfangene Leistung sind.“

³⁰ Siehe *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 1. Aufl. 2000, Bd. 3, Art. 104a, Rn. 24; *H. Siekmann*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 104a, Rn. 33.

Das Erfordernis eines fehlenden Gegenleistungscharakters wird aus dem (in der aktuellen Fassung indes nur noch in Art. 104a Abs. 3 GG verwendeten) Tatbestandsmerkmal „gewähren“ abgeleitet, das eine freiwillige Leistung impliziert.³¹ Ein die Anwendbarkeit des Art. 104a Abs. 4 GG (Abs. 3 a.F.) ausschließender Gegenleistungscharakter ließe sich vorliegend damit begründen, dass die Investitionskostenförderung (zusammen mit den Erlösen aus den Pflegesätzen) der wirtschaftlichen Sicherung des Krankenhausbetriebs dient (§ 4 KHG). Es erscheint jedoch fraglich, die Finanzierung der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe durch Dritte – hier die wirtschaftliche Sicherung der stationären Versorgung – als Gegenleistung zu betrachten, zumal es – anders als bei den Pflegesätzen – an einem konkreten Leistungs-/Gegenleistungsverhältnis fehlt,³² mithin an einer „Gegenleistun[g] für empfangene Leistungen“³³. Betont man das Anliegen der Zustimmungspflicht, eine Mitentscheidung der Länder beim Erlass von Bundesgesetzen sicherzustellen, die Dritten Geldleistungen gewähren und dadurch Kostenfolgen für die Landeshaushalte zeitigen,³⁴ spricht auch dies für ein Verständnis der Investitionskostenförderung als Geldleistung i.S.d. Art. 104a Abs. 4 GG (Abs. 3 a.F.). Hinzu kommt, dass die duale Finanzierung bundesgesetzlich vorgegeben ist.

Weiter könnte der Gestaltungsspielraum der Länder hinsichtlich der Investitionskostenförderung gegen das Vorliegen eines Geldleistungsgesetzes i.S.d. Art. 104a Abs. 4 GG (Abs. 3 a.F.) angeführt werden. So heißt es in der Begründung zur Änderung des Art. 104a Abs. 4 GG im Kontext der Föderalismusreform I: „Geldleistungen sind dadurch gekennzeichnet, dass den Ländern im Verwaltungsvollzug kein Ermessensspielraum hinsichtlich der Höhe der zu verausgabenden Mittel zukommt.“³⁵ Diese Einschränkung erscheint indes schon mit Blick auf den Wortlaut des Art. 104a GG fraglich, der an die Pflicht zur Erbringung von Geldleistungen anknüpft. Eine solche besteht unabhängig von der Frage, ob ein Ermessensspielraum hinsichtlich der Höhe der Geldleistung besteht; entscheidend ist vielmehr das „Ob“ der Leistungsverpflich-

³¹ *H. Siekmann*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 104a, Rn. 24.

³² Siehe zur Einbeziehung von Subventionen *H. Siekmann*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 104a, Rn. 29 m.w.N. (ebenso in der 3. Aufl. 2003, Rn. 26). Vgl. aber gegen einen Subventionscharakter die Begründung zum Gesetz zur Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, BT-Drs. 10/2095, S. 20: „Satz 3 verdeutlicht die Konsequenzen, die sich aus dem dualen Finanzierungssystem des KHG für die öffentliche Förderung der Investitionskosten ergeben. Die Fördermittel stellen keine Subventionierung der Krankenhäuser dar; sie sind ein notwendiger Ausgleich für die durch das KHG den geförderten Krankenhäusern abgeschnittene Möglichkeit, Investitionskosten über die Pflegesätze zu finanzieren.“

³³ So die Formel bei *H. Siekmann*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 104a, Rn. 24.

³⁴ Vgl. BT-Drs. 16/813, S. 18.

³⁵ BT-Drs. 16/813, S. 18. Bekräftigt von *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2018, Bd. 3, Art. 104a, Rn. 33. Vgl. auch, ebenfalls das Ermessen betonend BVerfGE 159, 355 (402, Rn. 101; 403, Rn. 103).

tung. Dies korrespondiert auch mit dem in der Begründung betonten Regelungsanliegen: „Anknüpfungspunkt der Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen sind die Interessen der Länder maßgeblich berührende Kostenfolgen von Bundesgesetzen für die Länderhaushalte.“³⁶ Derartige Kostenfolgen entstehen, wenn eine Leistungspflicht zulasten der Länder statuiert wird, unabhängig von der Frage ihrer Höhe. Damit kann es auch nicht auf ein Ermessen hinsichtlich der Leistungshöhe ankommen. Dementsprechend erachtet auch das Schrifttum Spielräume hinsichtlich der Ausgestaltung für unschädlich:

„Die bundesgesetzliche Regelung muss also zur Leistungsgewährung führen, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und eventuelle Spielräume auf Ebene der Verwaltung [...] die gesetzgeberische Grundentscheidung für eine Leistungsgewährung nicht grundsätzlich in Frage stellen, sondern nur für den Einzelfall konkretisieren“.³⁷

Ähnlich heißt es in einer Kommentierung zur Vorgängernorm des Art. 104a Abs. 3 GG a.F.:

„Es reicht eine gesetzlich vorgesehene Ermessensentscheidung, solange die Auszahlung vorgeschrieben ist und den Ländern ein Leistungsprogramm mit klaren Merkmalen vorgegeben ist, die Verwaltung also nicht nach freiem Ermessen entscheiden kann.“³⁸

In diesem Fall wird trotz der landesrechtlichen Umsetzung eine Pflicht zur Gewährung von Geldleistungen durch Bundesgesetz begründet.³⁹ Die aufgezeigten Grundsätze gelten auch, wenn weitere Zwischenschritte auf Landesebene (etwa ein Verordnungserlass) vorgezeichnet sind.⁴⁰

Mit Blick auf die Ursprungsfassung sei überdies hervorgehoben, dass der Regierungsentwurf zum Finanzreformgesetz noch auf „Bundesgesetze über die Gewährung von Geldleistungen,

³⁶ BT-Drs. 16/813, S. 18.

³⁷ *H. Tappe*, in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 104a GG, Rn. 268 – ferner Rn. 270, 287 (Stand: 184. AL Mai 2017). Siehe auch *J. Hellermann*, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, Art. 104a, Rn. 87, 101.

³⁸ *J. Hellermann*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 104a, Rn. 83.

³⁹ *H. Tappe*, in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 104a GG, Rn. 268 (Stand: 184. AL Mai 2017).

⁴⁰ *M. Heintzen*, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 3, 4./5. Aufl. 2003, Art. 104a GG, Rn. 43; *J. Hellermann*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 104a, Rn. 84.

deren Empfänger, Voraussetzungen und Höhe eindeutig festgelegt sind“, abstellte,⁴¹ eine Einschränkung, auf die die Grundgesetz gewordene Fassung des Art. 104a Abs. 3 GG (a.F.) verzichtete.⁴²

Die Formulierung der Ursprungsfassung des Art. 104a Abs. 3 Satz 3 GG könnte vom Wortlaut (und ihrer Systematik) her nahelegen, dass die Zustimmungspflicht nur greift, wenn das Gesetz eine explizite Regelung zur Kostentragung durch die Länder enthält („Bestimmt das Gesetz, daß die Länder ein Viertel der Ausgaben oder mehr tragen, so bedarf es der Zustimmung des Bundesrates“), und wurde auch teils so verstanden.⁴³ Andere Stimmen im Schrifttum erachten ein Verständnis der Norm für möglich, wonach das Vorliegen eines von den Ländern auszuführenden Geldleistungsgesetzes mit entsprechender Kostentragung von mindestens einem Viertel für die Zustimmungspflicht ausreicht,⁴⁴ wofür auch der Schutz der Landeshaushalte streitet⁴⁵. Vorliegend wäre im Übrigen zu berücksichtigen, dass im Kontext der Ursprungsfassung des KHG und seiner Reform durch das Gesetz zur Neuordnung der Krankenhausfinanzierung ein Bundesanteil bestimmt war, aus dem sich gleichzeitig die Festlegung eines Länderanteils ergibt. In der aktuell geltenden Fassung des Art. 104a GG sind die Tatbestände nunmehr deutlich getrennt, so dass eine Kostenlast der Länder für die Zustimmungspflicht – unabhängig von der Festlegung eines Bundesanteils – genügt.

Die umfassende verfassungsrechtliche Fundierung von Leistungsansprüchen (dem Grunde nach) und die erfolgte gesetzgeberische Konkretisierung spricht dagegen, das tatbestandlich normierte „Gewähren“ einer Geldleistung daran zu knüpfen, dass der Gesetzgeber „verfassungsrechtlich frei“ hinsichtlich der Leistungsgewährung war.⁴⁶ Mit Blick auf die aktuelle Fas-

⁴¹ Siehe Art. 87e GG-E i.d.F. des Entwurfs eines Finanzreformgesetzes, BT-Drs. V/2861, S. 5.

⁴² Siehe dazu auch den Bericht des Rechtsausschusses, zu BT-Drs. V/3605, S. 6. Zur damit einhergehenden Intention einer weiten Fassung des Tatbestands *M. Heintzen*, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 3, 4./5. Aufl. 2003, Art. 104a GG, Rn. 44; *J. Hellermann*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 104a, Rn. 83. Vgl. auch *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 1. Aufl. 2000, Bd. 3, Art. 104a, Rn. 23.

⁴³ *J. Hellermann*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 104a, Rn. 96 m.w.N.; *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, 1. Aufl. 2000, Bd. 3, Art. 104a, Rn. 29.

⁴⁴ *M. Heintzen*, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 3, 4./5. Aufl. 2003, Art. 104a GG, Rn. 49; H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz, 7. Aufl. 2004, Art. 104a, Rn. 7; *H. Siekmann*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 104a, Rn. 31.

⁴⁵ Siehe zu diesem Schutzzweck *M. Heintzen*, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 3, 4./5. Aufl. 2003, Art. 104a GG, Rn. 37, 49.

⁴⁶ *H. Tappe*, in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 104a GG, Rn. 267 (Stand: 184. AL Mai 2017), m.w.N. auch zur Gegenauffassung. A.A. *M. Heintzen*, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 3, 4./5. Aufl. 2003, Art. 104a GG, Rn. 44.

sung ist – neben einer Trennung der Absätze 3 und 4 – zu berücksichtigen, dass die entscheidende Begründung von Geldleistungspflichten seitens der Länder auf einer bundesgesetzlichen Regelung beruht, die verfassungsrechtlich nicht zwingend war.

Umstritten war auch, ob es genügt, feste Beträge festzulegen, oder eine Quotelung im Gesetz enthalten sein muss;⁴⁷ für Art. 104a Abs. 4 GG spielt dies indes keine Rolle mehr.

Angesichts der Berechtigung auch anderer als staatlicher/kommunaler Rechtsträger handelt es sich auch um keinen nicht von Art. 104a Abs. 4 GG (Abs. 3 a.F.) erfassten rein innerstaatlichen Finanztransfer.⁴⁸

Ginge man von einem Exklusivitätsverhältnis von Geldleistungsgesetzen i.S.d. Art. 104a Abs. 3 GG a.F. und Finanzhilfen gemäß Art. 104a Abs. 4 GG a.F. aus,⁴⁹ wäre dies unschädlich, da die Finanzhilfen mit dem Gesetz zur Neuordnung der Krankenhausfinanzierung vom 20.12.1984 eingestellt wurden.

Nach den soeben skizzierten Grundsätzen kommt eine Qualifikation des KHG mit Blick auf die dort geregelte Pflicht der Länder zur Investitionskostenfinanzierung in Betracht.

b) Eckpunkt der Entwicklung des KHG

Der Bundesrat hat der Ursprungsfassung des Gesetzes zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze vom 29.6.1972 (BGBl. I, S. 1009) zugestimmt. Aus der Gesetzesbegründung (BT-Drs. VI/1874) ergibt sich der für einschlägig erachtete Zustimmungstatbestand nicht unmittelbar. Nachdem das Gesetz Finanzhilfen des Bundes i.S.d. Art. 104a Abs. 4 GG a.F. regelte (§§ 21 ff. KHG a.F.),⁵⁰ stand auch insoweit ein Zustimmungstatbestand im Raum; die seinerzeit geltende Grundgesetznorm lautete:

„Der Bund kann den Ländern Finanzhilfen für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) gewähren, die zur Abwehr einer Störung

⁴⁷ So (Quotelung erforderlich) m.w.N. *M. Heintzen*, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 3, 4./5. Aufl. 2003, Art. 104a GG, Rn. 47 (siehe aber auch Rn. 49); *J. Hellermann*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 104a, Rn. 88; H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz, 7. Aufl. 2004, Art. 104a, Rn. 7. A.A. *H. Siekmann*, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 104a, Rn. 32.

⁴⁸ Siehe dazu *J. Hellermann*, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, Art. 104a, Rn. 85; *ders.*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 104a, Rn. 79.

⁴⁹ Vgl. dazu auch *M. Heintzen*, in: I. von Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 3, 4./5. Aufl. 2003, Art. 104a GG, Rn. 66.

⁵⁰ Siehe auch Vorblatt, BT-Drs. VI/1874: „Der Entwurf geht davon aus, daß die Finanzierung der Bereitstellung von Krankenhäusern eine öffentliche Aufgabe ist. Die Investitionskosten sollen deshalb mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, während durch teilkostendeckende Pflegesätze die Benutzungskosten gedeckt werden sollen. Zu den Aufwendungen der Länder soll der Bund für einen Teil der geförderten Investitionen Finanzhilfen nach Artikel 104a Abs. 4 des Grundgesetzes gewähren.“

des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts oder zum Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet oder zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums erforderlich sind. Das Nähere, insbesondere die Arten der zu fördernden Investitionen, wird durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, oder auf Grund des Bundeshaushaltsgesetzes durch Verwaltungsvereinbarung geregelt.“

Die Finanzhilfen des Bundes wurden mit dem – wiederum mit Zustimmung des Bundesrates verabschiedeten – Gesetz zur Neuordnung der Krankenhausfinanzierung vom 20.12.1984 (BGBl. I, S. 1716) eingestellt. Aus der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 10/2095) ergibt sich der für einschlägig erachtete Zustimmungstatbestand nicht unmittelbar. Dieses Gesetz verfolgte ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 10/2095, S. 1) drei Ziele:

- „1. Auflösung der Mischfinanzierung zwischen Bund und Ländern im Krankenhausbereich und Ausweitung der Gestaltungsmöglichkeiten der Länder bei der Krankenhausplanung und der öffentlichen Förderung von Krankenhäusern.
2. Bereitstellung ausreichender Finanzmittel zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit der Krankenhäuser und zur Herstellung wirtschaftlicherer Betriebsstrukturen.
3. Stärkere Einbindung der Ausgaben der gesetzlichen Krankenversicherung für Krankenhauspflege in die Politik der Kostendämpfung im Gesundheitswesen.“

Maßnahmen zur Erreichung dieser Ziele waren u.a. (BT-Drs. 10/2095, S. 1 f.; siehe auch S. 17 f.):

- „1. Übergang der Zuständigkeiten für die Investitionsförderung der Krankenhäuser auf die Länder,
2. Wegfall der bisherigen Finanzhilfen des Bundes an die Länder für die öffentliche Förderung von Krankenhäusern bei entsprechender Erhöhung der Bundesanteile an anderen Geldleistungsgesetzen,
3. Einschränkung der bundesgesetzlichen Vorgaben für die Krankenhausplanung und Investitionsförderung [...]“.

Diese Passage ist in hiesigem Zusammenhang von besonderem Interesse, da Nr. 2 von einer „Erhöhung der Bundesanteile an anderen Geldleistungsgesetzen“ spricht, was dafür spricht, dass der Bundesgesetzgeber das KHG als Geldleistungsgesetz angesehen hat.

Zu den Kosten heißt es sodann (BT-Drs. 10/2095, S. 2):

„Die Länder erhalten nach einer zwischen Bund und Ländern getroffenen Vereinbarung als Ausgleich für den Wegfall der Finanzhilfen des Bundes einen Betrag von jährlich 972 Mio. DM, der den gegenwärtigen Ansätzen in der Finanzplanung des Bundes für die Finanzhilfen nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz entspricht.“

Spätere Änderungen des KHG sind ohne Zustimmung des Bundesrates erfolgt, namentlich durch das Gesetz zum ordnungspolitischen Rahmen der Krankenhausfinanzierung ab dem Jahr 2009 (Krankenhausfinanzierungsreformgesetz – KHRG) vom 17.3.2009 (BGBl. I, S. 534) oder das Gesetz für ein Zukunftsprogramm Krankenhäuser (Krankenhauszukunftsgesetz – KHZG) vom 23.10.2020 (BGBl. I, S. 2208).

2. Zustimmungspflicht

Der Referentenentwurf normiert weder unmittelbar neue Geldleistungspflichten noch enthält er normtextlichen Änderungen bestehender Geldleistungspflichten. Gleichwohl könnte eine Zustimmungspflicht nach den für die Änderung zustimmungspflichtiger Bundesgesetze geltenden Grundsätzen in Betracht kommen (a). Darüber hinaus ist auch eine unabhängig von diesen Grundsätzen greifende Zustimmungspflicht qua Auslösung einer Geldleistungspflicht denkbar (b).

a) Zustimmungspflicht bei Änderung zustimmungspflichtiger Bundesgesetze

Dass ein zustimmungspflichtiges Gesetz geändert wird, begründet für sich genommen noch keine Zustimmungspflicht hinsichtlich des Änderungsgesetzes.⁵¹ Entscheidend ist vielmehr, ob das Änderungsgesetz selbst zustimmungspflichtige Regelungen enthält.⁵² Ist dies nicht der Fall, besteht eine Zustimmungspflicht dann, wenn die ursprünglich zustimmungspflichtigen Regelungen aufgrund der als solcher nicht zustimmungspflichtigen Regelung im Änderungsgesetz „in Inhalt und Umfang grundlegend verändert“ werden,⁵³ sie mithin „einen neuen Inhalt und eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite“ erhalten⁵⁴ bzw. eine „Systemverschiebung“ zu konstatieren ist⁵⁵.

⁵¹ BVerfGE 37, 363 (381 ff.); E 48, 127 (178).

⁵² BVerfGE 37, 363 (383).

⁵³ BVerfGE 48, 127 (184).

⁵⁴ BVerfGE 48, 127 (184); ebenso BVerfGE 37, 363 (383); E 126, 77 (105); E 159, 355 (400, Rn. 96).

⁵⁵ BVerfGE 126, 77 (103 f.).

Auch wenn der Referentenentwurf keine (neuen) Pflichten der Länder zur Erbringung von Geldleistungen gegenüber Dritten (unmittelbar) normiert, besteht eine Zustimmungspflicht, wenn die (als solche) nicht zustimmungspflichtigen Regelungen des Referentenentwurfs existenten Geldleistungstatbeständen i.S.d. Art. 104a Abs. 4 GG eine „wesentlich andere Bedeutung und Tragweite“ verleihen würden.⁵⁶ Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss Notbremse II vom 19.11.2021 für relevant (wenn auch in casu nicht für entscheidungserheblich) erachtet, ob die zustimmungspflichtige Entschädigungsregelung des § 56 Abs. 1a Nr. 1 IfSG bei Verdienstausschluss aufgrund notwendiger Kinderbetreuung durch das (als solches nicht zustimmungspflichtige) Verbot von Präsenzunterricht nach § 28b Abs. 3 Satz 2 und 3 IfSG (a.F.) „[e]ine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite erhielt“.⁵⁷

Nach diesen Grundsätzen erweisen sich zwei Gesichtspunkte als für eine Zustimmungspflicht relevant, nämlich der mit dem Referentenentwurf bewirkte Systemwechsel (aa) und die Begründung von Geldleistungspflichten der Länder (bb).

aa) Systemwechsel

Ein wesentlicher Eckpfeiler des seinerzeit geschaffenen dualen Finanzierungssystems und damit Grundlage der Bundesratszustimmung war der Krankenhausplan, mit dem die Länder das Versorgungsgeschehen im Allgemeinen und den Zugang zur Investitionskostenförderung im Besonderen (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 KHG) steuern konnten. Besonders deutlich wird dies im Kontext des Gesetzes zur Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, dessen Regelungen und Begründung den Zusammenhang von Finanzierung und Gestaltung verdeutlichen, wird doch eines der Ziele definiert als „Auflösung der Mischfinanzierung zwischen Bund und Ländern im Krankenhausbereich und Ausweitung der Gestaltungsmöglichkeiten der Länder bei der Krankenhausplanung und der öffentlichen Förderung von Krankenhäusern.“⁵⁸

Der Referentenentwurf bewirkt insoweit einen Systemwechsel, da, wie vorstehend ausführlich dargelegt, zum einen der Krankenhausplan seine Steuerungswirkung eingebüßt hat, nachdem der Versorgungsauftrag nur noch nach Maßgabe der umfassenden Qualitäts- und Strukturvorgaben des Leistungserbringungs- und Entgeltrechts erfüllt werden kann; zum anderen sieht sich auch die Investitionskostenförderung als solche grundlegend infrage gestellt, da die beiden Säulen

⁵⁶ Siehe BVerfGE 159, 355 (400, Rn. 96).

⁵⁷ BVerfGE 159, 355 (400, Rn. 96).

⁵⁸ Begründung zum Gesetz zur Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, BT-Drs. 10/2095, S. 1.

len infolge der Reform ohne Angleichung der Investitionskostenförderung an die bundesrechtlichen Qualitäts- und Strukturvorgaben auseinanderlaufen, die Länder mithin Krankenhäuser fördern müssen, die keine Entgelte am Markt erzielen können. Dieser Systemwechsel verlangt nach einer Aktualisierung der Bundesratszustimmung zum überkommenen System. Dementsprechend erachtet auch das Schrifttum den früheren Zustimmungstatbestand des Art. 104a Abs. 3 Satz 3 GG a.F. nicht nur dann für einschlägig, wenn die Leistungen erhöht werden, sondern auch dann, „wenn die vorgesehenen Geldleistungen neu geregelt werden, da dadurch eine Belastung der Länder mit materiell anderen Leistungen begründet wird.“⁵⁹ Dieser Gedanke trägt im Übrigen eine unmittelbar auf Art. 104a Abs. 4 GG gestützte Zustimmungspflicht, ohne dass es auf die Grundsätze für die Änderung zustimmungspflichtiger Bundesgesetze ankäme. Vor allem, wenn wie im vorliegenden Fall, massive Zahlungsverpflichtungen der Länder kausal durch ein Bundesgesetz ausgelöst und durch die Krankenhausfinanzierungsgesetze der Länder realisiert werden, ist das Schutzbedürfnis der Länder an einer effektiven Mitgestaltung des Gesetzgebungsverfahrens über den Bundesrat als besonders hoch zu erachten.

bb) (Mittelbare) Begründung von Geldleistungspflichten

Obleich der Referentenentwurf keine neuen Geldleistungstatbestände zulasten der Länder (unmittelbar) normiert, zieht die Reform Geldleistungspflichten im Rahmen bestehender Fördertatbestände nach sich und verleiht diesen eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite.

Die mit dem Referentenentwurf gezielt beabsichtigten, umfangreichen Leistungsverlagerungen führen gerade auch bei den Krankenhäusern, die bislang von anderen Kliniken erbrachte Leistungen übernehmen müssen, zu erheblichen zusätzlichen Investitionsnotwendigkeiten. Diese Leistungsverlagerungen folgen zwingend aus den neuen Qualitäts- und Strukturvorgaben des Referentenentwurfs, vor allem durch die Einführung der Leistungsgruppen und Mindestvorhaltezahlen. Größere Krankenhäuser werden zur Aufnahme neuer Patientinnen und Patienten, die in typischerweise kleineren Krankenhäusern künftig nicht mehr versorgt werden dürfen, erhebliche bauliche Investitionen tätigen müssen. Auch die Errichtung von sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen wird vielfältige bauliche Maßnahmen nach sich ziehen und damit hohe Investitionskosten auslösen. Ebenfalls von den Fördertatbeständen umfasst sind mit baulichen Erweiterungen einhergehende Anschaffungen von Geräten für zusätzliche OP-Kapazitäten (sog. Erstausrüstung mit den für den Krankenhausbetrieb erforderlichen Anlagegütern).

⁵⁹ *J. Hellermann*, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 104a, Rn. 98.

Nach den Bestimmungen des (bei Annahme eines Geldleistungsgesetzes zustimmungspflichtigen) Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG) sind die Länder zur Finanzierung dieser Investitionen an den von Leistungsmehrungen betroffenen Krankenhäusern verpflichtet. Der Referentenentwurf führt somit dazu, dass die Tragweite der KHG-Regelungen zur Investitionsfinanzierung erheblich geändert wird. So sind etwa notwendigerweise Investitionshilfen an diejenigen Träger, die infolge des Wegfalls von Leistungsgruppen bei anderen Krankenhäusern zwingend neue Patienten aufnehmen müssen und dazu aber ohne bauliche Investitionen gar nicht in der Lage sind, zu leisten. Insoweit besteht auch kein Ermessensspielraum der Länder. Wenn die Schließung von Krankenhäusern oder Stationen die Übernahme von Patienten durch größere Krankenhäuser verlangt, dann müssen die Länder hierfür die notwendigen Investitionen bereitstellen. Dass den Ländern ein Konkretisierungsspielraum zukommt, mithin Ermessen hinsichtlich des „Wie“ der Förderung besteht, ist unschädlich.⁶⁰ Abgesehen davon wird (ungeachtet des grundsätzlichen Nichtbestehens eines Anspruchs auf Aufnahme in das Investitionsprogramm eines Landes, § 8 Abs. 2 Satz 1 KHG) das Ermessen der Förderbehörde nicht nur bzgl. des „Ob“, sondern auch bzgl. des „Wie“ einer Förderung weitestgehend reduziert, wenn der durch strukturelle Veränderungen infolge der Krankenhausreform bedingte Zuwachs an Patient(inn)en in quantitativer oder qualitativer Hinsicht investive Maßnahmen an der betroffenen Klinik unumgänglich macht.

Die Änderungen erreichen auch die für eine Zustimmungspflicht erforderliche Schwelle, dass existenten Geldleistungstatbeständen eine wesentlich andere Bedeutung und Tragweite verliehen wird. Mit Blick auf Änderungen im Aufgabenbestand hat das Bundesverfassungsgericht zwar festgehalten, dass eine Zustimmungspflicht nicht bereits dann ausgelöst wird, wenn „eine Gesetzesänderung nur zu einer quantitativen Erhöhung der Aufgabenlast führt.“⁶¹ Allerdings ist hinsichtlich Geldleistungspflichten mit Blick auf den aktuellen Zustimmungstatbestand des Art. 104a Abs. 4 GG schon in grundsätzlicher Hinsicht zu beachten, dass „nunmehr eine Zustimmungsbedürftigkeit für alle von den Ländern als eigene Angelegenheit auszuführenden Geldleistungsgesetze des Bundes unabhängig vom Umfang, in dem die Ausgaben von den Ländern zu tragen sind“, besteht.⁶² Dies spricht für eine tendenziell niedrige Schwelle. Unabhängig davon folgt die grundlegend andere Bedeutung und Tragweite der existenten Geldleistungstat-

⁶⁰ Siehe *H. Tappe*, in: *W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 104a GG, Rn. 270, 287 (Stand: 184. AL Mai 2017).

⁶¹ BVerfGE 126, 77 (105).

⁶² BVerfGE 159, 355 (402, Rn. 102).

bestände daraus, dass der Referentenentwurf auf eine grundlegende Reform der Krankenhausversorgung zielt, die zu einer erheblichen Änderung der Krankenhausstruktur führt, die ihrerseits nur mit erheblichen Fördermitteln zu bewältigen ist. Für die Bewältigung einer derartigen Reform sind die aktuellen Fördertatbestände indes nicht geschaffen. Dies illustriert im Übrigen auch die Schaffung des Transformationsfonds, der von einem Fördervolumen von 50 Mrd. Euro verteilt auf zehn Jahre zur Bewältigung des Strukturwandels ausgeht. Dabei erfassen zahlreiche Fördertatbestände des in § 12b KHG-E geregelten Investitionsfonds schon heute förderpflichtige Maßnahmen, so § 12b Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 (Konzentration), Nr. 2 (Umstrukturierung), Nr. 4 (Zentrenbildung) und Nr. 5 (Verbundbildung) KHG-E. Dies unterstreicht den Zusammenhang von Krankenhausreform und Investitionskostenförderung, mag § 12b KHG-E auch selbst keine Zahlungspflichten der Länder begründen.

b) Zustimmungspflicht qua Auslösung einer Geldleistungspflicht

Erachtet man mit dem Bundesverfassungsgericht den Zweck der Zustimmungspflicht für maßgeblich, um den (unmittelbaren) Anwendungsbereich des Zustimmungstatbestands zu bestimmen,⁶³ erscheint eine Heranziehung der Grundsätze für eine Zustimmungspflicht bei Änderung zustimmungspflichtiger Bundesgesetze entbehrlich. Mit Blick auf den Zweck des Zustimmungserfordernisses gemäß Art. 104a Abs. 4 GG, eine Mitentscheidung der Länder bei Geldleistungsgesetzen mit Kostenfolgen für die Landeshaushalte sicherzustellen,⁶⁴ spricht viel dafür, dass die Zustimmungspflicht bereits dann ausgelöst wird, wenn Normen verabschiedet werden, die, wie hier, entsprechende Geldleistungspflichten der Länder über die Ansprüche nach dem KHG begründen. Hierbei ist auch zu beachten, dass Art. 104a Abs. 4 GG – anders als die Vorgängernorm – keine tatbestandliche Schwelle für eine Mindestbelastung der Länderhaushalte mehr aufweist. Insbesondere verdeutlichen die Regelungen zum Transformationsfonds, dass der Bundesgesetzgeber von einem hohen Investitionsbedarf zur Bewältigung der Reform ausgeht, der auch im Rahmen bestehender Ansprüche nach dem KHG relevant ist (siehe § 12b Abs. 1 Satz 4 Nr. 1, 2, 4 und 5 KHG-E).

3. Transformationsfonds (§ 12b KHG-E)

Der neu geschaffene Transformationsfonds sieht Fördertatbestände vor (§ 12b KHG-E), aus dessen Mitteln u.a. gefördert werden können (siehe § 12b Abs. 1 Satz 4 KHG-E):

⁶³ BVerfGE 126, 77 (103 ff.).

⁶⁴ Siehe BT-Drs. 16/813, S. 18.

- „1. Vorhaben zur standortübergreifenden Konzentration akutstationärer Versorgungskapazitäten, wenn diese zur Erfüllung der Qualitätskriterien nach § 135e des Fünften Buches Sozialgesetzbuch oder zur Erfüllung der Mindestvorhaltezahlen nach § 135f des Fünften Buches Sozialgesetzbuch erforderlich ist,
2. Vorhaben zur Umstrukturierung eines Krankenhauses, nachdem dieses nach § 6b als sektorenübergreifende Versorgungseinrichtung bestimmt wurde,
3. Vorhaben zur Bildung telemedizinischer Netzwerkstrukturen, auch soweit Hochschulkliniken an diesen Vorhaben beteiligt sind,
4. wettbewerbsrechtlich zulässige Vorhaben zur Bildung von Zentren zur Behandlung von seltenen, komplexen oder schwerwiegenden Erkrankungen an Hochschulkliniken, soweit Hochschulkliniken und nicht universitäre Krankenhäuser an diesen Vorhaben gemeinsam beteiligt sind,
5. wettbewerbsrechtlich zulässige Vorhaben zur Bildung von Krankenhausverbänden, Vorhaben zur Bildung integrierter Notfallstrukturen und
6. Vorhaben zur Schließung eines Krankenhauses oder von Teilen eines Krankenhauses.“

Indes begründet § 12b KHG-E keine Zahlungspflicht der Länder, da ihnen die Beteiligung am Transformationsfonds freigestellt ist und die Förderung tatbestandlich eine Ko-Finanzierung der Länder voraussetzt (§ 12b Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 und 4 KHG-E). Damit scheidet eine Zustimmungspflicht gemäß Art. 104a Abs. 4 GG aus. Gleichwohl verdeutlicht die Einrichtung des Transformationsfonds das gewaltige finanzielle Investitionsvolumen, das nach Auffassung des Bundes durch die avisierte Krankenhausreform ausgelöst wird. Die erhebliche Umgestaltung der bisherigen Krankenhausfinanzierung wird durch dieses Investitionsvolumen verdeutlicht. Hinzu kommt, dass sich zahlreiche der in § 12b KHG-E geregelten Tatbestände mit bestehenden Tatbeständen des KHG überschneiden.

4. Fazit

So man mit guten Gründen die Regelungen der Investitionskostenförderung als Geldleistungsgesetz i.S.d. Art. 104a Abs. 3 GG a.F. bzw. Abs. 4 GG n.F. qualifiziert, kommt eine Zustimmungspflicht für den KHVVG-E nach den für die Änderung zustimmungspflichtiger Bundesgesetze geltenden Grundsätzen bzw. unmittelbar nach Art. 104a Abs. 4 GG in Betracht. Die Interpretation des Art. 104a Abs. 3 GG a.F. bzw. Abs. 4 GG n.F. ist bundesverfassungsgericht-

lich noch nicht konturiert und auch im Schrifttum umstritten. Eine Verabschiedung des Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetzes ohne Zustimmung des Bundesrates birgt – unbeschadet der Kompetenzfrage – jedenfalls das Risiko einer formellen Verfassungswidrigkeit.

VIII. Zusammenfassung in Thesen

Hintergrund

1. Der Referentenentwurf sieht eine Abkehr von der rein leistungs- und mengenorientierten Vergütung des DRG-Systems zugunsten einer Kombination aus leistungs- mengenabhängiger Vergütung und an Leistungsgruppen geknüpfter Vorhaltefinanzierung vor. In dieser Reform des Vergütungssystems erschöpft sich der Referentenentwurf indes nicht. Vielmehr werden Leistungsgruppen bundeseinheitlich definiert und bundeseinheitlich Mindeststrukturanforderungen einschließlich Mindestvorhaltezahlen für die Erbringung von Leistungen formuliert, die grundsätzlich erfüllt sein müssen, damit Krankenhäuser eine (Vorhalte-)Vergütung erhalten. Des Weiteren führt der Referentenentwurf die Kategorie der „sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtung“ ein.
2. Regelungstechnisch normiert der Gesetzentwurf im hier interessierenden Zusammenhang erstens im SGB V verankerte Qualitätsanforderungen an die stationäre Leistungserbringung (§ 135e SGB V-E) einschließlich Mindestvorhaltezahlen (§ 135f SGB V-E). Zweitens sieht der Gesetzentwurf im KHG die Zuweisung von Leistungsgruppen an Krankenhäuser durch die jeweilige Landeskrankenhausplanungsbehörde vor, was die Erfüllung der vorstehend erwähnten Qualitätskriterien – vorbehaltlich einer Ausnahmeregelung – voraussetzt (§ 6a KHG-E). An diese Zuweisung von Leistungsgruppen und die Erfüllung der Mindestvorhaltezahlen (wobei auch insoweit eine Ausnahmemöglichkeit greift) knüpft drittens die (Vorhalte-)Vergütung für Krankenhäuser an (§§ 6b, 8 Abs. 4 KHEntgG-E). Viertens normiert der Referentenentwurf die Befugnis zur Erbringung sektorenübergreifender Leistungen (§ 115g SGB V-E), die die Bestimmung eines Krankenhauses als sektorenübergreifende Versorgungseinrichtung durch die Landeskrankenhausplanungsbehörde voraussetzt (§ 6b KHG-E).

Kompetentielle Bewertung

3. Mit der Entwurfsbegründung ist zunächst festzuhalten, dass die Sozialversicherungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) den Bund zur Regelung des Leistungserbringungsrechts und damit grundsätzlich auch zur Statuierung von Qualitätsanforderungen berechtigt. Ebenso deckt die Regelungsbefugnis für die Krankenhauspflegegesetze (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG) nicht nur eine Umstellung der Krankenhausvergütung von einer rein leistungs- und mengenorientierten Vergütung auf eine

Kombination aus leistungsmengenabhängiger Vergütung und an Leistungsgruppen geknüpfter Vorhaltefinanzierung, sondern auch die Normierung von (auch Steuerungswirkung entfaltenden) Vergütungstatbeständen.

4. Die Entwurfsbegründung blendet jedoch die Kompetenzproblematik aus, die darin besteht, dass die beiden genannten Kompetenztitel keine umfassende Regelungsbezugnis für die genannten Aspekte verleihen, sondern ihre Grenzen im Primat der Länder für die Krankenhausplanung finden. Dementsprechend hat etwa das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 7.2.1991 hinsichtlich Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG unter Verweis auf Wortlaut und Genese dieses Kompetenztitels herausgearbeitet, dass dieser dem Bundesgesetzgeber „Spielraum zur Regelung finanzieller Fragen eröffnen, ihm jedoch den Bereich der Krankenhausorganisation und der Krankenhausplanung versperren“ soll.⁶⁵ Das Primat der Länder für die Krankenhausplanung ist auch bei der Bestimmung der Reichweite des (überdies auf die GKV bezogenen) Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zu beachten. Damit müssen den Ländern eigenständige und umfangmäßig erhebliche Planungsspielräume verbleiben, gerade auch für die legislative, abstrakt-generelle Rahmensetzung; schwerpunktmäßig Versorgungsstrukturen steuernde Regelungen sind dem Bund versperrt.
5. Dass die Krankenhausplanung betroffen ist, ergibt sich ohne Weiteres daraus, dass ein Krankenhaus den ihm krankenhauplanerisch zugewiesenen Versorgungsauftrag (vergütet) nur noch erbringen kann, wenn ihm die entsprechende Leistungsgruppe zugewiesen ist, was die Erfüllung der Mindeststrukturanforderungen voraussetzt, und wenn die Mindestvorhaltezahlen erreicht sind (mögen auch in beiderlei Hinsicht Ausnahmen möglich sein). Unter diesem Vorbehalt steht die praktische Relevanz jedweder Planungsentscheidung der Länder. Überdies steuert der Referentenentwurf mittels seiner umfassenden Qualitäts- und Strukturvorgaben die stationären Versorgungsstrukturen in erheblichem Umfang.
6. Im Vergleich zum Reformvorschlag der Regierungskommission, den das im Jahr 2023 erstattete Gutachten für verfassungswidrig erachtet hat, erweist sich der Referentenentwurf als abgeschwächt, teils indes nur auf den ersten Blick (Verzicht auf Level und daran angeknüpfte Leistungsgruppen mit Struktur- und Qualitätsvorgaben; Möglichkeit einer Abweichung von Qualitätsanforderungen und Mindestvor-

⁶⁵ BVerfGE 83, 363 (379 f.).

haltezahlen zugunsten der Länder; keine Beseitigung des Bestands von Fachkliniken; keine Harmonisierung der Planungsebenen und damit keine räumliche Strukturierung des Bedarfs).

7. Gleichwohl beschneidet auch der Referentenentwurf die Krankenhausplanungshoheit der Länder in erheblichem Umfang.
 - a. So verbleibt es dabei, dass Krankenhäuser ihren krankenhauserplanerisch zugewiesenen Versorgungsauftrag (adäquat vergütet) nur noch nach Maßgabe detaillierter Strukturvorgaben des bundesrechtlichen Qualitäts- und Vergütungsregimes erfüllen können (Strukturierung des Versorgungsgeschehens in Leistungsgruppen, für die zudem flächendeckend detaillierte und auf eine qualitativ hochwertige Versorgung zielende Qualitätskriterien und Mindestvorhaltezahlen vorgegeben werden). Die Struktur- und Qualitätsvorgaben des Reformvorschlages tangieren dabei offenkundig planerische Kategorien der Krankenhausplanung in erheblichem Umfang. Dies illustriert zugleich die mit dem Referentenentwurf einhergehende weit reichende, allgemeine Steuerung der Versorgungsstruktur.
 - b. Das Anliegen einer Steuerung des Versorgungsgeschehens betont auch die Gesetzesbegründung an verschiedenen Stellen; zu § 135e Abs. 1 SGB V-E heißt es etwa: „Nach Satz 1 wird sichergestellt, dass Leistungen künftig nur noch dort erbracht werden, wo geeignete Struktur- und Prozessqualitätsmerkmale vorliegen. [...] Die Gliederung des gesamten stationären Behandlungsspektrums in Leistungsgruppen gemäß Satz 2 dient einer sachgerechten, bundeseinheitlichen und transparenten Strukturierung der Versorgung“ (S. 104).
 - c. Der Levelgedanke bleibt präsent: So lässt sich über das Qualitätskriterium, die Erbringung bestimmter Leistungsgruppen an die Erbringung weiterer Leistungsgruppen zu knüpfen (§ 135e Abs. 1 Satz 5 Nr. 1 SGB V-E), eine mit Leveln vergleichbare Wirkung erreichen. Der Levelgedanke spiegelt sich des Weiteren in der Möglichkeit einer Zuweisung von Koordinierungs- und Vernetzungsaufgaben an Krankenhäuser der durch das Krankenhaustransparenzgesetz vom 22.3.2024 eingeführten Versorgungsstufe „Level 3U“ bzw. subsidiär (und nur subsidiär, worin eine weitere Beschränkung der landesautonomen Entscheidung über die Versorgungsstruktur liegt) „Level 3“ (§ 6a Abs. 5 KHG-E). Ebenfalls neu geschaffen und ausgestaltet wird der Typ der „sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtung“ (§ 115g SGB V-E; § 6b KHG-E). Schließlich kategorisiert

das erwähnte Transparenzgesetz die Krankenhauslandschaft in bundesrechtlich definierte Level und stellt insoweit Transparenz zur Steuerung des Versorgungsgeschehens her (§ 135d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, Abs. 4 SGB V), worin eine weitere Beschneidung der Planungshoheit liegt, was, da Teil der Krankenhausreform, mitzuberechnen ist.

- d. Überdies lassen sich mit dem Referentenentwurf wesentliche Elemente der Landeszielplanung steuern, so die Rolle von Fachkliniken, die Schwerpunktbildung oder Kooperationsmöglichkeiten.
 - e. Anzuerkennen ist, dass die Möglichkeit einer Abweichung von Qualitätsanforderungen und von Mindestvorhaltezahlen besteht. Indes ist die Ausnahmemöglichkeit durch Erreichbarkeitsvorgaben qualifiziert (die flexiblen Lösungen entgegenstehen, nicht auf Fachkrankenhäuser zugeschnitten sind und Kooperationsmöglichkeiten ausblenden) und unterliegt einer grundsätzlichen Befristung; ferner kann die Abweichung von Qualitätskriterien durch Bundesrechtsverordnung auch gegen den Willen einzelner Länder zumindest gesperrt werden.
 - f. Dass eine Bundesratszustimmung im Kontext des Verordnungserlasses vorgesehen ist, minimiert den Eingriff in die Planungshoheit der Länder nicht. Denn eine Zustimmung des Bundesrates vermag schon deshalb keine Landes(planungs)spielräume in kompetenzrelevanter Weise zu sichern, da diese durch Mehrheitsentscheidung erfolgt, wohingegen Gesetzgebungskompetenzen jedem Land individuell zustehen.
8. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass der Referentenentwurf erheblich in die Krankenhausplanungshoheit der Länder eingreift und daher durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwänden begegnet. Ob diese durch Abweichungsmöglichkeiten zu Gunsten der Länder ausgeräumt werden können, erscheint wegen des skizzierten Ausmaßes des Eingriffs in die Planungshoheit der Länder schon im Grundsatz fraglich. Unabhängig davon wirkt die Abweichungsbefugnis angesichts ihrer konkreten Ausgestaltung jedenfalls nur bedingt kompensatorisch, da Ausnahmemöglichkeiten durch eine Bundesrechtsverordnung zumindest versperrt werden können, materiell durch Erreichbarkeitsvorgaben qualifiziert sind und einer grundsätzlichen Befristung unterliegen.

Weitere verfassungsrechtliche Aspekte

9. Die flächendeckende, undifferenzierte Statuierung von Mindestvorhaltezahlen für alle Leistungsgruppen kollidiert mit grundrechtlichen Anforderungen, wie sie das

Bundessozialgericht in seinem Urteil vom 12. September 2012 herausgearbeitet hat.⁶⁶

10. Unabhängig von der Kompetenzthematik begründet der Referentenentwurf einen – auch vor dem Hintergrund der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung relevanten – Systembruch in der dualen Krankenhausfinanzierung. Denn erste und zweite Säule der Krankenhausfinanzierung sind nicht mehr synchronisiert, mithin sind Krankenhäuser in die Investitionskostenförderung einbezogen (und einzubeziehen), obgleich ihnen kein oder nur noch ein auf Teile ihres Leistungsspektrums reduzierter Vergütungsanspruch zukommt.

Zustimmung des Bundesrates

11. So man mit guten Gründen die Regelungen der Investitionskostenförderung als Geldleistungsgesetz i.S.d. Art. 104a Abs. 3 GG a.F. bzw. Abs. 4 GG n.F. qualifiziert, kommt eine Zustimmungspflicht für den KHVVG-E nach den für die Änderung zustimmungspflichtiger Bundesgesetze geltenden Grundsätzen bzw. unmittelbar nach Art. 104a Abs. 4 GG in Betracht. Die Interpretation des Art. 104a Abs. 3 GG a.F. bzw. Abs. 4 GG n.F. ist bundesverfassungsgerichtlich noch nicht konturiert und auch im Schrifttum umstritten. Eine Verabschiedung des Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetzes ohne Zustimmung des Bundesrates birgt – unbeschadet der Kompetenzfrage – jedenfalls das Risiko einer formellen Verfassungswidrigkeit.

München, den 14. April 2024

Gez. Ferdinand Wollenschläger

⁶⁶ BSG, NZS 2013, S. 224 (225 ff.).