

49

Schriften zum

STAATSKIRCHENRECHT

Herausgegeben von
Axel Frhr. von Campenhausen,
Christoph Link und Jörg Winter

Kyrill Makoski

Kirchliche Krankenhäuser und staatliche Finanzierung

Geschichte, Ausgestaltung,
verfassungsrechtliche
Anforderungen

PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Die Arbeit beschäftigt sich mit der staatlichen Finanzierung kirchlicher Krankenhäuser. Die Einbindung kirchlicher Krankenhäuser in das heutige System der Krankenhausfinanzierung wird dabei ebenso dargestellt wie die historische Entwicklung von der Antike bis heute. In einem analytischen Teil werden die Anforderungen untersucht, die das Grundgesetz an die staatliche Finanzierung stellt. Darf der Staat überhaupt kirchliche Krankenhäuser finanzieren und wie müssen die Finanzierungsregelungen ausgestaltet sein? Muss der Staat kirchliche Krankenhäuser nicht sogar besonders fördern oder zumindest ihre Bedürfnisse besonders berücksichtigen?

Kyrill Makoski, geboren 1977; 1997–2002 Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Düsseldorf, 2002–2003 an der Boston University School of Law; 2003–2007 Wissenschaftliche Hilfskraft an der Universität Düsseldorf; 2004–2006 Referendariat in Düsseldorf; seit 2007 als Rechtsanwalt in Düsseldorf tätig; 2009 Promotion; seit 2010 Fachanwalt für Medizinrecht.

Kirchliche Krankenhäuser und staatliche Finanzierung

Schriften zum
STAATSKIRCHENRECHT

Herausgegeben von
Axel Frhr. von Campenhausen,
Christoph Link und Jörg Winter

Band 49



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Kyrill Makoski

Kirchliche Krankenhäuser und staatliche Finanzierung

Geschichte, Ausgestaltung,
verfassungsrechtliche
Anforderungen



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Düsseldorf, Univ., Diss., 2009

Umschlaggestaltung:
Olaf Glöckler, Atelier Platen, Friedberg

Gedruckt auf alterungsbeständigem,
säurefreiem Papier.

D 61
ISSN 1437-3149
ISBN 978-3-653-00459-5

© Peter Lang GmbH
Internationaler Verlag der Wissenschaften
Frankfurt am Main 2010
Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2009 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand zu Beginn des Wintersemesters 2009/2010 statt. Rechtsprechung und Literatur wurden soweit möglich auf den Stand Dezember 2009 aktualisiert.

Das Thema berührt zwei Fachgebiete, die mich bereits im Studium interessiert haben: das Staatskirchenrecht und das Medizinrecht, insbesondere das Krankenhausrecht. Die Anwendung der verfassungsrechtlichen Leitlinien auf die seit 2003 eingeführten Finanzierungsregelungen für Krankenhäuser, insbesondere die Einführung von Fallpauschalen, lohnt eine Neubetrachtung der bisherigen Forschungsergebnisse.

Ich danke meinem akademischen Lehrer und Betreuer, Herrn Professor Dr. Martin Morlok, für die freundliche Begleitung meines. Dank gebührt ebenfalls Herrn Professor Dr. Lothar Michael, an dessen Lehrstuhl ich während meiner Tätigkeit Teile der Arbeit erstellen konnte und der rasch das Zweitgutachten fertigstellte. Herrn Professor Dr. Dres. h.c. mult. Christoph Link sowie den weiteren Herausgebern gilt mein Dank für die Aufnahme dieser Arbeit in die „Schriften zum Staatskirchenrecht“.

Besonders zu erwähnen ist Herr Rechtsanwalt Dr. Karl-Heinz Möller, der meine berufliche und akademische Karriere seit Jahren fördert und die Entstehung dieser Arbeit positiv begleitet hat. Auch ihm bekunde ich meinen Dank.

Die folgenden Herren standen mir für Auskünfte über ihre praktischen Erfahrungen zur Verfügung, wofür ich sehr dankbar bin: Diplom-Betriebswirt Albert Bracht (†), Leitender Ministerialrat Dr. Frank Stollmann, beide Referatsleiter im Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen; Diplom-Volkswirt Gerd Wengeler, Geschäftsführer der Evangelisches Krankenhaus Bethesda gGmbH und Schatzmeister des Deutschen Evangelischen Krankenhausverbandes; Diplom-Betriebswirt Walter Bors, Kaufmännischer Direktor der Malteser St. Anna gGmbH.

Meinen Eltern, Herrn Professor Dr. Hans-Bruno Makoski und Frau Roswitha Makoski, danke ich für die Förderung und Unterstützung meiner Ausbildung, sowohl in finanzieller als auch in ideeller Hinsicht. Ohne sie stünde ich heute nicht dort, wo ich bin. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Der größte Dank aber gebührt meiner Frau, Bernadette Makoski, LL.M. (Gewerblicher Rechtsschutz). Sie hat die Entstehung dieser Arbeit von Anfang an kritisch begleitet und mich motiviert, wenn es nötig war, mir aber auch den nötigen Freiraum gegeben.

Meerbusch, im Januar 2010

Dr. Kyrill Makoski, LL.M. (Boston University)

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XV
A. Einführung.....	1
I. Aufbau der Arbeit	4
II. Typologie der Krankenhäuser.....	6
1) Zum Begriff „Krankenhaus“.....	6
a) Krankenhaus- und sozialrechtliche Definition	6
b) Gewerberechtliche Definition.....	8
c) Andere Rechtsgebiete	10
d) Gemeinsamkeiten der Definitionen	11
2) Einteilung der Krankenhäuser.....	12
a) Nach der Art der Versorgung	13
(1) Medizinisches Leistungsangebot und zu versorgender Personenkreis	13
(2) Versorgungsstufen	14
b) Nach der Trägerschaft.....	15
(1) Öffentliche Krankenhäuser.....	15
(2) Freigemeinnützige Krankenhäuser	18
(3) Private Krankenhäuser	20
(aa) „Kommunale“ private Krankenhäuser?	21
(bb) Gewinnorientierung.....	22
(cc) Sinn und Zweck von § 30 GewO	23
(dd) Ergebnis.....	24
c) Nach der Organisation	25
(1) Anstalts- und Belegkrankenhaus.....	25
(2) Akut- und Langzeitkrankenhaus	25
(3) Allgemein- und Sonderkrankenhäuser.....	27
(4) Voll- und teilstationäre Versorgung.....	27
d) National oder europäisch	28
3) Definition des Problembereichs.....	29
a) Träger.....	29
b) Ökumene – Christliche Krankenhäuser?	33
c) Rechtsformen.....	34
III. Krankenhäuser in Deutschland	37
1) Statistischer Überblick.....	37
2) Wirtschaftliche Bedeutung.....	41
IV. Zwischenergebnis.....	43

B. Die Finanzierung kirchlicher Krankenhäuser	45
I. Einleitung	45
II. Geschichte der Krankenhäuser und ihrer Finanzierung.....	46
1) Antike.....	46
2) Spätantike und frühes Mittelalter.....	46
3) Mittelalter.....	47
4) Renaissance, Reformation und Revolution.....	49
5) Das 19. Jahrhundert.....	52
6) Die Weimarer Republik und das Dritte Reich	57
7) Der Wiederaufbau.....	58
8) Das Krankenhausfinanzierungsgesetz 1972	59
9) Neuordnung der Krankenhausfinanzierung 1984.....	63
10) Das Gesundheitsstrukturgesetz 1992	66
11) Einstieg in die monistische Finanzierung?	66
12) Reformen ab 1996.....	68
13) Das neue Jahrtausend: Fallpauschalen.....	69
14) Gesundheitsreform 2004.....	71
15) GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz	74
16) Krankenhausfinanzierungsreformgesetz (KHRG).....	76
17) Ausblick	77
a) Rückkehr zur Monistik?	78
b) Stärkung des Wettbewerbs	79
III. Staatliche Finanzquellen	81
1) Finanzierung durch den Bund.....	81
2) Finanzierung durch die Länder	82
a) Krankenhausplan	84
(1) Aufstellung des Krankenhausplans – Beispiel NRW	85
(2) Berechnung des Bedarfs	87
(3) Aufnahme in den Krankenhausplan.....	89
(4) Vergaberecht und Krankenhausplanung.....	91
(5) Konkurrentenschutz	93
(6) Ausscheiden aus dem Krankenhausplan.....	94
(aa) Ausscheiden auf eigenen Beschluss.....	94
(bb) Herausnahme aus dem Krankenhausplan.....	95
(cc) Folge des Ausscheidens	95
(dd) Trägerwechsel	96
b) Landesausschuss	96
c) Keine Strukturregelungen.....	98
d) Investitionsförderung.....	99
(1) Bisherige Rechtslage – Aufstellung eines Investitionsprogramms in der Praxis	99

(2) Neue Rechtslage – Krankenhausgestaltungsgesetz NRW und Baupauschalen	101
(aa) Gesetzgebungsverfahren	101
(bb) Investitionspauschalen	101
(cc) Vereinbarkeit mit dem KHG?	103
e) Kontrolle der Verwendung	103
f) Haushaltsvorbehalt	105
g) Bundeseinheitliche Finanzierungshöhe?	108
h) Finanzierung durch die Länder als europarechtlich unzulässige Beihilfe?	109
(1) Begriff der Beihilfe	110
(2) Anwendbarkeit des europäischen Beihilferechts	111
(3) Keine Ausnahme für gemeinnützige Unternehmen	112
(4) Keine Ausnahme für das Gesundheitswesen	113
(5) Vereinbarkeit mit dem europäischen Beihilfenregime	114
(aa) Betrauung mit klar definierten gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen	115
(bb) Berechnung des Kostenausgleichs anhand transparenter Kriterien	116
(cc) Begrenzung der Ausgleichszahlungen	117
(dd) Ausgleich nur in Höhe der geringstmöglichen Kosten	117
(6) Zwischenergebnis	118
i) Zwischenergebnis	118
3) Finanzierung durch die Kommunen	118
4) Finanzierung durch die Krankenkassen	120
a) Zulassung zur Versorgung	123
(1) Zulassung durch Aufnahme in den Krankenhausplan	123
(2) Zulassung durch Versorgungsvertrag	124
(3) Abweichungen vom Feststellungsbescheid durch Versorgungsvertrag	126
(4) Wirkung der Zulassung	126
b) Einzelverträge – Vertragswettbewerb	127
(1) Problematik der Einzelverträge	127
(2) Vergaberechtliche Bindungen	128
(aa) Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Krankenkassen	128
(bb) Anwendbarkeit auf Versorgungsverträge	130
c) Kündigung des Versorgungsvertrags	132
d) Form der Entgelte – Berechnung der Pflegesätze	135
(1) Pflegesätze	135
(2) Fallpauschalen	137
(3) Pflegesatzfähige Kosten	139
e) Verzögerte Bezahlung durch die Krankenkassen	141
f) Zwischenergebnis	142
5) Zwischenergebnis	142
IV. Kirchliche Finanzquellen	143
1) Indirekt durch die Kirchensteuer	143
2) Stiftungen	144
3) Vermögen	145
4) Spenden	145
5) Staatsleistungen gemäß Art. 138 Abs. 1 WRV	147

V.	Finanzierung durch eigene Tätigkeit	148
1)	Einnahmen.....	148
a)	Gesetzlich versicherte Patienten	149
b)	Wahlleistungen	151
c)	Privatpatienten	153
(1)	Abrechnung bei Privatpatienten.....	154
(2)	Investitionskostenzuschlag	155
(3)	Privatstationen.....	155
d)	Ausländische Patienten.....	157
e)	Insbesondere: Patienten aus den Ländern der Europäischen Union.....	158
(1)	Rechtsprechung des EuGH	159
(2)	Erhalt von Zustimmungsvorbehalten	161
(3)	Regionale Vereinbarungen.....	162
f)	Nichtversicherte Personen	163
2)	Ausgaben.....	165
a)	Personalkosten	165
b)	Medikamente	166
c)	Sonstige Sachkosten	167
d)	Baukosten	167
3)	Zwischenergebnis.....	168
VI.	Gesamtzahlen	170
C.	Kirchliche Krankenhäuser schützende Rechtsnormen.....	171
I.	Verfassungsrechtlicher Schutz.....	171
1)	Einleitung	171
a)	Geltung der Grundrechte für juristische Personen.....	171
b)	Krankenhausträger sind keine Beliehenen.....	172
2)	Religionsfreiheit.....	174
a)	Schutzbereich.....	174
(1)	Personeller Schutzbereich	174
(2)	Sachlicher Schutzbereich	175
(aa)	Tätige Nächstenliebe	175
(bb)	Auch wirtschaftliche Tätigkeit	177
(cc)	Tun oder Wollen?.....	178
(dd)	Zwischenergebnis.....	179
b)	Eingriff.....	179
c)	Schranken	179
d)	Anwendung auf kirchliche Krankenhäuser	180
e)	Korporative Religionsfreiheit – Art. 140 GG.....	182
f)	Schutz durch Art. 9 EMRK	182
g)	Die Kirchen im Europarecht.....	183
3)	Kirchliches Selbstbestimmungsrecht	185
a)	Schutzbereich.....	185
(1)	Personeller Schutzbereich	186
(2)	Sachlicher Schutzbereich	189

(3)	Ausprägungen des Selbstbestimmungsrechts	191
(aa)	Krankenhauseelsorge und Kapelle	192
(bb)	Verbindung zu Pfarrgemeinden	193
(cc)	Hospizbewegung	194
(dd)	Medizinisch-technische Fragen.....	194
(ee)	Humanität im Krankenhaus.....	195
(ff)	Zwischenergebnis.....	197
b)	Schranken	197
c)	Europäisches Recht.....	199
d)	Sonderproblem Schwangerschaftsabbrüche	200
4)	Garantie von Staatsleistungen.....	201
5)	Kirchengutsgarantie	204
a)	Schutzbereich und Eingriff.....	204
b)	Schranken	206
c)	Zwischenergebnis	207
6)	Berufsfreiheit	207
a)	Schutzbereich.....	207
(1)	Auch gemeinnützige Tätigkeit.....	208
(2)	Freigemeinnütziges Krankenhaus als eigenständiger Beruf.....	208
(3)	Honoraranspruch und Preisbindung.....	209
(4)	Freiheit des Wettbewerbs?.....	214
(5)	Zwischenergebnis	218
b)	Schranken	218
(1)	Berufswahl oder Berufsausübung	218
(2)	Sonderproblem: Herausnahme aus dem Krankenhausplan.....	219
(3)	Gesetzesvorbehalt – Wesentlichkeit	220
(4)	Normative Vorprägung	221
(5)	Teilhaberechte.....	222
(6)	Rechtfertigung von Eingriffen	223
(aa)	Volksgesundheit.....	223
(bb)	Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung	223
c)	Zwischenergebnis	227
7)	Schutz des Eigentums	228
a)	Schutzbereich.....	228
(1)	Das Krankenhaus als solches	228
(2)	Schutz des Status als Plankrankenhaus.....	231
(3)	Eigentumsschutz gegen Planungsentscheidungen?	232
b)	Eingriff durch die Preisdeckelung	234
(1)	Problem der Preisdeckelung	234
(2)	Rechtfertigung.....	239
(3)	Zwischenergebnis	239
c)	Ausgleichsansprüche wegen enteignendem oder enteignungsgleichem Eingriff.....	239
d)	Sozialisierung gemäß Art. 15 GG.....	240
e)	Enteignung	240
f)	Zwischenergebnis	241
8)	Vereinigungsfreiheit.....	241

9)	Allgemeine Handlungsfreiheit	242
a)	Fremdnütziges Handeln	242
b)	Schranken	243
c)	Zwangszusammenschlüsse – „Verkammerung“	243
10)	Gleichheitssatz	246
a)	Gleichbehandlung	246
(1)	Parität – gleicher Schutz für alle Religionen	247
(2)	Unterschiede zwischen kirchlichen und sonstigen Krankenhäusern	248
(3)	Unterschiede zwischen Plankrankenhäusern und Außenseitern	249
(4)	Weitere Unterschiede	249
b)	Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen	249
c)	Neutralität des Staates	250
d)	Die Situation in den Vereinigten Staaten von Amerika	251
(1)	No Establishment	252
(2)	Accommodation	255
(3)	„Blaine-Amendments“	256
(4)	Kirchliche Krankenhäuser aus staatlicher Sicht	258
(5)	Neue Entwicklung – Charitable Choice	259
(6)	Zwischenergebnis	261
e)	Zwischenergebnis	261
11)	Zwischenergebnis	261
II.	Einfachgesetzliche Vorschriften	262
1)	Krankenhausfinanzierungsgesetz	262
2)	Steuerrecht	263
a)	Gemeinnützigkeit	263
b)	Steuerbefreiungen als Krankenhaus	265
3)	Arbeitsrecht	267
a)	Kollektivarbeitsrecht	267
b)	Leitbild der Dienstgemeinschaft	269
c)	Individualarbeitsrecht	271
d)	Insbesondere: Arbeitszeit	273
e)	Kirchliches Arbeitsrecht in den USA	274
f)	Zwischenergebnis	275
4)	Gewerberecht	275
5)	Sozialrecht	276
6)	Vergaberecht	276
7)	Zwischenergebnis	277
III.	Landesgesetzliche Vorschriften	278
1)	Landesverfassungsrechtliche Garantien	278
2)	Krankenhausgesetze der Länder	279
3)	Gebührenbefreiungen	280
4)	Sonstige Ländergesetze	281
IV.	Zwischenergebnis	281

D. Anforderungen an die Finanzierung kirchlicher Krankenhäuser nach dem Grundgesetz	283
I. Leitlinien der Förderung	283
1) Kompetenzverteilung	283
a) Aufgaben des Bundes	283
b) Aufgaben der Länder	284
c) Delegation an die Kommunen	285
d) Delegation an die Krankenkassen	285
2) Trennung von Staat und Kirche?	285
3) Subsidiarität	288
4) Förderung gesellschaftlicher Gruppierungen	289
a) Förderung grundsätzlich möglich?	289
b) Förderung religiöser Organisationen?	290
c) Verpflichtung zur Förderung?	292
d) Zwischenergebnis	293
5) Gleichbehandlung mit anderen freien Trägern	293
6) Gerechte Ausgestaltung des Fördersystems	294
7) Zwischenergebnis	295
II. Grundrechtliche Anforderungen	295
1) Grundrechtliche Freiheit nach Art. 4, 140 GG	295
2) Grundrechte im Leistungsverhältnis	296
a) Befehlswirkung von Fördermitteln	297
b) Grundrechtsbindung durch Art. 1 Abs. 3 GG	298
c) Freiwilligkeit	298
d) Drittwirkung von Subventionen und Gleichbehandlung	299
e) Kompensationsfähigkeit	300
f) Zwischenergebnis	300
3) Grundrechte der Patienten	301
4) Einfluss des Körperschaftsstatus	305
5) Grundrechte als Leistungsrechte?	307
a) Ansprüche des Einzelnen	309
(1) Allgemeines	311
(2) Schutz der körperlichen Unversehrtheit	311
(3) Mutterschutz	312
(4) Religionsfreiheit	312
(5) Religionsunterricht	315
(6) Kunstförderung	316
(7) Wissenschaftsfreiheit	316
(8) Privatschulförderung	318
(9) Sozialstaatsprinzip	320
(10) Landesverfassungsrechtliche Regelungen	321
b) Teilhaberechte – Art. 3 Abs. 1 GG	322

c)	Grundrechte als abwägbare Prinzipien	323
(1)	Argumente für einen Anspruch auf Förderung.....	323
(aa)	Grundrechte der Träger.....	324
(bb)	Faktische staatliche Monopolisierung.....	324
(cc)	Kulturauftrag des Staates	324
(dd)	Sozialstaatliche Interpretation der Grundrechte.....	325
(2)	Argumente gegen finanzielle Ansprüche aus den Grundrechten.....	325
(aa)	Kompetenzielle Fragen	325
(bb)	Sicherung der Sozialsysteme.....	327
(cc)	Zu Lasten der Leistungserbringer?.....	327
(dd)	Zweck der Grundrechte.....	328
(3)	Zwischenergebnis	329
d)	Anspruch auf staatliche Hilfe im Sinne der Institutionsgewährleistung	330
e)	Anspruch auf vorrangige Behandlung	332
f)	Vorrangige Förderung bei Pauschalisierung?.....	333
g)	Vereinbarkeit mit europäischem Recht	333
6)	Zwischenergebnis.....	334
III.	Förderung nach Haushaltslage?	335
IV.	Ergebnis.....	337
E.	Zusammenfassende Bewertung	339
F.	Thesen.....	343
	Literaturverzeichnis.....	347

Abkürzungsverzeichnis

A.2d	Atlantic Reporter, 2nd series	BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
a.A.	anderer Ansicht	BauGB	Baugesetzbuch
a.a.O.	am angegebenen Ort	Bay	Bayern, Bayerisch
ABl.	Amtsblatt	Bay. KrG	Bayerisches Krankenhausgesetz
Abs.	Absatz	BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Abschn.	Abschnitt	BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	BayVerfGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
AG	Ausführungsgesetz, Aktiengesellschaft	BB	Betriebsberater
AG-KHG SH	Schleswig-Holsteinisches Gesetz zur Ausführung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes	BBauBl.	Bundesbaublatt
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht	B.C. L. Rev.	Boston College Law Review
A.L.R.	American Law Reports	Bd.	Band
Alt.	Alternative	Berl.	Berlin
Am. J. Publ. Health	American Journal of Public Health	Beschl.	Beschluss
Antitrust LJ	Antitrust Law Journal	BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
AO	Abgabenordnung	BFH	Bundesfinanzhof
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts	BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
ArbG	Arbeitsgericht	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Ariz.	Arizona	BGBI.	Bundesgesetzblatt
Art.	Artikel	BGH	Bundesgerichtshof
ArztR	Arztrecht	BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
Aufl.	Auflage	BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
AuK	Arzt und Krankenhaus	BKartA	Bundeskartellamt
AuR	Arzt und Recht / Arbeit und Recht	BPflV	Bundespflegegesetzverordnung
AZR	Arzt Zahnarzt Recht	BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BAnz.	Bundesanzeiger	Brem.	Bremen, bremisch

Brem. KHG	Bremisches Krankenhaus- finanzierungsgesetz	DC	District Court
BSG	Bundessozialgericht	D.C.	District of Columbia
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts	DEKV	Deutscher Evangelischer Krankenhausverband
bspw.	beispielsweise	Del.	Delaware
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache	Denver U. L. Rev.	Denver University Law Re- view
BT-Prot.	Bundestagsprotokoll	DePaul L. Rev.	DePaul Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht	ders.	derselbe
BVerfGE	Entscheidungen des Bundes- verfassungsgerichts	dies.	dieselbe, diesselben
BVerfGK	Entscheidungen der Kammern des Bundesverfassungsgerichts	Diss.	Dissertation
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht	DKG	Deutsche Krankenhaus- gesellschaft
BVerwGE	Entscheidungen des Bundes- verwaltungsgerichts	DKI	Deutsches Krankenhausinstitut
bzw.	beziehungsweise	DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review	DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Cath. Law.	Catholic Lawyer	DRG	Diagnosis-Related Groups
ch.	chapter	DStR	Deutsches Steuerrecht
Chi-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review	DStRE	Deutsches Steuerrecht – Entscheidungen
Cir.	Circuit	Duke L.J.	Duke Law Journal
Colum. Hum. Rts. L. Rev.	Columbia Human Rights Law Review	DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
Cornell J. L. & Pub Pol’y	Cornell Journal of Law and Public Policy	EBM	Einheitlicher Bewertungsmaß- stab
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review	EG	Europäische Gemeinschaft
Cumb. L. Rev.	Cumberland Law Review	EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt	EGV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft
DAV	Deutscher Anwaltverein	Einf.	Einführung
DB	Der Betrieb	ELR	European Law Review
		Emory L.J.	Emory Law Journal
		Emory Int’l L. Rev.	Emory University International Law Review

EMRK	Europäische Konvention der Menschenrechte	FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
Entsch.	Entscheidung	F. Supp.	Federal Supplement
Erl.	Erläuterung	G	Gesetz
ESTG	Einkommensteuergesetz	G.-Slg.	Gesetzessammlung
ESVGH	Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg	G-BA	Gemeinsamer Bundesausschuss
etc.	et cetera	GBL	Gesetzblatt
et al.	und weitere	Geo. J. Poverty L. & Pol’y	Georgetown Journal on Poverty Law and Policy
EU	Europäische Union	Geo. L. J.	Georgetown University Law Journal
EuG	Europäisches Gericht I. Instanz	Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J.	George Mason University Civil Rights Law Journal
EuGH	Europäischer Gerichtshof	Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitschrift	GesR	Gesundheitsrecht
EuR	Europarecht	GewArch	Gewerbearchiv
EUV	Vertrag über die Europäische Union	GewO	Gewerbeordnung
EUV (alt)	Vertrag über die Gründung der Europäischen Union	GewStG	Gewerbesteuergesetz
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
EWiR	Entscheidungen im Wirtschaftsrecht	GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Sozialrecht	GLJ	German Law Journal
f.	folgende	GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
f&w	führen & wirtschaften im Krankenhaus	GmbHG	Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
F.2d	Federal Reporter, 2nd series	GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes
F.3d	Federal Reporter, 3rd series	GO	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung	GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
Fed.	Federal		
ff.	fortfolgende		
FG	Finanzgericht		

GRUR	Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht	Iowa L. Rev. Iowa Law Review
GV.	Gesetz- und Verordnungsblatt	Issues L. & Med. Issues in Law and Medicine
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt	i.S.v. im Sinne von
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbs- beschränkungen	i.V.m. in Verbindung mit
Hamb.	Hamburg, hamburgisch	J. Church State Journal of Church and State
Harv. C.R.-C.L. L. Rev.	Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review	J. Contemp. Health L. & Pol’y Journal fo Contemporary Health Law and Policy
Harv. J. on Legis.	Harvard Journal on Legislation	J. Health L. Journal of Health Law
Harv. J. L. & Pub Pol’y	Harvard Journal of Law and Public Policy	J. Health Pol., Pol.’y & L. Journal of Health Politics, Policy and Law
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review	J. L. & Pol. Journal of Law and Politics
HdbStKirchR	Handbuch des Staatskirchen- rechts	J. L. Rel. Journal of Law and Religion
HdGR	Handbuch der Grundrechte	J. Legis. Journal on Legislation
Hess. KHG	Gesetz zur Weiterentwicklung des Krankenhauswesens in Hessen	JA Juristische Arbeitsblätter
HGB	Handelsgesetzbuch	JLME Journal of Law, Medicine and Ethics
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz	JöR (n.F.) Jahrbuch des Öffentlichen Rechts (neue Folge)
HmbJVBl.	Hamburgisches Justizverwal- tungsblatt	Jura Juristische Ausbildung
HmbKHG	Hamburgisches Krankenhaus- gesetz	JuS Juristische Schulung
Hrsg.	Herausgeber	JW Juristische Wochenschrift
HStR	Handbuch des Staatsrechts	JZ Juristenzeitung
HWG	Heilmittelwerbegesetz	Kap. Kapitel
i.d.F.	in der Fassung	KG Kammergericht, Kommandit- gesellschaft
IfSG	Infektionsschutzgesetz	KH das Krankenhaus
Ind. L.J.	Indiana Law Journal	KhBauVO Krankenhausbauverordnung
Ind. J. Global Legal Stud.	Indiana University Journal of Global Legal Studies	KHEntG Krankenhausentgeltgesetz
		KHGG NRW Krankenhausgestaltungsgesetz Nordrhein-Westfalen
		KHG LSA Krankenhausgesetz Sachsen- Anhalt

KHG NRW	Krankenhausgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (alt)	LSG	Landessozialgericht
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz	LT-Drs.	Landtagsdrucksache
KHR	Krankenhaus Recht	LThK	Lexikon für Theologie und Kirche
KHRG	Krankenhausfinanzierungsreformgesetz	M&A	Mergers & Acquisitions
KHuR	Krankenhaus und Recht	Mass.	Massachusetts, Massachusetts Reporter
KKVD	Katholischer Krankenhausverband Deutschlands	Md.	Maryland
kma	Krankenhaus-Marketing	Mercer L. Rev.	Mercer Law Review
KU	Krankenhausumschau	Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
KuR	Kirche und Recht	Mio.	Millionen
La	Louisiana	Miss.	Mississippi
LAG	Landesarbeitsgericht	Miss. L.J.	Mississippi Law Journal
LG	Landgericht	Mrd.	Milliarden
lit.	litera, Buchstabe	m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
LHO	Landeshaushaltsordnung	MB/KK	Musterbedingungen der privaten Krankenversicherung
LKG Bbg.	Krankenhausgesetz des Landes Brandenburg	MedR	Medizinrecht
LKG Berl.	Landeskrankenhausgesetz Berlin	MVZ	Medizinisches Versorgungszentrum
LKG Rh.-Pf.	Landeskrankenhausgesetz Rheinland-Pfalz	n. Chr.	nach Christus
LKHG B-W	Landeskrankenhausgesetz Baden-Württemberg	Nds.	Niedersachsen
LKHG M-V	Landeskrankenhausgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern	Nds. KHG	Niedersächsisches Gesetz zum Bundesgesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung	NE.2d	Northeastern Reporter 2nd series
LM	Lindenmaier-Möhring	NEJM	New England Journal of Medicine
Loyola U. Chi. L. J.	Loyola University of Chicago Law Journal	NJ	New Jersey
Ls.	Leitsatz	NJOZ	Neue Juristische Onlinezeitschrift
		NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NJW-RR	Neue Juristische Zeitschrift – Rechtsprechungsreport	Ohio St. L. J.	Ohio State University Law Journal
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland	OVG	Oberverwaltungsgericht
Nova L. Rev.	Nova Law Review	OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster und für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review	P.2d	Pacific Reporter, 2nd series
Notre Dame J. L. Ethics & Pub Pol’y	Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy	PauschKHFVO	Verordnung über die pauschale Krankenhausförderung
Nr.	Nummer	PKR	Pflege- & Krankenhausrecht
NRW	Nordrhein-Westfalen	PKV	Private Krankenversicherung
NRWE	Rechtsprechungsdatenbank Nordrhein-Westfalen	Pr.	Preußisch
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht	Pr. OVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht - Rechtsprechungsreport	RdJB	Recht der Jugendbildung
N.W.2d	Northwestern Reporter 2nd series	RG	Reichsgericht
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter	RGBI.	Reichsgesetzblatt
NY	New York	RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.	New York University Annual Survey of American Law	RhÄBl.	Rheinisches Ärzteblatt
N.Y.U. J. Leg & Publ. Pol’y	New York University Journal of Legislation and Public Policy	RL	Richtlinie
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	Rn.	Randnummer
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport	Rutgers J. L. & Rel.	Rutgers University Journal of Law and Religion
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht	RVO	Reichsversicherungsordnung
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht	S.	Satz, siehe
		S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
		S. Ill. U. L.J.	Southern Illinois University Law Journal

Saarl. KHG	Saarländisches Krankenhausgesetz	Thür. KHG	Thüringer Krankenhausgesetz
Sächs. KHG	Sächsisches Gesetz zur Neuordnung des Krankenhauswesens	ThürVBl.	Thüringische Verwaltungsblätter
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter	Tulane L. Rev.	Tulane Law Review
Schl.-H.	Schleswig-Holstein	Tulsa L. Rev.	Tulsa Law Review
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen	TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
S.Ct.	Supreme Court Reporter	u.a.	und andere
SGB V	Fünftes Buch Sozialgesetzbuch	U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit	U. Kan. L. Rev.	University of Kansas Law Review
SGG	Sozialgerichtsgesetz	U. Pitts. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
Slg.	Sammlung der Entscheidungen des EuGH	UPR	Umwelt- und Planungsrecht
So.2d	Southern Reporter, 2nd series	U. Rich. L. Rev.	University of Richmond Law Review
SozR	Sozialrecht – Rechtsprechung	Urt.	Urteil
SpkG	Sparkassengesetz	U.S.	United States Reporter
St. John's L. Rev.	St. John's Law Review	U.S.C.	United States Code
St. Thomas L. Rev.	Saint Thomas Law Review	UStG	Umsatzsteuergesetz
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review	UWG	Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs
Stellungn.	Stellungnahme	v.	vom, versus
StGH	Staatsgerichtshof	Va. L. Rev.	Virginia Law Review
StuGR	Städte- und Gemeinderat	Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
StWiss	Staatswissenschaften und Staatspraxis	VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.	Temple Political and Civil Rights Law Review	Verf. NRW	Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen
Tex. Rev. L. & Pol.	Texas Review of Law and Politics	VerfGH	Verfassungsgerichtshof
Tex. Tech. L. Rev.	Texas Tech Law Review	VersR	Versicherungsrecht
		Verw	Die Verwaltung

VerwArch	Verwaltungsarchiv	ZfSH/SGb	Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgerichtsbarkeit
VG	Verwaltungsgericht	ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
VGH	Verwaltungsgerichtshof	ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
vgl.	vergleiche	zit.	zitiert
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review	ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht
VK	Vergabekammer	ZMV	Die Mitarbeitervertretung
VO	Verordnung	ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinnützige Unternehmen
VR	Verwaltungsrundschau	ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht	ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer	ZVersWiss	Zeitschrift für Versicherungswissenschaft
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz	ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
Wash. L. Rev.	Washington Law Review		
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly		
Whittier L. Rev.	Whittier Law Review		
Wis.2d	Wisconsin Reporter, 2nd series		
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis		
WRV	Weimarer Reichsverfassung		
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb		
Yale L. & Pol'y Rev.	Yale Law and Policy Review		
z.B.	zum Beispiel		
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht		
ZEE	Zeitschrift für Europäische Ethik		
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht		
ZfS	Zeitschrift für Sozialrecht		

Weitere Abkürzungen siehe

- *Byrd/Lehmann*, Zitierfibel für Juristen, 2007
- *Harvard Law Review*, The Bluebook: A Uniform System of Citation, 18. Aufl. 2005
- *Kirchner/Butz*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl. 2003

A. Einführung

Das Krankenhauswesen steht seit mehr als zwanzig Jahren unter großem Reformdruck, der in den letzten Jahren noch gewachsen ist. Die Politik hat erkannt, dass die Krankenhausaussgaben ein Drittel aller Kosten im Gesundheitswesen betragen, Anreize zur Kostensenkung bisher jedoch fehlten. Daher wurde seit 2004 eine komplette Systemumstellung vorgenommen: weg vom über tagesgleiche Pflegesätze im voraus kalkulierten Budget hin zur Pauschalvergütung mit erhöhtem Insolvenzrisiko für einzelne Krankenhäuser¹.

Diese Fragen betreffen alle Krankenhäuser, besonders jedoch die in der Trägerschaft der beiden großen christlichen Kirchen stehenden; dies sind über 30 % aller Krankenhäuser in Deutschland, betrieben von einzelnen Kirchengemeinden, kirchlichen Stiftungen, Eigengesellschaften, Orden oder den großen Hilfswerken Diakonie und Caritas². Die Feststellung von *L. Singer* für die USA ist in Deutschland ebenfalls anwendbar³:

„Katholische [aber auch protestantische] Krankenpflege ist am Scheideweg. Im Angesicht verstärkten Wettbewerbs in der Gesundheitswirtschaft muss die Kirche aktuelle Geschäftsanforderungen und staatliche Regulierung mit ihrer traditionellen Mission hochqualitativer religiös motivierter Pflege, besonders für die Armen, in Einklang bringen.“

Im Bereich des Krankenhauswesens treffen zwei Mächte aufeinander: der Staat, der zum Sozialstaat geworden ist, und die Kirche, die zuerst als Sozialkirche erkennbar ist⁴. Dabei will niemand mehr die freien Träger, d.h. die nichtstaatlichen Krankenhausträger, insgesamt aus dem Krankenhauswesen verdrängen. Jedoch sind ihre Gestaltungsmöglichkeiten immer stärker eingeschränkt⁵. Dies hängt auch mit einer immer stärkeren Monopolisierung der Geldströme der öffentlichen Hand (egal ob Bund, Länder oder sonstige Körperschaften oder Anstalten) zusammen, die es praktisch unmöglich macht, unabhängig von ihr ein Krankenhaus zu betreiben.

1 Teilweise wird eine „Krankenhausfeindlichkeit“ konstatiert, vgl. *M. Arnold*, KH 1998, 252. Insolvenzen von Krankenhäusern gibt es häufiger, jedoch wird meist der Betrieb weitergeführt; das Evangelische Krankenhaus Rheda-Wiedenbrück musste hingegen (plötzlich) geschlossen werden, vgl. „Über den Krankenhäusern in NRW kreist der Pleitegeier“, WESTDEUTSCHE ZEITUNG v. 2.7.2005; *A. Paul*, „Kranke, raus!“, DIE ZEIT v. 7.7.2005, Nr. 28.

2 Insgesamt zur Bedeutung der freien Wohlfahrtspflege in Deutschland *F. Spiegelhalter*, ZöGU 23 (2000), 47.

3 72 Tul. L. Rev. 159 (1997).

4 *W. Leisner*, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Band 17 (1983), 9.

5 So schon 1985 *O. Depenheuer*, Staatliche Finanzierung im Krankenhauswesen, S. 21.

Die öffentliche Hand leidet seit Jahren – trotz zwischenzeitlich steigender Steuereinnahmen – an einer strukturellen Finanznot, die auch durch die erhebliche Staatsverschuldung bedingt ist⁶. Gleichzeitig steigen die Ansprüche der Bürger. Das Füllhorn, mit dem früher Finanzlöcher gestopft werden konnten, ist leer. Gesellschaftliche Ideale sind nicht mehr so einfach umzusetzen. Der Staat zieht sich immer mehr zurück. Krankenhäuser werden privatisiert oder in eigenständige Betriebe umgewandelt⁷. Damit steigen auch die Anforderungen an die freigemeinnützigen Krankenhäuser⁸ und ihr wirtschaftlicher Druck⁹. Alle Parteien, insbesondere Staat und Kirchen, werden immer stärker aufeinander angewiesen sein, um ihre jeweiligen Aufgaben im Bereich der Krankenfürsorge zu erfüllen¹⁰.

Wenn die Gelder knapper werden, ist zu fragen, welchen Status kirchliche Krankenhäuser in Deutschland haben, und insbesondere, inwieweit sie auf staatliche Hilfe und Unterstützung nicht nur faktisch bauen können, sondern auch rechtlich Anspruch haben. Dabei ist zu untersuchen, ob und in welcher Art und Weise sich Leistungsansprüche aus Grundrechten ergeben können.

Für die Kirchen sind die Krankenhäuser nicht einfach nur Einrichtungen, in denen freie Träger soziale Dienste erbringen und dadurch den Staat entlasten.

„Sie sollen über ihre säkulare Nützlichkeit hinaus Kirche sein: Zeichen des Glaubens und Bekundung der Nächstenliebe inmitten der nachchristlichen, pluralistischen Gesellschaft.“¹¹

Daher sehen es die kirchlichen Krankenhäuser auch als ihre besondere Mission an, sich um Patienten in Extremsituationen (z.B. Koma) zu kümmern¹².

Vorauszuschicken ist, dass im Rahmen dieser Arbeit vorwiegend die Finanzierung von Krankenhäusern durch die (gesetzlichen) Krankenkassen untersucht wird, während (private) Krankenversicherungen nur ansatzweise berücksichtigt werden. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass in Deutschland ca. 90 % der Bürger über Krankenkassen (sei es eine Orts-, Ersatz-, Innungs- oder Betriebs-

6 Die Staatsverschuldung Deutschlands betrug Ende 2008 insgesamt ca. 1.655 Mrd. €, vgl. http://www.steuerzahler.de/files/19765/Verschuldung_19_1_2009.pdf (6.1.2010).

7 Zu den dabei entstehenden arbeitsrechtlichen Problemen *M. Wollenschläger/Ch. von Harbou*, NZA 2005, 1081.

8 Vgl. „Krankenhäuser am Tropf“, RHEINISCHE POST v. 14.09.2002.

9 *A. Bangard*, ZWeR 2007, 183 (184).

10 So schon 1983 *H. Pottmeyer*, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Band 17 (1983), 62.

11 *J. Isensee*, Festschrift Obermayer, 203 (204); zum Staatskirchenrecht im pluralistischen Staat *W. Rütfer*, Festschrift Hollerbach, 691.

12 Vgl. *B. Egelko*, „New Catholic mandate on comatose patients“, SAN FRANCISCO CHRONICLE, 3.1.2010.

krankenkasse) versichert sind, zum anderen können die Krankenkassen als erweiterter Teil der Staatsverwaltung betrachtet werden. Insofern befinden sie sich in einer ähnlichen Zwangslage wie andere staatliche Stellen. Private Krankenversicherungen hingegen treten gegenüber den Krankenhäusern als normale Marktteilnehmer auf und unterliegen kaum rechtlichen Bindungen (so gibt es z.B. keinen Kontrahierungszwang). Zudem ist der Kostenschuldner regelmäßig der Patient, dem ein Erstattungsanspruch gegen seine Krankenversicherung zusteht. Einen eigenen Anspruch gegen die Krankenversicherung hat das Krankenhaus jedoch nur im Ausnahmefall¹³.

Auch wenn oft gesagt wird, das Sozialwesen habe nur wenig gemeinsam mit der gewerblichen Wirtschaft, so wird diese These doch immer öfter angegriffen. Dabei werden die Gemeinsamkeiten herausgestellt. Krankenhausträger müssen auch wirtschaftlich denken. Geldverschwendung aus „Humanitätsduselei“ kann sich heutzutage keine Klinik mehr leisten. Insofern muss die Frage „Sozialrecht als Wirtschaftsrecht?“¹⁴ mit Ja beantwortet werden. Angesichts der großen Bedeutung des sozialen Sektors an der gesamten Volkswirtschaft¹⁵ ist er auch unter dem Gesichtspunkt des Wirtschaftsrechts zu betrachten. Die verstärkte Verlagerung auf den privaten Sektor zwingt dazu, die bisherige staatsbezogene Sichtweise zu ändern und die marktbezogenen Argumentationen des Wirtschaftsrechts einzubeziehen¹⁶. Selbst wenn bisher immer eine staatlich geplante Lösung bevorzugt wurde¹⁷, kann dies unter dem europäischen Konkurrenz- und Öffnungsdruck nicht so bleiben. Dabei ist zu beachten, dass es bisher schon einen Wettbewerb zwischen den Krankenhausträgern gab – allerdings um staatliche Förderung, nicht primär um Patienten¹⁸. Nunmehr wird der Wettstreit zwischen den Krankenhäusern um die Patienten stärker.

Besonders die europäische Entwicklung zwingt dazu. Der gemeinsame europäische Markt¹⁹ nimmt keine Rücksicht auf die bisherigen Grenzen und Einflussbereiche der einzelnen Sozialleistungsträger. Der *EuGH* erkennt zwar an, dass in einigen Punkten die Grundfreiheiten eingeschränkt werden können.

13 Siehe unten S. 154.

14 So der Titel der Antrittsvorlesung von *A. Hänlein* in Kassel, veröffentlicht in NZS 2003, 617.

15 Das Gesundheitswesen hat einen Anteil von 10,9 % am Bruttoinlandsprodukt, vgl. *DKG*, Anteil der Gesundheitsausgaben am BIP 2004 in Prozent, verfügbar unter <http://www.dkgev.de/pdf/1401.pdf> (6.1.2010).

16 So *A. Hänlein*, NZS 2003, 617 (618). Vgl. zum Sport *EuGH*, Urt. v. 15.12.1995 – C 415/93, Slg. 1995, I-4921 (BOSMAN).

17 Krit. dazu *J. Wiemeyer*, Krankenhausfinanzierung und Krankenhausplanung, S. 89 ff.

18 *M. Linzbach*, KuR 800, 7 (8).

19 Art. 4 Abs. 2 lit. a) AEUV.

Dennoch prüft er diese Einschränkungen umfassend. Daher ist das europäische Wirtschaftsrecht bei jeder Regelung des nationalen Sozialrechts zu berücksichtigen²⁰ – unabhängig von der fehlenden Kompetenz der Europäischen Union für das Sozialrecht²¹. Damit verstärkt sich auch der Druck auf die gesetzliche Krankenversicherung.

Gerade die wirtschaftliche Bedeutung der kirchlichen Sozialeinrichtungen und Krankenhäuser zwingt zu einer Betrachtung aus dem Blickwinkel des Europarechts²². Die Kommission hat schon durch ihr Handeln in den letzten Jahren deutlich gemacht, dass sie nicht gewillt ist, nationale Besonderheiten in einem Maß zu respektieren, das mit dem Binnenmarkt unvereinbar ist²³.

I. Aufbau der Arbeit

Zunächst wird das Untersuchungsobjekt, das kirchliche Krankenhaus, näher beschrieben und in die derzeitige Krankenhauslandschaft eingeordnet. Dazu wird die gesamte derzeitige Struktur dargestellt, um zu verdeutlichen, wie groß (oder klein) der Spielraum der kirchlichen Krankenhäuser und ihrer Träger ist.

Anschließend werden die Finanzquellen – auch in der historischen Entwicklung – dargestellt. Besonderer Wert wird dabei auf die Einzelheiten des Finanzierungssystems und die damit verbundenen Fragen, z.B. zum Krankenhausplan und zum Versorgungsvertrag sowie zur Gestaltung der Förderung, gelegt. Berücksichtigt werden auch die europarechtlichen Anforderungen, insbesondere des Beihilfe- und Vergaberechts²⁴. Denn das Ergebnis der jeweiligen Prüfungen auch beeinflusst die grundrechtlichen Überlegungen – wenn die Krankenhausförderung nur unter gewissen Bedingungen europarechtskonform ist, wäre ein anders ausgerichteter Vorschlag wegen Europarechtswidrigkeit unbrauchbar. Anschließend werden die Normen des Grundgesetzes und des einfachen Rechts untersucht, die auf kirchliche Krankenhäuser anwendbar sind.

Darauf aufbauend werden die Anforderungen an die Finanzierung analysiert, zunächst die grundsätzlichen Fragestellungen und dann spezielle Anforderun-

20 *A. Hänlein*, NZS 2003, 617 (620); *K.-A. Schwarz*, EuR 2002, 192 (208); *M. Wollenschläger/S. Grimm*, ZIAS 18 (2004), 335; vgl. auch *U. Becker*, NZS 1998, 359; *ders.*, NJW 2003, 2272; *I. Ebsen*, in: v. Bogdandy/Kadelbach (Hrsg.), Solidarität und Europäische Integration, 21 (27).

21 Vgl. *H. Rebscher*, Festschrift von Maydell, 549.

22 *K.-A. Schwarz*, EuR 2002, 192 (207); *M. Linzbach*, KuR 480, 1.

23 Vgl. die Regelungen zum deutschen Sparkassenwesen; dazu *E. Kruse*, NVwZ 2000, 721; *H.-J. Niemeyer/S. Hirsbrunner*, EuZW 2000, 364.

24 Siehe allgemein auch *A. Lehmann*, Krankenhaus und EG-Beihilferecht; *K. Stürz*, Staatliche Förderung der christlichen karitativen Kirchentätigkeit.

gen. In diesem Zusammenhang geht es auch um die Problematik, inwieweit sich aus Grundrechten Ansprüche ergeben können. Diese Frage wird unter Beachtung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie der Literatur erörtert.

An geeigneten Stellen werden Bezüge zur Situation in den Vereinigten Staaten von Amerika hergestellt. Zweck²⁵ ist dabei, die immer wieder in der Diskussion verwendeten Bezüge – gerade zur Situation in den USA – auf ihre sachliche Rechtfertigung zu untersuchen²⁶. Dabei muss berücksichtigt werden, dass die USA zwar formell eine starke Trennung von Staat und Religion kennen, aufgrund der soziologischen Situation jedoch eine deutliche Verbindung vorhanden ist²⁷. Zudem ist das amerikanische Gesundheitswesen sehr teuer, aber dennoch bestehen erhebliche Ungleichheiten²⁸. Insofern unterscheidet sich die Ausgangslage von der in Deutschland²⁹. Ob daher die Vorschläge, die in anderen Ländern zur Lösung vergleichbarer Probleme – z.B. der Kostenexplosion im Gesundheitswesen – gemacht werden, auf Deutschland übertragen werden können, ist fraglich³⁰. In diesem Sinne ist die Rechtsvergleichung zwar ein „Lösungsfundus für Rechtsfortbildung und Rechtspolitik“³¹, aber kein Allheilmittel; sie kann jedoch dazu dienen, die Begründung der deutschen Regelungen zu hinterfragen.

25 Zum Zweck der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht *Ch. Starck*, JZ 1997, 1021.

26 Siehe *L. Heiny*, „Ein Herz für Amerika“, FINANCIAL TIMES DEUTSCHLAND v. 20.2.2009.

27 Vgl. „Endless culture wars“, THE ECONOMIST v. 2.10.2008.

28 DÄBl. 106 (2009), A 24.

29 Vgl. *W. Brugger*, AöR 132 (2007), 4; vgl. auch *M. Quaa*s, VBIBW 2003, 217.

30 Vgl. zur Einführung der DRGs *D. Knüppel*, KH 2003, 387.

31 *M. Rhein*stein, JuS 1972, 65 (66).

II. Typologie der Krankenhäuser

Zunächst wird der Begriff „Krankenhaus“³² definiert. Dazu werden die Definitionen in den verschiedenen Gesetzen dargestellt und analysiert. Anschließend wird eine Klassifikation der verschiedenen Typen von Krankenhäusern vorgenommen³³.

1) Zum Begriff „Krankenhaus“

Beim Begriff „Krankenhaus“ hat jeder eine ungefähre Vorstellung, was darunter zu verstehen ist. Dabei wird vor allem an das Gebäude gedacht, in dem Patienten untergebracht und behandelt werden.

Für die Rechtsanwendung ist dieser Begriff nicht eindeutig genug³⁴. Daher gibt es in verschiedenen Bereichen unterschiedliche Definitionen von „Krankenhaus“. Alle gehen von derselben Basis aus, unterscheiden sich jedoch – je nach Zielrichtung der Norm – in Details, die (manchmal) entscheidend sein und in bestimmten Zusammenhängen Bedeutung erlangen können. Wenn die Behandlung in einem Krankenhaus erfolgt, hat sie z.B. Indizwirkung für die Kostentragungspflicht der Krankenkassen. Dies entfällt erst dann, wenn es (nur noch) um einen Pflegefall geht³⁵.

a) Krankenhaus- und sozialrechtliche Definition

Definitionen des Begriffs „Krankenhaus“ finden sich für das Krankenhausrecht bundesrechtlich im Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) und im Fünften Buch Sozialgesetzbuch (SGB V). Die Krankenhausgesetze der Länder

³² Andere – auch hier – verwandte Begriffe sind z.B. Krankenanstalt, Hospital, Klinik. Zum Begriff vgl. auch *M. Quaas/R. Zuck*, Medizinrecht, § 23 Rn. 51 u. Fn. 141; *M. Kaltenborn*, GesR 2006, 538.

Bis in die frühe Neuzeit hinein wurden die Begriffe „Xenodochium“ und „Nosokomium“ als Unterbringung für Reisende und Pilger und „Hospitium“ als Unterbringung für Arme, Alte und Kranke verwandt, allerdings ohne eine einheitliche Abgrenzung. Vgl. *A. Heller*, Krankenhaus, I., in: LThK, 6. Band, 3. Aufl. 1997, Sp. 413; *M. Hamann*, Hospital, in: LThK, 5. Band, 3. Aufl. 1996, Sp. 285; *H. Seibert*, Hospiz, in: RGG, Band 3, 4. Aufl. 2000, Sp. 1913; siehe auch *J. v. Steynitz*, Mittelalterliche Hospitäler, S. 35, unter Verweis auf eine Bulle des Papstes Paschalis II. aus dem Jahre 1113.

³³ Vgl. auch die Typologien bei *O. Depenheuer*, Staatliche Krankenhausfinanzierung, S. 79 ff.

³⁴ Zum möglichen Änderungsbedarf vgl. *M. Kaltenborn*, in: MAGS (Hrsg.), Krankenhausrechtstag 2006, 15 (21 ff.).

³⁵ Vgl. *BSG*, Urt. v. 7.7.2005 – B 3 KR 40/04 R, GesR 2005, 558.

verzichten auf eigene Definitionen und verweisen auf das KHG³⁶. Krankenhäuser sind gemäß § 2 Nr. 1 KHG³⁷

„Einrichtungen, in denen durch ärztliche und pflegerische Hilfeleistung Krankheiten, Leiden oder Körperschäden festgestellt, geheilt oder gelindert werden sollen oder Geburtshilfe geleistet wird und in denen die zu versorgenden Personen untergebracht und gepflegt werden können.“

Ausführlicher ist eine Definition für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung in § 107 Abs. 1 SGB V, wonach

„Krankenhäuser [...] Einrichtungen [sind], die

1. der Krankenhausbehandlung oder Geburtshilfe dienen,
2. fachlich-medizinisch unter ständiger ärztlicher Leitung stehen, über ausreichende, ihrem Versorgungsauftrag entsprechende diagnostische und therapeutische Möglichkeiten verfügen und nach wissenschaftlich anerkannten Methoden arbeiten,
3. mit Hilfe von jederzeit verfügbarem ärztlichem, Pflege-, Funktions- und medizinisch-technischem Personal darauf eingerichtet sind, vorwiegend durch ärztliche und pflegerische Hilfeleistung Krankheiten der Patienten zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten, Krankheitsbeschwerden zu lindern oder Geburtshilfe zu leisten,

und in denen

4. die Patienten untergebracht und gepflegt werden können.“

Diese Definition ist etwas enger als die des KHG³⁸; da beide jedoch aufeinander abgestimmt sein müssen (vgl. § 108 SGB V), baut die Definition des SGB V auf der des KHG auf³⁹. Relevant werden die Unterschiede für den Bereich der Vorsorge- und Rehabilitationskrankenhäuser, die in § 111 SGB V definiert sind⁴⁰.

Die anderen Vorschriften des Krankenhaus- und Pflegesatzrechts verwenden den Begriff „Krankenhaus“, ohne ihn zu definieren.

Durch die genannten Definitionen soll das „Krankenhaus“ von der „Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtung“ gemäß § 107 Abs. 2 SGB V unterschieden

³⁶ Z.B. Nordrhein-Westfalen, vgl. dazu *D. Prütting*, KHGG NRW, § 1 Rn. 9.

³⁷ Vgl. dazu *M. Quaas/R. Zuck*, Medizinrecht, § 23 Rn. 34 ff.; Rechtsprechungsübersicht bei *R. Vollmer*, KH 1988, 354 (355 ff.).

³⁸ *M. Quaas/R. Zuck*, Medizinrecht, § 23 Rn. 40.

³⁹ *U. Becker*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 107 Rn. 5.

⁴⁰ *H. Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, § 83 Rn. 17.

werden⁴¹. Die Zielrichtung der ärztlichen Tätigkeit in beiden Arten von Einrichtungen ist eine andere: Während im Krankenhaus eine Heilung des Patienten angestrebt wird, soll in einer Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtung entweder die Entstehung einer Krankheit verhindert oder sollen ihre Folgen gemindert werden. Die ärztliche Tätigkeit ist gegenüber einem Krankenhaus zurückgenommen⁴². Besteht jedoch ein ärztliches Letztentscheidungsrecht, handelt es sich um ein Krankenhaus i.S.d. KHG⁴³. Ausreichend ist, wenn nur teilstationäre Behandlungen durchgeführt werden⁴⁴.

Mangels ständiger ärztlicher Leitung handelt es sich bei einem von Hebammen geleiteten Entbindungsheim nicht um ein Krankenhaus i.S.v. § 197 RVO. Eine gewerberechtliche Genehmigung hat keine Indizwirkung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung und der staatlichen Krankenhausplanung⁴⁵.

Unwichtig ist die physische Einheit, d.h. der Baukörper, denn ein Krankenhaus im Sinne des Planungsrechts kann über mehrere Betriebsstätten verfügen. Bei einer Fusion sind jedoch nicht nur die Verwaltungen zusammenzulegen, sondern auch die medizinischen Angebote aufeinander abzustimmen⁴⁶.

b) Gewerberechtliche Definition

In § 30 GewO wird eine Erlaubnispflicht für das Betreiben einer „Privatkrankenanstalt“ statuiert. Der Schutzzweck dieser Vorschrift ist der Schutz des Patienten vor Gefahren, die aus seiner Eingliederung in ein betriebliches Organisationsgefüge entstehen⁴⁷, wobei sie nur für gewerbsmäßig, d.h. mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene Krankenanstalten gilt⁴⁸.

41 Kritisch insoweit *M. Quaas/R. Zuck*, Medizinrecht, § 23 Rn. 48.

42 Vgl. *M. Quaas/R. Zuck*, Medizinrecht, § 23 Rn. 42. Die alte Rechtsprechung des *BSG* zu § 184a RVO (z.B. Urt. v. 27.11.1980 – 8a/3 RK 60/78, *BSGE* 51, 44 [46]), wonach in Spezialeinrichtungen keine intensive ärztliche Behandlung vorausgesetzt wird, ist überholt, weil zumindest eine gewisse ärztliche Tätigkeit erlaubt ist.

43 *BVerwG*, Urt. v. 14.4.1988 – 3 C 36.86, *NJW* 1989, 2963.

44 *BSG*, Urt. v. 28.1.2009 – B 6 KA 61/07 R, *GesR* 2009, 487.

45 *BSG*, Urt. v. 21.2.2006 – B 1 KR 34/04 R, *NZS* 2006, 648.

46 Vgl. *BVerwG*, Urt. v. 22.9.1983 – 3 C 24.82, *DVBl.* 1984, 523; *Beschl.* v. 23.4.2001 – 3 B 15.01, *NVwZ-RR* 2001, 589; *VGH Mannheim*, Urt. v. 28.11.2000 – 9 S 1976/98, *MedR* 2001, 466; *OVG Münster*, Urt. v. 1.10.1982 – 13 A 1265/81, *NJW* 1983, 2657 (2658).

47 *BVerwG*, Urt. v. 18.10.1984 – 1 C 36.83, *BVerwGE* 70, 201; *P. Tettinger*, in: *Tettinger/Wank*, *GewO*, § 30 Rn. 2; *M. Schulze-Werner*, in: *Friauf* (Hrsg.), *Kommentar zur GewO*, § 30 Rn. 8; *W. Diefenbach*, *GewArch* 1991, 281 (285).

48 *BVerwG*, Urt. v. 2.2.1982 – 1 C 20.78, *GewArch* 1982, 200 (201); *W. Diefenbach*, *GewArch* 1991, 281 (285 f.).

Eine eigene Definition enthält § 30 GewO nicht. Die umfangreiche Rechtsprechung hat den Begriff jedoch im Gewerberecht konkretisiert. Berücksichtigt wurde dabei der angeführte Schutzzweck.

Primär geht es um die Betreuung und Heilung von Kranken⁴⁹, d.h. die ärztliche Betreuung⁵⁰. Erholungs- oder Vorsorgeeinrichtungen werden damit nicht erfasst⁵¹. Charakteristisches Merkmal in Abgrenzung von Arztpraxen ist die stationäre Behandlung⁵². Die Unterscheidung zu ambulanten Einrichtungen erfolgt nach dem Grad, in dem die Behandlung den Tagesablauf des Patienten bestimmt⁵³. Außerdem bieten Krankenhäuser Unterbringungs- und Pflegeleistungen an⁵⁴. Damit sind Akutkrankenhäuser, Rehabilitationskliniken und Kurkrankenhäuser als Krankenanstalten anzusehen⁵⁵, nicht aber Vorsorgeeinrichtungen, Tageskliniken⁵⁶, ambulante Operationszentren, ärztliche Praxen⁵⁷, Dialysestationen⁵⁸ und Kosmetikzentren⁵⁹. Eine schematische Betrachtung ist nicht möglich. Entscheidend ist immer, ob Patienten über Nacht untergebracht werden können⁶⁰. Für Privatentbindungsanstalten gelten geringere Anforderungen an die ärztliche Betreuung, die nicht rund um die Uhr vor Ort gewährleistet sein muss⁶¹.

Nicht gewerberechtlich relevant ist die Definition im KHG. Die Aufnahme in den Krankenhausplan befreit den Krankenhausträger nicht von der Einholung einer gewerberechtlichen Erlaubnis⁶². Dies folgt schon aus den unterschiedlichen Zuständigkeiten: Die Aufnahme erfolgt in Nordrhein-Westfalen z.B. durch

49 Zu diesem Begriff vgl. auch *P. Tettinger*, in: *Tettinger/Wank*, GewO, § 30 Rn. 7 m.w.N.

50 *BVerwG*, Urt. v. 9.2.1967 – 1 C 128.64, DÖV 1967, 495 (496).

51 *P. Tettinger*, in: *Tettinger/Wank*, GewO, § 30 Rn. 8.

52 Dazu *P. Tettinger*, in: *Tettinger/Wank*, GewO, § 30 Rn. 10. Eine Andeutung dieses Begriffsmerkmals enthält § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 GewO, der von „Aufnahme“ spricht; so *OVG Münster*, Urt. v. 26.5.1983 – 4 A 1140/82, *GewArch* 1984, 84 (85).

53 *P. Tettinger*, in: *Tettinger/Wank*, GewO, § 30 Rn. 14.

54 *P. Marcks*, in: *Landmann-Rohmer*, GewO, § 30 Rn. 8 a.E.

55 *M. Schulze-Werner*, in: *Friauf* (Hrsg.), *Kommentar zur GewO*, § 30 Rn. 9.

56 Dazu *H. Schiller*, *NZS* 1999, 325.

57 *A. Braun*, *NJW* 1985, 2739.

58 Dazu *BVerwG*, Urt. v. 18.10.1984 – 1 C 36.83, *BVerwGE* 70, 201; a.A. *O. Schober*, *GewArch* 1977, 115.

59 *M. Schulze-Werner*, in: *Friauf* (Hrsg.), *Kommentar zur GewO*, § 30 Rn. 10.

60 *BSG*, Urt. v. 4.3.2004 – B 3 KR 4/04 R, *BSGE* 92, 223; Urt. v. 8.9.2004 – B 6 KA 14/03 R, *MedR* 2005, 609 (610).

61 Vgl. *VG Ansbach*, Urt. v. 31.5.2001 – AN 4 K 00.01462, *GewArch* 2001, 374.

62 *VG Hannover*, Urt. v. 12.8.1997 – 7 A 5284/96, *GewArch* 1998, 29.

die Bezirksregierung⁶³, während für die Konzession die Gewerbeaufsicht, d.h. der Kreis oder die kreisfreie Stadt, zuständig sind⁶⁴.

Der Betrieb einer konzessionspflichtigen Privatkrankenanstalt ohne die notwendige Genehmigung stellt gemäß § 4 Nr. 11 UWG einen Wettbewerbsverstoß dar, gegen den andere Krankenhäuser vorgehen können⁶⁵.

c) Andere Rechtsgebiete

Auch in anderen Rechtsgebieten wird das „Krankenhaus“ geregelt, ohne diesen Begriff näher zu definieren. Aufgrund der eigenständigen Gesetzeszwecke ist nicht die Definition des § 2 KHG heranzuziehen⁶⁶. Für die Funktionsbeschreibung kann sie jedoch angewandt werden⁶⁷.

Im Beihilferecht wird die gleiche Definition wie im Sozialversicherungsrecht verwendet⁶⁸. Im Bereich der privaten Krankenversicherung ist § 4 Abs. 4 MB/KK anzuwenden, wobei die Definition das erfasst, was nach allgemeinem Sprachgebrauch als Krankenhaus verstanden wird; ein eigenständiger Gehalt ist ihr nicht zu entnehmen⁶⁹. Voraussetzung für eine Kostenübernahme durch die private Krankenversicherung ist die Aufnahme des Krankenhauses in den Krankenhausplan oder ihre gewerberechtliche Genehmigung⁷⁰, nicht jedoch die Anwendung schulmedizinischer Methoden⁷¹. Nicht gedeckt ist die Behandlung in „gemischten Anstalten“ ohne vorherige Genehmigung (§ 4 Abs. 5 MB/KK);

⁶³ § 1 Abs. 1 VO zur Regelung von Zuständigkeiten und Verfahren auf dem Gebiet des Krankenhauswesens (KHZVV) v. 21.10.2008 (GVBl. NRW S. 2128).

⁶⁴ Früher § 1 VO zur Regelung von Zuständigkeiten nach den §§ 30 und 144 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b der Gewerbeordnung v. 15.6.1982 (GVBl. NRW S. 300); nunmehr § 3 KHZVV.

⁶⁵ Vgl. zur alten Version des UWG *OLG Hamburg*, Beschl. v. 17.12.1982 – 3 W 1/82, WRP 1982, 423 (zum Kreditvermittler); *KG*, Beschl. v. 26.2.1991 – 5 U 466/91, GewArch 1991, 382 (383) (zur Kennzeichnungspflicht nach § 4 GmbHG); *M. Schulze-Werner* in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur Gewerbeordnung, § 30 Rn. 44. Ebenso darf sich eine Arztpraxis ohne Genehmigung nicht als „Klinik“ bezeichnen, vgl. *OLG Düsseldorf*, Urte. v. 9.9.2008 – I-20 U 168/07, WRP 2009, 104.

⁶⁶ Vgl. *W. Diefenbach*, GewArch 1991, 281 (285).

⁶⁷ *H. Neft*, BayVBl. 1996, 40 (41); *M. Schulze-Werner*, in: Friauf (Hrsg.), Kommentar zur GewO, § 30 Rn. 7.

⁶⁸ *OVG Münster*, Urte. v. 29.10.1973 – XII A 837/72, Städtetag 1974, 390; Urte. v. 27.8.1985 – 6 A 2292/84, OVG 38, 154 (156).

⁶⁹ *BGH*, Urte. v. 4.5.1983 – IVa ZR 113/81, VersR 1983, 677 (679).

⁷⁰ Vgl. *OLG Köln*, Urte. v. 23.6.1999 – 5 U 222/98, VersR 2001, 221.

⁷¹ Vgl. *OLG Düsseldorf*, Urte. v. 9.12.2003 – I-4 U 79/03, KHuR 2005, 49 (50); ausführlich *P. Bach/H. Moser*, Private Krankenversicherung, § 4 Rn. 62 ff.; *B. Kleinken*, KH 2009, 249.

hierdurch soll vermieden werden, dass eine verdeckte Rehabilitationsbehandlung stattfindet⁷².

Aus baurechtlicher Sicht wird das Krankenhaus in den in einigen Ländern erlassenen Krankenhausbauverordnungen erwähnt (z.B. § 2 Abs. 1 KhBauVO NRW⁷³). Auch dabei wird die Verbindung von Heilkunde und Unterbringung und die Abwehr der daraus entstehenden Gefahren thematisiert.

Im Steuerrecht wird das Krankenhaus mehrfach erwähnt (z.B. § 67 AO, § 3 Nr. 2 lit. b GewStG, § 4 Nr. 14 lit. b UStG), ohne allerdings gesondert definiert zu werden⁷⁴. Daher ziehen die Finanzgerichte hilfsweise die Definition des § 2 KHG heran⁷⁵. Entscheidend ist die Möglichkeit einer „Unterbringung“, d.h. der Verlagerung des Lebensmittelpunkts des Patienten in die Einrichtung⁷⁶. Die Erteilung einer Konzession gemäß § 30 GewO bindet die Finanzbehörden⁷⁷.

Im Bereich des Wettbewerbsrechts gibt es zwar keine gesetzliche Definition des Begriffs „Krankenhaus“, jedoch wird immer häufiger über die Verwendung des Begriffs „Klinik“ gestritten⁷⁸. Maßgeblich ist das Verständnis der Patienten⁷⁹, die „Klinik“ mit „Krankenhaus“ gleichsetzen und eine stationäre Behandlung erwarten⁸⁰. Eine rein zahlenmäßige Betrachtung (d.h. mehr stationäre als ambulante Patienten) reicht nicht aus, da der Aufwand bei stationären Patienten höher ist, so dass auch bei wenigen stationären Patienten eine „Klinik“ vorliegen kann⁸¹.

d) Gemeinsamkeiten der Definitionen

Die vorhandenen Definitionen sind entweder leistungsrechtlich (Krankenhausrecht, SGB V, Beihilfe, private Krankenversicherung) oder polizeirechtlich

⁷² Vgl. *OLG Koblenz*, Beschl. v. 22.3.2007 – 10 U 1143/06, VersR 2008, 108.

⁷³ Verordnung über den Bau und Betrieb von Krankenhäusern (Krankenhausbauverordnung – KhBauVO) v. 21.2.1978 (GVBl. NRW S. 154), zuletzt geändert durch Art. 118 des Gesetzes v. 5.4.2005 (GVBl. NRW S. 274).

⁷⁴ *K. E. Knorr/R. Klaufmann*, Besteuerung der Krankenhäuser, S. 17.

⁷⁵ *BFH*, Urt. v. 2.3.1989 – IV 83/86, BFHE 156, 183 (185); Urt. v. 22.10.2003 – I R 65/02, BFHE 204, 278 (280).

⁷⁶ *BFH*, Urt. v. 22.10.2003 – I R 65/02, BFHE 204, 278.

⁷⁷ *BFH*, Urt. v. 20.12.1967 – III 343/63, BFHE 90, 519.

⁷⁸ Vgl. *BGH*, Urt. v. 15.6.1988 – IZR 51/87, BGHZ 104, 384; Urt. v. 7.6.1996 – IZR 103/94, MedR 1996, 563; *OLG Nürnberg*, Urt. v. 12.2.1997 – 3 U 2096/96, NJW-RR 1998, 113; *LG Kleve*, Urt. v. 10.8.2007 – 8 O 2/07, GesR 2007, 480; *I. Kuhlen*, AZR 2007, 147.

⁷⁹ *BGH*, Urt. v. 29.3.1990 – IZR 76/88, NJW 1990, 2317.

⁸⁰ Vgl. *OLG Hamburg*, Urt. v. 28.11.2002 – 3 U 206/00, OLGR Hamburg 2003, 298; *LG Düsseldorf*, Urt. v. 20.11.2006 – 12 O 366/04, AZR 2007, 84.

⁸¹ *BGH*, Urt. v. 7.6.1996 – IZR 103/94, NJW 1996, 3083 (3084).

(Gewerberecht, Baurecht, Wettbewerbsrecht) geprägt. Der wichtigste Unterschied betrifft die Trennschärfe: Im Leistungsrecht ist eine genaue Abgrenzung wichtig, während bei der Gefahrenabwehr ein gröberes Raster ausreicht.

Dennoch haben sie einen gemeinsamen Kern: Es handelt sich bei einem Krankenhaus um eine Einrichtung, in der Patienten medizinisch behandelt und dabei untergebracht werden können. Wichtig sind zwei Elemente: die ärztliche Behandlung und die Unterbringung. Ein Krankenhaus könnte als eine Verbindung von Herberge und Arztpraxis beschrieben werden.

2) Einteilung der Krankenhäuser

Man kann die Krankenhäuser nach der Art der Versorgung, der Trägerschaft oder der Organisation einteilen. Diese Unterteilung findet sich in der Krankenhausstatistik des Statistischen Bundesamtes, die auf der Grundlage der Krankenhausstatistik-Verordnung⁸² erarbeitet wird. Sie hat in weiten Bereichen jedoch kaum Auswirkungen auf die rechtliche Struktur, in die das Krankenhaus eingebunden ist.

Daneben gibt es auch andere Möglichkeiten der Klassifizierung, so z.B. nach dem Status als Plankrankenhaus oder Außenseiter⁸³ oder nach der wirtschaftlichen Betriebsführung, ob es sich also um erwerbswirtschaftliche oder gemeinnützige Betriebe handelt⁸⁴. Gerade die letztgenannte Kategorisierung erweist sich jedoch als nicht sehr hilfreich: Auch „gemeinnützige“ Krankenhäuser müssen bestrebt sein, zumindest ihre Kosten zu decken, da sie angesichts der Finanzknappheit der öffentlichen Hand nicht auf Unterstützung (außer durch die Mittel im Rahmen des KHG) bauen können. Ein Unterschied wäre die Verwendung eventueller Überschüsse: Während diese bei gemeinnützigen Einrichtungen im Krankenhaus verbleiben, sei es als Reserve oder für Investitionen, werden Gewinne bei eigenwirtschaftlichen Betrieben regelmäßig an die Anteilseigner ausgeschüttet. Die Verwendung eines Gewinns ist jedoch irrelevant für die Frage, ob ein gemeinnütziger Betrieb vorliegt⁸⁵.

82 Verordnung über die Bundesstatistik für Krankenhäuser (Krankenhausstatistik-Verordnung) v. 10.4.1990 (BGBl. I S. 730), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes v. 15.12.2004 (BGBl. I S. 3429); zur geschichtlichen Entwicklung der Krankenhausstatistik seit 1931 vgl. *R. Rausch*, Freigemeinnützige Krankenhäuser in der BRD (1984), S. 75 ff.

83 D.h. als Krankenhaus, das nicht in den Krankenhausplan aufgenommen wurde und somit „außerhalb“ des System steht, vgl. *O. Depenheuer*, Staatliche Krankenhausfinanzierung, S. 82 f.

84 *O. Depenheuer*, Staatliche Krankenhausfinanzierung, S. 86 ff.

85 Vgl. *K. E. Knorr/R. Klawmann*, Besteuerung der Krankenhäuser, S. 53, unter Verweis auf *BFH*, Urt. v. 15.7.1998 – I R 156/94, BFHE 186, 546.

a) Nach der Art der Versorgung

Nach der Art der Versorgung können zunächst Akut- und Belegkrankenhäuser unterschieden werden. Ein weiteres Merkmal zur Kategorisierung ist die Palette des medizinischen Angebots – von der Grund- bis zur Maximalversorgung. Die Art der Versorgung ergibt sich normalerweise aus dem Versorgungsauftrag⁸⁶. Zudem gibt es Unterschiede im Hinblick auf den zu versorgenden Personenkreis.

(1) Medizinisches Leistungsangebot und zu versorgender Personenkreis

Während Allgemeinkrankenhäuser gleichberechtigte Abteilungen verschiedener Fachrichtungen haben, bestimmt bei Fachkliniken ein Gebiet oder Teilgebiet das Leistungsangebot⁸⁷. Bei den Fachkliniken handelt es sich überwiegend um kleinere Häuser. Der Anteil privater Träger ist überproportional hoch. Die meisten kirchlichen Krankenhäuser sind Allgemeinkrankenhäuser.

Daneben gibt es noch Sonderkrankenhäuser, die entweder nur bestimmte Patientengruppen aufnehmen (z.B. Strafgefangene oder Suchtpatienten), der Versorgung eines bestimmten Personenkreises dienen (z.B. Bundeswehrkrankenhäuser), die eine spezielle Unterbringung aufweisen (z.B. psychiatrische Kliniken) oder besondere Behandlungsmaßnahmen durchführen (z.B. Rehabilitationseinrichtungen)⁸⁸. Aufgrund ihrer besonderen Situation fallen sie meistens aus dem Anwendungsbereich des KHG⁸⁹.

Die Hochschulkliniken, die ihren Status nach der Aufnahme in das Hochschulbauförderprogramm des Bundes erhalten haben, sind normalerweise ebenfalls Allgemeinkrankenhäuser. Nach Aufhebung von §§ 61 – 66 HRG a.F. werden in einigen Bundesländern neue Strukturen eingeführt. So werden Universitätskliniken in eigenständige Anstalten des öffentlichen Rechts überführt, in Stiftungen umgewandelt oder sogar privatisiert⁹⁰. Zudem wurde durch die Föderalismusreform die Finanzierungszuständigkeit geändert: Erfolgte

⁸⁶ *M. Quaas/R. Zuck*, Medizinrecht, § 23 Rn. 72 ff.; *M. Quaas*, MedR 1995, 54.

⁸⁷ *H. Genzel*, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 83 Rn. 31 f.

⁸⁸ Zur Abgrenzung vgl. auch *BVerwG*, Urt. v. 22.5.1980 – 3 C 131.79, DÖV 1981, 349 (Ls.).

⁸⁹ Für die Gefängniskrankenhäuser § 3 S. 1 Nr. 2 KHG; für die Rehabilitationskliniken § 5 Abs. 1 Nr. 7 KHG; vgl. *H. Genzel*, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 83 Rn. 33.

⁹⁰ Zu den Universitätskliniken vgl. auch *H. Genzel*, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 83 Rn. 39a; *A. Karthaus/A. Schmehl*, MedR 2000, 299; *J.-F. Leonhard*, DÖV 2005, 1035.

bisher eine gemeinsame Finanzierung durch Bund und Länder, so sind jetzt nur noch die Länder zuständig⁹¹.

(2) Versorgungsstufen

Nach der Art der Versorgung wird ebenfalls unterschieden nach Krankenhäusern der Grund-, Regel- und Schwerpunktversorgung. Die einzelnen Versorgungsstufen werden von den Bundesländern definiert⁹².

In der Grundversorgung umfasst ein Krankenhaus die Basisabteilungen Innere Medizin und Chirurgie sowie teilweise Gynäkologie, unter Umständen auch ergänzt durch weitere (Beleg-)Abteilungen wie Hals-Nasen-Ohren-Heilkunde oder Orthopädie⁹³.

Bei den Krankenhäusern der Regelversorgung kommen noch weitere Abteilungen wie Geriatrie, Kardiologie, Radiologie etc. hinzu. Sie erfüllen neben den Aufgaben der Grundversorgung auch überörtliche Schwerpunktaufgaben⁹⁴.

Einrichtungen der Schwerpunktversorgung weisen neben allen Abteilungen der Regelversorgung sowie weiteren Abteilungen (z.B. Strahlentherapie) besondere Schwerpunkte auf⁹⁵. Teilweise werden diese Schwerpunkte auch in der Landesplanung gesondert erfasst und ausgewiesen. Dabei handelt es sich z.B. um die Bereiche Onkologie, Perinatalmedizin, Behandlung von Schlaganfallpatienten, Brandverletzungen, Herzchirurgie, Knochenmarktransplantationen oder Infektionspatienten⁹⁶. Bestimmte Operationen erfordern noch zusätzliche Genehmigungen, z.B. Organtransplantationen (§ 10 TPG)⁹⁷.

Naturgemäß sind die meisten Krankenhäuser der Grundversorgung zuzuordnen. Insbesondere im ländlichen Raum sind diese Häuser eher klein (zwischen 100 und 200 Betten) und zur optimalen Versorgung der Patienten auf die Kooperation mit Einrichtungen der Regel- oder Schwerpunktversorgung

91 Vgl. dazu BT-Drs. 16/9674 (Kl. Anfrage der Fraktion der FDP) und BT-Drs. 16/10072 (Antwort der Bundesregierung).

92 Vgl. *H. Genzel*, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, § 83 Rn. 40; in NRW früher § 13 Abs. 4 KHG NRW; dazu *P. Pant/D. Prütting*, KHG NRW, § 13 Rn. 56 f. Inzwischen hat das Land die Schwerpunktplanung aufgegeben, vgl. NRW LT-Drs. 14/3958, S. 1; *D. Prütting*, KHGG NRW, § 13 Rn. 26.

93 Vgl. für Bayern *H. Genzel*, BayVBl. 1974, 449 (454).

94 Vgl. für Bayern *H. Genzel*, BayVBl. 1974, 449 (454).

95 Vgl. für Bayern: *H. Genzel*, BayVBl. 1974, 449 (454).

96 Beispielhaft noch § 15 KHG NRW und darauf basierend der Krankenhausplan 2001 des Landes Nordrhein-Westfalen.

97 Zu den inhaltlichen Kriterien *BVerwG*, Urt. v. 13.9.2001 – 3 C 41.00, MedR 2002, 586.

angewiesen⁹⁸. Andererseits kooperieren sie gerne mit den kleineren Häusern, um auf diese Weise Patienten zu bekommen⁹⁹.

Die meisten kirchlichen Krankenhäuser sind der Grund- und Regelversorgung zuzuordnen. Nur wenige Häuser gehören zur Schwerpunktversorgung. Die zunehmende Konzentration auch bei den kirchlichen Krankenhäusern wird zu einer Arbeitsteilung führen, so dass es mehr große Zentralkrankenhäuser und dazugehörige kleinere Krankenhäuser der Grundversorgung, auch Portalkliniken genannt, geben wird.

Die Einteilung nach Versorgungsstufen wird inzwischen immer mehr in Frage gestellt. Insbesondere wird bei der Förderung nicht mehr nach Stufen differenziert. Die Einteilung hat daher nur noch symbolischen Charakter, bietet jedoch keinen verbindlichen Hinweis auf das Leistungsangebot¹⁰⁰.

b) Nach der Trägerschaft

Auch wenn im Gesetz oft vom „Krankenhaus“ gesprochen wird, stellen die Regelungen meistens materiell auf dessen Träger ab. Dies gilt insbesondere für finanzielle Fragen¹⁰¹.

Nach der Trägerschaft unterscheiden sich öffentliche, freigemeinnützige und private Krankenhäuser. Auch unterschiedliche Betriebsformen existieren noch, jedoch geht die Zahl der als Regie- oder Eigenbetriebe geführten öffentlichen Krankenhäuser immer mehr zurück. Sehr viele Krankenhäuser wurden inzwischen in die Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung überführt¹⁰².

(1) Öffentliche Krankenhäuser

Öffentliche Krankenhäuser sind zunächst alle von den Gemeinden und Kreisen sowie sonstigen Zweckverbänden getragenen Krankenhäuser. Außerdem zählen dazu auch die von den Ländern getragenen Universitätskliniken und Landeskrankenhäuser¹⁰³. Der Bund betreibt die Krankenhäuser der Bundeswehr¹⁰⁴. In

⁹⁸ Zur problematischen Lage der (inzwischen kaum noch bestehenden) Kleinkrankenhäuser mit weniger als 100 Betten schon *E. Brucknerberger*, KH 1984, 265.

⁹⁹ Zu den kartellrechtlichen Risiken von Kooperationen vgl. *A. Regorz*, f&w 2005, 588.

¹⁰⁰ Vgl. *A. Bangard*, ZWeR 2007, 183 (217); vgl. auch NRW LT-Drs. 14/3958, S. 1.

¹⁰¹ Vgl. *M. Quaaas/R. Zuck*, Medizinrecht, § 23 Rn. 61.

¹⁰² Vgl. *H. Genzel*, in: Laufs/Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 83 Rn. 39. Zu den Veränderungen seit 1992 *B. Gerste*, in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, 295. Zu den Verhältnissen in Bayern siehe *B. Klein*, BayVBl. 1993, 609. Kritisch insgesamt *M. Quaaas/R. Zuck*, Medizinrecht, § 23 Rn. 63 a.E.

¹⁰³ Die Länder betreiben keine Polizeikrankenhäuser, nur Krankenhäuser im Bereich des Strafvollzugs. Die Erwähnung von Polizeikrankenhäusern in § 3 S. 1 Nr. 3 KHG hat historische Gründe.

diese Kategorie werden jedoch auch die von den Sozialversicherungsträgern betriebenen Krankenhäuser eingeordnet, also z.B. die berufsgenossenschaftlichen Unfallkliniken oder die Knappschaftskrankenhäuser¹⁰⁵.

Die früher klare Kategorisierung wird inzwischen immer unklarer, sowohl aufgrund von Rechtsformänderungen als auch von Änderungen der Trägerstruktur.

Bisher wurden kommunale Krankenhäuser oft als Eigenbetriebe geführt¹⁰⁶. In den letzten Jahren erfolgte jedoch häufig eine Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder – bei größeren Verbänden – Aktiengesellschaft¹⁰⁷. Solange diese Gesellschaft noch vollständig im Besitz der öffentlichen Hand ist, gilt die Zuordnung als unproblematisch¹⁰⁸. Jedoch werden teilweise auch Anteile im Rahmen von Privatisierungen verkauft¹⁰⁹. Das

104 *M. Rehborn*, in: Weth/Thomae/Reichold, Arbeitsrecht im Krankenhaus, Teil 1 Rn. 39. Laut Auskunft der *Bundespolizei* betreibt diese keine eigenen Krankenhäuser (mehr). Falls sie doch noch erwähnt werden, stammen die Informationen wohl aus der Anfangszeit des Bundesgrenzschutzes, in der er militärisch organisiert war. Die entsprechenden Einrichtungen dürften als Bundeswehrkrankenhäuser weitergeführt worden sein.

105 *M. Rehborn*, in: Weth/Thomae/Reichold, Arbeitsrecht im Krankenhaus, Teil 1 Rn. 40 ff. Gemäß § 140 Abs. 2 SGB V dürfen die Krankenkassen und Sozialleistungsträger nur die Krankenhäuser betreiben, die bereits am 1.1.1989 bestanden haben. Neugründungen dürfen nur in eng begrenzten Ausnahmefällen stattfinden. Das KHG findet auf sie entweder keine Anwendung (§ 3 S. 1 Nr. 4 KHG) oder sie werden zumindest nicht nach dem KHG gefördert (§ 5 Abs. 1 Nr. 5, 11).

106 Vgl. dazu z.B. die Verordnung über den Betrieb gemeindlicher Krankenhäuser (Gemeindekrankenhausbetriebsverordnung – GemKHBVO) Nordrhein-Westfalen v. 12.10.1977 (GVBl. NRW S. 360), zuletzt geändert durch Art. 174 des Gesetzes v. 5.4.2005 (GVBl. NRW S. 274); dazu *G. Orth*, KU 1980, 970; *J. Wohlfarth*, VR 1991, 55.

107 Beispielsweise in Berlin; dazu z.B. *K.-D. Henke*, VSSR 2002, 327 (332 ff.); zu München vgl. *I. Anker/K. P. Rupp*, KH 2004, 85; zu den aktuellen Problemen z.B. *M. Zaddach*, Klinik Management Aktuell 2003, 40; zu den personalvertretungsrechtlichen Fragen vgl. *VG Frankfurt am Main*, Urt. v. 16.11.2009 – 23 K 2720/09.F.PV(V) u.a. Insgesamt *R. Strehl*, in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, 113; *J. Wohlfarth*, VR 1991, 55.

108 Allerdings ergeben sich gewerberechtliche Probleme, siehe unten S. 20.

109 Vgl. KU 2004, 178; f&w 2003, 635; DÄBl. 101 (2004), A 2428; allg. *J. Buchta/P. Rädler*, KH 2009, 32.

In Hamburg hat die Asklepios Kliniken GmbH in zwei Stufen 74,9 % der Anteile am Landesbetrieb Krankenhäuser Hamburg (LBK) übernommen, vgl. *Hamburgische Bürgerschaft*, Drs. 18/849 v. 7.9.2004; Gesetz zur Neuregelung des Landesbetriebs Krankenhäuser Hamburg v. 17.12.2004, GBl. 18/54, 487. Diese umstrittene Entscheidung wurde nach der Hamburger Bürgerschaftswahl 2004 und einem Volksentscheid in leicht veränderter Form bestätigt. Vgl. dazu auch *Hamb. VerfG*, Urt. v. 15.12.2003 –

Statistische Bundesamt geht inzwischen davon aus, dass es sich nicht mehr um ein öffentliches Krankenhaus handelt, wenn mehr als 50 % der Anteile von Privaten gehalten werden¹¹⁰.

Im Zuge der wachsenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten der öffentlichen Hand sollen auch in diesem Bereich Wirtschaftlichkeitsreserven erschlossen und durch eine bessere Verknüpfung der Krankenhäuser Kosten gesenkt werden¹¹¹. Dazu werden sogar die Grenzen von Landkreisen und Bundesländern überschritten¹¹². In gleicher Weise werden inzwischen auch Universitätskliniken¹¹³ und (psychiatrische) Landeskrankenhäuser von den Ländern verkauft¹¹⁴.

Teilweise werden bisher kommunale Krankenhäuser von Ordensgemeinschaften oder anderen kirchlichen Trägern übernommen¹¹⁵. In diesem Fall ist das Krankenhaus als „freigemeinnützig“ einzuordnen, denn es kommt nicht auf den Eigentümer des Gebäudes an, sondern auf den Träger des

HVerfG 4/03, DÖV 2004, 387; Urt. v. 15.12.2004 – HVerfG 6/04, NVwZ 2005, 685. Insgesamt zu diesem Komplex *E. Münch*, f&w 2003, 635; *P. Oberender*, f&w 2003, 582; *Ch. Schmidt*, KU 2003, 1090.

Teilweise übernehmen finanzstarke öffentliche Häuser andere kommunale Kliniken, z.B. das Universitätsklinikum Greifswald das Kreiskrankenhaus Wolgast, vgl. DÄBl. 105 (2008), A 1762.

Vgl. insgesamt auch zu den wirtschaftlichen Bedingungen *B. Saed-Hedayatiy*, Privatisierung öffentlicher Krankenhäuser in Deutschland, 1995; *St. Paech*, AuK 2006, 276; *B. Rocke*, KH 2002, 779; *V. Barthel u.a.*, GesR 2008, 461.

Zu den vergaberechtlichen Anforderungen vgl. *Ch. Sellmann*, KH 2008, 122; *J. Poll/S. Dulle*, Festschrift 10 Jahre AG MedR, 799 (insbes. 803 f.).

- 110 „Träger in rechtlich selbständiger Form (z.B. als GmbH) gehören zu den öffentlichen Trägern, wenn Gebietskörperschaften oder Zusammenschlüsse solcher Körperschaften unmittelbar oder mittelbar mit mehr als 50 von Hundert des Nennkapitals oder des Stimmrechts beteiligt sind.“ *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 12 Gesundheitswesen 2001, Reihe 6.1, Wiesbaden 2006.
- 111 So in Berlin durch die Gründung der VIVANTES GmbH, die alle öffentlichen Krankenhäuser übernommen hat, dazu DÄBl. 98 (2001), A 1789; zu den Reformbestrebungen in München vgl. *I. Anker/K. P. Rupp*, KH 2004, 85.
- 112 „Erster länderübergreifender Klinikverbund an den Start“, *linikheute.de* v. 7.11.2007.
- 113 Zum Fall Hessen vgl. *St. Becker*, MedR 2006, 472. Zu den Erfahrungen vgl. DÄBl. 104 (2007), A 529.
- 114 So z.B. in Niedersachsen, vgl. dazu Nds. LT-Drs. 15/2284; siehe auch *Nds. StGH*, Urt. v. 5.12.2008 – StGH 2/07, zur Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf Beschäftigte privater Krankenhausträger.
- 115 Dieser Fall ist von der früher häufig aufgetretenen Situation zu unterscheiden, dass eine Stadt ein kommunales Krankenhaus von Ordensgemeinschaften hat betreiben lassen. Aufgrund der drastisch sinkenden Mitgliederzahlen der Orden haben diese spätestens in den 1980er Jahren die meisten Häuser „zurückgegeben“.

Unternehmens „Krankenhaus“. Nur dieser ist z.B. Empfänger von Fördermitteln. Eine andere Frage ist, wie ein Träger, der nicht Eigentümer ist, angemessene Sicherheiten (z.B. für öffentliche Fördermittel) stellen kann¹¹⁶.

Eine weitere Besonderheit der öffentlichen Krankenhäuser ist, dass sie in einem demokratischen Legitimationszusammenhang stehen, d.h. im Rahmen der Kompetenzen ihres Trägers mittelbar auf den *pouvoir constitué* zurückzuführen sind¹¹⁷. Jedoch bedingt dies auch, dass sie als Teil der öffentlichen Verwaltung keinen grundrechtlichen Schutz genießen.

Die Weltbank unterteilt die öffentlichen Krankenhäuser weiter in budgetäre, autonomisierte und verselbständigte Organisationen. Damit wird ausgedrückt, in welchem Maße das Krankenhaus in die öffentliche Verwaltung eingebunden ist¹¹⁸.

(2) *Freigemeinnützige Krankenhäuser*

Dabei handelt es sich um Krankenhäuser, die von den beiden christlichen Großkirchen, anderen Religionsgemeinschaften oder ihnen nahestehenden Organisationen getragen werden, sowie um sonstige Krankenhäuser von Trägern der freien Wohlfahrtspflege, wie dem Deutschen Roten Kreuz oder der Arbeiterwohlfahrt¹¹⁹. Diese Träger haben Krankenhäuser aus ideellen, religiösen, humanitären oder sozialen Motiven gegründet¹²⁰.

Bis in die 1930er Jahre gab es auch große jüdische Krankenhäuser, die im Dritten Reich zum größten Teil entweder geschlossen oder verstaatlicht wurden¹²¹. Nach dem Krieg wurden wegen der geringen Größe der Gemeinden keine neuen Hospitäler gegründet. Ältere Krankenhäuser wurden in den 1960er Jahren an andere Träger (überwiegend die Kommunen) übergeben¹²². Teilweise

116 *D. Prütting*, KHGG NRW, § 16 Rn. 36.

117 Vgl. *O. Depenheuer*, Staatliche Krankenhausfinanzierung, S. 101.

118 *R. Busse/M. Wörz*, in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, 21 (22 f.).

119 Zu den Zukunftschancen *M. Müschenich*, in: Arnold/Klauber/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, 131.

120 *A. Lehmann*, Krankenhaus und EG-Beihilferecht, S. 4 m.w.N.

121 Zur Baugeschichte vgl. *A. Murken*, Geschichte des Krankenhauses, S. 116, mit besonderem Hinweis auf die Vorbildfunktion des Neuen Israelitischen Krankenhauses in Hamburg (gebaut 1841), und den Bericht über ein Symposium zur Geschichte der jüdischen Krankenhäuser von *H. Wirzbach*, KH 1970, 148.

122 So das jüdische Krankenhaus in Berlin; *R. Münch*, Das Jüdische Krankenhaus in Berlin 1945-1965.

betreiben auch andere religiöse Gruppen Krankenhäuser, wobei es sich meist um kleine Spezialeinrichtungen handelt, die keine Komplettersorgung anbieten¹²³.

Kennzeichnend für diesen Bereich ist, dass die Krankenhäuser als gemeinnützig i.S.v. § 54 ff. AO anerkannt sind¹²⁴.

Freigemeinnützige Krankenhäuser wurden in den letzten Jahren zunehmend in die Rechtsform einer GmbH umgewandelt¹²⁵. Dadurch werden Kooperationen und Zusammenschlüsse erleichtert. Dieser Trend wurde von den jeweiligen Gesetzgebern erkannt und berücksichtigt, indem z.B. nicht an die Rechtsform angeknüpft wird¹²⁶.

Freigemeinnützige Krankenhäuser können von privaten nicht durch das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht unterschieden werden. Auch freigemeinnützige Krankenhäuser streben danach, Kostendeckung¹²⁷ oder sogar einen Überschuss zu erwirtschaften¹²⁸. Dieser ist nötig, um notwendige Investitionen durchzuführen. Zudem sind die wenigsten Träger willens und in der Lage, ein Krankenhaus dauerhaft zu subventionieren.

Die reine Tatsache, dass mehr erwirtschaftet wird, als zur Deckung der Betriebskosten notwendig ist, macht ein Krankenhaus nicht zu einer Privatkrankenanstalt¹²⁹ und führt noch nicht zur Konzessionierungspflicht nach § 30 GewO¹³⁰.

123 So betreibt die Sekte „Universelles Leben“ eine Fachklinik für ganzheitliches Heilwesen, vgl. *VGH München*, Beschl. v. 24.2.2006 – 7 CE 05.3199, NVwZ-RR 2006, 586; es gibt auch antroposophisch ausgerichtete „Kliniken für ganzheitliche Heilkunde“, vgl. *BSG*, Urt. v. 10.4.2008 – B 3 KR 14/07 R, GesR 2008, 599.

124 „Einrichtungen, die von Trägern der kirchlichen und freien Wohlfahrtspflege, Kirchengemeinden, Stiftungen oder Vereinen unterhalten werden.“ *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 12 Gesundheitswesen 2001, Reihe 6.1, Wiesbaden 2006.

125 *D. Prütting*, KHGG NRW, § 33 Rn. 1; zu den dadurch entstehenden gewerberechtlichen Problemen siehe unten S. 22. Zu den Vorteilen der Rechtsform einer GmbH gegenüber einem e.V. oder einer Stiftung, vgl. schon *W. Eichholz*, KH 1972, 185 (187 f.). Allgemein zur GmbH *R. Krämer*, *ZevKR* 41 (1996), 66; zu sonstigen privatrechtlichen Organisationsformen *K. Bielitz*, *ZevKR* 47 (2002), 56. Zu Rechtsfragen der Ausgliederung vgl. *U. Borsch*, *DNotZ* 2005, 10; *F. Schröder*, *DStR* 2001, 1415; *W. A. Tönnies/Th. Wewel*, *DStR* 1998, 274. Zur Anwendbarkeit des UmwG *P. Pfeiffer*, *NJW* 2000, 3694.

126 Vgl. § 33 S. 2 KHGG NRW; dazu *D. Prütting*, KHGG NRW, § 33 Rn. 7.

127 Teilweise wird dieser Aspekt als Unterscheidungsmerkmal angesehen, vgl. *O. Dörr*, *RdJB* 2002, 349 (350).

128 Vgl. *F. Küberl*, *ZöGU* 25 (2002), 446 (448).

129 Vgl. *J. Faltin*, *Freigemeinnützige Krankenhausträger*, S. 13.

130 A.A. *VG Neustadt an der Weinstraße*, Urt. v. 11.5.1976 – 6 K 130/74, *DVBl.* 1976, 683 mit Anm. *H.-R. Horn*.