Karsten Raupach

Der Übergang zur DRG-basierten Vergütung von Krankenhausleistungen in Deutschland

-

Verfassungsrechtliche Fragen zur Einführung des neuen Vergütungssystems
und
Überlegungen zu den Konsequenzen
für die zivilrechtliche Arzt- und Krankenhaushaftung

Cuvillier Verlag Göttingen

Der Übergang
zur DRG-basierten Vergütung
von Krankenhausleistungen in Deutschland

-

Verfassungsrechtliche Fragen
zur Einführung des neuen Vergütungssystems
und
Überlegungen zu den Konsequenzen
für die zivilrechtliche Arzt- und Krankenhaushaftung

Von
Karsten Raupach

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.ddb.de abrufbar.
1. Aufl. - Göttingen : Cuvillier, 2006
Zugl.: München, Univ., Diss., 2006
ISBN 3-86537-846-3

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2006
Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen
Telefon: 0551-54724-0
Telefax: 0551-54724-21
www.cuvillier.de

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.
1. Auflage, 2006
Gedruckt auf säurefreiem Papier

ISBN 3-86537-846-3

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2005 von der juristischen Fakultät der Georg-August Universität Göttingen als Dissertation angenommen.

Mein Dank für die Ermöglichung der Erstellung der Arbeit gilt zuvorderst meiner verehrten Doktormutter, Frau *Professorin Dr. Christiane Wendehorst, LL.M.*, Universität Göttingen; sie trägt maßgeblichen Anteil an der Findung des facettenreichen Themas der Arbeit im Grenzgebiet zwischen Recht, Wirtschaft, Politik und Gesellschaft und unterstützte die Bearbeitung mit stets konstruktivem Rat. Dank sagen möchte ich auch Herrn *Professor Dr. Harald Bogs*, Universität Göttingen, für die Erstattung des Zweitgutachtens. Gefreut hat mich insbesondere, dass mit seiner Person ein Sozialrechtler diese Aufgabe übernehmen konnte, der seit langem und auch aus familiärer Tradition heraus dem Thema der Krankenhausfinanzierung in Deutschland besonders zugewandt ist.

Zu Dank verpflichtet bin ich des weiteren Herrn *Professor Dr. Carsten Brodersen*, Universität der Bundeswehr Hamburg, der es mir ermöglichte, den Fortgang dieser Arbeit auch während der Ableistung meines Grundwehrdienstes voranzutreiben. Ebenso möchte ich auch den verantwortlichen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten der *Mütze Korsch Rechtsanwaltsgesellschaft mbH* am Düsseldorfer Standort für die Gewährung einer promotionsbegleitenden Nebentätigkeit in ihrem Hause danken.

Ein ganz besonders herzlicher Dank richtet sich schließlich an die nähere Familie. Zunächst gilt er meinem lieben Großvater *Werner Raupach* für die großzügige Übernahme der Druckkosten der Arbeit. Zuletzt und vor allem gilt er aber meinen Eltern *Antje* und *Sven Raupach*, denen diese Arbeit gewidmet ist. Bei ihnen möchte ich mich für die außerordentlich großherzige Unterstützung bedanken, welche mir während meiner gesamten Ausbildung und auch während der Anfertigung dieser Arbeit zukam und ohne die mir die Verfolgung meiner ausbildungsbezogenen Ziele nicht möglich gewesen wäre. Zudem danke ich meinem Vater für das fraglos mühsame, jedoch für mich unentbehrliche Korrekturlesen bei der Schlussredaktion der Arbeit.

München, im April 2006 *Karsten Raupach*

Abkürzungsverzeichnis und Glossar

a.A.	andere Ansicht
A&W	Arzt & Wirtschaft (Zeitschrift)
AbgrV	Abgrenzungsverordnung
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ÄAppO	Approbationsordnung für Ärzte
Abs.	Absatz (bei Gesetzesangaben)
A-DRG	Adjacent DRG (Basis-DRG), bestimmte Stufe der Fallklassifikation innerhalb des DRG-Systems
AiP	Arzt im Praktikum
AMG	Arzneimittelgesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
AP-DRGs	All Patient DRGs
ApoBetrO	Apothenkenbetriebsordnung
APR	Allgemeines Persönlichkeitsrecht
APR-DRGs	All Patient Refined DRGs
AR-DRGs	Australian-Refined DRGs
ASP	Arbeit und Sozialpolitik (Zeitschrift)
AuK	Arzt und Krankenhaus (Zeitschrift)
AVB	Allgemeine Krankenhausaufnahmebedingungen
AWMF	Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften
BÄO	Bundesärzteordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
Basis-DRG	bestimmte Stufe der Fallklassifikation innerhalb des DRG-Systems
BAT	Bundesangestelltentarif
BBG	Bundesbeamtengesetz
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BPflV	Bundespflegesatzverordnung

BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrats
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT-Drs.	Drucksache des Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVErfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
CC	Complications and Comorbitities (Nebendiagnosen)
CCL	Complication and Comorbidity-Level
contra legem	lat., „gegen das Gesetz“, vor allem gegen den Wortlaut des Gesetzes
DÄ	Deutsches Ärzteblatt (Zeitschrift)
DGMR	Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht e.V.
DIN	Deutsches Institut für Normung
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung
DKG	Deutsche Krankenhausgesellschaft
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift (Zeitschrift)
DRG	Diagnosis Related Groups (diagnosebezogene Fallgruppen)
DRG-Creep	Ausdruck für gezielte fehlerhafte Höhercodierung
engl.	englisch
-E	Entwurf (als Annex bei Gesetzesangaben)
etc.	et cetera
f.	und folgende(r)
ff.	und fortfolgende
f&w	Führen und Wirtschaften im Krankenhaus (Zeitschrift)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FPÄndG	Fallpauschalenänderungsgesetz
FPG	Fallpauschalengesetz
FPV	Fallpauschalenvereinbarung
FS	Festschrift
Gaming	allgemeine Bezeichnung für die gezielte fehlerhafte Höhercodierung eines Behandlungsfalles
G-DRGs	German Refined-DRGs
GDSG NRW	Gesundheitsdatenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls

GHM	Groupes Homogénes des Malades
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GOBT	Geschäftsordnung des Bundestages
Grouper	Gruppierungssoftware
GSG	Gesundheitsstrukturgesetz
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HCFA	Health Care Financing Administration
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
ICD-10	International Classification of Diseases, 10. Version
ICF	International Classification of Functioning, Disability and Health
ISO	International Organisation of Standardisation
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KFPV	Krankenhausfallpauschalenverordnung
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz
KHEntgG	Krankenhausentgeltgesetz
KHEntgG-E	Entwurf des Krankenhausentgeltgesetzes
KHuR	Krankenhaus und Recht (Zeitschrift)
KMA	Klinikmanagement Aktuell (Zeitschrift)
KrV	Die Krankenversicherung (Zeitschrift)
LAG	Landesarbeitsgericht
lat.	lateinisch
LBG	Landesbeamtengesetz
LDF	Leistungsorientierte Diagnosefallgruppen
lat.	lateinisch
Lit.	Literatur
lit.	litera (lat. für Buchstabe)
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MB/KK	Musterbedingungen für die Krankheitskosten- und Krankenhaustagegeldversicherung
MBO	Musterberufsordnung Ärzte
MDC	Major Diagnostic Category (Hauptdiagnosegruppe)
MDK	Medizinischer Dienst der Krankenkassen (§ 275 Abs. 1 SGB V)

MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
n.F.	neue Fassung
N.N.	nomen nescio / nomen nominandum (lat. für Name unbekannt)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NW	Nordrhein-Westfalen
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (Zeitschrift)
o.a.	oben angeführt
o.ä.	oder ähnlich
OP	(chirurgische) Operation
OWG	Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik (Zeitschrift)
PCCL	Patient Clinical Complexity Level
Peer-Reviev	hier: Verfahren zur systematischen Kontrolle der Behandlungsqualität durch Überprüfung der Patientendaten
per se	lat., „(schon) für sich genommen"
PJ	Praktisches Jahr
PKV	Private Krankenversicherung
PsychPV	Psychiatrie-Personalverordnung
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
Rnrn.	Randnummern
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Satz (bei Gesetzesangaben), Seite (bei Literaturnachweisen)
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannt(e)
u.a.	unter anderem/-n
Upcoding	Höherstufung eines Behandlungsfalles im Wege der Codierung
URL	Uniform Resource Locator (engl., Adresse von Webseiten)
usw.	und so weiter
Var.	Variante
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VDK	Verband der Kriegs- und Wehrdienstopfer, Behinderten und Sozialrentner – Sozialverband VdK Deutschland
VKD	Verband der Krankenhausdirektoren Deutschlands e.V.
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht (Zeitschrift)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz

WiGBl.	Wirtschaftsgesetzblatt
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZaeFQ	Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung
zit.	zitiert
ZfgV	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis und Glossar IX
Inhaltsverzeichnis XV

Teil 1.
Die Einführung von DRGs in Deutschland 1

Kapitel 1.
Die Krankenhausfinanzierung in Deutschland 2

A. Der Ursprung der deutschen Krankenhäuser 2
B. Der Ursprung des deutschen Krankenhausfinanzierungssystems 3
I. Das „Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter“ von 1883 3
II. Ökonomische Bewertung 4
C. Die Regulierung der Pflegesätze nach 1936 5
D. Die Bundespflegesatzverordnung von 1954 6
E. Das Krankenhausfinanzierungsgesetz von 1972 7
I. Dualistische Krankenhausfinanzierung 7
II. Krankenhausbedarfsplanung 9
F. Die Bundespflegesatzverordnung von 1973 11
G. Die Auswirkungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes 1972 und der Bundespflegesatzverordnung 1973 12
H. Die Entwicklung der Krankenhausfinanzierung nach 1972 13
I. Setzen ökonomischer Anreize 13
1. Prospektive Pflegesatzberechnung und Aufgabe des Selbstkostendeckungsprinzips 14
2. Budgetierung 15
II. Einführung leistungsorientierter Entgeltformen 16
1. Bundespflegesatzverordnung 1973 16
2. Bundespflegesatzverordnung 1986 17
3. Bundespflegesatzverordnung 1995 18
III. Die geplante Rückkehr zur monistischen Krankenhausfinanzierung 19

Kapitel 2.

Die Einführung von DRGs 21

A. Wortlaut des § 17b KHG i.d.F. des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000 21
B. Die Grundvorgaben für das neue Vergütungssystem 22
I. „Durchgängigkeit“, „Leistungsorientierung“ und „Pauschalierung“ 22
II. Die Orientierung an einem „international bereits eingesetzten Vergütungssystem auf der Grundlage der Diagnosis Related Groups (DRG)“ 23
1. „Vergütungssystem auf der Grundlage der Diagnosis Related Groups“ 23
a. Die Grundstruktur von DRG-basierten Vergütungssystemen 25
aa. Eingruppierung und Fallgruppenbildung 25
bb. Der Ablauf der Eingruppierung 27
(1) Hauptdiagnose 27
(2) Prozeduren – A-DRG 28
(3) Nebendiagnosen – CC 29
(4) weitere Kriterien 30
(5) Die Bezeichnung der DRG 30
(6) Die Bedeutung von Dokumentation und Kodierung 31
cc. Die Berechnung der Fallpauschale 32
dd. Die Bedeutung der Grenzverweildauer 34
ee. Zu- und Abschläge 35
ff. Die Bedeutung von Casemix und Casemix-Index 36
b. DRGs in Fest- und Höchstpreissystemen 37
aa. Festpreissysteme 37
bb. Höchstpreissysteme 38
c. Wirtschaftliche Anreize und Fehlanreize von DRG-Systemen 38
aa. Fallgruppen wirtschaftlicher Fehlanreize 39
bb. Qualitätssicherung 40
(1) Sicherung der Behandlungsqualität 40
(2) Sicherung der Kodierqualität 41
2. „International bereits eingesetztes Vergütungssystem“ 42
a. Yale-DRGs 43
b. HCFA-DRGs 43
c. Weiterentwicklungen 44
aa. Erste Generation 44
bb. Zweite Generation 45

cc. Dritte Generation 46
dd. Vierte Generation 47
d. Leistungsorientierte Diagnosefallgruppen 48
C. Die Umsetzung der Vorgaben des § 17b KHG i.d.F. des GKV-Gesundheits-reformgesetzes 2000 49
I. Vereinbarungen der Selbstverwaltungsträger 49
1. Vereinbarung Entgeltsystem 49
a. Auswahl eines ausländischen DRG-Systems 49
b. Die „DRG-Familie“ 51
c. Weitere Regelungen der Vereinbarung Entgeltsystem 51
2. Vereinbarung Zu- und Abschläge 52
3. Vereinbarung Methodentest 54
4. Das DRG-Institut 54
II. DRG-Systemzuschlags-Gesetz und Vereinbarung Systemzuschlag 55
III. Das Fallpauschalengesetz 56
1. Änderungen des Fünften Buch Sozialgesetzbuch – Art. 1 FPG 56
a. Mindestanforderungen an die Struktur- und Ergebnisqualität 57
b. Mindestmengen 58
c. Einführung von Qualitätsberichten 59
2. Änderung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes – Art. 2, 3 FPG 59
a. § 17 KHG – Zulässigkeit von Gewinnen und Verlusten 60
b. § 17a KHG – Ausbildungsfinanzierung 60
c. § 17b KHG – Grundsätze des DRG-Systems 61
aa. Orientierung am australischen System 61
bb. Mögliche Ersatzvornahme des Bundesgesundheitsministeriums 61
cc. Budgetneutrale Einführungsphase, Optionsmodell in 2003 62
dd. Begleitforschung 63
d. § 17c KHG – Fehlbelegungs- und Abrechnungsprüfung 63
3. Änderung der Bundespflegesatzverordnung – Art. 4 FPG 65
4. Einführung des Krankenhausentgeltgesetzes – Art. 5 FPG 65
a. Die Regelung des Übergangs zu landeseinheitlichen Fallpauschalen ab 2009 (§§ 3, 4 KHEntgG) 66
b. Zu- und Abschläge (§ 5 KHEntgG) 68
aa. Allgemeine Zu- und Abschläge 68
bb. Sicherstellungszuschläge 68
c. Durchgängigkeit des DRG-Systems, medizinische Innovationen (§ 6 KHEntgG) 69

d. Entgeltarten und Abrechnung (§§ 7, 8 KHEntgG) 70
e. Vereinbarungen auf Bundes- und Landesebene und „vor Ort“ (§§ 9, 10, 11 KHEntgG) 71
f. Erhebung, Übermittlung und Nutzung von DRG-Daten (§ 21 KHEntgG) 72
IV. Das Gesetzgebungsverfahren zum Fallpauschalengesetz 73
1. Vorarbeiten und Kabinettsbeschluss 73
2. Gesetzgebungsverfahren in Bundestag und Bundesrat 75
3. Ablehnung im Bundesrat 77
4. Vermittlungsausschuss – Stärkung der Länder 78
a. Strukturvereinbarungen (Entwurf des § 109 SGB V) 79
b. Mindestmengenvorgaben (§ 137 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 SBG V) 80
c. Sicherstellungszuschläge (§ 17b Abs. 1 S. 6, S. 7 KHG, § 5 Abs. 2 KHEntgG) 80
d. Begleitforschung (§ 17b Abs. 8 S. 1 KHG) 81
e. Umfang der an die Länder weiterzuleitenden DRG-Daten (§ 21 KHEntgG) 81
5. Gesetzesbeschluss des Bundestags, Zustimmung des Bundesrats 82
V. Die Fallpauschalenverordnung / Die Fallpauschalenvereinbarung 82
VI. Das Fallpauschalenänderungsgesetz 84
VII. Das zweite Fallpauschalenänderungsgesetz 85

Teil 2.
Das deutsche DRG-basierte Vergütungssystem und das Arztrecht 89

Kapitel 3.
Die Umstellung des Vergütungssystems für Krankenhausleistungen aus verfassungsrechtlicher Sicht 89

A. Die Einführung des DRG-Systems vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen einer „Ökonomisierung“ des Gesundheitswesens 91
I. Die „Ökonomisierung“ des Krankenhauswesens als Ausweg aus der Finanzierungskrise 91
1. Kostendämpfung und Gesundheitsökonomie 91
2. Die Instrumente der Rationalisierung und der Rationierung als wirtschaftswissenschaftlicher Ansatz der Gesundheitsökonomie 93
II. Sozialstaatsprinzip und Grundrechte als verfassungsrechtliches Regulativ der Gesundheitsökonomie 96

1. Das Sozialstaatsprinzip und Grundrechte der Patienten 96
2. Die Grundrechte der Krankenhausträger 97
III. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des DRG-Systems als gesundheitsökonomische Maßnahme 101
1. Das Problem der bedarfsunterdeckenden Krankenhausstrukturen 102
2. Das Problem der bedarfsunterdeckenden Leistungserbringung 103
a. Die grundsätzliche verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Rationierungen 104
b. Einfachgesetzliche Ansatzpunkte für Rationierungen im System der GKV 105
c. Die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit von Rationierungen durch ärztliche Leistungsverweigerung im konkreten Bedarfsfall 109
3. Folgerungen für die Ausgestaltung des DRG-Systems 112
B. Die „Kompetenz der Länder zur Krankenhausplanung“ als Bremse im Gesetzgebungsverfahren 113
I. Die Zulässigkeit von Strukturvereinbarungen 114
1. Die geplante Änderung des § 109 SGB V 114
2. Die Begründung zur Änderung des § 109 SGB V 116
3. Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers zur Änderung des § 109 SGB V 118
a. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes 119
aa. Die Kompetenz zur Regelung der Sozialversicherung (Art. 74 Nr. 12 GG) 120
bb. Die Kompetenz zur Regelung der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG) 121
b. Die Verwaltungskompetenz des Bundes 125
aa. Art. 84 Abs. 1 GG als eigenständige Kompetenzgrundlage 125
bb. Die tatbestandliche Einschlägigkeit des Art. 84 Abs. 1 GG 126
cc. Der Rückgriff auf die mittelbare Staatsverwaltung 127
dd. Die fachliche Eignung der mittelbaren Staatsverwaltung 128
4. Ergebnis 130
II. Das Verfahren zur Festlegung der Sicherstellungszuschläge 131
1. Die gesetzliche Regelung 131
2. Die Kompetenz des Bundes zum Erlass der Regelung 132
a. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes 132
b. Die Verwaltungskompetenz des Bundes 133
3. Ergebnis 134

C. Die Delegierung der DRG-Systementwicklung an die Spitzenverbände der Krankenkassen, den Verband der privaten Krankenversicherung und die Deutsche Krankenhausgesellschaft 134
I. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der mittelbaren Staatsverwaltung durch Selbstverwaltungsträger 135
II. Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes 138
1. Arten demokratischer Legitimation 139
2. Bestimmtes Legitimationsniveau 142
III. Hinreichendes Legitimationsniveau der gemeinsamen Selbstverwaltung nach § 17b KHG i.d.F. 2000 143
1. Erfordernis demokratischer Legitimation, keine Delegationssperre 144
2. Hinreichendes Legitimationsniveau 145
a. Institutionelle Legitimation 145
b. Organisatorisch-personelle Legitimation 145
c. Sachlich-inhaltliche Legitimation 146
aa. Gesetzesbindung 146
bb. Verantwortlichkeit und Kontrolle 148

Kapitel 4.
Zivilrecht, insbesondere Haftungsfragen 151

A. Die rechtliche Struktur innerhalb des Krankenhauses 152
I. Der Krankenhausträger 152
II. Die Krankenhausleitung 153
III. Der Ärztliche Direktor 154
IV. Der Pflege- und der Verwaltungsdirektor 154
V. Die Chefärzte als Leiter der Abteilungen 155
VI. Die nachgeordneten Ärzte (Oberärzte, Assistenzärzte) 157
VII. Belegärzte 158
VIII. Der Arzt im Praktikum (AiP) und der Student im Praktischen Jahr (PJ) 159
IX. Der Pflegedienst, der Funktionsdienst und der medizinisch-technische Dienst 161
B. Die schuldrechtliche Sonderverbindung zwischen Krankenhaus und Patient 161
I. Der Krankenhausaufnahmevertrag 161
1. Zuordnung zum öffentlichen oder zum privaten Recht 162
2. Die Vertragsparteien 164

3. Abschluss- und Inhaltsfreiheit 165
II. Arten des Krankenhausaufnahmevertrages 166
1. Der totale Krankenhausaufnahmevertrag 166
2. Der totale Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag 168
3. Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag 169
III. Allgemeine Krankenhausaufnahmebedingungen 171
IV. Geschäftsführung ohne Auftrag 172
C. Das Rechtsverhältnis zwischen Krankenhaus und Krankenversicherung 173
D. Die Systematik der Arzt- und der Krankenhaushaftung 176
I. Vertragliche und deliktische Haftung 178
II. Die persönliche Haftung des Krankenhausarztes 180
1. Haftungsnormen 180
2. Haftung für nachgeordnetes Personal 183
3. Die einzelnen Haftungstatbestände 183
a. Haftung für Behandlungsfehler 184
aa. Der medizinische Standard 184
(1) Allgemeines Begriffsverständnis 184
(2) Die Bedeutung von Leitlinien 187
bb. Abweichen vom medizinischen Standard aus Wirtschaftlichkeitserwägungen – „Spannungsfeld“ zwischen Sozialrecht und zivilem Haftungsrecht 190
b. Haftung für „Aufklärungs“fehler 193
aa. Die therapeutische Aufklärung 193
bb. Die Selbstbestimmungsaufklärung 194
cc. Die wirtschaftliche Aufklärung 198
dd. Die haftungsrechtlichen Folgen der Aufklärungspflichtverletzung 199
c. Beweisfragen 202
d. Dokumentationspflicht und Recht auf Einsicht in die Unterlagen 207
III. Die Haftung des Krankenhausträgers 209
1. Haftung für Pflichtverletzungen des Klinikpersonals 210
a. Haftung für Erfüllungsgehilfen 210
b. Haftung für Verrichtungsgehilfen 211
c. Haftung für Organe und organgleiche Funktionsträger 213
2. Haftung für Organisationsverschulden 215
a. Haftungsgrundlagen 215
b. Überblick über die einzelnen Organisationspflichten 216

aa. Personaleinsatz und Personalüberwachung 217
bb. Interdisziplinäre ärztliche Zusammenarbeit, Dokumentation, Information und Kommunikation 219
cc. Organisation der Patientenaufklärung 220
dd. Anwendung von Arzneimitteln, Gewinnung und Anwendung von Blut und Blutprodukten, Einsatz von Medizinprodukten 221
ee. Hygiene und Infektionsschutz 223
ff. Allgemeine Aufenthaltssicherheit 224
3. Haftungsverteilung im Innenverhältnis, Haftungskonzentration beim Krankenhausträger 225
IV. Der Versicherungsregress 227
1. Regress aus abgeleitetem Recht 228
2. Regress aus eigenem Recht 228
E. Die haftungsrechtliche Relevanz der typischen DRG-systemimmanenten Fehlanreize 230
I. Überleitung der ökonomischen Anreize auf die Chefärzte durch Chefarztvertragsgestaltung 231
II. Vergütungsoptimierung durch Dokumentation und Kodierung 235
1. Anreiz: Verbesserte Dokumentation und Kodierung 235
2. Anreiz: Upcoding 237
3. Rechtliche Würdigung von Upcoding 239
a. Ansprüche der Patienten 239
b. Ansprüche der Kostenträger 240
c. Konsequenzen für den verantwortlichen Arzt 241
III. Reduktion des Ressourcenaufwandes je Behandlungsfall 243
1. Reduktion des Ressourcenaufwandes bei der Wahl der Art der Krankenhausbehandlung 243
a. „Ambulant vor stationär“ – „Im Zweifel stationär vor ambulant“ 244
b. Haftungsrechtliche Erfordernisse bei einer stärkeren Nutzung des ambulanten Sektors 245
2. Reduktion des Ressourcenaufwandes in Diagnostik und Therapie 247
a. Einsparungen bei der Methodenauswahl und -anwendung 248
aa. Diagnostik 248
bb. Therapie 249
b. Einsparungen bei der sachlichen und personellen Ausstattung der Klinik 250
aa. Sachliche (apparative) Ausstattung der Klinik 251
bb. Einsparungen bei der Vorhaltung von Medikamenten 253
cc. Personelle Ausstattung der Klinik 253

dd. Fazit 254
IV. Verweildauerreduzierung 254
1. „Blutige Entlassungen“ – „Quicker & Sicker“ 256
a. § 17c Abs. 1 Nr. 2 KHG als Organisationspflicht und Schutzgesetz 256
b. Möglichkeiten zur Kompensation der kürzeren Verweildauern 258
2. „Drehtüreffekt“ 258
a. Die Vergütungsregelung des § 8 Abs. 5 KHEntgG 259
b. Vergütung bei Wechsel des Krankenhauses 260
V. Patientenselektion 262
1. Intra-sektorale Verweisungsketten 263
a. Die Abweisung teurer Patienten 264
aa. Unmöglichkeit der Behandlung 265
bb. Unzumutbarkeit der Behandlung 265
cc. Unwirtschaftlichkeit der Behandlung 265
b. Rechtliche Folgen der Abweisung teurer Patienten 267
aa. Ansprüche des abgewiesenen Patienten 267
bb. Ansprüche der behandelnden Kliniken 267
(1) Öffentlich-rechtliche Ausgleichsansprüche 268
(2) Zivilrechtliche Ersatzansprüche 268
(a) Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB – Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb 270
(b) Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB – Schutzgesetz-verletzung 271
(c) Schadensersatz nach § 826 BGB – Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung 272
(aa) Sittenwidrige Handlung 273
(bb) Schädigung 274
(cc) Zurechnungszusammenhang 275
(dd) Vorsatz 277
(ee) Zwischenergebnis 277
c. Die Verlegung teurer Patienten 278
d. Unlautere Selbstbestimmungsaufklärung 279
2. Defizitäre Anschlussversorgung, Kosten- und Leistungsverlagerung in benachbarte Pflegebereiche 280
a. Auswirkungen im Bereich der medizinischen Rehabilitation 281
aa. Mehrbelastungen der Rehabilitationseinrichtungen 282

(1) Allgemeiner Anstieg der Fallschwere in den Rehabilitationseinrichtungen 283
(2) Gründung von „Rehabilitationsstationen“ in den Kliniken 283
bb. Bewertung der Mehrbelastung des Rehabilitationssektors 284
b. Auswirkungen im Bereich der Pflege 285
c. Rechtliche Bewertung der Leistungs- und Kostenverlagerung in den Rehabilitationssektor 286
VI. Wirtschaftlich begründete Fallzahlsteigerungen 288
1. Spezialisierung 290
2. Veränderungen im Diagnose- und Kodierverhalten 291
3. Erbringung nicht indizierter Leistungen 292
a. Ansprüche der Patienten 293
b. Ansprüche der Kostenträger 294
aa. Private Krankenversicherung 294
bb. Gesetzliche Krankenversicherung 296
c. Ansprüche konkurrierender Kliniken bei fehlerhafter Behandlungsübernahme 296
4. Fallsplitting 298
a. Rechtliche Würdigung 299
b. Prävention durch entsprechende Fallgruppenbildung 300

Kapitel 5.
Fazit 303

Literaturverzeichnis 307

Teil 1.

Die Einführung von DRGs in Deutschland

Zum 01. Januar 2004 wurde das System zur Abrechnung von Krankenhausleistungen in Deutschland nach einer Übergangsphase in 2003 endgültig auf ein leistungsorientiertes, DRG-basiertes Entgeltsystem umgestellt. Seitdem richtet sich die Höhe der Krankenhausvergütung für die Behandlung eines Patienten[1] nicht mehr primär nach der Anzahl der von ihm in der Klinik[2] verbrachten Tage, sondern nach den im Rahmen seiner Behandlung tatsächlich erbrachten medizinischen und pflegerischen Leistungen der Klinik.

Die Umstellung des Krankenhausleistungs-Abrechnungssystems bedeutet weit mehr als eine bloße Reform von Abrechnungs- und Entgeltberechnungsmodalitäten. So sprachen namhafte Gesundheitsökonomen im Vorfeld der Einführung des neuen Entgeltsystems von einer erheblichen Zäsur, die nur mit der Aufhebung des Selbstkostendeckungsprinzips in 1993 zu vergleichen sei,[3] und der Präsident der *Bundesärztekammer*, *Jörg-Dietrich Hoppe*, bezeichnete die Einführung des neuen Entgeltsystems gar als das womöglich „wagemutigste Experiment in der Nachkriegsgeschichte des Krankenhauswesens".[4] Der Grund für die große Bedeutung, die der Einführung des neuen Vergütungssystems in Deutschland zugesprochen wurde und wird, liegt in den erheblichen Wirtschaftlichkeits-Impulsen, die sich die Verantwortlichen – namentlich die Gesundheitspolitiker und ihre Berater – von ihr erhoffen. Das neue Abrechnungssystem soll zu deutlich mehr Kosten- und Leistungstransparenz in den Kliniken führen, dadurch effizientere und wirtschaftlichere Behandlungsabläufe in den Kliniken hervorrufen und mittelbar auch das regionale Angebot an Krankenhausleistungen unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten neu ordnen. Im Ergebnis soll das neue Abrechnungssystem zu deutlichen Kosteneinsparungen im Krankenhauswesen führen, welches mit ca. 2.200 Krankenhäusern, über 1,1 Millionen Beschäftigten und einem Jahresumsatz von mehr als 50 Mrd. Euro mittlerweile den größten deutschen Dienstleistungssektor ausmacht.[5]

Aus medizinischer Sicht wurde der Einführung des neuen Abrechnungssystem – wie sich aus dem Zitat *Hoppes* ablesen lässt – weitgehend mit Skepsis begegnet. Es wurde bezweifelt, dass das neue Vergütungssystem nicht nur aus ökonomischer, sondern auch aus medizinischer Sicht – insbesondere was die Behandlungsqualität angeht – von Vorteil sein wird, und vielfach wurde befürchtet, dass der dem Gesundheitswesen immanente Konflikt zwischen Leistungsfähigkeit,

---

1 Aus Gründen der sprachlichen Leichtigkeit wird bei der Bezeichnung von Personengruppen im Laufe dieser Arbeit zumeist nur die maskuline Form verwendet.

2 Die Begriffe von Krankenhaus und Klinik werden herkömmlich synonym gebraucht, *Genzel* in *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 83 Rn 26.

3 *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 1; *Lauterbach/Lüngen*, KrV 2001, S. 272, ebenda; zur Aufhebung des Selbstkostendeckungsprinzips vgl. unten Kap. 1. H. II. 1.

4 *Hoppe*, KMA September 2001, S. 22, ebenda.

5 *Rocke*, Das Krankenhaus 2/2002, S. 87, ebenda; *Buscher*, Das Krankenhaus 3/2005, S. 181, ebenda.

Humanität und Wirtschaftlichkeit[6] eine neue Schärfe erhalten würde. Der medizinethisch vielfach kritisierte Trend einer Entwicklung der Krankenhäuser hin zu „Profit-Centern“, der Patienten zu „Kunden“ und der Ärzte zu „Dienstleistern“ schien vielen bestätigt.[7]

Die vorliegende Arbeit soll den Umstellungsprozess des Krankenhausleistungs-Abrechnungssystem in Deutschland aus rechtlicher Sicht beleuchten, wobei sich auf verfassungsrechtliche (Kapitel 3) und zivilrechtliche Problemstellungen (Kapitel 4) beschränkt wird. Einleitend hierzu wird zunächst ein kurzer Überblick über die Ursprünge, die Entwicklung und die Grundstrukturen der bisherigen Krankenhausfinanzierung in Deutschland gegeben (Kapitel 1) und die Einführung des neuen Vergütungssystem in Deutschland nachgezeichnet (Kapitel 2).

Kapitel 1. Die Krankenhausfinanzierung in Deutschland

A. Der Ursprung der deutschen Krankenhäuser

In Deutschland haben die modernen Krankenhäuser ihren Ursprung in caritativen Pflegehospitälern, welche zu Beginn des 13. Jahrhunderts von Bischöfen und Klöstern im Zeichen der Nächstenliebe als Unterkunft für die besonders Bedürftigen, die „Armen, Siechen und Bresthaften“, errichtet wurden.[8] Schon einige Jahrzehnte später wurden diese privat getragenen und finanzierten Einrichtungen dann durch öffentliche, städtische und gemeindliche „Bürgerspitäler“ – beispielsweise das noch immer bestehende Heilig-Geist-Hospital in Lübeck aus dem Jahre 1287 – ergänzt. Ihr Zweck war anders als der der Pflegehospitäler allerdings weniger, notleidenden Menschen Unterstützung zukommen zu lassen, als vielmehr der gemeinbezogenen „Stadthygiene“ zu dienen. Ihre Finanzierung erfolgte entsprechend ihrer Trägerschaft aus öffentlichen Steuermitteln, wobei ein geregeltes Finanzierungssystem jedoch nicht bestand.

Zum Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts folgte dann eine weitgehende „Verstaatlichung“ des Krankenhauswesens in Deutschland, indem Preußen mit der Einführung des Allgemeinen Landrechts im Jahre 1794 die mittlerweile entstandenen Krankenhäuser[9] unter staatlichen Schutz und staatliche Aufsicht stellte,[10] und im Jahre 1803 im Rahmen der Säkularisation nach der Französischen Revolution den Kirchen und Klöstern gar die Tätigkeit in der Krankenpflege völlig untersagte: Die Kirchen und Klöster mussten ihre Einrichtungen schließen oder an die Gemeinden

---

6 *Genzel* in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 86 Rn 2; vgl. auch § 70 SGB V für die Krankenhausversorgung.

7 Vgl. *Kendel*, ArztR 4/2001, S. 98; *Pföhler*, Das Krankenhaus 1/2002, S. 21 ff.; allgemein auch *Geisler*, BT-Drs. 14/9020, S. 216.

8 *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 14; *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 1; *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, 49; *Hoppe*, KMA – September 2001, 22.

9 Z.B. die Universitätsklinik „Charité“ in Berlin (1710) und das Allgemeine Krankenhaus in Leipzig (1784).

10 *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, 51; *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 2.

abtreten. Dies wiederum brachte die Letzgenannten oftmals in erhebliche Finanzierungsnöte[11] und dürfte in jener Zeit sicherlich nicht zur Hebung des allgemeinen Gesundheitsstandards der Bevölkerung beigetragen haben.

B. Der Ursprung des deutschen Krankenhausfinanzierungssystems

I. Das „Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter" von 1883

Der Ursprung des geordneten Systems der Krankenhausfinanzierung in Deutschland geht zurück auf das als Teil der Bismarckschen Sozialgesetzgebung im Jahre 1883 erlassene „Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter"[12], später „Krankenversicherungsgesetz (KVG)"[13] genannt,[14] welches das bis heute gültige Prinzip der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) in Deutschland einführte. Das Gesetz verpflichtete die Mehrzahl der gewerblichen Arbeiter und Angestellten, einer gesetzlichen Krankenkasse beizutreten, an die sie dann auch Mitgliedsbeiträge abzuführen hatten, welche allerdings zu einem Drittel von den Arbeitgebern übernommen wurden. Im Gegenzug waren die Krankenkassen verpflichtet, den Versicherten im Krankheitsfalle freie ärztliche Behandlung, freie Arznei- und Heilmittelversorgung sowie im Falle der Erwerbsunfähigkeit zunächst (für mindestens 13 Wochen) ein Krankengeld in Höhe der Hälfte des Lohns zu gewähren. Alternativ – und das war im Hinblick auf die Krankenhausfinanzierung eigentlich bedeutsam – bestand für die Versicherten auch die Möglichkeit, von der Krankenversicherung die Kosten einer stationären Krankenhausbehandlung erstattet zu erhalten.[15] Im Ergebnis bewirkte das Bismarcksche Krankenversicherungsgesetz einen deutlichen Anstieg der Nutzung der in Deutschland bestehenden Krankenhäuser und bescherte diesen einen erheblichen Einnahmenzuwachs, wodurch sie parallel zu der sich deutlich entwickelnden Medizin[16] ausgebaut werden und sich rapide fortentwickeln konnten.[17]

Die Abrechnung der Krankenhausleistungen erfolgte über Pflegesätze, welche zuvor zwischen den Krankenhäusern und den Versicherungen autonom und ohne staatliche Einflussnahme ausgehandelt wurden. Über sie sollten „monistisch" (nur eine Finanzierungsquelle kennend[18]) die gesamten Kosten des jeweiligen Krankenhauses – also sowohl die Betriebskosten als auch die

---

[11] *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, S. 57; *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil I (Kommissionsbericht), S. 38.
[12] RGBl. 1883, S. 73.
[13] RGBl. 1883, S. 417.
[14] *Kaltenborn*, JZ 1998, S. 770, 771.
[15] *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, S. 52; *Kaltenborn*, JZ 1998, S. 770, 771.
[16] Um 1847 wurde die Narkose eingeführt, 1867 die Antisepsis und 1886 die Asepsis, *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, S. 51.
[17] *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, S. 52 f., mit tabellarischen Übersichten zur Entwicklung der Kosten und Einnahmen.
[18] *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, S. 88.

Investitionskosten und die Verzinsung des betriebsnotwendigen Kapitals[19] – abgegolten werden, was allerdings aufgrund schon damals schwieriger Pflegesatzverhandlungen nicht gelang. So blieb auch nach 1883 die Vorhaltung von Kliniken weiterhin tendenziell nur über finanzielle Zuschüsse der Krankenhausträger möglich, und mit den mit der Verschlechterung der Weltwirtschaftslage ab Ende der 1920er Jahre einhergehenden weiteren finanziellen Problemen der Kliniken erlosch deren Investitionstätigkeit ab Beginn der 1930er Jahre fast völlig.[20]

II. Ökonomische Bewertung

Das Bismarcksche Krankenversicherungssystem ist für die Entwicklung und den Ausbau einer hochentwickelten Gesundheitsversorgung in Deutschland fraglos von unschätzbarer Bedeutung gewesen, da einzig solidarisch finanzierte Krankenversicherungen in der Lage waren und noch immer sind, die Gesundheitsrisiken des einzelnen Versicherten als solventer Kostenträger abzufangen und die immer teurer werdende Medizin zu finanzieren. Allerdings schuf es auch nachhaltige Strukturen im deutschen Gesundheitswesen, welche aus ökonomischer Sicht hinsichtlich der Preis-Leistungs-Steuerung in der gesetzlichen Krankenversicherung bis heute problematisch geblieben sind: So statuierte die Bismarcksche Krankenversicherung das bis heute gültige "Dreier"-System zwischen dem Versicherten als Konsumenten, dem Arzt bzw. Krankenhaus als Leistungserbringer und der Versicherung bzw. der jeweiligen Krankenkasse als Kostenträger. Dieses System befreit den Konsumenten von der direkten Kostentragungspflicht für die von ihm in Anspruch genommenen Leistungen und verhinderte dadurch eine kostenbewusste, ökonomisch sinnvolle Leistungssteuerung allein durch Angebot und Nachfrage. Erschwerend kommt hinzu, dass das Arzt-Patient Verhältnis seinem Wesen nach von einer asymmetrischen Informationsverteilung zwischen Arzt und Patient in Bezug auf die medizinisch sinnvolle Vorgehensweise gekennzeichnet ist. Durch seinen Wissensvorsprung in medizinischen Fragen hat der Arzt die Möglichkeit, den Patienten in diagnostischen und therapeutischen Fragen zu bevormunden und dessen Behandlungsentscheidungen in Richtung seiner (des Arztes) eigenen, fachfremden wirtschaftlichen Ziele zu manipulieren; so kann der Arzt seinen Patienten regelmäßig dazu veranlassen, medizinische Leistungen in Anspruch zu nehmen, die dieser bei einer hinreichenden Information über seinen Gesundheitszustand nicht nachgefragt hätte.[21]

Ein weiterer ökonomischer Nachteil des Bismarckschen Krankenversicherungssystems war die Wahl der tagesgleichen Pflegesätze als maßgebliche Abrechnungsform für die Leistungen der Krankenhäuser, welche in Deutschland endgültig erst mit der Einführung des DRG-Systems überwunden werden konnten. Die tagesgleichen Pflegesätze, die eine gleichmäßige, verweildauer-

---

[19] *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, S. 58; *Jung*, Bundespflegesatzverordnung 1986, S. 37 f.; *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 2.

[20] *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil I (Kommissionsbericht), S. 38 f.

[21] Sog. Principal (Auftraggeber)-Agent (Sachwalter)-Beziehung, *Nowy*, Ergebnisorientierte fallbasierte Vergütung, S. 44 ff; *Neubauer*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg), Krankenhaus-Report 2002, S. 3, 19 ff.

orientierte Vergütung unbeachtlich der im Einzelnen erbrachten Leistungen des Krankenhauses bedeuten, verhinderten weitgehend das Entstehen eines für eine sparsame Behandlungsweise notwendige Kostenbewusstsein bei den behandelnden Ärzten, und haben nach zum Teil geäußerter Auffassung eine große Mitschuld an der expansiven Kostenentwicklung im Krankenhauswesen in den letzten Jahren und Jahrzehnten.[22]

C. Die Regulierung der Krankenhausfinanzierung nach 1936

Nach der Machtübernahme durch die Nationalsozialisten im Jahre 1933 fand die privatautonome und unregulierte Aushandlung der Krankenhauspflegesätze zwischen den Krankenhäusern und den Krankenkassen in Deutschland ihr Ende. Im Rahmen ihrer Wirtschaftsgesetzgebung erließen die Nationalsozialisten die sogenannte „Verordnung über das Verbot von Preiserhöhungen“,[23] deren § 1 Abs. 1 zur Vorbeugung von Inflation in Deutschland ein striktes Verbot von „Preiserhöhungen für Güter und Leistungen jeder Art (…)“ bestimmte; die Krankenhauspflegesätze waren hiervon ausdrücklich mitumfasst, was ihre einstweilige Festschreibung bedeutete.[24] Für die Entwicklung des deutschen Krankenhauswesens bedeutete dies Stagnation, und durch die Zerstörungen der nun folgenden Kriegsjahre verschlechterte sich die Lage der Kliniken zusätzlich.[25]

Der Wirtschaftsrat des Vereinigten Wirtschaftsgebiets – dieses bestand aus der amerikanischen und der britischen Besatzungszone – hob 1948 zur Bewältigung der Finanzprobleme der Krankenhäuser und zur Förderung des Wiederaufbaus das Verbot der Erhöhung von Pflegesätzen auf.[26] Diese konnten nun wieder frei verhandelt und den tatsächlichen Bedürfnissen angepasst werden. Die Aufhebung des Verbotes von Preiserhöhungen galt allerdings nur für die Pflegesätze, nicht aber für die Krankenversicherungsbeiträge; in der angespannten wirtschaftlichen Situation sollten die Lohnnebenkosten offenbar gering gehalten werden. Logische Folge dieser Asymmetrie war, dass die von den Krankenhäusern beantragten Erhöhungen der Pflegesätze schon bald die Finanzkraft der Krankenkassen übertraf,[27] woraufhin die alte Preisstoppverordnung schlicht wieder in Kraft gesetzt wurde.[28] Eine Erhöhung der Pflegesätze war fortan nur noch mit Genehmigung der Preisbehörde und nach gutachterischer Anhörung der Verbände der Krankenhäuser und Krankenkassen möglich. Lehnte die Preisbehörde den Antrag der Krankenkassen ab und konnte keine anderweitige Einigung gefunden werden, kam es zu einer Entscheidung des Direktors der Verwaltung für

---

22 *Sell*, Sozialer Forschritt 5/2000, S. 103, ebenda.

23 Verordnung über das Verbot von Preiserhöhungen vom 26. November 1936 (RGBl. I S. 955).

24 *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, S. 60; *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil I (Kommissionsbericht), S. 38.

25 *Simon*, Krankenhauspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, S. 42.

26 Anordnung über Preisbildung und Preisüberwachung nach der Währungsreform vom 25.06.1948 (“Preisfreigabeverordnung“), WiGBl. S. 61, dazu *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, S. 62.

27 *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, 63; *Simon*, Krankenhauspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, S. 43.

28 „Anordnung PR Nr. 140/48 über Pflegesätze der Kranken- und Heilanstalten und sonstigen pflegerischen Anstalten aller Art“ vom 18. Dezember 1948.

Wirtschaft. Dieses Verfahren war sehr langwierig und führte zu erheblichen Liquiditätsproblemen vieler Krankenhäuser, denn die Pflegesätze deckten Anfang der 1950er Jahre gerade einmal durchschnittlich 60-65 % der ihnen entstehenden Kosten.[29]

D. Die Bundespflegesatzverordnung von 1954

Im Jahre 1954 wurde – noch auf der Grundlage der §§ 2 und 3 des Preisgesetzes vom 19. April 1948[30] – die erste Fassung der Bundespflegesatzverordnung erlassen,[31] die sich mittlerweile auf § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG) stützt.

Sie bestimmte (scheinbar) als Reaktion auf die Kostenunterdeckung der Krankenhäuser in den vorangegangenen Jahren, dass die Höhe der Krankenhausentgelte zukünftig von den Krankenhäusern und den Versicherungsträgern im Anschluss an einen Abrechnungszeitraum rückblickend zu vereinbaren war, wobei Grundlage für die Höhe der Pflegesätze die jeweiligen Selbstkosten einer Klinik sein sollte.[32] Die Einführung dieses „Selbstkostendeckungsprinzips“ erschien auf den ersten Blick als sinnvoller Ausweg aus der Finanzierungskrise der Krankenhäuser; jedoch wurde dieser Eindruck dadurch getrübt, dass § 6 der Verordnung zugleich eine sehr restriktive, vom betriebswirtschaftlichen Selbstkosten-Verständnis deutlich abweichende Legaldefinition des Selbstkostenbegriffes gab: Selbstkosten im Sinne der Bundespflegesatzverordnung sollten zunächst nur die mit einer stationären Behandlung verbundenen Krankenhauskosten sein, die bei sparsamer Wirtschaftsführung entstanden,[33] außerdem durften bestimmte Kostenarten erst gar nicht als Selbstkosten angesetzt werden, beispielsweise Zinsen und Tilgungsbeträge für Fremdkapital, das zur Beseitigung der Kriegsschäden vielfach noch benötigt wurde, Kosten für die wissenschaftliche Forschung und Lehre, die über den normalen Krankenhausbetrieb hinausgingen.[34]

Die Gründe für diese etwas „eigentümliche Methodik“[35] der Einschränkung des Selbstkostendeckungsprinzips, welche im Ergebnis weiterhin zu einer nur beschränkten Abdeckung der Krankenhauskosten über die Entgelte führte, sind umstritten.[36] Naheliegend erscheint jedoch, dass die wirtschaftliche Sanierung der Kliniken wohl eher im Hintergrund stand und die damalige Bundesregierung aus preis-, wirtschafts- und sozialpolitischen Erwägungen in der schwierigen Wirtschaftslage Deutschlands nach dem Krieg versuchte, ein Ansteigen der Lohnnebenkosten zu verhindern,

---

[29] *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, S. 63 ff.; *Simon*, Krankenhauspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, S. 43.

[30] WiGBl 1948, S. 27.

[31] Verordnung PR Nr. 7/54 über Pflegesätze von Krankenanstalten vom 31. August 1954, Bundesanzeiger Nr. 173 vom 9. September 1954, S. 1.

[32] § 3 BPflV-1954.

[33] § 6 Abs. 1 S. 1 1. HS BPflV-1954.

[34] § 6 Abs. 2 BPflV-1954.

[35] *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, S. 66; *Simon*, Krankenhauspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, S. 67.

[36] Vgl. *Jung*, Bundespflegesatzverordnung 1986, S. 39; *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 4 einerseits und *Simon*, Krankenhauspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, S. 47 andererseits.

indem sie die Beitragssätze zu den gesetzlichen Krankenversicherungen niedrig hielt.[37] Wie auch immer, fest steht jedenfalls, dass die Bundespflegesatzverordnung-1954 im Ergebnis nicht zu einer Entspannung der wirtschaftlichen Lage der Kliniken beitragen konnte. Vielmehr stiegen deren Defizite in der Folgezeit weiter an, und zwar von 280 Mio. DM im Jahre 1957 und 785 Mio. DM im Jahre 1964 auf 840 Mio. DM in 1966,[38] was ein weiteres staatliches Tätigwerden erforderte.[39]

E. Das Krankenhausfinanzierungsgesetz von 1972

Im Jahre 1972 trat in Deutschland als zweite Säule der Krankenhausfinanzierung neben der Bundespflegesatzverordnung das Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) des Bundes in Kraft,[40] welches inhaltlich eine konsequente Folge der in den Vorjahren intensiv geführten politischen Diskussion um die finanzielle Lage der deutschen Krankenhäuser[41] war. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergab sich aus dem extra neu eingefügten Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG.[42] Ergänzend zum Krankenhausfinanzierungsgesetz des Bundes ergingen Krankenhausgesetze der Länder, welche den Vollzug der Regelungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes auf Länderebene sicherstellen und ergänzen sollten.[43]

I. Dualistische Krankenhausfinanzierung

Ausdrückliches Ziel des Krankenhausfinanzierungsgesetzes war und ist bis heute nach seinem § 1 „die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser, um eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern zu gewährleisten und zu sozial tragbaren

---

37 Bericht der Bundesregierung über die finanzielle Lage der Krankenanstalten in der Bundesrepublik Deutschland vom 14. Mai 1969 („Krankenhausenquête“), BT-Drs. V/4230, S. 6 f.

38 Zahlen nach *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, 80, S. 83 ff., 92; weiterhin *Jung*, Bundespflegesatzverordnung 1986, S. 39; *Simon*, Krankenhauspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, S. 43; *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 4.

39 Vgl. zusammenfassend *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil I (Kommissionsbericht), S. 40 f.

40 Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze – KHG – vom 29. Juni 1972, BGBl. I, S. 1009; mit der Einführung des DRG-basierten Fallpauschalensystems trat als dritte Säule das Krankenhausentgeltgesetz hinzu, welches allerdings lediglich die Bedeutung der Bundespflegesatzverordnung, nicht aber die Bedeutung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes schmälerte; zum Krankenhausentgeltgesetz vgl. unten Kap. 2. C. III. 4.

41 Vgl. die „Krankenhausenquête“ vom 14. Mai 1969, BT-Drs. V/4230.

42 Einfügung der Art. 74 Nr. 19a GG („die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze“ als Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung), Art. 104a GG („Ausgabenzuständigkeit, Finanzhilfen, Haftung“, der es dem Bund ermöglichte, den Ländern für Investitionen der Länder und Gemeinden Finanzhilfen zur Verfügung zu stellen, § 104a Bas. 4) und Art. 91a GG („Mitwirkung des Bundes bei Länderaufgaben“, beispielsweise beim Aus- und Neubau von Hochschulkliniken, Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG) durch das 21. und das 22. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 12. Mai 1969, BGBl I, S.359, 363.

43 Z.B. Niedersächsisches Gesetz zum Bundesgesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze – Nds. KHG – vom 12. Juli 1973, GVBl. 1973, S. 231; Krankenhausgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen – KHG NRW – vom 25 November 1975, GVBl. 1975, S. 210; Übersicht der aktuellen Fassungen und der Krankenhausgesetze der „neuen“ Länder bei *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 84 Rn 22.

Pflegesätzen beizutragen.“[44] In 1972 sollte als Mittel hierzu vor allem der Einstig des Staates als zusätzlicher Geldgeber in die Krankenhausfinanzierung dienen, da sich in der politischen Diskussion vor 1972 die Überzeugung herausgebildet hatte, dass die Vorhaltung von Krankenhausbetten rechtssystematisch als eine Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge anzusehen sei, an deren Finanzierung sich der Staat aktiv beteiligen müsste.[45] Außerdem fordere das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes (Art. 20, 28 GG), die finanzielle Belastung der Bevölkerung und insbesondere der wirtschaftlich weniger leistungsstarken Bevölkerungsteile durch Krankheiten zu lindern und „sozial tragbar“ zu gestalten.[46]

Uneinigkeit bestand in der Politik allerdings darüber, auf welche Weise die staatliche Beteiligung an der Krankenhausfinanzierung erfolgen sollte. Der Bundesrat plädierte dafür, es bei dem bisherigen System zu belassen und sämtliche Krankenhauskosten über vollkostendeckende Pflegesätze abzudecken, diese jedoch deutlich zu erhöhen. Um gleichzeitig einen zu starken Anstieg der Beitragssätze zu verhindern und die „soziale Tragbarkeit“ der hohen Pflegesätze zu gewährleisten, sollten jedoch die Sozialversicherungsträger und die sonstigen dem Krankenhaus gegenüber Zahlungspflichtigen, insbesondere die privaten Krankenversicherungen, staatlich subventioniert werden.[47] Die Bundesregierung hingegen favorisierte ein anderes Finanzierungssystem weg von den vollkostendeckenden Pflegesätzen: Die Krankenhauskosten sollten unterschieden werden in die laufenden Betriebs- und Behandlungskosten einerseits und in die Investitionskosten – also die Kosten für den Neu-, Aus- und Umbau der Krankenhäuser – andererseits. Die Betriebs- und Behandlungskosten sollten weiterhin über die Pflegesätze vergütet werden, für die Investitionskosten hingegen sollte der Staat aufkommen, was wegen der Umlegung der Krankenhauskosten auf zwei verschiedene Geldgeber als dualistisches oder duales Finanzierungssystem bezeichnet wird.[48]

Gegen das dualistische Finanzierungsmodell wurde von seinen Kritikern eingewandt, dass die Übernahme der Investitionskosten durch die öffentliche Hand einen massiven Eingriff in die Preisgestaltungsmöglichkeiten der Krankenhäuser im Pflegesatzverfahren bedeutete: Es würde ihnen verwehrt, vollkostendeckende Entgelte zu vereinbaren, sie würden künstlich subventionsbedürftig gehalten und gerieten dadurch unter staatlichen Einfluss und in staatliche Abhängigkeit. Diese Probleme ergäben sich bei einer Beibehaltung des monistischen Systems unter Subventionierung der Krankenkassen nicht. Gegen das monistische System sprachen allerdings mögliche Umsetzungsprobleme in der Praxis: Die unterschiedliche Leistungsfähigkeit der Krankenkassen wie auch die Bezuschussung von Selbstzahlern und Privatversicherten, die aus Gleichheitsgesichtspunk-

---

[44] § 1 KHG, ausführliche hierzu *Simon*, Krankenhauspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, S. 74 ff.

[45] „Krankenhausenquête“ vom 14. Mai 1969, BT-Drs. V/4230, S. 28; Schriftliche Antwort der Bundesregierung auf die Anfrage der Fraktion der SPD zur Gesundheitspolitik vom 12. Juni 1968, BT-Drs. V/3008, S. 11; vgl. auch *Jung*, Bundespflegesatzverordnung 1986, S. 41; *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 5.

[46] *Bachof/Scheuing*, Krankenhausfinanzierung und Grundgesetz, S. 19.

[47] Vgl. *Bachof/Scheuing*, Krankenhausfinanzierung und Grundgesetz, S. 19.

[48] *Neubauer*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report-2002, S. 71, 72; *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 84 Rn 17, § 86 Rn 1, spricht sogar von einem „trialen“ System da nicht immer alle Kosten der Krankenhäuser von Pflegesätzen und der öffentlichen Investitionsförderung gedeckt würden.

ten geboten gewesen wäre, hätte ein sehr ausdifferenziertes Subventionierungsmodell mit einem hohen bürokratischen Aufwand erfordert. Auch wäre bei einer Subventionierung der Krankenkassen im Gegensatz zu einer Direktzahlung der öffentlichen Gelder an die Kliniken nicht stets gewährleistet gewesen, dass die staatlichen Gelder auch tatsächlich an der für sie bestimmten Stelle zweckentsprechend eingesetzt würden.

Die späteren Regelungen im Krankenhausfinanzierungsgesetz entsprachen dem dualistischen Modell der Bundesregierung, welches angesichts der weiten Gestaltungsfreiheit des Bundesgesetzgebers im Bereich der Krankenhausfinanzierung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG) grundsätzlich keinen verfassungsmäßigen Bedenken begegnet.[49] Die Betriebs- und Behandlungskosten der Krankenhäuser wurden über die Pflegesätze vergütet, und die Finanzierung der Investitionskosten teilten sich Bund und Länder, zunächst im Verhältnis eins zu zwei („Mischfinanzierung") § 21 KHG-1972. Die genaue Abgrenzung von Investitionskosten einerseits und Behandlungs- und Betriebskosten andererseits wurde später in der sog. Abgrenzungsverordnung geregelt.[50] Das Krankenhausfinanzierungsgesetz hielt am Selbstkostendeckungsprinzip der Bundespflegesatzverordnung-1954 fest. § 4 Abs. 1 KHG-1972 bestimmte, dass Pflegesätze und öffentliche Investitionen zusammengenommen die Selbstkosten eines sparsam wirtschaftenden und leistungsfähigen Krankenhaus decken mussten.

II. Krankenhaus(bedarfs)planung

Als zweite große Neuerung neben dem dualen Finanzierungssystem führte das Krankenhausfinanzierungsgesetz in § 6 KHG-1972 die bis heute bestehende Krankenhausplanung der Länder durch Krankenhauspläne und die Investitionsprogramme ein.[51] Mit ihrer Hilfe soll ein flächendeckendes Netz von Krankenhäusern zur wohnortnahen stationären Versorgung der Bevölkerung errichtet und die öffentliche Investitionsförderung durch Bund und Länder koordiniert werden.[52]

In den *Krankenhausplänen* als wichtigstem Element der Krankenhausplanung analysiert die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde, beispielsweise das Ministerium für Gesundheit, zunächst den Stand und den Bedarf an Krankenhausversorgungsleistungen im Land im Wege einer analytischen, formelhaften Berechnung, in die bestimmte statistische Daten wie Einwohnerzahl, Herkunft der Patienten, Behandlungshäufigkeit, durchschnittliche Verweildauer und Krankenhausauslastung für einen bestimmten Behandlungszeitraum einfließen.[53] In der Praxis bereitet dies

---

[49] *Bachof/Scheuing*, Krankenhausfinanzierung und Grundgesetz, S. 19-24.

[50] Abgrenzungsverordnung (AbgrV) vom 05. Dezember 1977, BGBl. I, S. 2355; dazu *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 86 Rn. 15 ff., *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, S. 112 ff.; *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 41 ff.; bezüglich der Finanzierung größerer baulicher Anlagen (Außenmauer) vgl. *BVerwG*, NJW 1993, S. 2391 ff.

[51] Im KHG-1972 hieß die Krankenhausplanung noch „Krankenhausbedarfsplanung", die Krankenhauspläne hießen dementsprechend „Krankenhausbedarfspläne". Zum aktuellen Investitionsstau bei sinkenden Investitionsfördermitteln unter dem neuen Vergütungssystem *Steiner/Mörsch*, Das Krankenhaus 6/2005, S. 473 ff.

[52] *Genzel,* in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 86 Rnrn. 28, 34.

[53] Vgl. z.B. § 13 Abs. 2 KHG NRW.

oft erhebliche Probleme, da eine allgemeingültige Methode fehlt.[54] Nach der Bedarfsermittlung prüft die Behörde, mit welchen Krankenhäusern der Bedarf gedeckt werden soll. Zu beachten sind dabei der Standort der Krankenhäuser, ihr Versorgungsgebiet, die Anzahl und Art der Fachabteilungen mit ihrer Bettenzahl und ihren Plätzen und die Versorgungsstufe.[55] Ziel ist hierbei nicht, dass jedes Krankenhaus zur Behandlung aller Krankheiten in der Lage ist; vielmehr genügt, dass in den einzelnen Regionen eine „abgestufte", wohnortnahe Versorgung mit unterschiedlich ausgestatteten Kliniken gewährleistet wird.[56] Eine generelle Bevorzugung größerer Häuser mit umfangreichem Behandlungsangebot vor kleineren, spezialisierten Privatkliniken ist bei der Frage der Aufnahme in den Krankenhausplan daher nicht zulässig,[57] und der benachteiligte Klinikträger kann seine Rechte im Wege des verwaltungsgerichtlichen Konkurrentenrechtsschutzes geltend machen.[58]

Im Rahmen der Krankenhausplanung werden die unterschiedlichen Kliniken in der Regel in vier Versorgungsstufen eingeteilt, und zwar in Krankenhäuser der Grundversorgung, der Ergänzungs- bzw. Regelversorgung, der Zentral-, bzw. Schwerpunktversorgung und der Maximalversorgung, wobei die Differenzierung und die Differenzierungskriterien nicht immer einheitlich verlaufen.[59] Die ersten beiden Versorgungsstufen sollen möglichst vor Ort, also in der Stadt oder dem Landkreis vorhanden sein, die höheren Versorgungsstufen nur auf überörtlicher Ebene. Krankenhäuser der Grundversorgung erbringen allgemeine Leistungen in den Grunddisziplinen der Chirurgie, der Inneren Medizin und der Gynäkologie/Geburtshilfe, darüber hinaus in den Spezialdisziplinen der Hals-Nasen-Ohren-Heilkunde, der Augenheilkunde, der Intensivmedizin und der Anästhesiologie. Krankenhäuser der Ergänzungs- bzw. der Regelversorgung sind in der Regel zusätzlich mit einer Abteilung für Kinderheilkunde ausgestattet. Krankenhäuser der Zentral- bzw. Schwerpunktversorgung erbringen neben der allgemeinen Versorgung in den Grunddisziplinen auch eine spezielle Versorgung; in Spezialdisziplinen wie der Urologie, der Orthopädie, der Neurologie oder der Psychiatrie gewähren sie eine allgemeine Versorgung. Krankenhäuser der Maximalversorgung, beispielsweise die Universitätskliniken oder große Stadtkrankenhäuser, leisten eine allgemeine und spezielle Versorgung in allen Grunddisziplinen und in den meisten Spezialdisziplinen. Sie verfügen zumeist über Spezialabteilungen und leisten Forschungsarbeit.[60]

Die Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan eines Landes erfolgt, wenn die zuständige Landesbehörde die Klinik als zur Bedarfsdeckung erforderlich ansieht und der Betreiber eine dauerhafte Leistungsfähigkeit der Klinik gewährleisten kann – dies folgt aus § 1 Abs. 1

---

54 *Genzel,* in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 86 Rn. 38; *Bruckenberger*, Von der Krankenhausplanung zur Krankenhaus-Rahmenplanung, Gliederungspunkt 1; zu den einzelnen Methoden *Stapf-Finé/Polei*, Das Krankenhaus 2/2002, S. 97, 99 ff.

55 Vgl. z.B. § 18 Abs. 1 KHG NRW.

56 Vgl. z.B. § 13 Abs. 4 S. 1 KHG NRW.

57 *BVerfG*, Beschluss vom 04.03.2004, ArztR 3/2005, S. 81 f.

58 *BVerfG*, Beschluss vom 14.01.2004, ArztR 1/2005, S. 25.; zur Möglichkeit des Konkurrentenrechtsschutzes im Bereich der Krankenhausplanung und zu Fragen des Kartellvergaberechts *Burgi/Brohm*, MedR 2/2005, S. 74 ff.

59 *Genzel,* in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 86 Rn. 34 (Fn. 45); *Schmid*, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozess, S. 25 f.

60 *Voß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 125 f.

KHG.[61] Die Aufnahme in den Krankenhausplan wird nach § 8 Abs. 1 S. 3 KHG durch Bescheid festgestellt.

Die *Investitionsprogramme* werden von den Ländern auf der Grundlage des Krankenhausplans entwickelt (§ 6 Abs. 1, §§ 8 ff. KHG). Sie haben eine ein- oder mehrjährige Laufzeit und geben an, wie die im betreffenden Haushaltsjahr zur Verfügung stehenden öffentlichen Fördermittel zur Erreichung der Ziele des Krankenhausplans verwendet werden sollen.[62] Gefördert werden die Errichtung (Neubau, Umbau, Erweiterungsbau) von Kliniken oder die Wiederbeschaffung von Anlagegütern mit längerer Nutzungsdauer.[63]

Für die einzelne Klinik bedeutet die Entscheidung über die Aufnahme in den Krankenhausplan und in das Investitionsprogramm des jeweiligen Landes in der Regel die Entscheidung über ihre wirtschaftliche Existenz. So ist es einer Klinik nur in diesem Falle möglich, von der staatlichen Investitionsförderung zu profitieren; weiterhin bedeutet die Aufnahme in den Krankenhausplan für die Klinik nach § 108 Nr. 2 SGB V zugleich auch die ihre Zulassung zur Behandlung gesetzlich versicherter Patienten im Rahmen der GKV, welche immerhin einen Anteil von etwa 90 % der Bevölkerung ausmachen.[64] Ausnahmen gelten insofern lediglich für Hochschulkliniken, die von den Krankenhausplänen und Investitionsprogrammen der Länder unabhängig sind; sie erhalten eine öffentliche Investitionsförderung nicht nach dem Krankenhausfinanzierungs-, sondern nach dem Hochschulbauförderungsgesetz, vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 1 KHG, § 4 Abs. 3 Nr. 1 KHG-1972. Zudem sind sie nach § 108 Nr. 1 SGB V automatisch zur Behandlung gesetzlich Krankenversicherter zugelassen.

F. Die Bundespflegesatzverordnung von 1973

Zehn Monate nach Erlass des Krankenhausfinanzierungsgesetzes folgte in 1973 eine Novellierung der Bundespflegesatzverordnung, deren Bedeutung im Hinblick auf die Systematik der Abrechnung von Krankenhausleistungen darin lag, dass sie eine erste Hinwendung zu einer mehr leistungsorientierten Vergütung der Krankenhausleistungen in Deutschland enthielt. So führten die §§ 4, 5 BPflV-1973 als spezielle Vergütungsform für besonders teure Krankenhausleistungen oder Leistungskomplexe gesonderte Entgelte ein, die bei der Abrechnung neben die tagesgleichen Pflegesätze traten und diese ergänzten. Der Grund für diese Ausgrenzung der besonders teuren Einzelleistungen aus der pauschalierten Vergütung über tagesgleiche Pflegesätze und deren gesonderte Vergütung über leistungsorientierte Sonderentgelte war, dass es kalkulatorisch schwierig ist, die betroffenen Leistungen sachgerecht in die pauschale Vergütung über Pflegesätze mit

---

61 Vgl. *BVerwG*, NJW 1993, S. 3008.

62 *Genzel* in *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 86 Rn. 62, vgl. z.B. § 20 Abs. 1 S. 2 KHG NRW.

63 Vgl. § 9 KHG, als Landesvorschrift vgl. z.B. §§ 20, 21 KHG NRW; hierzu *Neubauer*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report-2002, S. 71, 74 ff.

64 *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs. 15/530 S. 26.

einzukalkulieren.

Neben der Einführung der Sonderentgelte als explizit leistungsorientierte Entgeltform brachte die Bundespflegesatzverordnung-1973 auch im Bereich der pauschalierten Pflegesätze Veränderungen in Richtung einer stärkeren Leistungsorientierung mit sich: Fortan unterschied die Bundespflegesatzverordnung-1973 zwischen allgemeinen Pflegesätzen für allgemeine Krankenhausleistungen (§ 3 BPflV-1973) und besonderen Pflegesätzen für Leistungen in Sondereinrichtungen[65] (§ 4 BPflV-1973), deren Höhe jeweils gesondert festzusetzen war. Zusätzlich nahm § 11 BPflV-1973 eine Unterteilung der vorhandenen Krankenhäuser in neun, an der Größe und Leistungsfähigkeit der Kliniken orientierte Gruppen vor,[66] für die nach § 13 BPflV-1973 die Landesregierungen ermächtigt wurden, Höchstsätze für die zu vereinbarenden allgemeinen Pflegesätze zu bestimmen.

G. Die Auswirkungen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes 1972 und der Bundespflegesatzverordnung 1973

Das Krankenhausfinanzierungsgesetz-1972 und die Bundespflegesatzverordnung-1973 führten zu einem merklichen Qualitätsanstieg in der Bausubstanz der deutschen Krankenhäuser und in ihren Versorgungsleistungen. Insofern wurde das Ziel nach § 1 KHG-1972, die *wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser* zum Zwecke der bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern zu gewährleisten, erreicht.

Schwieriger gestaltete sich die Situation allerdings für das ebenfalls in § 1 KHG-1972 befindliche Postulat der *sozial tragbaren Pflegesätze*. Denn die Verbesserungen des Krankenhauswesens waren nur über einen deutlichen Anstieg der aufgewendeten finanziellen Mittel möglich: Die öffentlichen Investitionsmittel der Länder erhöhten sich von 3,2 Mrd DM im Jahre 1973 auf 4,5 Mrd. DM im Jahre 1975, und die von den Krankenkassen gezahlten Entgelte für die laufenden Betriebs- und Behandlungskosten verzeichneten einen Anstieg von 6 Mrd. DM im Jahre 1970 auf 17,5 Mrd. DM in 1975, was beinahe eine Verdreifachung bedeutet. Dementsprechend mussten auch die Krankenversicherungsbeiträge erhöht werden; die Beitragssätze stiegen von 8,2 % im Jahre 1970 auf 10,47 % im Jahre 1975.[67]

---

[65] Z.B. Einrichtungen für Langzeit- oder chronisch Kranke, Einrichtungen der Rehabilitation oder der teilstationären Versorgung.

[66] Unter die Gruppe 1 fielen beispielsweise die Universitätskliniken und Medizinische Akademien sowie Allgemeine Krankenhäuser vergleichbarer Leistungsfähigkeit mit mindestens zwölf Fachabteilungen, unter Gruppe 2 fielen Allgemeine Krankenhäuser mit mindestens neun Fachabteilungen und den für diese nach neuzeitlichen Erkenntnissen erforderlichen medizinischen Einrichtungen.

[67] *Jung*, Bundespflegesatzverordnung 1986, S. 45 f.; *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 9; *Genzel*, NZS 8/1996, S. 359, 360, Fn. 9; zu Beginn des Jahres 2003 lagen sie im Übrigen im Schnitt bei etwa 14,3 – 14,5 %, *Deter*, Die Sozialversicherung 2003, S. 18, 20.

H. Die Entwicklung der Krankenhausfinanzierung nach 1972

Der Trend wachsender Ausgaben der Krankenkassen und eines steigenden Kostendrucks im Gesundheitswesen hält bis heute an, und der Handlungsdruck auf die Politik hat sich stetig erhöht, so dass der Gesetzgeber im Gesundheitswesen in immer kürzer werdenden Abständen mit neuen Regelwerken intervenieren musste, deren Wirksamkeit im Nachhinein freilich eher gering geblieben ist.[68] Um die volkswirtschaftlich bedeutsamen Lohnnebenkosten gering zu halten, orientierte sich der Gesetzgeber zusehends stärker am „Grundsatz der Beitragssatzstabilität", der für die Pflegesatzverhandlungen heute in § 71 SGB V niedergelegt ist,[69] und bemühte sich um mehr Wirtschaftlichkeit und Kostendämpfung im Gesundheits- und im Krankenhauswesen.[70] Dazu nahm er eine Reihe von Veränderungen an dem durch das Krankenhausfinanzierungsgesetz statuierten System der Krankenhausfinanzierung in Deutschland vor, die allerdings im Ergebnis nichts an der prägenden Wirkung änderten, welche das Krankenhausfinanzierungsgesetz-1972 mit der Einführung des dualistischen Finanzierungssystems und der Krankenhausplanung für die deutsche Krankenhausfinanzierung in der Nachkriegszeit hatte. Wohl aus diesem Grund und wegen seiner durchaus positiven Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit des deutschen Krankenhauswesens wird das Krankenhausfinanzierungsgesetzes-1972 oft auch als „Jahrhundertgesetz"[71] und sogar als „[einzig wirkliches] Jahrhundertgesetz des letzten Jahrhunderts"[72] bezeichnet.

I. Setzen ökonomischer Anreize

Ansatzpunkt der Kostendämpfungspolitik nach 1972 war neben einzelnen Veränderungen im ordnungspolitischen Rahmen der Krankenhausfinanzierung – beispielsweise einer stärkeren Beteiligung der Kostenträger (Krankenversicherungen und Krankenkassen) und der Krankenhäuser bzw. deren Verbände an der Krankenhausplanung[73] oder im Pflegesatzverfahren[74] – vor allem der

---

[68] Beispiele für die gesetzgeberischen Interventionen sind das Gesetz zur Verbesserung der Haushaltsstruktur (Haushaltsstrukturgesetz - HStrktG) vom 18. Dezember 1975, BGBl. I, S. 3091, das Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhaus-Kostendämpfungsgesetz) vom 22. Dezember 1981, BGBl. I S. 1568, das Gesetz zur Neuordnung der Krankenhausfinanzierung (Krankenhaus-Neuordnungsgesetz – KHNG) vom 20. Dezember 1984, BGBl. I S. 1716, Inkraftgetreten am 1. Januar 1985, das Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz) vom 21. Dezember 1992, BGBl. I S. 2266, das Gesetz zur Stabilisierung der Krankenhausausgaben 1996 vom 29. April 1996, BGBl. I, S. 654 = BT-Drs. 13/3601; Erstes Gesetz zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung (1. GKV-Neuordnungsgesetz – 1. NOG) vom 23. Juni 1997, BGBl. I, S. 1518, das Zweites Gesetz zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung (2. GKV-Neuordnungsgesetz – 2. GKV-NOG) vom 23. Juni 1997, BGBl. I, S. 1520, das Gesetz zur Stärkung der Solidarität in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Solidaritätsstärkungsgesetz – GKV-SolG) vom 19. Dezember 1998, BGBl. I, S. 3853.

[69] Hierzu *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S.11 ff., 96 f.

[70] Zur Kostendämpfungspolitik *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 21 ff.

[71] *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 10.

[72] *Hoppe*, KMA – September 2001, S. 22.

[73] So wurden die Beteiligungsrechte der Deutschen Krankenhausgesellschaft, der Spitzenverbände der Träger der gesetzlichen Krankenversicherung, der kommunalen Spitzenverbänden und des Ausschusses des Verbandes der privaten Krankenversicherung bei der Planaufstellung durch das Krankenhaus-Kostendämpfungsgesetz von 1981 (BGBl. I, S. 1568) von einem Anhörungsrecht zu einem Recht auf Zusammenarbeit mit den Länderbehörden erwei-

Versuch, die Betriebsabläufe in den Kliniken wirtschaftlicher und kostengünstiger zu organisieren. Dort vermutete der Gesetzgeber erhebliche, brachliegende Potentiale zur Kosteneinsparung.

1. Prospektive Pflegesatzberechnung und Aufgabe des Selbstkostendeckungsprinzips

Mit dem Krankenhaus-Neuordnungsgesetz von 1984[75] nahm der Gesetzgeber eine gewichtige, ökonomisch sinnvolle Veränderung im Verfahren zur Kalkulation der Pflegesätze vor, indem er den Zeitpunkt für die Kalkulation der Krankenhauspflegesätze von der Rückschau (Retrospektive) in die Prospektive verlegte. Fortan wurden die Pflegesätze nicht mehr im Nachhinein unter Beachtung der den Krankenhäusern entstandenen Kosten vereinbart, sondern prospektiv im Hinblick auf die im folgenden Abrechnungszeitraum mutmaßlich anfallenden Kosten festgelegt (§ 4 S. 2 KHG in der durch das Krankenhaus-Neuordnungsgesetz geänderten Fassung[76]). Hiervon erhoffte sich der Gesetzgeber, dass die Kliniken nicht mehr wie bisher in einer etwas fatalistischen Art die tatsächliche Kostenentwicklung in ihren Häusern als gegeben hinnahmen, sondern sich durch wirtschaftlicheres Arbeiten und einer Orientierung an dem nun vorgegebenen Finanzrahmen aktiv etwaigen Kostensteigerungen entgegensetzen konnten.[77]

Im Ergebnis wurden die Hoffnungen des Gesetzgebers jedoch enttäuscht, da auch die prospektive Pflegesatzkalkulation letzten Endes nicht zu einem merklichen Absinken oder einer Verlangsamung des Kostenanstiegs im Krankenhauswesen führte. In 1993 modifizierte der Gesetzgeber mit dem Gesundheitsstrukturgesetz[78] die Pflegesatzberechnung daher ein weiteres Mal, indem er nun das bislang noch bestehende Selbstkostendeckungsprinzip als Grundlage der Pflegesatzkalkulation aufgab; § 4 und § 17 KHG wurden entsprechend geändert und besagten fortan, dass die Pflegesätze nunmehr nur noch „medizinisch leistungsgerecht“ sein und einem Krankenhaus bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen sollten, seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen, was den wirtschaftlichen Druck auf die Kliniken merklich erhöhte.[79]

---

tert; mit dem Krankenhaus-Neuordnungsgesetz von 1984 (BGBl. I, S. 1716) wurde die „Zusammenarbeit“ sogar zu einer „engen Zusammenarbeit“ ausgeweitet, vgl. § 7 i.V.m. § 6 KHG; zur Beteiligung der Selbstverwaltung an der Krankenhausplanung der Länder vgl. noch unten Kap. 3. B.

74 Dazu etwa *Jung*, Bundespflegesatzverordnung 1986, S. 45, 69; *Genzel*, in: *Taupitz/Brewe* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen, S. 101, 108 ff.

75 Gesetz zur Neuordnung der Krankenhausfinanzierung (Krankenhaus-Neuordnungsgesetz – KHNG) vom 20. Dezember 1984, BGBl. I S. 1716.

76 Vgl. Bekanntmachung der Neufassung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes vom 23. Dezember 1985, BGBl. I 1986, S. 33.

77 *Grünenwald/Kehr/Tuschen*, Kommentar KLN, S. 38.

78 Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz) vom 21. Dezember 1992, BGBl. I, S. 2266.

79 § 17 Abs. 1 S. 3 KHG i.d.F. 1993 = Art. 11 Nr. 7 lit. a) GSG; hierzu *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 28 ff., 30.

2. Budgetierung

Die Umstellung der Krankenhauskostenkalkulation von der Retro- in die Prospektive im Jahre 1985 bedeutete in Deutschland notwendigerweise den Beginn der Zeit der Budgetierung im Gesundheitswesen, also der vorausschauenden Festsetzung der für die einzelnen Kliniken in einer Finanzperiode insgesamt verfügbaren Geldmittel. Je nach den Konsequenzen, die ein Abweichen der Klinik von dem prospektiv kalkulierten Finanzrahmen mit sich brachte, können hierbei flexible und feste Budgets unterschieden werden. Das Budgetsystem der Bundespflegesatzverordnung-1985[80] war zunächst ein flexibles. Es sah für den Fall, dass eine Klinik ihren Finanzrahmen über- oder unterschritt, einen Mehr- bzw. Mindererlösausgleich für das betreffende Krankenhaus vor: Wurde das Budget überschritten, so erhielten die Krankenhäuser 75 % ihrer Mehrkosten erstattet, blieben sie unter dem vorgegebenen Rahmen, so mussten sie auf 75 % ihrer Einsparungen verzichten.[81] Der Ausgleichsrate von 75 % lag die Annahme zu Grunde, dass der Anteil der Fixkosten an den Gesamtkosten eines Pflegetages 75 % und der der variablen Kosten dementsprechend 25 % betrug.[82]

Das Gesundheitsstrukturgesetz von 1993, welches auch das Selbstkostendeckungsprinzip abschaffte, beendete allerdings dieses für die Kliniken recht angenehme Verfahren und bestimmte – ähnlich der Preisstoppverordnung von 1936 – als „Notbremse“[83] gegen den weiteren Kostenanstieg im Krankenhauswesen ein weitgehendes Einfrieren der Budgets. So wurden in den Jahren 1993, 1994 und 1995 die Krankenhausbudgets nicht mehr für jedes Jahr vollständig neu kalkuliert, sondern auf der Grundlage des Betrages von 1992 nur leicht bereinigt und entsprechend der Grundlohnentwicklung der Versicherten fortgeschrieben. Auch fand kein echter Mehr- oder Mindererlösausgleich mehr statt („Deckelung“[84]).[85] Zwar erhielten die Kliniken bei Überschreitung des Budgets den jeweiligen Fehlbetrag zunächst erstattet, er wurde jedoch auf das folgende Budget angerechnet.[86]

Dem Gesetzgeber war durchaus bewusst, dass die feste Budgetierung in Einzelfällen zu finanziellen Engpässen in den Krankenhäusern führen konnte, grundsätzlich ging er jedoch davon aus, dass ein Krankenhausbetrieb auch in der Zeit fester Budgets möglich war, ohne die Leistungsfähigkeit der Kliniken zu beeinträchtigen.[87] Angesichts der finanziellen Situation der Krankenkassen bestand ohnehin keine Alternative.[88] Mit dem Gesetz zur Stabilisierung der Krankenhausausgaben

---

80 Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Bundespflegesatzverordnung – BPflV) vom 21. August 1985, BGBl I, S. 1666.
81 § 4 Abs. 1 S. 2 BPflV-1985.
82 *Grünenwald/Kehr/Tuschen*, Kommentar KLN, S. 44; *Jung*, Bundespflegesatzverordnung 1986, S. 60; *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 74; *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 75 ff.
83 *Genzel*, ArztR 3/1994, S. 67, 71.
84 *Simon*, Krankenhauspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, S. 277.
85 § 4 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 3 BPflV i.d.F. 1993.
86 § 4 Abs. 5 BPflV i.d.F. 1993.
87 *Genzel*, ArztR 3/1994, S. 67, 71.
88 *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 20, 23.

1996[89] wurde die feste Budgetierung dann (rückwirkend) auf 1996 ausgedehnt, da sich wiederum eine außergewöhnliche Steigerung der Kosten auf dem Gesundheitssektor abzeichnete; ab 1997 galten wieder flexible Budgets.[90]

II. Einführung leistungsorientierter Entgeltformen

Ein weiterer Trend in der Entwicklung der Krankenhausfinanzierung nach 1972 war wie bereits an anderer Stelle angesprochen[91] die sukzessive Ergänzung des von den tagesgleichen Pflegesätzen dominierten Abrechnungssystems durch neue, leistungsorientierte Entgeltformen.[92] Von leistungsorientierten Entgeltformen ist dann zu sprechen, wenn sich die Höhe der Vergütung der Krankenhausleistungen an den tatsächlich erbrachten Leistungen bzw. deren Kosten orientiert und nicht – wie die tagesgleichen Pflegesätze – an der Verweildauer des Patienten im Krankenhaus.

Grundsätzlich stehen zwei unterschiedliche leistungsorientierte Entgeltarten zur Verfügung, die Sonderentgelte und die Fallpauschalen. *Sonderentgelte* beziehen sich nur auf einzelne Leistungen oder Leistungskomplexe und treten in der Regel neben weitere Vergütungsformen, die dann die restlichen Kosten eines Krankenhauses abdecken, die bei einer Behandlung entstehen. Demgegenüber erfassen *Fallpauschalen* – wie ihr Name aussagt – alle Kosten einer Krankenhausbehandlung, also sowohl die medizinischen als auch die pflegerischen Leistungen, und vergüten diese mit einem Gesamtbetrag. Die leistungsorientierten Entgeltformen haben gegenüber den verweildauerorientierten tagesgleichen Pflegesätzen den Vorteil, dass sie einerseits für mehr Kosten- und Leistungstransparenz im Krankenhaus sorgen und exaktere Abrechnungen ermöglichen, zum anderen aber auch, dass nur sie bei den behandelnden Ärzten ein gewisses Kostenbewusstsein entstehen lassen, welches eine wichtige Voraussetzung für ökonomisches Wirtschaften im Krankenhaus ist.

1. Bundespflegesatzverordnung 1973

Die Bundespflegesatzverordnung von 1973 führte wie bereits erwähnt[93] die ersten, damals noch nicht als solche bezeichneten *Sonderentgelte* in das Krankenhausleistungsabrechnungssystem in Deutschland ein. Sie waren als Vergütung für besonders teure Einzelleistungen oder Leistungskomplexe vorgesehen (für besonders teure Medikamente, gesonderte Unterbringung), die sich nicht eigneten, in die pauschalierte Vergütung der tagesgleichen Pflegesätze miteinkalkuliert zu werden.[94]

---

89 Gesetz zur Stabilisierung der Krankenhausausgaben 1996 vom 29. April 1996, BGBl. I, S. 654.

90 *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 26, 84 f.; *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 81 f., 87 ff.; *Genzel* in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 86 Rn 135.

91 Vgl. oben Kap. 1. F.

92 Ein Überblick über mögliche Entgeltformen der Krankenhausleistungsvergütung findet sich im Übrigen bei *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil I (Kommissionsbericht), S. 65 ff.

93 Vgl. oben Kap. 1. F.

94 § 17 Abs. 2 S. 2 KHG-1972, §§ 5, 6 BPflV-1973.

Fallpauschalen hingegen waren als Entgeltart in der Bundespflegesatzverordnung von 1973 noch nicht vorgesehen. Zwar war diese Vergütungsform zum damaligen Zeitpunkt wohl bereits bekannt – so wurde in den USA bereits seit 1967 an einem Fallgruppensystem für Krankenhausleistungen gearbeitet;[95] § 9 BPflV-1973 stand ihrer Einführung in Deutschland allerdings entgegen.[96]

2. Bundespflegesatzverordnung 1986

Auch die Bundespflegesatzverordnung von 1986 sah noch keine Einführung von Fallpauschalen vor, sondern beschränkte sich – was leistungsorientierte Vergütungsformen neben den tagesgleichen Pflegesätzen anbetraf – wie schon die Bundespflegesatzverordnung von 1973 auf die Zulassung von Sonderentgelten.[97] Jedoch enthielt die Bundespflegesatzverordnung von 1986 in ihrem § 21 einen Hinweis auf die mögliche zukünftige Hinwendung des deutschen Vergütungssystems zu Fallpauschalen. § 21 BPflV-1986 gestattete den örtlichen Pflegesatzparteien ausdrücklich, zur Vergütung von Krankenhausleistungen auch von der Bundespflegesatzverordnung abweichende Vereinbarungen zu treffen und Modellvorhaben darüber durchzuführen, wie verstärkt Anreize für eine sparsame und wirtschaftliche Betriebsführung und eine kostengünstige Erbringung der allgemeinen Krankenhausleistungen geschaffen werden könnten. Diese „Öffnungsklausel“ zielte fraglos auf die Erprobung von Fallpauschalen ab.[98]

Die große Zurückhaltung der Bundespflegesatzverordnung von 1986 gegenüber der fallpauschalierten Vergütung war in zweifacher Hinsicht überraschend. Zum einen stand sie gewissermaßen in Widerspruch zum Krankenhaus-Neuordnungsgesetz von 1984,[99] welches die Einführung von Fallpauschalen als weitere Entgeltform neben Pflegesätzen und Sonderentgelten ausdrücklich zugelassen hatte.[100] Zum anderen vernachlässigte die Bundespflegesatzverordnung aber auch einen sich im Ausland bereits abzeichnenden Trend einer stärkeren Hinwendung gerade zu Fallpauschalen als maßgeblicher Form der Vergütung von Krankenhausleistungen. So hatte die US-amerikanische *Medicare*-Versicherung bereits im Jahre 1983 die Abrechnung der von ihr erbrachten Krankenhausleistungen fast komplett auf Fallpauschalen umgestellt, und auch in Europa, genauer in Skandinavien, wurde schon seit 1983 an überwiegend auf Fallpauschalen gestützten Vergütungssystemen gearbeitet.[101]

Der Grund für die ablehnende Haltung der Bundespflegesatzverordnung-1986 gegenüber der Einführung von Fallpauschalen bestand jedoch darin, dass das Bundesministerium für Arbeits- und

---

[95] Vgl. unten Kap. 2. B. II. 2. a.
[96] *Jung*, Bundespflegesatzverordnung 1986, S. 45.
[97] § 6 BPflV-1985.
[98] *Jung*, Bundespflegesatzverordnung 1986, S. 63.
[99] Gesetz zur Neuordnung der Krankenhausfinanzierung (Krankenhaus-Neuordnungsgesetz – KHNG) vom 20. Dezember 1984, BGBl. I S. 1716, Inkrafttreten am 1. Januar 1985.
[100] § 17 Abs. 2 Nr. 1 KHG i.d.F. 1985 = Art. 1 Nr. 16 KHNG.
[101] Vgl. unten Kap. 2 B. II. 2. c. aa.

Sozialordnung zum einen bereits eine Überprüfung des amerikanischen Fallpauschalensystems vorgenommen und dieses für nicht gebräuchlich befunden hatte.[102] Zum anderen war eine Einführung von Fallpauschalen aber auch an dem schlechten Stand des betrieblichen Rechnungswesens in den deutschen Kliniken gescheitert, welches aufgrund der langjährigen Abrechnung über tagesgleiche Pflegesätze die Auswertung von leistungs- und kostenbezogenen Patientendaten weitgehend vernachlässigt hatte, so dass keine geeigneten Kalkulationsgrundlagen für Fallpauschalen vorhanden waren.[103]

3. Bundespflegesatzverordnung 1995

Nachdem das Gesundheitsstrukturgesetz von 1993[104] einen neuen § 17 Abs. 2a in des Krankenhausfinanzierungsgesetz eingefügt hatte,[105] welcher den Verordnungsgeber der Bundespflegesatzverordnung nunmehr ausdrücklich verpflichtete, spätestens bis zum 1. Januar 1996 das deutsche Krankenhausleistungsvergütungssystem in geeigneten Fällen durch Fallpauschalen und Sonderentgelte zu ergänzen, führten die Bundespflegesatzverordnung-1995[106] und die zugehörigen Änderungsverordnungen zum 1. Januar 1995 bundesweit 40 Fallpauschalen und 105 Sonderentgelte als neue Entgeltformen neben den Pflegesätzen ein;[107] zum 1. Januar 1996 stieg die Zahl auf 73 Fallpauschalen und 147 Sonderentgelte an[108] und umfasste letztendlich insgesamt etwa 20-30 % der erbrachten Krankenhausleistungen.[109] Der Gesetz- und Verordnungsgeber des Gesundheitsstrukturgesetzes und der Bundespflegesatzverordnung hatte an sich vorgesehen, aus dem Fallpauschalensystem der Bundespflegesatzverordnung als Ausgangspunkt ein eigenes deutsches, weitergehendes Fallpauschalensystem zu entwickeln, welches sich an dem amerikanischen System der PMC (Patient Management Categories) orientieren sollte,[110] ließ hiervon Ende der 1990er Jahre jedoch wieder ab.

Als weitere Neuerung neben der Einführung der Fallpauschalen und Sonderentgelte reformierte die Bundespflegesatzverordnung-1995 auch das System der tagesgleichen Pflegesätze und gestalte-

---

[102] *Fischer*, DRGs im Vergleich, S. 19 f.; *Simon*, Krankenhauspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, S. 290.
[103] *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 76.
[104] Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz) vom 21. Dezember 1992, BGBl. I S. 2266.
[105] Art. 11 Nr. 7 lit. c) GSG.
[106] BGBl. 1994 I S. 2750.
[107] § 11, Abs. 1, Abs. 2, § 16 Abs. 2 BPflV-1995; dazu *Scheinert*, KrV 1994, S. 212, 213; *Menzel*, KrV 1995, S. 131, ebenda; *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 84 ff.
[108] *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 3. Auflage 1996, S. 72, S. 130 ff.
[109] *Clade*, DÄ 2000, A-1939, ebenda; *Fack-Asmuth*, KrV 1998, S. 61, ebenda; *Simon*, Krankenhauspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, S. 297; zu den politischen und ökonomischen Hintergründen der Einführung der Fallpauschalen *Simon*, Krankenhauspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, S. 280 ff., 296 ff.; *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 79 ff., insb. S. 98 ff.
[110] *Fischer*, DRGs im Vergleich, S. 20; *Sell*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 103, 109; *Simon*, Krankenhauspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, S. 290 f.; vgl. auch *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung (1. Auflage 1993), S. 65; zu den Unterschieden von PMCs (Patient Management Categories) und DRGs (Diagnosis Related Groups) *Ackermann/Schmidthausen*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 99, 101.

te es „leistungsgerechter“.[111] So wurde der bis dahin gebräuchliche allgemeine tagesgleiche Pflegesatz aufgegeben und durch einen bestimmten Basispflegesatz je Krankenhaus und ergänzende krankenhausindividuelle Abteilungspflegesätze ersetzt. Die Abteilungspflegesätze vergüteten die Kosten für ärztliche und pflegerische Tätigkeiten und variierten diese „leistungsgerecht“ je nach der in Anspruch genommenen Abteilung, während der einheitliche Basispflegesatz die restlichen Kosten (z.B. Unterkunft und Verpflegung) der Klinik abgalt.[112]

III. Die geplante Rückkehr zur monistischen Krankenhausfinanzierung

Zum Abschluss der kurzen Darstellung der Entwicklung des Krankenhausfinanzierungssystems in Deutschland nach 1972 sei an dieser Stelle auf jüngere, etwa seit Ende der 1980er und Beginn der 1990er Jahre bestehende Bestrebungen in der Politik hingewiesen, die mit dem Krankenhausfinanzierungsgesetz 1972 eingeführte dualistische Krankenhausfinanzierung[113] durch den Staat und die Krankenkassen wieder aufzugeben und stattdessen zu einer monistischen Finanzierung allein durch die Krankenkassen zurückzukehren.[114] Der Grund für diese Bestrebungen liegt darin, dass die „dualistische“ Trennung von Investitionsfinanzierung durch den Staat einerseits und Betriebskostenfinanzierung durch die Krankenkassen andererseits weitgehend als Hemmnis für eine flexible und kostengünstige Ausgestaltung angemessener Krankenhausstrukturen angesehen wird. So wird von den Fürsprechern einer Rückkehr zur monistischen Krankenhausfinanzierung insbesondere vorgebracht, dass die von den Krankenkassen zu tragenden Betriebskosten zwar rund 80 % der gesamten Kosten eines Krankenhauses ausmachten, die Krankenkassen aber dennoch nicht kostensenkend auf die Krankenhäuser einwirken könnten, da die Betriebskosten maßgeblich durch die staatlichen Planungs- und Investitionsentscheidungen im Rahmen der Investitionsfinanzierung vorherbestimmt würden. Weiterhin führe eine monistische Krankenhausfinanzierung mit einer Mittelverwaltung aus einer Hand auch zu einer höheren Flexibilität und Handlungsautonomie der Krankenhausträger und ermögliche eine insgesamt effizientere Gestaltung des Krankenhausbetriebs.[115]

Der Gesetzgeber hatte vor diesem Hintergrund bereits in den Beratungen zum Gesundheitsstruk-

---

[111] Zum Ineinandergreifen der einzelnen Entgeltformen im neu entstandenen Mischsystem vgl. § 14 BPflV-1995.

[112] *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 90 f.

[113] Vgl. oben Kap. 1. E. I.

[114] Zur monistischen und dualistischen Krankenhausfinanzierung vgl. oben Kap. 1. E. I.; zu den konkreten Überlegungen zur Rückkehr zur monistischen Krankenhausfinanzierung und zur weiteren Reform des Krankenhaussektors in 1987 vgl. *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil I (Kommissionsbericht), S. 159 ff., 162; *Lerche/Degenhardt*, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II; ferner *H. Bogs*, AöR 1995, S. 331, 332 unter Bezugnahme auf *Lerche/Degenhardt* und die Forschungen der *Robert Bosch Stiftung* aus dem Jahre 1987.

[115] *Genzel* in: *Taupitz/Brewe* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen, S. 101, 121; *ders*., ArztR 11/1999, S. 288, 290; aktuell zur wechselseitigen Beeinflussung von Investitions- und Betriebskostenfinanzierung auch *Steiner/Mörsch*, Das Krankenhaus 6/2005, S. 473, ebenda.

turgesetz-1993[116] eine Entschließung gefasst, dass auf lange Sicht eine Rückkehr zur monistischen Krankenhausfinanzierung anzustreben sei;[117] mit dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 wollte er diese Absicht dann endgültig umsetzen. So sah der ursprüngliche Entwurf des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000 vor, die gesamten Investitionskosten der Krankenhäuser in drei Schritten bis 2008 vollständig in die Krankenhausentgelte überzuleiten.[118] Als Ausgleich für die dadurch entstehenden finanziellen Mehrbelastungen der Krankenkassen sollten diese ab 2008 von den Ländern die Kosten für versicherungsfremde Leistungen wie das Mutterschafts- und Sterbegeld erstattet erhalten,[119] die sich jährlich auf etwa 1,4 - 1,5 Mrd. Euro belaufen.[120]

Die Übernahme des Mutterschafts- und Sterbegeldes durch die Länder genügte allerdings bei weitem nicht, um die den Krankenkassen durch die monistische Finanzierung tatsächlich entstehenden finanziellen Mehrbelastungen gegenzufinanzieren. Experten schätzten, dass zusätzlich etwa 3,5 - 15 Mrd. Euro im Jahr erforderlich gewesen wären;[121] der Gesetzgeber konnte allerdings kein diesbezügliches Finanzierungskonzept vorlegen. Zwar erhoffte er sich durch die mit dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 eingeleitete Umstellung der Krankenhausvergütung auf DRGs erhebliche Einsparungen durch mehr Wirtschaftlichkeit in den Krankenhausbetriebsabläufen. Auch sollten in Zukunft Veränderungen der Klinikstrukturen zu einem weiteren Bettenabbau und einer Optimierung des Leistungsangebotes der Kliniken führen, ein Einsparungspotential von 3,5 oder gar 15 Mrd. Euro wurde allerdings nicht erwartet. Letztendlich sah die Politik daher von einer Rückkehr zum Monismus zunächst wieder ab, wobei jedoch anzunehmen ist, dass das Thema in der Gesundheitspolitik auch in Zukunft diskutiert werden wird.[122]

---

[116] Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz) vom 21. Dezember 1992, BGBl. I S. 2266.

[117] *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 16; Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drs. 12/3930, S. 5 f.

[118] Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN zur GKV-Gesundheitsreform 2000, BT-Drs. 14/1245, S. 2.

[119] Entwurf der § 58 Abs. 2 SGB V (Erstattung des Sterbegeldes), § 200c RVO (Erstattung des Mutterschaftsgeldes), Entwurf der GKV-Gesundheitsreform 2000, BT-Drs. 14/1245, S. 7, 48.

[120] Begründung zum Entwurf des § 58 Abs. 2 SGB V, Entwurf der GKV-Gesundheitsreform 2000, BT-Drs. 14/1245, S. 67.

[121] *Genzel,* ArztRecht 11/1999, S. 288, 295; *Bruckenberger*, Stellungnahme als Einzelsachverständiger zur Anhörung des Gesetzentwurfes zur GKV-Gesundheitsreform 2000, S. 20.

[122] So sieht *Neubauer* eine Rückkehr zur monistischen Finanzierung weiterhin für möglich, allerdings nur bei einer Befreiung der Krankenhäuser von den Vorgaben der staatlichen Krankenhausplanung, vgl. *Neubauer*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report-2002, S. 71, 86 f.; Zu den verfassungsrechtlichen Problemen einer möglichen Rückkehr zum Monismus eingehend *Burgi/Maier*, DÖV 2000, S. 579 ff.; *Genzel* in: *Taupitz/Brewe* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen, S. 101, 123 ff.

Kapitel 2. Die Einführung von DRGs

Nach der überblicksartigen Darstellung der Ursprünge und der Entwicklung der geregelten Krankenhausfinanzierung in Deutschland in Richtung einer höheren Leistungsorientierung soll in diesem Kapitel nun die Einführung des neuen Abrechnungssystems in Deutschland nachgezeichnet werden. Ausgangspunkt der Darstellung ist dabei die Vorschrift des mittlerweile wieder novellierten § 17b KHG, wie ihn der Gesetzgeber mit dem GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000[1] in das Krankenhausfinanzierungsgesetz eingefügt hat.

A. Wortlaut des § 17b KHG i.d.F. des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000

§ 17b KHG in der Fassung nach dem GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000 lautete:

> § 17b. Einführung eines pauschalierenden Entgeltsystems. (1) [1]Für die Vergütung der allgemeinen Krankenhausleistungen ist für Krankenhäuser, für die die Bundespflegesatzverordnung gilt, ein durchgängiges, leistungsorientiertes und pauschalierendes Vergütungssystem einzuführen; dies gilt nicht für die Leistungen der in § 1 Abs. 2 der Psychiatrie-Personalverordnung genannten Einrichtungen, soweit in der Verordnung nach § 16 Satz 1 Nr. 1 nichts Abweichendes bestimmt wird. [2]Das Vergütungssystem hat Komplexitäten und Comorbiditäten abzubilden; sein Differenzierungsgrad soll praktikabel sein. [3]Mit den Entgelten nach Satz 1 werden die allgemeinen vollstationären und teilstationären Krankenhausleistungen für einen Behandlungsfall vergütet. [4]Soweit allgemeine Krankenhausleistungen nicht in die Entgelte nach Satz 1 einbezogen werden können, weil der Finanzierungstatbestand nicht in allen Krankenhäusern vorliegt, sind bundeseinheitliche Regelungen für Zu- oder Abschläge zu vereinbaren, insbesondere für die Notfallversorgung und eine zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung notwendige Vorhaltung von Leistungen, die auf Grund des geringen Versorgungsbedarfs mit den Entgelten nach Satz nicht kostendeckend finanzierbar ist, sowie für die nach Maßgabe dieses Gesetzes und der Verordnung nach § 16 Satz 1 Nr. 1 zu finanzierenden Ausbildungsstätten und Ausbildungsvergütungen; für die Aufnahme von Begleitpersonen nach § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 der Bundespflegesatzverordnung ist ein Zuschlag zu vereinbaren. [5]Die Fallgruppen und ihre Bewertungsrelationen sind bundeseinheitlich festzulegen; die Punktwerte können nach Regionen differenziert festgelegt werden. [6]Die Bewertungsrelationen sind als Relativgewichte auf eine Bezugsleistung zu definieren.
>
> (2) [1]Die Spitzenverbände der Krankenkassen und der Verband der privaten Krankenversicherung gemeinsam mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft vereinbaren entsprechend den Vorgaben der Absätze 1 und 3 ein Vergütungssystem, das sich an einem international bereits eingesetzten Vergütungssystem auf der Grundlage der Diagnosis Related Groups (DRG) orientiert, einschließlich der Punktwerte sowie seine Weiterentwicklung und Anpassung an die medizinische Entwicklung und an Kostenentwicklungen. [2]Sie orientieren sich dabei unter Wahrung der Qualität der Leistungserbringung an wirtschaftlichen Versorgungsstrukturen und Verfahrensweisen. [3]Der Bundesärztekammer ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, soweit medizinische Fragen der Entgelte und der zu Grunde liegenden Leistungsabgrenzung betroffen sind; dies gilt entsprechend für einen Vertreter der Berufsorganisationen der Krankenpflegeberufe. [4]Für die gemeinsamen Beschlüsse der Vertreter der Krankenversicherungen gilt § 213 Abs. 2 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch entsprechend mit der Maßgabe, dass das Beschlussgremium um einen Vertreter des Verbandes der privaten Krankenversicherung erweitert wird und die Beschlüsse der Mehrheit von mindestens sieben Stimmen bedürfen. [5]Das Bundesministerium für Gesundheit kann an den Sitzungen der Vertragsparteien teilnehmen und erhält deren fachliche Unterlagen.
>
> (3) [1]Die Vertragsparteien nach Absatz 2 Satz 1 vereinbaren bis zum 30. Juni 2000 die Grundstrukturen des Vergütungssystems und des Verfahrens zur Ermittlung der Bewertungsrelationen auf Bundesebe-

[1] Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000) vom 22. Dezember 1999, BGBl. I S. 2626.

ne (Bewertungsverfahren), insbesondere der zu Grunde zu legenden Fallgruppen, sowie die Grundzüge ihres Verfahrens zur laufenden Pflege des Systems auf Bundesebene. [2]Die Vertragsparteien vereinbaren bis zum 31. Dezember 2001 Bewertungsrelationen und die Bewertung der Zu- und Abschläge nach Absatz 1 Satz 4. Die Bewertungsrelationen können auf der Grundlage der Fallkosten einer Stichprobe von Krankenhäusern kalkuliert, aus international bereits eingesetzten Bewertungsrelationen übernommen oder auf deren Grundlage weiterentwickelt werden. [3]Zum 1. Januar 2003 ersetzt das neue Vergütungssystem die bisher abgerechneten Entgelte nach § 17 Abs. 2a. [4]Es wird für das Jahr 2003 budgetneutral umgesetzt.

(4) [1]Soweit bis zum 30. Juni 2000 eine Vereinbarung der Vertragsparteien über die Grundstrukturen des Vergütungssystems und des Bewertungsverfahrens sowie über Zu- und Abschläge nicht zu Stande kommt, bestimmt die Bundesregierung unverzüglich den Inhalt durch Rechtsverordnung. [2]Im Übrigen entscheidet auf Antrag einer Vertragspartei die Schiedsstelle nach § 18 Abs. 6.

B. Die Grundvorgaben für das neue Vergütungssystem

I. „Durchgängigkeit", „Leistungsorientierung" und „Pauschalierung"

Als Grundprinzipien des neuen Abrechnungssystems gab § 17b Abs. 1 S. 1 KHG die Durchgängigkeit, die Leistungsorientierung und die Pauschalierung vor.

Das Kriterium der *Leistungsorientierung* erfordert ein Vergütungssystem, in dem sich die Höhe der Vergütung an der Art und dem Umfang der tatsächlich erbrachten Krankenhausleistungen orientiert; ein bloßes Anknüpfen an die Verweildauer des Patienten im Krankenhaus hingegen scheidet aus, so dass mit dem Prinzip der Leistungsorientierung eine Abkehr von der bisherigen überwiegenden Vergütung der Krankenhausleistungen über tagesgleiche Pflegesätze vollzogen wurde.

Das Prinzip der *Pauschalierung* ermöglicht, die erbrachten Krankenhausleistungen nicht exakt entsprechend der wirklich angefallenen Kosten abzurechnen, sondern sie nur überschlagsartig mit einer Pauschale abzugelten. Sofern – wie in DRG-basierten Abrechnungssystemen – mehrere Behandlungsfälle in Fallgruppen zusammengefasst und mit der gleichen Pauschale abgegolten werden, kann dies dazu führen, dass die Vergütung in einem Fall insgesamt zu niedrig und in einem anderen Fall zu hoch ausfällt; im Ergebnis sollten sich zu hohe und zu niedrige Vergütungen jedoch ausgleichen, so dass insgesamt eine leistungsgerechte Vergütung erreicht wird. Aus ökonomischer Sicht ist dem Prinzip der Pauschalierung der Anreiz immanent, die Krankenhausleistungen möglichst kostensparend zu erbringen und weniger aufzuwenden, als mit der pauschalen Vergütung abgegolten wird, da die Klinik auf diese Weise Gewinn erzielen kann.

Das Prinzip der *Durchgängigkeit* des neuen Abrechnungssystems verlangt, dass möglichst alle erdenklichen Krankenhausleistungen – also das gesamte Behandlungsspektrum – in dem neuen Vergütungssystem sinnvoll abgebildet werden („100-Prozent-Ansatz"). Da dies in Bezug auf DRG-basierte Abrechnungssysteme bisher in noch keinem anderen Land gelungen

ist – selbst Australien, das über eine langjährige DRG-Erfahrung verfügt, hat bisher die Einführung eines durchgängig fallpauschalierenden Vergütungssystems nicht geplant[2] – hat der deutsche Gesetzgeber mit dem Prinzip der Durchgängigkeit einen neuen Weg eingeschlagen, der ihm gleichsam eine Vorreiterrolle in der internationalen Entwicklung einräumt, aber auch Zweifel aufkommen lässt, ob das Prinzip der Durchgängigkeit tatsächlich zu halten sein wird. Eine notwendige Einschränkung hat er jedenfalls schon selbst eingestanden, indem er nämlich in § 17b Abs. 1 S. 1 2. HS hinsichtlich der Leistungen psychiatrischer Kliniken und Abteilungen bestimmt hat, dass diese von dem neuen Abrechnungssystem vorerst ausgenommen bleiben. Der Grund dieser Einschränkung besteht darin, dass in DRG-Systemen zur Abrechnung von Krankenhausleistungen medizinisch und ökonomisch ähnliche Behandlungsfälle in gemeinsamen Gruppen zusammengefasst werden und die gleiche pauschale Vergütung – die Fallpauschale – erhalten, dass sich psychiatrische Behandlungsfälle hierfür allerdings nur schwerlich eigenen. Das Krankheitsbild und der Krankheitsverlauf psychiatrischer Patienten ist zumeist sehr individuell, woraus eine medizinische wie ökonomische „Streuweite" der Fälle folgt, die deren Zusammenfassung in homogenen Gruppen deutlich erschwert.[3]

II. Die Orientierung an einem „international bereits eingesetzten Vergütungssystem auf der Grundlage der Diagnosis Related Groups (DRG)"

Neben den Kriterien der Durchgängigkeit, Leistungsorientierung und Pauschalierung gab § 17b KHG (2000) als weiteres Kriterium für das neue Abrechnungssystem vor, dass dieses sich „an einem international bereits eingesetzten Vergütungssystem auf der Grundlage der Diagnosis Related Groups (DRG)" zu orientieren hatte, was inhaltlich zweierlei bedeutete: Zum einen sollten DRGs als Grundlage des neuen deutschen Abrechnungssystems fungieren (dazu im Folgenden unter 1.), und zum anderen sollte ein „international bereits eingesetztes Vergütungssystem" der deutschen Entwicklung als Vorbild dienen (dazu im Folgenden unter 2.).

1. „Vergütungssystem auf der Grundlage der Diagnosis Related Groups"

Unter „Diagnosis Related Groups (DRG)" („diagnosebezogene Fallgruppen"), welche gemäß § 17b KHG (2000) die Grundlage für das neue Vergütungssystem bilden sollten, sind

---

2 *Geiser*, f&w 6/2001, S. 552, 555; zum 100-Prozent-Ansatz *Genzel* in *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 86 Rn 235; *ders*, ArztR 12/2000, S. 324, 325; *Menzel*, KrV 1998, S. 58, 59; *Schlottmann*, Das Krankenhaus 1/2002, S. 26, 27.

3 *Schlottmann*, Das Krankenhaus 1/2002, S. 26, 30 f.

Systeme zu verstehen, welche die einzelnen Behandlungsfälle in einem Krankenhaus unterschiedlichen Fallgruppen – den eigentlichen DRGs – zuordnen. Als Kriterien für die Fallgruppenbildung werden dabei sowohl medizinische, als auch ökonomische Kriterien herangezogen, wobei möglichst versucht werden soll, dass die in einer Behandlungsfallgruppe zusammengefassten Fälle im Verlaufe ihrer Behandlung in der Klinik etwa die gleichen Kosten verursachen, also möglichst „kostenhomogen" sind. Regelmäßig stehen daher in DRG-Systemen die ökonomischen und nicht die medizinischen Einteilungskriterien im Vordergrund, weshalb die Bezeichnung der Fallgruppen als „diagnosebezogenen" an sich irreführend ist.[4]

Der Zweck und das Einsatzgebiet von DRG-Systemen muss nicht stets und unbedingt die Abrechnung von Krankenhausleistungen sein, wozu sie sich allerdings besonders anbieten; DRG-Fallgruppensysteme können auch der Budgetberechnung in Kliniken, der Verweildauersteuerung oder auch statistischen Zwecken dienen.[5] Auch ist ihr Anwendungsbereich nicht *per se* auf die Einteilung akutstationärer Krankenhausleistungen beschränkt, sondern kann möglicherweise auch in die ambulante Behandlung,[6] die Rehabilitation und die Pflege ausgeweitet werden. Insbesondere in den letzten beiden Versorgungsbereichen wird eine für das DRG-Abrechnungssystem erforderliche Bildung von kostenhomogenen Fallgruppen allerdings dadurch erschwert, dass die in der Rehabilitation erbrachten Leistungen anders als in Akutkrankenhäusern nicht unbedingt an eine bestimmte Diagnose, sondern an die Verbesserung der körperlichen Funktionen des Patienten und damit an ein bestimmtes Indikationsgebiet der Rehabilitation anknüpfen, beispielsweise Orthopädie, Kardiologie, Neurologie und Psychosomatik.[7] Zum anderen ist das Fallbild der Patienten insbesondere in der Rehabilitation auch weitaus stärker individuell geprägt als in der akutstationären Versorgung, so dass eine adäquate Zusammenfassung der Fälle in Fallgruppen kaum möglich erscheint.[8]

Im Ausland haben DRG-Systeme zur Abrechnung von Krankenhausleistungen bereits vielfach Verwendung gefunden, etwa in den USA, in Australien aber auch in einigen europäischen Nachbarländern. Dabei haben sie in jedem Land ihre ganz spezifische Ausprägung gefunden, weshalb dem deutschen Gesetzgeber bei der Abfassung der Norm des § 17b KHG (2000) insofern sprachliche Ungenauigkeit vorzuwerfen ist, als dass er die Selbstverwal-

---

4 *Niedersächsische Krankenhausgesellschaft*, Hinweise zur Einführung eines DRG-basierten Entgeltsystems, S. 6.

5 *Fischer*, DRGs im Vergleich zu den Patientenklassifikationssystemen von Österreich und Deutschland, S. 123; *Rochell/Roeder*, Krankenhaus-Report 2000, S. 49, 51 ff.; *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 126.

6 *Gerber/Rotering*, Krankenhaus-Report 2000, S. 349 ff.

7 *Nowy*, Ergebnisorientierte fallbasierte Vergütung, S. 189 ff.; zu den Möglichkeiten von fallpauschalierter Vergütung in der Rehabilitation vgl. ausführlich *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 211 ff. ; zu den Möglichkeiten von DRGs in Rehabilitation und Pflege vgl. *Fuchs*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 187, 199 ff.

8 *Fuchs*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 187, 197 ff.; *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 198 f.

tungspartner zum Rückgriff auf ein Vergütungssystem „auf Grundlage *der* Diagnosis Related Groups (DRG)“ verpflichtete. *Die* (typischen) DRGs existieren nicht.[9] Zuzugeben ist jedoch, dass allen bestehenden DRG-Systemen eine bestimmte Struktur und Systematik gemein ist, so dass es naheliegend und legitim erscheint, das gesetzgeberische Postulat dahingehend zu verstehen, das neue Vergütungssystem an einem bereits bestehenden Vergütungssystem auszurichten, dem nicht *die* DRGs, sondern das funktionelle Prinzip der DRGs zu Grunde liegt.

Diese funktionelle Prinzip soll nun im Folgenden in einer einführenden Darstellung beschrieben werden. Eingegangen wird auf die wichtigsten Begrifflichkeiten von DRG-Vergütungssystemen, das Prinzip der DRG-Fallgruppierung, sowie auf den notwendigen ordnungspolitischen Rahmen von DRG-Vergütungssystemen.

a. Die Grundstrukturen von DRG-basierten Vergütungssystemen

aa. Eingruppierung und Fallgruppenbildung

Die Zuordnung eines Behandlungsfalles zu einer bestimmten Fallgruppe erfolgt in DRG-Systemen anhand bestimmter medizinischer und ökonomischer Kriterien, die sich je nachdem unterscheiden, welchen Zwecken das DRG-System dienen soll. So finden in DRG-Systemen zur Erstellung von Leistungsstatistiken verstärkt auch die medizinischen Aspekte der Behandlungsfälle Beachtung, wohingegen in DRG-System zur Abrechnung von Krankenhausleistungen in der Regel die ökonomischen Aspekte des Behandlungsfalles im Vordergrund stehen.

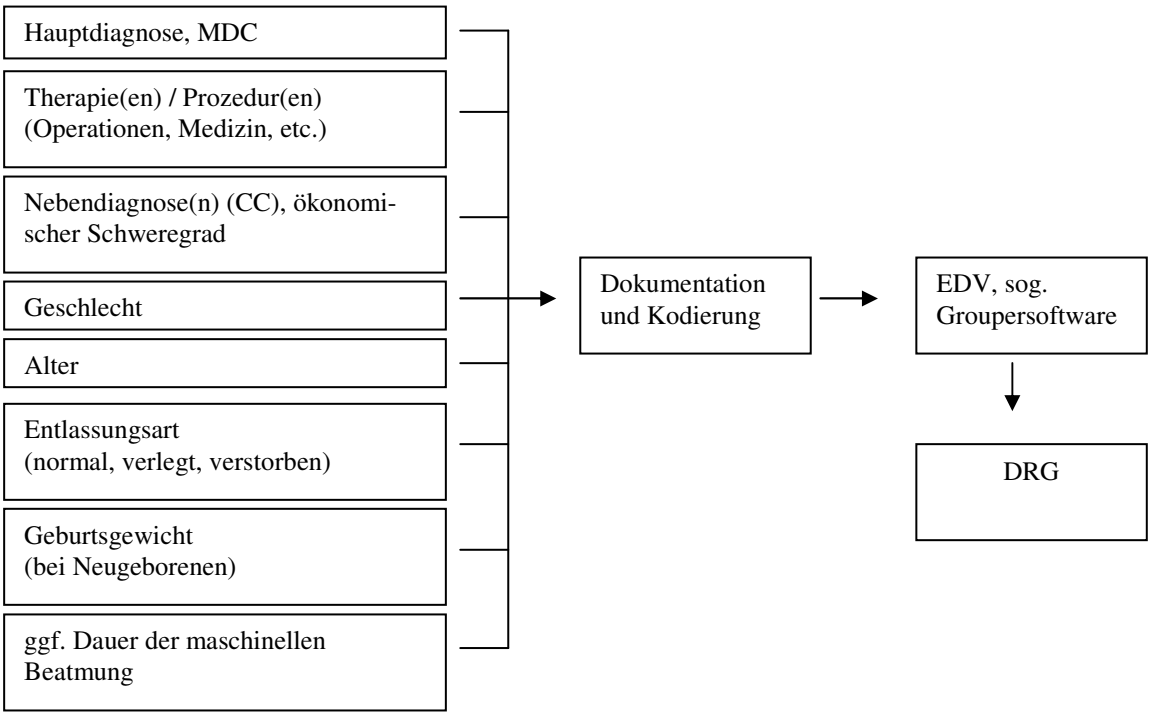
Als relevante Einteilungskriterien werden in DRG-Systemen üblicherweise die Hauptdiagnose des Behandlungsfalles, die während der Behandlung erbrachten Prozeduren, die Nebendiagnosen, das Geschlecht des Patienten, sein Alter, die Art der Entlassung, bei Neugeborenen das Geburtsgewicht, und möglicherweise die Dauer der maschinellen Beatmung verwendet. Das Vorliegen oder Nichtvorliegen dieser Kriterien wir dokumentiert und kodiert und dann einer speziellen Gruppierungssoftware zugeführt, dem sog. „Grouper“, die dann elektronisch die entsprechende Fallgruppe ermittelt.[10]

---

[9] *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 4/2000, 261; *Clade*, DÄ 2000, A 1939, A 1940.

[10] Liste der zertifizierten Grouper für Deutschland abrufbar unter URL: www.g-drg.de.

In einem Schaubild kann die Fallgruppenzuordnung wie folgt dargestellt werden:[11]



Die Fallgruppenbildung wird in DRG-Systemen zur Abrechnung von Krankenhausleistungen von dem Ziel geleitet, dass die in einer Fallgruppe zusammengefassten Fälle möglichst gleich hohe Kosten aufweisen, also kostenhomogen sind. Im Vorfeld der Fallgruppenbildung gilt es daher, in Bezug auf die einzelnen Krankenhausleistungen und -fälle genaue Kostenkalkulationen durchzuführen und besonders kostenintensive oder billige Fälle rechtzeitig in eigene Fallgruppen einzugliedern.[12] Andererseits ist aber auch darauf zu achten, dass die Anzahl der Fallgruppen durch solchermaßen vorgenommene Ausgliederungen nicht allzu sehr ansteigt, da in diesem Falle die Übersichtlichkeit und die Praktikabilität des Systems in Mitleidenschaft gezogen wird.[13] In der Praxis haben die meisten DRG-Systeme eine Fallgruppenanzahl von 400-800, teilweise aber auch – wie die APR-DRGs der Firma 3M aus 1991 – von über 1400.

Das deutsche System hatte bei seiner Einführung in 2003 651 Fallgruppen, in 2004 stieg die Anzahl jedoch entgegen der ursprünglichen Absicht, 800 Fallgruppen nicht zu überschreiten, auf 824 und in 2005 auf 878.[14]

---

[11] Darstellung angelehnt an *Mansky*, KrV 1998, 64, 66; *Schulte*, Kompass 9/10 2001, 6, 7, 9.
[12] *Mansky*, KrV 1998, S. 64, 65.
[13] *Simon*, Krankenhauspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, S. 293.
[14] Zur grundsätzlichen Begrenzung der Fallgruppen des deutschen Fallgruppensystems auf 800 vgl. die Vereinbarung Entgeltsystem, unten Kap. 2 C. I. 1. c.

bb. Der Ablauf der Eingruppierung

(1) Hauptdiagnose

Als erstes Kriterium zur Eingruppierung der Behandlungsfälle dient in den DRG-Systemen regelmäßig die Hauptdiagnose, deren Definition von System zu System allerdings gewisse Unterschiede aufweisen kann. Im deutschen DRG-System wird sie in Anlehnung an die australische Definition beispielsweise als diejenige Erkrankung definiert, „die nach Analyse als diejenige festgestellt wurde, die hauptsächlich für die Veranlassung des stationären Krankenhausaufenthaltes des Patienten verantwortlich ist". Sie ist *ex ante* zu bestimmen und muss daher nicht unbedingt mit der Einweisungsdiagnose übereinstimmen.[15] Liegen beim Patienten mehrere Diagnosen vor, die gleichermaßen als Hauptdiagnose in Frage kommen, so ist diejenige Erkrankung auszuwählen, für deren Untersuchung und/oder Behandlung die meisten Ressourcen verbraucht wurden.[16]

Im alten Fallpauschalensystem der Bundespflegesatzverordnung[17] wurde bei der Zuteilung eines Falles zu einer Hauptdiagnose im Übrigen nur auf ökonomische Aspekte abgestellt. Die Hauptdiagnose war diejenige Erkrankung, die innerhalb der Behandlung rückblickend zum höchsten Ressourcenverbrauch geführt hat. In Australien steht in der Diskussion, nunmehr auf diese alte deutsche Definition umzusteigen.[18]

Anhand der Hauptdiagnose wird der Behandlungsfall vorsortiert und einer sog. „*Hauptdiagnosegruppe*" zugeordnet. Die Abkürzung hierfür lautet *MDC* („Major Diagnostic Category"). In der Regel bestehen in DRG-Systemen 23 MDCs, die sich überwiegend an den erkrankten Organen orientieren. In Deutschland sind dies nach dem Fallpauschalenkatalog 2006[19] die

MDC 01 Krankheiten und Störungen des Nervensystems,
MDC 02 Krankheiten und Störungen des Auges,
MDC 03 Krankheiten und Störungen des Ohres, der Nase, des Mundes und des Halses,
MDC 04 Krankheiten und Störungen der Atmungsorgane,
MDC 05 Krankheiten und Störungen des Kreislaufsystems,
MDC 06 Krankheiten und Störungen der Verdauungsorgane,
MDC 07 Krankheiten und Störungen an hepatobiliärem System[20] und Pankreas,[21]
MDC 08 Krankheiten und Störungen an Muskel-Skelett-System und Bindegewebe,
MDC 09 Krankheiten und Störungen an Haut, Unterhaut und Mamma,[22]

---

15 Deutsche Kodierrichtlinien der Selbstverwaltungspartner, Version 2006, S. 4; vgl. *Schlottmann/Raskop*, Beilage zu Das Krankenhaus 5/2001, 3, 8.

16 Deutsche Kodierrichtlinien, Version 2006, S. 4; zum alten Mischsystem entsprechend auch *BSG*, Urteil vom 24.09.2003, ArztR 10/2004, S. 384.

17 Vgl. oben Kap. 1. H. II. 3.

18 *Wilke*, f&W 6/2001, S. 572, 574.

19 Anlage 1 zur Fallpauschalenverordnung (Verordnung zum Fallpauschalensystem für Krankenhäuser (KFPV)), urspr. vom 19. September 2002, BGBl. I S. 3674.

20 Das System von Leber und die Galle.

21 Bauchspeicheldrüse.

22 Brustdrüse.

MDC 10 Endokrine,[23] Ernährungs- und Stoffwechselkrankheiten,
MDC 11 Krankheiten und Störungen der Harnorgane,
MDC 12 Krankheiten und Störungen der männlichen Geschlechtsorgane,
MDC 13 Krankheiten und Störungen der weiblichen Geschlechtsorgane,
MDC 14 Schwangerschaft, Geburt und Wochenbett,
MDC 15 Neugeborene,
MDC 16 Krankheiten des Blutes, der blutbildenden Organe und des Immunsystems,
MDC 17 Hämatologische[24] und solide Neubildungen,
MDC 18A HIV
MDC 18B Infektiöse und parasitäre Krankheiten,
MDC 19 Psychische Krankheiten und Störungen,
MDC 20 Alkohol- und Drogengebrauch und alkohol- und drogeninduzierte psychische Störungen,
MDC 21A Polytrauma
MDC 21B Verletzungen, Vergiftungen und toxische Wirkungen von Drogen und Medikamenten,
MDC 22 Verbrennungen,
MDC 23 Faktoren, die den Gesundheitszustand beeinflussen, und andere Inanspruchnahme des Gesundheitswesens.

Fälle, die keiner MDC zugeordnet werden können, etwa weil sie außerordentlich atypisch sind oder weil eine Fehlcodierung vorliegt, werden in die Hauptkategorie der *Fehler-DRGs und sonstige DRGs* eingestuft.[25]

Neben MDCs und Fehler-DRGs besteht noch die Kategorie der *Pre-MDCs* (in Deutschland „*Prä-MDC*“). Sie beinhaltet Behandlungsfälle, die sich durch eine besondere Kostenintensität auszeichnen, welche jedoch nicht von der Hauptdiagnose, sondern von gewissen Prozeduren, insbesondere der künstlichen Beatmung, herrühren.[26] Die Hauptdiagnose ist in diesen Fällen für die Klassifizierung eines Behandlungsfalles unbeachtlich.

(2) Prozeduren – A-DRG

Nach der Vorsortierung des Behandlungsfalles anhand seiner Hauptdiagnose und der Zuweisung zu einer MDC erfolgt die weitere Differenzierung der Behandlungsfälle anhand der erbrachten Prozeduren. Hierunter sind etwaig durchgeführte Operationen zu verstehen, sowie die sonstigen diagnostischen, therapeutischen oder pflegerischen Eingriffe.[27]

Je nach Art der durchgeführten Prozeduren wird der Behandlungsfall dann einer bestimmten „*Partition*“ zugeordnet. Hat ein chirurgischer Eingriff unter Nutzung eines Operationssaales stattgefunden, so wird der Fall der Partition „O“ (operativ) zugeteilt, bei rein medizini-

[23] Störungen der inneren Ausscheidung von Stoffen (z.B. Hormonen) ins Blut.
[24] Das Blut betreffend.
[25] In Deutschland sind dies beispielsweise nicht gruppierbare Fälle, Fälle mit unzulässiger Hauptdiagnose, Prozeduren ohne Bezug zur Hauptdiagnose, unzulässige geburtshilfliche Diagnosekombinationen und neonatale Diagnosen (Neugeborenendiagnosen), die unvereinbar sind mit Alter oder Gewicht des Neugeborenen, vgl. Liste der Fehler-DRGs und sonstigen DRGs am Ende des Fallpauschalenkataloges 2006.
[26] In Deutschland gehören zu den Prä-MDCs beispielsweise Fallgruppen der Langzeitbeatmung oder der Organtransplantationen, vgl. Prä-MDCs, zu Beginn des Fallpauschalenkataloges 2006.
[27] Vgl. Deutsche Kodierrichtlinien, Version 2006, S. 33 ff.

scher Behandlung gelangt der Behandlungsfall in die Partition „M“ (medizinisch), bei sonstiger Behandlung (z. B. Langzeitmonitoring,[28] Koloskopie[29]) ist die Partion „A“ (andere) einschlägig.[30] Nach Zuordnung der Partition befindet sich der Behandlungsfall auf der Ebene der „*A-DRGs*“ (Adjacent-DRGs),[31] auch Basis-DRGs[32] oder Sub-DRGs genannt,[33] von wo aus dann die endgültige Zuteilung zu den eigentlichen DRGs stattfindet.

(3) Nebendiagnosen – CC

Auf der Ebene der A-DRGs wird zunächst eine ökonomische Gewichtung der Behandlungsfälle vorgenommen. Dies geschieht zunächst unter Betrachtung etwaig vorliegender „Nebendiagnosen“, die je nach Art und Schwere erheblichen Einfluss auf die Behandlungskosten nehmen können und daher gewissermaßen die „ökonomische Fallschwere“ des Behandlungsfalles anzeigen. Nebendiagnosen sind also nicht – wie der Begriff es vermuten lässt – ein Kriterium zur *medizinischen* Differenzierung der Behandlungsfälle, sondern zur ökonomischen Gewichtung.[34]

Unter einer Nebendiagnose ist definitionsgemäß eine Krankheit oder Beschwerde zu verstehen, „die entweder gleichzeitig mit der Hauptdiagnose besteht oder sich während des Krankenhausaufenthalts entwickelt.“[35] Allgemein werden Nebendiagnosen auch als Komplikationen und Komorbiditäten (Begleiterkrankungen) bezeichnet, englisch ‚Complications and Comorbidities’; abgekürzt ‚*CC*’.[36] Der Gesetzgeber ging beim Erlass des GKV-Gesundheitsreformgesetzes davon aus, dass aufgrund der allgemeinen gesellschaftlichen und demographischen Entwicklung in Deutschland ein Anstieg von Nebendiagnosen zu verzeichnen sein wird, insofern hat er die Beachtlichkeit von Komplikationen und Comorbiditäten bei der Entgeltberechnung in § 17b Abs. 1 S. 2 KHG i.d.F. 2000 explizit vorgeschrieben.[37]

Die Darstellung der ökonomischen Fallschwere aufgrund der Nebendiagnosen erfolgt anhand einer fünfstufigen Schweregradskala. Der niedrigste Schweregrad liegt vor, wenn die

---

28 Kontinuierliche elektronische Langzeitüberwachung.
29 Endoskopische Dickdarmuntersuchung.
30 Vgl. Begriffsbestimmungen zu Beginn des Fallpauschalenkataloges, vgl. auch Deutsche Kodierrichtlinien, Version 2006, S. 33 ff.
31 *Lüngen*, Möglichkeiten der ergebnisorientierten Vergütung stationärer Krankenhausleistungen in Deutschland, S. 12, 140.
32 *Fischer* in: *Thiele*, Praxishandbuch Einführung der DRGs in Deutschland, S. 23, 26.
33 *Fischer* in: *Thiele*, Praxishandbuch Einführung der DRGs in Deutschland, S. 31, 35.
34 *Lüngen*, Möglichkeiten der ergebnisorientierten Vergütung stationärer Krankenhausleistungen in Deutschland, S. 13.
35 Deutsche Kodierrichtlinien, Version 2006, S. 10.
36 Vgl. Begriffsbestimmungen zu Beginn des Fallpauschalenkataloges.
37 *Niedersächsische Krankenhausgesellschaft*, Hinweise zur Einführung eines DRG-basierten Entgeltsystems, S. 4.

Nebendiagnosen ökonomisch überhaupt nicht ins Gewicht fallen;[38] in diesem Falle sind sie unbeachtlich. Ansonsten werden sie in vorhanden („mit CC"), „mäßig schwer", „schwer" und „äußerst schwer" eingestuft.[39] Entsprechend dem englischen Begriff für Schweregrad, „Level", wird der Schweregrad einer einzelnen Nebendiagnose international als „Complication and Comorbidity-Level (CCL)" bezeichnet, der Gesamtschweregrad aller Nebendiagnosen eines Falles ist der „Patient Clinical Complexity Level (PCCL)".[40] Diese Ausdifferenzierung schlägt sich im deutschen System bei der Bezeichung der DRGs allerdings nicht nieder. Dort heißt es lediglich „Krankheit mit CC", „mit mäßig schweren CC", „mit schweren CC" oder „mit äußerst schweren CC".

Für die Klassifikation der Behandlungsfälle spielt in manchen DRG-Systemen noch die Reihenfolge, in der die Nebendiagnosen in die Kodierung einfließen, eine Rolle,[41] in Deutschland jedoch nicht; hier *sollen* die bedeutenderen Nebendiagnosen lediglich zuerst angegeben werden, sie müssen es aber nicht.[42]

(4) weitere Kriterien

Weitere Kriterien zur Ausdifferenzierung der A-DRGs zu den endgültigen DRGs sind, wie bereits erwähnt, das Alter des Patienten, sein Geschlecht, bei Neugeborenen das Geburtsgewicht, die Entlassart (genesen, verlegt, verstorben), die künstliche Beatmung oder auch die Verweildauer des Patienten. Bis auf das Geschlecht des Patienten nehmen diese Kriterien wie die Nebendiagnosen unter Umständen Einfluss auf die Behandlungskosten; das Geschlecht dient hingegen als Merkmal, um bestimmte Fehlzuordnungen zu vermeiden. So kommen naturgemäß geburtshilfliche DRGs nicht bei Männern in Frage.[43]

(5) Die Bezeichnung der DRG

Die nach den o.a. Kriterien ermittelte DRG wird durch 4 Zeichen bezeichnet, zunächst mit einem Anfangsbuchstaben, dann mit einer zweistelligen Zahl und schließlich mit einem

---

[38] Vgl. die Bezeichnungen im Fallpauschalenkatalog 2006 sowie *Schlottmann/Raskop*, Beilage zu Das Krankenhaus 5/2001, 3, 7.

[39] Im australischen System werden die Begriffe minor (leicht), moderate (mittel), severe (schwer) und catastrophic (sehr schwer) verwendet, *Niedersächsische Krankenhausgesellschaft*, Hinweise zur Einführung eines DRG-basierten Entgeltsystems, S. 15; *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 55, 57.

[40] *Fischer* in: *Thiele*, Praxishandbuch Einführung der DRGs in Deutschland, S. 31, 39; *Sandvoß/Borker*, ArztR 2001, S. 4; *Schulte*, Kompass 9/10 2001, S. 6, 8.; *Niedersächsische Krankenhausgesellschaft*, Hinweise zur Einführung eines DRG-basierten Entgeltsystems, S. 15 f.

[41] *Sandvoß/Borker*, ArztR 2001, S. 4, 8

[42] Deutsche Kodierrichtlinien, Version 2006, S. 12.

[43] *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 31 f.

Abschlussbuchstaben, beispielsweise „F69A“.[44] Der Anfangsbuchstabe bezeichnet die einschlägige Hauptdiagnosegruppe,[45] die beiden darauf folgenden Ziffern sind die Ordnungsnummern der A-DRGs innerhalb der Gruppe. Zusätzlich geben sie Auskunft über die Prozeduren-Partition der DRG: 01 – 39 gehören zu Partition „O“ (operativ), 40 – 59 gehören zu Partition „M“ (medizinisch) und 60 – 99 gehören zu Partition „A“ (andere). Der abschließende Buchstabe wiederum gibt in absteigender Reihenfolge den ökonomischen Schweregrad der CC an; dabei steht „A“ für den höchsten Schweregrad innerhalb einer A-DRG-Gruppe, es folgen „B“, „C“ und „D“. „Z“ bedeutet, dass keine Unterteilung nach Schweregraden vorgenommen wird.[46] Einige A-DRGs werden lediglich in zwei Schweregrade unterteilt. In diesem Fall gibt es nur die Abschlussbuchstaben A und B.

(6) Die Bedeutung von Dokumentation und Kodierung

Die Zuordnung eines Behandlungsfalles zu einer DRG geschieht angesichts der ungefähr 600 Millionen denkbaren Kombinationen von Haupt- und Nebendiagnosen notwendigerweise EDV-gestützt mittels sog. Grouper-Software, welche bei korrekter Eingabe der Behandlungsdaten stets die richtige Fallgruppe ermittelt;[47] es soll allerdings auch Software existieren, die aus den eingegeben Patientendaten nicht die richtige, sondern unter Verstoß gegen die Klassifikationsregeln die jeweils erlösoptimale Fallgruppe ermitteln. Diese Programme werden „Best-Grouper“ genannt.[48]

Bevor die Patientendaten zur Ermittlung der DRG allerdings der Grouper-Software zugeführt werden können, müssen sie dokumentiert und kodiert, d.h. EDV-gerecht verschlüsselt werden. In einigen Ländern, beispielsweise in den USA und Australien, bedienen sich die Krankenhäuser hierfür eigens geschulter Kodierkräfte („Clinical Coder“), die in einer mehrjährigen Ausbildung die Komplexität medizinischer Dokumentation und Kodierung erlernt haben.[49] In Deutschland hingegen trägt der behandelnde Arzt die Verantwortung für die Dokumentation und die Kodierung. Möglich ist zwar, dass er hierbei durch besondere Dokumentationsfachkräfte unterstützt wird,[50] diese sind jedoch lediglich seine Erfüllungsge-

---

[44] In Deutschland: Herzklappenerkrankungen mit äußerst schweren oder schweren CC (Fallpauschalenkatalog 2006).

[45] In Deutschland hat die Gruppe der Pre-MDC den Anfangsbuchstaben A, die Fehler-DRGs beginnen mit „9“. Die übrigen 23 Gruppen teilen sich die 24 Buchstaben B-Z, wobei die MDC 18 (Infektiöse und parasitäre Krankheiten) zwei Anfangsbuchsten umfasst, nämlich das S für Krankheiten im Zusammenhang mit HIV und das T für sonstige Krankheiten.

[46] *Sandvoß/Borker*, ArztRecht 1/2001, S. 4, 8

[47] Liste der zertifizierten Grouper für Deutschland abrufbar unter URL: www.g-drg.de.

[48] *Roeder/Rochell/Juhra/Irps/Glocker/Fiori/Hensen*, f&w 1/2002, S. 14, 16; *Albrecht*, Kritik der reinen Pauschale, in: Die Zeit 22/2001.

[49] *Sangha*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 87, 91; *Breßlein*, f&w 3/2001, 218, 220; *Kuhlmeyer*, f&w 6/2001, S. 568 f.; *Schlottmann/Steiner*, Das Krankenhaus 4/2002, S. 283, 288.

[50] Deutsche Kodierrichtlinien, Version 2006, S. VI, S. 6; *Linczak*, Das Krankenhaus 2/2002, S. 128 ff.

hilfen, so dass eine Aufgabendelegierung auf sie ihn nicht von seiner Letztverantwortlichkeit entlasten.[51] Der Vorteil der Kodierung durch die behandelnden Ärzte gegenüber der Kodierung durch professionelle Coder ist, dass die Ärzte naturgemäß eine bessere Kenntnis bezüglich des konkreten Behandlungsfalles besitzen; der Einsatz von professionellen Codern hingegen gestattet den Ärzten mehr Zeit für ihre Kernaufgabe, die Patientenbehandlung. Weiterhin sind Coder in der Regel motivierter als die Ärzte, die „lästige" Kodieraufgabe zu erfüllen, und es bereitet ihnen weniger Schwierigkeiten, sich den Umstellungen von Kodierrichtlinien anzupassen.[52]

Für die richtige Einstufung eines Behandlungsfalles im DRG-System ist eine möglichst umfassende Dokumentation der Behandlungsdaten, insbesondere der Nebendiagnosen, sowie eine exakte Kodierung erforderlich und für die einzelne Klinik insofern von Bedeutung, als dass Unvollständigkeiten in der Dokumentation oder Fehler in der Kodierung schnell zu einer Fehleinstufung des Behandlungsfalles und auf diese Weise zu einem finanziellen Verlust der Klinik führen können.[53] Die verantwortlichen Ärzte sind bei der Geltung von DRG-Abrechnungssystemen daher gehalten, die Behandlungsdaten ihrer Patienten gründlicher und umfassender zu dokumentieren als unter anderen Systemen, was bei einer Umstellung eines Abrechnungssystems auf DRGs in der Regel den Effekt hat, dass die Patienten „auf dem Papier" kränker erscheinen als zuvor.[54]

Die genauen Regeln zur Kodierung der Diagnosen und Prozeduren und der weiteren für die Eingruppierung des Behandlungsfalles relevanten Daten sind in den Kodierregeln eines jeden DRG-Systems niedergelegt. In Deutschland wurden sie durch die Deutsche Krankenhausgesellschaft, die Spitzenverbände der Krankenkassen und den Verband der privaten Krankenversicherung zusammen mit dem DRG-Institut in Anlehnung an bestehende australische Kodierregeln erstellt; eine erste „Version 2002" wurde im April 2001 veröffentlicht. Die Kodierregeln werden regelmäßig überarbeitet, um den medizinischen Fortschritt, Ergänzungen der klinischen Klassifikationen, Aktualisierungen des deutschen DRG-Systems und Kodiererfahrungen aus der klinischen Praxis zu berücksichtigen.[55]

cc. Die Berechnung der Fallpauschale

Jeder Behandlungsfallgruppe ist im DRG-System ein entsprechender Preis zugeordnet, die eigentliche Fallpauschale. Ihre Höhe bestimmt sich allerdings nicht nach einem bestimmten,

---

51 Deutsche Kodierrichtlinien, Version 2006, S. VI, 6.
52 *Kuhlmeyer*, f&w 6/2001, S. 568, 569.
53 *Schmitz/Steiner/Robbers/Roths*, f&w 1/2000, S. 51 ff.
54 *Fritsche/Lohmann/Langrehr/Neuhaus/Neumayer*, f&w 2/2001, S. 173, 174; *Ohm/Albers/Aßmann/Brase*, f&w 1/2001, S. 38, 39.
55 Deutsche Kodierrichtlinien, Version 2006, S. VI.

in Euro kalkulierten Betrag, sondern ergibt sich aus der Multiplikation der *Bewertungsrelation* der DRG mit dem *Basisfallwert* und dem *Basispreis*.

Es gilt mithin die Formel:

Fallpauschale = Bewertungsrelation der DRG x Basisfallwert x Basispreis

Unter der *Bewertungsrelation* ist ein bestimmter, abstrakter Wert zu verstehen, der einer jeden Fallgruppe im Fallgruppensystem zugeordnet ist. Er zeigt an, wie hoch die Vergütung für Fälle der entsprechenden Fallgruppe im Verhältnis zu Fällen anderer Fallgruppen mit anderen Bewertungsrelationen ist. Eine Bewertungsrelation von 2 bedeutet mithin eine doppelt so hohe Vergütung wie eine Bewertungsrelation von 1.[56]

Der *Basisfallwert* ist eine bestimmte Größe, zu der die Bewertungsrelation ins Verhältnis zu setzen ist. Teilweise wird er auch als ‚Base-Rate' oder ‚Punktwert' bezeichnet.[57] Er wird ermittelt, indem die Summe der Bewertungsrelationen aller Fallgruppen innerhalb eines DRG-Systems durch ihre Anzahl geteilt wird. Der Wert des Basisfallwertes muss stets 1,0 betragen, was bei der Festsetzung der einzelnen Bewertungsrelationen zu beachten ist.[58]

Der *Basispreis* ist ein bestimmter, konkreter Geldbetrag, der dem Basisfallwert zugeordnet ist. Durch ihn kann über die Bewertungsrelation der Fallgruppe die konkret zu zahlende Fallpauschale ermittelt werden. Häufig wird der Basispreis auf die Höhe der mittleren Kosten aller Behandlungsfälle gesetzt, möglich ist aber auch, ihn auf eine andere bestimmte Höhe zu setzen. In Frankreich beispielsweise entspricht die Höhe des Basispreises den Kosten einer Normalgeburt.[59]

Da der Basisfallwert stets 1,0 beträgt, wirkt er sich als Faktor auf die Fallpauschalenberechnung nicht sonderlich aus. Aus Vereinfachungsgründen wird er daher oftmals gar nicht gesondert erwähnt, sondern als Synonym für „Basispreis" verwendet, so auch vom deutschen Gesetzgeber.[60] Vereinfacht gilt daher für die Berechnung der Fallpauschale die Formel:

Fallpauschale = Bewertungsrelation x Basisfallwert

Im Folgenden soll dieser Vereinfachung gefolgt werden, „Basisfallwert" meint also „Ba-

---

[56] *Niedersächsiche Krankenhausgesellschaft*, Hinweise zur Einführung eines DRG-basierten Entgeltsystems, S. 6; zum Verfahren der Ermittlung von Bewertungsrelationen *Köninger*, in: *Thiele* (Hrsg.): Praxishandbuch Einführung der DRGs in Deutschland, S. 159 ff.; *Ackermann/Schmidthausen,* in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.) Krankenhaus-Report 2000, S. 99 ff.; ferner *Schlottmann*, Das Krankenhaus 1/2002, S. 26, 29 f.

[57] Vgl. § 17b Abs. 1 S. 5 KHG i.d.F. 2000; *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 35.

[58] *Mansky*, KrV 1998, S. 64, 66.

[59] *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 84.

[60] Vgl. § 3 Abs. 1 KHEntgG; vgl. auch *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 83 f.

sispreis“.

Die Ermittlung der Fallpauschale über das Zusammenspiel von Bewertungsrelation und Basisfallwert mag auf den ersten Blick unverständlich erscheinen und es fragt sich, warum nicht jeder Fallgruppe unmittelbar eine eigene, feste Fallpauschale im Sinne eines bestimmten Geldbetrages zugeordnet ist. Denkbar wäre dies durchaus, doch besteht der Vorteil der Kalkulation der Fallpauschalen über Bewertungsrelationen und Basisfallwerte darin, dass eine spätere Anpassungen der Erlöshöhen vereinfacht wird. Müssen beispielsweise alle Fallpauschalen um einen gewissen Prozentsatz erhöht oder abgesenkt werden, etwa aufgrund der Inflation, so genügt es, nur den Basisfallwert entsprechend zu verändern.[61] Soll jedoch das Verhältnis der Fallpauschalen untereinander geändert werden, so müssen die Bewertungsrelationen verändert werden. Eine Absenkung der Bewertungsrelationen einer Fallgruppe kommt etwa dann in Betracht, wenn die Behandlung des entsprechenden Krankheitsbildes billiger geworden ist, beispielsweise wegen der Anwendung neuer medizinischer Verfahren, oder weil sich die durchschnittliche Verweildauer bei einer bestimmten Erkrankung erheblich verkürzt hat. Die Absenkung einer Bewertungsrelation kann aber auch eine Reaktion auf (missbräuchliche) wirtschaftlich bedingte Fallzahlsteigerungen innerhalb einer DRG sein.[62]

Die Anpassung und Fortschreibung der Bewertungsrelationen und des Basisfallwertes erfolgt in DRG-Systemen in regelmäßigen Abständen, in Deutschland jährlich.

dd. Die Bedeutung der Grenzverweildauer

Auch wenn sich in DRG-basierten Abrechnungssystemen die Höhe der Vergütung nicht mehr primär nach der Aufenthaltsdauer des Patienten in der Klinik bestimmt, bleibt die Dauer des stationären Aufenthaltes aufgrund der durch sie verursachten pflegerischen Kosten (pflegerische Leistungen, Verpflegung, Unterkunft) weiterhin ein gewichtiger Kostenfaktor, welcher in die Berechnung der Fallpauschalen miteinfließen muss. Naturgemäß muss dabei von einem Mittelwert für die Aufenthaltsdauer ausgegangen werden, welcher im Einzelfall in einem gewissen Rahmen Abweichungen sowohl nach oben als auch nach unten zulässt. Wegen der Erkenntis, dass allzu extreme Abweichungen von der mittleren Verweildauer entweder nach oben oder nach unten die fallpauschalierende Vergütung im Hinblick auf die Kosten des Behandlungsfalles im Einzelfall als nicht mehr leistungsgerecht erscheinen lassen, werden in DRG-Systemen für jeden Behandlungsfall sowohl eine obere als auch eine untere „Grenzverweildauer“ festgelegt, bei deren Über bzw. Unterschreitung die jeweilige Vergütung erhöht bzw. gekürzt wird. So treten bei Überschreitung der Grenzverweildauer in sog.

---

[61] *Rau*, Das Krankenhaus 7/2001, S. 570, 572; *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 84; zur Fortschreibung der Basisfallwerte im deutschen System vgl. § 10 Abs. 3 KHEntgG.

[62] Vgl. § 17b Abs. 1 S. 11 KHG.

„Langlieger"-Fällen (engl. „Outlier") neben die Fallpauschale des Behandlungsfalles zumeist spezielle tagesbezogene Pauschalen, die den zusätzlichen Versorgungsaufwand pro zusätzlichem Tag abgelten; bei einer Unterschreitung der unteren Grenzverweildauer wird die Fallpauschale entsprechend gekürzt.[63]

ee. Zu- und Abschläge

Zu- und Abschläge dienen in DRG-Systemen der gezielten Erhöhung oder der Absenkung der Fallpauschalen für einzelne oder alle Leistungen eines Krankenhauses, ohne Veränderungen am Basisfallwert oder an den Bewertungsrelationden der Fallgruppen vornehmen zu müssen. Zu- und Abschläge werden zu ganz unterschiedlichen Zwecken eingesetzt. Beispielsweise können durch sie bestimmte Umstände einer Klinik honoriert oder sanktioniert werden, finanzielle Härten der pauschalierten Vergütung im Einzelfall ausgeglichen oder auch das Leistungsangebot einer Klinik gezielt beeinflusst werden. So werden in den meisten DRG-Systemen Zuschläge für Leistungen gewährt, die für eine bedarfsgerechte, wohnortnahe Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen für unverzichtbar gehalten werden, von der Klinik aufgrund einer geringen regionalen Nachfrage jedoch allein bei einer Vergütung durch die Fallpauschale nicht kostendeckend erbracht werden könnten („Sicherstellungszuschläge"). In den USA wird hierdurch teilweise sogar das Bestehen gesamter Kliniken in isolierten, bevölkerungsarmen ländlichen Gebieten gesichert („sole provider").[64] Weiterhin bestehen in den USA Zuschläge für Kliniken, die aufgrund ihrer medizinischen Ausstattung verstärkt schwierige Fälle aus benachbarten Kliniken überwiesen erhalten („Rural Referal Centers"),[65] sowie Zuschläge für die Behandlung von Patienten ohne Krankenversicherung,[66] für bestimmte regionale Sozialstrukturen oder das regionale Lohnniveau.[67]

Auch im deutschen System sind Zu- und Abschläge vorgesehen, und zwar insbesondere zur Sicherstellung notwendiger Leistungen (Sicherstellungszuschläge), für die Teilnahme der Klinik an der medizinischen Notfallversorgung, an der Aus- und Weiterbildung des medizinischen Personals und an Qualitätssicherungsmaßnahmen, für die Aufnahme von Begleitpersonen des Patienten oder als Zusatzentgelte für bestimmte, teure Leistungskomplexe.[68] Im alten

---

[63] *Lüngen*, Möglichkeiten der ergebnisorientierten Vergütung stationärer Krankenhausleistungen in Deutschland, S. 13; *Fischer*, Krankenhaus-Report 2000, S. 13, 17; *Lauterbach/Lüngen*, Gesundheit und Gesellschaft 11/00, S. 37, 38; *Günster*, Krankenhaus-Report 2000, S. 141 ff.; *Mansky*, in: der Krankenhausbetriebsvergleich, S. 141, 155 f.

[64] *Leber/Schlottmann/von Stackelberg*, Krankenhaus-Report 2000, S. 75, 83; vgl. auch *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 97.

[65] Vgl. *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 97.

[66] *Wasem/Vincenti*, in: Krankenhaus-Report 2000, S. 127, 130; *Mansky*, in: *Sieben/Litsch*, Der Krankenhausbetriebsvergleich, S. 149, 153 ff., 164.

[67] Vgl. *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 96 ff.

[68] Vgl. etwa § 17b Abs. 1 S. 4, S. 5, S. 6, § 5 KHG; dazu *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 89 ff.

Vergütungssystem der Bundespflegesatzverordnung sah der bis zum 31.12.2003 geltende § 11 BPflV darüber hinaus Zuschläge für besondere „bauliche Gegebenheiten“ der Krankenhäuser in den neuen Bundesländern vor, die einer finanziell soliden Betriebsführung trotz wirtschaftlicher Leistungserbringung entgegenstanden.

Hinsichtlich der Verwendung von Zu- und Abschlägen in einem DRG-basierten Vergütungssystem ist zu bedenken, dass sie als krankenhausindividuell ausgestaltete Vergütungsform in einem auf Gleichheit und Wettbewerb ausgerichteten System grundsätzlich einen Fremdkörper darstellen. Sie sollten daher nur sparsam und äußerst restriktiv zur Anwendung kommen.[69]

ff. Die Bedeutung von Casemix und Casemix-Index

Dem Begriff „*Casemix*“, auch „Fallmix“ oder „Zusammensetzung der Fälle“ genannt, werden im DRG-System zwei unterschiedliche Bedeutungen zugeschrieben: Zum einen wird auf ihn Bezug genommen, wenn es um die Anzahl und die Arten der von einem Krankenhaus oder einer Krankenhausabteilung in einem bestimmten Zeitraum erbrachten Leistungen geht, zum anderen wird mit ihm die *Summe der Bewertungsrelationen aller in einem bestimmten Zeitraum angefallenen Behandlungsfälle der Klinik* bezeichnet. Insofern bezeichnet der Casemix die relative wirtschaftliche Gesamtleistung eines Krankenhauses.[70]

Der *Casemix-Index* (CMI) hingegen bezeichnet die durchschnittliche ökonomische Fallschwere der Behandlungsfälle eines Krankenhauses oder einer Krankenhausabteilung. Er errechnet sich, indem die *Summe der Bewertungsrelationen aller angefallener Behandlungsfälle dividiert wird durch die Anzahl der Fälle.*

Die Bedeutung des Casemix-Index liegt zum einen darin, dass er einen Vergleich der durchschnittlichen Behandlungskosten und -erlöse unterschiedlicher Kliniken ermöglicht,[71] sowie dass seine Veränderungen gewisse Rückschlüsse auf das Leistungs- und Abrechnungsverhalten in den Kliniken zulassen. Weist beispielsweise eine Klinik oder Fachabteilung im Vergleich zu anderen, ähnlich strukturierten und daher vergleichbaren Kliniken oder Abteilungen einen auffallend hohen CMI auf, so liegt es nahe, dass in der entsprechenden Abteilung/Klinik eine bewusste Einstufung von Patienten in zu hohe Fallgruppen vorgenommen wird (Upcoding). Das gleiche gilt, wenn der CMI einer Klinik im Vergleich zum vergangenen

---

[69] *Leber/Schlottmann/von Stackelberg*, Krankenhaus-Report 2000, S. 75, 83; *Genzel*, ArztRecht 12/2000, S. 324, 329; *Boschke/Kramer*, f&w 1/2001, S. 10, ebenda.

[70] *Niedersächsische Krankenhausgesellschaft*, Hinweise zur Einführung eines DRG-basierten Entgeltsystems, S. 7; *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 35.

[71] *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 36.

Abrechnungszeitraum erheblich angestiegen ist.[72] Schließlich kann der CMI auch zur prospektiven Bestimmung von Krankenhausbudgets eingesetzt werden, indem er mit dem zukünftigen Basisfallwert und der erwarteten Anzahl an Krankenhausfällen multipliziert wird.[73]

b. DRGs in Fest- und Höchstpreissystemen

aa. Festpreissysteme

Mit den Begriffen des Fest- oder Höchstpreissystems werden der jeweilige ordnungspolitische Rahmen zur Preis- und Leistungsmengensteuerung in DRG-Vergütungssystemen bezeichnet.

Ein DRG-Festpreissystem liegt dann vor, wenn den Kliniken bezüglich ihrer Leistungserbringung lediglich feststehende Fallpauschalen vorgegeben werden, sie aber ansonsten keinerlei Leistungsbeschränkung etwa in Form von festen Budgetierungen oder Leistungsobergrenzen unterliegen („freies" System). Die Leistungen und die Leistungsmengen folgen im Festpreissystem also den Preisen und die Vergütung folgt den Leistungen. Mithin gelten die Mechanismen von Angebot und Nachfrage, was allerdings nicht unproblematisch ist, da ja der „Markt" aufgrund der Dreier-Beziehung im deutschen Gesundheitswesen zwischen Patient, Krankenhaus und Kostenträger sowie aufgrund der Principal-Agent-Beziehung zwischen Arzt und Patient extrem störanfällig ist.[74]

Die Deutsche Bundesregierung sympathisiert trotz aller Bedenken mit einem Übergang des deutschen DRG-Vergütungssystems in ein freies Festpreissystem ohne Budgets ab dem Jahr 2009,[75] was vor dem Hintergrund der (schlechten) Erfahrungen, die in Deutschland in Bezug auf die Kostenentwicklung unter „offenen" Vergütungssystemen ohne jegliche Budgets gemacht worden sind,[76] allerdings erstaunt und recht wagemutig erscheint, hängt die Stabilität eines freien Systems doch maßgeblich von der finanziellen Aufrichtigkeit und Eigenmäßi-

---

72 *Roeder/Rochell/Juhra/Irps/Glocker/Fiori/Hensen*, f&w 1/2002, S. 14, 17.

73 *Niedersächsische Krankenhausgesellschaft*, Hinweise zur Einführung eines DRG-basierten Entgeltsystems, S. 7 f.; *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 36.

74 Vgl. oben Kap. 1. B. II.; Bedenken hinsichtlich eines fallpauschalierenden Festpreissystems äußert auch *H. Bogs*, AöR 1995, S. 331, 333, welcher insbesondere auf die Gefahr hinweist, dass eine sachwidrige Preisnivellierung bei der Leistungsvergütung in einem Festpreissystem die Hochschulkliniken als Stätten der Forschungs- und Hochleistungsmedizin benachteiligen und in ihren Rechten aus Art. 5 Abs. 3 GG verletzen könnte.

75 Positionspapier des *Bundesministeriums für Gesundheit*, f&w 2/2001, S. 112, 114 (damals ging man noch von einer Konvergenzphase bis 2007aus); Begründung der Regierungsfraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 26; vgl. auch *Neubauer*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 101, 114 ff.

76 Vgl. oben Kap. 1. D.

gung der Leistungserbringer ab.[77]

bb. Höchstpreissysteme

In Höchstpreissystemen wird im Gegensatz zu den Festpreissystemen die Leistungserbringung der Krankenhäuser innerhalb eines Abrechnungszeitraumes nach oben begrenzt, etwa indem den Krankenhäusern im Wege prospektiver Budgetierung ein bestimmter Finanzrahmen vorgegeben wird, den sie nicht überschreiten dürfen. In diesem Falle sind die Fallpauschalen lediglich Abschlagszahlungen auf das Budget,[78] und die positive Wirkung des DRG-Systems beschränkt sich auf die Schaffung von höherer Kostentransparenz bei den innerbetrieblichen Abläufen.[79]

Im australischen Bundesstaat Victoria wird seit 1993 ein Höchstpreissystem auf der Grundlage einer prospektiven Budgetierung von Relativgewichten praktiziert. Den Krankenhäusern werden im Vorhinein eine bestimmte Anzahl von Relativgewichten zugeteilt und somit ein bestimmter Casemix statuiert, dessen Rahmen sie bei ihrer Leistungserbringung einhalten müssen. Bei einer Überschreitung erhalten sie auf die Mehrfälle einen Vergütungsabschlag in Höhe von 20 %.[80]

Als Gegenstück zu der Budgetierung der Vergütung ist auch eine Budgetierung von Leistungen denkbar. Im Wege sog. Leistungsmengenvereinbarungen können den Krankenhäusern für bestimmte Behandlungsfälle Fallzahlobergrenzen gesetzt werden, bei deren Überschreiten sie keinen Anspruch mehr auf Vergütung haben. In Deutschland wird ein solches Vorgehen allerdings im Hinblick auf die von Art. 12 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit und auf das von Art. 14 GG geschützten Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb[81] – auf die sich die nichtstaatlichen Kliniken berufen können – als problematisch angesehen, da die Krankenhäuser bei Erreichen der ihnen für die Behandlungsfälle gesetzten Obergrenze aus der Leistungserbringung und somit aus dem beruflichen Wettbewerb ausscheiden müssten.[82]

c. Wirtschaftliche Anreize und Fehlanreize von DRG-Systemen

Die fallgruppenbezogene, leistungsorientierte Vergütung in DRG-basierten Abrechnungs-

---

77 *Genzel*, ArztR 12/2000, S. 324, 330.
78 *Schölkopf*, Das Krankenhaus 1/2002, S. 13, ebenda.
79 Vgl. *Mansky/Rink-Brühne/Krahwinkel/Prinz*, f&w 5/2001, S. 448, 450.
80 *Geiser*, f&w 6/2001, S. 552, 554.
81 Auch wenn der Beruf des Arztes ein „freier" und kein Gewerbe ist, findet der vom Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ausgehende Schutz auch auf Arztpraxen und Kliniken Anwendung, sofern es um die Ausübung des ärztlichen Berufes geht, *OLG Köln,* VersR 1996, S. 234 f.
82 Positionspapier des *BMG*, f&w 2/2001, S. 112, 115 f.

systemen und die notwendigerweise gründliche Dokumentation des Leistungsgeschehens erhöhen in den Kliniken die Kosten- und Leistungstransparenz sowie das Kostenbewusstsein der behandelnden Ärzte und ermöglichen die wirtschaftliche Optimierung der Behandlungs- und Betriebsabläufe. [83] Dieser Trend zur „Ökonomisierung" des Klinikalltags wird zumeist noch dadurch verstärkt, dass den Kliniken unter DRG-Systemen die Möglichkeit zu einer Gewinn- und Verlusterzielung eingeräumt ist, woraus sich dann Probleme ergeben können, wenn ein Krankenhaus der Wirtschaftlichkeit und dem Gewinnstreben Vorrang vor den Interessen der Patienten an einer standardgemäßen medizinischen Versorgung einräumt. Die wirtschaftlichen Anreize im DRG-System gehen in diesem Falle in wirtschaftliche Fehlanreize über.

aa. Fallgruppen wirtschaftlicher Fehlanreize

Nach den Erfahrungen mit DRG-basierten Vergütungssystemen im Ausland lassen sich folgende Fallgruppen wirtschaftlicher Fehlanreize unterscheiden:

- Die Vergütungsoptimierung durch (Fehl-)Kodierung („Upcoding"): Hierunter ist zu verstehen, dass in den Kliniken unter Verstoß gegen die Kodierrichtlinien einzelne Behandlungsfälle in nicht zutreffende – aber für die Klinik lukrativere – Fallgruppen eingestuft werden, um den Gewinn der Klinik zu steigern.[84]

- Die Ressourcen- und Verweildauerreduzierung: Es ist zu befürchten, dass in den Kliniken zur Steigerung des Gewinnes möglicherweise medizinisch notwendige Leistungen eingespart werden oder die Patienten ihrem Krankenstand nicht angemessen verfrüht entlassen werden („Blutige Entlassungen"); werden die Patienten anschließend aufgrund von Komplikationen wieder eingewiesen, spricht man vom „Drehtüreffekt".[85]

- Die sog. Patienten- bzw. Risikoselektion: Sie liegt vor, wenn die Kliniken sich bemühen, kostenintensive Patienten möglichst nicht zu behandeln und an andere Kliniken zu verweisen oder verfrüht in „benachbarte" Rehabilitations- oder Pflegeeinrichtungen zu verschieben.[86]

- Die wirtschaftlich begründeten Fallzahlsteigerungen: Hierunter sind jegliche Versuche einer Klinik zu verstehen, die Fallzahlen in den lukrativen Behandlungsfallgrup-

---

[83] *Tuschen*, Das Krankenhaus 4/2002, S. 292 f.
[84] Dazu ausführlich unten in Kap. 4. E. II.
[85] Dazu ausführlich unten in Kap. 4. E. III., IV.
[86] Dazu ausführlich unten in Kap. 4. E. V.

pen zu steigern. Dies kann beispielsweise durch Spezialisierung, Fehlkodierungen oder sogenanntes Fallsplitting, der Aufteilung eines Behandlungsfalles in mehrere einzelne, geschehen.[87]

bb. Qualitätssicherung

Vor dem Hintergrund dieser systemimmanenten Fehlanreize werden DRG-basierte Abrechnungssysteme in den Krankenhäusern in der Regel mit umfassenden internen und externen Maßnahmen zur Sicherung der Behandlungs- und Kodierqualität begleitet.

(1) Sicherung der Behandlungsqualität

Als Maßnahmen zur Sicherung der *Behandlungsqualität* bieten sich etwa

- Zertifizierungs- oder Akkreditierungsverfahren für Kliniken an,[88]
- systematische Kontrollen der Behandlungsqualität durch Überprüfung der Patientendaten („Fallscreening", „Peer Reviewing"),[89]
- sowie die Honorierung guter Ergebnisse von Qualitätstests durch finanzielle Zuschüsse und die Sanktionierung schlechter Ergebnisse.

Weiterhin kommt auch die Vorgabe von Mindestfallzahlen oder *Mindestmengen* für bestimmte Leistungen in Betracht, die ein Krankenhaus innerhalb eines bestimmten Zeitraumes nachweisen muss, um die in Frage stehende Behandlungen durchführen zu dürfen,[90] oder eine obligatorische Publizierung der Ergebnisse von Qualitätssicherungsmaßnahmen in öffentlich zugänglichen *Qualitätsberichten*, welche den Patienten sowie den Krankenversicherungen und den einweisenden Ärzten die Möglichkeit eröffnet, für die Behandlung die qualitativ hochwertigste Klinik auszuwählen;[91] mithin entsteht ein „Qualitätswettbewerb" der Kliniken

---

87 Dazu ausführlich unten in Kap. 4. E. VI.

88 Zu möglichen Zertifizierungsverfahren *Nowy*, Ergebnisorientierte fallbasierte Vergütung, S. 162 ff.; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 263 ff.; zu den in den USA durchgeführten Akkreditierungsverfahren *Lauterbach/Längen*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 115, 118.

89 *Längen/Lauterbach* (Hrsg.), Ergebnisorientierte Vergütung bei DRG: Qualitätssicherung bei pauschalierender Vergütung stationärer Krankenhausleistungen, S. 96 ff.

90 *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, „Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit", Gutachten 2000/2001, Kurzfassung, S. 77; *Gandjour/Günster/Klauber/Lauterbach*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, S. 189 f.; kritisch *Längen/Lauterbach* (Hrsg.), Ergebnisorientierte Vergütung bei DRG: Qualitätssicherung bei pauschalierender Vergütung stationärer Krankenhausleistungen, S. 66 f.;

91 *Längen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 195 f; *Gandjour/Günster/Klauber/Lauterbach*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, S. 189.

um die Patienten.[92]

Im Unterschied zu diesen genannten Maßnahmen kommt dem zivil- und strafrechlichen Arzthaftungsrecht und der von diesem ausgehenden Präventionswirkung zur Sicherung der Behandlungsqualität allenfalls untergeordnete Bedeutung zu. Die Anzahl der Arzthaftungsprozesse wegen Qualitätsmängeln ist stets erheblich geringer als die Anzahl der in wissenschaftlichen Studien aufgedeckten Qualitätsmängel, was daran liegt, dass die Patienten zum einen vielfach nicht in der Lage sind, Qualitätsmängel zu erkennen, zum anderen aber auch die wirtschaftlichen Prozessrisiken scheuen oder einfach nicht willens sind, das Vertrauensverhältnis zu ihrem Arzt zu beeinträchtigen.[93]

(2) Sicherung der Kodierqualität

Die Sicherung der *Kodierqualität* dient in erster Linie den Kliniken selbst, denen angesichts möglicher finanzieller Verluste durch Fehleinstufungen der Patienten daran gelegen sein muss, in ihrem Hause einen hohen Dokumentations- und Kodierungsstandard zu garantieren. Für sie empfiehlt es sich daher, ein effizientes internes System zur Kontrolle und Sicherung der Kodierqualität zu errichten,[94] sowie möglicherweise die Einführung mobiler Taschencomputer (sog. „Handheld-Computer“), die es dem behandelnden Arzt bzw. seinem Team erlauben, direkt vor Ort am Patientenbett die gesamten kodierungsrelevanten medizinischen Daten elektronisch festzuhalten und dann der Verarbeitung in einer elektronischen Krankenakte zuzuführen.[95]

Die Kontrolle und Sicherung der Kodierqualität dient aber auch den Kostenträgern zum Schutze gegen finanzielle Verluste durch illegale Höherstufung der Patienten (Upcoding). Um diesem Entgegenzuwirken bieten sich insbesondere Überprüfungen des Kodierungsverhalten der Kliniken durch die Kostenträger und finanzielle Sanktionen im Falle von Fehlcodierungen

---

[92] *Lauterbach/Lüngen*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 115, 119; vgl. auch *Arnold/Geisbe*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, S. 55, 62; *Buscher*, Das Krankenhaus 3/2005, S. 181, ebenda, 185.

[93] *Lüngen/Lauterbach* (Hrsg.), Ergebnisorientierte Vergütung bei DRG: Qualitätssicherung bei pauschalierender Vergütung stationärer Krankenhausleistungen, S. 116 f.

[94] *Roeder/Rochell/Juhra/Irps/Glocker/Fiori/Hensen*, f&w 1/2002, S. 14, ebenda; *Roeder/Irps/Juhra/Glockner/Fiori/Müller/Hecht*, Das Krankenhaus 2/2002, S. 117 ff.; *Roeder/Rochell*, f&w 2/2001, S. 162, 166.

[95] Zum elektronischen Informationsmanangement unter DRGs allgemein *Stausberg*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 255 ff., zu den Vorteilen einer frühzeitigen Erfassung und Kodierung der einstufungsrelevanten Daten vor Ort aus S. 267; eine Simulation der Benutzeroberfläche der Handheld-Computer-Dokumentationssoftware findet sich unter URL: http://www.meditrace.de (letzter Abruf: 20.12.2004); zu den datenschutzrechtlichen Risiken der elektronischen Krankenakte *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, § 111 Rn. 3; allgemein auch *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 212 ff.; *ders*., VersR 1999, S. 1070 f.

an.[96]

2. „International bereits eingesetztes Vergütungssystem“

Das in Deutschland neu einzuführende Krankenhaus-Vergütungssystem sollte sich nach § 17b Abs. 2 S. 1 KHG (2000) nicht nur an einem „Vergütungssystem auf der Grundlage der Diagnosis Related Groups (DRG)“ orientieren, sondern zugleich an einem „international bereits eingesetzten System“. Auch bei diesem zweiten Erfordernis unterlief dem Gesetzgeber wie schon bei dem Erfordernis eines Vergütungssystems auf der Grundlage „der“ Diagnosis Related Groups eine sprachliche Ungenauigkeit: „International“ bedeutet laut Duden nämlich zunächst „zwischen mehreren Staaten bestehend, zwischenstaatlich, nicht national begrenzt oder mehrere Staaten betreffend“.[97] Auf Grundlage dieses Verständnisses wäre demnach ein Vergütungssystem erforderlich gewesen, welches parallel in mehreren Staaten Anwendung fände. Ein solches existierte und existiert jedoch nicht. Zwar war in Skandinavien mit den Nord-DRGs zunächst ein einheitliches DRG-System entwickelt worden, mittlerweile hatten Dänemark, Finnland, Island, Norwegen und Schweden jedoch landeseigenständige Systeme eingesetzt.[98] Und die im September 1999 von der amerikanischen Firma 3M vorgestellten International All-Patient-DRGs (IAP-DRGs), welche – wie schon an ihrem Namen erkennbar – darauf abzielen, länderübergreifend angewendet zu werden, hatten noch in keinem Land Anwendung gefunden, waren also nicht „bereits eingesetzt“.

Der Gesetzgeber hatte bei einem dem Duden entsprechenden Verständnis des Begriffes „international“ mithin Unmögliches verlangt,[99] doch kann dieses Ergebnis keinesfalls von ihm bezweckt gewesen sein. Die Koppelung der Entwicklung des neuen deutschen Vergütungssystems an ein „international bereits eingesetztes“ System sollte ersichtlich vor allem dazu dienen, dass von den für die Systementwicklung verantwortlichen Stellen kein völliges Neuland betreten werden musste, sondern auf ein solides und in der Praxis bereits erprobtes System und dessen Erfahrungen zurückgegriffen werden konnte. Im Vordergrund stand also, dass das bei der Entwicklung heranzuziehende bestehende System „bereits eingesetzt“ war, nicht aber, dass es „international“ war; in keinem Fall kann davon ausgegangen werden, dass das letztere Kriterium die Auswahl der zur Verfügung stehenden Systeme einengen sollte. Daher ist es geboten, den Begriff „international“ entgegen seinem eigentlichen Wortsinn in der Bedeutung von „im Ausland“ zu verstehen;[100] eine amtliche Begründung zum GKV-

---

[96] Vgl. *Sangha*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 87, 88; *Mansky*, KrV 1998, S. 64, 67.

[97] *Duden*, Deutsches Universalwörterbuch, 4. Auflage 2001.

[98] *Rochell/Roeder*, Krankenhaus-Report 2000, S. 49, 51ff.

[99] *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 4/2000, S. 261, ebenda.

[100] Die Möglichkeit einer solchen Gesetzesauslegung folgt daraus, dass sich die Auslgung einer Norm nach dem Rechtsgedanken des § 133 BGB an ihrem Sinn und Zweck zu orientieren hat, nicht aber eine Haftung am buchstäblichen Ausdruck erfordert, vgl. Palandt-*Heinrichs*, BGB, Einleitung, Rn. 40, m.w.N.

Gesundheitsreformgesetz, die dies stützen könnte, existiert allerdings nicht.[101]

Im Folgenden soll nun ein kurzer Überblick über die Entwicklung der verschiedenen ausländischen DRG-Systeme gegeben werden, die als Orientierung für das deutsche System zur Auswahl standen.

a. Yale-DRGs

Die DRG-Systeme haben ihren Ursprung in den USA. Im Jahre 1967 begann eine Gruppe von Medizinern und Ökonomen der Yale-University unter der Leitung von Prof. *R. B. Fetter*, erste Untersuchungen zur Entwicklung eines Instruments vorzunehmen, welches der Überprüfung der Inanspruchnahme stationärer Leistungen und der Qualitätssicherung in Krankenhäusern dienen sollte. Ergebnis waren 1975 die sog. Yale-DRGs mit 317 Fallgruppen.

Obwohl sich ihre Einteilung an „relativ homogenen Behandlungsprozessen" orientierte, wiesen die Behandlungsfälle der Yale-DRGs innerhalb der jeweiligen Fallgruppe noch erhebliche ökonomische und medizinische Streuungen auf und hätten daher als Grundlage eines Krankenhausleistungs-Abrechnungssystems nur zu einer wenig leistungsgerechten Vergütung geführt.[102]

b. HCFA-DRGs

Die US-amerikanische *Medicare*-Versicherung, eine seit 1966 bundesweit für Rentner (über 65 Jahre) und Behinderte bestehende Krankenversicherung,[103] welche unter der Verwaltung der dem amerikanischen Gesundheitsministerium unterstellten *Health-Care Financing Administration* (HCFA) steht, griff den von *Fetter* entwickelten Ansatz zur Einteilung der stationären Behandlungsfälle jedoch schon bald als Grundlage für ein Vergütungssystem für Krankenhausleistungen auf und entwickelte aus den Yale-DRGs das erste DRG-Krankenhausleistungs-Abrechnungssystem, die HCFA-DRGs.[104] Anstoß für diese Entwicklung war eine Verfügung des US-amerikanischen Kongresses, der wegen eines Anstiegs der Krankenhauskosten die Einführung eines neuen prospektiven Fallpauschalensys-

---

[101] Allenfalls kann verwiesen werden auf die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Gesundheit des Bundestages zur GKV-Gesundheitsreform 2000, BT-Drs. 14/1977, vom 03.11.1999, der für die vorliegende Frage aber auch nicht ergiebig ist, vgl. dort S.187 f.

[102] *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 4/2000, S. 261, 262; *Sell*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 103, 105.

[103] Der Medicare-Versicherung unterfallen zwar weniger als 20 % der US-amerikanischen Bevölkerung, allerdings liegt der Umsatzanteil der Versicherten aufgrund ihrer Altersstruktur im vollstationären Bereich bei ungefähr 40 %, *Sell*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 103, 106.

[104] *Fischer*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 13, 21; *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 4/2000, S. 261, 262; *Sell*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 103, 105.

tems zum 01. Oktober 1983 gefordert hatte.[105] Im Zeitpunkt ihrer Einführung in 1983 enthielten die HCFA-DRGs 470 Fallgruppen. Sie wurden in den Folgejahren jedoch fortlaufend weiterentwickelt und ergänzt, so dass die Version 16.0 aus dem Jahre 1998 schon 511 Fallgruppen aufwies.[106] Der Vorteil der HCFA-DRGs ist, dass sie ein durch langjährigen Einsatz sehr robust ausgestattetes System sind; nachteilig anzumerken ist jedoch die nur ansatzweise Berücksichtigung der ökonomischen Fallschwere bei der Ausdifferenzierung der Fallgruppen.[107]

c. Weiterentwicklungen

Auf der Grundlage der HCFA-DRGs entstanden in den USA, in Australien und in Europa zahlreiche weitere DRG-Systeme. Sie dienten wie die HCFA-DRGs zumeist als Grundlage für Krankenhausleistungs-Abrechnungssysteme; teilweise wurden sie aber auch zur Bemessung der Krankenhausbudgets, für Zwecke des internen Managements, zur Kapazitätenplanung, zur Steigerung der Produktivität oder zur Qualitätssicherung herangezogen.[108] Entsprechend ihrer Struktur, insbesondere was die Berücksichtigung der ökonomischen Fallschwere durch Betrachtung der Nebendiagnosen angeht, werden mittlerweile vier DRG-Generationen unterschieden.[109]

aa. Erste Generation

Bei den DRG-Systemen der ersten Generation wird nach der Zuteilung des Behandlungsfalles anhand seiner Hauptdiagnose zu einer Hauptdiagnosegruppe (MDC) die weitere Einteilung anhand der Prozeduren lediglich durch eine Differenzierung in eine chirurgische und eine nichtchirurgische Partition vorgenommen. Die Unterteilung in eine chirurgische, eine medizinische und eine sonstige Partition besteht hingegen noch nicht. Nebendiagnosen (CC) finden nur insofern Bedeutung, als dass ökonomisch schwerer bewertete Fälle entspre-

---

[105] *Sell*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 103, 106.

[106] *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 4/2000, S. 261, 263; *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 44, sprechen von 25 MDC und 499 Fallgruppen in 1999.

[107] *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 45.

[108] Tabellarischer Überblick über die landesspezifischen DRG-Systeme und die Art ihrer Verwendung bei *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 62 f.; vgl. auch *Rochell/Roeder*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 49, 50 ff.

[109] *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 4/2000, S. 261 ff; *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 86 Rn 236; *ders*. in ArztRecht 12/2000, S. 324, 326 f.; die Zuordnung der einzelnen DRG-Systeme zu den einzelnen Generationen geschieht nicht immer einheitlich, vgl. *Lüngen*, Möglichkeiten der ergebnisorientierten Vergütung stationärer Krankenhausleistungen in Deutschland, S. 14 einerseits und *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 4/2000, S. 261, 262 sowie *Sell*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 103, 107 andererseits. Neuerdings wollen *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 41 f., sogar eine fünfte Generation anerkennen, wo neben der ökonomischen Fallschwere auch die medizinisc Fallschwere Beachtung findet.

chend dem Kriterium „mit CC“ und ökonomisch leichter zu bewertende Fälle als „ohne CC“ klassifiziert werden, differenziertere Abstufungen sind nicht vorhanden. Zusätzlich können noch weitere Kriterien wie Alter, Art der Entlassung o.ä. definiert werden.

Vertreter der ersten Generation sind insbesondere die HCFA-DRGs, daneben aber auch die skandinavischen Nord-DRGs und die britischen HRGs. Die Arbeit an den Nord-DRGs begann im Jahre 1983 in Finnland, eine erste Version, die sich noch stark an den HCFA-DRGs orientierte, wurde 1985 fertiggestellt. Mittlerweile haben sie sich aber von der amerikanischen Vorlage gelöst, insbesondere wurden Elemente der intransparenten US-amerikanischen Grouper-Software durch ein transparentes Kodierungssystem ersetzt, so dass jeder Anwender mit einer speziellen Software (Visual DRG) konkret nachvollziehen kann, in welche DRG-Gruppe der Grouper die unterschiedlichen Diagnosen-, Nebendiagnosen- und Prozedurenkombinationen sowie die weiteren erforderlichen Angaben einordnet. Zum anderen wurden auf der Grundlage der eigenen medizinischen Tradition entstandenen Prozeduren an die Stelle der amerikanischen Prozeduren gesetzt und somit den spezifischen nordischen und nationalen Bedürfnissen Rechnung getragen. Weiterhin wurden im Rahmen der Kodierung der Behandlungsfalldaten der spezifisch skandinavische Prozedurenschlüssel NCSP („Nordic Classification of Surgical Procedures“) an die Stelle der amerikanischen Verschlüsselung gesetzt.

Mittlerweile haben sich in Skandinavien aus den Nord-DRGs länderspezifische DRG-Systeme entwickelt, etwa die FinDRGs (1995) oder die norwegischen Norsk-DRGs (1999). In Schweden werden die DRGs – ebenso wie in Finnland – nicht einheitlich eingesetzt, da die Krankenhausfinanzierung hier von Bezirk zu Bezirk unterschiedlich geregelt ist. Eine nationale DRG-Lösung gibt es in Schweden nicht.[110]

Die HRG („Healthcare Ressource Groups“) aus Großbritannien wurden 1992 aus einer Mitte der 1980er Jahre entstandenen Modifikation der HCFA-DRGs entwickelt.[111]

bb. Zweite Generation

Kennzeichnend für die DRG-Systeme der zweiten Generation ist, dass sie zwar grundsätzlich an der Einteilung nach Hauptdiagnosegruppen (MDC), Prozeduren (Partition) und Nebendiagnosen (CC) festhalten. Ökonomisch besonders schwerwiegende Nebendiagnosen werden jedoch nicht mehr als CC sondern als Major-Complications-and-Comorbidities

[110] *Sell*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 103, 106; *Fischer*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 13, 21; *Rochell/Roeder*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 49, 53 f.

[111] *Sell*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 103, 106.

(MCC) eingestuft. Diese führen den Behandlungsfall dann direkt zu sog. MCC-DRGs und verdrängen andere Eingruppierungsfaktoren in ihrer Relevanz, auch die Hauptdiagnosen.

Vertreter der zweiten Generation sind beispielsweise die amerikanischen All Patient DRGs (AP-DRGs) der Firma 3M, die französischen Groupes Homogènes de Malades (GHM) und die Australian National DRGs (AN-DRGs).

Die GHM wurden seit 1982 – und somit noch vor Einsetzung der HCFA-DRGs durch die Medicare-Versicherung in den USA – in enger Anlehnung an die Systematik der Yale-DRGs auf der Grundlage französischer Gesundheitsdaten (CdAM – Catalogue des actes médicaux) und einer eigenen Grouper-Software entwickelt. Sie dienen der Budgetbemessung und dem internen Management der Kliniken, nicht aber der Abrechnung von Krankenhausfällen. Die GHM werden fortlaufend modifiziert und wurden um zusätzliche eigene Fallgruppen für Tagesfälle und ambulante Behandlungen und eine zusätzliche Schweregradstufe ergänzt, was sie mittlerweile als eigenständiges Patientenklassifikationssystem erscheinen lässt.[112]

Die AP-DRGs („All Patient DRGs“) sind eine von der amerikanischen Firma 3M im Auftrage des Staates New York Ende der 1980er Jahre vorgenommene Weiterentwicklung der HCFA-DRGs, deren Ziel es war, alle Patienten zu erfassen, nicht nur Rentner und Behinderte.[113] Aus diesem Grunde führten die AP-DRGs in Erweiterung der HCFA-DRGs neue Hauptdiagnosegruppen für HIV-Infektionen, multiple Traumata, Neugeborene und Kinder ein, wodurch die Fallgruppenanzahl auf rund 641 anstieg. Da das System trotzdem übersichtlich und praktikabel blieb, hat es die Rolle von den HCFA-DRGs übernommen, als Grundlage weiterer Systeme zu dienen.[114]

cc. Dritte Generation

Die DRG-Systeme der dritten Generation weisen gegenüber den Systemen der zweiten Generation eine deutlich verfeinerte Schweregradabbildung auf und werden deshalb als „Refined“-DRGs (verfeinerte DRGs) bezeichnet. Bei ihnen erfolgt nach der Zuteilung der Behandlungsfälle zu der entsprechenden Hauptdiagnosegruppe und der entsprechenden Partition die ökonomische Gewichtung des Behandlungsfalles nicht mehr nur danach, ob Nebendiagnosen vorhanden sind oder nicht, auch existieren keine MCCs mehr. Vielmehr erfolgt eine differenzierte Gewichtung der ökonomisch schwersten Nebendiagnosen anhand

---

[112] *Fischer*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 13, 23 f.; *Rochell/Roeder*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 49, 58 ff.; *Sell*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 103, 106.

[113] *Fischer*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 13, 23; *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 4/2000, S. 261, 264; *Sell*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 103, 106.

[114] *Sell*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 103, 106.

einer Skala von drei Schweregraden in der medizinischen Partition und vier Schweregraden in der chirurgischen Partition. Als Vertreter dieser dritten DRG-Generation ist insbesondere das System der amerikanischen Refined DRGs (R-DRGs) der Firma Health Systems Consultants Inc. zu nennen.

Teilweise wird der dritten Generation auch das System der All Patient Refined DRGs (APR-DRGs) der Firma 3M zugeordnet.[115] Dieses weist im Unterschied zu allen anderen DRG-Systemen allerdings die Besonderheit auf, dass es zusätzlich zur ökonomischen Schweregraddifferenzierung der Fälle auch eine Unterteilung anhand ihrer medizinischen Komplexität vornimmt, weshalb es mitunter auch als eigenständiges, progressives System einer neuen „fünfte Generation“ verstanden wird.[116] Sein Nachteil ist allerdings, dass die zusätzliche medizinische Differenzierung zu einem Ansteigen der Fallgruppen auf zwischenzeitlich 1000-1500 geführt hat.[117]

dd. Vierte Generation

Ansteigende Fallgruppen führen antiproportional zu einer Abnahme der Übersichtlichkeit und Praktikabilität der DRG-Systeme. Die den DRG-Systemen der dritten Generation nachfolgenden Entwicklungen versuchten daher, die gestiegenen Fallgruppenzahlen wieder auf ungefähr 600 zurückzuführen, ohne jedoch die Schweregraddifferenzierung der dritten Generation grundsätzlich aufzugeben. So wurden Behandlungsfälle, die nach der Schweregraddifferenzierung der dritten Generation an sich einen unterschiedlichen ökonomischen Schweregrad hatten, jedoch noch recht kostenhomogen erschienen, teilweise wieder in eine einheitliche Gruppe zusammengefasst. Auch wurde die ökonomische Fallschwere nicht mehr nur anhand der schwersten Nebendiagnose, sondern anhand der Gesamtschau der Nebendiagnosen bestimmt.

Eine Ausdifferenzierung gegenüber den Systemen der dritten Generation erfuhren die Systeme der vierten Generation im Bereich der Partitionen: Neben die chirurgische und medizinische Partition trat eine dritte „sonstige“ Partition, in die beispielsweise nicht OP-gebundene interventionelle Eingriffe und Untersuchungen fielen, z.B. Langzeitmonitoring[118] oder Koloskopie[119].

Die wichtigsten Vertreter der Vierten Generation sind die International All Patient DRGs (IAP-DRGs) und die Australian Refined DRGs (AR-DRGs). Die IAP-DRGs wurden

[115] *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 4/2000, S. 261, 264 f.
[116] *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 42, 47 f..
[117] *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 4/2000, S. 261, 264 f.
[118] Kontinuierliche elektronische Langzeitüberwachung.
[119] Endoskopische Dickdarmuntersuchung.

1999/2000 von der Firma 3M aus den APR-DRGs heraus entwickelt. Bei der Fallgruppenbildung wurde darauf geachtet, dass sie „internationalen“ Anforderungen entspricht und leicht in nationale Systeme integriert werden kann.[120] Die IAP-DRG weisen eine Fallgruppenanzahl von rund 1050 Fallgruppen auf.[121]

Die AR-DRGs erschienen 1998 in Australien als stark überarbeitete und verselbständigte Nachfolge der AN-DRGs. Das System der AR-DRGs ist medizinisch wie ökonomisch sehr gut strukturiert und übersichtlich, bei der Bezeichnung der Fallgruppen orientiert es sich an der Hierarchie des Systems,[122] was bis dato in DRG-Systemen eine Besonderheit war.[123] Die Fallgruppenanzahl der AR-DRGs betrug bei ihrem Erscheinen 661.[124]

d. Leistungsorientierte Diagnosefallgruppen

In Österreich wird die Patientenklassifikation anhand der Eigenentwicklung der LDF (Leistungsorientierte Diagnosefallgruppen) vorgenommen. Die LDF wurden nach zehnjähriger Entwicklungszeit zum 01. Januar 1997 im Rahmen des „Leistungsorientierten Krankenhausfinanzierungssystems“ (LKF) eingeführt.[125] Sie beinhalteten damals 867 Fallgruppen.[126] Die LDF basieren wie die DRG-Systeme auf dem Grundgedanken der automatisierten Klassifizierung eines Falles anhand seiner Daten, weisen gegenüber den DRG-Systemen jedoch einige Besonderheiten auf. So sind ihre Fallgruppen unterteilt in MEL-Gruppen (Gruppen medizinischer Einzelleistungen) und HDG-Gruppen (Hauptdiagnosegruppen); sofern im Rahmen eines Behandlungsfalles mehrere medizinische Einzelleistungen erbracht werden, können ihm mehrere LDFs zugeordnet werden. Diese „Mehrdimensionalität“ der LDF ist ein fundamentaler Unterschied zu den „eindimensionalen“ DRG-Systemen, in denen jedem Behandlungsfall nur eine Fallgruppe entspricht.

Im Vergleich zu eindimensionalen Systemen haben mehrdimensionale Systeme den Vorteil, dass sie die Behandlungsfälle in der Regel differenzierter abbilden und damit kostengerechter vergüten können. Eindimensionale Systeme werden hingegen, sofern ihnen eine gute Strukturierung zu Grunde liegt, als weniger fehleranfällig und übersichtlicher eingeschätzt.[127]

---

[120] *Fischer*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 13, 23; *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 2000, 261, 265 f.; *Sell*, Sozialer Fortschritt 2000, S. 103, 107.
[121] *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 2000, 261, 265; *Sell*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 103, 107.
[122] *Sandvoß/Borker*, ArztR 1/2001, S. 4 ff.; vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. a. bb. (5).
[123] *Fischer*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 13, 24.
[124] *Fischer*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 13, 24; *Sell*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 103, 107; sehr ausführliche Darstellung der AR-DRGs bei *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 49-60.
[125] *Fischer*, DRGs im Vergleich, S. 17.
[126] *Fischer*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 13, 24.
[127] *Fischer*, DRGs im Vergleich, S. 38.

C. Die Umsetzung der Vorgaben des § 17b KHG i.d.F. des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000

Nach der Erläuterung der wichtigsten Vorgaben des § 17b KHG (2000) zur Einführung des neuen Vergütungssystems in Deutschland soll im Folgenden ihre Umsetzung in die Praxis beschrieben werden. Es werden die wichtigsten Vereinbarungen der Selbstverwaltungspartner sowie die maßgeblichen Gesetze und Verordnungen in chronologischer Reihenfolge zusammenfassend dargestellt.

I. Vereinbarungen der Selbstverwaltungsträger

1. Vereinbarung Entgeltsystem

Die Umsetzung der Vorgaben des § 17b KHG (2000) sollte nach dem in der Norm festgelegten „Fahrplan" mit einer Vereinbarung der in der Vorschrift genannten Selbstverwaltungspartner beginnen, in der bis zum 30. Juni 2000 das als Orientierung für das deutsche System bestimmte ausländische DRG-Vergütungssystem auszuwählen und die Grundzüge des deutschen Vergütungssystem festzulegen waren.

Diesen Vorgaben kamen die Selbstverwaltungspartner mit der „Vereinbarung Entgeltsystem" vom 27 Juni 2000 nach.[128]

a. Auswahl eines ausländischen DRG-System

Zur Vorbereitung der zu treffenden Auswahl unter den ausländischen Vergütungssystemen als Grundlage für das deutsche Vergütungssystem fanden im Vorfeld der Vereinbarung eingehende Untersuchungen und Bewertungen der bestehenden Systeme statt. Umstritten war dabei, ob auch die Übernahme des LDF-Prinzips vom Wortlaut des § 17b Abs. 2 S. 1 KHG (2000) gedeckt war, da dieser ja ausdrücklich auf „Diagnosis Related Groups (DRG)" abstellte. Zum Teil wurde die Ansicht vertreten, dass DRG-Systeme sich gerade durch ihren eindimensionalen hierarchischen Aufbau auszeichneten, in dem einem Behandlungsfall auch nur eine Fallgruppe oder ein Entgelt zugeordnet werde. Mehrdimensionale Systeme wie die LDF ständen dementsprechend nicht zur Auswahl.[129] Nach anderer Ansicht war eine solche Deutung von „DRG" im Sinne des § 17b Abs. 2 S. 1 KHG (2000) nicht zwingend. DRG-Systeme seien zwar in der Regel und damit „grundsätzlich" eindimensional, genauso gut

[128] Abrufbar unter URL: http://www.g-drg.de.
[129] *Rau/Schnürer*, f&w 1/2000, S. 46, ebenda.

könne man aber auch mehrdimensionale Systeme zulassen.[130] Begründet wurde dies damit, dass das als Vorbild zu wählende international bereits eingesetzte System lediglich „auf Grundlage der Diagnosis Related Groups“ beruhen musste und sich auch die LDF – obwohl sie eine österreichische Eigenentwicklung sind – ohne Zweifel an dem Prinzip der Fallzuordnung der DRG-Systeme orientierten. Weiterhin wurde darauf hingewiesen, dass § 17b Abs. 1 S. 3 KHG (2000) bestimmte, dass die Krankenhausleistungen für einen Behandlungsfall „mit den Entgelten“ nach Satz 1 zu vergüten wären. Gerade die Verwendung des Plurals „Entgelten“ deutete aber auf die Zulässigkeit mehrdimensionaler Systeme hin.[131] Vor dem Hintergrund der letztgenannten Argumente und des mutmaßlichen Willens des Gesetzgebers, die Möglichkeiten für eine deutsche Systementwicklung durch die unnötige Herausnahme effizienter Systeme aus der Auswahl an fallpauschalierenden Abrechnungssystemen nicht zu verkürzen, sprachen wohl bessere Gründe für eine Einbeziehung der LDF in die Bewertung der bestehenden Systeme; teilweise wurde sie dann auch vorgenommen,[132] teilweise blieben die LDF jedoch außen vor.[133]

Die Bewertung der verschiedenen DRG-Systeme erfolgte anhand von Kriterien wie ihrer Akzeptanz bei Ärzten und Pflegern, der Schweregradberücksichtigung bei der Klassifizierung, der Kostenhomogenität der Fallgruppen, der Resistenz gegen Manipulationen (Eindeutigkeit der Fallzuordnung), der Übersichtlichkeit, der Gemeinfreiheit (Anwendungsmöglichkeit ohne Lizenzgebühren), etc.[134] Eine zwingende Überlegenheit des einen oder anderen Systems stellte sich allerdings nicht heraus. Auch die LDF schnitten – soweit sie in die Bewertung miteinbezogen wurden – gut ab.[135] Namhafte Experten des deutschen Gesundheitswesens favorisierten allerdings die AP-DRGs[136] oder die APR-DRGs der Firma 3M.[137]

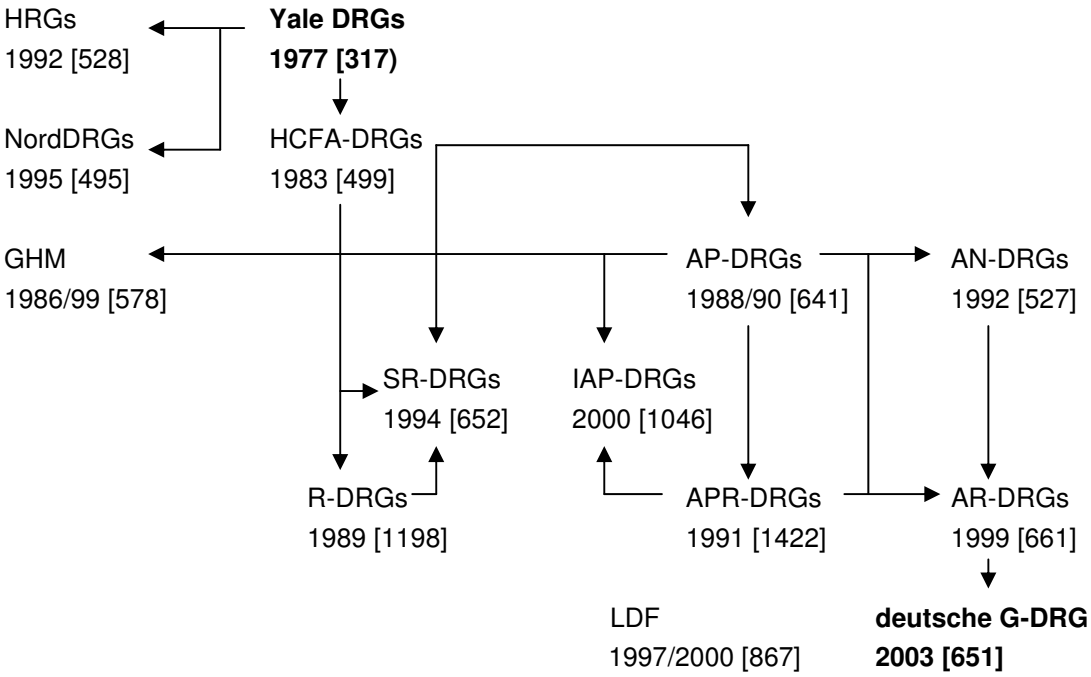
Die Entscheidung der Vertragsparteien fiel im Ergebnis auf die australischen AR-DRGs in der Version 4.1.[138] Auch diese hatten in allen Bewertungen stets recht gut abgeschnitten, und ihr entscheidender Vorteil gegenüber den AP-DRGs und den APR-DRGs war, dass sie nicht mit hohen Lizenzgebühren belastet waren, sondern recht kostengünstig und daher „gemeinfrei“ für 220.000,- DM abgegeben wurden.[139] Ein weiterer Grund für die Wahl der australischen AR-DRGs war, dass sie über ein hochentwickeltes, sehr detailliertes System zur Messung der Fallschwere verfügten und daher als „modern“ und gut geeignet für eine

[130] *Genzel*, ArztR 12/2000, S. 324, 326.
[131] *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 4/2000, S. 261, ebenda.
[132] Z.B. *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 5/2000, S. 349, 354 f.
[133] *Rau/Schnürer*, f&w 1/2000, S. 46, 47.
[134] *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 5/2000, S. 349, 354 ff.
[135] Z.B. *Rochell/Roeder*, Das Krankenhaus 5/2000, S. 349, 354 f.
[136] *Lauterbach/Lüngen*, DÄ 2000, Heft 8, A 444, A 447; in der Tendenz auch *Rau/Schnürer*, f&w 1/2000, 46 ff.
[137] *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 48.
[138] § 1 Abs. 1 der Vereinbarung Entgeltsystem; Darstellung der Systematik der AR-DRGs bei *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 127 ff.
[139] *Sandvoß/Borker*, ArztRecht 1/2001, S. 4, ebenda; *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 25; vgl. § 1 Nr. 2 der Vereinbarung Entgeltsystem.

Adaption galten.[140]

b. Die „DRG-Familie“

Nach der Entscheidung der Selbstverwaltungsträger in Deutschland für die Orientierung des deutschen Vergütungssystems an den australischen AR-DRGs lässt sich die Entwicklung der einzelnen DRG-Systeme in der folgenden Grafik darstellen:[141]



c. Weitere Regelungen der Vereinbarung Entgeltsystem

Neben der Entscheidung für ein ausländisches DRG-System als Grundlage für das in Deutschland zu entwickelnde Abrechnungssystem verlangte § 17b Abs. 3 S. 1 KHG (2000) auch die Festsetzung der Grundstrukturen des Vergütungssystems und des Verfahrens zur Ermittlung der Bewertungsrelationen auf Bundesebene, sowie die Grundzüge eines Verfahrens zur laufenden Pflege des Systems auf Bundesebene.

Bezüglich der *Grundstrukturen des deutschen DRG-Systems* bestimmt § 1 Nr. 4 der Vereinbarung Entgeltsystem, dass die Anzahl der Fallgruppen in einem deutschen System grundsätzlich die Menge von 800 nicht überschreiten soll. Weiterhin war bei der Entwicklung des Systems die australische Gewichtung der Nebendiagnosen nach fünf Schweregraden

[140] *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 25.
[141] Angelehnt an *Sell*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 103, 107; die Zahlen in den eckigen Klammern bezeichnen die Anzahl der Fallgruppen.

beizubehalten, wobei allerdings im Sinne eines „Refined“-System einzelne Schweregrade wieder zusammenzuführen waren, so dass jede Basis-DRG maximal drei Fallgruppen enthielt. Das System soll ferner bis zum 30.09. eines jeden Jahres fortgeschrieben und angepasst werden. Zu weitergehenden Vereinbarungen bezüglich der Grundversion sahen sich die Vertragsparteien im Zeitpunkt der Vereinbarung Entgeltsystem jedoch noch nicht in der Lage. Sie forderten den Gesetzgeber auf, zunächst den ordnungspolitischen Rahmen für das System festzulegen.[142]

§ 2 der Vereinbarung Entgeltsystem traf *Aussagen zu dem Verfahren zur Ermittlung und Pflege der Relativgewichte*. Aufgrund der Daten repräsentativer, stichprobenhaft ausgewählter Krankenhäuser aus dem gesamten Bundesgebiet und unter Zugrundelegung eines verbindlichen, einheitlichen Kalkulationsschemas, welches von einer externen Institution erstellt werden sollte, sollte jährlich ein bundeseinheitlicher Basisfallwert festgelegt werden. Langfristig sollten sich alle Krankenhäuser an der Kalkulation beteiligen.

Die §§ 3 bis 6 der Vereinbarung Entgeltsystem enthielten darüber hinaus weitestgehend weitere *Selbstverpflichtungen zum Abschluss weiterer Vereinbarungen*: Bis zum 31.12.2001 wollten die Vertragspartner die für das DRG-System notwendigen Zu- und Abschläge festsetzen[143] – wozu sie im übrigen nach § 17b Abs. 3 S. 2 (2000) ohnehin verpflichtet waren. Bis zum 30.09.2000 wollten die Vertragspartner weiterhin Abrechnungsgrundsätze vereinbaren,[144] zudem wollten sie jährlich bis zum 30.11. einen „Systemzuschlag“ vereinbaren.[145] Bei der Erfüllung dieser Pflichten und der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach § 17b Abs. 2, Abs. 3 KHG (2000) wollten die Vertragsparteien auf ein noch zu bildendes DRG-Institut zurückgreifen.[146]

2. Vereinbarung Zu- und Abschläge

Am 15. September 2000 schlossen die Selbstverwaltungspartner zur Umsetzung der Vorgaben des § 17b KHG (2000) als zweite Vereinbarung nach der Vereinbarung Entgeltsystem die ‚Vereinbarung Zu- und Abschläge’.[147]

Ihre Grundlage ist der § 17b Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 4 KHG (2000), welcher die Vertragsparteien aufgefordert hatte, bis zum 31.12.2001 die Bewertungsrelationen und die Zu- und Abschläge im DRG-System zu vereinbaren. Zu- und Abschläge waren insbesondere

[142] Vgl. Präambel der Vereinbarung Entgeltsystem.
[143] § 3 der Vereinbarung Entgeltsystem.
[144] § 4 der Vereinbarung Entgeltsystem.
[145] § 6 der Vereinbarung Entgeltsystem.
[146] § 5 der Vereinbarung Entgeltsystem; zum DRG-Institut vgl. unten Kap. 2. C. I. 4.
[147] Vereinbarung Zu- und Abschläge, abrufbar unter URL: http://www.g-drg.de.

vorzusehen für die Notfallversorgung, für die Vorhaltung von notwendigen, aufgrund der teilweise geringen Nachfrage jedoch unwirtschaftlichen Leistungen (Sicherstellungszuschläge), für die Finanzierung von Ausbildungsstätten und Ausbildungsvergütungen, sowie für die Aufnahme von Begleitpersonen des Patienten.[148]

Bezüglich der *Bewertungsrelationen* des deutschen DRG-Systems erschöpften sich die Vertragsparteien in § 1 der Vereinbarung mit dem Ausdruck ihrer Überzeugung, dass die Bewertungsrelationen einer jährlichen Überprüfung und wenn nötig Neuvereinbarung zu unterwerfen wären, um eine leistungsgerechte Vergütung und die fortbestehende Möglichkeit zu medizinischen Innovationen zu gewährleisten. Wegen der ungenügendenden bisherigen gesetzlichen Rahmenbedingungen sollte eine endgültige Kalkulation allerdings erst später erfolgen.[149]

Bezüglich der Vereinbarungen der *Zu- und Abschläge* im DRG-System hielten sich die Vertragsparteien ähnlich vage wie in Bezug auf die Bewertungsrelationen. Zwar wurde für den Bereich der *Notfallversorgung* bestimmt, dass keine Zuschläge für die Teilnahme an der Notfallversorgung, sondern Abschläge für die Nichtteilnahme an der Notfallversorgung zu erheben waren;[150] das erscheint im Hinblick darauf, dass die Teilnahme an der Notfallversorgung bei den Krankenhäusern die Regel ist und ihre Kosten somit unproblematisch in die normale Entgeltkalkulation mit einfließen können, durchaus vernünftig.[151] Ansonsten wurde jedoch – wie auch zu den *Sicherstellungszuschlägen* und zur *Aufnahme von Begleitpersonen* – vereinbart, erst später, bis zum 30.06.2001, tätig zu werden.[152]

Auch in Bezug auf die *Finanzierung der Ausbildungsstätten und der Ausbildungsvergütung* erfolgten in der Vereinbarung keine dezidierten Regelungen. In § 3 der Vereinbarung sprachen sich die Vertragsparteien jedoch dafür aus, die unterschiedlichen Systeme der Ausbildungsfinanzierung (Fonds- oder Budgetlösung) einander anzugleichen und bundesweite, über Zuschläge finanzierte Ausbildungsfonds zu errichten. Die notwendigen Regelungen wollten sie jedoch primär dem Gesetzgeber überlassen.[153]

Die auffallende Zurückhaltung der Selbstverwaltungspartner bei der Regelung der Zu- und Abschläge ist damit zu erklären, dass zwischen der Deutschen Krankenhausgesellschaft und den Krankenkassen erhebliche Differenzen bestanden, was den Umfang der zu vereinbarenden Zu- und Abschläge anging. Während die deutsche Krankenhausgesellschaft eine weitrei-

---

[148] Hierzu eingehend *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 89 ff.
[149] Präambel zur Vereinbarung Zu- und Abschläge.
[150] § 2 Nr. 1 der Vereinbarung Zu- und Abschläge.
[151] *Leber/Schlottman/v. Stackelberg*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 75, 83.
[152] § 2 Nr. 3 der Vereinbarung Zu- und Abschläge.
[153] § 3 Nr. 1 der Vereinbarung Zu- und Abschläge.

chende Vereinbarung von Zu- und Abschlägen favorisierte, wünschten sich die Krankenkassen möglichst wenig Zu- und Abschläge,[154] was aufgrund der grundsätzlichen Problematik, die die Zu- und Abschläge für den ungestörten Wettbewerb im DRG-System mit sich bringen, fraglos den besseren Ansatz darstellt.[155]

3. Vereinbarung Methodentest

Als weitere Vereinbarung der Selbstverwaltungspartner zur Einführung des DRG-Systems in Deutschland bestimmte die ‚Vereinbarung Methodentest' unter Bezug auf § 2 Nr. 5 der Vereinbarung Entgeltsystem, dass zur Erprobung der deutschen Methodik zur Kalkulation der Bewertungsrelationen im DRG-System ein sog. „Methoden-Pretest" durchzuführen war. In dem Zeitraum von April bis Juni 2001 sollten die Daten von etwa 20 freiwillig teilnehmenden Krankenhäusern von einer neutralen Datenannahmestelle ausgewertet werden, um dann auf ihrer Grundlage die Kalkulationsmethodik zu bewerten, mögliche Probleme auszumachen und in einem Abschlussbericht bis zum 30. November 2001 darzulegen.[156] Die Bestimmung von Relativgewichten für die Praxis hingegen wurde ausdrücklich nicht bezweckt und wäre aufgrund der mangelnden Repräsentativität von nur 20 Krankenhäusern auch nicht möglich gewesen.[157]

Der Methoden-Pretest wurde mit 27 teilnehmenden Kliniken fristgerecht durchgeführt und erfolgreich beendet. Auf seiner Grundlage konnte das Kalkulationsschema der Vertragsparteien überarbeitet und angepasst werden.[158]

4. Das DRG-Institut

Am 10. Mai 2001 gründeten die Vertragsparteien entsprechend ihrer Ankündigung in § 5 der Vereinbarung Entgeltsystem[159] das „Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus" in der Rechtsform einer gemeinnützigen GmbH (InEK gGmbH).[160] Eine explizite gesetzliche Grundlage hierfür war nicht vorhanden, jedoch folgt die Kompetenz zur Errichtung des DRG-Instituts, wie die InEK gGmbH allgemein bezeichnet wird, aus dem allgemeinen gesetzgeberischen Gestaltungsauftrag zur Vereinbarung eines DRG-Vergütungssystems, da entsprechende Institutionen auch in den als Vorbild heranzuziehenden ausländischen Systemen bestanden

[154] *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 14.
[155] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. a. ee.
[156] § 3 der Vereinbarung Methodentest.
[157] § 2, § 4 Nr. 1 Spiegelstrich 1 der Vereinbarung Methodentest.
[158] Vgl. *Schmitz/Bauder/Schindler*, Das Krankenhaus 2/2002, S. 113 ff.
[159] Vgl. oben Kap. 2. C. I. 1. c.
[160] InEK gGmbH, Auf dem Seidenberg 3, 53721 Siegburg.

bzw. bestehen.[161]

Die Aufgabe des DRG-Institutes ist die Unterstützung der Selbstverwaltungspartner und der von ihnen gebildeten Gremien bei der Einführung und kontinuierlichen Weiterentwicklung des DRG-Systems sowohl auf medizinischem als auch auf ökonomischem Gebiet. Im *medizinischen* Bereich steht dabei die Pflege des DRG-Klassifikationssystems im Vordergrund, z.B. durch die Definition von Fallgruppen, durch die Pflege der Basis-Fallgruppen und des Schweregrad-Systems. Hinzu kommt die Erarbeitung von Kodierrichtlinien und von Vorschlägen für ICD-/OPS-Anpassungen. Hierbei soll auch mit externen Gremien zusammengearbeitet werden, zum Beispiel mit dem „Ausschuss Krankenhaus" nach § 137c Abs. 2 SGB V oder der Medizinindustrie. Bei der *ökonomischen* Betätigung des DRG-Instituts steht die Kalkulation der Bewertungsrelationen, der Zu- und Abschläge und deren Aktualisierung im Vordergrund.[162]

Die Finanzierung des DRG-Institutes, dessen jährlicher Finanzbedarf schätzungsweise bei gut 2,5 mio € liegt,[163] erfolgt über die Systemzuschläge (dazu sogleich unter II).

II. DRG-Systemzuschlags-Gesetz und Vereinbarung Systemzuschlag

Mit dem *DRG-Systemzuschlagsgesetz* vom 27. April 2001[164] regelte der Gesetzgeber die Finanzierung der Entwicklung und der Einführung des DRG-Systems in Deutschland.[165] Er fügte einen neuen § 17b Abs. 5 in das Krankenhausfinanzierungsgesetz ein, welcher vorsieht, dass die für die Entwicklung des DRG-Systems zuständigen Selbstverwaltungspartner einen „DRG-Systemzuschlag" vereinbaren, der pauschal als zusätzliches Entgelt auf jeden anfallenden Behandlungsfall zu erheben ist. Bei der Kalkulation des DRG-Systemzuschlages sollen insbesondere die Kosten für die Entwicklung der DRG-Klassifikation und der Kodierregeln, die Ermittlung der Bewertungsrelationen, die Bewertung der Zu- und Abschläge, die Vergabe von Aufträgen und die Arbeit des DRG-Instituts Beachtung finden.

Mit der *Vereinbarung Systemzuschlag* vom 5. Mai 2001 kamen die Vertragsparteien – einen Tag nach der Veröffentlichung des DRG-Systemzuschlagsgesetzes – dieser gesetzgebe-

---

[161] § 17b Abs. 2 S. 1 KHG i.d.F. 2000; *von Stackelberg*, f&w 1/2001, S. 16, ebenda.

[162] Aufgabenbeschreibungen des DRG-Instituts nach URL: http://www.g-drg.de, vgl. auch *von Stackelberg*, f&w 1/2001, S. 16, 17.

[163] *Von Stackelberg*, f&w 1/2001, S. 16, 18.

[164] Gesetz zur Änderung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes und der Bundespflegesatzverordnung (DRG-Systemzuschlags-Gesetz) vom 27. April 2001, BGBl. I S. 772.

[165] In Anbetracht der Tatsache, dass die Entscheidung zur Einführung des DRG-Systems in Deutschland schon 1999 gefallen ist, scheint die Regelung der Finanzierung Ende April 2001 reichlich spät. Dementsprechend verstimmt waren auch die zur Systementwicklung verpflichteten Selbstverwaltungspartner, vgl. § 3 Nr. 1 der Vereinbarung Methodentest: „Da gegenwärtig die vom Gesetzgeber angekündigten Rahmenbedingungen für die Finanzierung eines DRG-Instituts noch nicht geschaffen sind, (...)"

rischen Aufforderung nach.[166] Sie verpflichteten sich, jährlich bis zum 30. September für das Folgejahr die Höhe des Systemzuschlages festzulegen; für die Zeit bis einschließlich 2003 wurde der Systemzuschlag auf 0,60 DM bzw. 0,30 € pro Behandlungsfall festgesetzt.[167] In 2005 betrug er bereits 0,85 €.[168] Die über den Systemzuschlag erzielten Einnahmen sind halbjährig zum 15. April und zum 15. Oktober von den Krankenhäusern an das DRG-Institut zu überweisen.[169]

III. Das Fallpauschalengesetz

Das zentrale Regelwerk und somit das Herzstück der Einführung des neuen, DRG-basierten Krankenhausleistungs-Abrechnungssystems in Deutschland ist das „Gesetz zur Einführung des diagnose-orientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (Fallpauschalengesetz – FPG)“ vom 23. April 2002.[170] In ihm hat der Gesetzgeber die von den Selbstverwaltungspartnern zuvor geleisteten Systementwicklungsarbeiten aufgegriffen und sie zu einem einheitlichen Gesetzeswerk zusammengefasst, welches sowohl die konkrete Ausgestaltung des Fallpauschalensystems, seine Einführung, sowie seine Einbettung in den ordnungspolitischen Rahmen der deutschen Krankenhausfinanzierung regelt. Dazu nahm das Fallpauschalengesetz Änderungen im Fünften Buch Sozialgesetzbuch (SGB V),[171] im Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG)[172] und in der Bundespflegesatzverordnung (BPflV)[173] vor und führte zusätzlich als neues Gesetzeswerk das Krankenhausentgeltgesetz (Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen – KHEntgG) ein.[174]

1. Änderungen des Fünften Buches Sozialgesetzbuch – Art. 1 FPG

Das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) beschreibt das System der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland (GKV), welche als gesetzliche Pflichtversicherung für etwa 90 % der deutschen Bevölkerung gilt.[175] Die gesetzliche Krankenversicherung ist geprägt durch das sog. „Sachleistungsprinzip“, nach dem die Krankenkassen ihre Gesundheitsleistun-

[166] Vereinbarung nach § 17 b Abs. 5 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG) zur Umsetzung des DRG-Systemzuschlags-Gesetzes, vgl. URL: http://www.g-drg.de.
[167] § 5 Abs. 1, 5 der Vereinbarung Systemzuschlag.
[168] Vgl. URL.: http://www.krankenhaus-aok.de/imperia/md/content/partnerkrankenhaus/pdf2/vereinbarung_drg_systemzuschlag_2005_vom_17_12_2004.pdf (zuletzt abgerufen am 20.12.2004).
[169] § 2 Abs. 1, 3, 4 der Vereinbarung Systemzuschlag.
[170] BGBl. I 2002, S. 1412.
[171] Art. 1 FPG.
[172] Art. 2, 3 FPG.
[173] Art. 4 FPG.
[174] Art. 5 FPG.
[175] *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs. 15/530 S. 26.

gen gegenüber den Versicherten direkt als Dienst- oder Sachleistungen erbringen und nicht etwa, wie es in der PKV üblich ist, den Versicherten bloß die Kosten für die in Anspruch genommene medizinische Behandlung erstatten (§ 2 Abs. 2 SGB V).[176] Einschränkungen des Sachleistungsprinzips sind nur nach Maßgabe des § 13 SGB V zulässig.

Die Erbringung der Dienst- und Sachleistungen erfolgt in der Regel nicht unmittelbar durch die Krankenkassen selbst, sondern diese bedienen sich externer „Leistungserbringer". Hierunter sind niedergelassene Ärzte, Krankenhäuser und anderen Einrichtungen des Gesundheitswesens zu verstehen, mit denen die Krankenkassen in entsprechenden Kooperationsverhältnissen stehen,[177] welche die Leistungserbringer zur Behandlung gesetzlich versicherter Patienten auf Rechnung der Krankenkassen ermächtigen (vgl. § 108 SGB V), diese zugleich aber auch den Regeln unterwerfen, welche das System der GKV für die Leistungserbringer vorsieht.

Angesichts der wirtschaftlichen Anreize und Fehlanreize, welche von dem neuen DRG-basierten Abrechnungssystem ausgehen und zum Teil die Qualität der Leistungserbringung in den Kliniken bedrohen, waren sich Politik, Wissenschaft und die betroffenen Interessenverbände im Vorfeld der Einführung des DRG-Systems einig, dass die Systemumstellung in jedem Fall mit einer Ausweitung der Qualitätssicherungsmaßnahmen in den Krankenhäusern einhergehen musste.[178] Folglich erweiterte der Gesetzgeber die für eine Krankenhausbehandlung im Rahmen der GKV geltenden Qualitätssicherungsmaßnahmen in § 137 SGB V.

a. Mindestanforderungen an die Struktur- und Ergebnisqualität

§ 137 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 SGB V sieht seit dem Fallpauschalengesetz vor, dass die Spitzenverbände der Krankenkassen, der Verband der privaten Krankenversicherung und die Deutsche Krankenhausgesellschaft unter Beteiligung weiterer Interessenverbände *Kriterien* für die „indikationsbezogene Notwendigkeit und Qualität" der Krankenhausbehandlung, einschließlich „Mindestanforderungen an die Struktur- und Behandlungsqualität" vereinbaren sollen. Gedacht ist beispielsweise an Vereinbarungen über die quantitative und qualitative Besetzung von OP-Teams oder über bessere Arbeitsschutzmaßnahmen, um ein Übermüden der Ärzte und des Pflegepersonals zu verhindern.[179]

---

[176] *Noftz*, in: *Hauck/Noftz*, SGB Gesamtkommentar, § 2 SGB V, Rn. 6..

[177] § 2 Abs. 2 S. 2, §§ 69 ff. SGB V; für die Krankenhäuser §§ 107 ff. SGB V.

[178] *Sell*, Stellungnahme als Einzelsachverständiger zum Entwurf des FPG, S. 9; *Schölkopf*, Das Krankenhaus 1/2002, S. 13, 14; *Tuschen*, f&w 4/2001, S. 334, 339; Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 28; *BÄK*, Stellungnahme zum Entwurf eines Fallpauschalengesetzes, S. 15.

[179] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 30 f.; vgl. zum Qualitätsmanagement im Krankenhaus *Kalmár/Kodalle/Lohfert/Sanden*, Das Krankenhaus 11/2001, S. 963 ff.

Im Grundsatz ist diese Regelung vor dem Hintergrund eines stetig steigenden Kostendrucks in den Kliniken als vernünftige und wirksame Qualitätssicherungsmaßnahme einzustufen. Jedoch gab es auch kritische Stimmen. So wies die *Bundesärztekammer* darauf hin, dass die vorgeschriebenen Vereinbarungen von *Qualitätsstandards* angesichts der Vielzahl bereits bestehender Regelungen im Krankenhaus möglicherweise zu einer Überregulierung führen könnten. Zudem bestünde die Gefahr, dass starre medizinische Mindeststandards möglicherweise in einen Widerspruch zur dynamischen und ständig im Fluss befindlichen medizinischen Entwicklung treten könnten.[180]

b. Mindestmengen

§ 137 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 SBG V sieht die Einführung von Mindestmengenregelungen vor. Die o.a. Verbände sollen einen „Katalog planbarer Leistungen" aufstellen, „bei denen die Qualität des Behandlungsergebnisses in besonderem Maße von der Menge der erbrachten Leistungen abhängig ist," und für diese Leistungen bestimmte Mindestmengen je Arzt je Krankenhaus festlegen.[181] Um die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen nicht zu gefährden, hat die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde allerdings die Möglichkeit, die Anwendung der Mindestmengenregelung auf bestimmte Leistungen auszusetzen.

Die Einführung der Möglichkeit von Mindestmengenregelungen stieß bei den Ärzten und Krankenhäusern auf Protest. Sie bestritten den Zusammenhang zwischen der Behandlungsqualität und der Menge der erbrachten Leistungen und brachten vor, dass Mindestmengenregelungen die Weiterbildung der Ärzte hemmten.[182] Zudem würden Mindestmengen bei einigen Krankenhäusern unter Umständen eine Anreizwirkung dahingehend entfalten, zur Erreichung der vorgegebenen Fallzahlen medizinisch nicht indizierte Behandlungen vorzunehmen, was dem Gedanken der Behandlungsqualitätssicherung gerade widerspreche.[183]

---

[180] *BÄK*, Stellungnahme zum Entwurf eines Fallpauschalengesetzes, S. 16.

[181] Zu den vereinbarten Leistungskomplexen für Mindestmengen zählen etwa Kniegelenk-Totalendoprothesen oder elektive Operationen bei Bauchaortenaneurismen, vgl. hierzu und zu den Umverteilungen von Patienten, die von den die Mindestengen nicht erreichenden Krankenhäuser auf andere Krankenhäuser verteilt werden müssen *Roeder/Fürstenberg/Heumann*, Das Krankenhaus 6/2004, S. 427ff.; *Blum/Offermanns*, Das Krankenhaus 10/2004, S. 788 ff.; *Brenske/Schorn/Walger/Schlottmann*, Das Krankenhaus 3/2005, S. 167, 169 f.

[182] *DKG*, Das Krankenhaus 8/2001, S. 664, 667.

[183] *BÄK*, Stellungnahme zum Entwurf eines Fallpauschalengesetzes, S. 17; zur Kalkulation und Festlegungn von Mindestmengen in der Praxis *Gandjour/Günster/Klauber/Lauterbach*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, S. 189 ff.;

c. Einführung von Qualitätsberichten

Als dritte weitreichende Neuerung zur Sicherung der Behandlungsqualität verpflichtete der Gesetzgeber des Fallpauschalengesetzes die Vertragsparteien des § 137 Abs. 1 SGB V zuletzt, neben den Vereinbarungen von Mindestmengenregelungen und dem Setzen von Mindeststandards auch den Inhalt und den Umfang eines *Qualitätsberichts* festzulegen. Dieser ist von den Krankenhäusern im Abstand von zwei Jahren zu veröffentlichen und soll Aufschluss über den Stand der Qualitätssicherungsmaßnahmen und insbesondere auch über die Einhaltung von Qualitätsstandards und die Erfüllung von Mindestmengen geben.[184] Krankenhäuser, die den Qualitätsbericht nicht veröffentlichen, müssen sich einer jährlichen Abrechnungsprüfung durch den medizinischen Dienst der Krankenkassen stellen.[185]

Die Publizierung von Qualitätssicherungsdaten im Wege von Qualitätsberichten wird von ihren Befürwortern – wie bereits an anderer Stelle erwähnt[186] – als eine notwendige und sinnvolle Ergänzung zum Setzen von Qualitätsstandards angesehen. Denn während diese ein Minimum an einzuhaltender Qualität vorgeben, setzt die Pflicht zur Veröffentlichung von Qualitätssicherungsdaten einen Anreiz zur Steigerung der Qualität über diese Mindeststandards hinaus: Den Patienten und den einweisenden Krankenhausärzten können die publizierten Qualitätsberichte als Informationsquelle und Grundlage zur Auswahl ihrer Klinik dienen,[187] wodurch ein qualitätsorientierter Wettbewerb um die Patienten entsteht.[188]

Die *Bundesärztekammer* stimmte dem grundsätzlich zu, war allerdings der Auffassung, dass nur freiwillige Qualitätsberichte die erwünschten Anreizwirkungen entfalten könnten, nicht aber gesetzlich vorgeschriebene. Eine gesetzliche Verpflichtung sei kontraproduktiv hinsichtlich der Anreizwirkung für Kliniken, den Qualitätsbericht tatsächlich zur Information der Öffentlichkeit und als Instrument des Wettbewerbes zu nutzen.[189] Eine nachvollziehbare Begründung blieb sie allerdings schuldig.

2. Änderung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes – Art. 2, 3 FPG

Das Krankenhausfinanzierungsgesetz statuiert seit seinem Inkrafttreten in 1972 den ordnungspolitischen Rahmen und die Grundsätze der Krankenhausfinanzierung in Deutschland und enthält demzufolge die wichtigsten Regelungen in Bezug auf die Einführung und

---

[184] Hierzu *Brenske/Schorn/Walger/Schlottmann*, Das Krankenhaus 3/2005, S. 167, 169.
[185] § 17c Abs. 2 S. 8 KHG.
[186] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. c. bb. (1).
[187] *Baum/Rau*, f&w 1/2002, S. 4, 6.
[188] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 31; *Lauterbach/Lüngen*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 115, 119; erste Ergebnisse bei *Buscher*, Das Krankenhaus 3/2005, S. 181, 185.
[189] *BÄK*, Stellungnahme zum Entwurf eines Fallpauschalengesetzes, S. 16.

Ausgestaltung des neuen DRG-basierten Abrechnungssystems. Während das GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000 mit der Einführung des § 17b KHG (2000) den grundlegenden Systementscheid und „Fahrplan“ zur Entwicklung und Einführung des neuen Abrechnungssystems für Krankenhausleistungen vornahm, manifestierte das Fallpauschalengesetz mit den von ihm vorgenommenen Änderungen am Krankenhausfinanzierungsgesetz die Umsetzung der Forderungen des § 17b KHG (2000).

a. § 17 KHG – Zulässigkeit von Gewinnen und Verlusten

Der mit dem Fallpauschalengesetz geänderte § 17 Abs. 1 KHG[190] ermöglicht den Krankenhäusern unter dem neuen Abrechnungssystem erstmals – abgesehen von der Zeit der „Deckelung“ der Krankenhausbudgets[191] – die Erwirtschaftung von Gewinnen und Verlusten. Für das Funktionieren des DRG-Systems und die hiervon erhofften Einsparungen im Krankenhauswesen ist dies von immenser Bedeutung, da nur der Gewinnanreiz für die Kliniken sicherstellt, dass diese die neue Kosten- und Leistungstransparenz, die mit dem neuen Abrechnungsystem einhergeht, auch tatsächlich nutzen werden, um ihre Betriebsabläufe ökonomischer zu gestalten und auf diese Weise die Betriebskosten zu reduzieren.[192]

b. § 17a KHG – Ausbildungsfinanzierung

§ 17a KHG[193] regelt die Finanzierung der Ausbildung im neuen Vergütungssystem. Der Gesetzgeber hat die Anregung der Selbstverwaltungspartner aus § 3 der Vereinbarung Zu- und Abschläge aufgegriffen, ein bundeseinheitliches Verfahren zur Finanzierung der medizinischen Ausbildung über Ausbildungsfonds festzuschreiben.[194] Ab Januar 2004 wurden die Ausbildungskosten aus dem Gesamtbetrag (Budget) der Krankenhäuser ausgegliedert und über landesweit einheitliche Ausbildungszuschläge finanziert, die von jedem Krankenhaus erhoben werden – aus Wettbewerbsgründen auch von denen, die nicht ausbilden[195] – und einem Ausbildungsfonds zufließen, der bei der jeweiligen Landeskrankenhausgesellschaft errichtet und treuhänderisch verwaltet wird.[196] Die ausbildenden Krankenhäuser erhielten dann aus diesem Fonds pro Ausbildungsplatz einen pauschalierten Finanzierungsbetrag, dessen Höhe je nach dem ausgebildeten Beruf variiert und jährlich von den Spitzenverbänden der Krankenkassen, dem Verband der privaten Krankenversicherung und der Deutschen

[190] Art. 2 Nr. 3 FPG.
[191] Vgl. oben Kap. 1. H. I. 2.
[192] Vgl. *Tuschen*, Das Krankenhaus 4/2002, S. 292 f.
[193] Art. 3 Nr. 2 FPG; § 17a KHG wurde mittlerweile durch das 2. Fallpauschalenänderungsgesetz neugefasst.
[194] Vgl. oben Kap. 2. C. I. 2.
[195] § 17a Abs. 4 Nr. 2 KHG a.F.
[196] § 17a Abs. 5 KHG a.F.

Krankenhausgesellschaft angepasst wird.[197]

c. § 17b KHG – Grundsätze des DRG-Systems

Die mit dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 ins Krankenhausfinanzierungsgesetz eingeführte „DRG-Grundnorm“ des § 17b KHG erfuhr durch das Fallpauschalengesetz entsprechend der inzwischen stattgefundenen Entwicklungen und Vereinbarungen der Selbstverwaltung eine Aktualisierung.

aa. Orientierung am australischen System

Die in der Vereinbarung Entgeltsystem von der Selbstverwaltung getroffene Entscheidung zur Ausrichtung des deutschen Systems an den australischen AR-DRGs 4.1[198] wurde in § 17b Abs. 4 KHG bestätigt: Sowohl der australische Fallpauschalenkatalog als auch die australischen Bewertungsrelationen sollten bei der ersten Entwicklung des deutschen DRG-Systems für das Jahr 2003 als Grundlage herangezogen werden.[199]

bb. Mögliche Ersatzvornahme des Bundesgesundheitsministeriums

Der Gesetzgeber maß der Einhaltung des Zeitplanes bei der Einführung des DRG-Systems eine immense gesundheitspolitische Bedeutung zu.[200] Für den Fall, dass die Selbstverwaltungspartner auf Bundesebene die ihnen nach § 17b Abs. 2 KHG überantworteten Aufgaben zur Entwicklung und Forschreibung des deutschen DRG-Systems nicht oder nicht fristgerecht erfüllen konnten und eine der Parteien insofern das Scheitern der Verhandlungen erklärte, sieht § 17b Abs. 7 S. 1 KHG vor, dass das Bundesgesundheitsministerium die betroffenen Teilbereiche der DRG-Einführung notfalls im Wege einer Rechtsverordnung selbst regeln kann.

Im Nachhinein hat sich diese Regelung als recht vorausschauend erwiesen, denn schon bei der Entwicklung des ersten deutschen Fallpauschalenkataloges musste das Bundesgesundheitsministeriums von der Möglichkeit zur Ersatzvornahme Gebrauch machen.[201]

---

[197] § 17a Abs. 3 KHG a.F.; zu den Änderungen durch das 2. Fallpauschalenänderungsgesetz vgl. unten unter Kap. 2. C. VII.; zur Ausbildungsfinanzierung vgl. weiterhin *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 90 ff.

[198] Vgl. oben Kap. 2. C. I. 1. a.

[199] *Baum/Rau*, f&w 1/2002, S. 4, 5.

[200] *Baum/Rau*, f&w 1/2002, S. 4, 5.

[201] Vgl. unten Kap. 2. C. V.

cc. Budgetneutrale Einführungsphase, Optionsmodell in 2003

In seiner Einführungsphase in 2003 und 2004 wurde das DRG-System in Deutschland unter geschützten Bedingungen „budgetneutral“ umgesetzt.[202] Dies bedeutet nicht, dass für die einzelnen Krankenhäuser gar keine Budgets vereinbart wurden, sondern lediglich, dass die Budgets noch nicht unter dem Einfluss des neuen Fallpauschalensystems standen und dem gemäß noch nach den Vorgaben des § 6 BPflV verhandelt wurden.[203] Der Zweck der budgetneutralen Einführungsphase war, dass sich die Krankenhäuser in Ruhe und ohne Kostendruck mit dem neuen Abrechnungssystem vertraut machen und an weiteren Effizienzsteigerungen und innerbetrieblichen Abrechnungsoptimierungen arbeiten konnten.[204]

§ 17b Abs. 3 S. 3 KHG (2000) bestimmte als Zeitpunkt der verbindlichen Einführung des DRG-Systems in Deutschland noch das Jahr 2003. Es stellte sich jedoch heraus, dass diese zeitliche Vorgabe allzu optimistisch war und vor dem Hintergrund des unzureichenden Dokumentations- und Kalkulationsstandes in vielen Kliniken als ein zu großes Wagnis angesehen werden musste. So verschob der Gesetzgeber des Fallpauschalengesetzes die verpflichtende Anwendung des DRG-Systems auf 2004, gestattete den Kliniken in 2003 jedoch eine freiwillige Umstellung auf das neue Abrechnungssystem zu Übungszwecken (sog. Optionsmodell).[205] Voraussetzung für die freiwillige Anwendung des DRG-Systems in 2003 war nach § 17b Abs. 4 S. 5 KHG allerdings, dass die betreffende Klinik voraussichtlich etwa 90 % ihres Budgets über Fallpauschalen abrechnen konnte; die Übungsbedingungen sollten insofern realitätsnah sein.[206] Die 90-%-Grenze erfuhr von Seiten der Krankenhäuser bzw. vom *Verband der Krankenhausdirektoren Deutschlands e.V. (VKD)* Kritik: Etwa 60 % der Kliniken waren bereit, von der Option zur freiwilligen Einführung der DRGs schon in 2003 Gebrauch zu machen, jedoch erreichten nicht alle die erforderlichen 90 %. Um dennoch möglichst vielen Krankenhäusern die Teilnahme an der DRG-Testphase und das frühzeitige Sammeln von DRG-Erfahrungen zu ermöglichen, war der *VKD* der Ansicht, dass es für einen freiwilligen Einstig ins DRG-System schon ausreichen sollte, wenn bloß der *überwiegende* Teil der erbrachten Leistungen über DRGs abgebildet würde.[207] Der Gesetzgeber hielt dennoch an der 90-%-Hürde fest – allerdings ohne offizielle Begründung.

---

[202] § 17b Abs. 4 S. 1, Abs. 6 S. 3 KHG; vgl. auch § 3 KHEntgG.
[203] § 3 Abs. 1 KHEntgG; zur Budgetentwicklung nach 2004 vgl. unten Kap. 2. C. III. 4. a.
[204] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 33, 39; vom Präsidenten der *DKG* wurde die budgetneutrale Phase als „Ruhe vor dem Sturm“ bezeichnet, vgl. *Pföhler*, in: Das Krankenhaus 5/2004, S. 327, ebenda.; allgemein *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 112 ff.
[205] § 17b Abs. 4 S. 4, Abs. 6 S. 1 KHG.
[206] *Baum/Rau*, f&w 1/2002, S. 4, ebenda.
[207] *N.N.*, f&w 1/2002, S. 53.

dd. Begleitforschung

Der neue § 17b Abs. 8 KHG verpflichtet die in § 17b Abs. 2 KHG genannten Vertragparteien, während der Einführung des DRG-Systems in Abstimmung mit dem Bundesgesundheitsministerium umfangreiche Begleitforschungen durchzuführen. Als Forschungsgebiete nennt die Vorschrift die Auswirkungen des neuen Vergütungssystems auf die Versorgungsstrukturen und auf die Qualität der Versorgung, wobei insbesondere auch die Folgen für andere Versorgungsbereiche wie etwa Ambulanz oder Anschlussrehabilitation sowie die Art und der Umfang etwaiger Leistungsverlagerungen Beachtung finden sollen. Erste Ergebnisse sind im Jahr 2005 zu veröffentlichen.

Die Vorschrift des neuen § 17b Abs. 8 KHG ist wie die Änderung des § 137 SGB V ein Resultat der befürchteten Folgen, welche die wirtschaftlichen Anreize und Fehlanreize des DRG-Systems für die Krankenhausversorgung in Deutschland nach sich ziehen könnten. Im Unterschied zu § 137 SGB V setzt § 17b Abs. 8 KHG jedoch nicht nur an der Leistungserbringung der einzelnen Klinik an, sondern bezieht darüber hinaus auch mögliche Veränderungen in der regionalen Versorgungsstruktur und in der Leistungsverteilung zwischen verschiedenen Versorgungsbereichen mit ein.

d. § 17c KHG – Fehlbelegungs- und Abrechnungsprüfung

Mit der in § 17c KHG geregelten Fehlbelegungs- und Abrechnungsprüfung hat der Gesetzgeber explizit auf die unter DRG-Systemen bestehenden ökonomischen Fehlanreize zu negativer Patientenselektion bzw. wirtschaftlich bedingter Fallzahlsteigerung, sowie zu missbräuchlicher Höherkodierung (Upcoding) reagiert.[208]

§ 17c Abs. 1 KHG verpflichtet die Krankenhäuser zunächst, durch geeignete Maßnahmen darauf hinzuwirken, dass

- keine Patienten ins Krankenhaus aufgenommen werden, die keiner stationären Behandlung bedürfen,
- dass keine Patienten im Krankenhaus verbleiben, die keiner stationären Krankenhausbehandlung mehr bedürfen (primäre Fehlbelegung[209]),
- dass keine vorzeitigen Entlassungen oder ökonomisch motivierten Verlegungen von Patienten erfolgen (sekundäre und tertiäre Fehlbelegung,[210] hierzu zählen auch Verle-

[208] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. c. aa.; ausführlich auch unten Kap. 4. E. II., V., VI.
[209] *Buschner/Focke/Hansis*, ASP 9-10/2001, S. 22, 24.
[210] *Buschner/Focke/Hansis*, ASP 9-10/2001, S. 22, 24.

gungen in eine Anschlussrehabilitation[211])
- und dass die Abrechnung der Behandlungsfälle über DRGs ordnungsgemäß erfolgt.

Zur Überprüfung, ob die Krankenhäuser ihre Verpflichtungen aus Abs. 1 erfüllen, räumt § 17c Abs. 2 KHG dem Medizinischen Dienst der gesetzlichen Krankenkassen (MDK)[212] das Recht ein, stichprobenhafte Überprüfungen akuter und bereits abgeschlossener Krankenhausfälle vorzunehmen und die Kliniken zu diesem Zweck nach rechtzeitiger Anmeldung werktags von 8.00 bis 18.00 Uhr zu betreten und Unterlagen einzusehen. Kliniken, die ihren Qualitätsbericht nicht erbracht haben, werden nicht stichprobenartig, sondern jährlich geprüft. Für den Fall, dass sich bei den Überprüfungen des MDK herausstellt, dass eine Klinik ihre Abrechnungen über DRGs fälschlicherweise zu hoch oder zu niedrig durchgeführt hat, waren in 2003 und 2004 die entsprechenden Beträge gemäß § 17c Abs. 3 KHG in einem Ausgleichsverfahren gegenzurechnen und bei der Bemessung des nächsten Erlösvolumens (Budgets) zu beachten. Ab 2005 werden nur noch zu hohe Abrechnungen beachtet, zu niedrige Abrechnungen gehen dann voll zu Lasten der Kliniken. Darüber hinaus bestimmt § 17c Abs. 3 S. 4 KHG, dass die Krankenhäuser im Falle grob fahrlässig zu hoher Abrechnungen neben den zu viel erhaltenen Geldern als Sanktion noch einen Betrag in derselben Höhe zurückzuzahlen haben.

Die verdachtsunabhängige, stichprobenartige Fehlbelegungs- und Abrechnungsprüfung in den Krankenhäusern tritt neben die bereits bestehende Abrechnungsprüfung nach § 275 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V, wonach die Krankenkassen bereits bei Auffälligkeiten der Krankenhausabrechnung eine gutachterliche Stellungnahme des MDK einholen müssen.[213] Die zusätzlich Kontrolle ist nach Ansicht des Gesetzgebers dennoch ein „unverzichtbarer Systembestandteil“ von DRG-Systemen. Nur Kontrollen vor Ort ermöglichten es, ökonomisch motivierten Fehlbelegungen und Fehlabrechnungen wirksam zu begegnen.[214]

Die Vorschrift des § 17c KHG führte im Gesetzgebungsverfahren zum Fallpauschalengesetz zu heftigen Diskussionen, zumal die Gesetzesinitiatoren des Fallpauschalengesetzes ursprünglich auch über die letztendlich getroffene Regelung hinaus vorgesehen hatten, die Sanktionszahlungen für zu hohe Abrechnungen zum einen verschuldensunabhängig greifen zu lassen und sie zum anderen nicht nur auf die einfache Höhe des zu hoch abgerechneten Betrages, sondern auf die doppelte Höhe festzusetzen.[215] Vor diesem Hintergrund brachten die Gegner dieser Regelung vor, dass sie die Tatsache außer Acht ließe, dass die Krankenhäu-

[211] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 34.
[212] §§ 275 ff. SGB V.
[213] *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 119 f.
[214] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 34; hinzuweisen ist allerdings darauf, dass dies bei den Prüfern des MDK ein hohes Maß an Sachkunde voraussetzt, so wurde in den USA beispielsweise ermittelt, dass die Prüfer der Krankenhäuser vielfach schlechter kodierten als die Krankenhäuser selbst, *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 115.
[215] *Rau*, Das Krankenhaus 7/2001, S. 570, 574.

ser ein neues, ihnen bislang unbekanntes Vergütungssystem einzuführen hätten, was unvermeidbar zu Kodier- und Abrechnungsfehlern führen müsse; daher wäre es angemessener, den Kliniken die Möglichkeit zu eröffnen, aus begangenen Fehlern zunächst sanktionslos zu lernen; finanzielle Sanktionen wären erst nach ausreichender Erfahrung der Kliniken mit dem neuen System gerechtfertigt.[216] Zudem berge die Möglichkeit zu verdachtsunabhängigen Kontrollen der Krankenhäuser die Gefahr einer drastischen Ausweitung von Prüfungen und sei ein deutliches Zeichen des Misstrauens der „Prüfmedizin" gegenüber der an den Kliniken praktizierten Humanmedizin.[217]

Nachdem der Gesetzgeber die Sanktionsregelung des § 17c KHG nunmehr jedoch entschärft hat und damit dem berechtigten Einwand der Unvermeidbarkeit von Fehlern im Rahmen der Systemumstellung Rechnung getragen hat,[218] dürfte der Kritik an der Regelung die Grundlage entzogen worden sein.

3. Änderung der Bundespflegesatzverordnung – Art. 4 FPG

Mit der verbindlichen Einführung des DRG-Abrechnungssystem ab 2004 wurde der Geltungsbereich der Bundespflegesatzverordnung beschränkt auf diejenigen Krankenhäuser und Krankenhausabteilungen, die nicht über das neue DRG-basierte System abrechnen. Das sind nach § 17b Abs. 1 S. 1 KHG die psychiatrischen Krankenhäuser und die psychiatrischen Krankenhausabteilungen, sowie Einrichtungen für Psychosomatik und Psychotherapeutische Medizin.[219] Art. 4 Abs. 2 FPG hat die Bundespflegesatzverordnung entsprechend ihrem neuen Anwendungsbereich angepasst.[220]

4. Einführung des Krankenhausentgeltgesetzes – Art. 5 FPG

Das neue Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG)[221] beinhaltet die grundsätzlichen Regelungen zur Abrechnung der teil- und vollstationären Krankenhausleistungen unter dem neuen Vergütungssystem. Für diejenigen Krankenhäuser und Krankenhausabteilungen, die ihre Leistungen ab 2003 freiwillig und ab 2004 zwingend über DRGs abrechnen, tritt das Krankenhausentgeltgesetz an die Stelle der Bundspflegesatzverordnung; seiner Systematik nach ist es daher deutlich an die Bundespflegesatzverordnung angelehnt.

---

[216] *VLK*, Stellungnahme zum Arbeitsentwurf des Fallpauschalengesetzes, S. 5; *Schölkopf*, Das Krankenhaus 1/2002, S. 13, 14.
[217] *BÄK*, Stellungnahme zum Entwurf eines Fallpauschalengesetzes, S. 18 f.
[218] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 34.
[219] Zu den Gründen vgl. oben Kap. 2. B. I.
[220] Hierzu im Einzelnen *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 100 f.
[221] Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen (Krankenhausentgeltgesetz – KHEntgG) vom 23. April 2002 (Art. 5 FPG), BGBl. I, S. 1422

a. Die Regelung des Übergangs zu landeseinheitlichen Fallpauschalen ab 2009 (§§ 3, 4, KHEntgG)

Die §§ 3, 4 KHEntgG regeln den Übergang von der alten Vergütung von Krankenhausleistungen im Wege krankenhausindividueller Budgets und aus diesen abzuleitenden krankenhausindividuellen Leistungsentgelten zu der neuen Vergütung durch landesweit einheitliche Entgelte. Als Zeitpunkt, in dem der Übergang abgeschlossen sein sollte, war ursprünglich das Jahr 2007 vorgesehen; Ende des Jahres 2004 jedoch beschloss der Gesetzgeber im zweiten Fallpauschalenänderungsgesetz,[222] den Übergangszeitraum bis zum 01. Januar 2009 auszudehnen.

Für die „budgetneutrale“ Phase in 2003 und 2004 (Einführungsphase) blieb es zunächst dabei, dass für die Vergütung der Leistungen eines Krankenhauses ein prospektiver, krankenhausindividueller Gesamtbetrag zu vereinbaren war (§ 6 BPflV), welcher dann anteilig auf die unterschiedlichen Entgeltformen aufzuteilen war, nämlich auf die

- die Fallpauschalen und Zusatzentgelte (sog. Erlösbudget),
- auf die Entgelte, die bei Überschreiten der Grenzverweildauer neben die Fallpauschalen treten und
- auf die Leistungen, die in 2003 und 2004 mangels Vollständigkeit des Fallpauschalenkataloges noch nicht über Fallpauschalen und Zusatzentgelte abgerechnet werden können.[223]

Ausgehend von diesem krankenhausindviduellen Gesamtbetrag wurde sodann ein krankenhausindividueller Basisfallwert gebildet, aus dem wiederum krankenhausindividuelle Fallpauschalen resultierten: Das Erlösbudget war um denjenigen Betrag zu vermindern, der auf die Zusatzentgelte entfiel. Anschließend war das verminderte Erlösbudget durch den Casemix des Krankenhauses zu teilen, also durch die Summe der Bewertungsrelationen der für den Abrechnungszeitraum vereinbarten Behandlungsfälle.[224] Ergebnis war ein krankenhausindividueller Basisfallwert:

Basisfallwert = vermindertes Erlösbudget : Casemix.

Durch Multiplikation des Basisfallwertes mit den (bundesweit einheitlichen) Bewertungsrelationen folgten dann die krankenhausindividuellen Fallpauschalen:

---

[222] Vgl. unten Kap. 2. C. VII.
[223] § 3 Abs. 3 S. 4 KHEntgG.
[224] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. a. ff.

Fallpauschale = Bewertungsrelation x Basisfallwert[225]

Diese stellten in 2003 und 2004 folglich bloße Abschlagszahlungen auf das krankenhausindividuelle Budget dar, so dass der Nutzen des DRG-Systems in diesem Zeitraum zunächst vornehmlich in der bloßen Steigerung der Kosten- und Leistungstransparenz in den Kliniken lag.

In der „Konvergenzphase" von 2005 bis 2009[226] sind die krankenhausindividuellen Basisfallwerte nach § 4 KHEntgG, § 17b Abs. 6 S. 4 KHG schrittweise an einen landesweit einheitlichen Basisfallwert anzugleichen[227] und das jeweilige Erlösbudget der Kliniken entsprechend zu verändern; Ziel ist, dass ab 2009 für die Kliniken landesweit einheitliche Basisfallwerte und Fallpauschalen gelten. Die Höhe der Fallpauschalen folgt dann nicht mehr den Budgets, sondern die Budgets folgen der Höhe der Fallpauschalen.

Der ordnungspolitische Rahmen ab dem Jahre 2009 wurde vom Gesetzgeber bisher noch nicht geregelt.[228] Insbesondere steht noch nicht fest, ob weiterhin am System der prospektiven Budgetierung festgehalten wird – das Erlösbudget richtete sich dann nach dem prognostizierten Casemix und dem landeseinheitlichen Basisfallwert – oder ob der Übergang zu einem freien Festpreissystem[229] vollzogen wird, in dem die Kliniken keinerlei Leistungsbeschränkungen unterliegen und sich ihre (Gesamt-)Vergütung allein nach den tatsächlich erbrachten Leistungen richtet. Sofern bis 2009 jedoch noch keine Regelung erfolgt ist, bleibt es bei der entsprechenden Anwendung des § 4 Abs. 4, Abs. 7 KHEntgG.[230]

Die Bewertung des vom Gesetzgeber ursprünglich vorgegebenen Zeitplans bis 2007 fiel bei den Betroffenen unterschiedlich aus. Viele Ärzte und Krankenhausträger empfanden die vorgegebenen Zeiten als zu knapp bemessen und befürchteten, dass der hohe auf den Kliniken lastende Anpassungs- und Wirtschaftlichkeitsdruck zu Lasten der Behandlungsqualität und damit der Patienten gehen könne.[231] Andere wiederum drängten auf die unbedingte Einhaltung der gesetzgeberischen Zeitvorgaben und auf eine schnelle Einführung des DRG-

[225] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. a. cc.; zur Berechnung der krankenhausindividuellen Entgelte *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 203 (Kommentierung zu § 3 Abs. 3 S. 4 KHENtgG).

[226] Hierzu *Pföhler*, in: Das Krankenhaus 5/2004, S. 327 ff.; *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S.110 ff., 114 (allerdings noch zur alten Konvergenzphase).

[227] Zur Bildung des landesweiten Basisfallwertes vgl. § 10 KHEntgG. § 10 Abs. 2 KHEntgG schreibt für die erstmalige Vereinbarung des landesweiten Basisfallwert für 2005 die strikte Beachtung des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität vor. Der Grund ist, dass der erstmalig vereinbarte Basisfallwert vorbestimmende Wirkung für die darauffolgenden Basisfallwerte hat und somit die tendenziell die Belastung der Kostenträger vorgibt, *Tuschen*, f&w 4/2001, S. 334, 337.

[228] Zu den offenen Fragen *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 123 f.

[229] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. b.

[230] § 4 Abs. 12 KHEntgG.

[231] *DKG*, Das Krankenhaus 8/2001, S. 664, 665; *BÄK,* Stellungnahme zum Entwurf eines Fallpauschalengesetzes, S. 2; *Schölkopf*, Das Krankenhaus 1/2001, S. 13, 14; *Hoppe* (Präsident der BÄK) in f&w-Umfrage, f&w 1/2002, S. 11, 12.

Systems. Eine Abänderung des Zeitplanes würde nicht zu einer Lösung der im Gesundheitswesen vorhandenen Probleme beitragen. Sie stärkte allenfalls die reformunwilligen Kräfte[232] und nützte lediglich denjenigen Kliniken, die unwirtschaftlich arbeiteten.[233]

b. Zu- und Abschläge (§ 5 KHEntgG)

Das System zur Festsetzung der Zu- und Abschläge im deutschen DRG-Abrechnungssystem ist in § 5 KHEntgG geregelt.

Die Vorschrift unterscheidet zwischen den *Sicherstellungszuschlägen* und den *sonstigen Zu- und Abschlägen* (Notfallversorgung, Ausbildungsvergütung, Aufnahme von Begleitpersonen, Qualitätssicherung, vgl. § 17b Abs. 1 S. 4, 5 KHG).[234] Für die Festsetzung der Sicherstellungszuschläge gilt § 5 Abs. 2 KHEntgG, die sonstigen Zu- und Abschläge sind in § 5 Abs. 1 KHEntgG geregelt.

aa. Allgemeine Zu- und Abschläge

Die Festsetzung der allgemeinen Zu- und Abschläge erfolgt nach der gesetzlichen Konzeption des Gesetzes zweistufig. Die Definition ihres Tatbestandes ist kompetenziell der Selbstverwaltung auf Bundesebene zugewiesen, die Prüfung und Entscheidung, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen im Einzelfalle bei einer Klinik gegeben sind, entscheiden der Krankenhausträger und die örtlichen Sozialversicherungsträger „vor Ort“.

bb. Sicherstellungszuschläge

Der Zweck von Sicherstellungszuschlägen ist – wie bereits erwähnt[235] –, einzelnen Krankenhäusern die Vorhaltung von Krankenhausleistungen zu ermöglichen, die für die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung zwar als notwendig angesehen werden, die jedoch aufgrund der geringen Nachfrage in dem betroffenen Krankenhaus allein durch die Vergütung über die Fallpauschalen nicht kostendeckend erbracht werden können (§ 5 Abs. 2 KHEntgG).

Die Festsetzung der Sicherstellungszuschläge erfordert somit definitionsgemäß die Fest-

---

[232] *N.N.*, zu einer vom Deutschen Krankenhausinstitut durchgeführten Erhebung, f&w 1/2002, S. 53.
[233] *Schmidt*, in einer Umfrage in f&w 1/2002, S. 11, 12.
[234] Vgl. hierzu oben Kap. 2. B. II. 1. a. ee; bezüglich der Zuschläge für 2005 vgl. Vgl. URL.: http://www.krankenhaus-aok.de/imperia/md/content/partnerkrankenhaus/pdf2/vereinbarung_drg_systemzuschlag_2005_vom_17_12_2004.pdf (zuletzt abgerufen am 20.12.2004)
[235] Vgl. hierzu oben Kap. 2. B. II. 1. a. ee.

stellung des regionalen Bedarfs an Krankenhausleistung, die in Deutschland kompetenziell grundsätzlich den Ländern im Rahmen ihrer Krankenhausplanung zugewiesen ist, vgl. §§ 1, 6 KHG.[236]

Aus diesem Grund beteiligt § 5 Abs. 2 KHEntgG i.V.m. § 17b Abs. 1 S. 6 KHG neben der Selbstverwaltung auf Bundesebene und „vor Ort" auch die für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörden an der Festsetzung der Sicherstellungszuschläge: Die Selbstverwaltung auf Bundesebene gibt bundeseinheitliche „Empfehlungen für Maßstäbe" ab, in welchen Fällen Sicherstellungszuschläge zu gewähren sind; die für die Krankenhausplanung zuständigen Behörden der Länder können hiervon abweichende Vorgaben treffen. Die Prüfung, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Sicherstellungszuschlägen im Einzelfall vorliegen sowie die Festsetzung ihrer Höhe obliegt dem Krankenhaus und den Sozialversicherungsträgern „vor Ort".[237]

c. Durchgängigkeit des DRG-Systems, medizinische Innovationen (§ 6 KHEntgG)

§ 6 Abs. 1 KHEntgG thematisiert das in § 17b Abs. 1 KHG vorgeschriebene Prinzip der Durchgängigkeit des deutschen DRG-Systems („100 %-Ansatz").[238] Der Gesetzgeber ging vor dem Hintergrund eines noch unzureichenden Bestandes an medizinischen und ökonomischen Behandlungsdaten (ursprünglich) davon aus, dass sich eine Durchgängigkeit des deutschen DRG-Systems erst ab 2005 würde erreichen lassen.[239] Für die Einführungsphase in 2003 und 2004 sah er daher vor, dass die noch nicht vom DRG-System erfassten Leistungen weiterhin nach anderweitigen fall- oder auch tagesbezogenen Kriterien zu vergüten waren. Auf diese Weise blieb das bis zur Einführung des DRG-Systems in Deutschland bestehende Mischsystem verschiedener Entgeltformen noch erhalten.[240] Mit dem zweiten Fallpauschalenänderungsgesetz[241] gab der Gesetzgeber das Ziel der Durchgängigkeit bis zum Jahre 2005 auf und verzichtete gänzlich auf eine Frist.

§ 6 Abs. 2 KHEntgG öffnet – wie von den Selbstverwaltungspartnern in § 1 Abs. 1 der Vereinbarung Zu- und Abschläge ausdrücklich angemahnt – das DRG-Vergütungssystem dem medizinischen Fortschritt.[242] Für die Vergütung neuer, innovativer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden räumt die Vorschrift den Kliniken die Möglichkeit ein, mit den Sozialversicherungsträgern „vor Ort" eigene Fallpauschalen zu vereinbaren, bis dass die

---

[236] Vgl. oben Kap. 1. E. II., hierzu noch eingehend unten Kap. 3. B.
[237] Eingehend hierzu *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 253 ff. (Kommentierung zu § 5 KHEntgG).
[238] Vgl. oben Kap. 2. B. I.
[239] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 43, zu § 6 Abs. 2 KHEntgG.
[240] *Menzel*, KrV September 2001, S. 277, 278; zum Mischsystem vgl. oben Kap. 1. H. II.
[241] Vgl. unten Kap. 2. C. VII.
[242] Vgl. auch Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 28.

neuen Leistungen medizinisch geprüft, kalkuliert und in den allgemeinen Fallpauschalenkatalog aufgenommen worden sind.[243]

d. Entgeltarten und Abrechnung (§§ 7, 8 KHEntgG)

In § 7 KHEntgG findet sich ein zusammenfassender Katalog der verschiedenen Entgeltarten, die im neuen Abrechnungssystem zunächst trotz der vorgegebenen Durchgängigkeit des Fallpauschalensystems bestehen. Dies sind/waren

- Fallpauschalen,
- Zusatzentgelte,
- ergänzende Entgelte bei der Überschreitung der Grenzverweildauer,
- Zu- und Abschläge,
- ergänzende Entgelte außerhalb des Fallpauschalenkataloges in 2003 und 2004,
- ergänzende Entgelte für innovative Untersuchungs- und Behandlungsmethoden.

Die Grundsätze ihrer Berechnung ergeben sich aus § 8 KHEntgG. Besonders erwähnenswert sind hierbei die Regelungen des § 8 Abs. 5, Abs. 6 KHEntgG.

§ 8 Abs. 5 S. 1 KHEntgG thematisiert die mit der Einführung des DRG-Systems befürchtete verstärkt auftretenden Wiedereinweisungen zu früh entlassener Patienten („Drehtüreffekt“);[244] die Vorschrift sah in ihrer ursprünglichen Fassung vor, dass ein Krankenhaus im Falle der komplikationsbedingten Wiederaufnahme des Patienten eine bereits berechnete Fallpauschale nicht erneut abrechnen durfte, sofern die Dauer der ersten und der nachfolgenden stationären Aufenthalte zusammen die Grenzverweildauer für die entsprechende Fallpauschale nicht überschreiten. Der ökonomische Anreiz zu verfrühten Entlassungen wurde hierdurch deutlich geschmälert, drohte doch ein zu früh entlassener Patient im Ergebnis eine besonders lange Verweildauer zu erhalten. Durch das zweite Fallpauschalenänderungsgesetz[245] wurde die Vorschrift des § 8 Abs. 5 KHEntgG allerdings zu Gunsten der Kliniken entschärft; nunmehr gilt, dass für Patienten, die wegen einer Komplikation im Zusammenhang mit der durchgeführten Leistung innerhalb der oberen Grenzverweildauer wieder aufgenommen werden, das Krankenhaus eine Zusammenfassung der Falldaten zu einem neuen Fall vornehmen und eine Neueinstufung des Behandlungsfalles vornehmen darf.[246] Die finanzielle Gefahr, der sich die Kliniken durch verfrühte Entlassungen aussetzen, wird

[243] In den USA dauert dieser Prozess etwa zwei Jahre, *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 261 (Kommentierung zu § 6 Abs. 2 KHEntgG).
[244] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. c. aa.
[245] Vgl. unten Kap. 2. C. VII.
[246] Vgl. hierzu schon *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 139 bezüglich der Regelungen in § 2 KFPV-2004.

hierdurch gemildert.[247]

§ 8 Abs. 6 KHEntgG wendet sich der Abrechnung von Leistungen für den Fall zu, dass der Patient in mehreren Kliniken behandelt worden ist, ohne dass er verlegt wurde. In diesem Fall wird die Fallpauschale von demjenigen Krankenhaus berechnet, das den Patienten aufgenommen hat. Die Regelung des § 8 Abs. 6 KHEntgG entspricht dem bis zum 31.12.2003 gültigen § 14 Abs. 4 S. 2 BPflV und trägt der mit Einführung der DRGs erwarteten Spezialisierung der Krankenhäuser[248] und einer daraus folgenden notwendigen Kooperation einzelner Kliniken Rechnung.

e. Vereinbarungen auf Bundes- und Landesebene und „vor Ort" (§§ 9, 10, 11 KHEntgG)

Die §§ 9, 10 und 11 KHEntgG beschreiben zusammenfassend und katalogartig die Zusammensetzung der Selbstverwaltung auf Bundesebene, Landesebene sowie „vor Ort" und die ihnen im Rahmen des neuen Abrechnungssystem zukommenden Funktionen.

Die „Vertragsparteien auf Bundesebene" sind nach § 9 KHEntgG die Spitzenverbände der Krankenkassen, der Verband der privaten Krankenversicherung und die Deutsche Krankenhausgesellschaft. Sie vereinbaren u.a. den Fallpauschalenkatalog einschließlich der Bewertungsrelationen, die Zusatzentgelte, die hierfür geltenden Abrechnungsbestimmungen, Empfehlungen für die Kalkulation innovativer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden und Empfehlungen für die landeseinheitlichen Basisfallwerte und sorgen somit für eine gewisse bundesweite Kohärenz des deutschen DRG-Systems.

Die „Vertragsparteien auf Landesebene" sind nach § 10 KHEntgG die Landeskrankenhausgesellschaft, die Landesverbände der Krankenkassen, die Verbände der Ersatzkassen und der Landesausschuss des Verbandes der privaten Krankenversicherung. Sie vereinbaren den landesweit verbindlichen Basisfallwert, an den in der Konvergenzphase von 2005 bis 2009 die krankenhausindividuellen Basisfallwerte anzugleichen sind.[249]

Die Vertragsparteien „vor Ort" sind gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 KHEntgG i. V. m. § 18 Abs. 2 KHG der einzelne Krankenhausträger und die Sozialleistungsträger.[250] Sie vereinbaren –

---

[247] Vgl. unten Kap. 2. C. VII.

[248] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 28.

[249] Vgl. § 4 Abs. 1 KHEntgG; dazu oben Kap. 2. C. III. 4. a.

[250] Das sind nach § 18 Abs. 2 KHG diejenigen Sozialleistungsträger, auf die allein mehr als fünf vom Hundert der Berechnungstage des Krankenhauses entfallen, oder die Arbeitsgemeinschaften von Sozialleistungsträgern, soweit auf ihre Mitglieder insgesamt im Jahr vor Beginn der Pflegesatzverhandlungen mehr als fünf vom Hundert der Berechnungstage des Krankenhauses entfallen.

grundsätzlich prospektiv für ein Jahr – den Gesamtbetrag für das Krankenhaus, das Erlösbudget, den Casemix eines Krankenhauses, den krankenhausindividuellen Basisfallwert, die Zu- und Abschläge, die sonstigen Entgelte und die Mehr- und Mindererlösausgleiche. Sie stellen auch Art und Anzahl der Ausbildungsplätze sowie die Höhe des zusätzlich zu finanzierenden Mehraufwandes für Ausbildungsvergütungen fest.[251] § 11 KHEntgG übernimmt weitestgehend die Regelung des § 17 Abs. 1, Abs. 2 BPflV.

f. Erhebung, Übermittlung und Nutzung von DRG-Daten (§§ 21 KHEntgG)

Am Ende des Krankenhausentgeltgesetzes befindet sich in § 21 die für das Funktionieren des DRG-Systems und seiner sinnvollen Fortschreibung immens wichtige Vorschrift über Art und Umfang der Erhebung, der Weiterleitung und der Verarbeitung von patienten- und behandlungsbezogenen Daten.

Nach § 21 Abs. 1 KHEntgG haben die Krankenhäuser jeweils zum 31. März eines Jahres einen umfangreichen Datensatz über die im vergangenen Jahr bei ihnen angefallenen Behandlungsfälle an eine von den Vertragsparteien auf Bundesebene benannte DRG-Datenstelle zu übersenden. Der Gesetzgeber ging noch davon aus, dass diese Datenstelle das DRG-Institut sein würde;[252] im Ergebnis wurde allerdings die Firma 3M Medica benannt.[253]

Die Datenstelle prüft die eingehenden Daten auf ihre Plausibilität. Unstimmigkeiten sind in Zusammenarbeit mit dem einzelnen Krankenhaus aufzuklären. Im Anschluss an die Plausibilitätsprüfung und nach Anonymisierung der Daten leitet die Datenstelle bis zum 1. Juli eines Jahres Teile der Datensätze weiter, und zwar an die Vertragsparteien auf Bundesebene, die Vertragsparteien auf Landesebene und an die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde, soweit diese die Daten zur Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben benötigen. Die Vertragsparteien auf Bundesebene erhalten die Daten, die sie zur Pflege und Weiterentwicklung des DRG-Systems benötigen; die Vertragsparteien auf Landesebene erhalten die Daten, die zur Vereinbarung der landeseinheitlichen Basisfallwerte notwendig sind, und die für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörden erhalten diejenigen Daten, die sie für die Krankenhausplanung benötigen.

§ 21 KHEntgG trägt den allgemeinen Erfordernissen eines effektiven Datenschutzes Rechnung: Es werden stets nur die zur jeweiligen Aufgabenerfüllung unbedingt nötigen Daten erhoben und preis- bzw. weitergegeben (Datenvermeidung, Datensparsamkeit, Zweckbin-

---

[251] § 11 Abs. 1 S. 2 KHEntgG.
[252] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 46, zu § 21 Abs. 1 KHEntgG.
[253] 3M Medica, Health Information Services Institut, DRG-Datenstelle, 41453 Neuss; weitere Informationen und Downloads unter URL: http://www.g-drg.de.

dung).[254] Ursprünglich hatten die Krankenhäuser auch die Postleitzahlen der Patienten von vornherein um die letzten beiden Ziffern zu kürzen,[255] weil dies als ausreichend angesehen wurde, um die beabsichtigten Erkenntnisse über die Einzugsgebiete der Kliniken und über Patientenwanderungen zu gewinnen;[256] durch das zweite Fallpauschalenänderungsgesetz[257] wurde diese Regelung für die Krankenhäuser jedoch dahingehend entschärft, dass die Postleitzahlen zur Erstellung von Einzugsgebietsstatistiken nunmehr ungekürzt ausgewertet werden können.[258] Die DRG-Datenstelle hat die ihr übermittelten Daten nach Abschluss der Plausibilitätsprüfung zu anonymisieren, und jede datenverarbeitende Stelle auf Bundes- oder Landesebene erhält wirklich nur diejenigen Daten, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt.[259]

IV. Das Gesetzgebungsverfahren zum Fallpauschalengesetz

Das Gesetzgebungsverfahren zum Fallpauschalengesetz gestaltete sich für die Gesetzesinitiatoren mitunter recht schwierig und wäre kurz vor Ende durch das Abstimmungsverhalten der Bundesländer im Bundesrat fast gescheitert. Vor diesem Hintergrund ist es in gewisser Weise exemplarisch für die derzeitigen Probleme, die das föderalistische Prinzip des Grundgesetzes und die aktuelle Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Bundesländern bei uneinheitlichen Mehrheiten im Bundestag und in der Ländervertretung für die Entscheidungsfindungsprozesse im Staate des Grundgesetzes mit sich bringt.[260] Im Folgenden soll daher ein kurzer Überblick über die einzelnen Stationen des Gesetzgebungsverfahrens, die im einzelnen diskutierten Fragen und die erfolgten Abänderungen des ursprünglichen Gesetzentwurfes gegeben werden.

1. Vorarbeiten und Kabinettsbeschluss

Nach dem grundlegenden Systementscheid zur Einführung eines DRG-basierten Abrechnungssystems für Krankenhäuser in § 17b KHG nach dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 und den Arbeiten der mit der Systementwicklung betrauten Selbstverwaltung entstand Anfang März 2001 ein erstes Positionspapier des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG), welches sich mit der „Einführung eines DRG-Fallpauschalensystems im Krankenhaus“

[254] Vgl. Z.B. §§ 5, 8, GDSG NRW, § 13 DSG NRW, §§ 3a, 13, 14 BDSG.
[255] § 21 Abs. 2 S. 2 Nr. 2. lit. d KHEntgG a.F.
[256] Vgl. Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 48, zu Buchstabe d.
[257] Vgl. unten Kap. 2. C. VII.
[258] Vgl. § 21 Abs. 3 S. 8 KHENtgG.
[259] Informationen zu den zu übermittelnden Daten und Formblätter abrufbar unter URL: http://www.g-drg.de.
[260] Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die sogenannte „Föderalismuskommission“ des Bundes und der Länder, die Ende 2004 bezeichnenderweise wegen eines Bund-Länder-Konfliktes auf dem Gebiet des Hochschulwesens zunächst scheiterte.

beschäftigte. In ordnungspolitischer Hinsicht sah das Positionspapier noch die zwingende Einführung des neuen Systems schon in 2003 sowie einen Übergang des Vergütungssystems in ein Festpreissystem ohne Budgets ab 2007 vor. Es wurde sich explizit gegen etwaige Leistungsmengenbegrenzungen ausgesprochen, welche nach Ansicht des Ministeriums mit dem Recht der Krankenhausträger auf freie Berufsausübung (Art. 12 GG) und dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG) kollidieren würden.[261]

Nach einer Anhörung des Bundesministeriums für Gesundheit am 2. Mai 2001 zu zentralen Fragen der Systemumstellung veröffentlichte es am 1. Juni 2001 einen Arbeitsentwurf eines DRG-Einführungsgesetzes,[262] am 10. Juli folgte ein Referentenentwurf.[263] Der Arbeitsentwurf ging wie das erwähnte Positionspapier noch von der verpflichtenden Einführung des DRG-Fallpauschalensystems in 2003 aus. Nachdem die Deutsche Krankenhausgesellschaft am 22. Mai 2001 jedoch erklärt hatte, dass sie aufgrund der schlechten Datenlagen in den Krankenhäusern eine Einführung des DRG-Systems für alle Krankenhäuser in 2003 nicht für möglich hielt,[264] ließ der Gesetzgeber von diesem Vorhaben ab und sprach sich schon im Referentenentwurf für die lediglich freiwillige Einführung von DRGs in 2003 aus.[265]

Nach einer weiteren Anhörung zum Referentenentwurf am 30. Juli 2001 legte das Bundesministerium für Gesundheit unter dem Datum des 20. August 2001 einen ersten Entwurf des Fallpauschalengesetzes vor,[266] welcher am 29. August 2001 durch Kabinettsbeschluss der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf der Regierung wurde.[267] Die formal sichtbarste Veränderung im Vergleich zum Referentenentwurf war zunächst, dass das Fallpauschalengesetz seinen endgültigen Namen erhielt und nicht mehr unter „DRG-Einführungsgesetz“ verhandelt wurde. Weiterhin wurde die bisher vorgesehene „Krankenhausentgeltverordnung“ in das „Krankenhausentgeltgesetz“ umgewandelt. In materieller Hinsicht ist erwähnenswert, dass der Anwendungsbereich des neuen Abrechnungssystems auf die bisher ausgeschlossenen Bundeswehrkrankenhäuser bei der Behandlung von Zivilisten erweitert wurde,[268] auch wurde die im Referentenentwurf in das Krankenhausentgeltgesetz aufgenommene Vorschrift des § 21 KHEntgG unter datenschutzrechtlichen Aspekten überarbeitet.[269]

---

[261] Auszüge aus dem Positionspapier in f&w 2/2001, S. 112 ff.; vgl. auch *Boschke/Kramer*, f&w 3/2001, S. 289, 292.
[262] Dazu *Rau*, Das Krankenhaus 7/2001, S. 570 ff.
[263] Dazu *Rau*, Das Krankenhaus 8/2001, S. 660 ff.; *Tuschen*, f&w 4/2001, S. 334 ff.
[264] *Rau*, Das Krankenhaus 8/2001, S. 660, ebenda; *Tuschen*, f&w 4/2001, S. 334, ebenda.
[265] *Rau*, Das Krankenhaus 8/2001, S. 660, 663; *Tuschen*, f&w 4/2001, S. 334, 339 f.
[266] Gesetzentwurf und Begründung des *Bundesministeriums für Gesundheit*, Gesetz zur Einführung des diagnose-orientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (Fallpauschalengesetz - FPG) vom 20. August 2001.
[267] Dazu Stellungnahme des *BDPK*, f&w 6/2001, S. 641 ff.; *Rau*, f&w 5/2001, S. 430 ff.; *BÄK*, Stellungnahme zum Entwurf eines Fallpauschalengesetzes.
[268] Vgl. § 1 Abs. 2 S. 1 KHEntgG.
[269] *Rau*, f&w 5/2001, S. 430, 433 f.

2. Gesetzgebungsverfahren in Bundestag und Bundesrat

Das formelle Gesetzgebungsverfahren zum Fallpauschalengesetz begann mit dem Einbringen eines Gesetzesentwurfs durch die Fraktionen der regierenden Parteien der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN unter dem Datum des 11. Septembers 2001.[270] Zwei Monate später brachte auch die Bundesregierung einen Gesetzesentwurf ein,[271] der inhaltlich mit dem Entwurf der Fraktionen grundsätzlich übereinstimmte, ihn jedoch dahingehend ergänzte, dass er zusätzliche Regelungen zur noch offenen Einbindung des Fallpauschalensystems in das System der Krankenhausfinanzierung enthielt.

Die erste Beratung des Gesetzesentwurfs im Bundestag erfolgte am 26. September 2002. Das Parlament beschloss, den Vorgang an die zuständigen Ausschüsse zu überweisen, und zwar an den Ausschuss für Gesundheit als federführenden Ausschuss,[272] den Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung, den Verteidigungsausschuss (wegen der betroffenen Bundeswehrkrankenhäuser) und den Ausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung.[273]

Der Ausschuss für Gesundheit führte am 10. Oktober 2001 eine öffentliche Anhörung durch, in welcher wiederholt viele strittige Fragen bezüglich der Einführung der DRGs zu Tage traten.[274] Die Vertragsparteien auf Bundesebene, denen nach § 17b KHG i.d.F. 2000 die Entwicklung der Grundlagen des neuen Systems übertragen war, präsentierten sich in den zentralen Punkten der Entwicklung der deutschen Fallgruppen, der Bewertungsrelationen und der Abrechnungsregeln noch uneinig, so dass sogar die Umsetzung des Optionsmodells in 2003 gefährdet erschien. Auch der 100-Prozent-Ansatz des deutschen durchgängigen Systems stand in der Kritik; so ging die DKG davon aus, dass etwa 10-40 % der Krankenhausleistungen auch in 2005 noch nicht im Fallpauschalensystem abgebildet werden konnten.[275]

Da das Fallpauschalengesetz in vielerlei Hinsicht das Verwaltungsverfahren der Krankenkassen als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung betriff, bedurfte es nach Art. 84 Abs. 1 GG der Zustimmung des Bundesrates[276] und wurde in der Länderkammer dementsprechend ausgiebig diskutiert. Die dabei gestellten Anträge waren so zahlreich, dass der federführende Gesundheitsausschuss des Bundesrates am 2. Oktober 2001 eigens einen Unterausschuss

---

[270] Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des diagnose-orientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (Fallpauschalengesetz – FPG), BT-Drs. 14/6893 vom 11. September 2001.

[271] Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des diagnose-orientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (Fallpauschalengesetz – FPG), BT-Drs. 14/7421 vom 12. November 2001.

[272] § 80 Abs. 1 S. 1 2. HS GOBT.

[273] BT-Plenarprotokoll 14/189 vom 26.September 2001, S. 18456.

[274] *Broll/Broll/Lehr*, Das Krankenhaus 11/2001, S. 943 ff.; *Clade*, Deutsches Ärzteblatt, Heft 44 / 2001, A 2843; *Sell*, Stellungnahme als Einzelsachverständiger zum Entwurf des FPG.

[275] *Broll/Broll/Lehr*, Das Krankenhaus 11/2001, S. 943, ebenda.

[276] Positionspapier des *BMG* in f&w 2/2001, S. 112, ebenda.

„Fallpauschalen“ einrichten musste.

In diesem Ausschuss betraf ein zentraler Streitpunkt die Frage nach der Festsetzung der *Sicherstellungszuschläge*. In Anbetracht der von den Ländern beanspruchten Zuständigkeit zur Krankenhausplanung war zunächst unklar, welcher staatlichen Verwaltungsebene bei der Vereinbarung von Sicherstellungszuschlägen welche Kompetenzen zugesprochen werden durften: Der Gesetzesentwurf der Regierungsfraktionen und der Bundesregierung sah zunächst eine Beteiligung der Länderbehörden nicht vor. Die Vereinbarung der tatbestandlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Sicherstellungszuschlägen sollte den Vertragsparteien auf Bundesebene obliegen, die Prüfung der Einschlägigkeit dieser Vorgaben im Einzelfall und deren Umsetzung sollte Sache der Vertragsparteien „vor Ort“ sein.[277] Im Gegensatz hierzu beantragte das Land Mecklenburg-Vorpommern jedoch, die Kompetenz zur Vereinbarung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Sicherstellungszuschläge auf die Vertragsparteien auf Landesebene zu verlagern. Der Antrag fand jedoch keine Unterstützung.

Zur Regelung des ordnungspolitischen Rahmens für das DRG-System ab 2007, wo das Bundesministerium für Gesundheit die Einführung eines *Festpreissystems anstelle eines Höchstpreissystems* favorisierte,[278] beantragte das Land Nordrhein-Westfalen, im Zweifel den ordnungspolitischen Rahmen der Erlösbudgets zu belassen und damit am Höchstpreissystem festzuhalten. Abweichende Regelungen sollten bis 2007 allerdings möglich sein. Der Antrag wurde angenommen.[279] Zuletzt ist von den im Unterausschuss behandelten Streitfragen im Hinblick auf die vorliegende Arbeit insbesondere noch ein Antrag von Baden-Württemberg und Sachsen erwähnenswert: Beide Länder beantragten unter Hinweis auf die Krankenhausplanungskompetenz der Länder, von der Einführung von *Strukturvereinbarungen* durch eine Änderung des § 109 SGB V abzusehen.[280] Der Antrag wurde damals noch abgelehnt, im Ergebnis sollte sich das Begehren beider Länder jedoch durchsetzen.

In der Sitzung des Gesundheitsausschusses des Bundesrates am 24. Oktober 2001, der den Beratungen des Unterausschusses „Fallpauschalen“ folgte, wurden an den Ergebnissen des Unterausschusses keine nennenswerten Veränderungen mehr vorgenommen. Zwar wurde der Antrag, die Zuständigkeit zur Vereinbarung der Sicherstellungszuschläge von den Vertragsparteien vor Ort auf die Landesebene zu verlagern, ein weiteres Mal gestellt, jedoch wiederum ohne Erfolg.

Die befassten Ausschüsse des Bundesrates verkündeten ihre Empfehlungen am 2. Novem-

---

[277] Entwurf des § 17b Abs. 1 S. 5 KHG, Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6839, S. 4.
[278] Positionspapier des BMG, f&w 2/2001, S. 112, 114 f.; vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. b.
[279] Vgl. nun § 4 Abs. 12 KHEntgG.
[280] *Broll/Broll/Lehr*, Das Krankenhaus 11/2001, S. 943 ff.; dazu unten Kap. 3. B. I.

ber 2001.[281] Am 9. November 2001 beriet der Bundesrat im Plenum und verabschiedete eine offizielle Stellungnahme.[282] Die Gegenäußerung der Bundesregierung folgte am 14. November 2001.[283]

Der schon im Unterausschuss „Fallpauschalen" zu Tage getretene Streit um die Vereinbarung der Sicherstellungszuschläge setzte sich nun zwischen Bundesregierung und Bundesrat fort: Die Bundesregierung hielt in ihrer Gegenäußerung weiterhin an einer Vereinbarung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Sicherstellungszuschläge auf Bundesebene fest, wohingegen der Bundesrat eine Verlegung dieser Zuständigkeit auf die Länderebene favorisierte, um die Sicherstellungszuschläge mit der Krankenhausplanung koppeln zu können.[284]

Zeitgleich mit der Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates am 14. November 2001 brachten die Regierungsfraktionen im Gesundheitsausschuss des Bundestages erste Anträge zur Änderung des Fallpauschalengesetzes ein. In Bezug auf die optionale Einführung des DRG-Systems in 2003 beantragten sie die schließlich ins Gesetz übernommenen Regelungen, dass die Bewertungsrelationen des vorläufigen Fallpauschalenkataloges notfalls über die näherungsweise Heranziehung australischer Relativwerte zu bestimmen waren, und dass grundsätzlich nur solche Kliniken von der optionalen Abrechnung über DRGs in 2003 Gebrauch machen durften, die mindestens 90 % ihres Budgets über Fallpauschalen abrechnen würden.[285]

Am 12. Dezember 2001 legte der Gesundheitsausschuss des Bundestages dem Parlament seine Beschlussempfehlungen vor,[286] einen Tag später folgte sein Bericht;[287] wiederum einen Tag später fanden im Bundestag die zweite und die dritte Lesung des Gesetzesentwurfes statt, die mit der Annahme des Gesetzentwurfes in der durch den Gesundheitsausschuss geänderten Fassung abschlossen.[288]

3. Ablehnung im Bundesrat

Der Gesetzesbeschluss des Bundestages wurde gemäß Art. 77 Abs. 1 S. 2 GG umgehend dem Bundesrat zugeleitet, welcher die Angelegenheit wiederum an die zuständigen Aus-

[281] BR-Drs. 701/2/01 vom 2. November 2001.
[282] *Boschke*, f&w 6/2002, S. 608; *Tuschen*, f&w 6/2001, S. 578 f.
[283] *Schölkopf*, Das Krankenhaus 12/2001, S. 1066, ebenda; *Broll/Broll/Lehr*, Das Krankenhaus 12/2001, S. 1065, ebenda.
[284] *Schölkopf*, Das Krankenhaus 12/2001, S. 1066, ebenda.
[285] Zu den Anträgen vgl. Übersicht in Das Krankenhaus 12/2001, S. 1068; vgl. nun § 17b Abs. 4 S. 3, 5 KHG
[286] Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drs. 14/7824.
[287] § 75 Abs. 1 lit. e GOBT; Bericht des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drs. 14/7862, Berichterstatter: *Dr. Hans Georg Faust*, CDU/CSU-Fraktion.
[288] §§ 81, 84, 86 GOBT; BT-Plenarprotokoll 14/209 vom 14. Dezember 2001, S. 20730C, 20747A; *Schölkopf*, Das Krankenhaus 1/2002, S. 13 f.

schüsse verwies, nämlich an den federführenden Ausschuss für Gesundheit, an den Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung und an den Innenausschuss.[289] Nach den nun folgenden Beratungen kamen der Ausschuss für Gesundheit und der Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung zu dem Ergebnis, dem Bundesrat die Zustimmung zu dem vorgelegten Gesetzentwurf zu empfehlen. Der Innenausschuss des Bundesrates plädierte hingegen für eine Anrufung des Vermittlungsausschusses zwischen Bundestag und Bundesrat mit dem Ziel der Überarbeitung des Gesetzesbeschlusses des Bundestages;[290] dem schlossen sich einige Länder an: Brandenburg und Hessen stellten kurz vor der entscheidenden Sitzung des Bundesrates am 1. Februar 2002 Anträge zur Anrufung des Vermittlungsausschusses mit dem Ziel der Überarbeitung (Brandenburg) bzw. der grundlegenden Überarbeitung des Gesetzesbeschlusses (Hessen).[291] Auch Hamburg, das Saarland und Sachsen wollten den Gesetzesbeschluss des Bundestages im Vermittlungsausschuss überarbeiten lassen, allerdings nur für den Fall, dass der Vermittlungsausschusses nicht allein wegen ihnen angerufen würde.[292]

Der Bundesregierung kamen diese Anträge nicht ungelegen. Sie ging vor der Bundesratssitzung am 1. Februar 2002 davon aus, dass einer der Anträge auf Anrufung des Vermittlungsausschusses mit den Stimmen der unionsgeführten Länder („B-Länder“) und den Stimmen Brandenburgs und Bremens Erfolg haben würde, dass dann im Vermittlungsverfahren allerdings nur noch diejenigen Änderungsvorschläge eine Mehrheit der Stimmen erhalten würden, die die Bundesregierung und die SPD-geführten Bundesländer („A-Länder“) zuzulassen bereit waren.[293]

Die unionsgeführten Bundesländer durchschauten diesen Plan der Bundesregierung jedoch und stimmten am 1. Februar überraschend doch nicht für eine Anrufung des Vermittlungsausschusses; vielmehr verweigerten sie dem Gesetzesbeschluss des Bundestages die erforderliche Zustimmung insgesamt.[294]

4. Vermittlungsausschuss – Stärkung der Länder

Um ein gänzliches Scheitern des Fallpauschalengesetzes zu vermeiden blieb der Bundesregierung nun nichts anderes übrig, als am 6. Februar 2002 ihrerseits selbst den Vermittlungsausschuss anzurufen. Der Vermittlungsausschuss tagte am 26. Februar 2002; befasst war er

[289] BR-Drs. 3/02.
[290] Empfehlungen des Ausschusses für Gesundheit (federführend), des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung und des Innenausschusses, BR-Drs. 3/1/02.
[291] BR-Drs. 3/2/02 vom 31. Januar 2002 (Antrag Hessen); BR-Drs 3/4/02 vom 31. Januar 2002 (Antrag Brandenburg).
[292] BR-Drs 3/3/02 vom 30. Januar 2002.
[293] *Broll/Broll/Lehr*, Das Krankenhaus 2/2002; S. 91, 92; *Broll/Broll/Lehr*, Das Krankenhaus 3/2002, S. 179, ebenda.
[294] BR-Plenarprotokoll 772 vom 01. Februar 2002, S. 8B-11D, 54D-55B/Anl.

u.a.

- mit Änderungsanträgen bezüglich der vorgesehenen *Strukturvereinbarungen*,[295]
- mit den *Mindestmengenvorgaben* als Qualitätssicherungsmaßnahme,[296]
- mit den Modalitäten der Festlegung der *Sicherstellungszuschläge*,[297]
- mit dem Umfang der *Begleitforschung* zum DRG-System[298] und
- mit dem Umfang der von der DRG-Datenstelle an die Länder weiterzuleitenden *Daten*.[299]

a. Strukturvereinbarungen (Entwurf des § 109 SGB V)

Der Entwurf des Fallpauschalengesetzes sah vor, dass die Krankenhausträger mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen und im Einvernehmen mit der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde Vereinbarungen in Bezug auf die Leistungsstruktur und auch den Versorgungsauftrag der einzelnen Kliniken treffen konnten.[300] Diese wurden und werden nach der Konzeption des Krankenhausfinanzierungsgesetzes und dem bisherigen § 109 SGB V bisher maßgeblich von der Krankenhausplanung der Länder bestimmt, was die Gesetzesinitiatoren des Fallpauschalengesetzes angesichts des mit dem neuen Vergütungssystem einhergehenden Veränderungsbedarf der regionalen Leistungsstrukturen gemeinhin als zu unflexibel und unsachgemäß empfanden.[301]

Während die Mehrzahl der Länder noch im Unterausschuss „Fallpauschalen“ des Bundesrates einer Änderung des § 109 SGB V und der Einführung von Strukturvereinbarungen zwischen den Krankenhäusern und den Landesverbänden der Krankenkassen zugestimmt hatten, lehnten sie diese nunmehr ab; obwohl der Gesetzentwurf vorsah, dass die Strukturvereinbarungen nur mit Zustimmung der für die Krankenhausplanung zuständige Behörde der Länder wirksam geschlossen werden konnten, sahen die Länder ihre Kompetenz zur Krankenhausplanung gefährdet.

Angesichts dieser Verweigerungshaltung der Länder blieb der Bundesregierung, um nicht

[295] § 109 SBG V-E.
[296] Nun § 137 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 SBG V.
[297] Nun § 17b Abs. 1 S. 6 KHG, § 5 Abs. 2 KHEntgG.
[298] Nun § 17b Abs. 8 S. 1 KHG.
[299] Nun § 21 KHEntgG.
[300] Eine Änderung der Leistungsstruktur bedeutet eine Veränderung von einzelnen Leistungsbereichen des Krankenhauses, z.B. durch die Bildung neuer Schwerpunkte oder die Aufgabe von nicht notwendigerweise vorzuhaltenden Leistungen; der Begriff des Versorgungsauftrages hingegen ist umfassender, er umfasst sowohl die Aufgabenstellung der Klinik als auch ihre für die Patientenversorgung konkret erforderliche Leistungsfähigkeit (vgl. im Einzelenen § 4 BPflV), vgl. Begründung zum Entwurf des § 109 SGB V, Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 29; *Schmidt*, in: *Peters*, Handbuch der Krankenversicherung, § 39 SGB V Rnrn. 45 ff.
[301] Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 29 f.

die Zustimmung der Länder zum gesamten Gesetzesvorhaben zu gefährden, nunmehr nichts anderes übrig, als den Ländern beizugeben und von einer Einführung von Strukturvereinbarungen abzusehen. Da die Strukturvereinbarungen als Mittel zur flexiblen Anpassung der Krankenhausstrukturen an den jeweils bestehenden Versorgungsbedarf der recht statischen Landeskrankenhausplanung deutlich überlegen sind, ist anzunehmen, dass die Diskussion um ihre Einführung auch in Zukunft anhalten bzw. wieder aufbrechen wird.[302]

b. Mindestmengenvorgaben (§ 137 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 SBG V)

Auch bei den von der Bundesregierung geplanten Vorgaben von Mindestmengen zur Qualitätssicherung für die Erbringung bestimmter Leistungen[303] fürchteten die Bundesländer eine Beschneidung ihrer Kompetenz zur Krankenhausplanung. Der Regierungsentwurf des § 137 Abs. 1 SGB V sah vor, dass es Sache der Vertragsparteien auf Bundesebene sein sollte, sowohl die den Mindestmengenregelungen zu unterwerfenden Leistungen, als auch die Mindestmengenvorgaben an sich zu vereinbaren. Zusätzlich sollten sie Ausnahmen vorsehen, wann ein Krankenhaus trotz voraussichtlichen Nichterreichens der Mindestmengen die Leistungen erbringen durfte – etwa bei besonderer Erfahrung von Ärzten oder zur Sicherung des regionalen Versorgungsangebotes. Hiergegen wandten die Länder ein, dass die Feststellung und Bewertung des regionalen Versorgungsangebotes in ihre Kompetenz zur Krankenhausplanung und nicht in die Kompetenzen des Bundes falle. Um diesen Einwänden Rechnung zu tragen, wurde i.E. die Regelung des § 137 Abs. 1 S. 5 SGB V in das Fallpauschalengesetz aufgenommen, die es nunmehr den Ländern zubilligt, zur Gewährleistung der flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Krankenhausleistungen Ausnahmen von den Mindestmengenvorgaben zu gewähren.[304]

c. Sicherstellungszuschläge (§ 17b Abs. 1 S. 6, S. 7 KHG, § 5 Abs. 2 KHEntgG)

In Bezug auf die Sicherstellungszuschläge wurde im Vermittlungsausschuss die Frage diskutiert, welchen Einfluss die Selbstverwaltungspartner auf Bundesebene einerseits und die für die Krankenhausplanung zuständigen Länderbehörden andererseits bei der Festlegung des Tatbestandes der Sicherstellungszuschläge nehmen sollten. Während der ursprüngliche Entwurf des Fallpauschalengesetzes überhaupt keine Beteiligung der für die Krankenhausplanung zuständigen Behörden der Länder vorgesehen hatte,[305] kam der im Vermittlungsausschuss diskutierte Entwurf des § 17b Abs. 1 S. 6, 7 KHG den Ländern schon insoweit

[302] Vgl. *Baum/Rau*, f&w 2/2002, S. 101; *Rau*, f&w 1/2002, S. 4, 8.
[303] Vgl. oben Kap. 2. C. III. 1. b..
[304] *Baum/Rau*, f&w 2/2002, S. 100, ebenda.
[305] Vgl. Entwurf des § 17b Abs. 1 S. 5 KHG, Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 4.

entgegen, als dass auf Bundesbene lediglich „Vorgaben“ bezüglich des Tatbestandes gemacht wurden, die Länderbehörden hiervon im Sinne einer Letztentscheidung jedoch Abweichendes bestimmen konnten. Den Ländern ging diese Regelung allerdings noch nicht weit genug, und so wurden im Vermittlungsausschuss die „Vorgaben“ der Vertragsparteien auf Bundesebene zu bloßen „Empfehlungen“ abgeschwächt, um die Vorrangstellung der Länder hinsichtlich der Krankenhausplanung noch stärker zu verdeutlichen. Über diese Änderung am Gesetzesentwurf hinaus hatten die Länder noch gefordert, auch die konkrete Höhe der Sicherstellungszuschläge zentral festlegen zu dürfen.[306] Hiermit konnten sie sich allerdings nicht durchsetzen; die konkrete Vereinbarung der Sicherstellungszuschläge verblieb in der Zuständigkeit der Krankenhäuser und der örtlichen Sozialversicherungsträger.[307]

d. Begleitforschung (§ 17b Abs. 8 S. 1 KHG)

Der Auftrag an die Vertragsparteien auf Bundesebene zur begleitenden Erforschung der DRG-Einführung und ihrer Auswirkungen auf den Krankenhaussektor[308] wurde im Vermittlungsausschuss erweitert. So sollen nun nicht mehr allein die Auswirkungen auf die Versorgungsstrukturen und die Qualität der Krankenhausversorgung untersucht werden, sondern auch die Auswirkungen auf andere Versorgungsbereiche, etwa Art und Umfang von Leistungsverlagerungen in die Ambulanz, die Rehabilitation oder die Pflege.[309] Um einen Gesamteindruck der durch das DRG-System ausgelösten Veränderungen zu erhalten und rechtzeitig unerwünschten Tendenzen entgegenwirken zu können, erscheint diese Normerweiterung durchaus sinnvoll.

e. Umfang der an die Länder weiterzuleitenden DRG-Daten (§ 21 KHEntgG)

§ 21 Abs. 3 S. 5 KHEntgG sieht vor, dass die DRG-Datenstelle dem Bundesgesundheitsministerium auf Verlangen bestimmte Sonderauswertungen der angefallenen Daten anzufertigen hat. Die Länder verlangten im Vermittlungsausschuss, ein solches Recht auf Anforderung von Sonderauswertungen auch ihnen zuzugestehen, um die Sonderauswertungen für Zwecke der Krankenhausplanung verwenden zu können. Der Vermittlungsausschuss befürchtete allerdings, dass zusätzliche Daten-Sonderauswertungen für die 16 Bundesländer die DRG-Datenstelle überlasten ihre Arbeitsfähigkeit beeinträchtigen könnte, außerdem war kein überzeugender Grund erkennbar, den Ländern für eine gesonderte Auswertung der ihnen sowieso routinemäßig übermittelten Daten den Rückgriff auf eine Bundesbehörde wie die

[306] *Baum/Rau*, f&w 2/2002, S. 100, 101; *Broll/Broll/Lehr*, Das Krankenhaus 2/2002, S. 91 f.
[307] § 5 Abs. 2 S. 4 KHEntgG.
[308] Vgl. oben Kap. 2. C. III. 2. c. dd.
[309] § 17b Abs. 8 S. 1 KHG; *Baum/Rau*, f&w 2/2002, S. 100, 102.

DRG-Datenstelle zu eröffnen. Die Länder konnten sich daher mit ihrer Forderung nicht durchsetzen. Als Kompromiss einigte man sich aber auf die jetzige gesetzliche Regelung, dass das *Bundesministerium für Gesundheit (BMG)* die ihm zur Verfügung gestellten Sonderauswertungen an die für die Krankenhausplanung zuständige Länderbehörde weiterzuleiten hat, und dass die Länderbehörden ihrerseits das *BMG* zur Anforderung weiterer Sonderauswertungen anregen können.[310]

5. Gesetzesbeschluss des Bundestags, Zustimmung des Bundesrates

Für die Länder waren die Ergebnisse des Vermittlungsausschusses fraglos ein Erfolg. Nachdem sie am 1. Februar 2002 im Bundesrat ihre politische Macht demonstriert und indirekt mit dem Scheitern des gesamten Fallpauschalengesetzes gedroht hatten, war der Bundesregierung und den Regierungsfraktionen nichts anderes übrig geblieben, als ihnen gegenüber weitreichende Zugeständnisse zu machen. Ob die Länder mit der steten Berufung auf ihre Kompetenz zur Landeskrankenhausplanung allerdings legitime rechtliche Interessen geltend machten, erscheint fragwürdig.[311] Mit der Verhinderung einer Reform des § 109 SGB V haben sie dem Krankenhaussektor unter DRGs jedoch sicherlich nicht gedient. Nichtsdestotrotz rettete das Vermittlungsverfahren zumindest das Zustandekommen des Fallpauschalengesetzes; der Bundestag nahm den veränderten Gesetzentwurf in seiner Sitzung am 28. Februar 2002 an und leitete ihn dem Bundesrat zu,[312] welcher dann am 1. März 2002 die erforderliche Zustimmung erteilte. Selbst das unionsgeführte Hamburg votierte positiv.[313]

Am 29. April 2002 wurde das Gesetz nach seiner Ausfertigung im Bundesgesetzblatt verkündet.[314]

V. Die Fallpauschalenverordnung / Die Fallpauschalenvereinbarung

Nach der gesetzgeberischen Konzeption war es an sich Sache der Selbstverwaltung auf Bundesebene, die Fallgruppen des deutschen Fallpauschalensystems, deren Bewertungsrelationen sowie die über das Krankenhausentgeltgesetz hinausgehenden Abrechnungsbestimmungen festzulegen (§ 17b Abs. 2 S. 1 KHG). Die diesbezüglichen Verhandlungen der Selbstverwaltungspartner blieben jedoch im Ergebnis ohne Erfolg, so dass die Deutsche Krankenhausgesellschaft am 17. Mai 2002 das Scheitern der Verhandlungen über die Abrechnungsbe-

[310] § 21 Abs. 3 S. 5 f. KHEntgG; *Baum/Rau*, f&w 2/2002, S. 100, 101 f.
[311] Vgl. unten Kap. 3. A.
[312] Art. 77 Abs. 2 S. 5, Abs. 1 GG; Beschluss des Deutschen Bundestages, BR-Drs. 170/02.
[313] Beschluss des Bundesrates, BR-Drs 170/02; *N.N.*, Endgültige Zustimmung des Bundesrates zum Fallpauschalengesetz, Das Krankenhaus 3/2002, S. 182.
[314] BGBl. I 2002 S.1412.

stimmungen und am 24. Juni 2002 das Scheitern der Verhandlungen zur optionalen Einführung des DRG-Systems in 2003 erklären musste.[315]

Aufgrund des angesichts des engen Zeitplanes dringenden Handlungsbedarfes sah sich nunmehr das *Bundesministerium für Gesundheit* selbst zum Handeln gezwungen und wurde gemäß § 17b Abs. 7 S. 1 KHG im Wege der vorgesehenen Ersatzvornahme tätig; am 19. September 2002 – nur zweieinhalb Monate nach Scheitern der Verhandlungen der Selbstverwaltung – erließ es die erste deutsche Fallpauschalenverordnung (KFPV).[316] Die Fallpauschalenverordnung wird jährlich novelliert und heißt nun – nachdem erstmals für 2005 eine Einigung der Selbstverwaltungspartner zustande gekommen ist, „Fallpauschalenvereinbarung (FPV)".[317]

Inhaltlich enthält § 1 FPV-2005 (§ 1 KFPV) als Ergänzung zu § 8 KHEntgG zunächst grundlegende Abrechnungsbestimmungen. So ist bestimmt, dass die Fallpauschalen jeweils von dem die Leistung erbringenden Krankenhaus abgerechnet werden. Im Falle der Verlegung des Patienten in ein anderes Krankenhaus rechnet jedes beteiligte Krankenhaus eine Fallpauschale ab, wobei diese nach Maßgabe des § 3 FPV-2005 (§§ 2, 3 KFPV) zu mindern sind.

Weiterhin regelt die Fallpauschalenverordnung einige Sonderprobleme wie die Abrechnung besonderer Fälle,[318] die Fallzählung,[319] welche beispielsweise für die Ermittlung des Casemix-Index von Relevanz ist,[320] oder die Vereinbarung von Zu- und Abschlägen im Falle der Über- bzw. Unterschreitung der Grenzverweildauer.[321]

Als Anlage 1 ist der Fallpauschalenverordnung / -vereinbarung-2005 der deutsche Fallpauschalenkatalog beigefügt, welcher die einzelnen abrechenbaren Fallgruppen, ihre verschlüsselte Bezeichnung und ihre Bewertungsrelationen enthält. Der Katalog der Zusatzentgelte ist in Anlage 2 zur KFPV / FPV-2005 enthalten.[322]

---

[315] *Schmidt*, Das Krankenhaus 3/2003, S. 202, ebenda.

[316] Verordnung zum Fallpauschalensystem für Krankenhäuser (KFPV) vom 19. September 2002, BGBl. I S. 3674.

[317] Die jeweilige Version ist abrufbar unter URL: http://www.vdak.de; zur FPV 2005 und zum neuen Fallpauschalenkatalog vgl. *N.N.*, Das Krankenhaus 10/2004, S. 781 ff.; *Roeder*, Das Krankenhaus 10/2004, S. 782; zur KFPV *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 135 ff.

[318] Z.B. Bluter-Fälle und Dialysen, § 4 KFPV, Transplantationen, § 4 FPV-2005.

[319] Jede abgerechnete Fallpauschale zählt als ein Fall, § 9 KFPV = § 8 FPV-2005.

[320] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. a. ff.

[321] §§ 1, 5 – 7 KFPV / FPV 2005; dazu *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 137.

[322] Zum Fallpauschalenkatalog 2005 vgl. *N.N.*, Das Krankenhaus 10/2004, S. 781 ff.; *Roeder*, Das Krankenhaus 10/2004, S. 782; zu den Fallpauschalenkatalogen 2003 und 2004 *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 132 ff.

VI. Das Fallpauschalenänderungsgesetz

Nach dem kurzfristigen Erlass der Fallpauschalenverordnung 2003 im Anschluss an die recht späte Erklärung eines Scheiterns der Verhandlungen durch die Selbstverwaltung und in der Erwartung, dass das *Bundesministerium für Gesundheit* auch den Fallpauschalenkatalog für 2004 im Wege der Ersatzvornahme würde einführen müssen, erließ der Gesetzgeber das Fallpauschalenänderungsgesetz,[323] um bei der Entwicklung und Fortschreibung des DRG-Systems zum einen die Handlungsmöglichkeiten des *Bundesministeriums für Gesundheit* auszuweiten, zum anderen aber auch um die hohen, an die Selbstverwaltung gestellten gesetzlichen Anforderungen bei der Entwicklung des DRG-Systems abzumildern, da diese als ein Grund zum Scheitern der Verhandlungen beigetragen hatten.[324]

Zunächst änderte das Fallpauschalenänderungsgesetz den § 17b Abs. 7 KHG und erleichterte dem *Bundesministeriums für Gesundheit* den Erlass von Rechtsverordnungen als Ersatzvornahme für erfolglose Verhandlungen der Selbstverwaltung. Fortan ist es dem *BMG* möglich, der Selbstverwaltung bestimmte Fristen für die Umsetzung der einzelnen ihr obliegenden Aufgaben vorzugeben, nach deren Verstreichen es dann direkt – ohne eine Erklärung des Scheiterns der Verhandlungen durch die Selbstverwaltung – im Wege der Ersatzvornahme die betreffenden Fragestellungen selbst regeln kann (§ 17b Abs. 7 S. 1 Nr. 2 KHG); an der originären Zuständigkeit der Selbstverwaltungspartner zur Entwicklung und Fortschreibung des deutschen DRG-Systems ändert dies allerdings nichts.[325]

Weiterhin relativierte das Fallpauschalenänderungsgesetz das für das Fallpauschalensystem vorgesehene Prinzip der Durchgängigkeit („100 %-Ansatz“) in zeitlicher und sachlicher Hinsicht. Die Regelung des § 6 Abs. 1 KHEntgG, die als Ausnahme vom Prinzip der Durchgängigkeit bisher lediglich vorgesehen hatte, dass in 2003 und 2004 krankenhausindividuelle Entgelte nur für solche Leistungen vereinbart werden konnten, die nach Feststellung der Selbstverwaltungspartner auf Bundesebene *noch nicht vom Fallpauschalen- und Zusatzentgeltkatalog erfasst* wurden,[326] wurde dahingehend ausgedehnt, dass nunmehr auch für diejenigen Leistungen krankenhausindividuelle Entgelte vereinbart werden können, die nach Feststellung der Selbstverwaltungspartner oder des Bundesgesundheitsministeriums im DRG-System in 2005 und 2006 *nicht sachgerecht vergütet* werden können, oder die von Einrichtungen erbracht werden, in denen aufgrund einer Häufung medizinischer Extremfälle der dem DRG-System immanente allgemeine Ausgleich zwischen zu hoch und zu niedrig vergüteten

---

[323] Gesetz zur Änderung der Vorschriften zum diagnose-orientierten Fallpauschalensystem für Krankenhäuser (Fallpauschalenänderungsgesetz - FPÄndG) vom 17. Juli 2003, BGBl. I, S. 1461; eingehend *Rau*, Das Krankenhaus 6/2003, S. 439 ff.

[324] *Rau*, Das Krankenhaus 3/2003, S. 200, ebenda.

[325] *Rau*, Das Krankenhaus 3/2003, S. 200, 201.

[326] Vgl. oben Kap. 2. C. III. 4. c.

Einzelfällen nicht greift.[327] Gedacht wird hier insbesondere an Einrichtungen der Epilepsie, Geriatrie, Pädiatrie, zur Behandlung schwerstbehinderter Menschen oder an Spezialkliniken.[328]

Zur weiteren Entlastung der Selbstverwaltungspartner – damit diese ihre Arbeitskräfte auf die Entwicklung des Fallpauschalen-Katalogs 2004 und die zwingende flächendeckende Einführung des DRG-Systems zum 1. Januar 2004 bündeln konnten, verschob das Fallpauschalenänderungsgesetz die grundlegende Umstellung der Ausbildungsfinanzierung in § 17a Abs. 2 S. 1 KHG von 2004 auf 2005. Diesbezüglich wurde den Selbstverwaltungspartnern in § 17a Abs. 3 S. 1 KHG zudem die Möglichkeit eröffnet, regional differenzierte Ausbildungszuschläge zu vereinbaren, um den regional unterschiedlichen Ausbildungskosten, vor allem zwischen West- und Ostdeutschland, Rechnung tragen zu können.[329]

Die Modifikationen des Fallpauschalenänderungsgesetzes am Ordnungsrahmen zur Einführung des DRG-Systems müssen vor dem Hintergrund der tatsächlichen Probleme zweifelsohne als ein Schritt des Gesetzgebers „in die richtige Richtung“ angesehen werden.[330] Insbesondere das durch die Erweiterung der Öffnungsklausel nach § 6 Abs. 1 KHG ausgedrückte Eingeständnis, dass eine vollständige Durchgängigkeit des Fallpauschalensystems bei sachgerechter Vergütung nicht bis Ende 2004 erreicht werden kann, zeigt, dass der Gesetzgeber die Einführung des neuen Vergütungssystems tatsächlich als einen dynamischen, „lernenden“ Prozess begreift und nicht aus Eitelkeit an früher aufgestellten Maximen festhält.

VII. Das zweite Fallpauschalenänderungsgesetz

Am 28. Mai 2004 leitete das Bundesgesundheitsministerium durch den Versand eines Referentenentwurfs an betroffene Interessenverbände, Länder und Ressorts den Erlass eines zweiten Fallpauschalenänderungsgesetzes (2. FPÄndG) ein.[331] Nach Ablehnung des später in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Gesetzesentwurfes Ende September 2004 im Bundesrat[332] wurde am 25. November 2004 im Vermittlungsausschuss von Bundestag und Bundestag eine Einigung erzielt,[333] so dass das Gesetz am 20. Dezember 2004 im Bundesgesetzblatt verkündet werden konnte.[334] Seine wichtigsten Änderungen am bisherigen Vergü-

[327] § 17b Abs. 1 S. 15 KHG, § 6 Abs. 1 KHEntG, vgl. Art. 1 Nr. 1 a) bb), Art. 2 Nr. 4 a) FPÄndG.
[328] Begründungserwägung A zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 15/614, 15/897.
[329] *Rau*, Das Krankenhaus 3/2003, S. 200, 201.
[330] *Schmidt*, Das Krankenhaus 3/2003, S. 202, ebenda; *ders*., Das Krankenhaus 6/2003, S. 441, 442.
[331] *Rau*, Das Krankenhaus 6/2004, S. 409 ff.
[332] *Rau*, Das Krankenhaus 11/2004, S. 863 f.
[333] *Rau*, Das Krankenhaus 12/2004, S. 979 ff.
[334] Zweites Gesetz zur Änderung der Vorschriften zum diagnose-orientierten Fallpauschalensystem für Krankenhäuser und zur Änderung anderer Vorschriften (Zweites Fallpauschalenänderungsgesetz – 2. FPÄndG) vom 15. Dezember 2004, BGBL. I S. 3429; zu den Motiven vgl. die Stellungnahmen der Verbände

tungssystem bestehen in Folgendem:

Zunächst wurde § 17a KHG, welcher die Ausbildungsfinanzierung regelt, weitgehend neu gefasst. Die Ausbildungsfinanzierung erfolgt zwar weiterhin über Ausbildungszuschläge und den Ausbildungsfonds, jedoch wird die ab 2005 zunächst vorgesehene Finanzierung der Ausbildungsstätten und der entstehenden Mehrkosten über landeseinheitliche Pauschalen weiterhin durch die Vereinbarung von krankenhausindividuellen Ausbildungsbudgets ersetzt, welche neben die Fallpauschalenbudgets treten. Die vorgesehenen landeseinheitlichen Pauschalen werden nunmehr durch landeseinheitliche Richtwerte ersetzt, welche die durchschnittlichen Kosten der Ausbildungsstätten und der Ausbildungsvergütungen im jeweiligen Bundesland widerspiegeln sollen. Die Richtwerte sollen ab dem Jahre 2006 als Orientierung für die Ausbildungsbudgets dienen (vgl. § 17b Abs. 7 S. 1 Nr. 4 KHG n.F.). Ab 2009 sollen sie dann durch die an sich schon für 2005 geplanten Kostenpauschalen ersetzt werden.[335]

Weiterhin erfolgte durch das zweite Fallpauschalenänderungsgesetz eine Entzerrung des Zeitrahmens zur vollständigen Umsetzung der Vorgaben für das neue Entgeltsystem. Die zunächst bis Ende 2006 vorgesehene Konvergenzphase wurde nunmehr bis Ende 2008 ausgedehnt (§ 4 KHEntgG n.F.). Hierdurch wurde den Interessen der betroffenen Ärzte Rechnung getragen, welche eine sachgerechte Abbildung der medizinischen Leistungen nur bei einem gestreckten Zeitrahmen gewährleistet sahen; die Krankenkassen hingegen standen der Streckung der Konvergenzphase kritisch gegenüber und sahen in ihr eine nicht erforderliche Verzögerung der DRG-Einführung.[336] Entsprechend der Verlängerung der Konvergenzphase wurde die Entwicklung der Krankenhausbudgets und der jährlichen Konvergenzstufen hin zu einem landeseinheitlichen Basisfallwert angepasst.[337]

Eine Entzerrung des Zeitrahmens erfolgte auch an anderer Stelle, nämlich bezüglich der zeitlichen Zielvorgabe zur Erreichung der Durchgängigkeit des DRG-Systems. Noch beim Erlass des (ersten) Fallpauschalenänderungsgesetzes hatte der Gesetzgeber seinen Willen bekräftigt, die Durchgängigkeit des DRG-Systems bis Ende 2006 erreichen zu wollen,[338] doch nahm er mit dem zweiten Fallpauschalenänderungsgesetz hiervon nunmehr Abstand und änderte den maßgeblichen § 6 Abs. 1 KHEntgG dahingehend, dass nunmehr gar keine Zielvorgabe zur Erreichung der Durchgängigkeit des Systems besteht. Rechtspolitisch bedeutet dies die Aufgabe eines für das geplante deutsche Vergütungssystem wesentlichen –

---

und Einzelsachverständigen anlässlich der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit und Soziale Sicherung des Bundestages am 29.09.2009, abrufbar unter URL: http://www.aus-portal.de/aktuell/gesetze/media/AnhStellung290904.pdf (letzter Abruf 20.12.2004).

335 Pressemitteilung des *BMG* vom 26.11.2004; *Rau*, Das Krankenhaus 12/2004, S. 979, 981.

336 Vgl. *Rau*, Das Krankenhaus 11/2004, S. 863, ebenda.

337 *Rau*, Das Krankenhaus 12/2004, S. 979 f.

338 Vgl. Begründung zum Entwurf des FPÄndG, BT-Drs. 15/614, S. 6, zu Buchstabe c.; kritisch hierzu bereits *Schmidt*, Das Krankenhaus 3/2003, S. 202, 203.

weil im Vergleich zu den bestehenden ausländischen Systemen einzigartigen[339] – Charakterzuges, an dem der Gesetzgeber bisher trotz schon zu Beginn der Systementwicklung bestehender Kritik festgehalten hatte.

Da sich die Selbstverwaltungspartner für 2005 nicht auf einen Abschlag für diejenigen Krankenhäuser einigen konnten, die nicht an der Notfallversorgung teilnehmen, bestimmt das zweite Fallpauschalenänderungsgesetz nunmehr, dass sie in Zukunft einen Abschlag in Höhe von 50 Euro je vollstationären Fall hinnehmen müssen (§ 4 Abs. 5 KHENtgG n.F.). Die Krankenkassen hingegen hatten einen Abschlag in Höhe von 5 Prozent des Basisfallwertes vorgeschlagen, was sicherlich den Krankenkassen zu Gute gekommen wäre, sich allerdings nicht durchsetzen ließ.[340]

Mit der Novellierung von § 10 KHEntG wirkte der Gesetzgeber einer möglichen Verzögerung der Krankenhausbudgetverhandlungen für 2005 entgegen. Er ermächtigte in § 10 Abs. 8 KHEntgG n.F. das Bundesgesundheitsministerium, für das Jahr 2005 vorläufige landesweite Basisfallwerte vorzugeben, an welchen sich die Budgetverhandlungen orientieren sollten, sofern nicht die Krankenkassen und die Krankenhäuser bereits eigene Vereinbarungen bezüglich des krankenhausindividuellen Basisfallwertes getroffen hatten.[341]

Die Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG) begrüßte den im Vermittlungsausschuss gefundenen Kompromiss für das zweite Fallpauschalengesetzes als „überzeugenden Kompromiss“ und erklärten, dass die Kliniken nun endlich Planungssicherheit für die notwendigen Vorbereitungen auf das DRG-System hätten. Andererseits ist sie jedoch überzeugt, dass es bis zum Ende der Konvergenzphase zum Ende des Jahres 2008 noch zahlreiche korrigierende Änderungen am DRG-System geben wird,[342] womit sie aller Voraussicht nach nicht falsch liegen wird, da es in Politik bereits Stimmen gibt, die schon ein drittes und viertes Fallpauschalenänderungsgesetz ankündigen.[343]

---

[339] Vgl. oben Kap. 2. B. I.
[340] *Rau*, Das Krankenhaus 12/2004, S. 979, 983.
[341] *Rau*, Das Krankenhaus 12/2004, S. 979, 980, dort und im dort Folgenden auch zu den weiteren durch das zweite Fallpauschalenänderungsgesetz eingeführten Änderungen.
[342] *Ossen*, Das Krankenhaus 12/2004, S. 985 f.
[343] So die bayerische Staatsministerin *Stewens*, zit. nach *Ossen*, Das Krankenhaus 12/2004, S. 985, 986.

Teil 2.

Das deutsche DRG-basierte Vergütungssystem und das Arztrecht

Nach der Einführung in die historischen Hintergründe der Krankenhausfinanzierung in Deutschland, die Systematik der DRGs und die gesetzlichen Grundlagen des deutschen Fallpauschalensystems in Teil 1 der vorliegenden Arbeit soll sich der zweite Teil nun eingehender mit den rechtlichen Problemen befassen, die sich mit der Einführung der DRGs in Deutschland ergaben oder aber sich infolge ihrer Einführung ergeben können. Die Komplexität der Vergütung von Krankenhausleistungen in Deutschland, ihre Einbindung in ein öffentlich-rechtliches Finanzierungssystem, die überragend wichtige Stellung der öffentlich-rechtlich strukturierten gesetzlichen Krankenversicherung und das sowohl öffentlich- wie privatrechtlich geprägte Beziehungsgeflecht zwischen Arzt, Krankenhaus, Patient und Krankenversicherung erlauben es dabei, sowohl öffentlich-rechtliche als auch zivilrechtliche Fragestellungen zu diskutieren, teilweise unter Hinweis auf Erkenntnisse der Gesundheitsökonomie.

Wenn dieser Teil der Arbeit mit der Überschrift „Das deutsche DRG-basierte Vergütungssystem und das Arztrecht“ bezeichnet ist, bedeutet dies keine Einschränkung der Möglichkeiten rechtlicher Erörterung. Der Begriff des Arztrechts als Bezeichnung für einen bestimmten Bereich innerhalb der deutschen Rechtsordnung ist nämlich denkbar weit; er umfasst die Summe aller Rechtsnormen, unter denen der Arzt und seine Berufstätigkeit stehen[1] und entfaltet insofern keine einschränkend-abgrenzende Wirkung der Rechtsmaterie Arztrecht, sondern lässt im Gegenteil durch das, was definitionsgemäß zum „Arztrecht“ zu zählen ist, die Vielschichtigkeit der Materie erkennen.

In Kapitel 3 der Arbeit wird sich ausgewählten verfassungsrechtlichen Problemen im Zusammenhang mit der Einführung des DRG-basierten Vergütungssystems in Deutschland zugewandt. Kapitel 4 der Arbeit beschäftigt sich hingegen mit zivilrechtlichen, arzthaftungsrechtlichen Fragen. In diesem Zusammenhang werden die typischen, dem DRG-System immanenten wirtschaftlichen Fehlanreize zu der in Deutschland bestehenden haftungsrechtlichen Systematik in Bezug gesetzt. Kapitel 5 der Arbeit besteht schließlich aus einem Fazit der Erkenntnisse dieser Arbeit.

---

[1] *Laufs*, Arztrecht, Rn. 20.

Kapitel 3. Die Umstellung des Vergütungssystems für Krankenhausleistungen aus verfassungsrechtlicher Sicht

Die im Vorfeld der Umstellung des deutschen Krankenhausfinanzierungssystems und während des Gesetzgebungsverfahrens zum Fallpauschalengesetz geführten rechtlichen und gesundheitspolitischen Diskussionen warfen eine Reihe verfassungsrechtlicher Fragestellungen auf, von denen im Folgenden drei Fragen wegen ihrer grundlegenden Bedeutung für die Weiterentwicklung des DRG-Systems exemplarisch aufgearbeitet werden sollen.

Zunächst – im folgenden Teil A – werden die teilweise geäußerten Befürchtungen aufgegriffen, das DRG-basierte Abrechnungssystem führe angesichts seiner wettbewerblichen Ausrichtung, der von ihm ausgehenden ökonomischen Zwänge und der möglichen Fehlanreize[2] unweigerlich zu einem fortschreitenden Verlust an Humanität im Klinikbetrieb und zu einer Beschädigung der ausreichenden Krankenhausversorgung in Deutschland.[3] Es gilt zu klären, inwiefern die Einführung des neuen Abrechnungssystems den Vorgaben des *Sozialstaatsprinzips des Grundgesetzes* als Grundlage und Garantie einer ausreichenden Krankenhausversorgung gerecht wird bzw. welche Anforderungen das Sozialstaatsprinzip an die Ausgestaltung des neuen Vergütungssystem stellte und stellt.

In Teil B dieses Kapitels wird sich dann der während des Gesetzgebungsverfahrens zur Einführung des Fallpauschalengesetzes von den Ländern an verschiedener Stelle beanspruchten „*Kompetenz zur Krankenhausplanung*“ zugewandt. Angesichts der beachtlichen Veränderungen, die im Gesetzgebungsverfahren zum Fallpauschalengesetz wegen der Berufung der Länder auf diese von ihnen beanspruchte Kompetenz am ursprünglichen Entwurf des Gesetzes vorgenommen wurden – etwa hinsichtlich der geplanten Strukturvereinbarungen (§ 109 SGB V) oder des Verfahrens zur Festsetzung der Sicherstellungszuschläge[4] –, werden die Grundlage und die inhaltliche Reichweite der Kompetenz der Länder zur Krankenhausplanung dargelegt und untersucht, ob die konkret vorgenommenen Veränderungen am Fallpauschalengesetz aus kompetenzrechtlicher Sicht tatsächlich geboten waren.

Und schließlich – in Teil C dieses Kapitels – wird darauf eingegangen, dass der Gesetzgeber in § 17b KHG (2000) sowohl die Entwicklung als auch die Fortschreibung und Pflege des neuen Vergütungssystems in weiten Teilen aus dem Bereich der staatsunmittelbaren Verwaltung hinaus in den Bereich der funktionalen Selbstverwaltung durch die Spitzenverbände der Krankenkassen, den Verband der privaten Krankenversicherung und der deutschen Krankenhausgesellschaft delegiert hat. Insbesondere vor dem Hintergrund der jüngeren Rechtspre-

---

2 Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. c. aa.

3 *Pföhler*, Das Krankenhaus 1/2002, S. 21 ff.; *Sell*, Stellungnahme als Einzelsachverständiger zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes am 10. Oktober 2001; *Kendel*, ArztR 4/2001, S. 98.

4 Vgl. oben Kap. 2. C. IV. 4. a., b.

chung des Bundesverwaltungs- und des Bundesverfassungsgerichts erscheint die Frage rechtlich erörterungsbedürftig, inwiefern das *Sozialstaats- und das Demokratieprinzip* des Grundgesetzes dem Gesetzgeber bei der Delegierung der Aufgaben auf die Selbstverwaltung Grenzen gesetzt hat und inwiefern diese Grenzen eingehalten wurden.

A. Die Einführung des DRG-Systems vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen einer „Ökonomisierung" des Gesundheitswesens

I. Die „Ökonomisierung" des Krankenhauswesens als Ausweg aus der Finanzierungskrise

1. Kostendämpfung und Gesundheitsökonomie

Das Gesundheits- und Krankenhauswesen befindet sich in Deutschland seit jeher in einer steten Situation finanzieller Knappheit, zu deren Linderung und Überwindung aus gesundheitsökonomischer Sicht abstrakt grundsätzlich fünf Optionen zur Verfügung stehen, nämlich

- die Erhöhung staatlicher finanzieller Zuschüsse,
- die Anhebung der Beitragssätze der Versicherten,
- die Ausweitung privater Zuzahlungen (z.B. Zuzahlungen auf Medikamente),
- die Beschränkung des Leistungsspektrums sowohl in Menge als auch in Preisen (z.B. Ausschluss von „Bagatellarzneimitteln", § 34 Abs. 1 SGB V)
- oder schließlich die kostensenkende Effizienzsteigerung bei der Leistungserbringung.[5]

Im ersten Höhepunkt der Finanzkrise im nachkriegsdeutschen Krankenhauswesen in den 1960er Jahren,[6] welche schließlich zum Erlass des Krankenhausfinanzierungsgesetzes-1972 führte,[7] sahen sich die Gesundheitspolitik und der Gesetzgeber noch in der aus heutiger Sicht komfortablen Situation, dass es die Umstände zuließen, auf alle dieser fünf Möglichkeiten gleichermaßen zurückzugreifen, so dass man sich mit der Einführung der staatlichen Investitionsförderung im Rahmen des dualen Finanzierungssystems für die für alle Beteiligten

---

[5] *Blanke/Kania*, Leviathan 3/1996, S. 512, 523 ff.; *Kluth*, MedR 2/2005, S. 68; zu beachten ist allerdings, dass die auf Kostensenkung abzielende Verbesserung der Betriebsabläufe in den Kliniken zunächst erhebliche Investitionen erfordern kann, *Steiner/Mörsch*, Das Krankenhaus 6/2005, S. 473, 474.

[6] Dazu *W. Bogs/Aichinger/Meinhold/Neundörfer/Schreiber*, Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland, [1] Bericht der Sozialenquête, zum „Krankenhaus-Problem" insbesondere S. 247, 249 ff.; Bericht der Bundesregierung über die finanzielle Lage der Krankenanstalten in der Bundesrepublik Deutschland („Krankenhaus-Enquête"), BT-Drs. V/4230, insb. S. 9 ff.

[7] Vgl. oben Kap. 1. E.

schonendste Variante der staatlichen Zuschusserhöhung entscheiden konnte.[8]

Nachdem dann zu Beginn der 1970er Jahre durch kostenintensive medizinische Innovationen und politisch initiierte Ausweitungen der Versicherungsleistungen in der GKV die Kosten im Gesundheitswesen abermals stark anstiegen und den Entlastungseffekten des neuen dualen Finanzierungssystems die Wirkung nahmen, reagierte die Politik nunmehr, indem sie die auf die zweite o.a. Finanzierungsmöglichkeit zurückgriff und die Beitragssätze der Versicherten deutlich anhob.[9]

Seitdem wird versucht, durch eine Politik der „Kostendämpfung" die Gesundheitsausgaben in Deutschland stabil zu halten,[10] was grundsätzlich auch gelungen ist; die Ausgabensteigerungen im Gesundheitswesen erweisen sich gemessen an anderen Wirtschaftszweigen und dem Wirtschaftswachstum nicht als unverhältnismäßig hoch.[11] Dass sich das Finanzierungsproblem und der Kostendruck auf die Beitragssätze dennoch zunehmend verschärfen, ist hauptsächlich in der demographischen Alterung der deutschen Gesellschaft begründet. Zwar stimmt es wohl nicht, dass alte Menschen für das Gesundheitswesen stets teurer sind als jüngere Menschen,[12] problematisch ist jedoch, dass alte Menschen zwar vom Krankenversicherungssystem profitieren, allerdings regelmäßig nicht im selben Umfang wie junge, berufstätige Menschen zu dessen Finanzierung beitragen, so dass der Anteil von jungen, berufstätigen Beitragszahlern, die die Gesundheitskosten für alle Mitglieder der Solidargemeinschaft schultern müssen, stetig abnimmt; verschärfend wirkt in diesem Zusammenhang

---

8 Vgl. oben Kap. 1. E.; schon damals ging man allerdings davon aus, dass eine weitere Erhöhung des finanziellen Aufwandes im Gesundheitswesen in Zukunft nicht unbegrenzt möglich sein würde, „Gesundheit um jeden Preis" wollte und konnte nicht garantiert werden, *W. Bogs/Aichinger/Meinhold/ Neundörfer/Schreiber*, Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland, [1] Bericht der Sozialenquête, S. 249 f.; unzutreffend insofern *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 84 Rn. 6 (Fn. 7).

9 Die Ausgaben für die Krankenhausversorgung stiegen von 6 Mrd. DM in 1970 auf 17,5 Mrd. DM in 1975, *Jung*, BPflV 86, S. 46; insgesamt stiegen die Ausgaben der GKV von 25,2 Mrd. DM in 1970 auf 61 Mrd. DM in 1975; die Beitragssätze der Versicherten kletterten in diesem Zeitraum von 8,20 % auf 10,47 % vgl. *Schneider*, in: *AG RAe im MedR e.V.* (Hrsg.), Medizinische Notwendigkeit und Ethik, S. 21, 22 f.

10 Die „Kostendämpfungspolitik" begann mit dem Gesetz zur Dämpfung der Ausgabenentwicklung und Strukturverbesserung in der gesetzlichen Krankenversicherung (Krankenversicherungs-Kostendämpfungsgesetz – KVKG) vom 27. Juni 1977, BGBl I S. 1069; vgl. auch *Blanke/Kania*, Leviathan 3/1996, S. 512, 525 ff.; *Jung*, BPflV 86, S. 46 f.; die Einführung des DRG-Systems ist eine ihrer jüngsten Ausprägungen, *Steiner*, MedR 1/2003, S. 1, 4.

11 *Rocke*, Das Krankenhaus 2/2002, S. 87, 89; *Nettesheim*, VerwArch 3/2002, S. 315, 321, Fn 29; vgl. auch *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs. 15/530, S. 20. Zum Kostenanstieg durch „erfundene" Krankheiten der Ärzte und der Pharmaindustrie vgl. *Blech*, Der Spiegel 33/2003, S. 116 ff.

12 So wird die These vertreten, dass ältere Menschen, die die „kritische" Lebensspanne bis 60 Jahre überschritten haben, zumeist gesund bleiben und im hohen Alter an Herz-Kreislauferkrankungen versterben, aber nur selten an therapie- und kostenintensiven Erkrankungen wie beispielsweise Krebs, so dass ein gesunder 90-Jähriger im Schnitt lediglich die Hälfte der Gesundheitskosten eines 65-Jährigen verursacht, vgl. *Georgescu*, Warum alte Patienten die Kassen retten; a.A. *Nettesheim*, VerwArch 3/2002, S. 315, 320 f.; differenzierend *Heiss*, ZfgV 2004, S. 603, 605 f., der darauf hinweist, dass ältere Menschen im Laufe ihres Lebens insgesamt höhere Gesundheitskosten verursachen als die früher Verstorbenen; eingehend auch *Rodrig/Wiesemann*, ZfgV 2004, S. 17 ff.

die derzeit schwierige Situation in der deutschen Wirtschaft und die hohe Arbeitslosigkeit.[13]

Aus den o.a. fünf Möglichkeiten zur finanziellen Entlastung des Gesundheitswesens kommen als „Kostendämpfungsmaßnahmen" im Sinne von Maßnahmen der Kostenverringerung lediglich die Einschränkung von Versicherungsleistungen sowie die Steigerung der Effizienz der Leistungserbringung in Betracht. Da beide zu ihrer sinnvollen Anwendung eine Analyse des Betriebsablaufes in den Kliniken und eine genau Analyse der Kosten und des Nutzens einzelner medizinischer Leistungen verlangen, wurde es notwendig, das Krankenhaus- und Gesundheitswesen zunehmend unter betriebswirtschaftlichen Aspekten zu beleuchten, was in Deutschland etwa Ende der 1980er Jahre zur Herausbildung einer eigenständigen Disziplin innerhalb der Wirtschaftswissenschaften führte, der „Gesundheitsökonomie".[14] Die Gesundheitsökonomie birgt schon ihrer Bezeichnung nach ein erhöhtes Konfliktpotential; so ist sie darum bemüht, das Gesundheitswesen – also einen Lebensbereich, der wie kein anderer eine elementare soziale und humanitäre Prägung aufweist – durch die Anlegung „nüchterner", wirtschaftswissenschaftlicher Modelle zu durchdringen und zu steuern. Zwar ist es fraglos legitim und auch rechtlich geboten, das Gesundheitswesen zum Gegenstand wirtschaftspolitischer Abwägungen zu machen;[15] jedoch erscheint eine am bloßen Wettbewerb und den freien Marktmechanismen orientierte Ökonomie allein als ein nur bedingt geeignetes Instrumentarium für die Lösung der strukturellen Probleme des Gesundheitswesens, da zu viel Deregulierung und gewinnorientierte Freiwirtschaftlichkeit stets die Gefahr selbstzerstörerischer Tendenzen aufweist.[16] Die Gesundheitsökonomie ist daher stets gehalten, neben der wirtschaftswissenschaftlichen Erschließung und Steuerung des Gesundheitswesens auch darauf zu achten, dass eine sensible politische Regulierung erfolgt, welche vor allem dem Wertesystem des Grundgesetzes entsprechen muss.

2. Die Instrumente der Rationalisierung und der Rationierung als wirtschaftswissenschaftlicher Ansatz der Gesundheitsökonomie

Die Instrumente der gesundheitsökonomischen Kostendämpfung zur Reduzierung der Versicherungsleistungen und zur Effizienzsteigerung bei der Leistungserbringung sind diejenigen der Rationalisierung und der Rationierung.

Unter *Rationalisierung* ist die Aktivierung bisher brachliegender Effizienzpotentiale zu

---

[13] *Rocke*, Das Krankenhaus 2/2002, S. 87, 89; *Nettesheim*, VerwArch 3/2002, S. 315, 320 f.; *Dibbern*, ZfgV 2004, S. 639, 640.

[14] In den Vereinigten Staaten reichen die Wurzeln der Gesundheitsökonomie – wie auch die Wurzeln der DRGs – bis in die 1960er und 1970er Jahre zurück, *Reiners*, ASP 11-12/2001, S. 58, ebenda.; vgl. auch *Lauterbach,* in: *Lauterbach/Schrappe,* Gesundheitsökonomie, Qualitätsmanagement und Evidence-based Medicine S. 3, ebenda.

[15] Vgl. §§ 70, 12 SGB V.

[16] *Reiners*, ASP 11-12/2001, S. 58 ff.; vgl. auch *Pföhler*, Das Krankenhaus 12/1998, S. 736 ff.

verstehen, um eine möglichst günstige Relation von Kosten und Nutzen zu erreichen. Ziel ist entweder eine Leistungssteigerung bei gleichbleibenden Kosten (Maximalprinzip) oder aber eine Kostensenkung bei gleichbleibenden Leistungen (Minimalprinzip); bestenfalls kann eine Leistungssteigerung bei sinkenden Kosten erreicht werden.[17] Eine Absenkung des Leistungsniveaus ist hingegen kein Ziel von Rationalisierungsmaßnahmen, außer in dem Fall, dass bestehende Leistungen als an sich überflüssig erkannt werden, ihr Verzicht lediglich den Verzicht auf gewisse Bequemlichkeiten bedeutet und medizinisch unbedenklich ist.[18]

Rationierungen hingegen bezeichnen im Unterschied zu Rationalisierungen eine Absenkung des Leistungsniveaus. Unter ihnen ist ein Verzicht auf *medizinisch notwendige* Leistungen aus Knappheitsgründen zu verstehen, obwohl der Betroffene den Preis der vorenthaltenen Leistung grundsätzlich zu zahlen bereit ist oder über die Versicherungsbeiträge grundsätzlich gezahlt hat; trotz Nachfrage und zugleich festgestelltem Bedarf werden Behandlungsleistungen also verweigert oder nicht bereit gestellt.[19] Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung findet sich in Deutschland mit der im Transplantationsgesetz vorgesehenen Warteliste.[20]

Systematisch zu unterscheiden sind indirekte und direkte, implizite und explizite sowie offene und verdeckte Rationierungen. Von *indirekten* Rationierungen ist zu sprechen, wenn der Gesamtumfang der zur Verfügung stehenden Leistungen hinter dem tatsächlichen Bedarf zurückbleibt und es zu einer faktischen Unterversorgung kommt. Gründe können sowohl bewusst politische Entscheidungen als auch ein fehlerhaft prognostizierter Bedarf an Behandlungsleistungen sein. Bei einer *direkten* Rationierung hingegen wird dem Betroffenen eine grundsätzlich verfügbare Leistung im Einzelfall verweigert. Grund hierfür können allgemeingültige Kriterien für das ärztliche Verhalten im Einzelfall sein (z.B. Ranglisten bei Organtransplantationen, Unwirtschaftlichkeit), oder aber auch die kategorische Herausnahme einer Leistung aus dem Angebot der Versicherung. *Implizit* ist eine Rationierung, wenn es keine definierten Kriterien für die Entscheidung einer Leistungsverweigerung gibt; bestehen solche Kriterien hingegen, ist von *expliziter* Rationierung zu sprechen. Sind die Entscheidungskriterien transparent und für den Patienten ersichtlich, ist die Rationierung *offen*, werden die Entscheidungskriterien hingegen nicht offengelegt, so ist die Rationierung *verdeckt*.[21]

---

[17] *Wille*, in: *Vogel* (Hrsg.), Effizienz und Effektivität medizinischer Diagnostik, S. 15, ebenda; *Dibbern*, ZfgV 2004, S. 639, 642.

[18] Etwa die Verwendung von Tuchabdeckungen an Stelle von Papierabdeckungen, die Verwendung von normalem Gips an Stelle von Kunststoff-"Gips", den Gebrauch wiederverwendbarer OP-Instrumente an Stelle von Einmalartikeln etc., vgl. *Kienzle*, in: *AG RAe im MedR e.V.* (Hrsg.), Medizinische Notwendigkeit und Ethik, S. 124, 125; weiterhin *Kern*, MedR 6/2004, S. 300, 302.

[19] *Giesen*, ZfgV 2004, S. 557, 559; *Kern*, MedR 6/2004, S. 300, 302; Überlegungen zu den Auswirkungen der Rationierung in der GKV auf die wirtschaftliche Situation der Leistungserbringer tätigt *Zweifel*, ZfgV 2004, S. 583 ff.

[20] v*on Maydell*, ArztR 4/2005, S. 88, 91; *Giesen*, ZfgV 2004, S. 557, 561.

[21] *Gandjour/Lauterbach* in: *Lauterbach/Schrappe*, Gesundheitsökonomie, S. 124, ebenda; *Nettesheim*, VerwArch 3/2002, S. 315, 318 f.; *von Maydell*, ArztR 4/2005, S. 88, 91; *Dibbern*, ZfgV 2004, S. 639, 642 f.; *Isensee*, ZfgV 2004, S. 651, 658, nennt als Formen offener Rationierung z.B. Altersgrenzen, gesetzliche Leistungsausschlüsse (z.B. Positivliste von Arzneimitteln, Außenseitermethoden), Selbstbeteiligungen der

Rationierungen werden in der öffentlichen und politischen Diskussion zumeist negativ besetzt und teilweise auch als ethisch bedenklich angesehen, da sie von den Betroffenen als „Einschnitt", „Vorenthaltung" oder „Streichung" von Gesundheitsleistungen empfunden werden.[22] Angesichts der Kosten- und Einnahmenentwicklung im deutschen Gesundheitswesen sind sie zu dessen Erhalt in Zukunft jedoch unausweichlich, sie werden und wurden bereits durchgeführt[23] und werden auch in Zukunft durchgeführt werden; vor nicht allzu langer Zeit (Ende 2003) war vor allem die Herausnahme von Zahnersatz[24] und Krankengeld[25] aus dem Leistungsangebot der GKV und ihre Überführung in eine separate gesetzliche oder private Zusatzversicherung ab 2006 bzw. 2005 im Gespräch und in breiter Diskussion in der Öffentlichkeit. In Zukunft werden wohl ähnliche Maßnahmen folgen.[26] Angesichts dieser unabänderlichen Realitäten gilt es daher, sich mit der Notwendigkeit von Rationierungen im Gesundheitswesen abzufinden und nicht mehr zu fragen, ob Rationierungen ethisch verantwortbar sind, sondern welche Art von Rationierungen und in welchem Fall.[27]

Rationalisierungen sind im Gegensatz zu Rationierungen hingegen ethisch völlig unbedenklich, da sie definitionsgemäß zu keinem Absinken des Versorgungsniveaus führen. Um einem unwirtschaftlichen und gewissermaßen „verschwenderischen" Umgang mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen entgegenzuwirken, erscheinen Rationalisierungsmaßnahmen in Zeiten knapper Kassen vielmehr geradezu geboten.[28] Als Maßnahme der Kostendämpfung sind sie daher – auch vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes – den Rationierungen vorzuziehen; Rationierungen dürfen erst dann durchgeführt werden, wenn alle Rationalisierungspotentiale ausgeschöpft sind (Rationalisierung vor Rationierung).[29]

Versicherten, als verdeckte Rationierungen bezeichnet er z.B. finanzielle Hürden für eine Leistungsinanspruchnahme, etwa die Praxisgebühr.

22 Vgl. *Zentrale Ethikkommission*, in: *Taupitz/Brewe* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen, S. 49, 51 ff.

23 Zu nennen sind etwa die Budgetierung der Krankenhausentgelte, vgl. oben Kap. 1. H. II. 2., oder der Ausschluss von „Bagatellarzneimitteln" aus der Krankenbehandlung der Versicherungen nach § 34 Abs. 1 SGB V.

24 § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Alt. 2, § 30 SGB V i.d.F. 2003.

25 §§ 44 ff. SGB V i.d.F. 2003.

26 Für eine Kürzung der Versicherungsleistungen um 15 % *Jung*, A&W 6/2002, S. 59, 60.

27 *Arnold*, in: *Taupitz/Brewe* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen, S. 67, 70; *Lauterbach,* in: *Lauterbach/Schrappe*, Gesundheitsökonomie, Qualitätsmanagement und Evidence-based Medicine, S. 3, 4; *Preuss,* in: *Lauterbach/Schrappe*, Gesundheitsökonomie, Qualitätsmanagement und Evidence-based Medicine, S. 220, 222; zu den praktischen und verfassungsrechtlichen Problemen von Rationierungen im Gesundheitswesen *Nettesheim*, VerwArch 3/2002, S. 315 ff.; *Zentrale Ethikkommission*, in: *Taupitz/Brewe* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen, S. 49 ff.; Vgl. auch *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs. 15/530, S. 55 ff.

28 *Zentrale Ethikkommission*, in: *Taupitz/Brewe* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen, S. 49, 62; *Gerdelmann,* in: *Zaddach*, KMA September 2001, S. 12, ebenda; *Dibbern*, ZfgV 2004, S. 639, 642; *Honecker*, ZfgV 2004, S. 623, 632; zu Rationalisierungsanregungen aus Großbritannien, Italien, Schweden und den USA *Wendehorst*, ZaeFQ 2000, S. 864 ff.

29 *Nettesheim*, VerwArch 3/2002, S. 315, 347.

II. Sozialstaatsprinzip und Grundrechte als verfassungsrechtliches Regulativ der Gesundheitsökonomie

Der verfassungsrechtliche Rahmen, der als Regulativ für eine gesundheitsökonomische Reform des Krankenhausentgeltsystems auf Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG zu beachten ist, ergibt sich insbesondere aus dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes sowie den Grundrechten der Patienten und der Krankenhausträger.

1. Das Sozialstaatsprinzip und Grundrechte der Patienten

Das *Sozialstaatsprinzip* der Art. 20 Abs. 1, 28 GG erschöpft sich zunächst in der Beschreibung der Bundesrepublik Deutschland als einem sozialen Bundes- und Rechtsstaat. Wegen dieser Unbestimmtheit kommt ihm vorwiegend programmatische Bedeutung zu, die sich in einer allgemeinen Aufforderung an den Staat ausdrückt, für eine gerechte Sozialordnung und ein leistungsfähiges System der sozialen Sicherung zu sorgen.[30] Als Minimum ist zu verlangen, dass der Staat seinen in Existenznot geratenen Bürgern ein Mindestmaß an Unterstützung zur Sicherung des Existenzminimums gewährt;[31] hingegen ist eine Pflicht des Staates, seine Bürger vor einem Verfall in Existenznot zu bewahren, nicht anzuerkennen. Ebensowenig verlangt das Sozialstaatsprinzip einen steten Ausbau des Sozialsystems, es können in Grenzen auch Einschnitte und Verschlechterungen hingenommen werden.[32]

Als Bestandteil eines leistungsfähigen Systems der sozialen Sicherung verlangt das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes auch ein funktionierendes und leistungsfähiges *Gesundheitssystem*; „der Schutz in Fällen von Krankheit ist in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine der Grundaufgaben des Staates.“[33] Der Gesetzgeber hat sich in Deutschland entschieden, das Gesundheitssystem als ein zweigleisiges, beitragsfreies und beitragsabhängiges System auszugestalten; Sozialhilfeempfängern, die keine Sozialabgaben zu leisten haben, wird die notwendige Gesundheitsversorgung als freie sozialstaatliche Heilfürsorge gewährt,[34] die übrige Bevölkerung ist entweder im System der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) pflichtversichert oder hat die Möglichkeit, sich bei einem privaten Versicherungsunternehmen (PKV) krankenzuversichern. Der Umfang und das Niveau der staatlich garantierten Gesundheitsversorgung richtet sich – als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips – zunächst (nur) nach dem sozialstaatlichen Mindestgebot. So haben die Sozialhilfeempfänger als Begünstigte der staatlichen Heilfürsorge grundsätzlich (nur) einen Anspruch auf Gesundheitsversorgung zur

---

30 *BVerfGE* 94, 241, 263; 97, 169, 185.
31 *Nettesheim*, VerwArch 3/2002, S. 315, 324; *von Maydell*, ArztR 4/2005, S. 88, 91.
32 *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 48; vorsichtiger *BVerfGE* 98, 169, 204.
33 *BVerfGE* 68, 193, 209
34 Vgl. §§ 36 ff. BSHG.

Sicherung ihrer Existenz. Anders gestaltet sich die Situation jedoch in der GKV. Da diese vom Gesetzgeber im SGB V als öffentlich-rechtlich ausgestaltete Pflichtversicherung konzipiert wurde, erhalten die von den Beitragszahlern mit ihren Beiträgen „erkauften" Leistungen den Charakter öffentlich-rechtlicher Eigentumspositionen und unterfallen dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG.[35] Folglich müssen sie ihrem Umfang nach im Verhältnis zu den eingezahlten Beiträgen ein „angemessenes Maß" aufweisen (Grundsatz der Beitragsäquivalenz), welches zu bestimmen im Einzelfall allerdings zu Schwierigkeiten führen kann.[36]

Speziell für den *Krankenhaussektor* als eigenständigem Teil des Gesundheitssystems leitet sich aus dem Sozialstaatsprinzip zunächst der allgemeine stationäre Sicherstellungsauftrag des Staates ab. Demnach ist die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern eine verfassungsrechtlich vorgegebene Aufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge. Die öffentliche Hand hat zu gewährleisten, dass für den Versorgungsbedarf der Bürger – bei gleichzeitig sozial tragbaren Krankenhausentgelten – quantitativ und qualitativ ausreichend stationäre medizinische Versorgungseinrichtungen zur Verfügung stehen und eine Krankenhausversorgung angeboten wird, die dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen und medizinisch-technischen Entwicklung entspricht und auch den medizinischen Fortschritt berücksichtigt.[37] Einfachgesetzlich konkretisiert wird der stationäre Sicherstellungsauftrag entsprechend der Kompetenzvorgaben des Grundgesetzes[38] durch das Krankenhausfinanzierungsgesetz (vgl. § 1 KHG) und die Krankenhausgesetze der Länder. Auf ihrer Grundlage werden Inhalt, Art und Umfang der stationären Versorgung festgelegt und bestimmt, wer für sie in der jeweiligen Region die rechtliche und die politische Verantwortung zu tragen hat.[39]

2. Die Grundrechte der Krankenhausträger

Art. 19 Abs. 3 GG bestimmt, dass die Grundrechte des Grundgesetzes nicht nur für natürliche Personen, sondern auch zu Gunsten inländischer juristischer Personen gelten, soweit die Grundrechte ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind. „Juristische Personen" im Sinne der

---

[35] Vgl. Maunz/Dürig-*Papier*, GG, Art. 14 I. (Eigentumsschutz) Rnrn. 123 ff., 149; eingehend auch *Isensee*, ZfgV 2004, S. 651, 657 f.; teilweise wird als Maßstab für die Zulässigkeit von Leistungsausdünnungen in der GKV ergänzend auch die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG herangezogen, so etwa bei *Ebsen*, NDV 1997, S. 71, 73.

[36] *Nettesheim*, VerwArch 3/2002, S. 315, 330 f.

[37] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 84 Rn 4; *ders*., in: *Taupitz/Brewe* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen, S. 101, 106 f.; grundlegend der Bericht der Bundesregierung über die finanzielle Lage der Krankenanstalten in der Bundesrepublik Deutschland vom 14. Mai 1969 („Krankenhausenquête"), BT-Drs. V/4230, S. 28; dazu *Glombik*, OWG 1/1987, S. 63 ff.; ferner *Bachof/Scheuing*, Krankenhausfinanzierung und Grundgesetz, S. 19.

[38] Art. 72 Abs. 2, Art. 74 Nr. 12, Nr. 19, Nr. 19a GG.

[39] *Genzel*, in: *Taupitz/Brewe* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen, S. 101, 106.

Vorschrift sind dabei nicht allein die vollrechtsfähigen Organisationen des privaten und öffentlichen Rechts, sondern auch teilrechtsfähige Gebilde, denen die Rechtsordnung nur in bestimmter Hinsicht Rechtsfähigkeit einräumt; erforderlich ist lediglich ein Mindestmaß an organisatorischer Verfestigung,[40] welche bei Krankenhausträgern regelmäßig gegeben ist, so dass auch diese sich auf Grundrechte berufen können.

Welche Grundrechte allerdings „ihrem Wesen nach" im vorliegend interessierenden Falle der staatlichen Umstrukturierung des Krankenhausvergütungssystems einschlägig sind, hängt zunächst maßgeblich von der Organisationsform der jeweiligen Klinik und der Rechtsform des Klinikträgers ab.[41]

So können *privat* getragene,[42] zur Behandlung von gesetzlich versicherten Patienten zugelassene Krankenhausträger bei staatlichen Eingriffen in den gesetzlichen Rahmen bezüglich der Leistungserbringung im öffentlichen Gesundheitswesen und deren Vergütung insbesondere das Grundrecht der Berufs(ausübungs-)freiheit des Art. 12 Abs. 1 GG für sich in Anspruch nehmen. Seinem Schutzbereich nach umfasst Art. 12 Abs. 1 GG nämlich den gesamten Bereich des wirtschaftlich-unternehmerischen Handelns des Klinikträgers und somit auch den Bereich der Entgeltfestsetzung für die zu erbringenden Leistungen. Als Konsequenz aus der Einschlägigkeit des Art. 12 Abs. 1 GG bei der Gestaltung des öffentlich-rechtlichen Vergütungssystems für Krankenhausleistungen ergibt sich, dass staatlicherseits stets dafür Sorge zu tragen ist, dass die Entgelte in Bezug auf die jeweiligen Leistungen – zu deren Erbringung die Kliniken als Leistungserbringer der GKV hoheitlich verpflichtet sind – angemessen und grundsätzlich kostendeckend sind. Kommt der Staat dieser Pflicht nicht nach,[43] sind die Klinikträger in ihrem Grundrecht auf freie Berufsausübung verletzt.[44]

Weiterhin ist bei der Umstellung des Krankenhausfinanzierungssystems auch der Schutz des Eigentums der privaten Klinikträger nach Art. 14 Abs. 1 GG zu beachten. Art. 14 Abs. 1 GG schützt die Substanz des Eigentums vor dauerhaften Minderungen. Bisweilen wird im Zusammenhang mit dem Schutz des unternehmerischen betrieblichen Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 GG auch vom Schutz des „Rechts am Unternehmen" bzw. des Rechts am „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" gesprochen.[45] Diesbezüglich ist allerdings zu beachten,

---

[40] *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg), Grundgesetz, Band 1, Art. 19 III. C. II. 4.

[41] *Terwiesche*, Krankenhausgesetz NRW, § 1 Abs. 3 Ziff. 9, in: *Innenministerium des Landes NRW* (Hrsg), Praxis der Kommunalverwaltung.

[42] Private Akutkliniken sind z.B. die Euromed AG, die Helios Kliniken GmbH, die Mediclin AG, oder die Rhön-Klinikum AG.

[43] Dies wurde für 2004 von der *Deutschen Krankenhausgesellschaft* angenommen, *Pföhler*, Das Krankenhaus 5/2004, S. 327, 328.

[44] vgl. *BVerfGE* 54, 251, 271; zudem *BVerfG*, 1 BvR 1909/95 vom 13.1.1999, Absatz-Nr. (16), http://www.bverfg.de.

[45] Dieses kommt auch den nicht gewerbetreibenden Angehörigen des freien Berufes des Arztes (§ 1 BÄO) und auch den Klinikträgern zu Gute, soweit es um die Ausübung ihres Berufes geht Vgl. *OLG Köln, VersR* 1996, S. 234 f.

dass der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG insofern beschränkt ist, als dass er nur die Unternehmens*güter* und deren Bestand umfasst, nicht aber das operative Geschäft. Sofern dieses bzw. die Ausübung des Unternehmensbetriebes durch staatliche Eingriffe betroffen werden, steht nicht Art. 14 Abs. 1 GG, sondern Art. 12 Abs. 1 GG als Schutzgesetz im Vordergrund.[46] Erwähnenswert ist schließlich noch, dass der über Art. 14 Abs. 1 GG vermittelte Schutz des Unternehmensgegenstandes nicht etwa dadurch aufgehoben oder abgeschwächt wird, dass die Krankenhäuser in Deutschland öffentlich gefördert werden[47] und das Eigentum der Krankenhausträger mithin öffentlich gefördertes Eigentum ist. Trotz dieser Tatsache nämlich ist zuzugeben, dass die Kliniken und ihr Betrieb zuvorderst des Ergebnis des Arbeitseinsatzes der Krankenhausträger und nicht der staatlichen Investitionsförderung sind. Allerdings kann sich aus dem Aspekt der öffentlichen Förderung des Krankenhauswesens durchaus eine stärkere Sozialbindung des Eigentums an den Kliniken ergeben.[48]

Die oben ausgeführten Rechte aus Art. 12 Abs.1 und Art. 14 Abs. 1 GG stehen auch den *freigemeinnützig organisierten Klinikträgern* zu;[49] insbesondere scheitert ein Schutz aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht daran, dass freigemeinnützige Kliniken nicht kommerziell gewinnorientiert betrieben werden, sondern lediglich kostendeckend arbeiten, da auch ein solcher Klinikbetrieb „Beruf“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG ist.[50]

Im Gegensatz zu den privat-kommerziellen und den freigemeinnützigen Krankenhausträgern haben *kommunale Krankenhausträger* nur eingeschränkte verfassungsrechtliche Rechtspositionen, da die Kommunen als Teil der staatlichen Verwaltung[51] selbst keine Grundrechte und somit insbesondere nicht diejenigen aus Art. 12, 14 GG für sich in Anspruch nehmen können. Jedoch werden die Rechtspositionen der kommunalen Krankenhausträger über die Garantie des kommunalen Selbstverwaltungsrechts nach Art. 28 Abs. 2 GG geschützt, da diese auch das Betreiben gemeindlicher Einrichtungen und somit der kommunalen Kliniken umfasst.[52] Inhaltlich allerdings entspricht der durch Art. 28 Abs. 2 GG vermittelte Schutz demjenigen Schutze, den die privaten und freigemeinnützigen Klinikträger über Art. 12, 14 GG genießen; verhältnismäßige Beschränkungen des kommunalen Klinikbetriebs durch eine Änderung des gesetzlichen Rahmens der GKV oder des Vergütungssystems sind

---

[46] *Lerche/Degenhardt*, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S. 49; zur Frage, ob und inwiefern das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb unter den Schutz des Art. 14 GG fällt, vgl. statt vieler *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Art. 14 Rn. 10.

[47] Vgl. oben Kap. 1. E.

[48] *Lerche/Degenhardt*, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S. 41.

[49] Freigemeinnütziger Krankenhausträger ist beispielsweise die Caritas.

[50] *Lerche/Degenhardt*, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S. 38 f.; *Isensee*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer Krankenhausreform, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S. 134.

[51] Vgl. unten Kap. 3. C. I.

[52] *BVerwG* NVwZ 2000, S. 675 f. (dort: Trinkwasserversorgung).

daher nur aus Gründen des Öffentlichen Interesses möglich.[53]

Wie die kommunalen Kliniken stehen auch die *Hochschulkliniken* in der Regel in öffentlicher Trägerschaft, zumeist des jeweiligen Landes.[54] Dennoch können Hochschulkliniken als Teil der Universitäten grundsätzlich das Grundrecht des Art. 5 Abs. 3 GG, den Schutz der Freiheit von Forschung und Lehre, für sich in Anspruch nehmen. Hierbei ist allerdings beachtlich, dass die Autonomie wissenschaftlicher Forschung und Lehre im Bereich der Versorgung der Kranken nur eingeschränkt gelten kann und deren Erfordernissen Rechnung tragen muss, ebenso wie dem öffentlichen Interesse an einem leistungsfähigen und wirtschaftlich arbeitenden Krankenhauswesen. Bezeichnend ist hinsichtlich der Grundrechte der Hochschulkliniken mithin ein den Grundrechtsschutz beeinflussendes „Hinübergreifen aus dem Innenbereich grundrechtlicher Autonomie in Bereiche allgemeiner staatlicher und gesellschaftlicher Aktivitäten", was im Ergebnis bedeutet, dass die Hochschulkliniken im Bereich der Krankenhausfinanzierung gegenüber anderen Kliniken keine Sonderbehandlung erfahren, soweit nur ihre spezifisch wissenschaftsbezogene Aufgabenstellung gewahrt bleibt.[55]

Kirchliche Krankenhausträger können sich auf die kirchenspezifischen Gewährleistungen des Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV (Gewährleistung der kirchlichen Selbstverwaltung in den Schranken des allgemeinen Gesetzes) und Art. 138 Abs. 2 WRV (Schutz des kirchlichen Vermögens) berufen sowie auf die Religionsfreiheit des Art. 4 GG, welche auch den Krankenhausbetrieb erfasst, sofern in ihm eine caritative Tätigkeit als Ausdruck des religiösen Bekenntnisses zum Vorschein kommt.[56] Das *kirchliche Selbstverwaltungsrecht* des Art. 137 Abs. 3 WRV schützt das Wirken der Kirchen und ihrer Einrichtungen (hier: ihrer Kliniken) im „weltlichen" Bereich ihrer Angelegenheiten und wird daher durch staatliche Regelungen, welche auch nur mittelbar hierauf Einfluss nehmen, berührt. Inhaltlich steht der Schutzbereich des kirchlichen Selbstverwaltungsrechts im weltlichen Bereich allerdings unter dem Vorbehalt des „für alle geltende[n] Gesetz[es]", mithin also unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze, Art. 137 Abs. 3 WRV – der kirchliche Innenbereich mit Bezug zu sakralen Fragen bleibt möglichem staatlichen Einfluss hingegen grundsätzlich entzogen. Der

---

[53] *Lerche/Degenhardt*, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S. 47, vgl. auch *Isensee*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer Krankenhausreform, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S. 133.

[54] Das Land Hessen veräußerte erteilte am 17. Dezember 2005 allerdings der Rhön-Klinikum AG den Zuschlag zum Erwerb des Universitätsklinikum Gießen-Marburg, vgl. URL: http://www.rhoen-klinikum-ag.com/rka/k0/presse/aktuell (letzter Abruf am 22.12.2005).

[55] *Lerche/Degenhardt*, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S. 49; vgl. auch *Isensee*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer Krankenhausreform, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S. 133, *H. Bogs*. AöR 1995, S. 331, 333.

[56] *Genzel*, in: *Taupitz/Brewe* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen, S. 101, 128; *Terwiesche*, Krankenhausgesetz NRW, § 1 Abs. 3 Ziff. 9, in: *Innenministerium des Landes NRW* (Hrsg), Praxis der Kommunalverwaltung.

Vorbehalt der allgemeinen Gesetze im weltlichen Wirkungsbereich der kirchlichen Kliniken träger hat zur Folge, dass die kirchlichen Kliniken im System der Krankenhausfinanzierung im Verhältnis zu den übrigen Kliniken eine grundsätzliche Gleichbehandlung erfahren. Je näher allerdings staatliche Regelungen auf spezifisch kirchliche Aktivitäten Einfluss nehmen, desto mehr Rücksicht ist auf die kirchliche Selbstbestimmung und Selbstverwaltung zu nehmen. Hieraus folgt etwa, dass Fragen der internen Personalstruktur von Kliniken anders zu behandeln sind als Investitionsfragen im medizinisch-technischen Bereich.[57] Die *Kirchengutsgarantie* des Art. 138 Abs. 2 WRV gewährleistet den Funktionserhalt des kirchlichen, auch caritativen Zwecken gewidmeten Vermögens („Funktionsgarantie des Kirchenvermögens") und steht auf diese Weise in einem engen Bezug zum kirchlichen Selbstbestimmungs- und Selbstverwaltungsrecht, da durch die Kirchengutsgarantie die materielle Grundlage zur Ausübung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts gesichert wird. Die Ausgestaltung des öffentlichen, auch die kirchlichen Kliniken betreffenden Vergütungssystems verletzt die Kirchengutsgarantie beispielsweise dann, wenn die kirchlichen Kliniken in ein staatliches Entgeltsystem eingebunden werden, welches sie an einer kostendeckenden Leistungserbringung hindert.[58] Insofern bestehen Parallelen zum Schutz von privaten und freigemeinnützigen Kliniken über die Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG.

III. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des DRG-Systems als gesundheitsökonomische Maßnahme

Vor dem Hintergrund der spezifischen Probleme einer Ökonomisierung des Gesundheitswesens und der verfassungsrechtlichen Rahmenvorgaben bleibt im Folgenden nun zu untersuchen, inwiefern die Einführung des DRG-basierten Abrechnungssystems verfassungsrechtliche Probleme aufwirft.

„Auf dem Papier" erscheint das DRG-System zunächst rechtlich völlig unbedenklich, da es vom Gesetzgeber als bloße umfassende, mittelbar wirkende *Rationalisierung*smaßnahme für das Krankenhauswesen geplant ist. So soll es durch mehr Transparenz und Wettbewerb lediglich dazu führen, dass sich das Krankenhauswesen besser am tatsächlich bestehenden Versorgungsbedarf der Bevölkerung ausrichtet und seinem Umfang nach auf diesen zurückgeführt wird;[59] angesichts der in Deutschland derzeit bestehenden Überversorgung wird dies zwar zu einer gewissen Ausdünnung der regionalen Krankenhausleistungen führen,[60] eine

---

[57] *Lerche/Degenhardt*, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S. 44 f.

[58] *Lerche/Degenhardt*, a.a.O., S. 46.

[59] Vgl. Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 1, 26, 43; zu ersten erkennbaren Effekten in 2004 und 2005 *Buscher*, Das Krankenhaus 3/2005, S. 181, 183 f.

[60] Zu der im internationalen Vergleich überdurchschnittlich hohen Dichte an Krankenhausleistungen vgl. *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 160 ff.; zu Problemen der erforderlichen Um-

(rationierende) Unterschreitung des Versorgungsbedarfs hingegen ist nicht beabsichtigt. Problematisch ist allerdings, dass diese im Einzelfall möglicherweise als mittelbare Folge der Rationalisierungsanreize des DRG-Systems eintreten kann und das DRG-System insofern über sein Ziel hinausschießt. Denkbar ist, dass Kostendruck und Wettbewerb sowohl zu einer zu starken Ausdünnung an Krankenhausleistungen und damit zu einer regionalen strukturellen Unterdeckung des Versorgungsbedarfes führen (dazu im Folgenden unter 1.), oder aber dass die Kliniken im Einzelfall aus Kostengründen dem Patienten medizinisch notwendige Leistungen vorenthalten (dazu im Folgenden unter 2.).

1. Das Problem der bedarfsunterdeckenden Krankenhaus*strukturen*

Die Vorgabe und Sicherung einer regional bedarfsgerechten Krankenhausstruktur ist grundsätzlich Aufgabe der Krankenhausplanung, die derzeit den jeweils zuständigen Landesbehörden obliegt. Diese prüfen, welche Leistungen in der jeweiligen Region für eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung erforderlich sind und geben den Krankenhäusern daraus folgend eine entsprechende Leistungs- und Bettenstruktur vor.

Probleme entstehen jedoch dort, wo sich bestimmte, als bedarfsnotwendig angesehene Leistungen sich für die Krankenhäuser im Einzelfall aus wirtschaftlicher Sicht nicht mehr lohnen;[61] im Hinblick auf die Grundrechte der Klinikträger müsste die Krankenhausplanung diesem Umstand dadurch Rechnung tragen, dass sie die Leistungsstruktur der jeweiligen Klinik entsprechend reduzierte, zugleich ist vor dem Hintergrund des sozialstaatlichen stationären Sicherstellungsauftrages jedoch zu beachten, dass im Ergebnis nicht die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung gefährdet wird.[62]

Den Ausweg aus diesem im Einzelfall auftretenden Dilemma gibt im DRG-System das Instrument der Sicherstellungszuschläge vor:[63] Sie ermöglichen durch eine gezielte Erhöhung der Entgelte für bestimmte, nachfrageschwache Krankenhausleistungen zugleich die Aufrechterhaltung einer bedarfsgerechten, regionalen Struktur an Krankenhausleistungen und einer kostendeckende Leistungserbringung. Hierdurch tragen sie gleichermaßen dem sozialstaatlichen stationären Sicherstellungsauftrag[64] als auch den Grundrechten der Krankenhausträger Rechnung.

---

strukturierung von Kliniken und den arbeitsrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Chefärzte *Andreas*, ArztR 1/2005, S. 4 ff.

61 Vgl. Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 43.

62 Vgl. *Pföhler*, Das Krankenhaus 5/2004, S. 327, 328; auf die Möglichkeit einer Staatshaftung beim Auftreten von regionalen oder überregionalen Ausrüstungs- und Versorgungslücken und einer dadurch entstehenden Schädigung der Patienten weist MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 395 hin.

63 § 5 Abs. 2 KHEntgG, vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. a. ee.; C. III. 4. b.

64 Der Gesetzgeber spricht insofern vom „Grundsatz der flächendeckenden Versorgung“, Begründung zum Entwurf zum Fallpauschalengesetz, BT-Drs. 14/6893, S. 43, zu § 5 Abs. 2 KHENtgG-E.

Nicht ganz unproblematisch erscheint allerdings die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens zur Vereinbarung der Sicherstellungszuschläge. Nach § 5 Abs. 2 KHEntgG hat es der Gesetzgeber den Pflegesatzparteien – also den Krankenhäusern und den örtlichen Krankenkassen – überlassen, darüber zu entscheiden, ob eine Vereinbarung von Sicherstellungszuschlägen im Einzelfall erforderlich ist. Nun sind aber die Interessen der Pflegesatzparteien in Bezug auf die Vereinbarung von Zuschlägen, die im Ergebnis eine Erhöhung der Entgelte für einzelne Kliniken bedeuten, denkbar verschieden. Die Krankenkassen als Kostenträger werden stets darum bemüht sein, das Instrument der Sicherstellungszuschläge nur sehr restriktiv anzuwenden, wohingegen die Krankenhäuser eine möglichst weitreichende Anwendung der Sicherstellungszuschläge favorisieren werden.[65] Wenn aber der Staat die Verantwortlichkeit zur Vereinbarung von Sicherstellungszuschlägen auf Institutionen überträgt, die aufgrund grundsätzlicher Interessenwidersprüche eine sinnvolle Wahrnehmung der ihnen zugeteilten Aufgabe nicht unbedingt garantieren können, so wirft dies die Frage auf, ob der Staat in diesem Falle noch seinem stationären Sicherstellungsauftrag einerseits und der Gewährleistung der Grundrechte der Krankenhäuser andererseits gerecht wird.[66] Grundsätzlich dürfte dies zu verneinen sein; doch ist im deutschen DRG-System zu beachten, dass der Gesetzgeber in § 5 Abs. 2 S. 3 KHEntgG für den Fall des Nichtzustandekommens einer Einigung über die Sicherstellungszuschläge vorgesehen hat, dass eine Entscheidung der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde ergeht. Hierdurch wiederum wird sichergestellt, dass weder der stationäre Sicherstellungsauftrag des Staates noch die Grundrechte der Krankenhäuser in Gefahr geraten; denn entweder wird die Aufrechterhaltung des Leistungsangebotes in einem Krankenhaus zu einer ökonomisch akzeptablen Vergütung gewährleistet, oder aber die in Frage stehenden Leistungen werden für eine flächendeckende Versorgung als nicht notwendig angesehen, so dass sie vom Krankenhaus in Zukunft auch nicht mehr – defizitär – erbracht werden müssen. Die Vereinbarung der Höhe der Sicherstellungszuschläge obliegt nach § 5 Abs. 2 S. 4 KHEntgG allerdings auch in diesem Fall den Pflegesatzparteien, was jedoch als unbedenklich anzusehen ist, da diese in Deutschland herkömmlicher Weise für die Verhandlung von Krankenhausentgelten zuständig waren und sind.

2. Das Problem der bedarfsunterdeckenden Leistungs*erbringung*

Das Problem der bedarfsunterdeckenden Leistungserbringung in den einzelnen Krankenhäusern wird im DRG-System dadurch hervorgerufen, dass die behandelnden Krankenhausärzte unter dem gestiegenen Kostendruck und im Hinblick auf eine mögliche Gewinnerzie-

---

[65] Vgl. insofern die Probleme bei der Vereinbarung Zu- und Abschläge, oben Kap. 2. C. I. 2.

[66] Vgl. *Genzel*, in: *Taupitz/Brewe* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen, S. 101, 124.

lung[67] nicht nur geneigt sein können, den Leistungsumfang bei der Patientenbehandlung durch *Rationalisierung* auf ein effizientes, bedarfsgerechtes Maß zu reduzieren, sondern darüber hinaus auch einzelne Leistungen vorzuenthalten, die an sich medizinisch notwendig sind, die den Ärzten aber im Einzelfall als zu kostenaufwendig erscheinen. Als Beispiel zu nennen sind etwa das Unterlassen von Kontrolluntersuchungen (z.B. Röntgen, labortechnische Wunduntersuchungen), eine Einschränkung bei der Medikamenten- oder Heilmittelvergabe oder aber die Weigerung der Durchführung bestimmter (zusätzlicher) Operationen. Im Allgemeinen wird dieses ärztliche Verhalten als qualitätsmindernde Reduktion des Ressourceneinsatzes je Behandlungsfall bezeichnet.[68] Aus gesundheitsökonomischer Sicht muss es als Fall der *Rationierung* von Krankenhausleistungen eingestuft werden, also als Vorenthaltung von Leistungen aus Gründen der finanziellen Knappheit.

a. Die grundsätzliche verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Rationierungen

Im Zusammenhang mit der Frage, inwiefern die durch das DRG-System gesetzten Anreize zur rationierenden Reduktion des Ressourcenaufwandes je Behandlungsfall verfassungsrechtliche Bedenken aufwerfen, ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass sich – wie an anderer Stelle bereits dargelegt[69] – die minimalen Anforderungen an den Umfang und an das Niveau des deutschen öffentlichen Gesundheitssystems (soziale Heilfürsorge und öffentlich-rechtlich ausgestaltete GKV) insbesondere aus den Vorgaben des Sozialstaatsprinzips des Grundgesetzes und der Grundrechte der Patienten und der Klinikträger ergeben: So folgt aus dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes zum einen die Forderung nach einem funktionierenden und leistungsfähigen Gesundheitssystem an sich („der Schutz in Fällen von Krankheit ist in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine der Grundaufgaben des Staates“[70]) und speziell für den *Krankenhaussektor* der allgemeine stationäre Sicherstellungsauftrag des Staates, wonach die öffentliche Hand eine quantitativ und qualitativ ausreichende stationäre medizinische Versorgung anbieten muss, die dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen und medizinisch-technischen Entwicklung entspricht und auch den medizinischen Fortschritt berücksichtigt.[71] Zum anderen müssen auch Umfang und Niveau der zu erbringenden Leistungen den sozialstaatlichen Vorgaben (im Bereich der öffentlichen Heilfürsorge) und den darüber hinausgehenden Forderungen des Art. 14 Abs. 1 GG (im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung) entsprechen. Die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung müssen mithin im Verhältnis zu den eingezahlten Beiträgen ein „angemessenes Maß“ aufweisen (Grundsatz der Beitragsäquivalenz).[72]

---

[67] § 17 Abs. 1 S. 4 KHG.
[68] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. c. aa.
[69] Vgl. oben Kap. 3. A. II.
[70] *BVerfGE* 68, 193, 209.
[71] Vgl. oben Kap. 3. A. II.
[72] Vgl. oben Kap. 3. A. II. 1.

Dass das derzeitige Leistungsniveau und der Leistungsumfang der öffentlich-rechtlich ausgestalteten GKV und erst Recht der öffentlichen Heilfürsorge, welche ihrem Umfang nach faktisch ja grundsätzlich der Versorgung innerhalb der GKV entspricht, tatsächlich diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht wird, dürfte in Deutschland nicht ernsthaft in Frage stehen; eher als von einer rationierungsherausfordernden Unterversorgung lässt sich in Deutschland derzeit wohl von einer grundsätzlichen Überversorgung mit Gesundheitsleistungen sprechen.[73] Auch kann nicht geleugnet werden, dass die gesetzlich Versicherten je nach Art und Schwere ihrer Krankheit Versicherungsleistungen erhalten, die ihrem Wert nach bisweilen weit über dasjenige hinausgehen, was in Bezug auf die von ihnen eingezahlten Beiträge als äquivalent – also den Beiträgen entsprechend – anzusehen ist.[74]

Rationierungen, welche zu einer gezielten Absenkung des Leistungsniveaus und zu einer Reduzierung des Leistungsumfangs in der GKV führen würden, dürften daher in Bereichen der derzeit bestehenden Überversorgung dem Grunde nach bis zu den oben aufgezeigten, zugegebenermaßen konkretisierungsbedürftigen Mindestgrenzen der vom Grundgesetz vorgeschriebenen Gesundheitsversorgung verfassungsrechtlich zulässig sein.[75] Unzulässig wäre jedoch in jedem Fall eine Absenkung der Behandlungsqualität unter die Basisschwelle eines in jedem Falle zu beachtenden mindesten medizinischen Qualitätsniveaus. Würde nämlich diese – ebenfalls konkretisierungsbedürftige – Schwelle unterschritten, so würde der Staat seinem verfassungsrechtlich vorgegebenen stationären Sicherstellungsauftrag nicht mehr gerecht.[76]

b. Einfachgesetzliche Ansatzpunkte für Rationierungen im System der GKV

Vor dem Hintergrund der grundsätzlich möglichen Rationierungen im deutschen Gesundheitswesen stellt sich die Frage, ob rationierende Entscheidungen bereits auf dem Grund der derzeitigen Rechtslage möglich sind, insbesondere ob der Arzt im konkreten Einzelfall aus ökonomischen Erwägungen heraus medizinisch an sich gebotene Behandlungen unterlassen darf. Da nach § 31 SGB V Art und Umfang der von den gesetzlich Versicherten zu beanspru-

---

[73] *Nettesheim*, VerwArch 3/2002, S. 315, 319 f., m.w.N., spricht von einem teilweisen Mangel an Pflegekräften, von Unterversorgung mit Palliativstationen und einem Mangel an sozialen Diensten sowie nicht zu verhindernden knappheitsbedingten Rationierungsentscheidungen im Falle von Unglücksfällen (Triage) und im Bereich der Organspende einerseits, andererseits aber von Überkapazitäten auf dem Gebiet der Dialyse und im kardiologischen Bereich.

[74] So kann beispielsweise eine zentralvenöse Versorgung mit Kalorien unter Umgehung des Magen-Darm-Traktes Kosten in Höhe von rund 81.500 € jährlich verursachen, vgl. *BGHSt* 49, S. 17 ff. = NJW 2004, S. 454 ff.; zu dieser im Hinblick auf den strafrechtlichen Untreuetatbestand höchst fragwürdigen Entscheidung sehr instruktiv *Ulsenheimer*, MedR 11/2005, S. 622 ff.

[75] Vgl. statt vieler, die hiervon ausgehen *Giesen*, ZfgV 2004, S. 557 ff.; *Nettesheim*, VerwArch 3/2002, S. 315 ff.

[76] *Nettesheim*, VerwArch 3/2002, S. 315, 348.

chenden Krankenhausleistungen einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt unterliegen,[77] mithin also auch die Möglichkeit von Rationierungen als Begrenzung der Leistungsansprüche der Patienten gesetzlich normiert sein müssen, ist eine Prüfung der Vorschriften des insofern maßgeblichen SGB V vorzunehmen, welche die Art und den Umfang der von den Versicherten im Krankheitsfall beanspruchbaren Krankenhausleistungen festlegen. Einschlägig sind zunächst die §§ 27, 39 SGB V. Nach § 27 Abs. 1 SGB V haben gesetzlich Versicherte „Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern." Krankenhausbehandlung wird nach § 39 Abs. 5 SGB V gewährt durch Erbringung derjenigen Leistungen, „die im Einzelfall nach Art und Schwere der Krankheit für die medizinische Versorgung (...) im Krankenhaus notwendig sind."

Welche Leistungen die Patienten im Rahmen der Krankenhausbehandlung genau beanspruchen können, beschreiben die Normen der §§ 27, 39 SGB V hingegen nicht; es besteht kein eigentlicher Leistungskatalog im Sinne einer Positivliste, der die den Versicherten im Einzelfall zu gewährenden Leistungen aufzählt.[78] Daher sind die Normen des SGB V nach Ansicht des *Bundessozialgerichtes* ihrer Rechtsnatur nach auch lediglich als unbestimmtes „subjektiv öffentlich-rechtliches Rahmenrecht" anzusehen, die es anhand untergesetzlicher Normsetzung[79] und anhand der diagnostischen und therapeutischen Entscheidungen der behandelnden Ärzte im Einzelfall zu konkretisieren gilt.[80] Inhaltlich geben §§ 27, 39 SGB V jedoch vor, dass sich der Umfang der zu erbringenden Leistungen lediglich an dem Kriterium der medizinischen Notwendigkeit zu orientieren hat, also an dem medizinisch vorliegenden Behandlungsbedarf. Einen Hinweis auf Kostenerwägungen, die den Leistungsumfang beschränken könnten und als Ansatzpunkt für ärztliche Rationierungen dienten, enthalten die Vorschriften hingegen nicht.[81] Allerdings steht seit dem Gesundheitsreformgesetz von 1989[82] die gesamte Leistungserbringung der GKV unter dem Eindruck des Wirtschaftlichkeitsprinzips, das das SGB V als eine Art Leitprinzip durchzieht; seine zentrale Vorschrift ist § 12

---

[77] Die Vorschrift lautet: „Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen dieses Gesetzbuchs dürfen nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden, soweit ein Gesetz es vorschreibt oder zulässt."

[78] *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs. 15/530, S. 55 ff.

[79] Beispiele sind die vorgesehene „Positivliste" in der Arzneimittelversorgung (§ 33a SGB V), die unmittelbar verbindlichen Richtlinien und Empfehlungen der Bundesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen (§§ 92 ff., 135 SGB V) und die zwei- und dreiseitigen Verträge bezüglich zur stationären und nichtstationären Krankenbehandlung (§§ 112, 115 SGB V); vgl. hierzu *Voß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 102 ff. Für die Krankenhausbehandlung sind insbesondere die Entscheidungen des mit dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 neu eingeführten „Ausschusses Krankenhaus" nach § 137c SGB V von Bedeutung, vgl. hierzu *Axer*, VSSR 4/2002, S. 215, 219 ff.; Begründung zum Gesetzentwurf der GKV-Gesundheitsreform 2000, BT-Drs. 14/1245, S. 90.

[80] *BSGE* 73, 271, 279 ff.; zum Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V *Schwerdtfeger*, NZS 1998, S. 49 ff., 97 ff.; *Luthe*, Optimierende Sozialgestaltung, S. 266 ff.; *Noftz*, in: *Hauck/Noftz*, SGB Gesamtkommentar, § 2 SGB V, Rnrn. 93 ff.

[81] Normativ wird die Krankenbehandlung insofern nicht als knappes Gut angesehen, *Ebsen*, in: *AG RAe im MedR* (Hrsg.), Budgetierung im Gesundheitswesen: wo bleibt der ärztliche Standard?, S. 109, 110.

[82] Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz – GRG) vom 20.12.1988, BGBl. I S. 2477.

Abs. 1 SGB V,[83] welcher für die Leistungserbringung in der GKV bestimmt, dass die Leistungen „ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein“ müssen und „das Maß des Notwendigen nicht überschreiten“ dürfen. „Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen.“ Die Vorschrift des § 12 SGB V richtet sich sowohl an die Versicherten, als auch an die Krankenkassen und de Leistungserbringer und bindet diese unmittelbar.

Maßgeblich für die Frage, ob es den Krankenhausärzten einfachgesetzlich – genauer: nach dem SGB V – gestattet ist, in Einzelfällen rationierende Entscheidungen zu treffen und den Patienten aus ökonomischen Erwägungen teure Krankenhausleistungen zu versagen, obwohl sie medizinisch notwendig erscheinen, ist daher die Frage, wie das Prinzip der „Wirtschaftlichkeit“ im SGB V zu verstehen ist.

Das *Bundesverfassungsgericht* hat in einer seiner Entscheidungen erklärt, dass es die Bedeutung des Wirtschaftlichkeitsgebotes des § 12 Abs. 1 SGB V darin sehe, „die finanziellen Grenzen, die der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung von der Belastbarkeit der Beitragszahler und der Leistungsfähigkeit der Volkswirtschaft her gezogen werden“, zu markieren.[84]

Demgegenüber hat das *Bundessozialgericht* in seiner Rechtsprechung eindeutig festgestellt, dass das Wirtschaftlichkeitsgebot des SGB V gerade keine Vorenthaltung medizinisch notwendiger Leistungen rechtfertigen kann, da sich die Wirtschaftlichkeit einer medizinischen Maßnahme nicht unabhängig von ihrem medizinischen Nutzen bestimmen lasse und sich gerade aus der Relation zwischen ihren Kosten und ihrem Heilerfolg (dem Nutzen) ergebe.[85] Im Rahmen des § 12 SGB V stünden die Begriffe des medizinisch Notwendigen, Ausreichenden, Zweckmäßigen und Wirtschaftlichen nicht separat nebeneinander, sondern „(...) in einem untrennbaren inneren Zusammenhang. Was zur Erzielung des Heilerfolges nicht notwendig oder zweckmäßig ist, ist begrifflich auch unwirtschaftlich. Die Unwirtschaftlichkeit der Behandlungsweise folgt daraus, dass Überflüssiges – was mehr, als „notwendig“ oder „ausreichend“ ist – getan wird oder dass – an sich geeignete – Behandlungsmethoden gewählt werden, die aufwendiger als andere zum gleichen Erfolg führende Behandlungsweisen sind (...).“[86] Der medizinischen Notwendigkeit ist bei der Leistungserbringung mithin stets ein

---

[83] *Noftz*, in: *Hauck/Noftz*, SGB Gesamtkommentar, § 12 SGB V, Rn. 6.

[84] *BVerfG*, MedR 1997, S. 318, 319.

[85] *BSGE* 52, 70, 75; vgl. auch *Isensee*, ZfgV 2004, S. 651, 656; zu einem anderen, „verabsolutierten“ Wirtschaftlichkeitsverständnis des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen (§ 135 SGB V) vgl. *Arnold*, in: *Taupitz/Brewe* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen, S. 67, 73 ff.

[86] *BSGE* 17, 79, 84; vgl. ferner *BSGE* 52, 70, 75; 52, 134, 137; zur Bedeutung der einzelnen Kriterien des § 12 SGB V Kasseler-Kommentar-*Höfler*, SGB Bd. 1, § 12 SGB V Rnrn. 20 ff.; *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck*

Vorrang vor wirtschaftlichen Erwägungen einzuräumen.[87]

Die Ansichten des *Bundesverfassungsgerichts* und des *Bundessozialgerichts* scheinen sich auf den ersten Blick zu widersprechen: Betont das *Bundesverfassungsgericht* noch – vernünftigerweise – die unleugbaren Grenzen der finanziellen Belastbarkeit des Krankenversicherungswesens, so scheint sich das *Bundessozialgericht* mit dem von ihm geforderten unbedingten Vorrang der medizinischen Notwendigkeit vor der Wirtschaftlichkeit hingegen für eine grundsätzlich unbeschränkte Leistungspflicht der GKV aussprechen zu wollen. Richtig und miteinander in Einklang stehend sind die Aussagen beider Gerichte jedoch wohl so zu verstehen, dass das *Bundesverfassungsgericht* einen eher programmatischen Ausspruch hat treffen und einen allgemeinen gesundheitsökonomischen Grundsatz hat darstellen wollen, nämlich den Grundsatz der Knappheit auch der volkswirtschaftlichen finanziellen Ressourcen, welcher fraglos auch im Wirtschaftlichkeitsprinzip seinen Niederschlage gefunden hat, und dass das *Bundessozialgericht* lediglich die derzeitige, ökonomisch sicherlich fragwürdige Gesetzeslage darstellt, nach der das einfachgesetzliche Wirtschaftlichkeitsprinzip des § 12 SGB V tatsächlich nur als relativer Begriff verstanden werden kann und aufgrund seiner Unbestimmtheit keine rationierenden Grenzziehungen zulässt. Ein – abwegiges – Plädoyer des *Bundessozialgerichts* für eine für eine Gesundheitsversorgung „um jeden Preis“ kann in seiner Rechtsprechung hingegen nicht erblickt werden, sondern lediglich der Hinweis auf den einfachgesetzlichen *status quo*.

Für die Frage, wie das Prinzip der „Wirtschaftlichkeit“ im SGB V konkret zu verstehen ist, ist dementsprechend dann auch die Rechtsprechung des *Bundessozialgerichts* heranzuziehen, die Aussage des *Bundesverfassungsgerichts* kann insofern vernachlässigt werden, da sie in einem anderen Zusammenhang zu sehen ist.

Dann aber bleibt festzuhalten, dass sich ein einfachgesetzlicher Ansatzpunkt für rationierende Entscheidung von Krankenhausärzten aufgrund ökonomischer Erwägungen im konkreten Einzelfall nicht besteht und solchermaßen Entscheidungen auch vor dem Hintergrund des § 31 SGB V im System der GKV nicht zulässig sind.

(Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 87 Rn. 20 ff.; *Igl*, in: *v. Maydell* (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar SGB, § 12 SGB V Rnrn. 16 ff; *Noftz*, in: *Hauck/Noftz*, SGB Gesamtkommentar, § 12 SGB V Rnrn. 17 ff.

87 Vgl. *BSGE* 22, 218, 220; 62, 24, 26; *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 87 Rn. 25: der therapeutische Nutzen geht dem Preis vor; *Clemens*, in: *Schulin* (Hrsg.), Sozialversicherungsrecht, § 35 Rn. 16 (zu § 70 SGB V); aus der zivilrechtlichen Lit. *Steffen*, in: FS für *Geiß*, S. 487, 49; im Ergebnis auch MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 684.

c. Die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit von Rationierungen durch ärztliche Leistungsverweigerung im konkreten Bedarfsfall

Die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Normierung der Möglichkeit von Rationierungsentscheidungen – so man sie denn einführen will – folgt aber nicht nur aus der einfachgesetzlichen Vorschrift des § 31 SGB V, sondern ist auch von Verfassungs wegen geboten. Dabei ergibt sich aus verfassungsrechtlichen Erwägungen über das Postulat der bloßen gesetzlichen Normierung der Möglichkeit von Rationierungsentscheidungen hinaus, dass eine rationierende, ökonomisch-medizinische Abwägung eines behandelnden Arztes im Einzelfall auf Grundlage weitgehend unbestimmter Rechtsbegriffe wie etwa des „Wirtschaftlichkeits"-Begriffes ohne ein hinreichendes Maß an zusätzlichen bestimmteren, gesetzlich vorgegebenen Entscheidungsmaßstäben nicht zulässig ist. Das ärztliche Handeln muss, soweit ökonomische Aspekte beachtet werden müssen, vielmehr gesetzgeberisch weitgehend determiniert werden, zudem muss die Entscheidungsfindung dem Patienten gegenüber transparent ablaufen.

aa. Das Postulat nach einer gesetzlichen Normierung der Möglichkeit zu rationierenden Entscheidungen folgt zunächst aus dem Gedanken der „Wesentlichkeitstheorie" des *Bundesverfassungsgerichts*. Hiernach bedürfen alle „wesentlichen" rechtlich zu regelnden Fragen einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst, wobei als „wesentlich" solche Fragen anzusehen sind, welche ein bedeutendes Rechtsgut in einem hinreichend hohen Maße betreffen; insbesondere bei staatliche Maßnahmen mit grundrechtsbeeinträchtigender Wirkung ist dies oftmals zu bejahen.[88]

Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob durch eine „wirtschaftlich" motivierte ärztliche Rationierungsentscheidung/Leistungsverweigerung im konkreten Einzelfall, welche – wie bereits dargelegt – wegen der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Leistungsanspruchs der gesetzlich Versicherten als Handlung (auch) mit öffentlich-rechtlichem Charakter anzusehen ist, Grundrechte des Patienten beeinträchtigt werden. Naheliegend erscheint insoweit zunächst die Betroffenheit des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit des Patienten (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)[89] sowie sein Eigentumsrecht (Art. 14 Abs. 1 GG).[90] Hiergegen wird im Zusammenhang mit der Möglichkeit von Rationierungen im deutschen Gesundheitswesen allerdings vorgebracht, dass die genannten Grundrechte nicht bei jeder Rationierungsentscheidung verletzt würden: Zum einen habe das Grundgesetz das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit als Schutzrecht gegen staatliche Eingriffe ausgestaltet, nicht aber als Recht auf die Bereitstellung oder Aufrechterhaltung staatlicher Leistungen.[91]

---

88 Vgl. *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20 Rn. 46; v. Mangoldt/Klein/Starck-*Sommermann*, GG, Bd. 2, Art. 20 Rnrn. 175 ff., 263 ff. m.w.N.

89 *Ebsen*, in: *AG RAe im MedR* (Hrsg.), Budgetierung im Gesundheitswesen: wo bleibt der ärztliche Standard?, S. 109, 113 f.; *Nettesheim*, VerwArch 3/2002, S. 315, 347.

90 Vgl. oben Kap. 3. A. II. 1.; konkret auch *Giesen*, ZfgV 2004, S. 557, 578.

91 *Isensee*, ZfgV 2004, S. 651, 663 f.

Zum anderen wären die Ansprüche der Versicherten gegen die Sozialversicherungsträger auch von vornherein flexibel ausgestaltet und auf Veränderungen angelegt, so dass bei ihrer Ausgestaltung die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes in der Regel nicht als Prüfungsmaßstab dienen könne. Die Eigentumsgarantie folge dem System der Sozialversicherung, sprenge es aber nicht.[92]

Im Ergebnis ist die Frage der Grundrechtsbeeinträchtigung für die Begründung der Wesentlichkeit der vorliegenden Frage allerdings irrelevant. Selbst wenn man der o.a. Auffassung folgen und Grundrechtsbeeinträchtigungen bei rationierenden Entscheidungen unter Umständen verneinen will, so sind die rationierenden Entscheidungen als Ausgestaltung des medizinischen Leistungskataloges und des Umfanges des Behandlungsanspruchs der gesetzlich Versicherten m.E. nämlich dennoch als eine „wesentliche" gesellschaftliche Frage anzusehen, welche aus verfassungsrechtlichen Gründen einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage bedürfen. Zu begründen ist dies damit, dass in jedem Falle und wohl unbestreitbar festzuhalten bleibt, dass der medizinische Leistungskatalog der GKV und der Umfang des Behandlungsanspruchs des versicherten Patienten für dessen Lebensplanung und auch für das Lebensgefühl von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist und somit als eine „wesentliche" gesellschaftspolitische Frage anzusehen ist.[93]

bb. Das Erfordernis der weitgehenden gesetzlichen Determinierung ärztlichen Handelns für die Entscheidung der Frage, ob in einem Einzelfall eine rationierende Entscheidung angezeigt ist, ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Zunächst ist zu bedenken, dass Ärzte ihrer Profession nach vornehmlich zur Entscheidung medizinisch-fachlicher Fragen kompetent ausgebildet sind, nicht aber zur Beurteilung ökonomischer oder gesellschaftspolitischer Fragestellungen. Sofern sich die behandelnden Ärzte dann aber medizinisch-ökonomischen Fragen der Rationierung stellen und diese auch beantworten sollen, ist es nur natürlich, dass ihre Erwägungen aufgrund einer gewissen Fachferne eine erhöhte Fehleranfälligkeit aufweisen. Weiterhin sollte auch nicht vernachlässigt werden, dass sich die dem Patienten naturgemäß nahestehenden Ärzte bei einer von ihnen verlangten Abwägung zwischen medizinischen und ökonomischen Kriterien schnell in einer persönlich durchaus belastenden Situation befinden können, in der sie gegebenenfalls doch eher eine emotionale und damit eine gewissermaßen „unvernünftige" Behandlungsentscheidung treffen. Um einer solchen möglichen emotionalen Überforderung der Ärzte vorzubeugen und die Fehleranfälligkeit ihrer – ökonomischen – Entscheidungen zu minimieren, sollten die notwendigen einzuführenden Rationierungsentscheidungen – soweit möglich – auf „höherer Ebene" getroffen werden,

---

92 *Isensee*, ZfgV 2004, S. 651, 665.

93 Angedacht werden kann auch, wie etwa bei *Ebsen*, NDV 1997, S. 71, 73, notfalls zur Begründung einer Grundrechtsbetroffenheit des Patienten bei rationierenden Entscheidungen auf seine allgemeine Handlungsfreiheit Rückgriff zu nehmen. Allerdings erbringt das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit aufgrund seines generellen und unbestimmten Auffang-Prüfungsmaßstabes m.E. für die Frage nach der „Wesentlichkeit" einer ggf. zu regelnden Materie nur geringen Erkenntnisgewinn.

beispielsweise durch eine generelle gesetzliche Beschneidung des Leistungskataloges der GKV oder möglicherweise im Wege gesetzlich hinreichend legitimierter Versorgungsleitlinien.[94] Ist eine solche generelle Rationierung auf „höherer Ebene“ nicht möglich, müssen den Ärzten so weit wie möglich eindeutige Handlungs- und Abwägungsanweisungen zur Gewichtung der einzelnen berührten Belange vorgegeben werden, was auch vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG erforderlich erscheint. Denn nur, wenn durch allgemeingültige konkrete Maßgaben für die zu treffenden Rationierungsentscheidungen sichergestellt wird, dass die verschiedenen gesetzlich versicherten Patienten in ihrer Behandlung den gleichen Entscheidungsmaßstäben unterliegen und sie nicht allein der Beurteilung des jeweils entscheidenden Arztes ausgesetzt sind, kann ihre Gleichbehandlung hinsichtlich der Rationierungsentscheidungen als Konkretisierung ihres Behandlungsanspruches als hinreichend gesichert angesehen werden.[95]

cc. Das Erfordernis, dass Rationierungsentscheidungen in transparenter, also für den Patienten erkennbarer Weise ergehen, ist zunächst dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes geschuldet. Aus diesem entspringt zum einen die Maßgabe, dass zum Schutz verlässlichen und nicht willkürlichen staatlichen Handelns das staatliche Handeln, soweit die Interessen der Bürger berührt werden, öffentlich und damit messbar und nachvollziehbar bleibt.[96] Zudem muss die jeweilige Entscheidungsfindung auf rational-nachvollziehbaren Entscheidungskriterien und auf einem sorgfältig ermittelten Sachverhalt beruhen.[97] Auch dies kann nur bei ausreichend transparentem Handeln überprüft werden. Über die rechtsstaatlichen Erwägungen hinaus ist ein offenes und transparentes Verfahren im Rahmen von Rationierungsentscheidungen aber auch erforderlich, um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Ausfluss seines Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zur vollen Geltung zu bringen: Nur wenn der Patient darüber aufgeklärt wird, dass ihm aus Knappheitsgründen eine medizinisch notwendige Leistung versagt wird, ist sichergestellt, dass der Patient die Möglichkeit erhält, sich die versagte Leistung aus Eigeninitiative an anderer Stelle zu verschaffen.[98]

---

[94] *Giesen*, ZfgV 2004, S. 557, 576 f.; *Ebsen*, in: *AG RAe im MedR* (Hrsg.), Budgetierung im Gesundheitswesen: wo bleibt der ärztliche Standard?, S. 109, 114, 120; *Genzel,* in: *Taupitz/Brewe* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen, S. 101, 109; gegen die Zulassung von Rationalisierungsentscheidungen im konkreten Arzt-Patient-Verhältnis auch *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 288; *v. d. Hart*, in: *AG RAe im MedR e.V.* (Hrsg.), Die Budgetierung im Gesundheitswesen: wo bleibt der ärztliche Standard?, S. 29, 31, die hierin eine fachliche und moralische Überforderung des Arztes erblicken; vgl. ferner *Rehborn*, zit. nach *Sandbiller*, MedR 1/2002, S. 19, 21; *Voß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 157 f.; zur Leitliniendogmatik vgl. unten Kap. 4 D. II. 3. a. aa. (2).

[95] *Giesen*, ZfgV 2004, S. 557, 578.

[96] Maunz/Dürig-*Herzog*, GG, Bd. 2, Art. 20, VII (Rechtsstaat), Rn. 59; konkret in Bezug auf Rationierungsentscheidungen *Isensee*, ZfgV 2004, S. 557, 671.

[97] *Nettesheim*, VerwArch 3/2002, S. 315, 348 spricht diesbezüglich von den Geboten „substanzieller und prozeduraler Rationalität“.

[98] *Nettesheim*, VerwArch 3/2002, S. 315, 348; zur Frage der privaten Versicherbarkeit der durch Rationalisierungen in der GKV aus dem Leistungskatalog entfallenden Leistungen *Dibbern*, ZfgV 2004, S. 639, 644 ff.; zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht Maunz/Dürig-*Di Fabio*, GG, Bd. 1, Art. 2 Rnrn. 204 ff.

3. Folgerungen für die Ausgestaltung des DRG-Systems

Die Anreize des DRG-Systems hinsichtlich verdeckter rationierender Behandlungsentscheidungen im Einzelfall einerseits und deren einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Unzulässigkeit andererseits erforderten, dass der Staat bzw. der Gesetzgeber bei der Einführung des DRG-Systems wirksame Maßnahmen ergriff, um möglichen verdeckten Rationierungen entgegenzuwirken. Die bloße Einführung des neuen Abrechnungssystems als seinem Zweck nach unbedenkliche Rationalisierungsmaßnahme, ohne zugleich wirksame Maßnahmen gegen die Anreize zur Rationierung Rechnung zu ergreifen, wäre verfassungsrechtlich nicht zulässig gewesen.

Der Gesetzgeber hat diesen Erfordernissen dadurch Rechnung getragen, dass er mit dem Fallpauschalengesetz die in § 137 SGB V vorgesehenen Maßnahmen zur Sicherung der Behandlungsqualität in den Krankenhäusern deutlich erweitert hat.[99] Dabei hat er mit den neu eingeführten Qualitätssicherungsinstrumenten der Vereinbarung von Mindestanforderungen an die Struktur- und Erfolgsqualität der Krankenhausbehandlung, die Mindestmengenregelungen und die Qualitätsberichte auf Maßnahmen zurückgegriffen, die durchaus erfolgversprechend und im Ausland teilweise bereits bewährt sind. Daher hat der Gesetzgeber zunächst einmal die sozialstaatsrechtlichen Anforderungen an eine zulässige Einführung des DRG-Systems erfüllt. Sollten sich die neuen Qualitätssicherungsmaßnahmen in Zukunft jedoch als unzureichend darstellen, so wird eine Nachbesserung erforderlich sein.

Bei allen Befürchtungen einer Absenkung der Versorgungs- und Behandlungsqualität als Folge der DRG-Einführung in Deutschland ist zuletzt allerdings auch darauf hinzuweisen, dass es durchaus möglich erscheint, dass die Einführung des DRG-Systems und der mit ihm steigende Kostendruck nicht nur negative, sondern auf weite Sicht auch positive Auswirkungen auf die Abläufe der Krankenhausbehandlung in Deutschland haben kann. So ist abzusehen, dass aus Sparsamkeitsgründen insbesondere die Verweildauer in den Krankenhäusern sinken wird, die Abfolge der verschiedenen Untersuchungen und Behandlungen im Krankenhaus zeitlich besser aufeinander abgestimmt und auch die Kooperation der verschiedenen Abteilungen optimiert wird.[100] Dies kommt allen Patienten zu Gute, insbesondere aber solchen, die erwiesenermaßen besonders stark unter einem Klinikaufenthalt leiden, beispielsweise Kindern.[101] Weiterhin kann für die Qualität der Patientenbehandlung unter dem DRG-System von Vorteil sein, dass die Ärzte zu einer sachgerechten Einstufung eines Behand-

---

[99] Vgl. oben Kap. 2. C. III. 4. b.

[100] In Australien führte die Einführung der DRGs sogar dazu, dass 70 bis 80 % der Patienten erst am Tag der OP aufgenommen werden, *Visse*, f&w 6/2001, S. 570.

[101] Zuzugeben ist allerdings, dass aufgrund der besonderen Belastung eines Krankenhausaufenthaltes die durchschnittliche Liegezeit von Kindern mit 6,7 Tagen schon vor der Einführung der DRGs weit unter dem Erwachsenendurchschnitt (etwa 10 Tage) lag. Insofern sind hier keine allzu großen Rationalisierungspotenziale mehr ersichtlich, *Hackenbroch*, Der Spiegel 1/2003, S. 119.

lungsfalles in das Fallgruppensystem gezwungen sind, das Krankheitsbild des Patienten möglichst umfassend zu erfassen und zu kodieren.[102] Dies wird dazu führen, dass unter dem neuen Vergütungssystem mehr Nebendiagnosen erfasst, dokumentiert und kodiert werden als bisher, so dass die Patienten nach der Einführung von DRGs „auf dem Papier" in der Regel kränker erscheinen werden als zuvor.[103] Möglicherweise geht diese ökonomisch sinnvolle Suche nach Comorbiditäten bei den Patienten einher mit gründlicheren oder umfangreicheren Untersuchungen, was vielleicht eine Verbesserung der stationären Diagnostik bedeutet. Zuletzt ist auch die unter dem DRG-System angestrebte und bereits stattfindende Herausbildung von Kompetenzzentren und Spezialkliniken[104] als möglicherweise positiver Aspekt im Hinblick auf die Entwicklung der Behandlungsqualität zu nennen.[105] In Australien jedenfalls hat sich die Behandlungsqualität nach der Einführung der DRGs eindeutig verbessert,[106] in den USA konnte zumindest kein Qualitätseinbruch festgestellt werden,[107] und auch in Deutschland gibt es nach der Einführung des DRG-basierten Abrechnungssystem aufgrund des stärkeren Wettbewerbes bereits positive Stimmen hinsichtlich einer steigenden Behandlungsqualität.[108]

B. Die "Kompetenz der Länder zur Krankenhausplanung" als Bremse im Gesetzgebungsverfahren

Im Gesetzgebungsverfahren zum Fallpauschalengesetz sah sich die Regierungskoalition auf Bundesebene als Gesetzesinitiator im Hinblick auf die von den Ländern mehrfach in die Beratungen eingeführte „Kompetenz der Länder zur Krankenhausplanung" (§§ 6, 1 KHG) in mehreren Fällen gezwungen, an ihrem ursprünglichen Gesetzesentwurf deutliche Änderungen

---

[102] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. c. bb. (2).

[103] *Fritsche/Lohmann/Langrehr/Neuhaus/Neumayer*, f&w 2/2001, S. 173, 174; *Ohm/Albers/Aßmann/Brase*, f&w 1/2001, S. 38, 39; vgl. auch Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 45, zu § 10 Abs. 3 S. 3 KHEntgG. Angemerkt sei an dieser Stelle, dass eine gründlichere Untersuchung des Patienten für diesen neben den für seine Gesundheit vorteilhaften Auswirkungen im Hinblick auf seine Krankenversicherung durchaus nachteilige Auswirkungen haben kann. So kann es sein, dass der privat versicherte Patient oder derjenige, der sich privat versichern möchte, aufgrund seines nunmehr aufgedeckten schlecht(er)en Gesundheitszustandes höhere Versicherungsbeiträge wird zahlen müssen; mitunter kann er auch Schwierigkeiten bekommen, überhaupt ein privates Krankenversicherungsunternehmen zu finden, welches ihn versichert. Geht man allerdings davon aus, dass bei allen privat Versicherten oder privat zu Versichernden ein Anstieg ihrer entdeckten Nebenerkrankungen zu verzeichnen sein wird, dann werden aller Voraussicht nach die bestehenden Marktmechanismen für eine zufriedenstellende Regulierung dieser Probleme sorgen, da ja auch die privaten Krankenversicherungsunternehmen es sich nicht leisten können, allzu viele Kunden an andere Unternehmen oder gar die GKV als freiwillige Versicherung zu verlieren.

[104] Zu diesen Tendenzen *Buscher*, Das Krankenhaus 3/2005, S. 181, 183.

[105] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 43; *Andreas*, ArztR 6/2005, S. 144 ff.

[106] *Broadhead*, zitiert nach *Meurer*, f&w 6/2001, S. 560 f.; allerdings ist bei Rückschlüssen für die prognostizierte Entwicklung der Behandlungsqualität in Deutschland stets zu bedenken, dass das australische Krankenhauswesen von dem in Deutschland deutlich unterscheidet (Unterversorgung einerseits und Überversorgung andererseits).

[107] *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 186.

[108] *Buscher*, Das Krankenhaus 3/2005, S. 181 f.

vorzunehmen. So wurde die Festlegung des Tatbestandes für die Sicherstellungszuschläge wegen der „Kompetenz der Länder zur Krankenhausplanung“ faktisch von der Bundes- auf die Landesebene verlagert, und auf die Einführung von Strukturvereinbarungen wurde ganz verzichtet.[109] Angesichts dessen, dass eine solchermaßen sinnvolle Regelung wie die Strukturvereinbarungen verhindert wurde, hat sich die Kompetenz der Länder zur Krankenhausplanung möglicherweise als ein Hemmnis bzw. eine Bremse für eine optimale Ausgestaltung des ordnungspolitischen Rahmens des deutschen DRG-Systems erwiesen. Aus diesem Grund und auch, weil die Diskussion um die Einführung von Strukturvereinbarungen in Zukunft möglicherweise wiederholt geführt werden wird,[110] soll im Folgenden hinterfragt werden, inwieweit die Kompetenz der Länder zur Krankenhausplanung die Regelungsmöglichkeiten des Bundesgesetzgebers tatsächlich beschränkt. Exemplarisch wird dabei von der geplanten Regelung der Strukturvereinbarungen und der Regelung der Sicherstellungszuschläge ausgegangen.

I. Die Zulässigkeit von Strukturvereinbarungen

1. Die geplante Änderung des § 109 SGB V

Die Strukturvereinbarungen waren im Entwurf des Fallpauschalengesetzes, dort im Entwurf eines neuen § 109 Abs. 1 S. 4-6 SGB V, als eine Sonderform der schon zuvor in § 109 SGB V geregelten Versorgungsverträge vorgesehen.[111] Die neue Vorschrift des § 109 Abs. 1 S. 4-6 SGB V sollte lauten:

> „[4]Die Vertragsparteien nach Satz 1[112] können im Einvernehmen mit der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde Änderungen der Leistungsstruktur eines nach § 108 zugelassenen Krankenhauses im Rahmen des Versorgungsvertrages oder eine Änderung des Versorgungsvertrages vereinbaren, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Schwerpunktbildung, der Spezialisierung und der Qualitätssicherung. [5]Werden von einer beabsichtigten Änderung der Leistungsstruktur oder des Versorgungsbedarfs auch andere Krankenhäuser in der Versorgungsregion berührt, erhalten diese Gelegenheit zur Stellungnahme. [6]Kommt bei einem Plankrankenhaus eine Vereinbarung nicht zustande, kann jede Vertragspartei nach Satz 1 gegenüber der zuständigen Landesbehörde eine Änderung des Feststellungsbescheides nach § 8 Abs. 1 Satz 3 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes, mit dem das Krankenhaus in den Krankenhausplan des Landes aufgenommen ist, anregen.“

Allgemein kommen Versorgungsverträge nach § 109 Abs. 1 S. 1 SGB V durch schriftliche Vereinbarung zwischen den Krankenhausträgern, den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen zustande, bedürfen zu ihrer Wirksamkeit allerdings der Genehmigung der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde. Bei Hochschul-

---

[109] Vgl. Kap. 2. C. IV. 4. a., c.
[110] *Baum/Rau*, f&w 2/2002, S. 100, 101.
[111] Entwurf des § 109 SGB V, Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893 S. 3.
[112] Das sind der Krankenhausträger, die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen.

kliniken und Plankrankenhäusern wird der Abschluss eines Versorgungsvertrages fingiert.[113] Ihrer Rechtsnatur und ihrem Wesen nach sind Versorgungsverträge öffentlich-rechtliche Verträge,[114] welche die Zulassung eines Krankenhauses als Leistungserbringer der GKV begründen und auf diese Weise die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung sicherstellen.[115]

Als materielle Voraussetzung für den Abschluss eines Versorgungsvertrages gibt § 109 Abs. 3 S. 1 SGB V vor, dass das in Frage stehende Krankenhaus eine leistungsfähige und wirtschaftliche Krankenhausbehandlung gewährleistet und für eine bedarfsgerechte Versorgung der Versicherten erforderlich ist.[116] Dies sind die gleichen Voraussetzungen, die ein Krankenhaus auch zur Aufnahme in den Landeskrankenhausplan erfüllen muss. Versorgungsverträge haben gegenüber den Krankenhausplänen dennoch eine eigenständige Bedeutung, die darin besteht, dass sie ein Instrument sind, mit dem schneller und flexibler auf etwaige Änderungen des Versorgungsbedarfs reagiert werden kann als durch eine Änderung der auf längere Laufzeit ausgerichteten Krankenhauspläne. Ergeben sich während der Laufzeit des Krankenhausplanes ungeplante Engpässe in der Krankenhausversorgung, so können diese durch einen kurzfristigen Abschluss zusätzlicher Versorgungsverträge überwunden werden; besteht ein Versorgungsüberangebot und ist ein Krankenhaus für die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung dauerhaft nicht mehr erforderlich, so kann der Versorgungsvertrag gemäß § 110 SGB V mit Jahresfrist gekündigt werden.[117]

Der Inhalt von Versorgungsverträgen geht regelmäßig über die bloße Zulassung eines Krankenhauses zur Behandlung im Rahmen der GKV hinaus. § 109 Abs. 1 S. 4, 5 KHG in seiner jetzigen Form erlaubt bereits, im Wege von Versorgungsverträgen eine abweichende Regelung bezüglich der im Krankenhausplan vorgegebenen Bettenzahl eines Krankenhauses zu treffen. Voraussetzung ist jedoch, dass sich dadurch nicht die ebenfalls im Krankenhausplan vorgegebene Leistungsstruktur des Krankenhauses ändert; die Leistungsstruktur darf nur dann Inhalt von Versorgungsverträgen sein, wenn der Krankenhausplan insofern keine Angaben enthält. Alle strukturell relevanten Fragen der Krankenhausplanung verbleiben somit grundsätzlich in der Zuständigkeit oder zumindest in der Kontrolle der Länderbehörden.

Verglichen mit der bestehenden Regelung des § 109 SGB V sollte die Innovation der geplanten Strukturvereinbarungen also darin bestehen, den Vertragsparteien der Versorgungsverträge zu gestatten, vom Krankenhausplan abweichende Vereinbarungen nicht mehr

---

[113] § 109 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2 SGB V; *Hencke*, in: *Peters*, Handbuch der Krankenversicherung, § 109 SGB V Rnrn. 3 ff.

[114] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 87 Rn. 39 ff., 44; instruktiv *Wallerath*, NJW 1987, S. 1472 ff (noch zur alten Rechtslage unter der RVO).

[115] § 108 Nr. 3 SGB V.

[116] § 109 Abs. 3 S. 1 SGB V.

[117] *Quaas*, MedR 6/2002, S. 273, 277; vgl. auch § 110 Abs. 1 SGB V.

nur hinsichtlich der Bettenzahl einer Klinik, sondern auch hinsichtlich ihrer Leistungsstruktur und sogar hinsichtlich ihres Versorgungsauftrages zu gestatten[118] – wohlgemerkt noch immer unter dem Vorbehalt des Einvernehmens der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde; die Kompetenzen der Vertragsparteien der Versorgungsverträge für die Leistungsmengen- und Leistungsstrukturplanung sollte insofern erheblich gestärkt werden, was auch anhand der Regelung des geplanten § 109 Abs. 1 S. 6 SGB V deutlich wird.

2. Die Begründung zur Änderung des § 109 SGB V

Die Gesetzesinitiatoren begründeten die von ihnen geplante Änderung des § 109 SGB V und die Einführung von Strukturvereinbarungen zunächst damit, dass es nach der Steigerung der Leistungstransparenz durch das DRG-System mehr als zuvor eines Instrumentes bedurfte, um die regionalen Versorgungsstrukturen schnell und flexibel an den tatsächlichen Bedarf an Krankenhausleistungen und an die strukturellen Veränderungen in der Krankenhauslandschaft anzugleichen, die durch die erwarteten Spezialisierungen einzelner Kliniken und die Herausbildung von Kompetenzzentren mit sich bringen könnten.[119] Weiterhin wiesen die Gesetzesinitiatoren darauf hin, dass einige Bundesländer bereits unter dem alten Abrechnungssystem auf Grundlage des § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V ihre Landeskrankenhausplanung weitgehend auf eine Rahmenplanung beschränkten und im Gegenzug den Krankenhäusern und Krankenkassen die Leistungsstrukturplanung im Wege von Versorgungsverträgen überließen.[120] Diese Entwicklung wollte man aufgreifen und ausbauen.[121]

Der Grund für den vom Gesetzgeber angeführten Trend in den Bundesländern hin zu einer stärkeren Beteiligung der Krankenhäuser und Krankenkassen an der Leistungsstrukturplanung auf der Grundlage des bisherigen § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V sind die veränderten Planungserfordernisse und -möglichkeiten, die sich aus der Einführung der prospektieren Budgetierung in 1985[122] und der Einführung der neuen, leistungsorientierten Entgeltformen von Fallpauschalen und Sonderentgelten mit dem Gesundheitsstrukturgesetz von 1993 und der Bundespflegesatzverordnung von 1995[123] ergaben.

---

[118] Eine Änderung der Leistungsstruktur bedeutet eine Veränderung von einzelnen Leistungsbereichen des Krankenhauses, z.B. durch die Bildung neuer Schwerpunkte oder die Aufgabe von nicht notwendigerweise vorzuhaltenden Leistungen; der Begriff des Versorgungsauftrages hingegen ist umfassender, er umfasst sowohl die Aufgabenstellung der Klinik als auch ihre für die Patientenversorgung konkret erforderliche Leistungsfähigkeit (vgl. im Einzelenen § 4 BPflV), vgl. Begründung zum Entwurf des § 109 SGB V, Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 29; *Schmidt*, in: *Peters*, Handbuch der Krankenversicherung, § 39 SGB V Rnrn. 45 ff.

[119] Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 28; *Bruckenberger*, ökz 1/2003, S. 2, 3.

[120] Vgl. dazu *Stapf-Finé/Polei*, Das Krankenhaus 2/2002, S. 97, ebenda; *Bruckenberger*, Stellungnahme als Einzelsachverständiger zur Anhörung des Gesetzentwurfes zur GKV-Gesundheitsreform 2000, S. 24.

[121] Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 30.

[122] Vgl. oben Kap. 1. H. I. 1.

[123] Vgl. oben Kap. 1. H. II. 3.

Bis zur Einführung der prospektiven Budgetierung in 1985 existierte in Deutschland als einzige Form der Krankenhausplanung die *Bettenkapazitätsplanung* der Länder (§§ 6, 1 KHG): Die zuständigen Behörden der Länder stellten einen für die Dauer von fünf bis sieben Jahren gültigen Krankenhausplan auf, in dem zur Deckung des zuvor festgestellten tatsächlichen Bedarfs an Krankenhausleistungen[124] die erforderlichen Krankenhäuser sowie die in den Krankenhäusern notwendigen Abteilungen und Bettenkapazitäten vorgegeben wurden.[125]

Mit Einführung der prospektiven Budgetierung in 1985 trat neben die kapazitätsorientierte Krankenhausplanung der Länder jedoch eine faktische, *parallele Leistungsplanung* der Krankenhäuser und Krankenkassen, die darin begründet war, dass den Krankenhäusern und Krankenkassen als Pflegesatzparteien (§ 18 Abs. 2 KHG) im System der prospektiven Budgetierung die Aufgabe zukam, die prospektiven Krankenhausbudgets auszuhandeln. Da die Krankenhausbudgets sich an den den Kliniken im nächsten Pflegesatzzeitraum entstehenden Kosten orientieren, die Kosten im Krankenhaus wiederum aber nicht durch den Umfang der Bettenkapazitäten, sondern durch die im Einzelnen erbachten Leistungen verursacht werden, war es für die Krankenhäuser und Krankenkassen zur Wahrnehmung ihrer Aufgabe unerlässlich, eine Prognose der von den Krankenhäusern zu erbringenden Leistungen anzustellen (Leistungsplanung). Ergebnis des neuen Systems war, dass für die kapazitätsorientierte Krankenhausplanung weiterhin die Länderbehörden zuständig blieben, die Kalkulation der Leistungen und der (abrechnungsrelevanten) Pflegetage jedoch faktisch in die Verantwortung der Pflegesatzparteien überging.

Die Einführung der leistungsorientierten Entgeltformen der Fallpauschalen und Sonderentgelte durch das Gesundheitsstrukturgesetz-1993 und die Bundespflegesatzverordnung-1995[126] relativierte den Nutzen und die Bedeutung der kapazitätsorientierten Krankenhausplanung der Länder zusätzlich, da von nun an für rund 20 % der erbrachten Krankenhausleistungen nicht mehr die bloße Bettenauslastung (Kapazitätsauslastung), sondern die Art der erbrachten Leistung zum Anknüpfungspunkt der Vergütung wurde. Der Inhalt der Krankenhausplanung der Länder (Bettenkapazität des Krankenhauses) und die Vergütungseinheit (Leistung des Krankenhauses) fielen in diesem Bereich auseinander, was bedeutete, dass die Krankenhausplanung der Länder insofern als überholt anzusehen war. Seinen gesetzlichen Ausdruck fand dies auch in der Einfügung des derzeit gültigen § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V durch das Gesundheitsstrukturgesetz 1993: Da sich die Krankenhauspläne der Länder aufgrund der gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich auf die Vorgabe von Standorten, Abteilungen und Bettenzahlen der Kliniken reduzieren, wurde als Folge des neuen Entgeltsystems vom Gesetzgeber die

---

[124] Der tatsächliche, nicht der erwünschte Bedarf war maßgeblich, *BVerwG*, Urt. v. 14.11.1985, Az.: 3 C 41, 84; er bemisst sich nach der Summe der Verordnungen für Krankenhausbehandlung durch die Ärzte und deren Anerkennung, vgl. *Bruckenberger*, Fehlbelegungsorientierte Leistungsplanung, S. 7.

[125] *Bruckenberger*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, S. 93, 98.

[126] Vgl. oben Kap. 1. H. II. 3.

Möglichkeit geschaffen, den im Krankenhausplan festgelegten grundsätzlichen Versorgungsauftrag einer Klinik durch ergänzende und plankonkretisierende Vereinbarungen der Krankenhäuser und der Krankenkassenverbände zu präzisieren. Hierdurch wurde vom Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, die bisher parallel neben der Krankenhausplanung der Länder stehende Leistungsstrukturplanung der Krankenhäuser und Krankenkassen in die Krankenhausplanung der Länder zu inkorporieren und mittelbar auf sie einzuwirken.[127]

Viele Bundesländer – als erstes Niedersachsen – machen seitdem von der in § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch und gestalten ihre Krankenhausplanung als bloße Rahmenplanung, indem sie in den Krankenhausplänen lediglich die Standorte der Krankenhäuser und ihre Fachabteilungen bestimmen; die Bestimmung der Bettenkapazität und die Bestimmung der Leistungsstruktur bleibt dann Gegenstand der Versorgungsverträge, also der bisherigen Strukturvereinbarungen nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V.[128]

Der entscheidende Vorteil der Leistungsstrukturplanung durch Krankenhäuser und Krankenkassen im Wege von Strukturvereinbarungen gegenüber einer Vorgabe der Leistungsstrukturen durch die Länder im Krankenhausplan ist, dass die Krankenhäuser und Krankenkassen im Gegensatz zu den Ländern einen leistungsbezogenen und keinen kapazitätsbezogenen Planungsansatz verfolgen. Der leistungsbezogene Planungsansatz wiederum wird der Tatsache gerecht, dass viele Krankenhausbehandlungen interdisziplinär und unter Beteiligung mehrerer Krankenhausabteilungen erfolgen, was im Wege starrer Vorgaben von Krankenhausabteilungen und deren Bettenzahlen im Krankenhausplan nur schwer präzise darzustellen ist.[129]

3. Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers zur Änderung des § 109 SGB V

Angesichts der Vorteile, die die geplante Änderung des § 109 SGB V für eine flexible und präzise Anpassung der Krankenhausstrukturen an den unter dem DRG-System zunehmend transparenter werdenden Versorgungsbedarf bedeutet hätte, ist das Scheitern der Gesetzesänderung im Gesetzgebungsverfahren bedauerlich und nur schwer nachzuvollziehen. Die Bundesländer jedenfalls sahen in der geplanten Kompetenzerweiterung der Krankenhäuser und Krankenkassen eine deutliche Gefährdung „ihrer“ Kompetenz zur Krankenhausplanung. Zwar sollten auch die neuen Strukturvereinbarungen unter dem Vorbehalt des Einvernehmens

---

[127] *Bruckenberger*, Von der Krankenhaus-Planung zur Krankenhaus-Rahmenplanung, Gliederungspunkt 3.

[128] *Bruckenberger*, Von der Krankenhaus-Planung zur Krankenhaus-Rahmenplanung, Gliederungspunkt 3; *ders.*, Stellungnahme als Einzelsachverständiger zur Anhörung des Gesetzentwurfes zur GKV-Gesundheitsreform 2000, S. 24; *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 87 Rn 13b.

[129] *Bruckenberger*, Von der Krankenhaus-Planung zur Krankenhaus-Rahmenplanung, Gliederungspunkt 3; für eine zukünftige Leistungsplanung der Länder auch *Robra/Deh/Swart/Felder/Dralle*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhausreport 2003, S. 137, 144 ff.

der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörden stehen; allein aber in der grundsätzlichen Möglichkeit der Krankenhäuser und Krankenkassen, die Vorgaben des Krankenhausplanes bezüglich der Leistungsstrukturen und des Versorgungsauftrages der Klinik nicht mehr nur wie bisher zu konkretisieren, sondern sogar von ihnen abzuweichen, sei ein Infragestellen der Landeskrankenhausplanung zu sehen.[130] Angesichts dieses vielfach bemühten Arguments soll im Folgenden die Frage der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern im Bereich der Krankenhausplanung näher beleuchtet und geprüft werden, ob der Bundesgesetzgeber tatsächlich an der Änderung des § 109 SGB V aus Kompetenzgründen gehindert gewesen wäre, oder ob er die Norm theoretisch hätte erlassen dürfen.

a. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Zur Begründung der Kompetenz des Bundes für das Fallpauschalengesetz beriefen sich die Gesetzesinitiatoren – ohne die weiter auszuführen – pauschal auf die konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeiten nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG für die „Sozialversicherung“ und nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG für die „Wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze“. Der Bereich der „Sozialversicherung“ sei berührt, weil das Fallpauschalengesetz die Qualität der Leistungserbringung der Krankenhäuser verbessern solle, was wiederum das Krankenversicherungswesen und darüber die Sozialversicherung beträfe; der Kompetenzbereich der „wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und der Regelung der Krankenhauspflegesätze“ sei eröffnet, weil er durch das neue umfassende leistungsorientierte und einheitliche Entgeltsystem des Fallpauschalengesetzes „auf neue Grundlagen gestellt“ würde. Die nach Art. 72 Abs. 2 GG für eine bundesgesetzliche Regelung im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit notwendige Erforderlichkeit zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse ergebe sich daraus, dass nur bundeseinheitliche Vergütungsregelungen im Krankenhausbereich die notwendige Rechtseinheit und die Sicherstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet gewährleisten könnten.[131]

Fraglich erscheint nun, inwieweit die geplante Änderung des § 109 SGB V von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 oder Nr. 19a GG gedeckt gewesen wäre.

---

[130] Vgl. *Odenbach*, in: *Ossen/Odenbach/Robbers*, Das Krankenhaus 7/2001, S. 567, 568.
[131] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 29.

aa. Die Kompetenz zur Regelung der Sozialversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG)

Der Kompetenzbereich der „Sozialversicherung“ wird im Allgemeinen weit verstanden. Er umfasst jegliche Versicherungen zur Abdeckung sozialer Risiken, Regelungen über die Erstattung und den Ausgleich erbrachter Sozialversicherungsleistungen und auch die Versicherungsorganisation; nicht erfasst wird jedoch die „soziale Sicherung“ an sich, die auf andere Weise als über Versicherungen erfolgt.[132] Die Regelung der Strukturvereinbarungen sollte in § 109 SGB V erfolgen, also im Rahmen des Gesetzes über das gesetzliche Krankenversicherungswesen und somit im Bereich der Sozialversicherung. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht genügt allein dies für die Einschlägigkeit des Art. 74 Nr. 12 GG; da dieser das gesamte SGB mit Ausnahme des SGB VIII („Kinder- und Jugendhilfe“) pauschal erfasse.[133] Im Grundsatz kann dem wohl zugestimmt werden, allerdings ist zu beachten, dass es für die Frage nach der Einschlägigkeit eines Kompetenztitels vorrangig auf den Kern und den hauptsächlichen Zweck einer Regelung ankommt, nicht jedoch auf ihren bloßen äußeren Regelungszusammenhang.[134] So fällt eine Norm, deren hauptsächlicher Zweck in der Regelung einer dem Bund ausdrücklich nicht zugewiesenen Materie besteht, nicht allein deshalb in den Bereich des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, weil sie im SGB V steht.

Die Gesetzesinitiatoren haben in der allgemeinen Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes als Zweck der Änderung des § 109 SGB V angegeben, den Vertragsparteien eine Möglichkeit an die Hand geben zu wollen, unterhalb der zum Teil recht groben Vorgaben der Krankenhauspläne der Länder die Leistungsstruktur der Krankenhäuser flexibel an die bestehenden Bedürfnisse anpassen zu können.[135] Diese Begründung ist allerdings ungenau, denn unterhalb der Vorgaben der Krankenhauspläne können die Vertragsparteien auch nach der alten, unveränderten Regelung des § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V präzisierende Regelungen erlassen. Exakter werden die Gesetzesinitiatoren in der Sonderbegründung zur geplanten Veränderung des § 109 SGB V. Dort heißt es, dass Zweck der Regelung die Schaffung einer Möglichkeit sei, durch Versorgungsverträge den Versorgungsauftrag eines Krankenhauses näher abgrenzen oder verändern zu können, sowie größere Veränderungen an der Leistungsstruktur eines Krankenhauses vornehmen zu können. Die Vertragsparteien sollen mithin nicht nur Regelungen „unterhalb“ der Krankenhauspläne treffen dürfen, sondern Regelungen im Bereich und unter Abänderung des Krankenhausplanes vornehmen können. Dies spricht dafür, die geplante Neuregelung des § 109 SGB V gerade der Materie der *Krankenhausplanung* zuzuordnen und nicht primär dem Bereich der „Sozialversicherung“. Belegt werden kann dies auch damit, dass die Gesetzesinitiatoren in der weiteren Begründung des Gesetzentwurfs betonen, dass das Letztentscheidungsrecht über das Inkrafttreten der Versorgungs-

---

[132] *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 74 Rn 31; *Umbach/Clemens*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), GG Mitarbeiterkommentar, Band II, Art. 74 Rn. 66; vgl. *BVerfGE* 75, 108, 146 f.; 81, 156, 185; 88, 203, 313.

[133] *Umbach/Clemens*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), GG Mitarbeiterkommentar, Band II, Art. 74 Rn 67.

[134] *v. Mangoldt/Klein/Pestalozza*, GG VIII, 3. Aufl., Art. 70 Abs. 1 Rn. 70.

[135] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 28.

verträge bei der für die Krankenhausplanung zuständige Länderbehörde verbleiben soll.[136] Wäre der Bereich der Landeskrankenhausplanung nicht betroffen, so wäre dieser Hinweis bzw. die ihm zugrundeliegende Regelung überflüssig.

Die geplante Regelung der Strukturvereinbarungen betraf daher primär den Bereich der Krankenhausplanung und weniger den Bereich der Sozialversicherung, so dass sie nicht allein auf den Kompetenztitel des Art. 74 Nr. 12 GG gestützt werden konnte bzw. könnte.

bb. Die Kompetenz zur Regelung der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG)

Der Kompetenztitel der „wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser“ und der „Regelung der Krankenhauspflegesätze“ des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG wurde im Jahre 1969 ins Grundgesetz eingefügt, um dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz für den Erlass des Krankenhausfinanzierungsgesetzes zu verleihen.[137] Zuvor hat der Bund zu keiner Zeit eine umfassende Zuständigkeit zur Regelung des Krankenhauswesens beansprucht; die Regelungen des Pflegesatzrechts durch die Bundespflegesatzverordnung von 1954 ergingen als Teil des allgemeinen Preisrechts wohl aufgrund der Kompetenzzuweisung für „das Recht der Wirtschaft“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.[138]

Bei der Änderung des Grundgesetzes hatte die damalige Bundesregierung als Initiatorin der Einfügung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG ursprünglich beabsichtigt, den Kompetenztitel abweichend von seinem jetzigen Wortlaut zu fassen. Nicht „die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze“, sondern „die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhausversorgung“ sollte dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit zugeordnet werden, wobei nicht die wirtschaftliche Sicherung der (einzelnen) Krankenhäuser gemeint war, sondern die wirtschaftliche Sicherung der Versorgung mit Krankenhäusern an sich;[139] umfasst werden sollte auch die Krankenhausplanung. Die Initiative einer solchermaßen umfassenden Kompetenzzuweisung an den Bund stieß jedoch auf Widerstand der Bundesländer und scheiterte im Bundsrat. Zum einen lehnten die Länder eine mögliche Beschneidung ihrer organisatorischen Freiräume zu Gunsten des Bundes ab, zum anderen waren sie ohnehin der Ansicht, dass das Krankenhauswesen zur Lösung seiner Probleme an Stelle einer umfangreichen Kompetenzzuweisung an den Bund

---

[136] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 29 f.
[137] Vgl. oben Kap. 1. E.
[138] *Oeter*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG II, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a, Rn 176.
[139] *v. Mangoldt/Klein/Pestalozza*, GG VIII, 3. Aufl., Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a, Rn. 1397 (Fn. 2514); vgl. ferner *Isensee*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer Krankenhausreform, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S.145 ff.

schlichtweg mehr Geld benötigte.[140] Nach einer neuerlichen Gesetzesinitiative und der Anrufung des Vermittlungsausschusses einigten sich Bundesregierung und Bundesrat schließlich auf die bis heute gültige Fassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG.[141]

Ungeklärt ist jedoch, wie der Begriff der „wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser" auszulegen ist und insbesondere, ob er die Möglichkeit zum Erlass von Regelungen der Krankenhausplanung umfassen soll.[142] Nach einer Auffassung, der sich auch das *Bundesverfassungsgericht* anschließt, ist dies ausdrücklich nicht der Fall. Aus dem Gesetzgebungsverfahren zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG sei zu erkennen, dass die „wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser" von denen, die diese Formulierung vorschlugen, enger verstanden wurde als „die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhausversorgung". Die Norm sollte dem Bund lediglich die Kompetenz zur Regelung der Krankenhausfinanzierung eröffnen, ihm jedoch den Bereich der Krankenhausorganisation und der Krankenhausplanung versperren.[143] Dies drücke sich auch in der ausdrücklichen Zuweisung der Krankenhausplanung an die Länder in § 6 KHG aus.[144]

Nach dieser Ansicht stünde dem Bundesgesetzgeber mithin keine Gesetzgebungskompetenz zur Einführung von Strukturvereinbarungen in § 109 SGB V zu. Allerdings ist diese Ansicht nicht zwingend, und es sprechen gewichtige Gründe dafür, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG dem Bund gerade doch die Kompetenz zum Erlass von Regelungen auf dem Gebiet der Krankenhausplanung verleiht.

So ist der Verweis des *Bundesverfassungsgerichtes* auf den Willen derer, die den neuen Wortlaut der Vorschrift vorschlugen, zwar richtig, doch ist zu beachten, dass es sich hierbei lediglich um den Willen *eines Teils* der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen bzw. Organe handelte, nämlich um den Willen der Initiatoren; ihr Verständnis bezüglich der (engen) Bedeutung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG und ihr Wille zum Ausschluss einer Bundes-Kompetenz zur Regelung der Krankenhausplanung kann aber nicht ohne Weiteres mit dem Normverständnis und dem Willen des *gesamten* verfassungsändernden Gesetzgeber gleichgesetzt werden.[145] Der gesamte verfassungsändernde Gesetzgeber umfasst nämlich auch diejenigen Stimmen, die über Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG dem Bund eine Kompetenz zur Regelung der Krankenhausplanung verschaffen wollten.

Weiterhin ist auch die Heranziehung des § 6 KHG zur Verdeutlichung, dass die Kranken-

---

[140] BT-Drs. V/3896, S. 10; *v. Mangoldt/Klein/Pestalozza*, GG VIII, 3. Aufl., Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a, Rn. 1362.
[141] *v. Mangoldt/Klein/Pestalozza*, GG VIII, 3. Aufl., Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a, Rn. 1378; sehr ausführliche Beschreibung der Entstehungsgeschichte ab Rn. 1355.
[142] Vgl. *Genzel*, in: *Taupitz/Brewe* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung, S. 101, 123.
[143] *BVerfGE* 83, 363, 380 m.w.N.; *Degenhardt,* in: *Sachs* (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 74 Rn 77; so auch schon *Bachof/Scheuing*, Krankenhausfinanzierung und Grundgesetz, S. 78.
[144] *Vollmer/Graeve*, KHG Kommentar, Bd. I/1, Kap. 306.10, S. 1.
[145] *v. Mangoldt/Klein/Pestalozza*, GG VIII, 3. Aufl., Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a, Rn. 1379.

hausplanung einzig Ländersache sei, angreifbar, da diese Argumentation in gewisser Weise in sich selbst widersprüchlich ist. So ist die Norm des § 6 KHG[146] ja gerade selbst eine Regelung des *Bundes* zur Krankenhausplanung: Zwar delegiert die Vorschrift die materielle Krankenhausplanung auf die Länder, so dass man im Sinne der hier zu widerlegenden Ansicht noch von einer bloßen, unbedenklichen Konkretisierung der Verfassung sprechen könnte; zugleich – und das ist entscheidend – gibt § 6 KHG jedoch den Ländern die von ihnen für die Krankenhausplanung zu verwendenden Instrumentarien vor, nämlich Krankenhauspläne und Investitionsprogramme, und schreibt den Ländern durch die Bezugnahme auf § 1 KHG[147] die Ziele der Krankenhausplanung vor. Somit ist § 6 KHG gerade ein Beispiel für Regelungen des Bundesgesetzgebers auf dem Gebiet der Krankenhausplanung und kann daher schwerlich herangezogen werden um zu begründen, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG dem Bund keine Kompetenz zum Erlass von Regelungen der Krankenhausplanung geben soll. Wollte man hieran weiterhin festhalten, so stellte sich die Frage nach einer Verfassungsmäßigkeit der §§ 6, 1 KHG.

Vorliegend kann unter Bezugnahme auf die §§ 6, 1 KHG sogar argumentiert werden, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG auch nach dem Willen des Gesetzgebers dem Bund – jedenfalls bis zu einem bestimmten Grad – die Kompetenz zur Regelung der Krankenhausplanung verleihen sollte: Zwar verbietet es sich aus rechtssystematischen Gründen grundsätzlich, das höherrangige Grundgesetz unter Bezugnahme auf einfachgesetzliche Vorschriften auszulegen. Bei Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG und den Vorschriften des Krankenhausfinanzierungsgesetz besteht allerdings die Besonderheit, dass erstere Norm ja – wie bereits an anderer Stelle erwähnt[148] – im Jahre 1969 gerade in das Grundgesetz eingefügt wurde, um dem Bund die Kompetenz zum Erlass des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (1972) zu verschaffen. Wenn nun aber das auf Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a G erlassene Krankenhausfinanzierungsgesetz in seinen §§ 6, 1 Vorschriften enthält, die zum einen Regelungen bezüglich der Krankenhausplanung der Länder enthalten und deren Verfassungsmäßigkeit bisher zu keiner Zeit in Frage gestellt wurden, so zeigt dies doch, dass es auch nach dem Willen des damaligen verfassungsändernden Gesetzgeber von 1969, welcher zum Gesetzgeber des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (1972) zweifelsohne noch eine gewisse personelle Kontinuität aufwies, für den Bund möglich sein sollte, auf Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG Regelungen bezüglich der Krankenhausplanung zu treffen. Dabei ist beachtlich, dass die §§ 6, 1 KHG keineswegs nur das „äußere System“ der Krankenhausplanung betreffen, indem sie als Instrumente der Krankenhausplanung Krankenhauspläne und Investitionsprogramme vorschreiben, sondern durch die Verknüpfung der Krankenhausplanung mit den Zielvorgaben des § 1 KHG zugleich Einfluss

[146] „(1) Die Länder stellen zur Verwirklichung der in § 1 genannten Ziele Krankenhauspläne und Investitionsprogramme auf; (...)“

[147] „(1) Zweck dieses Gesetzes ist die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser, um eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen, eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern zu gewährleisten und zu sozial tragbaren Pflegesätzen beizutragen. (...)“

[148] Vgl. oben Kap. 1. E.

auf die materielle Krankenhausplanung – das „innere System“ nehmen.[149]

Vor diesem Hintergrund kann die Norm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG daher nur so verstanden werden, dass sie dem Bund die Kompetenz verleiht, zumindest die formellen Grundzüge der Krankenhausplanung vorzugeben, soweit diese die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung betreffen.[150]

Wollte man dennoch weiterhin der Ansicht des *Bundesverfassungsgerichts* folgen und dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz zur Regelung der Krankenhausplanung auf Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG versagen, kann man zuletzt noch erwägen, ob die hier in Rede stehenden Regelungen der Strukturvereinbarungen auf Grundlage einer Kompetenz kraft Sachzusammenhangs mit der dem Bund in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG zugewiesenen Materie erlassen werden dürften. Eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs ist dann anzunehmen, wenn eine dem Bund ausdrücklich zugewiesene Materie – hier die Einführung des neuen Entgeltsystems als „Regelung der Krankenhauspflegesätze“ i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG – verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine dem Bund nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird – hier die Krankenhausplanung mittels Strukturvereinbarungen –, wenn also ein Übergreifen in eine nicht ausdrücklich zugewiesene Materie als unerlässliche Voraussetzung einer sinnvollen Regelung einer der Bundesgesetzgebung zugewiesenen Materie ist.[151]

Das neue, vom Bundesgesetzgeber auf Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG eingeführte Krankenhausentgeltsystem soll durch die Leistungsorientierung und -gerechtigkeit der Vergütung unmittelbar zu einem Optimierungsdruck auf die Krankenhausstrukturen und zu einer darausfolgenden Umstrukturierung des Behandlungsangebotes in den Kliniken hin zu mehr Wirtschaftlichkeit führen. Hierdurch wiederum soll die Krankenhausbehandlung insgesamt kostengünstiger werden, so dass die Form der Krankenhausentgelte, die Krankenhausversorgungsstrukturen und die Höhe der Vergütung in einem System von Wechselwirkungen zueinander stehen. Da die herkömmliche Krankenhausplanung nach allgemeiner Ansicht recht träge und unflexibel ist, erschienen die Strukturvereinbarungen als Instrument zur schnellen und flexiblen Anpassung der Krankenhausstrukturen an die veränderten, unter dem neuen Vergütungssystem offenbar werdenden Versorgungsbedürfnisse überaus sinnvoll und somit als zweckmäßiger Bestandteil des Gesamtkonzeptes des neuen Vergütungssystems.

Ob diese Zweckmäßigkeit im Ergebnis ausreicht, um eine „Unerlässlichkeit“ der Regelung von Strukturvereinbarungen bei der Einführung des neuen Vergütungssystems durch den

---

[149] Zum „äußeren“ und „inneren“ System der Planung vgl. *Erbguth*, in: Festschrift für *Hoppe*, S. 631, 636, 642.

[150] *Burgi/Maier*, DÖV 2000, S. 579, 583; *BVerfGE* 82, 209, 232; vgl. auch Pant/Prütting-*Prütting*, KHG NRW, § 13 Rn. 2; vgl. auch *Genzel*, NZS 8/1996, S. 359, 365; *Igl*, MedR 4/2000, S. 157, 161.

[151] *BVerfGE* 3, 407, 421; 15, 1, 20; 26, 246, 256; 26, 281, 300; Beispiel: Regelung von Maßnahmen zur Gefahrenabwehr in § 81b StPO (erkennungsdienstliche Maßnahmen).

Bundesgesetzgeber anzunehmen und eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs zu bejahen, erscheint allerdings fraglich und ist im Ergebnis wohl zu verneinen,[152] da auch die Streichung der Regelung über die Strukturvereinbarungen die Einführung und die grundsätzliche Funktionalität des neuen Vergütungssystem insgesamt nicht in Frage stellte und stellt.

b. Die Verwaltungskompetenz des Bundes

Mit der Erweiterung der Kompetenzen der Krankenhäuser und Krankenkassen enthält die geplante Vorschrift des § 109 Abs. 1 S. 4-6 SGB V verwaltungsorganisatorische Regelungen, weshalb der Bund neben der Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der materiellrechtlichen Fragen auch eine Kompetenz zur Regelung administrativer Fragen bedarf (Verwaltungskompetenz).

Die erforderliche Kompetenzgrundlage könnte vorliegend der Art. 84 Abs. 1 GG sein, nach dem es dem Bund zusteht, per zustimmungspflichtigem Gesetz die „Einrichtung der Behörden sowie das Verwaltungsverfahren“ zu regeln, wenn die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit ausführen. Im vorliegenden Fall geht es um die Ausführung der Vorschrift des § 109 SGB V auf der Ebene der Länder, so dass der Anwendungsbereich der Vorschrift grundsätzlich eröffnet ist.

aa. Art. 84 Abs. 1 GG als eigenständige Kompetenzgrundlage

Die Rechtsnatur des Art. 84 Abs. 1 GG als Kompetenzgrundlage für den Bundesgesetzgeber zur gesetzlichen Regelung der Verwaltungsorganisation der Länder wird in der Literatur zum Teil bestritten. So wird eingewandt, dass sich im Rahmen eines Gesetzeswerkes die materiellrechtlichen Regelungen von den formellen Regelungen zur Ausführung der Gesetze durch die Verwaltung nicht immer trennscharf abgrenzen ließen und dem gemäß auch keine Aufteilung der Kompetenzgrundlagen vorgenommen werden könne. Die Kompetenz zur Regelung der Verwaltungsorganisation entspringe vielmehr stets auch aus dem Kompetenztitel der jeweiligen Sachmaterie, im vorliegenden Falle also aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG. Die Norm des Art. 84 Abs. 1 GG führte lediglich zur Zustimmungspflichtigkeit derjenigen Bundesgesetze, die Regelungen der Behördenorganisation und des Verwaltungsverfahrens enthalten.[153]

---

[152] Vgl. auch *v. Mangoldt/Klein/Pestalozza*, GG VIII, 3. Aufl., Art. 70 Abs. 1, Rn. 111 f.

[153] Vgl. *Hermes*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 84 Rn. 20 f.; so wohl auch *Isensee*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer Krankenhausreform, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S.148.

Gegen diese Ansicht sprechen allerdings gewichtige systematische Gründe. So unterscheidet das Grundgesetz schon formal zwischen den Kompetenzvorschriften zur materiellrechtlichen Regelung bestimmter Lebenssachverhalte nach den Art. 70 ff. GG und den Kompetenzen zur Verwaltungsorganisation nach den Art. 83 ff. GG und sieht für beide Bereiche weitgehend in sich geschlossene Normkomplexe vor. Dies verbietet es, Fragen zur Regelung der Verwaltungsorganisation quasi als Annex in die Vorschriften der Art. 70 ff. GG hereinzulesen. Art. 84 Abs. 1 GG ist demnach als eigenständige Kompetenzgrundlage anzusehen, die dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz für die formelle „Einrichtung der Behörden" und die Regelung des „Verwaltungsverfahrens" eröffnet.[154]

bb. Die tatbestandliche Einschlägigkeit des Art. 84 Abs. 1 GG

Tatbestandlich setzt die Kompetenzzuweisung des Art. 84 Abs. 1 GG voraus, dass es sich bei der in Frage stehenden Regelung des § 109 SGB V um die „Einrichtung der Behörden" oder die „Regelung des Verwaltungsverfahrens" auf Länderebene handelt. Zunächst ist festzustellen, dass unter den Behördenbegriff des Art. 84 Abs. 1 GG alle amtlichen Stellen auf Länderebene fallen,[155] einschließlich der Träger mittelbarer Staatsverwaltung wie etwa die Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts und die Beliehenen. Da die Landesverbände der Krankenkassen als öffentlich-rechtliche Körperschaften (§ 207 Abs. 1 S. 2 SGB V) und die Verbände der Ersatzkassen sowie die Krankenhausträger in Bezug auf die ihnen zugewiesenen Verwaltungsaufgaben als Beliehene anzusehen sind, ist der Anwendungsbereich des Art. 84 Abs. 1 GG insofern eröffnet. Weiterhin handelt es sich bei der in Frage stehenden Regelung auch um eine „Einrichtung" der Behörden. Zwar werden die Landesverbände der Krankenkassen, die Verbände der Ersatzkassen sowie die Krankenhausträger nicht neu errichtet, doch umfasst die „Einrichtung der Behörden" neben der Errichtung (Gründung) und der Einrichtung (Ausgestaltung) der Behörden auch die Zuweisung neuer Aufgaben und Befugnisse an bereits bestehende Behörden. Letzteres setzt nach dem Bundesverfassungsgericht allerdings voraus, dass der Aufgabenbereich der Behörden nicht nur quantitativ, sondern qualitativ erweitert wird.[156] Im vorliegenden Fall ist hiervon auszugehen; ist es den Landesverbänden der Krankenkassen, den Verbänden der Ersatzkassen sowie den Krankenhausträgern nach dem bisherigen § 109 Abs. 1 SGB V lediglich möglich, Regelungen zu treffen, die die Vorgaben des Krankenhausplanes nicht berühren oder lediglich die Bettenzahl der Klinik reduzieren, so sollten sie nach dem neuen § 109 Abs. 1 SGB V die Möglichkeit erhalten, vom Krankenhausplan abweichende Vereinbarungen über die Leistungsstruktur und sogar den Versorgungsauftrag der Kliniken treffen zu können. Dies bedeutet nicht so sehr eine quantita-

---

[154] *Dittmann*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 84 Rn. 3 f.; *Burgi/Maier*, DÖV 2000, S. 579, 584; vgl. auch *Lerche/Degenhardt*, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S. 81 f.

[155] *BVerfGE* 10, 20, 48.

[156] *BVerfGE* 75, 108, 150 f.; *Dittmann*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 84 Rn.7 ff.

tive Vermehrung der Kompetenzen der genannten Stellen, sondern vielmehr eine qualitative Erweiterung, da ihnen Aufgabenbereiche zugewiesen werden sollten, die bisher nur der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde vorbehalten sind. Art. 84 Abs. 1 GG wäre mithin sachlich einschlägig.

cc. Der Rückgriff auf die mittelbare Staatsverwaltung

Probleme hinsichtlich der Anwendbarkeit des Art. 84 Abs. 1 GG im vorliegenden Fall ergeben sich allerdings aus der Besonderheit, dass die geplante Regelung des § 109 SGB V über die Zuweisung neuer Aufgaben und Befugnisse an die Verwaltung der Länder hinausging und mit den Landesverbänden der Krankenkassen, den Verbänden der Ersatzkassen sowie den Krankenhausträgern darüber hinaus die konkret zuständigen Behörden bestimmte, bei denen es sich zudem nicht um Verwaltungsträger der staatsunmittelbaren Ministerialverwaltung, sondern Träger mittelbarer Staatsverwaltung handelte. Nach teilweise in der Literatur vertretener Ansicht verlässt der Gesetzgeber aber mit einer Festlegung der konkreten Behörden (Verwaltungsebene) in der Länderverwaltung die ihm nach Art. 84 Abs. 1 GG gewährten Kompetenzen; hierfür komme allenfalls eine ungeschriebene Gesetzgebungskompetenz in Frage.[157] Das *Bundesverfassungsgericht* hingegen hat erkennen lassen, dass die Bestimmung der Verwaltungsebene durch den Bundesgesetzgeber im Einzelfall durchaus von der Vorschrift des Art. 84 Abs. 1 GG gedeckt sein kann.[158] Für die Betrauung von Trägern mittelbarer Staatsverwaltung verlangt es allerdings, „dass es sich um eine punktuelle Annexregelung zu einer zur Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers gehörende materielle Regelung handelt und wenn diese Annexregelung für den wirksamen Vollzug der materiellen Bestimmungen des Gesetzes notwendig ist".[159] Hiermit trägt das *Bundesverfassungsgericht* zwei gegenläufigen Verfassungsprinzipien Rechnung und bringt sie in einen sinnvollen Ausgleich: Indem es zum einen für die Inanspruchnahme von mittelbarer Staatsverwaltung eine besondere Begründung fordert, lässt es erkennen, dass es sich hierbei stets um einen verwaltungsorganisatorischen Sonderfall handelt, welcher als Ausnahme von dem im Grundgesetz vorgesehenen Regelfall der staatsunmittelbaren Verwaltung (Art. 83 ff. GG) zu verstehen ist. Indem es zum anderen anführt, dass als Begründung für einen solchen Ausnahmefall vor allem Gesichtspunkte der Wirksamkeit des Gesetzesvollzugs sprechen können, bekennt es sich zu dem verfassungsrechtlich aus den Art. 20 Abs. 2, Art. 83 ff. GG folgenden Gebot einer effizienten Verwaltungsorganisation und verhilft diesem zu einer angemessen Geltung.[160]

---

[157] Maunz/Dürig-*Lerche*, GG, Art. 84 III (begrenzte Organisationsgewalt des Bundes) Rn. 27.

[158] Vgl. *BVerfGE* 22, 180, 209 f.; 77, 288, 298 f., in Bezug auf die Betrauung der kommunalen Selbstverwaltung.

[159] *BVerfGE* 77, 288, 299.

[160] Zum Grundsatz der Verwaltungseffizienz vgl. *BVerwGE* 67, 206, 209; *Niedobitek*, DÖV 18/2000, S. 761, 762 f.; vgl. auch Maunz/Dürig-*Lerche*, GG, Art. 84 III. (begrenzte Organisationsgewalt des Bundes) Rn. 15 f.

Im vorliegenden Fall der geplanten Strukturvereinbarungen werden die Anforderungen des *Bundesverfassungsgerichts* an eine Betrauung der mittelbaren Staatsverwaltung der Länder durch den Bundesgesetzgeber grundsätzlich erfüllt. So sollten ja die Strukturvereinbarungen ihrer eigentlichen Zweckbestimmung nach gerade die Effizienz der Landeskrankenhausplanung steigern; als zusätzliches Element der Krankenhausplanung sollten sie die teilweise recht groben Vorgaben der von den Landesbehörden aufgestellten Krankenhauspläne ergänzen und die Krankenhausplanung insgesamt flexibler gestalten,[161] wobei der Gesetzgeber sich die besondere Sachkompetenz der Landesverbände der Krankenkassen, der Verbände der Ersatzkassen sowie der Krankenhausträger als Träger mittelbarer Staatsverwaltung zu Nutze machen wollte. Beim Erlass der geplanten Regelung des § 109 SGB V ist daher grundsätzlich von einem Handeln des Bundesgesetzgeber im Rahmen der ihm nach Art. 84 Abs. 1 GG zugewiesenen Kompetenzen auszugehen.

dd. Die fachliche Eignung der mittelbaren Staatsverwaltung

Wenn der Bundesgesetzgeber nach § 84 Abs. 1 GG neue Behörden schafft oder bereits bestehende Behörden mit neuen Aufgaben betraut, so ist dies nur so lange zulässig, wie die Behörden für die Erfüllung der ihnen zugewiesenen Aufgaben auch fachlich geeignet sind. Bei dem Kriterium der fachlichen Eignung handelt es sich nicht etwa um ein spezifisches, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Art. 84 Abs. 1 GG;[162] vielmehr ist es eine Notwendigkeit, die sich aus dem allgemeinen rechtsstaatlichen Postulat der Effizienz staatlichen Handelns und der Staatsorganisation ergibt. So ist es geradezu als eine „Selbstverständlichkeit“ anzusehen, dass mit der Erfüllung staatlicher Aufgaben nur solche Institutionen betraut werden dürfen, die auch die erforderliche Problemlösungskompetenz besitzen und in der Sache eine richtige Entscheidung gewährleisten können.[163] An die fachliche Eignung sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je schwieriger und komplexer sich die zu bewältigende Aufgabe darstellt, insbesondere bei planerischen Aufgaben mit komplexen Tatsachenerhebungen und Entscheidungsfindungsprozessen dürften die Anforderungen an die fachliche Eignung der zuständigen Behörden einigermaßen hoch sein.

Zunächst setzt die fachliche Eignung einer Behörde eine angemessene Ausstattung mit finanziellen und sachlichen Mitteln voraus sowie ein für die konkrete Aufgabenerfüllung ausreichend sachkundiges Personal. Hieran kann bei den Verbänden der Ersatzkassen und den

---

[161] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 28.

[162] Ungeschriebene Einschränkungen der Kompetenznorm des Art. 84 Abs. 1 GG sind nur sehr begrenzt zuzulassen, Maunz/Dürig-*Lerche*, GG, (Hrsg.), GG, Art. 84 III. (begrenzte Organisationsgewalt des Bundes) Rn. 15.

[163] *Burgi/Maier*, DÖV 2000, S. 579, 586 mit Hinweis auf *BVerfGE* 4, 7, 14; vgl. auch *BVerfGE* 63, 1, 34 (Einschränkung des Gestaltungsfreiraumes des Staates hinsichtlich der Verwaltung aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Bestimmungen).

Krankenhausträgern nicht gezweifelt werden, weil sie bereits nach der alten und derzeit noch bestehenden Regelung des § 109 SGB V zum Abschluss von Versorgungsverträgen berechtigt sind, in denen sie Vorgaben für die Bettenanzahl der Kliniken und für den Fall, dass sich die Krankenhauspläne auf bloße Rahmenvorgaben beschränken, auch Vorgaben für die Leistungsstruktur der Kliniken treffen dürfen.

Hinsichtlich der fachlichen Eignung zur Krankenhausplanung bestehen allerdings aufgrund der Gefahr, dass die ureigenen Interessen der Selbstverwaltungsträger mit ihren Selbstverwaltungsaufgaben kollidieren, Bedenken. So sind die Krankenhausträger vielfach – zumal nach der Umstellung des Vergütungssystems auf DRGs und der ihnen eingeräumten Möglichkeit zur Gewinnerzielung (§ 17 Abs. 1 S. 4 KHG) – vor allem an einer wirtschaftlichen und gewinnorientierten Leistungsstruktur und einem entsprechenden Versorgungsauftrag interessiert; die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen wiederum haben als Kostenträger in der GKV vor allem eine Begrenzung ihrer Ausgaben im Blick. Hierzu steht jedoch die Teilnahme an der Krankenhausplanung, die ihnen mit der Möglichkeit zum Abschluss von Strukturvereinbarungen übertragen werden sollte, in einem gewissen Widerspruch. Das Ziel der Krankenhausplanung ist es nämlich, eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit einem bedarfsgerechten Angebot an Krankenhausleistungen zu gewährleisten[164] und somit sozialstaatlichen Gemeinwohlbelangen zu dienen. Für wirtschaftliche Eigeninteressen der Kostenträger und Krankenhäuser ist hier nur bedingt Platz, nämlich soweit sie zur Durchsetzung der Ziele der Krankenhausplanung erforderlich sind.[165] Wenn nun aber zur teilweisen Wahrnehmung der Krankenhausplanung Organisationen herangezogen werden, die zum einen unmittelbar von der Krankenhausplanung betroffen werden, deren eigene Interessen jedoch zum anderen nicht unbedingt mit den Zielen der Krankenhausplanung übereinstimmen, so scheint es doch sehr fraglich, ob diese die ihnen zugedachte Aufgabe stets sachdienlich ausüben werden. Es erscheint doch möglich und durchaus nicht abwegig, dass die Krankenhausträger und die Kostenträger versuchen könnten, die Leistungsstrukturen der Kliniken im Wege der Strukturvereinbarungen lediglich nach Gesichtspunkten zu verändern, die *ihren* wirtschaftlichen Vorstellungen entsprechen, nicht aber unbedingt den Zielen der Krankenhausplanung dienlich sind. Möglicherweise gerieten sie aufgrund der dargelegten Interessenkollisionen in eine „Doppelrolle“, der sie strukturell nicht gewachsen sind. Dies wiederum legt es nahe, ihre fachliche Eignung für die ihnen zugedachte Aufgabe in Frage zu stellen.[166]

---

[164] *Genzel,* in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 86 Rn. 34; vgl. oben Kap. 1. E. II.

[165] Vgl. § 1 Abs. 1 KHG.

[166] Vgl. *Burgi/Maier*, DÖV 2000, S. 579, 587, im Hinblick auf die planerischen Aufgaben der Landesverbände der Krankenkassen und der Verbände der Ersatzkassen bei der mit dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 ursprünglich geplanten Rückkehr zur monistischen Krankenhausfinanzierung; vgl. auch *Isensee*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer Krankenhausreform, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S.165 ff., zur Frage einer „Selbstverwaltungstauglichkeit“ von Finanzierungsfragen in Bezug auf die Vorschläge der *Robert Bosch Stiftung* zu einer Selbstverwaltungsorientierten Neuordnung der Krankenhausfinanzierung aus dem Jahre 1987.

Allerdings ist an der geplanten Neuregelung des § 109 SGB V zu beachten, dass die Strukturvereinbarungen nur im Einvernehmen mit der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde abzuschließen sein sollten. Die Krankenhäuser, die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen sollten also in der Ausgestaltung der Leistungsstrukturen der Kliniken nicht völlig frei und eigenständig sein, sondern stets einer gewissen Einflussnahmen der die Ziele der Krankenhausplanung im Auge haltenden zuständigen Landesbehörde unterliegen. Hierdurch wäre zwar nicht sichergestellt worden, dass sie keine Regelungen hätten vereinbaren können, die zwar ihnen dienlich, im Hinblick auf die Ziele der Krankenhausplanung jedoch nachteilig gewesen wären; zumindest aber hätten die zuständigen Länderbehörden die Möglichkeit gehabt, durch das Versagen ihres Einverständnisses solche Regelungen zu unterbinden.[167]

Aus dieser Kontrollbefugnis der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörden und deren Möglichkeit, durch ein *veto* gegen die Strukturvereinbarungen den *status quo* der sich aus dem Krankenhausplan ergebenden Krankenhausplanung zu bewahren, folgt, dass die Strukturvereinbarungen rechtlich lediglich als eine Ergänzung, als eine weitere Option der Länderbehörden für die Krankenhausplanung anzusehen gewesen wären, nicht aber als ein (Teil-)Ersatz oder als eine (Teil-)Einschränkung der Krankenhausplanung.

Vor diesem Hintergrund wäre die Verwaltungskompetenz des Bundesgesetzgebers nach Art. 84 Abs. 1 GG wäre gegeben gewesen.

4. Ergebnis

Die Einführung von Strukturvereinbarungen durch den Bundesgesetzgeber begegnet nach der hier vertretenen Auslegung der Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a, Art. 84 Abs. 1 GG keinen Bedenken, insbesondere steht ihnen keine – wie von den Ländern im Gesetzgebungsverfahren zum Fallpauschalengesetz proklamierte – „Kompetenz der Länder zur Krankenhausplanung“ entgegen. Da die gesetzliche Regelung der Strukturvereinbarungen gemäß Art. 84 Abs. 1 GG jedoch zustimmungspflichtig ist, haben die Länder auch in Zukunft die Möglichkeit, ihre Einführung auf verfahrensrechtlichem Wege im Bundesrat oder im Vermittlungsausschuss zu verhindern.

---

[167] Die „kompensatorische Wirkung des staatlichen Genehmigungsvorbehaltes“ betont auch *Isensee*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer Krankenhausreform, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S.167.

II. Das Verfahren zur Festlegung der Sicherstellungszuschläge

1. Die gesetzliche Regelung

Das Verfahren zur Festsetzung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Sicherstellungszuschläge und ihrer konkreten Vereinbarung im Einzelfall ist in den § 17b Abs. 1 S. 6-8 KHG, § 5 Abs. 2 KHEntgG geregelt.[168]

§ 17b Abs. 1 S. 6-8 KHG gibt den Spitzenverbänden der Krankenkassen,[169] dem Verband der privaten Krankenversicherung sowie der Deutschen Krankenhausgesellschaft Folgendes auf:

> „[6]Zur Sicherstellung einer für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Vorhaltung von Leistungen, die aufgrund des geringen Versorgungsbedarfs mit den Entgelten nach Satz 1 [Anm.: den Fallpauschalen] nichtkostendeckend finanzierbar ist, sind bundeseinheitliche Empfehlungen für Maßstäbe zu vereinbaren, unter welchen Voraussetzungen der Tatbestand einer notwendigen Vorhaltung von Leistungen vorliegt. [7]Die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde kann abweichende Vorgaben zu den Voraussetzungen nach Satz 6 erlassen, insbesondere um die Vorhaltung der für die Vorhaltung notwendigen Leistungseinheiten zu gewährleisten; dabei sind die Interessen anderer Krankenhäuser zu berücksichtigen. [8]Soweit das Land keine Vorgaben erlässt, sind die Empfehlungen nach Satz 6 verbindlich anzuwenden."

§ 5 Abs. 2 KHEntgG lautet:

> „[1]Für die Vorhaltung von Leistungen, die auf Grund des geringen Versorgungsbedarfs mit den Fallpauschalen nicht kostendeckend finanzierbar und zur Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung bei einem Krankenhaus notwendig ist, vereinbaren die Vertragsparteien nach § 11 [Anm.: die Krankenhäuser und die Krankenkassen als Pflegesatzparteien nach § 18 Abs. 2 KHG] unter Anwendung und Einhaltung der Vorgaben nach § 17b Abs. 1 Satz 6 bis 8 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes Sicherstellungszuschläge. [2]Sie haben dabei zu prüfen, ob die Leistung durch ein anderes geeignetes Krankenhaus, das diese Leistungsart bereits erbringt, ohne Zuschlag erbracht werden kann. [3]Kommt eine Einigung nicht zustande, entscheidet die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde. [4]Die Vertragparteien nach § 11 vereinbaren die Höhe des Zuschlags."

Zusammengefasst lässt sich das Verfahren zur Vereinbarung von Sicherstellungszuschlägen derart beschreiben, dass die für das DRG-System auf Bundesebene zuständigen Selbstverwaltungspartner Empfehlungen für Maßstäbe vereinbaren, in welchen Fällen Sicherstellungszuschläge gezahlt und in welcher Höhe die Zuschläge grundsätzlich bemessen werden sollen, wobei die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde Abweichendes vereinbaren kann. Ein Kriterium für Sicherstellungszuschläge kann etwa die Entfernung der vorgehaltenen Leistung zum Wohnort des Patienten sein.[170] Die Prüfung, ob ein entsprechender Tatbestand vorliegt und welche Zuschlagshöhe zu zahlen ist, obliegt den Vertragsparteien

---

[168] Vgl. schon oben Kap. 2. C. III. 4. b.
[169] Vgl. § 213 SGB V.
[170] *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 94.

„vor Ort“.[171]

Ursprünglich hatten die Gesetzesinitiatoren des Fallpauschalengesetzes in Abweichung von der bestehenden Regelung vorgesehen, dass die Festlegung des allgemeinen Tatbestandes zur Vereinbarung von Sicherstellungszuschlägen allein Sache der Selbstverwaltungspartner auf Bundesebene sein sollte, eine Beteiligung der Länderbehörden war nicht vorgesehen. Der Vorteil dieser Regelung wäre gewesen, dass die Maßstäbe für die Sicherstellungszuschläge wie für die anderen Zu- und Abschläge im DRG-System bundeseinheitlich gewesen wären und eine größtmögliche Kohärenz des Systems im Bundesgebiet gewährleistet hätten. Die Länder hatten hierin aber eine Beeinträchtigung der von ihnen für sich in Anspruch genommenen Kompetenz zur Krankenhausplanung gesehen, für die Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung der Bevölkerung zu sorgen, und es gelang ihnen mit dieser Argumentation im Gesetzgebungsverfahren, ihre nunmehr bestehenden Beteiligungsrechte zu erhalten; zwischenzeitlich hatten sie sogar gefordert, auch über die konkrete Höhe der im Einzelfall zu zahlenden Sicherstellungszuschläge entscheiden zu dürfen.[172]

2. Die Kompetenz des Bundes zum Erlass der Regelung

a. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Die ursprünglich von den Gesetzesinitiatoren geplante Regelung der Sicherstellungszuschläge wäre ein tieferer Einschnitt in die bisher von den Ländern wahrgenommene Krankenhausplanung gewesen als beispielsweise die geplanten Strukturvereinbarungen, da den Ländern in Bezug auf die Festlegung des allgemeinen Tatbestandes der Sicherzustellungszuschläge keinerlei Letztentscheidungskompetenzen eingeräumt werden sollten. Hierdurch wäre den Ländern ein Teil ihrer faktisch bestehenden Planungskompetenz entzogen und auf die Selbstverwaltung auf Bundesebene übertragen worden, wodurch der Bundesgesetzgeber die ihm in jedem Fall zustehende Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG überschritten hätte, den formalen Ablauf der Krankenhausplanung *durch die Länder* zu regeln.[173]

Zu beachten ist allerdings, dass es sich bei der Regelung der Sicherstellungszuschläge um

---

[171] Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 43.

[172] *Baum/Rau*, f&w 2/2002, S. 100, 101; *Broll/Broll/Lehr*, Das Krankenhaus 2/2002, S. 91 f.; der wahre Grund des Interesses der Länder an einer möglichst weitreichenden Beteiligung bei der Festsetzung der Maßstäbe für Sicherstellungszuschläge ist wohl, dass sie im Rahmen der Krankenhausplanung bei der Fastlegung und Strukturplanung von Krankenhäusern auch regional- und arbeitsmarktpolitische Erwägungen in die Entscheidung miteinfließen lassen, was zum Teil zu Überkapazitäten führt. Deren Fortbestand wäre jedoch bedroht, wenn über die Sicherstellungszuschläge der Einfluss der Krankenkassen, bzw. der Spitzenverbände der Krankenkasse und des Verbands der privaten Krankenversicherung angestiegen wäre, da diese verständlicherweise an einer möglichst kostengünstigen Deckung des Versorgungsbedarfs interessiert sind, *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 94.

[173] Vgl. dazu oben Kap. 3. B. I. 3. a. bb.

die Regelung einer besonderen Krankenhaus*entgelt*art handelt,[174] wodurch wiederum eindeutig der Kompetenzbereich der „Regelung der Krankenhauspflegesätze“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG eröffnet ist, was – zumal die Regelung eines Entgeltes den planerischen Aspekt der Sicherstellungszuschläge überwiegt – für die Zulässigkeit der ursprünglich geplanten Regelung spricht.

Die letztendlich beschlossene Regelung jedenfalls trifft auf keine kompetenzrechtliche Bedenken. Aufgrund ihrer deutlichen Betonung der Letztentscheidungsmöglichkeit der Landesbehörden bereitet sie im Hinblick auf die faktische Krankenhausplanungskompetenz der Länder keine Probleme und kann als reine „Regelung der Krankenhauspflegesätze“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG aufgefasst werden. Auch dass nach § 5 Abs. 2 S. 4 KHEntgG die Vertragsparteien vor Ort und nicht – wie von den Ländern zwischenzeitlich gefordert – die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde über die Höhe der im Einzelfall zu gewährenden Sicherstellungszuschläge entscheiden, ist insofern unproblematisch, da die Vertragsparteien vor Ort als Selbstverwaltungsträger der Länder- und nicht der Bundesebene zuzuordnen sind und die Regelung somit nur eine formale Kompetenzregelung *durch die Länder* betrifft.

b. Die Verwaltungskompetenz des Bundes

Die zum Erlass der Regelung notwendige Verwaltungskompetenz des Bundes ergibt sich hinsichtlich der Betrauung der für die Krankenhausplanung der Länder zuständigen Landesbehörde sowie der Vertragsparteien vor Ort als Träger mittelbarer Staatsverwaltung auf Länderebene aus Art. 84 Abs. 1 GG. Für die Betrauung der Selbstverwaltungspartner auf Bundesebene mit dem Erlass der „Empfehlungen“ kann er jedoch nicht herangezogen werden. Zwar sind auch die „Empfehlungen“ als Verwaltungshandeln zu qualifizieren, da auch sie in Verbindlichkeit erstarken können,[175] Art. 84 Abs. 1 GG gilt seiner systematischen Stellung nach jedoch nur für bundesgesetzliche Regelungen der Verwaltungstätigkeit auf *Länder*ebene, nicht jedoch für die Tätigkeit der Verwaltung auf *Bundes*ebene.[176] Einschlägig hierfür ist jedoch Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG. Dieser besagt seinem Wortlaut nach zwar lediglich, dass der Bund für diejenigen Angelegenheiten, für die ihm die Gesetzgebungskompetenz zusteht, durch Bundesgesetz selbständige Bundesoberbehörden und neue bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts errichten kann. Über ihren Wortlaut hinaus umfasst die Vorschrift allerdings auch die Betrauung von *Selbstverwaltungsträgern* auf *Bundes*ebene, weil der Bund sich bei der Ausgestaltung der Verwaltung an Effizienzgesichts-

---

[174] Vgl. § 7 S. 1 Nr. 4 KHEntgG.

[175] Zu den Definition von Verwaltungshandeln vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rnrn. 9 – 12.

[176] *Hermes*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 84 Rn. 21; *Dittmann*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 84 Rn. 1; *Burgi/Maier*, DÖV 2000, S. 579, 584; insoweit ungenau *Genzel*, NZS 8/1996, S. 359, 366.

punkten orientieren soll, ihm daher ein möglichst weiter organisatorischer Gestaltungsspielraum zuzugestehen ist und er keinem Typenzwang unterliegt.[177] Der Bund kann vielmehr frei zwischen jeglichen öffentlichrechtlichen Organisationsformen wählen und sich auch vom Bund getragener privatrechtlicher Organisationsformen oder „beliehener" Selbstverwaltungsträger bedienen.[178]

3. Ergebnis

Die Regelung der Sicherstellungszuschläge in ihrer aktuellen Form stößt auf keine kompetenzrechtlichen Bedenken, auch wäre wohl eine Regelung wie die ursprünglich von den Gesetzesinitiatoren beabsichtigte möglich, die einen Einfluss der Landesbehörden auf die Vereinbarung der Sicherstellungszuschläge ganz ausschlösse. Die Probleme, die die Einführung der ursprünglich geplanten Regelung wegen der Berufung der Länder auf ihre „Kompetenz zur Krankenhausplanung" begegnete, waren somit lediglich faktischer, nicht jedoch rechtlicher Natur.

C. Die Delegierung der DRG-Systementwicklung an die Spitzenverbände der Krankenkassen, den Verband der privaten Krankenversicherung sowie die Deutsche Krankenhausgesellschaft

Gegenstand der Erörterungen dieses Abschnitts ist die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung des § 17b KHG i.d.F. der GKV-Gesundheitsreform 2000, in der der Gesetzgeber die Entwicklung und Einführung des neuen Vergütungssystems vorzeichnete und in diesem Zusammenhang alle wesentlichen Aufgaben und Entscheidungen den Spitzenverbänden der Krankenkassen, dem Verband der privaten Krankenversicherung sowie der Deutschen Krankenhausgesellschaft übertrug. Im einzelnen waren sie zuständig für die Auswahl desjenigen DRG-basierten Vergütungssystems, auf dessen Grundlage das neue deutsche Vergütungssystem entstehen sollte, weiterhin sollten sie die Grundzüge des Vergütungssystems festlegen sowie die Bewertungsrelationen der Fallgruppen und das Verfahren zur laufenden Pflege des Systems auf Bundesebene vereinbaren.

Die grundsätzliche Kompetenz des Bundesgesetzgebers für die getroffene Regelung ergibt sich aus den Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG, Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG, worauf hier vor dem Hintergrund der vorangegangenen Abschnitte dieser Arbeit nicht mehr weiter einzugehen ist.

---

[177] Vgl. *BVerfGE* 63, 1, 34; 97, 198, 217.

[178] *Hermes*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG-Kommentar, Band III, Art. 86 Rn. 44 ff., Art. 87 Rn. 79; *Umbach/Clemens*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), GG Mitarbeiterkommentar, Band II, Art. 86 Rn. 20 f., Art. 87 Rn. 50.

Problematisiert wird an dieser Stelle vielmehr, inwiefern die getroffene Regelung mit dem in den Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG niedergelegten Demokratieprinzip des Grundgesetzes vereinbar ist, übertrug sie doch wesentliche Aufgaben der für das Krankenhauswesen und die deutsche Volkswirtschaft äußerst bedeutsamen[179] Umstellung des Vergütungssystems auf Institutionen, die teilweise privatrechtlich organisiert sind und außerhalb der staatsunmittelbaren Ministerialverwaltung stehen.

I. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der mittelbaren Staatsverwaltung durch Selbstverwaltungsträger

Die Delegierung öffentlicher Aufgaben aus dem staatsunmittelbaren öffentlichen Bereich heraus zur Wahrnehmung durch Institutionen, die vom Staat entweder eigens für die wahrzunehmenden Aufgaben eingesetzt wurden oder sonst von den auf sie delegierten Aufgaben unmittelbar in ihren eigenen Angelegenheiten betroffen sind, wird als „Selbstverwaltung" bezeichnet,[180] die betrauten Institutionen dementsprechend als „Selbstverwaltungsträger". Sofern bestimmte Aufgaben von mehren Selbstverwaltungsträgern gemeinschaftlich wahrgenommen werden, ist von „gemeinsamer Selbstverwaltung" zu sprechen.[181]

Als Selbstverwaltungsträger kommen traditionell juristische Personen des öffentlichen Rechts in Frage, etwa die als Körperschaft öffentlichen Rechts organisierten Sozialversicherungsträger oder die Wasserverbände;[182] teilweise bedient sich der Staat zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben allerdings auch privatrechtlicher Organisationsformen, wie z.B. der Deutschen Krankenhausgesellschaft oder der Bundesärztekammer.[183] Früher war teilweise streitig, ob bei der Delegierung staatlicher Aufgaben auf privatrechtliche Organisationsformen noch von Selbst*verwaltung* im eigentlichen Sinne gesprochen werden kann;[184] mittlerweile ist dies jedoch anerkannt und bereitet insofern keine Probleme, als dass auch Private aufgrund gesetzlicher Ermächtigung als Beliehene hoheitlich handeln können.[185] Der Frage der Bezeichnung privatrechtlicher Organisationen als Selbstverwaltungsträger kommt im Zusammenhang mit der Frage nach ihrer demokratischen Legitimation daher allenfalls terminologische Bedeutung zu.[186]

---

[179] Vgl. oben Einleitung zu Kap. 1.
[180] Vgl. Art. 28 Abs. 2 S. 2. GG.
[181] *Axer*, VSSR 4/2002, S. 215, 216.
[182] Vgl. *Unruh*, VerwArch 92 (2001), S. 531 ff.: Emschergenossenschaft; *Dederer*, NVwZ 2000, S. 401 ff.: Lippeverband; dazu auch *BVerfG*, 2 BvL 5/98 vom 5.12.2002.
[183] Vgl. § 108a SGB V.
[184] *H. H. Klein*, in: *Schnur* (Hrsg.), Festschrift für Forsthoff, S. 165, 175 f.
[185] Vgl. *Axer*, VSSR 4/2002, 215, 216 ff., 236.
[186] Vgl. schon *H. H. Klein*, in: *Schnur* (Hrsg.), Festschrift für Forsthoff, S. 165, 175 f.

Das Grundgesetz steht dem staatlichen Rückgriff auf die Selbstverwaltung zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben nicht entgegen. Zwar geht es davon aus, dass die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben außerhalb von Gesetzgebung und Rechtsprechung[187] grundsätzlich durch die staatsunmittelbaren Verwaltungsbehörden erfolgen soll, doch ist ihm zu entnehmen, dass auch eine Delegation staatlicher Aufgaben an Institutionen möglich ist, die nicht unmittelbar in die Ministerialverwaltung von Bund und Ländern eingebunden sind.[188] So gewährt das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG den Kommunen das Recht, „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln“ und konstituiert auf diesem Wege das Prinzip der kommunalen Selbstverwaltung. Auch spricht Art. 90 Abs. 2 GG im Zusammenhang mit den Bundesfernstraßen von den „nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften“. Weiterhin finden sich in Art. 5 Abs. 1, Abs. 3 GG Ansatzpunkte für die Selbstverwaltung der staatlichen Universitäten und Rundfunkanstalten, und aus der Garantie der „selbständigen Verwaltung eigener Angelegenheiten“ nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV ergibt sich das Selbstverwaltungsrecht der Religionsgemeinschaften.[189] Die Selbstverwaltung der Universitäten, Rundfunkanstalten und Religionsgemeinschaften unterscheidet sich von der kommunalen Selbstverwaltung dadurch, dass die von ihnen repräsentierte und verwaltete Personengruppe sich nicht nach räumlichen Kriterien sondern nach sachlichen Kriterien bestimmt. Während die Selbstverwaltung der Kommunen sich auf die in ihrem Gebiet vereinigte Bevölkerung bezieht, die nach den gleichen Kriterien wie das Staatsvolk selbst zusammengesetzt ist,[190] bezieht sich die Selbstverwaltung der Universitäten, Rundfunkanstalten und Religionsgemeinschaften auf die Angelegenheiten von Personengruppen, die nach persönlichen, funktions- oder interessenbezogenen Merkmalen zusammengefasst sind. Insofern ist von „funktionaler“ Selbstverwaltung einerseits und von kommunaler Selbstverwaltung andererseits zu sprechen.[191]

Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass sich der Gedanke der Selbstverwaltung insgesamt sinnvoll in das System der grundgesetzlichen Ordnung einfügt[192] und bezeichnet die Selbstverwaltung als Verwaltungsform in einigen Bereichen schlicht als „herkömmlich“.[193] Daher ist auch eine Einsetzung neuer Selbstverwaltungsträger oder eine

---

[187] Zu diesem weiten Verständnis von Verwaltungshandeln vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rnrn. 7-12.

[188] Vgl. *BVerwG* NVwZ 1999, 870, 873.

[189] *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 363; *Unruh*, VerwArch 92 (2001), S. 531, 559.

[190] *Nierhaus*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 28 Rn. 17; *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, S. 317 (Rn. 31); *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 323, sprechen von „Teilvolk“; *H. H. Klein*, in: *Schnur* (Hrsg.), Festschrift für Forsthoff, S. 165, 177 spricht von „Volksteil“.

[191] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, S. 318 f. (Rn 33); *Unruh*, VerwArch 92 (2001), S. 531, 536 f.; *BVerwG*, NVwZ 1999, S. 870, 873; *BVerfG*, 2 BvL 5/98 vom 5.12.2002, Absatz-Nr. 162.

[192] *BVerfGE* 33, 125, 157.

[193] So *BVerfGE* 10, 89, 104 bezüglich der Erfüllung wasserwirtschaftlicher Aufgaben durch öffentlich-rechtliche Verbände, die ihren Ursprung bereits im Mittelalter haben, vgl. *Unruh*, VerwArch 92 (2001), S. 531, 537.

Betrauung bereits bestehender Selbstverwaltungsträger mit neuen Aufgaben über die im Grundgesetz ausdrücklich vorgesehenen Fälle (Kommunen, Universitäten, Rundfunkanstalten und Religionsgemeinschaften) und findet sich beispielsweise bei den Sozialversicherungsträgern, den Kammern von Industrie und Handwerk, den Kammern der Ärzte, Rechtsanwälte oder anderer freier Berufe, weiterhin auch bei Wasser- und Bodenverbänden.

Die grundsätzliche verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Selbstverwaltung als Verwaltungsform ändert allerdings nichts daran, dass die Selbstverwaltung rechtssystematisch gegenüber dem als Regeltypus der Verwaltung anzusehenden Ministerialverwaltung die Ausnahmeform darstellt und daher stets einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf,[194] welche in der Regel aus dem verfassungsrechtlichen Postulat einer effizienten Verwaltung nach Art. 20 Abs. 2, Art. 83 ff. GG folgt:[195] Da als Selbstverwaltungsträger nämlich stets solche Institutionen herangezogen werden, die von den zu regelnden Angelegenheiten unmittelbar selbst betroffen werden, besitzen sie gegenüber der „externen" Ministerialverwaltung zumeist eine höhere Sachkompetenz sowie ein gesteigertes Problemlösungspotenzial und gewährleisten die sachlich richtige Erfüllung einer bestimmten Aufgabe.[196] Die Betrauung der sachkompetenteren Stelle mit der wahrzunehmenden Aufgabe dürfte darüber hinaus auch dem in Art. 33 Abs. 2 GG verorteten Prinzip der Beachtlichkeit von Eignung, Befähigung und Leistung bei der Besetzung öffentlicher Ämter entsprechen.[197]

Die Nachteile und zugleich die Grenzen für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Selbstverwaltungsträger ergeben sich aus deren gewissen Demokratiedefizit: Bei den Selbstverwaltungsträgern handelt es sich um keine unmittelbare, sondern nur um eine mittelbare Staatsverwaltung durch zum Teil sogar privatrechtliche Organisationen mit nur gelockerter parlamentarischer Kontrolle und Verantwortung. Dies führt dazu, dass der Staat die Befugnisse der Selbstverwaltungsträger stets im Vorhinein zu einem gewissen Grade zu determinieren hat und nicht vollends auf seine gestaltende Einflussnahme in dem jeweiligen Bereich verzichten darf.[198] In einzelnen Lebensbereichen ist dem Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben ein Rückgriff auf die Selbstverwaltung sogar völlig zu verwehren und eine Befassung der stärker demokratisch legitimierten unmittelbaren Ministerialverwaltung zwingend, nämlich wenn die in Frage stehenden Materie einen außerordentlich starken Staatsbezug oder eine sehr hohe gesellschaftliche Relevanz aufweist.[199] Zu nennen sind

---

[194] Vgl. *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 201.
[195] *BVerwGE* 67, 206, 209; *Niedobitek*, DÖV 18/2000, S. 761, 762 f.
[196] Vgl. *BVerfG*, 2 BvL 5/98 vom 5.12.2002, Absatz-Nr. 168, 185; vgl. ferner auch *Lerche/Degenhardt*, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S. 67 ff., 75 f.
[197] Hinweis auf diesen Aspekt bei *Unruh*, VerwArch 92 (2001), S. 531, 552.
[198] *Lerche/Degenhardt*, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung, Teil II, S. 69.
[199] *BVerfGE* 38, 281, 299.

Lebensbereiche von „politischer Tragweite“[200] wie die Außenpolitik, die Landesverteidigung, die Steuererhebung, aber auch die Vollzugspolizei und die Schulaufsicht.[201]

II. Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes

Das demokratische Prinzip des Grundgesetzes findet seine normativen Grundlagen in den Art. 20 Abs. 1, Abs. 2, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG. Wenn Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG die Bundesrepublik Deutschland als ‚demokratischen Bundesstaat' beschreiben, bedeutet dies allerdings lediglich eine bloße staatsorganisatorische Rahmenvorgabe ohne konkretere Informationen über die tatsächliche Ausgestaltung der Demokratie.

Die erforderliche Präzisierung des Demokratieprinzips findet sich in Art. 20 Abs. 2 GG, der bestimmt, dass „alle Staatsgewalt (...) vom Volke“ ausgeht und „vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt“ wird. Hierdurch bekennt sich das Grundgesetz zunächst zu der Notwendigkeit, dass sich *jegliche* Ausübung von Staatsgewalt und somit das *gesamte* staatliche Ämterwesen, sei es unmittelbar oder – wie im Falle der Selbstverwaltung – nur mittelbar, im Sinne einer hinreichenden Rückanbindung auf den Volkswillen zurückführen lassen muss. Zur „Staatsgewalt“ im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, die demokratischer Legitimation bedarf, ist dabei allerdings nur amtliches Handeln mit *Entscheidungscharakter* zu zählen, da einzig *Entscheidungen* eine Steuerungswirkung auf die staatliche Herrschaft ausüben, wobei es irrelevant ist, ob sie unmittelbar nach außen gegenüber dem Bürger wirken oder aber bloß Rechtsverbindlichkeit gegenüber anderen Verwaltungsträger erlangen, die sie dann umsetzen müssen. Im Gegensatz zu staatlichem Handeln mit Entscheidungscharakter stehen bloß vorbereitende oder rein konsultative Tätigkeiten, die von dem Bereich der demokratisch zu legitimierenden Staatsgewalt nicht erfasst werden.[202]

Die Beschränkung der Ausübung des Volkswillens auf Wahlen und – in der Praxis weniger relevant – auf Abstimmungen als weitere Grundaussage des Art. 20 Abs. 2 GG bedeutet eine Grundentscheidung der Verfassung für eine bloß mittelbare, repräsentative Demokratie, in der das Parlament als einzig unmittelbar legitimiertes Staatsorgan in Vertretung des Volkes den zentralen Platz für die weitere demokratische Legitimierung der übrigen Staatsorgane einnimmt. Eine Rückanbindung staatlichen Handelns an den Volkswillen bedeutet mithin eine

---

[200] Begriff in Anlehnung an *BVerfGE* 9, 268, 282.

[201] *H. H. Klein*, in: *Schnur* (Hrsg.), Festschrift für Forsthoff, S. 167, 179 (Fn. 71); *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, S. 320 f. (Rn 34); *Oebbecke*, VerwArch 81 (1990), S. 349, 353; *Unruh*, VerwArch 92 (2001), S. 531, 540.

[202] *BVerfGE* 83, 60, 73 f.; 47, 253, 273; *BVerfG*, 2 BvL 5/98 vom 5.12.2002, Absatz-Nr. 172; *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 178; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 257.

Rückanbindung an das Parlament und die von ihm gebildete Regierung. So erklärt auch das *Bundesverfassungsgericht*, dass die demokratische Legitimation staatlichen Handelns in der Bundesrepublik Deutschland „vor allem durch die Wahl des Parlaments, durch die von ihm beschlossenen Gesetze als Maßstab für die vollziehende Gewalt, durch den parlamentarischen Einfluss auf die Politik der Regierung sowie durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung“ erreicht wird.[203]

1. Arten demokratischer Legitimation

Die zitierte Aussage das *Bundesverfassungsgerichts* lässt erkennen, dass hinsichtlich der Frage, wie im einzelnen die demokratische Legitimation an die Staatsorgane und die einzelnen Amtswalter vermittelt wird, unterschiedliche Ansätze möglich sind. Im einzelnen bestehen drei unterschiedliche Ansätze – unterschiedliche Legitimationsmodi –, nämlich der institutionelle, der organisatorisch-personelle und der sachlich-inhaltliche Legitimationsansatz.[204]

Ausgangspunkt für die *institutionelle Legitimation* sind die Verfassung selbst und die in ihr vom verfassungsgebenden Gesetzgeber getroffenen Grundentscheidungen bezüglich des Staatsaufbaus. So soll sich schon allein aus der Konstitution eines Staatsorgans oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt im Grundgesetz ein gewisser Grad an demokratischer Legitimation ableiten lassen, etwa aus der Aufteilung der Staatsgewalt in Legislative, Judikative und Exekutive.[205] Der institutionelle Legitimationsansatz ist strenggenommen kein demokratischer Ansatz, sondern ein Ansatz eigener Art, denn sein Zweck besteht darin, einen allumfassenden Parlamentsvorbehalt im Sinne eines Totalvorbehaltes auszuschließen, der im Einzelfall einer Legitimation von eigenverantwortlichem Verwaltungshandeln „ohne Gesetz“ entgegenstehen würde. Somit sucht er gerade nicht nach einer Rückanbindung des staatlichen Handelns an den Volkswillen, sondern an den verfassungsgebenden Gesetzgeber, was insofern legitim erscheint, als dass ja die legitimierende Wirkung des Volkswillens im Staatssystem des Grundgesetzes gerade erst auf ihn zurückzuführen ist. Der institutionelle Legitimationsansatz ist ein recht allgemeiner Ansatz, aus dem sich für die Frage der Legitimität staatlichen Handelns im Einzelfall kaum Aussagen gewinnen lassen. Die von ihm ausgehende Legitimationswirkung ist daher lediglich als gering zu bewerten.[206]

Der *organisatorisch-personelle Legitimationsansatz* leitet die demokratische Legitimation eines Organs oder Amtswalters konkret aus dem durch Wahlen artikulierten Volkswillen und

---

[203] *BVerfGE* 83, 60, 71 f.
[204] Die Bezeichnungen sind in der Literatur nicht immer einheitlich.
[205] *BVerfGE* 49, 89, 125; 68, 1, 88; *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, S. 320 (Rn. 34); *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 179 f.
[206] *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 179 f.

aus der daraus folgenden Ernennung der Volksvertreter ab. Nach dem *Bundesverfassungsgericht* besitzt ein Amtswalter uneingeschränkte personelle Legitimation, „wenn er sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder durch einen seinerseits personell legitimierten Amtsträger oder mit dessen Zustimmung erhalten hat".[207] Erforderlich ist also eine „ununterbrochene Legitimationskette" individueller Berufungsakte zwischen Amtswalter und Volk, die mit den Parlamentswahlen beginnt, sich mit der Wahl des Bundeskanzlers und der Ernennung der Minister fortsetzt und mit der Berufung der einzelnen Amtswalter durch die Ressortspitzen oder durch ihrerseits von dieser individuell berufenen Personen endet.[208] Neben diesen personellen Legitimationsaspekt tritt bei der personell-organisatorischen Legitimation ein organisatorischer Aspekt, welcher in der Zuweisung eines bestimmten Funktionsbereiches an den Amtswalter besteht und den Legitimationsbereich insofern sachlich begrenzt.[209]

Bei der staatlichen Betrauung von Personenmehrheiten, deren Mitglieder nicht individuell bestimmt sind, sondern abstrakt über die Zugehörigkeit zu der jeweiligen Personengruppe definiert werden, – wie typischerweise bei der Einsetzung oder Betrauung von Trägern funktionaler Selbstverwaltung – gelangt der strenge, individuelle organisatorisch-personelle Legitimationsansatz an seine Grenzen. Mangels individueller Berufung des jeweiligen Personenkreises muss diesem insofern die personelle demokratische Legitimation versagt werden.[210] Der Ausgleich dieses Defizits an individueller personeller Legitimation wird im Zusammenhang mit funktionalen Selbstverwaltungsträgern bisweilen jedoch durch die Argumentation zu kompensieren gesucht, dass es sich bei der funktionalen Selbstverwaltung immerhin um eine verfassungsrechtlich vorgesehene Ausnahmeform der Verwaltung handele und folglich die Absenkung des demokratischen Legitimationsniveaus hingenommen werden könne.[211] Weiterhin wird auch vertreten, das personelle demokratische Defizit könne durch eine *autonome demokratische Legitimation* ausgeglichen werden. Diese ergebe sich aus einer demokratischen Binnenstruktur der als Selbstverwaltungsträger berufenen Organisation und legitimiere die Handlungen der Organisationsleitung gegenüber den von ihr repräsentierten Personen.[212] Beide Argumentationsansätze zur Überwindung eines Defizits individueller personeller Legitimation überzeugen allerdings nicht. So lässt sich eine – auch verfassungsmäßige – Ausnahme von dem Prinzip der unbedingten demokratischen Rückanbindung staatlichen Handelns an das Volk, wie sie in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG beschrieben ist, nur schwerlich begründen. Und das Konzept der autonomen Legitimation stößt spätestens dann an

---

[207] *BVerfG*, 2 BvL 5/98 vom 5.12.2002, Absatz-Nr. 158; vgl. auch *BVerfGE* 93, 37, 67; *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 180.
[208] *BVerfGE* 83, 60, 72 f.; Maunz/Dürig-*Herzog*, GG, Art. 20 II. (Demokratie) Rn. 53.
[209] *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 269.
[210] Vgl. *BVerwG* NVwZ 1999, S. 870 ff.; dazu *Dederer*, NVwZ 2000, S. 403 ff; Maunz/Dürig-*Herzog*, GG, Art. 20 II. (Demokratie) Rn. 51 ff.
[211] *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 552; vgl. auch *OVG Münster*, NWVBl. 1996, S. 254, 256.
[212] Vgl. *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 387 ff.

seine Grenzen, wenn das Handeln des autonom legitimierten Selbstverwaltungsträgers nicht nur gegenüber dem von ihm vertretenen bzw. repräsentierten Personenkreis, sondern auch gegenüber außenstehenden Dritten Rechtswirkungen entfaltet. Diesen gegenüber kann die autonome Legitimation keine Wirkung entfalten.[213]

Als dogmatisch sauberer zur Überwindung eines personell-organisatorischen Legitimationsdefizits der Mitglieder funktionaler Selbstverwaltungsträger erweist sich ein weiterer Ansatz, der zur Herleitung personeller Legitimation die unbedingte Notwendigkeit einer *individuellen* Berufung der einzelnen Amtswalter in Frage stellt und stattdessen eine *kollektive* Berufung durch Gesetz ausreichen lassen will.[214] Wird etwa ein funktionaler Selbstverwaltungsträger als öffentlich-rechtliche Körperschaft eigens zur Wahrnehmung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe gegründet und regelt das Gründungsgesetz zugleich in abstrakt-genereller Weise die Berufung der einzelnen Amtswalter durch die Körperschaftsmitglieder, so bedeutet bereits diese gesetzgeberische Konzeption des Selbstverwaltungsträgers eine gewisse Rückanbindung an den unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgeber und somit eine gewisse Legitimationswirkung, die nicht unbedingt geringer sein muss als die personelle Legitimation eines Amtswalters durch individuellen Ernennungsakt im „Umweg" über die jeweilige Verwaltungsspitze.[215] Auch ist nicht einsichtig, warum die kollektive Berufung von Personen zur Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben anders bewertet werden soll als etwa die Beleihung eines einzelnen privaten Experten, dem die personelle Legitimation in jedem Fall zuzusprechen ist, weil er (unvermeidlich) individuell bestellt wurde.[216] Als gewichtigstes Argument für die Anerkennung der *kollektiven personellen Legitimation* ist zuletzt anzuführen, dass schon die Wahl der Abgeordneten zum deutschen Bundestag Elemente kollektiver demokratischer Legitimation enthält. So wird nach dem System der personalisierten Verhältniswahl nur ein Teil der Abgeordneten direkt persönlich gewählt, wohingegen der Rest der Abgeordneten über die Landeslisten der Parteien ins Parlament einzieht. Wenn aber der Wähler seine Zweitstimme für eine bestimmte Landesliste abgibt, so sind ihm die dort aufgestellten Kandidaten im Einzelnen zumeist unbekannt; er gibt seine Stimme daher in der Regel nicht für individuelle Bewerber ab, sondern für das Kollektiv der jeweiligen Liste.[217]

Neben der institutionellen und der organisatorisch-personellen Legitimation besteht als dritter Ansatz für die demokratische Legitimation staatlichen Handelns schließlich der

---

[213] Vgl. zur weiteren Kritik am Ausnahmekonzept und am Konzept der autonomen Legitimation *Unruh*, VerwArch 92 (2001), S. 531, 549 f., m.w.N.

[214] Grundlegend *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 373 ff.

[215] *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 377, 381; *Unruh*, VerwArch 92 (2001), S. 551 f.; vgl. aber *Dederer*, NVwZ 2000, S. 403, 405.

[216] *Unruh*, VerwArch 92 (2001), S. 552 f., allerdings in Bezug auf die gemeinsame Bestellung einer Expertengruppe in einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Gleiches gilt m.E. allerdings auch für die Bestellung eines privat organisierten Expertengremiums, wie etwa der Deutschen Krankenhausgesellschaft.

[217] *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 378 f.; *Unruh*, VerwArch 92 (2001), S. 552.

sachlich-inhaltliche Legitimationsansatz. Bei ihm geht es im Gegensatz zum institutionellen und organisatorisch-personellen Legitimationsansatz nicht um die formale Legitimation der *Position* des einzelnen Amtswalters, sondern um die Rückanbindung des materiellen *Inhalts* seiner Handlungen an den Volkswillen. Grundformen sachlich-inhaltlicher Legitimation sind die in Art. 20 Abs. 3 GG vorgesehene Gesetzesbindung staatlichen Handelns einerseits und die demokratische Verantwortlichkeit des Parlaments gegenüber dem Volk sowie die Verantwortlichkeit der Regierung bzw. der Minister gegenüber dem Parlament andererseits.[218] Verwaltungsintern wird die sachlich-inhaltliche Legitimation auf dem Wege der personellen „Legitimationskette" von den höheren an die nachfolgenden Verwaltungseinheiten weitergeleitet, typische Erscheinungsformen sind hierbei Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften und Weisungen, aber auch Rechtsaufsicht sowie Selbsteintritts- oder Letztentscheidungsrechte.[219]

2. Bestimmtes Legitimationsniveau

Das *Bundesverfassungsgericht* misst bei der Prüfung der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns sowohl der institutionellen, der organisatorisch-personellen als auch der sachlich-inhaltlichen Legitimation jeweils eigene Bedeutung zu, betont jedoch, dass die einzelnen Legitimationsmodi nicht je für sich Bedeutung hätten, sondern nur in ihrem Zusammenwirken. Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend sei nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig sei ein „bestimmtes Legitimationsniveau."[220]

Diesbezüglich trifft das *Bundesverfassungsgericht* zunächst jedoch eine grundsätzliche Unterscheidung danach, ob es sich bei dem in Frage stehenden Verwaltungsträger um funktionale Selbstverwaltung handelt oder um staatsunmittelbare Ministerialverwaltung bzw. kommunale Selbstverwaltung. Die *unmittelbare Staatsverwaltung* und die *kommunale Selbstverwaltung* erfordern stets sowohl eine ausreichende sachlich inhaltliche Legitimation als auch eine individuelle personelle Legitimation der einzelnen Amtswalter (Legitimationskette).[221] Die *funktionale Selbstverwaltung* hingegen bedarf lediglich einer vollumfänglichen sachlich-inhaltlichen Legitimation; im Bereicht der personellen Legitimation können gewisse Defizite bestehen, da das Grundgesetz „offen für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichen-

---

[218] Die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament äußert sich insbesondere in den Kontroll- und Sanktionsrechten des Parlaments, vgl. z.B. Art. 44 (Untersuchungsausschüsse), Art. 67 GG (Misstrauensvotum).

[219] Im Einzelnen *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 184 ff.; ferner *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 270 ff.; *Unruh*, VerwArch 92 (2001), S. 531, 545; *Axer*, VSSR 4/2002, S. 215, 236.

[220] *BVerfGE* 83, 60, 72; 93, 37, 66 f.; zuletzt *BVerfG*, 2 BvL 5/98 vom 5.12.2002, Absatz-Nr. 156.

[221] *BVerfG*, 2 BvL 5/98 vom 5.12.2002, Absatz-Nr. 156-157.

de Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt“ sei.[222] Gerechtfertigt erscheint dies dem *Bundesverfassungsgericht* insbesondere vor dem Hintergrund der Effizienz staatlichen Handelns,[223] da ja bei der funktionalen Selbstverwaltung gerade die von den in Frage stehenden Maßnahmen Betroffenen zu deren Wahrnehmung herangezogen würde und somit „verwaltungsexterner Sachverstand“ aktiviert würde, welcher insgesamt zur Wirksamkeit der staatlichen Maßnahmen beitrage.[224]

Neben den Unterschieden, die sich für das jeweils erforderliche Legitimationsniveau aus der Art der handelnden Verwaltungsträger ergeben, stellt das *Bundesverfassungsgericht* diesbezüglich auch auf die Bedeutung der jeweils in Frage stehenden Aufgaben ab. So lässt es bei weniger bedeutsamen Aufgaben eine Lockerung der demokratischen Legitimation zu,[225] wohingegen bedeutendere Aufgaben ein höheres Legitimationsniveau erfordern. Rechtsdogmatisch ist diese Regel als spezieller Ausfluss der allgemeinen verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitstheorie anzusehen.[226]

III. Hinreichendes Legitimationsniveau der gemeinsamen Selbstverwaltung nach § 17b KHG-i.d.F. 2000

Die dogmatischen Grundlagen der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns vorausgeschickt gilt es im Folgenden zu prüfen, ob die in § 17b KHG (2000)[227] mit der Entwicklung des deutschen DRG-basierten Abrechnungssystems betrauten Spitzenverbände der Krankenkassen, der Verband der privaten Krankenversicherung sowie die Deutsche Krankenhausgesellschaft zur Erfüllung dieser Aufgabe ein dem Demokratieprinzip genügendes hinreichendes Legitimationsniveau besaßen.

---

[222] *BVerfG*, 2 BvL 5/98 vom 5.12.2002, Absatz-Nr. 161, 167 f.; im Ergebnis folgt das *Bundesverfassungsgericht* damit der Auffassung in Literatur und Rechtsprechung, die aus der Ausnahmestellung der funktionalen Selbstverwaltung im Rahmen der verfassungsmäßig vorgegebenen Verwaltungsformen auch eine Ausnahmebehandlung im Hinblick auf das in Art. 20 Abs. 2 GG festgeschriebene unbedingte Demokratiegebot herleitet (vgl. insbes. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 552; *OVG Münster*, NWVBl. 1996, S. 254 ff.); eine Auseinandersetzung mit der – systematisch und dogmatisch überzeugenderen – Figur der kollektiven personellen Legitimation (vgl. insbes. *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 373 ff.; *Unruh*, VerwArch 92 (2001), S. 551 f.) unterbleibt allerdings, was im Ergebnis jedoch keine praktischen, sondern nur rechtsdogmatische Unterschiede bedeutet.

[223] Zum Postulat der Effizienz der Verwaltung vgl. allgemein *Niedobitek*, DÖV 18/2000, S. 761, 762 f.; *BVerwGE* 67, 206, 209.

[224] *BVerfG*, 2 BvL 5/98 vom 5.12.2002, Absatz-Nr. 168.

[225] *BVerfGE* 83, 60, 74.

[226] Vgl. *Taupitz*, MedR 1/2003, S. 7, 8; nach der Wesentlichkeitstheorie müssen die Anforderungen an die durch den parlamentarischen Gesetzgeber vermittelte demokratische Legitimation um so höher sein, je wesentlicher die in Frage stehenden Entscheidungen für den Einzelnen und das Gemeinwesen sind, dazu *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 20 Rn. 117; vgl. auch *BVerfGE* 33, 303, 346; 49, 89, 126.

[227] Wortlaut oben unter Kap. 2. A.

1. Erfordernis demokratischer Legitimation, keine Delegationssperre

Zunächst könnte man zweifeln wollen, ob die der Selbstverwaltung in § 17b Abs. 2, 3 KHG (2000) zugewiesenen Aufgaben zu ihrer Wahrnehmung überhaupt eine demokratische Legitimation der betrauten Stelle erforderten, da sie ja größtenteils darin bestanden, lediglich Vereinbarungen zur *Vorbereitung* entsprechender Gesetze und Verordnungen zur Einführung des neuen Entgeltsystems zu treffen. Staatliches Handeln im Sinne einer Ausübung von Staatsgewalt, welche nach Art. 20 Abs. 2 GG demokratischer Legitimation bedarf, ist jedoch nur dann gegeben, wenn der in Frage stehenden Tätigkeit ein gewisser *Entscheidung*scharakter zukommt.[228] Im vorliegenden Falle bestimmt allerdings § 17b Abs. 3 KHG (2000), dass das von den Selbstverwaltungspartnern in seinen Grundzügen zu vereinbarende Vergütungssystem zum 01. Januar 2003 tatsächlich in Deutschland eingeführt werden sollte. Es sollte sich bei der Aufgabe der Selbstverwaltung also keineswegs um eine unverbindliche, rein konsultative Tätigkeit handeln, sondern sie sollte für die weiteren Maßnahmen zur Umstellung der Vergütungssystems durchaus vordeterminierend sein, weshalb ihr zumindest der Charakter einer Mitentscheidung zugesprochen werden muss. Dies genügt jedoch für die Annahme staatlichen Handelns,[229] so dass ein Bedürfnis nach demokratischer Legitimation besteht.

Weiterhin könnte auch erwogen werden, ob die Ausgestaltung des neuen Vergütungssystems angesichts der erheblichen gesellschaftlichen und gesundheitspolitischen Relevanz der Reform des Krankenhausvergütungssystems nicht von solcher „politischen Tragweite“ ist, dass sie sich von vornherein einer Übertragung auf die Selbstverwaltung entzieht (Delegationssperre).[230] Zwar ist bisher nicht eindeutig und abschließend geklärt, welche Aufgaben der Übertragung auf die Selbstverwaltung genau entzogen bleiben müssen;[231] jedoch zählt die Entwicklung eines Krankenhausleistungs-Abrechnungssystems wohl nicht hierzu. Die Aufgaben nämlich, die allgemein als unübertragbar gelten – die Außenpolitik, die Landesverteidigung, die Steuererhebung, die Vollzugspolizei und die Schulaufsicht[232] –, weisen alle ein gewisses gesellschaftsprägendes Moment auf, welches bei der Entwicklung des neuen Krankenhausleistungs-Abrechnungssystems in einem vergleichbaren Maße nicht gegeben ist.

---

[228] *BVerfGE* 83, 60, 73 f.; vgl. oben Kap. 3. B. II.
[229] Vgl. *BVerfGE* 83, 60, 74.
[230] Vgl. oben Kap. 3. C. I.
[231] Dem Vorschlag der entsprechenden Heranziehung der Wesentlichkeitstheorie (*Unruh*, VerwArch 92 (2001), S. 531, 539 ff.) ist das *BVerfG* jüngst entgegengetreten: Auch Aufgaben von wesentlicher Bedeutung (dort: Grundwasserschutz) können zur Wahrnehmung auf Selbstverwaltungsträger übertragen werden, *BVerfG*, 2 BvL 5/98 vom 5.12.2002, Absatz-Nr. 171.
[232] Vgl. oben Kap. 3. B. I.

2. Hinreichendes Legitimationsniveau

Zu klären bleibt demnach einzig, ob die in § 17b KHG (2000) betrauten Selbstverwaltungsträger ein für die Wahrnehmung der ihnen übertragenen Aufgaben hinreichendes Legitimationsniveau besitzen, welches angesichts der Bedeutsamkeit der Umstellung des Krankenhausleistungs-Vergütungssystem für das gesamte Krankenhauswesen, die Volkswirtschaft und die Betriebsabläufe in den Kliniken[233] entsprechend hoch sein muss.

a. Institutionelle Legitimation

Eine institutionelle demokratische Legitimation, wie sie die Art. 83 ff., 28 Abs. 2 S. 1 GG der staatsunmittelbaren Ministerialverwaltung und der kommunalen Selbstverwaltung vermitteln, besteht für die funktionale Selbstverwaltung im Bereich des Gesundheitswesens nicht. Zwar erwähnt das Grundgesetz in Art. 87 Abs. 2 GG, dass bestimmte Sozialversicherungsträger als bundesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts zu organisieren sind, woraus folgt, dass der Verfassungsgeber die in Deutschland bestehenden Organisationsformen funktionaler Selbstverwaltung im Gesundheitswesen durchaus akzeptiert;[234] eine der kommunalen Selbstverwaltung entsprechende institutionelle Legitimation in Form einer Selbstverwaltungsgarantie ergibt sich aus Art. 87 Abs. 2 GG allerdings nicht, da die Norm im Gegensatz zu Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG keine hinreichend deutliche Aussage hinsichtlich der von den Sozialversicherungsträgern im Einzelnen wahrzunehmenden Aufgaben trifft.[235]

b. Organisatorisch-personelle Legitimation

Auch die Anforderungen einer vollumfänglichen organisatorisch-personellen Legitimation im Sinne einer ununterbrochenen Legitimationskette hinsichtlich ihrer Mitglieder[236] werden von den in § 17b KHG (2000) betrauten Selbstverwaltungsträgern nicht erfüllt. Hinsichtlich ihres hinreichenden Legitimationsniveaus ist daher entsprechend der nunmehr eindeutigen Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* zu prüfen, ob das organisatorisch-personelle Legitimationsdefizit aus Gründen einer gesteigerten Verwaltungseffizienz gerechtfertigt erscheint und kompensiert wird.[237] Im Ergebnis ist hieran im vorliegenden Fall nicht zu zweifeln: Zum einen sind die konkret herangezogenen Organisationen (die Spitzenverbände

---

[233] Vgl. Kap. 1. vor A.
[234] *BVerfG*, 2 BvL 5/98 vom 5.12.2002, Absatz-Nr. 163; vgl. auch *Jestaedt*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), GG Mitarbeiterkommentar, Band II, Art. 87 Rn. 91 ff.
[235] *Hermes*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band III, Art. 87 Rn 64; *Jestaedt*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), GG Mitarbeiterkommentar, Band II, Art. 87 Rn 91; *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 87 Rn. 55.
[236] Vgl. oben Kap. 3. C. II. 1.
[237] *BVerfG*, 2 BvL 5/98 vom 5.12.2002, Absatz-Nr. 167 f., vgl. oben Kap. 3 C. II. 2.

der Krankenkassen, der Verband der privaten Krankenversicherung und die Deutsche Krankenhausgesellschaft) mithin die „Dachverbände“ der Pflegesatzparteien (§ 18 Abs. 2 KHG) auf Bundesebene; die Pflegesatzparteien aber verfügen über langjährige Erfahrung mit der Aushandlung von Krankenhausentgelten, so dass sie naturgemäß über einen hohen Sachverstand und eine hohe Sachnähe für die in Frage stehenden Aufgaben der Entwicklung eines DRG-basierten Abrechnungssystems und der Kalkulation der Bewertungsrelationen verfügen. Zum anderen trägt ihre Beteiligung bei der Entwicklung des DRG-Systems vermutlich auch zu einer höheren Akzeptanz des Systems bei seinen Anwendern bei, nämlich bei den Krankenhausärzten, den Krankenhausverwaltungen und den Kostenträgern, da sich diese durch die Selbstverwaltungsträger funktional repräsentiert sehen. Dies wiederum ist von Vorteil für das Funktionieren des Systems.[238]

c. Sachlich-inhaltliche Legitimation

Angesichts der nur minderen institutionellen und personell-organisatorischen Legitimation kommt es für die demokratische Legitimation im vorliegenden Falle maßgeblich auf eine hinreichende sachlich-inhaltliche Legitimation der Selbstverwaltungspartner an (Gesetzesbindung, parlamentarische Verantwortlichkeit und Kontrolle, Weisungen etc.).[239]

aa. Gesetzesbindung

Die Gesetzesbindung als Element der sachlich-inhaltlichen Legitimation staatlichen Handelns erfordert, dass sich das staatliche Handeln seinem Inhalt nach hinreichend konkret auf ein parlamentarisches Gesetz zurückführen lässt.[240] Verfassungsrechtlich ergibt sich dieser Grundsatz allgemein aus der Bindung jeglichen staatlichen Handelns an die verfassungsmäßige Ordnung sowie an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 2 GG), einen speziellen Ausdruck hat er darüber hinaus in der „Bestimmtheitstrias“ des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG gefunden, welcher für den Fall des Erlasses von Rechtsverordnungen vorschreibt, dass das ermächtigende Gesetz deren „Inhalt, Zweck und Ausmaß“ erkennen lassen muss.

Auch im vorliegenden Fall ist bei der Frage nach einer hinreichenden sachlich-inhaltlichen Legitimation der nach § 17b KHG (2000) mit der DRG-Systementwicklung betrauten Selbstverwaltungsträger als Entscheidungsmaßstab auf die Bestimmtheitstrias des Art. 80

---

[238] Die Wichtigkeit der Systemakzeptanz betonte etwa die Deutsche Krankenhausgesellschaft in einer Pressemeldung vom 23.12.2002, in der sie alle Beteiligte und Anwender des Systems, aber auch externe Sachverständige aufforderte, bis zum 31.03.2003 konstruktive Verbesserungsvorschläge für die Weiterentwicklung des Systems vorzubringen.

[239] Vgl. oben Kap. 3. C. II. 1.

[240] *BVerfG*, 2 BvL 5/98 vom 5.12.2002, Absatz-Nr. 172.

Abs. 1 S. 2 GG zurückzugreifen. Zwar ging es bei der Aufgabendelegation nach § 17b KHG (2000) nicht um eine Ermächtigung der Selbstverwaltung zum Erlass von Rechtsverordnungen, so dass Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht direkt greift; jedoch sollten die von den Selbstverwaltungsträgern getroffenen Vereinbarungen nach dem Willen des Gesetzgebers vom Gesetz- und Verordnungsgeber übernommen werden und als Grundlagen für das Vergütungssystems dienen, so dass ihnen – oder zumindest ihren Inhalten – unbestreitbar eine gewisse normative Kraft zukam, die einer Regelung durch eine Rechtsverordnung nahe kommt und es rechtfertigt, die Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zumindest entsprechend heranzuziehen. Ein weiteres Argument für die Heranziehungdes Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG als Prüfungsmaßstab ist, dass § 17b Abs. 4 KHG (2000) die Bundesregierung für den Fall eines Scheiterns der Arbeit der Selbstverwaltung ermächtigte, die jeweiligen Fragen im Wege der Rechtsverordnung zu regeln (Ersatzvornahme). Spätestens in diesem Falle wäre § 17b KHG (2000) direkt an den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zu prüfen.

Mit dem Erfordernis zur Bestimmung des „*Inhalts*“ der exekutorischen Normsetzung verlangt Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG vom Gesetzgeber, dass er in der zur Rechtsverordnung ermächtigenden Norm den Gegenstand der Rechtssetzung beschreibt. Mit dem „*Zweck*“ sind die verfolgten Ziele gemeint, und die Bestimmung des „*Ausmaßes*“ erfordert, dass der Gesetzgeber Umfang und Grenzen der Normsetzungsbefugnis der Exekutive festlegt. Die erforderliche Regelungsdichte bestimmt sich auch hier nach der Bedeutung und Wesentlichkeit der zu regelnden Fragen und muss dem gemäß im vorliegenden Falle der überragenden Bedeutung des Krankenhausleistungs-Vergütungssystems für das gesamte Krankenhaus- und Gesundheitswesen entsprechend hoch sein.

Ob die Vorschrift des § 17b KHG (2000) diese Anforderungen erfüllte, erscheint fragwürdig. Zwar beschrieb § 17b Abs. 1 KHG (2000) das von den Selbstverwaltungspartnern zu entwickelnde Vergütungssystem zunächst recht ausführlich, indem er etwa dessen Charakteristik bestimmte (durchgängig, pauschalierend, leistungsgerecht, praktikabel, bundeseinheitliche Festlegung der Fallgruppen und der Bewertungsrelationen), seinen Anwendungsbereich festlegte (allgemeine vollstationäre und teilstationäre Leistungen mit Ausnahme der Einrichtungen nach § 1 Abs. 2 PsychPV) sowie die Grundzüge der Fallgruppierung (Komplexitäten und Comorbitäten) und die Grundsätze des Zuschlagsystems (Zu- oder Abschläge für die Sicherstellung einer notwendigen Vorhaltung von Leistungen, der Notfallversorgung, für die Ausbildung und die Ausbildungsstätten und die Aufnahme von Begleitpersonen) vorgab; ferner legte sich Absatz 2 auch auf eine Systementwicklung auf der Grundlage eines ausländischen DRG-Systems fest. Allerdings blieb die Vorschrift des § 17b KHG (2000) in den zentralen und für die praktische Anwendung immens wichtigen Fragen der Ausgestaltung der Fallgruppen, der Kalkulation der Bewertungsrelationen und der Pflege des Systems sehr allgemein und gab kaum Aufschluss über die nähere Vorgehensweise der Vertragsparteien. Sie betonte lediglich, dass die Vertragsparteien sich bei ihren Vereinbarungen „unter Wah-

rung der Qualität der Leistungserbringung an wirtschaftlichen Versorgungsstrukturen und Verfahrensweisen“ zu orientieren hatten (§ 17b Abs. 2 S. 5 KHG (2000)); was dies genau bedeutete, blieb allerdings offen. So wurden weder nähere Maßgaben für die Qualität der Leistungserbringung bestimmt, noch wurde erläutert, was im Einzelnen unter „wirtschaftlichen Versorgungsstrukturen und Verfahrensweisen“ zu verstehen war; auch fehlten Angaben, wie die teilweise gegenläufigen Prinzipien von Qualität und Wirtschaftlichkeit im Einzelnen gegeneinander abzuwägen waren.

Diese Offenheit der Norm, insbesondere die pauschale Verweisung des Gesetzgebers auf die Begriffe der „Qualität“ und „Wirtschaftlichkeit“ lassen es durchaus vertretbar erscheinen, sie als zu unbestimmt anzusehen und dementsprechend im vorliegenden Falle die demokratische Legitimation der Selbstverwaltungsträger zu verneinen.[241]

Im Ergebnis sprechen jedoch die besseren Argumente dafür, eine hinreichende Bestimmtheit der Norm und entsprechend eine ausreichende Legitimation der Selbstverwaltungsträger anzunehmen. So ist zu beachten, dass es sich bei der § 17b KHG (2000) inhaltlich um die Übertragung eine *Entwicklungs*aufgabe handelte, was schon nach der Natur der Sache mit einer gewissen Unbestimmtheit einhergeht, da ansonsten ja kein Entwicklungspotenzial vorhanden wäre. Weiterhin lassen sich aber auch die Begriffe der „Qualität“ und „Wirtschaftlichkeit“ aufgrund ihres stets relativen Charakters nie eindeutig bestimmen,[242] sind jedoch zugleich grundlegende Prinzipien des deutschen Gesundheitswesens.[243] Dass aber der Gesetzgeber hinsichtlich der DRG-Systementwicklung auf grundlegende Prinzipien des Gesundheitswesens verwiesen hat, kann ihm nicht zum Nachteil gereichen.

bb. Verantwortlichkeit und Kontrolle

Die über die Gesetzesbindung hinausgehende sachlich-inhaltliche Legitimation in Form der Verantwortlichkeit der Selbstverwaltung gegenüber Parlament bzw. Regierung muss nach Ansicht des *Bundesverfassungsgerichts* dergestalt sein, dass die Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben „der Aufsicht personell legitimierter Amtswalter unterliegt“.[244]

Auch diesem Erfordernis kam die Vorschrift des § 17b KHG (2000) nach. So gewährte Abs. 2 S. 5 dem Bundesministerium für Gesundheit das Recht, an den Sitzung der Vertragsparteien teilzunehmen und alle fachlichen Unterlagen zu erhalten, wodurch gewährleistet war,

---

[241] Vgl. *Axer*, VSSR 4/2002, S. 215, 241 f., dort in Bezug auf die gesetzlichen Vorgaben für den Koordinierungsausschuss nach § 137e Abs. 3 SGB V (Vorschrift mittlerweile aufgehoben).
[242] Zum Begriff der Wirtschaftlichkeit vgl. oben Kap. 3. A. III. 2. b.; zur medizinischen Qualität (Standard) vgl. unten Kap. 4. D. II. 3. a. aa.
[243] Vgl. z.B. § 70 SGB V.
[244] *BVerfG*, 2 BvL 5/98 vom 5.12.2002, Absatz-Nr. 172.

dass die Regierung stets über die Vorgänge und den Stand der Entwicklung des neuen Vergütungssystems sachlich unterrichtet war und mindestens durch Redebeiträge, Fragen und zumindest politischen Druck eine gewisse Rückkopplung der Systementwicklung an die Ministerialverwaltung erreichen konnte. Weiterhin wurde die Erfüllung der Aufgaben der Selbstverwaltung für den Fall eines Scheiterns auch durch das Recht der Bundesregierung zur Ersatzvornahme abgesichert (§ 17b Abs. 4 S. 1 KHG (2000)), welche als Selbsteintrittsrecht ein zusätzliches Element der sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation darstellt.[245] Und zuletzt ist noch zu bedenken, dass die von der Selbstverwaltung zu treffenden Vereinbarungen von vornherein ja auch erst noch in Rechtsverordnungen (BPflV) und Gesetzen (KHG, KHEntgG, SGB V) weiter umgesetzt werden sollten und sie mithin von Beginn an unter dem Vorbehalt einer zusätzlichen demokratischen „Bekräftigung“ standen.

Vor diesem Hintergrund erscheint die in § 17b KHG (2000) bestimmte Übertragung der Entwicklung des DRG-basierten Vergütungssystems auf die gemeinsame Selbstverwaltung insgesamt als mit dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG vereinbar und im Hinblick auf ein möglichst effizientes und sachgerechtes Verwaltungshandeln sogar geboten.

[245] Vgl. oben Kap. 3. C. II. 1.

Kapitel 4. Zivilrecht, insbesondere Haftungsfragen

In diesem Kapitel der Arbeit soll sich mit der zivilrechtlichen Würdigung der befürchteten Auswirkungen befasst werden, die die wirtschaftlichen Fehlanreize des DRG-Systems auf das Behandlungs- und Betriebsgeschehen in den Krankenhäusern mutmaßlich nehmen werden. Zu nennen sind im Einzelnen die Fehlanreize der

- Vergütungsoptimierung durch Kodierung (dazu nachfolgend in Kap. 4. E. II.),
- die Ressourcen- und Verweildauerreduzierung (dazu nachfolgend in Kap. 4. E. III., IV.),
- die Erscheinungsformen der Patienten- oder Risikoselektion (dazu nachfolgend in Kap. 4. E. V.) und
- die wirtschaftlich begründeten Fallzahlsteigerungen (dazu nachfolgend in Kap. 4. E. VI).[1]

Zwar waren dem Gesetzgeber im Vorfeld der Einführung des neuen DRG-basierten Vergütungssystems diese systemimmanenten Gefahren angesichts der Erfahrungen im Ausland hinlänglich bekannt, so dass er zu ihrer Vermeidung umfängliche Präventivmaßnahmen ergreifen konnte und beispielsweise neue Vorgaben zur Sicherung der Behandlungsqualität erließ (§ 137 SGB V),[2] die Fehlbelegungs- und Abrechnungsprüfung im Krankenhaus verstärkte sowie Fehlabrechnungen mit einem finanziellen Sanktionsmechanismus belegte (§ 17c KHG).[3] Ob diese Maßnahmen allerdings ausreichen werden und tatsächlich bewirken, dass alle die o.a. Fehlanreize des DRG-Systems neutralisiert werden können und sich an keiner Stelle realisieren, darf bezweifelt werden; so lehrt doch die allgemeine Lebenserfahrung, dass es stets und in allen Lebensbereichen immer Fälle gibt, in denen vorgegebene Regeln trotz präventiver Sicherungsmaßnahmen aus Eigennutz überschritten und missbraucht werden. Aus diesem Grunde sei an dieser Stelle und im Folgenden durchaus erlaubt, eine mehr oder minder hypothetisch-zivilrechtliche Betrachtung der möglichen Gefahren des DRG-Systems vorzunehmen.

Nach einer überblicksartigen, auf die Problematik der vorliegenden Arbeit bezogenen Darstellung der rechtlichen Strukturen innerhalb der Krankenhäuser und der rechtlichen Beziehungen zwischen Krankenhaus, behandelnden Ärzten, Patienten und Versicherungen folgt eine Übersicht über die Grundzüge des deutschen Arzthaftungsrechts, bevor dann im Einzelnen auf die o.a. Fallgruppen der vom DRG-System für den Krankenhausbetrieb ausgehenden Gefahren und ihre haftungsrechtliche Bedeutung eingegangen wird.

---

1 Vgl. auch oben Kap. 2. B. II. 1. c. aa.
2 Vgl. oben Kap. 2. C. III. 1.
3 Vgl. oben Kap. 2. C. III. 2. d.

A. Die rechtliche Struktur innerhalb des Krankenhauses

I. Der Krankenhausträger

Die Aufteilung der Zuständigkeiten und Verantwortungsbereiche innerhalb eines Krankenhauses folgt einer in der Praxis im Laufe der Zeit entwickelten Strukturierung in vertikale und horizontale Betriebseinheiten und Funktionsträger, die mittlerweile teilweise ausdrücklich in den Krankenhausgesetzen der Länder festgeschrieben ist.[4]

Als Betreiber des Krankenhauses steht der *Krankenhausträger* in der vertikalen Verantwortungsstruktur an oberster Stelle. Er kann gemäß der in Deutschland bestehenden Trägerpluralität sowohl öffentlich-rechtlich,[5] privat,[6] frei-gemeinnützig[7] oder kirchlich[8] organisiert sein; als Betriebsformen der Kliniken in Betracht kommen sowohl öffentlich-rechtliche Regie- oder Eigenbetriebe als auch zivilrechtliche Einzelfirmen oder Kapital- und Personengesellschaften.[9] Die öffentlichen und frei-gemeinnützig getragenen Krankenhäuser machen in Deutschland mit mehr als 70 % den weitaus größten Anteil in der Krankenhauslandschaft aus. Allerdings lässt sich mit dem ansteigenden Kostendruck auf die Kliniken seit Wegfall des Selbstkostendeckungsprinzips und Einführung der festen Budgetierung in 1993 in den letzten Jahren ein deutlicher Trend hin zu einer Privatisierung einer Vielzahl dieser Kliniken erkennen.[10] Immer mehr öffentliche Träger bemühen sich, ihre im Schnitt defizitär arbeitenden Krankenhäuser[11] an wirtschaftlichere private Konzerne abzugeben, wobei mit der Einführung der DRGs und dem dadurch nochmals erhöhten Rationalisierungsdruck die Privatisierung noch zunahm;[12] der Anteil der Privatkliniken am Markt stieg von 23,7 Prozent

---

4 Vgl. z.B. §§ 35 ff. KHG NRW.

5 Z.B. Städte, Gemeinden oder im Falle von Universitätskliniken die Länder.

6 Private Akutklinikträger sind z.B. die Euromed AG, die Helios Kliniken GmbH, die Mediclin AG, oder die Rhön-Klinikum AG.

7 Z.B. Deutscher Caritasverband, Deutsches Rotes Kreuz, Arbeiterwohlfahrt, Diakonisches Werk.

8 Zur kirchlichen Krankenpflege vgl. *BVerfGE* 46, 73, 95 f.

9 *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 85 Rn. 3 ff.; *ders.*, ArztR 4/1993, S. 109 ff.

10 Von 1992 bis 2000 stieg die Anzahl der privaten Kliniken in Deutschland um 105 an, was einen Zuwachs von 30,8 % bedeutet, zugleich sank die Zahl der öffentlich getragenen Krankenhäuser um 215 und damit um 22,4 %. Der Anteil privater Kliniken an den Allgemeinen Krankenhäusern stieg von 15,9 % im Jahr 1992 auf 22,3 % in Jahr 2000, vgl. *Gerste*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, S. 295 ff.; zu den wettbewerbsrechtlichen Problemen von Klinikzusammenschlüssen *Müller-Groh*, Krankenhausfusionen; *Bohle*, Das Krankenhaus 8/2005, S. 650 ff.

11 Im Jahre 2003 konnten 46 Prozent der Krankenhäuser keine keinen positiven oder ausgeglichenen Betriebsabschluss vorlegen, wobei es aufgrund eines hohen Bettenabbaus Anfang der 1990er Jahre den Krankenhäusern in den „neuen" Bundesländern incl. Berlin vergleichsweise besser ergeht als denjenigen in den „alten" Ländern, vgl. *Buscher*, Das Krankenhaus 3/2005, S. 181, 182 f.

12 *Buscher*, Das Krankenhaus 3/2005, S. 181, 184 f.; Vgl. auch *Neubauer*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report-2002, S. 71, 84 f.; vgl. FAZ vom 17. Oktober 2002, S. 23, FAZ vom 4. November 2002, S. 22.

in 2003 auf 26 Prozent in 2004.[13] Zudem wurden viele kommunale Krankenhäuser und Stiftungsträgerschaften in gemeinnützige GmbHs umgewandelt,[14] und sogar Universitätskliniken werden vom Privatisierungstrend erfasst: So erhielt am 17. Dezember 2005 die Rhön-Klinikum AG vom Land Hessen den Zuschlag zum Erwerb des Universitätsklinikums Gießen-Marburg.[15]

Der Krankenhausträger bestimmt die ärztliche, pflegerische, technische und verwaltungsmäßige Organisation des Krankenhauses[16] und hat im Wege unternehmerischer Grundentscheidungen die Leistungs- und Versorgungsstruktur der Klinik nach seinen Vorstellungen ärztlich-pflegerisch auszurichten. Hierbei ist er grundsätzlich autonom, allerdings wird er, sofern er eine Aufnahme in den Krankenhausbedarfsplan bzw. eine Zulassung zur Behandlung von Kassenpatienten anstrebt, sich faktisch an den Vorgaben der Krankenhausplanung und dem darin zum Ausdruck kommenden Versorgungsbedarf orientieren. Der Krankenhausträger handelt, da er in der Regel in einer juristischen Person besteht, durch seine obersten Organe oder Vertreter (z.B. Bürgermeister, Kirchenvorstand, Gesellschafterversammlung).

II. Die Krankenhausleitung

An oberster Stelle der internen Klinikorganisation steht die *Klinikleitung*, auch *Direktorium* oder *Vorstand* genannt. Sie besteht in der Regel aus einem Leitenden Krankenhausarzt (Ärztlicher Direktor), einer Leitenden Pflegekraft (Pflegedirektor) und einem Leiter des Wirtschafts- und Verwaltungsdienstes (Verwaltungsdirektor).[17] In Universitätskliniken können dem Klinischen Vorstand noch weitere Mitglieder angehören, etwa die Dekanin oder der Dekan des Fachbereiches Medizin der Hochschule.[18] Ärztlicher Direktor, Pflegedirektor und Verwaltungsdirektor repräsentieren jeweils die drei grundlegenden Leistungsbereiche im Krankenhaus, an deren Spitze sie stehen, nämlich den ärztlichen Bereich, den pflegerischen Bereich und den Verwaltungs- und Wirtschaftsbereich, die auch als die „drei Säulen“ des Krankenhauses bezeichnet werden.[19] Der pflegerische Bereich nimmt im Krankenhaus bei weitem den größten Umfang ein und ist sehr personalintensiv. Im Schnitt entfallen auf ihn etwa 40 % des Krankenhauspersonals, wohingegen haupt- und nichthauptamtliche Ärzte nur etwa 12 % ausmachen, hinzu kommen allerdings noch die ihnen zugeordneten Mitarbeiter des

---

[13] Pressemitteilung des *Statistischen Bundesamtes* vom 29.08.2005, abrufbar unter URL: http://www.destatis.de; zu arbeitsrechtlichen Fragen der (Teil-)Privatisierung öffentlicher Krankenhäuser vgl. *Wollenschläger/von Harbou*, NZA 2005, S. 1081 ff.

[14] *Buscher*, Das Krankenhaus 3/2005, S. 181, 184.

[15] Vgl. URL: http://www.rhoen-klinikum-ag.com/rka/k0/presse/aktuell (letzter Abruf am 22.12.2005).

[16] Vgl. z.B. § 35 Abs. 4 KHG NRW.

[17] Vgl. z.B. § 35 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 KHG NRW.

[18] Vgl. z.B. § 35 Abs. 3 HochschulG NRW; zur Organisation von Hochschulkliniken eingehend *Lippert*, NJW 1994, S. 2606 ff.

[19] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 89 Rn 7; *Genzel/Siess*, MedR 1/1999, S. 1, 6; *Beske/Hallauer*, Das Gesundheitswesen in Deutschland, S. 144.

medizinisch-technischen Dienstes (z.B. Labor), welche auch noch einmal etwa 15 % der Belegschaft darstellen.[20] Die Aufgabe der Krankenhausleitung besteht in der kollegialen Führung des Krankenhausbetriebes. Sie hat die Finanzen, das Rechnungswesen und das Personal zu verwalten, die laufenden Geschäfte der Klinik zu führen, die Beschlüsse des Krankenhausträgers vorzubereiten und umzusetzen. Ihr kommt also die Planung, Organisation, Durchführung und Kontrolle der Betriebsabläufe zu.[21]

III. Der Ärztliche Direktor

Die Verantwortlichkeit des *Ärztlichen Direktors* erstreckt sich umfassend auf den gesamten Bereich der Krankenversorgung. Ihm kommt eine Führungs- und Leitungsfunktion für alle medizinischen Fragen zu, die über den Bereich der einzelnen Abteilungen des Krankenhauses hinausgehen.[22] Seiner Kontrolle unterliegen sowohl die ärztlichen Leistungen der übrigen Bediensteten, beispielsweise im ärztlichen Aufnahme- und Rettungsdienst, als auch die Krankenhaushygiene und die Gesundheit der Bediensteten selbst. Insofern nimmt er in Vertretung des Krankenhausträgers dienstaufsichtsrechtliche Aufgaben wahr. Weiterhin hat er für einen geordneten, wirtschaftlichen Betriebsablauf im Bereich der Krankenversorgung zu sorgen.[23]

In der Regel wird der Ärztliche Direktor vom Krankenhausträger aus den Reihen der Chefärzte des Krankenhauses heraus auf Zeit berufen und übt seine Tätigkeit zusätzlich zur Leitung seiner Fachabteilung bzw. seines Institutes aus,[24] wofür er eine pauschalierte Aufwandsentschädigung erhält.[25]

IV. Der Pflege- und der Verwaltungsdirektor

Entsprechend dem Ärztlichen Direktor für den ärztlichen Dienst trifft den *Pflegedirektor* die umfassende Verantwortung für den krankenpflegerischen Dienst. Ihm obliegt die Dienstaufsicht über das Pflegepersonal und die Organisation des Pflegebetriebes. Dies umfasst sowohl die Einteilung und Koordination des Personals (Aufstellung von Dienstplänen) als auch die Verwaltung der sachlichen Ressourcen, was auch von ihm gewisse betriebswirt-

---

[20] Zahlen nach *Gerste/Schellschmidt/Rosenow*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2001, Schwerpunkt Personal, S. 13, 15, 28.

[21] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 89 Rn 18 f.; *Genzel/Siess*, MedR 1/1999, S. 1, 6.

[22] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 89 Rn 21 f.

[23] Vgl. z.B. § 35 Abs. 1 HochschulG NRW.

[24] Vgl. z.B. § 36 Abs. 1 KHG NRW.

[25] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 89 Rn 21 f.

schaftliche Kenntnisse verlangt.

Der *Verwaltungsdirektor* führt die Geschäfte der Klinikleitung. Zudem ist er zuständig für die Verwaltung der medizinischen Einrichtungen des Krankenhauses sowohl in Personal- als auch in Sachfragen.[26] Dazu gehören die Regelung von Personalangelegenheiten, die Materialbeschaffung und -bevorratung sowie die Verantwortung für das Rechnungswesen und Controlling. Auch der Verwaltungsdirektor ist an die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gebunden und hat ihre Einhaltung zu verantworten. Aufgrund der spezifischen Anforderungen ihrer Funktion wird die Stelle des Verwaltungsdirektors vorzugsweise mit Betriebswirten und Juristen besetzt.[27]

Viele – insbesondere privat getragene – Kliniken gehen mittlerweile dazu über, dass sie sich von der traditionell dreigliedrig organisierten Klinikleitung lösen und diese Funktion mit einem einzelnen hauptamtlichen Geschäftsführer besetzen, vorzugsweise einem Ökonom. Grund dafür ist, dass insbesondere dem Ärztlichen Direktor und auch dem Pflegedirektor neben medizinischen auch ökonomische Kenntnisse abverlangt werden. Das Abrücken von der kollegialen dreigliedrigen Klinikleitung führt dann allerdings zu dem Problem, dass die medizinischen Belange des Krankenhausbetriebes möglicherweise nicht ausreichend beachtet werden.[28]

V. Die Chefärzte als Leiter der Abteilungen

Unterhalb der Ebene der Klinikleitung ist das Krankenhaus horizontal in mehrere nebeneinander stehende Funktionseinheiten, die *Abteilungen*, aufgegliedert. Sinnvollerweise wird die Einteilung unter medizinischen Gesichtspunkten nach ärztlich überschaubaren Verantwortungsbereichen vorgenommen, die sich wiederum an den im Krankenhausplan festgestellten Versorgungsbedürfnissen orientieren.[29] So kann es Abteilungen für Anästhesiologie, Innere Medizin, Unfallchirurgie, Kardiologie, Geburtshilfe, Kinderheilkunde, Orthopädie etc. geben. Die Abteilungen sind ihrerseits in *Stationen* untergliedert und werden je nach Größe des Krankenhauses teilweise auch in *Zentren* zusammengefasst (z.B. Zentrum für Chirurgie mit den Unterabteilungen Allgemeinchirurgie, Transplantationschirurgie, Herzchirurgie etc., Zentrum für Innere Medizin); ansonsten sind sie voneinander jedoch funktionell unabhängig. Die Bildung von Zentren in den Kliniken dient vornehmlich der Prozessoptimierung bei der Behandlung der Patienten und sowohl der Steigerung der Behandlungsqualität als auch der

---

[26] *Lippert*, NJW 1994, S. 2606, 2608.

[27] Vgl. z.B. §§ 37, 38 Abs. 1 HochschulG NRW; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 16.

[28] *Genzel/Siess*, MedR 1/1999, S. 1, 10 f.; teilweise wird in den Landeskrankenhausgesetzen daher ausdrücklich eine kollegiale Klinikleitungen vorgeschrieben, vgl. z.B. § 35 Abs. 2 KHG NRW.

[29] Vgl. z.B. § 35 Abs. 3 KHG NRW.

Wirtschaftlichkeit, weshalb ihre Bildung sich insbesondere unter der DRG-basierten Vergütung anbietet.[30] Den einzelnen Zentren stehen Leiter vor, die ähnlich dem Ärztlichen Direktor für die koordinierende Organisation verantwortlich sind, allerdings keine medizinischen Pflichten gegenüber den Patienten haben.[31]

Anders gestaltet sich die Leitung der einzelnen Abteilungen. Ihnen stehen *leitende Krankenhausärzte (Chefärzte)* vor, deren Auswahl in die Verantwortung des Krankenhausträgers fällt. Die Position der Chefärzte ist geprägt von weitreichender Eigenverantwortlichkeit für den Betriebsablauf in ihrer Abteilung, sowohl in medizinischer als auch in ökonomisch-rechtlicher Hinsicht:[32] Sie tragen für die Untersuchung und Behandlung der Patienten in ihren Abteilungen die medizinische Letztverantwortung und unterliegen demgemäß auf ihrem Fachgebiet keinerlei medizinischer Weisungen. Andererseits können sie jedoch ihrerseits als Vorgesetzte gegenüber den ihnen untergebenen ärztlichen und pflegerischen Mitarbeitern Weisungen erteilen, den pflegerischen Mitarbeitern allerdings nur insofern, als ärztliche Funktionsbereiche und keine pflegerischen Bereiche betroffen sind. Trotz ihrer umfassenden medizinischen Letztverantwortlichkeit steht es den Chefärzten frei, einzelne ärztliche Aufgaben wie etwa Injektionen, Infusionen, Transfusionen oder Blutentnahmen auf entsprechend qualifizierte Mitarbeiter zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung zu delegieren. In diesen Fällen hat der Chefarzt allerdings für eine ordnungsgemäße Organisation und Überwachung einzustehen.[33] In ökonomisch-rechtlicher Hinsicht ist der Chefarzt zunächst für das wirtschaftliche Ergebnis seiner Abteilung und für die Verwendung der verfügbaren Finanzmittel verantwortlich;[34] hiermit kommt ihm eine enorme ökonomische Mitverantwortung für die Klinik zu, da die ihr entstehenden Kosten zu 70 % bis 80 % Folge ärztlich veranlasster Maßnahmen in den Abteilungen sind.[35] Ein leitender Angestellter i.S.d. Betriebsverfassungsgesetzes ist der Chefarzt jedoch nicht.[36] Weiterhin ist er in seiner Abteilung für die Einhaltung der einschlägigen rechtlichen Vorschriften – beispielsweise des Medizinproduktegesetzes[37] – verantwortlich, sowie für die ordnungsgemäße Dokumentation des Behandlungsgeschehen. Mit Einführung der DRGs hat sich die Bedeutung der Dokumentation vom therapeutischen und haftungsrechtlichen Bereich[38] auch auf den wirtschaftlichen Bereich erweitert, da eine sorgfältige und umfassende Dokumentation von großer Wichtigkeit für die Einordnung des Behandlungsfalles in die seinen Kosten entsprechende Fallgruppe ist. Insofern erfuhr auch die

---

[30] Vgl. zur Zentrenbildung in Universitätsklinika *Rüschmann/Zabel/Rüschmann*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 211 ff., 225.

[31] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 89 Rn 23 Fn 31.

[32] *Strehl*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2001, Schwerpunkt Personal, S. 123 f.

[33] *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 141 ff.; MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 391; *Lippert*, NJW 1994, S. 2606, 2608, 2611.

[34] Vgl. z.B. § 39 Abs. 1 HochschulG NRW.

[35] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 88 Rn 6a, 23.

[36] *Thür. LAG*, ArztR 4/2002, S. 101 ff.; *Strehl*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2001, Schwerpunkt Personal, S. 123, 128.

[37] Gesetz über Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz – MPG) vom 2. August 1994, BGBl. I 1994, S. 1963.

[38] Vgl. unten Kap. 4. D. II. 3. b.

Stellung des Chefarztes innerhalb der Krankenhausstruktur eine erhebliche Aufwertung.[39]

Das Verhältnis zwischen Chefarzt und Klinikträger ergibt sich entweder aus einem zivilrechtlichen Arbeitsvertrag oder – je nach Rechtsnatur des Krankenhausträgers und der Organisationsform des Krankenhauses – aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis (z. B. Verbeamtung).[40] Ungeachtet seiner (wirtschaftlichen) Abhängigkeit vom Dienstherrn oder Arbeitgeber und seiner rechtlichen Stellung als Arbeitnehmer[41] ist der Beruf des (Chef)Arztes jedoch ein „freier“,[42] dessen Wesen sich nicht aus dem Anstellungsverhältnis, sondern aus dem ureigenen Standesrecht ergibt, wie es vor allem in der Bundesärzteordnung[43] niedergelegt ist.[44] Etwaigen Spannungen, die sich aus der Gegenläufigkeit der Freiheit des Arztberufs und seiner Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe des Krankenhausträgers ergeben, sind durch entsprechende Regelungen im Dienstverhältnis zu begegnen.

Eine weitere Besonderheit der Position des Chefarztes ist das ihm in der Regel zugestandene Liquidationsrecht, welches ihn zur eigenständigen Abrechnung von Wahlleistungen berechtigt und vertraglich oder beamtenrechtlich im Wege einer Nebentätigkeitsgenehmigung[45] eingeräumt wird. Hauptgrund ist, qualifizierte Ärzte durch finanzielle Anreize für den Dienst in den Krankenhäusern zu gewinnen, da die Nettoeinkünfte aus der Privatliquidation die Grundvergütung des Chefarztes in der Regel um ein Mehrfaches übersteigen. Sie machen den eigentlichen „Charme“ einer Chefarztposition aus.[46]

VI. Die nachgeordneten Ärzte (Oberärzte, Assistenzärzte)

Die den Chefärzten hierarchisch nachgeordneten Ober- und Assistenzärzte machen etwa 85 % der in den Krankenhäusern beschäftigten Ärzte aus, wobei die Tendenz insgesamt steigend ist im Gegensatz zum Anteil der Chefärzte, der eher abnimmt.[47] Ober- und Assistenzärzte sind gleichermaßen approbierte Mediziner und daher zur Erbringung ärztlicher Leistungen befähigt. Sie unterscheiden sich jedoch nach dem Stand ihrer Ausbildung und dem Umfang der ihnen zugestandenen Verantwortung und Entscheidungskompetenzen: *Oberärzte* sind in

---

[39] *Genzel*, ArztR 2/1996, S. 39, 41, schon in Bezug auf die Einführung von Fallpauschalen und Sonderentgelten in 1996.

[40] Im einzelnen *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 90 Rn 5 ff., Rn 22 ff.

[41] *Lelley/Sabin*, MedR 7/2004, S. 359, ebenda.

[42] *Quaas*, MedR 1/2001, S. 34 ff.

[43] Bundesärzteordnung (BÄO) vom 2. Oktober 1961, BGBl. I 1961, S. 1857 ff.

[44] Zum freien Beruf vgl. § 1 Abs. 2 HS 2 BÄO; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 52.

[45] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 90 Rn 19; zum Verfassungsrang des Liquidationsrecht *BVerfG* ArztR 1/2002, S. 10 ff.

[46] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 90 Rn 12; eingehend *Strehl*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2001, Schwerpunkt Personal, S. 123 ff., 125; *Kistner*, Wahlbehandlung und direktes Liquidationsrecht des Chefarztes, S. 24 ff.

[47] *Gerste/Schellschmidt/Rosenow*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2001, Schwerpunkt Personal, S. 13, 21.

der Regel schon Fachärzte; dienstrechtlich können sie privat oder öffentlich Angestellte oder Beamte sein. In der Krankenhaushierarchie sind sie ständige Vertreter des Chefarztes oder sonst mit eigenen Beratungs- und Kontrollbefugnissen – auch gegenüber nachgeordneten Ärzten – in einem ihnen zugewiesenen Bereich (z.B. einer Station – „Stationsarzt“) ausgestattet. Hingegen kommt den *Assistenzärzten* im Krankenhaus keine besondere Entscheidungskompetenz zu. Sie sind stets angestellte, nicht verbeamtete Ärzte, befinden sich in der Regel noch in der Weiterbildung und dürfen den Patienten gegenüber zwar ärztliche Dienste erbringen; eine Kompetenz zu letztverantwortlicher Diagnostik oder Anordnung einer Therapie besitzen sie jedoch ebenso wenig wie die Befugnis, anderen Ärzten Weisungen zu erteilen. Ausnahmen ergeben sich in Notfällen. In der Praxis ist es jedoch die Regel, dass den Assistenzärzten mit fortschreitender Dauer ihrer Weiterbildung und anwachsender Berufserfahrung stets ein steigendes Maß an Verantwortung zu Teil wird, so dass ihnen kurz vor Abschluss ihrer Weiterbildung sogar die Betreuung einer Station übertragen werden kann.[48]

VII. Belegärzte

Belegärzte sind niedergelassene Vertragsärzte, denen der Krankenhausträger in vertraglichem Wege das Recht eingeräumt hat, neben der Patientenbehandlung in ihrer Praxis ihre Patienten auch im Krankenhaus stationär oder teilstationär unter Inanspruchnahme der dort bestehenden und bereitgestellten personellen und sächlichen Strukturen zu behandeln.[49] Die Belegarztbehandlung erfolgt in eigenen Fachabteilungen, den Belegabteilungen, und zumeist auf solchen medizinischen Fachgebieten, in denen nur mittelschwere medizinische Eingriffe ohne das Erfordernis eines größeren OP-Teams erfolgen, etwa im Hals-Nasen-Ohrenbereich, der Augenheilkunde, der Orthopädie, oder auch auf dem Gebiet der Gynäkologie und der Geburtshilfe.[50] Mehreren Belegärzten der gleichen Fachrichtung soll dabei nach dem Willen des Gesetzgebers die Möglichkeit gegeben werden, ihre Patienten gemeinsam zu behandeln (kooperatives Belegarztwesen),[51] was den Vorteil hat, dass für die Belegpatienten ständig zumindest ein Facharzt erreichbar ist.[52]

Die belegärztlichen Leistungen werden nicht als eigentliche Krankenhausleistungen abgerechnet, sondern ihre Vergütung erfolgt nach den nach den Grundsätzen des Vertragsarztwesens; der Belegarzt rechnet seine Leistungen sowohl bei der Behandlung von Selbstzahlern

---

48 *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 90 Rn 33.

49 § 121 Abs. 2 SGB V, § 23 Abs. 1 BPflV, § 18 KHEntgG; *Reiling*, MedR 11/95, S. 443, 453; zur Haftung des Belegarztes *OLG Düsseldorf*, MedR 6/1993, S. 233.

50 Vgl. *Dolinski*, Der Belegarzt: vertragliche und haftungsrechtliche Probleme – insbesondere am Beispiel des Gynäkologen und Geburtshelfers als Belegarzt; *Franzki/Hansen*, NJW 1990, S. 737, 738.

51 § 121 Abs. 1 S. 2 SGB V.

52 *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 90 Rn 75; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 35.

und privat versicherten Patienten, als auch bei eine Behandlung von Kassenpatienten selbst ab.[53] Allerdings haben die Belegärzte die den Krankenhäusern entstehenden Kosten für den ärztlichen Bereitschaftsdienst oder die Leistungserbringung durch nachgeordnete Krankenhausärzte zu erstatten, die der Belegarzt in Anspruch genommen hat.[54] Die Krankenhäuser wiederum erheben für die restlichen, von ihnen im Rahmen einer belegärztlichen Behandlung erbrachten pflegerischen Leistungen und Versorgungsleistungen (Unterbringung, Verpflegung) spezielle, um die Kosten der belegärztlichen Leistungen gekürzte Belegfallpauschalen oder Belegpflegesätze.[55]

Das Ziel des Belegarztwesens ist, eine – kostengünstige – einheitliche ambulante und stationäre Behandlung der Patienten durch denselben Arzt zu gewährleisten und vor allem in kleineren Krankenhäusern die fachärztliche Versorgung zu verbessern.[56] Strukturell bedeutet die belegärztliche Behandlung ein Zusammenwirken von Krankenhaus und Belegarzt. Beide stehen in einer „gemeinsamen Partnerschaft zum Patienten", welche es erfordert, dass Krankenhausträger und Belegarzt im Belegarztvertrag sicherstellen, dass dem Patienten die notwendige Versorgung im erforderlichen Umfang zukommt. Insbesondere sind die gegenseitigen Rechte und Pflichten, die Art und der Umfang der belegärztlichen Tätigkeit[57] sowie die Stellung des Belegarztes und die Sicherung der Zusammenarbeit mit anderen Abteilungen und Einrichtungen des Krankenhauses zu regeln.[58] Üblicherweise lehnt sich der Belegarztvertrag in der Praxis an das Mustervertragswerk an, das die Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG) zur angemessenen Regelung der beiderseitigen Interessen von Krankenhaus und Belegarzt auf Grundlage ihrer bereits 1959 in Zusammenarbeit mit der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV) und der Bundsärztekammer (BÄK) herausgegebenen Grundsätze für eine Gestaltung von Belegarztverträgen verabschiedet hat.[59]

VIII. Der Arzt im Praktikum (AiP) und der Student im Praktischen Jahr (PJ)

Die ärztliche Ausbildung umfasst derzeit neben dem sechsjährigen Medizinstudium eine zusammenhängende praktische Ausbildung in Krankenanstalten von 48 Wochen im letzten Studienjahr (Praktisches Jahr – PJ). Bis zum 01. Oktober 2004 kam nach dem Medizinstudium zudem eine 18-monatige Tätigkeit als Arzt im Praktikum (AiP) hinzu. Beides ist/war

---

[53] § 121 Abs. 3 SGB V.
[54] § 121 Abs. 3 S. 2 SGB V, § 24 Abs. 1 BPflV, § 19 Abs. 1 KHEntgG.
[55] § 8 Abs. 2 S. 2 KHEntgG, § 13 Abs. 2 S. 2 BPflV.
[56] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 90 Rn 75.
[57] Vgl. hierzu auch § 23 Abs. 1 S. 2 BPflV, § 18 Abs. 1 S. 2 KHEntgG.
[58] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 90 Rn 76.
[59] *DKG*, Beratungs- und Formulierungshilfe Belegarztvertrag/Kooperativer Belegarztvertrag; erläutertes Vertragsmuster bei *Münzel*, Chefarzt- und Belegarztvertrag, S. 4 ff., 31 ff.; *Dolinski*, Der Belegarzt, S. 117 ff.

Voraussetzung für die Erteilung der endgültigen Approbation.[60]

Das *Praktische Jahr* (PJ) nimmt der Student in der Regel am Klinikum seiner Hochschule wahr, es kann jedoch auch an sonstigen Krankenanstalten abgeleistet werden.[61] Es ist in drei Ausbildungsabschnitte unterteilt: Der Student verbringt je zehn Wochen in der Inneren Medizin, in der Chirurgie und in einer der übrigen Abteilungen.[62] Hierbei soll er vor allem seine während des theoretischen Studiums erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten vertiefen, erweitern und in die Praxis am Krankenbett umzusetzen lernen, wozu er vom ausbildenden Arzt angeleitet wird und einzelne ärztliche Tätigkeiten zur Durchführung übertragen bekommt.[63] Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist der Student im PJ kein Arbeitnehmer, sondern ein sich in der Ausbildung befindlicher Student. Zwischen ihm und dem ausbildenden Krankenhaus wird kein Arbeitsverhältnis begründet. Obwohl er ganztägig eingesetzt werden soll,[64] entsteht ihm kein Vergütungsanspruch gegenüber der Klinik, auch nicht als Praktikant gemäß § 10 Abs. 1 und § 19 BBiG.[65]

Die 18-monatige Tätigkeit des *Arztes im Praktikum* (AiP) hingegen fand im Anschluss an das Medizinstudium statt. Standesrechtlich beruhte sie auf einer widerruflichen Erlaubnis des nichtapprobierten Mediziners zur vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufs.[66] Die dienstrechtliche Einordnung hingegen bereitete Probleme. Der Arzt im Praktikum war weder Student noch „normaler“ Arbeitnehmer, da es ihm nicht primär um die Bestreitung seines Lebensunterhaltes ging sondern um die berufliche Fortbildung und das Erlangen der anvisierten Approbation; im Ergebnis war die Anstellung als AiP wohl als Berufsausbildungsverhältnis i.S.d. § 19 BBiG[67] anzusehen, auf das über das normale Arbeitsrecht hinaus auch die Vorschriften der §§ 3 – 18 BBiG Anwendung finden.[68]

Der AiP verdiente rund 1000 Euro brutto im Monat bei vollem Einsatz im Krankenhaus, weshalb die AiP-Phase auch als „Ausbeutung im Praktikum“ des medizinischen Nachwuchses angesehen wurde und als mitverantwortlich dafür galt, dass viele junge Mediziner in andere Berufe abwanderten, was zu einem akuten Mangel an Ärzten in den deutschen Kliniken führte. Zum 1. Oktober 2004 wurde durch Änderung der Bundesärzte- und Ärzteapprobati-

---

60 § 3 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 5 BÄO, § 1 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 ÄAppO (Approbationsordnung für Ärzte (ÄAppO) i.d.F. der Bekanntmachung vom 14. Juli 1987, BGBl. I 1987, S. 1593 ff., zuletzt geändert am 2. August 1994, BGBl. I 1994, S. 1963).

61 § 3 Abs. 2, § 4 ÄAppO.

62 § 3 Abs. 1 ÄAppO.

63 § 3 Abs. 4 S. 1, 2 ÄAppO.

64 § 3 Abs. 4 S. 3 ÄAppO.

65 *BAG* NJW 1981, S. 2543.

66 § 10 Abs. 4 BÄO

67 Berufsbildungsgesetz (BBiG) vom 14. August 1969, BGBl. I 1969 S. 1112 ff., zuletzt geändert am 23. Dezember 2002, BGBl. I 2002 S. 4621

68 *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 90 Rn 50.

onsordnung der AiP abgeschafft und fiel als Voraussetzung für die Approbation weg;[69] diejenigen Mediziner, die sich zu diesem Zeitpunkt noch in der AiP-Phase befanden, mussten diese zwar noch zu Ende führen, wurden jedoch den Assistenzärzten gleichgestellt, insbesondere finanziell, so dass sich ihr Einkommen auf monatlich 2500 bis 3000 Euro steigerte.[70] Für die zusätzlichen Kosten wurden von den Krankenkassen in 2004 insgesamt 75 Millionen Euro und in 2005 insgesamt 300 Millionen Euro zur Verfügung gestellt.[71]

IV. Der Pflegedienst, der Funktionsdienst und der medizinisch-technische Dienst

Neben dem ärztlichen Personal gehören auch das Personal des Pflegedienstes (Krankenschwestern, Krankenpfleger), des Funktionsdienstes (Anästhesie, OP-Personal, Hebammen, Krankentransport etc.) und des medizinisch-technischen Dienstes (Medizinisch-technische Laborassistenten und -assistentinnen (MTA), Apotheker(innen), Krankengymnasten und Krankengymnastinnen, Masseure und Masseurinnen etc.) zum medizinischen Personal des Krankenhauses.[72] Wie der ärztliche Dienst sind auch der Pflegedienst, der Funktionsdienst und der medizinisch-technische Dienst in ihren Bereichen teilweise hierarchisch gegliedert. Zum Teil werden die Beschäftigten jedoch auch direkt in originär ärztliche Tätigkeiten miteingebunden, beispielsweise die MTA bei Blutentnahmen und Blutanalysen. In diesem Falle unterstehen sie den Weisungen der behandelnden Ärzte.[73]

B. Die schuldrechtliche Sonderverbindung zwischen Krankenhaus und Patient

I. Der Krankenhausaufnahmevertrag

Die individuellen Leistungsbeziehungen zwischen Krankenhaus und Patient werden in der Regel im Krankenhausaufnahmevertrag geregelt, welcher sowohl für den selbstzahlenden Privatpatienten als auch für den gesetzlich versicherten Patienten eigene vertragliche Ansprüche gegenüber dem Krankenhausträger und – je nach Ausgestaltung – auch gegenüber einzelnen Krankenhausärzten begründet. In Notfällen, wenn der Patient im Zeitpunkt seiner

---

[69] Eingehend hierzu *Haage*, MedR 9/2004, S. 533 ff.

[70] Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung der BÄO und anderer Gesetze, BR-Drs. 824/03 vom 07.11.2003.

[71] Vgl. Presseinformation des Bundesgesundheitsministeriums vom 01.10.2004, BMGS 4-2004.

[72] *Gerste/Schellschmidt/Rosenow*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2001, Schwerpunkt Personal, S. 13, 26 f.

[73] Zur Delegierung ärztlicher Aufgaben auf nichtärztliches Personal *Hahn*, NJW 1981, S. 1977 ff.; *Rumler-Detzel*, VersR 1994, S. 254 ff.

Aufnahme ins Krankenhaus beispielsweise wegen Bewusstlosigkeit geschäftsunfähig ist, kommen darüber hinaus grundsätzlich die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag nach den §§ 677 ff. BGB zur Anwendung. Teilweise wird zudem noch die Anwendbarkeit der Regeln des Instituts des faktischen Vertrags diskutiert.[74]

1. Zuordnung zum öffentlichen oder zum privaten Recht

Bei der Behandlung von *Privatpatienten* stellt sich der Krankenhausaufnahmevertrag eindeutig als privatrechtliche Sonderverbindung zwischen Patient und Krankenhausträger dar, welche als ein gemischter Vertrag mit vorwiegend dienst- und beherbergungsvertraglichen, aber auch mit werk-, miet- und kaufvertraglichen Elementen zu typisieren ist.[75] Die von den Ärzten und Pflegern erbrachten diagnostischen und therapeutischen Leistungen sind aufgrund deren besonderen Vertrauensstellung dabei als Dienste höherer Art einzuordnen.[76] Zwar kann ihnen teilweise – wie etwa bei Blinddarmentfernungen, Sterilisationen oder kosmetischen Eingriffen (Narbenentfernungen) – eine gewisse Erfolgsausrichtung nicht abgesprochen werden; die Anwendung von Werkvertragsrecht verbietet sich jedoch zumeist, weil der Klinikträger und die behandelnden Mediziner zu keiner Zeit einen Behandlungserfolg garantieren können und wollen. Sie übernehmen lediglich Gewähr für die Durchführung eines standardgemäßen medizinischen Eingriffs, nicht aber eine „Gesundungsgarantie“, die angesichts der Unbeherrschbarkeit und Eigengesetzlichkeit des lebenden und mithin kranken menschlichen Organismus zu unüberschaubaren Haftungsrisiken führte.[77]

Bei der Behandlung *gesetzlich versicherter Patienten* hingegen werden die Krankenhäuser als Leistungserbringer der GKV – eingebettet in den öffentlich-rechtlichen Rahmen des SGB V – (auch) zur Konkretisierung des öffentlich-rechtlichen Anspruchs der gesetzlich Versicherten auf Krankenhausbehandlung tätig.[78] Hieraus folgt nach einer insbesondere im Sozialrecht vertretenen Auffassung, dass die Leistungserbringung ausschließlich auf öffentlich-rechtlicher Grundlage erfolgte und für privatrechtliche Beziehungen zwischen Leistungserbringer und Kassenpatient kein Platz mehr bleibe.[79] Als Argument für diese Meinung wird insbesondere die Norm des § 76 Abs. 4 SGB V angeführt, welche – für das Vertragsarztrecht

---

[74] Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 83, mit Hinweis auf die die Anwendbarkeit der Figur des faktischen Vertrages noch bejahende Vorauflage..

[75] *BGHZ* 2, 94 f.; *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 93 Rn 3; zu den verschiedenen Krankenhausleistungen vgl. § 2 KHEntgG, § 2 BPflV.

[76] §§ 611, 627 BGB; Palandt-*Weidenkaff*, BGB, § 627 Rn. 2.

[77] MüKo-*Grundmann*, BGB Bd. 2, § 276 Rn. 111; *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 39 Rn. 10 ff.; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 99 ff., 102.

[78] Vgl. oben Kap. 3. A. III. 2. b.

[79] *BSGE* 33, 158, 160 f.; 59, 172, 177; vgl. aber *BSGE* 51, 126, 131; *Schnapp/Düring*, NJW 1989, S. 2913, 2916 f.; *Krauskopf*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 25 Rnrn 6 ff.; *Clemens*, in: *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, § 36 Rn. 27, 38; vgl. Kasseler Kommentar-*Höfler*, Bd. 1, § 15 SGB V, Rn. 23; vgl. auch *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 95, m.w.N.

– bestimmt, dass die Übernahme der Behandlung den Arzt gegenüber dem Patienten zur Sorgfalt „nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts“ verpflichtet. Aus dem besonderen Hinweis auf die Anwendbarkeit des § 276 BGB soll sich ergeben, dass das bürgerliche Recht ansonsten gerade keine Anwendung findet.[80]

In der zivilrechtlichen Literatur wird hingegen zu Recht ganz überwiegend davon ausgegangen, dass das Behandlungsverhältnis zwischen Patient und Leistungserbringer auch in der GKV dem Zivilrecht zuzuordnen ist.[81] Zwar ist ist einzuräumen, dass die Leistungserbringer bei der Patientenbehandlung in einen öffentlich-rechtlichen Rahmen eingebettet sind; das allein bedeutet jedoch nicht ohne weiteres, dass sich auch die Rechtsbeziehung zwischen dem Patienten und dem Vertragsarzt bzw. dem Krankenhaus in ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis umwandelt.[82] Gegen die Annahme einer öffentlich-rechtlichen Beziehung spricht nämlich, dass sich Patient und Krankenhaus in einem partnerschaftlichen Gleichordnungsverhältnis gegenüberstehen, in dem die Zulässigkeit ärztlicher Eingriffe von der wirksamen Einwilligung des Patienten abhängt[83] und ihm nicht öffentlich-rechtlich „paternalistisch“ aufgezwungen wird.[84] Dies ist lediglich bei amts- und zwangsärztlichen Untersuchungen und Behandlungen der Fall.[85] Für die Annahme einer zivilrechtlichen Beziehung spricht zudem, dass sich die Kliniken bei der Aufnahme der Patienten zur Ausgestaltung des Behandlungsverhältnisses regelmäßig sogenannter Krankenhausaufnahmebedingungen in Form von AGB[86] und damit explizit zivilrechtlicher Mittel bedienen.[87] Zuletzt kann auch das für die Annahme einer öffentlich-rechtlichen Beziehung herangezogene Argument des § 76 Abs. 4 SGB V dadurch entkräftet werden, dass diese Vorschrift keineswegs zwingend aussagt, dass das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient in der GKV grundsätzlich öffentlich-rechtlich ist und die Sorgfaltspflichten „nach den Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts“ nur ergänzend heranzuziehen sind. Genauso gut kann die Norm nämlich als deklaratorische Vorschrift angesehen werden, welche die Anwendbarkeit der Sorgfaltsregeln des bürgerlichen Rechts nicht begründet, sondern lediglich bekräftigt.[88]

---

80 *Schnapp/Düring*, NJW 1989, S. 2913, 2916; *Krauskopf*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 25 Rn 9.

81 *BGH*, NJW 2000, 3429, 3430; *BGHZ* 89, 250, 254 f.; 100, 363, 367; *Reiling*, MedR 11/95, S. 443, 444 f.; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 87; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn 18, 62 f., 67; *Uhlenbruck*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 40 Rn 1; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 22 f.; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 328 Rn 11; MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rnrn. 643, 645; vgl. auch *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 84 Rn. 28, § 87 Rn. 44.

82 *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 97 f., m.w.N.

83 *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 24.

84 *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn 2, 18; *Schimmelpfeng-Schütte*, MedR 6/2002, S. 286, 288.

85 *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 23; *Laufs*, Arztrecht, Rn 87.

86 Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 76; dazu unten Kap. 4. B. III.

87 *Reiling*, MedR 11/1995, S. 443, 445.

88 *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 98, m.w.N.

2. Die Vertragsparteien

Im Falle einer Krankenhausaufnahme privat versicherter Patienten oder völliger Selbstzahler sind als Vertragsparteien des Krankenhausaufnahmevertrages stets der Krankenhausträger und der jeweilige Patient anzusehen. Dem Krankenhausträger obliegt die Behandlungs- und dem Patienten die Vergütungspflicht, wobei er bei seinem privaten Versicherungsunternehmen um Erstattung der ihm entstandenen Kosten nachsuchen kann (§ 178b VVG). Unter den Voraussetzungen des § 1357 BGB kann auch der leistungsfähige Ehegatte des Patienten als Honorarschuldner des Krankenhauses mitverpflichtet werden.[89]

Anders gestaltet sich die Situation hingegen bei der Krankenhausbehandlung gesetzlich versicherter Patienten; da in diesem Fall für den Patienten gegenüber dem Krankenhaus grundsätzlich keine eigene Vergütungspflicht entsteht, sondern die jeweilige Krankenkasse insoweit in der Pflicht ist,[90] wird teilweise die Auffassung vertreten, dass das Behandlungsverhältnis auf einem Vertrag zugunsten Dritter (des Patienten) zwischen der Krankenkasse und dem Krankenhaus beruhe (§ 328 BGB). Die zum Vertragsschluss erforderliche Einigungserklärung der Krankenkasse läge dann entweder in der vom Patienten als Vertreter der Krankenkasse abgegebenen Willenserklärung beim Anschluss des Behandlungsvertrages oder in der Kostenübernahmeerklärung der Krankenkasse.[91] Diese Ansicht erscheint allerdings recht konstruiert, so dass eine andere Meinung als lebensnäher vorzuziehen ist, nach der der Krankenhausaufnahmevertrag durch Einigung zwischen Patient und Krankenhausträger zustande kommt, wobei die Parteien als Besonderheit eine Kostentragung der Krankenkasse nach § 267 BGB vereinbaren.[92]

Auch minderjährige Patienten können als Vertragspartei einen Krankenhausaufnahmevertrag abschließen, sofern sie zumindest beschränkt geschäftsfähig und gesetzlich krankenversichert sind. In diesem Fall entstehen ihnen mit der Behandlungsberechtigung durch den Vertragsschluss nämlich lediglich rechtliche Vorteile, so dass sie nach § 107 BGB keiner Einwilligung der Eltern als gesetzliche Vertreter bedürfen.[93] Oftmals aber wird es auch bei der Behandlung Minderjähriger der Fall sein, dass die Eltern als Vertragspartei den Krankenhausaufnahmevertrag in eigenem Namen zu Gunsten ihres Kindes schließen. Dann ist der Krankenhausbehandlungsvertrag in der Tat ein (echter) Vertrag zu Gunsten des minderjährigen Patienten, durch den dieser gegenüber der Klinik die gleichen primären Leistungsansprü-

---

89 *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 9 f.

90 Vgl. *OLG Köln*, NJW 1990, S. 1537 f.; *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 87 Rn. 44.

91 *BGHZ* 1, 383, 386; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 328 Rn. 11.

92 Vgl. *BGHZ* 97, 273, 276 (i.E. offengelassen); 100, 363, 367; *Voß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 10, m.w.N.

93 § 107 BGB; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 81.

che erhält, die er auch bei eigenem Vertragsschluss erhalten würde.[94]

Bei der Behandlung Schwangerer, nicht nur zur Entbindung, ist der Krankenhausaufnahmevertrag zwischen dem Krankenhausträger und der werdenden Mutter bis zur Vollendung der Geburt und dem damit verbundenen Eintritt des *nasciturus* in die volle Rechtsfähigkeit[95] als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter einzustufen.[96]

3. Abschluss- und Inhaltsfreiheit

Die grundsätzlich auch im Arzt- und Krankenhausrecht bestehende Vertragsfreiheit[97] ist für den Krankenhausträger beim Abschluss des Krankenhausaufnahmevertrags in zweierlei Hinsicht eingeschränkt. Zum einen ist er bei entsprechender Nachfrage des Patienten und bei Vorliegen einer Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit zur Behandlung des Patienten und somit zum Abschluss eines Krankenhausbehandlungsvertrags verpflichtet; auf die Einweisung durch einen Vertragsarzt kommt es nicht an. Lediglich im Falle einer Überlastung oder bei Fehlen von sachlichen und personellen Mitteln zur Gewährleistung einer angemessenen Behandlung im Einzelfall kann der Krankenhausträger die Behandlung des Patienten ablehnen; in diesem Fall hat er sich dann um eine sachgerechte Verlegung des Patienten in eine andere Klinik zu kümmern.[98] Dieser Kontrahierungszwang, der die Vertragsabschlussfreiheit des Krankenhausträger einschränkt, ergibt sich teilweise aus ausdrücklichen Vorschriften des jeweiligen Landesrechtes,[99] ansonsten folgt er für die Behandlung gesetzlich versicherter Patienten aus deren Anspruch auf vollstationäre Behandlung in einem zugelassenen Krankenhaus gemäß den einschlägigen Vorschriften des SGB V,[100] für privat versicherten Patienten folgt er aus der Einbindung der Krankenhäuser in das öffentliche Planungs- und Finanzierungssystem des Krankenhausfinanzierungsgesetzes oder des Hochschulbauförderungsgesetzes.[101]

Neben der Vertragsabschlussfreiheit ist im Hinblick auf den Krankenhausaufnahmevertrag auch die Vertragsinhaltsfreiheit des Krankenhausträgers eingeschränkt. So sind alle Kranken-

---

94 *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 81; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 10; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 25 f.

95 § 1 BGB; vgl. *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 1 Rnrn. 2, 5 ff.

96 *BGH*, NJW 1992, S. 2962; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 81; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 25 f.; Palandt-*Grüneberg*, BGB, § 328 Rn. 21 f.; vgl. auch *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 13, 121.

97 *Laufs*, Arztrecht, Rn. 102; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn 78; *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 41 Rn. 5.

98 *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 27; vgl. auch unten Kap. 4. E. V. 1. a. aa.

99 Vgl. etwa § 2 Abs. 1 KHG NW; *Spickhoff*, VersR 1998, 1189, 1191.

100 § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, § 39 Abs. 1 S. 2, § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V.

101 *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 41 Rn. 14; *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 84 Rn. 26, § 94 Rn. 9; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 26.

häuser – nicht nur die nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz geförderten – bezüglich der Entgeltvereinbarung weitgehend an die Entgeltfestsetzungen nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz und der auf seiner Grundlage erlassenen Bundespflegesatzverordnung sowie des Krankenhausentgeltgesetzes gebunden.[102] Bundespflegesatzverordnung (BPflV) und Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) sind zwingendes Recht und können nicht abbedungen werden, weshalb die Umstellung des Abrechnungssystems im Krankenhaus auf DRG auch direkten Einfluss auf die (eingeschränkte) Vertragsinhaltsfreiheit des Krankenhausträgers nimmt.[103]

II. Arten des Krankenhausaufnahmevertrages

Seit Bestehen des Krankenhausfinanzierungsgesetzes und der Bundespflegesatzverordnung haben sich für die stationäre Behandlung von Patienten in der Praxis drei Grundformen des Krankenhausaufnahmevertrages herausgebildet, der totale Krankenhausaufnahmevertrag, der totale Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag und der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag.[104]

1. Der totale Krankenhausaufnahmevertrag

Durch den *totalen Krankenhausaufnahmevertrag* werden allein vertragliche Beziehungen zwischen dem Krankenhausträger und dem Patienten begründet. Zu den leitenden Krankenhausärzten sowie dem sonstigen nachgeordneten ärztlichen, pflegerischen und sonstigen Krankenhauspersonal tritt der Patient in keine eigenen vertraglichen Beziehungen, sie fungieren lediglich als Erfüllungsgehilfen des Krankenhausträgers. Entsprechend gestaltet sich auch die Haftungsstruktur bei ärztlichen oder pflegerischen Pflichtverletzungen. Da zum Patient keine eigenen vertraglichen Beziehungen bestehen, haften Ärzte und Pfleger persönlich allenfalls aus Delikt. Die Krankenhausträger hingegen haften auch aus Vertrag.[105]

Im Hinblick auf den Inhalt des Vertrages ergibt sich aus der Vertragsauslegung, dass der Krankenhausträger zumindest bei der Behandlung von gesetzlich versicherten Patienten regelmäßig die Erbringung derjenigen Leistungen schuldet, deren Kosten vollständig von der

---

[102] Vgl. § 17 Abs. 5 KHG.
[103] Vgl. *Kistner*, Wahlbehandlung und direktes Liquidationsrecht des Chefarztes, S. 100.
[104] Palandt-*Weidenkaff*, BGB, Einf v § 611 Rn. 19; *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 93 Rn. 2 m.w.N.; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 89 ff.; MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 647 ff.; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 32 ff. möchte andere Bezeichnungen für die Vertragstypen verwenden; *Kistner*, Wahlbehandlung und direktes Liquidationsrecht des Chefarztes, S. 19 ff.
[105] Vgl. unten Kap. 4. D. II., III.

Krankenkasse übernommen werden. Dies sind die „allgemeinen Krankenhausleistungen“ nach den Krankenhausentgeltvorschriften der § 2 Abs. 2 S. 1 BPflV bzw. § 2 Abs. 2 S. 1 KHEntgG, deren Umfang zusätzlich durch die Vorschrift des § 39 SGB V allgemeine Grenzen gezogen werden.[106] Ob diese inhaltliche Beschränkung auf den Leistungsumfang der GKV auch für totale Krankenhausaufnahmeverträge gilt, die von Selbstzahlern, privat versicherten oder freiwillig gesetzlich versicherten Patienten abgeschlossen werden, erscheint fraglich und ist je nach Einzelfall zu entscheiden; denn obwohl dem Leistungsumfang der GKV, die ja immerhin etwa 90 % der Bevölkerung umfasst, eine gewisse „Leitbildfunktion“ für den Umfang der Leistungen der privaten Versicherungen zukommt,[107] ist zu beachten, dass sich die Selbstzahler, die privat versicherten und die freiwillig gesetzlich versicherten Patienten doch tendenziell gerade den in der GKV existierenden Leistungsgrenzen entziehen wollen.[108]

Als alleiniger Vertragspartner des Patienten erwirbt nur der Krankenhausträger einen eigenen Honoraranspruch gegen den Patienten, der nach Maßgabe des Entgeltsystems und bei der Behandlung gesetzlich versicherter Patienten nach dem System der GKV abgegolten wird. Die Krankenhausärzte hingegen erwerben gegen den Patienten keinen eigenen Honoraranspruch. Als angestellte Erfüllungsgehilfen des Krankenhausträgers werden sie durch diesen vergütet.

Zu den Krankenhausleistungen zählen neben den allgemeinen Krankenhausleistungen auch *Wahlleistungen* des Krankenhauses (§§ 22 BPflV, 17 KHEntgG).[109] Sie gehen über den für die GKV gesetzlich umschriebenen Leistungsumfang hinaus und werden neben den allgemeinen Krankenhausleistungen in einer privatrechtlichen Wahlleistungsvereinbarung gesondert vereinbart. In diesem Falle ist von einem *totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Wahlleistungen* zu sprechen.

Für den Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung sieht § 17 Abs. 2 KHEntgG vor, dass die Wahlleistungen vor der Erbringung schriftlich zu vereinbaren sind und der Patient schriftlich über die Entgelte und den Inhalt im Einzelnen zu unterrichten ist.[110] Das Schrift-

---

[106] *Reiling*, MedR 11/95, S. 443, 447; *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 93 Rn. 3; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 89; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 28 f.; vgl. auch *BGHZ* 100, 363, 367.

[107] Vgl. *OLG Stuttgart*, VersR 1992, S. 1080, 1082.

[108] *Voß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 11; vgl. auch *Schirmer*, MedR 10/1997, S. 431, 454.

[109] Vor dem 01. Januar 2005 ordnete der damalige § 16 KHEntgG die Geltung der §§ 22-24 BPflV bis zum 31. Dezember 2004 auch für den Bereich des Krankenhausentgeltgesetzes an, am 01. Januar 2005 traten dann die §§ 17 – 19 KHEntgG in Kraft; zu Wahlleistungen allgemein *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.) Handbuch des Arztrechts, § 86 Rn. 156 ff; *Wagener/Nösser/Korthus*, Das Krankenhaus 5/2005, S. 396 ff.

[110] Vgl. § 22 BPflV, § 17 KHEntgG; zu den Anforderungen an die Wirksamkeit einer Wahlleistungsvereinbarung *LG Konstanz*, ArztR 6/2003, S. 867 f., m. Anm. *Meyer*, S. 868 ff; vgl. auch *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 32 ff.; zu bereicherungsrechtlichen Fragen bei einer Zahlung des privaten Versicherungsunternehmens auf eine ungültige Wahlleistungsvereinbarung *BGH*, NJW 2002, S. 3772.

formerfordernis wird – da die Wahlleistungsvereinbarung eine privatrechtliche ist – überwiegend als Verweis auf § 126 BGB verstanden;[111] für die obligatorische Information über die entstehenden Entgelte reicht es nach Ansicht des *BGH* bisweilen allerdings aus, dass dem Patienten lediglich die Art und Weise des Zustandekommens des Entgelts dargelegt wird, wenn nämlich ein konkreter Kostenvoranschlag unmöglich ist oder aber aufgrund des zu tätigenden Aufwandes unzumutbar erscheint.[112]

Die in den Kliniken angebotenen Wahlleistungen können in vier grobe Fallgruppen unterteilt werden, und zwar in die Fallgruppe der unterkunftsbezogenen (pflegerischen) Wahlleistungen (z.B. Komfortunterbringung in einem Einzelzimmer, Telefon), in die Fallgruppe der ärztlichen Wahlleistungen (Chefarztbehandlung), der medizinischen Wahlleistungen und der „begleitenden“ Wahlleistungen (z.B. Massage neben der Behandlung, erweiterte Laboruntersuchungen (HIV, Cholesterin)).[113] Von § 17 KHEntgG werden dabei allerdings nur die medizinisch indizierten Wahlleistungen erfasst, jedoch bietet es sich an, auch die anderen Wahlleistungen den formalen Anforderungen der Vorschrift zu unterwerfen.[114]

Eine häufig vereinbarte Wahlleistung ist die *wahlärztliche Behandlung*, auch Chefarztbehandlung genannt. Sie besteht darin, dass der Patient das Recht auf die persönliche Behandlung des Chefarztes der jeweiligen Krankenhausabteilung erwirbt, der dann jedenfalls all diejenigen Tätigkeiten persönlich auszuführen hat, bei denen es auf seine besondere Sachkompetenz ankommt.[115] Ansonsten darf der Arzt bei Fehlen anderweitiger Vereinbarungen die Durchführung einzelner medizinischer Maßnahmen auf von ihm angeleitetes und überwachtes qualifiziertes Personal delegieren.[116] Wichtig ist jedoch, dass bei vorliegen eines bloßen totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Wahlbehandlung die vertragliche Behandlungspflicht lediglich den Krankenhausträger, nicht aber den Chefarzt trifft. Dieser erhält für die Erbringung von wahlärztlichen Leistungen im Innenverhältnis zum Krankenhausträger allerdings eine gesonderte Vergütung.[117]

2. Der totale Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag

Der totale Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag ist ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag mit Wahlbehandlung, bei dem die Besonderheit besteht, dass im

---

[111] *Wagener/Nösser/Korthus*, Das Krankenhaus 5/2005, S. 396, 398, vgl. auch *Spickhoff*, NJW 2003, S. 1701, 1704.
[112] *Wagener/Nösser/Korthus*, Das Krankenhaus 5/2005, S. 396, 398, vgl. auch *AG Kiel/LG Kiel*, ArztR 11/2001, S. 292 ff.
[113] *Wagener/Nösser/Korthus*, Das Krankenhaus 2005, S. 396, 398.
[114] *Wagener/Nösser/Korthus*, Das Krankenhaus 2005, S. 396, 397 f.
[115] Vgl. *OLG Hamm*, VersR 1986, S. 897 ff.
[116] *Laufs*, Arztrecht, Rn. 95.
[117] *Kistner*, Wahlbehandlung und direktes Liquidationsrecht des Chefarztes, S. 20.

Bereich der wahlärztlichen Leistungen neben dem Krankenhausträger auch der jeweilige Chefarzt vertraglich gegenüber dem Patienten zur Leistungserbringung verpflichtet ist.[118] Es entsteht insofern eine gesamtschuldnerische Doppelverpflichtung von Krankenhausträger und Chefarzt. Zugleich wird der Chefarzt berechtigt, die von ihm erbrachten Wahlleistungen direkt mit dem Patienten bzw. der Versicherung über die „lukrative" Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) abzurechnen und selbst zu liquidieren.[119]

Anzumerken ist, dass der Gesetzgeber ursprünglich geplant hatte, im Zuge der Einführung des DRG-Systems durch eine Änderung des § 16 S. 1 Nr. 3 KHG das unübersichtliche Liquidationsrecht der Chefärzte[120] für Wahlleistungen abzuschaffen und durch einen Zuschlag zu den jeweiligen Fallpauschalen zu ersetzen. Aufgrund von Problemen im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Schutz des Liquidationsrechts über Art. 14 Abs. 1 bzw. Art. 33 Abs. 5 GG nahm der Gesetzgeber von diesem Vorhaben jedoch wieder Abstand.[121]

3. Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag

Beim *gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag* besteht anders als beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag im Bereich der wahlärztlichen Leistungen keine Doppelverpflichtung von Krankenhausträger und Arzt, sondern es kommt zu einer Aufspaltung der Pflichten: Zur Erbringung der wahlärztlichen Leistungen wird allein der Chefarzt verpflichtet, wohingegen der Krankenhausträger lediglich die Erbringung der allgemeinen Krankenhausleistungen sowie die Erbringung derjenigen Wahlleistungen schuldet, die nicht wahlärztliche Leistungen sind. Dies können auch ärztliche Leistungen sein.[122] Der Hauptanwendungsfall des gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages ist die belegärztliche Behandlung.[123]

Die Aufspaltung der vertraglichen Pflichten im Bereich der wahlärztlichen Leistungen kann zu Problemen vor allem bei der Frage führen, ob sich nachgeordnetes Personal im Einzelfall im Aufgabenbereich des persönlich verpflichteten Arztes oder im Bereich des Krankenhausträgers bewegte und ob bei einer schädigenden Pflichtverletzung des Personals der Arzt oder aber den Krankenhausträger vertraglich nach § 278 BGB oder deliktisch nach § 831 BGB einstehen muss. Für das Personal des nichtärztlichen, *pflegerischen* Dienstes gilt,

---

[118] *Reiling*, MedR 11/95, S. 443, 450.
[119] § 22 Abs. 3 BPflV, § 17 Abs. 3 KHEntgG.
[120] Vgl. *Strehl*, in: *Arnold/Klauber/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2001, Schwerpunkt Personal, S. 123, 125 ff.
[121] *BVerfG*, ArztR 1/2002, S. 10 ff.; *Debong*, ArztR 12/2001, S. 312 ff.; *Clade*, DÄ 34-35/2001, A2146 f.; vgl. auch *Krämer*, ArztR 7/2003, S. 181 ff.
[122] *Reiling*, MedR 11/95, S. 443, 450; *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 93 Rn. 4.
[123] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 93 Rn. 5; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 90.

dass dieses grundsätzlich nicht dem Verantwortungsbereich des Chefarztes, sondern dem des Krankenhausträgers zuzuordnen ist. Eine Haftung des Chefarztes kommt in diesem Bereich allenfalls dann in Betracht, wenn er dem Pflegepersonal keine oder keine ausreichenden Anweisungen zur pflegerischen Behandlung des Patienten in seinem Verantwortungsbereich gegeben hat.[124] Beim nachgeordneten *ärztlichen* Personal gelingt eine solch allgemeine Abgrenzung hingegen nicht. Es bietet sich zunächst allerdings an, für die Abgrenzung der jeweiligen Verantwortungsbereiche des Chefarztes und des Krankenhausträgers die gesetzliche Beschreibung des Aufgabenbereiches der Belegärzte (§ 23 Abs. 1 S. 2 BPflV, § 18 KHEntgG) als Hauptanwendungsfall eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages heranzuziehen.[125] Dies wird in der Regel der Einschätzung der Pflichtenkreise von Krankenhausträger und Chefarzt durch die Patienten entsprechen.[126] Im Zweifel, ohne eine ausdrücklich vereinbarte Ausgrenzung der Assistenz nachgeordneter Ärzte, haften diese allerdings aufgrund der „Verzahnung" ihrer Aufgaben mit dem allgemeinen Klinikbetrieb als Erfüllungsgehilfen des Krankenhausträgers.[127]

Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag galt in früheren Zeiten bei der Vereinbarung wahlärztlicher Leistungen als Regelfall. Seit einer grundlegenden Entscheidung des *Bundesgerichtshof*[128] wird nunmehr allerdings angenommen, dass bei Fehlen besonderer Absprachen grundsätzlich vom Vorliegen eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag auszugehen ist.[129] Dies entspricht zum einen dem mutmaßlichen Willen der Patienten. So kann bei der Vereinbarung wahlärztlicher Leistungen davon ausgegangen werden, dass sich der Patient gesonderte ärztliche Leistungen hinzukaufen will; dass er zugleich aber den Krankenhausträger aus seinen Pflichten entlassen will, kann nicht angenommen werden.[130] Zum anderen werden bei der Annahme eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag auch den haftungsrechtlichen Interessen der Patienten Rechnung getragen. Steht ihnen im Falle einer ärztlichen Pflichtverletzung im Bereich der wahlärztlichen Leistung bei der Annahme eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages als Haftungsschuldner lediglich der Chefarzt gegenüber, so können sich die Patienten bei Vorliegen eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag auch an den Krankenhausträger halten, der mit dem Chefarzt in einem gesamtschuldnerischen Verhältnis steht.[131]

---

[124] *BGHZ* 89, 261, 271; *BGH*, VersR 1984, S. 356, 358 f.; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 93, 561; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 24, 39 f.; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 107; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 46.

[125] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 93 Rn. 4; *Kistner*, Wahlbehandlung und direktes Liquidationsrecht des Chefarztes, S. 106; zum Belegarzt vgl. oben Kap. 4. A. VII.

[126] *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 48.

[127] *Laufs*, Arztrecht, Rn. 93; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn.39.

[128] *BGHZ* 95, 63 = NJW 1985, S. 2189 = VersR 1985, S. 1043.

[129] *Laufs*, Arztrecht, Rn. 91; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn.34.

[130] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn.35.

[131] *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 108; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 33.; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 98 Rn. 9.

III. Allgemeine Krankenhausaufnahmebedingungen

Die zwischen Patient und Krankenhausträger geschlossenen Krankenhausaufnahmeverträge sind zumeist vom Krankenhausträger vorformulierte Musterverträge, die sich inhaltlich an den „Allgemeinen Vertragsbedingungen für Krankenhausbehandlungsverträge (AVB)“[132] der DKG orientieren. Inhaltlich unterliegen sie der Kontrolle durch die gesetzlichen Vorschriften für die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch allgemeine Geschäftsbedingungen.[133]

Ein häufiges Problem in formularmäßigen Krankenhausaufnahmeverträgen sind Klauseln, die eine Haftungsbeschränkung des Krankenhausträgers vorsehen, sei es für die Verletzung von Eigentums- und Vermögensinteressen der Patienten[134] oder aber für die Verletzung von Körper und Gesundheit des Patienten.[135] Ihrer Charakteristik nach zu unterscheiden sind *direkte Haftungsbeschränkungen*, die den Verschuldensmaßstab des Krankenhausträgers reduzieren, und *indirekte Haftungsbeschränkungen*, die schon die primären Leistungspflichten des Krankenhausträgers einschränken und auf diese Weise bereits das Entstehen von haftungsrelevanten Sekundäransprüchen ausschließen.

Für die formularmäßigen direkten Haftungsbeschränkungen gilt § 309 Nr. 7 lit. a BGB i.V.m. § 276 Abs. 3, § 278 S. 2 BGB. Demnach ist in Bezug auf eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten eine formularmäßige Haftungseinschränkung in Bezug auf leichte Fahrlässigkeit weder für den Krankenhausträger selbst – was selten von Relevanz sein dürfte, da er vielfach eine juristische Person ist – noch für seine gesetzlichen Vertreter oder Erfüllungsgehilfen möglich.[136] Für Schäden an anderen Rechtsgütern als dem Leben, dem Körper oder der Gesundheit des Patienten sind Haftungsbeschränkungen auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit hingegen zulässig.

Indirekte Haftungsbeschränkungen hingegen haben gesetzlich keine ausdrücklichen Regelungen erfahren. Ihr Hauptanwendungsfall ist eine formularmäßige Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages, um im Bereich der wahlärztlichen Leistungen eine eigene vertragliche Haftung des Krankenhausträgers auszuschließen. Obwohl der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag bis zur bereits zitierten Grundsatzentscheidung des *Bundesgerichtshofes*[137] allgemein als Regelfall bei der Vereinbarung von wahlärztlicher

---

[132] Anpassungsbedarf für die AVB bestand zuletzt aufgrund einer Entscheidung des *OLG Stuttgart* vom 17.01.2002 (Az.: 2 U 147/01) – Anforderungen an de Vereinbarung wahlärztlicher Leistungen in AVB.

[133] §§ 305 ff. BGB, bzw. AGBG a.F.; Übersicht bei *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 14 ff.

[134] Z.B. bei Beschädigung oder Verlust der vom Patienten in das Krankenhaus eingebrachten Sachen, vgl. *BGH*, VersR 1990, 91, 93; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn.17.

[135] Hierzu *Spickhoff*, VersR 1998, S. 1189 ff., m.w.N.; *BGHZ*, 121, 107.

[136] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 21; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 72 (noch zu § 11 Nr. 7 AGBG); *Laufs*, Arztrecht, Rn. 92.

[137] *BGHZ* 95, 63 = NJW 1985, S. 2189 = VersR 1985, S. 1043.

Behandlung galt, wird seine formularmäßige Vereinbarung mittlerweile grundsätzlich als Verstoß gegen das Überraschungsverbot des § 305c BGB angesehen. Zur Gültigkeit der formularvertraglichen Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages ist mithin erforderlich, dass der Patient deutlich auf die Existenz und die Tragweite der Klauseln hingewiesen wird. Ihm ist in dem von ihm unterzeichneten Vertragstext zu erklären, dass der Krankenhausträger nicht Schuldner der wahlärztlichen Leistung wird und für mögliche ärztliche Pflichtverletzungen auch nicht haftet.[138] Vor dem Hintergrund, dass die Vereinbarung eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages ihrem eigentlichen Zweck nach dazu dient, den Krankenhausträger von einer Haftung für Körper- und Gesundheitsschäden im Bereich der wahlärztlichen Leistungen freizustellen, wird zum Teil auch die Auffassung vertreten, dass eine entsprechende Regelung in AGBs gegen das generelle Verbot einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB verstößt.[139]

IV. Geschäftsführung ohne Auftrag

Kommt bei der (Notfall-)Aufnahme des Patienten in das Krankenhaus kein Vertrag zustande, etwa weil der Patient bewusstlos oder sonstwie nicht entsprechend geschäftsfähig war, so ergibt sich die schuldrechtliche Sonderverbindung zwischen Patient und Krankenhausträger zunächst aus den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677 ff. BGB.[140] In diesem Fall ist es notwendig, dass sich die Ärzte zunächst auf die absolut vitalen und medizinisch indizierten Maßnahmen beschränken, gilt nach § 683 S. 1 BGB doch, dass die Übernahme der Behandlung dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn (Patienten) entsprechen muss. Nur eine restriktive Behandlung ermöglicht, die weitere Behandlung so weit wie möglich der tatsächlichen Einwilligung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters zu unterstellen.[141]

Die Regeln der GoA gehen im Grundsatz von der Geschäftsführung eines nicht professionellen Geschäftsführers aus. Der medizinische Notdienst im Krankenhaus ist jedoch gerade

---

[138] *BGHZ*, 121, 107 = NJW 1993, S. 779 ff. = VersR 1993, S. 481 ff. (noch zu § 3 AGBG); *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 22.

[139] Vgl. *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 74 ff., damals noch zu § 9 Abs. 1 AGBG; *Spickhoff*, VersR 1998, S. 1189, 1195.

[140] Die von *Deutsch*, Medizinrecht, 4. Aufl., Rn. 62 f. bei der Aufnahme unerkannt Geschäftsunfähiger neben der GoA in Erwägung gezogene Anwendung der Regeln des faktischen Vertragsschusses ist abzulehnen, da sich die betreffenden Fälle mit der herkömmlichen gesetzlichen Dogmatik, etwa mit den §§ 677 ff. BGB, lösen lassen; Palandt-*Heinrichs*, BGB, Einf v § 145, Rn. 25; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 110, in Fn. 205; nun auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 83; unentschlossen *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 40, Rn 12.

[141] *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 109 f. Für die deliktsrechtliche Einwilligung sind die vertraglichen Beziehungen im Einzelfall irrelevant. Es kommt stets auf den einsichtsfähigen Patienten an, u.U. also auch auf den älteren Minderjährigen, in diesem Falle ist die Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter unbeachtlich, *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 81.

auf eine Patientenbehandlung in Notsituationen ausgerichtet, so dass die Regeln der GoA zweier Modifikationen bedürfen. Zum einen muss die nach § 680 BGB angeordnete Absenkung des Sorgfaltsmaßstabes bei Geschäftsführungen zur Gefahrenabwehr auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit unangewendet bleiben; die möglicherweise besonders schwierigen Umstände der Notfallbehandlung können allerdings bei der Frage nach den im Einzelfall bestehenden Sorgfaltsanforderungen Beachtung finden. Als zweite Modifikation der §§ 677 ff. BGB im Falle der ärztlichen Notfallbehandlung ist anerkannt, dass die Arzt bzw. Krankenhausträger für ihre Leistungen nicht lediglich die tatsächlich von ihnen erbrachten Aufwendungen ersetzt verlangen können, wie es § 683 BGB vorsieht, sondern die berufsübliche Leistungsvergütung.[142]

C. Das Rechtsverhältnis zwischen Krankenhaus und Krankenversicherung

Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem behandelnden Krankenhaus und der Krankenversicherung ergeben sich vornehmlich aus der Rolle der Krankenversicherungen als Kostenträger der Behandlung. Dabei ist systematisch zu unterscheiden zwischen der Behandlung privat versicherter Patienten und der Behandlung gesetzlich Versicherter Patienten in dem durch das SGB V vorgegebenen System der GKV.

Bei der Behandlung privat versicherter Patienten hält sich das kostentragende private Versicherungsunternehmen „im Hintergrund“, es tritt in keine direkten vertraglichen Beziehungen zum Krankenhaus. Alleiniger Vertragspartner des Krankenhauses und – je nach Ausgestaltung des Vertrages – des behandelnden Chefarztes ist der Patient, so das auch nur ihn die Vergütungspflichten gegenüber dem Krankenhaus treffen.[143] Er hat dem Krankenhaus die Kosten für die in Anspruch genommene Behandlung zu begleichen und muss dann bei seiner Versicherung um Kostenerstattung ersuchen.[144] Bisweilen wird jedoch auch vereinbart, dass das Krankenhaus mit dem privaten Krankenversicherungsunternehmen auf direktem Wege ohne Zwischenschaltung des Patienten abrechnet.

Zur Gewährleistung einer transparenten Abrechnung und zum Schutz des Patienten vor überhöhten Abrechnungen des Krankenhauses bestimmt § 17c Abs. 5 KHG, dass dem selbstzahlenden, i.d.R. privat versicherten Patienten zusammen mit der Rechnung die für die Abrechnung der Fallpauschalen und Zusatzentgelte erforderlichen Diagnosen, Prozeduren und sonstigen Angaben zu übersenden sind. Hierdurch wird ihm die Möglichkeit eingeräumt

---

[142] *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 110 f., m.w.N.; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 125; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 83; *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 40 Rn 6 ff., 12, § 45 Rn 19.

[143] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 9.

[144] Vgl. § 178b Abs. 1 VVG.

zu prüfen, ob die in Rechnung gestellten Leistungen mit den tatsächlich erbrachten Leistungen übereinstimmen. Sofern vereinbart wurde, dass das Krankenhaus direkt mit dem Krankenversicherungsunternehmen abrechnet, sind bei schriftlicher Zustimmung des Patienten dem Versicherungsunternehmen die entsprechenden Behandlungsdaten (nach § 301 SGB V) zu übermitteln.

Bei der Behandlung gesetzlich versicherter Patienten sind die rechtlichen Beziehungen zwischen Krankenversicherung (Krankenkasse) und Krankenhaus ungleich enger als bei Behandlungen privat Versicherter. Das Krankenhaus fungiert hier nicht als bloßer, dem Patienten gegenüber vertraglich zur Leistungserbringung verpflichteter Vertragspartner, sondern zugleich als Leistungserbringer der GKV mit spezifischen, aus der Zulassung (§ 108 SGB V) und dem Versorgungsvertrag (§ 109 SGB V) direkt gegenüber der GKV entspringenden Rechten und Pflichten; diese beziehen sich zum Teil direkt auf das im konkreten Fall bestehende Behandlungsverhältnis zwischen Krankenhaus und Patient und flankieren oder überlagern dieses, teilweise sind sie aber auch von übergeordneter, vom einzelnen Behandlungsfall losgelöster Bedeutung, wie etwa die Verpflichtung der Krankenhäuser zur Qualitätssicherung (§§ 135a ff SGB V), welche an dieser Stelle jedoch nicht weiter dargestellt werden soll.[145]

Was die Behandlung des Patienten betrifft, so ergibt sich aus § 109 Abs. 4 S. 2, S. 3 SGB V, dass dem Krankenhaus nicht nur gegenüber dem Patienten eine vertragliche Behandlungspflicht obliegt, sondern zugleich auch gegenüber der Krankenkasse. „Das zugelassenen Krankenhaus ist im Rahmen seines Versorgungsauftrags zur Krankenhausbehandlung (...) der Versicherten verpflichtet." Beachtlich sind dabei allerdings die sich aus § 39 SGB V ergebenden Beschränkungen auf eine Behandlung nur bei bestehender Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit des Patienten (§ 39 Abs. 1 S. 2 SGBV),[146] auf eine (lediglich) medizinisch notwendige Behandlung und – wegen § 12 SGB V – auf eine wirtschaftliche Behandlung.[147] Eine nähere Präzisierung dieser Kriterien erfolgt durch die Bewertungen der Untersuchungs- und Behandlungsmethoden durch den Ausschuss Krankenhaus (§ 137 c SGB V) sowie durch die Verträge und Rahmenempfehlungen über die Krankenhausbehandlung nach § 112 SGB V, die auch Regelungen zur Überprüfung der Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit der Krankenhausbehandlung vorsehen können (§ 112 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 3 SGB V).[148]

Der Behandlungspflicht des Krankenhauses gegenüber der Krankenkasse korrespondiert die Vergütungspflicht der Krankenkasse gegenüber dem Krankenhaus. Diese folgt aus der im Versorgungsvertrag des Krankenhauses begründeten Pflicht der Krankenkassen, mit dem

---

[145] Gesamtdarstellung bei *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 87.
[146] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 87 Rn. 6 ff.
[147] Hierzu *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 87 Rn. 19 ff.
[148] Hierzu *Axer*, VSSR 4/2002, S. 215 ff.; *Voß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 126 ff.

Krankenhausträger Entgeltverhandlungen zu führen (§109 Abs 4 S. 3 SGB V). Dieses öffentlich-rechtliche Abrechnungsverhältnis überlagert den privatrechtlichen Behandlungsvertrag des gesetzlich krankenversicherten Patienten und befreit diesen von einer eigenen direkten Vergütungspflicht gegenüber dem Krankenhaus.[149]

Zur Kontrolle, ob die Krankenhausträgers gegenüber den Krankenkassen ihre Pflichten erfüllen, sehen das SGB V und das KHG im Wesentlichen drei Instrumente vor. So besteht seit dem Gesundheitsreformgesetz von 1989[150] nach § 113 SGB V ein einseitiges Prüfungsrecht der Krankenkassen, ob die zugelassenen Krankenhäuser *allgemein* die an sie gestellten Anforderungen hinsichtlich der Qualität, Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der Krankenhausbehandlung erfüllen. Hierzu werden von den Landesverbänden der Krankenkassen, den Verbänden der Ersatzkassen sowie dem Landesausschuss des Verbandes der privaten Krankenversicherung einvernehmlich mit dem Krankenhaus unabhängige und an keinerlei Weisungen gebundene Prüfer bestellt. Prüfungsverfahren und Prüfungsgrundsätze sind vertraglich nicht vorgegeben, werden jedoch in den Verträgen nach § 112 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB V festgelegt; nach § 113 Abs. 2 SGB V sind die Krankenhäuser zur Kooperation mit den Prüfern verpflichtet. Stellen die Prüfer eine qualitativ minderwertige oder unwirtschaftliche Arbeitsweise eines Krankenhauses fest, so bestimmt § 113 Abs. 3 SGB V, dass dies bei nächsten Pflegesatzvereinbarung – also bei der Vereinbarung der individuellen Krankenhausbudgets – Beachtung finden muss.[151] Bei schweren, nicht nur vorübergehenden Defiziten der Wirtschaftlichkeit oder Qualität der Leistungserbringung kommt als *ultima ratio* sogar eine Kündigung des Versorgungsvertrages und somit ein Ausschluss der Klinik von der Zulassung zur Behandlung von Kassenpatienten in Betracht.[152]

Neben der allgemeinen Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsprüfung des Krankenhauses erfolgen Prüfungen von Behandlungsfällen *im Einzelfall* nach den Vorschriften der §§ 275 ff. SGB V. Nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V haben die Krankenkassen in den gesetzlich vorgesehenen Fällen des § 275 Abs. 2, 3 SGB V und bei sonstigen Auffälligkeiten eine Überprüfung einzelner Behandlungsfälle hinsichtlich ihrer medizinischer Notwendigkeit, Art und Umfang zu veranlassen. Zuständig hierfür ist der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK). Die Ärzte des MDK sind – wie die Prüfer nach § 113 SGB V – bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig und nur ihrem Gewissen unterworfen (§ 275 Abs. 5 SGB V). Seit 2003 – mit der Einführung der DRG-basierten Abrechnung und den von ihr ausgehenden Gefahren für eine ordnungsgemäße Abrechnung – wurde das Prüfungsrecht des MDK

---

[149] *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 87 Rn. 44; vgl. oben Kap. 4. B. I. 2.
[150] Gesundheitsreformgesetz (GSG) vom 20.12.1988, BGBl I 1988, S. 2477 ff.
[151] Hierdurch soll vermieden werden, dass die Entgeltvereinbarungen nachträglich abgeändert werden und der Grundsatz der prospektiven Entgeltvereinbarung eingeschränkt wird, *Genzel*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 87 Rn. 69.
[152] § 113 Abs. § S. 1, § 110 Abs. 1 S. 2, § 109 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB V.

auch auf die ordnungsgemäße Abrechnung erweitert (§ 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V).[153] Vom Ergebnis der Prüfung hängt die Übernahme der Behandlungskosten durch die Krankenkasse ab. Unterschiedliche Auffassungen zwischen den Ärzten des MDK und den für die Behandlung im konkreten Fall verantwortlichen Chefärzten sind medizinisch zu erörtern; soweit sich die Differenzen nicht ausräumen lassen, muss notfalls eine Klärung vor den Sozialgerichten erfolgen.

Mit dem Fallpauschalengesetz wurde das Rechtsverhältnis zwischen Krankenhaus und Krankenkassen durch die Einführung der neuen Fehlbelegungs- und Fehlabrechnungsprüfung (§ 17c KHG) um einen speziell auf die vom DRG-System ausgehenden Fehlanreize zugeschnittenen Kontrollmechanismus erweitert. Nach § 17c Abs. 1 KHG haben die Krankenhausträger nunmehr sicherzustellen, dass im Krankenhaus keine Patienten behandelt werden, die nicht oder nicht mehr stationär behandlungsbedürftig sind, dass vorzeitige Entlassungen aus wirtschaftlichen Gründen unterbleiben und dass die Abrechnung der im Fallpauschalensystem abgebildeten Behandlungsfälle ordnungsgemäß erfolgt. Nach § 17c Abs. 2 KHG können die Krankenkassen unter Einschaltung des MDK durch Stichproben und im Gegensatz zu § 275 SGB V verdachtsunabhängig die Einhaltung der Vorgaben das Abs. 1 kontrollieren, wobei dem MDK weitreichende Betretungs- und Untersuchungsrechte eingeräumt werden. Bei einem Nachweis von Falschabrechnungen sind diese gemäß § 17c Abs. 3 KHG einem pauschalierten Ausgleichsverfahren zuzuführen; bei mindestens grob fahrlässig zu hohen Fehlabrechnungen haben die Kliniken darüber hinaus gemäß § 17c Abs. 3 S. 4 KHG zuzüglich zum Differenzbetrag einen Betrag in derselben Höhe zurückzuzahlen.[154]

D. Die Systematik der Arzt- und der Krankenhaushaftung

Die Arzt- und die Krankenhaushaftung für die im Rahmen der Patientenbehandlung auftretenden Schäden des Patienten richtet sich im Grundsatz nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Ihrem Wesen nach ist sie ein Sanktionsmechanismus für spezifische, bei der ärztlichen Berufsausübung auftretende Qualitätsmängel und somit ein Fall typischer Berufshaftung, wie sie auch Angehörige anderer, schadensträchtiger Berufsgruppen trifft (Rechtsanwälte, Architekten, Ingenieure etc.)[155]

Die rechtliche Erschließung des zivilen Arzthaftungs- und Krankenhaushaftungsrechts erfolgte in Deutschland parallel zu der sich beschleunigenden medizinischen Entwicklung und

---

[153] Zu praktischen Problemen und „Rechtfertigungszwängen" der Krankenhausärzte gegenüber den MDK-Prüfungen *Sandvoß*, ArztR 1/2004, S. 4 ff.

[154] Zur Kritik an § 17c KHG vgl. oben Kap. 2. C. III. 2. d.; zum Prüfverfahren *Roeder/Rochell/Juhra/Irps/Glocker/Fiori/Hensen*, f&w 1/2002, S. 14, 17.

[155] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 128; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 125.

dem Ausbau des Krankenhauswesens seit den 1960er Jahren.[156] Einer seitdem sprunghaft angestiegenen Anzahl an arzt- und krankenhausbezogenen Haftungsprozessen,[157] welche wohl gleichermaßen auf die Ausweitung der medizinischen Möglichkeiten und damit des ärztlichen Verantwortungsbereiches für etwaiges Fehlverhalten,[158] aber auch auf den veränderten Kenntnisstand und die wachsende Mündigkeit der Patienten, ein dadurch gestiegenes Anspruchsdenken an die Medizin sowie die auch vom Zeitgeist bedingte Infragestellung der „Unantastbarkeit" des Ärztestandes zurückzuführen war, folgte eine breite Aufarbeitung in der juristischen Literatur.[159] Im Ergebnis führte dies dazu, dass das zivile Arzthaftungsrecht mittlerweile einen eigenständigen, in sich abgeschlossenen Haftungskomplex darstellt, welcher zwar auf den Grundsätzen der allgemeinen Haftungsvorschriften des BGB beruht, diese allerdings durch eine richterrechtlich geprägte, eigenständige Dogmatik mit anspruchsgrundlagenunabhängigen Wertungen ergänzt. Diese Entwicklung war erforderlich, um den vielen Besonderheiten der ärztlichen Berufsausübung gerecht zu werden, die diese deutlich von den meisten anderen Berufsbildern unterscheidet. So weist das „freie" Berufsbild des Arztes ein fundamental human geprägtes Standesrecht auf (BÄO), zugleich aber steht der Arztbetrieb und die Krankenhausorganisation in engen Verbindung mit dem privaten und gesetzlichen Krankenversicherungsrecht und dem dieses durchziehende Wirtschaftlichkeitsgebot.[160] Weiterhin besteht zwischen dem behandelnden Arzt und dem Patienten ein ganz besonderes Verhältnis, welches vom Übergewicht des Arztes in medizinischem und behandlungsbezogenen Wissen einerseits und dem Vertrauen des Patienten andererseits, aber auch von dessen Selbstbestimmungsrecht geprägt ist.[161] Zudem haftet der ärztlichen Tätigkeit wie keiner anderen eine hohe Schadensgeneigtheit an, die sich daraus ergibt, dass es bei der ärztlichen Behandlung stets um die Rechtsgüter des Lebens, der Gesundheit und der körperlichen Integrität des Patienten geht, wodurch es schon bei leichtesten Nachlässigkeiten in der Behandlung zu erheblichen Schäden kommen kann.[162]

Angesichts der bereits erwähnten bestehenden, umfangreichen Darstellungen des Arzthaftungsrechts in der Literatur[163] erlaubt es sich im Folgenden, bei der Darstellung des Systems der Arzthaftung eine Beschränkung auf die wesentlichen Grundzüge und die für das Thema

---

[156] Vgl. hierzu oben Kap. 1; zur Verrechtlichung der Medizin allgemein *Buchborn*, MedR 4/1984, S. 126, ebenda.

[157] *Krumpaszky/Sethe/Selbmann*, VersR 1997, S. 420 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 123; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 25 ff., 552; systematische Rechtsprechungsübersichten bei *Kern*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Kap. 24 (§§ 154 ff.), sowie *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht.

[158] Vgl. z.B. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 217.

[159] Eine umfassende Darstellung der zivilrechtlichen Arzthaftung erfolgte zuletzt durch die gleichnamige Habilitationsschrift von *Katzenmeier* aus dem Jahre 2002; zur Krankenhaushaftung vgl. insbesondere die Dissertationsschrift von *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, ebenfalls aus 2002.

[160] Vgl. § 70 SGB V.

[161] MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rnrn. 346, 351 ff.; zu den Besonderheiten der ärztlichen Tätigkeit vgl. auch *BGH*, VersR 1977, 546, 547 (sehr lesenswert)

[162] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 123.

[163] Genannt seien beispielsweise *Katzenmeier*, Arzthaftung (2002); *Steffen/Dressler*, Arzthaftung (2002); *Laufs, Ulsenheimer, Schlund* in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, §§ 97-115 (2002); *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden (2002).

dieser Arbeit relevanten Aspekte vorzunehmen und bei Veranlassung auf weiterführende Literatur zu verweisen. Allein hierfür bedarf es schon fast 60 Seiten; eine vollständige Darstellung des Arzthaftungsrechts würde daher den Umfang dieser Arbeit sprengen.

I. Vertragliche und deliktische Haftung

Als Anspruchsgrundlagen für die zivilrechtliche Arzthaftung kommen sowohl die zwischen Krankenhausarzt, bzw. Krankenhausträger und Patient bestehende schuldrechtliche Sonderverbindung (Krankenhausaufnahmevertrag, GoA) als auch das Recht der unerlaubten Handlungen in Betracht. Die Schadenseratzansprüche wegen einer Verletzung des Behandlungsvertrages oder der GoA richten sich insbesondere nach der Norm des § 280 Abs. 1 BGB,[164] deliktsrechtliche Bedeutung erhält vor allem die Grundnorm des § 823 BGB, bisweilen finden aber auch die ihr nachfolgenden Normen Beachtung.

Deliktische und (quasi-/)vertragliche Anspruchsgrundlagen stehen nicht in einem Alternativverhältnis zueinander, sondern sind nebeneinander einschlägig, wobei sich ihre jeweiligen Voraussetzungen im *Haftungstatbestand* weitgehend gleichen. So schuldet der Krankenhausarzt, zu dem der Patient in einem eigenständigen Vertragsverhältnis steht, aus dem Behandlungsvertrag eine sorgfältige, *lege artis* durchgeführte Krankenhausbehandlung nach Einwilligung, eine angemessene Aufklärung des Patienten, ärztliche Verschwiegenheit, eine ausreichende Dokumentation der Behandlung, die Gewährung von Einsicht in die Patientenunterlagen sowie zumindest gegenüber privat versicherten Patienten und Selbstzahlern eine ordnungsgemäße Abrechnung. Verletzt er diese Pflichten schuldhaft, so haftet er vertraglich nach § 280 Abs. 1 BGB. Zugleich lösen schuldhafte vertragliche Pflichtverletzungen aber zumeist auch eine deliktische Haftung aus; insbesondere in Bezug auf Fehler bei der Behandlung oder der Aufklärung des Patienten bestehen keine Unterschiede zwischen der vertraglichen und der deliktischen Haftung des Krankenhausarztes, auch schlagen etwaige vertragliche Modifikationen des Haftungstatbestandes, beispielsweise etwaige vereinbarte Haftungsmilderungen, ins Deliktsrecht durch.[165] Aufgrund dieses weitgehenden Gleichklanges zwischen vertraglichen und deliktischen Anspruchsvoraussetzungen ist die Rechtsprechung jedenfalls vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zum 01. Januar 2002[166] und der in diesem Zusammenhang neu ins BGB eingefügten Norm des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB teilweise dazu übergegangen, bei einer Verletzung der ärztlichen Pflichten eine Verletzung des arzthaftungsrechtlichen Tatbestandes zu bejahen, ohne genau zwischen vertraglicher und

---

[164] *Spickhoff*, NJW 2002, S. 2530, 2531 ff.; *Katzenmeier*, VersR 2002, S. 1066 ff.

[165] *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 172; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 97 Rn. 16 f.; Müko-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 349.

[166] Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl. I 2001, S. 3138 ff.

deliktischer Haftungsgrundlage zu differenzieren.[167] Ob dies allerdings auch nach der neuen Rechtslage möglich ist, erscheint nunmehr fraglich.[168]

Eine Annäherung haben die vertragliche und die deliktische Arzthaftung durch die Entwicklung der Rechtsprechung auch im Hinblick auf das *Einstehenmüssen für die Pflichtverletzungen des nachgeordneten medizinischen Personals* erfahren. Sofern Arzt oder Krankenhausträger sich das Verschulden eines Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB zurechnen lassen müssen, haften sie in der Regel auch deliktisch nach § 831 BGB, da die Rechsprechung an das Durchgreifen des vielfach ohnehin als unbillig empfundenen[169] Entlastungsbeweises nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB überaus hohe Anforderungen stellt.[170]

Zuletzt wurden durch die o.a. Schuldrechtsreform auch die bisher zwischen Vertrags- und Deliktsrecht bestehenden Unterschiede im *Verjährungsrecht* bereinigt. Nach altem Recht verjährten die vertraglichen Haftungsansprüche nach § 195 BGB a.F. grundsätzlich in dreißig Jahren, deliktische Ansprüche gemäß § 852 Abs. 1 BGB a.F. hingegen in drei Jahren ab Kenntniserlangung vom Schaden und der ersatzpflichtigen Person. Nunmehr gilt für vertragliche und deliktische Haftungsansprüche nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB eine einheitliche Verjährung in drei Jahren ab Ende desjenigen Jahres, in dem die Haftungsansprüche entstanden sind und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat; Schadenersatzansprüche, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen, verjähren nach § 199 Abs. 2 BGB in dreißig Jahren von der Begehung der Pflichtverletzung an. Auf die Kenntniserlangung des Geschädigten kommt es nicht an.

Mit der auf die Schuldrechtsreform folgenden Reform des Schadensrechts des BGB, die zum 01. August 2002 in Kraft getreten ist,[171] wurden auch die zuvor bestehenden Unterschiede zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung bezüglich des Anspruches auf *Schmerzensgeld* ausgeglichen. Konnte der Patient vor der Reform einen Schmerzensgeldanspruch lediglich aufgrund der deliktischen Haftung nach §§ 847, 823 ff BGB erlangen, so ist ihm dies nunmehr nach Übertragung des Schmerzensgeldanspruchs in die haftungsgrundlagenunabhängige Vorschrift des neuen § 253 Abs. 2 BGB auch im Rahmen der vertraglichen Haftung möglich.[172]

---

[167] *BGH*, NJW 1989, S. 767, 768; NJW 1995, S. 776, 777.
[168] Vgl. dazu unten Kap. 4. D. II. 3. c.
[169] Vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 131 f.
[170] Vgl. z.B. *OLG Köln*, MedR 2/84, S. 67, 68 f.
[171] Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002, BGBl. I 2002, S. 2674.
[172] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 134; zu ausgeurteilten Schmerzensgeldsummen wegen ärztlicher Fehlbehandlung vgl. *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 486; zum faktischen „Angehörigenschmerzensgeld" *BGHZ* 138, 388, 289; *BGH*, NJW 1993, S, 781, mit Anmerkung von *Deutsch*; zur neuen Regelung des

Die Unterschiede zwischen deliktischer und vertraglicher Haftung beschränkten sich mithin lediglich auf die Normen der §§ 844, 845 BGB. Nach ihnen können im Falle der Tötung des Patienten bestimmte dadurch benachteiligte Dritte originäre Schadensersatzansprüche für Beerdigungs- und Unterhaltskosten sowie für entgangene Dienste geltend machen. Die vertragliche Haftung geht – selbst über die Konstruktion eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter – soweit nicht.

II. Die persönliche Haftung des Krankenhausarztes

1. Haftungsnormen

Die vertragliche Haftung des Arztes wegen einer schuldhaften Verletzung der sich aus dem Behandlungs- bzw. Krankenhausaufnahmevertrag ergebenden Pflichten ergab sich bis zum Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 01. Januar 2002[173] aus dem ungeschriebenen Haftungstatbestand der positiven Forderungs- oder Vertragsverletzung (pVV). Nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes wird dieses Rechtsinstitut nunmehr grundsätzlich durch die Vorschrift des § 280 Abs. 1 BGB ersetzt,[174] welche eine Pflicht zum Ersatz all derjenigen Schäden anordnet, die durch eine schuldhafte vertragliche Pflichtverletzung endgültig entstanden sind, durch eine Nachbesserung nicht beseitigt werden können und neben den eigentlichen Erfüllungsanspruch treten.[175]

Die neu eingefügte Vorschrift des § 280 Abs. 1 BGB sorgt wie bereits angedeutet[176] aufgrund ihres Satzes 2 in der gegenwärtigen Arzthaftungsrechtdogmatik für einige Irritationen. Zwar wurden durch sie gegenüber der früher geltenden pVV die materiellen Anspruchsvoraussetzungen nicht geändert, jedoch enthält § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nunmehr eine ausdrückliche Beweislastverteilungsregelung, welche im früheren vertraglichen Arzthaftungsrecht auf der Grundlage der pVV nicht bekannt war – die dem § 280 BGB im Hinblick auf die Vertretensvermutung im alten Schuldrecht gewissermaßen vorangegangene Norm des § 282 BGB a.F. wurde während der Zeit ihrer Geltung von der Rechtsprechung im Bereich des Arzthaftungsrechts nicht bemüht. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB bestimmt nunmehr, dass eine Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB dann nicht greift, „wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat“. Durch ihre Formulierung, welche das Nicht-Vertretenmüssen des Schädigers hinsichtlich seiner Pflichtverletzung sprachlich zur Ausnahme erklärt und somit im Umkehrschluss das Vertretenmüssen zur Regel, bewirkt die Norm in prozessualer Hinsicht eine

---

Schadensersatzes bei Vertragsverletzungen *Wagner*, NJW 2002, S. 2049, 2055 f.; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 479a.

[173] Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl. I 2001, S. 3138 ff.

[174] Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 280 Rn. 5; Palandt-*Sprau*, BGB, § 823 Rn. 134.

[175] Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 280 Rnrn. 5, 18.

[176] Vgl. soeben oben Kap. 4. D. I.

gesetzliche Vermutung des Vertretenmüssens des vermeintlichen Schuldners, so dass es im Haftungsprozess stets an ihm liegt, sich insofern zu entlasten. Der Anspruchsteller ist insoweit begünstigt und muss von sich aus ein Vertretenmüssen des Gegners zunächst nicht vortragen und beweisen.

Ob die neue Vorschrift des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB im gegenwärtigen und zukünftigen vertraglichen Arzthaftungsrecht Anwendung finden kann, erscheint gegenwärtig vor dem Hintergrund der o.a. früheren vertraglichen Arzthaftungsdogmatik fraglich. Vor allem aufgrund der Gesetzgebungsgeschichte der Vorschrift ist die Anwendbarkeit der Vorschrift im Ergebnis wohl aber zu bejahen.[177]

Deliktsrechtlich kommt als Haftungsgrundlage für ärztliches Fehlverhalten vor allem die deliktische Grundnorm des § 823 Abs. 1 BGB in Betracht. Verletzungen der ärztlichen Sorgfalts- oder Aufklärungspflichten führen zumeist zu einer Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder des Persönlichkeitsrechts des Patienten als „sonstiges Recht“ im Sinne der Vorschrift; Eigentumsverletzungen sind hingegen seltener der Fall, kommen aber insbesondere bei der Beschädigung der ins Krankenhaus eingebrachten Sachen des Patienten zur Anwendung.

Neben § 823 Abs. 1 BGB tritt im Arzthaftungsrecht zumeist noch die Norm des § 823 Abs. 2 BGB, welche zur Leistung von Schadensersatz für den Fall einer schuldhaften Schutzgesetzverletzung verpflichtet. Als Schutzgesetze im Sinne dieser Vorschrift kommen insbesondere die die ärztlichen Tätigkeiten durchdringenden Spezialgesetze und Verordnungen wie das Medizinproduktegesetz[178] in Betracht, zudem sind die strafrechtlichen Körperverletzungs- und Tötungsdelikte (§§ 211 ff., § 222, §§ 223 ff. StGB) sowie Freiheitsberaubung und Nötigung (§§ 239, 240 StGB) von Bedeutung.

Die § 824 (Kreditgefährdung), § 826 (Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung) und §§ 833 ff. (Haftung für Gefahren durch Tiere, Grundstücke und Gebäude) hingegen sind im Rahmen der Arzt- und Krankenhaushaftung von nur untergeordneter Bedeutung, auch wenn von dem Betrieb einer Klinik in einem Gebäude die typischen von §§ 836-838 BGB umfassten Gefahren ausgehen. Auch der zuletzt im Juli 2002 geänderte § 825 BGB (Bestimmung zu sexuellen Handlungen) ist keine typische arzthaftungsrechtliche Haftungsnorm, auch wenn das Arzt-Patienten-Verhältnis durchaus ein „Abhängigkeitsverhältnis“ im Sinne dieser Vorschrift darstellen kann.[179]

Die zivilrechtliche Haftung von beamteten Krankenhausärzten (Chefärzte, Oberärzte,

---

[177] Vgl. dazu und zu den Konsequenzen für die Praxis unten Kap. 4. D. II. 3. c.
[178] Gesetz über Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz – MPG) vom 2. August 1994, BGBl. I 1994, S. 1963.
[179] Palandt-*Sprau*, BGB, § 825 Rn. 6.

Hochschullehrer) für Pflichtverletzungen im Rahmen ihrer Amtstätigkeit richtet sich nach der Spezialnorm des § 839 BGB. Eine Überleitung der Haftung auf den Staat nach Art. 34 GG kommt zumeist zwar nicht in Betracht, da sie ein hoheitliches Tätigwerden des Krankenhausarztes voraussetzt, dieser in der Regel aber fiskalisch wirkt.[180] Hoheitlich handeln aber beispielsweise Amtsärzte, Truppenärzte[181] oder die Ärzte des öffentlich organisierten Rettungsdienstes.[182] Dies entlässt allerdings die öffentliche Anstellungskörperschaft des Arztes im Ergebnis nicht aus einer Haftung, da sie für dessen Fehlverhalten in der Regel vertraglich nach § 280 Abs. 1, § 278 BGB und deliktisch nach §§ 831, 31, 89 BGB einstehen muss und der Arzt sich auch auf sein Verweisungsprivileg nach § 839 bs. 1 S. 2 BGB berufen kann.[183] Lediglich bei Bestehen eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages und einer ärztlichen Pflichtverletzung im Bereich der wahlärztlichen Leistungen[184] haftet nur der beamtete Arzt.

Haftungsgrund des § 839 BGB ist die Verletzung einer dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht. Unter Amtspflichten fallen alle persönlichen Verhaltenspflichten des Beamten bezüglich seiner Amtsführung; drittbezogen sind sie, wenn sie nicht nur gegenüber der Allgemeinheit oder gegenüber seinem Dienstherrn bestehen, sondern gerade auch im Interesse des im Einzelfall betroffenen Bürgers.[185] Die vertraglichen und deliktischen Pflichten des Arztes gegenüber dem Patienten erfüllen diese Kriterien typischerweise.[186] Anzumerken ist jedoch, dass nicht jedes ärztliche Tätigwerden des beamteten Arztes als Ausübung seines Amtes im Sinne des § 839 BGB zu verstehen ist. Voraussetzung ist stets, dass seine Tätigkeit in einem ausreichenden Maße in die betrieblichen Strukturen des Krankenhausträgers als seinem Dienstherrn eingebunden ist, sein Handeln muss also hinreichend tief in den allgemeinen Krankenhausbetrieb eingebettet sein. Hieran fehlt es nicht, wenn der beamtete Arzt auf Grundlage eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages zur Erfüllung der einzig ihm obliegenden wahlärztlichen Leistungspflichten tätig wird;[187] betreibt er allerdings als Nebentätigkeit eine von ihm geleitete Chefarztambulanz, die aufgrund von Vereinbarungen mit der Kassenärztlichen Vereinigung von dem Krankenhaus getrennt ist, so fehlt es – anders als bei der Tätigkeit in einer Institutsambulanz – an einer hinreichenden Einbettung in den allgemeinen Krankenhausbetrieb.[188] Bei Pflichtverletzungen in diesem Bereich haftet der Arzt dann herkömmlich deliktisch nach den allgemeinen Vorschriften.

---

[180] *BGH*, NJW 1983, S. 1374, 1377.
[181] *BGH*, NJW 1996, S. 2431 f.
[182] *BGH*, NJW 1991, S. 2954 f.; vgl. weiterhin bei MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 659.
[183] *BGH*, NJW 1983, S. 1374, 1377, vgl. unten Kap. 4. D. III. 1.
[184] Vgl. oben Kap. 4. B. II. 3.
[185] *BGHZ* 109, 163 ff.; Palandt-*Sprau*, BGB, § 839 Rnrn. 31, 43.
[186] *Taupitz*, in: FS für *Deutsch*, S. 825, 827.
[187] *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 105 Rn. 8.
[188] *BGHZ* 120, 376, 383; *Büsken/Klüglich*, VersR 1994, 1141, 1149; *Reiling*, MedR 11/95, S. 443, 454; ferner Palandt-*Sprau*, BGB, § 839 Rn. 93; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 105 Rn. 8.

Ansonsten werden die allgemeinen Vorschriften der §§ 823, 826 BGB und auch des § 831 BGB im Anwendungsbereich des spezielleren § 839 BGB verdrängt. Aufgrund des Verweisungsprivilegs des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ist dies für den beamteten Arzt zunächst insofern von Vorteil, als dass seine deliktische Haftung für bloß fahrlässige Pflichtverletzungen in der Regel ausgeschlossen ist, da sich der Patient wegen der zugleich gegebenen Haftung des Krankenhausträgers nach § 280 Abs. 1, § 278 bzw. §§ 831, 31, 89 BGB auch an diesen halten kann.[189] Auf eine mögliche neben der deliktischen Haftung bestehende vertragliche Haftung des beamteten Arztes, etwa bei Bestehen eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag, hat das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB allerdings keinen Einfluss,[190] und bei Vorliegen eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages haftet der beamtete Arzt sowohl vertraglich als auch deliktisch. Neben der Privilegierung des beamteten Arztes bedeutet die Norm des § 839 BGB an anderer Stelle allerdings auch eine nachteilige Haftungserweiterung; so verpflichtet sie zum Ersatz *jedweder* Vermögensschäden, und zwar auch dann, wenn die Voraussetzungen der §§ 823, 826 BGB nicht vorliegen.[191]

2. Haftung für nachgeordnetes Personal

Für die Fehler nachgeordneten Krankenhauspersonals hat der fachlich weisungsbefugte Krankenhausarzt[192] mitunter deliktisch nach §§ 831, 823 BGB und – sofern eigene vertragliche Beziehungen zum Patienten bestehen – vertraglich nach § 280 Abs. 1, § 278 BGB einzustehen. Dabei gilt grundsätzlich, dass der Arzt nur für das Fehlverhalten nachgeordneten *ärztlichen Personals* in seinem Fachgebiet haftet, nicht aber für das *Pflegepersonal*. Hier kommt eine Haftung nur dann in Frage, wenn er nicht für die von ihm zu gebenden Anweisungen und deren Überwachung gesorgt hat.

3. Die einzelnen Haftungstatbestände

Die einzelnen Haftungstatbestände der vertraglichen und deliktischen Arzthaftung ergeben sich aus den unterschiedlichen vertraglichen Pflichten des behandelnden Arztes bzw. den unterschiedlichen, deliktisch geschützten Rechtsgütern des Patienten. Zu differenzieren sind Verletzungen der Behandlungspflicht, der Aufklärungspflicht, der Pflicht zur ärztlichen

---

[189] Das Verweisungsprivileg gilt i.Ü. auch für verbeamtete Chefärzte bei der wahlärztlichen Privatbehandlung, *BGH*, VersR 1983, S. 244, 246 f.; 1984, S. 356; 1986, S. 1206; zustimmend *Büsken/Klüglich*, VersR 1994, 1141, 1148; ablehnend *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 66 ff.; zum beamtenrechtlichen Regress auch *Kistner*, Wahlbehandlung und direktes Liquidationsrecht des Chefarztes, S. 73 ff.

[190] *Steffen/Dressler*, Arzthaftung, Rn. 108.

[191] Palandt-*Sprau*, BGB, § 839 Rn. 1.

[192] Zur Weisungskompetenz der Chefärzte vgl. oben Kap. 4. A. V.

Verschwiegenheit,[193] zur ausreichenden Dokumentation der Behandlung, zur Gewährung von Einsicht in die Patientenunterlagen sowie zumindest gegenüber privat versicherten Patienten und Selbstzahlern zur ordnungsgemäßen Abrechnung; letztere Pflichtverletzung ist allerdings – obwohl sie gerade im Gesundheitswesen und auch im DRG-System eine besondere Rolle spielt[194] – keine, die in einem typischen Zusammenhang zum ärztlichen Beruf steht.

a. Haftung für Behandlungsfehler

Die Haftung für Behandlungsfehler thematisiert Pflichtverletzungen im Kernbereich ärztlicher Tätigkeit, nämlich der Heilbehandlung im Dienste der körperlichen Integrität, der Gesundheit und des Lebens des Patienten. Von einem Behandlungsfehler ist zu sprechen, wenn die ärztliche Behandlung hinter derjenigen Qualität zurückbleibt, die der Patient den Umständen nach erwarten durfte. Der Behandlungs- und Behandlungsfehlerbegriff ist weit. So werden nicht nur ärztliche Nachlässigkeiten bei der eigentlichen therapeutischen Behandlung erfasst, sondern auch Fehler bei der vorgelagerten Prophylaxe und der Diagnostik, sowie bei der medizinischen Nachsorge;[195] als Fehlverhalten kommen „handwerkliche“ Mängel ebenso in Betracht[196] wie die gänzliche Unterlassung medizinisch angezeigter Maßnahmen (Untermaßbehandlung)[197] oder die Durchführung medizinisch nicht indizierter Maßnahmen (Übermaßbehandlung).[198]

aa. Der medizinische Standard

(1) Allgemeines Begriffsverständnis

Der Schwerpunkt im Zusammenhang mit der Feststellung eines Behandlungsfehlers besteht vielfach in der Frage, welche Behandlung ihrer Art, ihrem Umfang und ihrer Qualität nach im konkreten Einzelfall dem Patienten gegenüber angezeigt war. Hierbei geht es nicht nur um ein medizinisches Problem, sondern vor allem auch um den Inhalt der Behandlungspflichten, die sich im konkreten Fall für den Arzt bzw. den Krankenhausträger aus dem mit dem Patienten geschlossenen Behandlungsvertrag oder – deliktisch – aus der Behandlungs-

---

[193] Diese spielt im Folgenden allerdings keine Rolle, verwiesen sei daher auf die Darstellung von *Schlund, Ulsenheimer*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Kap. 12.

[194] Vgl. § 17c Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, Abs. 5 KHG.

[195] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 126; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 469.

[196] *BGH*, VersR 1981, S. 462 (Zurücklassen eines Tupfers in der Wunde); *BGH*, NJW 1982, S. 699 (unsterile Injektion); vgl. auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 251.

[197] *OLG Hamm*, VersR 1979, S, 826 (unterlassene Glaukom-Vorsorgeuntersuchung); *BGH*, VersR 1988, S. 1273 (unterlassene Röntgenuntersuchung); vgl. auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 148.

[198] *OLG Düsseldorf*, VersR 1985, S. 456 (Überkronen gesunder Zähne); vgl. auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 151; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 131.

übernahme ergeben haben.

Allgemein gilt, dass die Behandlung des Arztes im Zeitpunkt der Durchführung (*ex ante*) dem jeweiligen, dem Arzt zugänglichen und verfügbaren Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse und den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechen muss, was mittlerweile im Allgemeinen zunehmend mit dem Begriff des „medizinischen Standards" umschrieben wird.[199] Die Verwendung der Begrifflichkeit des „Standards" hat im Gegensatz zum Rückgriff auf den „Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse" für sich, dass der normative Charakter der medizinisch entwickelten Verhaltensmaßstäbe betont wird: maßgeblich ist ein fortwährendes, dynamisches Anpassen der an den Arzt zu stellenden Anforderungen und nicht etwa ein Rückgriff auf statisch Gleichbleibendes oder gar auf die teilweise im Widerspruch zum Standard stehende verbreitete Übung.[200] Der Arzt muss sich folglich um eine stetige fachliche Fortbildung durch Teilnahme an Seminaren, durch das Studium einschlägiger Fachpublikationen bemühen.[201] Medizinischer Stillstand, sei es aus Bequemlichkeit, Eigensinn oder Hochmut, wird nicht toleriert.[202]

Im Arzthaftungsprozess muss der Inhalt des jeweils maßgeblichen medizinischen Standards in der Regel anhand eines Sachverständigengutachtens bestimmt werden,[203] doch ist es insbesondere aufgrund der einschlägigen Rechtsprechung des *BGH* möglich, einige allgemeine inhaltlich charakteristische Aussagen über den medizinischen Standard bzw. die vom behandelnden Arzt zu beachtenden Sorgfaltspflichten zu treffen. Zunächst einmal ist festzustellen, dass der medizinische Standard nicht gleichzusetzen ist mit dem medizinischen Optimum. Es ginge zu weit, wenn ein Patient stets optimale Behandlungsbedingungen, nach den neuesten Methoden arbeitende Ärzte und die modernsten medizinischen Apparate erwarten könnte.[204] Andererseits aber darf auch niemals eine gewisse untere Basisschwelle an medizinischer Qualität und ein Kernbestand medizinischen Grundwissens unterschritten werden. So ist ein Verzicht auf die Erhebung elementarer medizinischer Kontrollbefunde oder die unterbliebene Überprüfung der Richtigkeit einer ersten Arbeitsdiagnose im weiteren Behandlungsverlauf stets als Behandlungsfehler zu werten.[205] Auch muss der Arzt seine persönlichen Fähigkeiten und deren Grenzen realistisch einschätzen und von diagnostischen

---

[199] MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 643; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 278 ff.; *Kern*, MedR 6/2004, S. 300, 301.

[200] *Laufs*, Arztrecht, Rn. 470; *ders*. in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 3; *Voß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 44 ff.; vgl. zur Frage der dynamischen Veränderungen des medizinischen Standards auch *OLG Hamm*, Urteil vom 31.08.2005, MedR 2/2006, S. 111 ff. (Intervall von Brustkrebsvorsorgeuntersuchungen mittels Mammographie).

[201] Vgl. auch § 4 MBO; zum Inhalt und Umfang ärztlicher Fortbildungspflicht *Scholze/Finkeisen*, MedR 3/2004, S. 141 ff.

[202] *Laufs*, Arztrecht, Rn. 470; *ders*. in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 10; MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 370.

[203] Vgl. z.B. *BGH*, NJW 1991, 1535 ff.; NJW 1995, S. 776 ff.; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 6.

[204] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 135; *Kern*, MedR 6/2004, S. 300, 301.

[205] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 155, mit ausführlicher Darstellung der Kasuistik.

oder therapeutischen Maßnahmen absehen, zu deren Erbringung er medizinisch nicht im Stande ist. Weiterhin darf er, nur weil er eine bestimmte Therapie nicht beherrscht oder aber keine geeigneten Apparate zur Verfügung stehen, einen Patienten nicht auf eine andere Weise als auf die indizierte Weise behandeln, sondern er muss den Patienten in dieser Situation an eine geeignete Stelle überweisen. Andernfalls haftet er aus Übernahmeverschulden.[206] Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn sich für den Patienten aus der Überweisung wegen der Dringlichkeit der Behandlung überwiegende medizinische Nachteile ergeben würden.[207]

Grundsätzlich aber ist der medizinische Standard nicht rigide, sondern lässt dem Arzt im Rahmen seiner Therapiefreiheit durchaus einen ärztlichen Beurteilungsspielraum zur Anwendung verschiedener Methoden. Ausschlaggebend für die Wahl einer bestimmten Behandlungsmethode dürfen dabei durchaus auch die eigenen Erfahrungen, Überzeugungen und die eigene Routine des behandelnden Arztes sein.[208] Auch muss die angewandte Therapie nicht immer dem jeweils neuesten Konzept mit den neuesten technischen Mitteln entsprechen und wird die Anwendung einer herkömmlichen Methode wegen der Verfügbarkeit modernerer Methoden nicht zum Behandlungsfehler.[209] Erforderlich aber ist, dass die ältere Methode der neueren medizinisch gleichwertig und nicht schon veraltet ist. Letzteres ist nach Ansicht des *BGH* dann der Fall, wenn die neuere Methode risikoärmer oder für den Patienten weniger belastend ist und/oder bessere Heilungschancen verspricht und in der medizinischen Wissenschaft im wesentlichen unumstritten sind.[210] Die besseren Heilungschancen und Erfolgsaussichten einer Methode können es auch rechtfertigen, von einer herkömmlicheren, sichereren Methode abzuweichen. Das höhere Behandlungsrisiko muss allerdings in den besonderen Sachzwängen des konkreten Falles und in einer günstigeren Heilungsprognose eine sachliche Rechtfertigung finden.[211]

In Bezug auf die zu erwartenden Behandlungsbedingungen variiert der zu gewährende Behandlungsstandard je nach den beim Patienten durch das äußere Erscheinungsbild geweckten Vertrauenserwartungen. So sind an den Standard der Behandlung in einer Universitäts- oder Spezialklinik mit außerordentlich guter sachlicher und personeller Ausstattung höhere Maßstäbe anzulegen als an den Behandlungsstandard in einem Krankenhaus auf dem Lande.[212] Auch haben die einzelnen Ärzte je nach ihrem Status unterschiedlichen Ansprüchen

---

[206] *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 12; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 156, 165.

[207] MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 369.

[208] *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 19 ff.; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 157.

[209] *BGH*, NJW 1988, S. 763; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn145 f., 161.

[210] *BGH*, VersR 1992, S. 238, 239; vgl. auch *OLG Köln*, KHuR 3/2003, S. 85 f.; *BGH*, NJW 1988, S. 763 ff.

[211] *BGH*, NJW 1987, S. 2927; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 18; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 157a.

[212] *BGH*, NJW 1988, S. 1511; NJW 1989, 2321; NJW 1994, 1596; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 283; MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 395; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 137; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 11.

zu genügen. Zwar ist es ständige Rechtsprechung, dass sie (nur) dem durchschnittlichen Standard eines Arztes ihres Fachgebietes genügen müssen (durchschnittlicher Facharztstandard), allerdings ist von einem Chefarzt in einer Universitätsklinik eine höhere fachliche Kompetenz zu erwarten als von einem Chefarzt eines kleineren Krankenhauses.[213] Auch muss derjenige Arzt, dem auf einem bestimmten Gebiet besondere medizinische Geräte zur Verfügung stehen oder der über den Standard hinausgehende Spezialkenntnisse hat, diese, sofern dies nötig ist, auch zugunsten des Patienten einsetzen.[214]

(2) Die Bedeutung von Leitlinien

In den letzten Jahren, verstärkt seit der Einführung des neuen DRG-basierten Vergütungssystems,[215] wird der ärztliche Behandlungsalltag in zunehmendem Maße von medizinischen Leitlinien etwa der *Bundesärztekammer* oder der *Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften (AWMF)* beeinflusst.[216]

Unter Leitlinien – in Bezug auf die Krankenhausbehandlung auch „Clinical Pathways" („klinische Behandlungspfade") genannt – sind Vorgaben für eine angemessene ärztliche Vorgehensweise bei speziellen typischen Behandlungsfällen zu verstehen, welche allerdings von den behandelnden Ärzten nicht unkritisch „blindlings" zu befolgen sind, sondern welche lediglich einen „Handlungs- und Entscheidungskorridor" darstellen, von dem in begründeten Fällen abgewichen werden muss.[217] Unterschieden werden können dabei einerseits *ärztliche Leitlinien*, deren Handlungsanweisungen sich allein aus medizinischen Erwägungen heraus erklären,[218] und *Versorgungsleitlinien*, in denen auch sozialrechtliche Fragen, etwa der Wirtschaftlichkeit einer Behandlung, Beachtung finden.[219] Die Abgrenzung zwischen beiden

---

[213] *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 11; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 148; MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 680.

[214] *BGH*, NJW 1987, 1479; NJW 1989, S. 2321, 2322; MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 367; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 7 f., 15.

[215] *Andreas*, ArztR 1/2005, S. 4, 10.

[216] Vgl. nur URL http://www.awmf-leitlinien.de.

[217] Vgl. Beurteilungskriterien für Leitlinien in der medizinischen Versorgung, Beschlüsse der Vorstände von Bundesärztekammer und Kassenärztlicher Bundesvereinigung vom Juni 1997, DÄBl. 1997, A.2154 f.

[218] Etwa Leitlinien der *Bundesärztekammer* oder der *AWMF*.

[219] Begrifflichkeiten nach *Hart*, VSSR 4/2002, S. 265 ff.; als Beispiel für Versorgungsleitlinien kann der mit dem GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 in das SGB V eingefügte, mittlerweile jedoch wieder aufgehobenen § 137e Abs. 3 Nr. 1 SGB V angeführt werden, nach dem der dort geschaffene intersektorale Koordinierungsausschuss (Zusammensetzung: Vorsitzender der Bundesausschüsse und Vorsitzender des Ausschusses Krankenhaus, drei Vertreter der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, drei Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft, ein Vertreter der Bundesärztekammer, drei Vertreter der Ortskrankenkassen, zwei Vertreter der Ersatzkassen, je ein Vertreter der Betriebskrankenkassen, der Innungskrankenkassen, der landwirtschaftlichen Krankenkassen sowie der knappschaftlichen Krankenversicherung) angehalten war, „auf der Grundlage evidenzbasierter Leitlinien die Kriterien für eine im Hinblick auf das diagnostische und therapeutische Ziel ausgerichtete zweckmäßige und wirtschaftliche Leistungserbringung für mindestens zehn Krankheiten im Jahr zu beschließen, (...)"; dazu *Wigge*, MedR 12/2000, S. 574, 575 ff.; *Hart*, VSSR 4/2002, S. 265, 287

Leitlinientypen fällt nicht immer leicht, und es besteht stets die Gefahr, dass ärztliche Leitlinien auch sozialrechtliche Motive mitaufnehmen.[220] Andererseits ist hinsichtlich der Leitlinienqualität (in absteigender Reihenfolge) zwischen „evidenz-basierten Konsensus-Leitlinien", S3-Leitlinien nach der *AWMF*-Klassifikation, S2-Leitlinien nach der *AWMF*-Klassifikation und sonstigen Leitlinien zu unterscheiden, wobei den „evidenz-basierten Konsensus-Richtlinien" die höchste wissenschaftliche und gesundheitspolitische Legitimation zuzusprechen ist, da sie auf fundierten wissenschaftlichen Erhebungen beruhen.[221]

Entsprechend ihres jeweiligen Inhaltes können Leitlinien ärztlicher Behandlung verschiedene Ziele verfolgen: So dienen Versorgungsleitlinien etwa sozialrechtlichen Erwägungen der Ressourcenverteilung, wohingegen ärztliche Leitlinien der medizinischen Qualitätssicherung dienen. Dabei wird in Bezug auf Letztere der Gedanke verfolgt, bei einer immer komplexer werdenden Medizin und bei von der medizinischen Wissenschaft selbstgeschaffenen, immer anspruchsvolleren Behandlungsstandards den Ärzten tatsächliche Entscheidungs*hilfen* an die Hand zu geben und das objektiv existierende umfangreiche medizinische Fachwissen, welches nicht jeder Arzt allein aus seiner beruflichen Bildung heraus für sich in Anspruch nehmen kann, allen Ärzten – und Patienten – zugänglich zu machen.[222] Aus diesem Grunde sind die aus der Ärzteschaft bisweilen geäußerten Bedenken gegen Leitlinien mit Hinweis auf eine befürchtete Einschränkung ihrer Therapiefreiheit (juristisch) nicht immer nachzuvollziehen, insbesondere da zu bedenken ist, dass die ärztliche Therapiefreiheit kein Privileg des Arztes, sondern in erster Linie ein „fremdnütziges" Recht im Dienste des Patienten ist[223] und durch den medizinischen Standard begrenzt wird.

Gerade aber das Verhältnis von medizinischen Leitlinien und medizinischem Standard sowie die medizinische und juristische (haftungs- und sozialrechtliche) Verbindlichkeit von Leitlinien werden in der entsprechenden Fachliteratur umfassend diskutiert.[224] Da eine eingehende Beschäftigung mit dieser Thematik allerdings den Umfang dieser Arbeit sprengen und von den primären Zielen der Arbeit abweichen würde, soll es an dieser Stelle bei der Aufzeigung folgender, zusammenfassender Grundsätzen verbleiben:

(a) Aus medizinischer Sicht und für das Haftungsrecht als juristischer Kontrolle der ange-

---

ff.; weitere Versorgungsleitlinien stellen die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 135 SGB V für die vertragsärztliche Versorgung dar, dazu *Wigge*, MedR 12/2000, S. 574, 579 ff.

[220] *Hart*, VSSR 4/2002, S. 265, 275.

[221] Im Einzelnen *Hart*, VSSR 4/2002, S. 265, 270 f., 288.

[222] *Wienke*, MedR 1998, S. 172, ebenda; *Hart*, VSSR 4/2002, S. 265, 272.

[223] *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 3 Rn. 13 f.

[224] Zur Leitliniendogmatik vgl. grundlegend die Werke von *Hart* (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht; *ders.*, VSSR 4/2002, S. 265 ff.; ZaeFQ 2000, S. 65 ff.; weiterhin *Igloffstein*, Regelwerke für die humanmedizinische Individualbehandlung; *Mengel*, Sozialrechtliche Rezeption ärztlicher Leitlinien; weiterhin aus anwaltlicher Sicht *Ratzel*, Der medizinische Sachverständige im Arzthaftungsprozess; insbesondere zur haftungsrechtlichen Bedeutung von Leitlinien auch *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 280; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 145; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 161b.

wandten Medizin ist der Maßstab, an dem sich die (krankenhaus-)ärztliche Behandlung zu orientieren hat, der jeweils im Behandlungszeitpunkt geltende medizinische Standard, welcher zugleich die sowohl vertraglich als auch deliktisch haftungsrechtlich relevante „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ des § 276 Abs. 1 S. 2 BGB konkretisiert. Aus dieser Verbindlichkeit des medizinischen Standards folgt dann, dass Leitlinien medizinisch und haftungsrechtlich nur dann verbindlich sind, wenn sie im Behandlungszeitpunkt den jeweils gültigen medizinischen Standard abbilden;[225] ist dies nicht der Fall, erlangen sie im Haftungsrecht keine Verbindlichkeit und dürfen dementsprechend auch nicht beachtet werden.[226] Findet eine Beachtung dennoch statt, so haften im Schadensfalle nebeneinander ggf. sowohl der Leitlinienersteller als auch der behandelnde Arzt sowie die aufnehmende Klinik.[227]

(b) Ärztliche Leitlinien sind abstrakte medizinische Normen und geben dem Arzt als Adressat lediglich „Handlungskorridore“ vor. Sie enthalten allgemeine Aussagen über die Behandlung von Durchschnittsbehandlungsfällen und beziehen sich mithin auf das „Kollektiv“ der Patienten. Demgegenüber setzen die medizinische Anwendung und auch das diese kontrollierende Haftungsrecht am konkreten, individuellen Behandlungsfall mit dessen jeweiligen Besonderheiten an. Hieraus folgt, dass der verantwortliche Arzt in jedem einzelnen Behandlungsfall zu prüfen hat, ob die Maßgaben der in Betracht kommenden Leitlinien(n) tatsächlich auf den Einzelfall passen, ob sie also „standardgemäß“ sind, oder ob von den Leitlinienvorgaben aufgrund der Besonderheiten des Falles abgewichen werden muss.[228]

(c) Medizinisch und haftungsrechtlich verbindlich sind zunächst nur ärztliche Leitlinien (sofern sie dem Standard entsprechen). Hinsichtlich Versorgungsleitlinien aus dem Bereich des Sozialrechts ist hingegen zu differenzieren. Sofern sie etwa vom Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 135 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 92 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 SGB V bezüglich der Einführung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden im Krankenhaus als Richtlinien erlassen werden, kommt ihnen schon aufgrund ihres Normstatus sozialrechtliche Verbindlichkeit zu.[229] Demhingegen ist fraglich, ob ihnen auch medizinische und haftungsrechtliche Verbindlichkeit zukommen kann, da ihre Inhalte und Erwägungen über den Bereich der Medizin hinausgehen und zusätzlich wirtschaftliche, möglicherweise rationierende Erwägungen enthalten können, welche das Professionsgebiet der sie anwendenden Ärzte grundsätzlich überschreiten. Zunächst ist allerdings insofern zu erinnern, dass nach §§ 2 Abs. 1 S. 3, 76 Abs. 4 SGB V auch der sozialrechtlich geforderte „allgemein anerkannte Stand medizinischer

---

[225] *Hart*, VSSR 4/2002, S. 265, 275, 291.

[226] *Rosenberger*, zit. nach *Ihle*, MedR 8/2004, S. 439, 440, betont, dass medizinische Leitlinien in der Praxis der Rechtsprechung bisher keinen Ersatz für ärztliche Sachverständigengutachten im konkreten Einzelfall darstellen, da sie den medizinischen Standard nicht verbindlich wiedergäben.

[227] *Hart*, VSSR 4/2002, S. 265, 291, 293.

[228] *Hart*, VSSR 4/2002, S. 265, 273; *Wienke*, MedR 1998, S. 172, ebenda.

[229] Gleiches galt für die Beschlüsse des Koordinierungsausschusses, vgl. § 137e Abs. 3 S. 2 SGB V a.F.; dazu *Wigge*, MedR 12/2000, S. 574, 578 f.; zur Normsetzung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss vgl. *Hase*, MedR 7/2005, S. 397 ff.; *Schrinner*, MedR 7/2005, S. 401 ff.

Erkenntnisse“ dem zivilrechtlichen Haftungsstandard des § 276 BGB und dementsprechend auch dem medizinischen Standard entsprechen muss.[230] Insofern muss daher auch einer Versorgungsleitlinie, sofern der in ihr verlangte Behandlungsstandard dem medizinische Standard entspricht, weil sie beispielsweise auf einer evidenz-basierten Richtlinie beruht, medizinische und haftungsrechtliche Verbindlichkeit zukommen. Sofern aber in Versorgungsleitlinien aus sozialrechtlich-ökonomischen Erwägungen heraus beispielsweise rationierende Systementscheidungen getroffen werden – was einer gesetzlichen Legitimation bedürfte[231] –, welche zu einer Einschränkung von medizinischen Leistungen und somit zu einem Zurückweichen hinter den an sich gebotenen medizinischen Standard führen und somit ein „Spannungsfeld“ entsteht,[232] stellt sich die Frage, inwiefern dieses sozialrechtlich angeordnete Zurückweichen haftungsrechtliche Beachtung finden kann. Dazu im Folgenden unter bb.

bb. Abweichen vom medizinischen Standard aus Wirtschaftlichkeitserwägungen – „Spannungsfeld“ zwischen Sozialrecht und zivilem Haftungsrecht

Mit dem zunehmenden Kosten- und Rationalisierungsdruck im Gesundheitswesen trat in den vergangenen Jahren verstärkt die Frage in den Vordergrund der arzthaftungsrechtlichen Literatur, inwiefern Wirtschaftlichkeitserwägungen und – ggf. durch Versorgungsleitlinien angeordnete – sozialrechtliche Zwänge Einfluss auf den Umfang des zivilrechtlichen arzthaftungsrechtlichen medizinischen Standards nehmen können; mit dem steigenden Kostendruck unter den DRGs erhält diese Frage zusätzliches Gewicht.[233]

Im Grundsatz gehen Literatur und Rechtsprechung allgemein davon aus, dass Sparsamkeitserwägungen aus haftungsrechtlicher Sicht als Entscheidungsgrundlage vom Arzt in der konkreten medizinischen Behandlung grundsätzlich nicht toleriert werden können.[234] Zwar hat der *BGH* in einzelnen Urteilen die hohen Kosten einer Maßnahme als Argument dafür herangezogen, dass die Unterlassung einer Maßnahme rechtmäßig war,[235] und er hat mit Hinweis auf die verhältnismäßig niedrigen Kosten einer Maßnahme ihr Unterlassen im Einzelfall als fehlerhaft erkannt.[236] Jedoch wurde das Kostenargument stets nur verwendet,

---

[230] *Hart*, VSSR 4/2002, S. 265, 282 f., vgl. in diesem Zusammenhang auch *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 161a zur Bedeutung der Vorschrift des § 135 SGB V hinsichtlich des zivilrechtlichen Haftungsstandards.

[231] Vgl. oben Kap. 3. A. III. 2. c.

[232] Vgl. dazu sogleich unter Kap. 4. D. 3. a. bb.

[233] *Roeder*, zit. nach *Ihle*, MedR 8/2004, S. 439, 440, weist darauf hin, dass die dem DRG-basierten Vergütungssystem zugrundeliegende Kostenkalkulation schon das Erstellen von dem medizinischen Standard entsprechenden Leitlinien erschwert.

[234] *BGH*, VersR 1954, S. 290 (unterlassene Sicherung eines psychisch Kranken); *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 136 ff. 144; *Kern*, MedR 6/2004, S. 300 ff.; vgl. auch *Hart*, VSSR 4/2002, S. 265, 294.

[235] *BGH*, VersR 1975, S. 43 („Halsrippenurteil“ – unterlassene vorsorgliche Röntgenuntersuchung).

[236] *BGH*, VersR 1979, S. 826 (unterlassene Glaukom-Vorsorgeuntersuchung durch Messung des Augeninnendrucks); vgl. auch *OLG Celle*, VersR 1985, S. 1047 (unterlassene bakteriologische Untersuchung des Kniegelenks).

um das aus medizinischer Sicht ohnehin schon feststehende Urteil zu bekräftigen; ein entscheidendes Gewicht kam ihm hingegen nie zu.[237] Hieraus folgt, dass Gefährdungen des Patienten durch die Berufung des Arztes auf die Kosten und die Unwirtschaftlichkeit einer Behandlung generell unzulässig sind, bei entsprechender Indikation muss der Arzt sogar Leistungen erbringen, die aus medizinischer Sicht als standardgemäß erscheinen, von der Krankenversicherung jedoch nicht honoriert werden.[238]

Andererseits aber kann es auch nicht sein, dass das zivile Arzt- und Arzthaftungsrecht die bestehenden Grenzen und Unzulänglichkeiten in der Finanzierung des Gesundheitssystems ignoriert. Zwar kann keine Rücksicht auf finanzielle Engpässe genommen werden, die sich für den Arzt oder die Klinik aufgrund eigener Versäumnisse und Misswirtschaft ergeben; die generellen Grenzen des Gesundheitssystems und die faktische Begrenzung des Finanzrahmens der GKV dürfen jedoch nicht auf den Arzt abgewälzt werden.[239]

Die Harmonisierung der ärztlichen Haftungsregeln mit den sozialrechtlichen Finanzierungsgrenzen, die zunehmend auch vom Wirtschaftlichkeitsgebot des SGB V beeinflusst werden,[240] konnte bisher noch nicht erreicht werden.[241] Fest steht nur, dass sich die Kluft zwischen dem medizinisch Machbaren und dem solidarisch Finanzierbaren bei einem ständigen Fortschritt der Medizin und einer Erhöhung des medizinischen Standards und einem zugleich steigenden Druck auf die Beitragssätze der Versicherten zunehmend verbreitert.[242] Daher wird in der juristischen Literatur vielfach von einem „Spannungsfeld“ zwischen Sozial- und Haftungsrecht oder gar von einer „Inkompatibilität“ gesprochen, mithin drohe ein „Auseinanderdriften“ beider Rechtsgebiete.[243]

Dem widerspricht eine andere Ansicht in der Literatur. Zwar sei einzuräumen, dass der medizinische Standard seinem Konzept nach weiter sei als der sozialrechtliche Leistungsumfang der GKV, dies beträfe aber wegen der Verpflichtung des Sozialrechts auf den „allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse“ und den „medizinischen Fortschritt“ (§ 2 Abs. 1 S. 3 SGB V) lediglich solche Fälle, in denen der medizinische Standard schon neue Behandlungs- oder Diagnosemethoden erfasst, die bereits überwiegend, aber noch nicht „allgemein“ anerkannt seien. Aus diesem Grund aber könne der Arzt, der sich bei seiner Behandlung auf den sozialrechtlichen Leistungsumfang beschränke, keinen Behandlungsfeh-

---

[237] *Voß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 155 ff.
[238] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 136 ff. 144; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 290.
[239] *Steffen*, in: FS für *Geiß*, S. 487, 493; vgl. auch MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 682 ff., 684.
[240] Vgl. §§ 12, 70, 71, 137c SGB V.
[241] *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 25.
[242] *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 285 ff.
[243] *Schimmelpfeng-Schütte*, MedR 6/2002, S. 286 ff.; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 279, 290 f; vgl. auch *Steffen*, in FS für *Geiß*, S. 487 ff.; *Sandbiller*, MedR 1/2002, S. 19, 21; *Kern*, MedR 6/2004, S. 300; *Hart*, VSSR 4/2002, S. 265, 290, *Wendehorst*, ZaeFQ 2000, S. 864 ff. (Beitrag zum Symposium „Der Arzt im Spannungsfeld“).

ler begehen, da er immer noch im Rahmen des medizinischen Standards bleibe. Ihm drohe, sofern er dem Patienten die möglichen Behandlungsalternativen verschweige, „allenfalls der Vorwurf einer Verletzung der Aufklärungspflichten, nicht jedoch der Vorwurf eines Behandlungsfehlers“.[244] In Bezug auf sozialrechtliche Versorgungsleitlinien, die aufgrund angeordneter Rationierungen ein ärztliches Handeln erfordern, welches hinter den medizinischen Standard zurückweicht,[245] bedeutet dies, dass jedenfalls das Einhalten der Versorgungsleitlinie dem Arzt haftungsrechtlich nicht zum Nachteil gereichen darf. Allerdings hat der Arzt zur Haftungsprävention den Patienten über das sozialrechtlich veranlasste Behandlungsdefizit aufzuklären.[246]

Abgesehen davon, dass es dem Arzt persönlich recht unbedeutend erscheinen wird, ob er aufgrund eines Behandlungsfehlers oder aber aufgrund eines Aufklärungsfehlers haftet,[247] ist diesem Ansatz im Grunde zuzustimmen. Die Auflösung der rechtlichen Spannungen, die sich aus dem unterschiedlichen Umfang des haftungsrechtlich bedeutsamen medizinischen Standards einerseits und dem Leistungsumfang der GKV andererseits ergeben, kann dogmatisch sauber nur im Wege der Patientenaufklärung erfolgen. Der Arzt hat sich in seiner „freien“ Leistungserbringung grundsätzlich auf den Leistungsumfang der GKV zu beschränken und in den Fällen, in denen er aus medizinischen Gründen die Anwendung von diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen für notwendig hält, die über diesen Umfang hinausgehen, den Patienten zunächst über diese Behandlungsmöglichkeiten aufzuklären und ihn darauf hinzuweisen, dass eine Leistungserbringung allerdings nur gegen zusätzliche finanzielle Eigenleistungen des Patienten möglich ist.[248]

Zuzugeben ist allerdings auch, dass dieser dogmatisch saubere Ansatz in der Praxis durchaus auf Probleme stößt. So kann die stärkere Betonung der Aufklärung über alternativ zur Verfügung stehende Behandlungsmethoden die Ärzteschaft verführen, auch ohne wirklich bestehende medizinische Notwendigkeit aus wirtschaftlichen Gründen dem Patienten die selbstfinanzierte Durchführung zusätzlicher medizinischer Methoden nahezulegen. Dies würde aber möglicherweise das Vertrauensverhältnis zwischen Patient und Arzt belasten. Aus diesem Grunde ist eine generelle Pflicht des Arztes, den Kassenpatienten über mögliche, ihm als Selbstzahler zustehende Behandlungsmethoden zu informieren, abzulehnen.[249] Weiterhin droht auch, soweit einmal das Auseinanderklaffen von sozialrechtlichem und medizinischen Standard anerkannt und rechtsdogmatisch beliebig über die Patientenaufklärung kompensiert werden kann, der bisher stets bestehende Druck eines weitestmöglichen Gleichlaufes zwi-

---

[244] *Voß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 141 f.; vgl. auch *Clemens*, in: *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, § 35 Rnrn. 19 ff.
[245] Vgl. oben Kap. 4. D. 3. a. aa. (2).
[246] *Hart*, VSSR 4/2002, S. 265, 294.
[247] Zu der Haftung für Aufklärungsfehler vgl. sogleich unten Kap. 4. D. II. 3. b.
[248] So auch *Schelling*, MedR 8/2004, S. 422 ff. 427 f.; *Hart*, MedR 2/1996, S. 60, 68 f.; MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 684 a.E.
[249] *Steffen*, in FS für *Geiß*, S. 487, 502; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 328a.

schen beiden Standards zu weichen und der medizinische Standard letztendlich zu einem Ideal zu verkommen, den sich nur wenige Patienten werden leisten können. Vorzugswürdiger erscheint daher grundsätzlich eine Angleichung von zivilrechtlichem und sozialrechtlichem Behandlungsstandard, wofür vielleicht insbesondere auf evidenz-basierten Konsensus-Richtlinien basierende Versorgungsleitlinien das geeignete Instrumentarium sind.[250]

Wie auch immer, das Gesundheitswesen sitzt angesichts eines stetigen medizinischen Fortschritts und eines dazu antiproportional steigenden Drucks auf die Beitragssätze, der eine Ausweitung des Leistungsumfanges der GKV nur schwerlich möglich macht, sondern eher eine rationierende Einschränkung des Leistungsangebotes der Versicherungen nahe legt, fraglos in einer gewissen „Fortschrittsfalle“,[251] die in Zukunft ein gesellschaftliches und medizinisches Umdenken notwendig machen und das Verhältnis von solidarischer Finanzierung zur eigenverantwortlichen Gesundheitsvorsorge neu definieren wird. Dies wird unweigerlich zu Unzufriedenheiten in der Bevölkerung führen, wenn medizinisch mögliche Leistungen für sie finanziell schlichtweg nicht mehr erreichbar sind.[252]

b. Haftung für „Aufklärungs“fehler

Die Aufklärungspflichten des Arztes im Rahmen der Patientenbehandlung lassen sich grob in die therapeutische Aufklärung, die medizinische Selbstbestimmungsaufklärung sowie die wirtschaftliche Aufklärung des Patienten einteilen.

aa. Die therapeutische Aufklärung

Die therapeutische Aufklärung oder Sicherungsaufklärung ist integrativer Bestandteil der eigentlichen Behandlung und dient vor allem der Sicherung des Heilerfolges. Der Arzt hat den Kranken, soweit therapeutische Gründe es gebieten, über seine Anfälligkeiten, seinen Gesundheitszustand und vor allem sein therapiegerechtes eigenes Verhalten aufzuklären. Der Patient ist auf mögliche Unverträglichkeitsrisiken bei aggressiv wirkenden Arzneimitteln hinzuweisen sowie vor einer Überschätzung der durchgeführten medizinischen Maßnahmen zu warnen. Unter Umständen hat der Arzt ihn zu schonender Lebensweise, Diät und Enthaltsamkeit anzuhalten. Die therapeutische Aufklärung erlangt insbesondere dann an Bedeutung, wenn sich der Patient entgegen dem ärztlichen Rat verhalten will, sei es, dass er von einer

---

[250] Vgl. *Hart*, VSSR 4/2002, S. 265, 270 ff.; *Spickhoff*, NJW 2003, S. 1701, 1705.

[251] *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 286 m.w.N.; vgl. auch *Schlund*, ArztR 4/005, S. 88 f.

[252] In den USA wird zur Verhinderung solcher Missstände teilweise versucht, die Gesellschaft bewusst im Unwissen über neue, besonders teure medizinische Verfahren zu lassen und ihren Eintritt in die allgemeine Gesundheitsversorgung zu verhindern, zu diesem Ansatz *Lauterbach*, in: *Lauterbach/Schrappe* (Hrsg.), Gesundheitsökonomie, Qualitätsmanagement und Evidence-based Medicine S. 3, 7 ff.

indizierten Operation absieht oder das Krankenhaus verfrüht verlassen möchte. In diesen Fällen liegt es beim Arzt, den Patienten möglichst zum medizinisch angezeigten Verhalten zu bewegen;[253] gelingt ihm dies nicht, so hat er ihn über die möglichen Gefahren aufzuklären und so weit wie möglich für ein eigenes Erkennen möglicher Komplikationen zu sensibilisieren.[254] Aufzuklären ist dabei auch über gänzlich fernliegende Komplikationsrisiken,[255] da es bei der therapeutischen Aufklärung nicht – wie etwa bei der Selbstbestimmungsaufklärung – darum geht, dem Patienten nicht unnötig zu ängstigen, sondern den Therapieerfolg zu sichern. Versäumnisse in der therapeutischen Aufklärung sind als Behandlungsfehler einzustufen.[256]

bb. Die Selbstbestimmungsaufklärung

Während die therapeutische Aufklärung als Teil der eigentlichen medizinischen Behandlung der Gesundheit und der körperlichen Integrität des Patienten dient, ist die medizinische Selbstbestimmungsaufklärung in erster Linie Ausfluss des Persönlichkeitsrechts des Patienten (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG). Der Arzt darf den Patienten – auch bei Vorliegen medizinischer Indikation[257] – nicht ohne dessen zuvor erteilte Einwilligung behandeln, und die Einwilligung ist nur dann wirksam erteilt, wenn der Patient weiß, in welche Maßnahmen er einwilligt, welcher Art und Bedeutung sie sind und welchen Ablauf und welche Folgen sie haben. Nur bei einer diesen Vorgaben entsprechenden Aufklärung Fall ist er in der Lage, sein Selbstbestimmungsrecht sinnvoll wahrzunehmen und autonom und willensfehlerfrei für oder gegen die angezeigte Maßnahme zu entscheiden.[258]

Zur Selbstbestimmungsaufklärung gehört zunächst die Aufklärung über die mit dem anstehenden Eingriff verbundenen Risiken (*Risikoaufklärung*). Dem Umfang nach brauchen dem Patienten zwar der Ablauf und die Risiken des Eingriffs nicht in allen Einzelheiten nahegebracht werden, jedoch muss er im großen und ganzen über die bestehenden Risiken einer ordnungsgemäßen Behandlung aufgeklärt werden, so dass er eine sachgerechte Risikoabwä-

---

[253] Zu Nachsorge und therapeutischer Aufklärung MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 693 ff.

[254] *OLG Düsseldorf*, VersR 1997, S. 1402 f.

[255] *Laufs*, Arztrecht, Rn. 166; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 210; vgl. *LG Konstanz*, NJW 1972, S. 2223: Pflicht zur Aufklärung über ein Risiko von 0,04%.

[256] *Laufs*, Arztrecht, Rn. 163 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 210; MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 695; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 325, m.w.N.; *BGH*, Urteil vom 16.11.2004, MedR 2/2005, S. 226 ff. (Unterlassung eines Hinweises auf die Notwendigkeit alsbaldiger Kontrolluntersuchen); *OLG Köln*, VersR 1992, S. 1231 (Aufklärung über vorsichtige Lebensweise bei Herzerkrankung), *OLG Bremen*, VersR 1999, S. 1151 (Aufklärung über die Notwendigkeit der Bewegung eines operierten Beines zu Thromboseprophylaxe).

[257] Ausdrücklich *BGH*, Urteil vom 18.03.2003, ArztR 3/2004, S. 80 f.; vgl. auch Urteil vom 21.05.2003, ArztR 4/2004 S. 107 f.; zur gegenteiligen Problematik, ob auch ärztliche Maßnahmen mit sehr geringen Erfolgsaussichten bis hin zur Kontraindikation durch eine Einwilligung nach erfolgter, diesbezüglich ausreichender Aufklärung gerechtfertigt werden können *Duttge*, MedR 12/2005, S. 706 ff.

[258] Prinzip des „informed consent“, *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 321; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 169 f.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 202; MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823, Rnrn. 419, 423 ff.

gung vornehmen kann.[259] Je risikoreicher der Eingriff ist und je problematischer die zu treffenden Entscheidungen sind, desto ausführlicher muss die Aufklärung sein.[260] Nicht hinzuweisen ist im Unterschied zur therapeutischen Aufklärung allerdings auf gänzlich fernliegende Risiken,[261] deren Erwähnung den Patienten unnötig belastet und seine sachgerechte Entscheidungsfindung verzerrt, weiterhin müssen auch nicht diejenigen Risiken angeführt werden, die nur durch eine fehlerhafte Behandlung entstehen können.[262]

Zur Risikoaufklärung gehört auch die Auseinandersetzung des Patienten mit alternativen Behandlungsmethoden und einer Behandlung an anderem Orte als in der ersuchten Klinik. So muss der Arzt den Patienten darauf hinweisen, wenn gewichtige Stimmen in der medizinischen Fachliteratur die von ihm favorisierte hergebrachte Operationsmethode für ungeeignet halten.[263] Stehen zur Behandlung des Patienten alternativ mehrere Methoden zur Verfügung, so ist es im Rahmen seiner Therapiefreiheit grundsätzlich allein Sache des Arztes, die Auswahl der anzuwendenden Methode zu treffen.[264] Einschränkungen ergeben sich allerdings dann, wenn die alternativ zur Verfügung stehenden Methoden zwar gleichwertige Heilungschancen aber anders geartete Risiken aufweisen. In diesem Fall ist der Patient über die alternativen Methoden zu informieren, damit er eine sinnvolle Auswahl treffen kann.[265] Gleiches gilt, wenn eine Behandlung sowohl stationär als auch ambulant wirksam und durchführbar erscheint, wobei sich die Aufklärungspflicht in diesem Falle auch daraus ergibt, dass möglicherweise die Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit des Patienten zu verneinen ist und die Krankenversicherung des Patienten für eine stationäre Behandlung nicht aufkommt.[266] Sofern die vom Arzt gewählte Methode in einem anderen Krankenhaus aufgrund besserer Ausstattung oder qualifizierterer Ärzte mit einem geringeren Behandlungsrisiko durchgeführt werden können, so ist folgendermaßen zu differenzieren: So lange die dem Patienten gebotene Methode noch dem medizinischen Standard entspricht, ist der Patient nicht darüber aufzuklären, dass er die Methode in einer anderen Klinik – etwa in einer Universitätsklinik – mit besseren personellen und apparativen Mitteln und daher mit einem etwas geminderten Komplikationsrisiko erhalten kann. Etwas anderes gilt jedoch bei besonders schwerwiegenden Eingriffen, wenn für den Patienten die Möglichkeit besteht, den

---

[259] Nicht ausreichend ist dabei eine bloße aneinanderreihende Aufzählung von Risiken auf einem Aufklärungsbogen, da dies eher zu einer Verschleierung von Risiken als zu deren informativer Erläuterung beiträgt, *OLG Nürnberg*, Urteil vom 16.07.2004, ArztR 9/2005, S. 248, ebenda.

[260] *BGH*, NJW 1972, S. 335; *BGH*, NJW 1981, S. 633 f.; vgl. auch NJW 1982, 2121 ff.; *OLG Hamm*, VersR 1995, 47; *OLG Köln*, NJW 1978, S. 1690; ferner *Laufs*, Arztrecht, Rn. 198; *Spickhoff*, NJW 2003, S. 1701, 1707.

[261] Fernliegend sind nach dem *BGH* jedenfalls solche Risiken, deren Eintritt bei weit unter 1 % liegt, vgl. das sog. „Halsrippenurteil", *BGH*, VersR 1975, S. 43 f.

[262] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 374.

[263] *BGH*, NJW 1978, S. 587, 588 f.

[264] *BGH*, NJW 1982, S. 2121, 2122; *OLG Oldenburg*, VersR 2000, S. 61; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 375, m.w.N.; MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 707.

[265] *BGH*, NJW 1992, S. 743 f. (Informationspflicht über die Möglichkeit einer Eigen- anstatt einer Fremdbluttransfusion); *OLG Bremen*, VersR 2001, S. 340 f. (konservative Therapie oder operative Behandlung eines Bandscheibenvorfalls); *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 381, m.w.N.

[266] *BGH*, NJW 1983, S. 2630 f.

Eingriff andernorts von einem anderen Arzt deutlich risikoloser durchführen zu lassen.[267] Bei einer nicht dringlichen Operation hat der Arzt den Patienten auch über schlechte hygienische Verhältnisse in der Klinik aufzuklären, die eine erhöhte Infektionsgefahr mit sich bringen.[268]

Als Unterfall der Selbstbestimmungsaufklärung tritt neben die Risikoaufklärung die *Verlaufsaufklärung*, die sich auf die Art, den Umfang und die Durchführung des medizinischen Eingriffs erstreckt und teilweise in den Bereich der Risikoaufklärung hineinreicht. Der Patient soll darüber ins Bild gesetzt werden, was genau mit ihm geschehen wird und welche Folgen die Behandlung für ihn haben wird, da nur so gewährleistet werden kann, dass er sich mit der abzugebenden Einwilligung völlig autonom und willensfehlerfrei für den anstehenden Eingriff entscheidet. So ist der Patient über sichere Eingriffsfolgen, wie etwa Narbenbildung, den Verlust eines Körpergliedes oder die Funktionsbeeinträchtigung eines Körperorgans zu informieren und auch darüber, dass der Eingriff möglicherweise fehlschlägt („Versagerquote“).[269] Weiterhin ist er grundsätzlich auf die Möglichkeit erheblicher Schmerzen hinzuweisen. Eine Einschränkung der Verlaufsaufklärung kann sich in den Fällen ergeben, wenn schon die Bezeichnung des geplanten Eingriffs genügt, um den Patienten hinreichend über Art, Ablauf und Folgen der medizinischen Maßnahmen zu informieren.[270]

Im Rahmen der Selbstbestimmungsaufklärung ist zuletzt auf die sog. *Diagnoseaufklärung* hinzuweisen. Der Patient hat das Recht, über medizinische Befunde, Prognosen, das Behandlungs- und Testprogramm und die voraussichtliche Verweildauer im Krankenhaus informiert zu werden.[271] Die Diagnoseaufklärung dient ebenso wie die Risiko- und Verlaufsaufklärung dem Persönlichkeitsrecht des Patienten, jedoch soll sie vom behandelnden Arzt gegenüber dem Patienten nur auf Nachfrage und nur als vertragliche Nebenpflicht geschuldet werden, da sie anders als die Risiko- und Verlaufsaufklärung für die Willensbildung des Patienten im Vorfeld der Einwilligung nicht direkt von Bedeutung ist.[272] In einzelnen Fällen, vor allem bei schwerwiegenden oder gar infausten Befunden unheilbar Kranker, stellt sich die Frage, ob es dem Arzt im Einzelfall gestattet ist, die Aufklärung des Patienten einzuschränken, gewisse Befunde zu unterschlagen oder gar im Sinne einer „barmherzigen Lüge“ bewusst die Unwahrheit zu sagen, um dem Patienten nicht noch die restliche, verbleibende Lebensfreude zu nehmen.[273] Im Grundsatz gilt das an den Arzt gerichtete Gebot der schonenden oder rücksichtsvollen Aufklärung. Ihm steht kein Recht zu, den Patienten durch eine unnötig drastische Schilderung der bestehenden Befunde und medizinischen Prognosen übermäßig zu belasten

---

[267] *OLG Düsseldorf*, VersR 1987, S. 161, 163; *BGH*, NJW 1988, S. 763, 764; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 197; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 383.
[268] *OLG Köln*, NJW 1978, S. 1690 f.; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 189.
[269] *Steffen/Dressler*, Arzthaftung, Rn. 327; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 205.
[270] *Steffen/Dressler*, Arzthaftung, Rnrn. 329 f; *Laufs*, Arztrecht, Rnrn. 205 f.
[271] *BVerfG*, Beschluss vom 18.11.2004, ArztR 8/2005, S. 215 f.
[272] *Steffen/Dressler*, Arzthaftung, Rn. 323.
[273] Zu den Fällen von *Theodor Storm* und *Thomas Mann* vgl. *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 61 Rn. 8.

und dadurch etwa selbst einen möglichen Heilungserfolg zu beinträchtigen. Andererseits aber ist auch ein Interesse des Patienten anzuerkennen, ehrlich und umfassend über seinen tatsächlichen Gesundheitszustand informiert zu werden. Aus diesem Grunde ist es geboten, die Fälle medizinischer Kontraindikation, die den Arzt von seiner Aufklärung des Patienten ganz entbinden können, möglichst einzugrenzen und sie auf Situationen zu beschränken, in denen durch die Aufklärung ernsthafte, irreversible Gesundheitsschädigungen zu erwarten sind; bloße Beunruhigungen hingegen oder eine leichte depressive Beeinträchtigung der Gemütslage des Patienten genügen nicht.[274]

Die Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung trifft grundsätzlich jeden behandelnden Arzt bezüglich des von ihm vorzunehmenden Teils der Behandlung; es besteht allerdings die Möglichkeit, die Aufklärung auf einen anderen, geeigneten und zuverlässigen Arzt zu übertragen. Eine Übertragung der Aufklärung auf nichtärztliches Personal oder allein im Wege von Formularen, Merkblättern oder Broschüren ist hingegen nicht zulässig,[275] wobei diese aber eine sinnvolle Unterstützung des ärztlichen Aufklärungsgespräches darstellen.[276] Bei einer stationären Behandlung, die interdisziplinär unter Beteiligung mehrerer Ärzte erfolgt, trifft den Krankenhausträger eine Pflicht, durch geeignete organisatorische Maßnahmen (Dienstanweisungen, Informationen, Kontrollen) sicherzustellen, dass eine ausreichende und vor allem lückenlose Aufklärung der Patienten gewährleistet ist.[277]

Da die Aufklärung dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu dienen und ihm zu einer echten, eigenen Abwägung und Entscheidung in Bezug auf die Erteilung oder Versagung der Einwilligung für den in Frage stehenden Eingriff verhelfen soll, muss die Aufklärung rechtzeitig erfolgen; der Patient muss nach den jeweils gegebenen Umständen noch ausreichend Gelegenheit haben, sich bezüglich des anstehenden Eingriffes innerlich frei zu entscheiden.[278] Bei stationär untergebrachten Patienten darf die Aufklärung jedenfalls nicht später als am Tag vor dem Eingriff erfolgen,[279] aber selbst eine am Vorabend der Operation vorgenommene Aufklärung kann mitunter zu spät sein.[280] Bei Patienten der Ambulanz muss die Aufklärung vor Beginn des Eingriffs erfolgen und bedarf – auch wenn zeitliche Probleme auftreten mögen – eines Arzt-Patienten-Gespräches; die Aushändigung eines Informationszet-

---

[274] *BGH*, NJW 1959, S. 811 ff.; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 202 f.; ausführlich MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 435 f. m.w.N.; vgl. auch MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 719.

[275] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 429; MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 442.

[276] MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 724; praxisrelevante rechtliche Anweisungen für Inhalt und Grenzen eines Aufklärungsgespräches bei *Schlund*, ArztR 2/2004, S. 32 ff.

[277] *Laufs*, Arztrecht, Rn. 160 ff., 193, 210, 216; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 188, 202 ff.; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 429; MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 444 ff.; *Lippert*, NJW 1994, S. 2606, 2611.

[278] *BGH*, Urteil vom 25.03.2003, ArztR 4/2004, S. 94 ff.; für den Bereich des ambulanten Operierens vgl. auch *Schlund*, ArztR 7/2005, S. 172, 178.

[279] *BGH*, KHuR 4/2003, S. 109; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 409, m.w.N.

[280] MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 440; vgl. weiterhin MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 720; siehe auch *Spickhoff*, NJW 2003, S. 1701, 1707.

tels ist nicht ausreichend. [281]

cc. Die wirtschaftliche Aufklärung

Als dritte Unterart der Aufklärungspflichten wird zunehmend die Pflicht des Arztes zu einer „wirtschaftlichen" Aufklärung des Patienten über die Kosten der Behandlung diskutiert. Wie die Selbstbestimmungsaufklärung dient auch die wirtschaftliche Aufklärung des Patienten vornehmlich seinem Selbstbestimmungsrecht, indem sie anerkennt, dass auch die finanziellen Aspekte eines medizinischen Eingriffes ein für die Erteilung der Einwilligung durch den Patienten entscheidungsrelevantes Kriterium sein können.

Derzeit ist noch nicht ganz geklärt, wie die ärztliche Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung inhaltlich auszugestalten ist, wie weit sie geht und welche Folgen aus ihrer Verletzung erwachsen.[282] Grundsätzlich wird man vom Arzt aufgrund seiner besonderen Beziehung zum Patienten verlangen können, dass er auf einen für den Patienten möglichst kostengünstigen Weg der Behandlung hinwirkt. Beispielsweise muss er den Patienten informieren, wenn er daran zweifelt, dass die gesetzliche oder private Krankenversicherung des Patienten die konkret medizinisch indizierten Maßnahmen übernehmen wird.[283] Gegebenenfalls hat er den Patienten auch aufzufordern, mit seiner Versicherung Rücksprache zu halten.[284]

Ungeklärt ist auch die rechtliche Grundlage der Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung. Teilweise ist sie direkt im Gesetz zu finden, so beispielsweise im Falle der Vereinbarung von Wahlleistungen, vgl. § 22 Abs. 2 S. 1 BPflV, § 17 Abs. 2 S. 1 KHEntgG, wonach der Patient vor Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung schriftlich über die Entgelte der Wahlleistungen und deren Inhalt unterrichtet werden soll,[285] oder in § 72 Abs. 5 S. 3 SGB V, der eine Pflicht zum Hinweis auf die Zuzahlungspflicht bei teuren Arzneimitteln bestimmt.[286] In den übrigen Fällen soll sich die Pflicht zur wirtschaftlichen Aufklärung nach der Rechtsprechung als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag ergeben (§ 241 Abs. 2 BGB), so dass dem Patienten bei ihrer Verletzung ein vertraglicher Schadenersatzanspruch auf Befreiung von der

---

[281] *Schlund*, ArztR 7/2005, S. 172, 178.
[282] Eingehende Darstellung bei *Schelling*, MedR 8/2004, S. 422 ff.
[283] *BGH*, NJW 1983, S. 2630 f.; *LG Düsseldorf*, MedR 1986, S. 208 f.; *BGH*, NJW 1991, S. 2353; *AG Pforzheim*, MedR 4/2003, S. 234 f; Schirmer, MedR 10/97, S. 431, 455; MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 699.
[284] *Laufs*, Arztrecht, Rn. 232 f.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 212.; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 320 m.w.N.; *Baden*, NJW 1988, S. 746 ff.; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 121 ff.; *Schlund*, ArztR 7/2005, S. 172, 179; anderes kann allerdings bei der Vereinbarung nicht medizinisch indizierter Wahlleistungen gelten, *Wagener/Nösser/Korthus*, Das Krankenhaus 3/2005, S. 396, 398.
[285] Zum Umfang der Unterrichtungspflicht nach § 22 Abs. 2 S. 1 BPflV *LG Hanau*, Urteil vom 23.04.2004, MedR 6/2005, S. 360 f.
[286] Kritisch zur Herleitung einer Aufklärungspflicht aus diesen Normen *Schelling*, MedR 8/2004, S. 422, 428.

Kostenbelastung zusteht.[287] Ausnahmsweise hat die Rechtsprechung einen Krankenhausaufnahmevertrag bei fehlender wirtschaftlicher Aufklärung sogar als sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB und daher als nichtig angesehen.[288] In der Literatur wird zudem zum Teil die Ansicht vertreten, die wirtschaftliche Aufklärung sei als Obliegenheit des Arztes zu verstehen, bei deren Vernachlässigung dieser seinen Honoraranspruch zum Teil verwirke. Die Einstufung als vertragliche Nebenpflicht, wie sie die Rechtsprechung vornimmt, räume der wirtschaftlichen Aufklärung einen zu hohen rechtlichen Stellenwert ein und dränge den Arzt in die ihm nicht zukommende Rolle des Sachwalters fremder Vermögensinteressen.[289] Anstelle des wertungsabhängigen Verwirkungsinstituts bietet sich m.E. auch der Weg an, bei einer von der Auffassung von Arzt und Patient abweichenden Sachlage bezüglich der Kostenverteilung – also bei einer Nichtübernahme der Kosten durch die Krankenversicherung bzw. -kasse – eine vertragliche Einigung bezüglich der Kostenübernahme durch den Patienten zu verneinen und somit einen Honoraranspruch gegenüber dem Patienten erst gar nicht entstehen zu lassen. Anders kann es allerdings in dem Fall aussehen, dass der Irrtum des Krankenhausträgers und des Patienten über die Versicherungsdeckung für eine vereinbarte medizinische Leistung nicht in die Risikosphäre des Krankenhausträgers fällt bzw. ihm nicht anzulasten ist. Dann erscheint es nämlich möglich, einen Vergütungsanspruch des Krankenhausträgers gegenüber dem Patienten aus den Regeln des Fehlens der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 2 BGB herzuleiten.[290]

dd. Die haftungsrechtlichen Folgen der Aufklärungspflichtverletzung

Verletzungen der *therapeutischen Aufklärungspflichten* sind als Behandlungsfehler einzustufen und führen zu einer vertraglichen und deliktischen Haftung wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit und möglicherweise des Lebens des Patienten.

Verletzungen der *wirtschaftlichen Aufklärungspflicht* können zur Unwirksamkeit des Behandlungs- bzw. Krankenhausaufnahmevertrages führen, setzen Arzt und Krankenhaus mitunter Haftungsansprüchen aus und stehen ggf. deren Honoraransprüchen entgegen.

Als Folgen einer Verletzung der *Diagnoseaufklärung* kommen bei übermäßiger psychischer Belastung mit pathologischen Ausmaßen eine Haftung wegen einer Körperverletzung des Patienten in Frage; ansonsten, wenn der Patient lediglich nicht hinreichend informiert wird, aufgrunddessen das Vertrauen in den behandelnden Arzt verliert und den Behandlungs-

---

[287] *BGH*, NJW 2000, 3429, 3431 f.; *OLG Köln*, NJW 1987, 2304; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 328a.
[288] *BGHZ* 102, 106 = NJW 1988, S. 759: Hier ging es um den Abschluss eines totalen Krankenhausaufnahmevertrags mit einem zwar pflege-, nicht aber krankenhausbehandlungsbedürftigen Patienten, der nicht krankenversichert war und auch ansonsten nur über bescheidene finanzielle Mittel verfügte.
[289] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 212.
[290] *BGH*, Urteil vom 28.04.2005, MedR 12/2005, S. 714 ff.

träger wechselt (§ 627 BGB), kommt im Wesentlichen eine Haftung für die dadurch entstandenen Mehrkosten in Frage.[291]

Fehler im Rahmen der *Selbstbestimmungsaufklärung* führen zu einer Unwirksamkeit der Einwilligung des Patienten in den ärztlichen Heileingriff und insofern zu dessen zivilrechtlicher Rechtswidrigkeit, was im Falle eines Schadens[292] die vertragliche Haftung des Arztes nach § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. dem Behandlungsvertrag und die deliktische Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB nach sich zieht. Seit jeher umstritten ist dabei im Rahmen der deliktischen Haftung, welche der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechte und Rechtsgüter des Patienten als verletzt anzusehen sind. Während die Rechtsprechung seit jeher davon ausgeht, dass nicht nur eine medizinisch nicht angezeigte oder fehlerhafte Behandlung, sondern auch eine medizinisch indizierte und kunstgerecht durchgeführte ärztliche Heilbehandlung als tatbestandliche Körper- oder Gesundheitsverletzung zu werten ist,[293] wollen weite Teile der juristischen Literatur und der Ärzteschaft in einer lediglich eigenmächtigen, ansonsten aber fachgerechten und indizierten ärztlichen Heilbehandlung bloß die Verletzung des Selbstbestimmungs- und damit des Persönlichkeitsrechts des Patienten erblicken. Die Einstufung jeglicher ärztlicher Heilbehandlung als tatbestandliche Körperverletzung bedeute die Aussprache eines Unwerturteils und eine untragbare Stigmatisierung des ärztlichen Handelns. Es würde verkannt, dass dessen sozialer Sinngehalt gerade im Versuch der Verbesserung bzw. der Wiederherstellung des körperlichen Wohlbefindens des Patienten und nicht in dessen Verletzung liege. Zumindest im Zivilrecht lassen sich zudem durchweg interessengerechte haftungsrechtliche Ergebnisse außerdem auch bei einer Verneinung des Körperverletzungstatbestandes und einem bloßen Rückgriff auf die Verletzung des Selbstbestimmungs- und damit des Persönlichkeitsrechts des Patienten erzielen.[294] Nachdem auch der *Bundesgerichtshof* in seiner Rechtsprechung bezüglich ärztlicher Heileingriffe den Begriff der Körperverletzung regelmäßig vermeidet, bleibt abzuwarten, ob er in Zukunft den gänzlichen Schritt zu einem Tatbestandswechsel vollziehen wird.

Die haftungsrechtlichen Konsequenzen einer Verletzung der ärztlichen Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung hängen sowohl vertraglich als auch deliktisch davon ab, welcher Ansicht hinsichtlich der durch die eigenmächtige Heilbehandlung verletzten Rechtsgüter gefolgt wird. Sieht man den Tatbestand einer Körperverletzung gegeben, so sind alle hieraus

---

[291] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 325.

[292] Ein Schaden besteht nicht schon in der Belastung des Patienten mit dem Honoraranspruch des Arztes; ein Schaden ist vielmehr nur dann anzunehmen, wenn dem Honoraranspruch keine – objektiv – gleichwertige medizinische Leistung entgegensteht und somit eine Vermögensminderung des Patienten eingetreten ist, *OLG Nürnberg*, Urteil vom 16.07.2004, ArztR 9/2005, S. 248 ff.

[293] Seit *RGSt* 25, 375 vom 31. Mai 1894; die im Einzelfall möglicherweise schwierige Abgrenzung zwischen Körper- und Gesundheitsverletzungen kann notfalls dahingestellt bleiben; unterstützend auch MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 663.

[294] Umfassend *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 111 ff., 126 f. m.w.N.; zustimmend *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 103 Rn. 5 ff.; anders noch *ders.*, Arztrecht, Rn 541.

adäquat kausal folgenden Vermögensschäden zu ersetzen (§§ 249 ff., 280 Abs. 1, § 823 Abs. 1 BGB) sowie ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen (§ 253 Abs. 2 BGB). Wird die lediglich eigenmächtige Heilbehandlung hingegen als Persönlichkeitsrechtsverletzung begriffen, so hängt der Umfang des Ersatzes der *materiellen* Schäden des Patienten davon ab, inwieweit über den Schutz des Persönlichkeitsrechts auch eine Vermeidung von Körper- und Gesundheitsschäden des Patienten bezweckt ist. Nur bei einer Bejahung ist es möglich, den zwischen der Rechtsgutsverletzung (Persönlichkeitsrechtsverletzung) und dem eingetretenen Schaden (körperliche Beeinträchtigung, Behandlungskosten[295]) notwendigen Rechtswidrigkeitszusammenhang herzustellen. Teilweise wird vertreten, dass dies nicht möglich sei, da dies einen erneuten Rückgriff auf den Körperverletzungstatbestand bedeute.[296] Nach anderer überzeugenderer Ansicht jedoch wird zunächst vorgebracht, dass sich die Ersatzpflicht bei § 823 Abs. 1 BGB nicht notwendigerweise auf dasjenige Rechtsgut beschränken muss, welches verletzt wird; außerdem ist zu bedenken, dass doch die Aufklärung des Patienten über die – körperlichen – Risiken eines Eingriffs gerade bezweckt, ihm die Möglichkeit zu eröffnen, sich im Wege der Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts eben genau für oder gegen die Eingehung dieser – körperlichen – Risiken entscheiden zu können.[297] Ein Zusammenhang zwischen der Persönlichkeitsrechtsverletzung und der dadurch erlittenen körperlichen Nachteile ist durchaus gegeben. Im Hinblick auf den Ersatz der *immateriellen* Schäden ist festzustellen, dass § 253 Abs. 2 BGB lediglich Ersatz nur für die Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der sexuellen Selbstbestimmung gewährt. Einen Anspruch auf Schmerzensgeld für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erhält der Geschädigte nach ständiger Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* hingegen nur bei schwerwiegenden Eingriffen. Anspruchsgrundlage ist in diesem Falle nicht § 253 Abs. 2 BGB i.V.m. der jeweiligen Haftungsnorm, sondern § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG,[298] was jedoch nicht zu einer ungebührlichen Beeinträchtigung der Ersatzansprüche des Patienten führt, da Schmerzensgeld für die Verletzung von Aufklärungspflichten ohnehin nur für grobe Verstöße und Fälle inakzeptabler ärztlicher Eigenmacht gerechtfertigt erscheint.[299]

Ersatzansprüche wegen fehlerhafter Selbstbestimmungsaufklärung können auch bei Vorliegen einer zwingenden Indikation für den medizinischen Eingriffs ausscheiden. Zum einen erscheint das Handeln des Arztes in einem solchen Falle nicht unbedingt als inakzeptabel willkürlich (vgl. oben), zudem kann bei zwingender Indikation auch die haftungsrechtlich

---

[295] Hierzu *BGH* MedR 1/2004, S. 51 ff.

[296] *Laufs*, Arztrecht, Rn. 176.

[297] *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts BT II/2 § 76. II. 1. g. (S. 383 f.); *Hart*, in: FS für Heinrichs, S. 291, 316; unentschlossen *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 124 f.

[298] Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, BT-Drs. 14/7752, S. 24 f.; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 253 Rn. 10.

[299] *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 122 f.; MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 457; MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 748, will jedenfalls in Fällen *zwingender* medizinischer Indikation des Eingriffs das Selbstbestimmungsrecht des Patienten bei fehlender Einwilligung regelmäßig nur leicht tangiert sehen.

erforderliche haftungsbegründende Kausalität ausgeschlossen sein, da bei zwingend indizierten Eingriffen regelmäßig anzunehmen ist, dass der betroffene Patient auch bei fehlerfreier Aufklärung in die Vornahme der angezeigten Behandlung eingewilligt hätte, wovon sich der Tatrichter im Einzelfall allerdings im Wege der persönlichen Anhörung des Patienten zu überzeugen hat.[300] Eine hypothetische Einwilligung des Patienten kommt des weiteren dann in Betracht, wenn im Aufklärungsgespräch auf zahlreiche, ähnlich gravierende Risiken hingewiesen wurde wie auf dasjenige, das sich letztendlich verwirklicht hat.[301]

c. Beweisfragen

Die prozessualen Beweis- und Beweislastregeln ermöglichen dem erkennenden Gericht eine Entscheidung des Rechsstreites in der Sache, auch wenn es ihm nicht gelungen ist, alle tatsächlich getroffenen Behauptungen der Parteien nach seiner Überzeugung zu verifizieren oder zu falsifizieren (*non liquet*). In einem solchen Fall geht der Mangel der Aufklärbarkeit stets zu Lasten derjenigen Partei, die für den betreffenden Umstand die Beweislast trägt.[302] Hierfür wiederum gilt grundsätzlich, dass jede Partei die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnormen trägt, also derjenigen Rechtsnormen, aus der sie Rechtsfolgen herleiten will.[303]

Vor diesem Hintergrund und angesichts der Normen der §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB als Grundlage der vertraglichen und deliktischen Arzthaftung stellt sich die Beweislastverteilung im Arzthaftungsrecht grundsätzlich dergestalt dar, dass den Patienten die Beweislast auf der *Tatbestandsebene* trifft. Er hat die objektive ärztliche Pflichtverletzung und die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden zu beweisen.[304] Der Arzt wiederum hat sich auf der Ebene der *Rechtswidrigkeit* zu entlasten.[305] Hierzu gehört insbesondere, dass er die Einwilligung des Patienten sowie die dieser vorausgegangene ordnungsgemäße Aufklärung des Patienten nachweist.[306]

---

[300] *BGH*, Urteil vom 01.02.2005, MedR 9/2005, S. 527, *OLG Koblenz*, Urteil vom 01.04.2004, MedR 8/2004, S. 501 f. sowie MedR 5/2005, S. 292 f.; ferner *LG Cottbus*, Urteil vom 01.10.2003, MedR 4/2004, S. 231-233; *OLG Dresden*, Urteil vom 23.10.2003, ArztR 9/2004, S. 357; im Falle wahrheitswidriger Aufklärung aber hypothetischer Einwilligung des Patienten bei wahrheitsgemäßer Aufklärung entfällt zudem mitunter die Strafbarkeit des Arztes, *BGH*, Beschluss vom 15.10.2003, ArztR 11/2004, S. 412.

[301] *OLG Koblenz*, Urteil vom 01.04.2004, ArztR 5/2005.

[302] *BGH*, NJW 1973, S. 2207, 2208.

[303] *BGHZ* 53, 245, 250; 101, 172, 179; 113, 222, 224 f.; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 418 f.; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 107 Rn. 1.

[304] MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 406; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 492; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 107 Rn. 1; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 420 f., 493 f.; vgl. auch *Spickhoff*, NJW 2001, S. 1757, 1763 f.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 135.

[305] Zur Frage des verhaltens- oder erfolgsbezogenen Ansatzes der Rechtswidrigkeit Palandt-*Sprau*, BGB, § 823 Rn. 24 f.

[306] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 403 f.

Für die Beweislastverteilung auf der Ebene des Vertretenmüssens oder *Verschuldens* ist mit der Schuldrechtsreform vom 01. Januar 2002 nach dem Gesetzeswortlaut nunmehr in prozessualer Hinsicht eine Spaltung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung eingetreten:[307] Deliktisch gilt, dass der Nachweis des Verschuldens des Arztes grundsätzlich dem Patienten obliegt; in der vertraglichen Arzthaftung hingegen besteht nunmehr nach dem Wortlaut des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB eine Verschuldensvermutung des Arztes für sein Vertretenmüssen, so dass dieser sich beweisrechtlich zu entlasten hat.[308]

Zunächst ist allerdings fraglich, ob der neue § 280 Abs. 1 S. 2 BGB im Arzthaftungsrecht überhaupt Anwendung finden kann, da der *Bundesgerichtshof* in seiner Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht die frühere Vorschrift des § 282 BGB a.F., welche wie § 280 Abs. 1 S. 2 BGB n.F. eine Vermutung für das Vertretenmüssen des Schuldners bestimmte – ihrem Wortlaut nach allerdings lediglich im Bereich der Haftung wegen Unmöglichkeit –, in „gewöhnlichen" Arzthaftungsfällen nicht (entsprechend) herangezogen hat.[309]

Bisweilen wird aufgrund dieser früheren Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofes* daher die Auffassung vertreten, dass auch im aktuellen Arzthaftungsrecht kein Platz für eine Vermutung des Vertretenmüssens des Arztes bei einer Pflichtverletzung sei und die Anwendung des neuen § 280 Abs. 1 S. 2 BGB im Arzthaftungsrecht daher unterbleiben müsse.[310] Hiergegen ist jedoch anzuführen, dass der Wortlaut des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB eindeutig ist und keinen Platz für eine Nichtanwendbarkeit der Norm im Arzthaftungsrecht lässt. Zudem wusste der Gesetzgeber bei der Schaffung der Norm des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB auch um die vorliegende Problematik einer Vermutung des Vertretenmüssens im Arzthaftungsrecht,[311] was ihn allerdings nicht davon abhielt, die Vorschrift in ihrer jetzigen Form zu erlassen. Wollte man nun die Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB im vertraglichen Arzthaftungsrecht verneinen, so hieße das, sich gegen den Wortlaut der Norm und in Widerspruch zur Entstehungsgeschichte der Norm zu stellen, was m. E. schwerlich vertretbar ist. Daher ist im Ergebnis von einer Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB im Arzthaftungsrecht auszugehen.

Fraglich ist allerdings dann, was Gegenstand des zu vermutenden Vertretenmüssens im Sinne des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB ist. Vorzugswürdig erscheint, diese Frage vor dem Hinter-

---

[307] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 133 ff.

[308] *Katzenmeier*, VersR 2002, S. 1066, 1069, *ders.*, Arzthaftung, S. 420 f., 493 f.; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 280 Rn. 42; Palandt-*Sprau*, BGB, § 823 Rn. 164, m.w.N.; vgl. auch *Spickhoff*, NJW 2002, S. 2530, 2533.

[309] *BGH*, NJW 1980, S. 1333; 1981, S. 2002, 2004; 1999, 860, 861; vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 137.

[310] So MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 729, der die Befürchtung äußert, dass ansonsten die Abgrenzung von Arztvertrag (Dienstvertrag) und Werkvertrag verwässert würde.

[311] So wurde diese Frage in Deutschland bereits im Zusammenhang mit der damaligen geplanten Einführung einer Richtlinie zur Dienstleistungshaftung in 1990 diskutiert; zur erneuten Vorbereitung einer Richtlinie zur Dienstleistungshaftung die Kommissionsstudie von *Micklitz/Magnus*, Comparative Analysis of National Liability Systems for Remedying Damage Caused by Defective Consumer Service.

grund desjenigen Gedankens zu erörtern, der oftmals gesetzlichen oder richterrechtlichen Beweiserleichterungen zu Grunde liegt: Beweiserleichterungen sollen den Anspruchsteller im Prozess generell davor bewahren, hinsichtlich seiner Rechtsposition nachteilige Folgen zu erleiden, weil er bestimmte Umstände, deren Beherrschung in der Sphäre des vermeintlichen Schuldners liegen, nicht oder nur schwerlich einsehen, erfassen und beweisen kann. Dem medizinisch geschulten Arzt obliegen im Arzt-Patienten-Verhältnis die (richtige) Diagnose und Therapie, mithin also das Erkennen der Krankheit des Patienten und deren angemessene, dem jeweiligen medizinischen Standard entsprechende Behandlung. Um die Möglichkeit zur Erfüllung dieser Pflicht und zur Erkennbarkeit des jeweils „einschlägigen" medizinischen Standards im konkreten Behandlungsfall weiß einzig der Arzt, dem Patienten bleibt das konkrete (Be-)Handlungsvermögen des Arztes hingegen verschlossen. Insofern erscheint es interessengerecht, dem Arzt im Rahmen der vertraglichen Arzthaftung auch die Pflicht aufzuerlegen, sich bei Vorliegen eines „objektiven" oder „äußeren" Behandlungsfehlers entsprechend zu entlasten und darzulegen, dass ihm in der konkreten Situation das Erkennen der vom medizinischen Standard geforderten Behandlung nicht möglich war.[312]

Noch zweifelhaft ist nun, wie sich die neue Vorschrift des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB in der arzthaftungsrechtlichen Praxis vor den Zivilgerichten auswirken wird. Grundsätzlich möglich erscheint es, dass der aus der neuen Vorschrift folgende – möglicherweise auch nur geringe – Unterschied zwischen deliktischer und vertraglicher Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess zu einer Verlagerung des Schwerpunktes der Arzthaftung in das Vertragsrecht führt.[313] Allerdings stehen dem wiederum möglicherweise die bisherigen Fakten der arzthaftungsrechtlichen Rechtsprechung entgegen: So wird verlautbart, dass in der Rechtsprechung bisher der Fall praktisch nicht vorgekommen sei, dass ein Gericht, welches einen Behandlungsfehler des Arztes festgestellt hat, ein Verschulden des Arztes als nicht bewiesen ablehnte;[314] faktisch – nicht rechtlich – besteht in der Kasuistik mithin ein Gleichlauf zwischen Pflichtverletzung und Verschulden, so dass anzunehmen ist, dass die neue Regelung des § 280 Abs. 1 BGB in der Praxis keine merkliche Änderung im Arzthaftungsrecht bringen wird und ihre Bedeutung in diesem Zusammenhang gering bleiben wird.[315]

Der Nachweis einer *Pflichtverletzung* und der *haftungsbegründenden Kausalität* stellt sich für den Patienten vielfach als sehr schwierig bis unmöglich dar und bringt ihn oft in Beweisnot, da es ihm typischerweise nicht immer möglich ist, den einzelnen Behandlungsschritten des Arztes fachlich zu folgen, Pflichtwidrigkeiten als solche zu erkennen und sich – zumal

---

[312] So überzeugend und sich ausführlich auch mit anderen Ansichten auseinandersetzend *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 135 ff., 137, m.w.N.; ferner bereits *Spickhoff*, NJW 2003, S. 1701, 1705, mit Kritik an dem weitläufig undifferenzierten Verständnis des § 280 Abs.1 S. 2 BGB; weiterhin *ders.*, NJW 2001, S. 1757, 1759; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 493.

[313] *Spickhoff*, NJW 2002, S. 2530, 2532; Palandt-*Sprau*, BGB, § 823 Rn. 134.

[314] Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 280 Rn. 42; vgl. auch *Bäune/Dahm*, MedR 12/2004, S. 645, 653.

[315] Für eine Beibehaltung des Gleichlaufs zwischen vertraglicher und deliktischer Arzthaftung auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 138.

unter Narkose – um die Beweissicherung zu kümmern. Angesichts dieser prozessualen Nachteile des Patienten gegenüber der überlegenen Position des Arztes hat das *Bundesverfassungsgericht* in seinem Beschluss zur Beweislastverteilung im Arzthaftungsrecht den Gerichten aufgegeben, in ihrer Rechtsprechung stets für eine faire und zumutbare Handhabung des Beweisrechts zu sorgen und in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die regelmäßige Beweislastverteilung für den Patienten nicht unzumutbar erscheint.[316] Aus diesen verfassungsgerichtlichen Vorgaben haben sich für den Arzthaftungsprozess im Laufe der Zeit feste Strukturen von Beweiserleichterungen bis hin zu einer Beweislastumkehr herausgebildet, welche folgendermaßen zu skizzieren sind: Zunächst dürfen an die Substantiierung und Schlüssigkeit des Patientenvorbringens keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden. So genügt er seiner Darlegungslast, wenn er vom Behandlungsmisserfolg auf einen Arztfehler schließt, diesen tatbestandlich behauptet und den Beweis im Wege eines Sachverständigengutachtens antritt. Ein solches Vorgehen darf vom Gericht nicht als unsubstantiiert zurückgewiesen werden.[317] Weiterhin trifft den Arzt die Pflicht, das Behandlungsgeschehen in den Krankenunterlagen verständlich und vollständig zu dokumentieren und dem Patienten zur Unterstützung seiner Beweisführung hierein vorprozessuale Einsicht zu gewähren. Lückenhafte und unzulängliche Dokumentationen, die im Prozess die Beweisführung zum Nachteil des Patienten erschweren, können zu Beweiserleichterungen des Patienten führen; so indiziert etwa die Nichtdokumentation einer beweiserheblichen Maßnahme ihr Unterbleiben.[318] Neben der Beweiserleichterung wegen Dokumentationsmängeln bestehen nach ständiger Rechtsprechung noch weitere Fallgruppen, die eine Beweiserleichterung des Patienten bewirken. So besteht die Möglichkeit, in bestimmten, typischen Fällen von der Art der Schädigung des Patienten im Wege eines *Anscheinsbeweises* direkt auf das Vorliegen einer bestimmten ärztliche Pflichtverletzung zu schließen, etwa bei einer Infizierung mit HIV nach einer Bluttransfusion von einem an AIDS erkrankten Spender;[319] weiterhin wird – auch in der deliktischen Arzthaftung – entgegen der dort gültigen allgemeinen Beweisregel (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB) ein Verschulden des Arztes vermutet, sofern die Schädigung des Patienten aus einem vom Arzt bzw. Klinikträger *voll beherrschbaren Risikobereich* herrührt, z.B. bei einer unsterilen Injektion[320] oder einem Lagerungsschaden während der Operation.[321] Liegt ein festgestellter grober bzw. *schwerer Behandlungsfehler* vor, also ein nicht mehr verantwortbares ärztliches Verhalten,[322] so kann dies hinsichtlich der Schädigung des Patienten zu einer

---

316 *BVerfGE* 52, 131, 145 ff.

317 *BGH*, ArztR 7/2005, *S. 192; OLG München*, MDR 1979, S. 1030 f.; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 107 Rn. 11.

318 *Müller*, NJW 1997, S. 3049, 3054; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 465 ff., 498; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 107 Rn. 12; § 111 Rnrn. 4 ff.

319 *BGH*, NJW 1991, S. 1948 ff.; vgl. *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 496 ff.; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 108 Rnrn. 1 ff.

320 *BGH*, NJW 1982, S. 699.

321 *BGH*, NJW 1984, 1403; weitere Fälle bei *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 500 ff.; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 109 Rnrn. 6 ff.

322 Z.B. *OLG Koblenz*, NJW 1996, S. 1600 f. (Krebsvorsorgeuntersuchung per Wünschelrute – Hinwegsetzen über Diagnosemethoden der Schulmedizin); *OLG Hamm*, VersR 1979, S. 826 (Unterlassen einer Augenin-

Kausalitätsvermutung führen.[323] Das Abweichen von medizinischen Leitlinien ist hingegen nicht zwingend als grober Behandlungsfehler anzusehen.[324] Weitere Beweiserleichterungen ergeben sich bei der Nichterhebung oder Nichtsicherung medizinisch gebotener Kontrollbefunde[325] oder bei der Schadensschätzung.[326] Eine Beweislastumkehr wird angenommen bei einer vorsätzlichen oder auch fahrlässigen Beweisvereitelung durch den Arzt, etwa wenn er einen Gegenstand vernichtet oder vernichten lässt, welcher erkennbar als ein Beweismittel in Betracht kommt.[327]

Die Tatsache, dass sich der Umfang der Behandlungsfehlerhaftung von der Aufklärungsfehlerhaftung nicht unterscheidet, wohl aber die Beweislast für den Patienten im Rahmen der Aufklärungsfehlerhaftung günstiger erscheint als im Rahmen der Behandlungsfehlerhaftung, hat dazu geführt, dass die Klagen in zahlreichen Arzthaftungsprozessen nicht nur auf Behandlungsfehler, sondern auch auf eine mangelhafte Aufklärung des Patienten gestützt wurden. Dies ist prozesstaktisch insofern von Vorteil, als dass dem Patienten für den Fall, dass ihm der Nachweis eines Behandlungsfehlers nicht gelingt, immer noch als eine Art Auffangtatbestand der behauptete Aufklärungsfehler zur Seite steht, den zu entkräften beweistechnisch dann dem Arzt obliegt.[328] Gelingt dem Arzt dies nicht und sind ihm tatsächlich Aufklärungsfehler vorzuwerfen, so liegt es nun an ihm, Beweis zu führen, dass der Patient sich auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung gegen den – indizierten und *lege artis* durchgeführten – Eingriff entschieden hätte, womit er den Zurechnungszusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden in Frage stellt. Um dieses Vorgehen des Arztes zu entkräften – zugleich aber auch, um die Möglichkeiten des Missbrauchs des Aufklärungsfehlertatbestandes durch den Patienten einzudämmen – verlangen die Gerichte vom Patienten, dass er in den Fällen, in denen die Ablehnung des Eingriffs medizinisch unvernünftig gewesen wäre oder bei einer

---

nendruckmessung bei älterem Patienten zur Früherkennung von grünem Star); *OLG Hamm*, VersR 1994, S. 730 (Arzt verlässt trotz Anzeichen einer baldigen Entbindung den Kreißsaal zur Mittagspause zu Hause).

[323] *BGH*, Urteil vom 16.11.2004, MedR 4/2005, S. 226 ff.; Urteil vom 27.04.2004, MedR 10/2004 S. 561 ff. = ArztR 3/2005, S. 68; weiterhin *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 515 ff.; *Müller*, NJW 1997, S. 3049, 3052 f.; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 110; zu den einzelnen Fallgruppen der Beweiserleichterungen vgl. allgemein auch *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 423 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 384 ff.; MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 732 ff.; *Krämer*, in: *AG RAe im MedR* (Hrsg.), „Waffen-Gleichheit" – Das Recht in der Arzthaftung, S. 31 ff.

[324] *OLG Hamm*, VersR 2000, 1373 f.; *BGH*, ArztR 5/2003, S. 135 f.; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 543a.

[325] *BGH*, Urteil vom 23.03.2004, MedR 10/2004, S. 559 ff.; *Müller*, NJW 1997, S. 3049, 3053; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 551 ff.

[326] Zu den einzelnen Fallgruppen der Beweiserleichterungen vgl. allgemein auch *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 423 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 384 ff.; MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 408 ff.; *Krämer*, in: *AG RAe im MedR* (Hrsg.), „Waffen-Gleichheit" – Das Recht in der Arzthaftung, S. 31 ff.

[327] *BGH*, VersR 1955, S. 344; *OLG Frankfurt*, NJW 1980, S. 2758; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 107, Rn. 12; MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 416; eine Vernichtung von Behandlungsunterlagen nach Ablauf der standesrechtlich geregelten Aufbewahrungspflicht von 10 Jahren hingegen führt nicht zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des Arztes, *OLG Karlsruhe*, Urteil vom 11.02.2004, ArztR 12/2004, S. 438.

[328] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 403; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 107, Rn.

6.

Nichtbehandlung gleichartige Risiken und ein höheres Komplikationsrisiko bestanden hätte, plausible Gründe dafür darlegt, dass er auch bei einer erfolgten Aufklärung in einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte, ob er in die Behandlung einwilligt oder nicht. Allerdings dürfen die Anforderungen an den Patienten auch diesbezüglich nicht überspannt werden.[329] Für den Arzt empfiehlt es sich allerdings in jedem Fall, sowohl die Aufklärung und die Einwilligung, als auch die Nichterteilung einer Einwilligung des Patienten sorgsam zu dokumentieren.[330]

d. Dokumentationspflicht und Recht auf Einsicht in die Unterlagen

Den behandelnden Arzt trifft vertraglich wie deliktisch und auch standesrechtlich die Pflicht, alle für die Behandlung des Patienten wichtigen medizinischen Umstände sorgsam und für einen Fachmann verständlich zu dokumentieren und anschließend wie die sonstigen Krankenunterlagen aufzubewahren.[331] Die *Dokumentationspflicht* des Arztes dient vorwiegend therapeutischen Belangen; sie soll sicherstellen, dass sich der behandelnde Arzt jederzeit einen schnellen Überblick über das Behandlungsgeschehen und den Stand der Behandlung verschaffen kann und bei einem Wechsel des Arztes keine behandlungsrelevanten Informationen verloren gehen. Dementsprechend werden von der Dokumentationspflicht sämtliche für die Behandlung relevanten Umstände umfasst, so die wichtigsten diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen (Untersuchungen, Befunde, Medikation etc.) und auch die einzelnen Stationen des Behandlungsablaufes (Aufklärung, Narkoseprotokoll, OP-Bericht etc.).[332] Im Arzthaftungsprozess erlangt die medizinische Dokumentation insofern Bedeutung, als dass sie dem Patienten häufig als wichtigstes Beweismittel zum Nachweis einer ärztlichen Pflichtverletzung dient.[333] Hieraus kann der Patient allerdings keine Rechte hinsichtlich des Inhalts der Dokumentation ableiten; dieser richtet sich allein nach medizinischen Gesichtspunkten und nicht hinsichtlich eines etwaigen prozessualen Nutzen.[334]

Rechtlich ist die Dokumentationsaufgabe des Arztes als echte Nebenpflicht aus dem Be-

---

[329] *BGH*, NJW 1994, S. 2414 f.; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 236 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rnrn. 258 ff., 404; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 440 ff., m.w.N.

[330] *Bruns*, ArztR 10/2001, S. 256 ff; .

[331] Vgl. § 10 MBO.

[332] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 455 ff.; *Uhlenbruck/Schlund*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 59 Rnrn. 5 ff.; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 111 Rnrn. 1 ff, m.w.N.

[333] Prozessual von Bedeutung sind im Hinblick auf die Krankenunterlagen nach der Reform der ZPO zum 01.01.2002 nunmehr auch die neu eingeführten § 142 Abs. 1 S. 1, § 144 Abs. 1 S. 2 ZPO, welche dem Gericht die Möglichkeit eröffnen, die Vorlage der Krankenunterlagen des Patienten zum Zwecke der sachverständigen Begutachtung anzuordnen; sofern sich die Unterlagen im Besitz des behandelnden Arztes bzw. Krankenhauses befinden, sind diese allerdings wegen des ärztlichen Zeugnisverweigerungsrechts aus § 383 Abs. 1 Nr. 6, § 385 Abs. 2 ZPO nur bei Befreiung der behandelnden Ärzte von ihrer Schweigepflicht zur Vorlage verpflichtet, § 142 Abs. 2 ZPO.

[334] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 457.

handlungsvertrag einzuordnen; sie dient nicht nur als „Gedächtnisstütze“ des Arztes zur Erbringung einer ordnungsgemäßen Handlung, was ihr den Charakter einer Obliegenheit zukommen ließe, sondern fungiert zugleich als Absicherung der Behandlung und dient somit direkt der körperlichen Integrität und Gesundheit des Patienten. Auch hat der Patient – und auch die hinter ihm stehende Krankenversicherung als Kostenträger – ein begründetes Interesse daran, dass der Arzt ihm gegenüber Rechenschaft über die erbrachten vertraglichen Leistungen ablegt.[335] Standesrechtlich ergibt sich die Dokumentationspflicht aus § 10 MBO.

Die Dokumentationspflicht steht in engem Zusammenhang mit dem Recht des Patienten, sich *Einsicht in die bestehenden Krankenunterlagen* und die ärztliche Dokumentation zu verschaffen.[336] Dokumentationspflicht und Einsichtsrecht des Patienten stehen in einem engen, korrespondierenden Zusammenhang, die eine wäre ohne das andere in weiten Teilen ihrer Funktion beraubt und andersherum. Der Anspruch des Patienten auf Einsicht in die Krankenunterlagen ergibt sich wie die Dokumentationspflicht des Arztes aus einer Nebenpflicht des Behandlungsvertrages, darüber kann er aber auch aus § 810 BGB,[337] §§ 256, 260 BGB analog[338] oder aus datenschutzrechtlichen Auskunftsansprüchen hergeleitet werden, beispielsweise § 9 Abs. 1 GDSG NRW.[339] Deliktisch ist der Anspruch vor allem aus dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Patienten herzuleiten, da dieser ein Interesse daran hat zu erfahren, wie im Einzelnen seine Behandlung verlaufen ist und wie mit ihm medizinisch verfahren wurde;[340] der enge Zusammenhang zwischen Einsichtsrecht des Patienten und Dokumentationspflicht des Arztes wiederum erlaubt es, auch die Dokumentationspflicht unter Persönlichkeitsaspekten zu begreifen.[341]

Mängel in der Dokumentation und Verstöße gegen die Dokumentationspflicht als solche sind in der Regel kein eigener Anknüpfungspunkt für Haftungsansprüche des Patienten;[342] wenn Dokumentationslücken oder -fehler jedoch zu einer Fehlinformation des behandelnden Arztes über den Gesundheitszustand des Patienten und den Stand der Behandlung führen und der Arzt daraufhin unsachgemäße medizinische Maßnahmen einleitet oder bereits erbrachte

---

335 *Uhlenbruck/Schlund*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 59 Rn. 6.

336 Zum Umfang des Einsichtsrechts vgl. im Einzelnen *Uhlenbruck/Schlund*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 60 Rnrn. 4 ff.; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 47 ff.

337 *Uhlenbruck/Schlund*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 60 Rn. 1; *Peter*, Das Recht auf Einsicht in die Krankenunterlagen, S. 131; Palandt-*Sprau*, BGB, § 810 Rn. 5; *Stellpflug*, in: *AG RAe im MedR* (Hrsg.), „Waffen-Geichheit“ – Das Recht in der Arzthaftung, S. 61 f.

338 *Uhlenbruck/Schlund*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 60 Rn. 4.

339 Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten im Gesundheitswesen (Gesundheitsdatenschutzgesetz – GDSG NRW) vom 22. Februar 1994 (GV NRW 1994, S. 84); vgl. auch *Stellpflug*, in: *AG RAe im MedR* (Hrsg.), „Waffen-Geichheit“ – Das Recht in der Arzthaftung, S. 61 f., der sich allerdings auf die allgemeineren §§ 19, 34 BDSG bezieht.

340 Grundlegend *BGHZ* 85, 327; 85, 339 = *BGH* NJW 1983, S. 328; *Uhlenbruck/Schlund*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 60 Rn. 4.

341 *Uhlenbruck/Schlund*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 60 Rn. 3; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 456.

342 *BGH*, NJW 1988, S. 2949; *Müller*, NJW 1997, S. 3049, 3054; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 46; MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 741.

Maßnahmen wiederholt, sind die Dokumentationsmängel als Behandlungsfehler einzustufen und begründen eine entsprechende Haftung.[343] Ansonsten führen sie jedoch vertraglich, deliktisch und datenschutzrechtlich (vgl. z.B. § 8 GDSG NRW, §§ 20, 35 BDSG) zu Ansprüchen auf Löschung der fehlerhaften Angaben und auf Berichtigung der Krankenunterlagen[344] und im Prozess zu Beweiserleichterungen für den Patienten. Strafrechtlich können sie unter dem Gesichtspunkt der Urkundenfälschung (§ 267 StGB) Relevanz erlangen.[345]

Neben der Therapiesicherung, der Rechenschaftspflicht und dem Persönlichkeitsrecht trat mit Einführung des DRG-Systems als prägender Gesichtspunkt der medizinischen Dokumentation noch ihre finanzielle Bedeutung im Rahmen des DRG-Abrechnungssystems hinzu. Nur ein vollständig und fehlerfrei dokumentierter und kodierter Behandlungsfall bietet die Gewähr dafür, dass er in die seinem Kostenaufwand entsprechende Fallgruppe eingeordnet und vergütet wird. Nachlässigkeiten in der Dokumentation können hingegen zu einer falschen Einstufung des Behandlungsfalles und hierdurch zu finanziellen Verlusten der Klinik führen.[346] Die allgemein angenommene Verbesserung der Dokumentationsqualität in den Krankenhäusern wird wahrscheinlich zu einem Rückgang von Dokumentationsfehlern führen, was sowohl den Ärzten als auch den Patienten sowohl in medizinischer als auch in juristischer (prozessualer) Hinsicht nützen wird. Weitere Chancen liegen auch in der fortschreitenden Nutzung der EDV bei der Erfassung („Handheld-Computer“), Dokumentation und Verarbeitung der medizinischen Patientendaten („elektronische Patientenakte“) und der hierdurch möglichen Optimierung des Kommunikationsmanagements im Krankenhaus.[347]

III. Die Haftung des Krankenhausträgers

Die vertragliche und deliktische Haftung des Klinikträgers als zumeist juristischer Person ist zweigeteilt. Zum einen beruht sie auf seinem Einstehenmüssen für die Pflichtverletzungen seiner Erfüllungsgehilfen, Verrichtungsgehilfen, Organe und organgleichen Funktionsträger, also grundsätzlich des gesamten Klinikpersonals, zum anderen gründet sie sich auch in der Verantwortlichkeit für die Verletzung eigener, nur ihm obliegender Pflichten bei der Krankenhausorganisation (Organisationsverschulden).

---

[343] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 462 ff.
[344] *Uhlenbruck/Schlund*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 60 Rn. 15.
[345] *OLG Koblenz*, NJW 1995, S. 1634 = MedR 1/1995, S. 29; *Uhlenbruck/Schlund*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 59 Rn. 6; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 111 Rn. 7.
[346] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. a. bb. (6).
[347] *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 111 Rn. 9, der zugleich auf die Notwendigkeit des Datenschutzes hinweist.

1. Haftung für Pflichtverletzungen des Klinikpersonals

a. Haftung für Erfüllungsgehilfen

Die vertragliche Haftung für Pflichtverletzungen des ärztlichen und nichtärztlichen Personals richtet sich nach § 278 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB. Demnach hat sich der Krankenhausträger die schuldhaften Pflichtverletzungen derjenigen Personen zurechnen zu lassen, derer er sich zur Erfüllung seiner mit dem Krankenhausaufnahmevertrag begründeten Verbindlichkeiten bedient.[348] Ein Ausschluss der Haftung für die Pflichtverletzungen der Erfüllungsgehilfen kommt nur bei vorsätzlichem Fehlverhalten in Frage (§ 278 S. 2, § 276 Abs. 3 BGB), in Formularverträgen und Allgemeinen Krankenhausaufnahmebedingungen sind allerdings die Grenzen des § 309 Nr. 7 BGB zu beachten, wonach insbesondere eine Begrenzung oder ein Ausschluss der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, die auf fahrlässigen Pflichtverletzungen beruhen, unwirksam sind.[349]

Sofern der Krankenhausträger vertraglich umfänglich zur Leistungserbringung verpflichtet ist, also in den Fällen des totalen Krankenhausaufnahmevertrages und des totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag,[350] ist das gesamte ärztliche und nichtärztliche Personal des Krankenhauses als Erfüllungsgehilfe des Krankenhauses anzusehen, unbeachtlich seines Anstellungsverhältnisses; erfasst werden Angestellte genauso wie Beamte, auch ein hinzugezogener klinikfremder Konsiliararzt kann Erfüllungsgehilfe der Klinik sein.[351]

Sofern jedoch ein gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag gegeben ist, welcher im Bereich der wahlärztlichen Leistungen eine alleinige vertragliche Verpflichtung des Chefarztes und nicht des Krankenhausträgers vorsieht,[352] kann es bei Pflichtverletzungen des nachgeordneten ärztlichen und nichtärztlichen Personals fraglich sein, ob es als Erfüllungsgehilfe des Chefarztes oder des Krankenhausträgers anzusehen sind. Hier gelten die bereits an anderer Stelle aufgezeigten Grundsätze:[353] Nichtärztliches Personal ist stets als Erfüllungsgehilfe des Krankenhausträgers anzusehen, nachgeordnetes ärztliches Personal nur, sofern Zweifel an eine Zuordnung zum Pflichtenkreis des Chefarztes bestehen; für die Abgrenzung der Pflichtenkreise von Chefarzt und Klinikträger kann grundsätzlich auf die Beschreibung der Tätigkeiten des Belegarztes Rückgriff genommen werden.

---

[348] *Steffen*, MedR 2/2006, S. 75, 78 f.; ob das tätig gewordene Personal beim Geschäftsherrn angestellt ist oder nicht, ist für die Eigenschaft des Erfüllungsgehilfen i.Ü. irrelevant; so konnte ein bei einer Universität angestellter AiP Erfüllungsgehilfe eines kommunalen Krankenhausträgers sein, *OLG Schleswig*, Urteil vom 18.06.2004, ArztR 7/2005, S. 192 f.

[349] Vgl. oben Kap. 4. B. III.

[350] Vgl. oben Kap. 4. B. II. 1., 2.

[351] *OLG Stuttgart*, VersR 1992, 55; *Brandenburgisches OLG*, ArztR 7/2004, S. 292 f.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 313.

[352] Vgl. oben Kap. 4. B. II. 3.

[353] Vgl. oben Kap. 4. B. II. 3.

Der Haftungsumfang des Krankenhausträgers umfasst bei der vertraglichen Haftung für die Pflichtverletzungen seiner Erfüllungsgehilfen zunächst den Ersatz der materiellen Schäden; seit Inkrafttreten des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes zum 01. August 2002 und der damit einhergehenden neuen Regelung des § 253 Abs. 2 BGB ist der Krankenhausträger jedoch vertraglich auch zur Leistung von Schmerzensgeld für erlittene immaterielle Schäden verpflichtet. Da es nunmehr für den Schmerzensgeldanspruch des Patienten gegen den Krankenhausträger nicht mehr – wie zuvor – auf das Vorliegen einer Verantwortlichkeit nach § 831 BGB ankommt, ist dem Krankenhausträger die zur Vermeidung von Schmerzensgeldzahlungen wichtige Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB abgeschnitten, was grundsätzlich zu einer Ausweitung der Ansprüche auf Schmerzensgeld führt.[354]

b. Haftung für Verrichtungsgehilfen

Bei der Haftung des Krankenhausträgers für Verrichtungsgehilfen geht es anders als bei der Haftung für Erfüllungsgehilfen nicht um die Zurechnung fremden Verschuldens, sondern um ein Einstehenmüssen des Krankenhausträgers für die rechtswidrigen Handlungen von Dritten bei eigenem Verschulden. Da der Klinikträger zumeist eine juristische Person ist und demzufolge selbst nicht handlungsfähig ist, kommt es für die Feststellung des Auswahl- und Kontrollverschuldens des Klinikträgers (§ 831 Abs. 1 S. 2 BGB) maßgeblich auf das Verhalten seiner Organe und organgleichen Funktionsträger an. Hierdurch werden allerdings diese selbst nicht zu Geschäftsherren, sondern diese Position verbleibt dem Krankenhausträger. Handelt es sich bei dem Krankenhaus um eine Universitätsklinik, so ist als Geschäftsherr im Sinne des § 831 BGB stets die als eigenständige Körperschaft organisierte Universität anzusehen, nicht jedoch das Land.

Als Verrichtungsgehilfe des Klinikträgers kommt das gesamte ärztliche und nichtärztliche Personal des Klinikträgers in Frage, sofern es gegenüber dem Klinikträger weisungsgebunden ist. Ausgeschlossen sind also der Klinikvorstand, welcher als Organ des Krankenhausträgers Weisungsgeber, nicht aber -adressat ist, ebenso die weisungsunabhängigen Chefärzte (leitende Ärzte) und die Oberärzte, sofern sie in Vertretung des Chefarztes handeln. Weiterhin nicht als Verrichtungsgehilfen anzusehen sind Belegärzte,[355] Beleghebammen und Konsiliarärzte.[356] Bei einer Aufspaltung der Pflichtenkreise zwischen Krankenhausträger und behandelndem Chef- oder Belegarzt aufgrund eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages[357] ist bei einer Pflichtverletzung nachgeordneten Krankenhauspersonals festzustellen, ob es als

---

[354] *Wagner*, NJW 2002, S. 2049, 2056.
[355] *OLG Koblenz*, NJW 1990, S. 1534 ff.
[356] *OLG Oldenburg*, VersR 1989, S. 1300; *OLG Stuttgart*, VersR 1992, S. 55; *BGHZ* 129, 6; Palandt-*Sprau*, BGB, § 831 Rn. 8.
[357] Vgl. oben Kap. 4. B. II. 3

Verrichtungsgehilfe des Krankenhausträgers oder aber des Arztes anzusehen ist. Heranzuziehen sind hier die gleichen Grundsätze, die auch im Rahmen der Zurechnung von Verschulden nach § 278 BGB anzuwenden sind.[358] Die nichtärztlichen Krankenhausmitarbeiter sind immer – auch wenn dem Belegart ihnen gegenüber vertraglich eine Weisungsbefugnis eingerichtet sein sollte – auch Verrichtungsgehilfen des Krankenhausträgers,[359] nachgeordnete Krankenhausärzte sind dann als Verrichtungsgehilfen des Chefarztes bzw. des Belegarztes anzusehen, wenn sie weisungsgebunden in deren Pflichtenkreis tätig werden. Da sich die Weisungsbefugnis der Ärzte grundsätzlich nur auf ihr spezielles Fachgebiet bezieht, sind die nachgeordneten Ärzte nach richtiger Ansicht dann nicht als Verrichtungsgehilfen der weisungsbefugten Ärzte anzusehen, wenn sich ihre fehlerhafte Handlung nicht speziell dem Fachgebiet des jeweiligen Chef- oder Belegarztes zuzuorden ist. In diesem Fall sind die nachgeordneten Ärzte als Verrichtungsgehilfen des Krankenhausträgers anzusehen.[360]

Eine Haftung des Krankenhausträgers für die schädigenden Handlungen seiner Verrichtungsgehilfen entfällt nach der Exculpationsklausel des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB, wenn der Krankenhausträger nachweisen kann, dass er die Person des Verrichtungsgehilfen bei der Betrauung mit der Verrichtung verantwortungsvoll ausgesucht und diesen bei der Ausführung der Verrichtung ordnungsgemäß überwacht hat. Bei Großbetrieben wie Krankenhäusern mit hierarchischen Personal- und Aufsichtsstrukturen, in denen es dem Geschäftsherrn faktisch nicht möglich ist, die Arbeit all seiner Verrichtungsgehilfen sorgsam zu überwachen, kann er die Überwachung nachgeordneter Verrichtungsgehilfen auf höherrangigeres Personal übertragen. Seiner Überwachungspflicht genügt er dann, wenn er seinerseits die höherrangigen Verrichtungsgehilfen sorgsam auswählt und kontrolliert, sog. dezentralisierter Entlastungsbeweis.[361] Die Rechtsprechung stellt an die Führung des Entlastungsbeweises im Arzthaftungsrecht angesichts der Verantwortung für Leib und Leben der Patienten hohe Anforderungen. Der Geschäftsherr muss bei der Auswahl der Verrichtungsgehilfen und der Zuteilung von Verantwortungsbereichen äußerste Sorgfalt walten lassen; nur wenn er überzeugt ist, dass der von ihm ausgewählte Verrichtungsgehilfe den an ihn gestellten Anforderungen in jedem Fall – auch charakterlich – gerecht wird, darf er ihn mit einer Aufgabe betrauen;[362] darüber hinaus muss er stets für dessen funktionierende Überwachung sorgen.[363] Im Ergebnis wird der Entlastungsbeweis so gut wie nie gelingen dürfen.[364]

---

[358] Vgl. oben Kap. 4. B. II. 3.

[359] Vgl. *OLG Koblenz*, NJW 1990, S. 1534, 1535; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 59.

[360] *OLG Düsseldorf*, MedR 6/1993, S. 233; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 60; offengelassen von *OLG Koblenz*, NJW 1990, S. 1534, 1535; a.A. *Schmid*, Die Passivlegitimation im Arzthaftungsprozess, S. 164.

[361] Palandt-*Sprau*, BGB, § 831 Rn. 15; krit. *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 323.

[362] Vgl. *BGH*, VersR 1978, 542 („Dammschnitt"-Urteil); vgl. *OLG Frankfurt*, VersR 1992, S. 578, 580.

[363] Vgl. *BGH*, NJW 1993, S. 2989 (Aufsichtspflicht über einen in Weiterbildung stehenden Assistenzarzt); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 314.

[364] *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 60.

Hinsichtlich der Beweisführung wird dem Patienten im Rahmen des § 831 BGB eine gewisse Erleichterung zugestanden. Für den Fall, dass sich im Nachhinein nicht mehr ermitteln lässt, welchem von mehreren in Frage kommenden Verrichtungsgehilfen des Krankenhauses die rechtswidrige Pflichtverletzung anzulasten ist, genügt es, wenn er lediglich die widerrechtliche Schadenszufügung durch (irgend)einen Verrichtungsgehilfen beweist; eine konkrete Identifizierung des Verrichtungsgehilfen ist nicht erforderlich. Vielmehr liegt es dann am Krankenhausträger, Beweis zu führen, dass der Fehler nicht auf einem ihm zurechenbaren Organisations- oder Personalverschulden beruht.[365] Er hat beweistechnisch darzulegen, wer genau als Verrichtungsgehilfe handelte und sich für diesen zu exculpieren (§ 831 Abs. 1 S. 2 BGB), alternativ kann er sich auch für alle in Frage kommende Verrichtungsgehilfen entlasten.[366]

c. Haftung für Organe und organgleiche Funktionsträger

Die Haftung für Organe und organgleiche Funktionsträger nach den §§ 31, 89 BGB i.V.m. dem jeweiligen Haftungstatbestand komplettiert die Haftung des Krankenhausträgers für die Pflichtverletzungen des Krankenhauspersonals insbesondere dort, wo die deliktische Haftung für Verrichtungsgehilfen aufgrund fehlender Weisungsgebundenheit der Handelnden nicht greift, also insbesondere im Bereich des Wirkens des Klinikvorstandes und der leitenden Krankenhausärzte (Chefärzte). Obwohl die Haftungszuweisung nach den §§ 31, 89 BGB ihrem Wortlaut nach nur für Vereine und juristische Personen des öffentlichen Rechts gilt (z.B. Land, Kommune, Universität), wird sie vor dem Hintergrund der gesellschaftsrechtlichen Organtheorie entsprechend auch auf die Haftung juristischer Personen des Privatrechts, etwa der AG oder GmbH, und auch auf die Haftung der OHG und der KG entsprechend angewandt und – mittlerweile – auch auf die GbR.[367] Die Haftungszuweisung nach §§ 31, 89 BGB gilt dem Wortlaut nach nur für Schädigungen, die ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung verursacht, im Krankenhaus käme dies insbesondere für die Schädigungen durch den Ärztlichen Direktor in Frage.[368] Dieser gesetzlichen Beschränkung der Organhaftung auf „verfassungsmäßig“ berufene Vertreter ist jedoch die Gefahr immanent, dass eine juristische Person durch restriktive Vertretungsbestimmungen in ihrer Satzung die Anzahl ihrer vertretungsberechtigten Organe möglichst gering hält und dadurch ihre Organhaftung minimiert; daher wird die Haftungszuweisung der §§ 31, 89 BGB auch auf organgleiche Funktionsträger ausgeweitet.[369] Unter organgleichen Funktionsträgern sind diejenigen Beschäftigten zu

---

[365] *BGH*, NJW 1982, S. 699 f.
[366] Palandt-*Sprau*, BGB, § 831 Rn. 21 f.; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 59.
[367] *BGH*, NJW 2003, S. 1445; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 31 Rn. 3.
[368] Vgl. oben Kap. 4. A. III.
[369] *BGH*, NJW 1968, 391 f.; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 31 Rn. 6; für eine analoge Anwendung des § 31 BGB, MüKo-*Reuter*, BGB Bd. 1, § 31 Rn. 3.

verstehen, denen bei materieller Betrachtung wesensmäßig bedeutsame Funktionen des jeweiligen Betriebes zur eigenverantwortlichen und weisungsfreien Wahrnehmung übertragen sind und die den Betrieb insoweit repräsentieren.[370] Im Krankenhaus trifft dies vor allem auf die Chefärzte, und diejenigen Oberärzte zu, die als Vertreter der Chefärzte handeln.[371] Letzte Voraussetzung für die Organhaftung ist, dass das Organ oder der organgleiche Funktionsträger bei der Pflichtverletzung in Ausführung einer ihm zugewiesenen Verrichtung tätig war. Dies ist bei den Leistungen der Chefärzte und ihrer Vertreter in der Regel der Fall. Lediglich, wenn der Behandlung ein gespaltener Krankenhausaufnahmevertrag zugrunde liegt und der selbstliquidationsberechtigte Chefarzt oder sein Vertreter wahlärztliche Leistungen erbringen, handeln sie haftungsrechtlich autonom und nicht als organgleicher Funktionsträger der Klinik.[372]

Die Organhaftung kommt bei jedweden zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen zur Anwendung, sei es aufgrund Deliktes, Vertragsverletzungen oder sonstiger Haftungstatbestände.[373] Allerdings ist umstritten, in welchem Verhältnis die Organhaftung zu der Haftungszurechnung nach § 278 BGB steht. Nach der gesellschaftsrechtlichen Organtheorie nämlich wird einer juristischen Person das Handeln ihrer Organe nicht über § 278 S. 1 BGB zugerechnet, sondern es gilt entsprechend §§ 31, 89 BGB als ihr eigenes; demnach schlössen sich die Organhaftung und die Haftung für Erfüllungsgehilfen gegenseitig aus mit dem Erfolg, dass eine Anwendung des § 278 BGB dann nicht in Frage käme, wenn die Erfüllungsgehilfen zugleich Organe oder organgleiche Funktionsträger der juristischen Person sind.

Ein solches Alternativverhältnis zwischen Organ- und Erfüllungsgehilfenhaftung ist jedoch nicht zwingend. So bestimmt beispielsweise § 26 Abs. 2 S. 1 2. HS BGB für das Vereinsrecht, dass dem Vorstand als Organ des Vereines ausdrücklich die Stellung eines gesetzlichen Vertreters eingeräumt wird. Die Zurechnung von Verschulden eines gesetzlichen Vertreters erfolgt jedoch – wie diejenige von Verschulden von Erfüllungsgehilfen – nach § 278 BGB, woraus folgt, dass die Anwendbarkeit der §§ 31, 89 BGB eine Anwendbarkeit des § 278 BGB gerade nicht ausschließen. In der Praxis hat die Frage der Anwendbarkeit von § 278 S. 1 BGB neben den §§ 31, 89 BGB auf die Organe und organgleichen Funktionsträger des Krankenhauses allerdings nur untergeordnete Bedeutung; zum einen ist eine Einstandspflicht des Klinikträgers ja in jedem Fall begründet, und zum anderen ist die Haftungszurechnung über §§ 31, 89 BGB auch weiter als diejenige nach § 278 BGB. § 278 S. 2, § 276 Abs. 3 BGB ermöglichen es nämlich, die Haftung für Erfüllungsgehilfen im Voraus zu beschränken.[374] Bei

---

[370] *BGHZ* 49, 19, 21.
[371] *BGHZ* 77, 74, 76; 101, 215, 218; MüKo-*Reuter*, BGB Bd. 1, § 31 Rn. 14; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 31 Rn. 6.
[372] *BGHZ* 85, 393, 397; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 135; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 104 Rn. 11; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 57.
[373] Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 31 Rn. 2.
[374] Bei Formularverträgen gilt zusätzlich § 309 Nr. 7 BGB, vgl. oben Kap. 4. B. III.

der Organhaftung besteht eine solche Möglichkeit hingegen nicht.

2. Haftung für Organisationsverschulden

a. Haftungsgrundlagen

Die Haftung des Krankenhausträgers für Organisationsverschulden beruht im Unterschied zur Haftung für Erfüllungsgehilfen, Verrichtungsgehilfen oder Organen des Krankenhauses nicht auf Fehlern der Krankenhausmitarbeiter in den medizinisch-applikativen Bereichen der Diagnose und der Therapie oder im Bereich der Aufklärung, sondern auf der Verletzung von Pflichten des Krankenhausträgers im Zusammenhang mit der sachgerechten Organisation und Strukturierung des Klinikbetriebes. Allgemein gilt, dass der Krankenhausträger durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicherzustellen hat, dass Diagnostik und Therapie in der Klinik dem erforderlichen fachärztlichen Standard entsprechen und jegliche vermeidbare Gefahren, die durch den Klinikbetrieb für die Patienten und für Dritte entstehen können, möglichst minimiert werden.[375] Rechtlich ist diese allgemeine Organisationspflicht des Krankenhausträgers als Ausprägung der in § 823 Abs. 1 BGB verorteten Verkehrssicherungspflicht einzuordnen, welche den Betreiber eines Verkehrs – in diesem Falle der Klinik – dazu verpflichtet, die in dem Betrieb potentiell angelegten Gefahren für die Rechtsgüter der Betroffenen gering zu halten und ihre Realisierung möglichst zu verhindern. Eine schuldhafte Verletzung der Organisationspflichten durch den Klinikträger bzw. durch die zuständigen Organe führt im Falle eines Schadens dementsprechend zu einer Haftung des Klinikträgers direkt nach den §§ 823 Abs. 1, 31, 89 BGB. Sofern die Organisationspflichten ihren Ausdruck zudem in konkreten Normen gefunden haben, wie etwa im Medizinproduktegesetz[376] oder in der Medizinprodukte-Betreiberverordnung,[377] kommt daneben eine Haftung über § 823 Abs. 2, 31, 89 BGB wegen Verstoßes gegen ein Schutzgesetz in Betracht. Als besonderer Unterfall der Organisationsfehlerhaftung ist zudem die Haftung für Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB zu nennen.[378] Die Haftung des Krankenhausträgers für Organisationsverschulden lässt eine parallele Eigenhaftung des ärztlichen oder nichtärztlichen Personals im Übrigen unberührt.

---

[375] Vgl. *Lippert*, NJW 1994, S. 2606 ff.; allgemein auch *Deutsch*, NJW 2000, S. 1745 ff; *Kern*, MedR 8/2000, S. 347 ff.; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 125 ff.; zu Fragen des Organisationsverschulden unter den sich ändernden demographischen, wirtschaftlichen und strukturellen Veränderungen im Gesundheitswesen vgl. die „Einbecker Empfehlungen" der *Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht* vom 02./03.12.2005, MedR 2/2006, S. 127 ff.

[376] Gesetz über Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz – MPG) vom 2. August 1994, BGBl. I 1994, S. 1963.

[377] Verordnung über das Errichten, Vertreiben und Anwenden von Medizinprodukten (Medizinprodukte-Betreiberverordnung – MPBetreibV) vom 29. Juni 1998, BGBl. I S. 1762.

[378] *Lippert*, NJW 1994, S. 2606, 2607.

b. Überblick über die einzelnen Organisationspflichten

Im Laufe der Zeit hat die Rechtsprechung zur Organisationspflichtverletzung des Krankenhausträgers zur Herausbildung verschiedener Untergruppen von Organisationspflichten geführt, welche sich zunächst in „institutionelle“ Organisationspflichten einerseits und krankenhausinterne, betriebsbezogene Organisationspflichten andererseits unterteilen lassen. Auf institutioneller Ebene obliegt es dem Krankenhausträger, die Grundlagen zur Erfüllung des durch die Krankenhausplanung und den Versorgungsvertrag festgelegten Versorgungsauftrages der Klinik gerecht zu werden. Durch die Anstellung geeigneten Krankenhauspersonals und dessen Fortbildung, durch eine angemessene Geräteausstattung, Fachspezialisierung oder Bettenkapazität hat der Krankenhausträger sicherzustellen, dass er die durch die Versorgungsstufe, den Versorgungsauftrag und das sonstige Erscheinungsbild seiner Klinik festgelegten Vertrauenserwartungen der Patienten hinsichtlich der Behandlungsmöglichkeiten und des tatsächlichen Behandlungsstandards grundsätzlich erfüllen kann.[379] Die krankenhausinternen Organisationspflichten des Krankenhausträgers betreffen hingegen nicht die Ausstattung der Klinik mit geeignetem personellen und sachlichem Potenzial, sondern dessen sachgerechten Einsatz. Durch eine angemessene Betriebs- und Behandlungsorganisation mit entsprechenden Kontroll- und Sicherheitsvorkehrungen hat der Klinikträger für einen reibungslosen Betriebsablauf zu sorgen und sicherzustellen, dass Diagnostik und Therapie in der Klinik tatsächlich dem medizinischen Standard entsprechen.

Weiterhin können primäre und sekundäre, sowie abstrakte und konkrete Organisationspflichten unterscheiden werden. Primäre Organisationspflichten sind dabei solche, die eine in der Theorie funktionale, sachgerechte Krankenhausorganisation gewährleisten sollen, wie etwa die Aufstellung von sachgerechten Dienstplänen. Die sekundären Organisationspflichten dienen dann dazu, die allgemeinen Postulate in die Praxis umzusetzen. Die Unterscheidung der Organisationspflichten in abstrakte und konkrete Pflichten wiederum betrifft den Grad der Organisationsdichte. So sind unter abstrakten Organisationspflichten die notwendigen Maßnahmen zur Errichtung eines allgemeinen regelgerechten Krankenhausbetriebes zu verstehen, wohingegen konkrete Organisationspflichten sich jeweils auf bestimmte abgetrennte Bereiche des Krankenhausbetriebes beziehen, wie zum Beispiel die gesonderte Überwachung bestimmter risikoreicher Behandlungsmethoden.[380]

Im Hinblick auf die Einführung des DRG-basierten Vergütungssystems und die dadurch veränderten Anreizstrukturen sowohl im Krankenhaussektor als auch bei den innerbetrieblichen Klinikabläufen sind jedoch weniger die rechtsdogmatischen Unterscheidungen der einzelnen Organisationspflichten als vielmehr ihre tatsächlichen Ausprägungen von Belang.

---

[379] *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 125.; vgl. auch MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 395.

[380] *Deutsch*, NJW 2000, S. 1745 ff; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 47 f.

In der Literatur wird eine Einteilung der einzelnen Fallgruppen auf insgesamt acht verschiedene Betriebsbereiche vorgenommen, im Einzelnen auf die Bereiche des Personaleinsatzes und der Personalüberwachung, der interdisziplinären ärztlichen Zusammenarbeit, der klinischen Kommunikation, Dokumentation und Information, der Organisation der Patientenaufklärung, der Anwendung von Arzneimitteln, Blut und Blutprodukten, des Einsatzes von Medizinprodukten, der Hygiene und des Infektionsschutzes, sowie der allgemeinen Aufenthaltssicherheit.[381]

aa. Personaleinsatz und Personalüberwachung

Die Organisationspflichten des Krankenhausträgers im Bereich des Personaleinsatzes und der Personalüberwachung dienen dazu sicherzustellen, dass die Patienten in der Klinik zeitnah und ausreichend von angemessen qualifiziertem Personal entsprechend dem medizinischen Standard behandelt werden können. In der Sache geht es um die Vorhaltung von ausreichend medizinischem Personal und um dessen geeignete Betrauung mit einzelnen Aufgaben und entsprechender Verantwortung, sowie um ihre Anleitung und Überwachung.[382]

Innerbetrieblich prägend für den Bereich der Personalorganisation in der Klinik ist die im Chefarztdienstvertrag festgelegte starke Stellung der Chefärzte als Leiter der Abteilungen. Sie sind fachlich von der Klinikleitung unabhängig und besitzen ihrerseits in ärztlichen Angelegenheiten ein Weisungsrecht gegenüber den Mitarbeitern ihrer Abteilungen.[383] Hinzu kommt in ihrem Fachgebiet die Verantwortung für eine am medizinischen Standard orientierte Aus-, Weiter- und Fortbildung der ärztlichen und nichtärztlichen Mitarbeiter des Krankenhauses, sowie regelmäßig auch ein Vorschlagsrecht für Einstellungen, Umsetzungen, Versetzungen, Abordnungen, Beurlaubungen oder Entlassungen der nachgeordneten Ärzte ihrer – der Chefärzte – Abteilung; bei entsprechenden Maßnahmen in Bezug auf Mitarbeiter des medizinisch-technischen Dienstes, in Bezug auf Pflegepersonen in herausgehobener Stellung sowie in Bezug auf ihre Schreibkräfte haben sie ein Recht auf Anhörung.[384]

Die medizinische Oberverantwortlichkeit der Chefärzte in ihren Abteilungen verlangt, dass sie für einen geordneten medizinischen Dienstbetrieb in ihren Abteilungen und eine reibungslose Ablauforganisation sorgen, wozu insbesondere auch die Diensteinteilung der Mitarbeiter, die personelle Besetzung des Bereitschaftsdienstes und des Rufdienstes sowie die Delegie-

---

[381] Einteilung nach *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 125 ff.; vgl. auch *Büsken/Klüglich*, VersR 1994, S. 1141, 1146; *Deutsch*, NJW 2000, S. 1745 ff.; *Kern*, ArztR 8/2000, S. 347, 348 ff.; *Debong*, ArtR 2/2002, S. 32 ff.

[382] *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 128; MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 652.

[383] Vgl. z.B. § 2 Abs. 2, § 7 Abs. 3 des Chefarzt-Musterdienstvertrages der Arbeitsgemeinschaft für Arztrecht, ArztR 2002, S. 174 ff.

[384] Vgl. § 7 Abs. 1, 2 des Mustervertrages.

rung einzelner Aufgaben gehört.[385] Bei der medizinischen Aufgabenverteilung des Chefarztes an das ärztliche Personal, das Pflegepersonal und das Personal des medizinisch-technischen Funktionsdienstes ist oberstes Gebot, eine stete Aufrechterhaltung des medizinischen Facharztstandards zu gewährleisten. Problematisch kann diesbezüglich insbesondere die – notwendige und unvermeidliche – Einbindung von Ärzten in Weiterbildung oder gar von Studenten im Praktischen Jahr sein. Hierbei ist stets darauf zu achten, dass diese grundsätzlich nicht mit Aufgaben befasst werden, die ihre Kompetenzen übersteigen.

Grundsätzlich gilt dabei, dass ärztliche Aufgaben zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung nicht auf nichtärztliches Personal (Pflegedienst, Studenten im Praktischen Jahr) übertragen werden dürfen; der Patient muss stets eine lückenlose, fachqualifizierte Betreuung erhalten. Das nichtärztliche Personal darf allenfalls zur überwachten Assistenz bei ärztlichen Aufgaben herangezogen werden.[386]

In einem Belegkrankenhaus hat der Krankenhausträger sicherzustellen, dass das dem Belegarzt bereitgestellte Personal ausreichende Anweisungen erhält, erforderlichenfalls ist diesbezüglich auf den Belegarzt einzuwirken.[387]

In Bezug auf die Haftung für Personalorganisationsfehler gilt, dass dem Klinikträger die Organisationspflichtverletzungen des Chefarztes aufgrund dessen Stellung als organgleicher Funktionsträger nach den §§ 823 Abs. 1, 31, 89 BGB zuzurechnen sind.[388] Jedoch bestehen u.U. auch eigene Organisationspflichten des Klinkträgers, etwa durch geeignete Einstellungen von Personal für eine geeignete Personalstruktur zu sorgen,[389] was allerdings im Chefarztvertrag auch auf den Chefarzt im Rahmen seines Abteilungsbudgets übertragen werden kann. Weiterhin obliegt es dem Klinikträger, die Chefärzte zumindest bezüglich der Grundzüge der ihm übertragenen Arbeiten zu überwachen und bei erkennbaren Fehlern der Chefärzte einzuschreiten.[390] So ist der Chefarzt etwa bei offensichtlicher Übermüdung eines Arztes nach Verrichtung des Nachtdienstes aufzufordern, das OP-Team neu zusammenzustellen.[391]

---

[385] Vgl. § 4 Abs. 1, 2, § 7 Abs. 4 des Mustervertrages.

[386] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 222, 228; vgl. insgesamt auch *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 143 ff., 152 f., 231 f., m.w.N.; zum Themenbereich der „Anfängeroperation/Anfängernarkose“ vgl. *BGH*, NJW 1993, S. 2989 ff.; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 132 ff.; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 246 ff.; MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 401.

[387] *OLG Stuttgart*, NJW 1993, S. 2384 ff.; *BGH*, NJW 1996, S. 2429 (Überwachung eines CTG durch eine Nachtschwester); kritisch *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 231 f.

[388] Vgl. oben Kap. 4. D. III. 1. c.

[389] Vgl. eingehend *Ernst*, ZfgV 2004, S. 693, 698 ff., 700 ff.

[390] *BGH*, VersR 1979, S. 844; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 533.

[391] *BGH*, NJW 1986, 776; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 131; *Ernst*, ZfgV 2004, S. 693, 699.

bb. Interdisziplinäre ärztliche Zusammenarbeit, Dokumentation, Information und Kommunikation

Bei der interdisziplinären Zusammenarbeit mehrerer Ärzte unterschiedlicher Fachgebiete innerhalb eines Krankenhauses, krankenhausübergreifend oder aber bei der Zusammenarbeit von Krankenhaus und Vertragsarzt obliegt es dem Krankenhausträger, durch geeignete Organisationsmaßnahmen (beispielsweise Dienstanweisungen, Einsetzung koordinierender Ärzte) sicherzustellen, dass die jeweiligen Kompetenzen der beteiligten Ärzte deutlich abgegrenzt werden und diese Abgrenzung auch ersichtlich ist.[392]

Zwar gilt, dass Fachärzte grundsätzlich auf die Richtigkeit der Diagnosen und Therapien anderer fachfremder Fachärzte vertrauen dürfen und diese nur bei begründeten Zweifeln nachprüfen (lassen) müssen[393] (Vertrauensgrundsatz[394]), so dass der Krankenhausträger mitnichten ein System gegenseitiger Kontrollen institutionalisieren muss; [395] da sich die einzelnen Fach(arzt)gebiete allerdings teilweise überschneiden – zumal in Fällen enger Zusammenarbeit (z.B. Operateur und Anästhesist) – ist es erforderlich sicherzustellen, dass Koordination und Kommunikation der einzelnen beteiligten Ärzte reibungslos ineinandergreifen, Situationen von Kompetenzüberschneidungen (positive Kompetenzkonflikte) gelöst und Kompetenzlücken (negative Kompetenzkonflikte) vermieden werden.[396]

In engem Zusammenhang mit der interdisziplinären ärztlichen Zusammenarbeit stehen die Organisationspflichten des Krankenhausträger hinsichtlich der sorgfältigen Dokumentation, der Information und der Kommunikation behandlungsrelevanter Daten. Damit beim Ineinandergreifen unterschiedlicher Fachgebiete innerhalb der Klinik, zwischen mehreren Kliniken oder bei der Kooperation eines Krankenhauses mit niedergelassenen Ärzten keine behandlungsrelevanten Informationen verloren gehen können oder unbeachtet bleiben, ist es unerlässlich, ein funktionierendes Kommunikationssystem sicherzustellen. So müssen die medizinischen Behandlungsunterlagen des Patienten jederzeit auffindbar sein.[397] Bei der Zusammenarbeit von Klinik und niedergelassenem Arzt beispielsweise obliegt es dem Krankenhaus, den Kollegen über die erhobenen Befunde und das Ergebnis der Untersuchung des überwiesenen Patienten zu unterrichten sowie ggf. Therapievorschläge zu unterbreiten

---

[392] Vgl. *BGH*, VersR 1992, S. 694, 695.

[393] *OLG Naumburg*, VersR 1998, S. 983; ArztR 1/2006, S. 23, 24 ; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 235 ff.; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 158; MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 656.

[394] Herzuleiten ist der Vertrauensgrundsatz aus dem Grundsatz der fachlichen Konzentration von Tätigkeitsbereichen, der sich daraus ergibt, dass der Arzt nur in seinem Fachgebiet tätig werden darf (z.B. § 41 HeilBG-NW), *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 157; ausdrücklich auch *OLG Naumburg*, ArztR 1/2006, S. 23, ebenda.

[395] *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 158.

[396] Vgl. *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 240, m.w.N.; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 159 ff.

[397] *BGH*, NJW 1996, S. 779.

(Arztbrief). Innerhalb des Krankenhauses hingegen obliegt es bei der abteilungsübergreifenden Behandlung zunächst den beteiligten Fachärzten, die relevanten in ihrer Abteilung erhobenen Informationen zu kommunizieren und die benötigten fremden Informationen zu erlangen;[398] dem Krankenhaus kommt allerdings die Organisationsaufgabe zu, ein hierfür geeignetes System der Koordination, Kommunikation und Krankenhausinformation vorzuhalten.[399]

Mit Blick auf die Einführung des DRG-basierten Abrechnungssystems ist davon auszugehen, dass die Krankenhausinformationssysteme in den Kliniken sowie die verwendeten Informations- und Kommunikationstechnologien (IuKT) insgesamt eine Verbesserung erfahren werden, da die Krankenhäuser unter dem neuen Abrechnungssystem zur möglichst sachgerechten Einstufung der angefallenen Behandlungsfälle und zur Vermeidung finanzieller Verluste stärker als zuvor gehalten sind, die Patientendaten umfassend und sorgfältig zu dokumentieren und zu kodieren.[400] Dem wirtschaftlichen Druck des DRG-Systems kommt hinsichtlich der Verbesserung der Informations- und Kommunikationstechnologie im Krankenhaus mithin die Wirkung eines „Katalysators“ zu.[401]

cc. Organisation der Patientenaufklärung

Für die Patientenaufklärung in der Klinik gilt zunächst der Grundsatz, dass jeder an der Behandlung beteiligte Facharzt selbst für sein Fachgebiet und für die von ihm vorzunehmenden Eingriffe zur lückenlosen und dem Umfang nach gebotenen Aufklärung des Patienten verpflichtet ist.[402] Die Aufklärungspflicht entfällt nur, wenn der Patient ärztlicherseits bereits von anderer Seite aufgeklärt wurde; ohne Weiteres verlassen darf sich der Arzt hierauf allerdings nicht, da – anders als bei der interdisziplinären ärztlichen Zusammenarbeit im Bereich der unmittelbaren Behandlung – für den Bereich der Aufklärung des Patienten der Vertrauensgrundsatz nicht gilt.[403]

Neben dem einzelnen Facharzt ist es im Rahmen der Krankenhausbehandlung auch Sache

---

[398] Vgl. *OLG Hamm*, MedR 6/1992, S. 340 (Rücklaufkontrolle bei TSH-Test); *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 209 f., spricht insofern von einer „Hol- und Bringschuld“ der jeweils beteiligten Ärzte.

[399] *OLG Stuttgart*, VersR 1992, S. 1134; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 209.

[400] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. a. bb. (6).

[401] *Stausberg*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 255, 265; vgl. zur Bedeutung von sorgfältiger Dokumentation und Kodierung sowohl in wirtschaftlicher Hinsicht (richtige Einstufung des Patientenfalles), medizinischer Hinsicht (Vermeidung von Behandlungsfehlern), rechtlicher Hinsicht (Beweismittel im Haftungsprozess) oben Kap. 2. B. II. 1. a. bb. (6), Kap. 4. D. II. 3. c.

[402] *OLG Karlsruhe*, VersR 1998, S. 718, 719; *OLG Hamm*, VersR 1994, S. 815, 816; vgl. oben Kap. 4. D. II. 3. b.

[403] *OLG Karlsruhe*, VersR 1997, S. 241; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn 430, m.w.N.; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 168.

des Krankenhausträgers, eine lückenlose und ausreichende Aufklärung des Patienten zu gewährleisten. Dies folgt zum einen aus seinen vertraglichen Pflichten als Partei des Krankenhausaufnahmevertrages, zum anderen besteht auch eine entsprechende deliktische Organisationspflicht des Krankenhausträgers als Inhaber des Klinikbetriebes.[404] Inhaltlich ist zu verlangen, dass der Krankenhausträger im Wege eines institutionalisierten Sicherungs- und Kontrollsystems sicherstellt, dass erstens jeder Patient in Bezug auf jeden Eingriff überhaupt aufgeklärt wird, dass zweitens im abteilungsübergreifenden kooperativen Klinikbetrieb keine Aufklärungslücken (negative Kompetenzlücken) entstehen und dass drittens die Aufklärung im gebotenen Umfang erfolgt, also das Wesen und die aufklärungsbedürftigen Risiken des anstehenden Eingriffes darstellt.[405]

Als Mittel zur organisatorischen Sicherung der lückenlosen Patientenaufklärung verwenden die Klinikträger in der Praxis regelmäßig sog. Aufklärungsrichtlinien, beispielsweise die weitverbreiteten Aufklärungsrichtlinien der Deutschen Krankenhausgesellschaft,[406] die den betroffenen Ärzten als innerbetriebliche Weisungen des Klinikträgers zur Kenntnis gegeben werden.[407]

dd. Anwendung von Arzneimitteln, Gewinnung und Einsatz von Blut und Blutprodukten, Einsatz von Medizinprodukten

Die Organisationspflichten des Krankenhausträgers im Bereich der Arzneimittelanwendung, im Bereich der Gewinnung und dem Einsatz von Blut und Blutprodukten (Blutzubereitungen, Sera, Plasma) sowie bezüglich des Einsatzes von Medizinprodukten sind weitestgehend in der Apothekenbetriebsverordnung,[408] im Transfusionsgesetz[409] sowie im Medizinproduktegesetz[410] und in der Medizinprodukte-Betreiberverordnung[411] normiert.

So bestimmt etwa § 30 der *Apothekenbetriebsverordnung* in Bezug auf die Arzneimittelbehandlung im Krankenhaus eine Pflicht des Krankenhausträgers, stets eine „zur Sicherstel-

---

[404] *OLG Bamberg*, VersR 1998, S. 1025; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn 429; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 166 ff.; *Lippert*, NJW 1994, S. 2606, 2611.

[405] Vgl. insofern oben Kap. 4. D. II. 3. b. bb.

[406] *DKG*, Richtlinien zur Aufklärung von Krankenhauspatienten über vorgesehene ärztliche Maßnahmen; abgedruckt auch bei MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 444; dazu im Einzelnen *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 171 ff.

[407] Vgl. eingehend *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 169 ff., m.w.N.

[408] Verordnung über den Betrieb von Apotheken (Apothekenbetriebsordnung – ApoBetrO), BGBl. I 1995, S. 1196.

[409] Gesetz zur Regelung des Transfusionswesens (Transfusionsgesetz – TFG) vom 1. Juli 1998, BGBl. I 1998, S. 1752.

[410] Gesetz über Medizinprodukte (Medizinproduktegesetz – MPG) vom 2. August 1994, BGBl. I 1994, S. 1963; 1998, S. 2005.

[411] Verordnung über das Errichten, Betreiben und Anwenden von Medizinprodukten (Medizinprodukte-Betreiberverordnung – MPBetreibV) vom 29. Juni 1998, BGBl. I 1998, S. 1762; die vormals noch einschlägige Medizingeräteverordnung (MedGV) trat mit Jahresbeginn 2002 außer Kraft.

lung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Patienten des Krankenhauses“ notwendige Menge an Arzneimitteln zu bevorraten; die vorrätig gehaltene Menge muss mindestens dem durchschnittlichen Bedarf für zwei Wochen entsprechen und nach dem *BGH* die neuesten und wirksamen Präparate enthalten. Ist dies nicht der Fall und kann ein wesentlich risikoärmeres Medikament vor einer anstehenden Operation nicht rechtzeitig beschafft werden, so haftet der Krankenhausträger aus Organisationsverschulden.[412] Ob den Krankenhausträger darüber hinaus auch die Pflicht trifft, organisatorische Maßnahmen zur Sicherung einer ordnungsgemäßen Anwendung, Dosierung und Kontrolle der Nebenwirkungen von Arzneien vorzusehen, erscheint hingegen zweifelhaft;[413] die enge Verbindung der Arzneimittelvergabe zur Krankenbehandlung spricht wohl eher dafür, die Anwendung und Dosierung von Arzneien der ausschließlichen therapeutischen Kompetenz der behandelnden Ärzte zu überlassen,[414] wobei etwaige Pflichtverletzungen der Ärzte dann dem Krankenhausträger nach den allgemeinen Grundsätzen zuzurechnen wären.[415]

Das *Transfusionsgesetz* legt sowohl die Anforderungen fest, die ein Krankenhaus als Spendeeinrichtung für die Gewinnung von Blut und Blutprodukten erfüllen muss (§ 4 TFG) sowie Kriterien für die Spenderauswahl (§ 5 TFG) und die Modalitäten der Gewinnung (§§ 6 ff. TFG) und Anwendung von Blutprodukten (§ 18 TFG). Besonders erwähnenswert ist die mittlerweile in § 5 TFG normierte Organisationspflicht des Krankenhausträgers zu einer risikominimierenden Spenderauswahl:[416] Vor der Freigabe der Spende muss der Spender auf HIV sowie auf Hepatitis-B und -C getestet worden sein. Weiterhin ist nach § 13 TFG der Patient vor einem Eingriff über die Möglichkeit einer Eigenblutspende aufzuklären – sofern dies medizinisch in Betracht kommt.[417]

Das Recht des Verkehrs und des Einsatzes von Medizinprodukten[418] ist im *Medizinproduktegesetz* und in der *Medizinprodukte-Betreiberverordnung* geregelt. Während das Medizinproduktegesetz vorwiegend administrative Fragen des Medizinprodukteverkehrs regelt (Erprobung, Zertifizierung, Inverkehrbringen, behördliche Überwachung etc.), normiert die Medizinprodukte-Betreiberverordnung für die Betreiber (Krankenhausträger) und die Anwender (Ärzte) von Medizinprodukten direkte Sicherheits-, Verkehrssicherungs- und

---

412 *BGH*, NJW 1991, S. 1543.

413 Für eine Organisationspflicht zur Therapiebeobachtung *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 150.

414 Die Ärzte werden nach § 27 Abs. 2 S. 2 ApoBetrO allerdings vom Leiter der Krankenhausapotheke über die Arzneimittel des Krankenhauses informiert und beraten; zudem erhalten sie nach § 11a AMG (Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln) auf Verlangen vom Arzneimittelhersteller weitreichende Fachinformationen u.a. über die Anwendungsgebiete, Gegenanzeigen, Nebenwirkungen, Wechselwirkungen und Dosierung der Arznei.

415 *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 183 f.

416 Vgl. *BGHZ* 114, 284 ff.; dazu *Deutsch*, NJW 1991, S. 1937 f.

417 *OLG Köln*, VersR 1995, S. 1534 (keine Aufklärungspflicht bei Kontraindikation).

418 Nach § 3 MPG ist der Begriff weit zu verstehen, ihm unterfallen sowohl medizinische Instrumente, Apparate, Vorrichtungen, Stoffe und Stoffzubereitungen oder andere Gegenstände, als auch die dem jeweiligen Medizinprodukt zugehörige Software.

Dokumentationspflichten. So besteht eine Pflicht zur Funktionsprüfung vor erstmaliger Inbetriebnahme (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 MPBetreibV), die Pflicht einer Einweisung durch den Hersteller (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 MPBetreibV), die Pflicht regelmäßiger Sicherheitskontrollen (§ 6 MPBetreibV) und der Meldung von schwerwiegenden (lebensgefährlichen) Funktionsstörungen an das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (§ 3 MPBetreibV). Weiterhin ist der Betrieb des Medizinproduktes im Medizinproduktebuch zu dokumentieren (§ 7 MPBetreibV). Diese Betreiber- und Anwenderpflichten waren teilweise schon vor Inkrafttreten des Medizinproduktegesetzes und der Medizinprodukte-Betreiberverordnung von der Rechtsprechung als allgemeine Verkehrspflichten von Arzt und Klinikträger anerkannt.[419] Nach ihrer gesetzlichen Normierung haben sie jedoch eine höhere Regelungsdichte erfahren und sind nunmehr auch als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen.[420]

Beweisrechtlich ist im Hinblick auf den Einsatz medizinischer Geräte als Medizinprodukte anzumerken, dass die Rechtsprechung die Gerätesicherheit grundsätzlich dem vom Klinikträger *voll beherrschbaren Risikobereich* zuordnet. Bei einer Schädigung des Patienten aufgrund maschinellen Versagens wird dem Patienten daher eine Beweislasterleichterung dahingehend gewährt, dass eine schuldhafte (Überwachungs-)Pflichtverletzung des Arztes bzw. des Krankenhausträgers vermutet wird.[421]

ee. Hygiene und Infektionsschutz

Angesichts der unvermeidbar hohen Gefahr von Infektionen des Patienten im Krankenhaus[422] bestehen zahlreiche Hygiene- und Infektionsschutzvorschriften, etwa im Infektionsschutzgesetz,[423] die Empfehlungen der *Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention* des Robert-Koch-Instituts,[424] die Leitlinien entsprechender medizinischer Fachgremien,[425] die Hygienepläne der Krankenhäuser[426] oder die Krankenhausbetriebs- oder -

---

[419] *BGH*, VersR 1955, 573 (Beachtung der Gebrauchs- und Sicherheitshinweise); *BGH*, VersR 1975, 952; VersR 1978, S. 82, 83 (Sicherheits- und Funktionsprüfung vor Inbetriebnahme); vgl. allgemein MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 392 f.

[420] Vgl. *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 197 ff.

[421] *BGH*, NJW 1978, S. 584 f.; *OLG Hamm*, VersR 1980, 585; *OLG Köln*, VersR 2000, S. 974, 975; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 500 ff.; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 198.

[422] Von Bedeutung sind insbesondere Pneumonien (Lungenentzündung), Sepsis (bakterielle Infekte), Wundinfektionen und Harnwegsinfektionen, vgl. *Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention*, Empfehlung zur Surveillance (Erfassung und Bewertung) von nosokomialen Infektionen, S. 4.; in der Diskussion stehen auch wechselseitige Infektionen von Patienten und Ärzten mit Hepatitis-B-Viren, vgl. hierzu *BGH*, Urteil vom 14.03.2003, ArztR 4/2004, S. 98 ff.

[423] Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – Infektionsschutzgesetz – IfSG) vom 20. Juli 2000, BGBl. I 2000, S. 1045.

[424] Vgl. § 23 Abs. 2 IfSG.

[425] Vgl. die zahlreichen Leitlinien des Arbeitskreises „Krankenhaushygiene“ des AWMF (Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften), URL: http://www.hygiene-klinik-praxis.de (letzter Abruf: 20.12.2004).

hygieneverordnungen der Länder.[427] Je nach Rechtsnatur der Vorschriften kann ihre Vernachlässigung eine Schutzgesetzverletzung i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB darstellen (z.B. Krankenhaushygieneverordnungen der Länder) oder aber eine Unterschreitung des jeweils erforderlichen medizinischen Standards nahe legen (z.B. Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften).[428]

Ebenso wie die Gerätesicherheit ist auch die Krankenhaushygiene und der Infektionsschutz grundsätzlich dem voll beherrschbaren Risikobereich des Krankenhausträgers zuzuordnen, so dass eine Infektion des Patienten eine schuldhafte Pflichtverletzung der Ärzte bzw. des Krankenhausträgers vermuten lässt.[429] Erfolgt die Infektion jedoch aus einem Risikobereich, der naturgemäß nicht voll beherrschbar ist – auch nicht vom Krankenhausträger –, so gilt diese Beweiserleichterung für den Patienten nicht.[430]

ff. Allgemeine Aufenthaltssicherheit

Die Organisationspflicht des Klinikträgers zur Gewährleistung der allgemeinen Aufenthaltssicherheit in der Klinik dient nicht der Abwehr möglicher behandlungsbezogener Gefahren sondern derjenigen Gefahren, die sich aus dem bloßen Aufenthalt in der Klinik ergeben.

Allgemein hat der Klinikträger diejenigen Vorkehrungen zu treffen, die er den Umständen nach für erforderlich und ausreichend halten muss, um die sich in der Klinik aufhaltenden Personen vor Schäden zu bewahren. Hierzu zählt etwa die Kennzeichnungspflicht frisch gewischter Fußböden[431] oder von überraschenden Stufen, mithin auch die Warnung vor sich plötzlich schnell öffnenden Türen.[432] Darüber hinaus können besondere Pflichten entstehen, wenn es etwaige Besonderheiten in der Person des Gefährdeten erfordern. So gelten etwa in Kinkerkliniken und in Psychiatrischen Krankenhäusern und Abteilungen[433] – aber auch bei der allgemeinen Behandlung psychisch labiler und vor allem suizidgefährdeter Patienten – erhöhte Anforderungen hinsichtlich der Überwachung der Patienten. In einer geschlossenen

---

426 Vgl. § 33 Abs. 1 IfSG.
427 Z.B. Krankenhaushygieneverordnung NRW, GV 89, S. 652 ff.
428 Zur Leitliniendogmatik vgl. *Hart*, VSSR 4/2002, S. 265 ff.; *Wienke*, MedR 4/1998, S. 172 ff.
429 *BGH*, NJW 1982, S. 699 = *BGH*, VersR 1982, S. 161 ff. (unsterile Injektionsflüssigkeit); *OLG Oldenburg*, ArztR 2/2004, S. 52 f. (Streptokokkeninfektionen).
430 *BGH*, NJW 1991, 1541, 1542 (Keine vollständige Beherrschbarkeit der völligen Keimfreiheit des OP-Personals); zur Frage des Einsatzes infektiösen medizinischen Personals eingehend *Kamps*, MedR 1/2005, S. 1 ff.
431 Vgl. *Rotermund*, Die Haftung der Kommunen für die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht, Rn. 163.
432 *OLG Schleswig*, VersR 1997, S. 69; krit. *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 225.
433 Zur Nichtanwendbarkeit des DRG-basierten Abrechnungssystems auf Psychiatrische Krankenhäuser und Abteilungen (§ 17b Abs. 1 S. 1 2. HS KHG) vgl. oben Kap. 2. B. I.

Abteilung müssen bei erkennbarer akuter oder konkreter Selbstmordgefährdung des Patienten konkrete Maßnahmen zu seinem Schutz getroffen werden, etwa durch entsprechende Überwachung oder Sicherung.[434] Auch genügt es nicht, eine Schwimmgruppe mit acht psychisch kranken Patienten nur von nur einer Krankenschwester beaufsichtigen zu lassen;[435] andererseits müssen aber in einer offenen Station nicht stets alle Fenster und Türen geschlossen bleiben, um zu verhindern, dass ein Patient einen nicht konkret vorhersehbaren Suizidversuch unternimmt.[436]

3. Haftungsverteilung im Innenverhältnis, Haftungskonzentration beim Krankenhausträger

In den weit überwiegenden Fällen von Schädigungen während des Krankenhausaufenthaltes kann sich der Patient sowohl an den schädigenden Arzt bzw. das schädigende nichtärztliche Personal, als auch an den Krankenhausträger halten, der für die Pflichtverletzung entweder über die §§ 31, 89, 278, 831 BGB einstehen muss oder direkt wegen Organisationsmängeln nach §§ 280, 278, 823, 31, 89 BGB haftet. Krankenhausarzt und Krankenhausträger stehen dem Patienten dabei nach §§ 840, 421 ff. BGB zumeist als Gesamtschuldner gegenüber, wobei es für das Gesamtschuldnerverhältnis keine Rolle spielt, dass der Krankenhausträger u.U. nur aus Vertrag und der Arzt nur aus Delikt haftet.[437] Einzig im Falle eines gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrages und einer ärztlichen Pflichtverletzung im Bereich der wahlärztlichen Leistungen kommt eine alleinige Haftung des Arztes in Betracht, beim Eingreifen des Verweisungsprivileges des beamteten Arztes nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB wiederum haftet allein der Krankenhausträger im Außenverhältnis zum Patienten.

Im Innenverhältnis zwischen Arzt und Krankenhausträger richtet sich die Haftungsquotenverteilung bei angestellten Ärzten nach den Regeln des allgemeinen arbeitsrechtlichen innerbetrieblichen Schadensausgleiches.[438] Diese sollen den besonderen Umständen und Haftungsrisiken Rechnung tragen, denen sich ein Arbeitnehmer bei seiner Arbeit in einem Großbetrieb wie einem Krankenhaus ausgesetzt sieht, vor allem sollen sie das Risiko des Arbeitnehmers lindern, bei betrieblich veranlassten Tätigkeiten schon bei leichtester Fahrlässigkeit eine Haftung zu begründen, deren Ausmaß seine finanziellen Restitutionsmöglichkeiten bei weitem übersteigt. Als sachgerecht hat sich eine Differenzierung der Haftungsverteilung im Innenverhältnis anhand des Verschuldensgrades erwiesen, der den Angestellten an der Schadensverursachung trifft. Bei leichtester Fahrlässigkeit entfällt eine Haftung des

---

[434] *OLG Stuttgart*, NJW-RR 2001, S. 1250 f.; vgl. auch *OLG Köln*, VersR 1994, S. 50 ff.
[435] *OLG Köln*, VersR 1992, S. 1517.
[436] *BGH*, NJW 2000, S. 3425 f. (Sturz vom Balkon); eingehend *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 220 ff. m.w.N.
[437] Palandt-*Sprau*, BGB, § 840 Rn. 1; Palandt-*Grüneberg*, BGB, § 421 Rn. 9.
[438] *Annuß*, Die Haftung des Arbeitnehmers, S. 138 ff.

Angestellten im Innenverhältnis ganz; bei normaler Fahrlässigkeit ist eine quotenmäßig gerechte Haftungsteilung vorzunehmen, wobei die gesamten betrieblichen und auch persönlichen Umstände im Einzelfall Beachtung finden müssen. Bei grober Fahrlässigkeit[439] haftet der Arbeitnehmer dann grundsätzlich voll, jedoch kann aus Gesichtspunkten der Zumutbarkeit auch hier eine Quotelung vorgenommen werden, etwa wenn durch den Schadensfall die Existenz des Arbeitnehmers gefährdet erscheint und ein extremes Missverhältnis zwischen der dem Arbeitnehmer gezahlten Vergütung und dem Schadensrisiko besteht, dem er sich bei seiner Tätigkeit ausgesetzt sieht.[440]

Für den Fall, dass der Patient den Arzt und nicht den Krankenhausträger als Gesamtschuldner in Anspruch nimmt, führen die Regeln des innerbetrieblichen Schadensausgleiches dazu, dass dem Arzt gegenüber dem Krankenhausträger in Höhe dessen interner Haftungsquote ein Anspruch auf freistellende Schadensersatzübernahme zusteht; für den Fall, dass der Arzt im Außenverhältnis gegenüber dem Patienten zunächst allein voll Ersatz geleistet hat, erhält er gegenüber dem Krankenhausträger einen entsprechenden Ausgleichsanspruch.[441]

Bei verbeamteten Ärzten sind die Regeln des arbeitsrechtlichen innerbetrieblichen Schadensausgleiches nicht anwendbar. Hier gilt, dass der Dienstherr aufgrund des Verweisungsprivileges des Arztes nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB im Außenverhältnis zum Patienten regelmäßig allein haftet, im Innenverhältnis beim beamteten Arzt jedoch Regress nehmen kann, vgl. § 46 Abs. 1 BRRG i. V. m. den jeweiligen Landesbeamtengesetzen, z. B. § 84 Abs. 1 S. 2 LBG NRW.[442] Nach § 14 BAT gilt Entsprechendes für die Angestellten im Öffentlichen Dienst. Anders als beim arbeitsrechtlichen innerbetrieblichen Schadensausgleich, wo der Arbeitnehmer schon bei normaler Fahrlässigkeit mit einer bestimmten Quote an der Haftung zu beteiligen ist, kann im Beamtenrecht der Dienstherr beim Beamten erst dann Regress nehmen, wenn diesem mindestens grobe Fahrlässigkeit zur Last zu legen ist, was im Ergebnis eine Bevorteilung des Beamten gegenüber dem Angestellten bedeutet. Andererseits aber sehen die beamtenrechtlichen Vorschriften für den Bereich der groben Fahrlässigkeit ihrem Wortlaut nach vor, dass der Beamte im Innenverhältnis generell voll haftet und keine Möglichkeit einer nur anteilsmäßigen Inanspruchnahme besteht; dies wiederum bedeutet eine Benachteiligung des Beamten gegenüber dem Angestellten. Bei einem sinnvollem Verständnis der öffentlich-rechtlichen Normen wird man allerdings dazu kommen, dass die beamteten Ärzte gegenüber ihren privat angestellten Kollegen haftungsrechtlich nicht schlechter gestellt

---

[439] Im Arzthaftungsrecht kann grobe Fahrlässigkeit nicht schon aus dem Vorliegen eines groben (schweren) Behandlungsfehlers hergeleitet werden, da dieser nicht unbedingt Ausdruck einer für die grobe Fahrlässigkeit erforderliche subjektiven Verwerflichkeit beim Handelnden ist, *Taupitz*, in: FS für Deutsch, S. 825, 832 f; *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 80.

[440] *Büsken/Klüglich*, VersR 1994, 1141, 1150; *Richardi*, NZA 1995, S. 241 ff.; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 138 ff.; Palandt-*Weidenkaff*, BGB, § 611 Rnrn. 152 ff.; zur Abwendung von der Dogmatik der „gefahrgeneigten Arbeit“ *BAG* (Großer Senat), NJW 1993, S. 1732 ff.; 1995, S. 210 ff.; *BGH*, NJW 1994, S. 856.

[441] *Büsken/Klüglich*, VersR 1994, S. 1141, 1149.

[442] MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 647.

werden sollen. Der beamtenrechtliche Regress soll Ausdruck eines ebenso differenzierten Haftungsgefüges sein, wie es die innerbetriebliche Haftungsverteilung bei betrieblich veranlassten Tätigkeiten im Privatrecht ist, so dass entsprechend auch für die beamteten oder im Öffentlichen Dienst angestellten Ärzte gilt, dass bei ihnen zu Last zu legender grober Fahrlässigkeit eine volle Haftung dann nicht in Betracht kommt, wenn diese ihnen – etwa aus Existenzgefährdung – nicht zuzumuten ist.[443] Im Ergebnis bedeutet dies im Bereich der groben Fahrlässigkeit also einen Gleichlauf zwischen den arbeitsrechtlichen und den beamtenrechtlichen Regelungen, im Bereich der normalen Fahrlässigkeit hingegen ist der Beamte gegenüber dem privaten Angestellten privilegiert.

Die Dogmatik des innerbetrieblichen Schadensausgleiches, die Dogmatik vom Organisationsverschulden, die Zurückdrängung der Exculpationsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB und die Ausweitung des Anwendungsbereiches der §§ 31, 89 BGB auch auf organgleiche Funktionsträger haben im Arzt- und Krankenhaushaftungsrecht zu einer deutlichen Ausweitung der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit des Krankenhausträgers geführt. Diese ist – auch wenn sie teilweise möglicherweise *contra legem* geschieht[444] – rechtspolitisch grundsätzlich zu begrüßen, nützt sie doch sowohl dem Patienten als auch dem Arzt. So erhält der Patient im Schadensfalle mit dem Krankenhausträger neben dem Arzt einen weiteren solventen Haftungsschuldner,[445] und der Arzt wird weitgehend von der Last der alleinigen Haftung befreit, was ihn ermutigt, sich aus haftungsrechtlichen Gründen bei der Behandlung nicht auf allzu vorsichtige defensivmedizinische Methoden zu beschränken, was wiederum im Ergebnis direkt dem Arzt-Patienten-Verhältnis und der Krankenhausversorgung der Bevölkerung zu Gute kommt.[446]

IV. Der Versicherungsregress

Die gesetzliche oder private Krankenversicherung des bei der Krankenhausbehandlung geschädigten Patienten können für den Fall, dass ihnen durch notwendig gewordene, zusätzliche Behandlungen des Patienten Mehrkosten entstanden sind, beim Arzt und Krankenhausträger als Schädiger Regress nehmen.

---

[443] *Taupitz*, in: FS für Deutsch, S. 825, 839; *Büsken/Klüglich*, VersR 1994, 1141, 1151; *Annuß*, Die Haftung des Arbeitnehmers, S. 141

[444] So die Kritik von MüKo-*Stein*, BGB Bd. 5, § 831 Rn. 9, in Bezug auf die Ausweitung der Anwendung der §§ 31, 89 BGB auch auf organgleiche Funktionsträger.

[445] *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 104 Rn. 2; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 137 f.

[446] Vgl. *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 24, in Bezug auf die vergleichbare Sachlage beim Verweisungsprivileg in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB für die Dienstausübung des Beamten.

1. Regress aus abgeleitetem Recht

Die Regressmöglichkeit folgt für die privaten Krankenversicherer und die gesetzlichen Krankenkassen zunächst aus abgeleitetem Recht. Die § 67 VVG (PKV), §§ 116, 119 SGB X (GKV) bestimmen, dass die Schadensersatzansprüche des geschädigten Patienten gegen Arzt und Krankenhausträger auf die Versicherer übergehen, soweit diese gegenüber dem Patienten einstandspflichtig sind. Bei Leistungen des Dienstherrn, etwa der Zahlung von Sterbegeld nach § 18 BVG,[447] folgt ein solcher Forderungsübergang bei einer Schädigung von Beamten des Bundes aus § 87a BBG, bei einer Schädigung von Beamten des Landes aus § 52 BRRG i. V. m. den entsprechenden Vorschriften der Länder.[448]

2. Regress aus eigenem Recht

Neben diesen abgeleiteten Schadensersatzansprüchen der privaten Krankenversicherungsunternehmen und der Krankenkassen bei ärztlichen Schädigungen des Patienten werden bei ärztlichen Pflichtverletzungen teilweise auch eigene Ansprüche der Kostenträger gegen den Schädiger angenommen.

Im Bereich der *GKV* hat das *Bundessozialgericht* jedenfalls im *Vertragsarztbereich* erkannt, dass die Pflicht des niedergelassenen Arztes zu einer fachgerechten, „nach den Regeln der ärztlichen Kunst“ durchgeführten Behandlung nicht nur gegenüber dem Patienten besteht, sondern auch gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung (KÄV). Zweck sei, die KÄV vor vermeidbaren Vermögensnachteilen zu bewahren, die sich typischerweise aus erforderlichen Mehrbehandlungen nach ärztlichen Pflichtverletzungen ergeben. Bei einer Verletzung dieser Pflicht hafte der niedergelassene Arzt gegenüber der KÄV dann originär und öffentlich-rechtlich auf Schadensersatz.[449]

Grundsätzlich scheint es wohl möglich, diese Rechtsprechung des *Bundessozialgerichtes* vom vertragsärztlichen Bereich auch auf den *Krankenhausbereich* zu übertragen: So besteht auch hier ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen den Krankenhäusern und den Kostenträgern (Krankenkassen), welches sich aus der Zulassung der Krankenhäuser zur Behandlung gesetzlich versicherter Patienten (§ 108 SGB V) ergibt; eine Pflicht der Krankenhäuser zu einer fachgerechten medizinischen Behandlung folgt zudem aus § 2 Abs. 1 S. 3, §

---

[447] Vgl. *OLG Celle*, Urteil vom 8. März 2001, Az: 14 U 69/00 zur Frage der Vorteilsausgleichung.

[448] Z.B. § 99 LBG NRW; zum Zeitpunkt des Forderungsübergangs von Hinterbliebenenansprüchen *BGH*, NJW 1984, S. 607 ff; allgemein *BGH*, Urteil vom 17. Dezember 2002 - VI ZR 271/01; Palandt-*Heinrichs*, BGB, Vorbem v § 249 Rn. 135.

[449] *BSG*, VersR 1983, S. 956 f.; *BSG*, NJW 1984, 1422, 1423 ff.; 1992, 1590, 1591; dazu *Plagemann*, NJW 1984, S. 1377 ff.; *Clemens*, in: *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, § 36 Rn. 26; zustimmend auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 355, 179.

70 Abs. 1 S. 1 SGB V, welche die Krankenhäuser zu einer Leistungserbringung nach „dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse“ und „in der fachlich gebotenen Qualität“ verpflichten. Jedoch bestehen an der vom *Bundessozialgericht* vertretenen Schutzpflichtthese zwischen Leistungserbringer und Kostenträger grundsätzliche Bedenken; so ändert sie die gesetzlich bestehende Lösung (§ 116 SGB X) ohne Grund ab und führt durch konkurrierende Rechtswegzuständigkeiten gegebenenfalls zu divergierenden gerichtlichen Entscheidungen.[450] Auch erscheint sie insgesamt als Fremdkörper im Arzthaftungssystem,[451] so dass sie letztendlich abzulehnen ist.

Im Bereich der *PKV* werden für den Fall von Mehraufwendungen für die Behandlung eines vom Arzt bzw. Krankenhausträger geschädigten Patienten eigene Regressansprüche des privaten Krankenversicherers gegen den Schädiger aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) diskutiert: Dem privaten Versicherer stünde gegen den Arzt bzw. das Krankenhaus ein Anspruch auf Rückerstattung gezahlter Honorare nach § 812 Abs. 1 BGB zu.[452] Dies soll im Folgenden kurz erläutert werden:

Zunächst ist festzustellen, dass der Krankenhausträger bzw. der selbstliquidierende Chefarzt etwaige Honorarzahlungen für Leistungen, die einzig aufgrund ärztlicher Pflichtverletzungen erforderlich geworden sind, ohne rechtlichen Grund erhalten. Denn für solche Leistungen steht ihnen weder ein Honoraranspruch gegen den behandelten Patienten zu, noch besteht ein Erstattungsanspruch des Patienten gegenüber seinem privaten Versicherer; mithin handelt es sich um eine Situation eines „Doppelmangels“.

Fraglich und bisher noch ungeklärt ist jedoch, ob sich der Versicherer im Falle nichtsdestotrotz geleisteter Zahlungen stets an das Krankenhaus oder den selbstliquidierenden Chefarzt halten kann, oder ob er sich nicht auch an den Versicherten, den Patienten, wenden muss. Der *BGH* hat diese Frage in jüngerer Rechtsprechung ausdrücklich offengelassen.[453]

Für den Fall, dass der Versicherer *direkt an den Krankenhausträger gezahlt* hat und dazu nicht zurechenbar vom Versicherungsnehmer veranlasst wurde,[454] zieht der *BGH* jedoch ausdrücklich eine Drittleistung des Versicherers an das Krankenhaus in Betracht (§ 267 BGB), die den Versicherer bei fehlendem Rechtsgrund zu einer Leistungskondiktion direkt gegenüber dem Krankenhaus berechtigen soll.[455] Anders gestaltet sich die Situation nach dem *BGH* allerdings dann, wenn der Versicherer von dem Versicherten (Patienten) vor der

---

[450] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 126b.
[451] Deutliche Ablehnung bei *H. Bogs*, in: FS für *Deutsch*, S. 463, 466 f.; i.E. ablehnend auch *Plagemann*, NJW 1984, S. 1377 ff., 1383; zweifelnd *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 211 f.
[452] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 179.
[453] Vgl. *BGH*, NJW 2002. S. 3772 f. (Nichtigkeit einer Wahlleistungsvereinbarung).
[454] Was unter dieser „Veranlassung“ im Rechtssinne zu verstehen ist, ist allerdings ungeklärt, vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 685, m.w.N.
[455] Vgl. *BGH*, NJW 2002. S. 3772, 3773; *BGHZ* 113, 62, 68 f.; *Jakobs*, NJW 1992, S. 2524 ff.

Zahlung an das Krankenhaus bzw. den Chefarzt hierzu angewiesen wurde. In diesem Falle ist es nicht der Versicherer, der eine (eigene) Drittleistung erbringt, sondern es ist der Patient, der leistet; der Versicherer tritt lediglich als Leistungsmittler auf und muss sich bezüglich seiner Ansprüche daher in diesem Falle an den Versicherten halten,[456] wobei hier dann wieder fraglich ist, ob er Wertersatz oder lediglich die Abtretung der Ansprüche des Patienten gegenüber dem Arzt/Krankenhaus verlangen kann (Kondiktion der Kondiktion).[457]

Auch für den zweiten Fall, dass der Versicherer seine Zahlungen nicht gegenüber dem Arzt bzw. Krankenhausträger erbringt, sondern *an den Patienten zahlt*, um diesem die von ihm verauslagten Behandlungskosten zu erstatten, ist weiterhin fraglich, an wen sich der Versicherer wegen einer Rückerstattung der gezahlten Honorare zu wenden hat, wenn sich herausstellt, dass die Zahlungen für Mehrleistungen aufgrund von ärztlichen Pflichtverletzungen getätigt wurden. Angesichts der früheren Rechtsprechung des *BGH* erscheint in diesen Fälle grundsätzlich ein direkter Kondiktionsanspruch des Krankenversicherers gegen den Krankenhausträger möglich (Durchgriffskondiktion beim „Doppelmangel"),[458] was der *BGH* auch in seiner neueren Rechtsprechung weiterhin nicht ausschließen will.[459] Zweckmäßiger ist es wohl aber, auch in Fällen eines „Doppelmangels" dem Krankenversicherer keinen Durchgriff auf den Krankenhausträger zu gestatten, sondern ihn an den Patienten zu verweisen. Nur in diesem Falle wird gewährleistet, dass die innerhalb der einzelnen Vertragsbeziehungen zwischen Krankenhaus, Patient und Versicherer bestehenden Risiken und Einwendungen nicht über die jeweiligen Beziehungen hinaus zu Lasten des Unbeteiligten gehen oder gar wegfallen.[460] Auch der *BGH* hat signalisiert, dass er zukünftig dieser Argumentation wohl folgen wird.[461] Für den Fall der bereicherungsrechtlichen Rückforderung erstatteter Kosten hat sich der Krankenversicherer im Ergebnis daher an den Versicherten (Patienten) zu halten.

E. Die haftungsrechtliche Relevanz der typischen DRG-systemimmanenten Fehlanreize

Nach der überblicksartigen Darstellung der Rechtsbeziehungen zwischen Krankenhaus, Arzt, Patient und Krankenversicherung und den Grundzügen der Arzthaftung sollen im Folgenden die im Verlaufe dieser Arbeit bereits mehrfach angesprochenen ökonomischen Fehlanreize, die dem DRG-Abrechnungssystem immanent sind, in die bestehende Arzthaftungsrechtsdogmatik eingeordnet und die haftungsrechtlichen Konsequenzen für die behan-

---

[456] Vgl. *BGH*, NJW 2001, 2880 ff.; vgl. auch *BGH* DB 1975, S. 2432 f.
[457] Vgl. übersichtsartig *Medicus*, Bürgerliches Recht, Rn. 673, 684.
[458] *BGH*, Urt. v. 25.3.1954 – VI ZR 202/53.
[459] Vgl. zuletzt *BGH*, NJW 2002. S. 3772; NJW 2001, S. 2880, 2881.
[460] Statt vieler Palandt-*Sprau*, BGB, § 812 Rn. 63 f.; grundlegend *Canaris*, in: FS für *Larenz* zum 70. Geburtstag, S. 799, 802 ff.
[461] *BGHZ* 68, 17; *BGH*, NJW 2001, S. 2880, 2881.

delnden Ärzte und die Krankenhausträger aufgezeigt werden. Angesprochen werden die Problemfelder der Vergütungsoptimierung durch Kodierung, der Reduktion des Ressourceneinsatzes je Behandlungsfall, der Verweildauerreduzierung, der Patientenselektion und der wirtschaftlich begründeten Fallzahlsteigerungen.

I. Überleitung der ökonomischen Anreize auf die Chefärzte durch Chefarztvertragsgestaltung

Die wirtschaftlichen Anreizwirkungen des neuen Abrechnungssystems beruhen maßgeblich auf der neuen Leistungs- und Kostentransparenz des Krankenhausbetriebsablaufes, welche die Möglichkeiten zur Analyse und Ausschöpfung brachliegender Optimierungspotentiale in der Krankenhausstruktur und dem Betriebsablauf verbessert, sowie auf der den Krankenhäusern in § 17 Abs. 1 S. 4 KHG neu eingeräumten Möglichkeit zur Erzielung von Gewinnen (und Verlusten), die den Krankenhausträgern die Ausschöpfung der Möglichkeiten des neuen Systems als lohnend erscheinen lässt.[462]

Nun sind es im Krankenhausbetriebsablauf jedoch nicht die Krankenhausträger oder der Klinikvorstand, welche maßgeblichen Einfluss auf den Ablauf des Behandlungsgeschehens und die Implementierung ökonomischer Maximen nehmen können, sondern vor allem die leitenden Krankenhausärzte (Chefärzte). Diesen obliegen die medizinischen Entscheidungen über die Aufnahme, die Behandlung, die Verlegung oder die Entlassung der Patienten und somit die maßgebliche Verantwortlichkeit für die Realisierung von Fehlanreizen wie der Ressourcenreduktion je Behandlungsfall, der Verweildauerreduzierung der Patienten, der Patientenselektion und der wirtschaftlich bedingten Fallzahlsteigerung. Weiterhin kommt ihnen als Aufgabe auch die Dokumentation und die Kodierung des Behandlungsgeschehens zu, welche maßgeblich sind für eine konkrete Klassifikation der Behandlungsfälle und eine leistungsgerechte Vergütung.[463]

Um das DRG-System und dessen ökonomische Anreizmechanismen vorteilhaft nutzen zu können, ist der Klinikträger daher gezwungen, die an ihn gerichteten wirtschaftlichen Anreize des DRG-Systems, insbesondere die Gewinnerzielungsmöglichkeit, an die leitenden Krankenhausärzte als maßgebliche Gestalter des Behandlungsgeschehens weiterzugeben und auf diese Weise deren Verhalten mit ihren eigenen ökonomischen Zielen in Übereinstimmung zu bringen. Als eine Möglichkeit für eine Einflussnahme auf die Chefärzte wären zunächst innerbetriebliche Weisungen an die Chefärzte zu ökonomischeren Behandlungsabläufen zu erwägen, doch erscheint deren Nutzen angesichts der Weisungsfreiheit der Chefärzte in

[462] Vgl. oben Kap. 1. H. II., Kap. 3. A. III. 2. a.
[463] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. c. bb. (2).

medizinischen Fragen nur gering. Die *Deutsche Krankenhausgesellschaft* hat dies erkannt und sich in der – als Reaktion auf das neue Abrechnungssystem erschienenen – 6. Auflage der „Beratungs- und Formulierungshilfe Chefarzt-Vertrag“[464] bemüht, die wirtschaftlichen Anreize des DRG-Systems an die Chefärzte weiterzuleiten, indem deren Vergütung verstärkt an die wirtschaftlichen Geschicke der Klinik gekoppelt wird. Statt der bisherigen regelmäßig vertraglich vereinbarten Vergütung der Chefärzte über ein Festgehalt und das Selbstliquidationsrecht im Bereich wahlärztlicher Leistungen („Fixum plus Privatliquidation“[465]) sieht das neue Vertragsmuster nunmehr eine Vergütung der Chefärzte über ein Festgehalt und eine zusätzliche variable Vergütung vor. Diese erfolgt durch eine prozentuale Beteiligung der Chefärzte an den Einnahmen des Krankenhausträgers in den in § 8 Abs. 2 des Mustervertrages im Einzelnen aufgezählten Bereichen, sowie durch einen Bonus, welcher gewährt wird, wenn der Chefarzt eine bestimmte, jährlich zu treffende Zielvereinbarung erreicht.[466]

Dieser Versuch der *DKG*, über eine Kopplung der chefärztlichen Vergütung an das Gewinnstreben des Klinikträgers auf ein stärker ökonomisch ausgerichtetes Verhalten der Chefärzte einzuwirken, ist bei der Bundesärztekammer, beim *Verband der leitenden Krankenhausärzte in Deutschlands (VKD)* sowie beim *Marburger Bund* als Vereinigung der Klinikärzte auf deutliche Ablehnung gestoßen. Die Anbindung der Chefarztvergütung an vorrangig ökonomisch ausgerichtete Zielkriterien wird als die bewusste Inkaufnahme des Risikos erachtet, „dass der Chefarzt durch finanzielle Anreize veranlasst werden kann, Leistungseinschränkungen zu erwägen, welche zu Lasten der Patientenversorgung gehen können. Eine derartige Koppelung ärztlich-medizinischer Gesichtspunkte und ökonomischer Erwägungen widerspricht dem ärztlichen Berufsethos (...).“[467] Auch die *Arbeitsgemeinschaft für Arztrecht* lehnte das neue Vertragsmuster der DKG ab und stellte ein neues, eigenes Vertragsmuster zur Diskussion, welches das Privatliquidationsrecht des Chefarztes beibehält und von einer Kopplung der chefärztlichen Vergütung mit den wirtschaftlichen Interessen des Krankenhausträgers absieht.[468] Um den Chefarzt zu wirtschaftlichem Handeln anzuhalten, wird hier die gemeinsame Vereinbarung von Abteilungsbudgets zwischen dem Krankenhausträger und dem Chefarzt vorgeschlagen, auf deren Einhaltung der Chefarzt vertraglich hinzuwirken verpflichtet wird.[469]

---

[464] *DKG*, Beratungs- und Formulierungshilfe Chefarzt-Vertrag.
[465] *Lelley/Sabin*, MedR 7/2004, S. 359, 630.
[466] Zu einem solchen Vorgehen des Klinikträgers vgl. *Ernst*, Krankenhaus-Controlling und monetäre Anreize für leitende Ärzte, S. 128 ff.; vgl. auch schon *Clemens*, in: *Schulin* (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, § 35 Rn. 35; zu arbeitsrechtlichen Fragen für das Chefarztvertragsverhältnis bei DRG-bedingten Umstrukturierungen von Kliniken (Abteilungsschließungen, Outsourcing, Trägerwechsel etc.) *Andreas*, ArztR 1/2005, S. 4 ff.
[467] *Bundesärztekammer, Verband der leitenden Krankenhausärzte Deutschlands, Marburger Bund*, Gemeinsame Hinweise vom 25. April 2003, S. 3.
[468] Vgl. § 8 Abs. 2 des Chefarzt-Musterdienstvertrages der Arbeitsgemeinschaft für Arztrecht, ArztR 2002, S. 172 ff., 174, 183.
[469] Vgl. § 3 Abs. 2 des Chefarzt-Musterdienstvertrages der Arbeitsgemeinschaft für Arztrecht, ArztR 2002, S. 172 ff., 174, 175.

Unbeachtlich der Frage, welches Vertragsmuster und Vergütungsmodell für Chefärzte sich in Zukunft durchsetzen wird – in den Jahren 2004 und 2005 haben Chefarztdienstverträge mit o.a. Zielvereinbarungen bereits erheblich an Bedeutung gewonnen[470] –, steht es außer Frage, dass sich die möglichen positiven wirtschaftlichen Effekte des neuen Abrechnungssystems nur dann realisieren lassen werden, wenn der vom Abrechnungssystem ausgehende Rationalisierungsdruck auf die Chefärzte durch die Schaffung entsprechender Anreizmechanismen übergeleitet werden kann, auch wenn dies möglicherweise deren Interessen zuwiderlaufen wird. Vor diesem Hintergrund ist der Weg, den die *DKG* mit dem neuen Vergütungsmodell für Chefärzte eingeschlagen hat, m. E. nicht derart negativ zu beurteilen, wie dies von der *BÄK*, dem *VKD* und dem *Marburger Bund* geschehen ist. Denn angesichts der Tatsache, dass wirtschaftliche Betriebsabläufe für das Überleben der Kliniken bei einer sich zuspitzenden Finanzsituation im Gesundheits- und Krankenhauswesen immer stärkere Bedeutung erlangen und die Chefärzte als Leiter der Abteilungen im Krankenhaus hierauf in sehr hohem Maße Einfluss nehmen, erscheint es nicht als untragbar, ihnen mit der Gewinnbeteiligung auch ein Stück des – maßgeblich von ihrem Verhalten abhängenden – unternehmerischen Risikos aufzubürden. Ob sie die neue ökonomische Verantwortlichkeit dann primär an ihren eigenen Profitzielen ausrichten werden oder doch das Wohl des Patienten als oberstes Gebot beibehalten werden, liegt an ihnen. Im Grunde befinden sie sich insofern in keiner anderen Situation als der niedergelassene Vertragsarzt, da auch dieser in einem direkten Konflikt zwischen „bloß“ fachgerechter Behandlung und der Verfolgung eigener wirtschaftlicher Ziele steht. Eine Unvereinbarkeit mit dem Berufsethos des Arztes, wie von den Kritikern angeführt, lässt sich m.E. nicht erkennen.

Die weitere Entwicklung der Chefarztdienstverträge gilt es aber gleichwohl wachsam im Auge zu halten. Sollte die derzeitige medizinisch weitgehend unabhängige Stellung der Chefärzte, die bisher durch ihre recht einträgliche Vergütung ermöglicht wird, durch allzu starken, über die Chefarztvergütung vermittelten ökonomischen Druck auf die Chefärzte gefährdet werden,[471] so steht zu befürchten, dass falsch verstandene „Wirtschaftlichkeit“ im Behandlungsablauf tatsächlich zu einem vermehrten Unterlassen medizinisch notwendiger Behandlungen im Einzelfall führt. Angesichts der entscheidenden Position, die die Chefärzte im Klinikalltag in Bezug auf die medizinischen Betriebsabläufe und somit mittelbar auf die Verwendung der finanziellen Ressourcen der Klinik einnehmen, würde hierdurch möglicherweise aber das gesamte deutsche Krankenhauswesen in eine Schieflage geraten, was sich das deutsche Gesundheitssystem nicht leisten kann. Etwaigen derartigen abträglichen Tendenzen gilt es daher entgegenzuwirken und einem zunehmenden Ungleichgewicht im Verhältnis zwischen der medizinischen Verantwortung der Chefärzte und deren Entgeltgenese Einhalt zu

---

[470] Vgl. im Einzelnen *Andreas*, ArztR 12/2005, S. 312 f.

[471] *Andreas*, ArztR 12/2005, S. 312, 313, hält bereits jetzt die Chefarztvergütung für zusehends „unkalkulierbar“, sofern sie verstärkt an Zielvorgaben gekoppelt wird.

gebieten.

Fraglich sind allerdings die hierfür angemessenen Instrumente. Zunächst erscheint es überlegenswert zu prüfen, ob Möglichkeiten zur Verfügung stehen, durch Normsetzung betreffend die Vergütungsstruktur der Chefarztdienstverträge das ausgewogene Verhältnis zwischen medizinischer Unabhängigkeit bzw. (richtig verstandener) Therapiefreiheit und ökonomischer Verantwortung der Chefärzte zu stärken.[472] Insofern wäre an eine gesetzliche Normierung von Grundzügen des Chefarztvertragsverhältnisses zu denken, etwa durch Ergänzung des Dienstvertragsrechts im BGB (Einführung spezieller Vergütungsstrukturregelungen für Chefärzte) oder durch separate (sonder-)gesetzliche arbeitsrechtliche Regelungen. Als (konkurrierende) Kompetenzzuweisung für den Bundesgesetzgeber dürfte wohl zunächst Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrecht) zu diskutieren sein, welcher als speziellere Vorschrift dem Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Bürgerliches Recht) vorgeht und welcher bereits als Grundlage für die gesetzlichen Entgeltregelungen zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle und an Feiertagen diente.[473] Nicht zuletzt angesichts der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG erscheint es derzeit allerdings recht fraglich, ob eine gesetzliche Intervention zur Regulierung des Chefarztdienstvertragsrechts überhaupt angezeigt ist, was m.E. – jedenfalls im derzeitigen Stadium der Entwicklung des neuen Vergütungssystems – im Ergebnis zu verneinen ist: Wie genau sich die Anreizmechanismen des neuen Vergütungssystems auf den Krankenhausbetriebsablauf und auf das medizinisch und sozialrechtlich relevante Verhalten der Chefärzte niederschlagen wird, kann jedenfalls zur Zeit, in der Anfangsphase des neuen Vergütungssystems und bei den sich derzeit vollziehenden Umstrukturierungen im Krankenhaus- und Gesundheitssektor nur schwerlich ausgemacht werden. Die Benennung konkreten Handlungsbedarfs auf dem Gebiet der Chefarztvertragsgestaltung durch „statische“ gesetzgeberische Normgebung erscheint daher (noch) nicht für sinnvoll, da die Gefahr besteht, durch eine vorschnelle Manifestation eines bestimmten Vergütungssystems für Chefärzte die derzeitigen möglicherweise selbstregulierenden Umstrukturierungen zu beeinträchtigen.

Die Entwicklung das Chefarztwesens und der Chefarztvertragsgestaltung sollte in näherer Zukunft daher noch in den Händen der autonomen Vertragspartner (Klinikträger und Chefarzt) sowie der betroffenen Interessenvertreter (z.B. *BÄK, DKG, Marburger Bund, VKD*) verbleiben, damit diese – wie bereits erfolgreich in der Vergangenheit – durch eine dynamische und zeitnahe Auseinandersetzung mit den jeweiligen Entwicklungen im Krankenhaussektor zu einem annehmbaren Ausgleich der beteiligten Interessen und zur Aufsetzung von Musterdienstverträgen kommen. Erst wenn dieser Mechanismus nicht mehr funktionieren sollte und die medizinischen Ziele des Krankenhaussektors gefährdet werden, sollte ein weiteres normatives Einschreiten in Betracht gezogen werden.

---

[472] Diese Überlegung wurde aufgeworfen von *H. Bogs* im Rahmen des Zweitgutachtens zur vorliegenden Arbeit.

[473] *V. Mangoldt/Klein/Pestalozza*, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl., Bd. 8, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 57, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 Rn. 807 ff.

II. Vergütungsoptimierung durch Dokumentation und Kodierung

Eine leistungsgerechte Vergütung der Behandlungsfälle im DRG-System setzt eine umfassende Dokumentation aller relevanten Patientendaten und deren fehlerfreie Verschlüsselung (Kodierung) voraus; Fehler in der Dokumentation oder in der Kodierung führen zu einer Einstufung des Behandlungsfalles in eine zu hohe oder zu niedrige Fallgruppe im DRG-System und dementsprechend zu einer zu hohen oder einer zu niedrigen Vergütung der erbrachten Leistungen.[474]

Für solch fehlerhafte Vergütungen der Krankenhausleistungen sieht § 17c Abs. 3 KHG vor, dass sie zu Unrecht gezahlte oder nicht gezahlte Beträge – sofern sie erkannt werden – zwischen Krankenhaus und Krankenversicherung auszugleichen sind. Dies soll möglichst in einem vereinfachten, pauschalierten Ausgleichsverfahren erfolgen, damit eine Erstattung in jedem Einzelfall vermieden wird. Als pauschaliertes Ausgleichsverfahren erscheint etwa die Verrechnung der zu erstattenden Beträge über das Erlösbudget oder über die Fallpauschalen des folgenden Jahres.

Das Ausgleichsverfahren erfasste in den Jahren 2003 und 2004 sowohl zu hohe als auch zu niedrige Vergütungen, ab 2005 dann nur noch zu hohe, so dass das Risiko von (zu hohen und zu niedrigen) Fehlabrechnungen einseitig den Krankenhäusern zugeschoben wird. Nachgewiesen grob fahrlässig oder vorsätzlich zu hohe Abrechnungen der Krankenhäuser werden zudem finanziell sanktioniert, indem die Krankenhäuser in diesen Fällen zusätzlich zur Ausgleichszahlung einen weiteren Betrag in derselben Höhe an die Kostenträger zurückzuzahlen haben (§ 17c Abs. 3 S. 4 KHG[475]). Für die Krankenhäuser kann dies eine erhebliche finanzielle Schädigung bedeuten.[476]

1. Anreiz: Verbesserte Dokumentation und Kodierung

Um die Behandlungsdokumentation und Kodierung in ihrem eigenen Interesse zu optimieren, liegt es zunächst an den Krankenhausträgern, den für die Dokumentation als auf für die DRG-gerechte Kodierung zuständigen Chefärzten bzw. deren Hilfspersonen[477] die erforderlichen, möglichst optimalen sachlichen Voraussetzungen (Equipment) und das Know-how zur Verfügung zu stellen.

---

[474] Vgl. schon oben Kap. 2. B. II. 1. a. bb. (6).
[475] Vgl. dazu oben Kap. 2. C. III. 2. d.
[476] *Roeder/Rochell/Juhra/Irps/Glocker/Fiori/Hensen*, f&w 1/2002, S. 14, ebenda.
[477] Der Einsatz von Hilfspersonen befreit den Chefarzt von seiner Verantwortlichkeit nicht, *Wilke*, f&w 6/2001, S. 572 ff.; Deutsche Kodierrichtlinien, Version 2006, Einleitung, S. VI.

Zunächst gilt es daher, die Informations- und Kommunikationstechnologien im Krankenhaus (IuKT) sowie das Krankenhausinformationssystem (KIS) hinsichtlich des Verfahrens der Datenerfassung zu verbessern, wobei es zur Minimierung von Datenverlusten erstrebenswert erscheint, die Erfassung und auch die Kodierung der DRG-relevanten Behandlungsmerkmale direkt am Ort der Leistungserbringung anzusiedeln. Als sehr nützlich zur Gewährleistung einer leistungsnahen Erfassung und Kodierung der Patientendaten erweist sich hierbei beispielsweise der Einsatz mobiler Taschencomputer (sog. „Handheld-Computer"), mit deren Hilfe der behandelnde Arzt bzw. sein Team direkt vor Ort am Patientenbett die gesamten kodierungsrelevanten medizinischen Daten festhalten und der elektronischen Datenverarbeitung zuführen kann.[478] Studien haben gezeigt, dass die Dokumentation mittels Handheld-Computern im Schnitt dreimal mehr Nebendiagnosen erfasst als die herkömmliche Methode der medizinischen Dokumentation. Weiterhin bietet die direkte elektronische Datenverarbeitung die Möglichkeit, problemlos und ohne Nachteile für die Dokumentation und Kodierung auf Veränderungen und Ausweitungen der maßgeblichen Kodierschlüssel von ICD-10 und OPS-301 flexibel zu reagieren und sie in Bezug auf die DRG-Gruppierung überhaupt sinnvoll anzuwenden.[479]

Neben der Verbesserung der informatorischen und kommunikativen Infrastruktur sollten die Krankenhausträger die zuständigen Mediziner auch regelmäßig intensiv in Bezug auf ihre Dokumentations- und Kodieraufgaben schulen.[480]

Weiterhin empfiehlt es sich für die Kliniken, ein hausinternes System zur Kontrolle der Dokumentation und Kodierung einzuführen, welches die von den behandelnden Ärzten erfassten Daten überprüft.[481] Möglich ist etwa zu untersuchen, ob die erhobene Daten

- vollzählig sind (Hauptdiagnose vorhanden?),
- vollständig sind (alle Erkrankungen erfasst?),
- richtig sind (existiert die vorgenommene Kodierung?),
- zulässig sind (Vereinbarkeit mit den Kodierrichtlinien?),
- widerspruchsfrei sind (z.B. Übereinstimmung von Geschlecht und Diagnose?),

und ob die gewählte Kodierung den Fall angemessen abbildet. Zur Durchführung einer solchen Überprüfung eignen sich etwa Medizinische Dokumentare, Dokumentationsbeauf-

---

[478] Eine Simulation der Benutzeroberfläche der Dokumentationssoftware findet sich unter URL: http://www.meditrace.de (letzter Abruf: 20.12.2004).

[479] Zur Einführung und den Vorteilen der Handheld-Computer *Köpfer/Hentsch*, f&w 4/2002, S. 354 ff.; zu den Vorteilen der elektronischen Verarbeitung von Patientendaten allgemein *Pflüger*, Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden, S. 212 ff.; vgl. auch *Stausberg*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhausreport 2003, S. 255 ff.

[480] *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 114; vgl. ferner *Köpfer/Hentsch*, f&w 4/2002, S. 354 ff.; *Wilke*, f&w 6/2001, S. 572, 573.

[481] Vgl. schon oben Kap. 2. B. II. 1. c. bb. (2)

tragte oder Controller.[482]

Vor dem Hintergrund ausländischer Erfahrungen ist anzunehmen, dass sich in den ersten vier Jahren nach der Einführung des DRG-Systems die medizinische Dokumentation wesentlich ausweitet und die Kodierung sich deutlich verbessert. Dies führt dazu, dass die Patienten unter dem DRG-System „auf dem Papier" vielfach kränker erscheinen als unter dem alten Pflegesatzsystem,[483] und dass sich demzufolge der Casemix-Index[484] der Krankenhäuser steigert. Das nachgewiesene Potenzial soll bei etwa 15 % liegen.[485] Auch der Gesetzgeber rechnet unter dem neuen Abrechnungssystem mit einer erheblich umfangreicheren und gründlicheren Dokumentation und Kodierung der Behandlungsfälle als unter dem alten System[486] und schreibt in § 10 Abs. 3 S. 3 KHEntgG daher vor, einem Anstieg des Casemix-Index durch eine sinnvolle Anpassung des Basisfallwertes Rechnung zu tragen.

2. Anreiz: Upcoding

Neben der bloßen Verbesserung von Dokumentation und Kodierung zur Erzielung einer möglichst leistungsgerechten Vergütung enthält das DRG-System auch den Anreiz, die anfallenden Behandlungsfälle zur Erlössteigerung des Krankenhauses durch geschickte Kodierung unter Verstoß gegen die Kodierregeln in möglichst hoch vergütete DRGs einzuordnen. Allgemein wird dieses Phänomen als „Gaming" bezeichnet, die Unterform der Fallhöherstufung als „Upcoding", „DRG-Creep" oder „Reverse-Coding",[487] wobei „Upcoding" der insgesamt wohl geläufigste Begriff ist.[488] In Deutschland wurden auf Kodierseminaren für Ärzte und in krankenhausinternen Fortbildungen angeblich Anleitungen gegeben, wie und in welchen Fällen Upcoding am besten betrieben werden kann, und es existieren wohl auch eigens entwickelte Computerprogramme, welche die Falldaten eines Patienten prüfen und – unter Verstoß gegen die Kodierrichtlinien – zielgerichtet die erlösoptimale Fallgruppe ermitteln („Best-Grouper").[489] In Australien haben sich die für die Falldatenverschlüsselung zuständigen Coder zur Unterbindung von Upcoding einem selbstrestringierenden Verhaltens-

---

[482] *Stausberg*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhausreport 2003, S. 255, 259.
[483] *Fritsche/Lohmann/Langrehr/Neuhaus/Neumayer*, f&w 2/2001, S. 173, 174; *Ohm/Albers/Aßmann/Brase*, f&w 1/2001, S. 38, 39.
[484] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. a. ff.
[485] *Stausberg*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhausreport 2003, S. 255, 259.
[486] Begründung zum Entwurf des § 10 Abs. 3 S. 3 KHEntgG, BT-Drs. 14/6893, S. 45.
[487] *Sangha*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 87, 91; *Lauterbach/Lüngen*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 115, ebenda; *dies*., DRG-Fallpauschalen: Eine Einführung, S. 65; *dies*., G&G 11/2000, S. 36, 38; *Lüngen*, Möglichkeiten der ergebnisorientierten Vergütung, S. 34; *Fritsche/Lohmann/Langrehr/Neuhaus/Neumayer*, f&w 2/2001, S. 173, 174; *Ehlers/Rath*, KrV 2001, S. 143, 144.
[488] Ausführlich zu betriebswirtschaftlichen Fragen des Upcoding *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 102 ff.
[489] *Roeder/Rochell/Juhra/Irps/Glocker/Fiori/Hensen*, f&w 1/2002, S. 14, 16; *Albrecht*, Kritik der reinen Pauschale, in: Die Zeit 22/2001.

codex unterworfen; nichtsdestotrotz wird von den Kliniken auf sie bisweilen angeblich Druck zur Höherkodierung ausgeübt.[490]

Upcoding tritt in zwei Varianten auf. Die eine besteht darin, die tatsächlich vorliegenden Diagnosen und Prozeduren unrichtig zu gewichten, so dass es etwa zu einem erlösoptimalen Vertauschen von Haupt- und Nebendiagnosen kommt und der Fall von vornherein einer lukrativeren Hauptdiagnosegruppe zugeordnet wird; die andere erfolgt, indem tatsächlich nicht erbrachte Leistungen oder nicht vorliegende Nebenerkrankungen in die Kodierung mit aufzunehmen, um den Schweregrad des Behandlungsfalles zu steigern.

Der Nachweis von Upcoding stellt sich in der Praxis außerordentlich schwierig dar. Hinsichtlich des Upcodings in der Variante eines Vertauschens von Haupt- und Nebendiagnose liegt dies zunächst daran, dass die Kodierrichtlinien dem Arzt bei der Festlegung der Hauptdiagnose einen gewissen Ermessensspielraum zugestehen: So ist die Hauptdiagnose in Anlehnung an das australische Verständnis definitionsgemäß

> „Die Diagnose, die nach Analyse als diejenige festgestellt wurde, die hauptsächlich für die Veranlassung des stationären Krankenhausaufenthaltes des Patienten verantwortlich ist. (...) Wenn zwei oder mehrere Befunde/Symptome bei der Beobachtung des Verdachtsfalles für die Hauptdiagnose in Frage kommen, so ist vom behandelnden Arzt diejenige auszuwählen, die für Untersuchung und/oder Behandlung die meisten Ressourcen verbraucht hat.“[491]

Obwohl der Arzt nach dieser Definition zunächst ausschließlich medizinische Kriterien in seine Erwägungen miteinbeziehen und erst in einem zweiten Schritt ökonomische Belange beachten darf, liegt es nahe, dass er in Zweifelsfällen sofort und nicht erst im zweiten Schritt ökonomischen Beweggründen nachgeben wird. So wird er bei einem Patienten, der sowohl wegen Herzinsuffizienz als auch wegen einer Herzklappenerkrankung in die Klinik eingeliefert wird, eher dahin tendieren, in Grenzfällen die „teure“ Herzinsuffizienz[492] und nicht die „billige“ Herzklappenerkrankung[493] als Hauptdiagnose anzugeben.[494] Ein Nachweis, dass hierbei auch ökonomische Erwägungen von Belang waren, wird nur schwer zu erbringen sein.

Die Schwierigkeit des Nachweises von Upcoding in der zweiten Variante, also der Einbeziehung tatsächlich nicht vorliegender Diagnosen oder Prozeduren in die Falleinstufung,

---

490 *Kuhlmeyer*, f&w 6/2001, S. 568, 569.

491 Deutsche Kodierrichtlinien, Version 2006, Kap. D002d (S. 4); vor Einführung des DRG-Systems war im deutschen Mischsystem die Hauptdiagnose stets diejenige, die rückblickend zum höchsten Ressourcenverbrauch geführt hat, vgl. oben Kap. 2 B. II. 1. a. bb. (1); *Wilke*, f&W 6/2001, S. 572, 574, weist auf australische Bestrebungen hin, nun ihrerseits die alte deutsche Hauptdiagnosedefinition einzuführen.

492 DRG F62A, Herzinsuffizienz und Schock mit äußerst schweren Nebenerkrankungen, mit Dialyse oder Reanimation oder komplizierender Diagnose, Bewertungsrelation 1,704 bei Behandlung in der Hauptabteilung (Fallpauschalenkatalog 2006).

493 DRG F69A, Herzklappenerkrankungen mit äußerst schweren oder schweren Nebenerkrankungen, Bewertungsrelation 0,937 bei Behandlung in der Hauptabteilung (Fallpauschalenkatalog 2006).

494 Vgl. *Lüngen*, Möglichkeiten der ergebnisorientierten Vergütung stationärer Krankenhausleistungen in Deutschland, S. 34 f.

besteht darin, dass die Krankenkassen die ihnen von den Klinken vorgelegten Rechnungen im Einzelfall lediglich auf deren Schlüssigkeit hin überprüfen können, nicht jedoch auf deren Übereinstimmung mit den real erbrachten Krankenhausleistungen; [495] diesbezüglich sind sie auf ihr Vertrauen zu den Ärzten angewiesen.

Einzig aus der Betrachtung der gesamten statistischen Abrechnungsdaten eines Krankenhauses innerhalb eines Abrechnungszeitraumes können sich gewisse Indizien für durchgeführten Manipulationen ergeben.[496] So deutet beispielsweise ein Anstieg des Casemix-Index des Krankenhauses, der über dem normalen Anstieg nach der Einführung von DRGs[497] und über dem Anstieg des Casemix-Index vergleichbarer Krankenhäuser liegt, auf illegales Upcoding hin; gleiches gilt, wenn in einem Krankenhaus mehr zu hohe als zu niedrige Fehlabrechnungen zu beobachten sind.[498] Ergibt dann noch eine genauere Analyse der Fallstruktur des Krankenhauses, dass bestimmte schweregradsteigernde Nebendiagnosen in besonderer Häufung auftreten, so liegt eine Abrechnungsmanipulation nahe.[499]

Abschließend ist noch anzumerken, dass die Erfahrungen im Ausland zeigen, dass Upcoding zumeist in den ersten drei bis fünf Jahren nach der Einführung von DRG-Systemen zu beobachten ist.[500] In der Regel jedoch übersteigen in diesem Zeitraum die fehlerhaften Unterkodierungen die fehlerhaften Höherkodierungen, so dass die durch Upcoding angerichteten Schäden für die Behandlungskostenträger insgesamt gering sind.[501]

3. Rechtliche Würdigung von Upcoding

a. Ansprüche der Patienten

Sofern das Upcoding im Einzelfall auf einer manipulierten und unrichtigen Dokumentation der Behandlung beruht, etwa weil von den behandelnden Ärzten Diagnosen, Prozeduren und Leistungen angeführt wurden, die tatsächlich nicht erbracht wurden, so bedeutet dies aus Sicht des Patienten eine verfälschte Darstellung seines Gesundheitszustandes und Krankheits-

---

[495] *Ehlers/Rath*, KrV 2001, S. 143, 144. Im Grunde geht es hier um das seit jeher bekannte Problem der Abrechnungskontrolle von Arztleistungen.
[496] *Mansky*, KrV 1998, S. 64, 67.
[497] Vgl. dazu soeben unter Kap. 4. E. II. 1.
[498] Begründung zum Entwurf des § 17c Abs. 3 KHG, BT-Drs. 14/6893, S. 34.
[499] Beispiele für „beliebte“ Nebendiagnosen sind z.B. Sepsis (Blutvergiftung), Anämie (Blutarmut), Störungen des Elektrolyt- und Wasserhaushaltes, Harnwegeinfekt oder Dekubitus (Haut- oder Gewebeschäden durch Druckeinwirkung, z.B. wegen Bettlägerigkeit), *Roeder/Rochell/Juhra/Irps/Glocker/Fiori/Hensen*, f&w 1/2002, S. 14, 17.
[500] *Lauterbach/Lüngen*, DRG-Fallpauschalen: Eine Einführung, S. 70; *Lüngen*, Möglichkeiten der ergebnisorientierten Vergütung stationärer Krankenhausleistungen in Deutschland, S. 37; *Schmitz*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 195, 201.
[501] *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 114.

verlaufs, weshalb ihm gegenüber dem Krankenhaus zunächst ein Anspruch auf Löschung der fehlerhaften Angaben und auf Berichtigung seiner Krankenunterlagen zusteht. Vertraglich lässt sich dieser unproblematisch aus dem Krankenhausaufnahmevertrag und der darin enthaltenen Verpflichtung zu einer ordnungsgemäßen Dokumentation herleiten, deliktisch folgt der Anspruch des Patienten auf Berichtigung der Krankenunterlagen daraus, dass in den unrichtigen Patientenunterlagen eine fortwährende falsche Darstellung seiner Person und somit eine Beeinträchtigung seines Persönlichkeitsrechts zu erblicken ist,[502] welche in entsprechender Anwendung des § 1004 BGB zu beseitigen ist.[503] Weiterhin ergibt sich der Löschungs- und Berichtigungsanspruch aus datenschutzrechtlichen Grundsätzen, vgl. z.B. § 8 GDSG NRW, §§ 20, 35 BDSG.[504]

Neben dem Löschungs- und Berichtigungsanspruch steht dem Patienten für den Fall, dass er als privat Versicherter oder als Selbstzahler die durch das Upcoding entstandenen zu hohen Honorarforderungen beglichen hat, ein Anspruch auf Rückerstattung der überzahlten Beträge zu. Vertragliche Grundlage hierfür ist der Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. dem Krankenhausaufnahmevertrag wegen Verletzung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Abrechnung; deliktisch kommt Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB wegen Abrechnungsbetruges in Betracht. Daneben besteht gegenüber dem Krankenhaus auch ein Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, § 818 Abs. 2 BGB.[505]

b. Ansprüche der Kostenträger

Das Interesse der gesetzlichen und privaten Krankenversicherungen als Kostenträger der Behandlung richtet sich auf eine Rückerstattung der aufgrund des Upcodings überhöht gezahlten Rechnungsbeträge.

Als Grundlage für die Ansprüche der *privaten Krankenversicherungsunternehmen* kommt dabei der Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 1. Var. BGB (Leistungskondiktion) in Frage, da in Höhe desjenigen Betrages, um den die Krankenhausrechnung durch das

---

[502] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 456.

[503] Zur entsprechenden Anwendung des § 1004 auf das allg. Persönlichkeitsrecht vgl. nur Palandt-*Sprau*, BGB, Einf v § 823 Rnrn. 24, 28; Palandt-*Bassenge*, BGB, § 1004 Rn. 4.

[504] Vgl. oben Kap. 4. D. II. 3. d.

[505] Mögliche Ansprüche des Patienten nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB wegen Abrechnungsbetruges sollen an dieser Stelle nicht diskutiert werden. Hingewiesen sei jedoch darauf, dass der Abrechnungsbetrug, welcher bisher ausschließlich im Bereich des Vertragsarztwesens und der Privatliquidation der Chefärzte (nach GOÄ) diskutiert wurde (vgl. nur *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 151, m.w.N.), mit der neuen, transparenten und vor allem leistungsgerechten Vergütung und einer möglichen Teilhabe der Ärzte an den Gewinnen des Krankenhauses wird das Problem des Abrechnungsbetruges in Zukunft jedoch wohl auch Einzug in den Krankenhaussektor nehmen; zu den Grundsätzen des Abrechnungsbetruges vgl. z.B. das Urteil des *BGH* vom 05.12.2002, ArztR 2/2004, S. 42 ff.; ferner *BGH*, ArztR 3/2004, S. 80, der klarstellt, dass bei der Inrechnungstellung nicht erbrachter Leistungen mangels „unechter“ Urkunde jedenfalls keine Urkundenfälschung nach § 267 StGB gegeben ist.

Upcoding erhöht wurde, weder ein Honoraranspruch des Krankenhausträgers gegen den versicherten Patienten, noch ein Kostenerstattungsanspruch des Patienten gegen den Versicherer besteht. Ob der private Krankenversicherer sich mit seinem Bereicherungsanspruch an den Patienten oder an den Krankenhausträger halten muss, ist allerdings nach den Umständen des Einzelfalles zu entscheiden; insofern ist auf die bereits an anderer Stelle ausgeführten Grundsätze zu verweisen.[506]

Die *gesetzlichen Krankenkassen* können die überzahlten Krankenhaushonorare – sofern sie dem MDK aufgrund der Prüfung nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V auffallen – direkt von den Kliniken zurückverlangen, bezüglich des Verfahrens gilt insofern allerdings die besondere Regelung des § 17c Abs. 3 S. 4 KHG. Im Hinblick auf mögliche Fehlabrechnungen der Krankenhäuser sollen die Krankenhäuser und die Krankenkassen zur Vermeidung von Rückerstattungen in jedem Einzelfall ein vereinfachtes, pauschalierendes Ausgleichsverfahren vereinbaren; bei grob fahrlässig oder vorsätzlich zu hohen Fehlabrechnungen – also im Falle von Upcoding – ist zudem vorgesehen, dass die Krankenhäuser einen zusätzlichen Geldbetrag in Höhe der durch das Upcoding entstandenen Differenz zu zahlen haben. Da dies den Krankenhausträger im Einzelfall empfindlich treffen kann,[507] wird diese Regelung insgesamt als ein wirksamer Ansatz zur Unterbindung von Upcoding begriffen.[508]

Im Falle von Streitigkeiten um Grund und Höhe der Rückzahlungen steht den Parteien gemäß § 51 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) der Rechtsweg zu den Sozialgerichten offen, allerdings sollen gerichtliche Verfahren möglichst vermieden werden, weshalb in § 17c Abs. 4 KHG vorgesehen ist, dass in jedem Bundesland eine neutrale Schlichtungsstelle eingesetzt wird.

c. Konsequenzen für den verantwortlichen Arzt[509]

Das Upcoding führt – sofern es erkannt wird – aufgrund der in § 17c Abs. 3 S. 4 KHG angeordneten Strafzahlungspflicht zu einer finanziellen Schädigung des Krankenhausträgers. Hierfür wird sich dieser möglicherweise im Regresswege beim verantwortlichen Krankenhausarzt schadlos halten wollen. Die Voraussetzungen hierfür liegen theoretisch vor. So obliegt es dem Arzt aufgrund seines Anstellungsverhältnisses gegenüber dem Krankenhausträger, an einer richtigen und vollständigen Dokumentation und Kodierung des Behandlungs-

---

[506] Vgl. oben Kap. 4. D. IV.

[507] *Roeder/Rochell/Juhra/Irps/Glocker/Fiori/Hensen*, f&w 1/2002, S. 14, ebenda.

[508] *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 114 f.; vgl. auch *Lüngen*, Möglichkeiten der ergebnisorientierten Vergütung, S. 38.

[509] Straf- und berufsrechtliche Konsequenzen, die sich aus einer möglichen Einordnung des Upcodings als krankenhausspezifische Ausformung des Abrechnungsbetrugs ergeben, sollen an dieser Stelle nicht dargestellt werden, in diesem Zusammenhang sei grundsätzlich auf *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 151 IV, m.w.N., verwiesen.

falles mitzuwirken; kommt er dem nicht nach, so ist in dem – sanktionsbewährten grob fahrlässigen – Upcoding eine Verletzung der Pflichten des Arztes aus dem Anstellungsverhältnis zu sehen, welche zu einer finanziellen Schädigung des Krankenhausträgers führt. Dem Krankenhausträger steht daher nach § 280 Abs. 1 BGB bzw. § 46 Abs. 1 BRRG i.V.m. den jeweiligen Ländervorschriften, bzw. § 14 BAT grundsätzlich eine Regressmöglichkeit gegen den Krankenhausarzt zu; etwaige Haftungsmilderungen nach den Regeln des innerbetrieblichen Schadensausgleichs greifen aufgrund des beim Upcoding bestehenden vorsätzlichen Verhaltens des Krankenhausarztes grundsätzlich nicht.[510]

Jedoch erscheint in der Praxis ein Regress des Krankenhausträgers gegen den Krankenhausarzt eher unwahrscheinlich, da es wohl zumeist so sein wird, dass das Upcoding der Krankenhausärzte mit Billigung oder sogar auf Geheiß des Krankenhausträgers erfolgt. Die Gewinnsteigerung durch Upcoding kommt nämlich vornehmlich dem Krankenhausträger zu Gute (dem Krankenhausarzt nur dann, wenn diesem eine Beteiligung an den Gewinnen des Krankenhauses zugesagt ist, was bisher allerdings eher unüblich ist[511]). Ein eigenes, vom Willen des Klinikträgers autonomes Interesse des Krankenhausarztes an der Praktizierung von Upcoding besteht daher zumeist nicht. Sollte jedoch der Krankenhausträger dennoch im Regresswege gegen den Krankenhausarzt vorgehen wollen, so ist stets auch an ein Mitverschulden des Krankenhausträgers zu denken; immerhin obliegt es ihm nach § 17c Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KHG, „geeignete Maßnahmen“ zu ergreifen, damit „die Abrechnung der (...) Krankenhausfälle ordnungsgemäß erfolgt.“ Gelingt ihm dies nicht, so trifft ihn an der Fehlabrechnung des Arztes eine Mitverantwortlichkeit, die er sich nach § 254 BGB gegenüber dem Krankenhausarzt anspruchsmindernd anrechnen lassen muss.

Angesichts der neuen, verantwortungsvollen Aufgaben, die in den Bereichen der Dokumentation und Kodierung auf den Krankenhausarzt zukommen, empfiehlt es sich sowohl für den Krankenhausarzt als auch für den Krankenhausträger, die gegenseitigen Pflichten in einer speziellen Vereinbarung festzulegen. So ist etwa an ein Recht des Krankenhausarztes auf regelmäßige Fortbildung bzw. regelmäßiges Training in Dokumentations- und Kodierregeln zu denken und an etwaige Verpflichtungen des Krankenhausträgers zur personellen und sächlichen Unterstützung des Krankenhausarztes. Dies würde zum einen generell die Dokumentations- und Kodierqualität verbessern und sichern helfen, und zum anderen auch erleichtern, die Sorgfaltsanforderungen zu definieren, die bei Dokumentation und Kodierung an die Krankenhausärzte zu stellen sind.

---

[510] Vgl. oben Kap. 4. D. III. 3.
[511] Vgl. oben Kap. 4. E. I.

III. Reduktion des Ressourcenaufwandes je Behandlungsfall

Die mit der Einführung des neuen Abrechnungssystems einhergehende Befürchtung einer qualitätsmindernden Reduktion des Ressourcenaufwandes je Behandlungsfall[512] resultiert primär aus dem weiterhin gestiegenen Kostendruck im Gesundheits- und Krankenhauswesen und somit aus allgemeinen Sparsamkeitserwägungen der Behandelnden und weniger aus der dem DRG-System eigenen Abrechnungssystematik. Der (Fehl-)Anreiz zur qualitätsmindernden Reduktion des Ressourcenaufwandes je Behandlungsfall ist daher nicht DRG-typisch, sondern kann ist auch unter anderen Abrechnungsformen denkbar. Das deutsche, DRG-basierte Abrechnungssystem unterstützt die Ausprägung dieses Fehlanreizes allerdings im Besonderen: Zum einen werden durch die neu eingeführte Möglichkeit einer Gewinnerwirtschaftung (§ 17 Abs. 1 S. 4 KHG) kostensenkende Einsparmaßnahmen im Behandlungsbetrieb für die Kliniken besonders attraktiv; zum anderen ermöglicht es die leistungsgerechte, transparente Vergütung im DRG-System, die Möglichkeiten zur Kostensenkung zu erkennen und umzusetzen.

Kostensenkende Maßnahmen zur Einsparung von Ressourcen sind in allen Bereichen der Krankenhausbehandlung möglich, so schon bei der Wahl der Art der Krankenhausbehandlung (ambulant, stationär, vor- oder nachstationär), in Diagnostik und Therapie und auch auf dem Gebiet der personellen und sachlichen Ausstattung des Krankenhauses. Als allgemeiner Grundsatz gilt dabei, dass ökonomisch motivierte Einsparungen im Krankenhausbetrieb so lange zulässig sind, wie bei der Behandlung die Grenzen des jeweils gültigen medizinischen Standards eingehalten werden.[513] Einsparmaßnahmen dürfen lediglich rationalisierend, nicht aber rationierend wirken.[514]

1. Reduktion des Ressourcenaufwandes durch die Wahl der Art der Krankenhausbehandlung

Seit dem Gesundheitsstrukturgesetz von 1993[515] können Krankenhausleistungen gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 SGB V vollstationär, teilstationär, vor- und nachstationär sowie ambulant erbracht werden. Die vor- und die nachstationäre Behandlung erfolgt ohne Unterbringung und Verpflegung des Patienten im Krankenhaus und ergänzt den stationären Aufenthalt, indem sie die Klärung der stationären Behandlungsbedürftigkeit des Patienten herbeiführt oder der Vorbereitung eines stationären Aufenthaltes oder dessen Nachsorge dient (§ 115a SGB V).

---

[512] *Sell*, Stellungnahme als Einzelsachverständiger zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes am 10. Oktober 2001, S. 3, 9.

[513] Zum medizinischen Standard vgl. oben Kap. 4. D. II. 3. a. aa., bb.

[514] Vgl. dazu oben Kap. 3. A. I. 2.

[515] Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz) vom 21. Dezember 1992, BGBl. I, S. 2266.

Die ambulante Krankenhausbehandlung hingegen ersetzt die stationäre Behandlung (§ 115b SGB V) und liegt vor, wenn der Patient die Nacht vor und nach dem Eingriff nicht im Krankenhaus verbringt.[516] Sie kommt in Frage für bestimmte Operationen und sonstige stationsersetzende Eingriffe. Ihre Vergütung erfolgt direkt durch die Krankenkassen, allerdings aus dem jeweiligen Krankenhausbudget (§ 115b Abs. 2 S. 4 SGB V).[517] Die Einzelheiten der ambulanten Behandlung und die ambulanzfähigen Operationen und sonstigen stationsersetzenden Eingriffe haben die Spitzenverbände der Krankenkassen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft sowie die Kassenärztliche Bundesvereinigung gemäß § 115b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V in einem gesondert vereinbarten Katalog festgelegt.[518]

a. „Ambulant vor stationär" – „Im Zweifel stationär vor ambulant"

Die Entscheidung, ob im Einzelfall der Patient stationär oder ambulant behandelt werden soll, ist gemäß § 39 Abs.1 S. 2 SGB V vom Krankenhaus nach einer Prüfung der Behandlungsbedürftigkeit des Patienten zu entscheiden. Dabei gilt, dass aus sozialrechtlicher Sicht – aus Kostengründen – die stationäre Behandlung grundsätzlich nachrangig zu den anderen Behandlungsformen heranzuziehen ist und nur dann erfolgen darf, wenn das Behandlungsziel nach Prüfung durch das Krankenhaus nicht auch durch teilstationäre, vor- und nachstationäre Behandlung, ambulante Behandlung oder häusliche Pflege erreicht werden kann. Im Sozialrecht gilt folglich der Grundsatz „ambulant vor stationär".

Haftungsrechtlich allerdings gestaltet sich die Situation für die über die Art und Weise der Behandlung entscheidenden Ärzte anders. Hier gilt, dass nicht wirtschaftliche Erwägungen, sondern die Sicherheit des Patienten für die Wahl der Behandlungsart entscheidend sind.[519] Da aber die stationäre Behandlung eines Patienten aufgrund der besseren therapeutischen Überwachungsmöglichkeiten vielfach sicherer erscheint als eine ambulante Behandlung, wird der sozialrechtliche Grundsatz „ambulant vor stationär" im Haftungsrecht durch den Grundsatz „im Zweifel stationär vor ambulant" modifiziert.[520]

Mit Einführung des DRG-Systems ist anzunehmen, dass sich bei der Wahl der Art der Krankenhausbehandlung eine merkliche Verlagerung bestimmter Leistungen in den ambulan-

---

[516] *BSG*, Urteil vom 04.03.2004, MedR 12/2004, S. 702 ff., ArztR 2/2005, S. 36 ff. Eine stationäre Behandlung liegt auch dann vor, wenn der Patient nach der Vornahme einer „ambulanten" Operation in der Praxis eines niedergelassenen Vertragsarztes von diesem zu einem Krankenhausaufenthalt veranlasst wird; in diesem Falle ist die „ambulante" Operation dem stationären Aufenthalt zuzurechnen, *BSG*, Urteil vom 08.09.2004, MedR 10/2005, S. 609 = ArztR 6/2005, S. 151 ff.

[517] Kasseler Kommentar-*Hess*, § 115b SGB V, Rn. 6.

[518] Zu den derzeitigen Problemen der Öffnung der Krankenhäuser für ambulante Verfahren, u.a. aufgrund von Problemen der Krankenhausplanung *Broll*, Das Krankenhaus 10/2004, S. 785.

[519] Vgl. oben Kap. 4. D. II. 3. a. bb.

[520] *Kern*, NJW 1996, S. 1561, 1562.

ten Sektor vollziehen wird.[521] Dies belegen ausländische Erfahrungen: So ging in den USA zwischen 1980 und 1993 nach Einführung des DRG-Systems die Anzahl der stationär vorgenommenen Operationen um 7 % zurück, wohingegen die Zahl der in den Krankenhäusern durchgeführten ambulanten Operationen sich bis 1996 mehr als verdoppelte.[522] Und auch in Australien war nach Einführung des DRG-Abrechnungssystems eine spürbar stärkere Nutzung des ambulanten Sektors erkennbar.[523] Vor dem Hintergrund, dass die medizinischen Kriterien zur Auswahl der Behandlungsart kostenunabhängig sind und durch den Übergang der Krankenhausvergütung zum DRG-basierten Abrechnungssystem keine Veränderung erfahren, lässt sich diese Leistungsverlagerung nur beding medizinisch – etwa mit Fortschritten bei der ambulanten Medizin – begründen. Angesichts des Zeitpunktes der Leistungsverlagerung ist eher wahrscheinlich, dass die Gründe der Leistungsverlagerung wirtschaftlicher Natur sind und dem neuen Abrechnungssystem entfließen, welches durch seine neue, leistungsorientierte und kostentransparente Vergütung zu einer besseren Erkenntnis der wirtschaftlichen Vorteile der ambulanten Behandlung gegenüber der stationären Behandlung führt.

b. Haftungsrechtliche Erfordernisse bei einer stärkeren Nutzung des ambulanten Sektors

Der grundsätzliche medizinische Nachteil der ambulanten Behandlung gegenüber der stationären Behandlung und somit die haftungsrechtliche Problematik besteht darin, dass es hier an einer längerzeitigen Überwachungsphase des Patienten nach dem Eingriff fehlt und der Patient recht früh in die gesundheitliche Eigenverantwortung entlassen wird.

Damit sich dies nicht zu einem unvertretbaren Risiko für den Patienten auswirkt, hat der behandelnde Arzt schon bei der Frage nach der *Indikation* der ambulanten Behandlung an Stelle eines stationären Aufenthaltes die psychische und physische Verfassung, aber auch das soziale Umfeld des Patienten daraufhin zu überprüfen, ob eine hinreichende Geeignetheit für eine risikolose post-ambulante Regenerationsphase gegeben ist. So ist etwa zu prüfen, ob der Patient die notwendige Selbstdisziplin und das notwendige soziale Umfeld aufweist, um bedenkenlos einer selbstverantwortlichen ambulant-postoperativen Phase ausgesetzt zu werden. Ist der zu behandelnde Patient etwa nicht in der Lage, nach dem ambulanten Eingriff selbst angemessen für sich zu sorgen, beispielsweise weil er alleinstehend ist, oder bestehen

---

[521] *Lüngen/Lauterbach*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 173, 175 f., 181 f.; *Möws*, Das Krankenhaus 4/2003, S. 327 f.; *Wagener*, Das Krankenhaus 2/2005, S. 85, ebenda; *Brenske/Schorn/Walger/Schlottmann*, Das Krankenhaus 3/2005, S. 167, 171 ff.; zur arbeits- und dienstrechtlichen Behandlung der Erbringung ambulanter Operationen durch Chefärzte *Wagener*, Das Krankenhaus 2/2005, S. 85 ff.; zur Erbringung ambulanter Leistungen in medizinischen Versorgungszentren in Kliniken (§ 95 Abs. 1 S. 1 SBG V) und diesbezügliche Fragen des Chefarztdienstverhältnisses *Andreas*, ArztR 6/2005, S. 144 ff.

[522] *Coffey/Louis*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 33, 39.

[523] *Baum*, f&w 6/2001, S. 542, 544.

erkennbare hygienische Mängel, so hat der Arzt von einem ambulanten Eingriff abzusehen.[524] Sofern der Patient nach einer ambulanten Operation wegen der verabreichten Medikamente für eine längere Zeit fahruntüchtig ist, hat der Arzt den Patienten hierauf hinzuweisen und sich zu vergewissern, dass der Patient von einer kompetenten Person aus der Klinik abgeholt und im Anschluss daran überwacht wird. Aus Beweisgründen sollte er sich dies von der abholenden Person quittieren lassen.[525] Steht keine solche Person zur Verfügung, so hat der Arzt nach einem neueren Urteil des *Bundesgerichtshofes* den Patienten im Krankenhaus zu behalten und notfalls dauerhaft (unablässig[526]) überwachen zu lassen. Wenn nämlich die Gefahr besteht, dass der Patient aufgrund der verabreichten Medikamente nicht in der Lage ist, abgewogene Entscheidungen zu treffen und trotz erfolgter ärztlicher Aufklärung und entgegen dem ärztlichen Rat möglicherweise das Krankenhaus eigenmächtig verlässt und selbst mit dem Kfz nach Hause fährt, ist eine bloße Aufklärung über die Risiken nicht ausreichend.[527]

Bei der *Selbstbestimmungsaufklärung* hat der Arzt dem Patienten die Eigenarten und Risiken einer ambulanten Behandlung und die an ihn gestellten Anforderungen zu schildern.[528] Durch eine geeignete Wortwahl muss sich der Arzt bemühen, dem Patienten die Situation realistisch darzustellen und entgegenwirken, dass der Patient die Behandlung schon allein aufgrund ihres ambulanten Charakters verharmlost. Dies gilt vor allem bei invasiven diagnostischen Eingriffen, denen der Patient in der Regel nicht mit der gleichen Ernsthaftigkeit gegenübertritt wie einer Operation.[529] In Bezug auf die eigentliche *Behandlung* hat der Arzt sicherzustellen, dass er die besondere ambulante Behandlungs- und ggf. Operationstechnik beherrscht und dass das Krankenhaus über die erforderliche funktionierende apparative Ausstattung verfügt. Organisatorisch ist dafür vorzusorgen, dass der Patient bei Komplikationen notfalls auch stationär aufgenommen werden kann. Zuletzt stellt die ambulante Behandlung aufgrund der fehlenden stationären Nachbehandlungsphase auch besondere Anforderungen an die *therapeutische Aufklärung* (Sicherheitsaufklärung) des Patienten. Beispielsweise ist der Patient auf eine erforderliche körperliche Schonung hinzuweisen[530] und über eine mögliche von ihm zu erbringende Mitwirkung an der Genesung in Kenntnis zu setzen (z.B. Thromboseprophylaxe[531]). Zudem ist der Patient und ggf. der nachbehandelnde Hausarzt eindringlich über mögliche – auch gänzlich fernliegende – Komplikationen und deren

---

[524] *Kern*, NJW 1996, S. 1561, 1562; *Schlund*, ArztR 7/2005, S. 172, 176.
[525] *Schute-Sasse/Debong*, ArztR 5/2005, S. 116, 120.
[526] Z.B. auch beim Gang auf die Toilette, *Schute-Sasse/Debong*, ArztR 5/2005, S. 116, 117.
[527] *BGH*, Urteil vom 08.04.2003, ArztR 10/2003, S. 237 (in diesem Fall hatte ein Patient entgegen ärztlichem Rat in fahruntüchtigem Zustand nach dem Eingriff die Klinik mit dem Kfz verlassen und war tödlich verunglückt); ausführlich hierzu *Schulte-Sasse/Debong*, ArztR 5/2005, S. 116 ff.
[528] *Schlund*, ArztR 7/2005, S. 172, 176 f.
[529] *Kern*, NJW 1996, S. 1561, 1562.
[530] Vgl. *OLG Frankfurt*, VersR 1999, S. 1544 f. (Hinweispflicht bezüglich der Unterstützung der Wirbelsäule mit fachgerecht angeordneten Kissen auf Heimreise).
[531] Vgl. *OLG Bremen*, VersR 1999, S. 1151 (Warnung vor Ruhigstellung des operierten Beines).

Symptome zu unterrichten,[532] so dass für den Fall des Eintritts des drohenden Schadens eine sachgerechte Nachbehandlung oder Vorsorge eingeleitet werden kann.[533] Besprochen werden sollte auch, welcher Arzt sich zu welcher Zeit um eine etwaig notwendig werdende Notfallversorgung kümmern kann. Bei notwendigen Nach- und Kontrolluntersuchungen oder Nachoperationen ist der Patient fristgerecht und eindringlich erneut einzubestellen.[534] Erfolgt die weitere Behandlung jedoch nicht durch das Krankenhaus, sondern durch den Hausarzt des Patienten oder einen anderen Facharzt, so ist das Krankenhaus verpflichtet, dem Patienten die erforderlichen Informationen in Form eines „Arztbriefes" mitzugeben.[535]

Schließlich bestehen im Falle einer ambulanten Krankenhausbehandlung auch besondere Anforderungen an die *wirtschaftliche Aufklärung* des Patienten. Bei der ambulanten Behandlung gesetzlich versicherter Krankenhauspatienten ist die Frage der Kostenübernahme durch die gesetzlichen Krankenversicherer durch einen Vertrag der Selbstverwaltungsträger gemäß § 115b SGB V geregelt worden, an dem sich Arzt und Patient orientieren können. Bezüglich der Behandlung privat versicherter Patienten hingegen besteht eine solche Regelung nicht, so dass der Arzt in diesem Falle zur Vermeidung einer möglichen Haftung wegen Verletzung seiner wirtschaftlichen Aufklärungspflicht rein vorsorglich dem Patienten aufgeben sollte, sich zu erkundigen, ob seine Versicherung die Behandlungskosten trägt.[536]

2. Reduktion des Ressourcenaufwandes in Diagnostik und Therapie

Im Bereich der medizinischen Diagnostik und Therapie können sich ressourcenreduzierende Sparmaßnahmen zunächst durch das völlige Unterlassen der Erhebung bestimmter Befunde oder der Durchführung medizinischer Maßnahmen ergeben. So wurde etwa in den USA mit der Einführung von DRGs beispielsweise ein – wenn auch nur vorübergehender – deutlicher Rückgang von Knochenszintigraphien[537] verzeichnet.[538] Weiterhin können Sparmaßnahmen bei der Wahl der Diagnose- oder Behandlungsmethode ansetzen, indem eine besonders kostengünstige Methode gewählt wird; zuletzt sind Sparmaßnahmen auch bei der Ausführung der gewählten Diagnose- oder Behandlungsform möglich.

Haftungsrechtlich gilt hier, dass ökonomische Erwägungen der Ärzte und Krankenhäuser eine Absenkung des diagnostischen und therapeutischen Niveaus unter den medizinischen Standard nicht zulassen.[539] Dies gilt sowohl in Bezug auf das „Ob" von Diagnose und

---

[532] Vgl. oben Kap. 4. D. II. 3. b. aa.
[533] Vgl. *BGH*, NJW 2000, S. 3435, 3436 (Hinweispflicht auf mögliche nachträgliche Darmperforation).
[534] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 185 ff.
[535] *Kern*, NJW 1996, S. 1561, 1561 ff.; vgl. auch *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 182 f.
[536] *Schlund*, ArztR 7/2005, S. 172, 179 mit Hinweis auf *BGH*, NJW 1983, S. 2630, *BGH*, MedR 1986, S. 208.
[537] Bildgebendes Diagnoseverfahren nach Einbringung einer strahlenden Substanz.
[538] *Lauterbach/Lüngen*, DRG-Fallpauschalen: Eine Einführung, S. 41, m.w.N.
[539] Zur Situations- bzw. Klinikbezogenheit des medizinischen Standards vgl. sogleich unter Kap. 4. E. III. 2. b.

Therapie, als auch in Bezug auf das „Wie“.[540]

a. Einsparungen bei der Methodenauswahl und -anwendung

aa. Diagnostik

Im Bereich der Diagnostik gilt, dass der Arzt in kunstgerechter Weise all diejenigen Befunde zu erheben hat, die angesichts des Krankheitsbildes des Patienten im konkreten Fall medizinisch geboten erscheinen; nicht abgeklärt werden müssen lediglich solche Risiken, die gänzlich fernliegend sind.[541] Auch darf dann auf aufwendige diagnostische Verfahren verzichtet werden, wenn diese nur noch minimale therapeutische Konsequenzen hervorbringen.[542] Kommt der Arzt seinen Diagnosepflichten nicht nach und führt dies zu einer Schädigung des Patienten, so kann dies zu einer Haftung des Arztes und des Krankenhausträgers wegen eines Behandlungsfehlers führen. Die Rechtsprechung ist mit der Annahme eines Behandlungsfehlers allerdings dann zurückhaltend, wenn die unterlassene Diagnostik auf einem noch nachvollziehbaren medizinischen Irrtum des Arztes beruht.[543] Anders jedoch stellt sich die Situation dar, wenn der Diagnosefehler in dem Unterlassen einer Erhebung elementarer Kontrollbefunde besteht[544] oder wenn erste „Arbeitsdiagnosen“ im weiteren Behandlungsverlauf keine Überprüfung erfahren.[545] In diesen Fällen ist regelmäßig von einem Behandlungsfehler auszugehen, bisweilen sogar von einem schweren.[546]

Übernimmt der Arzt die Behandlung des Patienten von einem Kollegen, so stellt sich die Frage, ob er erneut zu möglicherweise teuren diagnostischen Verfahren verpflichtet ist. Hier gilt, dass der übernehmende Arzt nur in Ausnahmefällen auf eine eigene körperliche Untersuchung verzichten darf, etwa wenn wirklich zuverlässige Aufzeichnungen über frühere Untersuchungen vorliegen; auf die Vordiagnosen anderer Ärzte darf er allerdings nicht blindlings vertrauen,[547] auch wenn dies aus ökonomischer Sicht reizvoll erscheinen mag. Lediglich dann, wenn er die Vordiagnosen mangels entsprechender Fachkenntnisse oder aufgrund einer fehlenden apparativen Ausstattung nicht nachvollziehen kann, kann er von eigenen diagnostischen Maßnahmen absehen. In diesem Fall allerdings hat der Arzt die bereits angestellte Diagnostik kritisch zu überprüfen und muss bei begründeten Zweifeln an

---

[540] Vgl. oben Kap. 4. D. II. 3. a. bb.
[541] *LG München*, VersR 1961, S. 1030; Fernliegend sind nach dem *BGH* jedenfalls solche Risiken, deren Eintritt bei weit unter 1 % liegt, *BGH*, VersR 1975, S. 43 f. („Halsrippenurteil“).
[542] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 136.
[543] *OLG Frankfurt*, VersR 1997, S. 1358; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 154.
[544] *BGH*, VersR 1987, S. 1089 ff.; *OLG Düsseldorf*, VersR 2001, S. 647.
[545] *BGH*, VersR 1985, S. 886, 887.
[546] Grundlegend *BGH* MedR 2/2004, S. 107 f.; ferner *OLG Hamm*, VersR 1979, S. 826; *OLG Stuttgart*, VersR 1987, S. 421; *OLG Köln*, VersR 1989, S. 631.
[547] *OLG Naumburg*, VersR 1998, S. 983 f.; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 243.

der Richtigkeit der Diagnose erneute Befunderhebungen anstrengen.[548]

Sofern dem Arzt zur Befunderhebung verschiedene Diagnoseverfahren zur Verfügung stehen, hat er unbeachtlich ihrer Kosten grundsätzlich stets das wirksamste auszuwählen. Jedoch bestimmt sich die Wirksamkeit des Verfahrens nicht abstrakt sondern stets mit Blick auf die medizinischen Zielsetzungen im jeweiligen Einzelfall, so dass durchaus ein billiges, abstrakt betrachtet weniger aufschlussreiches Verfahren das Verfahren der Wahl sein kann, da die von ihm hervorzubringenden Erkenntnisse im Einzelfall medizinisch ausreichen. In besonders gelagerten Fällen kann der Arzt auch gezwungen sein, auf das teurere und auch im Einzelfall aus rein diagnostischer Sicht gebotene Verfahren zu verzichten, wenn es bei Betrachtung seiner Neben- oder Nachwirkungen im Hinblick auf den Gesundheitszustand des Patienten unverhältnismäßig erscheint, wenn also die gesundheitlichen Risiken oder Nachteile der Diagnostik für den Patienten außer jedem Verhältnis zum diagnostischen Gewinn stehen („Überdiagnostik"). So ist beispielsweise bei Vorliegen einer infausten Prognose wenig sinnvoll, den Patienten noch zusätzlich mit schmerzhaften Diagnoseverfahren zu belasten. Gleiches kann insbesondere bei älteren Patienten aus dem fortgeschrittenen Lebensalter, der Art der Erkrankung aber auch aus dem allgemeinen Gesundheitszustand folgen.[549]

In Zukunft ist vor dem Hintergrund eines steigenden Kostendruckes auf die Kliniken allerdings verstärkt darauf zu achten, dass das medizinische Argument der „Überdiagnostik" nicht missbräuchlich verwendet und als Rechtfertigung ökonomisch motivierter Diagnoseentscheidungen bloß vorgeschoben wird.

bb. Therapie

Bei der Behandlung des Patienten steht dem Arzt hinsichtlich der auszuwählenden Behandlungsmethode sowie der Art und Weise ihrer Durchführung ein Beurteilungsspielraum – die Therapiefreiheit – zu. So ist es zulässig, wenn der Arzt in seinen Entscheidungsfindungsprozess persönliche Erfahrungen, Überzeugungen und eine ggf. bestehende Routine mit einbezieht.[550] Beispielsweise braucht er eine neuere, etwas risikoärmere Behandlungsmethode dann nicht anzuwenden, wenn er hierin keine ausreichenden Erfahrungen besitzt, so der Rückgriff auf eine herkömmliche und ggf. billigere Methode sicherer und erfolgversprechen-

---

[548] *BGH*, NJW 1994, 797, 798; MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 375; anzumerken ist, dass nicht nur der übernehmende Arzt, sondern ggf. auch der vorbehandelnde Arzt für Fehler des übernehmenden Arztes haftet, nämlich in dem Fall, dass die Nachbehandlung erst durch einen Fehler des vorbehandelnden Arztes notwendig wurde und es um die Behandlung derjenigen Krankheit geht, die schon Gegenstand der Vorbehandlung war, *BGH*, Urteil vom 06.05.2003, ArztR 4/2004, S. 109.

[549] *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 50 Rnrn. 10 f.; vgl. auch *Laufs*, Arztrecht, Rn. 495.

[550] *OLG München*, VersR 1997, S. 452 (Auswahl zwischen Zangen- und Vakuumextration nach ärztlicher Routine); *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 19 ff.; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 157, m.w.N.

der erscheint. Wichtig ist jedoch, dass die Therapiefreiheit – obwohl eines der „Kernstücke“ des ärztlichen Berufes – kein Privileg des Arztes, sondern in erster Linie ein „fremdnütziges“ Recht im Dienste des Patienten ist und durch den medizinischen Standard begrenzt wird.[551] Der Arzt muss dem gemäß seine Entscheidungen allein anhand medizinischer Erwägungen und mit dem Ziel des größtmöglichen Nutzens für den Patienten treffen, von ökonomischen Erwägungen darf er sich hingegen nicht leiten lassen. Eine Ausnahme besteht nur dort, wo es um bloße Bequemlichkeiten,[552] Erleichterungen oder kosmetische Kaschierungen geht.[553] Auf diese kann im Einzelfall – aus ökonomischen Gesichtspunkten – verzichtet werden.

In Entsprechung der Anmerkungen zur Diagnostik gilt auch im Bereich der Therapie, dass bei zukünftig steigendem Kostendruck und höheren Sparsamkeitsanreizen im Krankenhaussektor verstärkt darauf zu achten ist, dass die Klinkärzte ihre Therapiefreiheit nicht bloß vorschieben, um ökonomisch motivierte Behandlungsentscheidungen zu rechtfertigen.[554]

b. Einsparungen bei der sachlichen und personellen Ausstattung der Klinik

Einsparungsmöglichkeiten, die sich mittelbar auf die Diagnostik und die Therapie im Krankenhaus auswirken, ergeben sich allgemein in den sehr kostenintensiven[555] Bereichen des Krankenhaus-Personalwesens und der sachlichen Ausstattung der Klinik. Die Grenzen werden hier durch die den Krankenhausträger treffende „institutionelle“ Organisationspflicht gezogen, durch die Anstellung ausreichenden und geeigneten Krankenhauspersonals sowie durch eine angemessene Geräteausstattung eine stets standardgemäße Behandlung der Patienten sicherzustellen.[556] Vernachlässigt der Krankenhausträger diese Pflicht, so haftet er bei einer Schädigung des Patienten schon wegen Übernahmeverschuldens.[557]

Anzumerken ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass nicht an alle Kliniken die gleichen Maßstäbe bezüglich sachlicher und personeller Ausstattung zu stellen sind, was daran liegt, dass der medizinische Standard von Klinik zu Klinik differiert. Er richtet sich oberhalb

---

[551] *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 3 Rn. 13 f.

[552] Anzuführen wäre etwa die Verwendung von Tuchabdeckungen an Stelle von Papierabdeckungen, die Verwendung von normalem Gips an Stelle von Kunststoff-“Gips“, den Gebrauch wiederverwendbarer OP-Instrumente an Stelle von Einmalartikeln etc., vgl. *Kienzle*, in: *AG RAe im MedR e.V.* (Hrsg.), Medizinische Notwendigkeit und Ethik, S. 124, 125.

[553] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 136.

[554] Als Beispiel kann etwa die kostengünstige Behandlung eines „diabetischen Fußes“ (DRG K01Z, Bewertungsrelation 2,510 bei Behandlung in einer Hauptabteilung – Fallpauschalenkatalog 2003, im Fallpauschalenkatalog 2006 nicht mehr ausdrücklich enthalten) im Wege der Amputation von Zehen anstelle der schonenderen teureren herkömmlichen Methode angeführt werden, vgl. Pressemitteilung der *Deutschen Gesellschaft für Versicherte und Patienten* vom 09. Juli 2002.

[555] *Franzki*, Krankenhaus-Umschau 1988, S. 15, 20.

[556] Vgl. oben Kap. 4. D. III. 2. b.

[557] *BGH*, NJW 1989, S. 2321.

einer „unverzichtbaren Basisschwelle“ an medizinischer Grundausstattung[558] nach dem Versorgungsauftrag und dem individuellen Charakter der Klinik, sowie nach den Vertrauenserwartungen, die sie durch ihr Auftreten am Markt beim Patienten geweckt hat. Demzufolge ist der räumliche und apparative Standard eines Kreiskrankenhauses insgesamt niedriger anzusetzen als der einer Universitätsklinik oder einer Spezialklinik,[559] auch sind an einen behandelnden Hochschullehrer höhere andere Anforderungen zu stellen als an einen „lediglich“ durchschnittlichen Facharzt.[560]

aa. Sachliche (apparative) Ausstattung der Klinik

Für die sachliche (apparative) Ausstattung einer Klinik und deren Modernisierung im Hinblick auf den sich fortentwickelnden medizinischen Standard ergibt sich aus der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofes* ein System von drei haftungsrechtlich relevanten Stufen.

(1) Die Kliniken sind angesichts unumgänglicher wirtschaftlicher Grenzen nicht verpflichtet, stets die optimalen Behandlungsbedingungen, die modernsten Apparate und die nach den modernsten Methoden vorgehenden Ärzte vorzuhalten, auch wenn die Patienten dies möglicherweise oftmals erwarten.[561] Die Anwendung älterer, herkömmlicher Behandlungsmethoden an Stelle der modernsten Methoden und der Einsatz älterer medizinischer Geräte an Stelle von bereits erprobten modernen Geräten ist so lange zulässig, wie zwischen den älteren und den moderneren Methoden und Geräten noch eine medizinisch-technische Gleichwertigkeit gegeben ist.[562]

(2) Für den Fall, dass eine medizinisch technische Gleichwertigkeit zwar noch gegeben ist – die Ausstattung der Klinik also noch standardgemäß ist –, sich der Standard des älteren Gerätes jedoch „in der untersten Bandbreite der von Wissenschaft und Praxis akzeptierten Norm“ bewegt und andernorts bestehende Behandlungsmöglichkeiten für den Patienten von signifikantem Vorteil sind, ist der Patient nach dem *BGH* hierüber aufzuklären.[563] Einem Unterlassen folgt wegen der noch standardgemäßen Behandlung zwar keine Haftung wegen eines Behandlungsfehlers, jedoch ist ein Aufklärungsfehler anzunehmen.

---

[558] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 137

[559] *BGH*, NJW 1988, S. 1511; NJW 1989, S. 2321; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 137; MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 395; *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 55 Rn. 2.

[560] *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 148.

[561] *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 55 Rn. 2; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 134 ff.

[562] *BGH*, NJW 1988, S. 763 (monopolare statt bipolare Elektrokoagulation); *OLG Frankfurt*, VersR 1991, S. 185 f. (Einsatz eines älteren Chirurgiegerätes zur Darmpolypenentfernung).

[563] *BGH*, NJW 1989, S. 2321, 2322.

In einem früheren Urteil hatte der *BGH* noch keine Differenzierung der medizinischen Geräte innerhalb des medizinischen Standards vorgenommenen. Vielmehr hatte er entschieden, dass eine Aufklärungspflicht des Krankenhauses gegenüber dem Patienten über andernorts bestehende bessere personelle und apparative Mittel so lange zu verneinen sei, wie die dem Patienten gebotene Behandlung noch dem medizinischen Standard genügte.[564] Nachdem jedoch Stimmen in der Literatur die kategorische Verneinung einer Aufklärungspflicht über andernorts bessere Behandlungsmöglichkeiten bei – noch – bestehender standardgemäßer Behandlungsmöglichkeit als Gefahr für das verfassungsmäßig verbürgte Selbstbestimmungsrecht des Patienten ansahen,[565] schränkte der *BGH* seine frühere Rechtsprechung im o.g. Sinne ein. Im Ergebnis ist dies als ein angemessener Kompromiss anzusehen: Einerseits wird den Interessen der Klinikträger Rechnung getragen, nicht schon jede – ökonomisch bedingte – suboptimale Ausstattung ihres Hauses den Patienten „offenbaren" zu müssen und ihren guten Ruf und darüber den Patientenzulauf zu gefährden; andererseits aber werden auch die Patientenbelange angemessen berücksichtigt und der Tatsache Rechnung getragen, dass eine zu einem Zeitpunkt gerade noch standardgemäße Behandlung aufgrund des im Fluss befindlichen medizinischen Standards kurze Zeit später schon nicht mehr standardgemäß sein kann.

(3) Ist die Ausstattung einer Klinik für die in Frage stehende Behandlung nicht mehr standardgemäß[566] und kann oder will der Krankenhausträger keine Modernisierungsmaßnahmen ergreifen, so hat der verantwortliche Arzt die Behandlung des Patienten grundsätzlich abzulehnen und an eine andere Klinik zu überweisen.[567] Andernfalls haften Arzt und Klinikträger schon aus Übernahmeverschulden. Lediglich für den Fall, dass aus der Ablehnung für den Patienten ein größerer Schaden droht als aus der unterstandardgemäßen Behandlung, darf eine Behandlung erfolgen.

Besitzt ein Krankenhaus im Einzelfall neuartige Geräte, die (noch) über dem von ihnen zu erwartenden Ausstattungsstandard liegen, so gilt, dass es den behandelnden Ärzten grundsätzlich freisteht, diese einzusetzen oder einen Einsatz aus Sparsamkeitserwägungen zu unterlassen. Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Einsatz des überstandardgemäßen Gerätes als einzige Möglichkeit zur Erreichung des gewünschten Erfolges erscheint. In diesem Fall muss es eingesetzt werden, und der Arzt kann sich nicht darauf berufen, dass die Behandlung auch ohne das neuartige Gerät als standardgemäß erweise.[568] Mithin gelten vergleichbare Grundsätze wie bei der Behandlung durch Spezialisten: Auch diese dürfen ihr überstandardgemäßes

---

[564] *BGH*, NJW 1988, S. 763; vgl. auch *OLG Köln*, VersR 1992, S. 754; *Damm*, NJW 1989, 737 ff.; *Laufs*, Arztrecht, Rn. 197; *ders.,* in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 64 Rn. 7.

[565] *Giesen*, JZ 1988, S. 414, 415.

[566] Dies ist dann anzunehmen, wenn neuere Behandlungsmethoden oder medizinische Apparaturen wesentliche Vorteile eröffnen, hinreichend erprobt und im wesentlichen unumstritten sind, vgl. *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 147.

[567] *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 55 Rn. 2.

[568] *BGH*, NJW 1988, S. 2949, 2950 (Pflicht zur Anfertigung eines CTG (Cardiotokogramm), obwohl dies (noch) nicht als allgemeiner Standard verlangt wurde).

Sonderwissen nicht einfach ignorieren, sondern müssen es zum Wohle des Patienten einsetzen.

bb. Einsparungen bei der Vorhaltung von Medikamenten

Anders als im Bereich der apparativen Ausstattung der Klinik steht dem Krankenhausträger in dem ebenfalls sehr kostenintensiven Bereich der Medikation kein Spielraum zu, in dem etwaige Sparsamkeitserwägungen greifen könnten. Die vom Krankenhaus vorzuhaltenden und anzuwendenden Medikamente sind stets auf dem neuesten Stand zu halten, ältere, weniger wirksame Präparate dürfen nicht mehr verwendet werden. Erscheint die Vorhaltung eines besonders teuren Medikamentes als unwirtschaftlich, so muss das Krankenhaus sicherstellen, dieses von Fall zu Fall kurzfristig beschaffen zu können. Gelingt dies nicht, so haftet das Krankenhaus aus Organisationsverschulden.[569]

Der Grund, dass an die Aktualisierung und Modernisierung der Medikamentenausstattung strengere Anforderungen zu stellen sind als an die der apparativen Ausstattung des Krankenhauses liegt wohl darin, dass bei der Bevorratung von Arzneien eine andere finanzielle und strukturelle Flexibilität der Klinik besteht als bei der Bevorratung medizinsicher Geräte. Als dem Verfall unterliegende Verbrauchsgüter sind Arzneien ohnehin einem steten Austausch- und Erneuerungsvorgang unterworfen, und auch wenn die Arzneimittelvergabe insgesamt ein recht großer Kostenfaktor im Krankenhausbetrieb ist, so ist der partielle Verlust nur einzelner überholter Präparate finanziell eher hinnehmbar als der Austausch medizinischer Geräte.

cc. Personelle Ausstattung der Klinik

Bezüglich der Zulässigkeit von Einsparmaßnahmen im Personalbereich der Klinik gilt Folgendes: Es besteht eine Organisationspflicht des Klinikträgers, stets qualitativ und quantitativ ausreichend Personal für eine dem medizinischen Standard und dem Versorgungsauftrag der Klinik entsprechende Diagnostik und Therapie vorzuhalten.[570] Dieser Pflicht hat er zum einen durch entsprechende Einstellungen nachzukommen, aber auch durch eine geeignete Organisation des ärztlichen Dienstes (Aufstellung von Dienstplänen), was auch an Wochenenden und des nachts gilt. Auch bei grundsätzlicher personeller Unterversorgung ist der Standard durch geeignete Anweisungen an die Ärzte zu gewährleisten, eine Behandlungs-

---

[569] *BGH*, NJW 1991, S. 1543; *BGH*, VersR 1991, S. 315 f.

[570] Diese Pflicht des Krankenhausträgers kann sich auch gegenüber dem Chefarzt ergeben, wenn im Arbeitsvertrag vereinbart ist, dass der Chefarzt die Ärzte so einzusetzen hat, dass tarifliche und gesetzliche Arbeitszeitvorschriften eingehalten werden. In diesem Fall hat der Chefarzt gegenüber dem Krankenhausträger einen einklagbaren Anspruch auf Beschäftigung einer ausreichenden Anzahl nachgeordneter Ärzte, *Arbeitsgericht Wilhelmshaven*, Urteil vom 23.09.2004, MedR 8/2005, S. 474 f. = ArztR 9/2005, S. 234 ff.

delegation an minderqualifiziertes Personal kommt nicht in Frage.[571]

Hieraus folgt, dass der zuständige Klinikarzt die Behandlung eines Patienten abzulehnen und den Patienten an eine andere Klinik zu überweisen hat, sofern eine nicht behebbare Überlastung der diensthabenden Kapazitäten besteht. Unterlässt der Arzt dies, so folgt eine Haftung schon aus Übernahmeverschulden.[572] Eine Ausnahme besteh in dem Fall, dass wegen gegebener Behandlungsdringlichkeit eine Überweisung des Patienten an eine andere Klinik größere Risiken mit sich bringt als eine an sich nicht standardgerechte Behandlung; in diesem Fall kann die Behandlung auch durch minderqualifiziertes Personal – etwa durch einen noch in der Weiterbildung befindlichen Assistenzarzt – durchgeführt werden.

dd. Fazit

Für die Zukunft bleibt abzuwarten, inwieweit und in welchem Ausmaß die Einführung des DRG-gestützten Abrechnungssystems in Deutschland tatsächlich auf den Ressourcenaufwand je Behandlungsfall und die Behandlungsqualität in den Krankenhäusern Einfluss nehmen wird. Angesichts der parallel zum neuen Abrechnungssystem eingeführten Qualitätssicherungsmaßnahmen im Krankenhausbereich[573] besteht allerdings die begründete Annahme, dass die Folgen nicht allzu negativ sein werden. In den USA und Australien jedenfalls konnte nach Einführung der jeweiligen DRG-Systeme insgesamt kein Absinken der Behandlungsqualität festgestellt werden.[574]

IV. Verweildauerreduzierung

Die Reduzierung der stationären Aufenthaltsdauer des Patienten (Verweildauerreduzierung) ist ein Unterfall des Anreizes zur allgemeinen Reduktion des Ressourcenaufwandes je Behandlungsfall, da sie für die Kliniken die Einsparung von Kosten für Unterkunft, Verpflegung, medizinische Betreuung und Verwaltung bei gleichbleibender fallpauschaler Vergütung bedeutet.[575] Ihre Besonderheit besteht darin, dass sie im Unterschied zu den allgemeinen Ressourcenreduktionen, die grundsätzlich unter jedem Vergütungssystem denkbar sind, eine spezifische Reaktion gerade auf das DRG-Vergütungssystem bzw. der Leistungsorientierung der Vergütung ist. So erschien unter dem alten Vergütungssystem mit tagespauschalierenden Pflegesätzen eine Verweildauerreduzierung eher nicht erstrebenswert, da sich mit der

---

[571] *BGH*, NJW 1985, S. 2189.
[572] *BGHZ* 88, 248, 255; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rn. 165, m.w.N.
[573] Vgl. oben Kap. 2. C. III. 1.
[574] *Coffey/Louis*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 33, 40; *Salm*, f&w 6/2001, S. 564, ebenda; *Broadhead*, zit. nach *Meurer*, f&w 6/2001, S. 560, ebenda.
[575] *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 273 (Kommentierung zu § 8 Abs. 5 KHEntgG).

Verringerung der Liegezeit die Vergütung des Behandlungsfalles eher verringerte. Im DRG-System hingegen bleibt auch bei kurzer Liegezeit die volle Vergütung der jeweiligen Fallpauschale bestehen, lediglich eine extrem lange oder eine extrem kurze Liegezeit bei Über- bzw. Unterschreitung der Grenzerweildauer führt in Form von Zu- oder Abschlägen zu einer Erhöhung oder Verringerung der Vergütung.[576]

Die Verkürzung der stationären Verweildauer wird in Deutschland allgemein als die fassbarste und sicherste Folge der Einführung des neuen Vergütungssystems angesehen, ihr Eintreten galt vor Einführung des DRG-Systems als so sicher, so dass sie bereits im Vorhinein zum Gegenstand gesetzlicher Regelungen gemacht wurde (vgl. § 17b Abs. 2 S. 1 KHG, § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BPflV).[577]

Wie sehr sich die durchschnittliche Verweildauer in deutschen Krankenhäusern reduzieren lässt, ist nicht sicher. In 2002 betrug sie etwa 9,4 Tage,[578] was im Vergleich zu einer durchschnittlichen Liegezeit in 1990 von 14,6 Tagen schon eine deutliche Senkung um etwa 40 % bedeutete. Grund für die Senkung waren vor allem die Fortschritte in der Entwicklung immer schonenderer, minimalinvasiver Behandlungsmethoden,[579] die Einführung von Fallpauschalen und Sonderentgelten im Rahmen des Gesundheitsstrukturgesetzes von 1993 und der Bundespflegesatzverordnung-1995[580] sowie die Möglichkeit, Krankenhausleistungen nicht nur stationär, sondern auch vor- und nachstationär und ambulant zu erbringen. Nach der Einführung des DRG-Systems – so wird angenommen – ist eine weitere Reduktion der Liegezeit um 20 - 25 % möglich,[581] was einen Schnitt von etwa 7 - 7,5 Tagen bedeutete. Teilweise wird auch eine Herabsenkung auf bis zu 6 Tage angenommen.[582] In Australien wurde unter den DRGs gar ein Schnitt von 3,5 Tagen[583] bzw. 6,7 Tagen (Statistik ohne Eintagesfälle)[584] erreicht, in den USA von 5,5.[585] In Deutschland dürften diese Zahlen jedoch nicht im Bereich des Möglichen liegen, insbesondere aufgrund des höheren Anteils älterer Menschen in der Bevölkerung. Immerhin aber reduzierte sich die durchschnittliche Aufenthaltsdauer nach Angaben des Statistischen Bundesamtes nach der Einführung des neuen Vergütungssystems

---

[576] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. a. dd.
[577] *Lauterbach/Lüngen*, KrV 2001, S. 272, 273.
[578] Daten nach dem Statistischen Bundesamt und der DKG; im internationalen Vergleich sind die Liegezeiten allerdings nur in Luxemburg (13,3 Tage) und der Schweiz (10,3 Tage) höher; mit der sinkenden Verweildauer geht in Deutschland allerdings eine kontinuierliche Fallzahlsteigerung in den Kliniken einher, so dass sich an ihrer Auslastung i.E. nichts ändert, vgl. *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 156, 160.
[579] *Stapf-Finé/Polei*, Das Krankenhaus 2/2002, S. 96, ebenda; *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 161.
[580] Vgl. oben Kap. 1. H. II. 3.
[581] Vgl. *Mansky/Rink-Brühne/Krahwinkel/Prinz*, f&w 5/2001, S. 448, 449; *Eversmeyer*, f&w 3/2001, S. 230, 232.
[582] *Fuchs*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 187, 191.
[583] *Baum*, f&w 6/2001, S. 542, 544; *Schmidt*, f&w 6/2001, S. 556, 558.
[584] *Hoberg*, f&w 6/2001, S. 546, 547.
[585] FAZ vom 4. November 2002, S. 22.

von 8,9 Tagen in 2003 auf 8,7 Tage in 2004.[586]

Mit der Verweildauerreduzierung einher geht im Allgemeinen eine stärkere Belastung anderer Versorgungsbereiche wie der Ambulanz, der medizinischen Anschlussrehabilitation oder der häuslichen Versorgung bzw. Pflege.[587]

1. „Blutige Entlassungen" – „Quicker & Sicker"

Die allgemein anzunehmende Verweildauerreduzierung bedeutet in der Regel, dass der Gesundheitszustand der Patienten zum Zeitpunkt der Entlassung im Schnitt instabiler ist als bei längeren Verweildauern,[588] hieran vermag auch die Tatsache nicht zu ändern, dass aufgrund der mit den DRGs einhergehenden verstärkten Qualitätssicherungsmaßnahmen ein Abfallen der Behandlungsqualität im Krankenhaus nicht unbedingt zu befürchten ist. Ist die frühere Entlassung des Patienten im Einzelfall medizinisch nicht mehr vertretbar und daher als „verfrüht" anzusehen, so wird sie im DRG-eigenen anschaulich als „blutige Entlassung" oder als Entlassung „Quicker & Sicker" bezeichnet.[589] Rechtlich kann dies zu einer Haftung des verantwortlichen Arztes und des Krankenhausträgers wegen eines Behandlungsfehlers, teilweise auch wegen eines groben Behandlungsfehlers, führen.[590]

a. § 17c Abs. 1 Nr. 2 KHG als Organisationspflicht und Schutzgesetz

Um dem verstärkten Anreiz zu wirtschaftlich motivierten verfrühten Entlassungen unter dem DRG-Abrechnungssystem präventiv entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber des Fallpauschalengesetzes die Vorschrift des § 17c Abs. 1 Nr. 2 in das Krankenhausfinanzierungsgesetz eingefügt. Sie verpflichtet den Krankenhausträger, „durch geeignete Maßnahmen" darauf hinzuwirken, dass „eine vorzeitige (...) Entlassung aus wirtschaftlichen Gründen unterbleibt." Obwohl diese Norm gemäß ihres Sitzes im Krankenhausfinanzierungsgesetz wohl in erster Linie dazu dient, verfrühte Entlassungen und damit eine „Überbezahlung" der erbrachten Krankenhausleistungen über die Fallpauschalen zu vermeiden, ist in ihr m.E. auch

---

[586] Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes vom 29.08.2005, abrufbar unter URL: http://www.destatis.de.

[587] Vgl. § 17b Abs. 2 S. 1 KHG; *Fuchs*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 187, 190 ff.; *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 129; *Lauterbach/Lüngen*, KrV 2001, S. 272, 275; *Coffey/Louis*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 33, 39 ff. zu den Erfahrungen in den USA.

[588] *Coffey/Louis*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 33, 40; *Sangha*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 87, 92; *Lauterbach/Lüngen*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 115, 116; *Schulte*, Kompass 11/2001, S. 14, 15; *Schulz-Nieswandt*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 115, 117.

[589] *Salm*, f&w 6/2001, S. 564, ebenda; *Broadhead*, zit. nach *Meurer*, f&w 6/2001, S. 560, ebenda.

[590] *BGH*, NJW 1981, 2513; *OLG Hamm*, MedR 1983, S. 189 f.

die gesetzliche Konkretisierung einer *Organisationspflicht* des Krankenhausträgers zu Gunsten des Patienten anzusehen, denn das Gebot zur Vermeidung verfrühter Entlassungen dient im Ergebnis auch der Gesundheit und der körperlichen Integrität des Patienten. Daneben erscheint es auch möglich, § 17c Abs. 1 Nr. 2 KHG als *Schutzgesetz* im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen, welches (zumindest auch) dem Wohle des Patienten zu dienen bestimmt ist.[591] Bleibt der Krankenhausträger also untätig und ergreift er keine „geeigneten Maßnahmen" zur Vermeidung verfrühter Entlassungen, oder wirkt er gar auf die Chefärzte ein, die Verweildauer aus ökonomischen Gründen möglichst zu senken, so haftet er aus Organisationspflicht- und Schutzgesetzverletzung nach § 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB i.V.m. § 17c Abs. 1 Nr. 2 KHG.

Nicht möglich erscheint mir jedoch, schon jede von den Chefärzten angeordnete verfrühte Entlassung als direkten Verstoß gegen § 17c Abs. 1 Nr. 2 KHG anzusehen. Zwar werden die Handlung der Chefärzte als organgleiche Funktionsträger dem Krankenhausträger haftungsrechtlich direkt wie die Handlung eines Organs zugerechnet, so dass man in jeder angeordneten verfrühten Entlassung zugleich ein Unterlassen einer „geeigneten Maßnahme" im Sinne des § 17c Abs. 1 Nr. 2 KHG erblicken könnte. Jedoch spricht gegen die Übernahme dieses haftungsrechtlichen Konstrukts in die Norm des § 17c Abs. 1 Nr. 2 KHG, dass sich diese ihrem Wortlaut nach an den Krankenhausträger im institutionellen Sinne richtet.

Ungeklärt ist allerdings, wie die „geeigneten Maßnahmen" des Klinikträgers im Sinne dieser Norm aussehen können.[592] Da die Frage der Entlassung des Patienten in den autonomen medizinischen Kompetenzbereich des jeweils verantwortlichen Chefarztes fällt, ist es dem Klinikträger jedenfalls verwehrt, direkt und verbindlich auf die medizinische Entscheidungsfindung des Chefarztes Einfluss zu nehmen, etwa im Wege von Vorabkontrollen des Gesundheitszustandes des Patienten bei der Entlassung, die die Entlassentscheidung des Arztes revidieren könnten. Möglich sind aber beispielsweise allgemeine Hinweise an die Chefärzte, der Frage des Entlasszustandes des Patienten besondere Beachtung zu schenken oder eine Aufklärung über Präzedenzfälle verfrühter Entlassungen in der Rechtsprechung. Hierdurch wird nicht in seine medizinische Autonomie eingegriffen. Möglich erscheinen auch *ex-post* Kontrollen durch besondere Qualitätsgremien,[593] aus denen der Klinikträger dann Anstöße für die Aufklärung der Chefärzte sammelt.

---

[591] Sog. „Schutznormtheorie", vgl. MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 823 Rn. 342.

[592] Der Gesetzgeber jedenfalls hielt sich in dieser Frage zurück, vgl. Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 34.

[593] *Lauterbach/Lüngen*, KrV September/2001, S. 272, 273, mit Hinweis auf die Praxis in den USA.

b. Möglichkeiten zur Kompensation der Gefahren von kürzeren Verweildauern

Den Gefahren der Entlassung von medizinisch instabileren Patienten, die eine allgemeine Verkürzung der Verweildauer mit sich bringt, kann auf zwei Weisen begegnet werden: Einerseits durch eine Verhinderung verfrühter Entlassungen oder durch die Abmilderung deren Folgen.

Zur Verhinderung verfrühter Entlassungen wäre von Seiten des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers zu erwägen, die untere Grenzverweildauer betroffener Fallgruppen heraufzusetzen.[594] Da eine Unterschreitung der unteren Grenzverweildauer nach § 1 Abs. 2 (K)FPV für das behandelnde Krankenhaus finanzielle Abschläge auf die Vergütung zur Folge hat, würde hierdurch den verfrühten Entlassungen ihre wirtschaftlicher Attraktivität zum Teil genommen bzw. in ihr Gegenteil verkehrt. Politisch allerdings dürfte dies nicht gewollt sein. Die Hochsetzung der unteren Grenzverweildauer bedeutete nämlich, dass die Verweildauern im Krankenhaus im Schnitt wohl anstiegen, was wiederum eine durchschnittlich höhere Kalkulation der Fallpauschalen nach sich ziehen müsste und zu höheren Kosten im Krankenhaussektor führte. Außerdem ist angesichts des raschen strukturellen Wandels in den Kliniken durchaus auch denkbar, dass die bisher vorgegebenen unteren Grenzverweildauern ohnehin in vielen Fällen als zu hoch anzusehen sind und möglichen weiteren allgemeinen Verweildauerverkürzungen als „Bremsverweildauer“ hindernd entgegenstehen.[595]

Zur Abmilderung der Gefahren, die der instabilere Zustand der Patienten als Folge kürzerer Verweildauern für die Patienten mit sich bringt und zugleich als Haftungsprophylaxe empfiehlt es sich den Ärzten, wie schon bei der Wahl der ambulanten an Stelle der stationären Behandlung in Zukunft ein verstärktes Augenmerk auf eine eingehende und umfangreiche therapeutische Aufklärung des Patienten für sein therapiegerechtes Verhalten in der Zeit nach der Entlassung aus dem Krankenhaus zu legen.[596]

2. „Drehtüreffekt“

Der sogenannte „Drehtüreffekt“ bezeichnet unter DRG-basierten Abrechnungssystemen die verstärkt auftretenden Wiedereinweisungen von Patienten nach aufgetretenen Komplikationen (Einweisung, Entlassung, erneute Einweisung, erneute Entlassung...);[597] er steht in

---

[594] Vgl. *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 211; zur derzeitigen Berechnung der unteren Grenzverweildauer vgl. § 7 FPV.

[595] *Günster/Mansky/Repschläger*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 43, 63.

[596] Vgl. im Einzelnen oben Kap. 4. E. III. 1. b.

[597] *Schulz-Nieswandt*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 115, 117; *Sell*, Stellungnahme als Einzelsachverständiger zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes am 10. Oktober 2001, S. 4; *Swart/Braeseke/Robra,* in: *Ar-*

engem Zusammenhang mit der allgemein auftretenden Verweildauerverkürzung und dem daraus resultierenden durchschnittlich instabileren Entlasszustand der Patienten.[598]

a. Die Vergütungsregelung des § 8 Abs. 5 KHEntgG

Der Gesetzgeber hat das Problem des „Drehtüreffekts" in vergütungsrechtlicher Hinsicht in § 8 Abs. 5 KHEntgG geregelt. In ihrer ursprünglichen Fassung lautete die Vorschrift:

> „(5) [1]Wird ein Patient wegen Komplikationen wieder in dasselbe Krankenhaus aufgenommen, für den zuvor eine Fallpauschale berechnet wurde, darf für die Kalendertage innerhalb der Grenzverweildauer dieser Fallpauschale die Fallpauschale nicht erneut berechnet werden. [2]Wird ein Patient beurlaubt, ist dies im Falle der Überschreitung der Grenzverweildauer auf der Rechnung auszuweisen."

Nach ihrer Änderung durch das zweite Fallpauschalenänderungsgesetz[599] lautet sie nunmehr:[600]

> „(5) [1]Werden Patientinnen oder Patienten, für die ein Fallpauschale abrechenbar ist, wegen einer Komplikation im Zusammenhang mit der durchgeführten Leistung innerhalb der oberen Grenzverweildauer wieder aufgenommen, hat das Krankenhaus eine Zusammenfassung der Falldaten zu einem Fall und eine Neueinstufung in eine Fallpauschale vorzunehmen. [2]Näheres oder Abweichendes regeln die Vertragsparteien nach § 17b Abs. 2 Satz 1 oder eine Rechtsverordnung nach § 17b Abs. 7 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes."

Die Regelung des § 8 Abs. 5 KHEntgG erscheint im Hinblick auf den befürchteten Drehtüreffekt zunächst einmal insofern sachgerecht, als dass sie verhindert, dass die Kliniken nach durch einen selbstverschuldeten Drehtüreffekt zwei Behandlungsfälle abrechnen könnten und somit für ihre „blutigen" Entlassung finanziell belohnt würden.

Allerdings hat die Vorschrift durch ihre Änderung an Schärfe gegenüber den Kliniken verloren. In ihrer ursprünglichen Fassung drohte ein von der Klinik verfrüht entlassener, „billiger" Patient durch die Wiedereinweisung in das Krankenhaus zu einem besonders teuren Patienten mit einer überdurchschnittlich langen Aufenthaltsdauer und nicht gesondert zu vergütenden weiteren Leistungen zu werden. Diese Gefahr besteht nunmehr insofern nicht mehr, als dass die Kliniken bei der komplikationsbedingten Wiederaufnahme eines Patienten aufgrund der Möglichkeit einer Neukalkulation des Falles zumindest die zusätzlich erforderlichen Leistungen vergütet erhalten; lediglich die Gefahr einer kostenintensiven längeren Liegezeit besteht nach wie vor, wobei diese aufgrund der Erhöhung der Vergütung bei Überschreitung der oberen Grenzverweildauer als kein allzu großes wirtschaftliches Risiko für die Klinik darstellt.

---

nold/Litsch/Schellschmidt (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 319, ebenda; Beispiel bei *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 273 f. (Kommentierung zu § 8 Abs. 5 KHEntgG).

598 Dazu soeben unter Kap. 4. E. IV. 1.

599 Vgl. oben Kap. 2. C. VII.

600 Vgl. auch die Entsprechung in § 2 FPV-2005.

Die Veränderung des § 8 Abs. 5 KHEntgG hat auch haftungsrechtliche Relevanz. In ihrer Urfassung bedeutete sie eine gewisse Entlastung des Haftungssystems. Indem sie vorschrieb, dass eine verfrühte Entlassung und eine Wiedereinweisung aufgrund von Komplikationen nicht zu finanziellen Mehraufwendungen durch zusätzlich zu vergütende Leistungen führen konnte, verhinderte sie bis zu einem gewissen Grade (Erreichen der oberen Grenzverweildauer) schon das Entstehen von Mehrkosten und damit einen finanziellen Schaden des Patienten bzw. der Versicherungen. Dies ist nunmehr nicht mehr der Fall; zusätzliche Leistungen werden wegen der Neukalkulation des Behandlungsfalles nun grundsätzlich zusätzlich vergütet. Die Patienten bzw. Versicherungen müssen die Differenz der neuen Fallpauschale für den Fall, dass die verfrühte Entlassung schuldhaft erfolgte und für die Komplikationen ursächlich war, im Wege des Schadensersatzes geltend machen. Gleiches gilt für die zusätzlichen Kosten, die wegen der Überschreitung der oberen Grenzverweildauer entstehen.[601]

Für die Kliniken bedeutet die Neufassung der Vorschrift grundsätzlich mehr Leistungs-Vergütungsgerechtigkeit. In dem Fall nämlich, dass die Komplikationen, aufgrund deren der Patient wiedereingeliefert wird, nicht auf eine verfrühte Entlassung zurückzuführen sind, erhielten die Kliniken nach der alten Fassung der Vorschrift keine Möglichkeit, die medizinisch notwendigen und durch sie nicht verschuldeten Mehrleistungen angemessen vergütet zu erhalten. Es bestand praktisch eine Vermutung, dass die Komplikationen und die notwendig werdenden Mehrleistungen auf der frühen Entlassung des Patienten beruhten. Vor diesem Hintergrund erscheint die Neuregelung der Vorschrift und die Rücknahme der Entlastung des Haftungsrechts durchaus sinnvoll.

b. Vergütung bei Wechsel des Krankenhauses

Die Regelung des § 8 Abs. 5 KHEntgG gilt nur für den Fall, dass der Patient nach den bei ihm aufgetretenen Komplikationen wieder in dasjenige Krankenhaus aufgenommen wird, das ihn zuvor bereits behandelt hat. Sucht der Patient hingegen eine andere Klinik auf, so kann auch diese die erbrachte Behandlung als eine eigenständige Fallpauschale abrechnen, vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 (K)FPV, § 8 Abs. 5 S. 1 KHEntgG.

Mithin bedeutet der Klinikwechsel für den Patienten und seine Krankenversicherung also einen finanziellen Mehraufwand. Sofern dieser jedoch ebenso wie die notwendige zusätzliche Behandlung an sich als Folge einer fehlerhaften verfrühten „blutigen“ Entlassung anzusehen ist, können sich Patient und/oder Krankenversicherung bei dem erstbehandelnden Krankenhaus im Wege des Schadensersatzes schadlos halten.

---

[601] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. a. dd.

Ein Schadensersatzanspruch gegen das Krankenhaus setzt allerdings voraus, dass zwischen dem schädigenden Ereignis – der verfrühten Entlassung – und dem Klinikwechsel ein schadensbegründender adäquater Kausalzusammenhang besteht. Hierfür dürfte genügen, dass durch die fehlerhafte verfrühte Entlassung möglicherweise das besondere Vertrauensverhältnis zwischen dem Patienten und dem behandelnden Arzt (vgl. § 627 BGB) zerstört wurde. Ein adäquater Kausalzusammenhang kann dementsprechend dann nicht mehr angenommen werden, wenn der Patient den Klinikwechsel rein willkürlich ohne erkennbaren Anlass vorgenommen hat. In diesem Falle stellt sich dann die Frage, wen die durch den Klinikwechsel im Ergebnis hervorgerufenen Mehrkosten treffen. Im Krankenhausentgeltgesetz und in der Krankenhausfallpauschalenverordnung finden sich hierzu keine gesonderten Regelungen, so dass grundsätzlich von einer Kostentragung durch die Krankenversicherungen auszugehen ist.

M.E ist jedoch zu überlegen, ob in diesen Fällen nicht die Vorschrift des § 39 Abs. 2 SGB V entsprechende Anwendung finden kann.[602] Die Vorschrift ermöglicht es, denjenigen Patienten, die ohne zwingenden Grund ein anderes Krankenhaus aufsuchen als das, in das sie eingewiesen wurden, die hieraus möglicherweise entstehenden Mehrkosten aufzuerlegen.[603] Gegen die analoge Heranziehung des § 39 Abs. 2 SGB V könnte allerdings die Vorschrift des § 627 BGB sprechen, die dem Patienten im besonderen Vertrauensverhältnis zum behandelnden Arzt gerade ein außerordentliches Kündigungsrecht gewährt, ohne dies von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen; wenn nun aber eine Kündigung nach § 627 BGB mit einer möglichen Kostenfolge für den Kündigenden belegt wird, könnte diese Vorschrift unterlaufen werden. Diesen Bedenken ist allerdings zunächst dadurch zu begegnen, dass zu unterscheiden ist zwischen der Möglichkeit einer Kündigung – also der Auflösung eines Vertragsverhältnisses – und den daraus entstehenden Folgen. Beides ist nicht zwingend miteinander zu koppeln. Zudem ist die Norm des § 627 BGB auch dispositives Recht und kann demnach abbedungen oder modifiziert werden.[604] Zuletzt erscheint es vor dem Hintergrund des Solidarprinzips und der gegenseitigen Verpflichtung der Versicherten zu einem sparsamen Umgang mit den Versicherungsbeiträgen auch für den Fall eines vollkommen willkürlichen Klinikwechsels nach auftretenden Komplikationen nicht unzumutbar, dem Patienten die aus seinem Verhalten entstehenden Mehrkosten aufzuerlegen.

Eine andere Frage ist allerdings, wie in der Praxis der Nachweis erbracht werden kann, dass der Wechsel des Krankenhauses tatsächlich auf reiner Willkür des Patienten beruhte, da es dem Patienten regelmäßig und unwiderlegbar gelingen dürfte, plausible – ggf. innere – Gründe und individuelle Motive anzuführen, warum er das Vertrauen in den behandelnden Arzt verloren hat und sich in einer behandelnden Klinik besser aufgehoben fühlt. Möglicher-

---

[602] Die Vorschrift lautet: „Wählen Versicherte ohne zwingenden Grund ein anderes als ein in der ärztlichen Einweisung genanntes Krankenhaus, können ihnen die Mehrkosten ganz oder teilweise auferlegt werden."

[603] So ist die Behandlung in einem Krankenhaus auf höherer Versorgungsstufe aufgrund der höheren Fixkosten beispielsweise teurer als die Behandlung in einem Krankenhaus auf niedrigerer Versorgungsstufe.

[604] Palandt-*Weidenkaff*, BGB, § 627 Rn. 5.

weise kann er seine Argumentation auch an den Qualitätsberichten der Kliniken festmachen.[605]

V. Patientenselektion

Von „Patientenselektionen" ist im Zusammenhang mit DRG-basierten Abrechnungssystemen zu sprechen, wenn Kliniken aus Gewinnstreben versuchen, möglichst nur „billige" Patienten zu behandeln (positive Patientenselektion) und die Aufnahme „teurer" Patienten tunlichst zu vermeiden bzw. diese rechtzeitig an andere Versorgungseinrichtungen abzugeben (negative Patientenselektion).[606] „Teure" Patienten, bzw. Patienten mit „schlechten Risiken" sind dabei solche, bei deren Behandlung der zu erwartende Aufwand die Vergütung übersteigt; „billige" Patienten, bzw. Patienten mit „guten Risiken" sind demzufolge solche, deren Behandlung weniger Kosten verursacht als vergütet werden.[607]

Einige Stimmen in der Literatur bezweifeln den langfristigen ökonomischen Nutzen von Patientenselektionen. Sie räumen zwar ein, dass diese durchaus kurzfristige ökonomische Erfolge zeitigen können, jedoch geben sie zu bedenken, dass den kurzfristigen ökonomischen Erfolgen dieser „Patientenselektion" möglicherweise ein langfristiger ökonomischer Schaden der Klinik gegenüberstehen könnte, der sich darauf gründet, dass sich die ökonomisch motivierte Abschiebung von Patienten herumsprechen dürfte und auf weite Sicht zu rückläufigen Patientenzahlen führen könnte.[608] Dem ist allerdings zu entgegnen, dass bei einem Herumsprechen der Patientenselektion primär diejenigen Patienten ausbleiben dürften, welche sich von der Patientenselektion bedroht sehen; diese sind von den Kliniken aber ehedem „unerwünscht". Auch zeigen die Erfahrungen sowohl in den USA als auch in Deutschland, dass insgesamt von einer Zunahme von Fällen der Patientenselektion auszugehen ist.[609] Dieser Ansicht ist wohl auch der Gesetzgeber, wenn er dem Krankenhausträger nach § 17c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KHG ausdrücklich aufgibt, vorzeitigen ökonomisch motivierten Verlegungen entgegenzuwirken.

Präventiv lässt sich der Patientenselektion durch eine möglichst angemessene und leis-

---

[605] Vgl. oben Kap. 2. C. III. 1. c.

[606] *Knorr*, Das Krankenhaus 1/2001, S. 5, 7; *Schmitz*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 195, 200; *Schulte*, Kompass 11/12 2001, S. 14, 15; *Kendel*, ArztR 4/2001 S. 98; *Hölzer*, in: *AG RAe im MedR* (Hrsg.), Krankenhaus im Brennpunkt, S. 95, 111.

[607] Dies sind vor allem chronisch kranke oder multimorbide Patienten, da bei ihnen das ökonomische Risiko einer langandauernden Behandlung erfahrungsgemäß besonders hoch ist, vgl. *Schmitz*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 195, 202; *Schulz-Nieswandt*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 115, 117; vgl. auch 3. Altenbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 14/5310, S. 157 f.; *Roeder/Rochell*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 69, 88 ff.

[608] *Scheinert*, KrV 1994, S. 212, 217.

[609] *Voß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 198; *Lauterbach/Lüngen*, KrV September 2001, S. 272, 273.

tungsgerechte Fallgruppenbildung und Vergütungskalkulation innerhalb des DRG-Systems begegnen: Wird der besonderen ökonomischen Fallschwere durch entsprechende Schweregrade in ausreichender Weise Beachtung geschenkt, und werden die teuren Behandlungsfälle in eigenen Fallgruppen auch als teure Behandlungsfälle vergütet, so vermindert sich der Anreiz zu ihrer Vermeidung.[610] Allerdings ist anzumerken, dass dieser Prävention Grenzen gesetzt sind, welche ihren Grund in den widerstreitenden Prinzipien der Leistungsgerechtigkeit, der Pauschalierung und der Praktikabilität innerhalb des DRG-basierten Abrechnungssystems haben.[611] So bedeutet ein Mehr an Leistungsgerechtigkeit in der Vergütung ein Weniger an Pauschalierung, was zugleich auch eine Minderung der wirtschaftlichen Anreize des DRG-Systems zur Folge hat. Je näher nämlich der Pauschalpreis für einen Behandlungsfall an den tatsächlichen Kosten liegt, desto weniger müssen sich die Kliniken bemühen, die Kosten für die Patientenbehandlung in Richtung des Pauschalpreises hin zu senken. Weiterhin ist bei einer sehr weitgehenden – leistungsgerechten – Ausdifferenzierung der Behandlungsfallgruppen darauf zu achten, dass das in § 17b Abs. 1 S. 2 HS. 2 KHG festgeschriebenen Prinzip der Praktikabilität des Systems gewahrt bleibt und die Anzahl der Fallgruppen nicht die von der Selbstverwaltung selbstgesetzte Grenze von 800 Fallgruppen übersteigt.[612]

Als Erscheinungsformen der Patientenselektion sind insbesondere zu nennen

- intra-sektorale Verweisungen der Patienten von Krankenhaus zu Krankenhaus,
- fehlende oder unzureichend sichergestellte Anschlussversorgung nach der Entlassung,
- Leistungs- und Kostenverlagerungen auf die benachbarten Versorgungsbereiche der Rehabilitation und der Pflege.[613]

1. Intra-sektorale Verweisungsketten

Unter „intra-sektoralen Verweisungsketten“ als besonderer Ausprägung der Patientenselektion sind die ökonomisch motivierten Abweisungen von teuren Patienten und ihre Verweisung an eine andere Klinik oder die frühzeitige Verlegung teurer Patienten in eine andere Klinik zu verstehen.[614] „Intra-sektoral“ bedeutet, dass die Verweisungen innerhalb des Krankenhaussektors stattfinden; hiervon sind ökonomisch motivierte Verweisungen und Überstellungen von Patienten in andere Versorgungsbereiche, wie etwa die Rehabilitation und

---

[610] *Lauterbach/Lüngen*, KrV September 2001, S. 272, 273; *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 211.

[611] Zu diesen Prinzipien vgl. oben Kap. 2. B. I., Kap. 2. B. II. 1. a. aa.

[612] Vgl. oben Kap. 2. C. I. 1. c.

[613] Vgl. Aufzählungen bei *Sell*, Stellungnahme als Einzelsachverständiger zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes am 10. Oktober 2001, S. 4.; *Schulz-Nieswandt*, Sozialer Fortschritt 5/2000, S. 115, 117; vgl. auch *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 198.

[614] *Lauterbach/Lüngen*, DRG-Fallpauschalen: Eine Einführung, S. 50 f.

die Pflege, zu unterscheiden.[615]

Die Leidtragenden intra-sektoraler Verweisungen sind zum einen die Patienten. Ihre Behandlung wird sich in der Regel verzögern, was zumindest eine Verlängerung von Leiden bedeutet. Neben den Patienten gehen intra-sektorale Verweisungen aber auch zu Lasten derjenigen Krankenhäuser, denen die teuren Patienten zugewiesen werden und die die Behandlung letztendlich übernehmen. Dies sind vor allem die Kliniken höherer Versorgungsstufen wie etwa Universitätsklinika, denn diese haben angesichts ihrer guten Ausstattung zumeist keine Möglichkeiten, die Behandlung der teuren Patienten abzulehnen und die Patienten ihrerseits weiterzuverweisen; mithin stehen sie am Ende der Verweisungskette, so dass sich bei ihnen ein besonders hoher Anteil von teuren Patienten und damit von defizitären Behandlungsfällen finden lässt.[616] Dies aber bringt das im pauschalierenden DRG-Vergütungssystem auf Ausgleich angelegte Verhältnis zwischen gewinn- und verlustbringenden Behandlungsfällen in den (Universitäts-)Kliniken ins Ungleichgewicht und zwingt die Kliniken mithin dazu, insgesamt defizitär zu wirtschaften.[617]

a. Die Abweisung teurer Patienten

Bei der rechtlichen Bewertung der Abweisung teurer Patienten ist von dem Grundsatz auszugehen, dass die Klinikträger grundsätzlich verpflichtet sind, einen um Behandlung ersuchenden Patienten stationär aufzunehmen, sofern dieser eine Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit aufweist, die der jeweiligen Versorgungsstufe der Klinik entspricht. Dies folgt teilweise aus ausdrücklichen landesrechtlichen Vorschriften,[618] für gesetzlich versicherte Patienten können zudem die Vorschriften der § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, § 39 Abs. 1 S. 2, § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V herangezogen werden; für privat versicherte Patienten ergibt sich die Behandlungspflicht der Krankenhäuser aus deren Einbindung in das öffentliche Planungs- und Finanzierungssystem des Krankenhausfinanzierungs- oder des Hochschulbauförderungsgesetzes.[619]

Vom Grundsatz der Behandlungspflicht der Krankenhäuser gibt es allerdings Ausnahmen, die die Abweisung von Patienten und ihre Verweisung an eine andere Klinik rechtfertigen können. Sie ergeben sich aus Gründen der Unmöglichkeit, der Unzumutbarkeit oder der Unwirtschaftlichkeit der Behandlung.

---

[615] Dazu unten Kap. 4. E. V. 2.

[616] *Lauterbach/Lüngen*, KrV 2001, S. 272, 273 zu den Erfahrungen in den USA; *Voß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 198

[617] Vgl. auch *Rüschmann/Zabel/Rüschmann*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 211 ff., 225.

[618] Vgl. etwa § 2 Abs. 1 S.1 KHG NW: „Das Krankenhaus ist verpflichtet, entsprechend seiner Aufgabenstellung (...) alle, die seine Leistungen benötigen, nach Art und Schwere der Erkrankungen zu versorgen."

[619] Vgl. oben Kap. 4. B. I. 3.

aa. Unmöglichkeit der Behandlung

Eine Klinik ist dann nicht zur Aufnahme eines Patienten verpflichtet, wenn sie ihm gegenüber keine dem medizinischen Standard entsprechende Behandlung erbringen kann, weil keine ausreichenden quantitativen oder qualitativen Behandlungskapazitäten zur Verfügung stehen (*nemo ultra posse obligatur*[620]); als Gründe hierfür kommt etwa eine vorübergehende Überlastung des Krankenhauses in Frage oder aber eine grundsätzliche für die in Frage stehende Behandlung nicht ausreichende Ausstattung mit sachlichen oder personellen Mittel (medizinische Apparate, Fachärzte). In diesem Falle hat sich die abweisende Klinik allerdings um eine Verweisung des Patienten an ein den Anforderungen des Behandlungsfalles gewachsenes anderes Krankenhaus zu kümmern.[621] Eine Verweisung des Patienten kommt jedoch auch dann nicht in Frage, wenn sie dem Patienten aufgrund des damit einhergehenden Zeitverlustes mehr Schaden zufügte als eine ausnahmsweise unterstandardgemäße Behandlung.

bb. Unzumutbarkeit der Behandlung

Die Behandlung eines Patienten darf auch dann abgelehnt werden, wenn sie der das Krankenhaus unzumutbar ist. Dies ergibt sich aus § 626 Abs. 1 BGB, der für den Dienstvertrag und damit auch für den Krankenhausaufnahmevertrag ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Fall vorsieht, dass Tatsachen vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen einem der beiden Vertragspartner die Fortsetzung des Vertrages nicht zumutbar erscheinen lassen. Eine medizinische Unzumutbarkeit, die die Ablehnung eines Patienten rechtfertigte, wäre beispielsweise wohl dann gegeben, wenn vom Chefarzt eines katholischen Krankenhauses Behandlungsmethoden verlangt würden, die kirchenrechtlich unzulässig sind.[622]

cc. Unwirtschaftlichkeit der Behandlung

Bei der Frage, inwiefern die Unwirtschaftlichkeit einer Behandlung die Abweisung eines Patienten rechtfertigen kann, ist zu unterscheiden zwischen den Situationen, dass die Vergütung des Behandlungsfalles als zu hoch oder als zu niedrig erscheint.

Der erstere Fall spielt vor allem eine Rolle in Kliniken der höheren Versorgungsstufen und der Maximalversorgung. Aufgrund deren regelmäßig sehr guter sachlicher und personeller

---

[620] *Laufs*, Arztrecht, Rn. 139.
[621] Vgl. oben Kap. 4. B. I. 3.
[622] Vgl. Palandt-*Weidenkaff*, BGB, § 626 Rn. 56, allerdings in anderem Zusammenhang.

Ausstattung haben diese Krankenhäuser stets sehr hohe Fixkosten, so dass die Behandlung eines jeden Patienten bei ihnen schon aus diesem Grunde überdurchschnittlich teuer ist. Daher soll ihnen das Recht zustehen, die Behandlung von Patienten mit der Begründung abzulehnen, dass der Behandlungsfall nicht die für ihren Versorgungsstandard erforderliche medizinische Fallschwere aufweise, so dass sich die Behandlung des Patienten angesichts der hohen Fixkosten wirtschaftlich nicht lohne und unnötigerweise die Kapazitäten der Kliniken für ihre eigentlichen Aufgaben blockiere.[623]

Ob jedoch auch eine zu niedrige Vergütung als Grund für die Ablehnung eines Patienten in Frage kommt, erscheint fraglich. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es sowohl den niedergelassenen Ärzten als auch den Krankenhausträgern nicht zuzumuten ist, gezwungenermaßen defizitär zu arbeiten und Behandlungen durchzuführen, die ihm finanzielle Verluste bescheren (wirtschaftliche Unzumutbarkeit). So wurde im Zeitraum der strikten Budgetierung in den Jahren 1993-1996 („Deckelung“)[624] vertreten, dass eine Klinik, deren Budget vorzeitig ausgeschöpft war, die Behandlung eines Patienten in den nächsten Abrechnungszeitraum verschieben könne, sofern dies für den betroffenen Patienten keine ernstzunehmende Gefahr bedeutete.[625]

Seit Wiedereinführung der flexiblen Budgetierung in 1997, welche mögliche Budgetüberschreitungen der Kliniken abfängt,[626] und der Möglichkeit für die Kliniken, die Angemessenheit ihrer Vergütung gerichtlich überprüfen zu lassen,[627] ist die wirtschaftliche Unzumutbarkeit als Grund für die Verweigerung einer Behandlung in der Praxis jedoch nur noch von theoretischer Natur. Auch ist zu bedenken, dass im DRG-basierten Abrechnungssystem aufgrund des Prinzips der Pauschalierung ja gerade einkalkuliert ist, dass Kosten für die Behandlungsfälle in den Kliniken zum Teil über, zum Teil aber auch unter deren Vergütung liegen. Dennoch bestehende ökonomisch Härten können zudem durch die Vereinbarung von Sicherstellungszuschlägen ausgeglichen werden. Aus alledem ergibt sich, dass die Abweisung eines Patienten aus wirtschaftlichen Gründen in der Regel unzulässig ist.[628]

---

[623] *Franzki*, AuK 1994, S. 61, 66; *Voß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 198.
[624] Vgl. oben Kap. 1. H. I. 2.
[625] *Franzki*, AuK 1994, S. 61, 66.
[626] Vgl. dazu oben Kap. 1. H. I. 2.
[627] Vgl. § 18 Abs. 5 S. 2 KHG.
[628] Vgl. *Voß*, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, S. 198. Im vertragsärztlichen Bereich werden die Möglichkeiten einer wirtschaftlich motivierten Abweisung von Patienten derzeit im Zusammenhang mit der seit Beginn des Jahres 2004 fälligen „Praxisgebühr“ der Patienten diskutiert. Eine Abweisung der Patienten bei Unwilligkeit zur Entrichtung der Gebühr soll jedenfalls dann nicht in Frage kommen, wenn dies für den Patienten ernsthafte gesundheitliche Konsequenzen hätte.

b. Rechtliche Folgen der Abweisung teurer Patienten

aa. Ansprüche des abgewiesenen Patienten

Mit der allein ökonomisch bedingten Abweisung eines Patienten – bei bestehender Möglichkeit der standardgemäßen Behandlung durch die abweisende Klinik – und seiner Verweisung an eine andere Klinik, möglicherweise unter dem Vorwand der Unmöglichkeit einer fachgerechten Behandlung, verletzt die Klinik gegenüber dem Patienten ihre Aufnahme- und Behandlungspflicht und entzieht sich zugleich dem bestehenden Kontrahierungszwang.

Sofern dem Patienten hieraus Schäden entstehen, etwa durch die Verlängerung von Schmerzen, stehen ihm gegenüber dem verantwortlichen Arzt und/oder dem Klinikträger unproblematisch Schadensersatzansprüche zu. Diese ergeben sich zum einen aus vorvertraglicher Pflichtverletzung (*culpa in contrahendo*) nach §§ 280 Abs. 1, 253 Abs. 2 , 276, 278 S. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB, und zum anderen auch aus unerlaubter Handlung. In Frage kommt ein Haftung nach §§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 2, 31, 89, 831 BGB wegen einer Körper- bzw. Gesundheitsverletzung durch pflichtwidriges Unterlassen, sowie möglicherweise auch eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB wegen der Verletzung von Schutzgesetzen. In Frage kommen hier sowohl strafrechtliche Normen, etwa Körperverletzung durch Unterlassen (§§ 223, 13 StGB) oder der Unterlassenen Hilfeleistung (§ 323c StGB), jedoch auch die landes- und bundesrechtlichen Vorschriften, welche die Behandlungspflicht des Krankenhauses gegenüber dem Patienten normieren, da diese fraglos dem Schutze der Gesundheit und der körperlichen Integrität des Patienten zu dienen bestimmt sind, insbesondere also § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 5, § 39 Abs. 1 S. 2 SGB V.

bb. Ansprüche der behandelnden Kliniken

Interessanter als die recht unproblematisch zu begründenden Ersatzansprüche der Patienten für den Fall einer rechtswidrigen, ökonomisch motivierten Verweisung an eine andere Klinik erscheint die Frage, ob auch den Kliniken, an die die teuren Patienten von der abweisenden Klinik verwiesen werden und die letztendlich die Behandlung des Patienten übernehmen, möglicherweise Ausgleichs- oder Ersatzansprüche zustehen. Ihr Nachteil besteht jedenfalls darin, dass sie zusätzliche teure Patienten aufnehmen müssen, deren Behandlungskosten die fallpauschalierte Vergütung möglicherweise übersteigen und für die Kliniken zusätzliche finanzielle Verluste bedeuten. Zwar ist das pauschalierende DRG-basierte Vergütungssystem insgesamt auf einen Ausgleich zwischen gewinnbringenden und verlustreichen Behandlungsfällen ausgelegt, so dass defizitäre Behandlungsfälle bis zu einem gewissen Grade hinzunehmen sind. Dies gilt aber dann nicht mehr, wenn die diesem Ausgleichssystem zu Grunde liegenden Patientenströme durch rechtswidrige intra-sektorale Verweisungen manipuliert

werden, so dass defizitären Behandlungsfälle gezielt an andere Kliniken weitergeleitet werden. Dies bedeutet eine Verzerrung des Systems.

(1) Öffentlich-rechtliche Ausgleichsansprüche

Öffentlich-rechtliche Ausgleichsregelungen oder besondere Zuschläge, die die aus den intra-sektoralen Verweisungen entstehenden finanziellen Nachteile der behandelnden Kliniken auffangen könnten, sind im DRG-System nicht vorgesehen.

So bestand zwar nach der früheren Regelung des § 17 BPflV-1973 die Pflicht, dass diejenigen Krankenhäuser, die gewinnbringend wirtschafteten, die Verluste der anderen Kliniken ausgleichen mussten (Gewinn- und Verlustausgleich), was im vorliegenden Falle die Folgen der Patientenselektionen weitgehend eingedämmt hätte; diese Vorschrift wurde allerdings mit der Bundespflegesatzverordnung-1986 abgeschafft, da sie überwiegend als Hemmnis und sogar Bestrafung für wirtschaftliches Handeln in den Kliniken angesehen wurde.[629]

Auch passt der im jetzigen System bestehende Mehr- oder Mindererlösausgleich nach § 3 Abs. 6, § 4 Abs. 9 KHEntgG für das vorliegende Problem nicht. Er regelt nicht das Entstehen von Verlusten, indem die erzielten Erlöse die Kosten der Kliniken nicht decken, sondern greift nur in den Fällen ein, in denen die erzielten Erlöse höher oder niedriger als das prospektiv festgelegte Budget der Kliniken ist.

(2) Zivilrechtliche Ersatzansprüche

An der Anwendbarkeit zivilrechtlicher Ausgleichs- und Ersatzansprüche zwischen den verweisenden und den behandelnden Kliniken können insofern Zweifel bestehen, als dass die Krankenhäuser im Hinblick auf ihre Finanzierung, ihre Leistungspflichten und die Vergütung ihrer Leistungen in ein komplexes öffentlich-rechtlich ausgestaltetes System (KHG, KHEntgG, (K)FPV, SGB V) eingebettet sind. Öffentlich-rechtliche Regelungen aber, die selbst Ausgleichs- und Erstattungsregelungen beinhalten oder aber sonst derart in sich geschlossen und ausdifferenziert sind, dass sie nicht als ergänzungsbedürftig angesehen werden können, können eine parallele Anwendbarkeit der entsprechenden zivilrechtlichen Regelungen zwischen den einzelnen Akteuren jedoch ausschließen.[630]

Zunächst ist festzustellen, dass dem Gesetzgeber bei der Einführung des DRG-Systems die

---

[629] Dazu *FvV*, Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, S. 105; *Jung*, Bundespflegesatzverordnung 1986, S. 45; *Tuschen/Quaas*, Bundespflegesatzverordnung, 5. Auflage, S. 8.

[630] Vgl. *Gagel*, NJW 1985, S. 1872 ff.

Problematik intra-sektoraler Verweisungen nicht unbekannt war und er sie auch konkret zum Gegenstand gesetzlicher Regelungen gemacht hat. So verpflichtet etwa § 17c Abs. 1 Nr. 2 KHG die Krankenhausträger, durch geeignete Maßnahmen darauf hinzuwirken, dass „eine vorzeitige Verlegung (...) aus wirtschaftlichen Gründen unterbleibt". Für den Ausgleich der finanziellen Nachteile von Kliniken, denen im Wege der Patientenselektion zusätzliche teure Patienten zugewiesen werden, sind – wie soeben unter (1) festgestellt – allerdings keine Regelungen getroffen.

Allerdings ist zu beachten, dass der Gesetzgeber für bestimmte andere Formen des Missbrauchs des DRG-Abrechnungssystems ausdrückliche Bestimmungen für Ausgleichs- und Sanktionsmechanismen getroffen hat. So regelt etwa § 17c Abs. 3 S. 3, 4 KHG die Vorgehensweise zur Erreichung eines Ausgleiches bei Fehlabrechnungen und Upcoding der Kliniken,[631] was die Vermutung nahe legen könnte, dass er stets dort, wo er gesonderte Ausgleichsregelungen für notwendig gehalten hält, diese auch niederlegt. Auch ist das DRG-System als „lernendes" System konzipiert,[632] in welchem der Basisfallwert, die Bewertungsrelationen und auch die Fallgruppenzusammenstellungen jährlich an medizinische und wirtschaftliche (Fehl-)Entwicklungen angeglichen werden sollen.[633] Hierdurch ist die Möglichkeit eröffnet, durch eine Korrektur der Schweregradabbildung in den betroffenen Fallgruppen und möglicherweise eine Neubildung von Fallgruppen die Leistungsgerechtigkeit der Vergütung zu erhöhen und damit den unerwünschten Anreizen zu negativer Patientenselektion entgegenzuwirken.

Insgesamt aber erscheint der öffentlich-rechtliche Rahmen des DRG-Systems m.E. nicht als so ausreichend detailliert und ausdifferenziert, dass er hinsichtlich der wechselseitigen Ansprüche der beteiligten Akteure als abschließend angesehen werden könnte. Es ist nicht zu erkennen, dass das System durch die ergänzenden Heranziehung der allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen insgesamt in eine Schieflage geriete, insbesondere bedeutet die ständige jährliche Systemüberarbeitung nur eine nachfolgende Reaktion auf aufgetretene Veränderungen und Schwächen zur Prävention eines zukünftigen Systemmissbrauches, nicht aber eine Sanktionierung oder einen Ausgleich für die Folgen zurückliegender Patientenselektionen. Der Anwendbarkeit der einschlägigen zivilrechtlichen Vorschriften stehen daher keine rechtssystematischen Einwände entgegen.

---

631 Vgl. dazu oben Kap. 2. C. III. 2. d.; Kap. 4. E. II. 3. b.
632 *Rau*, Das Krankenhaus 2001, S. 570, 572.
633 Vgl. § 17b Abs. 2 S. 1 KHG, §§ 9, 10 KHEntgG.

(a) Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB –
Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

In dem Abweisen der teuren Patienten und ihrer Zuweisung an eine andere Klinik könnte zunächst ein rechtswidriger Eingriff der abweisenden Klinik in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der behandelnden Klinik zu sehen sein, welches als „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt ist.[634] Zwar betreibt der Arzt als Ausübender eines freien Berufes kein Gewerbe,[635] weshalb insofern von einem eingerichteten und ausgeübten *Gewerbe*betrieb nicht gesprochen werden kann. Der vom Recht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ausgehende Schutz wird jedoch auch auf die Ärzte übertragen, sofern es um die Ausübung ihres Berufes geht.[636] Gleiches muss für die – teilweise kommerziellen – Kliniken erst recht gelten.

Der Schutzbereich des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb erstreckt sich nach der Rechtsprechung auf alles, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des Betriebes ausmacht. Hierzu gehört sowohl der gegenständliche Bestand des Betriebes, als auch seine Erscheinungsform, sein Tätigkeitsbereich und sein Kundenstamm.[637] Um angesichts dieses weiten Anwendungsbereiches die Haftung für mögliche Beeinträchtigungen jedoch nicht ausufern zu lassen, ist als Verletzungshandlung stets „betriebsbezogener" Eingriff erforderlich, der sich unmittelbar gegen den betrieblichen Organismus oder die unternehmerische Entscheidungsfreiheit an sich richtet.[638]

Angesichts dieser Kriterien ist im vorliegenden Fall eine Verletzung des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes der Kliniken zu verneinen. So erfolgt die Beeinträchtigung der Klinik durch die negative Patientenselektion nicht dadurch, dass direkt in den Betriebsablauf oder den betrieblichen Organismus der benachteiligten Klinik eingegriffen wird, auch wird die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Klinikträgers nicht beeinträchtigt oder der Kundenstamm dezimiert, so dass die wirtschaftlicher Existenzgrundlage der Klinik wegbräche. Vielmehr besteht die Beeinträchtigung der Klinik darin, dass ihr zur regulären Behandlung weitere Patienten zugewiesen werden, die wirtschaftlich ungünstige Behandlungsmerkmale aufweisen. Ein betriebsfeindlicher, gegen den betrieblichen Ablauf wirkender Eingriff kann hierin m.E. nicht gesehen werden.

---

634 Statt vieler *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rnrn. 199 ff; Palandt-*Sprau*, BGB, § 823 Rnrn. 126 ff.
635 Vgl. § 1 BÄO.
636 *OLG Köln, VersR* 1996, S. 234 f.
637 *BGH*, DB 1971, S. 571.
638 *BGH*, NJW 2003, S. 1040, 1041; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 199.

(b) Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB – Schutzgesetzverletzung

Als einschlägige Grundlage für einen Ersatzanspruch der den teuren Patienten behandelnden Klinik, gegenüber demjenigen Krankenhaus, das den Patienten aus ökonomischen Gründen abgewiesen hat, kommt weiterhin die Norm des § 823 Abs. 2 BGB in Betracht. Als Haftungsbegründung setzt sie einen Verstoß „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz" voraus. Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB kann jede Rechtsnorm sein,[639] erforderlich und ausreichend ist daher ein Gesetz im materiellen Sinne, nach vorzugswürdiger Ansicht auch eine Rechtsnorm bloßen Innenrechts, wie z.B. berufsständische Satzungen (ärztlichen Berufsordnungen).[640] Weiterhin muss die verletzte Rechtsnorm dem Gesetz nach „den Schutz eines anderen" bezwecken. Da es zivilrechtlich keinen allumfassenden Schutzbereich gibt, sondern stets die Interessen einzelner Personen oder von Mitgliedern bestimmter Personenkreise geschützt werden, ist zunächst eine gewisse Individualisierung der Schutzadressaten erforderlich. Es genügt nicht, wenn eine Rechtsnorm einzig dem Schutze der Allgemeinheit dienen soll, ohne den Schutz einzelner Personen oder eines Personenkreises zumindest mitzubezwecken.[641] Des weiteren hat eine Norm nur dann Schutzgesetzqualität, wenn sie ein bestimmtes Gebot oder Verbot ausspricht, dem im Einzelfall nicht Genüge getan wird; sofern eine Norm nur allgemeine, unspezifische Grundsätze enthält, genügt dies nicht.[642] Auch ist für eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB erforderlich, dass der Anspruchsteller gerade in den von der Norm geschützten Personenkreis fällt und das verletzte Gesetz gerade auch vor denjenigen Schäden schützen sollte, die sich konkret verwirklicht haben (Eröffnung des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs).[643]

In der ungerechtfertigten, rein ökonomisch bedingten Abweisung des Patienten und seiner Verweisung an eine andere Klinik ist zunächst ein Verstoß des Arztes gegen die vorderste ärztliche standesrechtliche Regel des § 1 Abs. 1 BÄO zu sehen, welche sowohl die allgemeine Grundlage des berufsständischen Selbstverständnisses der Ärzte als auch die oberste Verhaltensmaxime des einzelnen Arztes festlegt. „Der Arzt dient der Gesundheit des einzelnen Menschen und der des gesamten Volkes". Zumindest die erste Variante der Vorschrift, der Dienst an der Gesundheit des Einzelnen, wird durch die ökonomisch motivierte Abweisung des Patienten vernachlässigt, jedoch fällt die benachteiligte Klinik insofern fraglos nicht in den persönlichen Schutzbereich der Norm. Ihr Schutz könnte sich allenfalls aus der Pflicht der Ärzte zum Dienst an der Gesundheit „des gesamten Volkes" ergeben, denn man kann argumentieren, dass der Schutz der Volksgesundheit ein funktionierendes Gesundheitswesen voraussetzt, innerhalb dessen in Deutschland den Krankenhäusern eine zentrale Bedeutung

---

639 Art. 2 EGBGB.
640 Überzeugend *Taupitz*, in: *Deutsch/Klingenmüller/Kullmann* (Hrsg.), FS für *Steffen*, S. 489, 492 ff.
641 *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 214; Palandt-*Sprau*, BGB, § 823 Rn. 57.
642 BGH, NJW 1965, S. 2007; *Taupitz*, in: *Deutsch/Klingenmüller/Kullmann* (Hrsg.), FS für *Steffen*, S. 489, 498 f.
643 *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rnrn. 211 ff.; Palandt-*Sprau*, BGB, § 823 Rnrn. 57 ff.

zukommt. Werden nun aber durch wiederholte intra-sektorale Verweisungen die Kliniken höherer Versorgungsstufen massiv finanziell geschwächt, so gefährdet dies auf Dauer möglicherweise ihre wirtschaftliche Existenz, dadurch das Funktionieren des Gesundheitswesen und darüber mittelbar auch die Volksgesundheit. Eine solche Argumentation erscheint nicht unbedingt allzu konstruiert, rechtfertigte doch auch das *Bundesverfassungsgericht* bereits die Kostendämpfungsmaßnahmen im Gesundheitswesen mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit der finanziellen Solidität der GKV, um ein funktionierendes Gesundheitswesens und darüber die Versorgung der Bevölkerung – also die Volksgesundheit – sicherzustellen.[644] Allerdings ist das allgemeine an den Arzt gerichtete Gebot zum Dienst an der Gesundheit „des gesamten Volkes" m.E. als eher unbestimmter, allgemeiner Grundsatz aufzufassen, der ein für § 823 Abs. 2 BGB erforderliches bestimmtes Ge- oder Verbot nicht enthält.[645] Eine Haftung der verweisenden Klinik kommt insofern nicht in Betracht.

Neben dem Verstoß gegen § 1 Abs. 1 BÄO verletzt der Krankenhausarzt durch die intra-sektoralen Verweisung für den Fall der Abweisung eines *gesetzlich* versicherten Patienten auch seine Pflicht zur vollstationären Behandlung bei medizinischer Indikation und Behandlungsmöglichkeit, wie sie in § 39 Abs. 1 S. 2, § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V niedergelegt ist. Will man diese Vorschriften als Gebotsnormen zur Behandlung des Patienten und damit als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB verstehen, so ist jedoch festzustellen, dass sie – wie § 1 BÄO – ihrem Schutzzweck nach primär auf die Gesundheit der Patienten abzielen. Daneben kann über das anspruchsbegrenzende Kriterium der Erforderlichkeit (Krankenhausbehandlungsbedürftigkeit) allenfalls noch ein Schutz der finanziellen Solidität der GKV begründet werden, jedoch lässt sich ihnen ein darüber hinausgehender Schutz einzelner Krankenhäusern vor einer finanziellen Belastung in Folge negativer Patientenselektion nicht entnehmen. Eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB scheidet daher aus.

(c) Schadensersatz nach § 826 BGB – Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung

Nach Verneinung der tatbestandlichen Einschlägigkeit des § 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB bleibt zu prüfen, ob die negative Selektion teurer Patienten und ihre Verweisung an andere Kliniken für die behandelnden Kliniken einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB begründet. § 826 BGB ist ihrem Charakter nach die eigentliche deliktsrechtliche Generalklausel, die im Unterschied zu § 823 BGB keine Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes oder eines Schutzgesetzes voraussetzt, sondern zum Ersatz jedweden in sittenwidriger, vorsätzli-

644 *Steiner*, MedR 1/2003, S. 1, 6, mit Hinweis auf *BVerfGE* 103, 172; 103, 392.

645 Die von MüKo-*Mertens*, BGB Bd. 5, 3. Aufl., § 823 Rn. 366 getroffene Aussage, § 1 Abs. 1 BÄO könne bei einer Unterlassung der ärztlichen Hilfeleistung zu einer Haftung des Arztes nach § 823 Abs. 2 BGB führen, kann sich m.E. nur auf die erste Variante des § 1 Abs. 1 BÄO beziehen.

cher Weise zugefügten Schaden verpflichtet.[646]

(aa) Sittenwidrige Handlung

Der Ausgangspunkt der Haftung nach § 826 BGB ist ein Verstoß „gegen die guten Sitten". Grundsätzlich ist hierunter dasselbe zu verstehen wie im Rahmen des § 138 BGB, wobei die Sittenwidrigkeit des § 826 BGB naturgemäß enger an menschliches Verhalten, nämlich dasjenige des Schädigers, anknüpft. Eine griffige Beschreibung bzw. Definition des Begriffes der Sittenwidrigkeit ist in Literatur und Rechtsprechung bis heute allerdings nicht gelungen. Teilweise wird sie als ein Entwicklungsstadium im Vorfeld der Rechtswidrigkeit angesehen, teilweise auch als ein Mehr gegenüber der Rechtswidrigkeit.[647] Zumeist jedoch wird auf die hergebrachte Formel eines Verstoßes „gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" Bezug genommen,[648] was im Ergebnis jedoch auch keinen besonderen Erkenntnisgewinn beschert, da sich auch aus dieser Umschreibung kein fassbarer Kern des Sittenwidrigkeitsbegriffes ergibt.

Maßgebliche Anhaltspunkte für die Entscheidung der Frage nach der Sittenwidrigkeit einer Handlung geben in der Rechtspraxis allerdings die einzelnen Fallgruppen, die sich im Laufe der Zeit in der Rechtsprechung als sittenwidrige Verhaltensweisen herausgebildet haben. Dies sind insbesondere die Täuschung einer anderen Person, die konspirative Kollusion zum Nachteil Dritter, Treuwidrigkeiten, Rechtsmissbrauch etc., aber auch die Vorteilserlangung durch die Verletzung von Berufs- oder Standesrecht.[649]

Angesichts der Unvereinbarkeit der negativen Patientenselektion mit der standesrechtlichen Vorschrift des § 1 Abs. 1 BÄO[650] kommt zur Begründung ihrer Sittenwidrigkeit insbesondere die letztgenannte Fallgruppe in Betracht, die Verletzung von berufsrechtlichen oder standesrechtlichen Regeln. Allerdings ist einzuräumen, dass nicht jedweder Verstoß gegen standesrechtliche Regeln *per se* als sittenwidrig einzustufen ist, sondern dies maßgeblich vom Inhalt der verletzten Norm abhängt. Sofern diese nämlich selbst als fragwürdig und u.U. unvereinbar mit der grundgesetzlichen gewährleisteten Berufsfreiheit (Art. 12 GG) erscheint, ist ein Verstoß keineswegs als eine sittenwidrige Missachtung der Werte- und der Rechtsordnung anzusehen.[651]

---

[646] *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 231.
[647] *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 232.
[648] *BGHZ* 17, 327, 332; 129, 138, 172, vgl. auch *RGZ* 48, 114, 124; Palandt-*Sprau*, BGB, § 826 Rn. 2; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 138 Rn. 2; krit. *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 233; MüKo-*Wagner*, BGB Bd. 5, 4. Aufl., § 826 Rn. 7.
[649] *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 237 ff.; vgl. auch Palandt-*Sprau*, § 826 Rnrn. 20 ff.
[650] Vgl. oben Kap. 4. E. V. 1. b. bb. (2) (b).
[651] *BGH*, NJW-RR 1989, S. 1385 f. (Werbeverbot für Heilpraktiker); vgl. Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 138 Rn. 57.

Im Falle des § 1 Abs. 1 BÄO bestehen in dieser Hinsicht allerdings keine Probleme. Das in ihr enthaltene Gebot zum Dienst an „der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes“ ist schlechterdings die konstituierende, fundamentale und vornehmlichste ärztliche Berufspflicht, die ihren Platz nicht ohne Grund am Anfang der BÄO gefunden hat und im Hinblick auf Art. 12 GG auf keinerlei Bedenken trifft. Auch wurde bereits festgestellt, dass unter der derzeitigen Ausgestaltung des Vergütungssystems für Krankenhausleistungen in der Regel keine Möglichkeiten bestehen, etwaige Behandlungsablehnungen durch wirtschaftliche Erwägungen zu rechtfertigen,[652] so dass das Gebot des § 1 Abs. 1 BÄO insofern auch nicht eingeschränkt werden kann. Folglich muss die Missachtung des § 1 Abs. 1 BÄO schlechterdings der weitestmögliche Verstoß gegen ärztliches Standesrecht überhaupt angesehen werden. Erfolgt er zudem noch – wie im Falle der negativen Patientenselektion – aus nicht zu rechtfertigenden wirtschaftlichen Gründen zum Nachteil anderer Kliniken und somit sprichwörtlich aus „ungesundem“ Gewinnstreben, so ist dies fraglos mit den Werten der Sittenordnung unvereinbar, zumal diese vom Berufsstand der Ärzte ein gesteigertes „humanes“ – und gerade nicht „menschliches“ – Verhalten abfordern dürfte, nimmt dieser gemäß seinem Selbstverständnis doch eine besonders hohe gesellschaftliche Reputation in Anspruch. Die negative Patientenselektion ist daher im Ergebnis als ein sittenwidriges Verhalten im Sinne des § 826 BGB anzusehen.

(bb) Schädigung

Die Frage nach einer Schädigung der den Patienten letztendlich aufnehmenden Klinik bestimmt sich nach den allgemeinen schadensrechtlichen Vorschriften der §§ 249 ff. BGB, in deren Rahmen zur Bestimmung eines Vermögensschadens die Formel der Differenzhypothese heranzuziehen ist. Diese vergleicht den tatsächlichen Wert des Vermögens des potentiell Geschädigten mit dem hypothetischen Wert, den das Vermögen ohne die schädigende, hier sittenwidrige Handlung hätte; der Schaden ergibt sich dann aus der negativen Differenz beider Vermögensstände.[653]

Da die Behandlung eines teuren Patienten für die behandelnde Klinik insgesamt höhere Kosten als Einnahmen bedeutet, ist bei der negativen Patientenselektion der Schaden, der der behandelnden Klinik entsteht, zunächst derjenige Betrag, um den die Behandlung des Patienten die Vergütung durch die entsprechende Fallpauschale übersteigt. Zudem ist zu Bedenken, dass auch bei steigenden Fallzahlen „defizitärer“ Patienten der Gesamterlös der Klinik steigt und sie daher zusätzliche Nachteile durch einen Mehrerlösausgleich erleiden

---

[652] Vgl. soeben oben unter Kap. 4. E. V. 1. a. cc.

[653] Zur Differenzhypothese vgl. z.B. *OLG Köln*, NJW-RR 1994, 687, 688; *OLG Hamm*, NJW 1997, 370, 372, Palandt-*Heinrichts*, BGB, Vorb v § 249, Rn 8.

kann.[654] Kann die Klinik außerdem nachweisen, dass sie aufgrund der Behandlung des ihr zugewiesenen Patienten einen anderen, lukrativen Behandlungsfall aus Kapazitätsgründen abweisen musste, so kann sie auch diesen entgangenen Gewinn als Schaden geltend machen (§ 252 BGB).

Problematisch erscheint aus normativen Gesichtspunkten allerdings, ob es tatsächlich möglich ist, im vorliegenden Falle einen Schaden der behandelnden Klinik anzunehmen. So ist doch das DRG-System aufgrund des ihm immanenten Prinzips der pauschalierten Vergütung gerade darauf ausgelegt, dass die Vergütung eines Behandlungsfalles im Einzelfall hinter den der Klinik entstehenden Kosten zurückbleiben kann,[655] was aufgrund des angenommenen Ausgleichs zwischen gewinnbringenden und defizitären Behandlungsfällen insgesamt nicht als unangemessen und grundsätzlich auch nicht als „Schaden" der Klinik angesehen werden kann. Die Bezahlung der Klinik ist mithin „systemgerecht". Andererseits ist jedoch zuzugeben, dass der gerechte Ausgleich zwischen gewinnbringenden und defizitären Behandlungsfällen im DRG-System nur dann stattfinden kann, wenn die dem System zugrundeliegenden Patientenströme ungestört bleiben. Werden sie wie im Falle der negativen Patientenselektion jedoch von einzelnen Kliniken aus Eigennutz manipuliert, so führt dies zu einer vom DRG-Vergütungssystem nicht mehr gedeckten Schieflage der Verteilung der defizitären Patienten auf die zur Verfügung stehenden Kliniken. Der vom System vorgesehene Ausgleich zwischen teuren und billigen Patienten innerhalb einer Klinik greift dann nicht mehr, weshalb im Ergebnis auch normative Gesichtspunkte der Annahme eines Schadens m.E. nicht entgegenstehen.

(cc) Zurechnungszusammenhang

Die Ersatzpflicht des Schädigers setzt zunächst voraus, dass der konkret eingetretene Schaden sowohl seinem Grunde als auch seinem Umfang nach auf der schädigenden Handlung beruht. Hierzu muss ein naturgesetzlicher Ursächlichkeitszusammenhang zwischen Schaden und schädigender Handlung vorliegen (aquivalente Kausalität), der allerdings nicht derartig eigenartig und ungewöhnlich erscheinen darf, dass er nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht in Betracht zu ziehen war (adäquate Kausalität).[656] Im vorliegenden Falle ist hieran nicht zu zweifeln. So ist es weder gänzlich unwahrscheinlich, noch ungewöhnlich oder überraschend, sondern vielmehr durchaus vorhersehbar, dass ein im Wege der negativen Patientenselektion vom Krankenhaus abgewiesener teurer Patient eine andere Klinik aufsuchen wird, die dann die finanziellen Lasten der defizitätren Behandlung zu tragen hat. Dies

[654] Vgl. § 3 Abs. 6, § 4 Abs. 9 KHEntgG.
[655] Vgl. oben Kap. 2. B. I.
[656] *BGH*, NJW 1995, S. 126, 127; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rnrn. 50 ff.; Palandt-*Heinrichs*, BGB, Vorb v § 249, Rnrn. 54 ff.

gilt insbesondere auch deshalb, weil die den Patienten abweisende Klink sich ja auch um dessen Verweisung an ein anders, ihrem Vorbringen nach geeigneteres Krankenhaus zu kümmern hat.[657]

Weiterhin muss der eingetretene Schaden auch in den Schutzbereich der vom Schädiger verletzten Norm fallen. Die deliktsrechtliche Lehre vom Schutzzweck der Norm ergänzt die auf einer Wahrscheinlichkeitsprognose aufbauende adäquat-äquivalente Kausalität unter verengt den Zurechnungszusammenhang unter wertenden Gesichtspunkten. Sie besagt, dass der Schädiger nicht für alle adäquat-kausalen Schäden seines rechtswidrigen Verhaltens haften muss (*versari in re illicita*), sondern nur für solche, vor denen die verletzte Norm den Geschädigten ihrer Art und Entstehungsweise nach gerade schützen sollte.[658]

Die Lehre vom Schutzzweck der Norm findet im Haftungsrecht vor allem dort Anwendung, wo die zivilrechtliche Haftung auf einem Verstoß gegen Normen eines anderen Rechtsgebietes herzuleiten ist, namentlich also im Rahmen der Schutzgesetzverletzung nach § 823 Abs. 2 BGB und der Staatshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG.[659] Darüber hinaus wird sie aber auch im Rahmen des § 823 Abs. 1[660] und des § 826 BGB angewandt.[661]

Die Sittenwidrigkeit der negativen Patientenselektion wurde im vorliegenden Falle vor allem über den Verstoß des abweisenden Krankenhausarztes gegen § 1 Abs.1 BÄO hergeleitet, wobei diese Vorschrift allerdings – wie bereits im Rahmen der Prüfung des § 823 Abs. 2 BGB festgestellt – keine Schutzwirkung zugunsten der konkurrierenden, behandelnden Klinik entfaltet.[662] Hieraus zu schließen, dass konsequenter Weise auch eine Haftung nach § 826 BGB an der mangelnden Einbeziehung des behandelnden Krankenhauses in den Schutzzweck der verletzten Norm scheitern müsse, wäre allerdings fehlerhaft. Zwar wird der Sittenverstoß maßgeblich durch die Verletzung des § 1 BÄO begründet, jedoch ist diese Vorschrift nicht als „verletzte Norm“ anzusehen. Diesen Platz nehmen im Rahmen des § 826 BGB vielmehr die guten Sitten, also das „Sittengesetz“ ein, so dass der beim behandelnden Krankenhaus entstandene Schaden nur dann in den Schutzbereich der verletzten Norm fiele, wenn die Abweisung des Patienten und seine Verweisung an das behandelnde Krankenhaus gerade auch dem behandelnden Krankenhaus gegenüber als unsittlich empfunden werden muss.

Hiervon ist im vorliegenden Falle meines Erachtens auszugehen. Zwar besteht der Schwerpunkt der Sittenwidrigkeit bei der negativen Patientenselektion wegen der Verletzung

---

[657] Vgl. oben Kap. 4. B. I. 3.
[658] Vgl. *BGH*, NJW 1986, S. 1326, 1332; NJW 1999, S. 3203; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rnrn. 109 ff.; Palandt-*Heinrichs*, BGB, Vorb v § 249, Rnrn. 62, 88.
[659] *BGH*, NJW 1990, S. 2615 f.; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 109.
[660] *BGHZ* 27, 137, 138.
[661] *BGHZ* 93, 231, 236.
[662] Vgl. oben Kap. 4. E. V. 1. b. bb. (2) (b).

des § 1 BÄO fraglos gegenüber dem verwiesenen Patienten; die Sittenwidrigkeit gegenüber der aufnehmenden Klinik ergibt sich jedoch daraus, dass die Kliniken nach dem KHG in ein gemeinsames Krankenhausfinanzierungs- und Vergütungssystem eingebunden sind, welches zu seinem Funktionieren von den Kliniken ein gewisses Maß an gegenseitigem solidarischen Verhalten abfordert, das zumindest darin besteht, die für alle Kliniken gleichermaßen geltenden Grundsätze zu achten. Setzt sich eine Klinik hierüber hinweg und manipuliert sie aus missbräuchlichem Gewinnstreben die „natürlichen" Patientenströme zu ihren Gunsten wohlwissend, dass dies unweigerlich zum Nachteil einer anderen Klinik gehen muss, so verletzt sie ihre Pflicht zur Solidarität, was angesichts der wichtigen und verantwortlichen Stellung der Krankenhäuser im deutschen Gesundheitssystem durchaus als unsittlich auch gegenüber den sich redlich verhaltenden, benachteiligten anderen Kliniken anzusehen ist.

(dd) Vorsatz

§ 826 BGB setzt eine *vorsätzliche* Schädigung voraus, welche verlangt, dass der Schädiger die Art und die Richtung der Schadensfolgen vorausgesehen und sie gewollt zumindest billigend in Kauf genommen hat (*dolus eventualis*).[663] Der den mutmaßlich teuren Patienten abweisende Arzt weiß bzw. sieht voraus, dass dieser von seiner Klinik legitimerweise zu tragende Behandlungsfall für eine andere Klinik eine finanzielle Last bedeuten wird; in der Regel wird er dem Patienten die als Alternative in Frage kommende Klinik wohl auch benennen. Die Schädigung der anderen Klinik nimmt er daher bewusst in Kauf, so dass der Vorsatz im Sinne des § 826 BGB regelmäßig gegeben sein wird.

(ee) Zwischenergebnis

Nach hier vertretener Ansicht bedeutet die negative Patientenselektion im Wege der Abweisung eines teuren Patienten und seine Verweisung an eine andere Klinik materiellrechtlich eine sittenwidrige vorsätzlich Schädigung des behandelnden Krankenhauses, so dass diesem ein Schadensersatz nach § 826 BGB zusteht. Die Höhe des entstandenen Schadens bemisst sich nach demjenigen Betrag, um den die Kosten der Behandlung die Vergütung des Behandlungsfalles übersteigen, zuzüglich etwaiger Nachteile aus dem Mehr- oder Mindererlösausgleich.

In der Praxis allerdings dürfte die Durchsetzung dieser Ansprüche Probleme bereiten, weil es schwierig sein wird, den Kliniken den erforderlichen Schädigungsvorsatz nachzuweisen. Zwar ist für den Vorsatz im Sinne des § 826 BGB eine Kenntnis der Sittenwidrigkeit des

[663] *BGH*, NJW 2000, S. 2896.

Verhaltens nicht erforderlich, sondern es genügt die Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände,[664] jedoch wird sich der sittenwidrig handelnde Klinikträger gerade auf deren Unkenntnis berufen und vorbringen, dass man tatsächlich von der medizinischen Notwendigkeit einer Verweisung des Patienten ausgegangen sei bzw. vorübergehende Kapazitätsschwierigkeiten hatte. Dies dürfte die anspruchstellende Klinik in Beweisnöte bringen.

c. Die Verlegung teurer Patienten

Die intra-sektorale Verweisung durch die *Verlegung* teurer Patienten in ein anderes Krankenhaus erfolgt dadurch, dass das Krankenhaus den teuren Patienten zunächst behandelt, die Behandlung jedoch unterbricht, bevor sich das erhöhte Kostenrisiko realisieren kann, und den Patienten unter Vorgabe medizinischer Gründe in eine andere Klinik – beispielsweise in eine Spezialklinik – verlegen lässt.

Anders als der Fall einer ökonomisch bedingten Abweisung teurer Patienten hat die ökonomisch bedingte Verlegung teurer Patienten im Regelwerk des deutschen DRG-System normative Beachtung gefunden. So hat sich der Gesetzgeber dieses Problems in § 17c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KHG angenommen, welcher den Krankenhausträger verpflichtet, „durch geeignete Maßnahmen“ darauf hinzuwirken, dass „eine vorzeitige Verlegung (...) aus wirtschaftlichen Gründen unterbleibt.“ Eine weitere relevante Regelung enthalten die §§ 2, 3 FPV (2005), die zwar nicht dezidiert auf den Fall von Verlegungen aus wirtschaftlichen Gründen zugeschnitten sind, jedoch die allgemeine Regelung für die Vergütung von Kliniken bei der Verlegung von Patienten enthalten. Sie bestimmen, dass sowohl die verlegende als auch die aufnehmende Klinik den Patienten grundsätzlich als eigenständigen Behandlungsfall abrechnen können, von ihrer Vergütung jedoch dann Abschläge hinnehmen müssen, wenn die Liegezeit des Patienten die im Fallpauschalenkatalog ausgewiesene mittlere Verweildauer unterschreitet.[665]

Die rechtliche Würdigung der wirtschaftlich motivierten Verlegung teurer Patienten gestaltet sich zunächst parallel zu derjenigen der Nichtaufnahme teurer Patienten: Sofern die Patienten durch die wirtschaftlich motivierte Verlegung gesundheitliche Nachteile erleiden, haben der behandelnde Arzt und/oder der Klinikträger hierfür dem Patienten gegenüber vertraglich und/oder deliktisch zu haften; die aufnehmenden Krankenhäuser können wiederum gegenüber der verlegenden Klinik nach hier vertretener Ansicht einen Anspruch nach § 826 BGB geltend machen.[666]

---

[664] Vgl. *BGHZ* 74, 281 ff.
[665] Vgl. *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 137.
[666] Vgl. hierzu soeben Kap. 4. E. V. 1. b. bb. (2) (c).

Die Vorschrift des § 17c Abs. 1 Nr. 2 KHG führt allerdings dazu, dass sich im Falle der Verlegung teurer Patienten im Unterschied zur Nichtaufnahme/Abweisung teurer Patienten die Haftung des Klinikträgers auch aus einer Organisationspflicht- bzw. Schutzgesetzverletzung des Klinikträgers ergeben kann. Dies ist dann der Fall, wenn er es unterlässt, „geeignete Maßnahmen“ zur Verhinderung verfrühter Verlegungen aus wirtschaftlichen Gründen zu ergreifen und die verfrühten Verlegungen beispielsweise gutheißt.[667] Fraglich ist allerdings, ob diese Pflicht nur gegenüber den Patienten besteht, oder ob sie auch Schutzwirkung zugunsten der benachteiligten – aufnehmenden – Kliniken entfaltet. Betrachtet man die systematische Stellung des § 17c Abs. 1 Nr. 2 im Krankenhaus*finanzierungs*gesetz, so ist festzustellen, dass die Norm insgesamt primär dem Schutze der Kostenträger vor unnötig hohen Vergütungen dienen soll. So soll verhindert werden, dass die Kliniken die erbrachten Leistungen zu hoch abrechnen, dass sie für das ihnen zustehende Entgelt zu wenig Leistungen erbringen (verfrühte Entlassungen), oder dass die Kostenträger Gefahr laufen, aufgrund wirtschaftlich motivierter Verlegungen den betroffenen Behandlungsfall wegen der Vergütungsregelung der §§ 2, 5 (K)FPV mehrmals vergüten zu müssen. § 17c Abs. 1 Nr. 2 KHG schützt mithin primär die Kostenträger und – nach hier vertretener Ansicht[668] – sekundär auch die Gesundheit und körperliche Integrität der Patienten; ihr darüber hinaus auch einen Schutz der durch mögliche Patientenselektionen benachteiligten Kliniken entnehmen zu wollen, ginge m.E. jedoch zu weit.

d. Unlautere Selbstbestimmungsaufklärung

Der Abweisung (Nichtaufnahme) eines teuren Patienten oder seine Verlegung in eine andere Klinik wird wohl in der Regel durch einen Beschuss des verantwortlichen Arztes erfolgen; als Alternative hierzu erscheint es jedoch auch möglich, dass der Arzt den Patienten selber zu einem Klinikwechsel „aus freien Stücken“ zu bewegen versucht. So kann er dem Patienten etwa im Rahmen der medizinischen Aufklärung die Vorzüge einer Behandlung andernorts darlegen und zugleich die Behandlungsmöglichkeiten in der eigenen Klinik als deutlich schlechter darstellen, so dass der Patient selber seine Behandlung in einer anderen Klinik anstrebt.

Nach dem *Bundesgerichtshof* besteht eine *Pflicht* des Arztes zur Aufklärung des Patienten über andernorts bestehende bessere Behandlungsmethoden (nur) dann, wenn die dem Patienten gebotene Behandlung nicht mehr dem medizinischen Standard genügt[669] oder sich lediglich „in der untersten Bandbreite der von Wissenschaft und Praxis akzeptierten Norm“

---

[667] Vgl. zum Organisationspflichts- und Schutznormcharakter des § 17c Abs.. 1 Nr. 2 KHG die Ausführungen im Hinblick auf verfrühte Entlassungen, oben Kap. 4. E. IV. 1. a.

[668] Vgl. oben Kap. 4. E. IV. 1. a.

[669] *BGH*, NJW 1988, S. 763, ebenda; vgl. dazu *Damm*, NJW 1989, S. 737 ff.

bewegt,[670] wohingegen die andernorts bestehenden Behandlungsmöglichkeiten für den Patienten von signifikantem Vorteil sind. Darüber hinaus steht es dem aufklärenden Arzt im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten jedoch auch frei, diesen über weniger gravierende Vorteile einer Behandlung in einer anderen Klinik oder über ein lediglich leicht höheres Komplikationsrisiko in der eigenen Klinik zu informieren, auch wenn dies im Hinblick auf die Einhaltung des medizinischen Standards nicht von Belang ist.[671] Diese überobligatorische Aufklärung findet ihre Grenze allerdings dort, wo dem Patienten die eigenen Behandlungsmöglichkeiten des Krankenhauses und die der fremden Klinik bewusst verzerrend dargestellt werden, da der Arzt in diesem Falle unzulässigerweise Einfluss auf die Willensbildung des Patienten nimmt und diesen zur (fehlerhaften) Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts auf Grundlage unrichtiger Vorstellungen bewegt.

Sofern der Patient durch den nicht indizierten Klinikwechsel aufgrund seiner falscher Vorstellungen Schäden erleidet, und sei es nur die Verlängerung seiner Leiden, so haften der für den Klinikwechsel verantwortliche Arzt und ggf. der Krankenhausträger ihm gegenüber auf Schadensersatz inclusive Schmerzensgeld. Grundlage hierfür ist die Haftung für Behandlungsfehler (nicht indizierte Verweisung) als auch die Haftung für (Selbstbestimmungs-)Aufklärungsfehler, da der Patient nur aufgrund fehlerhafter Aufklärung in die Nichtbehandlung und somit in eine Schädigung der körperlichen Integrität durch pflichtwidriges Unterlassen eingewilligt hat.[672]

2. Defizitäre Anschlussversorgung, Kosten- und Leistungsverlagerung in benachbarte Versorgungsbereiche

Vor dem Hintergrund internationaler Erfahrungen wird allgemein angenommen, dass die mit der Einführung des DRG-Systems einhergehende allgemeine Reduzierung der Verweildauer der Patienten in den akutstationären Kliniken und der Anreiz für die Kliniken, teure Patienten möglichst in andere Einrichtungen zu verlegen und sich somit von der bestehenden Kostenlast zu befreien, auch Auswirkungen auf die benachbarten Versorgungsbereiche der *Rehabilitation* (SGB IX) und der *Pflege* (SGB XI) mit sich bringen werden.

Insbesondere wird prognostiziert, dass die ambulanten und stationären rehabilitativen und pflegerischen Einrichtungen mit einem Anstieg der medizinischen Fallschwere ihrer Patienten rechnen und in Zukunft teilweise auch akutstationäre Aufgaben übernehmen werden müssen, wozu teilweise eine veränderte Qualifizierung des Personals sowie eine verbesserte Ausstat-

---

[670] *BGH*, NJW 1989, S. 2321,2322; vgl. dazu oben Kap. 4. E. III. 2. b. aa.
[671] Vgl. auch *Giesen*, JZ 1988, S. 414, 415.
[672] Vgl. oben Kap. 4. D. II. 3. a., b. bb.

tung der betroffenen Einrichtungen mit moderner Medizintechnik vonnöten sein wird.[673] Zudem lässt sich auch belegen, dass die Kliniken nach Einführung der DRGs verstärkt bemüht sind, prästationäre Behandlungen wie Elektrokardiogramme (EKG), die eigentlich von den Fallpauschalen abgedeckt sind, im Vorfeld eines stationären Eingriffs von den niedergelassenen Ärzten erbringen zu lassen, so dass den Kliniken die durch diese Behandlungen entstehenden Kosten erspart bleiben.[674]

a. Auswirkungen im Bereich der medizinischen Rehabilitation

Die medizinische Rehabilitation, deren Regelung sowohl im SGB V, im SGB VI,[675] als auch im SGB IX[676] erfolgt ist, dient vornehmlich der Abwendung, Beseitigung und Linderung der Pflegebedürftigkeit bzw. Behinderung der Patienten, sowie der Förderung der Selbstbestimmung und der gleichberechtigten Teilhabe des Patienten am Leben in der Gesellschaft (§§ 1 ff., 26 Abs. 1 SGB IX). Die konkret zu erbringenden Rehabilitationsleistungen richten sich nach der Rehabilitationsbedürftigkeit des Patienten und können je nach Bedarf häuslich, ambulant oder durch Rehabilitationsdienste oder -einrichtungen (z.B. spezielle Kliniken) stationär erbracht werden (§ 19 SGB IX).

Funktional zu unterscheiden sind die sog. Frührehabilitation und weiterführende medizinische Rehabilitation. Zu ihrer Abgrenzung ist es zunächst sinnvoll, den Krankheitsverlauf in drei Phasen zu unterteilen, nämlich in eine erste und eine zweite Akutphase, sowie in eine nicht-akute Phase. Die *erste Akutphase* umfasst dabei vorrangig die Akutbehandlung des Patienten (Diagnostik und Therapie), hinzu tritt je nach Indikation eine „*ergänzende Frührehabilitation*“, deren Programm sich vorwiegend an den von der Krankheit betroffenen Körperfunktionen und Strukturen orientiert. Der Ort der Behandlung ist zwingend der akutstationäre Sektor (vgl. auch § 39 Abs. 1 S. 3 2. HS SGB V). In der *zweiten Akutphase* steht immer noch die kurative Akutbehandlung des Patienten im Vordergrund, jedoch tritt als nahezu gleichwertiges und gleichgewichtiges Element eine intensive „*umfassende Frührehabilitation*“ hinzu, deren Programm sich nicht nur an den von der Krankheit betroffenen Körperfunktionen orientiert, sondern darauf ausgerichtet ist, dass der Patient die einfachen Aktivitäten des täglichen Lebens sowie die Kommunikation und die Orientierung in der

---

673 *Fuchs*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 187, 190 ff.; *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 201; *Lauterbach/Lüngen*, KrV September 2001, S. 272, 275 f.; *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 207 ff.

674 *Misslbeck, Angela*, in: Ärztezeitung vom 10. Oktober 2005, S. 2, ebenso S. 1.

675 Sozialgesetzbuch (SGB) – Sechstes Buch (VI) – Gesetzliche Rentenversicherung (Artikel 1 des Gesetzes vom 18.12.1989, BGBl. I S. 2261, 1990 I S. 1337).

676 Sozialgesetzbuch (SGB) – Neuntes Buch (IX) – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (Artikel 1 des Gesetzes vom 19.06.2001, BGBl. I S. 1046)

Umwelt bewältigen kann (Basisfunktionen).[677] Der Ort für die medizinischen Leistungen der zweiten Akutphase ist entweder der akutstationäre Sektor oder, falls anschließend eine weiterführende Rehabilitation des Patienten erforderlich ist, eine entsprechend personell und sachlich ausgestattete Rehabilitationseinrichtung (Klinik). In der *nicht-akuten Behandlungsphase* steht nicht mehr die Akutbehandlung des Patienten, sondern seine „*weiterführende medizinische Rehabilitation*" im Vordergrund, welche wie schon die umfassende Frührehabilitation auf die Wiederherstellung der Mobilität und weitgehenden Unabhängigkeit des Patienten im täglichen Leben ausgerichtet ist. Ort der Leistungserbringung sind spezifische ambulante oder stationäre Rehabilitationseinrichtungen, nicht mehr jedoch das Akutkrankenhaus.[678]

Die Zuständigkeit für die Leistungserbringung und die Finanzierung der Rehabilitation des Patienten teilen sich insbesondere die (privaten und gesetzlichen) Krankenversicherungen bzw. -kassen und die Rentenkassen (vgl. § 6 Abs. 1 IX), die im Einzelfall auch über Art, Dauer und Umfang der Rehabilitation zu bestimmen haben (§ 40 Abs. 3 SGB V, § 13 Abs. 1 SGB VI). Im Grundsatz gilt, dass die medizinische Rehabilitation Sache der Rentenversicherungsträger ist. Nach § 13 Abs. 2 SGB VI endet deren Zuständigkeit allerdings dann, wenn die Rehabilitationsleistungen an sich Teil einer Krankenhausbehandlung sein müssten oder aber in der Phase der akuten Behandlungsbedürftigkeit einer Krankheit erfolgen. In diesem Falle sind die gesetzlichen oder – je nach Ausgestaltung des Versicherungsvertrages – die privaten Krankenversicherungsträger zuständig. Für den Krankenhausbereich ist die Rehabilitationspflicht der Krankenkassen zudem in § 39 Abs. 1 S. 3 2. HS SGB V niedergelegt, welcher bestimmt, dass zum Versicherungsanspruch des Patienten auf akutstationäre Krankenhausbehandlung auch in den Kliniken auch „die im Einzelfall erforderlichen und zum frühestmöglichen Zeitpunkt einsetzenden Leistungen zu Frührehabilitation". Die genaue Abgrenzung und Übernahme der Kosten für die während einer stationären medizinischen Rehabilitation auftretenden Erkrankungen haben die Kranken- und Rentenkassen in 1993 in einer Vereinbarung zur Leistungsabgrenzung (§ 13 Abs. 4 SGB VI) geregelt.[679]

aa. Mehrbelastungen der Rehabilitationseinrichtungen

(1) Allgemeiner Anstieg der Fallschwere in den Rehabilitationseinrichtungen

Im Bereich der Rehabilitation ist anzunehmen, dass mit der Einführung des DRG-basierten Abrechnungssystems für den Krankenhausbereich die Fallschwere der Rehabilitationspatien-

[677] Das „umfassende" Rehabilitationsprogramm orientiert sich in der Praxis an den durch die International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) vorgegebenen Komponenten.

[678] *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 202 f.

[679] *Fuchs*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 187, 195.

ten insgesamt ansteigen wird, was zu einer qualitativen, quantitativen und dadurch finanziellen Mehrbelastung der Rehabilitationseinrichtungen führen wird. Dies liegt zum einen daran, dass die anzunehmende allgemeine Verweildauerverkürzung in den akutstationären Kliniken insgesamt zu einem etwas instabileren Zustand der Patienten bei ihrer Entlassung und damit beim Eintritt in die Rehabilitation führen kann. Zum anderen ist aber auch anzunehmen, dass die Kliniken im Rahmen der allgemeinen Ressourcenreduzierung je Behandlungsfall insbesondere an den Leistungen der Frührehabilitation sparen werden.

Hierfür sind wiederum zwei Gründe anzuführen. Zum einen existieren in vielen Kliniken noch keine angemessenen Strukturen zur Erbringung frührehabilitativer Leistungen, so dass gleichwohl durch frührehabilitative Maßnahmen verursachte Kosten bei der Kalkulation der Krankenhausentgelte (Fallpauschalen) bisher nur unzureichend abgebildet werden. Dies verstärkt natürlich für die Kliniken den Anreiz und den Druck, Leistungen zur Frührehabilitation zu kürzen, gar nicht zu erbringen oder die Patienten in nachgelagerte Rehabilitationseinrichtungen zu verschieben.[680] Zum anderen bestehen bei vielen Krankheitsbildern auch keine genauen Abgrenzungen darüber, welche Leistungen im Krankenhaus als Leistungen der Frührehabilitation konkret zu erbringen sind, was den Kliniken im Einzelfall erleichtert, ohne „aufzufallen“ aus Kostengründen auf frührehabilitative Maßnahmen zu verzichten. Lediglich bei manchen Indikationen wie z.B. Herzinfarkt oder Schlaganfall gehören bestimmte Maßnahmen der Frührehabilitation fest zum integrierten Bestand der stationären Behandlung.[681]

(2) Gründung von „Rehabilitationsstationen“ in den Kliniken

Als weitere Folge für den rehabilitativen Sektor wird neben dem allgemeinen Anstieg der Fallschwere auch das Entstehen neuer, den Akutkrankenhäusern angegliederter Rehabilitationseinrichtungen diskutiert. So wäre es für die Klinikträger aus wirtschaftlicher Sicht vielfach unvernünftig, wenn sie die im Wege der allgemeinen Verweildauerreduzierung freiwerdenden Krankenhausbetten und räumlichen Kapazitäten ungenutzt ließen und nicht versuchten, sie für rehabilitative Zwecke „umzuwidmen“, um auf diese Weise neue Geschäftsfelder zu erschließen. Dies kann entweder dadurch geschehen, dass die Kliniken eigenständige „Rehabilitationsstationen“ gründen, deren Betrieb als selbständige Rehabilitationseinrichtungen allerdings den Abschluss entsprechender Versorgungsverträge mit den Kranken- und Rentenversicherungsträgern voraussetzt (§ 111 Abs. 6 SGB V, § 15 Abs. 2 SGB VI, § 21 SGB XI); weiterhin ist es auch möglich, mit bereits bestehenden Rehabilitationseinrichtungen zu fusionieren oder aber die freiwerdenden Kapazitäten im Wege von Kooperationsverträgen für mobile Rehabili-

---

[680] *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 204 ff.

[681] *Fuchs*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 187, 191; *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 202.

tationsteams fremder Rehabilitationseinrichtungen nutzbar zu machen.[682]

Für die Struktur des rehabilitativen Sektors ist eine solche Betätigung der Klinikträger im Bereich der Rehabilitation durchaus problematisch, da sie verstärkt Anreize zu einer nichtgewollten Patientenselektion mit sich bringt. So könnte ein Krankenhaus mit einer angeschlossenen „Rehabilitationsstation" sich bemühen, dort nur leichte Rehabilitationsfälle ohne allzu hohe Kosten zu behandeln, die schweren Fälle mit einem höheren Potential an akutmedizinischem Behandlungsbedarf jedoch an nachgelagerte „externe" Rehabilitationseinrichtungen zu verweisen, obwohl gerade diese Fälle aus medizinischer Sicht in einer einem Akutkrankenhaus nahestehenden Rehabilitationsabteilung besser behandelt werden können.[683]

Durch diese selektive Verteilung der schweren Rehabilitationsfälle würden sich die schon aus der allgemeinen Erhöhung der Fallschwere folgenden Probleme in den betroffenen Rehabilitationseinrichtungen noch verstärken.

bb. Bewertung der Mehrbelastung des Rehabiltationssektors

Die mit Einführung des DRG-Systems einhergehende Mehrbelastung des rehabilitativen Sektors kann sowohl positive, als auch negative Wirkungen mit sich bringen.

So liegt in einer früheren Überweisung von rehabilitationsbedürftigen Krankenhauspatienten in Rehabilitationseinrichtungen aus medizinischer Sicht die Chance, dass viele Patienten, die unter dem alten Pflegesatzsystem aufgrund längerer Verweildauer im Krankenhaus gar nicht oder nur „verspätet" rehabilitativ versorgt worden wären, nunmehr eine angemessene medizinische Rehabilitation erhalten können.[684] Weiterhin ist auch möglich, dass die in den Rehabilitationsbereich verlagerten medizinischen Leistungen dort ökonomischer und effizienter erbracht werden können als im akutstationären Bereich,[685] was dann insgesamt zu sinkenden Gesamtausgaben im Gesundheitswesen führt,[686] weshalb wohl der Gesetzgeber einer gewissen Verlagerung medizinischer Leistungen vom Krankenhaus- in den Rehabilitationsbereich grundsätzlich positiv gegenüber; so sieht er in § 17b Abs. 2 S. 1 KHG vor, dass bei der jährlichen Anpassung und Weiterentwicklung des DRG-Systems auch „Leistungsver-

---

[682] Angeblich denken etwa 50 % der Krankenhäuser über entsprechende Fusionen nach, *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 201; vgl. auch *Fuchs*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 187, 196.

[683] *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 201.

[684] *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 200 f.

[685] Vgl. *Lauterbach/Lüngen*, KrV 2001, S. 272, 276.

[686] Zweifelnd *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 200, m.w.N.

lagerungen zu und von anderen Versorgungsbereichen“ Beachtung finden müssen, wodurch er inzident zum Ausdruck bringt, dass er gewisse Leistungsverlagerungen hinzunehmen bereit ist und sie nicht als nachteilig empfindet.

Die Leistungs- und Kostenverlagerungen in den Rehabilitationsbereich sind allerdings dann als nachteilig anzusehen, wenn sie nicht zugleich mit einer höheren Vergütung und damit besseren finanziellen Ausstattung der Rehabilitationseinrichtungen durch die Kranken- und Rentenversicherungsträger einhergehen.[687] In diesem Fall stünde nämlich zu befürchten, dass sich die Rehabilitationseinrichungen ihrerseits gezwungen sehen, dem zusätzlichen Kostendruck durch Einsparungen bei ihren medizinischen Leistungen zu begegnen, die sich etwa in einer Verringerung der durchgeführten Maßnahmen oder aber in einer Verweildauerverkürzung und einer verfrühten Entlassung der Patienten niederschlagen können.[688] Zudem erscheint es möglich, dass der Anstieg der akutstationären medizinischen Rehabilitationsfälle in den Rehabilitationseinrichtungen zugleich eine Verringerung der Anzahl herkömmlicher Rehabilitationsfälle erfordert, wovon letztendlich vor allem die chronisch Kranken betroffen wären.[689]

b. Auswirkungen im Bereich der Pflege

Die gesetzliche Pflegeversicherung, geregelt im SGB XI,[690] gewährt denjenigen Personen Hilfe, die aus körperlichen oder seelischen Gründen für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen des täglichen Lebens (Waschen, Einkaufen, Kochen etc.) in erheblichem oder höherem Maße hilfsbedürftig sind (§ 14 SGB XI). Die im Einzelnen zu erbringenden Leistungen richten sich – wie im Rehabilitationssektor – nach der konkreten Hilfsbedürftigkeit der Patienten (§§ 28 ff. SGB XI) und können sowohl ambulant, durch häusliche Pflege oder Kurzzeitpflege, als auch teilstationär oder stationär in besonderen Pflegeeinrichtungen (Heimen) (§ 43 f. SGB XI) erbracht werden. Grundsätzlich gilt, dass die Leistungen der Pflegeversicherungen nachrangig zu Leistungen der Rehabilitation sind (§§ 5, 31 SGB XI); innerhalb des Pflegesektors haben die häusliche und die ambulante Pflege aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen Vorrang vor der (teil-) stationären und der Kurzzeitpflege (§ 3 SGB XI). Die Vergütung der Pflegeleistungen erfolgt im ambulanten und hauswirtschaftlichen Bereich gemäß § 89 SGB XI entweder über die nach § 90 SGB XI erlassene Vergütungsordnung, oder – soweit diese nicht einschlägig ist – entsprechend einer Vergü-

---

[687] Zweifelnd *Fuchs*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 187, 191, 195.

[688] *Lauterbach/Lüngen*, KrV 2001, S. 272, 275 f.; *Fuchs*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 187, 195; vgl. auch *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 207 ff.

[689] *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 198, 201.

[690] Sozialgesetzbuch (SGB) – Elftes Buch (XI) – Soziale Pflegeversicherung (Artikel 1 des Gesetzes vom 26. Mai 1994, BGBl. I S. 1014).

tungsvereinbarung; die voll- und teilstationären Pflegeleistungen der Pflegeheime hingegen werden von den Pflegekassen über pauschalierte Pflegesätze vergütet (§§ 85 ff. SGB XI).

Die Auswirkungen der Einführung des DRG-Systems für den Pflegebereich, also des DRG-bedingten Ansteigens der medizinischen Fallschwere von Pflegefällen, gestaltet sich für den ambulanten und den stationären Pflegebereich unterschiedlich. Im ambulanten Pflegebereich ist anzunehmen, dass die ansteigende Fallschwere der Patienten zu einem häufigeren Einsatz der ambulanten Pflegedienste führen wird. Da hier allerdings jeweils dasjenige Pflegepersonal eingesetzt wird, dessen Qualifikation den konkreten Anforderungen des Pflegefalles entspricht, werden voraussichtlich keine signifikanten Verbesserungen der Qualifikation des Pflegepersonals erforderlich sein. In der stationären Pflegeversorgung hingegen wird die ansteigende Pflegeintensität der Patienten mutmaßlich eine Ausweitung des Pflegepersonals notwendig machen sowie eine Weiterqualifizierung des Personals. Vorwiegend wird in den stationären Pflegeeinrichtungen (Pflegeheime) nämlich Altenpflegepersonal beschäftigt, die veränderten Gegebenheiten werden jedoch verstärkt auch Krankenpflegepersonal verlangen. Zudem wird eine Anpassung der apparativen Ausstattung der Einrichtungen erforderlich werden.

Die notwendig werdenden Veränderungen bedeuten für die ambulanten und stationären Pflegeeinrichtungen insgesamt einen erhöhten quantitativen und qualitativen Mehraufwand. Angesichts allseits knapper Kassen steht jedoch zu befürchten, dass dieser Mehraufwand weder adäquat in die Pflegesätze eingehen noch bei den Vergütungsverhandlungen der ambulanten Pflegeeinrichtungen mit den Pflegekassen vollständig Berücksichtigung finden wird; wenn er aus den unveränderten verfügbaren Mitteln heraus erbracht werden muss, besteht die große Gefahr, dass dies im Einzelfall zu Lasten der Qualität in der pflegerischen Versorgung gehen wird.[691]

c. Rechtliche Bewertung der Leistungs- und Kostenverlagerung in den Rehabilitations- und Pflegesektor

Zur Behandlungspflicht der Klinik gehört es, für eine ordnungsgemäße akutstationäre Frühversorgung zu sorgen, sowie eine nahtlose und geeignete Anschlussversorgung der Patienten sicherzustellen, vgl. § 39 Abs. 1 S. 3 2. HS SGB V, §§ 27, 10, 26 Abs. 1 SGB IX. Daher stellt die verfrühte Entlassung von Patienten und das teilweise selektive Abschieben ressourcenaufwendiger Behandlungsfälle in die Rehabilitation bzw. Pflege für den Fall, dass dies medizinisch unvertretbar ist, gegenüber dem betroffenen Patienten einen Behandlungsfehler der Klinik dar, der im Falle einer Schädigung des Patienten zu einer vertraglichen und

[691] *Fuchs*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 187, 192 ff.

deliktischen Haftung des Klinikträgers sowie des behandelnden Arztes nach den allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätzen führt.

Zur Haftung des Klinikträgers und des Krankenhausarztes tritt gegebenenfalls noch eine Haftung der Rehabilitations- oder Pflegeeinrichtung, die die Aufnahme bzw. Behandlung des betroffenen Patienten nach den allgemeinen, für das Haftungsrecht geltenden Grundsätzen dann ablehnen müsse, wenn sie für die Übernahme des Behandlungsfalles nicht über die geeignete Ausstattung verfügen. Zwar wird sich kann sich dies in der Praxis für die jeweilige Einrichtung durchaus als problematisch erweisen, da sie bei der Ablehnung der Behandlung eines Patienten als noch nicht „rehabilitations-“ oder „pflegefähig“ möglicherweise Gefahr läuft, die betreffende Klinik für die Zukunft als wichtigen „Einweiser“ zu verlieren und somit ihre Stellung am Markt empfindlich zu schwächen.[692] Haftungsrechtlich und im Hinblick auf den Schutz der Patienteninteressen kann dies allerdings nicht von Bedeutung sein.[693]

Anders als im Falle intra-sektoraler Verweisungen von Klinik zu Klinik als Folge der negativen Patientenselektion können bei der verfrühten Überweisung von Patienten vom Krankenhaussektor in die Rehabilitation oder die Pflege die nunmehr stärker belasteten Einrichtungen gegenüber den Kliniken keine Ausgleichs- oder Ersatzansprüche geltend machen. Zwar erfolgt auch in diesen Fällen die vorzeitige Überweisung der Patienten aus eigennützigen, finanziellen Gründen der Kliniken, auch erhöhen die Kliniken den Kostendruck in den Rehabilitations- bzw. Pflegeeinrichtungen; jedoch kann nicht von einer Schädigung der Rehabilitations- bzw. Pflegeeinrichtungen ausgegangen werden, da das Vergütungssystem für Rehabilitations- und Pflegeleistungen – anders als bei der intra-sektoralen Patientenselektion – nicht aus dem Gleichgewicht gebracht und *ad absurdum* geführt wird[694] und daher die Vergütung der pflegerischen und rehabilitativen Leistungen grundsätzlich als angemessen zu gelten hat. Sollten sich die finanziellen Belastungen zwischen den Akutkliniken und den Rehabilitations- und Pflegeeinrichtungen als Folge der DRG-Einführung zu Lasten der letzteren grundsätzlich verschieben, so liegt es insbesondere an den Kranken- und Pflegekassen als insofern maßgeblichen Kostenträgern, dieser Verschiebung durch eine Verlagerung auch der finanziellen Mittel Rechnung zu tragen,[695] was für den Krankenhausbereich in § 17b Abs. 2 S. 1 KHG ja auch grundsätzlich vorgesehen ist.

Zunächst jedoch scheint als Beitrag zur Lösung der Probleme an der Schnittstelle zwischen dem akutstationären Krankenhaussektor sowie dem Pflege- und dem Rehabilitationsbereich,

---

[692] *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 201, in Bezug auf Rehabilitationseinrichtungen.

[693] Auch die Gesetzesinitiatoren des Fallpauschalengesetzes betonen ausdrücklich, dass Rehabilitationskliniken die Patienten vor ihrer Rehabilitationsfähigkeit nicht aufnehmen dürfen, Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 28.

[694] Vgl. oben Kap. 4. E. V. 1. b. bb. (2) (c) (bb).

[695] *Lauterbach/Lüngen*, KrV September 2001, S. 272, 276.

zur Vermeidung von verfrühten, selektiven Entlassungen und zur Schaffung von Rechtssicherheit für die Pflege- und Rehabilitationseinrichtungen insbesondere sinnvoll, wenn – wie von § 137 Abs. 1 Nr. 2 SGB V vorgesehen[696] – im akutstationären Krankenhausbereich ergebnisorientierte Qualitätsvorgaben etabliert werden, die insbesondere Auskunft darüber geben, wann ein Akutfall beendet ist und welche Maßnahmen im Einzelfall zu der dem jeweiligen Krankheitsbild entsprechenden Frührehabilitation gehören.[697] Hierdurch würde eine Grauzone beseitigt, die maßgeblich zu der Möglichkeit der Kliniken beiträgt, ihre Patienten aus der akutstationären Versorgung zu entlassen, obwohl an der medizinischen Vertretbarkeit Zweifel bestehen. Insbesondere für den Rehablilitationssektor wird zudem gefordert, dass die Kranken- und die Pflegekassen als maßgebliche Kostenträger vor dem Hintergrund möglicher Leistungsverlagerungen von dem akutstationären Sektor in den rehabilitativen Sektor ihre Zuständigkeitsabgrenzungen überarbeiten, damit die leistungserbringenden Rehabilitationseinrichtungen stets angemessen vergütet werden.[698]

VI. Wirtschaftlich begründete Fallzahlsteigerungen

Mit einer Steigerung ihrer Behandlungsfallzahlen können Kliniken im DRG-Abrechnungssystem die mit der allgemeinen Verweildauerreduzierung einhergehende Minderung ihrer Auslastung kompensieren sowie ihren Erlös steigern. Aus wirtschaftlicher Sicht lohnt sich – vor dem Hintergrund der zumindest noch bis 2009 bestehenden prospektiven Krankenhausbudgets und dem Mehr- und Mindererlösausgleich[699] – dabei vor allem die Steigerung von Behandlungsfällen aus lukrativen Behandlungsfallgruppen mit einer hohen Gewinnspanne, da nur in diesem Falle die Steigerung des Behandlungserlöses zugleich auch eine Steigerung des Klinikgewinnes bedeutet. Behandlungsfälle von untergeordnetem ökonomischen Nutzen sind hingegen möglichst zu vermeiden,[700] weshalb die Einführung von DRG-Systemen insgesamt auch mit einem Absinken der allgemeinen Behandlungsfallzahlen einhergehen kann.[701]

---

[696] Vgl. hierzu oben Kap. 2. C. III. 1. a.

[697] *Fuchs*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 187, 191, m.w.N.; *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 202.

[698] *Fuchs*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 187, 195.

[699] § 3 Abs. 6, § 4 Abs. 9 KHEntgG; dazu *Rau*, Das Krankenhaus 7/2001, S. 570, 573; *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, S. 240 ff.; vgl. auch oben Kap. 2. C. III. 4. a.

[700] Vgl. zur Patientenselektion soeben oben Kap. 4. E. V.

[701] In den USA sank im ersten Jahr nach Einführung der DRGs die Anzahl stationärer Behandlungsfälle sogar um etwa 4%, wobei insbesondere eine Verlagerung leichter Fälle in den ambulanten Sektor und ein gleichzeitiger Anstieg der durchschnittlichen Fallschwere im stationären Sektor festzustellen war, *Lauterbach/Lüngen*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 115, 116; *Lüngen*, Möglichkeiten der ergebnisorientierten Vergütung stationärer Krankenhausleistungen in Deutschland, S. 35; *Coffey/Louis*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 33, 41 f. Die Verlagerung leichter Krankenhausfälle in den ambulanten Sektor lag daran, dass das amerikanische DRG-System anders als das deutsche nicht sämtliche Krankenhausleistungen über die Fallpauschalen vergütet, sondern die

Ökonomisch motivierte Fallzahlsteigerungen sind grundsätzlich unerwünscht. Zum einen sind sie nämlich ein Anzeichen dafür, dass die Vergütung der von den Fallzahlsteigerungen betroffenen Fallgruppen augenscheinlich nicht leistungsgerecht, sondern zu hoch kalkuliert ist. Zum anderen offenbaren sie auch ein nicht erwünschtes übermäßiges Gewinnstreben der Kliniken.

Gesetzlich ist in § 17b Abs. 1 S. 11 2. HS KHG daher die Möglichkeit vorgesehen, dass die *Bewertungsrelationen* derjenigen Fallgruppen, bei denen in erhöhtem Maße wirtschaftlich begründete Fallzahlsteigerungen eingetreten oder zu erwarten sind, gezielt abgesenkt werden können, oder dass die Bewertungsrelationen (degressiv) gestaffelt vorgegeben werden, also mit steigender Fallzahl sinken. Durch diese Maßnahmen wird den betroffenen Fallgruppen ihre wirtschaftliche Attraktivität genommen und ihre Fallzahl dadurch wieder an das tatsächliche Aufkommen angepasst. Neben der Herabsenkung der Bewertungsrelationen wurde im Vorfeld der DRG-Einführung zur Verhinderung von wirtschaftlich bedingten Fallzahlsteigerungen auch diskutiert, den Krankenhäusern für besonders „gefährdete“ Behandlungsfallgruppen eine bestimmte Fallzahl-Obergrenze vorzugeben, bei deren Überschreiten die Kliniken dann keine Vergütung mehr verlangen könnten. Aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken hinsichtlich Art. 12 und Art. 14 GG wurde von solchen (Höchst-)Mengenregelungen jedoch abgesehen.[702]

Neben der Regelung des § 17b Abs. 1 S. 11 2. HS KHG befasst sich auch die Vorschrift des § 10 Abs. 3 S. 1 Nr. 4, S. 2 KHEntgG mit einer spezifischen Möglichkeit zur Reaktion auf Fallzahlsteigerungen vor. Sie bestimmt, dass bei der jährlichen Weiterentwicklung des *Basisfallwertes* auch „die allgemeine Kostendegression bei Fallzahlsteigerungen“ Beachtung finden muss. Wie allerdings schon anhand des Ansatzes beim Basisfallwert erkennbar ist, dessen Veränderung ja Auswirkung auf die Höhe aller Fallpauschalen und nicht nur auf die von den Fallzahlsteigerungen betroffenen Behandlungsfallgruppen hat,[703] geht es in dieser Vorschrift weniger um eine Reaktion auf wirtschaftlich bedingte Fallzahlsteigerungen in einzelnen Behandlungsfallgruppen, als vielmehr um eine Reaktion auf allgemeine Fallzahlsteigerungen, welche sich auf Grund des medizinischen und medizinisch-technischen Fortschritts oder der demographischen Entwicklung in der Bevölkerung ergeben können.[704]

ärztlich erbrachten Leistungen einzeln abrechnet („Fee for Service“). Für die Krankenhausärzte waren also vor allem schwierige und komplizierte Behandlungsfälle interessant, da in deren Rahmen tendenziell viele Einzelleistungen erbracht werden können, *Ernst*, Krankenhaus-Controlling und monetäre Anreize für leitende Ärzte, S. 128 f. m.w.N.

[702] Positionspapier des *BMG*, f&w 2/2001, S. 112, 115 f., vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. b. bb.

[703] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. a. cc.

[704] Begründung zum Entwurf des § 10 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 KHEntgG, BT-Drs. 14/6893, S. 45; es wird angenommen, dass die Fallzahl in den deutschen Kliniken bis 2010 von derzeit 16 Millionen Fälle auf 19 Millionen Fälle ansteigt, *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2003, BT-Drs 15/530 v. 28.02.2003, S. 200.

Unter der „allgemeinen Kostendegression“, die bei allgemein steigenden Fallzahlen im Ergebnis eine Absenkung des Basisfallwertes rechtfertigen kann, ist dabei zu verstehen, dass bei steigenden Fallzahlen die einzelnen Behandlungsfälle für die Kliniken im Schnitt billiger werden, da sich zumeist lediglich ihre variablen Kosten (anteilige Personal- und Sachkosten), nicht aber ihre Fixkosten (z.B. Investitionen in medizinische Geräte) erhöhen.

Die Mittel der Kliniken zur Vornahme der erwünschten Fallzahlsteigerungen sind vielfältig. So kommt etwa eine *Spezialisierung* der Klinik auf die Behandlung bestimmter Krankheitsbilder in Frage oder ein *verändertes Diagnose- und Kodierverhalten* der behandelnden Ärzte, durch das die Patienten einer lukrativen Behandlungsfallgruppe zugewiesen werden können. Ferner lassen sich Behandlungsfallzahlsteigerungen auch dadurch erzielen, dass im Rahmen einer Patientenbehandlung bewusst *nicht indizierte diagnostische oder therapeutische Maßnahmen* durchgeführt werden, um die Voraussetzungen zur Einstufung des Behandlungsfalles in die erwünschte Fallgruppe zu rechtfertigen. Zuletzt können Fallzahlsteigerungen auch Resultat eines sog. *Fallsplittings* sein, bei dem eine an sich einheitliche Krankenhausbehandlung in mehrere Einzelanschnitte aufgeteilt wird, für welche dann jeweils eine eigene Fallpauschale abgerechnet wird.[705]

Im Folgenden werden diese einzelnen Varianten der Fallzahlsteigerung in tatsächlicher Hinsicht näher dargestellt und ihre rechtliche Behandlung aufgezeigt.

1. Spezialisierung

Der Gesetzgeber geht fest davon aus, dass es unter dem neuen Abrechnungssystem verstärkt zur Herausbildung von Spezialabteilungen, Schwerpunktzentren und Spezialkliniken kommen wird[706] und steht diesem Trend aufgrund der angenommenen positiven Auswirkungen für die Behandlungsqualität grundsätzlich wohlgesonnen gegenüber.[707] Eine besondere Regelung, die den in diesen Einrichtungen im Schnitt geringeren Behandlungskosten je Fall Rechnung trägt, hat er allerdings nicht vorgesehen,[708] was insofern erstaunt, als dass im alten Vergütungssystem für die billige Leistungserbringung in Fachabteilungen und -kliniken ausdrücklich Vergütungsabschläge vorgesehen werden konnten.[709] Die billigere Leistungs-

---

[705] *Swart/Braeseke/Robra*, in: *Arnold/Litsch/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, S. 319, 323 f.; *Lauterbach/Lüngen*, KrV September 2001, S. 272, 273.

[706] Denkbar sind etwa Spezialabteilungen bzw. -kliniken für Coraxarthrose (Hüftgelenksverschleiß), Leistenhernie (Leistenbruch), Lapaskopische Chirurgie (endoskopische Bauchhöhlenchirurgie), Venenchirurgie, Kataraktoperationen (Grauer Star) und Prostataoperationen, *Scheinert*, KrV 1994, S. 212, 217.

[707] Vgl. Begründung zum Entwurf des Fallpauschalengesetzes, BT-Drs. 14/6893, S. 28, 43; vgl. auch *Lüngen/Lauterbach*, DRG in deutschen Krankenhäusern, S. 141 ff.

[708] Vgl. etwa die Abschlagsregelungen in § 17b Abs. 1 S. 4 KHG, § 5 Abs. 1 S. 3 KHEntgG und in der „Vereinbarung Zu- und Abschläge“.

[709] § 11 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 BPflV in der bis zum 31.12.2003 gültigen Fassung.

erbringung in den Spezialeinrichtungen muss im deutschen DRG-System daher mit den allgemeinen Mechanismen gehandhabt werden, die für die Anpassung des „lernenden" Systems an eine Veränderung der Kostenstrukturen in einzelnen Behandlungsfallgruppen vorgesehen ist, so insbesondere durch eine entsprechende Anpassung der Bewertungsrelationen bei der jährlichen Fortschreibung des Systems. Die gezielte Absenkung der Bewertungsrelationen kann dann mitunter zur Folge haben, dass sich die Erbringung der entsprechenden Leistungen in Zukunft mitunter ganz auf Spezialkliniken und -abteilungen verlagern wird, wenn die betroffenen Leistungen wegen der Absenkung ihrer Vergütung für allgemeine Krankenhäuser finanziell unattraktiv erscheinen.

Haftungsrechtliche Relevanz kommt der Spezialisierung einer Klinik oder auch einer Krankenhausabteilung dadurch zu, dass der Patient sowohl in Bezug auf die sachliche Ausstattung als auch hinsichtlich der personellen Ausstattung der Klinik und hinsichtlich des medizinischen Geschicks der behandelnden Ärzte einen höheren Standard erwarten darf als bei einer Behandlung in einer „bloß" durchschnittlichen Allgemeinklinik.[710]

2. Veränderungen im Diagnose- und Kodierverhalten

Statistische Erhebungen im Ausland belegen, dass wirtschaftlich begründete Fallzahlsteigerungen in bestimmten lukrativen Behandlungsfallgruppen auch Ergebnis eines veränderten Diagnose- und Kodierverhaltens der verantwortlichen Ärzte im Krankenhaus sein können.

So wurde in den USA nachgewiesen, dass nach der Einführung des DRG-basierten Abrechnungssystems die behandelnden Ärzte bei ihren Patienten vermehrt eine (höher vergütete) Arteriosklerose[711] an Stelle einer Angina pectoris[712] diagnostizierten, und bei den Symptomen des bloßen Brustschmerzes wiederum vermehrt auf die besser vergütete Angina pectoris an Stelle des bloßen Thoraxschmerzes[713] erkannten. Dem gemäß erhöhte sich in den über DRGs abrechnenden Krankenhäusern in der Zeit von 1981 bis 1985 der Anteil der diagnostizierten Fälle von Angina pectoris von 1,9 % auf 3,3 %.[714] Auch in Italien konnte nach der Einführung der DRG-basierten Abrechnung in den Jahren 1993 bis 1996 ein verändertes Diagnose- und Kodierverhalten festgestellt werden; so stiegen bei acht von neun Krankheiten, die im DRG-System in drei Schweregradstufen[715] unterteilt waren, die Fallzahlen in den höheren Schwere-

---

[710] Vgl. oben Kap. 4. D. II. 3. a. aa.
[711] Bewertungsrelation in den USA damals 0,85.
[712] Bewertungsrelation in den USA damals 0,75.
[713] Bewertungsrelation in den USA damals 0,67.
[714] *Lauterbach/Lüngen*, DRG-Fallpauschalen, eine Einführung, S. 66 f.; *Fritsche/Lohmann/Langrehr/Neuhaus/Neumayer*, f&w 2/2001, S. 173, 174.
[715] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. a. bb. (3).

gradgruppen an.[716]

Die rechtliche Bewertung einer solchermaßen vorgenommen, fraglos wirtschaftlich begründeten Fallzahlsteigerung hängt davon ab, ob im Einzelfall der Nachweis gelingt, dass die diagnostische Entscheidung des Arztes sowohl medizinisch als auch im Hinblick auf die Kodierregeln nicht vertretbar war und somit als ein Fall verbotenen, schuldhaften Upcodings gewertet werden kann. Dann greifen in Deutschland die oben (Kap. 4. E. II. 3.) dargestellten Ausgleichs- und Sanktionsmechanismen gegenüber den Kliniken sowie die Berichtigungsansprüche der Patienten bezüglich ihrer Krankenunterlagen.

Aufgrund der Schwierigkeit, die ärztliche Entscheidungsfindung im Einzelfall nachzuvollziehen und nachzuprüfen und aufgrund der insofern auch eher problematischen Definition der Hauptdiagnose[717] ist m.E. jedoch anzunehmen, dass der Nachweis schuldhaften Upcodings in vielen Fällen nicht gelingen wird. Dann bleibt lediglich die Möglichkeit, den eingetretenen Fallzahlsteigerungen mit der allgemein für wirtschaftlich bedingte Fallzahlsteigerungen vorgesehenen Absenkung der Bewertungsrelationen der betroffenen Fallgruppen (§ 17b Abs. 1 S. 11 2. HS KHG) zu begegnen.

3. Erbringung nicht indizierter Leistungen

Als weitere Möglichkeit zur Erhöhung der Fallzahlen in wirtschaftlich lohnenden Behandlungsfallgruppen bietet sich im DRG-basierten Abrechnungssystem für die Kliniken bzw. die handelnden Ärzte an, bestimmte einzelne Untersuchungsmethoden oder therapeutische Maßnahmen durchzuführen, die zwar aus medizinsicher Sicht nicht unbedingt erforderlich sind, die es jedoch rechtfertigen, die ökonomische Schwere des Behandlungsfalles höher zu bewerten und den Behandlungsfall in eine lukrativere Fallgruppe einzuordnen. So konnte in den USA beispielsweise nach der Einführung des DRG-basierten Vergütungssystems beobachtet werden, dass mit der bereits erwähnten Zunahme der diagnostizierten Fälle von Angina pectoris'[718] zugleich auch die Anzahl von durchgeführten kardialen Katheterisierungen[719] anstieg, deren Vornahme die Vergütung für die Behandlung einer Angina pectoris noch deutlich erhöhte.[720]

Neben der Fallzahlsteigerung durch die Erbringung nur einzelner, medizinisch nicht indi-

---

[716] *Lauterbach/Lüngen*, DRG-Fallpauschalen, eine Einführung, S. 66 f.; *Fritsche/Lohmann/Langrehr/Neuhaus/Neumayer*, f&w 2/2001, S. 173, 174.
[717] Vgl. oben Kap. 4. E. II. 2.
[718] Vgl. soeben oben Kap. 4. E. VI. 2.
[719] Vgl. DRGs F44Z ff. (Fallpauschalenkatalog 2006), Bewertungsrelation in den USA damals 1,62/2,29, *Lauterbach/Lüngen*, DRG-Fallpauschalen, eine Einführung, S. 66 f.
[720] *Lauterbach/Lüngen*, DRG-Fallpauschalen, eine Einführung, S. 66 f.; *Fritsche/Lohmann/Langrehr/Neuhaus/Neumayer*, f&w 2/2001, S. 173, 174.

zierter Leistungen gehört als Sonderfall in diese Fallgruppe des Missbrauchs des DRG-Systems m. E. auch, wenn eine Klinik bzw. der verantwortliche Klinikarzt die Behandlung eines „lukrativen" Behandlungsfalles übernimmt, obwohl die Klinik vorübergehend überlastet ist oder aufgrund ihrer generellen personellen oder sachlichen Ausstattung eine dem medizinischen Standard entsprechende Behandlung des Patienten nicht erbringen kann; in diesem Fall ist schon die Übernahme der Behandlung als medizinisch „nicht indiziert" anzusehen.

a. Ansprüche der Patienten

Die Durchführung nicht indizierter diagnostischer oder therapeutischer Maßnahmen bedeutet für den Patienten regelmäßig eine zusätzliche, unnötige Belastung und Beeinträchtigung seiner körperlichen Integrität, welche unter Umständen – etwa bei invasiven Methoden – durchaus auch mit erheblichen Schmerzen verbunden sein kann. In der Erbringung nicht indizierter medizinsicher Leistungen ist daher, selbst wenn sie kunstgerecht durchgeführt wurden, eine negative Abweichung vom medizinischen Standard zu sehen, welche als Behandlungsfehler zu werten ist und vertragliche wie deliktische Haftungsansprüche des Patienten gegenüber dem behandelnden Arzt bzw. dem Klinikträger begründet. An dieser Haftung vermag auch eine zuvor vom Patienten erteilte Einwilligung regelmäßig nichts zu ändern. So wird nämlich der Patient vom verantwortlichen Arzt zumeist nicht über die mangelnde Indikation der Behandlung informiert worden sein, so dass er die medizinische Notwendigkeit und Bedeutung der Maßnahme falsch einschätzte und seine Einwilligung daher unwirksam war.[721] Wurde der Patient jedoch – was selten der Fall sein wird – über die mangelnde Indikation der Maßnahme informiert, und hat er trotz dieses Wissens in sie eingewilligt, so ist die Einwilligung grundsätzlich als wirksam anzusehen, was dazu führt, dass seine Ersatzansprüche entfallen. Ausnahmen ergeben sich nur bei eklatanter, unverständiger Uneinsichtigkeit des Patienten[722] oder in den Fällen des § 228 StGB.

In dem Sonderfall, dass ein Krankenhausarzt die Behandlung des Patienten zur Steigerung der Fallzahlen übernimmt, obwohl die Klinik grundsätzlich oder vorübergehend nicht über die erforderlichen personellen oder sachlichen Kapazitäten verfügt und die Behandlung daher nicht entsprechend dem medizinischen Standard durchgeführt werden kann, haften der behandelnde Arzt und der Klinikträgers schon aus Übernahmeverschulden.[723]

---

[721] Vgl. *BGH*, NJW 1992, S. 2354 ff; zum Schutze des Selbstbestimmungsrechts des Patienten über Aufklärung und Einwilligung vgl. oben Kap. 4. D. II. 3. b. bb.

[722] *BGH*, NJW 1978, S. 1206 (nicht indizierte Zahnextraktion).

[723] *BGH*, NJW 1989, S. 2321 ff. (Behandlung eines Gebärmutterhals-Karzinoms durch ein unzureichend ausgestattetes Kreiskrankenhaus); vgl. *BGH*, VersR 1981, S. 1033; *Steffen/Dressler*, Arzthaftungsrecht, Rnrn. 156, 165, m.w.N.; *Uhlenbruck/Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 55 Rn. 2; *Laufs*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 99 Rn. 12; vgl. auch oben Kap. 4. D. II. 3. a. aa.

Der Schadensersatzanspruch des Patienten bei der Erbringung nicht indizierter Leistungen geht seinem Inhalt nach auf den Ersatz möglicher materieller und immaterieller Schäden,[724] wobei er sich inhaltlich danach unterscheidet, ob der geschädigte Patient Selbstzahler bzw. privat versichert ist oder gesetzliche versichert ist. So kann der *privat versicherte Patient*, der im Gegensatz zum gesetzlich versicherten Patienten aufgrund des Krankenhausaufnahmevertrages zu einer Vergütung des Krankenhausträgers und/oder des behandelnden Chefarztes verpflichtet ist, für den Fall bereits geleisteter Zahlungen neben Schmerzensgeld auch denjenigen Betrag vom Krankenhausträger zurückverlangen, um den die Krankenhausrechnung aufgrund der nichtindizierten Leistungen erhöht wurde; konkret ist dies der Differenzbetrag zwischen derjenigen Fallpauschale, die abgerechnet wurde, und derjenigen Fallpauschale, die ohne die Erbringung der nicht indizierten Leistungen hätte abgerechnet werden müssen. Als Anspruchsgrundlagen kommen hierfür § 280 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 1 BGB, § 826 BGB sowie – bei Vorliegen der Voraussetzungen – § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB (Abrechnungsbetrug)[725] in Frage. Daneben ist auch an einen bereicherungsrechtlichen Anspruch des Patienten zu denken (§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB), da er aufgrund des Behandlungsvertrages nicht zur Vergütung nicht indizierter Leistungen verpflichtet ist und seine Zahlungen somit *sine causa* geleistet hat.

Der *gesetzlich versicherte Patient* hingegen, dem durch die Krankenhausbehandlung keine vermögensrechtlichen Nachteile entstehen, kann gegenüber Arzt und Klinikträger lediglich einen vertraglichen wie deliktischen Schadensersatzanspruch auf Schmerzensgeld geltend machen.

b. Ansprüche der Kostenträger

aa. Private Krankenversicherung

Dem privaten Krankenversicherungsunternehmen, das die Kosten für die nicht indizierten Leistungen des Krankenhausträgers übernommen hat, steht zunächst ein Bereicherungsanspruch in Höhe der Differenz zwischen der erbrachten Vergütung und derjenigen Vergütung zu, die ohne die nicht indizierten Leistungen hätte gezahlt werden müssen; so ist nämlich weder der privat versicherte Patient gegenüber dem Krankenhausträger zur Vergütung nicht indizierter, einzig zur Fallhöherstufung erbrachter Leistungen verpflichtet, noch ist der private

---

[724] Vgl. z.B. *BGH*, VersR 1998, S. 319 ff. (nicht indizierte Röntgenuntersuchung); *OLG Hamm*, MedR 1983, S. 189 f. (nicht indizierte Entfernung von Osteosynthesematerial); zu den Grundsätzen der Behandlungsfehlerhaftung vgl. oben Kap. 4. D. II. 3. a.

[725] Der Inrechnungstellung einer Leistung soll der konkludente Erklärungswert zukommen, sie sei ihren tatsächlichen Voraussetzungen nach geschuldet, *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 151 Rn. 13, 14; auf den Tatbestand des Abrechnungsbetruges im Krankenhaus soll wie bereits an anderer Stelle erwähnt in dieser Arbeit allerdings nicht näher eingegangen werden, vgl. Kap. 4. E. II. 3.

Krankenversicherer zur Übernahme der durch nichtindizierte Leistungen verursachten Mehrkosten verpflichtet, so dass für die geleistete Zahlung kein Rechtsgrund besteht. Auch an dieser Stelle[726] ist allerdings fraglich, wer der Anspruchsgegner des Versicherers ist, oder anders ausgedrückt, wem gegenüber seine Zahlung als *Leistung* im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB anzusehen ist.

Sofern der Krankenversicherer *an den Patienten gezahlt* hat und diesem die von ihm ausgelegten Kosten erstattet hat, ist Schuldner des Bereicherungsanspruches der Patient; eine Durchgriffskondikition kommt nach hier vertretener Ansicht nicht in Betracht.[727] Hat der Krankenversicherer hingegen direkt *an den Krankenhausträger gezahlt*, ist dies, sofern nicht der Patient den Krankenversicherer zur Zahlung angewiesen hat, u.U. als Drittleistung des Versicherers an das Krankenhaus im Sinne des § 267 BGB anzusehen, so dass der Versicherer seine geleisteten Zahlungen direkt vom Krankenhausträger kondizieren kann.[728]

Neben etwaigen bereicherungsrechtlichen Ansprüchen des privaten Versicherers kommen auch Schadensersatzansprüche des Krankenversicherers gegen den Krankenhausträger bzw. den behandelnden Arzt in Betracht. Zunächst ist dabei an eigene Ersatzansprüche zu denken, etwa wenn durch die Erbringung nicht indizierter Leistungen gerade Honorarzahlungen der Versicherung erschlichen werden sollen, Anspruchsgrundlage wären dann – je nach Sachlage – aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB (Abrechnungsbetrug), sowie § 826 BGB (s.o.). Ob der private Krankenversicherer hierneben allerdings auch die Schadensersatzansprüche seines Versicherten geltend machen kann, die diesem der Behandlungsfehlerhaftung des Krankenhausträgers bzw. des behandelnden Arztes zustehen, erscheint eher fraglich. Voraussetzung dazu wäre ja, dass die Ansprüche im Wege der Legalzession nach § 67 VVG auf den Krankenversicherer übergegangen wären, was nach dem Wortlaut des § 67 Abs. 1 S. 1 VVG voraussetzt, dass der Versicherer „dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt“, er also für den Schaden des Versicherten einzustehen hat. Gerade dies ist aber bei der Erbringung nicht indizierter Leistungen wohl nicht der Fall: Hier geht es nämlich nicht darum, dass durch einen Fehler bei der Behandlung des Patienten weitere Behandlungen medizinisch notwendig werden und dadurch weitere Behandlungskosten anfallen, sondern hier geht es darum, dass medizinisch nicht notwendige Leistungen erbracht werden, deren Vergütung das private Krankenversicherungsunternehmen schon nach dem Versicherungsvertrag nicht schuldet, also nicht für sie einzustehen hat.

---

[726] Vgl. schon oben Kap. 4. D. IV.
[727] Vgl. oben Kap. 4. D. IV.
[728] Vgl. im Einzelnen oben Kap. 4. D. IV.

bb. Gesetzliche Krankenversicherung

Im System der GKV ist die Erbringung nicht indizierter Leistungen unvereinbar mit den Vorschriften des § 39 Abs. 1 S. 3 SGB V sowie des § 12 SGB V, welche die Pflicht und Erlaubnis der Krankenhäuser zur Leistungserbringung auf diejenigen Maßnahmen beschränken, die für die medizinische Versorgung im Krankenhaus notwendig und wirtschaftlich sind. Wegen der „Überflüssigkeit" der nicht indizierten Maßnahmen fehlt es an beidem,[729] so dass die Leistungserbringung der Kliniken sowohl gegenüber den Krankenkassen als auch gegenüber den Patienten unrechtmäßig ist.

Die Krankenkassen können sich daher – sofern sie die mangelnde Indikation der Leistungen aufgrund einer Prüfung des MDK nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V feststellen[730] – einerseits an die betroffene Klinik halten und ihr gegenüber die Übernahme der Behandlungskosten verweigern bzw. bereits Gezahltes zurückfordern; sie können sich aber (theoretisch) auch an den Patienten als Leistungsempfänger halten. So stellen sich die an den Patienten erbrachten nicht indizierten Krankenhausleistungen aufgrund des in der GKV herrschenden Sachleistungsprinzips zugleich als zu Unrecht erbrachte Versicherungsleistungen dar, deren Wert – das ist hier wohl der Betrag, um den die tatsächlich abgerechnete Fallpauschale die eigentlich berechtigte Fallpauschale übersteigt – die Krankenkasse als Leistungsträger nach § 50 Abs. 1, Abs. 2 SGB X grundsätzlich vom Patienten zurückfordern kann. Allerdings nimmt § 50 Abs. 1, Abs. 2 SGB X eine wichtige Einschränkung des Rückerstattungsanspruches vor, an der dieser regelmäßig scheitern wird. So verweist er auf die Anwendbarkeit des § 45 SGB X, welcher wiederum die Rückerstattung zu Unrecht ergangener Leistungen für den Fall ausschließt, dass der Leistungsempfänger (Patient) auf die empfangene Leistung vertraut hat und auch auf sie vertrauen durfte.[731] Hieran dürfte es aber höchstens in dem Fall fehlen, wenn der Patient von der mangelnden Notwendigkeit der erbrachten Leistungen Kenntnis hatte. In diesem Fall wird sich die Krankenkasse in der Regel an die Klinik halten.

c. Ansprüche konkurrierender Kliniken bei fehlerhafter Behandlungsübernahme

Nach hier vertretener Ansicht stellt die negative Patientenselektion einer Klinik durch Abweisung oder Verlegung teurer Patienten an eine konkurrierende Klinik eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung (§ 826 BGB) der aufnehmenden Klinik dar.[732] Entsprechend stellt

---

[729] Zur Auslegung des § 12 Abs. 1 SGB V vgl. oben Kap. 3. A. III. 2. b.

[730] § 113 SGB V (Wirtschaftlichkeitsprüfung der Krankenhausbehandlung) ist hingegen nicht einschlägig, da diese nicht die Überprüfung der einzelnen Behandlungsfälle, sondern der wirtschaftlichen Strukturen der Klinik als Ganzes zum Gegensand hat, GK SGB V-*Jung*, § 275 Rnrn. 7, 35; Kasseler Kommentar-*Hess*, § 113 Rn. 2.

[731] Vgl. *Schwerdtfeger*, NZS 1998, S. 97, 101 für das Vertragsarztrecht.

[732] Vgl. oben Kap. 4. E. V. 1. b. bb. (2) (c).

sich an dieser Stelle dann die Frage, ob entgegengesetzt auch die – fallzahlsteigernde – *Aufnahme* von billigen Patienten durch eine Klinik, die generell oder vorübergehend gar nicht zur dessen standardmäßigen Behandlung in der Lage ist (positive Patientenselektion), als sittenwidrige vorsätzliche Schädigung anzusehen ist. Geschädigter wäre dasjenige Krankenhauses, in welches der Patient normalerweise weitergeleitet worden wäre und dem durch die Nichtverweisung ein möglicher Gewinn entgangen ist (§ 252 BGB).

Am Vorliegen einer sittenwidrigen Handlung bestehen zunächst keine Zweifel. So wie es im Falle der negativen Patientenselektion als sittenwidrig anzusehen ist, wenn ein verantwortlicher Krankenhausarzt allein aus finanziellen Erwägungen heraus, unter Verletzung von Standesrecht (§ 1 BÄO) und durch Manipulation der Patientenströme im DRG-Abrechnungssystem einen teuren Patienten einer anderen Klinik zuweist,[733] ist es auch als sittenwidrig zu werten, wenn der verantwortliche Krankenhausarzt einen Patienten einzig zur Fallzahlsteigerung und unter gewissenloser Missachtung dessen gesundheitlicher Interessen zur Behandlung in das Krankenhaus aufnimmt.

Für eine Haftung nach § 826 BGB ist allerdings erforderlich, dass die Sittenwidrigkeit dieses Verhaltens nicht nur gegenüber dem aufgenommenen Patienten, sondern auch gegenüber der konkurrierenden Klinik besteht, der die Behandlung des Patienten und der daraus folgende Gewinn entgeht (Schutzzweck der Norm). Im Falle der *negativen Patientenselektion* wurde die Sittenwidrigkeit gegenüber der aufnehmenden Klinik in einer unsolidarischen und vor dem Hintergrund des gemeinsamen Vergütungssystems inakzeptablen Manipulation der Patientenströme zum Nachteil der aufnehmenden Klinik gesehen.[734] Eine solche Manipulation der Patientenströme liegt grundsätzlich auch im Fall der *unberechtigten Aufnahme* eines Patienten vor, da der Patient hierdurch dem an sich „zuständigen Patientenmarkt“ entzogen – gleichsam „abgefischt“ – wird, dem er normalerweise zugeführt worden wäre. Der Unterschied zur negativen Patientenselektion besteht jedoch darin, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit aus Sicht der konkurrierenden Kliniken nicht in einem positiven Tun (Zuweisung des Patienten), sondern in einem Unterlassen (Nichtzuweisung) liegt. Dieses kann aus Sicht der konkurrierenden Kliniken aber nur dann als sittenwidrig angesehen werden, wenn gerade auch ihnen gegenüber eine sittliche Pflicht des aufnehmenden Krankenhauses besteht, für den Fall einer nicht bestehenden adäquaten Behandlungsmöglichkeit den um Behandlung ersuchenden Patienten weiterzuleiten. Das Bestehen einer entsprechenden Pflicht erscheint m. E. aber äußerst fraglich und letztendlich nicht vertretbar. Die sich aus dem gemeinsamen Abrechnungssystem ergebenden solidarischen Pflichten lassen zwar die positive Zuweisung eines teuren Patienten an andere Kliniken als unsittlich erscheinen, nicht aber die passive „Vorenthaltung“ eines Patienten, der aus eigenem Antrieb das behandelnde Krankenhaus

[733] Vgl. oben Kap. 4. E. V. 1. b. bb. (2) (c) (cc).
[734] Vgl. oben Kap. 4. E. V. 1. b. bb. (2) (c) (cc).

aufgesucht hat, so dass die Unsittlichkeit gegenüber den benachteiligten Kliniken in diesem Falle zu verneinen ist.

Will man jedoch eine entsprechende sittliche Pflicht des Krankenhauses zur Weiterleitung des Patienten annehmen, so wird man auch einen Schädigungsvorsatz des behandelnden Arztes bejahen können. Ausreichend ist nämlich das Vorliegen eines *dolus eventualis*, welcher die Art und die Richtung der durch sein Verhalten hervorgerufenen Schädigung umfasst; erforderlich ist hingegen nicht, dass sich sein Vorsatz gegen eine bestimmte Person richtet.[735] Der verantwortliche, den Patienten aufnehmende Krankenhausarzt weiß aber, dass er hierdurch die an sich angezeigte Behandlung des Patienten durch ein anderes Krankenhaus vereitelt und dieses um den vermutlich zu erzielenden Gewinn bringt (§ 252 BGB). Letztendlich ist aber auch in diesem Fall fraglich, ob es einer konkurrierenden Klinik in der Praxis tatsächlich gelingen wird nachzuweisen, dass gerade sie durch die ungerechtfertigte Aufnahme des Patienten in einem anderen Krankenhaus einen Schaden erlitten hat. Zwar enthält § 252 S. 2 BGB eine gesetzlich normierte Beweis- bzw. Darlegungserleichterung hinsichtlich des Umfanges des behaupteten Schadens, indem die Norm in Ergänzung des § 287 ZPO zum Nachweis eines Schadens durch entgangenen Gewinn ausreichen lässt, dass die Klinik den „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge (...) mit Wahrscheinlichkeit“ zu erwartenden Gewinn anführt (haftungsausfüllende Kausalität).[736] Zur prozessualen Anspruchsbegründung ist allerdings immer noch erforderlich, dass sie zur Überzeugung des Gerichtes darlegen und ggf. beweisen kann, dass gerade sie im Falle der Abweisung des Patienten dessen Behandlung übernommen hätte und daher als Geschädigte angesehen werden muss (Haftungstatbestand und haftungsbegründende Kausalität). Ob dies gelingt, beispielweise aufgrund entsprechender Bekundungen des Patienten, ist dann stets eine Frage des jeweiligen Einzelfalles.

4. Fallsplitting

Unter einem Fallsplitting als weiterer Form der wirtschaftlich bedingten Fallzahlsteigerung ist die Aufteilung eines an sich einheitlichen Behandlungsgeschehens in mehrere einzelne Fälle zu verstehen, die dann jeweils separat mit einer eigenen Fallpauschale abgerechnet werden.

In der Praxis tritt Fallsplitting vor allem im Zusammenhang mit größeren Operationen auf, deren Vorbereitung es verlangt, dass sich der Patient umfangreichen – stationären – Voruntersuchungen unterzieht. Sofern der Patient nicht direkt im Anschluss an diese Voruntersuchungen operiert, sondern zunächst wieder aus der Klinik entlassen wird, kann die Klinik nach der

[735] Palandt-*Sprau*, BGB, § 826 Rn. 10; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 236.
[736] Vgl. *BGH*, NJW 1988, S. 2234 ff.; MDR 1992, S. 900; Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 252 Rn. 5.

späteren Durchführung der Operation dann insgesamt zwei Fallpauschalen abrechnen, eine für die Diagnostik, z.B. Koloskopie,[737] und eine für die Operation.[738]

Das Fallsplitting kann in vielen Fällen durchaus ökonomisch und rechtlich unbedenklich sein, wenn nämlich die Vergütungshöhe der einzelnen Fallpauschalen im Hinblick auf die in den einzelnen Behandlungsabschnitten vorgenommenen Leistungen insgesamt angemessen ist und es rechtlich relevante Gründe für die erfolgte zwischenzeitliche Entlassung des Patienten gibt, beispielsweise eine terminliche Auslastung des Krankenhauses (organisatorischer Grund), eine notwendige präoperative Einstellung chronisch Kranker (medizinischer Grund) oder eine längere Bedenkzeit des Patienten vor der OP (rechtlich-sozialer Grund). Rechtliche Probleme treten allerdings dann auf, wenn im Einzelfall die Aufteilung des Behandlungsfalles einzig aus dem Grunde vorgenommen wird, um an Stelle einer Fallpauschale zwei Fallpauschalen abrechnen zu können, die im Ergebnis eine höhere Vergütung bedeuten.[739]

a. Rechtliche Würdigung

Die rechtliche Würdigung eines aus lediglich ökonomischen Gründen vorgenommenen Fallsplittings gleicht im Grunde derjenigen der Erbringung nicht indizierter Krankenhausleistungen, da in beiden Fällen die abrechnungsrechtlich zu beurteilenden tatsächlichen Behandlungsgrundlagen in medizinisch nicht angezeigter und damit unwirtschaftlicher Art und Weise arrangiert werden, um eine möglichst hohe Vergütung zu erhalten.

So stellt sich das Fallsplitting gegenüber dem *Patienten* mitunter als Behandlungsfehler dar, wenn nämlich die erforderliche medizinische Behandlung des Patienten verzögert wird und sich dadurch sein Leiden verlängert.[740] Hieraus erwachsen dem gesetzlich wie privat versicherten Patienten sowie dem Selbstzahler dann vertragliche wie deliktische Ansprüche auf Schmerzensgeld sowie dem vorleistenden Privatpatienten und dem Selbstzahler Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche auf Rückzahlung der zuviel entrichteten Honorare, also desjenigen Betrages, um den die durch das Fallsplitting erhöhte Gesamtvergütung diejenige Vergütung übersteigt, die bei einer nicht unterbrochenen Krankenhausbehandlung angefallen wäre.[741]

Dem *privaten Krankenversicherungsunternehmen* steht aufgrund der mangelnden Verpflichtung, eine künstlich in die Höhe getriebene Vergütung zu entrichten, ein Bereicherungs-

---

[737] Endoskopische Dickdarmuntersuchung, vgl. DRG G 48Z (Fallpauschalenkatalog 2006).
[738] Vgl. die Eingriffe der MDC G (Fallpauschalenkatalog 2006).
[739] *Günster/Mansky/Repschläger*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 43, 53.
[740] Vgl. *OLG Düsseldorf*, VersR 1990, 432 (Haftung wegen Verlängerung der Beschwerden).
[741] Vgl. oben Kap. 4. E. VI. 3. a.

anspruch auf Rückerstattung der zu hohen Zahlungen zu, wobei allerdings auch hier wieder je nach Sachlage der Patient oder das Krankenhaus Anspruchsgegner des Kondiktionsanspruches sein kann.[742] Neben den etwaigen bereicherungsrechtlichen Ansprüchen kommen zuletzt auch eigene Schadensersatzansprüche des privaten Versicherers in Betracht, und zwar – je nach Sachlage – aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB (Abrechnungsbetrug),[743] sowie aus § 826 BGB. Ein abgeleiteter Schadensersatzanspruch (§ 67 VVG) hingegen besteht nicht.[744]

Problematisch erscheint zuletzt, wie das unberechtigte Fallsplitting im System der *Gesetzlichen Krankenversicherung* und hinsichtlich der Kostentragungspflicht der Krankenkassen zu werten ist. So liegen – anders als im Falle der Erbringung nicht indizierter Leistungen – die Voraussetzungen für die durchgeführten medizinischen Maßnahmen grundsätzlich vor; das ökonomisch motivierte, kostensteigernde „Auseinanderreißen" der Einzelleistungen bedeutet m.E. jedoch eine unwirtschaftliche Art und Weise der Leistungserbringung, für die als konkrete Leistungsmodalität auch die medizinischen Voraussetzungen auch nicht gegeben sind (§§ 12, 39 SGB V). Demnach unterliegt auch das unberechtigte Fallsplitting dem Prüfungsauftrag des MDK nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V und sollte den Krankenkassen bei seiner Aufdeckung die Möglichkeit zu einer Honorarkürzung gegenüber der Klinik bzw. einer Rückzahlung bereits geleisteter Zahlungen eröffnen. Gegenüber dem Patienten kommen für die Krankenkassen allerdings – anders als bei der Erbringung nicht indizierter Leistungen – keine Rückforderungsansprüche in Betracht, da die ihm gegenüber erbrachten Leistungen ihrer Art nach medizinisch notwendig waren.

b. Prävention durch entsprechende Fallgruppenbildung

Um den Anreizen zu ökonomisch motiviertem Fallsplitting präventiv zu begegnen, wird in der Literatur vorgeschlagen, diejenigen Fallgruppen, die regelmäßig aus dem Fallsplitting resultieren, in einheitlichen Fallgruppen zusammenzufassen und stets einheitlich abzurechnen. Nur so könne sichergestellt werden, dass denjenigen Kliniken, die eine einheitliche Behandlung leisten können und auch leisten, gegenüber denjenigen Kliniken, die sich zu einer Aufspaltung des Behandlungsgeschehens entscheiden, im Wettbewerb durch eine geringere Vergütung keine Nachteile entstehen. Andererseits aber dürfe eine Zusammenlegung der Fallgruppen auch nicht dazu führen, dass im Einzelfall eine medizinisch adäquate, mehrteilige

---

[742] Vgl. entsprechend oben Kap. 4. E. VI. 3. b. aa.

[743] Zweifel könnten allerdings an der Täuschungshandlung bestehen; es fragt sich, ob das rechnungsstellende Krankenhaus tatsächlich vorspiegelt, dass die Aufspaltung des Behandlungsfalles (medizinisch) gerechtfertigt war, was man wohl durchaus bejahen könnte, da der Inrechnungstellung von Leistungen der allgemeinen Erklärungswert zukommt, dass sie ihren tatsächlichen Voraussetzungen nach geschuldet waren, vgl. *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, § 151 Rn. 13, 14.

[744] Vgl. entsprechend oben Kap. 4. E. VI. 3. b. aa.

Therapie behindert werde.[745]

Meines Erachtens sollte dem Vorschlag einer präventiven, dem Fallsplitting entgegenwirkenden Fallgruppenbildung unbedingt gefolgt werden. So erscheint sie ja nicht nur im Hinblick auf einen fairen Wettbewerb zwischen den Kliniken vernünftig, sondern auch hinsichtlich der medizinischen Interessen der Patienten, da auf diese Weise die Gewähr dafür geschaffen wird, dass ökonomisch-motivierte Splitting-Entscheidungen zu Lasten der Patienten unterbleiben. Auch ist die Besorgnis, dass im Einzelfall eine adäquate mehrteilige Therapie des Patienten verhindert werden könne, m.E. unbegründet; immerhin besteht grundsätzlich die Möglichkeit, den Patienten für eine Unterbrechung der Krankenhausbehandlung von dieser ohne Auswirkungen auf die Vergütung zu beurlauben,[746] wobei zuzugeben ist, dass die meisten Krankenhäuser in Abstimmung mit den Krankenkassen[747] derzeit grundsätzlich keine Beurlaubungen zulassen.[748] Für notwendige Unterbrechungen eines stationären Aufenthaltes zwischen stationärer Diagnostik und Therapie könnten jedoch unschwer besondere Urlaubsregelungen vorgesehen werden.

---

[745] *Günster/Mansky/Repschläger*, in: *Klauber/Robra/Schellschmidt* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, S. 43, 54, 56.

[746] Vgl. Vordruck zum DRG-Datensatz zu § 21 KHEntgG, abrufbar unter URL: www.g-drg.de, explizit auch noch § 8 Abs. 5 S. 2 KHEntgG a.F.

[747] Vereinbarungen auf Grundlage der §§ 112 Abs. 1, 2 SGB V.

[748] Vgl. statt vieler die AVB des Uniklinikums Münster, § 5, abrufbar unter URL: http://www.klinikum.uni-muenster.de/allgemein/avb.pdf (letzter Abruf am 20.12.2004).

Kapitel 5. Fazit

Der als „wagemutigstes Experiment in der Nachkriegsgeschichte des Krankenhauswesens“ bezeichnete Übergang zur DRG-basierten Vergütung von Krankenhausleistungen in Deutschland[1] erfolgte trotz der mit dem neuen Vergütungssystem einhergehenden Anreize[2] und trotz der zu erwartenden Folgen für den Krankenhaussektor[3] zunächst in sozialstaatskonformer Weise.[4]

In ihrem ursprünglich gesetzten Zeitplan waren die Gesetzesinitiatoren des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000 und des Fallpauschalengesetzes allerdings zu ehrgeizig; es zeigte sich, dass die Zielsetzungen einer verbindlichen Einführung des DRG-Systems in 2003,[5] landeseinheitlicher Basisfallwerte in 2005 und deren endgültiger Verbindlichkeit ab 2007[6] nicht erreicht werden konnten, was zum einen sicherlich an einer von vornherein zu knappen, ein wenig starrköpfigen zeitlichen Kalkulation durch die Gesetzesinitiatoren lag – also durch die Bundesregierung, die Regierungsfraktionen und deren Stäbe –, zum anderen sicherlich aber auch an den vom Gesetzgeber zur Entwicklung des neuen Vergütungssystems eingesetzten Selbstverwaltungsträgern, welche beispielsweise im Vorfeld des Erlasses der ersten Fallpauschalenverordnung aufgrund verhärteter Verhandlungspositionen zu keiner eigenen Einigung kamen und auch hierdurch einen – wenn gewiss auch nur geringen – Beitrag zur Verzögerung der materiellen Entwicklung des Systems lieferten.[7]

Wie die weitere ordnungspolitische Ausgestaltung des neuen Vergütungssystems und seines rechtlichen Rahmens in Zukunft von Statten gehen wird, bleibt abzuwarten; dass nach dem zweiten Fallpauschalenänderungsgesetz weitere Fallpauschalenänderungsgesetze folgen werden, dürfte sehr wahrscheinlich sein.[8] Schon allein die Regelung des ordnungspolitischen Rahmens ab 2009 wird weiteres gesetzgeberisches Tätigwerden erfordern, und es darf mit einer gewissen Spannung abgewartet werden, ob sich der Gesetzgeber im Ergebnis für ein Höchst- oder für ein Festpreissystem entscheiden wird. Aufgrund der größeren finanziellen Berechenbarkeit eines Höchstpreissystems soll an dieser Stelle die Prognose gewagt werden, dass die Entscheidung wohl – trotz anderslautender Präferenzen – zugunsten eines Höchstpreissystems ausfallen wird.[9]

---

1 Vgl. oben vor Kap. 1.
2 Vgl. oben Kap. 4. E.
3 Vgl. oben Kap. 3. A.
4 Vgl. oben Kap. 2., 3.
5 Vgl. oben Kap. 2. C. III. 2. c. cc.
6 Vgl. oben Kap. 2. C. III. 4. a.
7 Vgl. oben Kap. 2. C. VI.
8 Vgl. oben Kap. 2. C. VII.
9 Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. b.

Bei der zukünftigen Entwicklung des neuen Vergütungssystems müssen alle Beteiligten in Legislative, Ministerial- und Selbstverwaltung im Sinne der Sachdienlichkeit, Funktionalität und allgemeinen Akzeptanz ihre individuellen Interessen und ggf. Eitelkeiten zurückstellen. Dies ist zum einen angesichts der hohen Bedeutung eines funktionierenden Vergütungssystems für den volkswirtschaftlich immens bedeutsamen Krankenhaussektor[10] wünschenswert, zum anderen dient ein funktionierendes Vergütungssystem und ein akzeptierter ordnungspolitischer Rahmen als Grundlage eines (halbwegs) „gesunden" Krankenhauswesens auch den jeweils auf Arzt- und Patientenseite betroffenen Einzelpersonen. Insbesondere im Bereich der Krankenhausplanung, welche hier eine wichtige Funktion einnimmt, erscheint eine Flexibilisierung der Strukturen in Anbetracht der dynamischen Entwicklung des Krankenhaussektors dringend nötig; die rechtlichen Voraussetzungen hierfür bestehen.[11]

Nicht nur bei der Systementwicklung, sondern auch bei der Systemanwendung im Behandlungsalltag wird in Zukunft ein hohes Maß an Gemeingeist und Redlichkeit erforderlich sein, was vor allem für die behandelnden Ärzte und die Klinikvertreter gilt. Sie sind angehalten, sich den neuen ökonomischen Anreizen bzw. Herausforderungen des DRG-basierten Vergütungssystems zu stellen und die ihnen durch das neue Abrechnungssystem eröffneten Chancen einer Transparenz- und dieser nachfolgenden Effizienzsteigerung im Behandlungsgeschehen zu nutzen, dabei jedoch ihre (legitimen) ökonomischen Interessen[12] nicht übermäßig zu verfolgen, sondern entsprechend ihrer vordersten berufsrechtlichen Pflicht (§ 1 BÄO) auch stets die Interessen der Patienten im Auge zu behalten.

Es wird sich zeigen, inwiefern die besonderen präventiven Regelungen, die Gesetz- und Verordnungsgeber und die Selbstverwaltungspartner gegen den ökonomischen Missbrauch des neuen Vergütungssystems erlassen haben,[13] greifen werden und ob noch zusätzliche Maßnahmen vonnöten sein werden.[14] Gelingt es nicht, den ökonomischen (Fehl-)anreizen des neuen Vergütungssystems präventiv zu begegnen, so müssen die benachteiligten Patienten und deren gesetzliche oder privat Krankenversicherung ihre Interessen über den repressiven Weg des Arzt- und Krankenhaushaftungsrechts gehen, welcher in dieser Arbeit gewissermaßen im Wege eines juristischen „Planspieles" dargestellt wurde. Von den vielfältigen Überlegungen, die dabei angestellt wurden und Denkanstöße für eine interessengerechte Lösung liefern sollen,[15] soll an dieser Stelle die Erkenntnis besondere Erwähnung finden, dass in Zukunft im Arzt-zu-Arzt-Verhältnis besonderer Wert auf eine Verbesserung der gegenseitige Information durch sorgfältige Dokumentation und Kommunikation gelegt werden sollte.

---

[10] Vgl. oben vor Kap. 1.
[11] Vgl. oben Kap. 3. B.
[12] Vgl. oben Kap. 2. B. II. 1. c., C. III. 2. a., Kap. 4. E. (Gewinnerzielungsmöglichkeit, Sparmaßnahmen)
[13] Vgl. z.B. oben Kap. 2. C. III. 1., Kap. 4. E. II. 3., IV. 2. a. (Qualitätssicherungsmaßnahmen, Strafzahlungen bei Upcoding, Vergütungsrisiken beim „Drehtüreffekt")
[14] Vgl. z.B. oben Kap. 4. E. VI. 4. (Neukalkulation von DRGs)
[15] Vgl. oben Kap. 4. E.

Dies dient einerseits der Sicherung der Therapie und somit der Vermeidung haftungsrechtlicher Konflikte mit den Patienten, andererseits aber auch der effizienten Nutzung der wirtschaftlichen Möglichkeiten des neuen Systems durch besser strukturierte Behandlungsabläufe innerhalb der verschiedenen Zentren und Abteilungen einer Klinik und durch Kooperation der Kliniken mit externen Spezialisten.

Im Arzt-Patienten-Verhältnis rückt die Aufklärung des Patienten verstärkt in den Vordergrund. Dies liegt zum einen daran, dass schon aufgrund der für den Patienten günstigen Dogmatik der (*Selbstbestimmungs*-)Aufklärungsfehlerhaftung für den Arzt eine sorgfältige Aufklärung über das Wesen eines anstehenden Eingriffs und die mit ihm verbundenen Risiken unabdingbar ist,[16] zum anderen aber auch daran, dass der *therapeutischen* Aufklärung zur Sicherung des Behandlungserfolges eine steigende Bedeutung zukommt, wenn dem Paftienten unter dem neuen Vergütungssystem ein Weniger an medizinischen Leistungen und medizinischer Sicherung zu Teil wird – beispielsweise bei ambulanter Behandlung oder früherer Entlassung aus dem Krankenhaus.[17]

Zuletzt bleibt abzuwarten, welche Folgen das neue Krankenhausvergütungssystem auf die benachbarten Versorgungsbereiche der Rehabilitation und der Pflege haben wird. Aufgrund der mit den kürzeren stationären Aufenthaltszeiten im Krankenhaussektor einhergehenden Belastung der Sektoren der Pflege[18] und der Rehabilitation ist anzunehmen, dass letztere in Zukunft einen höheren Finanzbedarf haben werden und möglicherweise eine Verschiebung von Beitragszahlungen und staatlichen Finanzierungsmitteln aus dem Krankenhaus- in die nachgelagerten Sektoren erforderlich werden wird.[19]

---

16 Vgl. oben Kap. 4. D. II. 3. b. bb., c.

17 Vgl. oben Kap. 4. E. III. 1. b., IV. 1. b.

18 Vgl. oben Kap. 4. E. V. II.

19 Die Pflegekassen erlitten im Jahre 2004 ein bisheriges Rekorddefizit von etwa 1 Milliarde Euro, welches erwartungsgemäß in 2005 sogar noch übertroffen werden wird, vgl. *Doemens*, Handelsblatt vom 22.12.2004, S. 3; unklar ist zugegebenermaßen jedoch, ob und inwieweit die Defizite in den Pflegekassen bereits auf die veränderten Verhältnisse im Krankenhaussektor unter DRGs zurückzuführen sind.

Literaturverzeichnis

Ackermann, Tom / Schmidthausen, Daniel, Zum Konzept einer Gewichtskalkulation, in: *Arnold, Michael / Litsch, Martin / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, Stuttgart, New York 2001, S. 99-113

Alber, Jens / Bernardi-Schenklun, Brigitte, Westeuropäische Gesundheitssysteme im Vergleich, Frankfurt/Main, New York 1992

Albrecht, Harro, Kritik der reinen Pauschale, in: Die Zeit 22/2001

Andreas, Manfred, Die Haftung des Arztes für seine Erfüllungsgehilfen und der erforderliche Versicherungsschutz, in: Arztrecht 4/2003, S. 88-92

ders., Medizinische Versorgungszentren – Chancen oder Risiken für Krankenhausärzte und Chefarzt, in: Arztrecht 6/2005, S. 144-151

ders., Veränderungsmanagement – Möglichkeiten und Grenzen des Trägers – Tipps für den Chefarzt, in: Arztrecht 1/2005, S. 4-13

ders., Vergütungsstrukturen in neuen Chefarztdienstverträgen, in: Arztrecht 12/2005, S. 312-313

Ankermann, Ernst, Haftung für fehlerhaften oder fehlenden ärztlichen Rat, in: *Deutsch, Erwin / Klingenmüller, Ernst / Kullmann, Hans J.* (Hrsg.), Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995: der Schadenersatz und seine Deckung, Berlin, New York, 1995, S. 1-17

ders., Verlängerung sinnlos gewordenen Lebens? – Zur rechtlichen Situation von Koma Patienten, in: Medizinrecht 9/1999, S. 387-392

Annuß, Georg, Die Haftung des Arbeitnehmers: unter besonderer Berücksichtigung der Haftung des angestellten Arztes, Heidelberg 1998

Anschütz, Felix, Probleme der Diagnostik aus klinischer Sicht, in: *Vogel, Hans Rüdiger* (Hrsg.), Effizienz und Effektivität medizinischer Diagnostik, Stuttgart 1985, S. 3-13

Arnold, Michael, Der Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen: Rationellere oder rationierte Medizin?, in: *Taupitz, Jochen / Brewe, Manuela* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen: Herausforderungen für Recht und Ethik, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hongkong, London, Mailand, Paris, Singapur, Tokio 2001, S. 67-78

Arnold, Michael / Geisbe, Heinrich, Der Patient im Wettbewerb der Krankenhäuser, in: *Arnold, Michael / Klauber, Jürgen / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, Schwerpunkt: Krankenhaus im Wettbewerb, S. 55-69

Aubel, Peter van, Die Deutsche Krankenhausgesellschaft und einige ihrer Sorgen, in: Das Krankenhaus 1952, S. 161-165

Axer, Peter, Neue Rechtsinstrumente der Qualitätssicherung in der ambulanten und stationären Versorgung unter Einbeziehung des Koordinierungsausschusses, in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht: VSSR, Heft 4/2002, S. 215-246

ders., Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung: ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes, Tübingen 2000

Bachof, Otto / Scheuing, Helmut, Krankenhausfinanzierung und Grundgesetz, Rechtsgutachten zum Entwurf eines Gesetzes zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze, Köln 1971

Baden, Eberhard, „Wirtschaftliche Aufklärungspflichten" in der Medizin. Tendenzwende in der Rechtsprechung zu Hinweis- und Beratungspflichten im Kostenbereich?, in: Neue Juristische Wochenschrift 1988, S. 746-749

Bäune, Stefan / Dahm, Franz-Josef, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den ärztlichen Bereich, in: Medizinrecht 12/2004, S. 645-655

Baron von Maydell, Bernd, Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung, GK – SGB V, Loseblattsammlung, Neuwied, Kriftel, Berlin, Stand Oktober 2002

ders., Rationierung in unterschiedlichen Gesundheitssystemen, in: Arztrecht 4/2005, S. 88-92

Baum, Georg, Das australische DRG-System ist auf Deutschland übertragbar, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 2001 Heft 6, S. 542-545

Baum, Georg / Rau, Ferdinand, Die Kliniken auf dem Um-Weg ins Festpreissystem, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 2002 Heft 1, S. 4-11

dies., Endgültiger Start ins Fallpauschalensystem, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 2002 Heft 2, S. 100-102

Bergmann, Karl-Otto, Aufklärung über Therapiealternativen jenseits der Systemgrenzen?, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), Medizinische Notwendigkeit und Ethik: Gesundheitschancen in Zeiten der Ressourcenknappheit, Berlin, Heidelberg 1999, S. 151-160

ders., Begrenzt die Leistungspflicht der Krankenhausversicherungen die Leistungspflicht des Arztes?, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), Die Budgetierung des Gesundheitswesens: wo bleibt der ärztliche Standard?, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Budapest, Hongkong, London, Mailand, Paris, Santa Clara, Singapore, Tokio, 1997, S. 44-53

ders., Die „vorgegebene Ungleichheit" der Parteien in der Arzthaftung – Einführung in die Thematik - , in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), „Waffen-Gleichheit" – Das Recht in der Arzthaftung, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hongkong, London, Mailand, Paris, Tokio 2002, S. 1-6

Beske, Fritz / Hallauer, Johannes F., Das Gesundheitswesen in Deutschland: Struktur – Leistungen – Weiterentwicklung, 3. Auflage, Köln 1999

Blanke, Bernhard / Kania, Helga, Die Ökonomisierung der Gesundheitspolitik. Von der Globalsteuerung zum Wettbewerbskonzept im Gesundheitswesen, in: Leviathan: Zeitschrift für Sozialwissenschaft, Heft 3/1996, S. 512-538

Blech, Jörg, Die Abschaffung der Gesundheit, in: Der Spiegel 33/2003, S. 116-126

Blum, Karl / Offermanns, Matthias, Umverteilungswirkungen der Mindestmengenregelung – Repräsentativerhebung des Deutschen Krankenhausinstituts (DKI), in: Das Krankenhaus 10/2004, S. 787-790

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1991, S. 289-378

Bogs, Harald, Anzeige von: *Lerche, Peter / Degenhardt, Christoph / Isensee, Josef*: Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung – Verfassungsrechtliche Stellungnahmen, in: Archiv des öffentlichen Rechts 1995, S. 331-334

ders., Die Sozialversicherung im Staat der Gegenwart, Berlin 1977

ders., Öffentlich-rechtlicher Krankenkassen-Regreß wegen ärztlicher Behandlungsfehler? Anmerkungen zu einer Entwicklungspotential-These des Jubilars aus der Sicht von Ordnungspolitik für das Gesundheitswesen, in: *Ahrens, Hans-Jürgen / von Bahr, Christian / Fischer, Gerfried* (Hrsg.), Festschrift für *Erwin Deutsch*: Zum 70. Geburtstag, Köln, Berlin 1999, S. 463-476

Bogs, Walter / Aichinger, Hans / Meinhold, Helmut / Neundörfer, Ludwig / Schreiber, Wilfried, Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland: [1] Bericht der Sozialenquête-Kommission, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1966

Bohle, Thomas, Fusionskontrolle im Krankenhaus ohne GKV-Wettbewerbskonzept?, in: Das Krankenhaus 8/2005, S. 650-656

Bolleschweiler, Elfriede, Nationale und klinikinterne Leitlinien: Definition und Problemlage, in: *Lauterbach, Karl W. / Schrappe, Matthias* (Hrsg.), Gesundheitsökonomie, Qualitätsmanagement und Evidence-based Medicine, Stuttgart, New York 2001, S. 457-463

Bormann, Hellmut, Die neue Regelung der Pflegesätze von Krankenanstalten, in: Das Krankenhaus 1954, S. 370-378

Boschke, Wolfram L., Fallpauschalengesetz in der Krise?, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 2002 Heft 6, S. 608

Boschke, Wolfram L. / Kramer, Martin, Was lange währt, ist noch nicht gut – Die Spitzenverbände der Selbstverwaltung schlossen einen Vertrag über Zu- und Abschläge für Krankenhäuser, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 1/2001, S. 10-12

dies., Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Privatkrankenanstalten e.V. (BDPK) zu den Vorschlägen des BMG vom 29. März 2001 zu den Eckpunkten zur Einführung eines DRG-Fallpauschalensystems, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 3/2001, S. 189-293

Brenske, Michael / Schorn, Kai / Walger, Martin / Schlottmann, Nicole, Der Gemeinsame Bundesausschuss – aktuelle und künftige Bedeutung für den Krankenhaussektor, in: Das Krankenhaus 3/2005, S. 167-173

Breßlein, Susann, Die Krankenhäuser überleben, aber die Geschäftsführungen nicht – Nach der Einführung der DRG in Australien, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 3/2001, S. 218-220

Broll, Gisela / Broll, Hartwig / Lehr, Andreas, Selbstverwaltung zerstritten, Politik unter Zugzwang, in: Das Krankenhaus 11/2001, S. 943-946

dies., Die Auseinandersetzungen beim Fallpauschalengesetz spitzen sich zu – Von der Stellungnahme des Bundesrates über die Gegenäußerung der Bundesregierung zu den Änderungen der Koalition, in: Das Krankenhaus 12/2001, S. 1065-1067

dies., Das Fallpauschalengesetz in der Beratung des Bundestages, in: Das Krankenhaus 2002 Heft 2, S. 91-94

dies., FPG: Vom Bundesrat zum Vermittlungsausschuss – und zurück, in: Das Krankenhaus 2002 Heft 3, S. 179-181

Broll, Hartwig, Ambulante Behandlung: „Eine gigantische Mogelpackung“, in: Das Krankenhaus 10/2004, S. 785

Bruckenberger, Ernst, Die Auswirkung des Fallpauschalensystems auf die Krankenhausplanung in Deutschland, in: Österreichische Krankenhauszeitung 2003 Heft 1, S. 2-3

ders., GKV-Gesundheitsreform 2000, Betr.: Neuregelung der stationären Krankenversorgung und integrierter Versorgungsstrukturen – Stellungnahme als Einzelsachverständiger zur Anhörung des Gesetzentwurfes zur Reform der Gesetzlichen Krankenversicherung 2000 (GKV-Gesundheitsreform 2000) am 21.9.1999 in Berlin, URL: http://www.bruckenberger.de/frame.htm

ders., Von der Krankenhaus-Planung zur Krankenhaus-Rahmenplanung, August 1997, URL: http://www.bruckenberger.de/frame.htm

ders., Wettbewerb und Planung, in: *Arnold, Michael / Klauber, Jürgen / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, Schwerpunkt: Krankenhaus im Wettbewerb, S. 93-102

Bruns, Wolfgang, Haftungsprophylaxe für den Chefarzt, in: ArztRecht 2001 Heft 10, S. 256 – 263

Buchborn, Eberhard, Ärztlicher Standard: Begriff – Entwicklung – Anwendung, in: Medizinrecht 1993, Heft 9, S. 328-333

ders., Zur Verrechtlichung der Medizin, in: Medizinrecht 1984 Heft 4, S. 126-129

Buscher, Frederik, Bericht zur Lage der Krankenhäuser in Deutschland bei der Einführung der Fallpauschalen – Ergebnis einer Länderumfrage bei den Trägern der Krankenhäuser im Juli/August 2004, in: Das Krankenhaus 3/2005, S. 181-185

Büsken, Rainer / Klüglich, Gabriele, Die Krankenhausbehandlung: Haftungssystem und innnerbetrieblicher Schadensausgleich (Freistellung – Regreß), in: Versicherungsrecht 1994, S. 1141-1151

Bund Deutscher Privatkrankenanstalten (BDPK), Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Privatkrankenanstalten e.V. zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des diagnose-orientierten Fallpauschalengesetzes für Krankenhäuser, in: f&w 6/2001, S. 641-648

Bundesärztekammer (BÄK), Stellungnahme der *Bundesärztekammer* zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung des DRG-Vergütungssystems für Krankenhäuser vom 11. Juli 2001

dies., Stellungnahme der *Bundesärztekammer* zum Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des DRG-Vergütungssystems für Krankenhäuser (Fallpauschalengesetz – FPG) [BT-Drucksache 14/6893]

Bundesärztekammer / Verband der leitenden Krankenhausärzte Deutschlands / Marburger Bund, Gemeinsame Hinweise, 25. April 2003, URL: http://www.marburger-bund.de/bundesverband/aktuelles/tarifpolitik/texte/chefarzt-dkg.pdf

Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (BMA), Grundgedanken zur Gesamtreform der sozialen Leistungen, in: Soziale Sicherheit 1955, S. 218-222

Bundesministerium für Gesundheit (BMG) (Hrsg.), Gutachten Weiterentwicklung der Fallpauschalen und Sonderentgelte nach der Bundespflegesatzverordnung: Bericht zu den Forschungsprojekten im Auftrage des Bundesministeriums für Gesundheit, Baden-Baden 1997

Bundesverband Deutscher Privatkrankenanstalten (BDPK), Stellungnahme des BDPK zu den von den Bundesländern eingebrachten Anträgen zum Fallpauschalengesetz, Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 1/2002, S. 67-68

Burgi, Martin / Brohm, Markus O., Krankenhausplanung und Kartellvergaberecht, in: Medizinrecht 2/2005, S. 74-81

Burgi, Martin / Maier, Petra, Kompetenzfragen der Krankenhausplanung: Vom Bundesstaat zum Kassenstaat? in: Die Öffentliche Verwaltung 2000, S. 579-588

Buschner, Georg / Focke, Klaus / Hansis, Martin L., Fehlbelegung und DRGs, in: Arbeit und Sozialpolitik 2001, Heft 9-10, S. 22-29

Buurmann, Otto, Aktuelle Krankenhausfragen, in: Das Krankenhaus 1952, S. 98-102

Canaris, Claus Wilhelm, Das Bereicherungsrecht im Dreipersonenverhältnis, in: *Paulus, Gotthard / Diederichsen, Uwe / Canaris, Claus-Wilhelm*, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1993, S. 799-865

Cassel, Dieter, Wettbewerb in der Gesundheitsversorgung: Funktionsbedingungen, Wirkungsweise und Gestaltungsbedarf, in: *Arnold, Michael / Klauber, Jürgen / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, Schwerpunkt: Krankenhaus im Wettbewerb, S. 3-20

Clade, Harald, Fallpauschalen als Mehrzweck-Waffe – Die Politik hat die Selbstverwaltung der Krankenhausträger und der Krankenkassen in die Pflicht genommen, bis zum Jahr 2003 ein Fallpauschalen-System budgetneutral einzuführen, in: Deutsches Ärzteblatt 2000, A1394-A1395

Clade, Harald, Kopernikanische Wende?, in: Deutsches Ärzteblatt, Heft 28-29/2000, A1939-A1941

Clade, Harald, Korrekturbedarf, in: Deutsches Ärzteblatt, Heft 44 / 2001, A2843

Clade, Harald, Privatliquidationsrecht auf der Kippe – Die Eckpunkte des Gesetzentwurfs für die Einführung des DRG-Vergütungssystems für Krankenhäuser sind gegenüber dem Arbeitsentwurf des Bundesgesundheitsministeriums nachgebessert worden., in: Deutsches Ärzteblatt, Heft 34-35/2000, A2145-A2146

Coffey, Rosanna M. / Louis, Daniel Z., Fünfzehn Jahre DRG-basierte Krankenhausvergütung in den USA, in: *Arnold, Michael / Litsch, Martin / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.): Krankenhausreport 2000 – Schwerpunkt: Vergütungsreform mit DRGs, Stuttgart, New York 2001, S. 33-47

Damm, Reinhard, Medizintechnik und Arzthaftungsrecht. Behandlungsfehler und Aufklärungspflicht bei medizintechnischen Behandlungsalternativen, in: Neue Juristische Wochenschrift 1989, S. 737-744

Debong, Bernhard, Das Liquidationsrecht im Zeitalter der DRGs, in: ArztRecht 2001 Heft 12, S. 312-315

Debong, Bernhard, Organisationspflichten im Krankenhaus, in: ArztRecht 2002 Heft 2, S. 32-35

Dederer, Hans-Georg, Organisatorisch-personelle Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2000, S. 403-405

Deter, Gerhard, Berliner Bericht, in: Die Sozialversicherung 2003, S. 18-22

Deutsch, Erwin, Arzthaftungsrecht: Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungsstellen, 3. Auflage, Köln 1988

Deutsch, Erwin, Das Organisationsverschulden des Krankenhausträgers, in: Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 1745-1749

ders., Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinprodukterecht; eine zusammenfassende Darstellung mit Fallbeispielen und Texten, 4., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, Heidelberg, 1999

ders., Die neue Entscheidung des BGH zur Aids-Haftung, in: Neue Juristische Wochenschrift 1991, S. 1937-1938

ders., Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Neue Juristische Wochenschrift 1984, S. 1802-1803

Deutsch, Erwin / Ahrens, Hans-Jürgen, Deliktsrecht, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2002

Deutsch, Erwin / Geiger, Michael, Medizinischer Behandlungsvertrag. Empfiehlt sich eine besondere Regelung der zivilrechtlichen Beziehung zwischen dem Patienten und dem Arzt im BGB?, in: Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, Köln 1981, S. 1049-1113

Deutsch, Erwin / Spickhoff, Andreas, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 5., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Hongkong, London, Mailand, Paris, Tokyo 2003

Deutsche Gesellschaft für Medizinrecht (DGMR) e.V., Organisationsverschulden in Klinik und Praxis – Ärztliche Standards bei strukturellen und organisatorischen Veränderungen – Einbecker Empfehlungen der Deutschen Gesellschaft für Medizinrecht (DGMR) e.V., in: Medizinrecht 2/2006 S. 127-129

Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG), Beratungs- und Formulierungshilfe Belegarztvertrag/Kooperativer Belegarztvertrag. Vertrag über die Durchführung von ambulanten, Leistungen im Krankenhaus, 3. Auflage, Düsseldorf 1996

dies., Beratungs- und Formulierungshilfe Chefarzt-Vertrag, 6. Auflage, Düsseldorf 2002

dies., Krankenhausgesetz wegen der Notlage der Krankenkassen? Eine Entgegnung der Krankenhäuser auf die Denkschrift der Vereinigung der Ortskrankenkassenverbände vom Februar 1952, in: Das Krankenhaus 1952, S. 313-319

dies., Referentenentwurf zum DRG-Einführungsgesetz liegt vor – Umsetzung des Optionsmodells in der Diskussion, in: Das Krankenhaus 8/2001, S. 664-667

dies., Richtlinien zur Aufklärung der Krankenhauspatienten über vorgesehene ärztliche Maßnahmen, 3. Auflage, Düsseldorf 1992

dies., Zum Erlaß der Pflegesatzverordnung, in: Das Krankenhaus 1954, S. 363

Dibbern, Günter, Folgerungen einer Rationierung in der gesetzlichen Krankenversicherung für die private Krankenversicherung und ökonomische Grenzen für die private Krankenversicherung, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 2004, S. 639-649

Die Dudenredaktion (Hrsg.), Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 4., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich 2001

Doemens, Karl, Pflegekasse droht erstmals Milliardenloch – Rekorddefizit facht koalitionsinternen Streit über Reform neu an – Union kritisiert „Politik der verbrannten Erde“, in: Handelsblatt, 22.12.2004, S. 3

Dolinski, Claus-Markus, Der Belegarzt: vertragliche und haftungsrechtliche Probleme – insbesondere am Beispiel des Gynäkologen und Geburtshelfers als Belegarzt, Konstanz 1996

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, Artikel 1-19, 2. Auflage, Tübingen 2004; Band III, Artikel 83-146, Tübingen 2000

Duttge, Gunnar, Zum Unrechtsgehalt des kontraindizierten ärztlichen „Heileingriffs", in: Medizinrecht 12/2005, S. 706-711

Ebsen, Ingwer, Leistungssteuerung und Ressourcenplanung in der gesetzlichen Krankenversicherung am Beispiel der ambulanten ärztlichen Versorgung, in: *Erbguth, Wilfried / Oebbecke, Janbernd / Rengeling, Hans-Werner*, Planung: Festschrift für *Werner Hoppe* zum 70. Geburtstag, München 2000, S. 723-743

ders., Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen – verfassungsrechtliche Implikationen, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), Die Budgetierung im Gesundheitswesen: wo bleibt der ärztliche Standard?, Heidelberg 1997, S. 109-126

ders., Verfassungsrechtliche Implikationen der Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen, in: Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für Öffentliche und Private Fürsorge 1997, S. 71-79

Emde, Ernst Thomas, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung – Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, Berlin 1991

Erbguth, Wilfried, Zum System der Fachplanungen, in: *Erbguth, Wilfried / Oebbecke, Janbernd / Rengeling, Hans-Werner*, Planung: Festschrift für *Werner Hoppe* zum 70. Geburtstag, München 2000, S. 631-648

Ernst, Christian, Krankenhaus-Controlling und monetäre Anreize für leitende Ärzte : eine Agency-theoretische Analyse, Wiesbaden, 2000

Ernst, Stefanie, Arzthaftung bei Überschreiten der gesetzlichen Arbeitszeit, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 2004, S. 693-721

Fachvereinigung der Verwaltungsleiter deutscher Krankenanstalten e. V. (FvV) (Hrsg.), Betriebswirtschaftliche Aspekte in der Krankenhausfinanzierung, Marl 1988

Fack-Asmuth, Werner G., Zur Weiterentwicklung des Entgeltsystems der Krankenhäuser, in: Die Krankenhausverwaltung 1998, S. 61-64

Fetter, Robert B. / Shin, Youngsoo / Freeman, Jean L. / Averill, Richard F. / Thomson, John D., Case Mix Definition by Diagnosis-Related Groups, in: Supplement to Medical Care, February 1980, Vol. 18 No. 2

Fischer, Wolfram, Das australische AR-DRG-System – Beschreibung und Entwicklung, in: *Thiele, Günter* (Hrsg.): Praxishandbuch Einführung der DRGs in Deutschland, Heidelberg 2001, S. 31-47

ders., Diagnosis Related Groups (DRG's) im Vergleich zu den Patientenklassifikationssystemen von Österreich und Deutschland – Eine problemzentrierte Diskussion von Patientenklassifikationssystemen für stationäre Akutbehandlungen im Hinblick auf deren Verwendung im Vergütungssystem, Wolfertswil 1999

ders., Elemente von DRG-Systemen, in: *Thiele, Günther* (Hrsg.): Praxishandbuch Einführung der DRGs in Deutschland, Heidelberg, 2001, S. 23-30

Fischer, Wolfram, Grundzüge von DRG-Systemen, in: *Arnold, Michael / Litsch, Martin / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.): Krankenhausreport 2000 – Schwerpunkt: Vergütungsreform mit DRGs, Stuttgart, New York 2001, S. 13-31

Franzki, Harald, Heilauftrag und Wirtschaftlichkeitsgebot unter Berücksichtigung haftungsrechtlicher Fragen, in: Arzt und Krankenhaus 1994, S. 61-68

ders., Möglichkeiten und Grenzen der Einflussnahme auf Leistungen und Kosten der Krankenhäuser aus der Sicht eines Juristen, in: Krankenhaus-Umschau 1988, S. 15-20

ders. / Hansen, Britta, Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhausträger, in: Neue Juristische Wochenschrift 1990, S. 737-743

Freytag, Antje, DRGs, die Qualität von Krankenhausleistungen und Vertragsfreiheiten für Krankenkassen: Ein vernachlässigter Zusammenhang, in: Arbeit und Sozialpolitik 5-6/2001, S. 14-21

Fritsche, Lutz / Lohmann, R. / Langrehr, J. M. /Neuhaus, P. / Neumayer, H.H., Damit das Honorarsystem nicht zum Glücksspiel wird: Die rückwirkende DRG-Eingruppierung erfordert die Dokumentation des Weges zur „Hauptdiagnose“, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 2/2001, S. 172-175

Fuchs, Harry, Konsequenzen der DRG-Einführung für die angrenzenden Versorgungsbereiche Rehabilitation und Pflege, in: *Klauber, Jürgen / Robra, Bernt-Peter / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, Schwerpunkt: G-DRGs im Jahre 1, Stuttgart 2004, S. 187-209

f&w-Umfrage: DRG in der Entscheidungsphase – Von schroffer Ablehnung bis zur Forderung nach rascher Einführung, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 1/2002, S. 11-12

Gagel, Alexander, Das Verhältnis von zivilrechtlichem Schadensersatzanspruch und öffentlich-rechtlichem Erstattungsrecht. Rechtsweg – Geltungsbereich – Voraussetzungen, in: Neue Juristische Wochenschrift 1985, S. 1872-1875

Gandjour, Afschin / Günster, Christian / Klauber, Jürgen / Lauterbach, Karl Wilhelm, Mindestmengen in der stationären Versorgung, in: *Arnold, Michael / Klauber, Jürgen / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, Schwerpunkt: Krankenhaus im Wettbewerb, S. 189-201

Gandjour, Afschin / Lauterbach, Karl W., Instrumente zur Ressourcenverteilung im Gesundheitswesen, in: *Lauterbach, Karl W. / Schrappe, Matthias* (Hrsg.), Gesundheitsökonomie, Qualitätsmanagement und Evidence-based Medicine, Stuttgart, New York 2001, S. 124-132

Geiser, Matthias, Das australische Casemix Funding – Die Lehren für Deutschland, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 6/2001, S. 552-555

Geisler, Anika / Güntheroth, Horst / Wache, Frank, Das Kranke Haus, in: STERN Nr. 48/2002 vom 21.11.2002, S. 108-114

Geisler, Linus, Arzt-Patient-Beziehung im Wandel – Stärkung des dialogischen Prinzips, in: Schlussbericht der Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“, BT-Drs. 14/9020 vom 14.05.2002, S. 216-220

Genzel, Herbert, Der planwirtschaftliche Stellenwert des Gesundheits-Strukturgesetzes im System der gesetzlichen Krankenversicherung – Dargestellt vor allem an den Auswirkungen für den Klinikbereich, in: Arztrecht 3/1994, S. 67-73

ders., Die Aufwertung der Stellung des Chefarztes durch die neuen Entgeltformen der Bundespflegesatzverordnung 1995, in: Arztrecht 2/1996, S. 39-42

ders., Die Auswirkungen der neuen BPflV 1995 und die Gewährleistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung, in: Arztrecht 11/1994, S. 283-292

ders., Die Zukunft der Patientenversorgung im neuen Selbstverwaltungssystem – aus juristischer Sicht – Teil I, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht, Heft 8/1996, S. 359-367

ders., Die Zukunft der Patientenversorgung im neuen Selbstverwaltungssystem – aus juristischer Sicht – Teil II, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht, Heft 9/1996, S. 401-408

ders.,, Grundsatzfragen zu den neuen Vergütungsformen im Krankenhaus – Zur Einführung eines auf Diagnosis Related Groups (DRG) gestützten Vergütungssystems, in: ArztRecht 12/2000, S. 324-333

ders., Das Krankenhaus im Brennpunkt der gesundheitspolitischen Reformdiskussion, in: *Taupitz, Jochen / Brewe, Manuela* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen: Herausforderung für Recht und Ethik, Berlin; Heidelberg; New York; Barcelona; Hongkong; London; Mailand; Paris; Singapur; Tokio; 2001, S. 101-133

ders., Krankenversicherung 2000 – Das Krankenhaus auf dem Weg in die monistische Finanzierung?, in: ArztRecht 11/1999, S. 288-297

ders., In welcher Betriebsform soll ein Krankenhaus am besten betrieben werden? – aus juristischer Sicht, ArztRecht 4/1993, S. 109-113

Genzel, Herbert / Siess, Martin A., Ärztliche Leitungs- und Organisationsstrukturen im modernen Krankenhaus: Zu den zukünftigen Herausforderungen für das ärztliche Krankenhausmanagement aus medizinischer, rechtlicher und ökonomischer Sicht, in: Medzinrecht 1/1999, S. 1-12

Georgescu, Vlad, Warum alte Patienten die Kassen retten, in: Spiegel online, URL: http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,224507,00.html (letzter Abruf: 20. August 2003)

Gerber, Ines / Rotering, Christian, Ambulante Fallpauschalen: Ergebnisse eines Modellversuchs in Schleswig-Holstein, in: *Arnold, Michael / Litsch, Martin / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000, Schwerpunkt: Vergütungsreform mit DRGs, Stuttgart, New York 2001, S. 349-376

Gerste, Bettina, Veränderungen der Trägerschaft von Krankenhäuser seit 1992, in: *Arnold, Michael / Klauber, Jürgen / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, Schwerpunkt: Krankenhaus im Wettbewerb, Stuttgart, New York 2003, S. 295-312

Gerste, Bettina / Schellschmidt, Henner / Rosenow, Christine, Personal im Krankenhaus: Entwicklungen 1991 bis 1999, in: *Arnold, Michael / Klauber, Jürgen / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2001, Schwerpunkt: Personal, Stuttgart, New York 2001, S. 13-46

Giesen, Dieter, Arzthaftungsrecht: die zivilrechtliche Haftung aus medizinischer Behandlung in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz, 4. Auflage, Tübingen 1995

ders., Anmerkung zu *BGH*, Urteil vom 22.09.1987 – VI ZR 238/86 (*OLG Karlsruhe*), in: Juristenzeitung 1988, S, 414-416

Giesen, Richard, Rationierung im bestehenden Gesundheitssystem, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 2004, S. 557-582

Gitter, Wolfgang / Köhler-Fleichschmann, Gabriele, Gedanken zur Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit von Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung und zur Funktion des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, in: Die Sozialgerichtsbarkeit 1999, Heft 1, S. 1-4

GKV (Spitzenverbände der gesetzlichen Krankenversicherungen), Entschließung der Bundesorganisationen der Sozialversicherungsträger vom 5. Mai 1954, in: Die Ortskrankenkasse 1954, S. 227

Glombik, Manfred, Politikberatung: Bestellt, bezahlt, nicht abgeholt – Die Sozialenquête von 1966, in: Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 1987 Heft 1, S. 63-65

Goecke, Klaus, Der Regreß gegen den Vertragsarzt wegen unwirtschaftlicher Verordnung von Leistungen im Einzelfall – dargestellt am Beispiel des Regresses bei Off-Label Use von Arzneimitteln, in: Medizinrecht 2002, Heft 9, S. 442-448

Goetze, Erik, Arzthaftungsrecht und kassenärztliches Wirtschaftlichkeitsgebot: eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Arztstrafrechts, der statistischen Vergleichsprüfung im Wirtschaftlichkeitsprüfwesen und ihrer Wechselbeziehungen, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo 1989

Gründel, Johannes, Der Behandlungsanspruch des Patienten aus ethischer Sicht, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), Medizinische Notwendigkeit und Ethik: Gesundheitschancen in Zeiten der Ressourcenknappheit, Berlin, Heidelberg 1999, S. 81-89

Grünenwald, Klaus / Kehr, Dietrich / Tuschen, Karl-Heinz, Kommentar Kosten- und Leistungsnachweis der Krankenhäuser mit Einführungsteil „Wirtschaftliche Aspekte des neuen Krankenhausrechts“, Bad Homburg 1987

Günster, Christian, Ausreißerregelungen in DRG-Systemen, in: *Arnold, Michael / Litsch, Martin / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.): Krankenhausreport 2000 – Schwerpunkt: Vergütungsreform mit DRGs, Stuttgart, New York 2001, S. 141-158

Günster, Christian / Mansky, Thomas / Repschläger, Uwe, Das deutsche DRG-Entgeltsystem, in: *Klauber, Jürgen / Robra, Bernt-Peter / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, Schwerpunkt: G-DRGs im Jahre 1, Stuttgart 2004, S. 43-67

Haage, Heinz, Der AiP entfällt zum 1. Oktober 2004 – Gesetz zur Änderung der Bundesärzteordnung und anderer Gesetze, in: Medizinrecht 9/2004, S. 533-540

Hackenbroch, Veronika, Fehler im System: Ein neues Abrechnungsverfahren soll die Kosten in den Krankenhäusern senken. Gefährdet wird damit die Existenz vieler Kinderkliniken, in: Der Spiegel 2003, Heft 1, S. 119

Haffke, Bernhard, Gesundheitsbegriff und Neokorporatismus dargestellt am Beispiel der Auseinandersetzung über die rechtliche Zulässigkeit der Substitutionsbehandlung Drogenabhängiger, in: Medizinrecht 1990, Heft 5, S. 243-250

Hahn, Bernhard, Zulässigkeit und Grenzen der Delegierung ärztlicher Aufgaben. Zur Übertragung von Blutentnahmen, Injektionen, Infusionen und Bluttransfusionen auf nichtärztliches Assistenzpersonal, in: Neue Juristische Wochenschrift 1981, S. 1977-1984

von der Hardt, Horst, Das Dilemma des Arztes unter dem Budget, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V.* (Hrsg.), Budgetierung im Gesundheitswesen: wo bleibt der medizinische Standard, Berlin, Heidelberg 1997, S. 29-36

Hart, Dieter, Ärztliche Leitlinien, in: Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 2000, S. 65-69

ders., Ärztliche Leitlinien – Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen: Gleichzeitig ein Beitrag zum medizinischen und rechtlichen Standardbegriff, in: Medizinrecht 1/1998, S. 8-16

ders. (Hrsg), Ärztliche Leitlinien im Medizin- und Gesundheitsrecht – Recht und Empirie professioneller Normbildung, Baden-Baden 2005

ders., Ärztliche Leitlinien: Rechtsrahmen, in: Deutsches Ärzteblatt vom 07.10.2005, S. A-2272

ders., Aufbereitung von OLG Naumburg, Urt. v. 19. 12. 2001 – 1 U 46/01 (LG Halle), in: Medizinrecht 9/2002, S. 471-472

ders., Autonomiesicherung im Arzthaftungsrecht, in: *Heldrich, Andreas / Schlechtriem, Peter / Schmidt, Eike* (Hrsg.), Recht im Spannungsfeld von Theorie und Praxis: Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 291-318

ders., Qualitätssicherung durch Leitlinien, in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht: VSSR, 2002, Heft 4, S. 265-297

ders., Rechtliche Grenzen einer „Ökonomisierung" – Arzneimittel-, sozial- und haftungsrechtliche Fragen der Pharmaökonomie, in: Medizinrecht 2/1996, S. 60 - 71.

Hase, Friedhelm, Verfassungsrechtliche Bewertung der Normsetzung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss, in: Medizinrecht 7/2005, S. 397-400

Hauck, Karl / Noftz, Wolfgang, Sozialgesetzbuch Gesamtkommentar, Loseblattsammlung, Berlin, Stand Dezember 2003

Heiss, Wolfgang, Die Nachfrage nach Gesundheitsleistungen aus ärztlicher Sicht, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 2004, S. 603-622

Hoberg, Rolf, „...dass diese Furcht zu irren schon der Irrtum selber ist" – Die Deutschen sollen ihre Selbstblockade aufgeben, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 2001 Heft 6, S. 546-547

Hölzer, Helge, Qualitätssicherung – Anspruch, Wirklichkeit und rechtliche Auswirkungen, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), Krankenhaus im Brennpunkt: Risiken – Haftung – Management, Heidelberg 1997, S. 95-114

Honecker, Martin, Die Begrenzung von Gesundheitsleistungen als ethisches Problem, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 2004, S. 623-637

Hoppe, Jörg-Dietrich, Vom Patienten zum „Fallpauschalen-Bringer", in: Klinikmanagement aktuell (KMA), Heft September 2001, S. 22-23

Igl, Gerhard, Mengensteuerung im Gesundheitswesen durch Begrenzungen des Zugangs für die Leistungserbringer am Beispiel der ambulanten und stationären „Bedarfsplanung", in: Medizinrecht 2000, Heft 4, S. 157-164

Igloffstein, Tobias, Regelwerke für die humanmedizinische Individualbehandlung – Eine Untersuchung der zivil-, straf- und berufsrechtlichen Bedeutung medizinischer Richt- und Leitlinien, Baden-Baden 2003

Ihle, Judith, Leitlinien und Recht – Bericht zur Tagung des Instituts für Gesundheits- und Medizinrecht der Universität Bremen, in: Medizinrecht 8/2004, S. 439-440

Isensee, Josef, Rationierung von Gesundheitsleistungen – Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingentierung, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 2004, S. 651-673

Isensee, Josef, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer Krankenhausreform, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.): Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung : Vorschläge zu einer Neuordnung der Organisation und Finanzierung der Krankenhausversorgung. Teil II. Verfassungsrechtliche Stellungnahmen zum Bericht der Kommission Krankenhausfinanzierung der Robert Bosch Stiftung, Gerlingen 1990, S. 97-203

Jakobs, Horst Heinrich, Die Rückkehr der Praxis zur Regelanwendung und der Beruf der Theorie im Recht der Leistungskondiktion, in: Neue Juristische Wochenschrift 1992, S. 2324-2329

Jarass, Hans. D. / Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Auflage, München 2004

Jaspers, Karl, Der Arzt im technischen Zeitalter – Technik und Medizin, Arzt und Patient, Kritik der Psychotherapie, München 1986

Jestaedt, Matthias, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung – Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, Berlin 1993

Jung, Karl, Bundespflegesatzverordnung: BPflV 86; Textausgabe mit Materialien zur Entstehungsgeschichte der Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze und einer erläuternden Einleitung in das neue Pflegesatzrecht, Köln, Stuttgart, Berlin, Mainz 1985

ders., „Nur Stückwerk“ (A&W-Interview), in: Arzt & Wirtschaft 6/2002, S. 59-60

Katzenmeier, Christian, Arzthaftung, Tübingen 2002

ders., Schuldrechtsmodernisierung und Schadensersatzrechtsänderung – Umbruch in der Arzthaftung, in: Versicherungsrecht 2002, S. 1066-1074

Kalmár, Peter / Kodalle, Otmar / Lohfert, Christoph / Sanden, Uwe, IFH – StOP-Verfahren zur internen Qualitätssicherung und als Instrument der ökonomischen Transparenz, in: Das Krankenhaus 2001 Heft 11, S. 963-971

Kaltenborn, Markus, Die Sozialgesetzgebung des Reichskanzlers Fürst Otto von Bismarck, in: Juristenzeitung 1998, S. 770-773

Kamps, Hans, Der Einsatz infektiöser Ärzte und medizinischer Arbeitskräfte im Gesundheitsdienst, in: Medizinrecht 1/2005, S. 1-17

Kendel, Kristian, Diagnosebezogene Fallpauschalen – Es wird nur Verlierer geben (Kritische Ergänzung zum Beitrag von Prof. Dr. Genzel: Grundsatzfragen zu den neuen Vergütungssystemen im Krankenhaus – ArztR 12/2000), in: ArztRecht 2001 Heft 4, S. 98

Kern, Bernd-Rüdiger, Aufbereitung von OLG Stuttgart, Urt. v. 22. 2. 2001 – 14 U 62/2000 (LG Ellwangen), in: Medizinrecht, 2002, Heft 12, S. 650-654

der., Das Spannungsverhältnis von Haftungsrecht und Kassenarztrecht, in: Medizinrecht 6/2004, S. 300-303

ders., Haftungsrechtliche Fragen und Probleme ambulanten Operierens, in: Neue Juristische Wochenschrift 1996, S. 1561-1564

ders., Organisationsverschulden – Ausdruck institutioneller Sorgfaltspflichtverletzungen, in: Medizinrecht 2000 Heft 8, S. 347-351

Kienzle, H.F., Kosten-Nutzen-Erwägungen in der medizinischen Versorgung, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), Medizinische Notwendigkeit und Ethik: Gesundheitschancen in Zeiten der Versorgungsknappheit, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hongkong, London, Mailand, Paris, Singapur, Tokio, 1999, S. 125-137

Kistner, Klaus, Wahlbehandlung und direktes Liquidationsrecht des Chefarztes – Vertragsgestaltung, Haftung und Regreß, Berlin, Heidelberg, 1990

Klein, Hans Hugo, Demokratie und Selbstverwaltung, in: *Schnur, Roman* (Hrsg.), Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, München 1972, S. 165-185

Kliemt, Hartmut, Medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen: Gerechtigkeit und Bürgergleichheit im Gesundheitswesen des demokratischen Rechtsstaates, in: *Taupitz, Jochen / Brewe, Manuela* (Hrsg.), Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung in Zeiten knapper Kassen: Herausforderungen für Recht und Ethik, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hongkong, London, Mailand, Paris, Singapur, Tokio 2001, S. 31-43

Kluth, Winfried, Ärztliche Berufsfreiheit unter Wirtschaftlichkeitsvorbehalt? Eine Analyse der Auswirkungen des Gesundheitsmodernisierungsgesetzes auf die ärztliche Berufsfreiheit und die wirtschaftliche Risikoverteilung im Gesundheitswesen, in: Medizinrecht 2/2005, S. 65-71

ders., Funktionale Selbstverwaltung: verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997

Knorr, Gerhard, DRGs und die Interessen der Länder, in: Das Krankenhaus 1/2001, S. 5-11

Knorr, Karl-Ernst / Wernick, Jens, Rechtsformen der Krankenhäuser, Düsseldorf 1991

Knott-Thiemann, Vera, Die Einlösung des Behandlungsanspruchs in der Privaten Krankenversicherung, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), Medizinische Notwendigkeit und Ethik: Gesundheitschancen in Zeiten der Ressourcenknappheit, Berlin Heidelberg 1999, S. 35-54

Köninger, Hubert, Kalkulation der deutschen DRG-Relativgewichte, in: *Thiele, Günter*, Praxishandbuch Einführung der DRGs in Deutschland, Heidelberg 2001, S. 159-192

Köpfer, Thilo / Hentsch, Sebastian, Die Dokumentation „in die Hand" nehmen – Mobiler medizinischer „Assistent im Taschenformat verbessert und erleichtert die Dokumentation, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 4/2001, S. 354-358

Körtner, Ulrich, Dimensionen von Heil und Ethik, in: Ethik in der Medizin 8/1996, S. 27-42

Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention, Empfehlung zur Surveillance (Erfassung und Bewertung) von nosokomialen Infektionen, in: Bundesgesundheitsblatt 44 (2001), S. 523-536

Krämer, Achim, Das System der Beweiserleichterungen im Arzthaftungsprozess, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), „Waffen-Gleichheit" – Das Recht in der Arzthaftung, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hongkong, London, Mailand, Paris, Tokio 2002, S. 31-39

Krämer, Matthias, Chefarztliquidation: Prüfkultur im Wandel, in: ArztRecht 7/2003, S. 181-183

Krieger, Gerd, Die Behandlungsverweigerung bei Kassenpatienten, insbesondere wegen unzureichender Honorierung, in: Medizinrecht 1999 Heft 11, S. 519-523

Krukemeyer, Hartmut, Entwicklung des Krankenhauswesens und seiner Strukturen in der Bundesrepublik Deutschland. Analyse und Bewertung unter Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedinungen und der gesundheitspolitischen Intervention, Bremen 1988

Krumpaszky, Hans Georg / Sethe, Rolf / Selbmann, Hans - Konrad, Die Häufigkeit von Behandlungsfehlervorwürfen in der Medizin, in: Versicherungsrecht 1997, S. 420-427

Kuhlmeyer, Walther, In Australien verschlüsseln „Coder" die DRG-Daten, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 6/2001, S. 568-569

Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Auflage, München 1994

dies., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3., neu bearbeitete Auflage, Berlin, Heidelberg, 1995

Laufs, Adolf, Arztrecht, 5. Auflage, München 1993

ders., Die Entwicklung des Arztrechts, in: Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 1757-1767

Laufs, Adolf / Uhlenbruck, Wilhelm (Begr.), *Laufs, Adolf* (Hrsg.), *Genzel, Herbert / Kern, Bernd-Rüdiger / Krauskopf, Dieter / Laufs, Adolf / Schlund, Gerhard H. / Ulsenheimer, Klaus* (Bearb.), Handbuch des Arztrechts – Zivilrecht, Öffentliches Recht, Vertragsarztrecht, Krankenhausrecht, Strafrecht, 3., neubearbeitete Auflage, München 2002

Lauterbach, Karl W., Utilitarismus und Kant, in: *Lauterbach, Karl W. / Schrappe, Matthias* (Hrsg.), Gesundheitsökonomie, Qualitätsmanagement und Evidence-based Medicine, Stuttgart, New York 2001, S. 3-10

Lauterbach, Karl W. / Lüngen, Markus, Aufbruch in eine neue Vergütungs-Welt, in: Gesundheit und Gesellschaft 11/00, S. 36-40

dies., DRG-Fallpauschalen: Eine Einführung. Anforderungen an die Adaption von Diagnosis-Related Groups in Deutschland, Stuttgart 2000

dies., Neues Entgeltsystem nach US-Muster – Ab dem Jahr 2003 soll die Krankenhausvergütung nach Fallpauschalen durch ein neues System ersetzt werden. Im Gesundheitsreformgesetz ist eine Orientierung an sogenannten Diagnosis Related Groups vorgeschrieben, in: Deutsches Ärzteblatt 2000, A444-A447

dies., Verändern Diagnosis Related Groups die Anforderungen an die Rehabilitation? in: Die Krankenversicherung 2001, S. 272-276

dies., Was hat die Vergütung mit der Qualität zu tun?, in: *Arnold, Michael / Litsch, Martin / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000 – Schwerpunkt: Vergütungsreform mit DRGs, Stuttgart, New York 2001, S. 115-126

Leber, Wulf-Dietrich / Schlottmann, Nicole / von Stackelberg, Magnus, Die Einführung von DRGs in Deutschland, in: Krankenhaus-Report 2000 – Schwerpunkt: Vergütungsreform mit DRGs, S. 75-86

Lerche, Peter / Degenhardt, Christoph, Verfassungsfragen einer Neuordnung der Krankenhausfinanzierung, in: *Robert Bosch Stiftung* (Hrsg.): Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung : Vorschläge zu einer Neuordnung der Organisation und Finanzierung der Krankenhausversorgung. Teil II. Verfassungsrechtliche Stellungnahmen zum Bericht der Kommission Krankenhausfinanzierung der Robert Bosch Stiftung, Gerlingen 1990, S. 11-96

Lelley, Jan Tibor / Sabin, Jan Vincent, Entwicklungsklauseln in Chefarztverträgen – Reichweite des Direktionsrechts des Krankenhausträgers, in: Medizinrecht 7/2004, S. 359-363

Linczak, Gerald, Die Ausbildung zu Fachangestellten für Medizinische Dokumentation im Gesundheitswesen, in: Das Krankenhaus 2002 Heft 2, S. 128-130

Lindemann, Marcus, Entwicklungstendenzen der Patientenrechte in Deutschland, in: in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), „Waffen-Gleichheit" – Das Recht in der Arzthaftung, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hongkong, London, Mailand, Paris, Tokio 2002, S. 135-144

Lippert, Hans-Dieter, Das Organisationsverschulden in Hochschulklinika – zivilrechtliche Aspekte, in: Neue Juristische Wochenschrift 1984, S. 2606-2611

Lüngen, Markus, Möglichkeiten der ergebnisorientierten Vergütung stationärer Krankenhausleistungen in Deutschland – Ein Beitrag zur Qualitätssicherung bei einer pauschalierten Vergütung mit Diagnosis-Related Groups (DRG), Köln, 2001

Lüngen, Markus / Lauterbach, Karl W., DRG in deutschen Krankenhäusern: Umsetzung und Auswirkung, Stuttgart 2003

dies. (Hrsg.), Ergebnisorientierte Vergütung bei DRG: Qualitätssicherung bei pauschalierender Vergütung stationärer Krankenhausleistungen, Berlin; Heidelberg; New York; Barcelona; Hongkong; London; Mailand; Paris; Tokio 2002

dies., Krankenhäuser im Wettbewerb?, in: Arbeit und Sozialpolitik 2001, Heft 5-6, S. 10-12

dies., Konsequenzen der DRG-Einführung für die ambulante Versorgung, in: *Klauber, Jürgen / Robra, Bernt-Peter / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, Schwerpunkt: G-DRGs im Jahre 1, Stuttgart 2004, S. 173-186

Luthe, Ernst-Wilhelm, Optimierende Sozialgestaltung: Bedarf – Wirtschaftlichkeit – Abwägung, Tübingen, 2001

von Mangoldt, Herrmann (Begr.) / *Klein, Friedrich* (Fortf.) / *Pestalozza, Christian*, Das Bonner Grundgesetz, Dritte, vollständig neubearbeitete Auflage, Band 8: Artikel 70 bis 75, München 1996

von Mangoldt, Herrmann (Begr.) / *Klein, Friedrich* (Fortf.) / *Starck, Christian* (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 4. Auflage, Band 2: Artikel 20 bis 78, München 2000

Makiol, Hans-Joachim, Begründen eingeschränkte Leistungspflichten der gesetzlichen Krankenversicherung neue Aufklärungspflichten des Arztes?, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), Budgetierung des Gesundheitswesens: wo bleibt der ärztliche Standard?, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Budapest, Hongkong, London, Paris, Santa Clara, Singapore, Tokio, 1997, S. 105-108

Mansky, Thomas, DRGs: Ein komplettes Fallpauschalensystem basierend auf Diagnosen und Prozeduren, in: Die Krankenversicherung 1998, S. 64-68

ders., Grundlagen der fallorientierten Leistungsbewertung im Krankenhausvergleich und im Entgeltsystem: Bewertungsmodule des DRG-Systems am Beispielder Medicare-Versicherung, in: *Sieben,Günter / Litsch, Martin*, Der Krankenhausbetriebsvergleich – Ein Instrument auf dem Weg zu leistungsorientierten Preisen im Krankenhausmarkt, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo 2000, S. 149-192

Mansky, Thomas / Rink-Brühne, Oda / Krahwinkel, Wolfgang / Prinz, Johann Peter, „Vom DRG-System profitieren vor allem die Patienten“ – Helios-Kliniken arbeiten schon mit DRG-System, Reform wird die Qualität transparent machen, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 2001 Heft 5, S. 448-450

Maunz, Theodor / Dürig, Günther (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Loseblatt-Ausgabe, München, Stand August 2005

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14., überarbeitete und ergänzte Auflage, München 2002

Medicus, Dieter, Bürgerliches Recht, 19. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 2002

Mehde, Veith, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, Berlin 2000

Mengel, Constanze, Sozialrechtliche Rezeption ärztlicher Leitlinien, Baden-Baden 2004

Menzel, Karl Dieter, Die Wirkung von Fallpauschalen und Sonderentgelten und ihre Umsetzung in 1995, in: Die Krankenversicherung 1995, S. 131-134

ders., Ist die monistische Finanzierung gewollt und umsetzbar?, in: Die Krankenversicherung 1994, S. 219-221

ders., Vergütung von Krankenhausleistungen, in: Die Krankenversicherung 1998, S. 58-60

Meurer, Uta, „Medicine has improved since the introduction of DRG“ – f&w-Interview mit *Peter Broadhead*, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 2001, Heft 6, S. 560-562

Meyer, Robert W., Anmerkung zu LG Konstanz, U. v. 09.10.2002 – 2 O 58/02 A –, in: ArztRecht 6/2003, S. 868-870

Michalski, Lutz, Verfassungsrechtliche Schranken einer Rationierung im vertragsärztlichen Versorgungssystem, in: Versicherungsrecht 1996, S. 265-271

Micklitz, Hans / Magnus, Ulrich, Comparative Analysis of National Liability Systems for Remedying Damage Caused by Defective Consumer Service, A Study Commissioned by the European Commission, April 2004, abrufbar unter URL: http://www.europa.eu.int//comm/consumers/cons_safe/serv_safe/liability/reportd_en.pdf.

Misslbeck, Angela, EKG, Quickwert, Kreatanin – Krankenhäuser fordern von Praxen immer öfter prästationäre Diagnostik, in: Ärztezeitung vom 10. Oktober 2005, S. 2

Möws, Volker, G-DRGs werden das ambulante Operieren im Krankenhaus fördern, in: Das Krankenhaus 4/2003, S. 327-328

Müller, Gerda, Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozeß, in: Neue Juristische Wochenschrift 1997, S. 3049-3056

Müller, Marcel / Prokosch, Hans-Ulrich / Roeder, Norbert, DRG-Gruppierung: Technische Umsetzung im Krankenhaus, in: Das Krankenhaus 8/2001, S. 673-680

Müller, Wolfgang / Lorenz, Wilfried, Leitlinien der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften in der AWMF, in: *Lauterbach, Karl W. / Schrappe, Matthias* (Hrsg.), Gesundheitsökonomie, Qualitätsmanagement und Evidence-based Medicine, Stuttgart, New York 2001, S. 472-478

Müller-Groh, Stephan Georg, Krankenhausfusionen – Rechtsvergleich der Zusammenschlusskontrolle in Deutschland und den USA –, Dissertation Mannheim 2002 (URL: bibserv7.bib.uni-mannheim.de/madoc/volltexte/2003/66/pdf/Dissertation-Mueller-Groh.pdf)

von Münch, Ingo (Begründer) / *Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5., neubearbeitete Auflage, München 2000

dies., Grundgesetz-Kommentar, Band 2 (Art. 20 bis Art. 69), 4./5., neubearbeitete Auflage, München 2001

Münzel, Hartmut, Chefarzt- und Belegarztvertrag, 2. Auflage, München 2001

Nettesheim, Martin, Rationierung in der Gesundheitsversorgung – verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen, in: Verwaltungsarchiv 2002, Heft 3, S. 315-349

Neubauer, Günter, Zur ökonomischen Steuerung der Krankenhausversorgung unter DRG-Fallpauschalen, in: *Klauber, Jürgen / Robra, Bernt-Peter / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, Schwerpunkt: G-DRGs im Jahre 1, Stuttgart 2004, S. 101-119

ders., Zur Zukunft der dualen Krankenhausfinanzierung unter Wettbewerbsbedingungen, in: *Arnold, Michael / Klauber, Jürgen / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2002, Schwerpunkt: Krankenhaus im Wettbewerb, S. 71-91

Niedersächsische Krankenhausgesellschaft, Hinweise zur Einführung eines DRG-basierten Entgeltsystems, 2. Überarbeitung und Ergänzung 2001

Niedobitek, Matthias, Rechtsbindung der Verwaltung und Effizienz des Verwaltungshandelns, in: Die Öffentliche Verwaltung 2000 Heft 18, S. 761-768

Niesel, Klaus (Gesamtredaktion), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Band 1, Loseblattsammlung, München, Stand September 2003

N.N., DRG: VKD appelliert an Länder, Krankenhäuser für Optionsmodell ab 2003, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 1/2002, S. 53

N.N., Einführung eines DRG-Fallpauschalensystems im Krankenhaus – Auszüge aus dem Positionspapier des Bundesministeriums für Gesundheit vom 4. März 2001, in: f&w 2/2001, S. 112-117

N.N., Endgültige Zustimmung des Bundesrates zum Fallpauschalengesetz, in: Das Krankenhaus 3/2002, S. 182

N.N., Ergebnisse der Beratungen des Unterausschusses des Bundesrats-Gesundheitsausschusses zum Fallpauschalengesetz am 16. Oktober 2001, in: Das Krankenhaus 11/2001, S. 946

N.N., Hickhack um das Fallpauschalengesetz, in: Das Krankenhaus 3/2002, S. 234-238

N.N., „Schaltjahr 2005“ – Start der Konvergenzphase – die „Ruhe vor dem Sturm“ – Interview mit dem DKG-Präsident Wolfgang Pföhler, in: Das Krankenhaus 5/2004, S. 327-330

N.N., Selbstverwaltung einigt sich erstmals auf Fallpauschalenkatalog, in: Das Krankenhaus 10/2004, S. 781-784

Nowy, Roland, Ergebnisorientierte fallbasierte Vergütung – Eine methodische und empirische Analyse der Vergütung von stationären Krankenhausleistungen, Bayreuth 2002

Nüßgens, Karl, Zur ärztlichen Dokumentationspflicht und zum Recht auf Einsicht in die Krankenunterlagen, in: *Ebenroth, Carsten Th. / Hesselberger, Dieter / Rinne, Manfred E.* (Hrsg.), Verantwortung und Gestaltung. Festschrift für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag, München 1996, S. 831-845

Oebbecke, Janbernd, Demokratische Legitimation nicht-kommunaler Selbstverwaltung, in: Verwaltungsarchiv 81 (1990), S. 349-369

Ohm, Gunda / Albers, Elke / Aßmann, Jens / Brase, Rainer, Der Mut zum Vergleich lohnt, um von den Besten zu lernen – Das AP-DRG-System im Krankenhausalltag des LBK Hamburg, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 1/1001, S. 38-42

Ossen, Peter, DKG begrüßt „überzeugendes Ermittlungsergebnis“, in: Das Krankenhaus 12/2004, S. 985-986

Ossen, Peter (Interviewführer) / *Odenbach, Volker* (Interviewter) / *Robbers, Jörg* (Interviewter), Arbeitsentwurf eines „Gesetzes zur Einführung des DRG-Vergütungssystems für Krankenhäuser“ – Budgetierung und Preissystem passen nicht zusammen – Enttäuschende Vorschläge aus dem Bundesgesundheitsministerium, Das Krankenhaus 7/2001, S. 567-569

Palandt, Otto (Begründer), Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auflage, München 2006

Pant, Peter / Prütting, Dorothea, Krankenhausgesetz Nordrhein Westfalen: Kommentar, 2. Auflage, Köln 2000

Peter, Jürgen, Das Recht auf Einsicht in die Krankenunterlagen, Köln, Berlin, Bonn, München 1989

Peters, Horst, Handbuch der Krankenversicherung, Loseblattsammlung, Stuttgart, Stand Juli 2003

Pflüger, Frank, Haftungsfragen der Telemedizin, in: Versicherungsrecht 1999, S. 1070-1075

ders., Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden: Zivilrechtliche Grundlagen der Haftung des Krankenhausträgers für medizinische und organisatorische Fehlleistungen, Berlin Heidelberg 2002

Pföhler, Wolfgang, Chancen du Risiken des neuen Vergütungssystems im Krankenhaus – Wohin steuert das FPG? in: Das Krankenhaus 1/2002, S. 21-25

ders., Zwang zu ökonomischen Handeln und Humanität im Krankenhaus: ein unüberwindbarer Gegensatz? In: Das Krankenhaus 12/1998, S. 736-741

Plagemann, Herrmann, Der Schadensersatzanspruch der Krankenkasse gegen den Kassenarzt bei ärztlichem Kunstfehler, in: Neue Juristische Wochenschrift 1984, S. 1377-1383

Preißler, Reinhold, Auswirkungen der Budgetregelungen auf den Leistungsanspruch der Versicherungen, in: Medizinrecht 2002 Heft 2, S. 84-88

Preuss, Karl-Jürgen, Gesundheitsökonomie und Managed Care, in: *Lauterbach, Karl W. / Schrappe, Matthias* (Hrsg.), Gesundheitsökonomie, Qualitätsmanagement und Evidence-based Medicine, Stuttgart, New York 2001, S. 220-238

Quaas, Michael, Aktuelle Fragen des Krankenhausrechts, in: Medizinrecht 2002 Heft 6, S. 273-279

ders., Zur Berufsfreiheit des Freiberuflers, insbesondere der Ärzte, in: Medizinrecht 2001 Heft 1, S. 34-37

Ratajczak, Thomas, Der Behandlungsanspruch des Patienten aus juristischer Sicht, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V.* (Hrsg.), Medizinische Notwendigkeit und Ethik: Gesundheitschancen in Zeiten knapper Kassen, Berlin Heidelberg 1999, S. 5-20

ders., Die Standarderwartungen des Kassenpatienten, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), Die Budgetierung des Gesundheitswesens: Wo bleibt der medizinische Standard?, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Budapest, Hongkong, London, Mailand, Paris, Santa Clara, Singapore, Tokio 1997, S. 17-27

Ratzel, Rudolf, Der medizinische Sachverständige im Arzthaftungsprozeß, in: Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht, Schriftenreihe Band 1, Stand: 12.01.2006, URL: http://www.anwaltverein.de/05/24/Band1/Ratzel.html#Sorgfalt

Rau, Ferdinand, Änderung der Rahmenbedingungen der DRG-Einführung – Referentenentwurf eines 2. Fallpauschalenänderungsgesetzes, in: Das Krankenhaus 6/2004, S. 409-414

ders., Arbeitsentwurf zur Einführung des DRG-Fallpauschalensystems vorgelegt, in: Das Krankenhaus 7/2001, S. 570-575

ders., Bundestag beschließt einstimmig Fallpauschalenänderungsgesetz, in: Das Krankenhaus 6/2003, S. 439-441

ders., Die gesetzliche Einbindung des DRG-Fallpauschalensystems in die Krankenhausfinanzierung gewinnt an Konturen – Inhalte des Referentenentwurfs für ein DRG-Einführungsgesetz, in: Das Krankenhaus 8/2001, S. 660-663

ders., Kabinett bring Fallpauschalenänderungsgesetz auf den Weg, in: Das Krankenhaus 3/2003, S. 200-202

ders., Offensive Kompromisssuche zum 2. FPÄndG – Beratungen zum 2. Fallpauschalenänderungsgesetz vorzeitig beendet/Vermittlungsverfahren erforderlich

ders., Start in die Konvergenzphase auf Kompromissweg – Vermittlungsausschuss erzielt Einigung zum 2. FPÄndG, in: Das Krankenhaus 12/2004, S. 979-985

ders., Was steht Neues im Kabinettentwurf?, in: f&w 5/2001, S. 430-434

Rau, Ferdinand / Schnürer, M., DRG-Systeme: Wer die Wahl hat, hat die Qual – Der Gesetzgeber hat die Kliniken und Kassen beauftragt, ein neues Entgeltsystem zu vereinbaren, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 1/2000, S. 46-50

Redaélli, Marcus / Fuchs, Christiane, Lauterbach, Karl W., Evidenz-basierte Leitlinien, in: *Lauterbach, Karl W. / Schrappe, Matthias* (Hrsg.), Gesundheitsökonomie, Qualitätsmanagement und Evidence-based Medicine, Stuttgart, New York 2001, S. 463-472

Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240), 4. Auflage, München 2001; Band 2: Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241 – 432), 4. Auflage, München 2001; Band 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III (§§ 705 – 853), 3. Auflage, München 1997, 4. Auflage, München 2004

Redaktion Naturwissenschaft und Medizin (Hrsg.), Duden, Das Wörterbuch medizinischer Fachausdrücke, 6., vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich 1998

Reiling, Emil, Die Grundlagen der Krankenhaushaftung, in: Medizinrecht Heft 11 1995, S. 443-454

Reiners, Hartmut, Wenn Welten aufeinander prallen: Die Ökonomen und das Gesundheitswesen, in: Arbeit und Sozialpolitik, Heft 11-12/2001, S. 58-68

Richardi, Reinhard, Abschied von der gefahrgeneigten Arbeit als Voraussetzung für die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, in: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 1994, S. 241-244

Robert Bosch Stiftung (Hrsg.), Krankenhausfinanzierung in Selbstverwaltung – Kommissionsbericht. Vorschläge zu einer Neuordnung der Organisation und Finanzierung der Krankenhausversorgung. Teil I. Bericht der Kommission Krankenhausfinanzierung der *Robert Bosch Stiftung*, Gerlingen 1987

Robra, Bernt-Peter / Deh, Uwe / Swart, Enno / Felder, Stefan / Dralle, Ralf, Krankenhausplanung auf Grundlage von DRGs, in: *Klauber, Jürgen / Robra, Bernt-Peter / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, Schwerpunkt: G-DRGs im Jahre 1, Stuttgart 2004, S. 137-147

Rochell, Bernhard / Roeder, Norbert, DRG-basierte Entgeltsysteme in Europa, in: Arnold, Michael / Litsch, Martin / Schellschmidt, Henner (Hrsg.): Krankenhausreport 2000, Stuttgart, New York 2001, S 49-65

Rochell, Bernhard / Roeder, Norbert, DRG-Dokumentation – was ändert sich 2002?, in: Arzt und Krankenhaus 2/2002, S. 36-47

dies., DRG-gerechte Dokumentation, in: Deutsches Ärzteblatt 15/2001, A976-A971

dies., G-DRG-System – Anpassungsnotwendigkeiten aus medizinischer Sicht, in: *Klauber, Jürgen / Robra, Bernt-Peter / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, Schwerpunkt: G-DRGs im Jahre 1, Stuttgart 2004, S. 69-100

dies., Vergleichende Betrachtung und Auswahl eines Patientenklassifikationssystems auf der Grundlage der Diagnosis Related Groups (I), (II) in: Das Krankenhaus, Heft 4/2000, S. 261-268, Heft 5/2000, S. 349-358

Rocke, Burghard, Die Balance muss stimmen: Mehr Wirtschaftlichkeit der Leistungen ebenso nötig wie Verbesserung der Einnahmen, in: Das Krankenhaus 1/2002, S. 87-90

Rodrig, Svenja / Wiesemann, Hans-Olaf, Der Einfluss des demographischen Wandels auf die Ausgaben der Krankenversicherung, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 2004, S. 17-46

Roeder, Norbert, Erste Durchsicht des neuen G-DRG-Katalogs 2005, in: Das Krankenhaus 10/2004, S. 782

Roeder, Norbert / Fürstenberg, Torsten / Heumann, Martin, Analyse der Auswirkung der Festlegung von Mindestmengen auf die Versorgungsstrukturen, in: Das Krankenhaus 6/2004, S. 427-436

Roeder, Norbert / Irps, Sebastian / Juhra, Christian / Glocker, Stefan / Fiori, Wolfgang / Müller, Marcus Lucas / Hecht, Andreas, Erlöse sichern durch Kodierqualität – Messung und Interpretation von Kodierqualität, in: Das Krankenhaus 2/2002, S. 117-127

Roeder, Norbert / Rochell, Bernhard, Im DRG-System schreibt der Arzt die Rechnung, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 2/2001, S. 162-168

Roeder, Norbert / Rochell, Bernhard / Juhra, Christian / Irps, Sebastian / Glocker, Stefan / Fiori, Wolfgang / Hensen, Peter, Die DRG-Rechnung muss MDK-sicher sein – Die Versuchung der Erlösoptimierung durch Upcoding ist groß, aber Schummeln lohnt nicht, denn wer falsch kodiert, fällt auf, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 1/2002, S. 14-17

Rotermund, Carsten, Die Haftung der Kommunen für die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht: Leitfaden mit Musteranweisungen zur Organisation der Haftungsvermeidung, 3. Auflage, Berlin 2001

Rumler-Detzel, Pia, Arbeitsteilung und Zusammenarbeit in der Chirurgie – Rechtliche Verantwortlichkeit, in: Versicherungsrecht 1994, S. 254-258

Rupp, Hans Heinrich, Konzertierte Aktion und freiheitlich-rechtsstaatliche Demokratie, in: *Hoffmann, Erich* (Hrsg.), Konzertierte Aktion. Kritische Beiträge zu einem Experiment, Frankfurt am Main 1971, S. 1-18

Rürup, Bert, Patientenquittung, Zuzahlung, Gesundheitspaß, Bonussystem: Gesundheitsministerin Schmidt will ihren Gesetzentwurf im Mai vorstellen, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 07.02.2003, S. 13

Rüschmann, Bente / Zabel, Jan / Rüschmann, Hans-Heinrich, Zukunft deutscher universitätsklinika im DRG-System?, in: *Klauber, Jürgen / Robra, Bernt-Peter / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, Schwerpunkt: G-DRGs im Jahre 1, Stuttgart 2004, S. 211-229

Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Auflage, München 2003

Sachverständigenkommission „3. Altenbericht der Bundesregierung“, Dritter Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland: Alter und Gesellschaft, BT-Drs. 14/5130

Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, Gutachten 2000/2001, Baden Baden 2001

ders., Gesundheitsversorgung und Krankenversicherung 2000: Mehr Ergebnisorientierung, mehr Qualität und mehr Wirtschaftlichkeit, Kurzfassung und Empfehlungen, Sondergutachten 1995

ders., Finanzierung, Nutzerorientierung und Qualität, Gutachten 2003, BT-Drs. 15/530 vom 26.02.2003

ders., Gesundheitsversorgung und Krankenversicherung 2000, Eigenverantwortung, Subsidiarität und Solidarität bei sich ändernden Rahmenbedingungen, Sachstandsbericht 1994

Salm, Richard, Das DRG-System hat sich bewährt und durchgesetzt, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 6/2001, S. 564-565

Sandbiller, Eva, Interdependenzen zwischen Arzthaftungs- und Krankenversicherungsrecht: Bericht zur Tagung an der Deutschen Richterakademie vom 5. 6. – 9. 6. 2001 in Trier, in: Medizinrecht 2002, S. 19-23

Sandvoß, Gerd, Umgang mit MDK-Gutachtern: Argumentationshilfen und Beschwerdewege, in: Arztrecht 1/2004, S. 4-9

Sandvoß, Gerd / Borker, W., Das neue Entgeltsystem: die AR-DRGs, in: ArztRecht 2001, Heft 1, S. 4-10

Sangha, Oliver, Begleitende Strukturmaßnahmen eines DRG-Vergütungssystems in Deutschland, in: *Arnold, Michael / Litsch, Martin / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000 – Schwerpunkt: Vergütungsreform mit DRGs, Stuttgart, New York 2001, S. 87-97

Scheinert, Hanns Dierk, Probleme bei der Einführung von Fallpauschalen und Sonderentgelten aus der Sicht des Medizinischen Dienstes, in: Die Krankenversicherung 1994, S. 212-218

Schelling, Philip, Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen, in: Medizinrecht 8/2004, S. 422-429

Schewe, Dieter, Die Beschwörung des „Wirtschaftlichen“ im neuen SGB V – ein Vergleich der 65 Nennungen des „Wirtschaftlichen“ und 35 ähnlicher Begriffe, in: Die Sozialgerichtsbarkeit 1989, S. 410-416

Schimmelpfeng-Schütte, Ruth, Der Arzt im Spannungsfeld der Inkompatibilität der Rechtssysteme, in: Medizinrecht 2002, Heft 6, S. 286-292

Schirmer, Horst Dieter, Das Kassenarztrecht im 2. GKV-Neuordnungsgesetz – BGBl. 1997 I S. 1520 –, in: Medizinrecht 1997 Heft 10, S. 431-456

Schleef, Wilfried / Conrad, Uwe, Qualität und Wirtschaftlichkeit, Solidarität und Eigenverantwortung: Widerspruch oder sich bedingender Einklang?, in: Die Krankenversicherung März/April 2001, S. 76-78

Schlottmann, Nicole, Die Anpassung der AR-DRGs und ihre Grenzen, in: Das Krankenhaus 1/2002, S. 26-33

Schlottmann, Nicole / Raskop, Anna Maria, Erste Allgemeine Kodierrichtlinien für Deutschland, in: Beilage zu das Krankenhaus 5/2001, S. 3-13

Schlottmann, Nicole / Steiner, Peter, DRGs in Australien – Möglichkeiten und Grenzen, in: Das Krankenhaus 2002 Heft 4, S. 283-291

Schlund, Gerhard H., Ambulantes Operieren – Neueste Entwicklung, rechtliche und praktische Fragen, in: Arztrecht 7/2005, S. 172-179

ders., Umfang und Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Arztrecht 2/2004, S. 32-38

Schmid, Eva-Maria, Die Passivlegitimation im Arzthaftpflichtprozess: unter Berücksichtigung der Organisation der Krankenversorgung, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo 1988

Schmidt, Karl-Josef, Deutschland soll mit australischen Relativgewichten ins DRG-System starten, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 2001 Heft 6, S. 556-558

Schmidt, Michael, Fallpauschalenänderungsgesetz: Ein Schritt in die richtige Richtung, in: Das Krankenhaus 3/2003, S. 202-204

ders., Großbaustelle FPÄndG, in: Das Krankenhaus 6/2003, S. 441-447

Schmitz, Harald / Jacob, Michael / Schindler, Iris, Kalkulation von Fallkosten in einem deutschen DRG-System: Ergebnisse des Methoden-Pretests, in: Das Krankenhaus 2/2002, S. 113-117

Schmitz, Harald / Steiner, Peter / Robbers, Boris / Roths, Urban, Die DRGs werden den Alltag im Krankenhaus verändern, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 1/2000, S. 51-53

Schmitz, Jürgen Erik, Reform der Vergütung aus medizinisch-ärztlicher Sicht, in: *Arnold, Michael / Litsch, Martin / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000 – Schwerpunkt: Vergütungsreform mit DRGs, Stuttgart, New York 2001, S. 195-205

Schnapp, Friedrich E. / Düring, Ruth, Die Rechtsbeziehung zwischen Kassenzahnarzt und sozialversichertem Patienten nach dem Gesundheits-Reformgesetz, in: Neue Juristische Wochenschrift 1989, S. 2913-2917

Schneider, Günther, Die Einlösung des Behandlungsanspruchs in der GKV, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), Medizinische Notwendigkeit und Ethik: Gesundheitschancen in Zeiten der Ressourcenknappheit, Berlin Heidelberg 1999, S. 21-33

Schölkopf, Martin, Beschluss des Bundesrates zum Fallpauschalengesetz, Gegenäußerung der Bundesregierung – das Wichtigste im Überblick, in: Das Krankenhaus 12/2001, S. 1066

ders., Die wichtigsten Änderungen im Fallpauschalengesetz, in: Das Krankenhaus 1/2002, S. 13-14

ders., Martin, Das Fallpauschalengesetz: Entscheidungsverlauf und zentrale Inhalte, in: Das Krankenhaus 4/2001, S. 274-279

Scholze, Bettina / Finkeisen, Ekkehard, Ärztliche Fortbildungspflicht in Deutschland, in: Medizinrecht 3/2004, S. 141-148

Schreiber, Hans-Ludwig, Recht und Ethik – am Beispiel des Arztrechts, in: *Hanack, Ernst-Walter / Riess, Peter / Wendisch, Günter* (Hrsg.), Festschrift für *Hanns Dünnebier* zum 75. Geburtstag, Berlin, New York 1982, S. 633-647

Schrinner, Bernd, Normsetzung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss aus Sicht der Krankenkassen, in: Medizinrecht 7/2005, S. 397-400

Schulenburg, J.-Matthias Graf von der / Kielhorn, A. / Greiner, W. / Volmer, T., Praktisches Lexikon der Gesundheitsökonomie, 1. Auflage, Sankt Augustin 1998

Schulin, Bertram (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, Krankenversicherung, München 1994

Schulin, Bertram / Igl, Gerhard, Sozialrecht, 7. Auflage, Düsseldorf, 2002

Schulte, Christina, DRG – Das neue Abrechnungssystem im Krankenhaus (Teil 1), in: Kompass Heft 9/10 2001, S. 6-9; (Teil 2), in: Kompass Heft 11/12 2001, S. 14-15

Schulte-Sasse, Uwe / Debong, Bernhard, Haftung beim Tod sedierter Patienten – Neues BGH-Urteil zur Überwachungspflicht, in: Arztrecht 5/2005, S. 116-123

Schwerdtfeger, Gunther, Die Leistungsansprüche der Versicherten im Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V (Teil 1), in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2/1998, S. 49-53; (Teil 2), in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht 3/1998, S. 97-103

Sell, Stefan, Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Fraktionen der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des diagnoseorientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (Fallpauschalengesetz)“ – Stellungnahme als Einzelsachverständiger am 10. Oktober 2001 in Berlin

ders., Einführung eines durchgängig (fall)pauschalierenden Vergütungssystems für Krankenhausleistungen auf DRG-Basis. Eine Literaturübersicht, in: Sozialer Fortschritt 2000 Heft 5, S. 103-115

Simon, Michael, Krankenhauspolitik in der Bundesrepublik Deutschland - Historische Entwicklung und Probleme der politischen Steuerung stationärer Krankenversorgung, Opladen/Wiesbaden 2000

Spickhoff, Andreas, Ausschluß der Haftung des Krankenhausträgers für ärztliche Leistungen durch AGB?, in: Versicherungsrecht 1998, S. 1189-1198

ders., Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht, in: Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 2530-2537

ders., Die Entwicklung des Arztrechts 2002/2003, in: Neue Juristische Wochenschrift 2003, S. 1701-1710

Spickhoff, Andreas, Medizin und Recht zu Beginn des neuen Jahrhunderts: Die Entwicklung des Medizinrechts, in: Neue Juristische Wochenschrift 2001, S. 1757-1768

von Stackelberg, Johann-Magnus, Das DRG-Institut soll die Partner der Selbstverwaltung unterstützen, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 2001, Heft 1, S. 16-18

Stapf-Finé, Heinz / Polei, Günther, Die Zukunft der Krankenhausplanung nach der DRG-Einführung, in: Das Krankenhaus 2/2002, S. 97-107

Stausberg, Jürgen, Folgen der DRGs für den Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien im Krankenhaus, in: *Klauber, Jürgen / Robra, Bernt-Peter / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2003, Schwerpunkt: G-DRGs im Jahre 1, Stuttgart 2004, S. 255-267

Steffen, Erich, Die Arzthaftung im Spannungsfeld zu den Anspruchsbegrenzungen des Sozialrechts für den Kassenpatienten, in: *Brandner, Hans Erich / Hagen, Horst / Stürner, Rolf* (Hrsg.), Festschrift für *Karlmann Geiß* zum 65. Geburtstag, Köln, Berlin, Bonn, München 2000, S. 487-502

ders., Der sogenannte Facharztstatus aus Sicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Zeitschrift für ärztliche Fortbildung (und Qualitätssicherung) 1995, S. 595-597

ders., Formen der Arzthaftung in interdisziplinär tätigen Gesundheitseinrichtungen, in: Medizinrecht 2/2006, S. 75-80

ders. / Dressler, Wolf-Dieter, Arzthaftungsrecht: neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, 9. Auflage, Köln 2002

Steiner, Peter / Mörsch, Michael, Kritische Bestandsaufnahme der Investitionsfinanzierung in den Bundesländern, in: Das Krankenhaus 6/2005, S. 473-477

Steiner, Udo, Das Bundesverfassungsgericht und die Volksgesundheit, in: Medizinrecht 2003, Heft 1, S. 1-7

Stellpflug, Martin, Die Mitwirkungsrechte und –pflichten der Beteiligten (wechselseitige Auskunftsrechte), in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), „Waffen-Gleichheit" – Das Recht in der Arzthaftung, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hongkong, London, Mailand, Paris, Tokio 2002, S. 61-66

Stindt, Johannes, Haftungsrechtliche Relevanz von Organisationsstrukturen, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), Krankenhaus im Brennpunkt, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Budapest, Hongkong, London, Mailand, Paris, Santa Clara, Singapur, Tokio, 1997, S. 27-35

Strehl, Rüdiger, Reformbedarf bei der Chefarzt- und Hochschullehrervergütung in Krankenhäusern und Universitätsklinika, in: *Arnold, Michael / Klauber, Jürgen / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2001, Schwerpunkt: Personal, Stuttgart, New York 2001, S. 123-131

Swart, Enno / Braeseke, Grit / Robra, Bert-Peter, Fallzahlentwicklung im stationären Sektor – Determinanten im Spiegel von AOK-Prozessdaten, in: *Arnold, Michael / Litsch, Martin / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000 – Schwerpunkt: Vergütungsreform mit DRGs, Stuttgart, New York 2001, S. 319-331

Taupitz, Jochen, Berufsordnende Kammersatzungen als Schutzgesetze i. S. des § 823 II BGB, in: *Deutsch, Erwin / Klingenmüller, Ernst / Kullmann, Hans J.* (Hrsg.), Festschrift für *Erich Steffen* zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995: der Schadenersatz und seine Deckung, Berlin, New York, 1995, S. 489-506

ders., Der Regreß des Dienstherrn gegen den beamteten Arzt, in: *Ahrens, Hans-Jürgen / von Bahr, Christian / Fischer, Gerfried* (Hrsg.), Festschrift für *Erwin Deutsch*: Zum 70. Geburtstag, Köln, Berlin 1999, S. 825-848

ders., Die Vertretung kollektiver Patienteninteressen, in: Medizinrecht 1/2003, S. 7-13

ders., Die Zukunft der ärztlichen Selbstverwaltung, in: Medizinrecht 1/1998, S. 1-7

Tuschen, Karl Heinz, BMG setzt Anreize für Einstieg 2003, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 4/2001, S. 334-340

ders., Bundesrat nimmt Einfluss auf Fallpauschalengesetz, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 6/2001, S. 578-579

ders., DRG-Einführung in Deutschland vor dem Hintergrund „australischer Erfahrungen", in: Das Krankenhaus 2002, Heft 4, S. 292-296

Tuschen, Karl-Heinz / Quaas, Michael, Bundespflegesatzverordnung: Kommentar mit einer umfassenden Einführung in das Recht der Krankenhausfinanzierung, Dresden, Erfurt, Hannover, Kiel, Köln 1993

dies., Bundespflegesatzverordnung: Kommentar mit einer umfassenden Einführung in das Recht der Krankenhausfinanzierung, 3., überarbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1996

dies., Bundespflegesatzverordnung: Kommentar mit einer umfassenden Einführung in das Recht der Krankenhausfinanzierung, 5. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 2001

Tuschen, Karl Heinz / Trefz, Ulrich, Krankenhausentgeltgesetz, Kommentar mit einer umfassenden Einführung in die Vergütung stationärer Krankenhausleistungen, 1. Auflage, Stuttgart 2004

Uhlitz, Otto, Dekonzentration und Dezentralisierung – oder abhängige und unabhängige Dezentralisation?, in: *Conrad, Herrman / Jahrreiß, Herrman / Mikat, Paul / Mosler, Hermann / Nipperdey, Hans Carl / Salzwedel. Jürgen* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hans Peters, Berlin, Heidelberg, New York 1967

Uleer, Christoph (Hrsg.) / Miebach, Jürgen / Patt, Joachim, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, München 1996

Ulsenheimer, Klaus, Der Vertragsarzt als Sachwalter der Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenkassen?, in: Medizinrecht 11/2005, S. 622-628

Umbach, Dieter C. / Clemens, Thomas (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band I, Heidelberg 2002

dies. (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band II, Heidelberg 2002

Unruh, Peter, Demokratie und »Mitbestimmung« in der funktionalen Selbstverwaltung – am Beispiel der Emschergenossenschaft, in: Verwaltungsarchiv 92 (2001), S. 531-559

Verband der leitenden Krankenhausärzte (VLK), Stellungnahme des VLK zum Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des DRG Vergütungssystems für Krankenhäuser vom 18. Juni 2001

Visse, Rainer, AR-DRG haben die Krankenhäuser in Australien verändert, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 6/2001, S. 570

Vollmer, Rudolf J. / Graeve, Karl Heinz, Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz – KHG) – Kommentar, Band I/1, 33. Nachtragslieferung, Stand: Juli 1994

Vollmer, Rainer, Neues Vergütungssystem für Kliniken kommt in den Vermittlungsausschuß – Streit um Mindestfrequenzen und Überprüfung der Arbeitsbedingungen, in: Ärzte Zeitung vom 04.02.2002

Voß, Barbara, Kostendruck und Ressourcenknappheit im Arzthaftungsrecht, Berlin; Heidelberg; New York; Barcelona; Hongkong; London; Mailand; Paris; Singapur; Tokio 1999

Wagener, Andreas, Ambulante Operationen als Dienstaufgabe des Chefarztes, in: Das Krankenhaus 2/2005, S. 85-88

Wagener, Andreas / Nösser, Gerhard / Korthus, Alexander, Medizinische Wahlleistungen, in: Das Krankenhaus 5/2005, S. 396-400

Wagner, Gerhard, Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, in: Neue Juristische Wochenschrift 2002, S. 2049-2064

Wallerath, Maximilian, Zur Rechtsnatur der Leistungserbringunsverträge in der gesetzlichen Krankenversicherung, in: Neue Juristische Wochenschrift 1987, S. 1472-1474

Wasem, Jürgen, Sachleistung und Kostenerstattung aus ökonomischer Sicht, in: Medizinrecht 2000 Heft 10, S. 472-477

Wasem, Jürgen / Vincenti, Aurelio, Strukturbezogene Zuschlagselemente in einem kompletten Fallpauschalensystem, in: *Arnold, Michael / Litsch, Martin / Schellschmidt, Henner* (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2000 – Schwerpunkt: Vergütungsreform mit DRGs, Stuttgart, New York 2001, S. 127-139

Wehkamp, Karl-Heinz, DRGs als medizinethische Herausforderung, in: Deutsche Medizinische Wochenschrift 2002, S. 395-398

Wendehorst, Christiane, Problemlösungen in anderen Ländern, in: Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 2000, S. 864-870

Wienke, Albrecht, Leitlinien als Mittel der Qualitätssicherung in der medizinischen Versorgung, in: Medizinrecht 1998, Heft 4, S. 172-174

Wigge, Peter, Evidenz-basierte Richtlinien und Leitlinien: Qualitätssicherungs- oder Steuerungselemente in der GKV?, in: Medizinrecht 12/2000, S. 574-585

Wilke, Michael H., Die Codierung ist Aufgabe der Ärzte, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 6/2001, S. 572-576

Wille, Eberhard, Rationalität, Effizienz und Effektivität aus Sicht der Ökonomen, in: *Vogel, Hans Rüdiger* (Hrsg.), Effizienz und Effektivität medizinischer Diagnostik, Stuttgart 1985, S. 15-35

Winter, Ulrich J., Haben die Änderungen im deutschen Gesundheits-System während der letzten Jahre eine inhumane Medizin zur Folge?, in: *Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V.* (Hrsg.), Die Budgetierung im Gesundheitswesen: wo bleibt der medizinische Standard, Heidelberg 1997, S. 61-80

Wollenschläger, Michael / von Harbou, Christopher, Arbeitsrechtliche Fragen bei Privatisierungs- und Outsourcingmaßnahmen in öffentlichen Krankenhäusern, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2005, S. 1081-1092

Woopen, Christiane, Medizinisches Handeln als Gegenstand von Ethik, Qualitätsmanagement und Gesundheitsökonomie, in: *Lauterbach, Karl / Schrappe, Matthias* (Hrsg.), Gesundheitsökonomie, Qualitätsmanagement und Evidence-based Medicine: Eine systematische Einführung, Stuttgart, New York 2001, S. 10-25

Wrabel, A. / van Dyk, G. / Aßmann, Jens / Schmidtke, B. / Primke, M. / Ohm, Gunda / Hattendorf, C. / Brase, Rainer, Auf der Suche nach Fehlern im DRG System – Der LBK Hamburg nutzt das Peer Review Verfahren in seine sieben Kliniken, in: Führen und Wirtschaften im Krankenhaus 4/2001, S. 348-352

Zaddach, Michael (Gesprächsleitung), „DRG's korrumpieren die ärztliche Ethik", in: Klinikmanagement aktuell, Heft 9 / 2001, S. 12-16

Zentrale Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten bei der Bundesärztekammer (Zentrale Ethikkommission), Prioritäten in der medizinischen Versorgung im System der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV): Müssen und können wir uns entscheiden? Stellungnahme und Erläuterungen, in: *Taupitz, Jochen / Brewe, Manuela* (Hrsg.): Biomedizin im Zeitalter der Globalisierung und Medizinische Versorgung im Zeitalter knapper Kassen: Herausforderungen für Recht und Ethik, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hongkong, London, Mailand, Paris, Singapur, Tokio, 2001, S. 49-66

Zweifel, Peter, Ökonomische Überlegungen zur Rationierung im Gesundheitswesen, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 2004, S. 583-622