

Dr. Ulrich Orlowski

# Sicherstellungszuschlag – nur für Inselkrankenhäuser?

Der Sicherstellungszuschlag – ein ungelöstes Problem: Beispiele der jüngeren Rechtsprechung machen deutlich, dass die Sicherstellung einer flächendeckenden Krankenhausversorgung für die Bevölkerung vor dem Hintergrund gegensätzlicher Interessen und Ziele der Kostenträger, der Krankenhäuser sowie der Länder trotz der Rechtsetzung des Bundes und einiger Länder ein entgeltrechtlich bzw. krankenhauspolitisch ungelöstes Problem ist.

## 1. Sicherstellungszuschlag – ein ungelöstes Problem

Das Verwaltungsgericht Oldenburg hat in einer ausführlich begründeten Entscheidung vom 23. Oktober 2018 die Klage der Kostenträger gegen den Bescheid des Landes Niedersachsen abgewiesen, mit dem das Land einem Krankenhaus in Insellage einen Sicherstellungszuschlag zugesprochen hat, obwohl das Haus nur Leistungen einer Abteilung für Innere Medizin und nicht auch für Chirurgie vorhält (VG-Oldenburg, Urteil vom 23. Oktober 2018 – 7A8276/17). Die niedersächsische Landesregierung hat mit Verordnung vom 24. Oktober 2018 aufgrund § 5 Absatz 2 Satz 2 KHEntgG festgelegt, dass „notwendige Vorhaltungen“ bei Häusern in Insellage auch dann vorliegen, „wenn nur eine der vom G-BA in den Sicherstellungszuschläge-Regelungen genannten Fachabteilungen besteht“ (NdS. GVBL. 2018, 227).

Der GKV-Spitzenverband und die Deutsche Krankenhausgesellschaft haben als Vertragspartner auf Bundesebene jährlich, erstmals zum 30. Juni 2019, eine Liste der Krankenhäuser zu vereinbaren, welche die Vorgaben des G-BA in den Sicherstellungszuschläge-Regelungen erfüllen (§ 9 Absatz 1a Nr. 6 KHEntgG in der Fassung des Pflegepersonalstärkungsgesetzes vom 11. Dezember 2018, BGBl. I, Seite 2394). Diese Listung ist mit Vereinbarung vom 11. Juli 2019 erfolgt; gelistete Krankenhäuser haben für das der Auflistung folgende Jahr Anspruch auf eine zusätzliche Finanzierung in Höhe von 400 000 € jährlich (§ 5 Absatz 2a Satz 1 KHEntgG, Fassung Pflegepersonalstärkungsgesetz vom 11. Dezember 2018, BGBl. I, Seite 2394). Die Vertragspartner auf Bundesebene haben zu der Listung der Häuser eine Umsetzungsvereinbarung getroffen, die an Pragmatismus alle Erwartungen mehr als erfüllt.

Diese drei Beispiele aus der jüngeren Rechtsprechung und Rechtsetzung machen schlaglichtartig deutlich, dass die Sicherstellung einer flächendeckenden Krankenhausversorgung für die Bevölkerung vor dem Hintergrund gegensätzlicher Interessen und Ziele der Kostenträger, der Krankenhäuser sowie der Länder trotz der Rechtsetzung des Bundes und einiger Länder ein entgeltrechtlich bzw. krankenhauspolitisch ungelöstes Problem ist.

## 2. Fallpauschalen und Sicherstellung der flächendeckenden Versorgung

Die leistungsorientierte Vergütung der Krankenhäuser durch Fallpauschalen soll – so die allgemeine Begründung des Entwurfs eines Gesetzes der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen zur Einführung des diagnoseorientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser – zu mehr Wettbewerb zwischen den Häusern und zu einer stärker am tatsächlichen Bedarf orientierten Entwicklung der Leistungsstrukturen und Leistungskapazitäten führen (Entwurf Fallpauschalengesetz vom 11. September 2001, BT-Drs. 14/6893, Seite 26). Entgeltrechtlich gilt grundsätzlich die Formel „Menge x Preis“ (ebda., Seite 27). Gleichzeitig wird am Ziel der flächendeckenden medizinischen Versorgung festgehalten, da Krankenhausleistungen der medizinischen Daseinsvorsorge dienen. Deshalb muss – so der Entwurf des Fallpauschalengesetzes – auch in Zukunft eine wohnortnahe stationäre Grundversorgung sichergestellt sein (ebda., Seite 28). Diese beiden krankenhauspolitischen Ziele sind gegenläufig, da es unter Fallpauschalenbedingungen zu einer Unterfinanzierung von Leistungen und damit zu einer Gefährdung der Sicherstellung bei einzelnen Leistungen oder Leistungsbereichen kommen kann, wenn die sich aus dem regionalen Versorgungsbedarf ergebenden Leistungszahlen unterhalb der betriebswirtschaftlich erforderlichen Zahl der Fälle liegt (ebda., Seite 28). Die für eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung notwendige Vorhaltung bedarfsnotwendiger Krankenhausleistung ist in einem pauschalierten Preissystem nicht zu verwirklichen, wenn die geringe Auslastung eines Hauses nicht zum Beispiel auf Unwirtschaftlichkeit oder nicht ausreichender Qualität sondern auf geringem Versorgungsbedarf in einer Einzugsregion des Hauses beruht. In einem Preissystem müsste der Träger eines Hauses eine Abteilung eigentlich schließen, wenn deren Angebot wegen des nicht ausreichenden Versorgungsbedarfs im Einzugsbereich des Hauses überhaupt nicht kostendeckend erbracht werden kann, da der Träger mit einem derartigen Angebot nur ein strukturelles Defizit produziert. Die Antwort des Gesetzgebers auf diesen Zielkonflikt ist das krankenhausergeltrechtliche Institut des Sicherstellungszuschlags. Die Vertragsparteien auf Hausebene vereinbaren einen Zuschlag zu den Fallpauschalen, mit dem das strukturelle Defizit,

das sich aus der Vorhaltung der bedarfsnotwendigen Leistungen in dieser Region ergibt, abgedeckt wird (BT-Drs. 14/6893, Seite 28). Eine vorsichtige Bilanz der zurückliegenden Jahre seit Einführung des DRG-Systems führt nicht zu dem Ergebnis, dass dieser Ansatz ein Erfolgskonzept gewesen wäre.

### 3. Sicherstellungszuschlag

Die Vertragsparteien auf Hausebene (§ 11 KHEntgG), d. h. der Träger des Krankenhauses und die Kostenträger im Land, vereinbaren Sicherstellungszuschläge mit dem Ziel der Sicherstellung einer für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Vorhaltung von Leistungen

- die mit den auf Bundesebene vereinbarten Fallpauschalen und Zusatzentgelten nicht kostendeckend finanzierbar sind, und zwar
- aufgrund eines geringen Versorgungsbedarfs und
- die durch ein anderes geeignetes Krankenhaus, das diese Leistungsart bereits erbringt, nicht ohne Zuschlag erbracht werden kann (§ 5 Absatz 2 Satz 1, Satz 5 2. HS KHEntgG, Fassung Krankenhausstrukturgesetz vom 10. Dezember 2015, BGBl. I, Seite 2229);
- zusätzlich muss das Krankenhaus für das vorhergehende Kalenderjahr ein Defizit in der Bilanz ausweisen (§ 5 Absatz 2 Satz 4 KHEntgG, Fassung KHSG a.a.o.) und
- zusätzlich müssen die Konkretisierungen dieser generellen Voraussetzungen eines Sicherstellungszuschlags durch Beschluss des G-BA gemäß § 136c Absatz 3 SGB V erfüllt sein (§ 5 Absatz 2 Satz 1 KHEntgG i.V.m. § 136c Absatz 3 SGB V, Fassung Krankenhausstrukturgesetz vom 10. Dezember 2015, BGBl. I, Seite 2229).

Diese Fassung der Voraussetzungen der Vereinbarung eines Sicherstellungszuschlags beruht maßgeblich auf den Beratungen zum Krankenhausstrukturgesetz vom 10. Dezember 2015 (BGBl. I, Seite 2229), die im Vergleich zu der Fassung des Instituts des Sicherstellungszuschlags durch das Fallpauschalengesetz vom 23. April 2002 (BGBl. I, Seite 1412) zwei wesentliche Änderungen gebracht hat.

Geregelt wird zunächst durch die Fassung des KHSG, dass es nicht ausreicht, wenn nur die vorzuhaltenden bedarfsnotwendigen Leistungen mit den Fallpauschalen nicht kostendeckend erbracht werden können; Voraussetzung eines Sicherstellungszuschlags ist, dass das ganze Krankenhaus für das vorhergehende Kalenderjahr ein Defizit in der Bilanz ausweist (§ 5 Absatz 2 Satz 4 KHEntgG, Fassung KHG vom 10. Dezember 2015, BGBl. I, Seite 2229). Das war auf der Grundlage der Vorfassung strittig (Einzelleistungsbezug zum Beispiel: VGH Hessen, Urteil vom 15. Juli 2015 – 5A1839/13, GesR 2016, 315; OVG NRW Urteil vom 25. Mai 2012 – 13A469/11; VG SH Urteil vom 18. Juni 2015 – 1A27/12; a.A. VG Greifswald Urteil vom 25.9.2013 – 3A1246/11; hierzu: Bohle, GesR 2016, 605, 612; Hermanns/Stollmann, NZS 2016, 414, 419 f.). Vergewahrtigt man sich den konzeptionellen Ausgangspunkt des Instituts eines Sicherstellungszuschlags kann diese Regelung nur überraschen. Wenn im Interesse einer flächendeckenden Versorgung der Be-

völkerung bedarfsnotwendige Krankenhausleistungen auch vorgehalten werden sollen, wenn diese mit den Fallpauschalen wegen des geringen Versorgungsbedarfs nicht kostendeckend finanziert werden können, so kann Bezugspunkt des Zuschlags nur genau diese Leistung bzw. allenfalls Leistungseinheit (Fachabteilung) sein. Andernfalls wird der Träger des Hauses gesetzlich zur Quersubventionierung defizitärer, aber vorzuhaltender Leistungen gezwungen, was in einem leistungsbezogenen pauschalen Finanzierungssystem inkonsequent ist. Allenfalls pragmatische Gesichtspunkte, wie etwa die Frage der Verhinderung von missbräuchlichen Zuordnungen von Verlusten (Entwurf eines KHSG vom 11. Juni 2015, BR-Drs. 277/15, Seite 72), vermögen die gefundene Regelung zu begründen, auch wenn – was gerade die vergangenen Jahre belegen – durch den Hausbezug der Anwendungsbereich der Zuschlagsregelung weitgehend eingeschränkt wird.

Neugeordnet wurde durch das Krankenhausstrukturgesetz auch die Kompetenz zur Konkretisierung der abstrakten entgeltrechtlichen Vorgaben eines Sicherstellungszuschlags. Dies war notwendig, da die im Gesetz zuvor vorgesehenen Empfehlungen der Vertragspartner auf Bundesebene für Maßstäbe, unter welchen Voraussetzungen der Tatbestand einer notwendigen Vorhaltung sowie in welchem Umfang grundsätzliche zusätzliche Zahlungen zu leisten sind, nie zustande gekommen sind (§ 17b Absatz 1 Satz 6 KHG; alte Fassung). Zwar war sich die Rechtsprechung im Wesentlichen darin einig, dass das Fehlen der Bundesempfehlungen nicht die Vereinbarung eines Sicherstellungszuschlags ausschließt (VGH Hessen Urteil vom 15. Juli 2015 – 5A1839/13 – GesR 2016, 315; VG Schleswig, Urt. vom 18. Juni 2015 – 1A27/12 –, KRS07/2016, 204, 208, Bohle, GesR, 605, 612 m.w.N.). Der Gesetzgeber des Krankenhausstrukturgesetzes hat sich gleichwohl dafür entschieden, das Verfahren zur Vereinbarung von Sicherstellungszuschlägen stringenter zu gestalten (BR-Drs. 277/15, Seite 71) und den G-BA beauftragt, erstmals bis zum 31. Dezember 2016 bundeseinheitliche Vorgaben für die Vereinbarung von Sicherstellungszuschlägen zu beschließen (§ 136c Absatz 3 Satz 1 SGB V, Fassung KHSG).

### 4. Konkretisierung der Norm durch Beschluss des G-BA (§ 136c Absatz 3 SGB V)

Der G-BA hat den Auftrag, die abstrakten Voraussetzungen der Vereinbarung eines Sicherstellungszuschlags erstmals bis zum 31. Dezember 2016 zu konkretisieren, durch die Sicherstellungszuschläge-Regelungen in der Fassung vom 24. November 2016 (BAnz AT 21. Dezember 2016 B3), zuletzt geändert am 19. April 2018 (BAnz AT 22. Mai 2018 B1), erfüllt. Bei den Sicherstellungszuschläge-Regelungen handelt es sich um einen Beschluss des G-BA und nicht um eine Richtlinie, die dem Beanstandungsverfahren durch das BMG gemäß § 94 Absatz 1 SGB V unterliegt (vergleiche: Roters, in: Kasseler Kommentar, (Bearbeitung 12/2014) § 94 SGB V, Rdnr. 2; Musil, in: Eichenhofer/Wenner, § 94 SGB V, Rdnr. 3). Bei der Beschlussfassung im G-BA sind die Stimmen der Leistungserbringer auf die DKG

zu konzentrieren, da es sich – anders als zunächst vom G-BA vorgeschlagen – um einen entgeltrechtlichen Beschluss handelt. Dieser betrifft allein einen der Leistungssektoren, hier die stationäre Krankenhausbehandlung, wesentlich (§ 91 Absatz 2a Satz 1 SGB V, § 14a Absatz 3 Satz 1 i.V.m. Anlage 1 GeschO G-BA in der Fassung vom 17. Juli 2008, zuletzt geändert am 5. September 2019 (BANZ AT 17. September 2019 B4)). Die Frage, ob und inwieweit der G-BA zur Beschlussfassung in dieser Sache ausreichend legitimiert ist, hängt nach der Rechtsprechung des BVerfG davon ab, ob der G-BA bei der Beschlussfassung vom Gesetzgeber „ausreichend angeleitet“ worden ist, insbesondere soweit der Beschluss mit „hoher Intensität Angelegenheiten Dritter regelt, die an der Entstehung der Regelung nicht mitwirken konnten“ (BVerfG, Beschluss 10. November 2015, 1BvR2056/12 = BVerfGE 140, 229, 239). Gegenstand der Beschlussfassung des G-BA zur Konkretisierung der abstrakten entgeltrechtlichen Vorgaben des § 5 Absatz 2 Satz 1 KHEntgG sind gemäß § 136c Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 bis 3 SGB V insbesondere

- (Nr. 1) die Erreichbarkeit (Minutenwerte) des Hauses für die Prüfung, ob die Leistung durch ein anderes geeignetes Krankenhaus ohne Zuschlag erbracht werden könnte,
- (Nr. 2) die Frage, wann ein geringer Versorgungsbedarf besteht und
- (Nr. 3) die Frage, für welche Leistungen die notwendigen Vorhaltungen für die Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen sind.

Die planungsrelevanten Qualitätsindikatoren sind bei der Beschlussfassung zu berücksichtigen (Satz 3).

### 5. Kompetenzrechtliche Fragen

Insbesondere bei der Bestimmung der bedarfsnotwendigen Vorhaltungen eines Krankenhauses durch Beschluss des G-BA liegt die Frage nahe, ob es sich hierbei nicht um einen Gegenstand der Organisation und Planung eines Krankenhauses handelt, der der Gesetzgebungskompetenz des Bundes entzogen ist und in die Rechtsetzungszuständigkeit der Länder fällt (BVerfG Beschluss 7. Februar 1991 – 2BvL24/84 = BVerfGE 83, 363, 379; vergleiche hierzu Wollenschläger/Schmidl, GesR 2016, 542, 545 ff.; Pitschas GuP 2016, 161 ff.; Stollmann, NZS 2016, 201 ff.). So sind zum Beispiel in den Landeskrankenhausplan des Landes Rheinland-Pfalz „alle gegenwärtig und zukünftig für die Versorgung der Bevölkerung erforderlichen Krankenhäuser gegliedert nach Versorgungsstufen und Versorgungsgebieten aufgenommen. Der gegenwärtige und zukünftige Versorgungsauftrag der einzelnen Krankenhäuser, die Art und Anzahl der Fachrichtungen und Versorgungsschwerpunkte sowie die Zahl der Krankenhausbetten (Planbetten) und ihre Aufteilung auf die einzelnen Fachrichtungen sind anzugeben“ (§ 6 Absatz 2 LKG, GVBL 1986, 342).

Der Regelungsauftrag des G-BA ist im SGB V angesiedelt und firmiert unter der Überschrift „Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Qualitätssicherung und Krankenhausplanung“ (§ 136c SGB V, Fassung KHSG vom 10. Dezember

2015, BGBl. I, Seite 2229). Der Standort einer Regelung ist kompetenzrechtlich nicht relevant; KH-finanzierungs- und -entgeltrechtliche Regelungen können und sind auch im SGB V angesiedelt (etwa § 109 SGB V). Unstreitig ist, dass Vorgaben für das Leistungserbringerrecht auch Regelungen zur Qualität der Krankenhausversorgung beinhalten können und von der Gesetzgebungskompetenz aus Artikel 74 Absatz 1 Nr. 12 GG gedeckt sein können (Wollenschläger/Schmidl, GesR 2016, 542, 546). Allerdings hat der Regelungsauftrag des § 136c Absatz 3 SGB V mit der Qualitätssicherung der Krankenhausbehandlung nichts zu tun. Die Vorgabe, für welche Leistungen eines Hauses die notwendigen Vorhaltungen für die Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen sind (§ 136c Absatz 3 Nr. 3 SGB V), betrifft keine Frage der Qualitätssicherung, sondern eine der Krankenhausplanung und der Krankenhausorganisation. Die Bereiche der Krankenhausplanung und Krankenhausorganisation sind dem Bundesgesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG jedoch versperrt (BVerfG 7.2.1991 – 2BvL24/84 – BVerfGE 83, 363, 380; Pitschas, GuP 2016, 161, 164; Stollmann, NZS, 2016, 201, 202). Der Bundesgesetzgeber hat das Gesetzgebungsrecht für die Regelung zur „wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser“ (Artikel 74 Absatz 1 Nr. 19a GG). Maßgeblich für die Gesetzgebungskompetenz ist damit die Zwecksetzung der Regelung (Wollenschläger/Schmidl, GesR 2016, 543, 545). Der Zweck des Regelungsauftrags des § 136c Absatz 3 SGB V ist die Konkretisierung der abstrakten Vorgaben des Instituts eines entgeltrechtlichen Sicherstellungszuschlags durch Beschlüsse des G-BA sowie die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung durch die Landesbehörden bei der Feststellung der entgeltrechtlichen Voraussetzung eines Sicherstellungszuschlags (§ 5 Absatz 2 Satz 5 KHEntgG, Becker, in: Becker/Kingreen, SGB V, 6. Auflage 2018, § 136c, Rdnr. 9). Diese Zwecksetzung der Regelung erlaubt auch Regelungen, die krankenhauserplanerische bzw. krankenhauserorganisatorische Aspekte mit beinhalten, zumindest immer dann, wenn den Ländern wegen deren grundsätzlicher Rechtsetzungszuständigkeit eigenständige und umfangmäßig erhebliche Ausgestaltungsspielräume verbleiben (Wollenschläger/Schmidl, GesR 2016, 542, 546; Stollmann, NZS 2016, 201, 203). Dieser Gestaltungsspielraum der Länder ist schon deswegen gewahrt, weil die Beschlüsse des G-BA eine – auch hiervon abweichende – planungsrechtliche Konkretisierung des Versorgungsauftrags eines Hauses durch den Krankenhausbedarfsplan nicht ausschließen. Dies kann schlechtestenfalls nur dazu führen, dass ein Haus zwar einen durch Landesrecht entwickelten Versorgungsauftrag hat, hierfür allerdings keine Finanzierung durch einen Sicherstellungszuschlag bekommen kann, da beispielsweise die Vorgaben des G-BA zu den bedarfsnotwendigen Vorhaltungen nicht erfüllt sind. Beide Regelungskreise, Krankenhausbedarfsplanung und Entgeltrecht, sind nicht miteinander abgestimmt. Dieser Gestaltungsspielraum der Länder ist aber insbesondere deswegen gewahrt, weil die Länder durch Rechtsverordnung von den Vorgaben einschließlich der Vorgaben des G-BA abweichende Regelungen treffen können (§ 5 Absatz 2 Satz 2 und 3

KHEntgG). Der Regelungsauftrag des G-BA und seine Beschlüsse nach § 136c Absatz 3 SGB V sind von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Artikel 74 Absatz 1 Nr. 19a GG daher gedeckt (a. A. Pitschas, GuP 2016, 161, 165).

Hinterfragt werden könnte, ob diese weitgehenden bundesrechtlichen Vorgaben überhaupt erforderlich sind. Artikel 72 Absatz 2 GG (in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006, BGBl. I., Seite 2034) gibt dem Bund auf der Grundlage der Kompetenz des Artikel 74 Absatz 1 Nr. 1a GG das Gesetzgebungsrecht nur, wenn die Herstellung gleicher Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Ziel der bundesgesetzlichen Regelung ist die Sicherung einer flächendeckenden Versorgung in einem bundeseinheitlichen Fallpauschalensystem durch die Finanzierung bedarfsnotwendiger Vorhaltungen von Krankenhausleistungen. Dass diese entgeltrechtlichen Regeln in einem bundesweiten Fallpauschalensystem grundsätzlich auch bundeseinheitlich zu erfolgen haben, ist offensichtlich. Fraglich ist nur, ob dies für alle Regelungsbestandteile gilt, die der G-BA zur Konkretisierung seines bundesrechtlichen Regelungsauftrags aus § 136c Absatz 3 SGB V erlassen hat – insbesondere insoweit krankhausplanerische und -organisatorische Fragen durch den G-BA geregelt werden. Genügend ist nach der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfG 27. Januar 2010 2 BvR2185/4 = BVerfGE 125, 141, (154), Rdnrn. 51 ff.), wenn „nach den tatsächlichen Auswirkungen des Gesetzes“ der „gewünschte Erfolg gefördert werden kann“ (a.a.O., Rdnr. 52). Dem Bundesgesetzgeber steht bei der Beurteilung, „ob die Rechtfertigungsgründe vorliegen“, „eine Einschätzungsprärogative“ zu. Dieser Entscheidungsraum des Gesetzgebers, der sachbereichsbezogen im Wege einer Gesamtbeurteilung zu ermitteln ist, kann verfassungsgerichtlich auf seine methodischen Grundlagen und seine Schlüssigkeit überprüft werden (a.a.O. Rdnr. 54 m.w.N.). Dabei ist, soweit eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes bejaht wird, auch nicht ausgeschlossen, dass der G-BA durch seine Beschlüsse nach § 136c Absatz 3 Satz 2 SGB V dem Landesgesetzgeber Vorgaben macht (a.A. dezidiert Pitschas, GuP 2016, 161, 165).

## 6. Feststellungsbescheid des Landes

Bis zur Neuregelung durch das KHSG vom 10.12.2015 (BGBl. I, Seite 2229) war die Vereinbarung eines Sicherstellungszuschlags grundsätzlich Aufgabe der Vertragspartner auf Hausebene. Nur in dem Fall, dass eine Einigung der Vertragspartner nicht zustande kam, hatte die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde zu entscheiden (§ 5 Absatz 2 Satz 3 KHEntgG a.F.). Auch hier hat das Krankenhausstrukturgesetz eine wichtige Änderung gebracht und die Rechte der Länder als Landeskrankenhausplanungsbehörde deutlich gestärkt (Bohle, GesR 2016, 605, 612). Die nach Landesrecht zuständige Behörde prüft nunmehr auf Antrag einer Vertragspartei (d. h. insbesondere des Hauses), ob die Vorgaben für die Vereinbarung eines Sicherstellungszuschlags (nach Satz 1) erfüllt sind und

entscheidet, ob ein Sicherstellungszuschlag zu vereinbaren ist (§ 5 Absatz 2 Satz 5 1. HS KHEntgG). Dabei hat das Land auch zu prüfen, ob die Leistungen durch ein anderes geeignetes Krankenhaus ohne Zuschlag erbracht werden können (§ 5 Absatz 2 Satz 5 2. HS KHEntgG). Die Frage, ob und inwieweit die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt und ein Sicherstellungszuschlag für ein Haus zu zahlen ist, ist daher der Vereinbarungskompetenz der Vertragspartner auf Hausebene entzogen. Die mit dem Krankenhausstrukturgesetz eingeführte Feststellungskompetenz des jeweiligen Landes ist Konsequenz der Krankenhausplanungskompetenz des Landes. Das Ziel der Krankenhausplanung, im Rahmen der Daseinsvorsorge die Versorgung der Bevölkerung mit bedarfsnotwendigen Krankenhausleistungen zu gewährleisten (§ 1 Absatz 1 KHG), wird dadurch erreicht, dass das jeweilige Land zu entscheiden hat, ob ein Haus, das im Krankenhausbedarfsplan mit einem Versorgungsauftrag ausgewiesen ist, für diesen Versorgungsauftrag die Voraussetzungen eines Sicherstellungszuschlags erfüllt und dass die Vertragsparteien vor Ort daher einen Sicherstellungszuschlag zu vereinbaren haben.

Vereinbarungsgegenstand ist hiernach allein die Höhe des zu vereinbarenden Sicherstellungszuschlags auf der Grundlage des Feststellungsbescheids des Landes. Die Kostenträger können bei der Vereinbarung der Höhe des Zuschlags nicht vorbringen, dass etwa die Vorhaltungen des Hauses nicht bedarfsnotwendig seien und dass das Defizit nicht zumindest auch auf einem geringen Versorgungsbedarf in der Region beruhe. Mit diesem Vorbringen sind die Kostenträger wegen der Tatbestandswirkung des Feststellungsbescheids des Landes zu den Voraussetzungen des Sicherstellungszuschlags ausgeschlossen. Denn ein „Verwaltungsakt entfaltet (...) mit der in ihm verbindlich mit Wirkung nach außen getroffenen Regelung Bindungswirkung auch gegenüber anderen Behörden (BVerwG, Beschluss vom 11. Februar 2016, BVerwG 4B1.16, Rdnr. 4 = NVwZ – RR2016, 471, DÖV 2016, 533, BauR 2016, 979) und damit auch gegenüber den Krankenkassen als Kostenträgern im Land. Diese sogenannte Tatbestandswirkung folgt aus Artikel 20 Absatz 3 GG und § 43 VwVfG (ebda., m.w.N.). Wollen daher die Kostenträger die Grundlage eines Sicherstellungszuschlags infrage stellen, müssen sie den Feststellungsbescheid des Landes mit einem Rechtsbehelf angreifen. Es dürfte daher klug sein, den Feststellungsbescheid seitens des Landes auch gegenüber den Kostenträgern förmlich bekanntzugeben und mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen.

## 7. Vereinbarung der Höhe des Sicherstellungszuschlags

Grundlage der Vereinbarung der Vertragspartner auf Hausebene zur Höhe des Sicherstellungszuschlags sind die inhaltlichen Feststellungen des Landes in seinem Feststellungsbescheid zu den Voraussetzungen eines Sicherstellungszuschlags. Die Vertragsparteien vor Ort haben einen Sicherstellungszuschlag auf der Grundlage des Feststellungsbescheids zu vereinbaren, allein dessen Höhe ist Verhandlungs- und Vereinbarungsgegen-

stand. Im Falle der Nichteinigung entscheidet die Schiedsstelle auf Antrag allein über die Höhe des Zuschlags (§ 13 KHEntG, § 18a KHG).

Maßgeblich für die Vereinbarung der Höhe eines Sicherstellungszuschlags ist nicht das Defizit eines ganzen Standorts und schon gar nicht das gesamte Defizit eines Trägers, zum Beispiel bei einem Verbundkrankenhaus mit mehreren Standorten (zum Defizit verschiedener Betriebsstätten vergleiche: OVG Bremen – 1LA206/17; GesR 2019; 669; Kurzbericht in: Arztrecht 2019 Seite 276). Auch das Vorjahresdefizit des ganzen Hauses, das Voraussetzung der Feststellungen eines Landes für die Zuschlagsfähigkeit eines Hauses ist, hat mit der Höhe des zu vereinbarenden Zuschlags nichts zu tun.

Ausgangspunkt für die Bestimmung des relevanten Defizits für die zu vereinbarende Höhe eines Sicherstellungszuschlags ist allein der Leistungsbezug (vergleiche OVG Bremen, a.a.O. Seite 8), also die Frage, ob und inwieweit nach dem Versorgungsauftrag vorzuhaltende bedarfsnotwendige Leistungen eines Hauses mit den abgerechneten Fallpauschalen aufgrund des geringen Versorgungsbedarfs in der Region nicht – zumindest – kostendeckend erbracht werden können (hierzu: Gamperl, in: Dietz/Bofinger, Krankenhausfinanzierungsgesetz, Bd. 2, § 5 KHEntG, Bearbeitung 12/2018, 6. Sicherstellungszuschlag). Das Haus soll mit den bedarfsnotwendigen Leistungen trotz des geringen Versorgungsbedarfs kostendeckend arbeiten können (Gamperl, ebda.). Die zu vereinbarende Höhe des Sicherstellungszuschlags ergibt sich demnach aus der Differenz zwischen

- dem mit den vorzuhaltenden Leistungen erwirtschafteten Ertrag einerseits und
- den notwendigen Aufwendungen (Betriebskosten) bei wirtschaftlicher Betriebsführung für die Vorhaltungen dieser bedarfsnotwendigen Leistungen andererseits.

Nicht zu berücksichtigen sind etwaige Aufwendungen für notwendige Investitionen, um diese vorzuhaltenden Leistungen in der gebotenen Qualität überhaupt erbringen zu können. Diese wären vom Land im Rahmen der Investitionsfinanzierung als Landesaufgabe zu tragen. Hinsichtlich des geforderten Zusammenhangs zwischen der Deckungslücke einerseits und dem geringen Versorgungsbedarf andererseits ist ausreichend, dass ausgeschlossen ist, dass die Kostenunterdeckung allein aufgrund unwirtschaftlicher Betriebsführung eingetreten ist (vgl. hierzu VG Oldenburg, Urteil vom 23. Oktober 2018, Az: 7A8276/17). Denn auch in dem Fall, dass ein Krankenhaus ein Defizit sowohl aufgrund eines geringen Versorgungsbedarfs als auch wegen unwirtschaftlicher Betriebsführung aufweist, kann das Krankenhaus einen Sicherstellungszuschlag vereinbaren (§ 7 Absatz 7 G-BA-Richtlinie).

### 8. G-BA-Beschluss: Sicherstellungszuschläge-Regelungen

Der G-BA hat den Regelungsauftrag aus § 136c Absatz 3 SGB V mit Beschluss vom 24. November 2016 (BAnz AT 21. Dezember 2016 B3) sowie vom 19. April 2018 (BAnz AT 22. Mai 2018 B1) fristgerecht erfüllt.

Der G-BA hat Vorgaben beschlossen:

(Nr. 1) zur Erreichbarkeit (Minutenwerte) für die Prüfung, ob die Leistungen durch ein anderes geeignetes Krankenhaus, das die Leistungsart erbringt, ohne Zuschlag erbracht werden können (§ 136c Absatz 3 Nr. 1 SGB V).

Ein Krankenhaus, für dessen Leistungen ein Sicherstellungszuschlag zu vereinbaren ist, muss im Krankenhausbedarfsplan aufgenommen und für die Versorgung der Bevölkerung unverzichtbar sein. Ein Haus ist dann für die Versorgung unverzichtbar, wenn nicht innerhalb einer festzulegenden Zeitspanne ein anderes Haus, das diese Leistungen anbietet, erreicht werden kann. Wäre das der Fall, so wäre die Versorgung der Bevölkerung bei Schließung dieses Leistungsangebots, nicht gefährdet. Für die Erreichbarkeit der Leistungen der sogenannten Basisversorgung (Fachabteilung Innere Medizin und chirurgische Fachabteilung) hat der G-BA 30 Pkw-Fahrzeitminuten als Grenzwert festgelegt (§ 3 Satz 3 Nr. 1 G-BA-Beschluss). Für die Erreichbarkeit der Leistungen der Geburtshilfe oder Gynäkologie und Geburtshilfe hat der G-BA 40 Pkw-Fahrzeitminuten als Grenzwert festgelegt (§ 3 Satz 3 Nr. 2 G-BA-Beschluss). Eine Gefährdung der flächendeckenden Versorgung für basisversorgungsrelevante Leistungen wird dann angenommen, wenn bei Schließung des Hauses mehr als 5 000 Einwohner Pkw-Fahrzeiten von mehr als 30 Minuten aufwenden müssen, um das nächste geeignete Krankenhaus zu erreichen (Betroffenheitsmaßstab, § 3 Satz 7 G-BA-Beschluss). Das Betroffenheitsmaß bei Leistungen der Geburtshilfe oder Gynäkologie und Geburtshilfe beträgt mindestens 950 Frauen im Alter zwischen 15 und 49 Jahren, die mehr als 40 Minuten Pkw-Fahrzeiten aufwenden müssen, um das nächste geeignete Krankenhaus zu erreichen (§ 3 Satz 8 G-BA-Beschluss).

Das Hessische Ministerium für Soziales und Integration hat mit Verordnung vom 17. Dezember 2018 für die flächendeckende Versorgung und den geringen Versorgungsbedarf abweichende Werte festgelegt (Hess. GVBL. Seite 754; 3 500 Einwohner mit Pkw-Fahrzeiten von mehr als 40 Minuten; Einwohnerdichte bereits unterhalb von 150 Einwohner pro km<sup>2</sup>). Das Land Rheinland-Pfalz hat mit Landesverordnung vom 14. Januar 2020 [GVBL. vom 27. Januar 2020] die Einwohnerdichte im Versorgungsgebiet des Hauses auf unter 200 Einwohner je Quadratkilometer festgelegt.

Der G-BA hat Vorgaben beschlossen zur Frage, wann ein geringer Versorgungsbedarf besteht (§ 136c Absatz 3 Nr. 2 SGB V). Mit einem Sicherstellungszuschlag können nur Defizite aufgrund eines geringen Versorgungsbedarfs, nicht jedoch aufgrund von Unwirtschaftlichkeit ausgeglichen werden. Unter Versorgungsbedarf ist der in dem jeweiligen Versorgungsgebiet (Einzugsgebiet) zu deckende Bedarf an Krankenhausleistungen zu verstehen. Die ein Defizit verursachenden geringen Fallzahlen müssen in der Versorgungsstruktur des Einzugsgebiets (etwa als ländliches Gebiet) oder in der Leistungsart (unregelmäßige oder selten auftretende Behandlungsfälle) begründet sein (BVerwG – Beschluss vom 24. August 2018, 3B.28.17). Ein geringer Versorgungsbedarf liegt nach dem G-BA-Beschluss vor,

wenn die durchschnittliche Einwohnerdichte im Versorgungsgebiet des Krankenhauses unterhalb von 100 Einwohner je km<sup>2</sup> liegt. Bei Leistungen der Geburtshilfe liegt ein geringer Versorgungsbedarf dann vor, wenn die durchschnittliche Bevölkerungsdichte von Frauen im Alter zwischen 15 und 49 Jahren im Versorgungsgebiet des Hauses unterhalb von 20 Frauen dieses Alters liegt (§ 4 Absatz 1 Sätze 2 und 3 G-BA-Beschluss). Das maßgebliche Versorgungsgebiet ergibt sich für Leistungen der Basisversorgung aus einem 30-Pkw-Fahrzeitminuten-Radius, für Leistungen der Geburtshilfe oder Gynäkologie und Geburtshilfe aus einem 40-Pkw-Fahrzeitminuten-Radius (§ 4 Absatz 1 Satz 4 Nr. 1 und 2 G-BA-Beschluss).

Für (bestehende) Häuser in Insellage gilt grundsätzlich ein geringer Versorgungsbedarf als gegeben (§ 4 Absatz 2 G-BA-Beschluss).

Das VG München hat in seinem Urteil vom 3. April 2019 – M9K 16.3579 darauf hingewiesen, dass soweit für Geburtshilfe ein 40-Minuten-Radius für ausreichend erachtet wird, erhebliche rechtliche Bedenken bestehen, da eine abweichende Regelung von 40 Minuten sachlich nicht nachvollziehbar sei und unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten zweifelhaft sei (ebda.).

Der G-BA hat schließlich Vorgaben beschlossen zur Frage (Nr. 3), für welche Leistungen die notwendigen Vorhaltungen für die Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen sind (§ 136c Absatz 3 Nr. 3 SGB V).

Notwendige Vorhaltungen sind – so G-BA-Beschluss –

1. die Fachabteilung Innere Medizin und eine chirurgische Fachabteilung, die zur Versorgung von Notfällen der Grund- und Regelversorgung geeignet sind und/oder
2. die Fachabteilung Geburtshilfe oder Gynäkologie und Geburtshilfe (§ 5 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 G-BA-Beschluss).

Die Vorgaben zu den notwendigen Vorhaltungen sind um Vorgaben zu der untersten Stufe des Notfallstufensystems zu ergänzen (§ 5 Absatz 1 Satz 2 G-BA-Beschluss zu einem gestuften System von Notfallstrukturen im Krankenhaus gemäß § 136c Absatz 4 SGB V vom 19. April 2018, BAnz AT 18. Mai 2018, B4). Krankenhäuser der Basisnotfallversorgung verfügen hiernach mindestens über die Fachabteilungen Chirurgie oder Unfallchirurgie und Innere Medizin am Standort (§ 8 G-BA-Beschluss Notfallstrukturen). Die Notfallversorgung der Notfallpatienten findet auch in Krankenhäusern, die an der Basisnotfallversorgung teilnehmen, ganz überwiegend in einer zentralen Notaufnahme statt (§ 6 Absatz 2 G-BA-Beschluss Notfallstrukturen). Insoweit gilt eine Übergangsfrist von drei Jahren nach Inkrafttreten des Beschlusses (§ 30 Absatz 1 G-BA-Beschluss Notfallstrukturen).

Eine – zuschlagsfähige – Fachabteilung liegt nach § 5 Absatz 2 Nr. 1 bis 4 G-BA Sicherstellungszuschlägeregelung vor, wenn gegeben ist:

1. eine fachlich unabhängige, räumlich abgegrenzte, organisatorisch eigenständige Einheit am Standort des Krankenhauses.
2. Angestellte Ärzte mit entsprechender Qualifikation sind der Fachabteilung zugeordnet (dabei ist ein angestellter qualifi-

zierter Facharzt jederzeit, d. h. 24 Stunden, sieben Tage pro Woche innerhalb von maximal 30 Minuten am Patienten verfügbar).

3. Das Haus hat einen entsprechenden Versorgungsauftrag.
4. In der Budgetvereinbarung des Hauses wird ein entsprechender Fachabteilungsschlüssel verwendet (Anlage § 301 SGB V).

Sofern das Leistungsangebot eines Hauses nicht die Voraussetzungen (Nr. 1 und 2) einer Fachabteilung in diesem Sinne erfüllt, ist im Einzelfall zu prüfen, ob das Leistungsangebot eines Hauses diesen Anforderungen zumindest entspricht. Diese Einzelfallentscheidung trifft das jeweilige Land im Einvernehmen mit den Pflegesatzparteien (§ 5 Absatz 3 Sicherstellungszuschläge-Regelung).

## 9. Einhaltung der „Ausreichenden Anleitung“?

Diese Vorgaben des G-BA in den Sicherstellungszuschläge-Regelungen zu den bedarfsnotwendigen Vorhaltungen, die gegebenenfalls durch einen Sicherstellungszuschlag zu finanzieren sind, führen zu einigen grundsätzlichen Anmerkungen und Fragen.

Notwendige Vorhaltungen sind die „Fachabteilung Innere Medizin und chirurgische Fachabteilung“, die zur Versorgung von Notfällen der Grund- und Regelversorgung geeignet sind (§ 5 Absatz 1 Nr. 1 G-BA-Beschluss). Unklar ist, ob die Vorhaltung dieser Fachabteilungen kumulativ oder alternativ sein kann. So hat das VG Oldenburg in der eingangs zitierten Entscheidung vom 23. Oktober 2018 (Urteil – 7A8276/17) für ein Krankenhaus in Insellage abgeleitet, dass für die Zuschlagsfähigkeit des Angebots eines Hauses auch die Vorhaltung nur einer Abteilung Innere Medizin ausreichend sein kann (Rdnr. 12 ff.). Nur ergänzend wird in dem Urteil darauf hingewiesen, dass „das kumulative Vorhalten beider Abteilungen nicht Voraussetzung für die Vereinbarung eines Sicherstellungszuschlags ist“ (Rdnr. 11). Offen gelassen wird in dem Urteil, ob eine für alle Krankenhäuser geltende Vorgabe durch den G-BA, sowohl eine Abteilung für Innere Medizin als auch für Chirurgie vorzuhalten, verfassungsrechtlich bedenklich bzw. nicht mehr von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage im § 136c Absatz 3 SGB V gedeckt wäre (Rdnr. 12). Hiernach spricht einiges dafür, dass – nicht nur für Inselkrankenhäuser, sondern generell – bedarfsnotwendige Vorhaltungen eines Hauses, die einen Sicherstellungszuschlag auslösen können, bereits dann gegeben sind, wenn zum Beispiel nur eine Abteilung Innere Medizin vorgehalten wird und nicht auch eine Abteilung Chirurgie (kritisch hierzu: Ufer, GesR 2019, 88,89). Die niedersächsische Landesregierung hat mit Verordnung vom 24. Oktober 2018 geregelt, dass notwendige Vorhaltungen bei bestehenden Krankenhäusern in Insellage auch dann vorliegen, wenn nur eine der in § 5 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 der Sicherstellungszuschläge-Regelung genannten Fachabteilungen besteht (Nds. GVBL. 2018, 227). Das Land Rheinland-Pfalz hat mit Verordnung vom 14. Januar 2020 [GVBL vom 27. Januar 2020, Seite 28] geregelt, dass die notwendige Vorhaltung auch dann gegeben ist, wenn nur ein-

zelle Leistungen oder Leistungseinheiten aus den Gebieten Innere Medizin und Chirurgie erbracht werden.

Grundsätzlich ist schließlich zu fragen, ob der Ansatz des G-BA, die bedarfsnotwendigen Vorhaltungen als Fachabteilungen zu definieren (§ 5 Absatz 1 Sicherstellungszuschläge-Regelung) und den Abteilungsbegriff im Beschluss abschließend eigenständig zu definieren (§ 5 Absatz 2 G-BA Sicherstellungszuschläge-Regelung), überhaupt von der Ermächtigungsgrundlage des § 136c Absatz 3 Nr. 3 SGB V gedeckt ist. Zutreffender Ausgangspunkt der Überlegung ist zwar, dass die Regelungen zu einem Sicherstellungszuschlag in einem pauschalierten Entgeltsystem als Ausnahmeregelung grundsätzlich eng auszulegen ist (Sicherstellungszuschläge-Regelung, Tragende Gründe vom 24. November 2016, Rdnr. 2.5.; Regierungsentwurf eines KHSG vom 11. Juni 2015, BR-Drs. 277/15, Seite 108; OVG Koblenz, Urteil vom 25.4.2017 – 7A10602/16.OVG, Rdnr. 17).

Allerdings darf die Ermächtigungsgrundlage bei der Konkretisierung durch Beschluss des G-BA auch nicht so eng ausgelegt werden, dass Wortlaut der Norm und erkennbarer Wille des Gesetzgebers durch eigene Vorstellungen des G-BA korrigiert werden. Der Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage spricht durchgehend bei den notwendigen Vorhaltungen für die Versorgung der Bevölkerung allein von der Vorhaltung von „Leistungen“, nicht von der Vorhaltung von Abteilungen, und schon gar nicht gibt es Anhaltspunkte für eine Ermächtigung zur abschließenden Definition eines Abteilungsbegriffs (§ 5 Absatz 2 Satz 1, Satz 2 „Leistungseinheiten“, § 136c Absatz 3 Nr. 1 und 3 SGB V). Die Einzelbegründung spricht von einer „kostendeckenden Finanzierung der Leistungseinheiten bzw. Abteilungen, die ...“ (Einzelbegründung zu § 5 Absatz 2 KHEntgG, BR-Drs. 277/15, Seite 72) sowie von der Frage, „für welche Leistungen die notwendigen Vorhaltung sicherzustellen ist (Einzelbegründung zu § 136c Absatz 3 SGB V, BR-Drs. 277/15, Seite 108). Dieser Wille des Gesetzgebers ist schon in der Begründung eines Gesetzentwurfs zur Einführung des diagnoseorientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser vom 11.9.2001 zum Ausdruck gekommen (BT-Drs. 14/6893, Seite 43). Hier wird ausgeführt, dass „die Frage, ob ein bestimmtes Versorgungsangebot auch bei geringer Nachfrage in einem bürgernahen Krankenhaus vorgehalten werden soll, ... sich nicht mehr auf ganze Abteilungen richten (wird), sondern für einzelne Leistungen oder Leistungspakete gestellt werden muss“ (ebda.). Bezugspunkt für die Frage der Notwendigkeit ist – so das OVG Koblenz in seinem Urteil vom 25. April 2017 (ebda. Rdnr. 18) – zunächst eine Leistung bzw. ein Leistungspaket (Leistungen) und nicht eine gesamte Abteilung. Es stellt sich die Frage, welches diagnostische und therapeutische Versorgungsangebot wohnortnah vorzuhalten ist. „Notwendig ist daher eine Spezifizierung der konkreten Leistung.“ (vergleiche VG Schleswig Urteil vom 18. Juni 2015 – 1A27/12 –, KRS7/2016, Seite 204, 208f.; VGH Hessen Urteil vom 15. Juli 2015, 5A183913, GesR 2016, 315, 316). Daraus folgt, dass ein Beschluss des G-BA, der die vorzuhaltenden Leistungen auf Fachabteilungen

reduziert, die zudem noch kumulativ vorzuhalten sein sollen, den Anwendungsbereich der Instituts eines Sicherstellungszuschlags am Wortlaut und Zweck des Gesetzes vorbei zu weitgehend einschränkt. Dafür gibt es keinen erkennbaren sachlichen Grund. Sachlich nicht gerechtfertigt ist zudem der pauschale und völlig undifferenzierte Ausschluss belegärztlicher Leistungen aus dem Spektrum vorzuhaltender Leistungen (Tragende Gründe, G-BA-Beschluss vom 19. April 2018, zu § 5 Absatz 1 am Ende). Richtig wäre vielmehr eine Konkretisierung der Vorgaben des Gesetzes dahingehend, dass zwar auch Fachabteilungen, aber eben nicht nur Fachabteilungen, sondern auch Leistungen bzw. Leistungseinheiten (Pakete) sicherstellungszuschlagfähig sind (vergleiche OVG Koblenz, a.a.O. Rdnr. 18). Daran ändert auch nichts die in der Sicherstellungszuschlagsregelung vorgesehene Einzelfallentscheidung des Landes, wenn die Vorhaltungen des Hauses die Voraussetzungen des G-BA einer Fachabteilung zwar nicht erfüllen, diesen aber entsprechen (§ 5 Absatz 3 G-BA Sicherstellungszuschläge-Regelungen). Der mit dieser Unterscheidung der Landesbehörde eingeräumte Entscheidungsspielraum dürfte eher marginal sein, auch wenn der Behörde bei den insoweit zu treffenden Feststellungen ein erheblicher Beurteilungsspielraum zugebilligt werden muss (vergleiche BVerwG, Beschluss vom 12. April 2019 – BVerwG 3B33.17 im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde zur alten Fassung von § 5 Absatz 2 KHEntgG). Maßgeblich ist, dass eine Einzelfallentscheidung des Landes zu den bedarfsnotwendigen Vorhaltungen nur im Einvernehmen mit den Pflegesatzparteien, d. h. auch den Kostenträgern erfolgen kann. Die „Anleitungen“ des Gesetzgebers dürften daher hier bei der Beschlussfassung durch den G-BA nicht eingehalten worden sein.

### 10. VO-Ermächtigung zugunsten des Landes

Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung ergänzende oder abweichende Vorgaben zu erlassen, insbesondere um regionalen Besonderheiten in der Vorhaltung der für die Versorgung notwendigen Leistungseinheiten Rechnung zu tragen (§ 5 Absatz 2 Satz 2 KHEntgG). Die Verordnungsermächtigung kann auf die zuständige oberste Landesbehörde delegiert werden (Satz 3). Der mit dieser Ermächtigung den Ländern eingeräumte Abweichungs- und Gestaltungsspielraum ist unverzichtbar, um eine Kompetenz des Bundesgesetzgebers im Kontext dieser auch krankenhauplanerischen und -organisatorischen Materie überhaupt zu begründen (s. o.). Ob und inwieweit tatsächlich derartig weitgehende einheitliche Vorgaben erforderlich sind (Artikel 72 Absatz 2 GG), ist zu diskutieren. Soweit Sicherstellungszuschläge auf den ergänzenden oder abweichenden Vorgaben einer Rechtsverordnung gemäß § 5 Absatz 2 Satz 2 KHEntgG beruhen, sind diese hieraus entstehenden Ausgaben absenkend bei der Vereinbarung des Landesbasisfallwertes zu berücksichtigen (§ 10 Absatz 3 Nr. 6 KHEntgG), d. h. die Krankenhäuser im Land zahlen diese Zuschläge letztendlich selbst über einen abgesenkten Preis. Bisher haben die Länder Niedersachsen (Nds. GVBl. 2018, 227) und Hessen (Hess. GVBl. 2018, Seite 754) von der Verordnungser-

mächtigung Gebrauch gemacht. Das Land Rheinland-Pfalz hat mit Landesverordnung vom 14. Januar 2020 von der Verordnungsermächtigung Gebrauch gemacht [GVBL vom 27. Januar 2020]. Die Verordnung tritt rückwirkend zum 1. Januar 2020 in Kraft.

## 11. „Zusätzlich“ 400 000 €?

Die Vertragspartner auf Bundesebene haben jährlich zum 30. Juni, erstmals zum 30. Juni 2019, eine Liste der Krankenhäuser zu vereinbaren, welche die Vorgaben des G-BA zu § 136c Absatz 3 Satz 2 SGB V erfüllen (§ 9 Absatz 1a Nr. 6 KHEntgG, Fassung Pflegepersonalstärkungsgesetz vom 11. Dezember 2018, BGBl. I, Seite 2394). Diese Liste wird jährlich aktualisiert. Ein Krankenhaus, das in diese Liste aufgenommen worden ist, hat für das der Auflistung folgende Jahr Anspruch auf zusätzliche Finanzierung in Höhe von 400 000 € jährlich (§ 5 Absatz 2a Satz 1 KHEntgG, Fassung Pflegepersonalstärkungsgesetz vom 11. Dezember 2018, BGBl. I, Seite 2394). Die Vertragspartner auf Bundesebene haben zusätzlich zu der im Gesetz erstmals zum 30. Juni 2019 vorgesehenen Leistung der relevanten Häuser (§ 9 Absatz 1a Nr. 6 KHEntgG) zur Umsetzung dieser Zuschlagsregelung am 11. Juli 2019 eine Vereinbarung getroffen. In die Liste werden hiernach Krankenhäuser (Krankenhausstandorte) aufgenommen, die nach Prüfung durch die Vertragsparteien (d. h. DKG und GKV-SV) die Vorgaben des G-BA nach § 136c Absatz 3 Satz 2 SGB V erfüllen. Ein Defizit des Vorjahres ist – entgegen § 5 Absatz 2 Satz 4 KHEntgG – nicht Voraussetzung für die Listungen (Präambel der Vereinbarung). Eine Neubewertung der aufgenommenen Krankenhausstandorte nach der Vereinbarung der Liste zum 30. Juni 2019 ist vertraglich ausgeschlossen (§ 1 Absatz 1 Satz 5 Vereinbarung). Hiernach ist es für die Zahlung der 400 000 € in 2020 nicht relevant, ob ein Haus, das zum 30. Juni 2019 die Voraussetzung des G-BA erfüllt und gelistet wurde, zu einem späteren Zeitpunkt, zum Beispiel unterjährig in 2020, diese Voraussetzungen nicht mehr erfüllt. Die gelisteten Krankenhausstandorte erhalten nach der Vereinbarung in 2020 einen Zuschlag je voll- und teilstationären Fall (§ 1 Absatz 1 Satz 2 Vereinbarung). Die Höhe des Zuschlags ergibt sich aus der Division des Gesamtbeitrags von 400 000 € durch die Zahl der vereinbarten voll- und teilstationären Fälle des Krankenhauses im jeweiligen Vereinbarungszeitraum. Wird die Budgetvereinbarung erst später, d. h. erst während des Kalenderjahres (zum Beispiel 2020) geschlossen, wird der Zuschlag bezogen auf die restlichen Fälle des Standortes berechnet (§ 3 Vereinbarung). Gemeint sind alle Fälle des Standortes und nicht nur diejenigen, die in den vorzuhaltenden bedarfsnotwendigen Einheiten erbracht werden. Veränderungen in den bedarfsnotwendigen Vorhaltungen werden erst im Folgejahr relevant.

Vereinbart wurde zwischen den Vertragsparteien, dass der zusätzliche Finanzierungsbetrag in Höhe von (jeweils) 400 000 € ein Entgelt für allgemeine Krankenhausleistungen gemäß § 7 Absatz 1 Nr. 4 KHEntgG ist und entsprechend zu berücksichtigen ist (§ 1 Absatz 3 Vereinbarung). Bei der Vereinbarung der

Landesbasisfallwerte sind daher diese zusätzlichen Zuschläge mindernd zu berücksichtigen (§ 10 Absatz 3 Nr. 6 i.V.m. § 7 Absatz 1 Nr. 4 KHEntgG) (soweit die Leistungen bisher durch den Basisfallwert finanziert worden sind, was bei allgemeinen Krankenhausleistungen der Fall ist).

## 12. Rechtsfragen

Diese Regelungen des Gesetzgebers und die getroffene Vereinbarung zu deren Umsetzung geben zu einigen Anmerkungen Anlass.

Eine Kompetenz zum Abschluss dieser Vereinbarung auf Bundesebene besteht, abgesehen von der Listung selbst, nicht. Auch die Vertragspartner auf Bundesebene können Verträge mit bindender Wirkung für ihre Mitglieder nur insoweit vereinbaren, als sie hierzu gesetzlich ermächtigt sind. Das ist außer der eigentlichen Listung nicht der Fall. Verbindliche Wirkung gegenüber den Häusern und den Kostenträgern haben die Inhalte dieser „Auslegungshinweise“ daher nicht. Verbindlich festgelegt von den Vertragspartnern auf Bundesebene wird „mit Wirkung für die Vertragsparteien nach § 11“ nur (§ 9 Absatz 1 Satz 1 KHEntgG), welche der Plankrankenhäuser die Voraussetzungen des § 136c Absatz 3 Satz 2 SGB V i.V.m. Sicherstellungszuschläge-Regelungen des G-BA erfüllen. Die Aufnahme in die Liste erfolgt nach Prüfung der materiellen Voraussetzungen durch den GKV-SV und die DKG gemeinsam. Diese Listung ist nicht eine Ansammlung von – derzeit – 120 Einzelfallentscheidungen, sondern vielmehr eine verbindliche Vereinbarung der Vertragspartner darüber, welche der in Betracht kommenden Häuser die materiellen Voraussetzungen erfüllen. Diese Vereinbarung wirkt einmal zwischen den Vertragsparteien, erfolgt aber vor allem kraft Gesetzes „mit verbindlicher Wirkung“ gegenüber den begünstigten (und nicht begünstigten) Krankenhäusern und Kostenträgern im Land. Die Listung ist nach der Konzeption des Gesetzgebers demnach ein Normsetzungs- oder Normvertrag (vergleiche hierzu beispielsweise Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Auflage 2018, § 8 Rdnr. 2).

Der Gesetzgeber des Pflegepersonalstärkungsgesetzes vom 11. Dezember 2018 (BGBl. I, Seite 2394) hat eine „zusätzliche Finanzierung“ geregelt für die Häuser, die von den Vertragspartnern auf Bundesebene gelistet worden sind, weil sie die Voraussetzungen der Sicherstellungszuschläge-Regelungen des G-BA gemäß § 136c Absatz 3 Satz 2 SGB V erfüllen (§ 5 Absatz 2a, § 9 Absatz 1a Nr. 6 KHEntgG). Ein Vorjahresdefizit ist für diese Häuser, anders als in der allgemeinen Regelung des § 5 Absatz 2 Satz 4 KHEntgG vorgesehen, nicht erforderlich. Davon gehen die Auslegungshinweise der Vertragspartner auf Bundesebene zutreffend aus (Präambel). Die ab 2020 gesetzlich vorgesehene zusätzliche Finanzierung i.H.v. 400 000 € ist also eine spezielle, pauschale Finanzierungsregelung, die einen Sicherstellungszuschlag nach den allgemeinen Regelungen nicht ausschließt. Ein Haus, das ein Vorjahresdefizit ausweist und dessen strukturelles Defizit für die vorzuhaltenden Leistungen diese 400 000 € im Jahr übersteigt, kann also für den überschie-



ßenden Betrag im selben Jahr einen – ergänzenden – Sicherstellungszuschlag nach § 5 Absatz 2 KHEntgG beanspruchen, ohne dass insoweit die Erfüllung der Voraussetzungen der Sicherstellungszuschlags-Regelungen des G-BA nochmals nachzuweisen wären. Nach der hier vertretenen Auffassung dürfte das auch dann gelten, wenn ein Haus zum Beispiel nur eine der bedarfsnotwendigen Leistungseinheiten vorhält.

Die Prüfung der Voraussetzungen des G-BA durch die Vertragspartner hat ergeben, dass 120 Häuser gefördert werden (Das Krankenhaus 8/2019, Seite 634). Eine zahlenmäßige Begrenzung der aufnehmbaren Häuser sieht das Gesetz nicht vor, es können also auch mehr (oder weniger) Häuser als 120 in die Liste aufgenommen werden. Krankenhäuser, die (nach ihrer Einschätzung) zu Unrecht nicht gelistet wurden, obwohl sie die Voraussetzungen der Vorgaben des G-BA zu § 136c Absatz 3 Satz 2 SGB V erfüllen, können den Anspruch auf zusätzliche Finanzierung in Höhe von 400 000 € gerichtlich geltend machen.

Das führt zu der abschließenden Frage, auf welchem Rechtsweg und mit welchem Ziel ein derartiges Begehren verfolgt werden kann. Eine Klage gegen die Kassen (gemeinsam) als Kostenträger vor den Sozialgerichten auf Zahlung von 400 000 € in 2020 dürfte daran scheitern, dass das klagende Haus bisher gerade nicht gelistet ist und die Krankenkassen zu einer Entscheidung darüber, ob das klagende Haus auf die Liste aufzunehmen ist, gerade nicht befugt sind. Naheliegender ist daher eine Klage des Hauses vor den Verwaltungsgerichten gegen die DKG und den GKV-SV (gemeinsam) mit dem Ziel, eine Listung des Hauses zu erreichen. Dies könnte erfolgen als Klage auf Feststellung, dass das Haus hätte aufgenommen werden müssen oder – weitergehender – als (Leistungs)klage auf Aufnahme auf die Liste durch eine entsprechende vertragliche Regelung.

### 13. Schluss

Was ist nun die Quintessenz dieser Überlegung? Offensichtlich ist, dass das Institut des Sicherstellungszuschlags in der Fassung des Krankenhausstrukturgesetzes vom 10. Dezember 2015 (BGBl. I., Seite 2229) mit der Forderung nach dem Nachweis eines Vorjahresdefizits des ganzen Hauses zu eng angelegt ist. Darauf ist in den damaligen Beratungen schon hingewiesen worden. Sonst könnte derselbe Gesetzgeber des Pflegepersonalstärkungsgesetzes vom 11. Dezember 2018 (BGBl. I., Seite 2394) mit der hier dargestellten Regelung nicht auf die – richtige – Idee gekommen sein, eine pauschale und deswegen wenig zielgenaue Finanzierungsregelung vorzusehen, die ohne den Nachweis eines Vorjahresdefizits auskommt. Diese Frage sollte daher bei der Grundregelung noch einmal überprüft werden. Schließlich bedarf es noch einmal der Erörterung, was genau bezogen auf den flächendeckenden Versorgungsbedarf der Bevölkerung die bedarfsnotwendigen Vorhaltungen sind. Es könnte sein, dass der G-BA bei seiner Beschlussfassung über das Ziel des Gesetzgebers deutlich hinausgeschossen ist. Ganz grundsätzlich stellt sich vor dem Hintergrund der Strukturprobleme sog. „Kleiner Häuser“ als Träger bedarfsnotwendiger Leistungsangebote für eine flächendeckende Versorgung in strukturschwachen Gebieten die Frage, ob der ausschließlich entgeltrechtliche Ansatz nicht mit dem Ziel einer Förderung bedarfsnotwendiger Vorhaltungen unter Einbeziehung ambulanter Leistungsangebote weiterentwickelt werden sollte.

### Anschrift des Verfassers

*Dr. Ulrich Orlowski, Ministerialdirektor a.D., Rechtsanwalt in der Kanzlei Dr. Halbe Rechtsanwälte Medizinrecht, Im Mediapark 6 A, 50670 Köln*

## DKG: Schutz der Helfer ist ein gutes politisches Signal

Die Bundesregierung verstärkt ihren Kampf gegen Hasskriminalität: Das Kabinett hat einen Gesetzentwurf zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität beschlossen, der neue Regeln und Strafverschärfungen auch im Falle von Gewalt gegen Beschäftigte in Rettungsstellen und Notaufnahmen vorsieht.

Die Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG) begrüßt die Pläne der Bundesregierung, auch das Personal in Notaufnahme und im Rettungsdienst besser vor Übergriffen zu schützen. Mit der gesetzlichen Änderung wird einer Situation Rechnung getragen, die für viele Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter immer problematischer wird und für die Kliniken hoch belastend ist. Dies hatte auch das Krankenhausbarometer des Deutschen Krankenhausinstituts (DKI) im vergangenen Jahr deutlich gezeigt. „Knapp

60 % der Kliniken gaben an, dass die Anzahl der Übergriffe von Patienten, Angehörigen, Begleitern oder Besuchern in den letzten fünf Jahren gestiegen ist. Diese Zahlen machen sehr deutlich, dass hier gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht“, so DKG-Hauptgeschäftsführer **Georg Baum**.

Die Übergriffe beziehen sich auf alle Mitarbeitergruppen, am meisten auf den Pflegedienst. 32 % der Kliniken gaben an, dass Übergriffe auf Pflegedienstmitarbeiter häufig stattfinden. „Das ist ein nicht hinnehmbarer Zustand. Als Krankenhäuser setzen wir alles um, was in unserer Macht steht, um Übergriffe zu verhindern und Mitarbeiter zu schützen. Der schärfere gesetzliche Rahmen ist ein gutes Zeichen. Gewalt gegen Mitarbeiter kann auf dieser Grundlage konsequent geahndet werden“, so Baum.