

RA Dr. Thomas Vollmöller

Krankenhausrettungsschirm 2.0

Die neue Freihaltepauschale nach § 21 Absatz 1a KHG

Die Covid-19-Pandemie stellt die Krankenhäuser seit dem März 2020 vor große Herausforderungen. So müssen vor dem Hintergrund zeitweise exponentiell ansteigender Fallzahlen insbesondere intensivmedizinische Behandlungskapazitäten für schwer erkrankte Covid-19-Patienten freigehalten werden. Die Freihaltung von Bettenkapazitäten ist jedoch mit gravierenden Erlösverlusten verbunden, weshalb die Krankenhäuser auf Ausgleichszahlungen angewiesen sind.

Hintergrund und Gesetzgebungshistorie

1. COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz

Der Gesetzgeber hat dieses Problem frühzeitig erkannt und bereits mit dem COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz vom 27. März 2020¹⁾ Freihaltepauschalen eingeführt. Diese waren sehr unbürokratisch geregelt und bewirkten einen schnellen und effektiven Liquiditätszufluss. Damit korrespondierte allerdings eine gewisse Zielungenauigkeit. Alle zugelassenen Krankenhäuser, unabhängig davon, ob sie Covid-19-Patienten überhaupt behandelten, kamen ab dem 16. März 2020 in den Genuss einer Freihaltepauschale in Höhe von 560 € pro Tag und Bett im Vergleich zur jahresdurchschnittlichen Belegung 2019 (§ 21 Absatz 3 KHG). Inzwischen wird hinterfragt, ob diese pauschale Regelung sachgerecht war. Trotz aller Kritik erfüllte die Freihaltepauschale aber ihren Zweck: Die Krankenhäuser hatten in wirtschaftlicher Hinsicht den Rücken frei, die Versorgung von Covid-19-Fällen sicherzustellen. Im Übrigen hatte die Deutsche Krankenhausgesellschaft seinerzeit einen anderen Vorschlag zur Bewältigung der Pandemie unterbreitet, nämlich gesicherte Zahlungen auf Basis des Gesamtbetrages 2019 bzw. des zuletzt vereinbarten Gesamtbetrages zuzüglich der jeweiligen Grundlohnratens (Veränderungswerte)²⁾.

2. COVID-19-Ausgleichszahlungs-Anpassungs-Verordnung

Durch die auf der Grundlage von § 23 Nr. 2 KHG erlassene COVID-19-Ausgleichszahlungs-Anpassungs-Verordnung vom 3. Juli 2020³⁾ wurden die Freihaltepauschalen für den Zeitraum ab 13. Juli 2020 nachgeschärft, indem nunmehr der Höhe nach differenzierte Ausgleichszahlungen erfolgten. An dem einfachen und unbürokratischen Auszahlungsverfahren änderte sich aber nichts. Die Regelung endete mit Ablauf des 30. September 2020.

3. Drittes Bevölkerungsschutzgesetz

Leider stellt sich wenige Wochen nach Auslaufen der Regelung zu den Ausgleichszahlungen vor dem Hintergrund der zweiten Infektionswelle erneut die Notwendigkeit, Freihaltepauschalen zu regeln. Auf Basis eines Vorschlags des Beirats nach § 24 KHG hat der Gesetzgeber durch das Dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18. November 2020⁴⁾ eine Neurege-

lung eingeführt, die nunmehr in das andere Extrem umschlägt. Statt nach dem „Gießkannenprinzip“ Freihaltepauschalen an alle zugelassenen Krankenhäuser auszuschütten, wird nunmehr nach einem äußerst komplizierten Verteilungsmodus vorgegangen. Der neue Krankenhausrettungsschirm wird dadurch nicht nur löchrig, sondern vor allem sehr volatil und unberechenbar. Wie im Folgenden dargelegt wird, ist die finanzielle Stabilität und Planungssicherheit der Kliniken dadurch ernsthaft gefährdet.

Neuregelung in § 21 Absatz 1a KHG

1. Bestimmung der Krankenhäuser durch die Krankenhausplanungsbehörde

Anders als bislang erhalten nicht mehr alle zugelassenen Krankenhäuser, die zur Erhöhung der Verfügbarkeit von betreibbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten planbare Aufnahmen, Operationen oder Eingriffe verschieben oder aussetzen, Ausgleichszahlungen aus der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds, sondern nur noch diejenigen, die von der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde (Planungsbehörde) hierfür bestimmt worden sind (§ 21 Absatz 1a Satz 1 KHG). Die Regelung gilt vom 18. November 2020 bis zum 31. Januar 2021. Für die Bestimmung der begünstigten Krankenhäuser gelten die in § 21 Absatz 1a Satz 2 und 4 KHG geregelten Voraussetzungen:

a) 7-Tage-Inzidenz über 70 je 100 000 Einwohnerinnen und Einwohner

Grundvoraussetzung ist gemäß § 21 Absatz 1a Satz 2 KHG, dass die 7-Tage-Inzidenz der Coronavirus-SARS-CoV-2-Fälle in dem betreffenden Landkreis oder der kreisfreien Stadt bei über 70 je 100 000 Einwohnerinnen und Einwohner liegt. Unterhalb dieses Schwellenwertes scheiden Freihaltepauschalen aus.

b) Unter 25 Prozent freie betreibbare intensivmedizinische Behandlungskapazitäten

Ferner ist zwingende Voraussetzung, dass der Anteil freier betreibbarer intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten im betreffenden Landkreis oder in der kreisfreien Stadt unter 25 Prozent liegt. Ein intensivmedizinischer Behandlungsplatz gilt nach der Gesetzesbegründung als betreibbar in einer be-

stimmten Versorgungsstufe (Low-care, High-care, Extrakorporale Membranoxygenierung, kurz ECMO), wenn entsprechend der Versorgungsstufe jeweils ein vorgesehener Raum, funktionsfähige Geräte und Material pro Bettenplatz, Betten und eine personelle Besetzung mit pflegerischem und ärztlichem Fachpersonal vorhanden sind und eingesetzt werden können⁵⁾.

Zur Feststellung des Prozentanteils übermittelt das Robert Koch-Institut (RKI) gemäß § 21 Absatz 1a Satz 8 KHG an die Planungsbehörden wöchentlich für die Landkreise, kreisfreien Städte und die Stadtbezirke der drei Stadtstaaten eine tagesbezogene Übersicht über das Verhältnis der im Durchschnitt der der Übermittlung vorausgehenden sieben Tage freien betriebsfähigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten zu den insgesamt betriebsfähigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten. Datengrundlage sind die von den Krankenhäusern an das DIVI-Intensivregister übermittelten Angaben.

Ergibt sich danach, dass der Anteil freier betriebsfähiger intensivmedizinischer Behandlungskapazitäten in dem Landkreis oder der kreisfreien Stadt in einem ununterbrochenen Zeitraum von sieben Tagen durchschnittlich unter 25 Prozent liegt, kann die Planungsbehörde Krankenhäuser in dem Landkreis oder in der kreisfreien Stadt bestimmen, die Ausgleichszahlungen erhalten. Es dürfen allerdings nur solche Krankenhäuser bestimmt werden, die einen Zuschlag für die **Teilnahme an der umfassenden oder erweiterten Notfallversorgung** gemäß § 9 Absatz 1a Nr. 5 KHEntG für das Jahr 2019 oder 2020 vereinbart haben oder eine Versorgungsstruktur aufweisen, die mindestens den Anforderungen des G-BA für eine Teilnahme an der erweiterten Notfallversorgung entspricht (§ 21 Absatz 1a Satz 2 Nr. 1 KHG)⁶⁾.

Gibt es kein Krankenhaus, das diese Voraussetzungen erfüllt, kann die Planungsbehörde Krankenhäuser in den angrenzenden Landkreisen oder kreisfreien Städten bestimmen, die die oben genannten Voraussetzungen erfüllen; in begründeten Ausnahmefällen kann sie auch Krankenhäuser bestimmen, die die Kriterien nach § 21 Absatz 1a Satz 2 Nr. 2 KHG erfüllen (§ 21 Absatz 1a Satz 4 KHG).

Die anderen Krankenhäuser der Region können nach der Gesetzesbegründung weiterhin für die stationäre Regelversorgung von Patienten zur Verfügung stehen⁷⁾.

c) Unter 15 Prozent freie betriebsfähige intensivmedizinische Behandlungskapazitäten

Liegt der Anteil der freien betriebsfähigen intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten unter 15 Prozent, kann die Planungsbehörde nachrangig zu den Krankenhäusern nach Nummer 1 und nachrangig zu Krankenhäusern in den angrenzenden Landkreisen oder kreisfreien Städten, die die Voraussetzungen nach Nummer 1 erfüllen, weitere Krankenhäuser im Landkreis oder in der kreisfreien Stadt bestimmen, die Ausgleichszahlungen nach Satz 1 erhalten. Hierfür ist jedoch Voraussetzung, dass diese einen Zuschlag für die **Teilnahme an der Basisnotfallversorgung** für das Jahr 2019 oder 2020 vereinbart haben (§ 21 Absatz 1a Satz 2 Nr. 2 KHG).

d) Auswahlentscheidung

Die Krankenhäuser nach § 21 Absatz 1a Satz 2 und 4 KHG sind unter Berücksichtigung der regionalen Gegebenheiten grundsätzlich nach dem Umfang ihrer intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten und ihrer Erfahrung in der intensivmedizinischen Beatmungsbehandlung zu bestimmen (§ 21 Absatz 1a Satz 5 KHG).

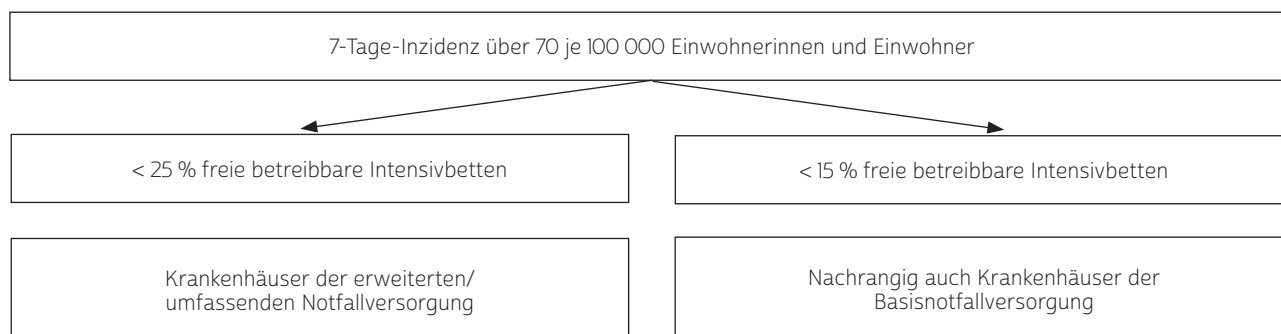
2. Befristung der Ausgleichszahlungen

Sind die Voraussetzungen zur Inzidenz und den Intensivbettenkapazitäten 14 Tage in Folge nicht mehr erfüllt, hat die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde die Bestimmung am 15. Tag aufzuheben (§ 21 Absatz 1a Satz 6 KHG). Der Anspruch auf Ausgleichszahlung endet dann 14 Tage nach dieser Aufhebung (§ 21 Absatz 1a Satz 7 KHG).

3. Abrechnungssystematik und -verfahren

Die Abrechnungssystematik und die Höhe der Ausgleichszahlungen entsprechen grundsätzlich den bisherigen Regelungen. Die vom Land bestimmten Krankenhäuser erhalten aber nur Ausgleichszahlungen für 90 Prozent der freien Kapazitäten im Vergleich zur Auslastung in 2019 (§ 21 Absatz 2a Satz 2 KHG). Durch die Begrenzung soll eine Steuerungswirkung dahingehend erzielt werden, dass stationäre Behandlungskapazitäten möglichst nur in bedarfsgerechtem Umfang freigehalten werden⁸⁾. Neu ist ferner, dass die Länder zu einer Prüfung der von

Abbildung: Voraussetzungen für die Freihaltepauschalen nach § 21a KHG (vereinfacht)



den Krankenhäusern ermittelten Beträge verpflichtet werden (§ 21 Absatz 2a Satz 3 KHG). Hierdurch soll ausgeschlossen werden, dass unplausible oder unbegründete Meldungen an das Bundesamt für Soziale Sicherung weitergegeben werden⁹⁾.

Offene Rechtsfragen und Bewertung

1. Fehlende Planungssicherheit und hoher Bürokratieaufwand

Die Bestimmung der Krankenhäuser durch die Krankenhausplanungsbehörde hängt von einer Reihe von Voraussetzungen ab, die die Krankenhäuser nur schwer vorhersehen können. Hierzu gehören insbesondere die 7-Tage-Inzidenz und der Anteil der freien betreibbaren intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten. Das Freihalten von Betten erfordert eine gewisse Vorlaufzeit. Es können nicht von heute auf morgen elektive Behandlungen abgesagt werden. Das Krankenhaus kann nur dann mit den Freihaltepauschalen rechnen, wenn die 7-Tage-Inzidenz über 70 ist und gleichzeitig weniger als 25 Prozent bzw. 15 Prozent der intensivmedizinischen Behandlungskapazitäten frei und betreibbar sind. Damit wird die Planungssicherheit der Krankenhäuser massiv eingeschränkt. Zudem sind die Regelungen nur mit einem extrem hohen bürokratischen Aufwand umsetzbar.

2. Mögliche Benachteiligung von Covid-Schwerpunktversorgern und Versorgungsverbänden

Ferner ist in Metropolregionen regelmäßig eine Vielzahl von Krankenhäusern an der Covid-19-Versorgung beteiligt. Es kommt aber vor, dass nicht alle Krankenhäuser gleichmäßig mit Covid-19-Patienten belegt werden. Gerade in der zweiten Welle zeigt sich etwa, dass in Großstädten nicht alle Stadtteile gleichermaßen von der Pandemie betroffen sind. Letzteres kann zur Folge haben, dass bezogen auf die gesamte kreisfreie Stadt zwar mehr als 25 Prozent der Intensivkapazitäten frei betreibbar sind, einzelne Krankenhäuser aber deutlich weniger freie Kapazitäten haben. Hier wird es auf eine „gerechte“ Verteilung der Patienten ankommen, was in der Praxis allerdings nicht immer leicht sein wird. Zu Recht haben die Länder Niedersachsen, Hamburg, Hessen, Saarland und Sachsen eine Protokollklärung abgegeben, wonach die beschlossenen Regelungen „dazu führen, dass vielfach vorhandene Versorgungsverbände nicht berücksichtigt werden und regional vereinbarte, zum Teil länderübergreifende Unterstützungsnetzwerke – insbesondere bei den Maximalversorgern – in ihrer Zusammenarbeit und gegenseitigen Solidarität beeinträchtigt werden“¹⁰⁾.

3. Zu niedriger Schwellenwert für Basisversorger

Für Krankenhäuser, die an der Basisnotfallversorgung teilnehmen und regelmäßig über kleinere Intensivstationen verfügen, kann sich der äußerst niedrige Schwellenwert von 15 Prozent als Problem darstellen. Dieser kann vielfach erst erreicht sein, wenn nur noch sehr wenige Intensivbetten frei sind. So ist aus Infektionsschutzgründen regelmäßig eine bauliche Trennung der Intensivbereiche erforderlich für Covid-19- und sonstige Pa-

tienten. Die Intensivbetten für die sonstigen Patienten können grundsätzlich nicht zu 100 Prozent belegt werden, da es mindestens eines Reservebettes bedarf. Damit kommt die Klinik trotz der Belegung mit Covid-19-Patienten schnell zu einem Anteil von über 15 Prozent freien Intensivkapazitäten. Sind zum Beispiel von fünf Covid-19-Betten nur drei belegt und von den sonstigen 10 nur 9 Betten, sind schon mehr als 15 Prozent der Betten frei. Letzteres zeigt, dass in Landkreisen, in denen nur Häuser der Basisnotfallversorgung vorhanden sind, auch ein Schwellenwert von 25 Prozent gelten sollte.

4. Verknüpfung mit den G-BA-Regelungen zur Notfallversorgung

Nicht sachgerecht ist auch die Anknüpfung an die Regelungen des G-BA zu einem gestuften System von Notfallstrukturen in Krankenhäusern gemäß § 136c Absatz 4 SGB V. Zwar halten Krankenhäuser, die nach diesem Notfallstufensystem der umfassenden (Stufe 3) oder erweiterten (Stufe 2) Notfallversorgung zuzuordnen sind, eine besondere intensivmedizinische Versorgungsstruktur vor¹¹⁾. Im Einzelfall kann die Zuordnung zur erweiterten oder umfassenden Notfallversorgung aber von Voraussetzungen abhängen, die in ihrer Auslegung sehr umstritten sind und mit der Versorgung von Covid-19-Patienten eher wenig zu tun haben. So wurden unter anderem Schiedsstellenverfahren zur Frage durchgeführt, unter welchen Voraussetzungen einem Krankenhaus die Genehmigung einer Hubschrauberlandestelle versagt bleibt und ob die telemedizinische Befundung von MRT-Untersuchungen den Anforderungen der G-BA-Richtlinie entspricht. In Verbindung mit den Prozentsätzen hinsichtlich der freien Intensivkapazitäten führt diese Beschränkung dazu, dass die Zahl der für eine Freihaltepauschale in Betracht kommenden Kliniken trotz hoher Inzidenz sehr gering sein kann. So wären beispielsweise in Niedersachsen in der 46. Kalenderwoche von den maximal 100 Krankenhäusern, die höchstens von den Ausgleichszahlungen profitieren könnten, weil sie an der Notfallversorgung teilnehmen, nur rund 20 Häuser für die Ausgleichszahlungen in Betracht gekommen¹²⁾.

5. Strittige Berechnung des Referenzwertes

Bei der Umsetzung der bisherigen Freihaltepauschalen stellte sich die Frage, ob der Referenzwert nach § 21 Absatz 2 Satz 1 KHG, also die durchschnittliche Belegung des Jahres 2019, in Fällen angepasst werden darf, in denen die Belegung nicht repräsentativ war, etwa aufgrund der Inbetriebnahme neuer Fachabteilungen und/oder Planbetten im Jahr 2020. Die von der Selbstverwaltung auf Bundesebene abgeschlossene Ausgleichszahlungsvereinbarung nach § 21 Absatz 7 KHG hatte dies empfohlen. Zu dieser Frage ist inzwischen in verschiedenen Bundesländern eine ganze Reihe von Klageverfahren anhängig. Der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber insoweit wohl auf eine Änderung der Ausgleichszahlungsvereinbarung hinwirken will. So heißt es, dass durch die Änderung in § 21 Absatz 7 KHG die Verpflichtung der

Vertragsparteien auf Bundesebene zum Abschluss einer Vereinbarung über den Nachweis der freigehaltenen Bettenkapazitäten im Vergleich zu dem in § 21 Absatz 2 Satz 1 KHG „abschließend“ geregelten Referenzwert aktualisiert wird¹³⁾.

6. Verknüpfung mit der PPUGV

Bei Krankenhäusern, die Ausgleichszahlungen erhalten, gilt das Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Satz 1 Nr. 2 Pflegepersonaluntergrenzen-Verordnung für das Jahr 2021 (PPUGV 2021) als nachgewiesen (§ 21 Absatz 2a Satz 6 KHG). Zwar ist dies zu begrüßen, jedoch sollte die PPUGV – wie im Frühjahr – ganz ausgesetzt werden. Es erscheint widersprüchlich, dass diejenigen Krankenhäuser, die Freihaltepauschalen erhalten, von der PPUGV freigestellt sind, während die Kliniken, die keine Freihaltepauschale erhalten, an die ausgeweitete und verschärfte PPUGV 2021 gebunden sind.

7. Rechtsschutz

Die Bestimmung der Krankenhäuser, die die Freihaltepauschalen erhalten, wird durch § 21 Absatz 1a KHG der jeweils zuständigen Krankenhausplanungsbehörde zugewiesen. Die Bestimmung erfolgt damit durch einen Verwaltungsakt. Wie oben dargelegt, ist die Bestimmung an Voraussetzungen gebunden, die im Einzelfall durchaus strittig sein können, wie etwa die Frage, ob ein Krankenhaus eine Versorgungsstruktur aufweist, die mindestens den Anforderungen des G-BA für eine Teilnahme an der erweiterten Notfallversorgung entspricht (§ 21 Absatz 1a Satz 2 Nr. 1 KHG). Auch die Auswahlentscheidung nach § 21 Absatz 1a Satz 5 KHG kann Konflikte hervorrufen, etwa wenn es um die Erfahrung in der intensivmedizinischen Beatmungsbehandlung geht.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Krankenhäuser bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Bestimmung durch die Planungsbehörde haben, der im Wege der Verpflichtungsklage vor dem Verwaltungsgericht durchgesetzt werden kann, ggf. auch unter Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes. Hiergegen könnte sprechen, dass die Regelung des § 21 Absatz 1a Satz 2 Nr. 1 KHG als „Kann“-Bestimmung formuliert ist. Letzteres könnte zusammen mit der in § 21 Absatz 1a Satz 5 KHG geregelten Auswahlentscheidung dafür sprechen, dass der Planungsbehörde sowohl ein Entschließungs- als auch ein Auswahlermessen eingeräumt wurde. Ein gebundener Rechtsanspruch würde dann nur im Fall einer sog. Ermessensreduzierung auf Null vorliegen, beispielsweise wenn in einem Landkreis die Inzidenz über 70 läge, der Anteil der freien Betten kleiner 25 Prozent wäre und kein anderes Krankenhaus in Betracht käme.

Fazit und Ausblick

Die neuen Freihaltepauschalen sind mit einem hohen administrativen Aufwand und wenig Planungssicherheit verbunden. Das vom Beirat nach § 24 KHG verfolgte Kaskadenprinzip schränkt den Kreis der in den Genuss der Freihaltepauschalen kommenden Krankenhäuser sehr stark ein und wird der Bedeu-

tung der Krankenhäuser der Basisversorgung für die Betreuung von Covid-19-Patienten nicht gerecht. Es bedarf daher dringend zusätzlicher Unterstützungsmaßnahmen für die Krankenhäuser, insbesondere der Fortführung des Gesamtjahreserlösausgleiches nach § 21 Absatz 10 und 11 KHG auch für das Jahr 2021.

Anmerkungen

- 1) BGBl. I Seite 580.
- 2) Siehe Bunzemeier/Fiori/Roeder/Heumann, Das Krankenhaus 2020, Seite 307 ff.
- 3) BGBl. I Seite 1556.
- 4) BGBl. I Seite 2397.
- 5) BT-Drs. 19/24334, Seite 84.
- 6) Gemäß § 21 Absatz 1a Satz 3 KHG entfaltet diese Feststellung aber keine bindende Wirkung für die Vertragsparteien der Entgeltvereinbarung auf Ortsebene. Zur Unterstützung der Planungsbehörden beabsichtigt der Spitzenverband Bund der Krankenkassen die Veröffentlichung eines Katalogs der Krankenhäuser, die nach einer Folgenabschätzung nach dem Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 136c Absatz 4 SGB V einer Notfallstufe zuzuordnen sind.
- 7) BT-Drs. 19/24334, Seite 84.
- 8) BT-Drs. 19/24334, Seite 85.
- 9) BT-Drs. 19/24334, Seite 85.
- 10) BR-Plenarprotokoll 996, Seite 468.
- 11) So die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/2344, Seite 84.
- 12) Pressemitteilung des Niedersächsischen Ministeriums für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung vom 18. November 2020.
- 13) BT-Drs. 19/24334, Seite 86.

Anschrift des Verfassers

RA Dr. Thomas Vollmöller, Seufert Rechtsanwälte Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Residenzstraße 12, 80333 München

Im Interesse einer besseren Lesbarkeit verzichten wir darauf, ausdrücklich geschlechtsspezifische Personenbezeichnungen zu differenzieren. Die gewählte männliche Form schließt die entsprechende weibliche Form gleichberechtigt ein.