
Der Gesundheitsgewährleistungsstaat: Staatstheoretische und verfassungsrechtliche Überlegungen

Wolfram Höfling

I. Staatsbilder – ein Problemaufriss

Die „Rolle des Staates“ steht im Mittelpunkt dieses Themenblocks. Mein Beitrag ist dem „Gesundheitsgewährleistungsstaat“ – eigentlich ein ebensolches Unwort wie „Gesundheitsreform“ – gewidmet. Der „Gewährleistungsstaat“ ist ein überaus erfolgreicher Schlüsselbegriff der neueren Staats- und Verwaltungsrechtslehre geworden, der einen grundlegenden Wandel der Rolle des Staates beschreiben soll. Ein neues „Staatsbild“ wird assoziiert und damit – nebenbei bemerkt – die klassische Ikonophobie der Rechtswissenschaft relativiert, die zurückreicht bis ins 7. vorchristliche Jahrhundert, als Drakon die Oralität der griechischen Dispute und die Bilder durch die Verschriftlichung des Rechts beenden wollte.¹

Der Begriff lässt sich durchaus einfügen in gängige Ordnungsmuster von Staatstypen und korrespondierenden Bürgertypen, also etwa:

- Obrigkeitsstaat und Untertan,
- liberaler Staat und Bourgeois,
- Sozialstaat und Konsument,
- schlanker Staat und Kunde,²
- und jetzt eben: Gewährleistungsstaat und Akteur.

Im zyklischen Auf und Ab der mit den eben genannten Staatstypen verknüpften Aufgabenfülle markiert der Ge-

währleistungsstaat einen spezifisch geformten neuartigen Typ: Der Staat und seine Untergliederungen beanspruchen nicht mehr – wie früher – die *Erfüllungsverantwortung*, kümmern sich also nicht selbst um die Lebensmittel- und Trinkwasserversorgung, die Energie, den Eisenbahn-, Straßen- und Flugverkehr, Post und Telekommunikation usw., sondern sie ziehen sich unter Initiierung und Begleitung gesellschaftlicher Selbstregulation auf eine *Gewährleistungsverantwortung* zurück.

Angestoßen durch politik- und sozialwissenschaftliche Debatten über das sog. Staatsversagen, flankiert durch europarechtliche Strategien der Wettbewerbspolitik und angetrieben durch betriebswirtschaftlich-verwaltungswissenschaftliche Steuerungsmodelle zur Effizienzsteigerung konnte sich in Zeiten der fiskalischen Dauerkrise das Bild der Rolle des Staates verändern: Der Staat weist – wie bereits erwähnt – die Realisierungsverantwortung im Blick auf die Verwirklichung des Gemeinwohls zunehmend Privaten zu. Mit ihrer an privatwirtschaftlicher Effizienzlogik geschärften Kompetenz, so wird unterstellt, vermögen diese die dem Gemeinwohl dienenden Aufgaben besser als der hoheitlich regierende Staat zu erfüllen. Der Staat steht zwar noch auf der Bühne, die Hauptrolle spielen jedoch andere. Der Grundmodus seiner Aufgabenwahrnehmung zielt auf die Organisation, Förderung und Optimierung von Märkten und Wettbewerbsstrukturen, denen Gesetzgeber und Verwaltung aber zugleich eine – wenn man so will: intrinsische – Fähigkeit zur sozialgerechten Selbstorganisation absprechen.³

Die Gewährleistungsverantwortung des Staates ist damit nicht nur eine Verantwortung für das instrumentelle Funktionieren der privaten Akteure. Der Begriff verweist zugleich auf ein normatives Ordnungskonzept, das den Wettbewerb und den verfassungsmäßig vorgegebenen sozialstaatlichen Anspruch zum Ausgleich bringen will.⁴

II. Soziale Sicherungssysteme im Gesundheits- gewährleistungsstaat

Die Diskussion hat seit einigen Jahren – inzwischen mit erheblichem Druck – auch die Sozialsysteme und damit das Gesundheitswesen erfasst: GesundheitsökonomInnen erscheint das deutsche Modell bereits seit langem als ein „absonderliches Sozialmodell“.⁵ Die ökonomischen Probleme der „bedeutendste(n) institutionelle(n) Erfindung“⁶ des empirisch-historisch verstandenen Sozialstaates als der deutschen Variante der internationalen Wohlfahrtsstaatlichkeit, nämlich der Sozialversicherung und insbesondere der gesetzlichen Krankenversicherung, haben seit den Siebzigerjahren mit zunehmender Dynamik dazu geführt, dass das Gesundheitswesen zum Gegenstand eines politischen Großexperiments gleichsam am lebenden Objekt geworden ist.⁷

Im Ernst: Es ist Zeit, dass sich auch die Rechtswissenschaft, die sich als Steuerungswissenschaft versteht, um die Herausarbeitung neuer Ordnungsstrukturen und Steuerungsinstrumente bemüht. Insoweit liegt es dann nahe, die Idee der Regulierung als eines sozialen Wettbewerbsermöglichungs- und Stabilisierungsrechts auch auf das Gesundheitswesen zu übertragen. Dessen gewachsenes Chaos ist nämlich immer noch eine einzige Ansammlung ineinander verschlungener Steuerungsinstrumente und – vor allem – Steuerungsdysfunktionalitäten, die nicht Allokationseffizienz, sondern finanzielle Insuffizienz generieren. Die seit Jahrzehnten stabile Instabilität der Finanzlage der GKV spricht insoweit Bände. Gleiches gilt für die Befunde von Fehl-, Unter- und Überversorgung, die in der Tendenz – bei allen sicher notwendigen Differenzierungen – immer noch zutreffen dürften. Nach einem neuen Steuerungsansatz zu suchen, der sich nicht in den letztlich doch immer gleichen Variationen von sog. Strukturreformen er-

schöpft, sondern grundlegend die „Systemfrage“ stellt, ist deshalb unabweisbar.

Ein gewährleistungsstaatlich-regulierungsrechtlicher Blick auf das um die GKV zentrierte Gesundheitswesen könnte nämlich die eingeschliffenen bisherigen Perspektiven umkehren und Ernst machen mit der epidemisch um sich greifenden Wettbewerbsrhetorik. Allzu häufig wird bei den gesundheitspolitischen Pflichtübungen bei näherem Hinsehen aber klar, dass ein Wettbewerb, der die Gesundheitsdienstleister als selbstbestimmte Subjekte ökonomischer Entscheidungsprozesse wahr- und ernst nimmt, dabei nicht gemeint ist. Ein gewährleistungsstaatlich-regulierungsrechtlicher Ansatz würde dagegen die zentrale Rolle der Gesundheitsdienstleister – die Patienten seien zunächst noch einmal ausgeblendet – konzeptionell anerkennen: allerdings nicht blauäugig, sondern sensibel für die negativen Potenziale reiner Wettbewerbsökonomie. Aber das System würde sozusagen vom Kopf auf die Füße gestellt, weil es jene zur Basis macht, ohne die ein Gesundheitssystem nicht funktionieren kann: die Erbringer von sozialen Humandienstleistungen, die Ärzte, die Pflegenden, die Angehörigen psychosozialer Berufe usw. in ihrer berufsgrundrechtlich geschützten Professionalität.

III. Die Krankenhausplanung als Beispiel gesundheits-systemspezifischen Steuerungsversagens

Am Beispiel der Krankenhausplanung sei kurz skizziert, dass das geltende – steuerungsdefizitäre – System dringend der gewährleistungsstaatlichen Neuausrichtung bedarf.

Als Basissteuerung des Behandlungsbedarfs ist die Krankenhausplanung bis heute ihrer Grundstruktur nach dirigistische Infrastrukturverwaltung alten Typs. Politisch-administrative Entscheidungsinstanzen sind es, die am

besten zu wissen meinen, welche Strukturen und Kapazitäten in welcher regionalen Verteilung für eine angemessene Versorgung erforderlich sind. Sie garantieren in Umsetzung dieser Konzeption bestimmten Krankenhäusern exklusive günstige Bedingungen mit dem Ziel, ihnen durch eine im Prinzip planbare Auslastung die Möglichkeit zu schaffen, zu günstigen Preisen Krankenhausbehandlungen zu erbringen.⁸ Dabei kollidiert dieses Modell immer härter mit den neueren Steuerungsprozessen des GKV-Versorgungsrechts. Stichwortartig seien genannt:

- die bundesrechtliche detaillierte Standardisierung der Krankenhausvergütung,
- die Auflösung der Leistungssektoren,
- die Erweiterung der strategischen Optionen der Krankenhausträger zum Einstieg in den Markt für vertragsärztliche Behandlung durch das Instrument des medizinischen Versorgungszentrums.⁹

Auch wenn sich – länderspezifisch unterschiedlich – durchaus Öffnungstendenzen erkennen lassen, ist das Krankenhausplanungsrecht weiterhin traditionellen Strukturen verhaftet. Dabei wird die öffentlich-rechtliche Bedarfsplanung zunehmend durch den Einsatz des Kartellrechts bei Krankenhausfusionen konterkariert. Folgt man der Rechtsauffassung des Bundeskartellamtes, dann ist die Fusion von Krankenhäusern ein isolierbares kartellrechtliches Problem der Wettbewerbsordnung, und zwar des Vorhandenseins marktbeherrschender Unternehmen. Bei der Abgrenzung der entsprechenden Märkte spielt das Krankenhausplanungsrecht keine tragende Rolle als Wertungsgesichtspunkt. Dies führt zu der merkwürdigen Konsequenz, dass das Krankenhausplanungsrecht Versorgungssicherheit planen könnte, dieses Ziel aber nur sehr unfertig realisieren kann, während das Krankenhausfusionskontrollrecht zwar Wettbewerb ordnet, aber einem ganz anderen Wettbewerbsverständnis folgt als das öffentlich-rechtliche Krankenhaus-

recht. Was bleibt, ist eine Gemengelage jeweils unterkomplexer Steuerungsansätze, die sich zwar alle auf das Krankenhaus beziehen, aber das Krankenhaus nur durch die je unterschiedlich tief reichenden Schärfenlinsen der eigenen Brille sehen, also nicht das Gleiche wahrnehmen, obwohl immer nur ein und dasselbe Krankenhaus im Sichtkanal platziert ist. Die prinzipielle Inkompatibilität der beiden Einflussfaktoren ist im Übrigen schon terminologisch indiziert. Wie der Name schon sagt: Krankenhausplanung betrifft den Plan, Fusionskontrolle den Markt.¹⁰

Vor diesem Hintergrund ist eine Krankenhausregulierung aus einer Hand die problemadäquate Alternative. Regulierung aus einer Hand würde voraussetzen, dass eine spezielle Regulierungsbehörde (Regulierungsagentur) die Marktsteuerung in die Hand nimmt, sei es nur für den Krankenhausmarkt, sei es – was gewiss besser wäre – für den gesamten Gesundheitsmarkt. Dass ein solcher Ansatz nicht utopisch ist, zeigt im Übrigen der Blick über die Grenze in Richtung Niederlande, wo eine nationale Regulierungsagentur für das gesamte Gesundheitswesen, die NZa (Nederlandse Zorgautoriteit), existiert. Der Bundesgesetzgeber könnte dann die Regelungen treffen, die für eine bedarfsgerechte flächendeckende und wirtschaftliche Versorgung der GKV-Versicherten notwendig sind. Er könnte darüber hinaus zur Verwirklichung des Konzepts einer markt- und wettbewerbsgesteuerten GKV-Versorgung die Bedarfsplanung zurücknehmen und das Modell ausbauen, welches der Integrierten Versorgung zugrunde liegt. Darüber hinaus könnte er ein Entgeltsystem realisieren, welches faktisch auf eine monistische Finanzierung hinausläufe – „etwa, indem die Krankenhauserentgelte alle Kosten der Krankenhäuser berücksichtigten, wobei dann im Interesse der Wettbewerbsgleichheit die Entlastungen durch Subventionen aus Steuermitteln ebenfalls zu berücksichtigen wären“.¹¹

IV. Die „grundrechtliche Mitte“ des Krankenhauses

Derartige organisations- und verfahrensstrukturelle Überlegungen, die auf eine transparentere und rationalere Neuausrichtung des Krankensektors und des Systems insgesamt zielen, haben indes zu berücksichtigen, dass ihnen lediglich eine akzessorische, eine „dienende“ Funktion zukommt. Der Gewährleistungsstaat bleibt durch die Verfassung verpflichtet auf das, was man „die grundrechtliche Mitte“ des Gesundheitssystems nennen kann.

Neben der bereits kurz angesprochenen berufsfreiheitlichen Dimension, in der es um die professionalitätssichernde Achtung der Eigenlogik der Leistungserbringer im Gesundheitssystem geht, rücken insoweit die Patienten ins Zentrum der Überlegungen. Es wäre nämlich ein Missverständnis, wenn man die Entwicklung eines Gesundheitsgewährleistungsstaates schlicht gleichsetzen würde mit Privatisierung, Deregulierung und ökonomistischer Engführung. Der gewährleistungsstaatlich-regulierungsrechtliche Anspruch setzt zwar auf die selbstregulativen Kräfte der Gesellschaft, ist aber zugleich den grundrechtlichen Schutzgütern der Autonomie des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit bzw. Gesundheit verpflichtet. Dies erfordert ggf. Re-Regulierung, darüber hinaus aber auch legitimatorische Absicherungen und prozedurale Strukturierung der stets zutreffenden existenziellen Allokationsentscheidungen. Dies bedeutet grob skizziert mindestens zweierlei:

1. Anerkennung der Rechtssubjektivität der Patienten

Das geltende GKV-Recht ist weitestgehend ein „Gesundheitsrecht ohne Patient“.¹² Bei der Definition der Leistungen, bei der Setzung von Versorgungsprioritäten oder der Bestimmung des Einsatzes der knappen finanziellen Res-

sources spielt der einzelne Patient normativ kaum eine Rolle. Patientenautonomie – oder neuerdings: Patientensouveränität – sind zwar erfolgsgesättigte Schlagworte des ethisch-politischen Diskurses; auf der Ebene juristisch konkreter Mitentscheidungsmacht sind es indes kaum mehr als leere Worte. Es bleibt ein Desiderat der gesundheitspolitischen Debatte, konzeptionell und juristisch-konstruktiv der Forderung gerecht zu werden, „dass die Berechtigten des Leistungserbringerrechts im Leistungserbringerrecht vertreten sein müssen“¹³, nicht nur als rhetorisch für souverän befundene, sondern als reale Rechtssubjekte ihrer Gesundheit.

2. Gewährleistungsverantwortung für eine möglichst evidenzbasierte und qualitätskontrollierte Gesundheitsversorgung

Gesundheitsgewährleistungsverantwortung erfordert darüber hinaus eine transparente, möglichst evidenzbasierte und qualitätskontrollierte Gesundheitsversorgung. Ob beispielsweise Modelle der Budgetierung – zweifelsohne ein „Meisterstück des demokratischen Machiavellismus“¹⁴ – nicht letztlich auf die „Inpflichtnahme für verkappte Verteilungsentscheidungen“ hinauslaufen können, die Ärzte bzw. Krankenhäuser zwingen, „explizit politisch nicht getroffene Allokationsentscheidungen implizit im Gewande medizinischer Entscheidungen zu verantworten“¹⁵, ist eine mehr als naheliegende Frage.

Vor diesem Hintergrund bedarf es deshalb der Etablierung von Qualitätssicherungsstrukturen, die es ermöglichen, Fehlentwicklungen systematisch zu identifizieren, als potenzielle Versorgungsrisiken zu erkennen und präventiv aufzufangen.¹⁶ Hieran aber fehlt es insbesondere in deutschen Krankenhäusern bislang weitestgehend. Die „asymmetrische Sorgebeziehung“, als die das Verhältnis

des Patienten (der eben etwas anderes ist als ein bloßer Kunde) zu den Anbietern medizinischer Versorgung, den Krankenhäusern und ihrem medizinischen und pflegerischen Personal, zutreffend beschrieben wird, ist ein überaus fragiles Geflecht. Studien zu den Auswirkungen des DRG-Systems geben durchaus Anlass zu der Frage, ob die mit ihnen verbundenen positiven Steuerungspotenziale und die intendierten Effizienzsteigerungen nicht auf der Mikroebene des einzelnen Krankenhauses und seiner Patientenbeziehungen Prozesse auslösen, die die Teleologie des Gesundheitsgewährleistungsstaates, die individuelle Patientenorientierung nämlich, verfehlen. Die zu beobachtenden Machtverschiebungen jedenfalls bedürfen genauerer Analyse:

- Dem Machtgewinn der Geschäftsführungen bzw. des Managements steht ein teilweise tatsächlicher, partiell aber jedenfalls empfundener oder antizipierter Statusverlust der Krankenhausärzte gegenüber. Tendenziell erhalten darüber hinaus diejenigen Berufsgruppen, Fachgebiete, Spezialisierungen, Abteilungen und auch Patientengruppen ein größeres Gewicht, die ihrerseits den größten Beitrag zur wirtschaftlichen Existenz eines Krankenhauses leisten.
- Auch eine andere Entwicklung lässt aufhorchen: Während die Zahl der Krankenhausärzte (auf volle Arbeitskräfte umgerechnet) von 102.000 im Jahre 1995 auf 117.000 im Jahre 2004 anstieg, ist die Beschäftigung von Pflegekräften von über 351.000 auf 309.000 Personen zurückgegangen. Dies dürfte namentlich damit zusammenhängen, dass sich der auf die Institution Krankenhaus ausgeübte Wirtschaftlichkeitsdruck in den Binnenbeziehungen weniger nach Versorgungskriterien als nach Maßgabe der berufsgruppenspezifischen Gegenwehrpotenziale auswirkt. Die in diesem Zeitraum verkürzte Liegedauer erklärt den Rückgang jedenfalls nicht; denn

es sind gerade die wenig pflege- und behandlungsintensiven Tage, die „eingespart“ worden sind.

Insoweit wird es spannend sein zu beobachten, ob und inwieweit die durch das GKV-WSG vorgesehenen neuen Formen der Qualitätssicherung tatsächlich die skizzierte Verfassungsnormative des Krankenhauses, die angemessene Gesundheitsversorgung der Patienten, zu garantieren vermögen.

Anmerkungen

¹ Vgl. auch *Baer, Susanne*: Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik. In: Schmidt-Aßmann, Eberhard / Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.): Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft. Baden-Baden 2004, 223ff, 238 ff.

² Vgl. hierzu etwa *Schuppert, Gunnar Folke*: Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft. In: Die Verwaltung 2001, Beiheft 4 (Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates), 201ff, 202ff.

³ Vgl. auch *Schulze-Fielitz, Helmuth*: Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung. In: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1. München 2006, § 12 Rdnr. 18 (S. 770); ferner eingehend *Höfling, Wolfram*: Vom Krankenhausrecht zum Krankenhausregulierungsrecht. In: Gesundheitsrecht 6 (2007), 289ff, 290; *Rixen, Stephan*: Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht. Tübingen 2004, 16ff und 240ff.

⁴ In diesem Sinne hat man den Begriff „Gewährleistungsstaat“ auch als „Versöhnungsbegriff“ charakterisiert; vgl. *Franzius, Claudio*: Die europäische Dimension des Gewährleistungsstaates. In: Der Staat 45 (2006), 547ff, 547.

⁵ Vgl. *Bauch, Jost*: Selbst- und Fremdbeschreibung des Gesundheitswesens. In: de Berg, Henk / Schmidt, Johannes F. K. (Hrsg.): Rezeption und Reflexion. Zur Resonanz der Systemtheorie Niklas Luhmanns außerhalb der Soziologie. Frankfurt am Main 2000, 387ff, 387.

⁶ So der Historiker Gerhard A. Ritter, zitiert bei *Hofmann, Hasso*: Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie. Darmstadt 2000, 200.

⁷ Vgl. auch *Rixen* (wie Anm. 3), 25ff, 590ff.

⁸ Dazu nur *Ebsen, Ingwer*: Perspektiven der Krankenhausplanung in einem gewandelten Markt und einem föderalen Gefüge. In: Klauber, Jürgen / Robra, Bernt-Peter / Schellschmidt, Henner (Hrsg.): Krankenhaus-Report 2006, 117ff, 120, 127f.

⁹ Dazu mit Nachweisen *Höfling* (wie Anm. 3), 291.

¹⁰ Vgl. *Bruckenberger, Ernst / Klaue, Siegfried / Schwintowski, Hans-Peter*: Krankenhausmärkte zwischen Regulierung und Wettbewerb. Berlin/Heidelberg 2006, 208.

¹¹ So *Ebsen* (wie Anm. 8), 125.

¹² So zu Recht – auch zum Folgenden – *Rixen* (wie Anm. 8), 587f mit weiteren Nachweisen.

¹³ So zu Recht *Schmidt-Aßmann, Eberhard*: Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen. Berlin 2001, 93.

¹⁴ So zu Recht *Isensee, Josef*: Verwaltung des Mangels im Gesundheitswesen – verfassungsrechtliche Maßstäbe der Kontingentierung. In: Söllner, Alfred et al. (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze. München 2005, 417ff, 425.

¹⁵ So *Schmidt-Aßmann* (wie Anm. 13), 42.

¹⁶ Zum Folgenden *Höfling, Wolfram*: Zukunftsfragen des Krankenhauses im Gesundheitsgewährleistungsstaat. In: Das Krankenhaus im Gesundheitsgewährleistungsstaat. Düsseldorfer Krankenhausrechtstag 2007. Stuttgart 2008, 17ff, 32ff unter Bezugnahme auf *Kühn, Hagen / Klinke, Sebastian*: Krankenhaus im Wandel. Zeit- und Kostendruck beeinflussen die Kultur des Heilens. In: *Forschung und Lehre* 14 (2007), 204ff.