

**Finanzierungsverantwortung  
von Krankenkassen und Krankenversicherern  
im Strukturwandel der stationären Versorgung?**

**- Zur Finanzierung des Transformationsfonds der Krankenhausreform -**

Gutachterliche Stellungnahme

Prof. Dr. *Gregor Thüsing*, LL.M. (Harvard)

Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Mai 2024

## GLIEDERUNG

A)	SACHVERHALT UND RECHTSFRAGEN .....	3
B)	ZUSAMMENFASSUNG DER ARGUMENTE UND ERGEBNISSE.....	5
C)	RECHTSAUSFÜHRUNGEN.....	6
I.	Der Krankenhaustransformationsfonds unterstützt die Strukturreform der Krankenhäuser – Die Strukturreform der Krankenhäuser ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe .....	6
1.	Die Krankenhausversorgung ist zentraler Bestandteil staatlicher Daseinsvorsorge.....	6
2.	Der Krankenhaustransformationsfonds finanziert damit Leistungen, die zur Erfüllung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben erfolgen .....	8
II.	Eine Finanzierungsverpflichtung der PKV wäre daher verfassungswidrig.....	10
1.	Bereits die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist fraglich: Zur beschränkten Reichweite des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG.....	10
a)	Mehr als Finanzhilfen und Entgelte für die (teil-) stationäre Krankenbehandlung .....	11
b)	Erforderlichkeit für die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse .....	15
c)	Zwischenergebnis: Fragliche Gesetzgebungskompetenz.....	16
2.	Vor allem: Keine Finanzierungsspflicht der PKV .....	16
a)	Verfassungsrechtliche Anforderungen an Sonderabgaben mit Finanzierungswirkung.....	17
b)	Keine Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs .....	19
c)	Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG (PKV-Unternehmen) und Art. 2 Abs. 1 GG (Versicherte)...	21
3.	Zudem: Bereits die Finanzierungsspflicht der GKV ist zweifelhaft .....	23
a)	Keine Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben durch Beitragsmittel .....	23
aa)	Der Kompetenzbereich der GKV genießt verfassungsrechtlichen Schutz.....	23
bb)	Auch hier gilt: Gesamtgesellschaftliche Aufgaben dürfen nicht durch Beitragsmittel finanziert werden.....	26
cc)	Keine „bloß ergänzende Finanzierung“ der Krankenhausreform .....	30
dd)	Keine andere Bewertung aufgrund vergangener Fehlentwicklungen .....	31
b)	Zudem: Verstoß gegen das Verbot der Mischfinanzierung? .....	32
aa)	Der Rahmen des Art. 104a Abs. 1 GG.....	32
bb)	Übertragung auf § 12b Abs. 1 S. 1 KHG-E .....	34
D)	ERGEBNIS DER PRÜFUNG .....	36

## A) SACHVERHALT UND RECHTSFRAGEN

Das Bundesministerium für Gesundheit plant eine Reform der Krankenhausfinanzierung, die die Rahmenbedingungen für Krankenhäuser erheblich verändern wird. Aufgeteilt ist das Vorhaben auf zwei Gesetzgebungsvorhaben, zum einen das Gesetz zur Förderung der Qualität der stationären Versorgung durch Transparenz (Krankenhaustransparenzgesetz), zum anderen das als Kabinettsentwurf vorliegende Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsqualität im Krankenhaus und zur Reform der Vergütungsstrukturen (Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz – KHVVG).<sup>1</sup>

Der Vermittlungsausschuss hat bereits über das Krankenhaustransparenzgesetz beraten mit dem Ergebnis, dass dem Plenum des Bundesrates als Einigungsvorschlag das Krankenhaustransparenzgesetz in der durch den Bundestag beschlossenen Fassung (BT-Drs. 20/8408, 20/8904) mit dem Vorschlag zugeleitet wird, das Gesetz so zu bestätigen. Der Bundesrat hat seine Zustimmung erteilt. Vorausgegangen waren intensive Verhandlungen zwischen Bund und einzelnen Ländern.

Als Element der Krankenhausreform soll ein Transformationsfonds aufgelegt werden. Mit der Einrichtung dieses Transformationsfonds und den Regelungen zu den Eigenfinanzierungsanteilen der Länder soll in den Jahren 2026 bis 2035 ein Finanzvolumen von bis zu insgesamt 50 Milliarden Euro bereitgestellt werden, das jeweils zur Hälfte durch die Länder und aus Mitteln der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds beim Bundesamt für Soziale Sicherung (BAS) und damit aus Mitteln der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) aufzubringen ist.<sup>2</sup> Die Bundesmittel aus dem Gesundheitsfonds der gesetzlichen Krankenversicherung können demnach bis zu 25 Mrd. Euro betragen (§ 12b Abs. 1 S. 1 KHG-E). An diesem Vorgehen hat der GKV-Spitzenverband in einem Statement zum Vermittlungsausschuss bereits deutliche Kritik vorgebracht.<sup>3</sup> Er macht geltend, es handele sich um eine originär staatliche Aufgabe, die von den Bund und den Ländern zu finanzieren sei. Ein Rückgriff auf Mittel der Beitragszahlenden der gesetzlichen Krankenversicherung wäre ein

---

<sup>1</sup> [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/Gesetze\\_und\\_Verordnungen/GuV/K/KHVVG\\_GE\\_Kabinett.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/K/KHVVG_GE_Kabinett.pdf).

<sup>2</sup> Ref-E KHVVG, S. 3.

<sup>3</sup> GKV-Spitzenverband, Statement v. 22.02.2024, abrufbar unter: [https://www.gkv-spitzenverband.de/gkv\\_spitzenverband/presse/pressemitteilungen\\_und\\_statements/pressemitteilung\\_1763776.jsp](https://www.gkv-spitzenverband.de/gkv_spitzenverband/presse/pressemitteilungen_und_statements/pressemitteilung_1763776.jsp).

„Etikettenschwindel“. Der Auf- und Umbau der gesundheitlichen Infrastruktur sei eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe.<sup>4</sup>

Neben Finanzierung durch Mittel aus dem Gesundheitsfonds der gesetzlichen Krankenversicherung sieht § 12b Abs. 1 S. 2 KHG-E die Möglichkeit einer finanziellen Beteiligung der privaten Krankenversicherung vor. Diese PKV-Mittel würden das Gesamtvolumen erhöhen.

Der Verband der Privaten Krankenversicherung e.V. ist mit der Bitte auf mich zugekommen, den Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit zum Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz verfassungsrechtlich zu bewerten und die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer etwaigen Verpflichtung der PKV zur finanziellen Beteiligung am Transformationsfonds zu prüfen.

---

<sup>4</sup> So ausdr. GKV-Spitzenverband, Statement v. 22.02.2024, abrufbar unter: [https://www.gkv-spitzenverband.de/gkv\\_spitzenverband/presse/pressemitteilungen\\_und\\_statements/pressemitteilung\\_1763776.jsp](https://www.gkv-spitzenverband.de/gkv_spitzenverband/presse/pressemitteilungen_und_statements/pressemitteilung_1763776.jsp).

## B) ZUSAMMENFASSUNG DER ARGUMENTE UND ERGEBNISSE

Die Versorgung der Bevölkerung mit qualitativ und quantitativ hinreichenden stationären medizinischen Versorgungseinrichtungen ist ein zentraler Bestandteil staatlicher Daseinsvorsorge. Unbestritten handelt es sich hierbei um ein wichtiges Interesse der Allgemeinheit. Die vom Bundesministerium für Gesundheit geplante Reform der Krankenhausfinanzierung durch das Krankenhaustransparenzgesetz sowie das Krankenhausversorgungsverbesserungsgesetz begegnet in ihrer derzeitigen Form aber erheblichen formellen und materiellen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Schon auf formeller Ebene bestehen erhebliche Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, namentlich hinsichtlich § 12b KHG-E. Denn nach den strengen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG (i.V.m. Art. 72 Abs. 1, 2 GG) verschafft dieser Kompetenztitel dem Bund eben nur die Gesetzgebungskompetenz für die Finanzierung von Krankenhäusern, nicht aber für Organisation und Planung von Krankenhäusern, die nach dem Willen von Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht in die Zuständigkeit der Länder fallen. Die Aufgaben des neu zu schaffenden Transformationsfonds gehen weit über die wirtschaftliche Sicherung hinaus und fallen damit wohl richtigerweise allein in den Kompetenzbereich der Länder.

Auf materiell-rechtlicher Ebene wäre jedenfalls eine Finanzierungspflicht für die PKV – die freilich über das aktuelle gesetzgeberische Vorhaben hinausginge –, als sog. Sonderausgabe mit Finanzierungswirkung an hohen verfassungsrechtlichen Hürden zu messen. Der hiermit einhergehende Eingriff in die Grundrechte der PKV aus Art. 12 Abs. 1 GG sowie die der Versicherten in ihre Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG wäre im Ergebnis verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Eine solche Zweckentfremdung der Beitragsmittel wäre verfassungsrechtlich unzulässig und stünde sowohl mit der Finanzverfassung des Grundgesetzes als auch mit dem Prinzip der dualen Krankenhausfinanzierung in Widerspruch. Denn gesamtgesellschaftliche Aufgaben – wie die angesprochene Versorgung der Bevölkerung mit qualitativ und quantitativ hinreichenden stationären medizinischen Versorgungseinrichtungen – sind durch Steuermittel zu finanzieren, nicht aber durch Beitragsmittel der Sozialversicherung. Gerade die jüngere Rechtsprechung des Bundessozialgerichts in vergleichbaren Fragen lässt keinen Zweifel daran, dass die Beiträge der Versicherten eben genau diesen Versicherten zugutekommen müssen, während gesamtgesellschaftliche Aufgaben nicht durch die Beitragszahler finanziert werden dürfen.

## C) RECHTSAUSFÜHRUNGEN

Um die aufgeworfenen Fragen zu beantworten, soll schrittweise vorgegangen werden. Dafür ist zunächst zu klären, ob es sich bei der Finanzierung der Reform von Strukturen in der stationären Versorgung um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe handelt (I.), um im Anschluss deutlich zu machen, dass die PKV nicht zur Finanzierung einer solchen gesamtgesellschaftlichen Aufgabe verpflichtet werden könnte (II.).

### I. Der Krankenhaustransformationsfonds unterstützt die Strukturreform der Krankenhäuser – Die Strukturreform der Krankenhäuser ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe

#### 1. Die Krankenhausversorgung ist zentraler Bestandteil staatlicher Daseinsvorsorge

Es ist fast schon ein verfassungsrechtlicher Allgemeinplatz: Der Ausbau und die Reform gesundheitlicher Infrastruktur sind offensichtlich staatliche Aufgaben. Die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung liegt nicht nur im öffentlichen Interesse,<sup>5</sup> weiter noch:

„Die grundrechtliche Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 GG sowie das Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG verlangen vom Staat, eine angemessene Gesundheitsversorgung für die Bevölkerung sicherzustellen.“<sup>6</sup>

Auch wenn der Gesetzgeber bei der Wahrnehmung dieser Schutzpflichten über einen weitreichenden Gestaltungsspielraum verfügt,<sup>7</sup> sodass kein verfassungsunmittelbarer Anspruch auf konkrete Heilmaßnahmen hergeleitet werden kann,<sup>8</sup> besteht sehr wohl ein grundsätzlicher Sicherstellungsauftrag, für eine qualitativ und quantitativ hinreichende Struktur stationärer medizinischer Versorgungseinrichtungen Sorge zu tragen.<sup>9</sup> Deshalb betont auch das

<sup>5</sup> OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.4.2023 – 1 L 51/22, GuP 2023, 201.

<sup>6</sup> *Wollenschläger*, NZS 2023, 8, 12 m.w.N. Ebenso bereits *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 602.

<sup>7</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, BVerfGE 157, 30 (114); *Dreier/Krüper*, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 2 II 1 Rn. 80; *Jarass/Pieroth/Jarass*, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 2 Rn. 110; *Quaas/Zuck/Clemens/Quaas*, Medizinrecht, 4. Auflage 2018, § 25 Rn. 24.

<sup>8</sup> *Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio*, GG, Art. 2 Abs. 2 S 1 (Stand: Feb. 2004) Rn. 94.

<sup>9</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.11.1979 – 2 BvR 513/74, 2 BvR 558/74, BVerfGE 52, 303 (348); *Quaas/Zuck/Clemens/Quaas*, Medizinrecht, 4. Auflage 2018, § 25 Rn. 23.

Bundesverfassungsgericht, dass die Vorhaltung einer hinreichenden stationären Versorgungsstruktur damit eine staatliche Aufgabe ist.<sup>10</sup>

Die gesetzgeberische Ausgestaltung dieser Aufgabe im bundesstaatlichen Kompetenzgefüge richtet sich nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG, der die staatliche Verantwortung für die stationäre Krankenhausversorgung „buchstäblich konstituiert“.<sup>11</sup> Auch in den Gesetzgebungsmaterialien hierzu heißt es, dass die Krankenhausversorgung der Bevölkerung eine „öffentliche Aufgabe“ sei.<sup>12</sup> Gleichzeitig unterstreicht die Vorschrift, dass die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser auch durch Maßnahmen der staatlichen Krankenhausplanung zu bewirken ist.<sup>13</sup> Denn nur durch eine staatliche Planung in diesem Bereich lässt sich eine weitestgehend flächendeckende Versorgung sicherstellen.<sup>14</sup> Sollte der Staat die Planung in diesem Bereich aus der Hand geben, wird die Gefahr gesehen, dass „das Vorhalten von Betten in dünn besiedelten Regionen keinen Sinn mehr machen“ würde<sup>15</sup> – was freilich mit schwerwiegenden Versorgungslücken für die Bevölkerung in derartigen Regionen einherginge. Der Staat ist demnach verpflichtet, ein angemessenes Versorgungsniveau sicherzustellen.<sup>16</sup> Das Bundesverfassungsgericht brachte es schon früh auf den Punkt:

„Die bedarfsgerechte und leistungsfähige Krankenhauspflege ist ein unverzichtbarer Teil der Gesundheitsversorgung, die das BVerfG in ständiger Rechtsprechung als besonders wichtiges Gemeinschaftsgut ansieht.“<sup>17</sup>

30 Jahre nach dieser zitierten Entscheidung fasst *Burgi* treffend zusammen:

„Nach all dem ist die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern eine verfassungsrechtlich vorgegebene Aufgabe im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge.“<sup>18</sup>

Hierauf haben die Länder reagiert und die Landkreise und Städte bzw. Stadtkreise verpflichtet, die notwendigen Krankenhäuser zu betreiben, wenn die bedarfsgerechte Versorgung der Länder

---

<sup>10</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.11.1979 – 2 BvR 513/74, 2 BvR 558/74, BVerfGE 52, 303 (348); Quaas/Zuck/Clemens/*Quaas*, Medizinrecht, 4. Auflage 2018, § 25 Rn. 23.

<sup>11</sup> *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 602.

<sup>12</sup> BT-Drs. V/3515, S. 4.

<sup>13</sup> *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 602 m.w.N.

<sup>14</sup> Spickhoff/*Szabados*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 4 KHG Rn. 3. Regionale Unterschiede im Versorgungsniveau bleiben aber zulässig, *Wollenschläger*, NZS 2023, 8, 13.

<sup>15</sup> Spickhoff/*Szabados*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 4 KHG Rn. 3.

<sup>16</sup> *Wollenschläger*, NZS 2023, 8, 13.

<sup>17</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.06.1990 – 1 BvR 355/86, NJW 1990, 2306, 2308.

<sup>18</sup> *Burgi*, NVwZ 2010, 601, 602.

nicht durch andere Träger sichergestellt ist.<sup>19</sup> § 1 Abs. 2 KHG-Nordrhein-Westfalen stellt exemplarisch klar, dass die Krankenversorgung in Krankenhäusern sicherzustellen, eine „öffentliche Aufgabe“ des Landes ist.<sup>20</sup>

Was im nationalen (Verfassungs-) Recht verankert ist, findet seine Bestätigung auf internationaler Ebene in der jüngeren Rechtsprechung des EGMR: Auch der Gerichtshof ging in einem Urteil aus dem Jahr 2016 davon aus, dass es eine Verletzung von Art. 2 EMRK darstellte, wenn ein Staat es versäumt, für ausreichende Behandlungsmöglichkeiten bzw. für eine ausreichende Krankenhausversorgung zu sorgen.<sup>21</sup> In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Ausgangsfall wurde das neugeborene Kind der Beschwerdeführerin unzureichend neonatologisch versorgt, da die erforderliche medizinische Infrastruktur mangelhaft war. Die Verlegungen von Patienten zwischen verschiedenen Krankenhäusern in der Region sei schlecht koordiniert gewesen, eine zentrale Einheit, die einen Überblick über freie Plätze hat, habe gefehlt, auch sei nicht auf eine gleichmäßige und regelmäßige Auslastung der Inkubatoren geachtet worden.<sup>22</sup> Der Gerichtshof stellte eine Verletzung von Art. 2 EMRK fest, da den Staat eine Schutzpflicht für das Leben treffe, die ihn dazu verpflichtet, eine ausreichende medizinische Versorgung für alle Patienten zu schaffen.

## **2. Der Krankenhaustransformationsfonds finanziert damit Leistungen, die zur Erfüllung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben erfolgen**

Eben diese gesamtgesellschaftlichen Aufgaben sollen nun zumindest teilweise durch den Krankenhaustransformationsfonds finanziert werden. Denn erklärter Zweck des KHG ist die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser, um eine qualitativ hochwertige, patienten- und bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen digital ausgestatteten, qualitativ hochwertig und eigenverantwortlich wirtschaftenden Krankenhäusern zu gewährleisten und zu sozial tragbaren Pflegesätzen beizutragen, § 1 Abs. 1 KHG. Hierzu soll der neu zu schaffende Transformationsfonds beitragen, indem der Gefahr begegnet wird, dass (auch versorgungsnotwendige) Krankenhäuser vor dem Hintergrund der zunehmend problematischen Fachkräftesituation, der gestiegenen Energiekosten, der steigenden Löhne

---

<sup>19</sup> § 3 Abs. 1 LKHG-Baden-Württemberg; § 1 Abs. 3 S. 2 KHG-Nordrhein-Westfalen; § 3 Abs. 4 KHG-Bremen, § 1 Abs. 1 S. 2 KHG-Niedersachsen; § 1 Abs. 2 S. 2 KHG-Sachsen.

<sup>20</sup> Vgl. auch § 3 Abs. 1 KHG-Bremen; § 1 Abs. 2 S. 1 KHG-Sachsen; § 2 Abs. 1 S. 1 KHG-Sachsen-Anhalt („als Aufgabe des eigenen Wirkungskreises“).

<sup>21</sup> EGMR, Urte. v. 30.8.2016 – 40448/06, GuP 2017, 62.

<sup>22</sup> EGMR, Urte. v. 30.8.2016 – 40448/06, GuP 2017, 62, 63.

sowie der inflationsbedingten sonstigen Mehrkosten in finanzielle Schwierigkeiten geraten könnten. Konkret: Mit der Einrichtung eines Transformationsfonds und den Regelungen zu den Eigenfinanzierungsanteilen der Länder soll in den Jahren 2026 bis 2035 ein Finanzvolumen von bis zu insgesamt 50 Milliarden Euro bereitgestellt werden, das jeweils zur Hälfte durch die Länder und aus Mitteln der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds beim Bundesamt für Soziale Sicherung (BAS) und damit aus Mitteln der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) aufzubringen ist. Durch die mit dem Transformationsfonds geförderte Bündelung und Schwerpunktsetzung von Krankenhauskapazitäten sei in der Folge von einer nicht näher quantifizierbaren Effizienz- und Qualitätssteigerung der stationären Versorgung auszugehen - so der Ref-E KHVVG.<sup>23</sup> Aufgabe des neu zu schaffenden Transformationsfonds ist gem. § 12b Abs. 1 KHG-E die „Förderung von Vorhaben der Länder zur Verbesserung der Strukturen in der Krankenhausversorgung“, der Fokus liegt auf der Qualitätssicherung der Versorgung in Deutschland.<sup>24</sup> Zu den nach § 12 Abs. 1 S. 4 KHG-E förderfähigen Vorhaben gehören nach Nr. 1 „Vorhaben zur standortübergreifenden Konzentration akutstationärer Versorgungskapazitäten [...]“, nach Nr. 2 „Vorhaben zur Umstrukturierung eines Krankenhauses [...]“, nach Nr. 3 „Vorhaben zur Bildung telemedizinischer Netzwerkstrukturen [...]“, nach Nr. 4 „Vorhaben zur Bildung von Zentren zur Behandlung von seltenen, komplexen oder schwerwiegenden Erkrankungen [...]“, nach Nr. 5 „Vorhaben zur Bildung von Krankenhausverbänden, Vorhaben zur Bildung integrierter Notfallstrukturen“ und nach Nr. 6 „Vorhaben zur Schließung eines Krankenhauses oder von Teilen eines Krankenhauses.“

Diese Auflistung der förderfähigen Vorhaben macht deutlich, dass der Transformationsfonds zur Finanzierung staatlicher Aufgaben dienen soll. Dies steht im offensichtlichen Spannungsverhältnis zu dem Grundsatz, dass die Verwendung von Beitragsmitteln streng zweckgebunden ist – wie exemplarisch die bereits zitierte Stellungnahme des GKV-Spitzenverbandes in der Diskussion um versicherungsfremde Leistungen zeigt. Es entspricht der grundlegenden Trennung der Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben und versicherungsspezifischer Aufgaben, dass gesamtgesellschaftliche Aufgaben grundsätzlich

---

<sup>23</sup> Ref-E KHVVG, S. 3.

<sup>24</sup> Insofern schon das ausgewiesene Ziel des Gesetzgebungsvorhabens BT-Drs. 20/8408 S. 1; davon kann im Vermittlungsverfahren nicht mehr (grds.) abgewichen werden, vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.5.1986 – 1 BvR 99/85, 1 BvR 461/85, BVerfGE 72, 176 (190).

durch den Steuerzahler zu finanzieren sind und werden sie dennoch der Sozialversicherung oktroyiert, dann sind diese grundsätzlich auszugleichen.<sup>25</sup>

## **II. Eine Finanzierungsverpflichtung der PKV wäre daher verfassungswidrig**

Der Entwurf zu § 12b Abs. 1 S. 2 KHG sieht in seiner derzeitigen Fassung allein die freiwillige Beteiligung der PKV an der Finanzierung des Transformationsfonds vor. Ob diese möglich ist, soll hier außen vor bleiben. Die bundesstaatliche Kompetenzordnung (dazu II.1.) und auch die Zweckgebundenheit von Beitragsmittel (II.2.) stehen nicht zur Disposition des Gesetzgebers oder der Krankenversicherer. Zumindest aber eine Änderung von § 12b Abs. 1 S. 2 KHG-E dahingehend, dass anstelle der freiwilligen Möglichkeit der Beteiligung eine Finanzierungspflicht für die PKV tritt, wäre verfassungswidrig. Die Finanzierungspflicht für den Transformationsfonds darf nicht auf die PKV ausgeweitet werden, da die verfassungsrechtlichen Vorgaben für Sonderabgaben mit Finanzierungswirkung offensichtlich nicht erfüllt wären. Schon die Gesetzgebungskompetenz erschiene zweifelhaft (1.). Vor allem aber: Sollte die Finanzierungspflicht für den Krankenhaustransformationsfonds auf die PKV ausgeweitet werden, wäre der hierin liegende Eingriff in die Grundrechte der PKV und der Beitragszahler verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt (2.). Diesem Ergebnis entspricht es, dass es bereits zweifelhaft erscheint, ob die GKV für die Finanzierung des Transformationsfonds in Anspruch genommen werden kann (3.).

### **1. Bereits die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist fraglich: Zur beschränkten Reichweite des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG**

Bereits die Suche nach der einschlägigen Gesetzgebungskompetenz nährt Zweifel bereits an der formellen Verfassungsmäßigkeit des Vorhabens des Ref-E KHVVG, die PKV – oder auch die GKV – in die Finanzierung des Transformationsfonds einzubinden. Zumindest im Ausgangspunkt kommen insoweit verschiedene Gesetzgebungskompetenzen in Betracht.

Außer Betracht bleibt die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, denn sie kann unbestritten nicht so weit ausgelegt werden, dass eine „Universalgesetzgebungszuständigkeit des Bundes“ entsteht, „die alle im einzelnen aufgeführten

---

<sup>25</sup> Ausführlich *Thüsing/Waldhoff*, Versicherte und Steuerzahler, Zu den Voraussetzungen und den Grenzen einer hybriden Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben und versicherungsspezifischer Aufgaben in der Kranken- und in der Pflegeversicherung, 2021.

Zuständigkeiten entbehrlich macht, weil kein Gesetz denkbar ist, das nicht zumindest mittelbare ökonomische Folgen auslöst“.<sup>26</sup> Das BVerfG folgt dem insoweit, als die Gesetzgebungskompetenz zwar nicht schon dann entfällt, wenn der Gesetzgeber mit wirtschaftsbezogenen Regelungen zugleich nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgt, schränkt aber ein, dass dies jedenfalls dann unschädlich sein solle, „solange der maßgebliche objektive Regelungsgegenstand und -gehalt“<sup>27</sup> „in seinem Gesamtzusammenhang ein im Schwerpunkt wirtschaftsrechtlicher ist“.<sup>28</sup> Gerade dies ist hier nicht der Fall. Der Blick liegt vielmehr – wie dargestellt – auf der Qualitätssicherung der Versorgung in Deutschland. Ebenso wenig kommt insoweit Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG als Gesetzgebungskompetenz in Betracht, auf den sich der Ref-E KHVVG für die sozialversicherungsrechtlichen Regelungen im SGB V bezieht.<sup>29</sup> Zwar führt der Ref-E KHVVG aus, dass zu den Modalitäten der versicherungsrechtlichen Leistung auch Regelungen zur Qualität der voll- und teilstationären Leistungen gehörten. Von Regelungen zur Qualität der voll- und teilstationären Leistungen sind jedoch Regelungen zur Finanzierung eines Transformationsfonds, der die Finanzierung der Krankenhausstrukturreform sichern soll, zu unterscheiden.<sup>30</sup> Die Finanzierung von Reformen im Gesundheitswesen ist keine typische Aufgabe des Versicherungswesens, insoweit handelt es sich – wie dargestellt – um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe.<sup>31</sup>

#### a) Mehr als Finanzhilfen und Entgelte für die (teil-) stationäre Krankenbehandlung

Der Ref-E KHVVG stellt insoweit allein auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG ab: „die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze“. Hier heißt es wörtlich:

„Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die vorgesehenen Änderungen des KHG, des KHEntgG sowie der BPflV stützt sich auf **Artikel 74 Absatz 1 Nummer 19a GG** (wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und Regelung der Krankenhauspflegesätze) in Verbindung mit

<sup>26</sup> S. bereits vor über 50 Jahren mein Bonner Kollege *Isensee*, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge – Eine finanzverfassungsrechtliche Studie über den Solidarausgleich in der Gesetzlichen Krankenversicherung, 1973, S. 54; ebenso *Sodan*, NZS 1999, 105, 111; sowie dessen ehemaliger Assistent *Zimmermann*, Sozialversicherung und Privatversicherung im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes, 2009, S. 346.

<sup>27</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 21.10.1954 – 1 BvL 52/52, BVerfGE 4, 60, 69 f.; BVerfG, Beschl. v. 14.7.1981 – 1 BvL 24/78, BVerfGE 58, 137, 145; BVerfG, Beschl. v. 12.12.1984 – 1 BvR 1249, 1745, 1746, 1752, 1753, 1757, 1769, 1719, 1720/83, BVerfGE 68, 319, 327 f.; BVerfG, Beschl. v. 3.7.1985 – 2 BvL 16/82, BVerfGE 70, 251, 264; BVerfG, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62, 149; BVerfG, Urt. v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, 402, 906/08.

<sup>28</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, BVerfGE 97, 228, 251 f); BVerfG, Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 216; BVerfG, Urt. v. 12.3.2008 – 2 BvF 4/03, BVerfGE 121, 30, 47; BVerfG, Urt. v. 28.1.2014 – 2 BvR 1561, 1562, 1563, 1564/12, BVerfGE 135, 155 196.

<sup>29</sup> Ref-E KHVVG S. 65 f.

<sup>30</sup> Auch die kompetentiellen Grenzen von Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG stehen einer auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) gestützten Regelung der GKV-Krankenhaus-Bedarfsplanung durch den Bundesgesetzgeber entgegen, *Wollenschläger*, NZS 2023, 8, 13. S. hierzu sogleich.

<sup>31</sup> S. hierzu ausf. unter Gliederungspunkt B)I.2.

Artikel 72 Absatz 2 GG. Diese Gesetzgebungskompetenz umfasst alle Regelungen, die die Entgelte der Krankenhausleistungen nach Höhe und Struktur beeinflussen, und damit auch Regelungen zur Ergänzung der fallbezogenen Vergütung durch eine Vorhaltevergütung.<sup>32</sup>

Das ist verfassungsrechtlich zu kurz gesprungen. Unter diesen Kompetenztitel können vor allem Finanzhilfen und Entgelte für die teilstationäre und stationäre Krankenhausbehandlung,<sup>33</sup> nicht jedoch Umstrukturierungen<sup>34</sup> oder Fragestellungen der Krankenhausplanung und -organisation<sup>35</sup> gefasst werden. Diese Beschränkung der Kompetenz allein auf die wirtschaftliche Sicherung ist ernst zu nehmen – die Krankenhausplanung ist gerade nicht vom Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG erfasst und fällt nach dem Willen von Gesetzgeber und Bundesverfassungsgerichts in die Zuständigkeit der Länder.<sup>36</sup> Bereits das Gesetzgebungsverfahren zur Schaffung dieser Kompetenz des Bundesgesetzgebers macht deutlich, wie restriktiv der Kompetenztitel zu verstehen ist.<sup>37</sup> Anstelle der ursprünglich von der Bundesregierung vorgeschlagenen „wirtschaftliche [n] Sicherung der Krankenhausversorgung“,<sup>38</sup> ist die „wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze“ Gesetz geworden. Hierzu heißt es im Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses: „Abweichend vom Regierungsentwurf hält der Ausschuss eine Kompetenz für die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser anstelle der von der Bundesregierung vorgeschlagenen gesamten Krankenhausversorgung für ausreichend.“<sup>39</sup> Denn: „Dieser Begriff [die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhausversorgung] umfasst nicht nur die Sicherung der Betriebsfähigkeit der Krankenhäuser, sondern auch den Krankenhausbau.“, so der Berichterstatter des Rechtsausschusses *Dr. Heinsen* im Bundesrat.<sup>40</sup> Eine derartige Kompetenzerweiterung war nicht gewollt. Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts sollte

---

<sup>32</sup> Ref-E KHVVG S. 66. Allein hierauf stützten sich für die Änderungen des KHG bereits BT-Drs. 19/22126 S. 30; BT-Drs. 19/4453 S. 44.

<sup>33</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.9.2005 – 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196; Sachs/*Degenhart*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 89.

<sup>34</sup> BeckOK GG/*Seiler*, 57. Ed. 15.1.2024, GG Art. 74 Rn. 73.

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.2.1991 – 2 BvL 24/84, BVerfGE 83, 363 (380); v. Mangoldt/Klein/Starck/*Oeter*, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 141; Sachs/*Degenhart*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 89.

<sup>36</sup> *Wollenschläger*, NZS 2023, 8, 15 mit umfangreichen Nachweisen aus Rspr. und Lit.

<sup>37</sup> *Wollenschläger*, NZS 2023, 8, 15.

<sup>38</sup> BT-Drs. V/3515.

<sup>39</sup> Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses zu BT-Drs. V/3605, S. 3.

<sup>40</sup> 327. Sitzung des Bundesrates, 5.7.1968, Stenographischer Bericht, S. 186 unter D.

„[d]ie neue Formulierung [gemeint ist: „die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser“] [...] dem Bund lediglich Spielraum zur Regelung finanzieller Fragen eröffnen, ihm jedoch den **Bereich der Krankenhausorganisation und der Krankenhausplanung versperren**“.<sup>41</sup>

Zutreffend heißt es in der Literatur, dass die Bundeszuständigkeit für den stationären Sektor lediglich auf einen „Ausschnitt“ hieraus beschränke – nämlich allein die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze.<sup>42</sup> Die Krankenhausplanung und -organisation fällt allein in den Zuständigkeitsbereich der Länder. All dies zeigt, wie eng der kompetenzielle Rahmen des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG ist, an dem § 12b KHG-E zu messen ist. Insoweit gilt sich bewusst zu machen, dass „Umstrukturierungen im Gesundheitswesen“ nur „sehr eingeschränkt“ auf den Kompetenztitel gestützt werden können.<sup>43</sup>

Die Aufgaben des neu zu schaffenden Transformationsfonds gehen weit über diese wirtschaftliche Sicherung hinaus. Eine Aufgabe z.B. ist gem. § 12b Abs. 1 KHG-E die „Förderung von Vorhaben der Länder zur Verbesserung der Strukturen in der Krankenhausversorgung“, der Fokus liegt auf der Qualitätssicherung der Versorgung in Deutschland.<sup>44</sup> Hierbei handelt es sich unbestritten um wichtige Fernziele – die das Kompetenzgefüge des GG freilich nicht verschieben können.<sup>45</sup>

„Gesundheitspolitische Fernziele, die den allgemeinen Standard der Krankenhausversorgung weit übersteigen, können – so sinnvoll sie sein mögen – nicht mit Hilfe zwingender Mindestvoraussetzungen für die Aufnahme in den Krankenhausplan nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz durchgesetzt werden. Für ihre Regelung fehlte es schon an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 74 Nr. 19a GG).“<sup>46</sup>

Stattdessen kommt es ein weiteres Mal auf die konkreten nach § 12 Abs. 1 S. 4 KHG-E förderfähigen Vorhaben an. Durch die Mittel aus dem Transformationsfonds soll, so der Ref-E KHVVG, die „Anpassung der Krankenhausstrukturen an die Neuausrichtung der Regelungen

---

<sup>41</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.2.1991 – 2 BvL 24/84, BVerfGE 83, 363 (380)

<sup>42</sup> Wollenschläger, NZS 2023, 8, 13.

<sup>43</sup> Huber/Voßkuhle/Oeter/Münkler, 8. Aufl. 2024, GG Art. 74 Rn. 140.

<sup>44</sup> Insofern schon das ausgewiesene Ziel des Gesetzgebungsvorhabens BT-Drs. 20/8408 S. 1; davon kann im Vermittlungsverfahren nicht mehr (grds.) abgewichen werden, vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.5.1986 – 1 BvR 99/85, 1 BvR 461/85, BVerfGE 72, 176 (190).

<sup>45</sup> BeckOK GG/Seiler, 57. Ed. 15.1.2024, GG Art. 74 Rn. 73; Dreier/Wittreck, 3. Aufl. 2015, GG Art. 74 Rn. 94; Jarass/Pieroth/Kment, 18. Aufl. 2024, GG Art. 74 Rn. 54a.

<sup>46</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.6.1990 – 1 BvR 355/86, BVerfGE 82, 209, 232.

zur Erbringung und Finanzierung von Krankenhausleitungen gefördert werden“.<sup>47</sup> Der Begriff der „Krankenhausstruktur“ ist zwar kein genuin verfassungsrechtlicher. Das Kompetenzgefüge des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG trennt jedoch zwischen wirtschaftlicher Sicherung von Krankenhäusern und der Regelung der Krankenhauspflegesätze einerseits und der Krankenhausplanung und -finanzierung andererseits. Evident handelt es sich nicht um Regelungen über Entgelte für die teilstationäre und stationäre Krankenversorgung. Insbesondere Vorhaben zur Bildung von Netzwerkstrukturen oder von Krankenhausverbänden sowie Vorhaben zur Schließung eines Krankenhauses oder von Teilen eines Krankenhauses gem. § 12b Abs. 1 S. 4 Nr. 3, 5 und 6 KHG-E betreffen Vorhaben aus dem Bereich der Krankenhausplanung und -organisation.

Richtig ist, dass es sich bei den förderfähigen Vorhaben um solche *der Länder* handelt. Es ließe sich also argumentieren, dass die Länder die Planungshoheit behalten während der Transformationsfonds auf Fragen der Finanzierung beschränkt. Ebenso richtig ist allerdings, dass Fragen der Finanzierung einerseits und der Organisation und Planung von Krankenhäusern andererseits sich wechselseitig beeinflussen.<sup>48</sup> So könnte der Bund durch finanzielle Rahmenbedingungen – wie hier: Vorgaben zur Förderfähigkeit explizit aufgelisteter Vorhaben – gerade in besonderen finanziellen Drucksituationen Anreize für ein bestimmtes gewünschtes Verhalten der Länder bei der Krankenhausplanung und -organisation setzen und hierdurch mittelbar Einfluss auf die grundgesetzlich verankerte Planungshoheit der Länder nehmen.<sup>49</sup> Allein das faktische Ineinandergreifen von Wirtschaftlichkeitserwägungen mit der Krankenhausplanung kann aber keine Kompetenz des Bundes begründen, da dies die grundgesetzliche Kompetenzentscheidung unterliefe.<sup>50</sup> Zwar darf der Bund solche Gegenstände der „Finanzhilfe“ mitregeln, die in einem engen Zusammenhang zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser stehen und zugleich einen hinreichend krankenhauserplanerischen Spielraum der Länder wahren. Eine derartige Annexkompetenz wird auch im Zusammenhang mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG für denkbar gehalten.<sup>51</sup> Soweit bestimmte, insbesondere planerische, Anforderungen an die Gewährung öffentlicher Mittel bei der Förderung und im Bereich der

---

<sup>47</sup> Ref-E KHVVG, S. 69.

<sup>48</sup> Dreier/Wittreck, 3. Aufl. 2015, GG Art. 74 Rn. 93; v. Münch/Kunig/Broemel, 7. Aufl. 2021, GG Art. 74 Rn. 74.

<sup>49</sup> S. ausdr. für Fallpauschalen v. Münch/Kunig/Broemel, 7. Aufl. 2021, GG Art. 74 Rn. 74.

<sup>50</sup> Huber/Voßkuhle/Oeter/Münkler, 8. Aufl. 2024, GG Art. 74 Rn. 141.

<sup>51</sup> Quaas/Zuck/Clemens/Quaas, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 552. Insoweit krit. Huber/Voßkuhle/Oeter/Münkler, 8. Aufl. 2024, GG Art. 74 Rn. 141.

Pflegesätze gestellt werden, sei deren Regelung durch den Bundesgesetzgeber verfassungsrechtlich möglich.<sup>52</sup> Vor diesem Hintergrund wird es für zulässig gehalten,

„die Förderung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhausentgelte von der Einhaltung der Vorgaben eines Krankenhausplans und sonstiger organisatorischer Anforderungen abhängig [zu] machen“.<sup>53</sup>

Der Fall des Transformationsfonds ist aber deutlich anders gelagert: § 12b KHG-E macht nicht die Förderung der Krankenhäuser von der Einhaltung bestimmter Vorgaben oder Anforderungen abhängig, sondern erklärt bestimmte organisatorische und planerische Vorhaben für förderfähig und hierin liegt ein entscheidender Unterschied. Es liegt nahe, dass der Bund mittelbar über die Stellschraube der Finanzierung in die Planungshoheit der Länder eingreifen könnte, was mit Blick auf die engen kompetenziellen Vorgaben des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit von § 12b KHG-E spricht. Entsprechende Bedenken sind in der Literatur bereits zu Recht gegen das Krankenhaus-Strukturgesetz erhoben worden.<sup>54</sup>

## **b) Erforderlichkeit für die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse**

Weniger problematisch scheint demgegenüber, dass die in Art. 72 Abs. 2 GG genannten Kompetenzen – und damit auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG – nur dann dem Bund zustehen, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.<sup>55</sup> Insoweit heißt es im Ref-E KHVVG:

„Die vorliegenden bundesgesetzlichen Regelungen sind zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet sowie zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse im Sinne des Artikel 72 Absatz 2 GG erforderlich. Das Vergütungssystem für die Krankenhäuser ist bundesweit einheitlich geregelt. Folglich sind Änderungen in diesem System ebenso einheitlich vorzunehmen. Die Notwendigkeit

---

<sup>52</sup> Quaas/Zuck/Clemens/*Quaas*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 552.

<sup>53</sup> S. Quaas/Zuck/Clemens/*Quaas*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 552.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu Huber/Voßkuhle/*Oeter/Münkler*, 8. Aufl. 2024, GG Art. 74 Rn. 141.

<sup>55</sup> Nach Ansicht des BVerfG muss eine Regelung durch den Bund dabei nicht unerlässlich sein, der Bundesgesetzgeber müsse aber andernfalls nicht unerheblich problematische Entwicklungen in Bezug auf die Rechts- und Wirtschaftseinheit erwarten dürfen, BVerfG, Urt. v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136 (177). Vgl. zur Prärogative des Gesetzgebers für Konzept und Ausgestaltung des Gesetzes BVerfG, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62 (149); die Zweistufigkeit der Prüfung zwischen „wenn“ und „soweit“ herausstellend BVerfG, Beschl. v. 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167 (197 f.).

bundesgesetzlicher Regelungen betrifft alle Regelungen, die für die Krankenhäuser finanzielle Wirkungen haben, um einheitliche wirtschaftliche Rahmenbedingungen für die stationäre Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen. Der Erlass entsprechender Regelungen auf Landesebene würde dagegen voraussichtlich zu einer Rechtszersplitterung führen, sodass das Ziel der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit nicht erreicht werden könnte.<sup>56</sup>

Die Erforderlichkeit einheitlicher Finanzierungsgrundsätze ist wegen der elementaren Bedeutung einer gleichmäßig hohen Gesundheitsversorgung und den drohenden Auswirkungen auf die unmittelbare Lebenssphäre der Einzelnen und die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik Deutschland anzuerkennen.<sup>57</sup> Soweit in diesem Feld zur Wahrung der Länderkompetenzen im Bereich der Planung gemahnt wird,<sup>58</sup> ist eine Beschränkung der Länder gerade durch § 12b KHG-E nicht ersichtlich.

### **c) Zwischenergebnis: Fragliche Gesetzgebungskompetenz**

Der Ref-E zu § 12b KHG-E stützt die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG (i.V.m. Art. 72 Abs. 1, 2 GG). Angesichts der strengen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, die zu einem engen Verständnis der Norm mahnen, besteht die Gefahr, dass der Bundesgesetzgeber seine Gesetzgebungskompetenz insoweit überspannt. Wo es nicht mehr um Finanzierung, sondern um Organisation und Planung von Krankenhäusern geht, endet die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers.

## **2. Vor allem: Keine Finanzierungspflicht der PKV**

Würde § 12b Abs. 1 S. 2 KHG-E statt der freiwilligen Möglichkeit der Beteiligung eine Finanzierungspflicht für die PKV vorsehen, wäre diese als sog. Sonderausgabe mit Finanzierungswirkung an hohen verfassungsrechtlichen Hürden zu messen und im Ergebnis verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

---

<sup>56</sup> Ref-E KHVVG S. 66. Allein hierauf stützten sich für die Änderungen des KHG bereits BT-Drs. 19/22126 S. 30; BT-Drs. 19/4453 S. 44.

<sup>57</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, BVerfGE 113, 167 (198); BVerfG, Urt. v. 13.9.2005 – 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, 196 (222 f.); *Wollenschläger*, NZS 2023, 8 (16); *Wollenschläger/Schmidl*, GesR 2016, 542 (549).

<sup>58</sup> *Wollenschläger/Schmidl*, GesR 2016, 542 (549).

## a) **Verfassungsrechtliche Anforderungen an Sonderabgaben mit Finanzierungswirkung**

Eine solche Finanzierungspflicht wäre keine Steuer, da sie nicht der „Erzielung von Einnahmen für den allgemeinen Finanzbedarf eines Gemeinwesens“<sup>59</sup> dient. Ferner liegt auch keine Vorzugslast (Gebühr oder Beitrag) vor. Zu dem Typus der Gebühr gehören öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die dem Gebührenschuldner aus Anlass einer individuell zurechenbaren, öffentlichen Leistung auferlegt werden und dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistung deren Kosten ganz oder teilweise zu decken.<sup>60</sup> Entsprechend werden Beiträge für die potenzielle Inanspruchnahme einer staatlichen Einrichtung oder Leistung erhoben,<sup>61</sup> so z.B. beim Rundfunkbeitrag.<sup>62</sup> Mangels eines konkreten Gegenleistungsverhältnisses handelte es sich bei der Finanzierung des Transformationsfonds auch nicht um eine Vorzugslast. Die Qualifizierung als Sonderabgabe dürfte niemand bestreiten.

Die Finanzierung des Transformationsfonds wäre – nach der Bezeichnung wenig überraschend und in Abgrenzung zu Sonderabgaben mit Lenkungsfunktion – eine solche mit Finanzierungsfunktion.<sup>63</sup> Denn Hauptzweck der Abgabe<sup>64</sup> ist die Finanzierung der Transformation von Krankenhäusern. Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion haben steuerähnliche Wirkung und können daher die Finanzverfassung des Grundgesetzes aushöhlen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ergeben sich aus der Finanzverfassung Grenzen für Abgaben, die der Gesetzgeber in Wahrnehmung einer ihm zustehenden Sachkompetenz auferlegt.<sup>65</sup> Die Finanzverfassung, die die bundesstaatliche Verteilung der Gesetzgebungs-, Ertrags- und Verwaltungskompetenzen im Wesentlichen nur für das Finanzierungsmittel der Steuer regelt, schließt die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben verschiedener Art zwar nicht aus; das Grundgesetz enthält keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabetypen. Die grundgesetzliche Finanzverfassung verlöre aber ihren Sinn und ihre Funktion, wenn unter Rückgriff auf die Sachgesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern beliebig

---

<sup>59</sup> S. nur BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171, 1172 m.w.N.

<sup>60</sup> St. Rspr., s. BVerfG, Beschl. v. 6.2.1979 – 2 BvL 5/76, BVerfGE 50, 217; BVerfG, Urt. v. 19.3.2003 – 2 BvL 9/98, 2 BvL 10/98, 2 BvL 11/98, 2 BvL 12/98, BVerfGE 108, 1; BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171, 1172 m.w.N.

<sup>61</sup> BVerfG, Beschl. v. 18. 5. 2004 – 2 BvR 2374/99, NVwZ 2004, 1477 m.w.N.

<sup>62</sup> Hierzu ausführlich *Schneider*, NVwZ 2013, 19, 21.

<sup>63</sup> Hierzu im Überblick *Schröder*, NVwZ 2012, 1438, 1440.

<sup>64</sup> Zu diesem Abgrenzungskriterium Epping/Hillgruber/*Kube*, BeckOK GG, 52. Ed. 2022, Art. 105 Rn. 18.

<sup>65</sup> S. nur BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171, 1172.

nichtsteuerliche Abgaben unter Umgehung der finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsregeln begründet werden könnten und damit zugleich ein weiterer Zugriff auf die Ressourcen der Bürger eröffnet würde.<sup>66</sup>

Werden Unternehmen der PKV zur Finanzierung von Aufgaben herangezogen, die aus Sicht der GKV – wie bereits aufgezeigt – systemfremde Fremdlasten darstellen, stellt sich diese Finanzierungsverpflichtung ihnen gegenüber als eine Sonderabgabe dar, deren Verfassungsmäßigkeit anhand der vorab dargestellten, hier nun direkt anzuwendenden Sonderabgaben-Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu messen ist.

Die Protokollerklärung der Bundesregierung zum Krankenhaustransparenzgesetz führt aus, dass durch den Transformationsfonds sichergestellt werden soll, dass die Krankenhausreform gelingt und vor dem Hintergrund der zunehmend problematischen Fachkräftesituation, der gestiegenen Energiekosten, der steigenden Löhne sowie der inflationsbedingten sonstigen Mehrkosten die Versorgung der Bevölkerung sichergestellt wird. Im Referentenentwurf heißt es ferner, dass die Länder aus den Mitteln eines Transformationsfonds bei der Umsetzung der durch die Krankenhausreform angestoßenen Prozesse ab 2026 zielgenau unterstützt werden könnten<sup>67</sup> und dass „durch die mit dem Transformationsfonds geförderte Bündelung und Schwerpunktsetzung von Krankenhauskapazitäten [...] in der Folge von einer nicht näher quantifizierbaren Effizienz- und Qualitätssteigerung der stationären Versorgung auszugehen“ sei.<sup>68</sup>

Hierbei handelt es sich unbestritten um wichtige Ziele – auf die es für eine etwaige Verpflichtung der PKV aber nicht ankommen kann. Stattdessen sind nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG Sonderabgaben nur in engen Grenzen verfassungsgemäß.<sup>69</sup> Eine ausufernde Statuierung von Sonderabgaben würde die Systematik der Finanzverfassung des

---

<sup>66</sup> BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171, 1172.

<sup>67</sup> Ref-E KHVVG, S. 2.

<sup>68</sup> Ref-E KHVVG, S. 3.

<sup>69</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.9.2009 – 2 BvR 852/07, BVerfGE 124, 235; ferner BVerfG, Urt. v. 3.2.2009 – 2 BvL 54/06, BVerfGE 122, 316; BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01, NVwZ 2009, 1030, 1031; BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171; ferner aktuell BVerfG, Urt. v. 23.11.2011 – 8 C 20/10, NVwZ 2012, 763.

GG aufweichen.<sup>70</sup> Sie sind daher nur zulässig, wenn die folgenden – eng zusammenhängenden<sup>71</sup> – Voraussetzungen erfüllt sind:<sup>72</sup>

- Der Gesetzgeber darf sich der Abgabe nur im Rahmen der Verfolgung eines Sachzwecks bedienen, der über die bloße Mittelbeschaffung hinausgeht.
- Mit der Abgabe darf nur eine *homogene Gruppe* belegt werden, die in einer spezifischen Beziehung (*Sachnähe*) zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck steht und der deshalb eine *besondere Finanzierungsverantwortung* zugerechnet werden kann. Die mit der Abgabe belastete Gruppe muss also dem mit der Erhebung verfolgten Zweck evident näherstehen als jede andere Gruppe oder die Allgemeinheit der Steuerzahler.
- Das Abgabenaufkommen muss *gruppennützig verwendet* werden. Gruppennützige Verwendung besagt allerdings nicht, dass das Aufkommen im spezifischen Interesse jedes einzelnen Abgabepflichtigen zu verwenden ist; es genügt, wenn es überwiegend im Interesse der Gesamtgruppe verwendet wird.<sup>73</sup>
- Zusätzlich muss der Gesetzgeber im Interesse wirksamer parlamentarisch-demokratischer Legitimation und Kontrolle die erhobenen Sonderabgaben haushaltsrechtlich vollständig dokumentieren<sup>74</sup> und ihre sachliche Rechtfertigung in angemessenen Zeitabständen überprüfen.<sup>75</sup>

## b) Keine Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs

Eine Verpflichtung der PKV zur Finanzierung des Transformationsfonds würde ersichtlich an der besonderen *Finanzierungsverantwortung* der Abgabepflichtigen scheitern. Erneut ist daran zu erinnern, dass die Finanzierungsverantwortung für die Krankenhausorganisation bei den Ländern liegt. Abgesehen davon zählt die Investition in die Reform bzw. den Aus- und Umbau gesundheitlicher Infrastruktur nicht zu vertragstypischen Leistungen aus dem

---

<sup>70</sup> Vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 23.11.2011 – 8 C 20/10, NVwZ 2012, 763: „Allerdings ist dem Grundgesetz der Grundsatz zu entnehmen, dass der staatliche Aufwand im Regelfall aus Steuern zu finanzieren ist. Auf nichtsteuerliche Abgaben, die – anders als Vorzugslasten – ähnlich wie Steuern „voraussetzungslos“ erhoben werden, darf nur ausnahmsweise zurückgegriffen werden.“

<sup>71</sup> BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171, 1173; bestätigt durch BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01, NVwZ 2009, 1030, 1031. Vgl. Epping/Hillgruber/Kube, BeckOK GG, 52. Ed. 2022, Art. 105 Rn. 17.

<sup>72</sup> Zusammenfassend zur Fallpraxis Schröder, NVwZ 2012, 1438, 1440; Germelmann, GewArch 2009, 476, 480.

<sup>73</sup> BVerfG, Urt. v. 6.11.1984 – 2 BvL 19/83, 2 BvL 20/83, 2 BvR 363/83, 2 BvR 491/83, NJW 1985, 37, 38.

<sup>74</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.7.2003 – 2 BvL 1/99, BVerfGE 108, 186.

<sup>75</sup> BVerfG, Urt. v. 10.12.1980 – 2 BvF 3/77, BVerfGE 55, 274.

Versicherungsverhältnis. Aufgabe der Versicherungen ist es, das versicherte Risiko zu tragen und die versprochene Leistung zu erbringen, soweit der Versicherungsfall eintritt, sich also die übernommene Gefahr realisiert.<sup>76</sup> Nach wie vor sind Entgelte zur Abgeltung der stationären oder teilstationären Behandlung – also für die Krankenhausnutzung – zu entrichten. In der Übernahme gerade dieser Entgelte realisiert sich das versicherte Risiko. Dass Privatversicherte auf eine stationäre Behandlung angewiesen sein *könnten* und damit potenziell zum Kreis der Nutzer des Krankenhauses werden, reicht nicht aus, um eine besondere Finanzierungsverantwortung der PKV zu begründen. Denn: Wer nur als Teil der Allgemeinheit profitiert, der kann eben nur wie die Allgemeinheit, und somit durch Steuerzahlung zur finanziellen Verantwortung gezogen werden.

Eng verbunden ist damit die Vorgabe, die Mittel *gruppennützig* zu verwenden, die hier ebenso wenig erfüllt ist. Denn gerade im Falle von Investitionen in die medizinische Infrastruktur lässt sich nicht einmal im Ansatz nachvollziehen oder sicherstellen, dass sie anteilmäßig auch den Abgabepflichtigen zugutekommen. Hinsichtlich der gruppennützigen Verwendung dürften vorliegend außerdem die besonders strengen Anforderungen gelten, die das BVerfG in seinen Entscheidungen zur Unzulässigkeit der Sonderabgabe an den „Absatzfonds der Forst- und Holzwirtschaft“<sup>77</sup> und zum „Solidarfonds Abfallrückführung“<sup>78</sup> entwickelt hat:

„Lässt sich eine Finanzierungsverantwortung der Abgabepflichtigen praktisch ausschließlich mit Blick auf Zweck und Wirkung staatlicher Förderungsmaßnahmen zu Gunsten der belasteten Gruppe begründen, so bestehen in Bezug auf die gruppennützige Verwendung erhöhte Anforderungen. Der durch die Abgabe zu finanzierende und die Abgabe rechtfertigende Gruppennutzen muss evident sein. In Konstellationen, in denen das Abgabenaufkommen nicht für direkte Zuwendungen an Gruppenmitglieder, etwa zur Befriedigung von Ausgleichsbedarfen, verwendet wird, kann sich der erforderliche greifbare Gruppennutzen vor allem dann ergeben, wenn es bei den staatlichen Fördermaßnahmen um das plausibel begründete Erfordernis geht, erheblichen Beeinträchtigungen entgegenzuwirken oder spezielle Nachteile auszugleichen, die die Gruppenangehörigen besonders betreffen und die von diesen selbst voraussichtlich nicht, oder jedenfalls nicht mit gleicher Erfolgsaussicht kompensiert werden könnten.“<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Rolfs, NZS 1998, 551, 555.

<sup>77</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01, NVwZ 2009, 1030, 1031.

<sup>78</sup> BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171, 1172.

<sup>79</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01, NVwZ 2009, 1030, 1031, Rn. 60.

Durch eine Pflicht zur Finanzierung des Transformationsfonds würde weder erheblichen Beeinträchtigungen entgegengewirkt noch würden spezielle Nachteile ausgeglichen, die die privat Versicherten besonders betreffen und die von diesen selbst voraussichtlich nicht oder jedenfalls nicht mit gleicher Erfolgsaussicht kompensiert werden können.<sup>80</sup> Nichts anderes ergibt sich aus der Überlegung, dass durch eine Umstrukturierung der Krankenhauslandschaft in Deutschland die jeweils anfallenden Kosten für die PKV sinken könnten – was sich freilich weder absehen noch quantifizieren lässt. Auch der Referentenentwurf prognostiziert lediglich, dass „in der Folge von einer nicht näher quantifizierbaren Effizienz- und Qualitätssteigerung der stationären Versorgung auszugehen“ sei.<sup>81</sup> Eine Finanzierungspflicht der PKV mit dem Hinweis auf potentielle zukünftige Einsparungen zu begründen, bedeutete nicht zuletzt einen recht fragwürdigen Paternalismus gegenüber den privaten Krankenversicherungsunternehmen. Die Frage, ob und in welchem Rahmen sich Investitionen lohnen, ist eine originär von der PKV privatautonom zu beantwortende.

**c) Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG (PKV-Unternehmen) und Art. 2 Abs. 1 GG (Versicherte)**

Unzulässige Sonderabgaben verstoßen nicht nur gegen die Finanzverfassung des Bundes, sondern sie stellen zugleich auch eine Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der verpflichteten Unternehmen dar. In der Entscheidung zum „Solidarfonds Abfallrückführung“, der durch eine unzulässige Sonderabgabe finanziert wurde, führt das BVerfG hierzu kurz und prägnant aus:

„Öffentliche Abgaben greifen in den Schutzbereich des Art. 12 Absatz 1 GG ein, wenn sie in engem Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz erkennen lassen (vgl. BVerfGE 98, 83).“<sup>82</sup>

Gerade Fördermaßnahmen, die durch unzulässige Sonderabgaben finanziert werden, stellen eine Verletzung der Berufsfreiheit dar:

---

<sup>80</sup> Vgl. *Hummel*, wiedergegeben von *Gebhard*, MedR 2023, 547, 549: „das Abgabebaufkommen [müsse] im Interesse der abgabepflichtigen Gruppe verwendet werden, wobei ein mittelbarer Vorteil ausreiche, etwa dadurch, dass die Gruppe potenziell für Schäden verantwortlich sei, für die ein Fonds nun hafte („versicherungsnaher Lösung“).“

<sup>81</sup> Ref-E KHVVG, S. 3.

<sup>82</sup> BVerfG, Urt. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u. 2391/95, NVwZ 2005, 1171, 1172; ebenso BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01, NVwZ 2009, 1030, 1031.

„Vielmehr geht es um eine zwangsweise durchgeführte Fördermaßnahme, zu deren Finanzierung die Gruppe der Abgabepflichtigen nur aus Gründen eines Nutzens herangezogen wird, den der Gesetzgeber dieser Gruppe zugedacht hat. Die abgabepflichtigen Unternehmen verursachen keinen Bedarf, für dessen Befriedigung sie ohne Weiteres verantwortlich gemacht werden könnten. Der Staat greift vielmehr auf der Grundlage des Forstabsatzfondsgesetzes mit wirtschaftspolitisch begründeten Förderungsmaßnahmen gestaltend in die Wirtschaftsordnung ein und weist den erst dadurch entstehenden Finanzierungsbedarf den mit der Abgabepflicht belasteten Unternehmen zu. Diese finanzielle Inanspruchnahme für die staatliche Aufgabenwahrnehmung, die durch hoheitliche Entscheidung an die Stelle des individuellen unternehmerischen Handelns tritt, stellt sich aus der Sicht des Abgabepflichtigen nicht nur als eine rechtfertigungsbedürftige, zur Steuer hinzutretende Sonderbelastung, sondern auch als Verkürzung seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten unternehmerischen Freiheit dar (vgl. BVerfGE 111, 191; BVerfGE 113, 128) und bedarf auch insoweit besonderer Rechtfertigung.“<sup>83</sup>

Gleichzeitig wird durch eine unzulässige Sonderabgabe auch der allgemeine Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verletzt.<sup>84</sup>

Dies hat zur Konsequenz, dass ein Verstoß gegen die Finanzverfassung des Bundes durch eine unzulässige Sonderabgabe (mittelbar) auch durch die betroffenen Unternehmen der PKV im Wege einer Verfassungsbeschwerde gerügt werden könnte. Zwar stellt die Finanzverfassung selbst lediglich objektives Verfassungsrecht dar; ein Verstoß hiergegen kann also nicht direkt im Wege einer Verfassungsbeschwerde gerügt werden, da es an einer Verletzung eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG fehlt. Da aber vorliegend auch die Berufsfreiheit der Unternehmen der PKV tangiert wäre, könnten diese eine Überprüfung des Transformationsfonds durch das BVerfG herbeiführen. Ein entsprechendes Gesetz würde also von Anfang an unter dem Damoklesschwert einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde seitens der PKV stehen.

Übertragen gilt dies auch für die Belastung der Versicherten in der PKV, die dadurch entsteht, dass ihre Versicherungsprämien zu einem Teil für die Finanzierung der Krankenhausreform genutzt werden würden. Sie wäre mittelbar von der partiell fremdnützigen Finanzierungslast getroffen worden. Jedoch ist dann auch mittelbar der Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG eröffnet – ohne die Finanzierungsverpflichtung wären die Beiträge geringer. Die

---

<sup>83</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.5.2009 – 2 BvR 743/01, NVwZ 2009, 1030, 1032, Rn. 62.

<sup>84</sup> Hierzu BVerfG v. 9.11.1999 – 2 BvL 5/95, NVwZ 2000, 307, 308; offengelassen BVerfG v. 12.5.2009 - 2 BvR 743/01, NVwZ 2009, 1030, 1032.

Rechtfertigung – oder fehlende Rechtfertigung – gilt hier entsprechend den Ausführungen zur PKV selbst.

### **3. Zudem: Bereits die Finanzierungspflicht der GKV ist zweifelhaft**

Für die Annahme, dass eine Verpflichtung der PKV zur Finanzierung des Transformationsfonds verfassungswidrig wäre, sprechen nicht zuletzt die Zweifel an der der Verfassungskonformität des Ref-E KHVVG in seiner derzeitigen Form. Wenn schon die GKV nicht verfassungskonform zur Finanzierung des Transformationsfonds verpflichtet werden kann, spricht viel dafür, dass eine entsprechende Verpflichtung der PKV erst recht verfassungswidrig wäre.

#### **a) Keine Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben durch Beitragsmittel**

Auch auf materiell-rechtlicher Ebene begegnet § 12b KHG-E in seiner derzeitigen Fassung Bedenken: Gesamtgesellschaftliche Aufgaben dürfen eben grundsätzlich nicht durch Beitragsmittel der Sozialversicherung finanziert werden. Verstöße gegen diesen Grundsatz oder Eingriffe in den Kompetenzbereich der Sozialversicherung bleiben nicht folgenlos, sondern unterliegen der gerichtlichen Kontrolle. Dass in der Vergangenheit verschiedentlich gegen das Verbot der Zweckentfremdung von Mitteln aus der Sozialversicherung verstoßen wurde, rechtfertigt nicht auch in Zukunft hiervon abzuweichen.

#### **aa) Der Kompetenzbereich der GKV genießt verfassungsrechtlichen Schutz**

Gesetzliche Krankenkassen sind gemäß § 4 Abs. 1 SGB V als Körperschaften des öffentlichen Rechts eingerichtet, als solche nehmen sie öffentlich-rechtliche Aufgaben wahr<sup>85</sup> und sind an Gesetz und Recht gem. Art. 20 Abs. 3 GG gebunden. Insoweit ist zumindest im Grundsatz anerkannt, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts sich mangels grundrechtstypischer Gefährdungslage<sup>86</sup> nicht auf Grundrechte berufen können. Eine grundlegende Ausnahme von diesem Grundsatz soll jedoch bestehen, wenn juristische Personen des öffentlichen Rechts einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich unmittelbar zugeordnet sind und so als

---

<sup>85</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.10.1984 – 1 BvR 35/82, BVerfGE 68, 193 (209); Becker/Kingreen, SGB V, 8. Aufl. 2022, § 1 Rn. 22.

<sup>86</sup> BVerfG, Urt. v. 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12, BVerfGE 143, 246 (314); Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 19 Rn. 30; Dreier/Kaufhold, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 19 Abs. 3 Rn. 56.

staatsdistanziert anzusehen sind.<sup>87</sup> Eine solche Zuordnung, wie sie etwa für Universitäten und Rundfunkanstalten anzunehmen ist, kann jedoch für die gesetzlichen Krankenkassen nicht angenommen werden.<sup>88</sup>

Jenseits dieser Ausnahmekonstellationen werden weitere rechtsdogmatische Konstruktionen diskutiert, mithilfe derer juristische Personen des öffentlichen Rechts Grundrechte geltend machen können sollen.<sup>89</sup> So kann darüber nachgedacht werden, ob juristische Personen des öffentlichen Rechts als Sachwalterinnen Grundrechte der Einzelnen,<sup>90</sup> also hier die GKV die Grundrechte ihrer Mitglieder geltend machen können.<sup>91</sup> Insofern bestünde angesichts der Beitragspflicht auch ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>92</sup> Eine vergleichbare Stoßrichtung hat ein jüngeres Urteil des Bundessozialgericht, in dem die Kasseler Richter entschieden, dass

„Kompetenzüberschreitungen des Gesetzgebers im Bereich der Sozialversicherung unterhalb der Beitragssatzrelevanz regelmäßig folgenlos blieben (vgl. eingehend dazu mit Kritik an der Rspr des BVerfG und des BSG Butzer, Fremdlasten in der Sozialversicherung, 2001, S. 655 ff; speziell zu § 20 a SGB V vgl. Wenner in Prütting, Medizinrecht, 5. Aufl. 2019, § 20 a SGB V RdNr. 2). Die Mitglieder der Sozialversicherung haben nach der Rechtsprechung des BVerfG nur dann einen Anspruch auf eine verfassungsgerichtliche Überprüfung einer bestimmten Mittelverwendung, wenn sich diese in rechtlich erheblicher Weise (und nicht nur reflexhaft) auf ihre Beitragspflicht, dh die Höhe des konkreten Beitragssatzes, auswirkt (vgl. BVerfG vom 22.5.2018 – 1 BvR 1728/12 – BVerfGE 149, 50 RdNr. 68 ff, 88; zur Klagebefugnis vor den Sozialgerichten in diesen Fällen vgl. BSG vom 29.2.2012 – B 12 KR 10/11 R – BSGE 110, 161 = SozR 4-4200 § 46 Nr. 3, RdNr. 13 f mwN). Insofern besteht auch kein Bedürfnis für die Herleitung der Grundrechtsfähigkeit der KKn aus deren Funktion als Sachwalter des einzelnen Mitglieds bei der Wahrnehmung dessen Grundrechte (vgl. BVerfG vom 9.6.2004, aaO, RdNr. 36 mwN). Allerdings greift diese Argumentation unterhalb einer Beitragssatz- und damit auch der Grundrechtsrelevanz nicht. In Fällen wie dem vorliegenden, in denen es um die Zweckentfremdung von Beitragsmitteln in Höhe von über 30 Millionen Euro geht, die sich aber gleichwohl bei einem Betrag von 45 Cent pro Versichertem noch nicht nachweisbar auf den Beitragssatz auswirkt, hat der einzelne Versicherte

---

<sup>87</sup> BVerfG, Beschl. v. 2.5.1967 – 1 BvR 578/63, BVerfGE 21, 362 (373 f.); BVerfG, Beschl. v. 7.6.1977 – 1 BvR 424/73, 1 BvR 226/74, BVerfGE 45, 63 (79); BVerfG, Beschl. v. 14.4.1987 – 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192 (196); Dreier/Kaufhold, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 19 Abs. 3 Rn. 59.

<sup>88</sup> BVerfG, Beschl. v. 9.4.2004 – 2 BvR 1248/03 u.a., NVwZ 2005, 572 (574); BSG, Urt. v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, NZS 2022, 57 (65).

<sup>89</sup> S. dazu im Überblick Dreier/Kaufhold, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 19 Rn. 59 ff.

<sup>90</sup> Frenz, VerwArch 85 (1994), 22 (43 ff.).

<sup>91</sup> S. zur Kritik, dass der Grundrechtsträger doch einer „Vernunftloshheit“ und Bevormundung durch die öffentliche Einrichtung unterworfen wäre BVerfG, Beschl. v. 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 (103 f.); in Bezug auf Krankenkassen BVerfG, Beschl. v. 9.6.2004 – 2 BvR 1248/03 u.a.; v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 274.

<sup>92</sup> BSG, Urt. v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, NZS 2022, 57 (65).

keine Möglichkeit, die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung gerichtlich überprüfen zu lassen. Insofern besteht ein auch im Rechtsstaatsprinzip begründetes Bedürfnis, den Sozialversicherungsträgern ungeachtet ihrer fehlenden eigenen Grundrechtsfähigkeit die Möglichkeit einzuräumen, im Interesse der Gesamtheit ihrer Mitglieder eine gerichtliche Prüfung gesetzlicher Regelungen auf ihre Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Sozialversicherung herbeizuführen.<sup>93</sup>

Vor diesem Hintergrund überzeugt es, dass die GKV ausnahmsweise als öffentlich-rechtliche Körperschaften mit einem einfach-gesetzlich ausgestalteten Selbstverwaltungsrecht und einer zugewiesenen Kompetenzsphäre, die durch Art. 87 Abs. 2 GG zumindest gebilligt und anerkannt werden,<sup>94</sup> dazu berufen sind die Grundrechte ihrer Mitglieder zu verteidigen.<sup>95</sup>

Jedenfalls soweit der einzelne Versicherte nach den genannten Maßstäben keine Möglichkeit hat, sich gegen eine Zweckentfremdung seiner Beiträge zu wehren, kann die GKV sich bei Kompetenzüberschreitungen des Gesetzgebers im Bereich der Sozialversicherung auf die Verfassungswidrigkeit der zweckwidrigen Verwendung von Beitragsmitteln berufen um eine gerichtliche Überprüfung der Verwendung von Beitragsmitteln herbeizuführen.<sup>96</sup> Andernfalls blieben Kompetenzüberschreitungen des Gesetzgebers im Bereich der Sozialversicherung unterhalb der Beitragssatzrelevanz folgenlos.<sup>97</sup>

Weiter noch ließe sich sogar erwägen, ob die Bindung der GKV an Recht und Gesetz angesichts der drohenden Verfassungswidrigkeit des § 12b KHG-E die Nicht-Durchführung des Gesetzes erlaubt oder gar gebietet. Zwar kommt den GKV i.R.v. § 12b KHG-E i.e.S. keine Zuständigkeit zu, i.R. derer über die Anwendung oder Nichtanwendung der Norm zu entscheiden wäre, ein Zugriff könnte sich allerdings über die Weiterleitung der Beiträge an den Gesundheitsfonds gemäß § 28k Abs. 1 SGB IV ergeben. Denkbar ist hier die Weigerung der Krankenkassen als Einzugsstellen gemäß § 28h SGB IV mit Blick auf die Speisung des etwaig verfassungswidrigen Transformationsfonds (§ 12b KHG-E) aus dem Gesundheitsfonds. Die Frage ist bisweilen umstritten,<sup>98</sup> und muss auch für die hiesige Betrachtung nicht abschließend

<sup>93</sup> BSG, Urt. v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, NZS 2022, 57 (66).

<sup>94</sup> BSG, Urt. v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, NZS 2022, 57 (66); *Axer*, NZS 2017, 601 (605 f.).

<sup>95</sup> BSG, Urt. v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, NZS 2022, 57 (66).

<sup>96</sup> BSG, Urt. v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BeckRS 2021, 18693 Rn. 79; *Dombrowsky*, NZS 2022, 51.

<sup>97</sup> BSG, Urt. v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BeckRS 2021, 18693 Rn. 79.

<sup>98</sup> Offengelassen in BVerfG, Beschl. v. 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07, BVerfGK 16, 418 (442); bejahend *Sachs/Sachs*, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 97; ausführlich *Horn*, LKRZ 2012, 1 ff; für eine Anwendungspflicht BGH, Urt. v. 16.4.2015 – III ZR 333/13, NVwZ 2015, 1309 (1314); *Friedrich*, Jura 2019, 812 (824); differenzierend BVerwG, Urt. v. 16.10.2007 – 7 C 6/07, NVwZ 2008, 224 (227); *Jarass/Pieroth/Jarass*, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 50a.

beantwortet werden, da die GKV nach dem zitierten Urteil des Bundessozialgerichts jedenfalls eine gerichtliche Kontrolle der Verwendung der Beitragsmittel herbeiführen kann.

**bb) Auch hier gilt: Gesamtgesellschaftliche Aufgaben dürfen nicht durch Beitragsmittel finanziert werden**

Jedenfalls: Gesamtgesellschaftliche Aufgaben wie der Auf- und Umbau gesundheitlicher Infrastruktur dürfen nicht durch Beitragsmittel der Sozialversicherung finanziert werden. Die – gerade auch jüngere – Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist insoweit eindeutig:

„Die verfassungsrechtlich vorgegebene organisatorische Selbstständigkeit der Sozialversicherung setzt auch der Verwendung und dem Transfer von Mitteln der Sozialversicherung Grenzen. Die Legitimation der Beitragsbelastung beschränkt sich auf die Finanzierung im Binnensystem der Sozialversicherung. Sie erstreckt sich grundsätzlich nicht auf die Finanzierung von Leistungen an Dritte außerhalb der Sozialversicherung. (...) Auch ein Transfer von Mitteln der Sozialversicherung setzt voraus, dass sie für Zwecke im Binnensystem der Sozialversicherung verwendet werden. (...) Die erhobenen Geldmittel dürfen allein zur Finanzierung der Aufgaben der Sozialversicherung eingesetzt werden; zur Befriedigung des allgemeinen Finanzbedarfs des Staats und seiner sonstigen Glieder stehen sie nicht zur Verfügung. (...) Die Finanzmasse der Sozialversicherung ist tatsächlich und rechtlich von den allgemeinen Staatsfinanzen getrennt. (...) Die Sozialversicherungsbeiträge sollen wegen ihrer strengen Zweckbindung weder den Bund oder die Länder noch sonstige staatliche Aufgabenträger zu eigenverantwortlichen finanziellen Entscheidungen befähigen. Sie eröffnen keine haushaltspolitischen Entscheidungsspielräume. Es handelt sich für Bund und Länder vielmehr um Fremdgelder, die der eigenen Haushaltsgewalt entzogen sind. Ein Transfer von Sozialversicherungsbeiträgen zwischen einer KK und der unmittelbaren Staatsverwaltung kommt nicht in Betracht. (...)

Bei dem Begriff der Sozialversicherung, wie ihn Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 und Art. 120 Abs. 1 Satz 4 GG verwenden und er auch Art. 87 Abs. 2 GG zugrunde liegt, handelt es sich um einen weit gefassten verfassungsrechtlichen Gattungsbegriff, der alles umfasst, was sich der Sache nach als Sozialversicherung darstellt. (...) Andererseits genügt es nicht, dass eine Regelung in irgendeiner Weise allgemein der "sozialen Sicherheit" zugeordnet werden kann; vielmehr muss geprüft werden, ob dieses Ziel gerade auf dem spezifischen Weg der Sozialversicherung erreicht werden soll. Kennzeichnend sind insbesondere die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisierte Vielheit, die organisatorische Durchführung durch selbstständige Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, die abzudeckenden Risiken und die Mittelaufbringung durch Beiträge der Beteiligten. (...)

Die Abgrenzung zwischen den Aufgaben der Sozialversicherung und den Aufgaben der Gesamtgesellschaft ist verfassungsrechtlich nicht im Einzelnen vorgegeben, sondern politischer Natur und vom Gesetzgeber zu treffen. (...) Dieser ist auch nicht verpflichtet, die Systeme sozialer

Sicherheit in Selbstverwaltung auszugestalten. (...) Er kann soziale Sicherheit auch in unmittelbarer Staatsverwaltung organisieren. Allerdings kann er sich dann nicht auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG stützen, sondern es bedarf anderer Kompetenztitel, etwa dem der öffentlichen Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG). Und er darf sich auch nicht der organisatorischen und finanziellen Mittel der Sozialversicherung bedienen.“<sup>99</sup>

Die Herleitung überzeugt und macht deutlich: Die Beiträge der Versicherten müssen den Versicherten zugutekommen; gesamtgesellschaftliche Aufgaben dürfen nicht durch die Beitragszahler finanziert werden.<sup>100</sup> Bei dem Ausbau und der Reform handelt es sich wie dargestellt offensichtlich um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe.<sup>101</sup>

Die Investitionskosten auf die GKV und damit im Ergebnis auf die Beitragszahler abzuwälzen, bricht mit dem Prinzip der dualen Krankenhausfinanzierung, auf dem das Krankenhausfinanzierungsrecht beruht. Nach dem 1972 eingeführten Prinzip der dualen Krankenhausfinanzierung, auf dem das Krankenhausfinanzierungsrecht beruht,<sup>102</sup> werden die laufenden Betriebskosten über „Pflegesätze“ – derzeit überwiegend über DRGs – von den Benutzern bzw. den zuständigen Kostenträgern getragen (§§ 16–20 KHG), während die Länder für die Investitionskosten der Krankenhäuser Verantwortung tragen (§§ 8–15 KHG).<sup>103</sup> Die Art der Kosten entscheidet damit darüber, wer sie zu tragen hat.<sup>104</sup> § 4 Nr. 1 KHG regelt ausdrücklich, dass die Investitionskosten [der Krankenhäuser] im Wege öffentlicher Förderung übernommen werden. Die Länder sind für die Planung und Investitionskosten der Krankenhäuser (Baukosten/Einrichtung) zuständig.<sup>105</sup> Unter Investitionskosten versteht man gem. § 2 Abs. 2 lit. a KHG die Kosten der Errichtung (Neubau, Umbau, Erweiterungsbau) von

---

<sup>99</sup> BSG, Urt. v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, Rn. 53 ff. (interne Nachweise ausgelassen). Andere hatten das bereits so gesehen: Zweifelnd Spiecker genannt Döhm/Wallrabenstein/Schmidt am Busch, Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 35 ff.; ablehnend Spiecker genannt Döhm/Wallrabenstein/ Schuler-Harms, S. 13, 28 ff.; Schuler-Harms, SDSRV 67, 2018, 27, 42; Spiecker genannt Döhm/Wallrabenstein/Kemmler, S. 61, 74 ff.; Kiefer, SDSRV 67, 2018, 45, 56; Wallrabenstein, Einbindung der Gesetzlichen Krankenversicherung in die Aufgaben- und Ausgabenzuweisung des Präventionsgesetzes, Gutachten im Auftrag des AOK-Bundesverbandes GbR v. 14.4.2015, Bl. 113 ff. der Gerichtsakten des LSG; wohl auch Pitschas, VSSR 2018, 235, 247; Prütting/Wenner, Medizinrecht, 5. Aufl. 2019, § 20a SGB V Rn. 2; aA Gutachten WD 9-128/14 der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags 2015, abrufbar unter [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de) (letzter Abruf am: 12.3.2024); Axer, KrV 2015, 221, 225 f.; Spiecker genannt Döhm/Wallrabenstein/Axer, S. 43 ff.; Krauskopf/Luik, SozKV/PV, Stand März 2020, § 20a SGB V Rn. 17 f.; Kasseler Kommentar/Schifferdecker, SGB V, Stand September 2021, § 20a Rn. 8; Becker/Kingreen/Welti, SGB V, 7. Aufl. 2020, § 20a Rn. 12; differenzierend jurisPK-SGB V/Schütze, 4. Aufl., 2020, § 20a Rn. 34 f.

<sup>100</sup> So auch BVerfG, Beschl. v. 22.5.2018 – 1 BvR 1728, 1756/12, BVerfGE 149, 50, 77, Rn. 77 f.

<sup>101</sup> Ausf. unter Gliederungspunkt B)I.1.

<sup>102</sup> Quaas/Zuck/Clemens/Quaas, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 10.

<sup>103</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.2.1991, BVerfGE 83, 363, 384.

<sup>104</sup> NK-MedR/Jaster, 4. Aufl. 2024, KHG § 4 Rn. 1.

<sup>105</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.2.1991, BVerfGE 83, 363, 384.

Krankenhäusern und der Anschaffung der zum Krankenhaus gehörenden Wirtschaftsgüter, ausgenommen der zum Verbrauch bestimmten Güter (Verbrauchsgüter) sowie gem. § 2 Abs. 2 lit. b KHG die Kosten der Wiederbeschaffung der Güter des zum Krankenhaus gehörenden Anlagevermögens (Anlagegüter). Sie entstehen insbesondere bei Errichtung von Krankenhäusern einschließlich der Erstausrüstung mit den für den Krankenhausbetrieb notwendigen Anlagegütern und für die Wiederbeschaffung von Anlagegütern mit einer durchschnittlichen Nutzungsdauer von mehr als drei Jahren.<sup>106</sup> Hiervon abzugrenzen sind die laufenden Betriebskosten der Krankenhäuser, die durch die Betrieb und Nutzung der Krankenhäuser anfallen und zu denen im Wesentlichen Personal, Sach- und Instandhaltungskosten zählen, die aus den Erlösen der Krankenhäuser zu bestreiten sind.<sup>107</sup>

Bei der Betrachtung der förderfähigen Vorhaben nach § 12b Abs. 1 S. 4 Nr. 1-6 KHG-E wird schnell deutlich, dass es sich bei den hierfür anfallenden um Investitionskosten handelt, nicht um bloße Betriebskosten. Dies geht bereits aus der Dritten Stellungnahme „Grundlegende Reform der Krankenhausvergütung“ der Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung hervor:

„Im Rahmen der Restrukturierung der Krankenhauslandschaft auf Grundlage der hier vorgelegten Reformvorschläge wird ein deutlicher Anreiz zur engeren Kooperation zwischen Krankenhäusern geschaffen bis hin zum Austausch von Leistungsgruppen. Auch könnten verschiedene Standorte mit niedrigem Versorgungsgrad zu einem Standort mit hohem Versorgungsgrad fusionieren. Um solche Verbesserungen in der Versorgungsstruktur zu fördern, sind **Investitionen** erforderlich. Daher empfiehlt die Regierungskommission die Neuauflage des Krankenhausstrukturfonds zur Finanzierung derartiger Vorhaben.“<sup>108</sup>

Hier ist von der Kooperation zwischen Krankenhäusern die Rede, die Finanzierung derartiger Vorhaben wäre beispielhaft gem. § 12b Abs. 1 S. 4 Nr. 1, 3, 4 und 5 KHG-E förderfähig.

Würden das Finanzierungssystem der Krankenhäuser in Richtung einer monistischen Finanzierung durch die GKV umgestellt, würden die Beiträge der Krankenkassen wohl sehr

---

<sup>106</sup> Spickhoff/Szabados, 4. Aufl. 2022, KHG § 2 Rn. 6.

<sup>107</sup> Schlegel, NJW 2021, 2782, 2784. S. ferner Quaas/Zuck/Clemens/Quaas, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 11.

<sup>108</sup> Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung, 06.12.2022, [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/K/Krankenhausreform/3teStellungnahme\\_Regierungskommission\\_Grundlegende\\_Reform\\_KH-Verguetung\\_6\\_Dez\\_2022\\_mit\\_Tab-anhang.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/K/Krankenhausreform/3teStellungnahme_Regierungskommission_Grundlegende_Reform_KH-Verguetung_6_Dez_2022_mit_Tab-anhang.pdf), S. 10.

deutlich ansteigen.<sup>109</sup> Vergleichbare Effekte sind bei einer schrittweisen „Querfinanzierung“ des Transformationsfonds durch den Gesundheitsfonds zu befürchten. Zwar ist richtig, dass die Beitragszahler der GKV – sollten sie auf eine stationäre Behandlung angewiesen sein – in den „Genuss“ einer reformierten Krankenhausinfrastruktur kommen und die Mittel ihnen somit zumindest mittelbar zugutekommen. Diese mittelbare Begünstigung ändert freilich nichts an der Einordnung der Finanzierung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe.<sup>110</sup> Der Vergleich mit der – nicht nur reflexhaften<sup>111</sup> – Begünstigung der Nichtversicherten macht deutlich, wieso: Es geht bei dem vorliegenden Vorhaben allein um die Investition in die gesundheitliche Infrastruktur, zwischen Versicherten und Nichtversicherten wird nicht unterschieden. Die mittelbare Begünstigung der Beitragszahler erfolgt also in derselben Art und Weise, in der auch Nichtversicherte begünstigt werden. Demnach profitieren Nichtversicherte ebenso wie Versicherte, von einer bloß reflexhaften Begünstigung im Sinne eines *Overspill*-Effekts ist nicht auszugehen, da die Verbindung zwischen Investition und Beitragszahler nicht enger ist als die Verbindung zwischen Investition und Nichtversichertem. Es gilt sich bewusst zu machen: Wer nur als Teil der Allgemeinheit profitiert, der kann eben nur wie die Allgemeinheit, und somit durch Steuerzahlung zur finanziellen Verantwortung gezogen werden. Nicht zuletzt trennt sogar das Kompetenzgefüge des Grundgesetzes zwischen der Gesetzgebungskompetenz für das Versicherungswesen insgesamt nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, für die Sozialversicherung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG und schließlich der wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG. Schon das Grundgesetz unterscheidet also zwischen Versicherung und Ausstattung von Krankenhäusern.

Dass der Bund den Gesundheitsfonds zur „zur pauschalen Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen“ bezuschusst (§§ 221, 221 a Abs. 2 und 3 SGB V), heilt die Zweckentfremdung der Sozialversicherungsbeiträge nicht.<sup>112</sup> Denn es lässt sich nach wie vor nicht überprüfen, wofür diese Zuschüsse gezahlt werden und inwieweit Beiträge der Versicherten zur Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben herangezogen werden.<sup>113</sup> Eine Doppelbelastung der Beitragszahler für die Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben – durch ihre Sozialversicherungsbeiträge und durch ihre

---

<sup>109</sup> Spickhoff/Szabados, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 4 KHG Rn. 3.

<sup>110</sup> Ebenso für die Verwendung von Intensivbetten im Rahmen der Corona-Pandemie *Schlegel*, NJW 2021, 2782, 2786.

<sup>111</sup> Dass eine Leistung reflexhaft auch Nichtversicherten zugutekommt, steht der Zuordnung einer Leistung nicht grundsätzlich entgegen, BSG, Urt. v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BeckRS 2021, 18693 Rn. 60.

<sup>112</sup> *Schlegel*, NJW 2021, 2782, 2786.

<sup>113</sup> *Schlegel*, NJW 2021, 2782, 2786.

Steuern – ist zu besorgen. Würde man dem Bund gestatten, sich durch die Bezuschussung des Gesundheitsfonds ein umfassendes Zugriffsrecht auf Mittel der Sozialversicherung zu „erkaufen“, läge hierin ein Einfallstor durch ggf. einmalige und niedrige Investitionen zweckwidrig auf Sozialversicherungsbeiträge zuzugreifen. Zu Recht sprechen sich namhafte Stimmen daher für eine Rückkehr zur reinen Beitragsfinanzierung aus.<sup>114</sup>

Das Gesagte macht deutlich: Denselben Bedenken ist auch § 12a KHG in seiner derzeitigen Fassung ausgesetzt. Denn der Transformation von gesundheitlicher Infrastruktur geht in einem ersten Schritt ihre Schaffung voraus – ebenfalls beitragsfinanziert durch den sog. Strukturfonds, für den nach §§ 12, 12a KHG auf die Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds zurückgegriffen wird.<sup>115</sup> Herkömmliche Funktion der Liquiditätsreserve ist es, die Zuweisungen an die Krankenkassen unabhängig von unterjährigen Einnahmeschwankungen und nicht berücksichtigten Einnahmeausfällen in den nach § 242a Abs. 1 zugrunde gelegten voraussichtlichen jährlichen Einnahmen des Gesundheitsfonds zu machen sowie die Durchführung des Einkommensausgleichs nach § 270a SGB V zu gewährleisten.<sup>116</sup> Auch das GKV-Finanzstabilisierungsgesetz ist für Rückgriffe auf die Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds – zu Recht – kritisiert worden.<sup>117</sup>

### cc) Keine „bloß ergänzende Finanzierung“ der Krankenhausreform

Das alles mögen die Handelnden schon verfassungsrechtlich geahnt haben. In dem Eckpunktepapier zur Krankenhausreform vom 10.07.2023 heißt es vielleicht gerade deshalb mit Blick auf die verfassungsrechtlich zweifelhafte Finanzierung des Reformvorhabens in der Präambel:

„Die Erreichung dieser Reformziele erfolgt im bestehenden verfassungsrechtlichen Rahmen; die Zuständigkeit für die Krankenhausplanung verbleibt ausschließlich bei den Ländern. Unberührt bleibt insofern auch die **primäre Verpflichtung der Länder** zur Vorhaltung einer bedarfsgerechten Krankenhausstruktur sowie **zur auskömmlichen Finanzierung der notwendigen Investitionen** in diese Krankenhausstruktur. Zur **ergänzenden Finanzierung** von strukturverbessernden Maßnahmen, die sich unmittelbar aus der Umsetzung dieser Krankenhausreform ergeben, ist mit

---

<sup>114</sup> Schlegel, NJW 2021, 2782, 2786.

<sup>115</sup> JurisPK SGB V A. Becker, § 271 Rn. 33.

<sup>116</sup> JurisPK SGB V A. Becker, § 271 Rn. 33.

<sup>117</sup> Z.B. durch Genster, wiedergegeben von Gebhard, MedR 2023, 547, 550.

Inkrafttreten der Reformstufen eine **Verlängerung und Ergänzung des Krankenhausstrukturfonds** aus Mitteln von Bund und Ländern vorgesehen.“<sup>118</sup>

Diese Sicht greift zu kurz. Es ist mehr als fraglich, wie einerseits „primär“ die Länder zur auskömmlichen Finanzierung der notwendigen Investitionen verpflichtet bleiben sollen, andererseits aber Bedarf für eine „ergänzende Finanzierung“ gesehen wird. Dass Bund und Länder in der Vergangenheit ihrer Finanzierungsverantwortung verschiedentlich nicht angemessen nachgekommen sind,<sup>119</sup> kann jedenfalls keinen Rückgriff auf eine solche „ergänzende Finanzierung“ durch die GKV rechtfertigen.

#### **dd) Keine andere Bewertung aufgrund vergangener Fehlentwicklungen**

Der Kreis der Argumente kann noch einmal geweitet werden. In der jüngeren Gesetzgebungsgeschichte lässt sich gleichwohl die Tendenz beobachten, dass Beitragsmittel aus der Sozialversicherung zu sozialversicherungsfremden Zwecken eingesetzt wurden.<sup>120</sup> Das gilt für die Finanzierung des Krankenhausstrukturfonds nach § 12a KHG<sup>121</sup> ebenso wie für die eingangs zitierte Entscheidung der BSG zur Finanzierung der BZgA.<sup>122</sup> Symptomatisch für diese Fehlentwicklung steht ferner die Verwendung von Beitragsmitteln der GKV während der Corona-Pandemie. *Schlegel*, zu der Zeit noch amtierender Präsident des Bundessozialgerichts, bringt es auf den Punkt: Es sei „überall dort ‘in die Kasse gegriffen’ [worden], wo gerade Geld vorhanden war.“<sup>123</sup> So wurden zusätzliche Intensivbetten während der Pandemie aus der Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds entnommen und damit zu wesentlichen Teilen aus Beitragsmitteln der GKV finanziert.<sup>124</sup> Auch insoweit handelte es sich nicht um die Finanzierung von laufenden Betriebskosten sondern richtigerweise um Investitionskosten. Finanziert wurde nicht die Behandlung von Beitragszahlern, sondern die Anschaffung von Krankenhausressourcen. Zurecht wurde insoweit auf eine rechtspolitisch sowie verfassungsrechtlich bedenkliche „Verwässerung“ des Grundsatzes der dualen

---

<sup>118</sup> Eckpunktepapier Krankenhausreform, 10.07.2023, abrufbar unter: [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/K/Krankenhausreform/Eckpunktepapier\\_Krankenhausreform\\_final.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/K/Krankenhausreform/Eckpunktepapier_Krankenhausreform_final.pdf).

<sup>119</sup> *Pfeiffer/Grunenberg*, SRa 2023, 1, 3

<sup>120</sup> *Pfeiffer/Grunenberg*, SRa 2023, 1, 2.

<sup>121</sup> Insoweit sehen *Huber/Voßkuhle/Oeter/Münkler*, 8. Aufl. 2024, GG Art. 74 Rn. 141, eine „schleichende Verschiebung“ der Grenzen des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG. Allg. zum Krankenhausstrukturfonds *Stollmann/Halbe*, MedR 2021, 785, 786 ff.

<sup>122</sup> BSG, Urt. v. 18.5.2021 – B 1 A 2/20 R, BeckRS 2021, 18693.

<sup>123</sup> *Schlegel*, NJW 2021, 2782, 2786.

<sup>124</sup> *Schlegel/Meßling/Bockholdt*, Corona-Gesetzgebung, § 9 Krankenhausrecht Rn. 140.

Krankenhausfinanzierung hingewiesen, da derartige Kosten nicht aus Beitragsmitteln zu zahlen sind.<sup>125</sup>

Dass so an diesem verfassungsrechtlich verankerten Grundpfeiler des Finanzhaushalts in jüngerer Vergangenheit verschiedentlich gerüttelt wurde, ist eine Fehlentwicklung, die zukünftige Zweckentfremdungen von Beitragsmitteln nicht rechtfertigen kann, sondern die es vielmehr zu korrigieren gilt. Eine Entwicklung, die in Krisenzeiten begonnen hat, darf nicht zur Norm werden. Auch soweit die Finanzierung des Krankenhausstrukturfonds über § 12a KHG bislang nicht angegriffen wurde, lässt sich hieraus nicht die Verfassungsmäßigkeit einer noch weitergehenden Bezuschussung von Investitionen in die medizinische Infrastruktur durch die Beitragszahler der PKV ableiten; die Zweckentfremdung von Sozialversicherungsbeiträgen wurde bislang lediglich toleriert.<sup>126</sup> Fraglos kann der Gesetzgeber nicht gleichsam „im Vertrauen“ auf diese bisherige Toleranz mit zusätzlichen Mitteln der GKV weitere Investitionsvorhaben legitimieren.

#### **b) Zudem: Verstoß gegen das Verbot der Mischfinanzierung?**

I

nsbesondere im Hinblick auf die aktuell ja geplante Einbeziehung der GKV kommt ein weiterer Punkt hinzu: Nicht von der Hand zu weisen sind Fragen, die das Gesetzesvorhaben mit Blick auf das aus Art. 104a Abs. 1 GG folgende Verbot der Mischfinanzierung aufwirft.

#### **aa) Der Rahmen des Art. 104a Abs. 1 GG**

Vorbehaltlich anderslautender Bestimmungen des Grundgesetzes tragen hiernach der Bund und die Länder gesondert die Ausgaben, die sich aus der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergeben (sog. „Konnexitätsprinzip“). Art. 104a Abs. 1 GG verbietet,

„dass der Bund die Erfüllung von Aufgaben eines Landes mitfinanziert und dass umgekehrt die Länder die Wahrnehmung von Aufgaben des Bundes mitfinanzieren. Dieses Verbot einer Kostenbeteiligung einer Gebietskörperschaft außerhalb ihrer Aufgabenzuständigkeit an einer Aufgabe, die von einer anderen Gebietskörperschaft in alleiniger Verwaltungszuständigkeit wahrzunehmen ist, soll die Gestaltungsbefugnis der zuständigen Gebietskörperschaft schützen und

---

<sup>125</sup> Schlegel/Meßling/Bockholdt, Corona-Gesetzgebung, § 9 Krankenhausrecht Rn. 140. S. auch Schlegel, NJW 2021, 2782, 2786.

<sup>126</sup> S. ausdr. Pfeiffer/Grunenberg, SRa 2023, 1, 4.

ihre Verantwortlichkeit gegenüber der parlamentarischen Kontrolle erhalten. [Die Vorschrift] dient damit der Sicherung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung.“<sup>127</sup>

Hiernach ist der Bund gerade nicht befugt, im Aufgabenbereich der Länder Zuwendungen zu vergeben.<sup>128</sup> Das gilt unabhängig von der Art der Zuwendung oder Bezuschussung, „jede Form der Mischfinanzierung **unter Einschuß der Fondswirtschaft** [ist] nur in den verfassungsrechtlich vorgesehenen Fällen zulässig“.<sup>129</sup> Zwar hat der Verfassungsgesetzgeber zwischenzeitlich mit Art. 104a Abs. 4 GG a.F. eine Ausnahme von diesem Grundsatz normiert, um – so das BVerwG – „diese Reform der Krankenhausfinanzierung durchführen zu können“<sup>130</sup>:

(4) Der Bund kann den Ländern **Finanzhilfen** für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) gewähren, die zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts oder zum Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet oder zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums erforderlich sind. Das Nähere, insbesondere die Arten der zu fördernden Investitionen, wird durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, oder auf Grund des Bundeshaushaltsgesetzes durch Verwaltungsvereinbarung geregelt.

Diese Vorschrift wurde im Jahr 2006 durch Art. 104b GG ersetzt.<sup>131</sup> Hiernach sind Finanzhilfen – anders als noch nach Art. 104a Abs. 4 GG aF – nur zulässig, soweit der Bund die Gesetzgebungskompetenz innehat.<sup>132</sup> Finanzhilfen des Bundes für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und Gemeinden (Gemeindeverbände) sollen nach S. 2 bei Gegenständen der ausschließlichen Gesetzgebung der Länder ausgeschlossen sein.<sup>133</sup> Beispielhaft ist nach der Gesetzesbegründung ein „Ganztagsschul-Investitionsprogramm danach nicht mehr zulässig, weil das Schulwesen Gegenstand ausschließlicher Gesetzgebung der Länder ist“.<sup>134</sup>

---

<sup>127</sup> BVerwG, Beschl. v. 13.6.2022 – 5 B 30.21, BeckRS 2022, 17934 Rn. 9.

<sup>128</sup> Dreier/Heun, 3. Aufl. 2018, GG Art. 104a Rn. 19.

<sup>129</sup> Dreier/Heun, 3. Aufl. 2018, GG Art. 104a Rn. 19 m.w.N. S. auch Huber/Voßkuhle/Hellermann, 8. Aufl. 2024, GG Art. 104a Rn. 55.

<sup>130</sup> BVerwG, Beschl. v. 2.8.1984 – 3 C 40.81, BeckRS 1984, 31323321 unter III.1. zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG und Art. 104a GG.

<sup>131</sup> BT-Drs. 16/813, S. 19. Hierauf gehen MAH Medizinrecht/Halbe/Orlowski, 3. Auflage 2020, § 13 Rn. 154, nicht ein, wenn sie die Möglichkeit von **Finanzierungshilfen des Bundes an die Länder zur Krankenhausinvestitionsförderung** über Art. 104a GG begründen.

<sup>132</sup> BeckOK GG/Kube, 57. Ed. 15.1.2024, GG Art. 104b Rn. 5.

<sup>133</sup> BT-Drs. 16/813, S. 19; s. hierzu BeckOK GG/Kube, 57. Ed. 15.1.2024, GG Art. 104b Rn. 5.

<sup>134</sup> BT-Drs. 16/813, S. 19.

## bb) Übertragung auf § 12b Abs. 1 S. 1 KHG-E

Nach § 12b Abs. 1 S. 1 KHG-E sollen dem Transformationsfonds bis zu 25 Milliarden Euro aus der den Bundesmitteln zuzuordnenden Liquiditätsreserve des Gesundheitsfonds zugeführt werden. Zwar fällt die Krankenhausfinanzierung nicht *ausschließlich* in die Zuständigkeit der Länder. Bei der Einfügung des Art. 74 Nr. 19a GG [aber] war klar, dass dem Bund nur die Kompetenz zur Regelung der Finanzierung der Krankenhäuser eingeräumt wurde und ihm lediglich Spielraum zur Regelung finanzieller Fragen eröffnet werden sollte, nicht jedoch im Bereich der Krankenhausorganisation und der Krankenhausplanung.<sup>135</sup> Wie gesehen, fallen die nach S. 4 förderfähigen Vorhaben in die Organisations- und Planungshoheit der Länder. Durch § 12b Abs. 1 KHG-E werden also den Bundesmitteln zuzuordnende Mittel aus dem Gesundheitsfonds im Bereich der Krankenhausorganisation und damit für ein Aufgabe der Länder eingesetzt.

Allerdings hat das BVerfG zur Anwendbarkeit der Art. 104a ff. GG auf die Erhebung, Verwaltung und Verteilung von Sozialversicherungsbeiträgen zu Recht entschieden, dass

„die Finanzverfassung der Sozialversicherung als ein eigenständiges System staatlicher Abgabenerhebung [...] neben dem in die Finanzverfassung eingebundenen Steuersystem steht. Die Finanzmittel der landes- und bundesunmittelbaren Krankenkassen den Ländern oder dem Bund zuzuordnen und dem Regelungssystem der Art. 104aff. GG zu unterwerfen, würde dagegen das sachliche Gesetzgebungsrecht des Bundes zur Organisation der Sozialversicherung weitgehend entwerten.

[97] Die von der Verfassung mit den Vorschriften des X. Abschnitts verfolgten Zwecke machen es weder erforderlich noch lassen sie es angezeigt erscheinen, die Erhebung, Verwaltung und Verteilung von Sozialversicherungsbeiträgen dem Regelungsregime der Art. 104aff. GG zu unterwerfen.

[102] Schließlich deutet die historische Interpretation des Grundgesetzes darauf hin, dass die Einbeziehung der Sozialversicherungsträger und ihrer Beitragseinnahmen in das allgemeine bundesstaatliche System von Aufgaben-, Ausgaben- und Steuereinnahmenverteilung (Art. 104a I und Art. 105ff. GG) vom verfassungsändernden Gesetzgeber nicht gewollt war.

[103] Der Risikostrukturausgleich verstößt auch nicht speziell gegen Art. 104a I GG. Der Grundsatz gesonderter Ausgabenträgung wird nicht verletzt, wenn der Bundesgesetzgeber mit den Vorschriften über den Risikostrukturausgleich eine landesunmittelbare Krankenkasse zwingt, Zahlungen zu Gunsten einer Krankenkasse eines anderen Landes zu leisten oder wenn er „seine“ bundesunmittelbaren Krankenkassen als Zuwendungsgeber oder Zuwendungsempfänger von

---

<sup>135</sup> S. erneut BVerfG, Beschl. v. 7.2.1991, BVerfGE 83, 363, 380.

landesunmittelbaren Krankenkassen auftreten lässt. Trotz der Zuordnung zur mittelbaren Staatsverwaltung können die Krankenkassen und die von ihnen verwalteten Beitragsmittel finanzverfassungsrechtlich nicht als Teil eines Landes und als Teil der Landeshaushalte betrachtet werden.

[104] Das Grundgesetz bietet für die Sozialversicherung ein in sich geschlossenes und spezielles kompetenzrechtliches Normkonzept. Nach Art. 104a I GG gilt der Grundsatz gesonderter Lastentragung nur, „soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt“. Eine andere Bestimmung für die Sozialversicherung trifft Art. 120 I 4 GG. Es entspricht allgemeiner, durch die Entstehungsgeschichte der Norm (vgl. Art. 106 IV 2 Nr. 1 GG i.d.F. des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung der Finanzverfassung [Finanzverfassungsgesetz] vom 23. 12. 1955, BGBl I, 817) bestätigter Meinung, dass diese Vorschrift eine spezielle Ausgabenkompetenz des Bundes begründet, die dem allgemeinen Grundsatz des Art. 104a I GG vorgeht. [...] Art. 120 I 4 GG durchbricht für den Bereich der Sozialversicherung das von Art. 104a I GG statuierte Prinzip gesonderter Lastentragung.“<sup>136</sup>

Das Verbot der Mischfinanzierung gilt damit jedenfalls nicht unmittelbar für die Verwendung von Beitragsmitteln. Trotzdem lassen sich durch Verweis auf die zitierte Rechtsprechung nicht alle Bedenken ausräumen: Zunächst handelt es sich bei den Mitteln aus dem Gesundheitsfonds nicht ausschließlich um Sozialversicherungsbeiträge, der Bund leistet hier Zuschüsse aus Steuermitteln i.H.v. jährlich 14,5 Milliarden Euro, § 221 Abs. 1 SGB V.<sup>137</sup> Die Vermischung mit Sozialversicherungsbeiträgen kann nicht Tür und Tor für eine Umgehung von Art. 104a Abs. 1 GG öffnen. Schließlich lässt sich kaum nachvollziehen, welche Gelder in welcher Weise verwendet wurden.

Das Bundesverfassungsgericht begründete die Nicht-Anwendung von Art. 104a Abs. 1 GG auf Sozialversicherungsbeiträge damit, dass sich diese „durch eine strenge grundrechtlich und kompetenzrechtlich begründete Zweckbindung“ auszeichneten, also zur Befriedigung des allgemeinen Finanzbedarfs des Staats und seiner Glieder [...] nicht zur Verfügung“ stehen.<sup>138</sup> Diese strenge Zweckbindung würde durch die Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben jedoch aufgeweicht, schließlich geht es bei dem Transformationsfonds um die Finanzierung von Investitionen in die Krankenhausinfrastruktur, nicht um eine bloße Umlage von Sozialversicherungsmitteln wie in dem vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fall.

---

<sup>136</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, NVwZ 2006, 559.

<sup>137</sup> Daneben treten Ergänzende Bundeszuschüsse an den Gesundheitsfonds nach § 221a SGB V.

<sup>138</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.7.2005 – 2 BvF 2/01, NVwZ 2006, 559 Rn. 98.

## **D) ERGEBNIS DER PRÜFUNG**

All dies macht deutlich, dass es sich bei dem Ausbau und der Reform gesundheitlicher Infrastruktur um eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe handelt, zu deren Finanzierung die PKV nicht – auch nicht anteilig – verpflichtet werden darf. Bereits die Gesetzeskompetenz wäre fraglich, vor allem aber: Ein solcher Finanzierungszwang wäre als Sonderabgabe mit Finanzierungswirkung verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen und würde die PKV überdies in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG sowie die Versicherten in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzen. Bereits der Rückgriff auf Beitragsmittel aus der Sozialversicherung bedeutet eine Zweckentfremdung der Beitragsmittel. Schon eine solche Zweckentfremdung ist verfassungsrechtlich unzulässig und steht sowohl mit der Finanzverfassung des Grundgesetzes als auch mit dem Prinzip der dualen Krankenhausfinanzierung in Widerspruch.