

**Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 17/2240**

**Der Präsident des
Schleswig-Holsteinischen Landtages**

Wissenschaftlicher Dienst

Schleswig-Holsteinischer Landtag ▪ Postfach 7121 ▪ 24171 Kiel

An den
Parlamentarischen Geschäftsführer
der SPD-Fraktion
Herrn Jürgen Weber, MdL

Ihre Nachricht vom: 14.03.2011

Mein Zeichen: L 201 – 116/17

**Bearbeiter:
Frank Platthoff**

**Telefon (0431) 988-1103
Telefax (0431) 988-1250
frank.platthoff@landtag.ltsh.de**

6. April 2011

Rechtliche Prüfung des Gesetzentwurfes Drucksache 17/1273

Sehr geehrter Herr Weber,

mit Schreiben vom 14. März 2011 haben Sie um Prüfung gebeten, ob der Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU und FDP vom 9. Februar 2011 zur Änderung des Gesetzes zur Ausführung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (AG-KHG) vom 12. Dezember 1986, Drucksache 17/1273, inhaltlich zulässig ist. Dem kommen wir im Folgenden gerne nach und nehmen wie folgt Stellung:

I. Ausgangslage

Inhalt des o. g. Gesetzentwurfes von CDU und FDP ist es, § 20 AG-KHG¹ um folgenden Abs. 3 zu ergänzen:

„Das Ministerium für Arbeit, Soziales und Gesundheit wird ermächtigt, das Verfahren bei Anträgen von Krankenhäusern zur Erbringung ambulanter Leistungen und bei grundsätzlichen Fragen der intersektoralen Zusammenarbeit durch Verordnung zu regeln.“

Fraglich ist, ob eine landesgesetzliche Regelung dieses Inhalts formell und materiell rechtmäßig wäre.

¹ Gesetz zur Ausführung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (AG-KHG) vom 12. Dezember 1986, GVOBl. S. 302, zuletzt geändert durch Art. 21 des Gesetzes vom 17. Dezember 2010, GVOBl. S. 789, ber. 2011, S. 20.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Wesentliche Voraussetzung für die formelle Rechtmäßigkeit eines entsprechenden Landesgesetzes ist die Regelungskompetenz des Landesgesetzgebers. Grundsätzlich haben die Länder das Recht zur Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund die **Gesetzgebungskompetenz** verleiht (Art. 70 Abs. 1 GG).

Das Recht der Sozialversicherung sowie die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser und die Regelung der Krankenhauspflegesätze sind Gegenstände der **konkurrierenden Gesetzgebung** (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 und 19a i.V.m. Art. 72 Abs. 1 und 2 GG). Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung nur, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz, wie vorliegend durch das Sozialgesetzbuch – Fünftes Buch (SGB V)² und durch das Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG)³, Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG).

Nach dem vom Bundesgesetzgeber im SGB V angelegten System erfolgt die ambulante-medizinische Versorgung regelmäßig durch niedergelassene Vertragsärzte (sogenannter „ambulanter Sektor“), während stationär-medizinische Leistungen von den zugelassenen Krankenhäusern (§ 108 SGB V) erbracht werden (sogenannter „stationärer Sektor“).⁴ Nur ausnahmsweise dürfen zugelassene Krankenhäuser auch **ambulante Leistungen** erbringen. Eine entsprechende Ausnahmeregelungen enthält beispielsweise § 116b SGB V.⁵ Nach § 116b Abs. 2 SGB V ist ein zugelassenes Krankenhaus zur ambulanten Behandlung bestimmter „Katalogerkrankungen“ berechtigt, wenn und soweit es auf Antrag des Krankenhausträgers **im Rahmen der Krankenhausplanung** dazu bestimmt worden ist. Die Grundsätze der Krankenhausplanung sind insbesondere in den §§ 6 und 7 KHG geregelt.

² Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V) - Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V), Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 2010, BGBl. I S. 2309.

³ Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz – KHG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. April 1991, BGBl. I S. 886, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. März 2009, BGBl. I S. 534.

⁴ Zur Abgrenzung zwischen ambulanter, teilstationärer und stationärer Behandlung vgl. *Degener-Hencke* in: *Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht*, 1. Aufl. 2010, § 5 RN 37 ff. m.w.N., zitiert nach Beck-online.

⁵ Auf die Regelungen in § 116 SGB V (Ambulante Behandlung durch Krankenhausärzte), § 116b Abs. 1 SGB V (Ambulante Behandlung im Krankenhaus aufgrund vertraglicher Vereinbarung zwischen Krankenhaus und Krankenkasse) sowie in § 117 SGB V (Ambulante Behandlung durch die Hochschulambulanzen) ist in diesem Zusammenhang nicht näher einzugehen. Nach § 116a SGB V kann der Zulassungsausschuss (§ 96 SGB V) zugelassene Krankenhäuser auf deren Antrag zur vertragsärztlichen Versorgung ermächtigen, wenn und soweit in dem entsprechenden Fachgebiet des Planungsbereichs eine Unterversorgung festgestellt wurde.

Die Gesetzgebungszuständigkeit des Landes könnte sich vorliegend aus Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG ergeben, wonach die Länder das **Verwaltungsverfahren** regeln, sofern sie die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit ausführen. Daher ist zu prüfen, ob es sich bei der im Gesetzentwurf vorgesehenen Ergänzung des § 20 AG-KHG um eine Verfahrensregelung handelt, die sich auf die Ausführung von Bundesrecht durch das Land bezieht.

Nach dem Wortlaut des Gesetzentwurfes soll das Ministerium für Arbeit, Soziales und Gesundheit ermächtigt werden, durch Verordnung bestimmte Verfahrensregelungen zu erlassen. Die vorgesehenen Verfahrensregelungen betreffen zum einen die „Anträge von Krankenhäusern zur Erbringung ambulanter Leistungen“ und zum anderen „grundsätzliche Fragen der intersektoralen Zusammenarbeit“. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich neben der ausdrücklichen Verfahrensregelung durch den Gesetzgeber⁶ auch bei der **Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung** zur Regelung des Verwaltungsverfahrens um eine Verfahrensregelung im Sinne des Art. 84 Abs. 1 GG, auch wenn die bloße Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen selbst noch keine unmittelbare Auswirkung auf das zu gestaltende Verwaltungsverfahren hat.⁷ Bei der in dem Gesetzentwurf vorgesehenen Ergänzung des § 20 AG-KHG handelt es sich folglich um eine Verfahrensregelung in diesem Sinne.

Die Verfahrensregelung bezieht sich auch auf Bundesrecht, welches die Länder als eigene Angelegenheit ausführen (Art. 83 GG). Die **Krankenhausplanung** obliegt nach § 6 KHG ausdrücklich den Ländern. Aus dem Umstand, dass im KHG das in § 116b Abs. 2 SGB V beschriebene Verfahren nicht noch einmal als zulässiger Gegenstand der Krankenhausplanung aufgegriffen wird, lässt sich nichts Gegenteiliges herleiten. Der Bundesgesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 116b Abs. 2 SGB V durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz deutlich gemacht, dass die Entscheidung über einen Antrag gemäß § 116b Abs. 2 SGB V im Rahmen der Krankenhausplanung fällt und dass das Verfahren der Krankenhauspla-

⁶ Das Verwaltungsverfahren ist nach der Rechtsprechung der BVerfG betroffen, wenn die Norm „das ‚Wie‘ des Verwaltungshandelns, die Einzelheiten des Verwaltungsablaufs, nämlich die Art und Weise der Ausführung eines Gesetzes einschließlich der dabei zur Verfügung stehenden Handlungsformen, die Form der behördlichen Willensbildung, die Art der Prüfung und Vorbereitung der Entscheidung, deren Zustandekommen und Durchsetzung sowie verwaltungsinterne Mitwirkungs- und Kontrollvorgänge“ regelt (vgl. Beschluss des BVerfG vom 13. September 2005, Az. 2 BvF 2/03, RN 159 m.w.N., zitiert nach juris-online).

⁷ Vgl. BVerfGE 55, 275 (326 f.) hinsichtlich der VO-Ermächtigung zugunsten eines Bundesministeriums.

nung über die bundesgesetzliche Vorgabe des § 7 Abs. 1 Satz 2 KHG hinaus Sache des jeweiligen Landes ist.⁸ In der Gesetzesbegründung hierzu heißt es:

„Einen derartigen Antrag unter Nennung der betreffenden Leistungen und Erkrankungen können alle zur Behandlung gesetzlich Krankenversicherter zugelassenen Krankenhäuser (s. § 108 SGB V) stellen. Die Entscheidung fällt im Rahmen der Krankenhausplanung. (...)

Entsprechend der Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes hat das Land eine einvernehmliche Bestimmung mit den an der Krankenhausplanung im Land unmittelbar Beteiligten anzustreben. (...)

Wie die Zusammenarbeit und Abstimmung im Einzelnen erfolgt, ist Sache des Landes. (...)

Auch hat das Land – wie bei der herkömmlichen Krankenhausplanung – das Letztentscheidungsrecht, soweit Einvernehmen über die Bestimmung von Krankenhäusern zur ambulanten Leistungserbringung nicht erzielt wird.

Alle auf diese Weise zugelassenen Krankenhäuser dürfen die § 116b-Katalog-Leistungen im zugelassenen Umfang zu Lasten der GKV grundsätzlich erbringen. (...).“

Damit steht dem Landesgesetzgeber die Regelungskompetenz für das Verwaltungsverfahren zu (Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG). Die Regelungskompetenz umfasst auch den Erlass einer landesgesetzlichen Verordnungsermächtigung.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Ein entsprechendes Landesgesetz wäre darüber hinaus auch materiell rechtmäßig, wenn es im Einklang mit dem Grundgesetz und sonstigem Bundesrecht sowie mit der Landesverfassung steht.

1. Grundgesetz

a. Die vorgeschlagene Regelung des § 20 AG-KHG verstößt nicht gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG folgende **Gebot der Rechtsklarheit**. Unabhängig von den konkreten Anforderungen dieses Verfassungsgebots an den Gesetzgeber ist jedenfalls die Verortung der Vorschrift in dem Gesetz zur Ausführung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (AG-KHG) nicht zu beanstanden. Wie bereits dargelegt wurde, weist die in Rede stehende Verfahrensregelung zwar einen Bezug zur materiell-rechtlichen Vorschrift für den Antrag zur Erbringung ambulanter Leistungen im Sinne des § 116b Abs. 2 SGB V auf. Die diesbezügliche Verfahrensentscheidung ergeht aber ausdrücklich im Rahmen der Krankenhausplanung, die bundesgesetzlich in den §§ 6 und 7 KHG geregelt ist. Da sich § 20 AG-KHG gerade auf die

⁸ Vgl. die Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 116b Abs. 2 SGB V im GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, BT-Drs. 16/3100, S. 139 f.

Ausführung des § 7 KHG bezieht, ist ein unmittelbarer Sachzusammenhang zwischen den Vorschriften gegeben, der die Regelung im Ausführungsgesetz zum Krankenhausfinanzierungsgesetz nicht nur als möglich, sondern durchaus als sinnvoll erscheinen lässt.

b. Art. 80 Abs. 1 GG, wonach Inhalt Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz zu bestimmen sind, ist als Prüfungsmaßstab für Landesgesetze nicht unmittelbar anwendbar⁹ (vgl. aber sogleich unter 3. die entsprechende Prüfung des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 LV).

2. Sonstiges Bundesrecht

Sonstige Widersprüche des Gesetzentwurfes zum SGB V oder zum KHG sind nicht ersichtlich.¹⁰

3. Landesverfassung

Fraglich ist, ob der Gesetzentwurf den Vorgaben des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 LV genügt. Hiernach muss das Gesetz **Inhalt, Zweck und Ausmaß** der erteilten Verordnungsermächtigung bestimmen. Mit dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe soll verhindert werden, dass der Gesetzgeber pauschale oder globale Ermächtigungen erteilt.¹¹ Das Bundesverfassungsgericht hat als Prüfungsmaßstab der vergleichbaren Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verschiedene Ansätze entwickelt. Nach der sogenannten „Vorhersehbarkeitsformel“ ist die Ermächtigungsnorm dann ausreichend bestimmt, „wenn vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von ihr Gebrauch gemacht wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben“.¹² Nach der sogenannten „Selbstentscheidungsformel“ hat der Gesetzgeber selbst zu entscheiden, „dass bestimmte Fragen geregelt werden sollen, er muss die Grenzen einer solchen Regelung festsetzen und angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll“.¹³ Nach der sogenannten „Programmformel“ muss der

⁹ BVerfGE 107, 1 (15).

¹⁰ Zukünftige, aufgrund der Verordnungsermächtigung des § 20 Abs. 3 AG-KHG-E zu erlassende verfahrensrechtliche Regelungen wären grundsätzlich auch am Maßstab des Krankenhausfinanzierungsgesetzes zu messen. Da der Landesgesetzgeber die Vorgaben der §§ 6 und 7 KHG jedoch bundesrechtskonform in den §§ 19 und 20 AG-KHG abgebildet hat und § 7 Abs. 2 KHG darüber hinaus ausdrücklich anordnet, dass das Nähere durch Landesrecht bestimmt wird, ist insofern kein Regelungskonflikt zu erwarten. Auf die Abweichungsbefugnis der Länder gegenüber bundesgesetzlichen Verfahrensregelungen gemäß Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG in der seit der Föderalismusreform 2006 geltenden Fassung sowie auf die Übergangsregelung des Art. 125b Abs. 2 GG für bundesgesetzliche Verfahrensregelungen, die aufgrund des Art. 84 Abs. 1 GG in der vor dem 1. September 2006 geltenden Fassung erlassen worden sind, ist daher an dieser Stelle nicht einzugehen.

¹¹ Nolte in: Caspar/Ewer/Nolte/Waack, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, 2006, Art. 38 RN 8.

¹² BVerfGE 1, 14 (60).

¹³ BVerfGE 2, 307 (334).

Gesetzgeber Tendenz und Programm der Rechtsverordnung derart umreißen, dass sich der Inhalt und der Zweck der Verordnung bestimmen lassen.¹⁴ Es ist ausreichend, wenn sich Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung im Wege der Auslegung ermitteln lassen. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommen die so beschriebenen Kriterien auch kombiniert zur Anwendung (sogenannte „Kombinationsformel“).¹⁵

Gemessen an diesen Vorgaben gilt Folgendes:

Nach Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes sollte im weiteren Verfahren klargestellt werden, ob sich die erste Tatbestandsalternative des Gesetzentwurfes (Verfahrensregelung bei Anträgen von Krankenhäusern zur Erbringung ambulanter Leistungen) lediglich auf die ausnahmsweise Zulassung der ambulanten Behandlung im Krankenhaus gemäß § 116b Abs. 2 SGB V bezieht¹⁶, oder ob – was der Wortlaut der vorgeschlagenen Vorschrift durchaus zulässt – auch das Antragsverfahren gemäß § 116a SGB V (Ambulante Behandlung durch Krankenhäuser bei Unterversorgung)¹⁷ von der Verordnungsermächtigung umfasst werden soll.¹⁸ Anzumerken ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Entwurf des § 20 Abs. 3 AG-KHG von „Anträgen von **Krankenhäusern**“ spricht, während die Bezugsnorm in § 116b Abs. 2 SGB V auf den „Antrag des **Krankenhausträgers**“ abstellt.¹⁹

Nach Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes ist darüber hinaus unklar, welche Regelungsbefugnis mit der zweiten Tatbestandsalternative des Gesetzentwurfes (Verfahren bei grundsätzlichen Fragen der intersektoralen Zusammenarbeit) verbunden ist. Indem sich der Gesetzentwurf auf „grundsätzliche Fragen der intersektoralen Zusammenarbeit“ bezieht, ist bereits **fraglich, ob** der Anknüpfungspunkt der Verordnungsermächtigung **hinreichend bestimmt** ist, um – ggf. auch im Wege der Auslegung – ermitteln zu können, für welche Verfahren die Ermächtigung zum Erlass von Verfahrensvorschriften Wirkung entfalten soll. Jedenfalls ergeben sich nach hier vertretener Ansicht weder aus dem Gesetzentwurf selbst, noch aus anderen Vorschriften

¹⁴ BVerfGE 8, 274 (313).

¹⁵ BVerfGE 19, 354 (361 f.).

¹⁶ Dies könnte aus dem Verlauf der Debatte im Zuge der Grundsatzberatung des Gesetzentwurfes geschlossen werden, vgl. Plenarprotokoll 17/42, S. 3544 ff.

¹⁷ Ggf. auch das Verfahren gemäß § 117 SGB V (Hochschulambulanzen).

¹⁸ Für die Antragsverfahren nach § 116a und § 117 SGB V gilt jedoch eine abweichende Verfahrenszuständigkeit. Während für das Verfahren nach § 116b Abs. 2 SGB V die an der Krankenhausplanung Beteiligten zuständig sind, ist für die Anträge nach § 116a und § 117 SGB V der Zulassungsausschuss (§ 96 SGB V) zuständig.

¹⁹ Hervorhebung durch den Verfasser. Vgl. jedoch die Begründung zur Neufassung des § 116b Abs. 2 SGB V durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz, wo einerseits auf den „Antrag des Krankenhausträgers“ abgestellt wird und andererseits ausgeführt wird, dass „einen derartigen Antrag (...) alle zugelassenen Krankenhäuser (...) stellen“ können; BT-Drs. 16/3100, S. 139.

des Gesetzes zur Ausführung des Krankenhausfinanzierungsgesetzes zureichende Erkenntnisse, die Rückschlüsse auf Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung zum Erlass von Verfahrensvorschriften zu grundsätzlichen Fragen der intersektoralen Zusammenarbeit zulassen würden.

IV. Ergebnis

Der Landesgesetzgeber ist für den Erlass der im Gesetzentwurf enthaltenen Regelung zuständig. Weder das Grundgesetz noch sonstiges Bundesrecht stehen der vorgeschlagenen Regelung entgegen. In Anbetracht des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 LV bestehen nach Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes jedoch Zweifel insbesondere an der hinreichenden Bestimmtheit der zweiten Tatbestandsalternative. In Abhängigkeit von der Regelungsintention wäre ggf. auch hinsichtlich der ersten Tatbestandsalternative eine Klarstellung empfehlenswert.

Insbesondere in Anbetracht des Debattenbeitrages der Abgeordneten Sassen im Rahmen der Grundsatzberatung des Gesetzentwurfes²⁰ ist der Vollständigkeit halber noch auf Folgendes hinzuweisen:

Sofern aufgrund der ersten Tatbestandsalternative des Gesetzentwurfes durch Verordnung bestimmt werden soll, dass die Kassenärztliche Vereinigung und/oder die Ärztekammer Schleswig-Holstein in das Entscheidungsverfahren über Anträge gemäß § 116b Abs. 2 SGB V als **unmittelbare Beteiligte** einbezogen werden, würde dies von den derzeitigen gesetzlichen Vorgaben der §§ 19 und 20 AG-KHG abweichen. Hiernach sind Kassenärztliche Vereinigung und Ärztekammer Schleswig-Holstein bei der Krankenhausplanung lediglich („einfache“ und nicht unmittelbare) Verfahrensbeteiligte mit der Folge, dass sie zwar an der Erörterung des Krankenhausplans beteiligt werden (§ 20 Abs. 1 AG-KHG), ihr Einvernehmen hinsichtlich der Planung jedoch nicht erforderlich ist (§ 20 Abs. 2 AG-KHG). Insofern wäre ggf. eine Klarstellung im Gesetz erforderlich, dass eine hiervon abweichende Verfahrensregelung durch Verordnung zulässig ist.

²⁰ Plenarprotokoll 17/42, S. 3544 (3545).

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

(Frank Platthoff)