

Dr. Siegfried Broß
Dr. h.c. Universitas Islam Indonesia - UII - Yogyakarta
Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.
Richter am Bundesgerichtshof a.D.
Honorarprofessor an der Universität Freiburg im Breisgau
Ehrevorsitzender der Deutschen Sektion der Internationalen
Juristenkommission e.V. und der Juristischen Studiengesellschaft
Karlsruhe
Mitglied des Internationalen Beratungskomitees und
Ehrevorsitzender des Think tank Africacast von CAFRAD

Radiologenkongress 17. Februar 2018

Berlin

Thema: Krankenfürsorge – ein Kulturproblem

Fassung vom 4. Februar 2018

A. Die Fragestellung

1. Aktualität

Das heutige Thema ist nicht erst seit einigen Jahren

aktuell. Vielmehr ist es in einen gesellschaftlichen Entwicklungsprozess eingebettet, der vor nunmehr etwa 30 Jahren (in einigen Bereichen auch schon früher) eingesetzt hat. Tragweite und Tiefe der Fragestellung sind überaus vielschichtig, sehr komplex und zunehmend auch in der rechtsstaatlich - demokratischen Staatlichkeit intransparent. Letzteres wird seit nunmehr schon geraumer Zeit an bedrückenden Erscheinungsformen und Entwicklungen wie Finanzmarkt- und Eurokrise wie auch der Manipulationen von Weltunternehmen bezüglich des Ausstoßes von Schadstoffen bis hin zu weit gespannten Kartellen im Automobilbereich deutlich. Nebenbei ist – wenn auch von der Politik nicht selten klein geredet – auf die für die Stabilität der Staatenwelt systemrelevanten Manipulationen von weltweit agierenden Bankinstituten hinzuweisen.

Was hat das mit der heutigen Fragestellung zu tun? Die Antwort erschließt sich erst bei einer umfassenden Betrachtungsweise und einer sehr differenzierten Herangehensweise an die vielfältigsten Ursachen. Die gesamte Problematik erschließt sich am eindrucklichsten, wenn man von der Entwicklung der Krankenfürsorge im Krankenhaus ausgeht. In diesem Bereich tritt die Kommerzialisierung der Krankenfürsorge und damit einhergehend der "Kulturwandel" entgegen. Ob das Krankenhaus ein kommerzieller Wirtschaftsbetrieb ist, wird in der gesamten Tragweite

nicht bei einer sehr eingegengten und vordergründigen, geradezu kleinkarierten betriebswirtschaftlichen Betrachtungsweise, erkennbar. Vielmehr ist die Problematik und dem entsprechend die Antwort unmittelbar und substantiell mit einem Kulturwandel verbunden. Möchte man – und das allein wird der Verantwortung gegenüber den Menschen und einer sich seit Jahrhunderten ändernden Welt mit vielen Rückschlägen und großen Opfern für die Menschen und persönliche Schicksale gerecht – zu einer ethisch und die Würde der Menschen wahren Antwort gelangen, kann dies angemessen nur mit den nachfolgenden weit ausgreifenden Überlegungen gelingen.

Diese haben bei den elementaren Strukturelementen der Staatsform der Bundesrepublik Deutschland an zu setzen. Diese ist nach Art. 20 Abs. 1 des Grundgesetzes ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. Für den vorliegenden Zusammenhang sind das die entscheidenden Strukturelemente, während das Rechtsstaatsprinzip als weiteres elementares Strukturelement nicht die gleiche Bedeutung und das gleiche Gewicht hat. Allerdings – und darauf werde ich im weiteren Verlauf meiner Ausführungen noch näher eingehen – hat das Sozialstaatsprinzip neben Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip gleichen Rang und gleiches Gewicht. Das wird in der aktuellen Diskussion um soziale Gerechtigkeit und Krankenfürsorge geflissentlich übersehen. Das

Sozialstaatsprinzip vermittelt in der rechtsstaatlichen Demokratie nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, aber auch für alle modernen Demokratien die stützende Grundlage dafür, dass Demokratie und Rechtsstaat sich ihrem vollen Gehalt entsprechend entfalten können. Hieran nimmt die Krankenfürsorge und ihre Ausgestaltung in der gelebten Wirklichkeit maßgeblichen Anteil.

Zur weiteren Aufhellung dieser Problematik gehe ich von der Entwicklung der Krankenfürsorge im Krankenhaus im Zuge der um sich greifenden Kommerzialisierung aus.

2. Begriffsklärung

- a. Meinen folgenden Ausführungen lege ich für den Gehalt von "kommerziell" gemäß dem üblichen Sprachgebrauch zu Grunde, dass der Betrieb eines Krankenhauses im allgemeinen Wirtschaftsverkehr stattfindet, den Handel wie auch den Güteraustausch betrifft und kaufmännisch geprägt ist. Bei diesem Verständnis wird sofort offenkundig, dass es sich um eine völlig ungeeignete Kategorie handelt, weil die Gesundheit der Menschen nicht verkehrsfähig ist. Die Menschen würden so zu jederzeit austauschbaren Objekten herabgewürdigt, weil sie über Standardisierung "verkehrsfähig" gemacht werden müssten.

Zudem ist der kaufmännischen Betriebsweise eigen, dass sie auf Gewinn in größtmöglichem Ausmaße angelegt wird. Mit der Gesundheit der Menschen und wegen der ihnen zukommenden individuellen Würde dürfen jedoch keine Geschäfte mit Gewinnerzielungsabsicht getätigt werden.

Demgegenüber ist selbstverständlich, dass auch ein Krankenhaus ökonomisch in dem Sinn arbeiten muss, dass sorgsam gewirtschaftet und verantwortungsvoll mit den zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln umgegangen wird. Diese dürfen weder für sinnlose Maßnahmen noch gar "Luxusanschaffungen" innerhalb oder außerhalb des speziellen medizinischen Betriebs eingesetzt werden. Allerdings dürfen die in diesem Zusammenhang zu treffenden Entscheidungen letztverantwortlich nicht in die Zuständigkeit des Kaufmanns fallen, sondern die Entscheidung hierüber gehört in die ureigene Zuständigkeit der Ärzte. Sie haben gemäß ihrer spezifischen fachlichen Vorbildung und des ihnen eigenen Berufsethos in diesem originär medizinischen Bereich die Letztentscheidung.

- b. Im übrigen gilt es für die kommerzielle Sicht festzuhalten, dass sie notwendigerweise die Privatisierung der Krankenhäuser voraussetzt. Die Krankenhäuser der öffentlichen Hand dürfen nicht kommerziell mit

Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden, weil der öffentlichen Hand wirtschaftliche Betätigung und Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr nur höchst ausnahmsweise gestattet ist, etwa bei von der Verfassung dem Staat zugewiesenen Monopolen. Das gilt hingegen z.B. nicht für den Automobilbau oder das Brauen von Bier. Hier darf der Staat nur im Fall einer Versorgungslücke für die Bevölkerung eintreten (Subsidiaritätsprinzip).

3. Einige Gedankensplitter zur Illustration und zur Aufhellung des Umfeldes

- a. Des Öfteren ist ein Blick in die Vergangenheit hilfreich, auch wenn sich die Menschen und die von ihnen gebildeten Gesellschaften unterschiedlich oder häufig kaum ändern und dies nach außen nur in überschaubarem Umfang sowie im Inneren aus der Außensicht überhaupt nicht wahrzunehmen ist. Das ist im übrigen eines der Haupthindernisse bei der Bewältigung der Fluchtursachen in Afrika. Gleichwohl möchte ich – das drängt sich geradezu auf – mit dem Eid des Hippokrates beginnen. Auch wenn er normativ nicht in Geltung ist, lege ich als gelernter Rechtshistoriker größten Wert darauf, dass er eine für die Menschen und die Gesellschaft essenzielle Bedeutung für die Entwicklung der medizinischen Versorgung hat und deshalb über alle

Grenzen und Anschauungen hinaus greifend immer noch das verbindende ethische Fundament des gesamten medizinischen Berufsstandes bildet.

Ich greife hier den ökonomischen Teil heraus. Hiernach verpflichtet sich der Arzt, den, der ihn diese Kunst lehrte, seinen Eltern gleichzuachten, mit ihm den Lebensunterhalt zu teilen und ihn, wenn er Not leidet, mit zu versorgen. Dieser noch weiter ausgeführte Teil des Eides weist schon vor etwa 2500 Jahren in eine für die medizinische Versorgung der Bevölkerung eindeutige Richtung: Es gab damals – allgemein bekannt – keine Sozialversicherung. Durch das Versprechen, sowohl den Lehrer als auch dessen Nachkommen umfassend im Falle des Bedarfs zu versorgen, wird für das medizinische Berufsbild damals die Hinwendung zum Menschen und zum Beitrag für eine menschenwürdige Lebensweise konturiert. Restbestand ist insoweit etwa die gegenseitige kostenlose Behandlung von Medizinern im Krankheitsfall, die ich jedenfalls noch vor etwa 50 Jahren bei meiner Tätigkeit in einem großen Krankenhaus in Stuttgart erlebt habe. Hier begegnet schon eine deutliche Kulturprägung des Verhältnisses Gesellschaft zu den einzelnen Menschen.

b. Der Blick in die Vergangenheit und der Umgang mit den eine Gemeinschaft verbindenden Werten kann für eine klare Sicht und sachgerechte Betrachtung der Gegenwart hilfreich sein. In diesem Zusammenhang habe ich am 30. April 2004 bei der Bischöflichen Akademie in Mainz in einem Vortrag zu dem Thema "Werteerziehung in einer pluralistischen und mediatisierten Gesellschaft – Sicht eines Verfassungsjuristen –" unter anderem ausgeführt:

"I. Die Frage einer Werteerziehung in einer pluralistischen mediatisierten Gesellschaft ist einer einfachen Antwort nicht zugänglich. Sie hat philosophische, psychologische, pädagogische, politologische und soziologische Bezüge. Der Jurist, zumal der Verfassungsjurist, ist deshalb gehalten, darüber nachzudenken, wie er sich einer solch komplexen Fragestellung sachgerecht zu nähern vermag. Es gehört zum Rüstzeug eines jeden verantwortungsbewussten Juristen, die Problemlage nicht aus dem engen Blickwinkel der Gegenwart zu betrachten und vor diesem Hintergrund Anstrengungen zu unternehmen, in die Zukunft weisende Lösungswege zu entwickeln. Vielmehr wird er

sich Gedanken darüber machen, was war in früherer Zeit, welche Entwicklungen können wir beobachten und welche Schlüsse können wir daraus auf Grund der aktuellen Gegebenheiten für die Zukunft ziehen.

Wenn wir rund 1000 Jahre in der Geschichte Deutschlands zurückgehen und unseren Blick auf den damals bestehenden Staat und die ihn tragende Gesellschaftsordnung richten, fallen verschiedene Rahmenbedingungen auf: Die Rechtsordnung und die bestehende Werteordnung waren deckungsgleich. Dieser bemerkenswerte und für unser Thema ganz wesentliche Umstand wurde nicht nur national, sondern international und damit weltweit deutlich sichtbar gemacht dadurch, dass jener Staat als "Heiliges Römisches Reich Deutscher Nation" gleichsam firmierte. In der Substanz bedeutete dies, dass die Werteordnung durch die Zehn Gebote und die Lehre der katholischen Kirche ausgefüllt wurde und deren Gehalt - im Übrigen ohne Abstriche - in staatliche Vorschriften und Bestimmungen umgesetzt wurde. Erleichtert wurde dies dadurch, dass die höchsten geistlichen Würdenträger des Reiches etwa unter Otto dem Großen, aber auch den Staufern, die Reichserzkanzler des Reiches und damit neben dem Kaiser auch im weltlichen Bereich die maßgeblichen Meinungs- und Regelungsträger waren.

Allerdings müssen wir annehmen, dass damit nur ein Ausschnitt aus den Rahmenbedingungen beschrieben ist. Anderenfalls hätte die Entwicklung in anderen Staaten entsprechend verlaufen müssen, es hätte vielleicht auch nicht zum Verfall zunächst stabiler staatlicher Gebilde kommen müssen, wie etwa Karthagos und später Roms, aber auch schon früher griechischer Staaten, wie auch des Großreichs Alexanders des Großen. Aus meiner rechtshistorisch vorgebildeten Sicht habe ich Veranlassung, die beiden beschriebenen Grundpfeiler des damaligen Römischen Reiches Deutscher Nation um einen weiteren Grundpfeiler zu erweitern. Weniger die Werteordnung als die darauf fußende Rechtsordnung hatte eine bemerkenswert einfühlsame und sehr differenziert abgestimmte Regelungspalette, die nicht auf die Werteordnung ausgerichtet war, sondern gleichsam überwölbend und harmonisierend Werteordnung und bestehende Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung in einen bewundernswerten Ausgleich brachte.

Es ist der Mühe wert, sich in diesem - ich bezeichne es als magisches Dreieck - damals sorgsam verwobenen Beziehungsgeflecht zwischen **Rechtsordnung**, **Werteordnung** sowie **Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung** über Jahrhunderte bestehenden Gleichgewicht näher umzuschauen und die Frage zu stellen, warum waren die

Beziehungen im Inneren friedlich? Hungersnöte und Seuchen wie auch von außen herangetretene kriegerische Auseinandersetzungen waren nicht geeignet, das magische Dreieck im Kern zu erschüttern. Die Angriffe und möglichen Belastungen kamen - sieht man von den jeder menschlichen Existenz immanenten Irrtümern, die es zweifelsohne auch im Mittelalter gab, einmal ab - ja nicht von innen, das heißt aus einem Glied dieses magischen Dreiecks heraus, sondern wurden von außen an dieses herangetragen. Nicht von ungefähr treten nach unserer Beobachtung die ersten und ganz nachhaltigen Verwerfungen in Deutschland in den ersten Jahrzehnten des 16. Jahrhunderts auf. Was war geschehen? Die Entdeckung der Neuen Welt durch Christopher Columbus im Jahre 1492 hatte binnen weniger Jahrzehnte schon zu einer Globalisierung der Wirtschaft beigetragen. Die Ausdehnung der damals bekannten und durch die damals zur Verfügung stehenden Verkehrsmittel während eines normalen Menschenlebens stetig zu erreichenden weiteren Welt hatte erhebliche wirtschaftliche Folgen, ohne dass dem angemessen Rechnung getragen wurde.

Die Gesellschaft wurde destabilisiert, gespalten dadurch, dass sich ein Teil durch den Welthandel gleichsam aus der Allgemeinverantwortung und dem magischen Dreieck verabschiedete. Jener Welthandel hatte auch eine andere Dimension als die bis dahin bekannten Karawanen auf

der Seidenstraße, der Gewürzhandel und dergleichen mehr. Nur so ist auch verständlich, dass Weltimperien entstehen konnten (Fugger, Welser für Deutschland), die die Herrschenden finanzierten und damit mittelbar beherrschten.

Schon damals wurden die politischen Gestaltungsmöglichkeiten der Herrschenden jedenfalls durch wirtschaftlich Mächtige eingeengt. Darunter hat auch die Werteordnung gelitten, weil das Recht, vor allem das Verfassungsrecht, nicht mehr durch die Werteordnung, sondern durch die von wenigen vertretene Wirtschaftsmacht zwangsläufig gespeist wurde. Die Herrschenden waren insoweit schlicht Gefangene.

Da ich aber heute keinen rechtshistorischen Vortrag halten soll, erlaube ich mir den einen oder anderen Sprung durch die Geschichte. Wir lassen nun die Bauernkriege und auch andere Auseinandersetzungen einmal außer Betracht, nehmen aber unser magisches Dreieck für das 19. Jahrhundert wieder in den Blick. Es ist der Beginn der Technisierung und Industrialisierung auf der ganzen Welt, so auch in Deutschland. Diese Entwicklung in der Wirtschaft hat eine Umgestaltung der Gesellschaft zur Voraussetzung, aber auch zur zwangsläufigen Folge. Der vormals sehr kleinräumig orientierte Mensch - flankiert durch staatliche Reglementierungen wie Bürgerrecht, kein freies Zuzugsrecht, Zunftrecht

und dergleichen mehr - wird in Teilen entwurzelt, weil Teile der bisher bestehenden Wirtschaftsordnung nicht mehr zu überleben vermögen und auch den Menschen nicht mehr genügend Arbeit und gesicherte Existenz zu vermitteln vermögen. Es kommt zwangsläufig zu Binnenwanderungen, Migration im Land. Es entstehen Ballungszentren und auch die Probleme von ungeordneter Ansiedlung und eines industriellen Proletariats. Das vor allem dann, wenn Menschen, die sich nicht auf legale und rechtmäßige Weise ihre Existenz durch eigenes Einkommen sichern können, instrumentalisiert, austauschbar gemacht und zu den vom Markt eröffneten Niedrigstlöhnen beschäftigt werden.

Wir betrachten vor diesem Hintergrund unser magisches Dreieck. Die Rechtsordnung steht noch. Sie ist gesetztes oder durch Herkommen noch weit überwiegend anerkanntes Recht. Richten wir unseren Blick auf die Werteordnung, so können wir da schon nicht mehr so sicher sein; denn die Werteordnung kann wegen ihrer Freiwilligkeit nur dann leben und fortbestehen, wenn sie von vielen, im Idealfall von allen in einem staatlichen Verbund lebenden Menschen bejaht wird. Ein solches Verhalten können wir nicht voraussetzen, wenn der dritte Eckpfeiler - die Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung - unseres magischen Dreiecks brüchig wird oder gar nicht mehr besteht. Das heißt, das ganze

magische Dreieck wird gestört, zivilrechtlich gesprochen: die Geschäftsgrundlage ist nicht mehr gewährleistet, sondern sie ist morsch.

Die christlich-jüdische abendländische Tradition war während vieler Jahrhunderte Garant dafür, dass dieses magische Dreieck im Gleichgewicht war. Das hatte nichts mit Gleichmacherei und klassenloser Gesellschaft zu tun. Allerdings war letztlich die Grundlage, auch wenn sie immer wieder verfehlt wurde, eine Werteordnung, die allen in der Gesellschaft befindlichen Menschen ein auch im Vergleich zu den finanziell und wirtschaftlich Wohlhabenderen jedenfalls ein (noch) erträgliches Leben ermöglichte. Der soziale Frieden war gewährleistet und die Rechtsordnung konnte sich an der Werteordnung in vollem Umfang orientieren.

Man muss bei der Betrachtung dieser historischen Gegebenheiten allerdings auch sehen und deshalb bei weiter gehenden Überlegungen für die Gegenwart und Zukunft mit zu Grunde legen, dass zum Zeitpunkt der statischen Verhältnisse vor Entdeckung der Neuen Welt und einer damit einhergehenden Globalisierung der Wirtschaft nicht nur die Menschen, sondern auch deren Beziehungen in dem weit überwiegenden Umfang kleinräumig orientiert waren. Dementsprechend

war das von mir gebildete magische Dreieck übereinstimmend mit dem Bewusstsein jedenfalls des weit überwiegenden Teils der Bevölkerung.

Ich habe die herausragende Bedeutung der christlichen Kirchen und der christlich-jüdischen abendländischen Tradition in diesem Zusammenhang schon gebührend erwähnt, möchte aber noch einmal und nicht zuletzt als Erinnerungsposten zum Abschluss dieses historischen Kurzastrisses darauf verweisen. Mir liegt hieran ganz besonders, weil mit der fortwährenden Veränderung eines Eckpunktes dieses magischen Dreiecks, nämlich der Wirtschafts- und damit der Gesellschaftsordnung sowohl die Werte- als auch die Rechtsordnung ihre Gestalt verändern müssen. Schon dieser kurze historische Abriss hat gezeigt und das zweifelsfrei, dass nicht die Werte- oder die jeweilige Rechtsordnung die wirtschaftlichen Abläufe gestalten und damit auch die Gesellschaftsordnung wiederum konturieren, sondern dass regelmäßig neue wirtschaftliche Entwicklungen die Initialzündung für eine Veränderung der Werte- und Rechtsordnung auslösen.“

- c. Die Zeiten haben sich geändert, was nicht heißen soll, dass man damit einverstanden ist und alles für gut befindet. Aus der Schweiz wurde mir ein Zeitungsbericht übermittelt: Heimliche Tier-Scans im Hirslanden-Spital. In der Luzerner St.-Anna-Klinik werden gegen Barzahlung Hunde

und Katzen untersucht (Sonntagszeitung – Tagesanzeiger.ch S.2). Zum besseren Verständnis: Es handelt sich bei dieser Klinik um ein auch mit öffentlichen Geldern gefördertes privates Krankenhaus für Menschen.

Weitere Schlaglichter:

- Nicht mit mir – in einer Befragung klagen Ärzte über den Spardruck in Kliniken – viele zweifeln grundsätzlich an ihrem Beruf (SZ Nr. 154 vom 7. Juli 2017, S. 7);
- Lohnende Eingriffe – Patienten aus manchen Regionen Deutschlands werden häufiger am Rücken operiert als anderswo (SZ Nr. 138 vom 19. Juni 2017, S. 14);
- Zweifel am Halbgott in Weiß – ein neuer AOK-Bericht zeigt: In Bayern vermuten immer mehr Patienten, von ihrem Arzt falsch behandelt worden zu sein.....(SZ Nr. 122 vom 29. Mai 2017, R 11);
- Verwaltungsrat verwirft erneut Rettungsidee – die Krise beim Ansbacher Klinik-Sanierungsfall spitzt sich weiter zu, das Nachsehen hat am Ende der Steuerzahler (SZ Nr. 122 vom 29. Mai 2017, R 11);
- Fahnder für die Pflege – Maßnahmen gegen Abrechnungsbetrug gefordert (SZ Nr. 124 vom 31. Mai 2017, S. 5);

- Politiker stoppen Gesundheits-Lobbyisten – Abgeordnete haben verhindert, dass zwei wirtschaftsnahe Funktionäre über medizinische Regeln entscheiden (SZ Nr. 147 vom 29. Juni 2017, S. 19);
- Wohlfahrtsförderung im Wettbewerb – eine beihilfeaufsichtsrechtliche Analyse am Beispiel ambulanter Pflegedienste (Korte, DVBl. 2017, S. 730 ff.).

4. Strömungen

- a. Ein "Kulturwandel" im Gesundheitswesen ist nicht zu verkennen. Die Vertiefung der Europäischen Integration hat einen Privatisierungsdruck für die Mitgliedstaaten in den Bereichen der öffentlichen Infrastruktur erzeugt (Einzelheiten hierzu bei Broß, Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche in der "sozialen Demokratie", Schriften der Hans-Böckler-Stiftung Bd. 84, 2015; ders., Der Umbau mehr oder weniger existenzieller Infrastrukturen, insbesondere der sozialen Sicherung, als Demokratieproblem, in: Hochhuth (Hrsg.), Rückzug des Staates und Freiheit des Einzelnen, Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte, Bd. 69, Berlin 2012, S. 9 ff.).
Es muss nachdenklich stimmen, dass der schrankenlose, geradezu ungezügelter Wettbewerb zunächst zu einem zentralen "Staatsziel" der Integration erhöht wurde. Ohne dass dies thematisiert oder in

irgendeiner Weise deutlich wahrnehmbar gekennzeichnet worden wäre, wurde auf diese schleichende Weise eine neue Werteordnung geschaffen. Es ist nicht zu übersehen, dass die Menschen hierdurch als Mensch und selbst bestimmtes Individuum in einem nicht geringen Maße ausgeblendet werden.

Von den maßgeblichen Akteuren wurde unterdrückt, dass die öffentliche Infrastruktur im Bereich der Daseinsvorsorge eine unmittelbare Ausprägung des Sozialstaatsprinzips ist (Einzelheiten hierzu bei Broß, Wasser, Gas, Strom. Warum Privatisierung kein Allheilmittel ist oder sogar die Demokratie gefährden kann, Vortrag am 30. Januar 2013 hier in Berlin, Schriftenreihe des Berliner Wassertischs in der Schriftenreihe zur Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe, 2013). In der Bundesrepublik Deutschland wird die Stellung der Menschen in diesem Zusammenhang jedenfalls kraft Verfassungsrechts verstärkt. Das Sozialstaatsprinzip verbindet sich hier gemäß Art. 1 des Grundgesetzes mit der Unantastbarkeit der Menschenwürde. Sie wirksam zu achten und zu schützen, ist eine originäre Staatsaufgabe.

Diese Akzessorietät zwischen Sozialstaatsprinzip und Unantastbarkeit der Menschenwürde schließt von vornherein die Privatisierung solcher Infrastrukturbereiche aus, die für ein menschenwürdiges Dasein

unabdingbar sind und die von den einzelnen Menschen nicht selbst geschaffen und sichergestellt werden können. Dazu gehören z.B. die Krankenfürsorge, aber auch die Leistungen von Bahn und Post, Energie, Straßen und Bildung. Wettbewerb als ein wesentliches Strukturmerkmal der privaten Wirtschaftstätigkeit ist definitionsgemäß rücksichtslos und nimmt auf das einzelne Individuum keinerlei Rücksicht, wie die Vernachlässigung von Umweltschutz, Standards in der Arbeitswelt, aber auch kriminelle Absprachen und Vorgehensweisen wie etwa in Kartellverbindungen belegen. Aus diesem Grunde ist die Privatisierung der genannten staatlichen Infrastrukturbereiche kraft Verfassung ausgeschlossen, weil die Schranken von Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 des Grundgesetzes nicht überwunden werden können. Dem steht die Sperre des Art. 79 Abs. 3 GG entgegen. Er verbietet die Beseitigung dieser grundsätzlichen Gewährleistungen des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland selbst mit einer verfassungsändernden Mehrheit.

b. Weitere Gesichtspunkte treten im Rahmen dieses Entwicklungsprozesses hinzu. Zunächst muss man feststellen, dass eine Funktionselite herangewachsen ist, die von allem nur den Preis und den eigenen Vorteil und von nichts den Wert kennt oder versteht. Insoweit mögen der Hinweis auf die Banken-, Finanzmarktkrise und

weltweit wirksame Manipulationen und Verstöße gegen elementare Menschenrechte durch Wirtschaftsunternehmen wie auch die bedrückenden Erfahrungen im eigenen Land durch rücksichts- und verantwortungsloses Handeln von "Wirtschaftseliten" genügen. Es kann schlechterdings nicht vertreten werden, dass die Krankenfürsorge vor dem aufgezeigten Hintergrund den nicht beherrschbaren Regeln von Markt und Wettbewerb ausgeliefert und z.B. das Krankenhaus wie ein kommerzieller Betrieb geführt werden dürfte oder nach den Verlautbarungen von Unternehmensberatungen und anderen nicht dem Gemeinwohl verpflichteten Akteuren müsste (grundlegend hierzu mit zahlreichen Beispielen und Nachweisen Rolf Stürner, Markt und Wettbewerb über alles? Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberaler Marktideologie, München 2007). Zudem ist es denkgesetzwidrig, staatliche Monopole durch private, Oligopole oder äquivalente Strukturen wie Kartelle zu ersetzen.

Es hätte schon seit vielen Jahren im Gefolge der unreflektierten Überbetonung des shareholder value - ausgehend vom Banken- und Automobilsektor – auffallen müssen, dass ein die Stabilität der Gesellschaft in der rechtsstaatliche Demokratie gefährdender "Kulturwandel" initiiert wurde: Der Dienst am Menschen wurde immer geringer eingeschätzt und dem gemäß indiskutabel niedrig entlohnt,

während die Entgelte vor allem in der Finanz- und dann in der Automobilbranche unvertretbar anschwellen, zu einem nicht geringen Teil unter Gefährdung des Gemeinwohls und der Stabilität des gesamten Staatswesens. Kausal hierfür ist auch die seit vielen Jahren um sich greifende Schaffung von "Näheverhältnissen" zu Wirtschaftskreisen durch die Politik.

Die Privatisierung und Kommerzialisierung des Betriebs eines Krankenhauses hat noch weitere – regelmäßig ausgeblendete – Facetten, die rechts- und sozialstaatlich nicht hingenommen werden dürfen. Die Güte der medizinischen Versorgung der Menschen und die verantwortliche ärztliche Tätigkeit würden direkt von Analysten und Ratingagenturen definiert und gelenkt. Sie können den Unternehmenswert des so dem freien Spiel der Marktkräfte ausgelieferten Krankenhauses bestimmen, etwa über Kreditbedingungen, Gewinnerwartungen – besser als Gewinnforderungen gekennzeichnet (in diesem Zusammenhang ist die Formulierung eines Gewinnziels von 25 % für die Deutsche Bank seinerzeit durch Josef Ackermann in Erinnerung zu rufen). Es wird ferner ein Gefährdungspotenzial zulasten der Patienten und der sich ihrer Verantwortung für die ärztliche Tätigkeit noch bewussten Mitglieder dieses Berufsstandes geschaffen.

Die Überantwortung der Definitionshoheit an Entscheidungsträger außerhalb des ethisch gebundenen Berufsstandes ist nicht hinnehmbar und widerspricht allen hergebrachten Grundsätzen des Rechts- und Sozialstaats. Zudem verführen kommerzielle Strukturen mit dem Ziel der Gewinnmaximierung zu Regelverstößen, Umgehungs- und Vermeidungsstrategien. Die bedrückenden Erfahrungen der letzten Jahre bedürfen keiner weiteren Kommentierung.

- c. Die Führung eines Krankenhauses als kommerzieller Betrieb, der definitionsgemäß und systemwidrig die Gemeinwohlverpflichtung verletzt und der Gewinnerzielung die größte Aufmerksamkeit schenkt, hat noch eine weitere für Staat und Gesellschaft gefährliche Auswirkung. Diese ist ebenfalls geeignet, unmittelbar die Volksgesundheit als solche zu bedrohen.

Die Finanzmarktkrise hat das Problem der sog. systemrelevanten Banken ins allgemeine Bewusstsein gerückt. Diese müssten "am Leben erhalten werden", weil andernfalls der Bestand eines Staatswesens bedroht sei. Wenn durch die Kommerzialisierung von Krankenhauswesen und Krankenfürsorge außerhalb durch die

Schaffung von personeller Knappheit durch Privatisierung des Krankenhauswesens und die Förderung großer medizinischer Versorgungszentren systemrelevante Verbände entstehen, kann es beim Zusammenbruch eines Verbundes regional zu lebensbedrohlichen Versorgungslücken im medizinischen Bereich kommen.

B. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

In der Regel ist es sehr hilfreich, wenn man sich bei komplexen Fragestellungen wie der vorgestellten Gewissheit über die verfassungsrechtlichen Grundlagen verschafft. Bedauerlicherweise gehört eine solche Vorgehensweise nicht mehr flächendeckend zum täglichen Handwerkszeug der Politik. Das hat mich erst vor kurzem zu einem Beitrag mit dem Titel veranlasst, "Wenn die rechtsstaatlich-demokratische Ordnung stört oder hinderlich ist – Überlegungen zur Entstehung von Parallelwelten"(Festschrift für Wolfgang Krüger, München 2017, S. 533 ff.). Die umfangreichen Privatisierungen im Krankenhausbereich mit dem Ziel der Kommerzialisierung und Gewinnmaximierung haben eine solche Parallelwelt geschaffen. Im Folgenden geht es zunächst darum, die verfassungsrechtliche von mir so bezeichnete Makroebene zu beschreiben und daran anschließend –

das ist die von mir so bezeichnete Mikroebene – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur medizinischen Versorgung der Menschen und zum Krankenhaus vorzustellen.

Auszugehen ist zunächst von der zentralen Staatsstrukturbestimmung des Grundgesetzes in Art. 20 Abs. 1. Hiernach ist die Bundesrepublik Deutschland ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. Demokratieprinzip und Sozialstaatsprinzip sind also auf derselben Ebene mit gleichem Rang und gleichem Gewicht nebeneinander aufgeführt. Was das Sozialstaatsprinzip betrifft, hat das Bundesverfassungsgericht schon von Anfang an mit seiner Rechtsprechung dieses aufgeklärt und mit Konturen versehen. Diese Rechtsprechung gilt es in Erinnerung zu rufen, weil sie und damit Gehalt und Bedeutung des Sozialstaatsprinzips bei nicht wenigen einflussreichen Institutionen und Organisationen in Vergessenheit geraten ist. Das ist umso dringlicher, als seit einigen Jahren zunehmend von einer drohenden Spaltung der Gesellschaft in Deutschland und Europa gesprochen wird, die sich gerade auch im Gesundheitswesen niederschlägt.

1. Verfassungsrechtliche Makroebene

a. Da die Frage der Kommerzialisierung des Krankenhauswesens die Grundlagen der Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik Deutschland betrifft, ist zunächst von einer insoweit einschlägigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auszugehen. Grundlegende Bedeutung hat das Urteil zur Mitbestimmung in Unternehmen (BVerfGE 50,290 <336 - 338). Ich erwähne dieses Urteil besonders gern, weil der Europäische Gerichtshof in Luxemburg erst vor wenigen Monaten die deutsche Mitbestimmung für mit europäischem Recht vereinbar erklärt hat (EuGH,Urt. V. 18.7.2017, C-566/15). Das war keineswegs selbstverständlich. Auf einer entsprechenden Tagung im Februar 2016 an der Ludwig-Maximilians-Universität in München, an der Vertreter aller interessierten Kreise aus Wirtschaft, Wissenschaft und Verbänden teilgenommen hatten, ging die Mehrheitsmeinung bis zu meiner energischen Intervention dahin, dass die deutsche Mitbestimmung fallen werde.

In dem Mitbestimmungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich zur Wirtschaftsordnung ausgeführt, dass die Freiheit des Gesetzgebers zur Gestaltung der Wirtschaftsordnung nicht zu einer Verkürzung der in den Einzelgrundrechten verbürgten Freiheiten führen darf, ohne die nach der Konzeption des Grundgesetzes ein Leben in

menschlicher Würde nicht möglich ist. Die Aufgabe für den Gesetzgeber besteht sonach darin, die grundsätzliche Freiheit zu wirtschafts- und sozialpolitischer Gestaltung mit dem Freiheitsschutz zu vereinen, auf den der einzelne Bürger gerade auch dem Gesetzgeber gegenüber einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat. Das Bundesverfassungsgericht hat schon ganz zu Beginn seiner Rechtsprechung die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für die Gesellschaft und deren Stabilität und damit für die rechtsstaatliche Demokratie insgesamt verdeutlicht. Es hat in einer seiner ersten Entscheidungen (BVerfGE 1, 97 <105>) erläutert, dass der Gesetzgeber zur Verwirklichung des Sozialstaates zu sozialer Aktivität, vor allem dazu verpflichtet ist, sich um einen erträglichen Ausgleich der widerstreitenden Interessen und um die Herstellung erträglicher Lebensbedingungen für alle zu bemühen.

- b. Zwei Passagen aus dem seinerzeitigen KPD-Verbotsurteil des Bundesverfassungsgerichts bedürfen hier der Erwähnung:

"Die Tendenz der Ordnung und die in ihr angelegte Möglichkeit der freien Auseinandersetzung zwischen allen realen und geistigen Kräften wirkt aber in Richtung auf Ausgleich und Schonung der Interessen aller. Das Gemeinwohl wird eben nicht von vornherein gleichgesetzt mit den

Interessen und Wünschen einer bestimmten Klasse; annähernd gleichmäßige Förderung des Wohles aller Bürger und annähernd gleichmäßige Verteilung der Lasten wird grundsätzlich erstrebt. Es besteht das Ideal der sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaates. "(BVerfGE 5, 85<198>).

An anderer Stelle führt das Bundesverfassungsgericht aus:

"Darüber hinaus entnimmt die freiheitliche demokratische Grundordnung dem Gedanken der Würde und Freiheit des Menschen die Aufgabe, auch im Verhältnis der Bürger untereinander für Gerechtigkeit und Menschlichkeit zu sorgen. Dazu gehört, dass eine Ausnutzung des einen durch den anderen verhindert wird. Allerdings lehnt die freiheitliche Demokratie es ab, den wirtschaftlichen Tatbestand der Lohnarbeit im Dienste privater Unternehmen als solchen allgemein als Ausbeutung zu kennzeichnen. Sie sieht es aber als ihre Aufgabe an, wirkliche Ausbeutung, nämlich Ausnutzung der Arbeitskraft unter unwürdigen Bedingungen und unzureichendem Lohn zu unterbinden. Vorzüglich darum ist das Sozialstaatsprinzip zum Verfassungsgrundsatz erhoben worden; es soll schädliche Auswirkungen schrankenloser Freiheit verhindern und die Gleichheit

fortschreitend bis zu dem vernünftigerweise zu fordernden Maße verwirklichen." (BVerfGE 5, 85 <205/206>).

Des Weiteren wird einem weiteren "Eckpunkt" des Sozialstaatsprinzips im Grundrechtsteil des Grundgesetzes in diesem Zusammenhang zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Gemäß dessen Art. 14 Abs. 2 hat Eigentum auch einen verpflichtenden Gehalt und sein Gebrauch soll zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen. Auf diese Weise wollte der Grundgesetzgeber das Sozialstaatsprinzip mit seiner Wirkung im zwischenmenschlichen Bereich und vor allem auch bei der Wahrnehmung von wirtschaftlicher Macht abstützen. Gerade die vorstehend zitierte Passage aus dem KPD-Verbotsurteil macht dies deutlich: Die Wahrnehmung individueller Rechte und Freiheiten darf nicht so gehandhabt werden, dass dadurch elementare Staatsstrukturelemente ausgehöhlt und das Staatswesen in seinem Bestand gefährdet werden könnte.

Allerdings möchte ich nicht verschweigen, dass trotz der Gültigkeit dieser Rechtsprechung sich das Bundesverfassungsgericht mit dieser Problematik neuerdings etwas schwer tut, wie das Urteil des Zweiten Senats vom 18. Januar 2012 über eine Verfassungsbeschwerde zeigt (BVerfGE 130,76). Diese betraf die Anordnung und Durchführung

einer besonderen Sicherungsmaßnahme durch Bedienstete einer mit der Durchführung des Maßregelvollzugs beliehenen privatrechtlich organisierten Kapitalgesellschaft. In diesem Zusammenhang erwähnt der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts, dass die Wahrnehmung von Aufgaben durch Berufsbeamte Kosten verursachen könne, die in anderen Organisationsformen – vor allem etwa im Privatisierungsfall wegen dann sich bietender Aufgabenerledigung zu Niedriglöhnen – vermeidbar wären. Das ist der Problematik nicht angemessen und steht im Widerspruch zu der zuvor wiedergegebenen Passage aus dem KPD-Verbotsurteil, ganz abgesehen davon, dass man hieraus die Billigung eines Regelverstößes und eine Verletzung des Sozialstaatsprinzips durch das Bundesverfassungsgericht herleiten könnte.

2. Verfassungsrechtliche Mikroebene

- a. Nachdem im vorhergehenden Abschnitt der "verfassungsrechtliche Überbau" entfaltet wurde, gilt es nun, die hiervon abhängige verfassungsrechtliche Mikroebene für den Krankenhausbereich zu ermitteln. Hierzu ist mir zunächst der Bereich der Daseinsvorsorge, zu dem die sozialen Sicherungssysteme der Kranken- und Rentenkassen zu rechnen sind, aufgefallen. In diesem Zusammenhang führt das

Bundesverfassungsgericht aus, dass z.B. die Energieversorgung zum Bereich der Daseinsvorsorge gehört. Sie sei eine Leistung, deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedürfe (BVerfGE 66,248< 258>). Schon in einer früheren Entscheidung (BVerfGE 38,258<270 f.>) hat das Bundesverfassungsgericht auf diesen für den Staat, und damit auch für den Sozialstaat, wichtigen Aspekt hingewiesen. Die öffentliche Hand übernehme in wachsendem Umfang im Bereich der Daseinsvorsorge Aufgaben, die unmittelbar oder mittelbar der persönlichen Lebensbewältigung des einzelnen Bürgers dienen. Die innere Rechtfertigung dieser Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts beruht darauf, dass sich in dem Bereich der Daseinsvorsorge das Sozialstaatsprinzip mit der Würde des Menschen verbindet. So erhält das maßgebliche Menschenbild des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland ein klares Gesicht.

- b. Für das heutige Thema ist nach meiner Kenntnis unmittelbar erstmals eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1990 aufschlussreich (BVerfGE 82,198). Den älteren unter uns dürfte diese Entscheidung bekannt sein. Es ging um die Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Krankenhausfinanzierungsgesetzes von 1972. Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits war die Ablehnung der

Aufnahme einer Privatklinik in den Krankenhausplan des Freistaates Bayern. Schon seinerzeit unterlief dem Bundesverfassungsgericht eine gedankliche Nachlässigkeit wie die folgende Passage ausweist:

"Es liegt auf der Hand, dass die staatliche Förderung und wirtschaftliche Planung des Krankenhauswesens erheblich erleichtert wird, wenn unnötige und leistungsschwache Krankenhäuser möglichst früh aus dem Wettbewerb ausscheiden. Während dies normalerweise durch die Marktgesetze bewirkt wird, bedarf es staatlicher Lenkungsmaßnahmen, wenn die Preise durch staatliche Fördermittel beeinflusst sind. Der Sinn dieser Förderung würde verfehlt, käme sie auch allen unnötigen und leistungsschwachen Anbietern zugute. Darüber hinaus müsste das (staatlich geförderte) Überangebot an Betten zu einer Steigerung der laufenden Betriebskosten führen. Selbst bedarfsgerechte und leistungsstarke Kliniken wären davon betroffen, weil sie weniger in Anspruch genommen würden und deshalb nicht voll ausgelastet wären." (BVerfGE 82,230).

Das Bundesverfassungsgericht hat hier zunächst eine Prüfung des angefochtenen Bescheides anhand des Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes vorgenommen (aaO, S. 228 f.). Es hat allerdings nicht erkannt, dass das verfassungsrechtliche Terrain vom

Sozialstaatsprinzip her aufzubereiten war, weil es im Kern nicht um die Berufsfreiheit von Betreibern privater Kliniken ging. Vielmehr stand die Wahrnehmung einer zentralen Staatsaufgabe, der Versorgung der Bevölkerung im Krankheitsfall, inmitten. Von da her war der Hinweis auf Wettbewerb und Markt verfehlt, weil diese einer anderen Kategorie angehören, der Marktwirtschaft für Warenverkehr und nicht der Daseinsvorsorge. Zudem ging es jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt um die Konturierung des ebenfalls verfassungsrechtlich abgesicherten Subsidiaritätsprinzips, d.h., dass sich private (dazu zählen auch gemeinnützige) Anbieter im Krankenhausbereich betätigen dürfen. Beim Subsidiaritätsprinzip steht allerdings der Gedanke im Vordergrund, dass bei einer bestehenden – hier verfassungsrechtlich geforderten – Staatsaufgabe für private lediglich ein Lückenschluss in Betracht kommt – bei staatlicher Förderung – oder aber ihr Tätigwerden allein in ihren Risikobereich fällt. All das hat mit Markt und Wettbewerb nichts zu tun, weil die Ausprägung des Sozialstaatsprinzips in diesem Bereich der Krankenfürsorge solches verbietet.

Diese Entscheidung aus dem Jahr 1990 lässt den schon eingesetzten "Kulturwandel" weg von der Krankenfürsorge für die Menschen hin zum

Ökonomieprinzip des allgemeinen Geschäfts- und Wirtschaftsverkehrs deutlich erkennen.

- c. Ein weiterer Gesichtspunkt kommt hinzu. Die Versorgung der Menschen im Krankheitsfall als herausragende Staatsaufgabe ist über das Sozialstaatsprinzip und auch das Demokratieprinzip – was generell übersehen wird – ferner geprägt vom Gedanken der Solidargemeinschaft. Das Gegenbeispiel wäre etwa die heftige politische Auseinandersetzung in den Vereinigten Staaten von Amerika über Obamacare. Diesen Gedanken hat das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der gesetzlichen Krankenversicherung aufgegriffen, die im Regelfall hinter der Versorgung der Menschen im Krankheitsfall steht und deshalb mit diesen nach einheitlichen Maßstäben zu bewerten ist. Allerdings vermag ich diese Einsicht, die unausweichlich ist bei dem beschriebenen verfassungsrechtlichen Hintergrund, in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zu erkennen.

In BVerfGE 102,68<89> ist für die Krankenversorgung der Rentner gegen insoweit ausgeführt:

"Ein Anhaltspunkt für die Sachgerechtigkeit einer solchen Grenzziehung mit der Folge unterschiedlicher Beitragslast ist die Beachtung der Prinzipien, die den Gesetzgeber bei der Einrichtung der Pflichtversicherung insgesamt leiten. Hier stellt er einerseits auf die Schutzbedürftigkeit des Einzelnen ab und berücksichtigt andererseits, dass die Solidargemeinschaft leistungsfähig ist und bleibt. Die Pflichtversicherung erfasst nach der gesetzlichen Typisierung jedenfalls die Personengruppen, die wegen ihrer niedrigen Einkünfte eines Schutzes für den Fall der Krankheit bedürfen, der durch Zwang zur Eigenvorsorge erreicht werden soll."

Auch das hat nichts mit Markt und Wettbewerb zu tun.

An anderer Stelle in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts scheint diese Sicht auf, ohne dass sie vertieft würde und dann im weiteren Verlauf die zutreffenden Schlüsse daraus gezogen würden. Das ist sehr gut zu erkennen einerseits an der Entscheidung zu Vorschriften des Pflegeversicherungsgesetzes über die Verpflichtung privat Krankenversicherter (BVerfGE 103, 197) und an der Entscheidung über die Zulassung von Ärzten nach dem 55. Lebensjahr zur vertragsärztlichen Versorgung (BVerfGE 103,172) andererseits.

Während das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 103, S. 221 ausführt:

"Die Fürsorge für Menschen, die vor allem im Alter zu den gewöhnlichen Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens aufgrund von Krankheit und Behinderungen nicht in der Lage sind, gehört im Geltungsbereich des Grundgesetzes zu den sozialen Aufgaben der staatlichen Gemeinschaft (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG). Dem Staat ist die Wahrung der Würde des Menschen in einer solchen Situation der Hilfsbedürftigkeit besonders anvertraut (Art. 1 Abs. 1 GG). Soweit der durch die Pflegebedürftigkeit hervorgerufene Hilfsbedarf finanzielle Aufwendungen notwendig macht, ist es ein legitimes Konzept des zur sozialpolitischen Gestaltung berufenen Gesetzgebers, die dafür notwendigen Mittel auf der Grundlage einer Pflichtversicherung sicherzustellen, die im Grundsatz alle Bürger als Volksversicherung erfasst."

Hingegen heißt es in BVerfGE 103, S. 185 f.:

"Das System der gesetzlichen Krankenversicherung ist so ausgestaltet, dass es in weiten Bereichen nicht durch Marktkräfte gesteuert wird. Die Preise für Güter und Leistungen sind nicht

Gegenstand freien Aushandelns im Rahmen eines freien Wettbewerbs.

Deshalb unterliegen die Leistungserbringer in erhöhtem Maße den Einwirkungen sozialstaatlicher Gesetzgebung. Staatliche Regulierungen des Berufsrechts eröffnen insoweit die Beteiligung an dem umfassenden sozialen Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung, das aus Beiträgen der Versicherten finanziert wird, von dem auch die Leistungserbringer profitieren und für dessen Funktionsfähigkeit der Staat die Verantwortung trägt."

Hier hat das Bundesverfassungsgericht – wenn auch ohne Vertiefung – erkannt, dass Markt und Wettbewerb in diesem sozialen Bereich systemfremd und deshalb verfehlt sind, weil sie dem Sozialstaats-, Rechtsstaats- und Demokratieprinzip nicht gerecht werden. Allerdings liegt der systematische Widerspruch auf der Hand, wenn Krankenhäuser und die gesetzlichen Krankenversicherungen insoweit unterschiedlich behandelt werden. Vielmehr ist hier ein Erst-recht-Schluss allein angemessen und denkgesetzlich zwingend: Wenn schon die gesetzliche Krankenversicherung nicht den Spielregeln von Markt und Wettbewerb unterworfen werden darf, dann erst recht nicht

die Krankenhäuser, weil sie noch viel näher an den Menschen und ihrer unantastbaren Würde sind.

Dieser Widerspruch ist auch in der weiteren Rechtsprechung zu erkennen. So wird in der Entscheidung wegen Behandlung eines Schwerstkranken wiederum die solidarische Versorgung im Krankheitsfall als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips betont und bestätigt (BVerfGE 115,25 <42>) und ferner, dass der Schutz des Einzelnen in Fällen von Krankheit in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine Grundaufgabe des Staates ist. Ihr sei der Gesetzgeber nachgekommen, indem er durch Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung als öffentlich-rechtlicher Pflichtversicherung für den Krankenschutz eines Großteils der Bevölkerung Sorge getragen und die Art und Weise der Durchführung dieses Schutzes geregelt habe. In Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips richte er die Beiträge an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des einzelnen Versicherten und nicht am individuellen Risiko aus. (BVerfGE 115, S. 43; es kommt also immer auf den Einzelfall an, siehe etwa BVerfGE 140,229).

Andererseits wird im Rahmen der Entscheidung zur Privatisierung von Krankenhäusern (Universitätsklinikum Gießen und Marburg, BVerfGE

128,157) die Problematik erneut einseitig und nicht in vollem Umfang vor dem Hintergrund des Sozialstaatsprinzips erfasst. Es wird dort ausgeführt:

"Das angegriffene Gesetz dient der Durchführung der Privatisierung der Universitätskliniken. Dabei ist nicht zweifelhaft, dass der Landesgesetzgeber berechtigt war, die Universitätskliniken zu privatisieren. Das gilt unabhängig von den besonderen, auch ökonomischen Gründen, die den Gesetzgeber im vorliegenden Fall für diese Entscheidung bewogen haben. Jedenfalls dann, wenn die Wissenschaftsfreiheit der medizinischen Fakultäten gesichert ist, darf das Land im Rahmen seiner Zuständigkeit für die Organisation der Hochschulen die Universitätskliniken privatisieren. Dass die Privatisierung als solche eine legitime Wahrnehmung der Organisationsgewalt des Landes ist, rechtfertigt allerdings noch nicht den Eingriff in die Arbeitsverträge."

Hier wurde übersehen, dass die Arbeitsverträge der an Universitätskliniken tätigen einschließlich der Wissenschaftler nicht im Zentrum stehen, sondern die Fragestellung von der Staatsorganisationsstruktur her aufzubereiten war. Auch die Universitätskliniken sind elementarer Bestandteil der staatlichen

Daseinsvorsorge im Krankheitsfall und hieran haben sich Art und Weise der Ausgestaltung im Falle von Privatisierungsmaßnahmen auszurichten.

3. Aktueller Stand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Bei genauerem Hinsehen kann man den Eindruck gewinnen, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner neueren Rechtsprechung die Verbindung der Menschenwürde mit dem Sozialstaatsprinzip differenzierter und wesentlich näher an den grundlegenden Wertentscheidungen des Grundgesetzes sieht.

- a. Aufmerksamkeit verdient in diesem Zusammenhang zunächst ein in der abweichenden Meinung der Richter Gaier und Masing und der Richterin Baer zum Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Dezember 2014 wegen verfassungsrechtlicher Prüfung von Bestimmungen des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (BVerfGE 138,136, S. 252) niedergelegter Gedanke. Das Grundgesetz habe mit seiner Verpflichtung aller öffentlicher Gewalt auf das Sozialstaatsprinzip die Ausrichtung auf soziale Gerechtigkeit zu einem leitenden Prinzip aller staatlichen Maßnahmen erhoben (Rn. 3).

Schon aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip ergibt sich die Pflicht des Gesetzgebers, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen. Dies gilt nach der neueren Rechtsprechung in besonderem Maße, wenn und soweit es um die Sicherung der Menschenwürde und der menschlichen Existenz geht (BVerfGE 125,175 <223>). Als Grundrecht ist die Norm nicht nur Abwehrrecht gegen Eingriffe des Staates. Der Staat muss die Menschenwürde auch positiv schützen. Wenn einem Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen materiellen Mittel fehlen, weil er sie weder aus seiner Erwerbstätigkeit noch aus eigenem Vermögen noch durch Zuwendungen Dritter erhalten kann, ist der Staat im Rahmen seines Auftrages zum Schutz der Menschenwürde und in Erfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrages verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die materiellen Voraussetzungen dafür dem Hilfebedürftigen zur Verfügung stehen. Dieser objektiven Verpflichtung aus Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes korrespondiert ein Leistungsanspruch des Grundrechtsträgers, da das Grundrecht die Würde jedes individuellen Menschen schützt (BVerfGE 125,175 <222 f.>; ebenso etwa BVerfGE 132,134 <159>; 137,34 <72>). Der unmittelbar verfassungsrechtliche Leistungsanspruch gewährleistet das gesamte Existenzminimum durch

eine einheitliche grundrechtliche Garantie, die sowohl die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit (BVerfGE 125,175 <223>) umfaßt.

b. Der Schutz der Bevölkerung im Fall der Erkrankung ist in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine Kernaufgabe des Staates. Die gesetzgeberische Absicht, einen Krankenversicherungsschutz für alle Einwohner zu schaffen, ist von dem Ziel getragen, ein allgemeines Lebensrisiko abzudecken, das sich bei jedem und jederzeit realisieren und ihn mit unabsehbaren Kosten belasten kann. Es ist ein legitimes Konzept des zu sozialpolitischer Gestaltung berufenen Gesetzgebers, die für die Abdeckung der dadurch entstehenden Aufwendungen notwendigen Mittel auf der Grundlage einer Pflichtversicherung sicherzustellen (BVerfGE 123,186 <242/243>). In diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, dass zunächst eine Kluft zwischen Krankenversicherung und Krankenfürsorge zu bestehen scheint. Diese besteht in der Sache aber nicht. Krankenversicherung und Krankenfürsorge ambulant oder stationär in einem Krankenhaus stehen notwendigerweise im Sozialstaat des Grundgesetzes bei einer Zusammenschau der maßgeblichen Staatsstrukturbestimmungen

wegen des unabdingbaren Schutzes eines jeden einzelnen Menschen in einem unlösbaren Zusammenhang.

Dieses Komplementärverhältnis zwischen Krankenversicherung und Krankenhaus wird in einer Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts im Zusammenhang mit einem Verfahren zum Fünften Buch des Sozialgesetzbuchs aus dem Jahre 2005 deutlich (BVerfGE 113,167 <215>):

"Für den Bereich des Sozialversicherungs-, insbesondere des Krankenhausversicherungsrechts betont das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung einerseits die hohe Bedeutung der Funktionsfähigkeit und der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung für das gemeine Wohl, andererseits die diesbezüglich gegebene weitgehende sozialpolitische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.

Das Sozialversicherungsrecht ist eines der wichtigsten Instrumente staatlicher Sozialpolitik. Der Schutz in Fällen von Krankheit ist in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes eine der Grundaufgaben des Staates. Ihm ist der Gesetzgeber nachgekommen, indem er durch Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung als öffentlich-rechtlicher Pflichtversicherung für den Krankenschutz eines

Großteils der Bevölkerung Sorge getragen hat (BVerfGE 68,193 <209>)."

C. Abschließende Bewertung

I. Ausgangsüberlegungen

1. Das Sozialstaatsprinzip nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland ist wie Rechtsstaats- und Demokratieprinzip ein Wert an sich. Das bedeutet, dass das Sozialstaatsprinzip nicht in Euro und Cent gemessen werden kann und sich deshalb ein solches Ansinnen wegen der Verbindung mit der unantastbaren Würde des Menschen gemäß Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes verbietet. Das gilt zwangsläufig und folgerichtig auch für die substantiellen Ausprägungen von Sozialstaatsprinzip und Menschenwürde. Die Gesundheit der Menschen und in ihrer Gesamtheit die Volksgesundheit, ihre Bewahrung und Behandlung im Krankheitsfall ist deshalb ein zentrales Strukturelement der Staatsform der Bundesrepublik Deutschland nach dem Grundgesetz.
2. Es erschließt sich ohne große Anstrengungen, dass die Gesundheit vor diesem Hintergrund kein "marktfähiges Gut" ist, das Gegenstand des allgemeinen Wirtschaftsverkehrs sein könnte. Damit würde die

unantastbare Würde des Menschen verletzt sowie die fundamentale Norm des Grundgesetzes unterlaufen und in ihrem Sinn als Leitlinie für alles staatliche Handeln in ihr Gegenteil verkehrt.

Die Krankenfürsorge allgemein wie auch der Betrieb eines Krankenhauses dürfen deshalb nicht kommerziell ausgestaltet werden. Eine solche Organisationsstruktur gehört einer Kategorie an, die mehrere Ebenen unterhalb der hier einschlägigen des Sozialstaatsprinzips in Verbindung mit der Menschenwürde angesiedelt ist. Diese sind zentrale Strukturelemente der obersten Staatsorganisationsebene.

II. Einzelne Gesichtspunkte

- 1a. Mit der Führung eines Krankenhauses als kommerzieller Betrieb ist notwendigerweise eine andere "Philosophie oder Leitkultur" substantiell und systemimmanent verbunden, als sie das Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit der Menschenwürde und – seit Jahren zunehmend an den Rand gerückt – die ärztliche Ethik voraussetzen. Im Mittelpunkt des geschäftlichen Strebens stehen nicht mehr der Mensch und die Sorge

um seine Gesundheit, sondern steht das Streben nach dem größtmöglichen Umsatz als Grundlage für den maximalen Gewinn des in der Krankenfürsorge tätigen Unternehmens. Anders können die Erwartungen der shareholder, Investoren, Analysten wie auch Ratingagenturen und anderer wirtschaftlich interessierter Kreise einschließlich rücksichtsloser Spekulanten nicht erfüllt werden.

In diesem Zusammenhang gilt es noch auf einen Gesichtspunkt aufmerksam zu machen, der in der aktuellen Diskussion in Bezug auf die viel gepriesenen Freihandelsabkommen geflissentlich unterdrückt wird. In den inzierten Freihandelsabkommen der Europäischen Union mit den Vereinigten Staaten von Amerika und Kanada (TTIP und CETA) und nunmehr Japan – der Öffentlichkeit wiederum weitgehend vorenthalten – kann die Krankenfürsorge im Krankenhaus durchaus jedenfalls bei privater Struktur unter den Investorschutz fallen. Das würde bedeuten, dass das Niveau der medizinischen Versorgung der Bevölkerung innerhalb der Europäischen Union und folglich auch in Deutschland von internationalen intransparenten Schiedsgerichten und entgegen der verfassungsrechtlichen Gewährleistungen auf europäischer und nationaler Ebene der Mitgliedstaaten der Europäischen Union über den Einfluss von Investoren und anderen ethisch nicht gebundenen Kräften definiert würde. Mir liegt hierzu ein aufschlussreicher Schriftwechsel des

Interessenverbandes der Kommunalen Krankenhäuser mit einem in diesem Bereich verantwortlich tätigen Wissenschaftler in Japan vor.

- b. Der Missgriff in der Kategorie wird zudem in einer grundlegenden Veränderung des Verhältnisses von Arzt und Ärztin zu den ihnen anvertrauten Patienten deutlich: Dieses wird beschädigt und nicht selten sogar zerstört. Behandlungs- und Heilerfolg hängen nicht nur und allein von der fachlichen Qualifikation von behandelnder Ärztin und behandelndem Arzt ab. Eine grundlegende Voraussetzung ist auch, dass der ärztliche Hilfe suchende Mensch dem Gegenüber ohne Vorbehalte und mit vollem Vertrauen sich öffnen und artikulieren kann und darf. Das ist bei kommerzieller Prägung des höchst persönlichen medizinischen Behandlungsverhältnisses nicht mehr möglich und es erfasst auch alle unterstützenden Tätigkeiten und Personen im nicht ärztlichen Bereich einschließlich der Krankenpflege.

Die Umgestaltung der inneren Struktur der medizinischen Betreuung der Menschen bewirkt bei kommerzieller Prägung zwangsläufig eine Bewusstseins- und Empfindensänderung: Der Patient fühlt sich nicht mehr als kranker Mensch wahrgenommen, der zur Linderung seiner Leiden und Beschwerden ärztlicher Hilfe bedarf, sondern als "Umsatzträger". Das sind unabhängig von Sozialstaatsprinzip und

Menschenwürde die denkbar schlechtesten Voraussetzungen für einen Heilerfolg und – auch übersehen - dem entsprechend des geschäftlichen Erfolgs des kommerziellen Betriebs eines Krankenhauses. Dieser Kausalzusammenhang bestätigt den Missgriff in der Kategorie, wenn der Mensch in der Krankenfürsorge zum disponiblen Behandlungsobjekt herabgewürdigt wird. Man sollte sich deshalb auch Gedanken darüber machen, warum Beschwerden und Haftungsprozesse wegen tatsächlich unterlaufener oder vermuteter Behandlungsfehler zu- und trotz ständig steigender Kosten im Gesundheitswesen nicht abnehmen. Eine wesentliche Ursache könnte das veränderte Umfeld sein.

2. Es hilft letztlich allerdings wenig, wenn man – so wie ich vorstehend – nachweist, was und warum und aus welchen Gründen nicht hinnehmbar ist. Lösungsansätze können sachgerecht und überzeugend nur entwickelt werden, wenn man sie von innen heraus aus dem System, in dem wir uns befinden, gewinnt. Das ist hier die Krankenfürsorge, sei es im Krankenhaus oder durch in freier Praxis tätige Ärztinnen und Ärzte. Entwickelt man Lösungsansätze überwiegend oder ausschließlich von außen aus anderen Bereichen und Kategorien, die ersichtlich nicht äquivalent oder gar kompatibel sind, ist dieses Unternehmen zum Scheitern verurteilt. Da es hier um die Menschen in ihrer Individualität und in ihrer Existenz geht, muss ich etwas prägnanter und deutlicher

formulieren: Ein solches Vorgehen ist gedankenlos und ungeachtet der erläuterten verfassungsrechtlichen Verpflichtungen aller staatlichen Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland wegen der Individualität des Menschen ohne erkennbares Verantwortungsbewußtsein.

Das möchte ich Ihnen an einigen der im Rahmen dieser Problematik bemühten Standards und Maßnahmen abschließend erläutern.

3a. Decouvrierend ist z.B. die unreflektierte Verwendung des Begriffs Wettbewerb und der hieraus abzuleitenden Maßnahmen, Strukturentwicklungen und Leitlinien in Bezug auf die Menschen, die medizinischer Fürsorge bedürfen. Gerade diese Übertragung eines zentralen Standards des Wirtschaftsverkehrs auf das Innerste der Menschen und ihrer Würde wie auch – was inzwischen völlig eingeebnet und übersehen wird – auf die vom ärztlichen Ethos geprägte und geleitete Tätigkeit für die Menschen, verletzt die Menschen und die für ihre medizinische Betreuung Verantwortlichen – einschließlich aller unterstützenden Hilfsberufe – in ihrer unverletzlichen Menschenwürde und in ihrem legitimen Anspruch auf Achtung ihrer Persönlichkeit und ethisch vorgeprägten Behandlungsfreiheit.

Die zahlreichen die Stabilität von Staaten und Gesellschaften erschütternden Skandale etwa in Finanz- und Umweltbereich wie auch öfter kausal gewordenes kriminelles Verhalten und Vorgehen von einflussreichen Entscheidungsträgern in der Wirtschaft hat – unschwer zu erkennen – zu Tage gefördert: Der Markt und der Wettbewerb richten nichts sachgerecht und angemessen für die Menschen und die Gesellschaft, sondern gefährden diese. Beim Wettbewerb handelt es sich seit vielen Jahren größtenteils nur mehr um einen destruktiven Preiswettbewerb und nicht um einen Qualitätswettbewerb (Spätfolgen des Lopez-Effekts). Solche Denkstrukturen und Verhaltensweisen stehen in eklatantem Widerspruch zu den genannten grundlegenden verfassungsrechtlichen Gewährleistungen für das Gesundheitswesen und dürfen deshalb nicht auf die Krankenfürsorge übertragen werden.

Vor diesem Hintergrund müssen auch geradezu falsche Anreize überdacht werden, die vordergründig zur Kostendämpfung im Gesundheitswesen in den vergangenen Jahren gesetzt wurden. Die Aufgabe einer vernünftigen und sachangemessenen Verwendung der Kosten im Gesundheitswesen kann in rechtsstaatlich demokratischer und dem Sozialstaatsprinzip verpflichteten Politik nur dahin formuliert werden, dass systemimmanent entsprechend den ethisch geprägten Parametern des medizinischen Betreuungsverhältnisses insgesamt

einschließlich des Pflegebereichs die Rahmenbedingungen konturiert und nicht "Anleihen" von außerhalb bestehenden Systemfeldern, die von ganz anderen und völlig entgegengesetzten Strukturen geprägt sind, genommen werden. Danach sind dann die aufzubringenden Kosten zu bemessen.

- b. So mag z.B. die Fallpauschale auf den ersten Blick einsichtig erscheinen und als der Stein des Weisen betrachtet werden. Zurückgeführt auf die beschriebene Grundstruktur des medizinischen Betreuungsverhältnisses bedeutet dies in der Sache eine Standardisierung der Menschen. Sie werden zum Objekt herabgewürdigt, weil mit der Fallpauschale die jedem Menschen eigene Individualität genommen wird. Die Aufgabe besteht deshalb darin, die aufzubringenden Kosten im Gesundheitswesen von den inneren Strukturen her zu ermitteln und zu gestalten. Dabei ist zunächst in den Blick zu nehmen, dass die Gesundheit eines Menschen und damit auch seine Versorgung im Krankheitsfall kein kompatibles Wirtschaftsgut ist, das beliebig – zuletzt noch bei entsprechender Unternehmensstruktur eines Krankenhauses oder eines medizinischen Versorgungszentrums an der Börse – gehandelt werden dürfte.

Dazu verweise ich auf ein Gespräch im Magazin der Süddeutschen Zeitung (Nr. 30 vom 28.7.2017, S. 8 ff.) mit den Ihnen sicher bekannten namhaften Chirurgen Hartwig Bauer, Matthias Rothmund und Helmut Wolff wie auf einen Bericht in den Badischen Neuesten Nachrichten (Nr. 173 vom 29.7.2017, S.9) über Tarifstreitigkeiten einer Privatklinik wegen ihres Abrechnungsmodus. Schließlich ist noch ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu einem im Einzelfall gegebenen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf Krankenversorgung bei lebensbedrohlicher Lage hinzuweisen (B.v. 11.4. 2017, NJW 2017, 2096). Sie alle stützen meinen Standpunkt.

Weniger erfreut bin ich über eine weitere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Oktober 2016 (1 BvR 292/16) betreffend "die Einführung einer Mindestmenge von Versorgungsfällen als Mittel der Qualitätssicherung bei der Krankenhausbehandlung von Früh- und Neugeborenen mit höchstem Risiko.....)". Hier wäre schon eine einfühlsamere und den menschlichen Nöten der Betroffenen angemessenere Wortwahl angezeigt gewesen.

4. Es ist im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Verpflichtungen für alle staatliche Gewalt nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland unabdingbar, dass ein grundlegender Umdenkungsprozess

eingeleitet und fortwährend von entsprechenden begleitenden Maßnahmen unterstützt wird. Das setzt zunächst voraus, dass die Privatisierung im Krankenhausbereich angehalten wird und die öffentliche Hand auf allen Ebenen – Bund, Länder und Kommunen – privatisierte Krankenhäuser wieder in ihre Obhut nimmt und beabsichtigte Privatisierungen unterbleiben.

Des Weiteren muss das öffentliche Ansehen der in der medizinischen Betreuung der Menschen vor Ort tätigen Ärztinnen und Ärzte und des unterstützenden Personals gehoben werden. Das muss schon in der Ausbildung des Nachwuchses und seine Heranführung an diese äußerst anspruchsvolle und mit großer Verantwortung für das Gemeinwohl verbundene Tätigkeit beginnen, bedingt aber auch eine angemessene und sachgerechte Gestaltung der Gebühren.

Nur so können Sozialstaatsprinzip, Würde der Menschen und ethischer Status der im medizinischen Bereich Tätigen gewährleistet werden. Es muss auch die Einsicht ge- und befördert werden, dass die Gesundheit der Menschen nicht tabellenmäßig erfasst und dementsprechend Kostenrahmen exakt festgelegt werden können. Allerdings schließt gerade dieser Umstand mit aus, dass sich der Staat durch Privatisierung

seiner Krankenhäuser der Definitionshoheit über den den Menschen angemessenen Gesundheits- und Behandlungsstandard weit gehend entzieht und er für alle Beteiligten im Gesundheitswesen ihre verfassungsrechtlich eingeräumten Positionen nicht mehr ungeschmälert sicherstellen kann.