

# Abwägungsdogmatik im Krankenhausrecht

Prof. Dr. iur. Martin Burgi

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschaftsverwaltungsrecht,

Umwelt- und Sozialrecht

Ludwig-Maximilians-Universität, München

## Inhaltsübersicht

I.	Einführung	17
II.	Notwendigkeit und Nutzen einer Abwägungsdogmatik im Krankenhausrecht	18
1.	Struktur der relevanten Verwaltungsentscheidungen	19
a)	Die Ebene der Planaufstellung	19
b)	Ebene der Planumsetzung	20
aa)	Erste Entscheidungsstufe: Erfüllung der Qualifikationsmerkmale?	20
bb)	Zweite Entscheidungsstufe: Auswahl anhand von Kriterien	21
2.	Der Rahmen des Verfassungsrechts	21
a)	Subjektiv-rechtliche Determinanten	21
b)	Objektiv-rechtliche Determinanten: Staatliche Gesundheitsverantwortung	22
3.	Defizitanalyse betreffend die Stufe der Auswahlentscheidung	23
III.	Differenziertere Entfaltung des Entscheidungsprogramms auf der Stufe der Auswahl	24
1.	Beurteilungsspielraum, nichtplanerisches Ermessen oder Handlungsermessen	24
2.	Zusammenstellung der Auswahlkriterien	25
3.	Gewichtung der Auswahlkriterien	26
4.	Bewertung der in Frage stehenden Krankenhäuser	26
IV.	Umgang mit Qualitätsvorgaben	26
1.	Neue Rechtslage	27
2.	Einbau in die Entscheidungsprogramme	29
V.	Abwägungsdogmatik bei Herausnahm entscheidungen	31
VI.	Fazit	31
	Anhang relevanter Rechtsvorschriften: §§ 1, 6, 8 KHG, § 136c SGB V	32

## I. Einführung

Das nicht nur praktisch, sondern auch dogmatisch spannende Gebiet des Krankenhausrechts ist eher selten Gegenstand rechtswissenschaftlicher Bemühungen. Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass einige zen-

trale Auslegungsprobleme des Krankenhausrechts einer abschließenden Klärung harren, auch wenn die Praxis sowie die sie kommentierende Literatur in dieser Hinsicht bereits etliche rechtliche Herausforderungen erfolgreich bewältigt haben. Der nachfolgende Beitrag identifiziert die krankenhausplanungsrechtliche Abwägungsdogmatik als eine noch nicht ausreichend ausgeleuchtete Facette des Krankenhausrechts und versucht, eine solche Abwägungsdogmatik zu erarbeiten.

Mit dem Begriff der Abwägung soll im Folgenden der Themenkomplex der Entscheidungsspielräume erfasst werden. Entscheidungsspielräume sind immer auf bestimmte Verwaltungsentscheidungen bezogen. Betrachtet man Entscheidungsspielräume im Kontext der verwaltungsrechtlichen Handlungsform des Plans, sticht vor allem die sehr ausgefeilte und aus gemeinsamen Anstrengungen von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft hervorgegangene Abwägungsdogmatik im Bauplanungsrecht ins Auge.<sup>1</sup> Weitet man den Blick über das Bauplanungsrecht hinaus auf andere verwaltungsrechtliche Felder, in denen die Handlungsform des Plans eine Rolle spielt, wird die Zuordnung von Entscheidungsspielräumen zu bestimmten Verwaltungsentscheidungen vielfach unklar; dies nicht zuletzt im Krankenhausrecht. Dort wird die Thematik der Entscheidungsspielräume und ihrer Zuordnung bereits seit längerem meist nur angerissen. Besteht bereits angesichts dessen dogmatischer Reflexionsbedarf, gilt dies erst recht im Nachgang der im Jahre 2016 erfolgten Gesetzesänderungen betreffend den Umgang mit Qualitätsvorgaben.

Im Folgenden werden zunächst Notwendigkeit und Nutzen einer Abwägungsdogmatik im Krankenhausrecht herausgearbeitet (II.). In einem zweiten Schritt gilt das Augenmerk dem Entscheidungsprogramm auf der Stufe der Auswahl, das im Einzelnen entfaltet wird (III.). Sodann wird auf den Umgang mit Qualitätsvorgaben eingegangen (IV.), bevor sich der Beitrag der Abwägungsdogmatik bei Herausnahmeentscheidungen zuwendet (V.). Die Abhandlung schließt mit einem kurzen Fazit (VI.).

## **II. Notwendigkeit und Nutzen einer Abwägungsdogmatik im Krankenhausrecht**

Bekanntlich werden die Dienstleistungen der stationären Krankenversorgung in Krankenhäusern in Deutschland durch die jeweiligen Träger der Krankenhäuser erbracht. Krankenhausträger können erwerbswirtschaftlich agierende Private, freigemeinnützige Träger wie etwa die Diakonie, Berufsgenossenschaften oder die Kommunen sein. Auch die Länder sind als Krankenhausträger aktiv, namentlich bei den Universitätskliniken. Vor allem

---

<sup>1</sup> Eingehend zur bauplanungsrechtlichen Abwägungsdogmatik statt aller jüngst *Kersten*, in: Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2018, Kap. 3: BauR, Rn. 142 ff.

aber sind die Länder nach § 6 Abs. 1 KHG Träger der Krankenhausplanung und als solche Inhaber der Verantwortung für das Stattfinden und den Erfolg der stationären Krankenversorgung. Ziel und Maßstab dieser Verantwortung ist die gesicherte Versorgung der Patienten mit stationärer ärztlicher und pflegerischer Versorgung. Das zentrale Instrument, mit dem die Länder dieser Verantwortung nachkommen, ist der Krankenhausplan und sind die darauf bezogenen Entscheidungen über die Aufnahme, die Nicht-Aufnahme und die Herausnahme aus dem Plan, all dies auf der Grundlage des KHG. Die für das betreffende Krankenhaus wirtschaftlich entscheidende Rechtsfolge der Aufnahme bzw. des Verbleibs im Krankenhausplan besteht im Grundsatz darin, dass die Investitionskosten von den Ländern und die laufenden Betriebs- und Behandlungskosten über die Pflegesätze von den Krankenkassen finanziert werden (vgl. § 4 KHG).<sup>2</sup> Dieses Finanzierungssystem bildet die für verschiedene Bereiche der Daseinsvorsorge charakteristische Arbeitsteilung ab, wonach der Staat die (Gesundheits-)Verantwortung trägt, die eigentlichen Dienstleistungen aber von einer Vielzahl unterschiedlicher (Krankenhaus-)Träger erbracht werden.<sup>3</sup>

## **1. Struktur der relevanten Verwaltungsentscheidungen**

Nicht zuletzt aufgrund der mit dem Betrieb eines Krankenhauses durchaus zu erzielenden wirtschaftlichen Gewinne übersteigt die Zahl der Anträge auf Aufnahme in den Krankenhausplan in aller Regel dessen Kapazitäten in Gestalt des zuvor ermittelten Bedarfs an Krankenhausbetten. Das vor diesem Hintergrund notwendige Verteilungsverfahren beinhaltet mehrere Verwaltungsentscheidungen, die wiederum eine spezifische Struktur aufweisen. So ist zum einen streng zwischen zwei verschiedenen Entscheidungsebenen zu trennen, namentlich zwischen der Ebene der Planaufstellung und derjenigen der Planumsetzung. Auf der Ebene der Planumsetzung ist erneut zu differenzieren, in diesem Fall zwischen zwei voneinander zu scheidenden Entscheidungsstufen.<sup>4</sup>

### **a) Die Ebene der Planaufstellung**

Auf der Ebene der Aufstellung des Krankenhausplans konkretisiert die Planungsbehörde die Vorgaben des KHG sowie der entsprechenden Landeskrankenhausgesetze (vgl. etwa Art. 3 f. BayKrG; §§ 13 ff. KHGG NRW) und entwickelt auf diese Weise mit der Krankenhausplanaufstellung ein Verteilungskonzept. Die zuständige Planungsbehörde legt auf dieser Ebene die Ziele der Krankenhausplanung fest (sog. Krankenhauszielplanung), beschreibt räumlich, fachlich und nach Versorgungsstufen gegliedert den

---

2 Näher dazu *Burgi*, NVwZ 2010, 601 (601); vgl. ferner *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens (Hrsg.)*, *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2018, § 26 Rn. 578.

3 Vgl. dazu bereits *Burgi*, NZZ 2005, 170 ff.

4 Übersichtlich zur Struktur der Auswahlentscheidung auch *Rennert*, DVBl. 2010, 936 (937 f.).

bestehenden und den erwartbaren Bedarf an Krankenhausversorgung (sog. Bedarfsanalyse) und stellt dem eine Aufstellung der zur Bedarfsdeckung geeigneten Krankenhäuser gegenüber (sog. Krankenhausanalyse).<sup>5</sup>

Betrachtet man diese Binnendifferenzierung aus der Perspektive verwaltungsrechtlicher Entscheidungsspielräume, so zeigt sich, dass weder der Bedarfsanalyse<sup>6</sup> noch der Krankenhausanalyse<sup>7</sup> Entscheidungsspielräume eigen sind. Hingegen kommt der Planungsbehörde bei der Krankenhauszielplanung ein planerischer Gestaltungsspielraum zu, der durch eine planerische Abwägung auszufüllen ist, wie sie etwa aus dem bereits erwähnten Bauplanungsrecht bekannt ist.<sup>8</sup>

### **b) Ebene der Planumsetzung**

Auf der Ebene der Planumsetzung ergeht die Entscheidung über die Aufnahme bzw. Nichtaufnahme in den Krankenhausplan sowie über die Herausnahme aus diesem. Dabei sind zwei Entscheidungsstufen streng voneinander zu trennen. Auf der ersten Entscheidungsstufe wird die Erfüllung von Qualifikationsmerkmalen überprüft, während auf der zweiten Entscheidungsstufe eine Auswahl anhand von Kriterien erfolgt.

#### **aa) Erste Entscheidungsstufe: Erfüllung der Qualifikationsmerkmale?**

Die auf der ersten Entscheidungsstufe überprüften Qualifikationsmerkmale umfassen die Bedarfsgerechtigkeit, die Leistungsfähigkeit sowie die Wirtschaftlichkeit. Normativ abgeleitet werden diese Merkmale aus der den Zweck des KHG definierenden Norm des § 1 Abs. 1 KHG. Seit 2016 sind mit der (weniger relevanten) Patientengerechtigkeit<sup>9</sup> sowie der qualitativen Hochwertigkeit (näher hierzu IV.) zwei weitere Qualifikationsmerkmale hinzugekommen.

Entscheidungsspielräume bestehen nach einhelliger Auffassung in Bezug auf die Qualifikationsmerkmale nicht, auch wenn es sich bei den genannten Merkmalen richtigerweise um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt. Ihre Auslegung ist somit vollumfänglich der gerichtlichen Nachprüfbarkeit unterworfen.<sup>10</sup>

---

5 Vgl. BVerwG, NVwZ 2009, 525 (526).

6 Vgl. Stollmann, in: Huster/Kaltenborn (Hrsg.), Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 4 Rn. 21; aus der Rechtsprechung vgl. zuletzt BVerwG, DVBl. 2018, 1621 ff.

7 Vgl. Stollmann, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 26.

8 Vgl. Wollenschläger, Verteilungsverfahren, 2010, S. 513 m. w. N.; Stollmann, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 16 und 17, am Beispiel NRW, § 4 Rn. 54.

9 Vgl. dazu Stollmann, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 35.

10 Vgl. dazu die gute Darstellung bei Stollmann, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 65, 75; Quas, in: Quas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, § 26 Rn. 606; vgl. auch bereits Burgi, NVwZ 2010, 601 (602).

Bei der Prüfung der Qualifikationsmerkmale müssen darüber hinaus zweifelsohne auch die Vorgaben des Krankenhausplans beachtet werden.<sup>11</sup> Soweit diese Vorgaben – wie bei der Krankenhauszielplanung – mit einem planerischen Entscheidungsspielraum ausgestattet sind, ist dieser Spielraum bei der Aufnahmeeentscheidung zu respektieren und unterliegt bei der inzidenten gerichtlichen Überprüfung nur eingeschränkter Kontrolle. Ähnliches gilt beispielsweise im Bauplanungsrecht für das Verhältnis zwischen Baugenehmigung und Bebauungsplan.

**bb) Zweite Entscheidungsstufe: Auswahl anhand von Kriterien**

Nicht jedes Krankenhaus, das die Qualifikationsmerkmale erfüllt, wird auch in den Krankenhausplan aufgenommen. Dies ergibt sich zwangslässig aus § 8 Abs. 1 Satz 1 KHG, wonach kein Rechtsanspruch auf Feststellung der Aufnahme in den Krankenhausplan besteht. Vielmehr hat die zuständige Landesbehörde nach § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen und der Vielfalt der Krankenhaussträger „nach pflichtgemäßem Ermessen“ abzuwagen, „welches Krankenhaus den Zielen der Krankenhausplanung des Landes am besten gerecht wird“. Auf dieser zweiten Entscheidungsstufe der Ebene der Planumsetzung ist bis heute ungeklärt, um welche Kategorie von Entscheidungsspielraum es sich handelt.<sup>12</sup>

## **2. Der Rahmen des Verfassungsrechts**

Bevor der auf der Stufe der Auswahl befindliche Entscheidungsspielraum zugeordnet wird, gilt es, sich die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Systems der Krankenhausplanung und der Verwaltungsentcheidungen über die Aufnahme bzw. die Herausnahme aus dem Krankenhausplan vor Augen zu führen. Dabei spielen sowohl subjektiv-rechtliche, also auch objektiv-rechtliche Determinanten eine wichtige Rolle.

**a) Subjektiv-rechtliche Determinanten**

In subjektiv-rechtlicher Hinsicht ist vor allem das Berufsfreiheitsgrundrecht der um Aufnahme in den Krankenhausplan ersuchenden Krankenhaussträger aus Art. 12 Abs. 1 GG maßgeblich; dies insbesondere in der Ausprägung als Teilhaberecht gemäß Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG. Bei Häuslern in kirchlicher Trägerschaft kann sich überdies die Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG sowie bei kommunalen Trägern die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG auswirken. Die folgenden Ausführungen fokussieren auf das in diesem Kontext im Mittelpunkt der gerichtlichen und literarischen Aufmerksamkeit stehende Grundrecht der Berufsfreiheit.

---

11 Darauf ebenfalls hinweisend *Quaas*, in: *Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht*, § 26 Rn. 602 f.

12 Auf dieses Problem wird unter III. vertieft eingegangen.

Aus berufsfreiheitsrechtlicher Warte stellt sich die Entscheidung über die Aufnahme bzw. Nichtaufnahme in den Krankenhausplan nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht nur als Vorenthalterung einer Leistung, sondern als Perpetuierung einer grundrechtlichen Eingriffswirkung dar. Begründet wird dies zu Recht damit, dass am Anfang der Krankenhausplanung und vor allen Entscheidungen über die Aufnahme bzw. Nichtaufnahme in den Plan eine Verknappungsentscheidung des Staates steht, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen eine Zulassungsbeschränkung nahekommen.<sup>13</sup> Die subjektivrechtliche Position der Krankenhaussträger ist damit von vornherein stärker als etwa diejenige potenzieller Auftragnehmer im GWB-Vergaberecht. Dort stehen in Ermangelung des Bestehens von Ansprüchen auf die Erteilung eines öffentlichen Auftrages keine Grundrechtseingriffe in Rede.<sup>14</sup>

Wendet man sich der Frage der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu, ist zunächst zu konstatieren, dass sich der durch die krankenhausrechtlichen Regelungen bewirkte Eingriff in die Berufsfreiheit der Krankenhaussträger als verfassungskonforme, da insbesondere verhältnismäßige und damit gerechtfertigte Beschränkung von Art. 12 Abs. 1 GG darstellt. Mit Blick auf die Eingriffsintensität der verschiedenen konkret-individuellen Verwaltungsentscheidungen kann festgehalten werden, dass die Ablehnung einer Aufstockung grundsätzlich eine geringere Eingriffsintensität aufweist als die Ablehnung einer erstmals beantragten Neuaufnahme; Entsprechendes gilt für die Reduzierung eines bereits vorhandenen Bestandes im Verhältnis zur Entscheidung der vollständigen Streichung. Die jeweils infrage stehenden öffentlichen Belange müssen umso stärker bzw. gewichtiger sein, je stärker die Eingriffswirkung zulasten der Grundrechtsträger ist.

### **b) Objektiv-rechtliche Determinanten: Staatliche Gesundheitsverantwortung**

Bekanntlich erschöpft sich das Grundgesetz nicht in den fraglos besonders wichtigen Grundrechten, sondern enthält auch objektive Regeln und Prinzipien. Eine solche objektiv-rechtliche Verfassungsaussage ist etwa die im Krankenhausrecht Bedeutung erlangende staatliche Verantwortung für die stationäre Krankenversorgung. Diese Verantwortung wurzelt in der staatlichen Schutzpflicht für Leben und Gesundheit der Patienten nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, im Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sowie im aufgabenrechtlichen Gehalt der Kompetenzvorschrift des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19a GG. Aus ihr folgt, dass die bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern eine verfassungsrechtlich vorgegebene Aufgabe im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge ist. Dem

---

13 Grundlegend diesbezüglich BVerfGE 82, 209 ff.

14 Vgl. dazu m. w. N. Burgi, NVwZ 2010, 601 (603).

Gesetzgeber kommt bei ihrer Erfüllung bezüglich des Wie und auch des Umfangs ein weiter Gestaltungsspielraum zu, den er mit dem Erlass des KHG bzw. den Landeskrankenhausgesetzen in verfassungskonformer Weise genutzt hat.

Das verfassungsrechtliche Gewicht der mit der Verantwortung für die stationäre Krankenversorgung angesprochenen öffentlichen Belange der Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung sowie der im Krankenhausplanungsrecht relevanten Gemeinwohlbelange hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung wiederholt als „außerordentlich hoch“ eingeschätzt.<sup>15</sup>

### 3. Defizitanalyse betreffend die Stufe der Auswahlentscheidung

Auf der zweiten Entscheidungsstufe innerhalb der Ebene der Planumsetzung können drei rechtsdogmatische Defizite ausgemacht werden, die ihrerseits problematische Auswirkungen zeitigen.

So ist zunächst das augenscheinliche Kategorienwirrwarr zu bemängeln, das eine erhebliche Rechtsunsicherheit bzw. Rechtsunklarheit nach sich zieht. So wird der dort unstreitig angenommene Entscheidungsspielraum der Verwaltung teilweise als planerisches Ermessen<sup>16</sup> kategorisiert, während andere unter Rekurs auf den Wortlaut des § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG ein Auswahl- bzw. Handlungsermessen annehmen.<sup>17</sup> Wiederum andere Debattenbeiträge gehen von einem Beurteilungsspielraum aus.<sup>18</sup>

Zum zweiten besteht aufgrund der fehlenden dogmatischen Durchdringung dieser Entscheidungsstufe die Gefahr von Unschärfen im und Verkürzungen des Entscheidungsprogramm(s). So wird die Übersetzung objektiv-rechtlicher Verfassungsvorgaben und darüber hinausgehender politischer Vorstellungen in Kriterien erschwert. Ferner droht die notwendige, vertiefte Auseinandersetzung mit der Zusammensetzung und der Gewichtung von Kriterien zu unterbleiben.

Schließlich besteht durch die unzutreffende Zuordnung von Entscheidungsspielräumen zu Verwaltungsentscheidungen auch die Gefahr der Verkürzung subjektiver Rechte, kann sie doch zu einer Zurücknahme gerichtlicher Kontrolldichte führen und damit den grundrechtlichen Individualrechtsschutz faktisch leerlaufen lassen. Unzutreffende Vorstellungen

---

15 Vgl. insbesondere BVerfGE 82, 209 (230); vgl. dazu bereits *Burgi*, NVwZ 2010, 601 (602).

16 So u. a. *Rennert*, DVBl. 2010, 936 (943) [„nachvollziehende Plankonkretisierung, nachvollziehende Abwägung“] sowie auch *Stollmann/Hermanns*, NZS 2017, 851 (857) [„planerische Gestaltung und Steuerung [...] auf der zweiten Stufe“].

17 So zuletzt BVerwGE 139, (320 Rn. 31 ff.); ebenso *Württenberger/Altschwager/Gerhard*, in: *Dettling/Gerlach* (Hrsg.), *Krankenhausrecht*, 2. Aufl. 2018, § 8 KHG Rn. 41 f.; uneinheitlich *Stollmann*, in: *Huster/Kaltenborn*, *Krankenhausrecht*, § 4 Rn. 68 (Auswahlermessen) und Rn. 93 (Beurteilungsspielraum).

18 Explizit BVerwGE 72, 38 (52); *Wollenschläger*, *Verteilungsverfahren*, S. 514.

der Verwaltung können sich letztlich über das maßgebliche Entscheidungsprogramm auch zulasten der grundrechtsberechtigten Krankenhaussträger auswirken.

### **III. Differenziertere Entfaltung des Entscheidungsprogramms auf der Stufe der Auswahl**

#### **1. Beurteilungsspielraum, nichtplanerisches Ermessen oder Handlungsermessen**

Im Ausgangspunkt ist hinsichtlich des Entscheidungsprogramms auf der Stufe der Auswahl, und dies entgegen dem Wortlaut des § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG, von einem Beurteilungsspielraum, also nicht von planerischem oder Handlungsermessen auszugehen. Die Entscheidung betrifft nämlich die Frage, wer innerhalb der Auswahl das beste Krankenhaus bereitstellen kann. Es gibt mithin nur ein Ergebnis, über dessen Feststellung allerdings Unsicherheit besteht. Die vorhandene Unsicherheit und damit die Notwendigkeit eines Spielraums bezieht sich mithin nicht auf die Ebene des Voluntativen, sondern auf die Ebene des Kognitiven.

Die in § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG tatbestandlich zu berücksichtigenden „öffentlichen Interessen“ stellen einen Sammelbegriff für die ohnehin maßgeblichen Auswahlkriterien dar, der keine zusätzlichen Vorgaben für die Auswahlentscheidung macht.<sup>19</sup> Dementsprechend spielen jenseits des neuen Kriteriums der qualitativen Hochwertigkeit wiederum die bereits aufgeführten Kriterien des § 1 Abs. 1 KHG eine zentrale Rolle. Die damit angesprochenen Merkmale der Bedarfsgerechtigkeit, der Leistungsfähigkeit und der Wirtschaftlichkeit werden auf dieser Stufe allerdings nicht mehr als zwingend zu erfüllende Qualifikationsmerkmale relevant, sondern als innerhalb einer Abwägung zu berücksichtigende Auswahlkriterien. In den Worten des OVG NRW geht es hier nunmehr um die „Grundsätze für eine Bestenauswahl unter grundsätzlich Qualifizierten“.<sup>20</sup> Inhaltlich geht es demnach um ein *Mehr* an Bedarfsgerechtigkeit, Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit, während auf der ersten Entscheidungsstufe lediglich das Mindestmaß zu erreichen war. Genügt es beispielsweise auf der ersten Stufe der Qualifikationsmerkmale, dass ein Krankenhaus die erforderliche Infrastruktur in personeller, technischer und finanzieller Hinsicht aufweist, steht auf der zweiten Stufe ein Mehr an Leistungsfähigkeit in Frage, etwa wenn das Krankenhaus die Fähigkeit und Bereitschaft zur Kooperation mit anderen Kliniken oder eine bestimmte Mindestfallzahl darstellen kann. Die Auswahlkriterien bilden mithin Unterkriterien jener Qualifikationsmerkmale.

---

19 Vgl. bereits *Burgi*, NVwZ 2010, 601 (606).

20 OVG NRW, Beschl. v. 25.1.2008 – 13 A 2932/07, BeckRS 2008, 32766, Rn. 22; vgl. dazu bereits *Burgi*, NVwZ 2010, 601 (605).

Insoweit besteht unverändert rechtsdogmatischer Systematisierungsbedarf.<sup>21</sup>

## 2. Zusammenstellung der Auswahlkriterien

Die für die konkrete Verteilungsentscheidung der Verwaltung maßgeblichen Auswahlkriterien müssen stets aus allen drei Qualifikationsmerkmalen abgeleitet werden können, wobei die Ableitbarkeit gerichtlich vollständig nachprüfbar ist. Mustert man die drei Qualifikationsmerkmale durch, können eine ganze Reihe von zulässigen, also aus den Qualifikationsmerkmalen ableitbare Auswahlkriterien („öffentliche Interessen“) identifiziert werden.<sup>22</sup>

Im Hinblick auf das Qualifikationskriterium der *Bedarfsgerechtigkeit* sind von den Gerichten unter anderem das Verhältnis zwischen dem Bedarf in einzelnen Fachrichtungen und dem Bettenangebot der zur Verfügung stehenden Krankenhäuser, die räumliche Lage und der Benutzungsgrad dieser Krankenhäuser sowie die regionale Erreichbarkeit und die verkehrstechnische Infrastruktur als zulässige Auswahlkriterien eingestuft worden.<sup>23</sup>

Aus dem Qualifikationsmerkmal der *Leistungsfähigkeit* lassen sich jenseits der Mindeststandards, etwa die Fähigkeit zur Mitwirkung bei der Notfallversorgung, die Größe und Fähigkeit zur Allgemeinversorgung, die Zahl der Patienten bei sonst gleicher Qualität<sup>24</sup> sowie die Beachtung von Mindestzahlvorgaben nach Maßgabe von § 136b Abs. 2 Satz 4 SGB V als konkrete Auswahlkriterien ableiten.<sup>25</sup>

Das Kriterium der *Wirtschaftlichkeit* spielt auf der Ebene der Auswahl dahingehend eine Rolle, dass etwa der bestmögliche Nutzen eingesetzter Investitionsfördermittel als Kriterium benannt werden kann. Kein aus dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ableitbares Auswahlkriterium ist hingegen der Verfall von bislang von Krankenhausträgern selbst getätigten Investitionen.<sup>26</sup> Andere zulässige Auswahlkriterien mit Blick auf den Parameter der Wirtschaftlichkeit sind die wirtschaftlichkeitsbezogene Größe des Disziplinen- und Indikationenspektrums, wirtschaftlichkeitsbezogene höhere Fallzahlen je Indikation sowie das Vorhandensein eines eigeninitiativ-creativ entwickelten Kooperationskonzepts.<sup>27</sup>

---

21 Grundlage allerdings gelegt bei *Burgi*, NVwZ 2010, 601 (606 f.).

22 Vgl. dazu bereits eingehend *Burgi*, NVwZ 2010, 601 (607 ff.); aus jüngerer Zeit vgl. *Stollmann*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, § 4 Rn. 93 ff.

23 Vgl. dazu BVerwGE 62, 86 (104 f.); vgl. jüngst zu den Auswahlkriterien der regionalen Erreichbarkeit, der geografischen Lage und der verkehrstechnischen Infrastruktur OVG Niedersachsen, Beschl. v. 28.4.2014 – 13 ME 170/13, Rn. 8.

24 Vgl. dazu zuletzt OVG NRW, Beschl. v. 25.1.2011 – 13 B 1712/10, GesR 2011, 499.

25 Vgl. dazu eingehend und m.w.N *Burgi*, NVwZ 2010, 601 (607 f.).

26 So zuletzt BayVGH, Urt. v. 31.1.2011 – 21 B 09.3031, Rn. 37.

27 Vgl. erneut *Burgi*, NVwZ 2010, 601 (609) m. w. N.

Bei der Auswahlentscheidung ist nach § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG neben den soeben behandelten öffentlichen Interessen auch der sog. Grundsatz der Trägervielfalt zu beachten. Dieses in § 1 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 KHG ausdrücklich niedergelegte Prinzip des Krankenhausrechts, das auch vom Bundesverfassungsgericht<sup>28</sup> besonders hervorgehoben wird, verpflichtet die Behörde, innerhalb des jeweiligen Versorgungsgebiets bei der Auswahlentscheidung zwischen mehreren Krankenhäusern neben den öffentlichen in angemessener Weise auch die freigemeinnützigen und die privaten Krankenhäuser zu berücksichtigen. M. E. handelt es sich dabei im Sinne der Dogmatik von Entscheidungsspielräumen um einen den Umgang mit dem Entscheidungsspielraum steuernden Grundsatz, nicht jedoch um einen eigenen öffentlichen Belang im Sinne eines eigenen Auswahlkriteriums. Entscheidend ist danach allein, dass eine Auseinandersetzung mit diesem Grundsatz stattfindet. Eine weitere Modifikation hat der Grundsatz der Trägervielfalt im Jahr 2016 durch die neue Rechtslage zum Umgang mit Qualitätsvorgaben erfahren (vgl. dazu IV. 2.).

### **3. Gewichtung der Auswahlkriterien**

Nach hier vertretener Auffassung müssen alle drei Qualifikationsmerkmale gleichwertig in Auswahlkriterien konkretisierend übersetzt werden, nennt doch das KHG alle drei Qualifikationsmerkmale im gleichen Atemzug, ohne zwischen ihnen eine Abstufung vorzunehmen. Vergleicht man diese Spielräume bei der Zusammenstellung und der Gewichtung der Auswahlkriterien, ist letzterer als größer einzuschätzen als erster.

### **4. Bewertung der in Frage stehenden Krankenhäuser**

Widmet man sich aus der Perspektive der Entscheidungsspielräume schließlich dem Vorgang der Bewertung der in Frage stehenden Krankenhäuser, ist der insgesamt größte behördliche Spielraum zu konstatieren. Gerichtlich nachgeprüft werden kann demnach lediglich, ob die Verwaltung von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist, eine nachvollziehbare Begründung vorliegt, keine sachfremden Erwägungen angestellt worden sind und die Wertungentscheidung auf die rechtmäßig zusammengestellten (vgl. II. 2.) und gewichteten (vgl. III. 3.) Auswahlkriterien bezogen ist.

## **IV. Umgang mit Qualitätsvorgaben**

Am 1. Januar 2016 sind verschiedene gesetzliche Änderungen im SGB V und KHG in Kraft getreten. Gesetzgeberisches Leitmotiv dieser Gesetzesreform war „Qualität als Grundlage für eine künftige Krankenhausversor-

---

28 BVerfG, NJW 2004, 1648 (1649 f.).