



Dr. Siegfried Broß

**Dr. h.c. Universitas Islam Indonesia – Yogyakarta –
Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.
Honorarprofessor an der Universität Freiburg im
Breisgau Ehrenvorsitzender der Juristischen
Studiengesellschaft Karlsruhe und der Deutschen
Sektion der Internationalen
Juristenkommission e.V.**

Quelle: Bundesverfassungsgericht

Vortrag beim Interessenverband kommunaler Krankenhäuser in Berlin am 12. Juni 2012

Privatisierung öffentlicher Infrastruktur der Daseinsvorsorge aus rechtspolitischer und verfassungsrechtlicher Sicht – unter besonderer Berücksichtigung der Privatisierung öffentlicher Krankenhäuser

I. Einführung

Das Thema kann angemessen und sachgerecht nur in einem größeren Zusammenhang behandelt werden. Es wäre völlig verfehlt, sofort und nur beschränkt auf die Privatisierung öffentlicher Krankenhäuser die damit zusammenhängenden rechtspolitischen und verfassungsrechtlichen Fragen zu behandeln. Die Problematik ist in einen umfassenden Prozess eingebettet, dessen Hintergründe und umfassenden Auswirkungen ermittelt werden müssen, damit eine wirkungsvolle Gegenstrategie entwickelt und eine ernsthafte Lobbyarbeit betrieben werden können.

- 1.** In einem ersten Schritt ging es vor etwa 15 bis 20 Jahren um den "schlanken Staat" und um Bürokratieabbau, Verwaltungsinnovation und Steigerung der Verwaltungseffizienz. Die ursprüngliche Zielrichtung Evaluierung und Effektivierung des Binnenbereichs war zu begrüßen; denn über Jahrzehnte hatten sich in den Verwaltungsabläufen Gewohnheiten und Strukturen herausgebildet, deren Sachgerechtigkeit nicht ohne weiteres ins Auge sprang. Diese Entwicklung war vor allem auch durch die aufkommende neue Informationstechnologie angestoßen worden. Zudem war infolge einer auch von der gemeinschaftsrechtlichen Ebene her beförderten Regulierungsflut eine Überprüfung bestehender Vorschriften und der davon beeinflussten Verwaltungsabläufe und Verwaltungsstrukturen unausweichlich.
- 2.** Diese Entwicklung wurde teilweise "flankiert" von einer – man könnte sie als Erfindung bezeichnen – neuen Theorie des "Gewährleistungsstaates", einem Rechts- und Staatsverständnis, das zunehmend von einer eigenständigen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben absieht und sich stattdessen lediglich auf Vorkehrungen zur Sicherung der Verfolgung und Erreichung der gemeinwohlorientierten Ziele im Zusammenwirken mit Privaten oder allein durch Private beschränkt.

Diese Entwicklung verlief lange Zeit weitgehend unbehelligt von dem größten Teil der Wissenschaft und der Medien – gleichsam durch ein Tabu geschützt –; sie beherrschte die Politik national, auf der EU- Ebene, von IWF, Weltbank und WTO, ohne dass man sich auch nur im geringsten der Mühe unterzogen hätte, deren Sachgerechtigkeit und die "Gewährleistung" von Stabilität für Gesellschaften und Staaten sowie global und regional für den Weltfrieden zu hinterfragen, weil Gesellschaften nicht stabilisiert werden können oder sogar stabile ins Rutschen geraten.

Galt es etwas zu beklagen, waren Ursachen und Verantwortliche schnell identifiziert, so die Globalisierung, die Märkte wie auch – was die Beschäftigungslage im Besonderen betrifft – die unter der Entwicklung leidenden Menschen selbst, weil sie nicht qualifiziert oder nicht mobil seien. Was etwa die Forderung nach Mobilität der Arbeit suchenden Menschen betrifft, wird deren Menschen- und Familienfeindlichkeit ausgeblendet, ganz abgesehen davon, dass z.B. die EU auch insoweit in nicht auflösbare Wertungswidersprüche gerät, wenn Kindern ein oder beide Elternteile entzogen und Familien zerrissen sowie kulturelle Bindungen zerstört werden. Die Initiierung dieser Entwicklung beruht auf einem grundlegenden Irrtum: Der Markt vermag nichts entsprechend dem Rechtsstaats-, Sozialstaats- und Demokratieprinzip zu richten. Die Menschen und gerade die im Markt Agierenden und Herrschenden sind nur selten und ausnahmsweise am Gemeinwohl, sondern weit überwiegend ausschließlich an ihrem eigenen Vorteil orientiert. Gerade die verheerende Banken- und Finanzmarktkrise hat gezeigt, dass im Gefolge dieser Entwicklung weltweit eine Funktionselite herangewachsen ist, die von allem nur den Preis sowie den eigenen Vorteil und von nichts den Wert kennt.

3. Diese Entwicklung war der Ausgangspunkt für die Privatisierung von vielen Bereichen der Daseinsvorsorge. So kam es zu den Reformen von Bahn und Post wie auch zu Privatisierung von Energieversorgungsunternehmen und anderen Unternehmen des staatlichen Infrastrukturbereichs (z.B. Müllbeseitigung, Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, öffentlicher Nahverkehr und eben auch Krankenhäuser). Diese Entwicklung ist noch nicht abgeschlossen und hat inzwischen Teile des Strafvollzugs, des Maßregelvollzugs und etwa psychiatrische Landeskrankenhäuser erreicht, also Einrichtungen, in denen zwangsweise staatliche Gewalt ausgeübt wird.

II. Einzelfragen

1. Rechtspolitische Gesichtspunkte

- a) Unter rechtspolitischen Gesichtspunkten sind verschiedene Anmerkungen angezeigt. Zunächst ist die Sachgerechtigkeit, staatliche Monopole durch private Monopole oder Oligopole sowie äquivalente Strukturen (z.B. Kartelle) zu ersetzen, nicht zu erkennen. Des Weiteren belegen nicht wenige fehlgeschlagene Privatisierungen öffentlicher Infrastruktur (aus dem "Musterland" für diese Entwicklung sind der marode Zustand der Britischen Eisenbahnen wie auch der Black out bei der Londoner U-Bahn nur eineinhalb Jahre nach der Privatisierung der Energieversorgung zu nennen), dass die Funktionsfähigkeit sowie die Funktionstüchtigkeit der vormals öffentlichen Infrastrukturbereiche und damit die Versorgungssicherheit der Menschen nicht gesteigert wird, vielmehr wird vieles reichlich unsicher und abgesehen vom Telefon teurer, wobei auch dieses wegen der früheren Quersubventionierung kein Positivbeispiel ist.

Die Entwicklung beginnt unter rechtsstaatlich demokratischen Gesichtspunkten damit, dass diese Bereiche beliebig privater Disposition überantwortet werden. Es wird ein "Spielfeld" für intransparente Finanzakteure, Ratingagenturen und Analysten eröffnet, denen der Staat nichts wirksam entgegenzusetzen vermag. Sie bestimmen auch die Standortbedingungen für Deutschland und damit die Richtlinien der Wirtschaftspolitik. Zu Ende gedacht würde das in Bezug auf Krankenhäuser und andere der Behandlung von gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Menschen dienende Einrichtungen bedeuten, dass über die Kreditbedingungen und die Beurteilung des Unternehmenswertes die Güte der Versorgung von solchen Kräften gesteuert werden kann.

Der Verweis auf staatliche Regulierungsbehörden verschlägt nicht. Wir erfahren nahezu tagtäglich, dass eine solche wirksame Überwachung auch mit noch so aufgeblähten Apparaten nicht zu schaffen ist.

- b)** Was die Frage der Entlastung der öffentlichen Haushalte betrifft, haben inzwischen vor allem die Kommunen die schmerzliche Erfahrung gemacht, dass bei nüchterner Betrachtung davon häufig nicht die Rede sein kann. Vielmehr wurde vieles teurer und in eine volkswirtschaftliche Gesamtrechnung eingestellt werden die durch diese unreflektierten Privatisierungen geschaffenen Probleme noch drastischer. Auf kommunaler Ebene kann man seit einiger Zeit einen Prozess der Rekommunalisierung beobachten, zu dem ich demnächst zusammen mit Herrn Professor Engartner von der Universität Frankfurt am Main in der Zeitschrift Gesellschaft-Wirtschaft-Politik – Sozialwissenschaften für politische Bildung Stellung nehmen werde. Durch die Privatisierungen öffentlicher Infrastruktur – ohne die Privatisierungen der Treuhand im übrigen – wurde auf allen staatlichen Ebenen vermutlich mehreren 100.000 Arbeitsverhältnissen – ich bin bei meinen Berechnungen bisher unwidersprochen auf etwa 1, 2 Mio. gekommen – die reguläre Grundlage entzogen. Nicht von ungefähr spricht man seit Einsetzen der Privatisierungen in großem Stil vor etwa 20 Jahren verstärkt von Mindestlöhnen, Minijobs, Leiharbeit, Scheinselbständigkeit und ausufernder Schattenwirtschaft. Inzwischen sind die prekären Arbeitsverhältnisse im Zuge der Gesamtentwicklung auf über 7 Millionen angewachsen, was verheerende Folgen für die Sozial- und Steuerkassen hat. Der Staat verliert also nicht nur Einnahmen, sondern er muss aus dem schmaler gewordenen Topf die aufgeblähten Regulierungsbehörden unterhalten und aktuell schon erhebliche soziale Ausgaben tätigen, wobei im Alter für die jetzt in prekären Arbeitsverhältnissen stehenden Menschen noch viel größere Ausgaben auf die Allgemeinheit zukommen. Schließlich muss der Staat auch in den privatisierten Bereichen die Unternehmen "bei Laune halten", man denke nur an die jahrelange Diskussion um die Reform der Unternehmenssteuern.

2. Insgesamt muss man sich schon wundern, wenn wir an diesem Punkt zum Eingang zurückkehren, was der Aufbau großer Regulierungsbehörden anstelle der vormals tätigen "gewährenden Behörden" mit dem so viel gepriesenen "schlanken Staat" zu tun hat, ganz abgesehen davon, dass die Gewährleistung für die Menschen nach Privatisierung nicht mehr im bisherigen Umfang bejaht werden kann.

II. Verfassungspolitische und Verfassungsrechtsfragen

1. Verfassungspolitische Fragen

- a)** Wenn sich der Staat fortwährend der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dadurch entzieht, dass er substantielle Teile von sich privatisiert und letztlich ungebunden durch private Dritte erfüllen lässt, dann sehe ich das Problem, dass der Staat seine Macht zur Selbstdefinition infrage stellen könnte. Wofür steht er noch, wenn er sich selbst eines großen Teils seiner Substanz begibt? Bei der Privatisierung öffentlicher Einrichtungen in großem Umfang wurde übersehen, dass sich das Problem der Identifizierung der Menschen mit dem Staat stellt. Er wird für sie fortwährend anonymer und die Entfremdung zwischen dem Staat und den Menschen nimmt zu. Das wird auf der kommunalen Ebene, zu der auch die Versorgung der Menschen im Krankheitsfall durch kommunale Krankenhäuser gehört, besonders sinnfällig; denn traditionell ist der Umfang der Bürgerbeteiligung in der Bundesrepublik Deutschland auf der kommunalen Ebene besonders ausgeprägt, wenn man an Bürgerbegehren und Bürgerentscheide denkt, etwa im Zusammenhang mit der Bauleitplanung, der Schulorganisation, der Einrichtung von Kindertagesstätten, aber auch kommunalen Krankenhäusern. Nicht von ungefähr nimmt die Bürgerbeteiligung über die Länder-bis zur Bundesebene ab (Bürgerbeteiligung ist auf der Bundesebene nur noch vorgesehen in den Fällen der Art. 29 und Art. 146 GG).

- b)** Ein weiterer Gesichtspunkt wird in diesem Zusammenhang übersehen und darin ist angelegt, dass die Privatisierung staatlicher Krankenhäuser, vor allem der kommunalen – wie auch der Landesebene – von einer fundamentalen Fehlvorstellung ausgeht (das gilt übrigens auch für Privatisierungen von psychiatrischen Einrichtungen und solchen der Justiz). Die Versorgung von Menschen im Krankheitsfall oder in anderen Notlagen wie auch allgemein im Bereich der Justiz ist eine elementare Ausprägung des Sozialstaatsprinzips des Art. 20 Abs. 1 in Verbindung mit der Würde des Menschen gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG. Es ist unschwer zu erkennen, dass damit per definitionem ökonomische Maßstäbe, Wettbewerbsdenken und dgl. sowie das Überlassen an das freie Spiel der Kräfte von vornherein verfehlt sind. Der Mensch entzieht sich aufgrund der ihm eigenen unantastbaren Würde der Bemessung in Euro und Cent. Das Sozialstaatsprinzip – wie auch das Rechtsstaatsprinzip – sind Werte an sich und unterliegen nicht einem Kosten-Nutzendenken und so man diese Grundvoraussetzung verkennt, wird auch das Demokratieprinzip verfehlt. Nicht von ungefähr lautete das Schlagwort Mitte der 60er Jahre des vorigen Jahrhunderts "keine Flucht des Staates in das Privatrecht, damit er sich nicht der Grundrechtsbindung entziehen kann".

2. Verfassungsrechtliche Fragen

Auf der verfassungsrechtlichen Ebene ist das Thema zunächst in die Staatsstrukturprinzipien der Verfassung des Art. 20 GG – das ist sozusagen der verfassungsrechtliche Body-Maß-Index in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG für das Thema - anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einzuordnen und dann ist speziell vor diesem gesamten Hintergrund auf die Problematik der kommunalen Krankenhäuser einzugehen, weil dann erst die gesamten Dimensionen der Problematik zu überschauen sind.

- a)** Grundlegend sind zunächst solche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die sich mit der Wirtschaftsordnung in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigen. Zentral ist hier die Entscheidung im Streit um die Mitbestimmung (BVerfGE 50, 290 <336 – 338>). Dort hat das Bundesverfassungsgericht unter anderem 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 bestehe 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. Für den Bereich der Daseinsvorsorge im Besonderen, zu denen z.B. auch die Krankenversorgung zu rechnen ist, hat das Bundesverfassungsgericht die Menschenwürde in den Mittelpunkt seiner Betrachtung gestellt (BVerfGE 66, 248 <258> – dort für die Energieversorgung; s.a. BVerfGE 38, 258 <270 f.> und 45, 63 <78 f.>).
- b)** Mit dem Sozialstaatsprinzip hat sich das Bundesverfassungsgericht schon zu Beginn seiner Rechtsprechung befasst und seine Bedeutung für die Gesellschaft und deren Stabilität erkannt. So hat es in BVerfGE 1, 97 <105> befunden, 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. Diese Gedanken führt es grundlegend in BVerfGE 5, 85 <198> – KPD-Verbotsurteil – weiter: "Wenn als ein leitendes Prinzip aller staatlichen Maßnahmen der Fortschritt zu "sozialer Gerechtigkeit" aufgestellt wird, eine Forderung, die im Grundgesetz mit seiner starken Betonung des "Sozialstaats" noch einen besonderen Akzent erhalten hat, so ist auch das ein der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähiges und bedürftiges Prinzip. Was jeweils praktisch zu geschehen hat wird also in ständiger Auseinandersetzung aller an der Gestaltung des sozialen Lebens beteiligten Menschen und Gruppen ermittelt... Das Gesamtwohl wird eben nicht von vornherein gleichgesetzt mit den Interessen oder Wünschen einer bestimmten Klasse; an- nähernd 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". Die staatliche Ordnung der freiheitlichen Demokratie muss demgemäß systematisch auf die Aufgabe der Anpassung und Verbesserung und des sozialen Kompromisses angelegt sein; sie muss insbesondere Missbräuche der Macht hemmen."

Das Bundesverfassungsgericht misst dem Sozialstaatsprinzip auch in seiner neueren Rechtsprechung große Bedeutung bei. So betont es etwa im Lissabon-Urteil (BVerfGE 123, 186), dass innerhalb der Ordnung des Grundgesetzes jedenfalls die Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 GG, also die Demokratie, die Rechts- und die Sozialstaatlichkeit, die Republik, der Bundesstaat sowie die für die Achtung der Menschenwürde unentbehrliche Substanz elementarer Grundrechte in ihrer prinzipiellen Qualität jeder Änderung entzogen sind (aaO, S. 343). Es ist bedauerlich, dass das Bundesverfassungsgericht aus diesen Einsichten nicht die gebotenen Schlüsse für die Privatisierung staatlicher Einrichtungen zieht. So hat es z.B. in einer Entscheidung vom 18. Januar 2012 (2 BvR 133/10) nicht die Gelegenheit ergriffen, die Problematik zu thematisieren. Die – erfolglose – Verfassungsbeschwerde betraf die Anordnung und Durchführung einer besonderen Sicherungsmaßnahme durch Bedienstete einer mit der Durchführung des Maßregelvollzugs beliehenen privatrechtlich organisierten Kapitalgesellschaft. Es hat zwar den Gesichtspunkt gestreift, dass die Wahrnehmung von Aufgaben durch Berufsbeamte Kosten verursache, die etwa im Fall der Privatisierung wegen dann sich bietender Möglichkeiten der Erledigung der Aufgaben zu Niedriglöhnen vermeidbar wären, aber die damit zusammenhängenden zuvor geschilderten verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Fragen nicht gesehen. Das hängt auch mit der Verschiebung des Menschenbildes in den letzten Jahren zusammen.

- c) Das Menschenbild des Grundgesetzes wurde in den beiden Entscheidungen aus den Anfangsjahren des Bundesverfassungsgerichts, die ihm schon bald und bis heute das weltweite Ansehen "eingetragen" haben, Grund gelegt. Zunächst hat es in BVerfGE 6, 32 <40 f.> – Elfes befunden, dass das Grundgesetz eine wertgebundene Ordnung aufgerichtet hat, die die Eigenständigkeit, die Selbstverantwortlichkeit und die Würde des Menschen in der staatlichen Gemeinschaft sichern soll. Die obersten Prinzipien dieser Wertordnung sind gegen Verfassungsänderungen geschützt. Verfassungsdurchbrechungen sind ausgeschlossen. Hiernach müssen Gesetze u.a. vornehmlich dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und dem Sozialstaatsprinzip entsprechen. Vor allem dürfen die Gesetze die Würde des Menschen nicht verletzen, die im Grundgesetz der oberste Wert ist, aber auch die geistige, politische und wirtschaftliche Freiheit des Menschen nicht so einschränken, dass sie in ihrem Wesensgehalt angetastet würde.

Diese Sicht der Grundstrukturen des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland und des Menschenbildes wird in BVerfGE 7, 198 <205> - Lüth "untermauert". Es wird dort noch einmal betont, dass das Grundgesetz mit seinem Grundrechtsteil eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und dass gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt. Dieses Wertesystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muss als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich im Gefolge der neuen "Strömungen" entgegen den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Konturen das Menschenbild verschoben hat und seine Substanz unter das entwickelte und vom Staat zu gewährleistende Niveau entgegen Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art 1 Abs. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG abgesunken ist. So ist in der realen Arbeitswelt der arbeitende Mensch zum jederzeit austauschbaren "Produktionsmittel" herab gewürdigt, wenn man z.B. an Leiharbeit, Mindestlöhne (und darunter) sowie Ein-Euro-Jobs denkt (welch eine Geringschätzung des arbeitenden Menschen wird hier dokumentiert!).

Dieser Prozess ist schleichend und ergreift über die Wirtschaftsordnung hinaus weitere Lebensbereiche der Gesellschaft und des demokratischen sozialen Rechtsstaats, er wirkt aber durch die Verschiebung des Menschenbildes negativ auf seine Substanz und letztlich seine Stabilität. Diese Entwicklung verdeutlicht z.B. auch die frühere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung aus dem Jahre 2004 (BVerfGE 109,

133 und 190). Vordergründig geht es um die Strafrechtspflege, so hier das rückwirkende Entfallen der Höchstgrenze für die Sicherungsverwahrung sowie die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung nach rechtskräftigem Abschluss eines Strafverfahrens. Der Zusammenhang mit dem Menschenbild besteht darin, dass Freiheitsgewährleistungen schlicht per definitionem unterlaufen und damit nicht nur die Grundrechte institutionell gefährdet werden, sondern auch das objektive Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletzt wird. Hierzu ist auch die Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl zu nennen (BVerfGE 113, 273).

3. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Krankenhausbereich

Vor dem nunmehr herausgearbeiteten Hintergrund ist die Grundlage für eine nüchterne Sicht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Krankenhäusern und für eine möglicherweise wirksame Strategie gegen die Privatisierung kommunaler Krankenhäuser und den Wettbewerb in diesem Bereich bereitet. Zum Abschluss werde ich unter III. noch eine Fondslösung vorstellen, die nicht nur für die kommunalen Krankenhäuser, sondern für alle privatisierten (oder für Privatisierung vorgesehenen) öffentlichen Einrichtungen geeignet ist, den Vorgaben der Verfassung, den Menschen und der Steuerungsfähigkeit des Staates gerecht zu werden.

- a) Zunächst zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zu den Krankenhäusern: Soweit ersichtlich ist für den vorliegenden Zusammenhang erstmals eine Entscheidung des Bundesverfassungsgericht aus dem Jahre 1990 aufschlussreich (BVerfGE 82, 198). Sie dürfte Ihnen allen bekannt sein; denn 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 GG 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, sondern um Wahrnehmung einer zentralen Staatsaufgabe, der Versorgung der Bevölkerung im Krankheitsfall. Von daher war der Hinweis auf Wettbewerb und Markt verfehlt. Vielmehr ging es jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt um die Konturierung des ebenfalls verfassungsrechtlich ab gesicherten Subsidiaritätsprinzips, d.h., dass sich auch private (dazu zählen auch gemeinnützige) Anbieter in diesem Bereich betätigen dürfen. Beim Subsidiaritätsprinzip steht aber 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 solches verbietet.

- b)** Es kommt ein weiterer Gesichtspunkt hinzu. Die Versorgung der Menschen im Krankheitsfall als eminente Staatsaufgabe ist über das Sozialstaatsprinzip und auch das Demokratieprinzip – was generell übersehen wird – ferner geprägt vom Gedanken der Solidargemeinschaft. Ihn hat das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der gesetzlichen Krankenversicherung aufgegriffen, die hinter der Versorgung der Menschen in Krankenhäusern im Regelfall steht und deshalb mit diesen nach einheitlichen Maßstäben zu bewerten ist. Allerdings vermag ich diese Einsicht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zu erkennen. In BVerfGE 102, 68 <89> ist 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 dies 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 Pflege-Versicherungsgesetzes 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.185f.: "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 sozial staatlicher 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 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 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 sind.

- c)** Dieser Widerspruch ist auch in der weiteren Rechtsprechung zu erkennen. So wird in der Entscheidung wegen Behandlung eines Schwerstkranken, wenn einerseits wiederum die solidarische Versorgung im Krankheitsfall als Ausprägung des Sozialstaatsprinzips betont

(BVerfGE 115, 25 <42>) und bestätigt wird, 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). 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."

IV. Fondslösung

Eine sinnvolle Lobbyarbeit und eine möglicherweise wirksame Strategie gegen die Privatisierung kommunaler – wie auch anderer öffentlicher Krankenhäuser – muss deshalb sehr differenziert und umfassend angelegt sein. Sie müssen in den aufgezeigten umfassenden Rahmen mit den vielschichtigen Einflüssen auf die Gesamtentwicklung der Privatisierung öffentlicher Infrastruktur, vor allem solcher der Daseinsvorsorge eingepasst werden. Es müssen zudem Mitspieler gewonnen werden, so in Wissenschaft, Medien und in der Politik.

Zudem sollte offensiv der Ansatz einer Fondslösung verfochten werden, weil dieser zugleich das Problem einer ungesicherten Altersversorgung entschärfen kann. Die Stützung der Banken – materiell eine Teilverstaatlichung – im Zuge der Euro-Krise ist hierfür auch ein stichhaltiges Argument.

Anstatt die Substanz der Infrastruktur zu privatisieren und damit die staatlichen Einwirkungsmöglichkeiten weitestgehend auszuschließen, sollte nur in abhängiger Form der Betrieb allenfalls privatisiert werden. So kann der Staat die Fernstraßen auch selbst mit den Mauteinnahmen finanzieren und die Gemeinden ihre Einrichtungen mit den Gebühren ohne jedwelche Abhängigkeit. An diesen Fonds sind Anteilsscheine an die Bevölkerung zum Erwerb in einem bestimmten Nennwert und mit einer garantierten Verzinsung auszugeben. Damit hat man zugleich die werthaltigen dauerhaften Anlageobjekte für eine private Altersversorgung, die auch für die Versicherungen attraktiv sind; denn diese waren auch schon Opfer 2000 beim Platzen der new economy und wissen aktuell nicht mehr, wie sie die Beiträge sicher anlegen sollen. Nicht umsonst fällt der Garantiezins.

Auf Griechenland übertragen, hätte man statt der „Preisgabeprivatisierung“ mit der absehbaren Abwärtsspirale die Menschen patriotisch ansprechen und damit auch die Kapitalflucht zumindest eindämmen können.

Auch für Fukushima hätten die exorbitanten Kosten über die Aktivierung der Sparvermögen und Bildung der privaten Altersvorsorge über einen Fonds für den Staatshaushalt wegen des Zuflusses von Geld über die Anteilsscheine abgemildert werden können.

Zur Person

Siegfried Broß war von 1998 bis November 2010 Richter am Bundesverfassungsgericht. Er war zuständig für Verfahren mit europarechtlichem Schwerpunkt, Untersuchungshaftsachen sowie Verfahren aus dem Ordnungswidrigkeiten- und dem Wohnungseigentumsrecht. In dieser Zeit verschob er die Entscheidung über die Klage des CSU-Abgeordneten Peter Gauweiler gegen den EU-Reformvertrag. Siegfried Broß ist seit 2002 Honorarprofessor an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg. 2009 wurde ihm die Ehrendoktorwürde der Universitas Islam Indonesia in Yogyakarta verliehen.