

Rechtswissenschaftliches Gutachten

**Verfassungs- und europarechtliche Grenzen
verschärfter und neuer Verbote und
Beschränkungen betreffend die Träger- und
Inhaberstrukturen von Medizinischen
Versorgungszentren (MVZ)**

Erstattet von Professor Dr. iur. Martin Burgi,
Ordinarius für Öffentliches Recht und Europarecht
an der Juristischen Fakultät der Ludwig-
Maximilians-Universität, München

im Auftrag des Bundesverbands der Betreiber
medizinischer Versorgungszentren (BBMV) e.V.

**Verfassungs- und europarechtliche Grenzen
verschärfter und neuer
Verbote und Beschränkungen
betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen
von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ)**

Rechtswissenschaftliches Gutachten

Erstattet von

Professor Dr. iur. Martin Burgi

Ordinarius für Öffentliches Recht und Europarecht

an der Juristischen Fakultät der

Ludwig-Maximilians-Universität, München

im Auftrag des

Bundesverbands der Betreiber medizinischer Versorgungszentren e.V. (BBMV)

15. Mai 2023

Prof. Dr. iur. Martin Burgi

**Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht,
Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht
an der Ludwig-Maximilians-Universität München.**



Prof. Dr. iur. Martin Burgi war Vorsitzender der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und ist Autor zahlreicher Bücher und Aufsätze. Gastprofessuren führten ihn u.a. nach Washington D.C., London und zuletzt Madrid. Als Sachverständiger, Gutachter und Prozessvertreter ist er im Auftrag staatlicher wie privater Akteure tätig.

Zusammenfassung

1. In diesem Gutachten werden aktuelle rechtspolitische Vorschläge untersucht, die bestehende Verbote und Beschränkungen verschärfen wollen bzw. neue Verbote und Beschränkungen vor allem im Hinblick auf die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ) enthalten. Besonders betroffen hiervon wären MVZ in der Trägerschaft von Krankenhäusern, deren Inhaber (wirtschaftliche Eigentümer) nichtärztliche private Kapitalgeber sind (näpkMVZ). Die seit 2004 bestehende Versorgungsform des MVZ besitzt unbestrittenermaßen eine Reihe von Vorzügen, insbesondere auch aus der Sicht der Patientinnen und Patienten sowie der dort Mitarbeitenden. Mehrere dieser Vorzüge können in einem näpkMVZ noch einmal gesteigert sein.

2. Verfassungsrechtliche Grenzen ergeben sich aus verschiedenen Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes (GG) und der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 des AEU-Vertrages (AEUV). Mindestens zwei Verbotsvorschläge enthalten objektive Berufszugangsregelungen, für die besonders hohe Rechtfertigungsanforderungen gelten. Angesichts bereits bestehender erheblicher Versorgungslücken und einer wachsenden Unterversorgung in immer mehr Regionen muss überdies die verfassungsrechtlich verankerte Verantwortung des Staates für eine qualitativ hochwertige und flächendeckende Gesundheitsversorgung im Blick behalten werden.

3. Unmittelbarer Gegenstand der Untersuchung sind die in einem Positionspapier der Bundesärztekammer vom 9.1.2023 zusammengestellten Verbots- bzw. Beschränkungsansätze und die teilweise übereinstimmenden, teilweise weiterreichenden

oder auch zurückbleibenden Verbots- und Beschränkungsansätze aus einem gegenwärtig vorbereiteten Entschließungsantrag des Bundesrates. Von diesen Vorschlägen wären deutlich über 2.000 MVZ und über 10.000 Ärztinnen und Ärzte negativ betroffen. Im Koalitionsvertrag der die gegenwärtige Bundesregierung tragenden Parteien aus Dezember 2021 fehlen dahingehende Pläne. Im Gegenteil wird dort das Ziel der Stärkung sektorenübergreifender Ansätze sowie die Notwendigkeit eines Ausbaus multiprofessioneller, integrierter Gesundheitszentren betont.

4. Im Kern der Untersuchung steht die Frage, ob Zusammenhänge zwischen dem Wohl der Patienten bzw. einer qualitativ hochwertigen, flächendeckenden und finanzierbaren Versorgung einerseits und bestimmten MVZ-Trägern (insbesondere in ärztlichem Eigenbesitz oder in der Hand externer Kapitalgeber) andererseits bestehen. Die Bundesregierung hatte noch im Januar 2023 erklärt, dass ihr „keine ausreichenden Erkenntnisse zur Beantwortung dieser Frage“ vorliegen.

5. Seit der Einführung einer Teilnahme von MVZ an der vertragsärztlichen Versorgung im Jahr 2004 bewegen sich diese innerhalb eines intensiven, aus zahlreichen Verboten und Beschränkungen bestehenden Rechtsrahmens, sowohl bei der Zulassung (und insbesondere betreffend die Gründungsberechtigung) als auch beim Betrieb. Hinsichtlich sämtlicher Rechtsfragen im Außenverhältnis zu Patienten und zu den gesetzlichen Krankenkassen bestehen keine Privilegierungen gegenüber der Leistungserbringung durch niedergelassene Vertragsärzte. Höhe und Struktur der vertragsärztlichen Vergütung sind bis ins kleinste

Detail durch Regelungen auf sämtlichen rechtlichen Ebenen determiniert und durch die Träger nicht beeinflussbar.

6. Verfassungs- und europarechtliche Schutznormen bestehen zunächst zugunsten der MVZ-Trägerunternehmen. Diese sind grundsätzlich geschützt durch das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG, durch den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG und durch die Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG. Sodann darf der Grundrechtsschutz der angestellten Ärztinnen und Ärzte in einem MVZ sowie der Schutz der an einer Verwertung ihrer Praxis interessierten Vertragsärzte nicht außer Acht bleiben. Die Patienten können in ihrem Grundrecht auf freie Arztwahl beeinträchtigt sein. All dies führt dazu, dass sämtliche Verbote und Beschränkungen verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden müssen. Entsprechendes gilt für Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV.

7. Im Mittelpunkt der Rechtfertigungsprüfung steht jeweils das Bestehen hinreichend gewichtiger Gemeinwohlbelange und die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Aus diesem ergeben sich nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erhöhte Anforderungen, wenn mehrere wissenschaftliche Studien vorliegen sowie bei Wiedereinführung einer verbotenden bzw. beschränkenden Regelung. Der EuGH verlangt von Verboten und Beschränkungen, dass diese „in kohärenter und systematischer Weise“ erfolgen müssen und seine Kontrolldichte ist umso höher, je intensiver die zu beurteilende mitgliedstaatliche Maßnahme belastend auf die Niederlassungsfreiheit wirkt.

8. Nicht grundsätzlich verfassungs- bzw. europarechtlich zu beanstanden, sondern (teilweise) nach noch notwendigen Präzisierungen

bzw. Modifikationen statthaft wäre ein Verbot der sog. Konzeptbewerbung im Nachbesetzungsverfahren und (u.U.) ein Verbot der weiteren Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung bei fehlender Gewährleistung ärztlicher Entscheidungsfreiheit sowie die Überprüfung der Versorgungsaufträge hinsichtlich der Kernleistungen. Auch (innerhalb eines bestimmten Rahmens) verschärfte Transparenzvorgaben wären grundsätzlich möglich.

9. Die folgenden *Verbotsvorschläge* stießen hingegen an unüberwindbare verfassungs- bzw. europarechtliche Grenzen:

- Ein Verbot von MVZ ohne örtlichen (und fachlichen) Bezug zu einer Klinik
- Ein Verbot von fachgleichen MVZ
- Ein Verbot von MVZ bei Überschreitung bestimmter Marktanteile
- Ein Verbot von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen
- Ein Verbot des Arztstellenerwerbs im Wege des Zulassungsverzichts im Nachbesetzungsverfahren
- Die rückwirkende Geltung insbesondere der intensivsten Verbote.

10. Ferner ließen sich die folgenden *Beschränkungsvorschläge* aus verfassungs- bzw. europarechtlichen Gründen nicht realisieren:

- Eine Unterstellung des MVZ-Trägers unter die Disziplinargewalt der Kassenärztlichen Vereinigung
- Mehrere der bislang vorgeschlagenen Beschränkungen betreffend die Ausgestaltung der Rechtsstellung des ärztlichen Leiters in einem MVZ.

Gliederung

ZUSAMMENFASSUNG	3
GLIEDERUNG	6
VORWORT	11
TEIL 1: UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND, AUSGANGSLAGE UND KONTEXT	12
A. Politische Verlautbarungen und Positionspapiere	12
I. Spektrum	12
1. Bundesministerium für Gesundheit (BGM) und sog. Ladurner-Gutachten	12
2. Aus dem Bereich der Kassenärztlichen Vereinigungen (mit IGES-Gutachten und Gutachten Sodan)	13
3. Verlautbarungen aus dem Bereich der Gesetzlichen Krankenkassen	14
4. Verlautbarungen der Auftraggeberin	15
II. Positionspapier der Bundesärztekammer: Relevanz und Begründungen	15
III. Entschließungsantrag des Bundesrates	16
B. Skizze des bestehenden Rechtsrahmens	16
I. Entwicklung (soweit relevant)	16
1. Bis 2004: MVZ keine vertrags-arztrechtliche Kategorie	16
2. 2004 – 2012: Ermöglichung des MVZ als weitere Form für die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung (insbesondere GKV-Modernisierungsgesetz)	17
3. 2012 – 2019: Verbote betreffend Gründungs-berechtigung, Rechtsform und Zulassung (u.a. GKV-Versorgungsstrukturgesetz)	17
4. 2019 bis heute: Weitere Einschränkungen (Terminservice- und Versorgungsstärkungsgesetz)	19
5. Bilanz	19
II. Rechtsrahmen der Zulassung	19
1. Betreffend die Gründungsberechtigung	19
2. Statthafte Rechtsformen der Trägergesellschaft	20
3. Weitere relevante Aspekte betreffend die Zulassung	21
a) Bedarfsplanungsrecht	21
b) Rechtsfolge: Versorgungsauftrag	21
c) Entziehung der Zulassung	21
III. Rechtsrahmen des Betriebs	22
1. Ärztlicher Leiter	22
2. Weitere Ärzte	22
3. Außenverhältnis	23
C. Anerkannte Vorzüge von MVZ	23
1. Im Allgemeinen	24
2. Spezifische Vorzüge von näpkMVZ	25
D. Rechtspolitische Kontexte	25
TEIL 2: RELEVANTE ANFORDERUNGEN DES VERFASSUNGS- UND DES EUROPARECHTS	27
A. Verfassungs- und europarechtliche Schutznormen	27
I. Grundrechte des Grundgesetzes	27

1.	Grundrechte der Trägerunternehmen	27
a)	Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	27
b)	Relevanz des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG	28
c)	Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG	29
2.	Grundrechtsschutz der angestellten Ärzte im MVZ	30
3.	Grundrechte der verwertungsinteressierten Vertragsärzte	30
4.	Grundrechte der Patientinnen und Patienten	31
II.	Grundfreiheiten des AEUV	31
B.	Anforderungen an den rechtfertigenden Gemeinwohlbelang je Rechtfertigungsgrundlage	32
I.	Anforderungen an Eingriffe in Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 u. 2 Abs. 1 GG	32
1.	Berufsausübungs- und Berufswahlregelungen	32
2.	Potenzielle Gemeinwohlbelange	33
3.	Verhältnismäßigkeit	34
4.	Spezifische Umstände bei den anderen Grundrechten	34
5.	Rechtsstaatlicher Vertrauensschutz	34
II.	Anforderungen an Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit	34
C.	Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit	35
I.	Geeignetheit	35
1.	Anforderungen unter dem Grundgesetz	35
a)	Maßstab	35
b)	Reichweite des gesetzgeberischen Spielraums im Allgemeinen	36
c)	Relevanz vorhandener Studien	36
d)	Besondere Anforderungen bei Wiedereinführung einer verbotenden bzw. beschränkenden Regelung	37
2.	Anforderungen unter dem AEUV	38
II.	Erforderlichkeit	38
1.	Anforderungen unter dem Grundgesetz	38
2.	Anforderungen unter dem AEUV	39
III.	Angemessenheit	39
1.	Maßstäbe und Einschätzungsspielraum	39
2.	Relevanz der staatlichen Versorgungsverantwortung in der Gesamtabwägung	40
a)	Blick auf die Versorgungssituation	40
b)	Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich verankerten staatlichen Versorgungsverantwortung	42
	TEIL 3: BEWERTUNG AKTUELLER RECHTSPOLITISCHER VORSCHLÄGE	43
A.	Strukturierung	43
I.	Verbote und Beschränkungen	43
II.	Potenzielle Gemeinwohlbelange	43
B.	Verbote	43
I.	Verbot von MVZ ohne örtlichen (und fachlichen) Bezug zu einer Klinik	43
1.	Beschreibung des Verbotsvorschlags und seiner Begründung	43
2.	Hinreichendes Gewicht der reklamierten Gemeinwohlbelange?	44
a)	Qualifizierung als objektive Berufszugangsregelung	45
aa)	Träger eines eigenständigen (d.h. klinikunabhängigen) MVZ als Beruf	45
bb)	Verbot als objektive Berufszugangsregelung	45

b)	Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts vor nachweisbaren oder höchstwahrscheinlich schweren Gefahren?	46
c)	Hilfsweise: Falls Qualifizierung als subjektive Berufszugangsregelung	47
3.	Hilfsweise: Verhältnismäßigkeit?	48
a)	Geeignetheit	48
b)	Erforderlichkeit	49
c)	Angemessenheit	49
4.	Zwischenergebnis	50
II.	Verbot von fachgleichen MVZ	50
1.	Beschreibung des Verbotsvorschlags und seiner Begründung	50
2.	Hinreichendes Gewicht der reklamierten Gemeinwohlbelange?	51
a)	Qualifizierung als subjektive Berufszugangsregelung	51
b)	Mindestens Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts?	51
3.	Hilfsweise: Verhältnismäßigkeit?	51
a)	Geeignetheit	52
b)	Erforderlichkeit	52
c)	Angemessenheit	52
4.	Zwischenergebnis	53
III.	Verbot von MVZ bei Überschreitung bestimmter Marktanteile	53
1.	Beschreibung des Verbotsvorschlags und seiner Begründung	53
2.	Hinreichendes Gewicht der reklamierten Gemeinwohlbelange?	54
a)	Qualifizierung als objektive Berufszugangsregelung	54
b)	Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts von nachweisbaren oder höchstwahrscheinlich schweren Gefahren?	54
3.	Hilfsweise: Verhältnismäßigkeit?	55
a)	Geeignetheit	55
b)	Erforderlichkeit	55
c)	Angemessenheit	55
4.	Zwischenergebnis	56
IV.	Verbot von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen	56
1.	Beschreibung des Verbotsvorschlags und seiner Begründung	56
2.	Hinreichendes Gewicht der reklamierten Gemeinwohlbelange?	56
a)	Qualifizierung als subjektive Berufszugangsregelung und als besonders massiver Eingriff in die Niederlassungsfreiheit	56
b)	Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts?	56
3.	Hilfsweise: Verhältnismäßigkeit?	57
a)	Geeignetheit	57
b)	Erforderlichkeit	57
c)	Angemessenheit	58
4.	Zwischenergebnis	58
V.	Verbote betreffend das Nachbesetzungsverfahren	59
1.	Verbot der Konzeptbewerbung	59
2.	Verbot des Arztstellenerwerbs im Wege des Zulassungsverzichts	59
a)	Beschreibung des Verbotsvorschlags und seiner Begründung	59
b)	Hinreichende Gründe des Gemeinwohls?	60
c)	Verhältnismäßigkeit?	60
3.	Zwischenergebnis	61
VI.	Hilfsweise: Rückwirkende Geltung der Verbotsregelungen	61

1.	Beschreibung des Vorschlags und seiner Begründung	61
2.	Verfassungsrechtliche Bewertung	62
a)	Maßstäbe	62
b)	Bewertung	63
3.	Zwischenergebnis	63
VII.	Verbot der weiteren Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung bei fehlender Gewährleistung ärztlicher Entscheidungsfreiheit	63
1.	Beschreibung des Verbotsvorschlags und seiner Begründung	63
2.	Bewertung	64
3.	Zwischenergebnis	65
C.	Beschränkungen	65
I.	Überprüfung der Versorgungsaufträge hinsichtlich der Kernleistungen	65
1.	Beschreibung des Beschränkungs-vorschlags und seiner Begründung	65
2.	Bewertung	66
3.	Zwischenergebnis	67
II.	Unterstellung des MVZ-Trägers unter die Disziplinargewalt der Kassenärztlichen Vereinigung	67
1.	Beschreibung des Verbotsvorschlags	67
2.	Bewertung	67
3.	Zwischenergebnis	68
III.	Verschärfte Transparenzvorgaben	69
1.	Beschreibung des Beschränkungs- bzw. Verbotsvorschlags und seiner Begründung	69
2.	Bewertung	69
3.	Zwischenergebnis	71
IV.	Beschränkungen betreffend die Ausgestaltung der Rechtsstellung des ärztlichen Leiters	71
1.	Beschreibung der Beschränkungs-vorschläge und ihrer Begründung	71
2.	Bewertung	72
3.	Zwischenergebnis	73

Vorwort

Die nachfolgend untersuchten rechtspolitischen Vorschläge zur nochmaligen Verschärfung bestehender Verbote und Beschränkungen bzw. zur Einführung neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von MVZ zielen auf MVZ in der Trägerschaft von Krankenhäusern, deren Inhaber (wirtschaftliche Eigentümer) folglich nichtärztliche Kapitalgeber sind. Unter diesen befinden sich durchaus Personen, die im Inland oder auch im EU-Ausland ihrerseits als Vertragsärzte tätig sind.

Zum Stand Ende 2021 gab es in Deutschland über 4.000 MVZ. Davon befanden sich 44 % in der Trägerschaft von Ärzten und 42 % in der Trägerschaft von Krankenhäusern. Innerhalb dieser

Ausweislich der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU vom 9.1.2023¹ belief sich Ende 2021 der Anteil dieser MVZ an allen MVZ auf ca. 27 %. Bezogen auf sonstige Arztstellen in der ambulanten Versorgung wird der Anteil der in näpkMVZ befindlichen Arztstellen auf max. 2 % geschätzt.² Blickt man auf die insgesamt an der vertragsärztlichen Versorgung beteiligten Ärztinnen und Ärzte, so sind ca. 14 % in einem MVZ tätig.³ Gegenüber dem Jahr 2016 ist die Zahl der Ärztinnen und Ärzte in MVZ von rund 16.000 auf rund 26.000 gestiegen. Davon arbeiten (bezogen auf alle MVZ, also auch diejenigen in ärztlicher Trägerschaft) 93 % als Angestellte.⁴

Gruppe gibt es wiederum MVZ mit nichtärztlichen Kapitalgebern als Teile der öffentlichen Hand (z.B. über ein kommunales Krankenhaus) oder als gemeinnützige Krankenhausträger. Sie bleiben nachfolgend außen vor, da sie auch nicht die eigentliche Zielgruppe der untersuchten politischen Vorstöße bilden. Diese richten sich vielmehr gegen die ganz oder teilweise in der Inhaberschaft von Privaten liegenden Krankenhaus-MVZ bzw. auf MVZ in den Händen anderer privater Träger, die bis 2012 statthaft waren (vgl. noch Teil 1 B I 2). Zusammenfassend wird für diese Gruppe von MVZ der Einfachheit halber die Abkürzung „näpkMVZ“ verwendet.

Durchgehend inadäquat, jedenfalls nicht wissenschaftlichen Standards entsprechend und daher zu unterlassen sind pejorative Begriffe wie „Heuschrecken“, übrigens auch deshalb, weil das Geld nicht weniger niedergelassener Vertragsärzte über ihre Versorgungswerke u.a. in näpkMVZ angelegt sein kann.⁵ Sachlich nicht zutreffend ist die Titulierung lediglich jener Gruppe als Investoren-MVZ (oder auch iMVZ), da jedes MVZ und jeder niedergelassene Vertragsarzt in erheblichem Umfang Eigenkapital in sein Gesundheitsunternehmen (was jede Praxis eben auch ist) stecken muss.⁶

1 BT-Drs. 20/5166, S. 2.

2 Neubauer etc., Darstellung und Bewertung der ambulant-ärztlichen Versorgung in Deutschland durch Medizinische Versorgungszentren mit Kapitalbeteiligung, 2020, S. 65.

3 Alle Zahlen nach Kassenärztlicher Bundesvereinigung (KBV). Medizinische Versorgungszentren aktuell. Statistische Information zum Stichtag 31.12.2021 (Website der KBV).

4 Zahlen nach dem Positionspapier der Bundesärztekammer zum „Regelungsbedarf für Medizinische Versorgungszentren zur

Begrenzung der Übernahme von MVZ durch fachfremde Finanzinvestoren“ (nachfolgend BÄK-Positionspapier), S. 2.

5 Wie man dem sog. Ladurner-Gutachten (dazu sogleich Teil 1 A I 1), S. 11 in Fn. 11, entnehmen kann.

6 Das Bundesgesundheitsministerium (siehe Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU vom 9.1.2023, BT-Drs. 20/5166, S. 1) verwendet bislang die Abkürzung „investorengetragene MVZ (iMVZ)“.

Teil 1: Untersuchungsgegenstand, Ausgangslage und Kontext

A. Politische Verlautbarungen und

Positionspapiere

I. Spektrum

1. Bundesministerium für Gesundheit (BGM) und sog. Ladurner-Gutachten

Der Stand der politischen Überlegungen auf Ebene des BGM kann gut nachvollzogen werden anhand eines Berichts, den das Ministerium am 27.9.2022 an die Länder übersandt hat und auf den es (ergänzt um zusätzliche Aspekte) in der „Antwort der Bundesregierung“ auf die Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU vom 9.1.2023 eingeht.⁷ In diesem Zusammenhang ist auch der Beschluss der Ministerinnen und Minister, Senatorinnen und Senatoren für Gesundheit der Länder (GMK) vom 22./23.6.2022 zu nennen, in dem das BMG „um Prüfung gebeten“ wird, wie die „Thematik auch im Bereich der ärztlichen Versorgung geregelt“ werden könne, um sicherzustellen, dass „Fremdinvestoren mit ausschließlichen Kapitalinteressen von der Gründung und dem Betrieb“ von MVZ ausgeschlossen werden könnten. In der Folgezeit wurde eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe eingerichtet.

Noch in der vorherigen Legislaturperiode hatte das BMG (im Jahr 2020) ein juristisch-ökonomisches Gutachten in Auftrag gegeben, auf das sich das BMG auch in seinem aktuellen Bericht und in seiner Antwort auf die Kleine Anfrage wiederholt bezieht. Dieses Gutachten der Autorengruppe *Ladurner/Walter/Jochimsen*⁸ gelangt im Anschluss an eine sehr ausführliche, gründlich dokumentierte und belegte Untersuchung zu einer ganzen Reihe von „Ergebnissen und Empfehlungen“. Aus der

Perspektive der hier unternommenen verfassungsrechtlichen Untersuchung (das Verfassungsrecht war dort explizit nicht Untersuchungsgegenstand) sind dabei die folgenden Punkte hervorzuheben:

- Die Autoren gelangen zu dem Ergebnis, dass „derzeit ... keine empirischen Daten vorhanden“ seien, die „belastbar – positive oder negative – Zusammenhänge zwischen der Versorgungsqualität in MVZ und bestimmten MVZ-Trägern (in ärztlichem Eigenbesitz oder in Hand von Investoren) belegen könnten.“ Dies führt zu der Einschätzung, dass sich „die Bedenken des Gesetzgebers, von gewissen nichtärztlichen MVZ-Trägern gingen Gefahren für die Versorgungsqualität in MVZ aus, derzeit weder bestätigen noch entkräften lassen“.⁹
- Im Hinblick auf eine etwaige Einschränkung des Gründerkreises auf im Wesentlichen Vertragsärzte und zugelassene Krankenhäuser heißt es, dass diese „mit Blick auf ihre Erforderlichkeit *noch* vom gesetzgeberischen Einschätzungsspielraum gedeckt“ sei. Allerdings sei die Erforderlichkeit dieser Beschränkungen „fortlaufend zu beobachten und erneut zu prüfen“, wenn MVZ auch anderer Träger, „die infolge von Bestandsschutz weiterhin bestehen, auch in den nächsten Jahren aufs Ganze gesehen beanstandungslos an der vertragsärztlichen Versorgung mitwirken.“¹⁰
- Explizit bewerten die Gutachter „die Beschränkung auf zugelassene Krankenhäuser“ insoweit als „kritisch“, als diese „zudem größere MVZ-Gründer“ bevorzuge.
- Sodann werden zahlreiche Vorschläge gemacht, die in der überwiegenden Zahl nicht die Voraussetzungen für die Gründung bzw.

7 BT-Drs. 20/5166.

8 Andreas Ladurner/Ute Walter/Beate Jochimsen, Rechtsgutachten: Stand und Weiterentwicklung der gesetzlichen Regelungen zu Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), Nov. 2020.

9 Gutachten, S. 3.

10 Gutachten S. 3.

Zulassung von MVZ, sondern Fragen der Ausgestaltung des Betriebs betreffen.

- Umgekehrt werden eine Reihe von anderweitig kursierenden Vorschlägen betreffend die Einschränkung der Gründungsberechtigung ausdrücklich abgelehnt, und zwar (so die Einschätzung der Bundesregierung) „entschieden“. Insbesondere biete (so die Wahrnehmung des von ihr in Auftrag gegebenen Gutachtens durch das BMG) „die Beschränkung der Krankenhäuser auf die Gründung von MVZ mit räumlichem und fachlichem Bezug keine überzeugende Weiterentwicklungsmöglichkeit“.¹¹ Im Hinblick auf den im weiteren Verlauf dieser Untersuchung noch relevanten Begriff der „investorenspezifischen Gefahrenlage“ referiert das BGM in seinem Bericht (September 2022!),¹² dass das Ladurner-Gutachten sogar die Frage aufgeworfen habe, „ob die bisherigen Einschränkungen im derzeitigen Ausmaß überhaupt dauerhaft haltbar“ seien.

Die *Bundesregierung* bezieht sich auf dieses Gutachten sowie eine Reihe weiterer gutachterlicher Erkenntnisse in ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU. In ihrer Antwort auf die dort gestellte Frage 3, „Welche Effekte bzw. Auswirkungen auf die Versorgungsqualität der Leistungserbringung durch iMVZ“ der Bundesregierung bekannt seien, antwortete diese (Stand 9.1.2023) ausdrücklich wie folgt:

„Der Bundesregierung liegen keine ausreichenden Erkenntnisse zur Beantwortung der Frage“ vor.

In den weiteren Antworten wird immer wieder auf die komplexe Gesamthematik und auf verschiedene Ursachenfaktoren für bestimmte Angebotsstrukturen hingewiesen,¹³ aber auch darauf, dass das BMG beabsichtige, einen

„Vorschlag zur weiteren Regulierung von MVZ zu erarbeiten“.

Konkret im Hinblick auf die ärztlichen Leitungen in iMVZ wird in der Antwort zu Frage 14 mitgeteilt:

„Der ärztlichen Leitung im MVZ ist gesetzlich eine ausdrückliche Schutzfunktion zur Abschirmung der ärztlichen Behandlungstätigkeit vor sachfremder Einflussnahme zugewiesen. Dem BMG liegen keine Erkenntnisse dazu vor, dass ärztliche Leiterinnen und Leiter diese Aufgabe in investorenbetriebenen MVZ unzureichend erfüllen“ würden.¹⁴

Ungeachtet dessen hat Bundesgesundheitsminister *Karl Lauterbach* in einem Interview Ende 2022 nichtärztliche private Kapitalgeber als „Heuschrecken“ bezeichnet hat, welche MVZ aufkaufen würden, um sie anschließend mit maximalem Gewinn zu betreiben.¹⁵

2. Aus dem Bereich der Kassenärztlichen Vereinigungen (mit IGES-Gutachten und Gutachten Sodan)

a) In der Tagespresse und im Internet sind immer wieder Stellungnahmen aus dem Bereich einzelner Kassenärztlicher Vereinigungen (KVen) mit deutlicher Kritik und unter nahezu permanenter Verwendung von Begriffen wie „Heuschrecken“ nachweisbar. Immerhin sind ja auch die in den nÄpkMVZ angestellten Ärztinnen und Ärzte nach § 95 Abs. 3 S. 3 SGB V Pflichtmitglieder der Kassenärztlichen Vereinigungen.

Stellvertretend für die Verlautbarungen und politischen Vorstellungen aus diesem Bereich seien die in einem „KVB Forum 03/21“ der KV Bayern (als „Sonderausgabe MVZ“) titulierten Beiträge externer und interner Autoren genannt, in denen zahlreiche rechtspolitische Forderungen erhoben werden (insbesondere ab S. 31 ff.), die innerhalb eines sich

11 Bericht, S. 18.

12 Bericht, S. 18.

13 Bericht, S. 5 ff.

14 Bericht, S. 6.

15 Bild.de, Interview v. 24.12.2022 (geführt von Hellemann und Rosenfelder).

nun angeblich „öffnenden Zeitfensters“ (S. 35) genutzt werden müssten. Diese Forderungen werden den Zielen „Schutz der Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen“, „Gewährleistung der freien Arztwahl“, „Verhinderung einer wettbewerbsfeindlichen Anbieterdominanz“ und „Stärkung der Freiberuflichkeit“ zugeordnet.

b) Im Auftrag der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung (KZBV) hat das „IGES-Institut“ ein Gutachten mit dem Titel „Investorenbetriebene MVZ in der vertragszahnärztlichen Versorgung“ erstellt (Oktober 2020). Darin wurden insbesondere Zahlenanalysen zu den Versorgungskapazitäten und den Abrechnungsmustern zusammengestellt. In einem weiteren IGES-Gutachten aus dem Jahr 2021¹⁶ wird festgestellt, dass MVZ in der Trägerschaft privater Krankenhäuser weniger abrechnen als Einzelpraxen (-10,27 %) und sie geringere Honorarvolumina als MVZ in Trägerschaft öffentlicher oder freigemeinnütziger Krankenhäuser, deren Honorarvolumen wiederum um 8,5 % unter dem der Einzelpraxen liegt, erzielen.¹⁷ Allerdings ergibt sich aus Abrechnungsanalysen der IGES Institut GmbH auch, dass investorenbetriebene MVZ im Bereich der konservierend-chirurgischen Leistungen im Vergleich zu Einzelpraxen insgesamt größere Leistungsmengen je Behandlungsfall abrechnen und im Leistungsbereich des Zahnersatzes vergleichsweise häufig Neuversorgungen anstelle von Wiederherstellungen durchführen würden. Das IGES-Institut kommt für die zahnärztliche Versorgung aber zu dem ausdrücklichen Ergebnis, dass diese Beobachtungen nicht ausreichen würden, um festzustellen, dass von MVZ mit oder ohne Investorenbeteiligung eine signifikante Gefahr für die Qualität und Wirtschaftlichkeit der zahnärztlichen Versorgung ausgehe.¹⁸

c) Aus primär juristischer Sicht hat sich im Auftrag der Kassenzahnärztlichen Vereinigung

Bayerns ein Gutachten von *Prof. Dr. Helge Sodan* (FU Berlin) aus Oktober 2021 mit angeblichen „Gefährdungen der Freiberuflichkeit in der vertragsärztlichen Versorgung durch medizinische Versorgungszentren“ befasst.¹⁹ Dieser *Verf.* äußert die Einschätzung, dass MVZ „das klassische Leitbild der freiberuflich niedergelassenen Vertragsärzte“ gefährden würden und ferner „die verfassungsrechtlich geschützte ärztliche Therapiefreiheit“ schwächen würden. Daher sei der parlamentarische Gesetzgeber aufgerufen, einen Ausgleich zwischen der ärztlichen Therapiefreiheit, der Berufsfreiheit aller Akteure sowie den berechtigten Erwerbs- und Gewinninteressen herzustellen. Dass hierzu von Verfassungsrechts wegen eine Pflicht bestehe, lässt sich der Untersuchung aber nicht entnehmen.

Bei der Erörterung der einzelnen von ihm formulierten bzw. erörterten Vorschläge zur Regulierung der „Gründungsbefugnis“ bzw. der „Zulassung“ von MVZ wird jeweils die Vereinbarkeit mit etwaigenfalls entgegenstehenden Grundrechten erörtert. Dies geschieht im Umfang von insgesamt rund 25 von 110 Seiten, jeweils mit dem Ergebnis, dass die jeweiligen Beschränkungen mit der Maßstabnorm des Art.12 Abs.1 GG (Grundrecht der Berufsfreiheit) und des (teilweise geprüften) Grundrechts des Eigentumsschutzes nach Art. 14 GG vereinbar wären. Das Europarecht wird nicht thematisiert.

3. Verlautbarungen aus dem Bereich der Gesetzlichen Krankenkassen

a) Der Verwaltungsrat des Spitzenverbandes der (GKV-SV) hat sich im März 2023 in einem Positionspapier dahingehend geäußert, dass es eines reformierten „Handlungsrahmens“ bedürfe, welcher sowohl für MVZ als auch für Einzel- oder Gemeinschaftspraxen und auch Berufsausübungsgemeinschaften gelten solle. In

16 „Versorgungsanalyse zu MVZ im Bereich der KV Bayerns mit besonderem Augenmerk auf MVZ im Eigentum von Finanzinvestoren“.

17 Hierzu Bericht des BGM, a.a.O., S. 8.

18 So die Einschätzung des BGM, Bericht, S. 10.

19 Oktober 2021.

diesem Papier wird betont, dass das Engagement von Kapitalgebern versorgungsverbessernde Strukturveränderungen unterstützen könne. Um Risiken zu begegnen, müssten aber die MVZ zu mehr Transparenz verpflichtet werden (Offenlegung der Träger- und Beteiligungsstrukturen). Ferner wird eine Art Deckelung der Zulassung oder Nachbesetzung von Arztsitzen gefordert. In Regionen mit einer geringen Versorgungsdichte bedürfe es Sonderregelungen. Schließlich sollten Anreize geschaffen werden, dass MVZ auch den vollständigen Leistungskatalog einer jeweiligen Arztgruppe abbilden.²⁰

b) Der Verband der Ersatzkassen (VDEK), dem unter anderem die Techniker Krankenkasse, die Barmer und die DAK angehören, hat sich bereits seit längerem „zur Trägervielfalt“ bekannt und spricht sich explizit dafür aus, „dass von Finanzinvestoren gegründete MVZ weiter ihren Platz in der ambulanten Versorgung haben“ sollen. Fehlentwicklungen müsse mit „geeigneten regulatorischen Maßnahmen entgegengewirkt“ werden. Konkrete Vorschläge gehen dahin, die Zulassung abzulehnen, wenn in einem bestimmten Planungsbereich eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Ferner solle verhindert werden, dass sich MVZ-Strukturen in patientennahen Bereichen auf besonders renditestarke Leistungen konzentrierten. „Begleitende Maßnahmen“ seien die Schaffung von Transparenz und die Stärkung der ärztlichen Leitung sowie der Schutz der Unabhängigkeit von deren Entscheidungen.

4. Verlautbarungen der Auftraggeberin

Der BBMV hat sich mit einer „Studie: Ärztinnen und Ärzte sehen überdurchschnittliche Qualität der Versorgungen in MVZ“ vom 6.10.2022 und mit einem interdisziplinären „Memorandum zur

Versorgung mit MVZ“²¹ zur „Rolle von MVZ in der ambulanten medizinischen Versorgung – besteht regulatorischer Handlungsbedarf?“ geäußert.²² Als Reaktion auf das sogleich vorgestellte Positionspapier der Bundesärztekammer vom 9. Januar 2023 hat der BBMV eine „Stellungnahme“ mit Datum vom 16.03.2023 erarbeitet.

II. Positionspapier der Bundesärztekammer: Relevanz und Begründungen

Die Bundesärztekammer hat Ende 2019 eine Arbeitsgruppe „Kommerzialisierung Medizinischer Versorgungszentren/Krankenhäuser“ eingerichtet, die in ihrer letzten Sitzung in Anwesenheit des Bayerischen Staatsministers für Gesundheit und Pflege und der Leitung der Abteilung „Gesundheitsversorgung und Krankenversicherung“ konkrete Formulierungsvorschläge für gesetzliche Regelungen „zur Begrenzung der Übernahme von MVZ durch fachfremde Finanzinvestoren und zur Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen und umfassenden ambulanten Versorgung“ vorgestellt hat (9.1.2023).

Zur Begründung wird im einleitenden Teil des Positionspapiers festgestellt, dass eine „Entwicklung eingesetzt“ habe, die sich „immer weiter von der eigentlich bezweckten Verbesserung der medizinischen Versorgung entfernt hat.“ Als Zweck der 2004 mit dem GKV-Modernisierungsgesetz eingeführten neuen Versorgungsform der MVZ wird die „Idee einer interdisziplinären und sektorenverbindenden Versorgung an einem Ort“ genannt. Welche Entwicklung eingesetzt haben und zu einer Entfernung von dieser Idee geführt haben soll, wird aus dem Positionspapier nicht ersichtlich. Ähnliches gilt für die zweite mit der Einführung von MVZ

20 Zitiert nach dem Bericht im Deutschen Ärzteblatt (www.aerzteblatt.de: „Mehr Transparenz, mehr Kontrolle: GKV-Verwaltungsrat für Handlungsrahmen bei MVZ“), 22.3.2023.

21 Autoren Fricke/Köhler/Rau.

22 Das Memorandum ist überdies vom Verband akkreditierter Labore in der Medizin e.V. beauftragt worden. Der Autor Fricke ist Professor

für Gesundheitsökonomie, der Auto Köhler war lange Jahre Leitender Verwaltungsdirektor einer Gesetzlichen Krankenkasse und Mitglied in verschiedenen Gremien der gemeinsamen Selbstverwaltung sowie Richter am Sozialgericht München im Nebenamt. Der Autor Rau ist seit Jahrzehnten als Rechtsanwalt im Gesundheitswesen tätig.

verbundenen „Hoffnung“, die ärztliche Tätigkeit in ländlichen und unterversorgten Regionen attraktiver gestalten zu können. Insoweit wird lediglich mitgeteilt, dass 85 % der MVZ in Kernstädten, Ober- und Mittelzentren und „nur 15 %“ in ländlichen Gebieten entstanden seien.

Des Weiteren heißt es im Positionspapier, dass sich „gezeigt“ habe, dass der „mit der Kommerzialisierung von MVZ einhergehende (Rendite-)Druck so groß sein“ könne, dass ihm „nicht allein mit der berufsrechtlichen Verpflichtung von Ärztinnen und Ärzten begegnet werden kann, die Behandlung allein am Wohl der Patientinnen und Patienten auszurichten.“ Woran sich das gezeigt haben soll und ob es möglicherweise hierüber Daten gibt bzw. wo diese nachgelesen werden könnten, wird nicht mitgeteilt. Stattdessen finden sich zum Ende der einleitenden Bemerkungen die folgenden Sätze: „Das Gesundheitswesen ist Teil der Daseinsvorsorge und kann nicht den Regelungen von Kapitalmärkten unterliegen. Über das Krankenversicherungssystem generierte Gelder dürfen dem System nicht zur Ausschüttung von Renditen entzogen werden. Auch darf Finanzkraft nicht zur Etablierung von Monopolen in der Gesundheitsversorgung führen.“

Das klingt beinahe schon so („Daseinsvorsorge“) als ob die außerhalb von MVZ tätigen niedergelassenen Vertragsärzte aus dem Krankenversicherungssystem ausschließlich einen Aufwendersatz bzw. Entgelte nach den Regeln des öffentlichen Dienstes und des Bundes und der Länder beziehen würden.

III. Entschließungsantrag des Bundesrates

Teilweise inhaltsgleich, im Hinblick auf einzelne Gegenstände abweichend, ist der von Bayern, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein am 12. Mai

2023 in den Bundestag eingebrachte Entschließungsantrag „Schaffung eines MVZ-Regulierungsgesetzes“.²³ Er beruht inhaltlich auf einem „Eckpunktepapier zur Regulierung von MVZ“, das wiederum von einer länderoffenen Arbeitsgruppe formuliert worden ist, die von einer Sonder-Amtschefkonferenz der Gesundheitsministerien der Länder im Kontext der bereits erwähnten Beschlüsse der 95. GMK vom 22./23./6.2022 eingesetzt worden ist.

Besonders weitreichende Vorschläge betreffen Verbote von MVZ ohne räumlichen Bezug zu einem gründungsberechtigten Krankenhaus, die Abschaffung fachgleicher MVZ (z.B. sog. Hausärzte-MVZ) und das Verbot der Gründung neuer MVZ bei Überschreitung bestimmter Marktanteile.

B. Skizze des bestehenden Rechtsrahmens

I. Entwicklung (soweit relevant)

In den Jahren zwischen 2004 – 2023 haben sich bei der Entwicklung des Rechtsrahmens betreffend MVZ mehrere, teilweise einschneidende Veränderungen gegeben, die für die Beurteilung der heute infrage stehenden weiteren Verbote und Beschränkungen von verfassungsrechtlicher Relevanz sind.²⁴

1. Bis 2004: MVZ keine vertrags-arztrechtliche Kategorie

Bis zum Inkrafttreten des GKV-Modernisierungsgesetzes vom 14.11.2003²⁵ gab es den Akteur „MVZ“ im Vertragsarztrecht nicht, d.h. an der vertragsärztlichen Versorgung konnten ausschließlich vertragsärztliche Einzelpersonen teilnehmen sowie sog. Berufsausübungsgemeinschaften (BAG). Diese wiederum können nicht in der Rechtsform einer

²³ BR-Drs. 211/23.

²⁴ Die Entwicklung ist anschaulich nachgezeichnet (bis 2018) bei Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 17 Rn. 1 ff., und zuletzt bei Ternick, NZS 2022, 121, ferner im Ladurner-Gutachten,

S. 13 ff., dort auch unter Einbeziehung des jeweiligen politischen Hintergrundes.

²⁵ BGBl. I, S. 2190.

Kapitalgesellschaft betrieben werden und nicht ohne weiteres Zweigstellen betreiben. Auch kann eine BAG nicht beliebig viele Einrichtungen betreiben.²⁶

2. 2004 – 2012: Ermöglichung des MVZ als weitere Form für die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung (insbesondere GKV-Modernisierungsgesetz)

Mit dem GKV-Modernisierungsgesetz hat der Gesetzgeber den Kreis der zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Leistungserbringer über die bislang allein zugelassenen Leistungserbringer auf „zugelassene medizinischen Versorgungszentren“ erstreckt. Als gründungsberechtigt wurden alle Leistungserbringer i.S.d. SGB V erklärt (unter Ausschluss der öffentlichen Hand) und also nicht die Krankenkassen. Zu diesem Kreis gehören insbesondere Vertragsärzte, zugelassene Krankenhäuser, aber auch Heil- und Hilfsmittelerbringer (z.B. Sanitätshäuser), Dienste der häuslichen Krankenpflege und Apotheken. Ohne nähere Spezifizierung sollten die MVZ „fachübergreifend“ strukturiert sein. In diesem Zusammenhang wurde auch die Möglichkeit geschaffen, dass in einem MVZ die Ärzte sowohl als Angestellte wie auch als Vertragsärzte tätig sein können. Als Ziele wurden ein Mehr an qualitätsorientiertem Wettbewerb, eine Flexibilisierung des Vertragsarztrechts, die Modernisierung der Versorgungsstrukturen, eine Stärkung der integrierten Versorgung und interdisziplinären Zusammenarbeit sowie die Möglichkeit, insbesondere für junge Ärztinnen und Ärzte, „an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen zu können, ohne die mit der Praxisgründung verbundenen wirtschaftlichen Risiken eingehen zu müssen“ formuliert.²⁷

Neben Vertragsärzten und Krankenhäusern konnten jedenfalls auch andere Gesundheitsunternehmen MVZ gründen. Hinsichtlich der statthafter Rechtsform des Trägers gab es keine Einschränkungen.

Kleine Änderungen erfolgten durch das Versorgungsrechtsänderungsgesetz vom 20.12.2006²⁸ mit der Einführung einer Teilerlaubnis. Ferner wurde das Vorliegen des Merkmals der Fachübergreiflichkeit bei einer Kombination aus hausärztlicher Versorgung plus nur einer Fachgruppe ausgeschlossen, gleichzeitig aber eine Kooperation aus Ärzten und Zahnärzten erstmals gestattet. Im Falle der Zulassung eines MVZ in der Rechtsform einer GmbH wurden selbstschuldnerische Bürgschaftserklärungen der Gesellschafter als Zulassungsvoraussetzung statuiert. Kleine Änderungen betrafen im Jahr 2007 bzw. 2008 die Heil-/Hilfsmittelerbringer sowie die Mitwirkung stationärer Pflegeeinrichtungen in der ambulanten Behandlung.²⁹

3. 2012 – 2019: Verbote betreffend Gründungsberechtigung, Rechtsform und Zulassung (u.a. GKV-Versorgungsstrukturgesetz)

Das GKV-VStG vom 22.12.2011³⁰ begrenzte den Kreis der Gründungsberechtigten ganz erheblich. Fortan sind nur noch Vertragsärzte, zugelassene Krankenhäuser und Erbringer nichtärztlicher Dialyseleistungen sowie bestimmte gemeinnützige Träger gründungsberechtigt. Auch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz vom 16.7.2015³¹ hielt an der hierdurch begründeten Anknüpfung der Gründungsberechtigung an den Leistungserbringerstatus fest. Durch dieses Gesetz sind im Jahre 2015 aber die Kommunen als weitere Gründungsberechtigte hinzugekommen. Weggefallen ist das Erfordernis der Fachübergreiflichkeit, mit der Nebenfolge, dass seither auch zahnärztliche MVZ oder Hausarzt-

26 Vgl. Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, § 17 Rn. 7.

27 BT-Drs. 15/1170, S. 82.

28 BGBl. I, S. 3439.

29 Näher Ladurner-Gutachten, S. 13 f.

30 BGBl. I, S. 2983.

31 BGBl. I, S. 1211.

MVZ möglich wurden. Die zulässige Rechtsform wurde auf Personengesellschaften, eingetragene Genossenschaften und GmbHs begrenzt, was insbesondere zur Folge hatte, dass die Rechtsform der Aktiengesellschaft nicht mehr eingesetzt werden konnte.

Zur Begründung der Einschränkung des Kreises der Gründungsberechtigten wurde im Gesetzentwurf ausgeführt:

„Die Erfahrungen der letzten Jahre haben gezeigt, dass medizinische Versorgungszentren besonders in den kapitalintensiven Bereichen wie der Labormedizin oder der operierenden Augenheilkunde immer häufiger von Investoren gegründet werden, die keinen fachlichen Bezug zur medizinischen Versorgung haben, sondern allein Kapitalinteressen verfolgen. In den medizinischen Versorgungszentren, die von solchen Investoren gegründet werden, besteht die Gefahr, dass medizinische Entscheidungen von Kapitalinteressen beeinflusst werden. Dass mit der Beschränkung der Gründungsberechtigung für Medizinische Versorgungszentren auf die an der medizinischen Versorgung der Versicherten teilnehmenden Leistungserbringer verfolgte Ziel, den medizinisch-fachlichen Bezug der Gründer zu gewährleisten, ist nicht vollständig erreicht worden, weil Kapitalgeber z.B. durch den Kauf eines Pflegedienstes oder eines Hilfsmittelerbringers die Voraussetzungen zur Gründung von medizinischen Versorgungszentren im gesamten Bundesgebiet erfüllen können.“³² Ähnliche Formulierungen finden sich in den Entwurfsbegründungen zum TSVG³³ (siehe noch 4) bzw. in der dortigen Beschlussempfehlung und im Bericht des Ausschusses für Gesundheit.³⁴

Zusammenfassend können die Ziele als „Verhinderung einer wettbewerbsfeindlichen Anbieterdominanz“, Entgegenwirken der Gefahr, „dass medizinische Versorgungsentscheidungen

aufgrund zunehmend renditeorientierter Inhaberstrukturen verstärkt von versorgungsfernen Zielvorgaben beeinflusst werden“ und Notwendigkeit des Vorgehens gegen eine „renditeorientierte Leistungserbringung und damit einhergehende Über- und Fehlversorgung“ benannt werden.

Als letzter Gesichtspunkt wird die „Steuerungsfunktion zugunsten einer ausgewogenen flächendeckenden Versorgung insbesondere in den überversorgten Planungsbereichen“ angeführt.³⁵

Der Medizinrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins hat in einer Stellungnahme vom Juni 2011³⁶ insoweit festgestellt, dass die hier gegebene „Einschränkung der bereits bestehenden Gründungsberechtigung ... erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken“ ausgesetzt sei, und zwar nicht nur im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG, sondern „auch mit Blick auf das Gleichheitsgrundrecht des Art. 3 GG im Verhältnis zu börsennotierten Krankenhausbetreibern.“ Vorzugswürdig sei daher die Sicherstellung der ärztlichen Unabhängigkeit durch strengere Anforderungen an den Betrieb und die bessere Ausstattung der Position des Ärztlichen Leiters mit entsprechenden Kompetenzen. Gleichfalls deutliche Kritik äußerte der Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen.³⁷ Sie richtete sich gegen die Einschränkung des Gründerkreises und der zulässigen Rechtsformen unter dem Eindruck von MVZ in (Mit-)Inhaberschaft privater Kapitalpartner.

32 BT-Drs. 17/6906, S. 70.

33 BT-Drs. 19/6337, S. 116.

34 BT-Drs. 19/8351, S. 187 ff.

35 Zu all dem BT-Drs. 19/8351, S. 187 ff.

36 Stellungnahme Nr. 35/211, abrufbar unter www.anwaltverein.de.

37 Sondergutachten 2012, BT-Drs. 17/10323, S. 297 f.

4. 2019 bis heute: Weitere Einschränkungen (Terminservice- und Versorgungsstärkungsgesetz)

Das TSVG vom 6.5.2019³⁸ fügte dem Kreis der Gründungsberechtigten die sog. anerkannten Praxisnetze i.S.d. § 87b Abs. 2 S. 3 SGB V hinzu und unterwarf die Gründung von Zahnärzte-MVZ durch Krankenhäuser der Einschränkung, dass diese MVZ gewisse Versorgungsanteile je Planungsbereich nicht überschreiten dürfen. Das Merkmal der Fachübergreiflichkeit wurde im Hinblick auf zahnärztliche MVZ spezifiziert, weitere Einschränkungen betreffen die MVZ-Gründung durch Erbringer nichtärztlicher Dialyseleistungen.

5. Bilanz

In Anbetracht der aktuellen Reformbestrebungen ist bemerkenswert, dass sich in den gesetzlichen Regelungen seit 2004 zwar verschiedene und immer wieder veränderte Vorgaben für die Gründungsberechtigung bzw. die Zulassung zur Leistungserbringung befinden. Keine Vorschriften zielen allerdings explizit auf die Inhaberschaft. Immerhin war im Entwurf des GKV-Modernisierungsg von einer „unternehmerischen Führung“ die Rede.³⁹ Die in der Folgezeit erfolgten Verbote und Beschränkungen, insbesondere die Beschränkung der MVZ-Gründungs-berechtigung durch das GKV-VStG im Jahre 2012 und die Beschränkung auf bestimmte Gesellschaftsformen wurden jeweils u.a. damit begründet, dass in den genannten Fachbereichen teils immer weniger Vertragsarztsitze für freiberuflich tätige Ärzte in eigener Praxis zur Verfügung stünden und dass in solchen MVZ die Gefahr bestehe, dass medizinische Entscheidungen von Kapitalinteressen beeinflusst würden.

II. Rechtsrahmen der Zulassung

Um an der vertragsärztlichen Versorgung und damit auch an der Honorarverteilung innerhalb der Gesetzlichen Krankenversicherung teilnehmen zu können (vgl. §§ 15 Abs. 1, 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 – 4, 72 Abs. 1 sowie 85 Abs. 4 bzw. 87b SGB V) bedarf es der Zulassung. Die Zulassung begründet den Status als an der vertragsärztlichen Versorgung Beteiligter.⁴⁰ § 95 SGB V regelt, wer in diesen Status gelangen kann. Neben „zugelassenen Ärzten“, „ermächtigten Ärzten“ und „ermächtigten Einrichtungen“ sind dies gemäß § 95 Abs. 1 S. 1 u. 2 SGB V auch „medizinische Versorgungszentren“. Diese definiert S. 2 der Vorschrift als „ärztlich geleitete Einrichtungen, in denen Ärzte, die in das Arztregister nach Abs. 2 S. 3 eingetragen sind, als Angestellte oder Vertragsärzte tätig sind. In allen Fällen erfolgt die Zulassung für den Ort der Niederlassung als Arzt (oder im Falle des MVZ) für den Ort der Niederlassung als medizinisches Versorgungszentrum (Vertragsarztsitz; S. 5). Die Zulassung begründet eine höchstpersönliche Rechtsposition, die an die Trägergesellschaft eines MVZ gebunden und nicht übertragbar ist.⁴¹ Wie das BSG ausdrücklich festgestellt hat, nehmen MVZ grundsätzlich gleichberechtigt neben den Vertragsärzten an der vertragsärztlichen Versorgung teil.⁴²

1. Betreffend die Gründungsberechtigung

§ 95 Abs. 1a SGB V umschreibt den Kreis der zur Gründung eines MVZ Berechtigten. Dies bedeutet, dass einem MVZ nur die Zulassung erteilt werden kann, wenn es von einem dieser Berechtigten gegründet worden ist. Aus der Perspektive der hier vorgelegten Untersuchung können dabei die potenziell gründungsberechtigten „Zugelassenen Ärzte“, „Anerkannte Praxisnetze nach § 87b Abs. 2 S. 3 SGB“, „Gemeinnützige Träger, die aufgrund von Zulassung oder Ermächtigung an der

38 BGBl. I, S. 646.

39 BT-Drs. 15/1525, S. 74.

40 BSGE 83, 135; BSG v. 12.12.2018, B 6 KA 50/17 R, juris, Rn. 29.

41 BVerfG, NZS 2013, S. 543.

42 BSG v. 12.2.2020, B 6 KA 1/19 R, juris Rn. 31.

vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen“ sowie „Kommunen“ vernachlässigt werden. Eine gewisse Rolle spielen die „Erbringer nichtärztlicher Dialyseleistungen“ nach § 126 Abs. 3 SGB V, die aber ausschließlich zur Gründung „fachbezogener medizinischer Versorgungszentren“ berechtigt sind, d.h. bei denen zumindest ein „für die mit Dialyseleistungen zusammenhängenden ärztlichen Leistungen im Rahmen einer umfassenden Versorgung der Dialysepatienten“ charakterisierter Fachbezug besteht (§ 95a Abs. 1a S. 2 SGB V). Der von den hier zu untersuchenden Reformüberlegungen primär betroffene Kreis der Gründungsberechtigten sind die „zugelassenen Krankenhäuser“. Andere Gesundheitsunternehmen außer den genannten (z.B. Pflegedienstleistungsunternehmen, Apotheken, Sanitätshäuser, medizinische Dienstleistungsunternehmer aus dem Ausland etc.) gehören seit 2012 nicht mehr zum Kreis der Gründungsberechtigten.

Dies bedeutet, dass neben den „zugelassenen Ärzten“ (also einzelnen Individuen) als institutionelle Gründungsberechtigte nur solche juristische Personen in Betracht kommen, die über eine Zulassung als Krankenhaus verfügen (welche wiederum in § 108 SGB V geregelt ist). Nur zugelassene Krankenhäuser können mithin die Trägergesellschaft eines MVZ in einer der zu 2) genannten Rechtsformen bilden und nur in solche Trägergesellschaften können wiederum andere Private investieren, typischerweise über Beteiligungsgesellschaften, die als Kapitalgeber fungieren.

Vorgaben darüber, wer als wirtschaftlich Berechtigter bzw. mittelbarer Gesellschafter der Trägergesellschaft in Betracht kommt, d.h. wie die Inhaberstruktur an der Trägergesellschaft beschaffen sein muss und welche Art von potenziellen Eigenkapitalgebern hier agieren dürfen, finden sich im Gesetz nicht.⁴³

Seit der Reform durch das TSVG (2018) gilt für die Gründung zahnärztlicher Medizinischer Versorgungszentren (zMVZ) eine modifizierte Anforderung an die Gründungsberechtigung, und zwar nur im Hinblick auf den Gründungsberechtigten „zugelassenes Krankenhaus“. Demnach dürfen zugelassene Krankenhäuser ein zMVZ nur gründen, „soweit der Versorgungsanteil der vom Krankenhaus damit insgesamt gegründeten zahnärztlichen medizinischen Versorgungszentren an der vertragszahnärztlichen Versorgung in dem Planungsbereich der Kassenzahnärztlichen Vereinigung, in dem die Gründung des zahnärztlichen medizinischen Versorgungszentrums beabsichtigt ist, 10 % nicht überschreitet.“ (§ 95 Abs. 1b S. 1 SGB V). Weitere Modifikationen enthalten die Sätze 2 u. 3 des § 95 Abs. 1b SGB V. Diese Regelung zielt darauf, die Höhe des maximal zulässigen Versorgungsanteils an die im Planungsbereich jeweils bestehende Versorgungssituation zu knüpfen, mit der Konsequenz, dass mit steigendem Versorgungsbedarf auch der zulässige Versorgungsanteil von Krankenhaus-MVZ steigen kann. Die hierfür gegebene Begründung ist insbesondere in dem Dokument „Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit“ vom 13.3.2019 dokumentiert und wurde oben bereits referiert.⁴⁴

2. Statthafte Rechtsformen der Trägergesellschaft

Die Trägergesellschaft eines zum Kreis der gründungsberechtigten Akteure zählenden zugelassenen Krankenhauses kann gemäß § 95 Abs. 1a S. 3 SGB V in der Form „Personengesellschaft, der eingetragenen Genossenschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)“ (neben der im vorliegenden Zusammenhang nicht einschlägigen

⁴³ Zu den Erscheinungsformen und Begrifflichkeiten instruktiv Ladurner-Gutachten, S. 11 f.

⁴⁴ BT-Drs. 19/8351, S. 187 ff.

öffentlich-rechtlichen Rechtsform) agieren. Dies bedeutet, dass die im Wirtschaftsleben weit verbreiteten, seit Jahrzehnten anerkannten Rechtsformen der OHG, der KG, der AG und der KGaA nicht statthaft sind.

3. Weitere relevante Aspekte betreffend die Zulassung

a) *Bedarfsplanungsrecht*

Neben der Berechtigung zur Gründung eines MVZ und der Wahl einer statthaften Rechtsform besteht eine im vorliegenden Zusammenhang relevante weitere Zulassungsvoraussetzung in der Notwendigkeit eines oder mehrerer freier Vertragsarztsitze, da das in § 103 SGB V näher ausgestaltete Bedarfsplanungsrecht gemäß § 95 Abs. 2 S. 9 SGB V in das Zulassungsregime integriert ist. Lediglich für Zahnärzte gelten gemäß § 103 Abs. 8 SGB V keine Zulassungsbeschränkungen.

Hinsichtlich der bedarfsplanungsrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen ist zunächst wichtig, dass § 103 Abs. 4c SGB V bei der Auswahl des Praxisnachfolgers in den dort geregelten Fällen einen „Nachrang“ desjenigen MVZ statuiert, „bei dem die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte nicht bei Ärzten liegt, die in dem MVZ als Vertragsärzte tätig sind“; dieser Nachrang gilt gegenüber den „übrigen Bewerbern“. An dieser Stelle knüpft der Gesetzgeber bemerkenswerterweise Rechtsfolgen an die Inhaberstruktur des MVZ.

Im Übrigen gelten die in § 103 SGB V vorgesehenen Regelungen und Kriterien für den Fall eines Bewerberüberhangs entsprechend. Auf folgende Besonderheiten ist hinzuweisen:

- Gemäß § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V ist bei der Auswahl der Bewerber ein Kriterium „die Ergänzung des besonderen Versorgungsangebots“ (sog. Konzeptbewerbung), ein Kriterium, dass nur

zugunsten von MVZ gilt (und „entsprechend für Vertragsärzte und BAGs mit einem besonderen Versorgungsangebot“).

- In § 103 Abs. 4a S. 1 SGB V ist die Möglichkeit vorgesehen, dass ein Vertragsarzt in einem zulassungsbeschränkten Planungsbereich auf seine Zulassung verzichtet, um in einem MVZ tätig zu werden. Dies bewirkt zugunsten des MVZ die Gewinnung eines Vertragsarztsitzes ohne Ausschreibungsverfahren. Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 103 Abs. 4b SGB V für den Fall des Wechsels als Angestellter in eine andere Vertragsarztpraxis.
- In § 103 Abs. 4c SGB V ist die Übernahme eines Vertragsarztsitzes nach Beendigung der Zulassung des bisherigen Inhabers durch Tod, Verzicht oder Entziehung durch ein MVZ geregelt (unter Weiterführung der vertragsärztlichen Tätigkeit durch einen angestellten Arzt im MVZ). Hierauf bezieht sich der bereits eingangs genannte Nachrang.
- Schließlich ist gemäß § 103 Abs. 4a S. 5 SGB V in einem MVZ die „Nachbesetzung“ einer Arztstelle auch dann möglich, wenn Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind.

b) *Rechtsfolge: Versorgungsauftrag*

Der Zulassung folgt der Auftrag zur Versorgung der Kassenpatientinnen und -patienten (vgl. § 95 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 SGB V).⁴⁵ Er bezieht sich nicht auf einen bestimmten Katalog von Leistungen, sondern auf einen Leistungsbereich bzw. ein Fachgebiet.

c) *Entziehung der Zulassung*

In § 95 Abs. 6 SGB V ist geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Zulassung zu entziehen ist. Hierbei handelt es sich um eine gebundene Entscheidung, d.h. es besteht kein Ermessen des

45 Vgl. auch BSGE v. 28.9.2016, B 6 KA 32/15 R, juris, Rn. 33.

Zulassungsausschusses. Gemäß § 95 Abs. 6 S. 3 SGB V ist einem MVZ die Zulassung auch dann zu entziehen, wenn die Gründungsvoraussetzungen des Abs. 1a S. 1 bis 3 länger als sechs Monate nicht mehr vorliegen.

III. Rechtsrahmen des Betriebs

1. Ärztlicher Leiter

Schon aus der Legaldefinition der MVZ in § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V geht hervor, dass es sich bei ihnen um „ärztlich geleitete Einrichtungen“ handelt, in denen in das Arztregister eingetragene Ärzte als Angestellte oder sogar als Vertragsärzte tätig sind. Besondere Aufmerksamkeit widmet das Gesetz dem „Ärztlichen Leiter“ (§ 95 Abs. 1 S. 3 SGB V), dessen Stellung weitgehend der des Ärztlichen Leiters in einem Krankenhaus ähnelt.⁴⁶ Das Erfordernis einer ärztlichen Leitung hat zur Folge, dass sämtliche in dem MVZ erbrachte ärztliche Leistungen unter dessen Aufsicht und Verantwortung durchgeführt werden müssen. Dem Ärztlichen Leiter obliegt die Verantwortung für die Steuerung der ärztlichen Betriebsabläufe, die Auswahl und der Einsatz der Ärzte, deren korrekte Anstellung mit der Ausgestaltung der Verträge sowie die Abgabe der Abrechnungssammelerklärungen⁴⁷ und ferner eventuell eine Prüfung der Plausibilität der von den anderen Ärzten hereingegebenen Leistungsübersichten.⁴⁸ Das Erfordernis der ärztlichen Leitung ist auf die Binnenstruktur bezogen, nicht auf die Gesellschafter- oder gar Inhaberstruktur der MVZ-Trägersgesellschaft.⁴⁹

Ziel dieser Bestimmungen ist es, die Einflussnahme auf ärztliche Entscheidungen durch Nicht-Ärzte zu verhindern. Dies kulminiert in der Regelung des § 95 Abs. 1 S. 3 SGB V, wonach der ärztliche Leiter „in medizinischen Fragen weisungsfrei“ sei. Bestimmungen über die Berufung

des Ärztlichen Leiters oder Regelungen zu Empfehlungen über Zielvereinbarungen mit leitenden Ärzten nach dem Muster des Krebsfrüherkennungs- und Registergesetzes betreffend leitende Ärzte im Krankenhaus (vgl. § 135c SGB V), existieren bislang nicht. Bei der Vertragsgestaltung des MVZ mit dem Ärztlichen Leiter hat das MVZ sicherzustellen, dass dieser in medizinischen Fragen von den Gesellschaftern und der Geschäftsführung des MVZ tatsächlich weisungsunabhängig ist. Ihm obliegt zwar nicht die fachliche Verantwortung für jede einzelne Behandlungsmaßnahme, wohl aber die Verantwortung für die ärztliche Steuerung der Betriebsabläufe und eine Gesamtverantwortung gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung. Hingegen obliegt ihm nicht die kaufmännische Leitung des MVZ und er muss daher nicht mit Geschäftsführungsbefugnissen ausgestattet sein, was das BSG ausdrücklich bestätigt hat.⁵⁰

2. Weitere Ärzte

Die neben dem Ärztlichen Leiter in einem MVZ tätigen weiteren Ärzte (gleichgültig, ob es sich bei ihnen um angestellte Ärzte oder um Vertragsärzte handelt) sind sämtlichen berufsrechtlichen Pflichten eines Arztes unterworfen (selbstverständlich auch der ärztliche Leiter selbst). Auch greifen gegenüber sämtlichen Ärzten in einem MVZ alle im Berufsrecht vorgesehenen Sanktionen und Disziplinarbefugnisse ein, ebenso gelten die einschlägigen Normen des Strafrechts. Die Einzelheiten hierüber können gemäß der Ermächtigung des § 81 Abs. 5 SGB V durch Satzung der Kassenärztlichen Vereinigung geregelt werden, selbstverständlich aber nur gegenüber Mitgliedern der Kassenärztlichen Vereinigung. Dies sind nach bisherigem Rechtsstand die Ärzte in einem MVZ, nicht aber dessen Träger.

46 Vgl. Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, § 17 Rn. 106.

47 Näher dazu Pawlita, in: juris-PK SGB V, § 95 Rn. 272.2 f. m.w.N. aus der dies bestätigenden Rechtsprechung.

48 Quaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, § 17 Rn. 107.

49 Ebenso Peikert, ZMGR 2004, S. 213; Rau, in: HK-AKM, Nr. 3585, Rn. 25.

50 BSG v. 26.1.2022, B 6 KA 2/21 R, juris, Rn. 30.

Die berufsrechtlichen Pflichten ergeben sich zentral aus § 2 Abs. 4 der Muster-Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä). Danach dürfen Ärzte hinsichtlich ihrer ärztlichen Entscheidungen keine Weisungen von Nicht-Ärzten entgegennehmen (Abs. 4), müssen ihr ärztliches Handeln am Wohl der Patienten ausrichten (Abs. 2 S. 2) und die ärztlichen Sorgfaltspflichten beachten, indem sie gewissenhaft handeln (Abs. 2 S. 1), wohingegen das Interesse Dritter nachrangig zu sein hat (§ 2 Abs. 2 S. 3 MBO-Ä). Dies gilt gemäß § 23 MBO-Ä auch für angestellte Ärzte (vgl. ferner §§ 30 ff. MBO-Ä). Würde beispielsweise der ärztliche Leiter einem angestellten Arzt gegenüber Anweisungen geben, die nicht am Wohl der Patienten ausgerichtet sind, könnten ihm gegenüber deswegen berufsrechtliche Sanktionen verhängt werden.

Einige Verstöße beim Betrieb des MVZ können unter den Voraussetzungen des § 95 Abs. 6 SGB V sogar die Entziehung der Zulassung begründen. Dies gilt im Falle der „gröblichen Pflichtverletzung“.⁵¹ Unter bestimmten Voraussetzungen kommt stattdessen auch der Widerruf der Anstellungsgenehmigung (betreffend die angestellten Ärzte) in Betracht.

3. Außenverhältnis

Hinsichtlich sämtlicher zentraler Rechtsfragen im Außenverhältnis des MVZ zu Patientinnen und Patienten und zu den Gesetzlichen Krankenkassen gelten keinerlei Abweichungen gegenüber der Leistungserbringung durch niedergelassene Vertragsärzte. Dies gilt sowohl für den Kreis der jeweils statthafterweise erbrachten Leistungen als auch für sämtliche Aspekte der Haftung und der Pflicht zur Beachtung sämtlicher (in den vergangenen Jahren stets weiter ausgebauter) Mechanismen zur Qualitätssicherung. Schließlich (und insbesondere) gelten auch im Hinblick auf die Leistungsabrechnung, d.h. bei der

vertragsärztlichen Vergütung, keinerlei Besonderheiten, Abrechnungsträger ist das MVZ. Dass Höhe und Struktur der vertragsärztlichen Vergütung bis ins kleinste Detail durch Regelungen auf sämtlichen rechtlichen Ebenen determiniert sind, braucht nicht eigens betont zu werden.

C. Anerkannte Vorzüge von MVZ

Dass nachfolgend nicht die Vorzüge einer Leistungserbringung durch niedergelassene Vertragsärzte zusammengestellt werden, liegt daran, dass deren Tätigkeit in keiner Weise eingeschränkt oder gar verboten werden soll, weswegen kein grundrechtlicher oder grundfreiheitenrechtlicher Rechtfertigungsbedarf besteht. Auch steht keinerlei Besserstellung der MVZ diesen Leistungserbringern gegenüber infrage. Wichtig ist aber darauf hinzuweisen, dass alle Erbringer medizinischer Leistungen in der vertragsärztlichen Versorgung bei der Verfolgung des gemeinsamen Ziels, ihre Patientinnen und Patienten möglichst optimal zu versorgen *auch* danach trachten (müssen), sämtliche Kosten der Leistungserbringung zu decken und überdies Gewinne zu erzielen, um davon ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Dies belegen sämtliche Einnahmestatistiken und die Daten der Finanzämter. Dass die niedergelassenen Vertragsärzte innerhalb sämtlicher unternehmerisch tätiger Berufsgruppen nicht zu den Geringverdienern zählen, dürfte eine nicht bestreitbare Tatsache sein.

Selbstverständlich müssen im Rahmen dieser rechtswissenschaftlichen Untersuchung auch etwaige Nachteile von MVZ (und insbesondere von nÄpKMVZ) zur Sprache kommen. Dies geschieht bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung der auf das angebliche Vorliegen von Nachteilen jeweils reagierenden (und folglich rechtfertigungspflichtigen) gesetzgeberischen Maßnahmen zu deren Ungunsten, also im Teil 3.

51 Pawlita, in: Juris-PK SGB V, § 95, Rn. 1151 mit BSGE 119, 79.

1. Im Allgemeinen

Die nachfolgende Aufzählung orientiert sich an der ausführlichen Untersuchung von *Ladurner/Walter/Jochimsen* auf dem Stand von November 2020, in der überdies weitere wissenschaftliche Belege zu finden sind.⁵² Die Reihenfolge der Vorzüge orientiert sich an der Nähe des jeweiligen Vorzugs zum alles umspannenden Ziel einer optimalen Gesundheitsversorgung in diesem Bereich.

(1) **Permanenter, da institutionalisierter Wissens- und Erfahrungsaustausch:** Dieser findet in fachgleich strukturierten MVZ (beispielsweise in einem Hausärzte-MVZ) zwar innerhalb der gleichen Fachdisziplinen, jedoch angesichts ganz unterschiedlicher Teilspezialisierungen, Beurteilungskompetenzen und Erfahrungen sowie Lebenshorizonten statt, in fachübergreifend strukturierten MVZ sogar intradisziplinär. Sind Angehörige anderer Berufsgruppen (Psychologen, Logopäden, Physiotherapeuten etc.) im MVZ angestellt, erweitert sich dies zum interdisziplinären Austausch. Über die MVZ kann eine seit Jahren in der Versorgungsforschung formulierte Forderung, dass institutionelle und organisatorische Arrangements in viel stärkerem Maße Elemente der Kooperation beinhalten müssen, als dies in der isolierten Einzelpraxis der Fall ist, deutlich besser umgesetzt werden.⁵³ Immer wieder wird auch eine starke Akzentuierung in Richtung eines „Case and Care Managements“ formuliert, was ebenfalls ein bestimmtes organisatorisch-institutionelles Arrangement erfordert.⁵⁴ Dies eröffnet übrigens auch die Perspektive der erstmaligen Integration von Community Health Nursing (CHN)⁵⁵ in Deutschland (selbstverständlich nicht zwingend, sondern bei Vorhandensein des entsprechenden politischen bzw. unternehmerischen Willens).

Damit wäre jedenfalls ein Schritt zur Verwirklichung einer im Koalitionsvertrag der Ampel-Parteien niedergelegten Zielvorstellung gemacht.⁵⁶

Infolge der von vornherein buchstäblich mehrköpfigen Besetzung können teure und vielfach medizinisch belastende Doppeltuntersuchungen vermieden werden. Es liegt auch auf der Hand, dass zur Bewältigung der immer wichtiger werdenden Herausforderungen an die Aus- und die Weiterbildung des Personals eine Struktur mit modernerer technischer Infrastruktur und mehreren als Aus- und Weiterbildungsträger infrage kommenden Mitarbeitenden gut geeignet ist.

(2) **Unbestrittenermaßen qualitätserhöhend (und in den Qualitätssicherungssystemen der Regulierung von Krankenhäusern längst implementiert)⁵⁷** wirkt sich die Zahl der durchgeführten Behandlungen aus. Der Skaleneffekt erfasst mithin keinesfalls nur die unternehmerischen Aspekte, sondern noch zuvor die Akkumulation von Erfahrung und Kompetenz. Nicht zuletzt dadurch sind MVZ prädestiniert für eine Übernahme von bisher in Krankenhäusern durchgeführten Operationen, d.h. sie sind gleichsam natürliche Kandidaten bei der Verfolgung einer stärker sektorenübergreifenden Sichtweise (dazu noch D)

(3) **Bei einer unternehmerisch professionell geführten Handlungs- und Organisationseinheit, die ihre Investitionsentscheidungen an rationalen Kriterien ausrichtet und gleichsam in kürzeren Investitionszyklen agieren kann und wird, muss die infolge des demographischen Wandels und der**

52 Ladurner-Gutachten, S. 18 f., 121 f.

53 Vgl. statt vieler Brandhorst/Hildebrandt/Luthe (Hrsg.), 2017; Oberender AG, Patientenorientierte Zentren zur Primär- und Langzeitversorgung. Gutachten: Umsetzung eines PORT-Zentrums, März 2020.

54 Vgl. nur Ruppel/Gloystein/van den Berg, GesR 2022, S. 488 (492).

55 Ausführlich hierzu Burgi/Igl, Rechtliche Voraussetzungen und Möglichkeiten der Etablierung von Community Health Nursing (CHN) in Deutschland, 2021, S. 157 ff. u.ö.

56 Koalitionsvertrag, S. 64.

57 Vgl. nur Neumann, Die externe Qualitätssicherung im Krankenhausrecht, 2019, S. 216 ff.

zunehmenden Multimorbidität⁵⁸ nötige Modernisierung der technischen Infrastruktur und insbesondere der Digitalisierung bis hin zum Einsatz von KI den heutigen Anforderungen gewachsen sein.

(4) Für Patientinnen und Patienten verspricht der Betrieb einer unternehmerisch geführten Einheit mit deutlich breiterer Personalausstattung und der erleichterten Möglichkeit der Schaffung von Zweigpraxen (auch in ländlichen Räumen) auf Ganze gesehen flexiblere, vor allem längere Öffnungs- und Sprechstundenzeiten, das Vorhandensein von Urlaubs- und Krankheitsvertretungen und Ähnliches.

(5) Aus der Sicht der angestellten Ärzte und der anderen medizinisch tätigen Personen im MVZ kommt es zu einer Entlastung von bürokratischen Anforderungen und von unternehmerischen Risiken, nicht zuletzt haftungsbezogener Art.⁵⁹ Für die in jedem Organisationsmodell unverzichtbaren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter verbindet sich hiermit die Erwartung flexiblerer Arbeitszeiten, erweiterter Teilzeitmöglichkeiten, erleichterter Vereinbarkeit von Familie und Beruf und eine insgesamt erhöhte Attraktivität für jüngere Ärzte, namentlich auch für jüngere Ärztinnen. Letzteres erscheint angesichts des wachsenden Anteils von Frauen in der Medizin umso wichtiger.

2. Spezifische Vorzüge von näpkMVZ

Die im Mittelpunkt dieser Untersuchung stehenden wirtschaftlich von nichtärztlichen Kapitalgebern getragenen MVZ gehören (nicht immer, aber doch häufiger) einer Gruppe an, die an mehreren Standorten, teilweise auch in verschiedenen Bundesländern, tätig ist. Dies erweitert den Vorteil eines institutionalisierten Wissens- und Erfahrungsaustausches (1, (1)) noch einmal zusätzlich.

Vor allem aber realisieren sich die bei 1 zu (2) bis (5) beschriebenen Vorzüge eines MVZ im Einzelfall noch einmal mehr, wenn (was nicht stets der Fall sein muss, aber doch in gewisser Häufigkeit der Fall sein wird) eine noch größere Zahl von Mitarbeitenden, eine nochmals erhöhte unternehmerische Kompetenz und vor allem eine nochmals erhöhte finanzielle Potenz im wahrsten Sinne des Wortes hinter der ganzen Einrichtung steht.⁶⁰

D. Rechtspolitische Kontexte

Nachfolgend werden (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) einige Beobachtungen aus der Lektüre aktueller rechtspolitischer Verlautbarungen aus dem Koalitionsvertrag der die gegenwärtige Bundesregierung tragenden sog. Ampel-Parteien bzw. deren politischem Umfeld skizziert. Die wichtigsten Beobachtungen sind die folgenden:

Im Koalitionsvertrag der Ampel-Parteien (2021 bis 2025) finden sich im Abschnitt „Ambulante und stationäre Gesundheitsversorgung“ (ab S. 66 f.) keine Aussagen, die darauf hindeuten würden, dass Verbote und Beschränkungen für bestimmte Arten von MVZ zum politischen Programm der neuen Bundesregierung gehören würden. Ganz im Gegenteil heißt es gleich zu Beginn dieses Abschnitts, dass „durch den Ausbau multiprofessioneller, integrierter Gesundheits- und Notfallzentren ... eine wohnortnahe, bedarfsgerechte, ambulante und kurzstationäre Versorgung“ sichergestellt und gefördert werden soll. Neben dem bereits erwähnten Thema CHN (unter der Flagge „Gemeindeschwestern“ adressiert) wird als weiteres Ziel formuliert, „geschlechtsbezogene Unterschiede“ berücksichtigen und „Diskriminierungen und Zugangsbarrieren“ abbauen zu wollen.

58 Darauf weist „sogar“ die Bundesärztekammer in ihrem Positionspapier „Positionen der Bundesärztekammer zum Regelungsbedarf für medizinische Versorgungszentren“, S. 2. hin.

59 Siehe auch die Stellungnahme des BBMV e.V. v. 16.3.2023, S. 11.

60 Ausführlicher zu diesen gesundheitsökonomischen Aspekten im weiteren Sinne Fricke/Köhler/Rau, Memorandum zur Versorgung mit MVZ, S. 13 ff., 17 ff.

Im Abschnitt „Klimaschutz in einer sozial-ökologischen Marktwirtschaft“ heißt es unter der Überschrift „Gesundheitswirtschaft“: „Eine innovative Gesundheitswirtschaft ist Grundlage des weiteren medizinischen Fortschritts und birgt gleichzeitig viel Potenzial für Beschäftigung und Wohlstand.“ Dabei sollen „Effizienzpotenziale“ gehoben und Maßnahmen ergriffen werden, um „dem Personalmangel im Gesundheitswesen“ zur Fachkräftesicherung entgegenwirken zu können (S. 29). Kurz darauf wird „die Sicherung von Wohlstand“ und (u.a.) „eine hohe Qualität in Gesundheit ...“ als durch den Mangel an qualifizierten Fachkräften bedroht erachtet (S. 32), verbunden mit dem Ziel, „eine höhere Erwerbsbeteiligung von Frauen“ anstreben zu wollen.

Recht weit gediehen sind bereits die Pläne für eine Reform des Krankenhauswesens und dabei

insbesondere zur Stärkung sektorenübergreifender Ansätze.⁶¹ So hat die „Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung“ am 6.12.2020 eine „Dritte Stellungnahme und Empfehlung“ vorgelegt, in dem auf einer künftig zu schaffenden Versorgungsstufe „Level-1i Einrichtung“ regionale Gesundheitszentren mit ambulanten Behandlungsmöglichkeiten tätig werden können.⁶² Darin liegt eine erste Ausprägung des eingeschlagenen Wegs in Richtung stärkerer Ambulantisierung als zentralem Instrument zur Überwindung von Versorgungsengpässen, Abmilderung von Personalproblemen und Schließung von Finanzierungslücken und insgesamt zur Verbesserung von Qualität und Effizienz in der Versorgung.

61 Ausführlich hierzu Wollenschläger, NZS 2023, S. 8 ff.

62 Zu weiteren Elementen sowie zu den verfassungsrechtlichen Parametern aktuell Burgi/ Nischwitz, KrV 2023, Heft 2, S. 1 ff.

Teil 2: Relevante Anforderungen des Verfassungs- und des Europarechts

A. Verfassungs- und europarechtliche Schutznormen

Das Eingreifen einer oder mehrerer der nachfolgenden Schutznormen hat zur Folge, dass die in der jeweiligen Schutznorm genannten Anforderungen an die Rechtfertigung der hier infrage stehenden gesetzgeberischen Maßnahmen erfüllt sein müssten. Dies könnte erforderlichenfalls von allen jeweils in den Schutzbereich einbezogenen Betroffenen auch gerichtlich geltend gemacht werden.

I. Grundrechte des Grundgesetzes

1. Grundrechte der Trägerunternehmen

a) Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Der Schutz dieses Grundrechts kommt über Art. 19 Abs. 3 GG jedenfalls allen inländischen Personenmehrheiten zugute. Nach ständiger Praxis werden aber auch Unternehmen mit Sitz im EU-Ausland über eine entsprechend verstärkte Auslegung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG bzw. des Art. 19 Abs. 3 GG in die Schutzgarantie (mit vergleichbarem Standard) einbezogen.⁶³ Wie bereits dem Wortlaut der Grundrechtsverbürgung zu entnehmen ist, wird sowohl die Berufsausübung als auch die Berufswahl geschützt. Innerhalb der Berufsfreiheit werden sämtliche Teilelemente selbstständiger wirtschaftlicher Betätigung umfasst, die Dispositions- und Vertragsfreiheit, die Wettbewerbsfreiheit, aber auch die Organisation der jeweiligen Berufsausübung, das Verhalten in etwaigen Wettbewerbssituationen, die Entscheidung über die Auswahl und den Einsatz des Personals einschließlich dessen Vergütung, ferner die Entscheidung über den Einsatz bzw.

Nichteinsatz von Kapital zwecks Erreichung bestimmter unternehmerischer Erfolge. Ebenfalls als Teil der Berufsfreiheit geschützt ist der von einem Unternehmen durch Vertriebsstrategien oder Innovationen erarbeitete Wissensbestand, weswegen der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (anders als bei Privatpersonen) nicht dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG, sondern dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG zugeordnet ist.⁶⁴

Selbstverständlich sind sowohl niedergelassene Ärzte mit Privatpraxen als auch Gesundheitsunternehmen (etwa im pharmazeutischen Bereich sowie beim Betrieb von Privatkliniken oder Privatpraxen) in den Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit einbezogen. Im vorliegenden Zusammenhang geht es aber – spezifischer – um die Teilnahme an der sog. vertragsärztlichen Versorgung nach näherer Maßgabe des SGB V. Hierdurch sind die Leistungserbringer in ein gesetzliches System einbezogen. Ihre Zulassung zur Teilnahme an diesem System eröffnet wertvolle (und angesichts des vergleichsweise geringen Anteils von Privatpatienten in der Regel unverzichtbare) wirtschaftliche Möglichkeiten und dient dabei gleichzeitig der Qualitätssicherung und der Steuerung der Versorgungsinfrastruktur.⁶⁵ Dennoch ist der grundrechtliche Status der zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Akteure nicht etwa leistungs- oder teilhaberechtlicher Natur. Vielmehr hat das BVerfG in einer Grundsatzentscheidung zur Krankenhausplanung vom 17.6.1990 eingehend beschrieben, dass bereits die Errichtung des Systems (hier: das der vertragsärztlichen Versorgung nach §§ 95 ff. SGB V) einen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1

⁶³ Ausführlich hierzu Burgi, in: BK GG, Stand Februar 2019, Art. 12 Rn. 88 ff. m.w.N.

⁶⁴ Ausführlich zu den einzelnen Teilgehalten (jeweils mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG) Burgi, in: BK GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 45 ff., 258 f.

⁶⁵ Vertiefend Wenner, in: FS Eichenhofer, 2015, S. 697.

GG darstelle und ihm „berufsregelnde Tendenz“ zukomme.⁶⁶

Diese Rechtsprechung wurde in der Folgezeit auf das Vertragsarztrecht erstreckt.⁶⁷ Denn auch hier steht am Anfang der einzelnen Zulassungs- und Verteilungsmaßnahmen eine Verknappungsentscheidung des Gesetzgebers. Das wiederum hat zur Folge, dass sich die nachfolgenden hoheitlichen Maßnahmen, insbesondere die Verweigerung der Aufnahme einzelnen Leistungserbringer in das System, Vergütungsregeln und sämtliche Reformmaßnahmen, die zum Verlust bisheriger Betätigungsmöglichkeiten führen, als Perpetuierungen einer grundrechtlichen Eingriffswirkung darstellen. Dies wurde in der Folgezeit wiederholt bestätigt.⁶⁸ Das BVerfG hat in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2004 ausdrücklich festgestellt, dass die einzelnen Vertragsärzte zwar nicht bereits aufgrund ihres Zulassungsstatus einen Rechtsanspruch auf die Sicherung einer wirtschaftlich ungefährdeten Tätigkeit genießen würden, vielmehr „ihre Wettbewerbsposition und ihre Erträge ... grundsätzlich dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen“ unterliegen würden (Rn. 21). Eine Wettbewerbsveränderung durch nachträglichen staatlichen Akt sei aber eine rechtfertigungspflichtige Beeinträchtigung des Grundrechts der Berufsfreiheit. Dies gilt insbesondere für staatliche Maßnahmen „im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel“.

Seitdem auch die vertragsärztliche Versorgung im Kooperations- und Organisationsrahmen eines MVZ in das System des SGB einbezogen worden ist (durch § 95 Abs. 1 S. 1 u. 2 SGB V), sind auch die insoweit unternehmerisch tätigen Akteure in diesen

Schutzstatus (als Konsequenz des Einrückens in den Zulassungsstatus) erfasst. Grundrechtsträger sind dabei nicht die MVZ selbst, sondern ihre Träger, d.h. die jeweiligen Trägergesellschaften.⁶⁹ Auch dies ist mittlerweile in ständiger Rechtsprechung des BSG anerkannt.⁷⁰ Der den MVZ-Trägern gewährte Schutz erstreckt sich zunächst auf bereits zugelassene Träger (gegenüber Verschlechterungen des bisherigen Status). Sodann wirkt er auch gegenüber an einer Zulassung bzw. der Aufnahme eines Betriebs zu den bislang geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen Interessierten.

Dies wird umstandslos (wenngleich ohne nähere grundrechtsdogmatische Begründung) auch in den bisherigen Einschätzungen zu den hier zu untersuchenden Reformmaßnahmen eingeräumt.⁷¹ Bereits in der Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins (durch den Medizinrechtsausschuss) zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der Gesetzlichen Krankenversicherung aus Juni 2011 (Stellungnahme Nr. 35/211), heißt es unter Ziffer 3, dass mit der seinerzeit infrage stehenden Verschlechterung der Rahmenbedingungen die „zum Betrieb medizinischer Versorgungszentren berechtigten sonstigen Leistungserbringer für die Zukunft ausgeschlossen“ würden und sich dies als Beeinträchtigung der Berufswahlfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG darstelle.

b) Relevanz des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG

Während die Freiheitsrechte die vertikale Perspektive zwischen dem Staat und den seinen Anordnungen grundsätzlich unterworfenen privaten Rechtsträgern betreffen, bildet der

66 BVerfGE 82, 209.

67 Ausführlich BVerfG, B. v. 17.8.2004, 1 BvR 378/00, MedR 2004, 680.

68 BVerfG, NJW 1998, S. 1776; aus dem Schrifttum: Schnapp/Nolden, in: Schnapp/Wigge (Hrsg.), Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2018, § 4 Rn. 39 ff. und Rn. 50.

69 So explizit BSG, 16.5.2018, B 6 KA 1/17 R, Rn. 33.

70 BSG v. 9.4.2008, B 6 KA 40/07 R, juris, Rn. 37; BSG, 9.2.2011, B 6 KA 12/10 R; vertiefend und m.w.N. Pawlita, in: juris PK, SGB V, § 95 Rn. 53 u. 84.

71 So im Ladurner-Gutachten, S. 89; im Sodan-Gutachten, S. 40, und bei Wenner, Gesundheitsrecht.blog, Beitrag Nr. 2, Jahrgang 2023 IV 1.

allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG die horizontale Perspektive zwischen den einzelnen Grundrechtsträgern ab und fragt, ob durch die inkriminierte staatliche Regelung nicht ungerechtfertigte Differenzierungen bewirkt werden. Auch im vorliegenden Zusammenhang stehen etwaigenfalls nicht gerechtfertigte Differenzierungen im Raum: Zum Ersten zwischen den investorengetragenen MVZ und den ebenfalls von Investoren getragenen Krankenhäusern und zum Zweiten zwischen den nÄpkmVZ und den von nichtprivaten Kapitalgebern getragenen MVZ.

Das BVerfG stellt im Umgang mit gesetzgeberischen Maßnahmenpaketen, denen sowohl eine gleichheits- wie eine freiheitsrechtliche Relevanz zukommt, auf den Schwerpunkt der Grundrechtsbeeinträchtigung ab. Dabei zieht es den allgemeinen Gleichheitssatz insbesondere im hier einschlägigen Kontext des Berufsfreiheitsgrundrechts regelmäßig bereits im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung bei Art. 12 Abs. 1 GG heran. Dies dient dem Zweck, den Gesetzgeber auf gerechtfertigte Differenzierungen innerhalb einer an sich verhältnismäßigen Regelung zu verpflichten und geschieht grundrechtsdogmatisch innerhalb des Unterpunkts „Angemessenheit“ in der der Verhältnismäßigkeitsprüfung⁷² der jeweils rechtfertigungspflichtigen Maßnahme.

c) *Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG*

Das Verhältnis der Berufsfreiheit zur Eigentumsgarantie wird vom BVerfG dahingehend differenziert, dass Art. 14 Abs. 1 GG eine strikt „objektbezogene Gewährleistungsfunktion“ hat, also nur konkrete, bestehende Rechtspositionen schützt, während die ihm aufgrund seiner Arbeitskraft und Leistungsfähigkeit zum Erwerb

offenstehenden „Chancen und Verdienstmöglichkeiten“, d.h. die Erwerbstätigkeit als solche, dem Grundrecht der Berufsfreiheit zugeordnet werden.⁷³ Oftmals lässt das Gericht offen, ob durch ein und dieselbe staatliche Maßnahme beide Grundrechte tatbestandlich betroffen sind. Es nimmt dann eine wertende Betrachtung unter Berücksichtigung des „Schwerpunkts der Maßnahme“ vor.⁷⁴ Vielfach lässt das Gericht auch offen, ob neben dem einen auch das andere Grundrecht betroffen ist und verweist auf die für die Rechtfertigung jedenfalls identischen Maßstäbe.⁷⁵ Dieser pragmatische Weg wäre nur dann nicht gangbar, wenn die infrage stehenden staatlichen Maßnahmen nicht nur abgewehrt werden sollen, sondern darüber hinaus eine staatshaftungsrechtliche Dimension im Raum steht. Danach sieht es im hier zu beurteilenden Zusammenhang jedenfalls gegenwärtig nicht aus, wenngleich die insbesondere im Positionspapier der BÄK vorgesehene Übergangsfrist verfassungsrechtliche Probleme aufwirft (dazu Teil 3 B VII).

Daher kann nach dem gegenwärtigen Stand der zu beurteilenden politischen Verlautbarungen offen bleiben, ob eine vertragsärztliche Praxis in Gestalt eines MVZ als vermögenswerte Rechtsposition i.S.v. Art. 14 Abs. 1 GG in Betracht kommt.⁷⁶ Grundsätzlich ist anerkannt, dass auch subjektiv-öffentliche Rechte (wie jene hier durch die Zulassungsentscheidung verliehene Rechtsposition) vom Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG umfasst sein können, wenn sie (wie hier) dem Rechtsträger als privatnützig zugeordnet sind und auf nicht unerheblichen Eigenleistungen beruhen.⁷⁷ Sowohl der BGH⁷⁸ als auch das BSG⁷⁹ haben daher zugunsten einer Einbeziehung der Befugnis zur Teilnahme an der vertragsärztlichen

72 Vgl. BVerfGE 121, 317 (358); näher Wollenschläger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Band I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 329 f.

73 Seit BVerfG 30, 292 (335).

74 So explizit BVerfGE 121, 317 (345).

75 So etwa BVerfGE 110, 141 (166 f.).

76 Dahingehend Schnapp/Nolden, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 2 Rn. 94; Sodan, in: Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. Aufl. 2018, Rn. 94.

77 Vgl. nur BVerfGE 112, 368 (396).

78 BGH, NJW 1983, S. 2000 (2002).

79 BSG, NJW 1957, S. 1691 f.

Versorgung im Hinblick auf die Eigentumsgarantie entschieden, während das BVerfG sich insoweit noch nicht positioniert hat.⁸⁰ Im Hinblick auf ein MVZ dürften jedenfalls die aufgrund dieser öffentlich-rechtlichen Zulassung geschaffenen Vermögenspositionen den Schutz der Eigentumsgarantie erfassen, jedenfalls dann, wenn man erstens „den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ als Schutzposition des Art. 14 GG anerkennt und zweitens hierunter auch die in der Sache ärztliche Tätigkeit, soweit sie unternehmerisch ausgeübt wird, subsumiert.⁸¹

2. Grundrechtsschutz der angestellten Ärzte im MVZ

Wie eingangs festgestellt, wären von den infrage stehenden Verboten und Beschränkungen zulasten der MVZ voraussichtlich mehrere 1000 Ärztinnen und Ärzte, die dort bisher als Angestellte tätig sind, negativ betroffen. Dies lenkt den Blick auf die (oftmals übersehene) ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG ausdrücklich geschützte Freiheit, den „Arbeitsplatz“ zu wählen. In den Schutzbereich dieses Grundrechts fällt die Wahl eines bestimmten Arbeitgebers, und zwar nicht lediglich in räumlicher Hinsicht („Platz“), sondern in Bezug auf das „gesamte Arbeitsverhältnis“ im Sinne der organisatorischen Abläufe und im Sinne der Zusammenarbeit mit anderen Menschen und mit Hilfe von Instrumenten etc.⁸²

Dies kann freilich nicht bedeuten, dass jegliche gegenüber Unternehmen gerichtete staatliche Maßnahme mit Belastungscharakter zugleich einen Eingriff in die Grundrechte der bislang dort Tätigen darstellt. So ist z.B. das BVerfG im Zusammenhang mit der Beurteilung des Atomausstiegs nicht auf den Gedanken gekommen, neben den Grundrechten der Betreiber der Kraftwerke auch die der dort arbeitenden Ingenieure und

Facharbeiter zu prüfen. Im vorliegenden Zusammenhang steht aber mehr als lediglich der etwaige Verlust eines Arbeitsplatzes infolge belastender Maßnahmen gegenüber dem Arbeitgeber im Raum. Vielmehr ist der Arbeitsplatz „MVZ“ explizit und von vornherein dadurch charakterisiert, dass in ihm gänzlich andere Abläufe, Kooperationsstrukturen und Beschäftigungsbedingungen obwalten als bei niedergelassenen Vertragsärzten, und die einzelnen dort tätigen Ärztinnen und Ärzte haben sich vielfach gerade bewusst für diese Abläufe und Verhältnisse entschieden.

Das BVerfG hat in seiner bisherigen Rechtsprechung anerkannt, dass die Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes jedenfalls den Modus der beruflichen Betätigung von Arbeitnehmern in räumlicher und vertraglicher Hinsicht⁸³ und die besonders wichtige Wahl zugunsten eines bestimmten Arbeitgebers⁸⁴ (und dies schließt m.E. ein: einer bestimmten Kategorie von Arbeitgebern) umfasst.

Würde der Gesetzgeber mithin die Kategorie des MVZ als solche durch Verbote dahingehend einschränken, dass diese Art von Arbeitsplatz gar nicht oder nur noch in sehr geringem Maße zur Verfügung stünde, wäre m.E. der hiermit verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit auch gegenüber den angestellten Ärzten rechtfertigungspflichtig. Dies hat zur weiteren Konsequenz, dass auch dieser Personenkreis Rechtsschutz vor den zuständigen Gerichten suchen könnte.

3. Grundrechte der verwertungsinteressierten Vertragsärzte

Wie bereits festgestellt, kann eine Vertragsarztpraxis als eingerichteter und ausgerichteter Betrieb grundsätzlich dem

80 Vertiefend Shirvani, NZS 2014, S. 641 (643).

81 Dafür Papier/Shirvani, in: Dürig/Herzog/Scholz, Stand Sept. 2022, GG, Art. 14 Rn. 200; ausführlicher Ströttchen, KrV 2020, 98 (100 f.).

82 Ebenso Nolte, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 27; Burgi, in: BK GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 126.

83 BVerfGE 84, 133 (146); BVerfGE 85, 360 (373).

84 BVerfGE 85, 2060 (373).

Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG unterfallen. Dies schließt dann auch die Befugnis zu ihrer wirtschaftlichen Verwertung nach Abschluss der eigenen Tätigkeit als bisheriger Inhaber des Vertragsarztsitzes mit ein. Will also ein bisher niedergelassener tätiger Vertragsarzt nach Ende seiner eigenen Tätigkeit die Praxis wirtschaftlich dahingehend verwerten, dass er sie in ein MVZ einbringen möchte (unter den oben geschilderten Modalitäten des SGB V), dann kann er sich gegenüber Verboten bzw. Beschränkungen dieser Möglichkeit grundsätzlich auf die Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG berufen.⁸⁵

4. Grundrechte der Patientinnen und Patienten

Ähnlich wie auch die in einem MVZ tätigen Ärzte haben sich auch die dort behandelten Patienten vielfach explizit und in der Hoffnung darauf, dass sich die in Teil 1 C beschriebenen Vorzüge einer Behandlung im MVZ realisieren, für diesen Akteur der vertragsärztlichen Versorgung entschieden. Nun ist das Recht auf freie Arztwahl seit jeher ein anerkannter Bestandteil des Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG⁸⁶ und hat ausdrücklichen Niederschlag auf der Ebene des einfachen Rechts in § 76 Abs. 1 S. 1 SGB V gefunden. Diese Vorschrift bildet eine Art (überdies subjektivrechtlich akzentuiertes) Pendant zu der in § 1 Abs. 2 S. 1 u. 2 KHG (für den Krankenhausbereich) ausdrücklich proklamierten Trägervielfalt.

M.E. liegt es in der Konsequenz des Rechts der Patienten auf freie Arztwahl, nicht nur im Hinblick auf einzelne, jeweils zugelassene Anbieter frei auswählen zu können, sondern auch, sich entweder für die Kategorie „niedergelassener Vertragsarzt“ oder für die Kategorie „MVZ“ zu entscheiden. Erkennt man dies an, sind die infrage stehenden Verbote und Beschränkungen teilweise jedenfalls auch gegenüber den Patienten (und dieses Mal am

Maßstab des Art. 2 Abs. 1 GG) rechtfertigungspflichtig.

II. Grundfreiheiten des AEUV

Art. 49 Abs. 2 AEUV gibt natürlichen und juristischen Personen das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat eine dauernde selbstständige Tätigkeit zu den gleichen Bedingungen wie Inländer auszuüben. Die hierdurch geschützte Niederlassungsfreiheit verlangt nicht nur, mitgliedstaatliche Maßnahmen zu rechtfertigen, die unterschiedslos auf In- und Ausländer anwendbar sind. Vielmehr verbietet die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV (wie sich ausdrücklich aus Art. 49 Abs. 1 S. 1 AEUV ergibt) grundsätzlich auch Beschränkungen, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit „unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen“.⁸⁷ Er ist mithin Sitz nicht nur eines Diskriminierungs-, sondern auch eines Beschränkungsverbots. Rechtfertigungspflichtig sind damit sämtliche mitgliedstaatliche Maßnahmen, die den Zugang zum Markt dieses Mitgliedstaats beschränken.

Dies gilt im vorliegenden Zusammenhang bereits für die (in der Sache allerdings nicht infrage stehende) Notwendigkeit der vorherigen Zulassung für eine Tätigkeit als MVZ, vor allem aber für die Verbote hinsichtlich des Kreises der Gründungsberechtigten und damit auch für etwaige zusätzliche Verbote, wie beispielsweise gegenüber fachgleichen MVZ oder im Hinblick auf bestimmte Versorgungsräume bzw. fachliche Zusammenhänge. Durch mitgliedstaatliche Maßnahmen dieser Art wird es nicht erfassten Leistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten der EU verwehrt, ein MVZ zu gründen bzw. ein solches zu betreiben.⁸⁸ Betroffen sind hierdurch etwa Krankenhausbetreiber mit Hauptsitz im

⁸⁵ Näher dazu Ströttchen, KrV 2020, S. 98 ff.

⁸⁶ Vgl. Lang, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, 8. Aufl. 2022, § 76 Rn. 4; wengleich noch offengelassen von BVerwGE 60, 367 (370).

⁸⁷ EuGH, U.v. 17.7.2008, Rs. C-500/06 (Corporación Dermoeestética), Rz. 32.

⁸⁸ Ebenso Rogmann, GesR 2015, S. 385 ff.

europäischen Ausland,⁸⁹ aber auch Beteiligungsgesellschaften mit Sitz im EU-Ausland, die als wirtschaftliche Eigentümer einer MVZ-Trägergesellschaft mit Sitz im Inland anzusehen sind. Anders als teilweise im Sekundärrecht (vgl. insbesondere Art. 2 Abs. 2 lit. f) der EU-Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG) kennt das Primärrecht der Niederlassungsfreiheit keine Herausnahme des Gesundheitssektors aus dem Schutzbereich.

Dahingestellt bleiben kann, ob teilweise (namentlich im Hinblick auf die diskutierte Transparenzpflicht auch im Hinblick auf lediglich passive Finanzinvestoren ohne die Möglichkeit der Ausübung einer unternehmerischen Kontrolle) die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV beeinträchtigt ist. Denn infolge der langjährigen Rechtsprechung des EuGH würden sich daraus keine anderen Rechtfertigungserfordernisse ergeben. Allerdings ist der Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit insoweit weiter, als er sich auch auf Investitionen aus Drittstaaten erstreckt. Verbote bzw. Beschränkungen, die explizit und spezifisch auf eine sog. Portfolioinvestition abzielen, und dadurch Investoren aus Nicht-EU-Staaten beeinträchtigen, wären also zusätzlich an der Kapitalverkehrsfreiheit zu messen (wie bereits festgestellt aber anhand der gleichen Maßstäbe wie Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit). Verbote und Beschränkungen, die die Kapitalbeteiligung von Investoren mit Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen beschränken (also sog. Kontrollbeteiligungen von mindestens 25 %),⁹⁰ unterfallen nach dem neueren Ansatz des EuGH derjenigen Grundfreiheit, die schwerpunktmäßig betroffen ist, bei kontrollierenden Investoren also der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV.⁹¹

B. Anforderungen an den rechtfertigenden Gemeinwohlbelang je Rechtfertigungsgrundlage

I. Anforderungen an Eingriffe in Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 u. 2 Abs. 1 GG

Erste Konsequenz des Vorliegens von Eingriffen in die im vorherigen Abschnitt beschriebenen Schutzpositionen ist das grundsätzliche Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage. So ist namentlich in Art. 12 Abs. 1 GG ausdrücklich geregelt, dass Eingriffe entweder „durch Gesetz“ oder jedenfalls „aufgrund eines Gesetzes“, d.h. durch Verordnung i.S.d. Art. 80 GG erfolgen können. Unter bestimmten Voraussetzungen können Eingriffe in die Berufsfreiheit auch auf Satzungsregelungen gestützt werden, die dann aber einer ausdrücklichen parlamentsgesetzlichen Ermächtigung bedürfen und sich innerhalb der Autonomie des jeweiligen Satzungsgebers halten müssen; grundsätzlich dürfen per Satzung keine Verbote und Beschränkungen gegenüber Nicht-Mitgliedern der jeweiligen Selbstverwaltungsorganisation verfügt werden.⁹²

1. Berufsausübungs- und Berufswahlregelungen

Beim Grundrecht der Berufsfreiheit dient zur ersten Orientierung nach wie vor die sog. Drei-Stufen-Lehre, die das BVerfG in seinem Apothekenurteil im Jahr 1958 erstmals zugrunde gelegt hat.⁹³ In der Sache führt es bis heute eine im Wesentlichen diesem Strukturierungsansatz folgende Rechtfertigungsprüfung durch.⁹⁴ Dies ist auch im Schrifttum überwiegend akzeptiert.⁹⁵ In der Sache handelt es sich um eine Spezifizierung der allgemeinen grundrechtlich-rechtsstaatlich

89 Explizit Schnapp/Nolden, ZESAR 2012, S. 452 (459).

90 EuGH, C-492/04, Rn. 21 (Lasertec); EuGH, C-81/09, Rn. 51 (Idryma Typou).

91 Vertiefend hierzu Sedlaczek/Züger, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Rn. 31 ff. m.w.N.

92 Vgl. hier zunächst nur Burgi, in: BK GG, Art. 12 Abs. 1, Rn. 182.

93 BVerfGE 7, 377 (400 ff.).

94 Vgl. BVerfGE 25, 1 (17 ff.); BVerfGE 84, 133 (151 f.); BVerfGE 103, 171 (183 f.); BVerfGE 145, 20 (27).

95 Vgl. statt vieler Breuer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 171 Rn. 14 ff.; Sodan, NJW 2003, S. 257.

fundierten Verhältnismäßigkeitsprüfung. Im Ausgangspunkt geht es darum, zwischen Eingriffen in die Berufsausübungsfreiheit einerseits und Eingriffen in die Berufswahlfreiheit andererseits (wie bereits im Text der Verfassungsnorm angelegt) zu unterscheiden.

Innerhalb der Berufswahlregelungen gibt es einerseits subjektive Berufszugangsvoraussetzungen, d.h. staatliche Maßnahmen, die in das persönliche Verhalten, an bestimmte Eigenschaften, Fähigkeiten bzw. Kenntnisse der Grundrechtsträger anknüpfen und diese zur Voraussetzung für den Zugang zu einem Beruf machen. Davon zu unterscheiden sind objektive Berufszugangsvoraussetzungen. Hierbei handelt es sich um Kriterien, die ohne Zusammenhang mit einem Verhalten bzw. mit bestimmten Eigenschaften, Fähigkeiten etc. der betroffenen Personen den Zugang zu einem Beruf reglementieren und mithin nicht von diesen Personen beeinflussbar sind.⁹⁶ Wichtige Beispiele hierfür bilden numerische Zugangssperren und Erweiterungsverbote.⁹⁷

2. Potenzielle Gemeinwohlbelange

Auf allen drei Stufen können Eingriffe nur gerechtfertigt werden, wenn sie „im Interesse des Gemeinwohls“ erfolgen, also von öffentlichen Zwecken und nicht etwa von Partikularinteressen einzelner Gruppen oder gar Mitbewerbern der von den Eingriffen Belasteten getragen sind. Diese grundlegende, allgemein geltende Anforderung wird in dem Maße gesteigert, in dem Eingriffe auf der zweiten oder dritten Stufe angesiedelt sind. Durchgehend, d.h. auf keiner Stufe keine legitime Zwecke bilden der Schutz von Unternehmen vor Konkurrenz,⁹⁸ die Bewahrung überlieferter

Berufsbilder⁹⁹ und auch nicht die angeblich erleichterte staatliche Überwachung der betreffenden Berufstätigkeit.¹⁰⁰

Subjektive Berufszugangsregelungen können überhaupt nur unter Berufung auf den Schutz „eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts“ gerechtfertigt werden.¹⁰¹ Als besonders wichtige Gemeinschaftsgüter in diesem Sinne wurde u.a. anerkannt der Schutz der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung und die Stabilität der Gesetzlichen Krankenversicherung.¹⁰² Hierbei ist zu beachten, dass anders als etwa im Gewerberecht die innerhalb der vertragsärztlichen Versorgung Tätigen sich innerhalb eines zuvor errichteten Bedarfs- und Planungssystems bewegen, weswegen das BVerfG seit langem die Sicherung von dessen finanzieller Stabilität (einschließlich der Beitragssatzstabilität) als „besonders wichtige Gemeinschaftsgüter“ anerkannt hat.¹⁰³

Zur Rechtfertigung objektiver Berufszugangsvoraussetzungen sind die Anforderungen an den rechtfertigenden Gemeinwohlbelang in zweifacher Hinsicht gesteigert. Zum einen muss es sich um ein „überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ handeln, und zum anderen müssen diesem „nachweisbare oder höchstwahrscheinlich schwere Gefahren“ drohen.¹⁰⁴

Bei der Zuordnung bestimmter Eingriffe zu der einen oder anderen Stufe praktiziert das BVerfG einen flexiblen Ansatz. Wenn sich beispielsweise eine Ausübungsregelung als so intensiv erweist, dass sie eine sinnvolle Ausübung des Berufs unmöglich erscheinen lässt, werden an sie die Maßstäbe für Berufswahlbeschränkungen angelegt.¹⁰⁵ Das Gleiche gilt für subjektive Berufszugangsschranken, wenn sie nach Inhalten

96 Vgl. statt vieler Burgi, in: BK GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 191 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

97 Vgl. Breuer, a.a.O., § 171 Rn. 71 f.

98 BVerfGE 97, 12 (31); BVerfGE 121, 112 (143).

99 BVerfGE 81, 70 (86).

100 BVerfGE 86, 28 (44).

101 BVerfGE 13, 97 (107); BVerfGE 119, 59 (82 f.); BVerfG NJW 2017, S. 3705, Rn. 20.

102 BVerfGE 78, 179 (192); BVerfGE 103, 172 (184 f.).

103 BVerfGE 68, 193 (218); BVerfGE 78, 179 (192); BVerfGE 114, 196 (244).

104 BVerfGE 75, 284 (296); BVerfGE 122, 112 (141).

105 So BVerfGE 30, 292 (315 f.); BVerfGE 123, 186 (239).

und Wirkung einer objektiven Berufszugangsschranke gleichkommen.¹⁰⁶

Auf allen drei Stufen wird dem Gesetzgeber ein Spielraum dahingehend zuerkannt, von ihm politisch für wichtig erachtete Zwecke zu öffentlichen Zwecken zu definieren.¹⁰⁷ Selbst auf der dritten Stufe der objektiven Berufszugangsregelungen kommen also nicht nur öffentliche Zwecke in Betracht, die ihrerseits in der Verfassung verankert sind.¹⁰⁸

3. Verhältnismäßigkeit

Bezogen auf die sonach ermittelten Anforderungen an die potenziell rechtfertigenden Gemeinwohlbelange müssen die zu ihrer Verwirklichung angeordneten staatlichen Eingriffsmaßnahmen bei allen infrage stehenden Grundrechten allen drei Erfordernissen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen, d.h. sie müssen geeignet, erforderlich und angemessen sein.

4. Spezifische Umstände bei den anderen Grundrechten

Mit Blick auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG stünden im vorliegenden Zusammenhang (namentlich im Hinblick auf einen an einer wirtschaftlichen Verwertung interessierten bisherigen niedergelassenen Vertragsarzt) sog. Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.v. Art. 14 Abs.1 S.2 GG im Raum. Auch hier müssten sämtliche drei Teilelemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beachtet werden und bedarf es selbstverständlich einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Materiellrechtliche Bezugspunkte sind auch hier nur legitime öffentliche Zwecke und die weitere Prüfung hängt selbstverständlich von der Intensität, der Schwere und Tragweite der Eigentumsbeeinträchtigung ab.¹⁰⁹ Entsprechendes

gilt im Hinblick auf das Grundrecht der Patienten auf freie Arztwahl, das durch Art.2 Abs.1 GG geschützt ist. Dieses Grundrecht kann durch Gesetze eingeschränkt werden, die den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen und auch sie müssen auf legitime öffentliche Zwecke gestützt sein.¹¹⁰

5. Rechtsstaatlicher Vertrauensschutz

Im Zusammenhang mit den Wirtschaftsgrundrechten der Art.12 und insbesondere des Art.14 Abs.1 GG kann dann, wenn einzelne Verbote bzw. Beschränkungen auch bereits in Gang gesetzte Sachverhalte betreffen, also ein Fall der sog. unechten Rückwirkung vorliegt, überdies der im jeweiligen Grundrecht verankerte rechtsstaatliche (vgl. Art.20 Abs.3 GG) Grundsatz des Vertrauensschutzes zu prüfen sein.

II. Anforderungen an Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit

Bei Eingriffen in die Niederlassungsfreiheit nach Art.49 AEUV sieht Art.52 AEUV eine explizite Rechtfertigungsgrundlage dahingehend vor, dass diskriminierende Maßnahmen nur „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit“ gerechtfertigt werden können. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass erst recht die weniger belastenden (hier allein infrage stehenden) Beschränkungen aus diesen Gründen grundsätzlich gerechtfertigt werden könnten. Von noch größerer Bedeutung sind aber die für Beschränkungsverbote zusätzlich durch den EuGH entwickelten „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ als Rechtfertigungsgrundlagen. Beschränkungen in diesem Sinne müssen zur Verwirklichung der mit ihnen verfolgten Ziele geeignet sein und dürfen nicht über das zur Erreichung dieser Ziele erforderliche Maß hinausgehen. Dies bedeutet,

¹⁰⁶ So BVerfGE 75, 246 (278).

¹⁰⁷ BVerfGE 81, 156 (189).

¹⁰⁸ Vgl. Manssen, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 12 Rn. 148.

¹⁰⁹ Vgl. hier nur Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 17. Aufl. 2022, Art. 14 Rn. 35 ff.

¹¹⁰ Vgl. hierzu Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 13 ff.

dass auch insoweit jedenfalls zwei der drei Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfen sein werden.¹¹¹

Im Gesundheitswesen hat der EuGH als potenzielle zwingende Gründe des Allgemeininteresses bislang den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung,¹¹² die Kontinuität der Krankenversorgung,¹¹³ die Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen ärztlichen und klinischen Versorgung¹¹⁴ und den Schutz des öffentlichen Gesundheitswesens¹¹⁵ anerkannt. Dies bedeutet freilich nicht, dass die bloße Berufung eines Mitgliedstaats auf einen dieser potenziell rechtfertigungsfähigen zwingenden Gründe ausreicht. Vielmehr besteht jeweils die Verpflichtung, am Maßstab der Niederlassungsfreiheit Gewicht und Tragfähigkeit dieses Belangs zu prüfen und sodann an den weiteren Maßstäben der Geeignetheit und Erforderlichkeit zu bewerten.

C. Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit

I. Geeignetheit

1. Anforderungen unter dem Grundgesetz

Der Teilmaßstab der „Geeignetheit“ wird in dem für die Kassenärztliche Vereinigung Bayern erstatteten Rechtsgutachten von *Sodan* in einem kurzen Absatz abgehandelt, in dem er die Rechtsprechung des BVerfG dahingehend zusammenfasst, dass es ausreichend sei, wenn das gewählte Mittel der Verwirklichung der infrage stehenden Gemeinwohlbelange dienlich sei; nicht verlangt werde, dass es optimal sein müsse.¹¹⁶ Die nachfolgende Untersuchung erweist, dass sich die

Rechtsprechung des BVerfG zu diesem Punkt insbesondere in den vergangenen Jahren deutlich differenzierter entfaltet hat, und dass es insbesondere dann, wenn empirische Studien existieren (nachfolgend c) sowie dann, wenn es um eine Wiedereinführung einer verbotenden bzw. beschränkenden Regelung geht, spezifische Anforderungen zu beachten sind (d).

a) Maßstab

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG im Hinblick auf die Berufsausübungsfreiheit (Entsprechendes gilt für die Eigentumsgarantie und das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit) erfordert das Kriterium der Geeignetheit in der Tat, dass der gewünschte Erfolg (d.h. die Verfolgung des zugrunde gelegten Zwecks) durch die jeweilige Eingriffsmaßnahme „gefördert werden kann“.¹¹⁷ Damit gelangt zum Ausdruck, dass es nicht um das tatsächliche Eintreten eines bestimmten Erfolges geht.

Konkret im Hinblick auf die Verfolgung des öffentlichen Zwecks des Schutzes der Gesundheit hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 11.2.2003 betreffend ein Impfstoffversandverbot für Apotheker aber festgestellt,¹¹⁸ dass „auch zur Begründung von Eignung und Erforderlichkeit“ ein „nachvollziehbarer Wirkungszusammenhang notwendig“ sei (Rn. 44). Sodann stellte das Gericht fest, dass sowohl faktische Neuerungen als auch Rechtsänderungen in angrenzenden Sachgebieten und Erfahrungen mit anderen Regeln bereits bei der Definition und Gewichtung der Gemeinwohlbelange zu berücksichtigen seien. Gefahreinschätzungen seien „nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben oder in anderen, aber dieselbe Materie betreffenden Gesetzen unterschiedliches Gewicht beigemessen“ werde. Die gesetzgeberische Einschätzung werde

111 Vgl. EuGH, U.v. 10.3.2009, Rs. C-169/07, Rn. 44 (Hartlauer).

112 EuGH, C-108/09, Rn. 28 (Mac Quen); EuGH, C-171/07 u. 172/07,

Rn. 27 (Apothekerkammer Saarland, auch genannt Doc Morris II).

113 EuGH, C-96/85, Rn. 14 (Kommission/Frankreich).

114 EuGH, C-169/97, Rn. 47 (Hartlauer).

115 EuGH, C-96/85, Rn. 10 f. (Kommission/Frankreich).

116 Sodan-Gutachten, S. 42.

117 BVerfGE 25, 1 (17); BVerfGE 145, 20 (78); BVerfG NJW 2018, 2111, Rn. 37 ff.

118 BVerfGE 107, 186, Rn. 44 mit 43.

„fraglich, wenn zur Begründung von Gesetzesänderungen Gefährdungspotenziale herangezogen werden, die eine intensivere Beschränkung der Berufsfreiheit plausibel machen sollen, obwohl dafür tatsächliche Erkenntnisse fehlen.“

b) Reichweite des gesetzgeberischen Spielraums im Allgemeinen

Das BVerfG gesteht dem Gesetzgeber auf dem Gebiet der Sozial- und Wirtschaftsordnung einen Einschätzungs- und Prognosespielraum zu¹¹⁹ und trägt damit der Erkenntnis Rechnung, dass im demokratisch gewaltenteiligen System des Grundgesetzes wirtschaftspolitische Entscheidungen grundsätzlich der gesetzgebenden Gewalt zugeordnet sind und daher auch nur diese die Möglichkeit besitzen soll, etwaige Prognosefehler später zu korrigieren. Insoweit beschränkt sich das Gericht daher (aber immerhin) auf Plausibilitätserwägungen.¹²⁰

Nun ist im vorliegenden Zusammenhang aber zu bedenken, dass es nicht primär um die Verfolgung abstrakter sozial- oder wirtschaftspolitischer Ziele geht, sondern um (wenngleich sehr breit und tief einschneidende) konkret umrissene Maßnahmen zur Abwendung angeblicher Gefahren für die Gesundheit bzw. für das Versorgungssystem der GKV. In Fällen dieser Art verlangt das Gericht sehr wohl, dass „ersichtlich“ gemacht werden müsse, warum das jeweils gewählte Verbot bzw. die jeweils gewählte Beschränkung den hierfür ins Felde geführten Gemeinwohlbelang auch fördern könnte.¹²¹ Seit jeher versteht das Gericht unter einer Plausibilitätskontrolle, dass es darauf ankomme, ob die Erwägungen des Gesetzgebers „so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können.“¹²²

c) Relevanz vorhandener Studien

Bereits seit einigen Jahren weist das BVerfG darauf hin, dass konkret bei der Einschätzung von Gefahrenlagen der Spielraum des Gesetzgebers seinem Umfang nach nicht abstrakt-generell bestimmt werden könne. Vielmehr hänge er von der „Eigenart des in Rede stehenden Sachverhalts, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter“ ab.¹²³ Die Beschränkung des verfassungsrechtlichen Maßstabs auf bloße Plausibilität ist demnach dann nicht ausreichend, wenn empirische Erkenntnisse vorhanden sind. Dies mündet in die Feststellung, dass sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle „von einer bloßen Evidenz-, über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle“ erstrecke.¹²⁴ Wenn es um schwerwiegende Grundrechtseingriffe geht, dürfen „Unklarheiten in der Bewertung von Tatsachen grundsätzlich nicht ohne weiteres zulasten der Grundrechtsträger gehen.“ Gibt es wissenschaftliche Informationen und Erkenntnismöglichkeiten, dann ist der Gesetzgeber verpflichtet, sich über diese ein hinreichend sicheres Bild zu machen, wobei es genügt, wenn er sich an einer „sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten“ orientiert. Liegen gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse über Faktoren für Gefährdungslagen und/oder über die konkrete Wirksamkeit einzelner Maßnahmen vor, dürfen diese nicht ignoriert werden, sondern müssen im Rahmen der Geeignetheitsprüfung Berücksichtigung finden.¹²⁵

Daraus folgt zunächst, dass jedenfalls mit pejorativen Zuschreibungen und Vorurteilen nach dem Muster „Heuschrecken“, oder „Haifische“ ebensowenig die Geeignetheit von Verboten

119 Seit BVerfGE 25, 1 (17 ff.).

120 Paradigmatisch BVerfGE 145, 20 (78 ff.).

121 Vgl. beispielsweise BVerfG, NJW 2011, S. 2636 ff.

122 BVerfG, NJW 1988, S. 1195 (1196).

123 So aus neuer Zeit BVerfGE 109, 279 (336); BVerfGE 153, 182, Rn. 237 f.; BVerfGE 159, 223, Rn. 171 (Bundesnotbremse I).

124 BVerfGE 153, 182 (Rn. 171).

125 BVerfGE 159, 223, Rn. 171 u. Rn. 189.

begründet werden kann wie mit dem bloßen Hinweis auf das Leitbild des (angeblich) altruistisch handelnden, freiberuflich niedergelassenen Arztes.

Das BVerfG hat am 26.2.2020 (betreffend den künftigen Umgang mit der Suizidhilfe)¹²⁶ festgestellt, dass dann, wenn fachliche Stellungnahmen zu einzelnen Fragen verfügbar und breit diskutiert worden sind, sich die Einschätzungen zur Gefährdungslage aber weiterhin unterschieden und belastbare Erkenntnisse nicht vorhanden seien, der Gesetzgeber prüfen müsse, „ob die gesetzgeberische Prognose hinreichend verlässlich ist“ und ob der Gesetzgeber „hinreichend für Erkenntnisfortschritt gesorgt hat“.¹²⁷ Im Beschluss vom 21.7.2022 zur Einführung einer Impfpflicht gegen Masern¹²⁸ wird festgestellt, dass dann, wenn es eine gesicherte Erkenntnislage gibt, der Gesetzgeber verpflichtet sei, sich auf diese zu stützen, wobei er auch der gerichtlichen Kontrolle unterworfen sei.

Wie eingangs dokumentiert (Teil 1 I u. 2), gibt es im vorliegenden Zusammenhang verschiedene Studien und Gutachten zu den Zusammenhängen zwischen der Versorgungsqualität und bestimmten MVZ-Trägern. Namentlich das Ladurner-Gutachten bildet fast schon eine Art Meta-Studie, indem es andere Erkenntnisse auswertet und zusätzlich eigene Erhebungen zutage gefördert hat. Auch das IGES-Gutachten hat weitere Erkenntnisse erbracht.

d) Besondere Anforderungen bei Wiedereinführung einer verbotenden bzw. beschränkenden Regelung

Wie bereits erwähnt, hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum Impfstoffversandverbot für Apotheker verlangt, dass „Erfahrungen mit einer älteren, die Berufsangehörigen weniger belastenden Gesetzeslage“ dann berücksichtigt werden müssen, wenn eine Novellierung erfolgt, die

einen vor der weniger belastenden Gesetzeslage bestehenden Zustand ganz oder teilweise wieder herbeiführen möchte.¹²⁹ Bislang bemüht sich der Bundesgesetzgeber, dieser Aufforderung gerecht zu werden, wie sich zuletzt bei der sog. Rückvermeisterung im Jahre 2019 gezeigt hat. In dem damals vorgelegten Gesetzentwurf der die Regierung tragenden Fraktionen von CDU/CSU und SPD¹³⁰ wurde ausdrücklich anerkannt, dass gesteigerte Anforderungen bestehen und ihnen wurde mit einer breit angelegten, teilweise empirisch abgesicherten Studie über die Wirkungszusammenhänge zwischen den seinerzeit infrage stehenden Gefahren einerseits, der Wiedereinführung der Meisterpflicht andererseits Rechnung getragen.

Im vorliegenden Zusammenhang waren MVZ bis zum Jahr 2004 verboten, zwischen 2004 und 2011 gehörten dann nicht nur niedergelassene Vertragsärzte und Krankenhäuser zum Kreis der Gründungsberechtigten eines MVZ, sondern auch andere Gesundheitsunternehmen. Die nun intendierten Verbote (näher Teil 3 B) würden das Tätigwerden von nicht auf eine Klinik bezogenen MVZ-Trägern gegenüber dem Rechtszustand ab 2004 untersagen; erschwerend hat (wenngleich mit geringerer Intensität) die Reduzierung des Kreises der Gründungsberechtigten auf jene zwei Akteursgruppen ab 2012 gewirkt. Bereits damals wurde im verfassungsrechtlichen Schrifttum darauf aufmerksam gemacht, dass hierbei Erfahrungen mit älteren, die Berufsfreiheit weniger belastenden Regelungen beachtet werden müssten.¹³¹ Angesichts der gegenwärtigen Diskussionslage käme eine weitere Situation dieser Art hinzu, wenn das Erfordernis der Vielfalt von Fachdisziplinen in einem MVZ (das bis 2015 bestanden hatte, mit dem GKV-VStG aber beseitigt worden war; siehe Teil 1 B I 3) nun wieder eingeführt werden sollte. Wie bereits

126 BVerfGE 153, 182, Rn. 237 f.

127 BVerfGE 153, 182, Rn. 171 u. Rn. 237 f.; ferner BVerfGE 159, 223, Rn. 171, 187 ff.

128 BVerfG, NJW 2022, S. 2904, Rn. 108 u. 112 ff.

129 BVerfGE 107, 186, Rn. 43.

130 BT-Drs. 19/14335, S. 14 f.

131 Scholz/Buchner, NZS 20012, S. 401 (403).

von *Ulrich Wenner*, dem ehemaligen Vorsitzenden Richter des für das Vertragsarztrecht zuständigen Senats des BSG angemerkt worden ist,¹³² benötigt der Gesetzgeber also „Gründe von einigem Gewicht“, wenn er eine Entscheidung wieder rückgängig machen und damit „ein bisher offenes Geschäftsfeld generell schließen will“.

2. Anforderungen unter dem AEUV

Auch zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Niederlassungsfreiheit des AEUV kommt es darauf an, ob die eingreifenden Maßnahmen unter Kausalitäts- und Wahrscheinlichkeitsaspekten den Geschehensablauf in die vom Mitgliedstaat beabsichtigte Richtung lenken können. Konkret bejaht der EuGH die Geeignetheit dann, wenn die Maßnahme „tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen“. Wenn „von vornherein klar ist, dass eine Maßnahme schon gar nicht zum Ziel beitragen kann,“ sei sie ungeeignet.¹³³ Diese Formulierung deutet von vornherein auf erhöhte Anforderungen im Vergleich mit dem im Allgemeinen (ungeachtet der im vorliegenden Fall bestehenden Besonderheiten) formulierten Maßstab des BVerfG hin.

Das Merkmal der „systematischen und kohärenten“ Regel wurde im Glücksspielrecht entwickelt,¹³⁴ findet sich aber auch in Entscheidungen zum Gesundheitsrecht.¹³⁵ So betont der EuGH zwar den „ganz besonderen Charakter der Arzneimittel, deren therapeutische Wirkungen sie substanziiell von den übrigen Waren unterscheiden“ würden und ferner, dass dann, wenn Unsicherheiten hinsichtlich der Gefahren für die menschliche Gesundheit bleiben, der Mitgliedstaat Schutzmaßnahmen treffen können

müsse ohne warten zu müssen, „bis der Beweis für das tatsächliche Bestehen dieser Gefahren vollständig erbracht ist“ (Rn. 31 mit 30 des Urteils zum Fremdbesitzverbot bei Apotheken).¹³⁶ Nichtsdestoweniger betont er auch hier (Rn. 42) das Erfordernis, dass die Beschränkungen „in kohärenter und systematischer Weise“ erfolgen müssten, und er prüfte dieses Erfordernis im Einzelnen auch sehr genau (ab Rn. 41 ff.). Wirft man einen vergleichenden Blick auf das seinerzeit infrage stehende Fremdbesitzverbot, zeigen sich überdies erhebliche Unterschiede mit den hier zu beurteilenden Verboten und Beschränkungen. Denn anders als bei den Arzneimitteln stehen nicht Substanzen infrage, deren Einnahme „ohne Not oder falsch“ durch den Patienten erhebliche Gefahren auslösen kann. Vielmehr sind in den MVZ aller Kategorien ausschließlich Ärztinnen und Ärzte mit dem genau gleichen Ausbildungs- und Qualitätsstandards tätig wie in den Einzelpraxen und vor allem ist (anders als bei der im Apothekenbereich seinerzeit infrage stehenden erstmaligen Öffnung des Arzneimittelvertriebssystems) nicht „unklar“, welche Konsequenzen sich hieraus ergeben würden. Vielmehr gibt es in Deutschland seit nunmehr beinahe 20 Jahren intensive (und vielfach durch Studien begleitete) Erfahrungen mit MVZ.¹³⁷

II. Erforderlichkeit

1. Anforderungen unter dem Grundgesetz

Im Hinblick auf die Beurteilung der Erforderlichkeit gesetzlicher Verbote und Beschränkungen (das sog. Übermaßverbot) geht es darum, ob ein gleich geeignetes (bzw. „wirksames“ bzw. „effektives“) Mittel zur Erreichung der

132 Gesundheitsrecht.blog, Beitrag Nr. 2, Jahrgang 2023, v. 12.1.2023, IV 1.

133 EuGH, C-137/09, Rn. 70 (Josemans); EuGH, C-235/17, Rn. 61 (Kommission/Ungarn).

134 Korte, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 49 Rn. 80.

135 Vgl. etwa neben der bereits erwähnten Entscheidung zum Fremdbesitzverbot bei Apotheken (C-171/07; C-172/07, EuZW

2009, S. 409 mit Anm. Herrmann, Rn. 30 ff. (Apothekerkammer des Saarlandes)); C-570/07 u. C-571/07, Rn. 90 ff. (Blanco Pérez und Chao Gómez)

136 EuGH, C-171, C-172-07.

137 Darauf haben bereits Scholz/Buchner, NZS 2012, S. 401 (409), hingewiesen; vgl. ferner Rogmann, GesR 2015, S. 385 (389); Bördner, KrV 2019, S. 196 (236, 239 f.).

verfolgten Zwecke zur Verfügung steht.¹³⁸ Dabei wird dem Gesetzgeber ein „Beurteilungs- und Prognosespielraum“ eingeräumt.¹³⁹ Danach soll es an der Erforderlichkeit erst dann fehlen, wenn „feststellbar“ ist, dass eventuelle alternative Maßnahmen gleich wirksam, aber weniger belastend sind.

Je schwerwiegender allerdings die Grundrechtseingriffe sind (insbesondere auf der sog. zweiten und dritten Stufe im Zusammenhang mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG), desto weniger dürfen Unsicherheiten ohne weiteres den Grundrechtsträgern angelastet werden.¹⁴⁰ Selbstverständlich sind beim Umgang mit diesem Grundrecht Beschränkungen „nur“ der Berufsausübungsfreiheit gegenüber Maßnahmen, die die Berufswahl beeinträchtigen, als von Verfassungsrechts wegen vorrangig anzusehen.

2. Anforderungen unter dem AEUV

Im Hinblick auf die Grundfreiheiten des AEUV wird am Maßstab der Erforderlichkeit inhaltlich identisch bestimmt, d.h. auch der EuGH verlangt vom (nationalen) Gesetzgeber, dass der angestrebte Zweck nicht durch Maßnahmen erreicht werden kann, die die freie Niederlassung weniger beschränken. Wenn der infrage stehende Gemeinwohlbelangen genauso wirksam durch eine andere Maßnahme verwirklicht werden kann, die die Niederlassungsfreiheit weniger beschränkt, dann wäre die ursprünglich vorgesehene Maßnahme als europarechtswidrig anzusehen.¹⁴¹ Dies wurde im Jahr 2005 einem griechischen Verbot der Zulassung von Optikergeschäften im wirtschaftlichen Eigentum von Nicht-Optikern attestiert.¹⁴²

Anders als unter dem Grundgesetz ist aber auch im Hinblick auf das Merkmal der Erforderlichkeit die Kontrolldichte des EuGH eher intensiver. Dies liegt an der großen Bedeutung, die der Niederlassungsfreiheit für die freie Wahl des Standorts und damit für die Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes zukommt. Nach allgemeiner Einschätzung kommt die Überwachungsintensität teilweise bereits einer Inhaltskontrolle gleich.¹⁴³ Sodann ist die Kontrolldichte umso höher, je intensiver die zu beurteilende gesetzgeberische Maßnahme belastend auf die Niederlassungsfreiheit wirkt, was insbesondere objektive Zugangssperren unter größeren Rechtfertigungsdruck setzt.¹⁴⁴

Konkret im Hinblick auf das Gesundheitswesen lohnt wiederum der Blick in das Urteil des EuGH vom 19.5.2009 zum Fremdbesitzverbot bei Apotheken.¹⁴⁵ Dort wird zwar anerkannt, dass den Mitgliedstaaten ein „Wertungsspielraum“ überlassen sei. Dieser wird aber (in Rn 54) ausdrücklich damit begründet, dass es in der konkreten Rechtssache um „die Gesundheit und das Leben von Menschen“, die den „höchsten Rang einnehmen“ würden, ginge. Verallgemeinern und auf den gesamten Bereich der Sozial- und Gesundheitspolitik erstrecken, lässt sich diese Aussage mithin nicht.¹⁴⁶

III. Angemessenheit

1. Maßstäbe und Einschätzungsspielraum

Bei der Angemessenheit (teilweise auch Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit i.e.S. genannt)¹⁴⁷ geht es um eine Gegenüberstellung der Auswirkungen des jeweiligen Eingriffs auf die Grundrechtsträger einerseits und der Bedeutung des jeweils verfolgten Gemeinwohlbelangs und

138 BVerfGE 30, 292 (316); BVerfG, NJW 2018, S. 2111, Rn. 37 ff.

139 Zuletzt BVerfGE 145, 20 (80).

140 BVerfG, NJW 2022, S. 139, Rn. 204.

141 Vgl. Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 Rn. 95 m.w.N.

142 EuGH, C 140/04.

143 Dahingehend Jarass, EuR 2000, S. 705 (723); Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 43 Rn. 82.

144 Näher und mit Nachweisen Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 Rn. 86 f.

145 EuGH, C-171/07; C-172/07.

146 Ebenso Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 Rn. 83.

147 Vgl. Sachs, in: ders. (Hrsg.), GG, 9. Aufl., 2021, Art. 20 Rn. 145.

dessen Rang und der Intensität seiner Gefährdung andererseits. Hierbei ist eine „Gesamtabwägung“ herzustellen, bei der danach gefragt wird, ob ein „angemessenen Ausgleich zwischen dem Eingriffsgewicht der Regelung und dem verfolgten gesetzgeberischen Ziel, zwischen Individual- und Allgemeininteresse“ hergestellt werden kann.¹⁴⁸ Dies mündet in die Frage, wie eng der Bezug der jeweils grundrechtsbeeinträchtigenden Verbote und Beschränkungen zum jeweils verfolgten Schutzzweck ist.¹⁴⁹ Auch insoweit wird ein Einschätzungs- bzw. Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers anerkannt.¹⁵⁰

Dabei ist nochmals daran zu erinnern, dass es im vorliegenden Zusammenhang weniger um die Verfolgung allgemeiner sozial- oder gesundheitspolitischer Ziele geht, sondern in erheblichem Maße um Maßnahmen, die vorgeblich zum Zwecke der Gefahrenabwehr erfolgen.

Vor der Gesamtabwägung ist wichtig zu betonen, dass der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers umso kleiner ist, je schwerer die Grundrechtseingriffe wiegen.¹⁵¹ Daher müssen im Hinblick auf jedes einzelne zu prüfende Verbot und jede einzelne zu prüfende Beschränkung im Teil 3 jeweils Charakter, Intensität und Wirkweise bestimmt werden.

Innerhalb der Gesamtabwägung, d.h. beim Prüfungspunkt der Angemessenheit, ist dann, wenn das konkrete Verbot bzw. die konkrete Beschränkung hierzu Anlass gibt, auch auf etwaige Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG einzugehen. Dies ist bereits oben begründet worden (A I 1b).

Im Hinblick auf die Grundfreiheiten des AEUV, konkret auf die Niederlassungsfreiheit, wird der Prüfungspunkte der „Angemessenheit“ nicht

eigenständig geprüft. Vielmehr geht er bereits in der Erforderlichkeitsprüfung auf.¹⁵² Der Umstand etwaiger Ungleichbehandlungen gegenüber der einer Niederlassung in Deutschland interessierten Akteure würde aber auch hier einzubeziehen seien.¹⁵³

2. Relevanz der staatlichen Versorgungsverantwortung in der Gesamtabwägung

a) *Blick auf die Versorgungssituation*

Nach Zahlen der renommierten Robert-Bosch-Stiftung muss befürchtet werden, dass im Jahr 2035 etwa 11.000 Hausärzte fehlen und fast 40 % der Landkreise unterversorgt bzw. von Unterversorgung bedroht sind.¹⁵⁴ Angesichts dieser Ausgangslage ist es eigentlich eine gute Nachricht, dass seit dem Jahr 2015 MVZ sowohl in Trägerschaft von Krankenhäusern als auch MVZ in Trägerschaft von Vertragsärztinnen und Vertragsärzten überdurchschnittliche Zuwächse verzeichnen. Von 2016 – 2021 ist die Zahl der MVZ von 2490 auf 4179, also um 68 % gestiegen.¹⁵⁵ Davon befanden sich 44 % in der Trägerschaft von Vertragsärzten und 42 % in der Trägerschaft von Krankenhäusern. Nach wie vor liegt der Anteil von MVZ an der Gesamtzahl sämtlicher versorgenden Einrichtungen im ambulanten Bereich aber lediglich bei rund 3 %, der der Einzelpraxen bei 78 % und der Anteil von BAG bei 19 %.¹⁵⁶ Konkret im Hinblick auf Bayern hat die Studie des IGES-Instituts ergeben, dass sich zwischen 2018 und 2019 Schätzungen zufolge die Zahl der MVZ mit nicht-ärztlichen, privaten Kapitalgebern um 39 MVZ von 54 auf 93 Zentren erhöht hat; im gleichen Zeitraum erhöhte sich die Zahl der MVZ in Trägerschaft von

148 BVerfGE 133, 277 (109); vgl. ferner BVerfGE 113, 63 (80), BVerfGE 120, 274 (327).

149 So explizit BVerfGE 170, 186 (197); vertiefend Pieroth, in: Kment (Hrsg.) FS Jarass, 2015, S. 596 ff.

150 Vgl. BVerfGE 111, 10 (38); BVerfGE 142, 268, Rn. 64 u. 89; BVerfGE 148, 40, Rn. 48 f.

151 So zuletzt BVerfGE 153, 182, Rn. 266 (Suizidhilfe).

152 Vgl. beispielsweise EuGH, C-442/02, Rn. 21 ff. (Caixa-Bank France); Korte, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 49 Rn. 102.

153 Vgl. Korte, a.a.O., Rn. 103.

154 www.bosch-stiftung.de/de/publikation/gesundheitszentren-fuer-deutschland (zuletzt abgerufen am 20.04.2023).

155 Kassenärztliche Bundesvereinigung, Website, 2022, Stichtag 31.12.2021.

156 Ladurner-Gutachten 2020, S. 122.

Vertragsärztinnen und -ärzten von 466 auf 507 Zentren und damit um 41 Praxisstandorte.¹⁵⁷ Im Bereich der zahnärztlichen Versorgung hat sich die Zahl der investorenbetriebenen MVZ-Praxen seit dem Jahr 2015 von 11 auf 207 erhöht, während die Zahl der nicht-investorenbetriebenen MVZ-Praxen in dem selben Zeitraum von 76 auf 793 angestiegen ist.¹⁵⁸

Diese Zahlen belegen, dass der Anteil der MVZ und insbesondere (da im Mittelpunkt rechtspolitischer Verbots- und Beschränkungsdiskussionen stehend) auch der Anteil der von nichtärztlichen, privaten Kapitalgebern betriebenen MVZ einen beachtlichen, wenn auch bei weitem nicht einen überragenden Anteil ausmacht. Insgesamt arbeiteten in den von den vorgeschlagen rechtspolitischen Maßnahmen betroffenen Krankenhaus-MVZ im Jahr 2018 ca. 10.000 Ärztinnen und Ärzte.

Es liegt auf der Hand, dass jede Beschränkung, vor allem aber jedes Verbot gegenüber den bisherigen Krankenhaus-MVZ bereits nach Inkrafttreten, und sodann vermehrt pro Jahr des Erreichens einer etwaigenfalls (wenn überhaupt) vorgesehenen Übergangsfrist zu einem Abschmelzen und letzten Endes zu einem Verlust an Arztstellen in diesen Einrichtungen führen wird. Dies bedeutet jedenfalls zunächst und unmittelbar ein Abschmelzen bzw. einen Wegfall von Versorgungsangeboten für Patienten, von Personal und von Infrastruktur. Bei allen hiervon betroffenen Akteuren (auf allen Seiten des Spektrums, d.h. auch bei den die dort Tätigen etwaigenfalls bei sich aufnehmenden Versorgungsanbietern) entstehen erhebliche Transaktionsaufwendungen, viele dieser Akteure werden über einen längeren Zeitraum hinweg mehr mit sich selbst als mit der Versorgung der Patienten beschäftigt sein. Bis feststeht, wer an jedem einzelnen Sitz der betroffenen Arztstellen

welche Lücken und ab wann schließt, wer das Kapital einbringt, das durch das Herausdrängen der bisherigen Investoren verloren geht und vor allem, wer die kurz-, mittel- oder teilweise sogar langfristig entstehenden (sowieso schon in erheblichem Umfang bestehenden) Versorgungslücken schließt, ist die Versorgung im ambulanten Bereich erheblich gefährdet – und erst recht der politisch ja seit neuer Zeit (vgl. Teil 1 D) forcierte Ausbau der sektorenübergreifenden Versorgung.

Es erscheint fast paradox, dass die gleichen politischen Akteure, die den privaten Kapitalgebern teilweise vorwerfen, ähnlich wie Heuschrecken MVZ aufzukaufen um sodann nach angeblicher Kapitalmitnahme wieder aussteigen zu wollen, ihrerseits eine Exit-Strategie forcieren wollen, die die beschriebenen Gefahren für die Versorgung mit sich bringen würde. Bislang ist nicht dargelegt worden, dass es an irgendwelchen Orten durch die Existenz von Krankenhaus-MVZ und insbesondere von näpkMVZ zu einer Gefährdung der Versorgung gekommen wäre. Selbst wenn im Einzelfall ein Marktaustritt eines oder mehrerer investorenbetriebener MVZ erfolgen würde, könnten die beispielsweise in einem insolventen MVZ tätigen angestellten Ärzte auf der Basis aktueller Rechtsprechung und bestehender vertraglicher Vereinbarungen verlangen, dass bei Umwandlung der Anstellungsgenehmigungen durch sie besetzbare Vertragsarztsitze entstehen. Von *Ulrich Wenner* stammt die Einschätzung, dass weder bis 2015 noch danach Hinweise auf Verwerfungen in der Versorgung durch den kurzfristigen Wegfall von örtlich oder regional systemrelevanten MVZ bekannt geworden seien.¹⁵⁹

157 Mitgeteilt im Memorandum zur Versorgung mit MVZ des BBMV, S. 13 f.

158 BT-Drs. 20/5166, S. 4.

159 Wenner, Gesundheitsrecht.blog, Beitrag Nr. 2, Jahrgang 2023, IV 3, unter Hinweis auf BSG v. 31.3.2012, B 6 KA 22/11 R, SozR 4-2500 § 95 Nr. 24.

b) Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich verankerten staatlichen Versorgungsverantwortung

Umgekehrt erscheint angesichts der beschriebenen Abschmelz- und Verlustszenarien und im Hinblick auf die durchaus stattliche Zahl der an der Versorgung im ambulanten Bereich mitwirkenden Krankenhaus-MVZ einschließlich der näpkMVZ bei einer Realisierung von Verboten die staatliche Verantwortung für die Versorgung im ambulanten und künftig möglicherweise auch im sektorenübergreifenden Bereich in verfassungsrechtlich relevanter Weise beeinträchtigt. Dies wird innerhalb der Angemessenheitsprüfung der gravierenderen Verbotsmaßnahmen gegenüber den Betreibern dieser MVZ eine Rolle spielen müssen, insbesondere im Hinblick auf ein Verbot des Betriebes fachgleicher MVZ und im Hinblick auf ein Verbot von MVZ ohne örtlichen und fachlichen Bezug zu einem Krankenhaus (dazu Teil 3 B I u. II).

Der Schutz im Falle von Krankheit ist nach dem Verständnis des BVerfG eine der „Grundaufgaben des Staates“¹⁶⁰ Dies hat die Verpflichtung zur Konsequenz, eine angemessene und bundesweit einheitliche Versorgung zu sichern, und zwar mittels eines funktionsfähigen Gesundheitssystems. Als dessen normative Grundlagen fungieren das Sozialstaatsprinzip nach

Art. 20 Abs. 1 GG und die Schutzpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.¹⁶¹ Die sich daraus ergebende Versorgungsverantwortung des Staates verpflichtet diesen dazu, sämtliche getroffenen materiellen und organisatorischen Gestaltungen immer wieder darauf hin zu überprüfen, ob mit ihnen dieser Verantwortung noch entsprochen werden kann, ob es Defizite gibt oder ob alles erfolgreich läuft.

Sicherlich wird man hieraus nicht bereits ableiten können, dass MVZ als Teil des Versorgungssystems zwingend geschaffen oder aufrechterhalten werden müssen, vielmehr ist dem Staat insoweit ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum eingeräumt. Je größer und wahrscheinlicher allerdings Versorgungslücken sind, desto weniger genügen Maßnahmen dem hier bestehenden sog. Untermaßverbot und reduziert sich jener Spielraum.¹⁶² Innerhalb der beim Prüfungspunkt der „Angemessenheit“ gebotenen Gesamtabwägung bildet jene verfassungsrechtlich verankerte staatliche Versorgungsverantwortung jedenfalls einen Abwägungsposten im Interesse des Gemeinwohls, der in der Gewichtung u.U. zu Ungunsten von Verbotsmaßnahmen, die die bestehenden Versorgungsangebote reduzieren oder gar eliminieren, wirken kann.

160 BVerfG, DVBl. 2004, S. 1161 (1162); vertiefend Wallrabenstein, ZMGR 2011, S. 197.

161 Vgl. BVerfGE 147, 253 (308, Rn. 108); vertiefend Butzer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR IV, 3. Aufl. 2006, § 74 Rn. 30, 39 ff.

162 So allgemein BVerfGE 88, 203 (254); spezifisch im Hinblick auf den Gesundheitssektor Burgi/Igl, Rechtliche Voraussetzungen und Möglichkeiten der Etablierung von CHN, S. 194 f.

Teil 3: Bewertung aktueller rechtspolitischer Vorschläge

A. Strukturierung

Vor der Bewertung der einzelnen rechtspolitischen Vorschläge anhand des Positionspapiers der BÄK und des Entschließungsantrags des Bundesrates wird in den Abschnitten zu B bzw. C I, II etc. eine kurze Beschreibung des rechtspolitischen Vorschlags und der zu seiner Begründung angeführten Argumente (wenn vorhanden) gegeben (1). Nicht thematisiert wird lediglich der in Ziffer 7 des Entschließungsantrags des Bundesrates gemachte Vorschlag, es den Kassenärztlichen Vereinigungen, die eigene Einrichtungen gemäß § 105 SGB V betreiben, zu ermöglichen, in diesem Zusammenhang Zulassungen zu erhalten, unter der Maßgabe, dass die Vertragsarztsitze nachfolgend an die dort tätigen angestellten Ärzte zur selbständigen Niederlassung übertragen werden. Im Anschluss an die Beschreibung wird untersucht, ob die geltend gemachten Gemeinwohlbelange hinreichendes Gewicht haben (2), um den mit den jeweiligen Verboten bzw. Beschränkungen verbundenen Eingriff in die Grundrechte bzw. die Niederlassungsfreiheit des AEUV rechtfertigen zu können. Sodann wird der jeweilige Vorschlag an den jeweiligen Parametern auf den Prüfstand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gestellt (3). Abschließend werden ggf. weitere verfassungsrechtliche Anforderungen erörtert (ggf. zu 4).

I. Verbote und Beschränkungen

Von vornherein unterschieden, da unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen indizierend, wird zwischen Verboten und Beschränkungen. Dabei betreffen Verbote das „Ob“ eines Tätigwerdens als MVZ-Träger. Hierher gehören sämtliche Maßnahmen betreffend die Gründungsberechtigung und die weiteren Voraussetzungen für die Zulassung eines MVZ zur

vertragsärztlichen Versorgung. Solche Verbote können gegenständlicher, räumlicher und umfangbezogener Art sein. Davon zu unterscheiden sind Beschränkungen, die auf das „Wie“ des Betriebs eines zugelassenen MVZ zielen. Von besonderer Schwere sind solche Beschränkungen, die auf einen angeblichen Verstoß gegen betriebsbezogene Vorgaben die Entziehung der Zulassung stützen wollen.

II. Potenzielle Gemeinwohlbelange

Unter Orientierung an den bereits im einleitenden Abschnitt (Teil 1 A II und III) skizzierten Papieren der Bundesärztekammer bzw. der Bundesratsinitiative lassen sich typisierend die folgenden, dort reklamierten Gemeinwohlbelange unterscheiden:

- Wohl der Patientinnen und Patienten
- Sicherstellung einer qualitativ hochwertigen und flächendeckenden ambulanten Versorgung
- Weitere Finanzierbarkeit des Systems der Gesetzlichen Krankenversicherung
- Ordnungspolitische Aspekte wie Einfluss der Kapitalmärkte, Gefahr von Monopolbildung o.ä.

B. Verbote

I. Verbot von MVZ ohne örtlichen (und fachlichen) Bezug zu einer Klinik

1. Beschreibung des Verbotsvorschlags und seiner Begründung

Dieser Vorschlag wird als erstes erörtert, weil er im BÄK-Positionspapier selbst als „Kernforderung“ bezeichnet wird (S. 3). Interessanterweise handelt es sich hierbei nicht um einen neuen Vorschlag, vielmehr wurde er bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum TSVG formuliert, ist im weiteren Verlauf dieses Verfahrens aber

gescheitert.¹⁶³ Der Verbotsvorschlag soll durch die Einfügung eines Satzes 2 in § 95 Abs. 1a SGB V bewirkt werden. Betroffen sind aus dem Kreis der Gründungsberechtigten ausschließlich die zugelassenen Krankenhäuser. Sie wären nur noch dann zur Gründung eines MVZ berechtigt, wenn dieses sich „in ihrem Einzugsgebiet befindet“ und „einen fachlichen Bezug zum Leistungsangebot des Krankenhauses“ aufweist (Ziffer 2 des BÄK-Positionspapiers). Im BR-Entschließungsantrag wird ein dem strukturell vergleichbarer Vorschlag in Ziffer 3 formuliert. Hier ist das Verbot aber ausschließlich räumlich charakterisiert, und zwar über eine Beschränkung „auf die jeweiligen arztgruppenbezogenen Bereiche, die ganz oder teilweise in einem Radius von bis 50 km zum Sitz des Krankenhauses entfernt liegen.“). Nach diesem Vorschlag soll es für „unterversorgte und drohend unterversorgte Planungsbereiche ... Ausnahmen“ geben.

Zur Begründung beider Vorschläge wird nicht auf das Wohl der Patientinnen und Patienten abgestellt und auch nicht auf eine etwaige Gefährdung einer qualitativ hochwertigen und möglichst flächendeckenden Versorgung. Das einzige Begründungselement des BÄK-Positionspapiers besteht im Verweis auf die mit dem GKV-VStG bewirkte Begrenzung der Gründungsberechtigung auf zugelassene Krankenhäuser (und nicht mehr auch auf andere Gesundheitsunternehmen); die damalige Zielsetzung sei es gewesen, im Zusammenwirken von Klinik und MVZ „ein ambulant-stationäres Behandlungskonzept aus einer Hand“ bereitstellen zu können. Dieses Ziel lasse sich aber nicht verwirklichen, wenn das Versorgungsangebot des MVZ keinen räumlichen bzw. fachlichen Bezug zum Leistungsangebot einer Klinik des Krankenhausträgers habe. Vielmehr habe sich „gezeigt, dass Kapitalinvestoren ohne fachlich-medizinischen Bezug zur vertragsärztlichen Versorgung Krankenhäuser erwerben (würden), um bundesweit ... MVZ zu gründen.“

Dies allerdings war ihnen erst recht in den Jahren zwischen 2004 und 2011 möglich, sodass mittlerweile ein über knapp 20 Jahre entstandenes empirisches Wissen zur Verfügung steht. In dieser Situation wäre zu erwarten, dass in der Begründung eines vorgeschlagenen Verbots über negative Erfahrungen gerade mit dieser Art von MVZ berichtet wird. Dies ist aber nicht der Fall. Der einzige Gemeinwohlbelang, der ins Felde geführt wird, ist die Wiederholung des im Jahr 2011 verfolgten Ziels, ein „ambulant-stationäres Behandlungskonzept aus einer Hand“ verwirklichen zu wollen. Dies ist nicht schlüssig, weil ja in keinem Fall Kliniken, die durch die Gründung eines MVZ ambulant-stationäre Behandlungskonzepte verwirklichen wollen, dieses verwehrt würde.

Im Entschließungsantrag des Bundesrates wird als weiterer Gemeinwohlbelang (ohne jede Begründung) erwähnt, dass „eine Begrenzung von Monopolisierungstendenzen erreicht“ werden soll. Hierbei handelt es sich um ein ordnungspolitisches Anliegen, da keinerlei Belege dafür, dass für Patienten, die Versorgung insgesamt oder auch für die Finanzierung durch die gesetzlichen Krankenkassen aus Monopolsituationen Schwierigkeiten erwachsen würden. Auch wird ausgeblendet, dass der nun gemachte Regelungsvorschlag Monopolen anderer Art Vorschub leisten würde, indem er ausschließlich großen Krankenhausketten ermöglichte, bezogen auf jede einzelne Klinik in der Bundesrepublik MVZ zu gründen, während andere MVZ aus dem Markt gedrängt würden.

2. Hinreichendes Gewicht der reklamierten Gemeinwohlbelange?

Wie im vorherigen Teil festgestellt (Teil 2 B I 1), hängt die Rechtfertigung von Eingriffen in das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG davon ab, ob die zu qualifizierende Eingriffsmaßnahme (hier das Verbot von MVZ ohne

¹⁶³ Vgl. BR-Drs. 504/18, Nr. 16.

örtlichen (und fachlichen) Bezug zu einem Krankenhaus) als Berufsausübungs- oder als Berufswahlregelung und in innerhalb der letztgenannten Gruppe entweder als subjektive oder als objektive Berufszugangsregelung zu qualifizieren ist. Die höchsten Rechtfertigungsanforderungen bestehen dann, wenn sich ein Verbot als objektive Berufszugangsregelung darstellt. Dass es sich im Hinblick auf den hier zu prüfenden ersten Verbotsvorschlag nicht um bloße Berufsausübungsregelungen handelt, ist angesichts des Charakters der Gründungsberechtigung als zentraler Zulassungsvoraussetzung eindeutig.¹⁶⁴

a) Qualifizierung als objektive Berufszugangsregelung

aa) Träger eines eigenständigen (d.h. klinikunabhängigen) MVZ als Beruf

Mit dem GKV-ModernisierungsG ist seit 2004 ein neues Feld der beruflichen Betätigung in der ambulanten Gesundheitsversorgung entstanden. Im Hinblick auf die bereits bis dahin zur Mitwirkung in der vertragsärztlichen Versorgung berechtigten niedergelassenen Vertragsärzte liegt hierin eine bloße Erweiterung der beruflichen Möglichkeiten, während sich für bis dahin bereits zugelassene Krankenhäuser ein zweites Standbein im ambulanten Bereich eröffnet hat.¹⁶⁵ Da aber die Grundsatzreform des Jahres 2004 keinerlei Bezug auf das Vorhandensein einer Klinik (im Sinne einer organisatorisch-betrieblichen Einheit an einem bestimmten Ort) formuliert hat, sondern eine Orientierung an der Eigenschaft als „zugelassenes Krankenhaus“ hat ausreichen lassen, ist in diesem Moment überdies ein vollständig neues berufliches Betätigungsfeld entstanden, nämlich der Beruf, als Träger eines oder mehrerer eigenständiger, d.h. klinikunabhängiger MVZ agieren zu können.

Der Träger eines zugelassenen Krankenhauses, das eines oder mehrere in seinem räumlichen Einzugsbereich liegende, fachlich mit ihm kooperierende MVZ gründen will (sog. Klinik-MVZ), wäre von dem nun zu prüfenden Verbotsvorschlag betreffend das Erfordernis eines räumlich-fachlichen Bezugs gar nicht tangiert. Anders sieht es mit der Gründung eigenständiger, d.h. klinikunabhängiger MVZ aus, sie würde schlicht unmöglich. Betroffen wären typischerweise Trägergesellschaften mit nichtärztlichen privaten Kapitalgebern.

Maßgeblich für die Zuordnung einer bestimmten Tätigkeit zu einem eigenständigen Beruf bzw. lediglich zu einem Teil eines bereits bestehenden Berufs sind die realen, insbesondere ökonomischen und technischen Begebenheiten. Lässt sich eine hinzutretende Tätigkeit kraft Natur der Sache nicht allein, sondern nur als ergänzende Hilfsaktivität (hier: in Bezug auf einen Klinikbetrieb) ausüben, dann handelt es sich um einen schlichten Berufsteil. Im vorliegenden Zusammenhang ist m.E. davon auszugehen, dass in Anbetracht der jeweils völlig unterschiedlichen, organisatorischen, funktionalen, personenbezogenen, raumbezogenen und finanzierungsbezogenen Umstände die Trägerschaft von klinikunabhängigen, eigenständigen MVZ einen eigenständigen Beruf darstellt und nicht lediglich eine Teiltätigkeit innerhalb des Berufs „Träger von MVZ“. Als Beleg dafür kann nicht zuletzt gelten, dass die gegenwärtigen Reformbemühungen der Zielsetzung nach nur auf diese, offenbar auch von der Politik als eigenständige Kategorie empfundenen Berufsträger zielt.

bb) Verbot als objektive Berufszugangsregelung

Bis 2012 konnten diesen Beruf (in diesem Fall als Erstberuf) Gesundheitsunternehmer verschiedener Provenienz ausüben. Seit 2012 ist eine Beschränkung auf zugelassene Krankenhäuser als

¹⁶⁴ So auch Sodan, Gutachten, S. 41.

¹⁶⁵ Scholz/Buchner, NZS 2012, 401 (403), sehen hierin (wohl bezogen auf den Träger einer Klinik) einen „Zweitberuf“.

Träger von MVZ vorgenommen worden. Hierbei handelte es sich um eine bereits verfassungsrechtlich prekäre Regelung, zumal im Zusammenwirken mit dem Verbot der Verwendung der Rechtsform der Aktiengesellschaft.¹⁶⁶ Da aber auch diese gesetzliche Gestaltung weiterhin das Gründen, Innehaben und Betreiben von eigenständigen MVZ ermöglichte – wenngleich über den Umweg des Erwerbs eines einzelnen Krankenhauses irgendwo in der Bundesrepublik – handelte es sich hierbei noch nicht um eine objektive, sondern um eine subjektive Berufszugangsregelung; mit der Realisierung einer Mehrheitsbeteiligung an einem zugelassenen Krankenhaus, konnte der Beruf „Träger eigenständiger MVZ“ weiterhin gewählt werden.

Das nunmehr vorgeschlagene Verbot von MVZ ohne örtlichen (und fachlichen) Bezug zu einer Klinik bedeutet für sämtliche klinikunabhängig agierenden MVZ-Träger damit eine objektive Berufszugangsregelung. Denn selbst mit dem Erwerb von Anteilen an einem zugelassenen Krankenhaus könnte dann nur noch der Beruf des Trägers eines Klinik-MVZ, nicht aber der Beruf als Träger eines klinikunabhängigen MVZ gewählt werden.

Die Realisierung des Verbots von MVZ ohne örtlichen (und fachlichen) Bezug zu einer Klinik würde den Zugang zu dem Beruf „Träger eines klinikunabhängigen, d.h. eigenständigen MVZ“ versperren. Es handelt sich um eine nicht in der individuellen oder der gesellschaftlichen Sphäre wurzelnde, sondern um eine durch staatliche, d.h. objektiv vorgegebene Maßnahmen gezogene, für den Einzelnen unüberwindbare Grenze. Sie wirkt noch einschneidender als bspw. eine öffentliche Bedarfsplanung oder die Begrenzung auf bestimmte Marktanteile, indem sie den Beruf als solchen schlichtweg verbietet. Darum geht es auch den politischen Urhebern dieses Verbots. So heißt es im Positionspapier der BÄK explizit, dass MVZ ohne „Zusammenhang mit dem

Versorgungsangebot“ einer Klinik wie beispielsweise ein MVZ, „das nur augenärztliche und orthopädische Leistungen“ anbietet, sich aber in der Trägerschaft eines psychiatrischen Fachkrankenhauses befindet, zukünftig ausgeschlossen werden sein sollen (S. 8).

b) Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts vor nachweisbaren oder höchstwahrscheinlich schweren Gefahren?

Wie bereits referiert, sind die Anforderungen an die zur Rechtfertigung notwendigen Gemeinwohlbelange gegenüber den subjektiven Berufszugangsregelungen in zweifacher Hinsicht gesteigert. Zum einen muss es sich um ein „überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ handeln, und zum anderen müssen diesem „nachweisbare oder höchstwahrscheinlich schwere Gefahren“ drohen (vgl. Teil 2 B I 1).

Nun wird man das Wohl der Patientinnen und Patienten in Gestalt von deren Schutz vor Behandlungsfehlern und Versorgungsdefiziten ebenso als ein „überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ ansehen können wie den Erhalt und die Finanzierbarkeit des Systems der Gesetzlichen Krankenversicherung. Dass mit dem Verbot von MVZ ohne örtlichen (und fachlichen) Bezug einer dieser beiden Belange verwirklicht werden sollte, wird von den Urhebern dieses Verbots aber nicht einmal behauptet und ist auch nicht ersichtlich. Sowohl die bloße Behauptung des Entstehens von „Monopolisierungstendenzen“ bzw. die Nichtrealisierbarkeit eines ambulanten-stationären Behandlungskonzepts aus einer Hand in den klinikunabhängigen MVZ sind jedenfalls keine überragend wichtigen Gemeinwohlbelange. Selbst wenn sie es wären, wird jedenfalls weder im BÄK-Positionspapier noch im BR-Entschließungsantrag auch nur im Ansatz versucht, „nachweisbare oder höchstwahrscheinlich schwere Gefahren“ für diese beiden Gemeinschaftsgüter zu beschreiben. Das Entstehen von

¹⁶⁶ Näher Scholz/Buchner, NZS 2012, 403 ff.

Monopolisierungstendenzen ist, wie eingangs bereits festgestellt, durchaus zweifelhaft und droht in ähnlicher Weise durch die Realisierung des Verbotsvorschlags. Dem (an sich legitimen) Gemeinwohlbelang der Schaffung von ambulant-stationären Behandlungskonzepten aus einer Hand droht durch die fortgesetzte Statthaftigkeit von klinikunabhängigen MVZ keine Gefahr, weil es jeder einzelnen Klinik ja weiterhin unbenommen ist, solche Konzepte durch ein Klinik-MVZ zu verwirklichen. Dass keinerlei empirische Daten vorliegen, die „belastbar – positive oder negative – Zusammenhänge zwischen der Versorgungsqualität in MVZ und bestimmten MVZ-Trägern“ (in ärztlichem Eigenbesitz oder in Hand von Investoren) belegen könnten, bildete eine zentrale Aussage des Ladurner-Gutachtens (S. 3); auch für etwaige Zusammenhänge zwischen der Versorgungsqualität in Klinik-MVZ, einerseits, klinikunabhängigen MVZ andererseits, gibt es keine Belege.

Wenn man (m.E. zutreffenderweise) in dem Verbot von MVZ ohne örtlichen (und fachlichen) Bezug zu einem Krankenhaus eine objektive Berufszugangsregelung im Hinblick auf den eigenständigen Beruf „Träger eines klinikunabhängigen MVZ“ sieht, dann ist bereits infolge des Fehlens überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter und erst recht infolge des Fehlens von Nachweisen oder einer hohen Wahrscheinlichkeit von schweren Gefahren eine Rechtfertigung ausgeschlossen. Einer Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bedürfte es dann gar nicht mehr.

c) Hilfsweise: Falls Qualifizierung als subjektive Berufszugangsregelung

Sieht man nicht die Tätigkeit als Träger eines klinikunabhängigen MVZ, sondern, unspezifischer, lediglich die Tätigkeit als Träger von MVZ überhaupt als Beruf an, dann würde der hier zu prüfende Verbotsvorschlag ebenfalls eine

Berufswahlregelung, jedoch in Gestalt der subjektiven Berufszugangsvoraussetzung darstellen.¹⁶⁷ Denn die an der Wahl dieses Berufs Interessierten müssten dann je MVZ jeweils den Weg der Herstellung eines räumlichen (und fachlichen) Bezugs zu einer Klinik beschreiten.

Auch subjektive Berufszugangsregelungen können nur unter Berufung auf den Schutz eines „besonders wichtigen Gemeinschaftsguts“ gerechtfertigt werden, wobei u.a. als Güter dieser Kategorie der Schutz der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung und die Stabilität der Gesetzlichen Krankenversicherung anerkannt worden sind (vgl. Teil 2 B I 2). Sachlich entsprechend hat der EuGH als „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“, die grundsätzlich eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV rechtfertigen könnten, den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, die Kontinuität der Krankenversorgung, die Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen Versorgung und den Schutz des öffentlichen Gesundheitswesens anerkannt (vgl. Teil 2 B II).

Den bislang vorliegenden Begründungen zu dem hier zu prüfenden Verbotsvorschlag lassen sich auch nur geringfügige Gefährdungen dieser Gemeinschaftsgüter nicht entnehmen. Weder werden Lücken in der Versorgung mit Klinik-MVZ behauptet noch gar Beeinträchtigungen des Wohls der Patientinnen und Patienten. Dass ordnungspolitische Aspekte wie die Zuordnung eines bestimmten Sektors zum Markt und Staat oder der Schutz vor Konkurrenz grundsätzlich nicht bereits als besonders wichtige Belange des Gemeinwohls oder als „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ in Betracht kommen, wurde im Teil 2 bereits festgestellt (B I 2). Dabei wäre auch zu bedenken, dass in vielen Jahren mittlerweile eine gänzlich eigenständige Kategorie von MVZ (eben die klinikunabhängigen MVZ) entstanden ist, für die der Verbotsvorschlag annähernd schwer wie eine objektive Berufszugangsregelung wirken würde,

¹⁶⁷ So Sodan, Gutachten, S. 41.

mit der Konsequenz, dass eher höhere als geringere Anforderungen zu stellen sind.¹⁶⁸

Der einzig grundsätzlich legitime Gemeinwohlbelang, der zur Begründung dieses Vorschlags vorgetragen wird, besteht darin, dass der Gesetzgeber (allerdings bereits mit dem GKV-VStG im Jahre 2012) die Realisierung von „ambulant-stationären Behandlungskonzepten aus einer Hand“ ermöglichen wollte. Auf dieser Linie hat etwa jüngst *Wenner* festgestellt, dass ihm noch „nicht klar geworden“ sei, welche positiven Auswirkungen es für eine sektorenübergreifende Versorgung haben soll, dass ein Investor ein „kleines Krankenhaus der Grundversorgung im Westerwald kauft und damit augenärztliche MVZ in ganz Deutschland gründet“.¹⁶⁹ Sowohl im BÄK-Positionspapier als auch in jener Feststellung wird freilich eine verfassungsrechtlich unstatthafte Perspektive eingenommen. Zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen genügt es nicht, ob ein seinerzeit vom Gesetzgeber (möglicherweise wiederum verfassungswidrig) formuliertes Ziel nun verwirklicht worden ist oder nicht. Die Frage kann vielmehr nur lauten, ob dieses (wie gesagt legitime) Ziel der Stärkung der sektorenübergreifenden Versorgung darunter leidet (bzw. konkret gelitten hat), dass auch klinikunabhängige MVZ gegründet werden konnten. Diese Frage lässt sich jedenfalls nicht mit „Ja“ beantworten. Die von *Wenner* geäußerte Unsicherheit mag überdies dadurch zerstreut werden, dass auch die eigenständigen MVZ, die in anderen Regionen als im Westerwald entstehen, an ihren jeweiligen Standorten im Einzelfall Kooperationen mit Krankenhäusern (in anderer Trägerschaft) eingehen, die durch die nunmehr vorgeschlagene Verbotmaßnahme jedenfalls zerstört würden.

Selbst wenn man in dem Verbot von MVZ ohne örtlichen (und fachlichen) Bezug zu einer Klinik keine objektive, sondern eine subjektive

Berufszugangsregelung erblicken wollte, fehlte den behaupteten Gemeinwohlbelangen also das hierfür erforderliche hinreichende Gewicht.

3. Hilfsweise: Verhältnismäßigkeit?

Ohne dass dies im Positionspapier der BÄK und auch nicht im BR-Entschließungsantrag ehrlich zum Ausdruck gelangen würde, scheint das eigentliche Ziel dieses Verbotsvorschlages darin zu liegen, die privaten Investoren soweit als möglich zurückdrängen zu wollen. Dies kommt sehr klar im Gutachten von *Sodan* zum Ausdruck, der sagt, dass das (seiner Auffassung nach legitime) Ziel des Verbots von MVZ ohne räumlichen (und fachlichen) Bezug in der „Beschränkung des Einflusses von Investoren auf die vertragsärztliche Versorgung“ liege.¹⁷⁰ Genau genommen handelt es sich hierbei um die Umschreibung eines Mittels und nicht um ein Ziel/Gemeinwohlbelang. In der nun erfolgenden hilfsweisen Prüfung der Verhältnismäßigkeit muss also unterstellt werden, dass das Wohl der Patienten oder die Sicherung einer qualitativ hochwertigen und flächendeckenden Versorgung oder die fortgesetzte Finanzierbarkeit der GKV durch das vorgeschlagene Verbot befördert werden könnte.

a) *Geeignetheit*

Wie bereits ausführlich erläutert (Teil 2 C I 1 d), sind besondere Anforderungen an die Geeignetheit dann zu stellen, wenn eine bereits früher verbietende bzw. beschränkende Regelung wieder eingeführt wird. Denn dann geht es nicht mehr um eine Prognose über angebliche Gefahren, sondern um Erkenntnisse über bereits eingetretene Gefahren. Hierzu lässt sich den Begründungen zur Einführung eines Verbots von MVZ ohne räumlichen (und fachlichen) Bezug zu einer Klinik indes nichts entnehmen.

Im Anwendungsbereich des AEUV müsste ein Verbot in „kohärenter und systematischer Weise“

¹⁶⁸ Ebenso Prütting/Hügel/Sowa, MedR 2022, 975 (980 f.).

¹⁶⁹ Wenner, Gesundheitsrecht.blog, Beitrag Nr. 2, Jahrgang 2023, S. 8.

¹⁷⁰ Sodan, Gutachten, S. 42.

begründet werden können, und zwar insbesondere in einer Situation, in der seit nunmehr 20 Jahren intensive (und vielfach durch Studien begleitete) Erfahrungen mit näpkMVZ bestehen (dazu bereits oben, Teil 2 C I 2). Das bislang, soweit ersichtlich, in methodischer oder konzeptioneller Hinsicht von niemand kritisierte Ladurner-Gutachten ist allerdings zu dem Schluss gekommen, dass konkret die klinikunabhängigen MVZ verschiedene Vorteile für die Versorgung der Versicherten böten, die nicht leichtfertig aufgehoben werden sollten.¹⁷¹

b) *Erforderlichkeit*

In den vorliegenden Studien werden eine ganze Reihe jedenfalls gegenüber dem hier zu beurteilenden Mittel deutlich milderer Mittel thematisiert. Diese betreffen primär etwaige Beschränkungen auf der Ebene des Betriebs.¹⁷² Im Hinblick auf Befürchtungen hinsichtlich einer übermäßigen Gewinnerzielungsabsicht und Renditemaximierung infolge der Trägerschaft von privaten Investoren (die sich in gleicher Weise auch gegen vertragsärztliche Praxen richten müssten) stehen seit langem etablierte Strukturen und Verfahren zur Sicherung der Wirtschaftlichkeit der Versorgung (vgl. §§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1, 106 Abs. 1 Satz 1, 106a und 106b etc. SGB V) zur Verfügung.¹⁷³ In diesem Zusammenhang ist auch der Hinweis wichtig, dass gerade am Kapitalmarkt agierende Träger aufgrund gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Vorgaben umfangreiche Compliance-Maßnahmen sowohl beim Erwerb einer Beteiligung als auch bei deren Fortsetzung realisieren, die zweifelhaften Abrechnungspraktiken etc. im Zweifel eher entgegenwirken dürften als dies bei einem (insoweit oftmals überforderten) einzelnen Vertragsarzt als Praxisinhaber der Fall sein dürfte.

c) *Angemessenheit*

Im Rahmen der Gesamtabwägung stünde mithin ein außerordentlich massiver, breit und tief wirkender Eingriff einem nur schwer greifbaren und nahezu gar nicht näher untermauerten Ziel gegenüber. Namentlich die zahnärztliche und die hausärztliche Versorgung wäre infolge eines regelmäßig fehlenden Klinik-Bezugs bei Vorgabe eines zwingenden fachlichen Bezugs gar nicht mehr in einer MVZ-Struktur denkbar. Dies beträfe nicht nur die eigenständigen MVZ, sondern auch die Klinik-MVZ. All das verringert den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers erheblich. Dabei dürfen die Vorteile gerade der klinikunabhängigen MVZ, namentlich der näpkMVZ, nicht außer Betracht bleiben (vgl. zu ihnen Teil 1 C). Es müsste dargelegt werden, wie die Versorgungslücken, die mit ihrem Rückzug aus der Versorgung entstehen würden, für die ja verfassungsrechtlich verankerte (vgl. Teil 2 C III 2 b) staatliche Versorgungsverantwortung geschlossen werden sollten.

Im Hinblick auf den im Rahmen der Angemessenheitsprüfung einzubeziehenden allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. Teil 2 A I 1 b) müsste die Ungleichbehandlung zwischen den klinikunabhängigen MVZ und den anderen MVZ, die räumlich (und fachlich) auf ein Klinikum bezogen sind, begründet werden. Dabei wäre auch darauf einzugehen, dass es spezifische Gefahren gibt, die nur von Klinik-MVZ ausgehen und bei klinikunabhängigen MVZ von vornherein nicht bestehen. Diese Gefahren bestehen dann darin, dass zwei verschiedene Wirtschaftsakteure (hier: der Klinikträger und die Trägergesellschaft des Klinik-MVZ) wirtschaftlich betrachtet in einer Hand und damit der permanenten Versuchung ausgesetzt sind, bestimmte Verdienstmöglichkeiten lediglich dem unternehmerisch verbundenen Akteur statt

¹⁷¹ Ladurner-Gutachten, S. 118 f.

¹⁷² Im Ladurner-Gutachten, S. 83 ff.; vgl. ferner Prütting/Hügel/Sowa, MedR 2022, 975 (982).

¹⁷³ Ausführlich zu ihnen Prütting/Hügel/Sowa, MedR 2022, 975 (982); Geiger/Wipperfürth, medstra 2023, 69 (70).

anderen, auf dem Markt möglicherweise mit besseren und preisgünstigeren Angeboten agierenden Akteuren zuzuordnen; diese Gefahr gipfelt in der sog. Selbstzuweisung.¹⁷⁴ Darauf weist die Stellungnahme des VDEK¹⁷⁵ ebenso hin wie das Ladurner-Gutachten. Diese äußert sich in der Gefahr einer gezielten Zuführung von Patienten des MVZ in die stationäre und (wesentlich kostenintensivere) Behandlung des Trägerkrankenhauses.

4. Zwischenergebnis

Der Vorschlag eines Verbots von MVZ ohne örtlichen (und fachlichen) Bezug zu einer Klinik stellt der Intention nach und in der Sache ein Verbot von klinikunabhängigen MVZ, und damit insbesondere von näpkMVZ dar. Dieser Vorschlag könnte weder den Anforderungen an Eingriffe in die Grundrechte der Trägerunternehmen sowie der in diesem MVZ angestellten Ärzte und der dort an einer Behandlung interessierten Patientinnen und Patienten noch an Eingriffe in die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV gerecht werden.

II. Verbot von fachgleichen MVZ

1. Beschreibung des Verbotsvorschlags und seiner Begründung

Im Positionspapier der BÄK wird vorgeschlagen, in § 95 Abs. 1 Satz 2 SGB V durch die Einfügung des Wortes „fachübergreifend“ auszuschließen, dass MVZ, die beispielsweise ausschließlich eine hausärztliche Versorgung oder eine ausschließlich augenärztliche Versorgung anbieten, nicht mehr zugelassen werden können. Ausgeschlossen wären damit auch MVZ in der Zahnmedizin. Zur Begründung wird darauf hingewiesen, dass es seit der mit dem GKV-VSG im Jahr 2015 erfolgten

Streichung des bis dahin ebenfalls in der Gesetzesfassung vorhandenen Wortes „fachübergreifend“ eine deutliche Zunahme fachgleicher MVZ gegeben habe und dass hinter vielen der hierdurch entstandenen MVZ „Kapitalinvestoren ohne Bezug zur vertragsärztlichen Versorgung“ stünden. Sodann heißt es, dass „insbesondere MVZ-Ketten sowie sogenannte Groß-MVZ ... dabei zu Versorgungsmonopolen in den entsprechenden Fachgebieten“ führen und das Recht der Versicherten auf freie Leistungserbringerwahl einschränken würden (Ziffer 1 im BÄK-Positionspapier). Belege für die Entstehung von „Versorgungsmonopolen“ bzw. eine Erläuterung, was darunter überhaupt zu verstehen sein soll, werden nicht geliefert.

Sucht man zu dem Stichwort „Versorgungsmonopol“ näheren Aufschluss im Ladurner-Gutachten, so wird dort festgestellt, dass die vom Gesetzgeber des SGB V etablierte Bedarfsplanung mit Zulassungsbeschränkung (zu ihr Teil 1 B II 3 a) „unvermeidlich zu lokalen Oligopol- oder sogar Monopolsituationen“ führe und auf eine „zahlenmäßige Verringerung der Marktteilnehmer“ ziele.¹⁷⁶ Dies habe in Bedarfsplanungsregionen mit einer nur geringen Anzahl von Soll-Arztzahlen für eine Fachgruppe automatisch die Konsequenz, dass deren Besetzung (sei es durch einen einzelnen niedergelassenen Vertragsarzt oder über einen Arzt in einem MVZ) zwangsläufig zu einer reduzierten Angebotsvielfalt führe. Die Konzentration von Arztstellen in einer solchen Region kann also nicht als Folge der Zulassung fachgleicher MVZ, sondern muss als systembedingte Folge der bedarfsplanerischen Versorgungssteuerung angesehen werden.¹⁷⁷

Im Entschließungsantrag des Bundesrates fehlt ein dahingehender Vorschlag und auch in dem sehr

174 Ladurner-Gutachten, S. 122, mit Hinweis darauf, dass nach eigener Einschätzung von 54,7 % der Krankenhäuser ein Motiv zur Gründung von Klinik-MVZ gerade die „Einweiser-Bindung“ gewesen ist.

175 Vgl. Teil 1 A I 3.

176 Ladurner-Gutachten, S. 121.

177 So auch das BMG in seinem Bericht im Zusammenhang mit der Beantwortung der Kleinen Anfrage der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, BT-Drs. 20/5166, Antwort Fragen 4 bis 7.

ausführlichen Ladurner-Gutachten wurde ein gegen die Zulassung fachgleicher MVZ gerichteter Vorschlag erst gar nicht erörtert.

2. Hinreichendes Gewicht der reklamierten Gemeinwohlbelange?

a) *Qualifizierung als subjektive Berufszugangsregelung*

Der Beruf eines Trägers von MVZ, gleichgültig, ob es sich um ein Klinik-MVZ oder um ein eigenständiges MVZ handelt, kann nach Inkrafttreten dieses Verbots nur gewählt werden, wenn sich hierfür Ärzte aus verschiedenen Fachrichtungen finden. Obgleich hierdurch sämtliche Typen von MVZ betroffen sind, fällt doch ins Auge (und wird im BÄK-Positionspapier in der Begründung dieses Verbotsvorschlags auch ausdrücklich gesagt), dass eigenständige MVZ in deutlich größerem Maße hierdurch betroffen sein werden.

Der Aufwuchs der fachgleichen MVZ hat in den vergangenen knapp 8 Jahren eine (auch in der Wahrnehmung der Patientinnen und Patienten) eigenständige Kategorie von MVZ entstehen lassen, die insbesondere in den Fachgruppen der Hausärzte und der Zahnärzte weitgehend die einzige Möglichkeit darstellt, überhaupt in einer MVZ-Struktur zu agieren. Insofern nähert man sich fast schon einer objektiven Berufswahlregelung, denn bei der Qualifizierung am Maßstab des Grundrechts der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG ist mit dem BVerfG ein gleitender Ansatz zu praktizieren.¹⁷⁸

b) *Mindestens Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts?*

Subjektive Berufszugangsregelungen können nur unter Berufung auf den Schutz eines „besonders wichtigen Gemeinschaftsguts“ gerechtfertigt werden. Partikularinteressen einzelner Gruppen oder gar von Mitbewerbern der von den Eingriffen

Belastenden reichen nicht (vgl. Teil 2 B I 2). In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass nicht „nur“ die Grundrechte der als MVZ-Träger fungierenden Unternehmen, sondern auch die Grundrechte der Patientinnen und Patienten auf freie Arztwahl (die im Hinblick auf die MVZ-Kategorie eines fachgleichen MVZ nicht mehr ausgeübt werden könnte) sowie das Grundrecht der freien Arbeitsplatzwahl für in solchen MVZ tätig werden wollende Ärztinnen und Ärzte betroffen sind. Hinzu kommt der Maßstab aus Art. 49 AEUV, wonach es sich bei den geltend gemachten Gegenbelangen um „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ handeln muss (dazu Teil 2 B II).

Im Positionspapier der BÄK wird zugunsten des Vorschlags eines Verbots von fachgleichen MVZ erst gar nicht behauptet, dass es hierbei um den Schutz des Wohls der Patientinnen und Patienten gehe. Auch werden keine Schwierigkeiten für die Gesundheitsversorgung als Ganzes oder gar insoweit zu verzeichnende Defizite behauptet. Auch die Finanzierbarkeit des Krankenversicherungssystems wird nicht ins Feld geführt. Der Vorschlag ist in der Sache rein ordnungspolitischer Natur, indem er auf die Zurückdrängung eines bestimmten Typs von MVZ zielt. Dies kann aber nicht als hinreichend qualifizierter Gemeinwohlbelang angesehen werden; entsprechendes gilt im Hinblick auf Art. 49 AEUV.

3. Hilfsweise: Verhältnismäßigkeit?

Würde man diesem Verbotsvorschlag unter Berufung auf einen Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers bescheinigen, dass er von hinreichend gewichtigen Belangen getragen sei, müsste er zusätzlich den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen.

¹⁷⁸ So allgemein BVerfGE 30, 292 (315 f.); BVerfGE 123, 186 (239).

a) *Geeignetheit*

Insoweit verlangt das BVerfG einen „nachvollziehbaren Wirkungszusammenhang“ und betont, dass gesetzgeberische Einschätzungen fraglich würden, wenn zu ihrer Begründung „Gefährdungspotentiale herangezogen werden, die eine intensivere Beschränkung der Berufsfreiheit plausibel machen sollen, obwohl dafür tatsächliche Erkenntnisse fehlen“.¹⁷⁹ Besondere Anforderungen gelten dann, wenn eine bereits früher bestehende verbotende Regelung wieder eingeführt werden soll, wie es bei dem Erfordernis der Fachgleichheit der Fall ist, das bereits bis 2015 bestand hatte. Die nunmehr intendierte Rückkehr zu jener, verbotenden Rechtslage ist nach der Rechtsprechung des BVerfG (dazu ausführlich Teil 2 C II 1 d) nur möglich, wenn hierbei „Erfahrungen“ mit der zwischenzeitlichen, „die Berufsangehörigen weniger belastenden Gesetzeslage“ (hier: die Rechtslage zwischen 2015 und heute) berücksichtigt werden.¹⁸⁰ Wie bereits festgestellt, sind im vorliegenden Zusammenhang aber weder in den bereits vorliegenden empirischen Untersuchungen und Gutachten noch in der Begründung des Vorschlags selbst irgendwelche negativen Erfahrungen erkennbar geworden. Der Umstand, dass seit 2015 infolge der Streichung des bis dahin bestehenden Erfordernisses „fachübergreifend“ eine Zunahme fachgleicher MVZ erfolgt ist, stellt keine negative Erfahrung, sondern schlichtweg die Konsequenz der damaligen (den Grundrechten und Grundfreiheiten der Betroffenen Rechnung tragenden) gesetzgeberischen Entscheidung dar.

Das nunmehr vorgeschlagene Verbot kann daher den Anforderungen an wieder-verschärfende Regelungen nicht entsprechen und es handelt sich bei ihm auch nicht um eine „systematische und kohärente“ Regelung, wie sie der EuGH zur Annahme der Geeignetheit der mit ihr verbundenen

Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV verlangt (zu diesem Maßstab vgl. Teil 2 B II).

b) *Erforderlichkeit*

Als mildere Mittel im Hinblick auf den (wie festgestellt, bereits gar nicht als hinreichend gewichtig anzusehenden) Gemeinwohlbelang der Entstehung von Versorgungsmonopolen kämen jedenfalls die hierfür eigentlich verantwortlichen Regelungen über die Bedarfsplanung in Betracht.

c) *Angemessenheit*

Im Rahmen der Gesamtabwägung stehen auch hier außerordentlich breit und tief wirkende Eingriffe einem nur schwer greifbaren und nicht näher untermauerten Ziel gegenüber. Zwar ist es richtig, dass sich die aus der Interdisziplinarität ergebenden Vorteile von MVZ bei fachgleichen MVZ nicht in der gleichen Weise realisieren können.¹⁸¹ Allerdings bestehen auch hier die Vorteile eines Zusammenwirkens mehrerer Ärztpersönlichkeiten mit unterschiedlichen Erfahrungen und Teilkompetenzen. So gibt es beispielsweise innerhalb der Fachgruppe der Inneren Medizin Ärzte aus den Bereichen Gastroenterologie, Infektiologie und Kardiologie, die in Zukunft (da alle dem Fachgebiet der Inneren Medizin zugehören) nicht mehr in einem MVZ zusammenarbeiten könnten. Die bereits gegenwärtig besonders lückenhafte hausärztliche Versorgung würde durch ein solches Verbot noch weiter ausdünnen als bislang; gerade in ländlichen Räumen erscheint es deutlich aussichtsreicher, dass Hausärzte in einer näher gelegenen, größeren Stadt in einem Hausärzte-MVZ zusammenwirken und von dort aus beispielsweise an einzelnen Tagen Versorgungsangebote in den umliegenden ländlichen Gemeinden machen können, als dass dort ein Nachfolger in Gestalt des herkömmlichen Einzel-Landarztes zu finden wäre. In bestimmten

179 BVerfGE 107, 186, Rn. 44 mit 43.

180 BVerfGE 107, 186, Rn. 43.

181 So BÄK-Positionspapier, S. 5.

Regionen dürfte auch dieser Vorschlag bereits die verfassungsrechtlich verankerte staatliche Versorgungsverantwortung (zu ihr Teil 2 C III 2 b) tangieren. Alle anderen Vorteile von MVZ (jenseits des Vorteils der Interdisziplinarität) bestehen selbstverständlich ebenso intensiv in einem fachgleichen MVZ.

Ein letztes Bedenken ergibt sich aus dem innerhalb der Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigenden allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (dazu Teil 2 A I b). Denn es ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, warum in einer vertragsärztlichen „Einzelpraxis“ neben dem Vertragsarzt bis zu drei ärztliche Vollzeitäquivalente und in Sonderfällen sogar noch mehr Angestellte des gleichen Fachs tätig werden dürfen (vgl. § 14a Abs. 1 BMV-E i.V.m. § 32b Abs. 1 Ärzte-ZV; entsprechendes gilt für eine BAG) und dass zwei fachgleiche Vertragsärzte auch nur je zur Hälfte einen Vertragsarztsitz in Anspruch nehmen dürfen,¹⁸² während fachgleiche MVZ, in denen beispielsweise drei Hausärzte oder drei Internisten zusammenwirken, künftig ausgeschlossen sein sollen.

4. Zwischenergebnis

Der Vorschlag eines Verbots fachgleicher MVZ ist bereits nicht durch hinreichend gewichtige Gemeinwohlbelange gerechtfertigt. Jedenfalls entspricht er nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, insbesondere im Hinblick darauf, dass keine negativen Erfahrungen aus den vergangenen Jahren, in denen nach Aufhebung eines bereits früher bestandenen Verbots die Zulassung fachgleicher MVZ möglich war, ersichtlich sind.

III. Verbot von MVZ bei Überschreitung bestimmter Marktanteile

1. Beschreibung des Verbotsvorschlags und seiner Begründung

Bereits bisher (seit dem TSVG) besteht im Bereich der zahnärztlichen Versorgung gemäß § 95 Abs. 1b SGB V das Verbot der Gründung neuer MVZ (durch Krankenhäuser) bei Überschreitung bestimmter Marktanteile, im Grundfall dann, wenn der Versorgungsanteil des neu zu gründenden MVZ an der Versorgung im Planbereich der betreffenden kassenzahnärztlichen Vereinigung (in dem die Gründung des MVZ beabsichtigt ist) 10 % der jeweiligen Arztgruppe überschreitet. Das Positionspapier der BÄK möchte gemäß Ziffer 6 diese Regelung auf die gesamte vertragsärztliche Versorgung ausdehnen (bei gleichen Anteilsstrukturen). Sowohl die bisherige als auch die neue Regelung gelten bereits im Falle der Erweiterung eines bestehenden MVZ (eines Krankenhauses). Neu ist, dass der Landesausschuss für einzelne Arztgruppen einen abweichenden Versorgungsanteil festlegen können soll, „wenn dies aus Versorgungsgründen erforderlich ist“ (so der letzte Satz des die Änderung des § 95 Abs. 1b SGB V betreffenden Vorschlags). Im Positionspapier wird dies ausschließlich damit begründet, dass die „freie Arztwahl zu gewährleisten“ sei.

Im Entschließungsantrag des Bundesrats (Ziffer 4) findet sich eine der Grundstruktur nach vergleichbare Regelung. Dort wird allerdings nicht auf das einzelne MVZ abgestellt, sondern auf den einzelnen Träger von MVZ, weswegen durchaus in einem Planungsbereich auch mehrere Träger MVZ neu gründen könnten, obwohl die Summe von deren Versorgungsanteilen über den künftig festgelegten Höchstversorgungsanteilen liegt.¹⁸³ Als Begründung wird hier die Erhaltung der „Anbiervielfalt“ angegeben.

¹⁸² Nähere Informationen hierzu in der Tabelle des Ladurner-Gutachtens, S. 39.

¹⁸³ So auf S. 7 der Begründung des Eckpunktepapiers zum Entschließungsantrag.

Im Ladurner-Gutachten war der Vorschlag eines Verbots von MVZ bei Überschreitung bestimmter Marktanteile überhaupt nicht enthalten und wurde somit auch nicht wissenschaftlich analysiert.

2. Hinreichendes Gewicht der reklamierten Gemeinwohlbelange?

a) *Qualifizierung als objektive Berufszugangsregelung*

Dieser Verbotsvorschlag betrifft jeden Träger eines Krankenhaus-MVZ, gleichgültig, ob es sich um ein Klinik-MVZ oder um ein eigenständiges MVZ und ebenso gleichgültig, ob es sich um MVZ mit oder ohne nichtärztliche private Kapitalgeber handelt. Allerdings wäre die Gruppe der eigenständigen MVZ (und dort wiederum der näpk-MVZ) von diesem Regelungsvorschlag offensichtlich am intensivsten betroffen. Dies wird im Entschließungsantrags des Bundesrates auch offen ausgesprochen.¹⁸⁴ Hierbei handelt es sich fraglos¹⁸⁵ um eine Regelung, die die Wahl des Berufs „Träger eines MVZ“ betrifft. Generell werden staatlich festgesetzte Höchstzahlen bestimmter Wirtschaftskapazitäten als objektive Berufszugangsregelungen angesehen.¹⁸⁶ Breuer schreibt ihnen im Handbuch des Staatsrechts zutreffend eine „dirigistische Prägung“ zu.¹⁸⁷

Vordefinierte Festlegungen von Marktanteilen sind insbesondere auch für potenzielle Wirtschaftsteilnehmer aus dem europäischen Binnenmarkt eine besonders massiv wirkende Beschränkung, weil sie bestehende Marktanteile (typischerweise von seit jeher ansässigen Anbietern) gleichsam für die Zukunft zementieren. Stark eingeschränkt wird in den betroffenen Planungsbereichen auch die grundrechtlich geschützte Arbeitsplatzwahlfreiheit der an einer Mitarbeit in neuen MVZ interessierten Personen.

b) *Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts von nachweisbaren oder höchstwahrscheinlich schweren Gefahren?*

Es ist denkbar, die freie Arztwahl und die Trägervielfalt als überragend wichtige Gemeinschaftsgüter anzusehen. Allerdings wird in keiner Weise dargelegt (und ist auch in keiner Weise erkennbar), dass durch die bestehende Regelung ohne eine Orientierung an bestimmten Marktanteilen eine irgendwie geartete Gefahr, geschweige denn eine nachweisbare oder höchstwahrscheinlich schwere Gefahr drohen würde. Wie das Ladurner-Gutachten ausführlich dargelegt hat¹⁸⁸ und wie das BGM¹⁸⁹ ausdrücklich bestätigt hat, haben etwaige Beschränkungen der Anbietervielfalt und das Entstehen etwaiger räumlicher Konzentrationen ihre Wurzel ausschließlich in dem durch den Gesetzgeber selbst errichteten System der Bedarfsplanung und der Zulassungsbeschränkungen.

Womöglich geht es den Urhebern dieses Verbotsvorschlags aber auch gar nicht um die freie Arztwahl, sondern (wie seinerzeit der Entwurfsbegründung des TSVG zu entnehmen)¹⁹⁰ darum, das Engagement von „Private-Equity-Gesellschaften“ einzudämmen, um den von diesen angeblich ausgehenden Gefahren in Gestalt der angeblichen Beeinflussung durch versorgungsfremde Zielvorgaben eindämmen zu können,¹⁹¹ hierauf nimmt bei der Auseinandersetzung mit dem Vorschlag des Verbots von MVZ bei Überschreitung bestimmter Marktanteile *Sodan* in seinem Gutachten für die kassenärztliche Vereinigung Bayern ausdrücklich Bezug (S. 46). Bei der von ihm anschließend durchgeführten kursorischen verfassungsrechtlichen Prüfung unterschlägt er (trotz zutreffender Qualifizierung als objektive

184 Auf S. 6 mit dem Hinweis darauf, dass diese Regelung insofern besonders wirkungsvoll „in Kombination mit der Regelung zu einem räumlichen Bezug“ sei.

185 So explizit auch Sodan, Gutachten, S. 50.

186 Vgl. BVerfGE 40, 196 (218); Höchstzahlen für den Güterfernverkehr.

187 Breuer, in: HdbStR VIII, § 171 Rn. 71.

188 S. 121 f.

189 In der BT-Drs. 20/5166, S. 5.

190 Dazu Teil 1 B I 3 u. 4.

191 Vgl. BT-Drs. 19/82351, S. 188.

Berufszulassungsregelung), dass „nachweisbar oder höchstwahrscheinlich schwere Gefahren“ erkennbar bzw. geltend gemacht sein müssten. Wie bereits wiederholt festgestellt, gibt es keinerlei Erkenntnisse darüber, dass gerade jener Träger-Kreis von MVZ Gefahren dieses Kalibers verursacht hätte bzw. in Zukunft verursachen würde. Wiederum kann keine investorenspezifische Gefahrenlage beschrieben oder auch nur skizziert werden.

3. Hilfsweise: Verhältnismäßigkeit?

Selbst wenn man davon ausginge, dass zugunsten dieses Verbotsvorschlags Gemeinwohlbelange von hinreichendem Gewicht ins Felde geführt werden könnten, erwiese er sich als nicht verhältnismäßig.

a) *Geeignetheit*

Wie bereits festgestellt, gibt es keine Studie, die einen Zusammenhang zwischen dem Erreichen bestimmter Marktanteile und einer Verschlechterung der Gesundheitsversorgung in der betreffenden Region auch nur nahelegen könnte. Auch dem Erfordernis, dass Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit in Art. 49 AEUV „in kohärenter und systematischer Weise“ begründet werden müssen, wäre nicht Genüge getan. Schließlich dürfte es kein Zufall sein, dass in dem Ladurner-Gutachten dieser Vorschlag nicht einmal erörtert worden ist.

b) *Erforderlichkeit*

Aus den Überlegungen zum etwaigen Gewicht der reklamierten Gemeinwohlbelange ergibt sich, dass dann, wenn man tatsächlich die Angebotsvielfalt stärken wollte, Reformen im Recht der Bedarfsplanung und der Zulassungsbeschränkungen als mildere Mittel vorrangig ergriffen werden müssten. Eine solche

Reform müsste dann allerdings sämtliche Teilnehmer an der vertragsärztlichen Versorgung, d.h. auch die niedergelassenen Vertragsärzte, einbeziehen.

c) *Angemessenheit*

Im Rahmen der Gesamtabwägung stünde hier einem besonders intensiven, in der Verfassungsordnung unter dem Grundgesetz stets als extraordinär empfundenen Eingriff (in Gestalt der objektiven Berufszugangsregelung) ein wiederum kaum greifbares, nicht näher untermauertes Ziel gegenüber. Dabei ist der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers umso kleiner, je schwerer die Grundrechtseingriffe wiegen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass einzelne Regelungskontexte den erfassten Lebenssachverhalt nicht isoliert betreffen, sondern im Zusammenwirken mit anderen Regelungskonzepten gesehen und in einen kohärenten Zusammenhang gestellt werden müssen. Indem im vorliegenden Zusammenhang in erster Linie auf Aspekte der Marktordnung abgestellt wird, würde in das SGB V ein Regelungsziel eingeführt, das eigentlich dem Kartellrecht des GWB anvertraut ist. Dort finden sich zahlreiche, erforderlichenfalls zu modifizierende oder weiter zu entwickelnde potenzielle Instrumente, um etwaigen (wohlgemerkt hier gar nicht dargelegten) Gefahren in gestörten Marktsituationen entgegenzuwirken. Der 69. Deutsche Juristentag 2012 hat sich hiermit (ohne spezifischen Bezug zu MVZ) auseinandergesetzt und in der Begründung zur 11. GWB-Novelle¹⁹² wird auf eine verbesserte Untersuchung „regionaler Gesundheitsmärkte“ verwiesen.¹⁹³

192 Abrufbar unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/aenderung-des-gesetzes-gegen->

wettbewerbsbeschaenkungen.pdf?__blob=publicationFile&v=6, S. 31.

193 Im Anschluss an das Gutachten von Becker und Schweitzer, 69. DJT, Band I, 2012, S. 78 ff.

4. Zwischenergebnis

Der Vorschlag eines Verbots von MVZ bei Überschreitung bestimmter Marktanteile enthält eine objektive Berufszugangsregelung, die nicht mit dem Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsguts vor nachweisbaren oder höchstwahrscheinlich schweren Gefahren begründet werden kann. Hilfsweise würde sich dieser Verbotsvorschlag auch nicht als verhältnismäßig erweisen.

IV. Verbot von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen

1. Beschreibung des Verbotsvorschlags und seiner Begründung

Nach dem BÄK-Positionspapier (Ziffer 7) soll § 95 Abs. 1 SGB V dahingehend ergänzt werden, dass Gründungsberechtigte „keine Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge sowie Betriebsführungsverträge mit Dritten abschließen“ dürfen. Dies würde als Zulassungsvoraussetzung ausgestaltet und betreffe in der Sache ausschließlich gründungsberechtigte Krankenhäuser. Zusätzlich soll in § 32 Abs. 1 Ärzte-ZV betont werden, dass das gemäß Abs. 1 S. 1 bestehende Postulat, dass „die vertragsärztliche Tätigkeit persönlich in freier Praxis auszuüben“ ist, auch „entsprechend“ für Medizinische Versorgungszentren gelte; die entsprechende Geltung der bestehenden Vorschriften der Ärzte-ZV für MVZ war freilich bereits in § 1 Abs. 3 Nr. 2 Ärzte-ZV angeordnet.¹⁹⁴

Zur Begründung wird im Positionspapier geltend gemacht, dass eine Umgehung der Beschränkung des zulässigen Gründerkreises auf bestimmte Träger (namentlich die Krankenhäuser) verhindert werden soll und eine angeblich dem Art. 3 Abs. 1 GG geschuldete Gleichbehandlung der in niedergelassenen Praxen tätigen Vertragsärzten hergestellt werden sollte.

Im Entschließungsantrag des Bundesrats findet sich ein dahingehender Vorschlag nicht und auch das Ladurner-Gutachten hatte keine diesbezüglichen Erwägungen angestellt.

2. Hinreichendes Gewicht der reklamierten Gemeinwohlbelange?

a) Qualifizierung als subjektive Berufszugangsregelung und als besonders massiver Eingriff in die Niederlassungsfreiheit

Selbstverständlich bildet die Kooperation mit Dritten und die Gestaltung der Refinanzierung der eigenen unternehmerischen Aktivitäten einen Teilgehalt des Berufsgrundrechts in Gestalt der Organisations- und Finanzierungsfreiheit.¹⁹⁵ Da nach dem Vorschlag der BÄK die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung künftig von dem Verzicht auf Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen abhängig sein soll, handelt es sich um eine Berufswahlregelung in Gestalt der subjektiven Berufszulassungsschranke, d.h. der Beruf des Trägers eines MVZ kann durch Krankenhausträgergesellschaften nur noch gewählt werden, wenn sie auf die entsprechenden Vertrags- und Finanzierungsgestaltungen verzichten. Darin liegt überdies ein erheblicher Eingriff in die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV, mit der insbesondere für an Trägergesellschaften beteiligte Personen und Unternehmen aus dem europäischen Ausland der Zugang zum Binnenmarkt erschwert wird.

b) Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts?

Auch im Hinblick auf diesen Verbotsvorschlag fällt es schwer, Gemeinwohlbelange zu identifizieren, die ein hinreichendes Gewicht besäßen, um Eingriffe in die Berufswahlfreiheit und die Niederlassungsfreiheit rechtfertigen zu können.

¹⁹⁴ Ebenso Scholz, in: Jacobs u.a. (Hrsg.), FS Plagemann, 2020, S. 569 (576).

¹⁹⁵ Dazu allgemein Burgi, in: BK GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 124.

Der im Positionspapier der BÄK behauptete Gleichheitsverstoß im Hinblick auf die niedergelassenen Vertragsärzte ist nicht haltbar, weil mit der (als solche ja fortbestehenden) Zulassung von MVZ als Akteure der vertragsärztlichen Versorgung gerade ein wesensmäßig anderes organisatorisch-institutionelles Setting, das nicht in allen Einzelteilen den Charakteristika der freiberuflichen Tätigkeit entsprechen kann, geschaffen worden ist. Das Argument der angeblichen Umgehung der Beschränkung des Kreises der Gründungsberechtigten überzeugt ebenfalls nicht, weil die bestehende Rechtslage keinen Umgehungstatbestand begründet, sondern eine bestimmte Form des Tätigwerdens als Gesundheitsdienstleister legitimiert.

Dagegen könnte lediglich dann mit guten Gründen des Gemeinwohls vorgegangen werden, wenn sich behaupten ließe, dass die Aktivitäten investorengetragener MVZ Gefahren verursachen würden. Ohne dies klar zu sagen, geht die BÄK offenbar davon aus,¹⁹⁶ dass es zum Schaden der Patienten reichen könnte und dass die medizinische Versorgung für die gesetzlichen Krankenkassen teurer würde, wenn MVZ mit Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen agieren. Unterstellt man die Richtigkeit dieser (wie gesagt, nicht einmal explizit ausgesprochenen) Vermutung, dann stünden immerhin besonders wichtige Gemeinschaftsgüter auf dem Spiel. Die nachfolgenden Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit lassen sich auf diese Unterstellung ein, erfolgen also hilfsweise.

3. Hilfsweise: Verhältnismäßigkeit?

a) *Geeignetheit*

Die Geeignetheit dieses Verbotsvorschlages zur Erreichung der (unterstellten) Gemeinwohlziele ist zu verneinen. Denn es gibt keinerlei Datenbasis

dafür, dass investorengetragene MVZ, noch (spezieller) MVZ mit Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen durch die von den dort tätigen Ärzten durchgeführten Behandlungen das Wohl der Patienten gefährden würden. Insofern sei erneut auf das Ladurner-Gutachten hingewiesen (insbesondere S. 77 ff.) und auf den Bericht des BGM an den Deutschen Bundestag vom 9.1.2023,¹⁹⁷ wonach die bestehenden Erkenntnisse nicht ausreichen um festzustellen, dass „von MVZ mit oder ohne Investorenbeteiligung eine Gefahr für die Qualität und Wirtschaftlichkeit der (zahn)ärztlichen Versorgung“ ausgehe (S. 7). Hinsichtlich der Abrechnungsvolumina wird ausdrücklich festgestellt, dass es zwar höhere Abrechnungsvolumina von MVZ (gegenüber Einzelpraxen) gebe (S. 7). Das IGS-Gutachten aus dem Jahr 2021 hat allerdings festgestellt, dass innerhalb aller MVZ die MVZ in der Trägerschaft privater Krankenhäuser weniger abrechneten als MVZ in Einzelpraxen.¹⁹⁸ Gerade die erstgenannten MVZ-Träger würden aber durch das Verbot von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen beeinträchtigt, während die Inhaber der Einzelpraxen mit den von ihnen erzielten Gewinnen weiterhin nach Belieben verfahren dürften; dass auch diese Praxen mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden (und betrieben werden müssen), wurde wiederholt festgestellt. Das Verbot von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen wäre damit nicht geeignet.¹⁹⁹

b) *Erforderlichkeit*

Angesichts mehrerer bestehender alternativer milderer Mittel zur Sicherung einer ausschließlich an medizinischen Gesichtspunkten orientierten Handlungs- und Verordnungstätigkeit von Ärzten in MVZ fehlte es aber auch an der Erforderlichkeit. So enthalten die meisten Beherrschungsverträge bereits heute konkrete Klauseln hinsichtlich der Weisungsfreiheit betreffend medizinisch-fachliche

¹⁹⁶ Ebenso, aber wiederum deutlicher Sodan, Gutachten, S. 85.

¹⁹⁷ BT-Drs. 20/5166, S. 7.

¹⁹⁸ Vgl. bereits oben (Teil 1 A 1 2 a).

¹⁹⁹ Ebenso Prütting/Hügel/Sowa, MedR 2022, S. 975 (984 f.).

Entscheidungen der Ärzte.²⁰⁰ Selbstverständlich gelten sämtliche berufs-, disziplinar- und strafrechtliche Regelungen und Sanktionsmöglichkeiten auch gegenüber Ärzten in MVZ und bildet die sog. vertragsärztliche Wirtschaftlichkeits- und Abrechnungsprüfung (nach §§ 106 ff. SGB V) ein weiteres Mittel zur Sicherung jener ärztlichen Autonomie.²⁰¹ Als milderer Mittel wird im Ladurner-Gutachten ferner diskutiert, sachfremde finanzielle Anreize in den Verträgen mit dem ärztlichen Leiter zu verbieten bzw. einzuschränken.²⁰²

c) *Angemessenheit*

Anders als die bisher untersuchten Verbotsvorschläge betrifft das Verbot von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen nicht die nach außen gerichtete Tätigkeit der MVZ-Träger, sondern ihre Binnenorganisation und ihre internen Finanzierungsangelegenheiten. Betroffen ist in erster Linie die Organisationsfreiheit, teilweise auch Unternehmerfreiheit genannt.²⁰³ Es ist naheliegend, an Eingriffe, die sich auf diesen Teil der Berufsfreiheit beziehen, höhere Anforderungen zu stellen, da der hier betroffene, gleichsam interne Bereich des Unternehmens den Staat prima facie weniger angeht als das, was das Unternehmen durch sein Verhalten nach außen möglicherweise an Gefährdungen hervorruft. Dieser Gedanke eines grundsätzlich stärkeren Schutzes der Organisationsautonomie findet in der rechtswissenschaftlichen Beschäftigung mit Art. 12 Abs. 1 GG in neuer Zeit mehr Anhänger²⁰⁴ und er ist auch in der Beschäftigung mit den europäischen Grundfreiheiten und Grundrechten nachweisbar.²⁰⁵

Hinzu kommt, dass mit dem Gesellschaftsrecht und dem Steuerrecht hochkomplexe und in Jahrzehnten immer weiter ausdifferenzierte sowie

teilweise europäisierte Rechtsregime bestehen, die den Umgang mit Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen vordeterminieren. Diesbezügliche Regelungen im SGB V, das gänzlich anderen Zielsetzungen und Regelungsarrangements verpflichtet ist, provozieren von vornherein den (sowohl verfassungs-, als auch insbesondere europarechtlich relevanten) Vorwurf fehlender Kohärenz.

In der Gesamtabwägung des Verbotsvorschlags wäre schließlich zu berücksichtigen, dass hier eine schwerwiegende Ungleichbehandlung vorliegt. Denn während der Gesetzgeber zulasten von MVZ-Trägern künftig Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge verbieten würde, lässt er sie bei den Trägergesellschaften von Kliniken, d.h. im stationären Bereich, zu. Der Verbotsvorschlag hätte zur Folge, dass etwa internationale private Trägergesellschaften weiterhin Kliniken, aber nicht mehr MVZ mit entsprechenden Organisations- und Finanzierungselementen konzipieren könnten.²⁰⁶ Hierfür ist kein vor Art. 3 Abs. 1 GG akzeptabler sachlicher Grund ersichtlich. Im Gegenteil stehen sowohl das Wohl der Patienten als auch die Finanzierbarkeit durch die gesetzlichen Krankenkassen angesichts des deutlich anspruchsvolleren Behandlungsportfolios und der wesentlich größeren Honorardimensionen im stationären Bereich eigentlich stärker infrage. Dies wirkt sich angesichts der Schwere des infrage stehenden Eingriffs in die Freiheitsgrundrechte in der Angemessenheitsprüfung aus.

4. Zwischenergebnis

Der Vorschlag eines Verbots von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen stellt eine subjektive Berufszugangsregelung dar,

200 Näher Sabelleck, GesR 2022, S. 477 (483, 488).

201 Vgl. Prütting/Hügel/Sowa, MedR 2022, S. 982.

202 Vgl. Ladurner-Gutachten, S. 128 f.; dazu noch unten IV.

203 So BVerfGE 50, 290 (363); weiterführend Burgi, in: BK GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 47.

204 Zuletzt Rast, Unternehmerische Organisationsfreiheit und Gemeinwohlbelange, 2022, S. 352 ff.

205 Vgl. Wolff, in: Burgi/Habersack (Hrsg.), Handbuch Öffentliches Recht des Unternehmens, 2023, § 6 III 1 b, cc), i.E.

206 Hierin erblicken auch Kämmerer/Kleiner, MedR 2020, S. 531 (537), einen Gleichheitsverstoß.

die nicht mit dem Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter begründet werden kann. Hilfsweise würde sich dieser Verbotsvorschlag als nicht verhältnismäßig und insbesondere auch als unvereinbar mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs.1 GG (im Hinblick auf die fortbestehende Möglichkeit solcher Verträge im stationären Bereich) erweisen.

V. Verbote betreffend das Nachbesetzungsverfahren

1. Verbot der Konzeptbewerbung

Dieses Verbot betrifft die in § 103 SGB V enthaltenen Regelungen für den Fall eines Bewerberüberhangs bei der Besetzung von Vertragsarztsitzen (siehe bereits oben Teil 1 B II 3 a). Bislang war in § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V die Vorlage eines Konzepts über die „Ergänzung des besonderen Versorgungsangebots“ als ein Kriterium zugunsten von MVZ vorgesehen. Im BÄK-Positionspapier wird in Ziffer 10 vorgeschlagen, dieses Kriterium zu streichen und damit die Variante der Konzeptbewerbung zu verbieten. Das Positionspapier begründet dies mit dem Ziel der Gleichbehandlung zwischen MVZ und Vertragsärzten sowie damit, dass das BSG insoweit weitergehende konkretisierende Regelungen zur näheren Ausgestaltung verlangt hatte.²⁰⁷ Der BR-Entschließungsantrag macht einen gleichlautenden Vorschlag (Ziffer 6) und beschreibt die Gefahr, dass „Scheinkonzepte“, die nach erfolgter Besetzung gar nicht umgesetzt werden könnten, zum erleichterten Erwerb eines Vertragsarztsitzes führen könnten. Auch im Ladurner-Gutachten wird die Streichung der Konzeptbewerbung befürwortet (S. 50 f.). Die Konsequenz wäre, dass sich MVZ künftig statt mit einem Konzept mit einer konkret benannten Person bewerben müssten.

In der Sache handelt es sich hierbei um eine subjektive Berufszugangsvoraussetzung, die durch die Einbeziehung einer dann zu benennenden ärztlichen Person als Angestelltem erfüllt werden könnte. Die reklamierten Gemeinwohlbelange dürften das erforderliche Gewicht eines „besonders wichtigen Gemeinschaftsguts“ haben. Auch die Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit dürften (vorbehaltlich detaillierterer Prüfung) insoweit erfüllt werden können.

Betont sei dennoch, dass von Verfassungsrechts wegen aber keine Pflicht²⁰⁸ besteht, die Konzeptbewerbung zu streichen, sondern dies vielmehr erst am Ende eines offenen politischen Diskussionsprozesses erfolgen könnte, zumal im Nachbesetzungsverfahren in § 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V in europarechtlich bedenklicher Weise²⁰⁹ bereits ein Nachrang von nÄpMVZ vorgesehen ist, wenn die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte nicht bei Ärzten liegt, die in dem MVZ als Vertragsärzte tätig sind.

2. Verbot des Arztstellenerwerbs im Wege des Zulassungsverzichts

a) *Beschreibung des Verbotsvorschlags und seiner Begründung*

Bislang ist in § 103 Abs. 4a S. 1 SGB V vorgesehen, dass ein Vertragsarzt in einem zulassungsbeschränkten Planungsbereich auf seine Zulassung verzichten kann, um in einem MVZ tätig zu werden. Dies bewirkt zugunsten des MVZ die Gewinnung eines Vertragsarztsitzes ohne Ausschreibungsverfahren. Allerdings hat das BSG diese Möglichkeit mit seinem Urteil vom 4.5.2016²¹⁰ erheblich erschwert. Demnach ist die Nachbesetzung derartiger Arztstellen durch ein MVZ nur dann möglich, wenn sich das Tätigwerden des einbringenden Vertragsarztes über eine längere Zeit erstreckt, typischerweise (abgesehen

207 BSG, U.v. 15.5.2019, B 6 KA/15/18 R, Rn. 44 ff.

208 So aber Sodan-Gutachten, S. 101 ff.

209 Ausführlich dazu Schnapp/Nolden, ZESAR 2012, S. 452 ff.

210 B 6 KA 21/15 R.

von Sonder- oder Ausnahmesituationen) über einen Zeitraum von mindestens drei Jahren. Die Umsetzung dieser Vorgabe hat sich in der Praxis als schwierig und streitanfällig herausgestellt, teilweise wurde hierin auch eine Überschreitung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung erkannt.²¹¹

Im Entschließungsantrag des Bundesrates wird nun für die komplette Streichung des § 103 Abs. 4a S. 1 SGB V plädiert. Dadurch würde die freiberufliche ärztliche Tätigkeit gestärkt und würden sich Chancen für Interessenten an Vertragsarztsitzen in eigener Praxis (also nicht über ein MVZ) verbessern (Ziffer 5). Im Positionspapier der BÄK fehlt dieser Vorschlag, womöglich deshalb, weil er in erheblicher Weise auch die Rechte und Interessen der bisher als Vertragsärzte tätigen und nun zum Überwechseln in ein MVZ entschlossenen Ärzte betrifft. Im Ladurner-Gutachten wird ebenfalls *nicht* die Option des Zulassungsverzichts infrage gestellt. Stattdessen wird dort erörtert, ob (alternativ) die durch das BSG „erfundene“ Dreijahresfrist gesetzlich fixiert werden sollte oder stattdessen eine Mindesttätigkeitsfrist von einem Jahr verlangt werden sollte. Für Letzteres plädieren die Gutachter, weil diese Option einfach handhabbar, weniger streitanfällig und auch im Hinblick auf die Berufsfreiheit des hiervon betroffenen früheren Vertragsarztes besser zu akzeptieren sei.

b) *Hinreichende Gründe des Gemeinwohls?*

Der Vorschlag, den bisher bestehenden Weg zur Zulassung bzw. Erweiterung der Zulassung als MVZ zu verbieten, stellt eine subjektive Berufszugangsregelung dar.²¹² Sie ist daher am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG als Regelung auf der sog. zweiten Stufe rechtfertigungspflichtig. Des Weiteren berührt sie in erheblicher Weise auch das Eigentumsgrundrecht der legitimerweise an einer wirtschaftlichen Verwertung ihrer Praxis interessierten bisherigen Vertragsärzte (dazu bereits Teil 2 A I 2) einschließlich des Schutzes in das bisher getätigte Vertrauen in den Fortbestand

dieser Regelung. Schon deshalb dürfte der Verbotsvorschlag einer Streichung dieser Art des Arztstellenerwerbs m.E. allenfalls mit einer längeren Übergangsfrist statthaft sein. Der seine Einbringung in ein MVZ intendierende bisherige Vertragsarzt ist überdies in seinem durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Recht der freien Wahl des Arbeitsplatzes beeinträchtigt. All diese Grundrechtsbestimmungen verlangen ebenso wie die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV im Hinblick auf MVZ-Träger aus dem europäischen Binnenmarkt die Ausrichtung auf den Schutz „eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts“.

Ein solch besonders wichtiges Gemeinschaftsgut könnte jedenfalls nicht der bloße Aspekt der Stärkung von Freiberuflichkeit (einer überdies (europa-)verfassungsrechtlich ungesicherten Kategorie) darstellen. Wohl aber dürfte die ebenfalls ins Felde geführte Verbesserung der Chancen von Interessenten an der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung als niedergelassener Arzt einen hinreichend gewichtigen Gemeinwohlbelang darstellen. Dieser Gemeinwohlbelang beträfe letztlich die Sicherstellung einer qualitativ hochwertigen und flächendeckenden ärztlichen Versorgung.

c) *Verhältnismäßigkeit?*

Der Verbotsvorschlag wäre zweifelsohne zur Erreichung dieses Ziels geeignet, nicht aber erforderlich. Die deutlich milderen Mittel stünden mit den beiden im Ladurner-Gutachten gemachten Vorschlägen betreffend die Festlegung einer Mindesttätigkeitsfrist bereits auf dem Tisch. Dass Interessenten an freiwerdenden Vertragsitzen mit vielen wettbewerblichen Schwierigkeiten konfrontiert sind, liegt überdies nicht am parallelen Auftreten von MVZ, sondern an dem vom Gesetzgeber errichteten, seinerseits durchaus verfassungsrechtlich prekären System der vertragsärztlichen Bedarfsplanung als solchem. Im

211 Zu beidem mit weiteren Nachweisen Ladurner-Gutachten, S. 67 f.

212 Ebenso Strötchen, KrV 2020, S. 103.

Interesse einer kohärenten Stärkung der Interessen jüngerer Aspiranten für einen freiwerdenden Vertragsarztsitz müsste also an diesem System angesetzt werden.

Letztlich erweist sich dieser Verbotsvorschlag m.E. als nicht angemessen. Denn die Regelung über den Arztstellenerwerb im Wege des Zulassungsverzichts gemäß § 103 Abs. 4a S. 1 SGB V ist Teil eines bislang austarierten Gesamtsystems. Würde man jene Regelung herausbrechen, entstünde eine neue Asymmetrie zwischen der Zulassung als Vertragsarzt und der Zulassung als MVZ. Anders als im Entschließungsantrag des Bundesrats (offenbar in unreflektierter Übernahme entsprechender Überlegungen in dem für die KBV erstatteten Gutachten von *Sodan*)²¹³ behauptet, fügt sich der neue Regelungsvorschlag nicht etwa in den in § 103 Abs. 4c S. 3 SGB V bereits festgesetzten Nachrang von insbesondere nÄpkMVZ im Nachbesetzungsverfahren ein. Vielmehr stellt dieser eine bereits bislang bestehende Schlechterstellung der MVZ dar, die nach dem Konzept der seinerzeitigen gesetzgeberischen Regelung durch die Regelung über den Zulassungsverzicht nach § 103 Abs. 4a S. 3 SGB V gleichsam ausgeglichen wird.

3. Zwischenergebnis

Während der Vorschlag eines Verbots der Konzeptbewerbung weder verfassungs- noch europarechtlich zu beanstanden ist, würde sich das Verbot des Arztstellenerwerbs im Wege des Zulassungsverzichts als ein übermäßiger, jedenfalls nicht angemessener Eingriff in die Berufswahlfreiheit, die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV, das Eigentumsgrundrecht und das Recht der freien Wahl des Arbeitsplatzes darstellen.

VI. Hilfsweise: Rückwirkende Geltung der Verbotsregelungen

Wenn man nicht sowieso im Hinblick auf die gewichtigeren Verbotsvorschläge (insbesondere betreffend den fachlich/örtlichen Bezug und die Fachgleichheit) zu dem Ergebnis gelangt, dass diese verfassungswidrig sind, ist (also Hilfsweise) zu untersuchen, ob sie auch für bereits zum Zeitpunkt einer etwaigen Verabschiedung der Verbotsvorschläge bestehende MVZ Geltung beanspruchen könnten. Dahingehend positioniert sich die BÄK, während der Entschließungsantrag des Bundesrates hierzu schweigt (ebenso wie das Ladurner-Gutachten) und im Gutachten von *Sodan* jedenfalls Übergangsvorschriften für erforderlich gehalten werden.²¹⁴ Der frühere Vorsitzende Richter am BSG *Wenner* hat sich zur Thematik der Rückwirkung dahingehend geäußert, dass „ein Ausschluss von Finanzinvestoren von der Trägerschaft von MVZ nur für die Zukunft realisiert werden“ könnte. Für den Eingriff in bestehende Strukturen bestünden „verfassungsrechtlich besonders hohe Hürden“, die im vorliegenden Fall nicht überwunden werden könnten.²¹⁵

1. Beschreibung des Vorschlags und seiner Begründung

Im BÄK-Positionspapier wird sowohl betreffend das künftige Zulassungserfordernis eines örtlichen und fachlichen Bezugs zu einer Klinik als auch betreffend das Verbot fachgleicher MVZ eine Regelung dahingehend vorgeschlagen, dass bereits zugelassene MVZ „bis zum 31.12.2023 unverändert“ als MVZ gelten würden, auch wenn sie keinen fachlich/örtlichen Bezug haben bzw. nicht fachübergreifend sind (so Ziffern 1 und 2 des Positionspapiers). Im Hinblick auf die bereits am 1.1.2012 zugelassenen MVZ soll deren (bisher unbefristet fortgeltende) Zulassung nur noch „bis zum 31.12.2033“ gelten (Ziffer 3).

²¹³ Gutachten Sodan, S. 95 f.; daran anknüpfend BR-Entschließungsantrag, S. 8.

²¹⁴ S. 43 f.

²¹⁵ Wenner, Gesundheitsrecht.blog, Beitrag Nr. 2, Jahrgang 2023, S. 3.

Würden diese Verbotsvorschläge realisiert, wäre bereits mit dem Tag ihres Inkrafttretens das schleichende Ende der hiervon betroffenen MVZ eingeleitet, weil sowohl Investoren als auch Träger und insbesondere die dort tätigen Mitarbeitenden ihre Dispositionen an den jeweiligen Endpunkten ausrichten würden. Für tausende Ärztinnen und Ärzte würde dieser (von der Bundesärztekammer gemachte!) Vorschlag den absehbaren Verlust des bisherigen, frei und offenbar mit einer gewissen Zufriedenheit gewählten Arbeitsplatzes bedeuten.

Die vorgeschlagenen Regelungen sind ungewöhnlich, wenn man sie mit der Vorgehensweise bei früheren Reformen des SGB V (wie sie im Teil 1 B I nachgezeichnet worden sind) vergleicht. So lautet § 95 Abs. 1a S. 4 SGB V in der gegenwärtig geltenden Fassung dahingehend, dass sämtliche am 1.1.2012 bereits zugelassene MVZ „unabhängig von der Trägerschaft und der Rechtsform des medizinischen Versorgungszentrums unverändert“ fortbestehen würden. Auch in anderen Rechtsbereichen, in denen insbesondere Berufswahlregelungen neu eingeführt bzw. verschärft werden, wird so verfahren. Als ein signifikantes Beispiel hierfür kann die vor einigen Jahren bewirkte sog. Rückvermeisterung im Handwerk gelten, die von vornherein sowohl von den politisch Verantwortlichen auf der Ebene der Bundesgesetzgebung als auch von allen am rechtspolitischen Prozess beteiligten Akteuren immer nur auf die künftige Gründung von Handwerksbetrieben bezogen worden ist, während sämtliche bereits ausgeübten Handwerkstätigkeiten weiterhin ohne Meisterbrief ausgeübt werden können (vgl. § 119 Abs. 1 Handwerksordnung).

Eine Begründung für die insofern extraordinäre und bemerkenswert strenge Regelung findet sich im Positionspapier der BÄK nicht.

2. Verfassungsrechtliche Bewertung

a) Maßstäbe

Wenn durch ein Gesetz noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen betroffen sind, auf die das Gesetz für die Zukunft einwirkt, handelt es sich um eine sog. Rückwirkung bzw. tatbestandliche Rückanknüpfung, die eine Auseinandersetzung mit dem Vertrauensschutz der hiervon Betroffenen notwendig macht.²¹⁶ Der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) hindert den Gesetzgeber zwar nicht grundsätzlich daran, seine im Rahmen eines neuen demokratischen Verfahrens gebildete Rechtsauffassung für den künftigen Umgang mit den bereits begonnenen Sachverhalten durchzusetzen.²¹⁷ Allerdings dürfen Neuregelungen nicht übergangslos in Kraft gesetzt werden. Vielmehr erfordern (jedenfalls im Hinblick auf Berufszugangsregelungen) sowohl das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG als auch die Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG (jeweils in Verbindung mit dem rechtsstaatlichen Gebot des Vertrauensschutzes), dass der Gesetzgeber sich mit der Rechtsstellung der legalerweise tätigen Grundrechtsträger auseinandersetzt. Es liegt also nicht in seinem Ermessen, ob er sich zu Übergangsregelungen entschließt, vielmehr ist er hierzu grundsätzlich verpflichtet und müssen Übergangsregelungen „angemessen“ bzw. „schonend“ sein.²¹⁸ Stets ist eine „Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe unter Berücksichtigung aller Umstände“ vorzunehmen.²¹⁹

Im Hinblick auf das Berufsfreiheitsgrundrecht nach Art. 12 Abs. 1 GG kommt es für das Gewicht des Vertrauensschutzes auf die betroffenen grundrechtlich geschützten Rechtsgüter einerseits, die Intensität der ihnen drohenden Nachteile

216 Vgl. allgemein Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 98.

217 So beispielsweise BVerfGE 126, 112 (156).

218 Vgl. beispielsweise BVerfGE 75, 246 (279); BVerfGE 98, 265 (309).

219 Vgl. BVerfGE 68, 272 (278); BVerfGE 98, 265 (309 f.); BVerfGE 126, 112 (155 f.).

andererseits an.²²⁰ Entsprechend ist im Hinblick auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG zu fordern, dass die vom Gesetzgeber reklamierten Gemeinwohlbelange „so schwerwiegend sind, dass sie Vorrang haben vor dem Vertrauen des Bürgers auf den Fortbestand seines Rechts, das durch die Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gesichert wird.“²²¹ Dann, wenn die geltend gemachten Gemeinwohlbelange so gewichtig sind, dass sie nicht durch den Verzicht auf Übergangsregeln, auf Ausnahme- oder Härtefallbestimmungen etc. abgemildert werden können, ist nach den Grundsätzen der sog. ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung eine finanzielle Kompensation zu gewähren. Dies hat das BVerfG zuletzt in der Entscheidung zum Atomausstieg²²² näher ausgeführt.

Im vorliegenden Zusammenhang stehen im Hinblick auf das Berufsfreiheitsgrundrecht Eingriffe der zweiten, teilweise sogar der dritten Stufe, d.h. subjektive bzw. objektive Berufszugangsregelungen infrage. Im Hinblick auf die Eigentumsgarantie würden erhebliche Investitionen in den Bestand zahlreicher eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetriebe prekär. Die hierfür geltend zu machenden Gründe müssen daher von erheblichem Gewicht und erheblicher Dringlichkeit sein.

b) Bewertung

Die somit geltend zu machenden besonders dringlichen und gewichtigen Gründe des Gemeinwohls müssen sich auf das fortgesetzte Tätigwerden bereits bisher handelnder Akteure beziehen. Drohten beispielsweise durch die Fortsetzung ihres Tätigwerdens Gefahren für das Wohl der Patienten oder für das Versorgungs- bzw. Finanzierungssystem, könnte hierüber nachgedacht werden. Im vorliegenden Zusammenhang steht indes im Hinblick auf keinen der Verbotsvorschläge das Wohl der Patienten im

Raum und auch die beiden anderen Aspekte sind allenfalls am Rande berührt. So wird der Verbotsvorschlag betreffend den fachlich-räumlichen Bezug mit dem Entstehen von Monopolisierungstendenzen begründet (vgl. I), wodurch schon klar wird, dass es sich um eine potenzielle Entwicklung für die Zukunft handelt. Allein schon durch das Verbot neuer eigenständiger MVZ würden sich freilich (angebliche) Monopolisierungstendenzen deutlich abschwächen. Entsprechendes gilt im Hinblick auf das Erfordernis „fachübergreifend“, d.h. auch hier würden sich allein durch das Inkrafttreten des vorgeschlagenen Verbots neuer fachgleicher MVZ die angeblich aus diesem Typ folgenden negativen Konsequenzen im Laufe einiger weniger Jahre von vornherein so abschwächen, dass nicht auch noch die Beseitigung der schon seit Jahren, teilweise Jahrzehnten (vollkommen beanstandungsfrei) agierenden MVZ gerechtfertigt werden könnte.

3. Zwischenergebnis

Der Vorschlag, anders als bei den zuletzt erfolgten Reformgesetzen betreffend die Teilnahme von MVZ an der vertragsärztlichen Versorgung auch die bereits bestehenden MVZ in die Verbotswirkungen einzubeziehen, also eine lediglich durch eine Übergangsregelung abgeschwächte unechte Rückwirkung vorzusehen, entspricht nicht den hierfür geltenden verfassungsrechtlichen Maßstäben.

VII. Verbot der weiteren Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung bei fehlender Gewährleistung ärztlicher Entscheidungsfreiheit

1. Beschreibung des Verbotsvorschlags und seiner Begründung

Sowohl der ärztliche Leiter als auch die in einem MVZ tätigen weiteren Ärzte sind sämtlichen

²²⁰ Vgl. zusammenfassend Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 137.

²²¹ BVerfGE 83, 201 (212); BVerfGE 143, 246 (342).

²²² BVerfGE 143, 246 (338 ff.), Rn. 258 ff.

berufsrechtlichen Pflichten eines Arztes unterworfen, und ihnen gegenüber greifen sämtliche im Berufsrecht vorgesehenen Sanktionen und Disziplinarbefugnisse ein, ebenso gelten die einschlägigen Normen des Strafrechts. Diese Pflichten ergeben sich aus der MBO-Ä und sind oben (Teil 1 B III 2) skizziert worden. Im Falle einer „gröblichen Verletzung“ der vertragsärztlichen Pflichten ist nach § 95 Abs. 6 S. 1 der Entzug der Zulassung begründet. Unter bestimmten Voraussetzungen kommt auch der Widerruf der Anstellungsgenehmigung (betreffend die angestellten Ärzte) in Betracht.

Im BÄK-Positionspapier wird nun vorgeschlagen (Ziffer 5), § 95 Abs. 6 S. 3 SGB V dahingehend zu ergänzen, dass die Zulassung entzogen werden muss, wenn „nicht gewährleistet ist, dass die (in einem MVZ) tätigen Ärzte ihre berufsrechtlichen Pflichten einhalten können.“ Dies wird mit der Sicherung ärztlicher Entscheidungsfreiheit begründet. Im BR-Entschließungsantrag findet sich ein dahingehender Regelungsvorschlag nicht.

2. Bewertung

Da sich mit diesem Vorschlag negative Konsequenzen für eine bis dahin statthafte Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung als MVZ verbinden würden, handelt es sich um eine subjektive Berufszugangsregelung: Ist die Zulassung entzogen worden, kann der Beruf als MVZ-Träger nicht mehr ausgeübt werden. Gemäß Art. 12 Abs. 1 GG muss dies dem Schutz eines „besonders wichtigen Gemeinschaftsguts“ dienen, was dem Ziel der Sicherung ärztlicher Entscheidungsfreiheit grundsätzlich zuerkannt werden kann. Grundsätzlich erscheint dieser Verbotsvorschlag zur Erreichung des Ziels auch geeignet.

Erhebliche Zweifel bestehen allerdings an der Erforderlichkeit, weil das geltende Recht bereits mehrere Sicherungsmechanismen im Hinblick auf

die ärztliche Entscheidungsfreiheit enthält (zu ihnen näher C II u. IV) und das Bundesministerium für Gesundheit selbst erst vor kurzem festgestellt hat, dass „keine Erkenntnisse dazu vorliegen (würden), dass ärztliche Leiterinnen und Leiter“ ihre Aufgabe der Abschirmung der ärztlichen Tätigkeit im MVZ gegen sachfremde Einflüsse „in investorenbetriebenen MVZ unzureichend erfüllen“ würden.²²³ Auch im Ladurner-Gutachten wird die Stellung der ärztlichen Leitung und die Sicherstellung der ärztlichen Weisungsfreiheit im MVZ als ausreichend gesichert betrachtet.²²⁴ Konkret im Hinblick auf den Träger eines MVZ, der in unzulässiger Weise auf die Ärzte einwirken würde, besteht in Gestalt des § 299b StGB (Bestechung im Gesundheitswesen) sogar ein Straftatbestand. Die Summe der bestehenden Sanktionsmechanismen stellt sich somit als teilweise effektiveres Instrumentarium gegenüber dem pauschal angeordneten Entzug der Zulassung dar.

Jenseits dieser Zweifel kann der hier zu beurteilende Formulierungsvorschlag in seiner gegenwärtigen Fassung nicht den Anforderungen des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots standhalten. Das Bestimmtheitsgebot bildet ein anerkanntes Element des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips und verlangt, dass das auf einem Gesetz beruhende nachfolgende Handeln der Verwaltung (hier: des Zulassungsausschusses) für die Staatsbürger voraussehbar und berechenbar ist. Die Betroffenen sollen Klarheit über das Ausmaß von Belastungen haben, die Verwaltung soll wissen, welche Handlungsmaßstäbe sie zu befolgen hat, auf deren Einhaltung sich sodann wiederum die gerichtliche Kontrolle beziehen kann.²²⁵ Auch im europäischen Primärrecht wird in Art. 2 S. 1 des EUV ausdrücklich auf die „Rechtsstaatlichkeit“ als einer von mehreren „Werten“ der EU verwiesen. Zu diesen gehört nach der Rechtsprechung des EuGH u.a. auch der

223 BT-Drs. 20/5166, S. 7.

224 Gutachten, S. 112.

225 BVerfGE 62, 169 (183); BVerfGE 149, 293, Rn. 77; vertiefend Sachs, in: Sachs, GG, Art. 20 Rn. 126.

Bestimmtheitsgrundsatz.²²⁶ Dabei steht der Bestimmtheitsgrundsatz nicht von vornherein der Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen entgegen. Wenn sich diese aber nicht als Konkretisierung einer langjährigen Rechtsprechungslinie (wie etwa im Falle der polizeilichen Generalklausel) darstellen, sondern gänzlich neu und ohne Vorbild im bisherigen Zusammenhang sind, gilt es, die neu eingefügten Tatbestands- und Rechtsfolgenmerkmale so bestimmt wie möglich zu gestalten.

Weder für die durch den Verbotsvorschlag zu § 95 Abs. 6 S. 3 SGB V adressierten Träger eines MVZ noch für den über die Entziehung der Zulassung entscheidenden Zulassungsausschuss ist erkennbar, welche berufsrechtlichen Pflichten verletzt sein müssen, um die Rechtsfolge der Entziehung auszulösen. Unklar ist ferner, was es bedeutet, dass die Einhaltung berufsrechtlicher Pflichten „gewährleistet“ sein muss. Dieser Begriff zielt auf organisatorisch-verfahrensmäßige Arrangements, die in zahlreichen Verträgen des Gesellschafts-, Vertrags-, Sozialrechts etc. fixiert sind (bzw. fixiert werden müssten) und erst in ihrem Zusammenwirken ein bestimmtes Gewährleistungsniveau ergeben. Von welchem Niveau ist auszugehen? Welche einzelnen organisatorisch-verfahrensmäßigen Arrangements sind hinreichend, welche nicht bzw. können sie durch andere kompensiert werden etc. Insbesondere im Hinblick auf bereits bestehende MVZ müsste vor der Entziehung der Zulassung erst Gelegenheit zur etwaigen Anpassung der gegenwärtigen (in der Regel seit Jahren, wenn nicht Jahrzehnten unbeanstandeten) Strukturen gegeben werden.

3. Zwischenergebnis

Der (soweit ersichtlich) bislang noch nirgendwo näher formulierte bzw. näher ausgeführte Vorschlag eines Verbots der weiteren Teilnahme an

der vertragsärztlichen Versorgung bei fehlender Gewährleistung ärztlicher Entscheidungsfreiheit verstößt gegen das Übermaßverbot. Vor allem aber hält der hierzu bisher vorgelegte Formulierungsvorschlag den Anforderungen an das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot nach Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. dem Berufsfreiheitsgrundrecht nach Art. 12 Abs. 1 GG (das hier in Gestalt einer subjektiven Berufszugangsregelung betroffen ist) nicht stand.

C. Beschränkungen

In diesem Abschnitt werden diejenigen Vorschläge erörtert, die nicht an die Voraussetzungen für die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung anknüpfen, also keine Verbote darstellen, sondern den Betrieb eines MVZ betreffen. Sie können als „Beschränkungen“ zusammengefasst werden.

I. Überprüfung der Versorgungsaufträge hinsichtlich der Kernleistungen

1. Beschreibung des Beschränkungsvorschlags und seiner Begründung

Eine zentrale Rechtsfolge der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung ist der Auftrag zur Versorgung der Kassenpatientinnen und -patienten gemäß § 95 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 SGB V. Dieser bezieht sich auf einen Leistungsbereich bzw. ein Fachgebiet. Im Positionspapier der BÄK wird zutreffend und unter Berufung auf ein Urteil des BSG²²⁷ darauf hingewiesen, dass ein Versorgungsauftrag nur dann als erfüllt gelten kann, wenn er nicht lediglich im Hinblick auf (möglicherweise wenige) einzelne Leistungen des jeweiligen Fachgebiets, sondern auch hinsichtlich der Kernleistungen, d.h. in einer bestimmten Breite angeboten und durchgeführt worden ist. Diese seit jeher bestehende Vorgabe soll nach dem Vorschlag zu Ziffer 4 im BÄK Positionspapier explizit zum

²²⁶ EuGH, C-169/80, Rn. 17 (Gondrand Frères).

²²⁷ U.v. 14.3.2001, B 6 KA 36/00 R.

Gegenstand einer Überprüfung seitens der Kassenärztlichen Vereinigung gemacht werden, und zwar durch eine Ergänzung in § 95 Abs. 3 S. 4 SGB V. Zusätzlich sollen die Ergebnisse dieser Überprüfung und auch Ergebnisse der auf die Einhaltung der bereits bislang in Bezug genommenen Versorgungsaufträge nach den Sätzen 1 und 2 dieser Vorschrift „in zusammengefasster Form im Internet“ veröffentlicht werden (§ 95 Abs. 3 S. 5 n.F.). Dies wird mit dem Ziel einer fachlich gleichmäßigen Versorgung bzw. mit der Verhinderung eines Rosinenpickens begründet.

Im Entschließungsantrag des Bundesrates fehlt ein entsprechender Vorschlag.

2. Bewertung

Aus der Sicht des Berufsfreiheitsgrundrechts handelt es sich hierbei um eine Berufsausübungsregelung, da sie gleichsam die Betriebsbedingungen nach erfolgter Zulassung modifiziert. Zur Rechtfertigung von Berufsausübungsregelungen bedarf es keines erhöhten Gewichts der hierfür ins Felde geführt Gemeinwohlbelange, vielmehr genügen legitime öffentliche Interessen. Das Interesse an einer gleichmäßigen Versorgung und an einer Abdeckung des Versorgungsauftrags in der Breite wird man ohne weiteres als hinreichenden Gemeinwohlbelang in diesem Sinne ansehen können. Auf den ersten Blick bestehen auch keine Einwände in Bezug auf die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit eines solchen Verbots.

Freilich müsste in der rechtspolitischen Diskussion über die etwaige Realisierung dieses Beschränkungsvorschlags erwogen werden, ob es einer solchen zusätzlichen Beschränkung bedarf, nachdem im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung nach §§ 106 und 106a Abs. 1 SGB V bei Verdacht einer Fehlindikation, Ineffektivität der Leistung oder Handlung, Nichteinhaltung anerkannter Qualitätskriterien und

hinsichtlich der Unangemessenheit im Verhältnis von Kosten und Behandlungsziel, ärztliche Leistungsvolumina, Überweisungen und alle weiteren ärztlich erbrachten Leistungen bereits eine Überprüfungsbefugnis der Kassenärztlichen Vereinigung besteht und nach § 106 Abs. 2 S. 2 SGB V die Prüfstelle fehlende oder fehlerhafte Daten ermitteln sowie im Falle der Feststellung eines Verstoßes weitere Maßnahmen treffen kann. Hinzu kommt das Instrument der Plausibilitätsprüfung der Abrechnungen nach § 106d SGB V.

Aus der Niederlassungsfreiheit dürften sich keine erhöhten Anforderungen ergeben, da auch hier an geringer einschneidende staatliche Maßnahmen geringere Anforderungen zu stellen sind. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG würde selbstverständlich das Erfordernis folgen, auch bei den niedergelassenen Vertragsärzten die Versorgungsaufträge entsprechend zu prüfen und die dort festgestellten Ergebnisse im Internet zu veröffentlichen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der Verbotsvorschlag in seiner gegenwärtigen Gestalt, d.h. in der Formulierung aus dem BÄK-Positionspapier, (noch) nicht dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot entspricht (vgl. zu dessen Anforderungen soeben B VII 2). Denn aus dem Verbotsvorschlag mit der Formulierung „Kernleistungen der erteilten Versorgungsaufträge“ lässt sich bislang nicht mit hinreichender Klarheit entnehmen, welche Leistungen welcher Fachrichtung in den Gesamtversorgungsauftrag fallen, welche unter diesen Leistungen sodann „Kernleistungen“ sind und wie in Situationen zu verfahren ist, in denen beispielsweise ein MVZ mit kooperativen Strukturen mit mehreren Standorten jeweils unterschiedliche Leistungen erbringt.

Zur Orientierung könnte § 106a Abs. 1 bis 3 SGB V herangezogen werden, der im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeitsprüfung ärztlicher Leistungen vergleichsweise genauer festlegt, in welchen

Situationen welche Art von Prüfungen indiziert sind und der überdies die Kassenärztliche Bundesvereinigung und den Spitzenverband Bund der Krankenkassen zur Vereinbarung von konkretisierenden „Rahmenempfehlungen“ ermächtigt.

3. Zwischenergebnis

Der Vorschlag einer Erweiterung des bestehenden Überprüfungsauftrags der Versorgungsaufträge „auch hinsichtlich aller Kernleistungen“ ist im Grundsatz verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Aus dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot ergibt sich aber die Anforderung, den bislang vorgelegten Beschränkungsvorschlag nach tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen zu präzisieren.

II. Unterstellung des MVZ-Trägers unter die Disziplinargewalt der Kassenärztlichen Vereinigung

1. Beschreibung des Verbotsvorschlags

Selbstverständlich sind neben dem Ärztlichen Leiter auch die in einem MVZ tätigen weiteren Ärzte (gleichgültig, ob es sich bei ihnen um angestellte Ärzte oder um Vertragsärzte handelt) sämtlichen berufsrechtlichen Pflichten eines Arztes unterworfen. Ihnen gegenüber greifen sodann alle im Berufsrecht vorgesehenen Sanktionen und Disziplinarbefugnisse ein. Die Einzelheiten hierzu können gemäß der Ermächtigung des § 81 Abs. 5 SGB V durch Satzung der Kassenärztlichen Vereinigung geregelt werden.

Im BÄK-Positionspapier wird zu Ziffer 9 vorgeschlagen, durch die Aufnahme eines Verweises auf § 81 Abs. 5 SGB V in § 95 Abs. 3 S. 3 SGB V die Disziplinargewalt der Kassenärztlichen Vereinigung auch auf den Träger des MVZ zu erstrecken. Dies wird damit begründet, dass dann auch Verstöße unterhalb der Schwelle der „gröblichen Pflichtverletzung“, die bereits bislang

gemäß § 95 Abs. 6 S. 1 SGB V den Entzug der Zulassung begründen (vgl. dazu bereits B VII 1), „einfache Verstöße“ durch die KV „mit Mitteln des Disziplinarrechts“ geahndet werden könnten (S. 20).

Im BR-Entschließungsantrag findet sich in Ziffer 9 ein sachlich vergleichbarer Vorschlag.

2. Bewertung

Aus der Sicht des Berufsfreiheitsgrundrechts des Art. 12 Abs. 1 GG handelt es sich hierbei um eine Berufsausübungsregelung. Auch Berufsausübungsregelungen sind aber grundsätzlich nur „durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes“ möglich. Der hier zu bewertende Vorschlag würde bedeuten, dass „die Voraussetzungen und das Verfahren zur Verhängung von Maßnahmen“ (so die Formulierung in § 81 Abs. 5 S. 1 SGB V) gegen MVZ-Träger weder durch Gesetz noch durch Rechtsverordnung, sondern durch die Satzungen der Kassenärztlichen Vereinigungen festgelegt würden. Dies führt zu der Problematik, ob durch Satzungen von Trägern der funktionalen Selbstverwaltung (hier: die Kassenärztlichen Vereinigungen) auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung Eingriffe in die Berufsfreiheit verfügt werden dürfen. Denn damit verbindet sich die Gefahr, dass ein spezifisches Gruppeninteresse (hier: dass, der in den KV signifikant dominierenden niedergelassenen Vertragsärzte) gegenüber den Interessen einzelner Berufsträger oder gar der Allgemeinheit die Überhand zu gewinnen droht. Allgemeine Satzungsermächtigungen taugen mithin grundsätzlich nicht als gesetzliche Grundlagen i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG.²²⁸ Entsprechendes hat das BSG im Jahre 2011²²⁹ bereits im Hinblick auf den Versuch, die Zahl der Zweigpraxen von MVZ durch die ärztliche Berufsordnung zu begrenzen, entschieden.

Im vorliegenden Zusammenhang kommt erschwerend hinzu, dass die MVZ (anders als die in

228 BVerfGE 36, 212 (216); BVerfGE 71, 162 (172).

229 BSG, U.v. 9.2.2011, B 6 KA 12/10 R, Rn. 19.

ihnen tätigen Ärzte) selbst gar nicht Mitglieder der Kassenärztlichen Vereinigung sind (vgl. § 77 Abs. 3 SGB V). Ihre Unterstellung unter die Disziplinargewalt der Kassenärztlichen Vereinigung würde im wahrsten Sinne des Wortes „Außenseiter“ treffen, und zwar mit (wie bereits das Wort „Disziplinarmaßnahmen“ indiziert) gravierenden, teilweise stigmatisierenden Rechtsfolgen. Die hierfür maßgeblichen Voraussetzungen und Verfahrensregeln sollten nach dem Verbotsvorschlag des BÄK-Positionspapiers nicht durch den staatlichen Gesetzgeber, sondern durch die Kassenärztlichen Vereinigungen getroffen werden. Zwar können die Kassenärztlichen Vereinigungen bereits bisher teilweise Regelungen mit Bezug auf MVZ treffen, obwohl diese nicht selbst Mitglied der Kassenärztlichen Vereinigung sind. So hat das BSG es etwa akzeptiert, dass MVZ zur Teilnahme am vertragsärztlichen Bereitschaftsdienst verpflichtet werden, weil dies unmittelbar aus ihrer Zulassung folge, während die Satzung der KV lediglich die nähere Ausgestaltung regle. Mittelbar bestehe insoweit überdies eine Bindung über die Person des ärztlichen Leiters.²³⁰

Die hier infrage stehende Unterwerfung unter die Disziplinargewalt unterscheidet sich davon grundlegend. Sie stellt eine Regelung mit von der Zulassung unabhängiger, gravierender Belastungswirkung gegenüber den MVZ als Außenseitern dar. Damit endet die den Mitgliedern der jeweiligen KV durch die Mitwirkungsbefugnis ihrer Mitglieder vermittelte Autonomie zum Erlass von Satzungen. Nach der Rechtsprechung des BSG und dem Schrifttum zum Verwaltungsrecht sind intensive Eingriffe in die Rechte von Außenseitern nur nach hinreichend bestimmter parlamentsgesetzlicher Ermächtigung und Vorprägung möglich.²³¹

Der Vorschlag einer Unterstellung des MVZ-Trägers unter die Disziplinargewalt der Kassenärztlichen Vereinigung ist daher zum gegenwärtigen Zeitpunkt verfassungswidrig. Über seine Verwirklichung könnte erst nachgedacht werden (mit dann erforderlicher Prüfung der Rechtfertigungsfähigkeit in materiellrechtlicher Hinsicht), wenn der SGB V-Gesetzgeber den seit längerem verfassungsrechtlich prekären Zustand, dass die MVZ-Träger nicht auch Mitglieder der KV sind, beseitigen würde.²³² Erst dann würde die bislang bestehende Privilegierung der niedergelassenen Ärzte in der funktionalen Selbstverwaltung beseitigt; dass im BR-Entschließungsantrag die Unterstellung der MVZ-Träger unter die Disziplinargewalt der Kassenärztlichen Vereinigung damit begründet wird, dass eine angebliche Privilegierung der MVZ beseitigt würde (S. 14), ist demgegenüber nicht nachvollziehbar. Privilegiert ist derjenige, der im rechtsstaatlich demokratischen System der Bundesrepublik als Ersatzgesetzgeber fungieren darf, also die bislang „MVZ-freien“ Kassenärztlichen Vereinigungen. Diese Privilegierung reicht aber nur so weit wie die Legitimation durch ihre Mitglieder, die die dortigen Führungsorgane wählen dürfen. Gegenüber Außenseitern kann weder eine Disziplinargewalt bestehen noch ausgeübt werden.

3. Zwischenergebnis

Der Vorschlag einer Unterstellung der MVZ-Träger unter die Disziplinargewalt der Kassenärztlichen Vereinigung verstößt gegen die im Berufsfreiheitsgrundrecht nach Art. 12 Abs. 1 GG verankerte rechtsstaatliche Regel vom Vorbehalt des Gesetzes und kommt daher jedenfalls solange, wie die MVZ-Träger nicht Mitglieder der Kassenärztlichen Vereinigung sind, nicht in Betracht. Würde ihnen die Mitgliedschaft

²³⁰ BSG, U.v. 11.12.2013, B 6 KA 39/12 R, Rn. 25.

²³¹ BSG, U.v. 11.12.2013, B 6 KA 39/12 R, Rn. 22; aus dem Schrifttum Clemens, in: FS Böckenförde, 1995, S. 259 (271 ff.); ferner Burgi, in: BK GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 108; aus der Rechtsprechung des BVerfG: BVerfGE 38, 373 (383 f.; Rezeptsammelstelle im Apothekenwesen);

BVerfGE 101, 312 (Verhalten von Anwälten beim Erlass von Versäumnisurteilen).

²³² Dies wird u.a. von Scholz; in: Becker/Kingreen, SGB V, § 77 Rn. 7, gefordert.

ermöglicht, wäre diese Regelung noch auf ihre materielle Rechtfertigungsfähigkeit hin zu überprüfen.

III. Verschärfte Transparenzvorgaben

1. Beschreibung des Beschränkungs- bzw. Verbotsvorschlags und seiner Begründung

Zahlreiche Transparenzvorgaben mit Geltung auch für MVZ ergeben sich bereits aus den Publizitätsvorschriften des Handels- und Gesellschaftsrechts (bezogen auf das Handelsregister), dem Geldwäschegesetz und den auch das Versorgungsgeschehen in MVZ betreffenden gesundheitsrechtlichen Bestimmungen über Arztregister und Bundesarztregister. Hinzu kommen Bestimmungen aus dem Berufsrecht und Vorschriften betreffend das Vertragsarztverzeichnis nach Bundesmanteltarifvertrag.²³³ Seit 1.8.2022 können infolge des Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie alle Registerinhalte aus dem Handelsregister von jedermann kostenfrei eingesehen werden, was u.a. Transparenz über die Gesellschafter der Trägergesellschaft eines MVZ ermöglicht.

Im BÄK-Positionspapier werden dennoch mehrere Vorschläge zur Erweiterung dieser Transparenzvorgaben gemacht. In Erweiterung von zwei bereits im Ladurner-Gutachten zu findenden Vorschläge²³⁴ bestehen diese v.a. darin, Transparenz hinsichtlich zusätzlicher Daten zu ermöglichen, nicht zuletzt darüber, in wessen Eigentum die Gesellschafter der Trägergesellschaft stehen und wer (insbesondere auch bei Kettenstrukturen) letztlich wirtschaftlich Berechtigter ist. Hierzu werden in Ziffer 8 des Positionspapiers mehrere Änderungen betreffend die einschlägigen Vorschriften des SGB V (v.a. in § 95 u. 98), der Ärzte-ZV sowie der Anlage zur Ärzte-ZV vorgeschlagen. Zur Begründung wird auf

das Wohl der Patienten hingewiesen, deren Freiheit zur Wahl des jeweiligen Arztes hierdurch gestärkt würde.

Im BR-Entschließungsantrag findet sich ein zweiter Begründungsstrang dahingehend, dass institutionelle Akteure des Gesundheitswesens eine breitere Informationsbasis bräuchten um etwa die Entwicklung von Monopolisierungstendenzen oder sonstige „Gefahren für die Qualität und Sicherstellen der flächendeckenden Versorgung“ erkennen zu können²³⁵ (sog. Strukturtransparenz). Im BR-Entschließungsantrag findet sich ferner der Vorschlag einer Kennzeichnungspflicht für Träger und Betreiber von MVZ auf dem Praxisschild (sog. MVZ-Schilderpflicht); insoweit im Einklang mit den Vorschlägen des Positionspapiers der Bundesärztekammer. Im Unterschied zum BÄK-Positionspapier zielt der Entschließungsantrag dann aber auf die Schaffung eines neuartigen, „gesonderten MVZ-Registers“ (Ziffer 2). In diesem sollen „auch die nachgelagerten Inhaberstrukturen“ offengelegt werden, und dies auch gegenüber der Öffentlichkeit „durch geeignete Einsichtsrechte“. Explizit spricht sich dieser Vorschlag gegen eine „bloße Erweiterung bestehender Arztregister“ aus. Überdies möchte er die Eintragung in das neue Register als „Zulassungsvoraussetzung“ für MVZ ausgestalten.

2. Bewertung

Der letztgenannte Vorschlag, die Eintragung in ein MVZ-Sonderregister zur Zulassungsvoraussetzung zu machen, stellt in der Sache ein Verbot der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung ohne Einhaltung dieses Kriteriums und damit eine subjektive Berufszugangsregelung dar. Die übrigen transparenzbezogenen Vorschläge sind Beschränkungen, die am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG als Berufsausübungsregelungen anzusehen sind. Dabei dürfte jedenfalls die Schilderpflicht als

²³³ Siehe die Gesamtdarstellung (auf dem Stand von 2020) im Ladurner-Gutachten, S. 136 f.

²³⁴ Dort auf S. 144 und 147 f.

²³⁵ BR-Entschließungsantrag, S. 2 u. 3.

verfassungsmäßige Beschränkung anzusehen sein.²³⁶

Die gegenwärtig noch nicht in allen Umrissen erkennbaren und (im Rahmen dieses Gutachtens) noch nicht endgültig zu beurteilenden Vorschläge betreffen innerhalb der Berufsfreiheit den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Während dieser Schutz im privaten Bereich dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG zugeordnet ist, bildet er bei Unternehmen einen wichtigen Teilgehalt der berufsfreiheitsrechtlichen Gewährleistung.²³⁷ Zu den Geschäftsgeheimnissen gehören u.a. Umsätze, Ertragslage, Geschäftsbücher, Kundenlisten, Bezugsquellen, Konditionen, Marktstrategien, Unterlagen zur Kreditwürdigkeit, Kalkulationsunterlagen, Patentanmeldungen und sonstige Entwicklungs- und Forschungsprojekte. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass hierzu auch die durch die Vorschläge berührten Daten gehören.²³⁸

Die geltend gemachten Ziele aus der Sicht der Patienten bzw. im Hinblick auf die Strukturtransparenz wären grundsätzlich als legitime Zwecke, wohl auch als (im Hinblick auf die subjektive Berufszugangsregelung notwendige) besonders wichtige Gemeinschaftsgüter anzusehen. Eine abschließende verfassungsrechtliche Beurteilung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG hängt somit vom Kreis der erfassten Daten (im Vergleich mit den bereits gegenwärtig offenzulegenden Informationen) ab. Die Autoren des Ladurner-Gutachtens stellen dann, wenn künftig mehr Daten als bislang gespeichert und veröffentlicht werden sollen, bereits die Erforderlichkeit infrage. Ferner weisen sie darauf hin, dass die Trennung von ärztlicher Behandlung im MVZ einerseits, und wirtschaftlicher Inhaberschaft andererseits gerade

Wesensmerkmal dieses Leistungserbringers sei und daher nicht von vornherein mit einem Unwerturteil behaftet werden könne; insofern stünde es außer Verhältnis zum Regelungsziel, mehr Transparenz als nach dem der Terrorismusbekämpfung gewidmeten Geldwäschegesetz zu verlangen. Auch auf die mit einer allgemeinen Publizität verbundene „Gefahr der Stigmatisierung bestimmter Personengruppen“ wird zu Recht hingewiesen, zumal durch eine dahingehende Veröffentlichung „für die berechtigten Belange der vertragsärztlichen Versorgung (nicht) viel gewonnen wäre“.²³⁹

Besonderes Augenmerk wird bei der Realisierung eines verschärften Transparenzregimes aber auch auf den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG gerichtet werden müssen.²⁴⁰ Eine erste Anforderung aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (die innerhalb der Angemessenheitsprüfung des Berufsfreiheitsgrundrechts zu berücksichtigen wäre; vgl. Teil 2 A I 1 b) geht dahin, zumindest auf alle MVZ die gleichen Transparenzvorgaben zu beziehen. Denn es ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, beispielsweise nur die nÄpKMVZ bestimmen Transparenzvorgaben zu unterwerfen.

Verfassungsrechtlich geboten ist ferner die Gleichbehandlung von MVZ mit anderen Teilnehmenden an der Gesundheitsversorgung im ambulanten, aber auch im stationären Bereich. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Eintragung (etwa in einem gesonderten MVZ-Register) sogar als Zulassungsvoraussetzung ausgestaltet würde. Bislang sind keine sachlich vertretbaren Gründe erkennbar, die es rechtfertigen könnten, die Anbieter stationärer Leistungen wie etwa Akutkrankenhäuser oder Rehabilitationskrankenhäuser sowie andere zur ambulanten vertragsärztlichen Versorgung zugelassene Anbieter wie zugelassene

236 Ebenso Ladurner-Gutachten, S. 143 f.

237 Vgl. BVerfGE 115, 205 (248); BVerfGE 137, 185 (255).

238 Ebenso Ladurner-Gutachten, S. 158 f.

239 Ladurner-Gutachten, S. 160 f.

240 Der im Gutachten von Sodan (S. 64 ff.) gar nicht thematisiert wird, ebensowenig wie dort auf das bereits ein Jahr zuvor veröffentlichte Ladurner-Gutachten eingegangen wird.

Krankenhäuser im Rahmen des ambulanten Operierens (etwa nach § 115b SGB V), sozialpädiatrische Zentren, Einrichtungen der Behindertenhilfe und medizinische Behandlungszentren *nicht* zu erhöhter Transparenz zu verpflichten. Nicht sachlich begründbar wäre es auch, weiterhin stationäre Pflegeeinrichtungen, die unter den Voraussetzungen des § 119b Abs. 1 S. 3 SGB V an der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen können (obwohl es sich nicht einmal um ärztlich geleitete Einrichtungen handelt) auszunehmen.²⁴¹ In all diesen Fällen erbringen die Leistungsanbieter medizinische Behandlungsleistungen innerhalb des GKV-Systems. Sollten hieraus Gefahren für Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung ausgehen, wäre dies im Hinblick auf alle Anbieter gleichermaßen der Fall. Auch das Interesse der Patienten an der Erlangung zusätzlicher Informationen dürfte insoweit nicht abstufbar sein. Bei der stationären Versorgung stehen sogar deutlich größere Gefahren für die Patienten auf dem Spiel als bei der ambulanten Behandlung. Auch sind dort die Umsätze aufs Ganze gesehen höher.²⁴²

3. Zwischenergebnis

Die Schaffung zusätzlicher Transparenzvorgaben stieße nicht von vornherein an verfassungsrechtliche Grenzen. Mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar wäre aber auf dem gegenwärtigen Erkenntnisstand die Schaffung eines MVZ-Sonderregisters, zumal wenn die Eintragung in diesem Register noch zusätzlich als Zulassungsvoraussetzung und damit als subjektive Berufszugangsregelung ausgestaltet würde.

IV. Beschränkungen betreffend die Ausgestaltung der Rechtsstellung des ärztlichen Leiters

1. Beschreibung der Beschränkungsvorschläge und ihrer Begründung

In diesem Zusammenhang sind zwei Beschränkungsvorschläge zu unterscheiden. Der erste betrifft die Abberufung des ärztlichen Leiters und der zweite die Inhalte von mit ihm geschlossenen Verträgen. Zu beiden Themen enthält das BÄK-Positionspapier Vorschläge (Ziffern 11 bzw. 12) und auch im BR-Entschließungsantrag finden sich diesbezügliche Ausführungen (Ziffer 8, Spiegelstrich 1 bzw. Spiegelstriche 2 u. 3).

Betreffend die Abberufung plädiert das BÄK-Positionspapier für einen neuen § 95 Abs. 1b S. 1 SGB V des Inhalts, dass die Abberufung „nur aus wichtigem Grund“ erfolgen kann. Dies geht auf das Ladurner-Gutachten zurück (dort S. 133 f.).

Komplizierter sind die Beschränkungsvorschläge betreffend die Inhalte der Verträge mit ärztlichen Leitern. Hier möchte das BÄK-Positionspapier eine Orientierung an der mit dem Krebsfrüherkennungs- und -registergesetz betreffend den Abschluss von „Zielvereinbarungen“ mit leitenden Ärzten im Krankenhaus eingeführten Vorschrift des § 135c SGB V vornehmen. In der Sache geht es darum, dass nur solche Zielvereinbarungen mit leitenden Ärzten abgeschlossen werden sollen, die „auf finanzielle Anreize insbesondere für einzelne Leistungen, Leistungsmengen, Leistungskomplexe oder Messgrößen hierfür“ verzichten. Das Nähere soll in „Empfehlungen“ konkretisiert werden, die wiederum die Deutsche Krankenhausgesellschaft im Einvernehmen mit der Bundesärztekammer abschließen soll (so die Rechtslage unter § 135c Abs. 1 SGB V). Das BÄK-Positionspapier (und ebenso der BR-Entschließungsantrag) möchte betreffend die MVZ einen neuen Absatz in § 135b

²⁴¹ Auf diese und weitere Vergleichsgruppen macht das Ladurner-Gutachten, S. 156 f. aufmerksam.

²⁴² Im Ladurner-Gutachten wird auf S. 152 f., überdies auf mehrere verwaltungspraktische Probleme aufmerksam gemacht.

SGB V einfügen, in dem die entsprechende Geltung von § 135c Abs. 1 S. 2 u. 3 SGB V angeordnet wird. Sodann sollen die Träger von MVZ verpflichtet werden, „ihre Verträge mit ärztlichen Leitern und deren Änderungen der Kassenärztlichen Vereinigung unverzüglich vorzulegen.“ Die Kassenärztliche Vereinigung hat in ihren Veröffentlichungen anzugeben, inwiefern die Träger von MVZ sich bei solchen Verträgen „an die Empfehlungen nach S. 1 halten“. Hält sich ein MVZ nicht an die Empfehlungen soll angegeben werden, welche Leistungen oder Leistungsbereiche von solchen Zielvereinbarungen betroffen sind und muss der Zulassungsausschuss darüber informiert werden. Die diesbezüglichen Empfehlungen wären abzuschließen zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der Bundesärztekammer.

Im BR-Entschließungsantrag (Ziffer 8, dritter Spiegelstrich) wird darüber hinaus auch noch vorgeschlagen, dass in den Verträgen zwischen dem MVZ und der ärztlichen Leitung ein Tätigkeitsumfang für die ärztliche Leitung „in Höhe eines vollen Versorgungsauftrags bei mindestens fünf vollzeitäquivalenten Stellen im jeweiligen MVZ“ gegeben sein muss.

Als Ziel dieser Beschränkungsvorgaben lässt sich die Sicherung der ärztlichen Entscheidungsfreiheit identifizieren.

2. Bewertung

Die hier skizzierten Beschränkungsvorschläge trafen die MVZ-Träger in ihrer durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit. Zu dieser gehört seit jeher sowohl die Freiheit zur Auswahl und Beschäftigung von Personal als auch die Gestaltung von deren Löhnen und Gehältern sowie die Vertragsfreiheit.²⁴³ Wenngleich die Sicherung der ärztlichen Entscheidungsfreiheit zwar ein grundsätzlich legitimer Gemeinwohlbelang ist, bestehen doch erhebliche Zweifel an der Erforderlichkeit jener Beschränkungsmaßnahmen.

Wie das Ladurner-Gutachten ausführlich gezeigt hat (S. 4 und 123 ff.) gibt es zahlreiche bestehende Regelungen, die der Sicherung der ärztlichen Entscheidungsfreiheit dienen. Die Autoren dieses Gutachtens sprechen in der Gesamtbilanz von einer „robusten regulatorischen Absicherung“ und schlagen insofern lediglich vor, die Stellung des ärztlichen Leiters in einem Absatz gebündelt hervorzuheben (S. 124 f.). Auch im Bericht des Bundesgesundheitsministeriums für den Deutschen Bundestag²⁴⁴ heißt es, dass „keine Erkenntnisse dazu (vorliegen), dass ärztliche Leiterinnen und Leiter (ihre) Aufgabe(n) in investorenbetriebenen MVZ unzureichend erfüllen“ würden. Bereits bislang werden die mit den ärztlichen Leitern abgeschlossenen Verträge den Zulassungsausschüssen vorgelegt, die sie daraufhin auf die Einhaltung der gesetzlichen und berufsrechtlichen Vorgaben zur Sicherung der ärztlichen Entscheidungsfreiheit prüfen können (und müssen).

Nicht angemessen wäre es, mit der Erarbeitung der hier für nötig erachteten „Empfehlung“ (im Einvernehmen mit der Bundesärztekammer) die Kassenärztliche Bundesvereinigung zu betrauen. Im Zusammenhang mit der offenbar als Muster dienenden Vorschrift des § 135c Abs. 1 SGB V ist die Deutsche Krankenhausgesellschaft (in Bezug auf die Krankenhausträger) mit dieser Aufgabe betraut; dem entsprechend müssten im Anwendungsbereich der neuen Regelung die Interessenvertretungen der Medizinischen Versorgungszentren (wiederum im Einvernehmen mit der Bundesärztekammer) eingesetzt werden.

Schließlich ist nach gegenwärtigem Stand des Beschränkungsvorschlags die Angemessenheit in Anbetracht des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG zu verneinen. Denn die vorgeschlagene Determinierung der vertraglichen Beziehungen zwischen dem MVZ und den ärztlichen Leitern geht nach Intensität und Umfang deutlich über das hinaus, was für die

243 Vgl. nur Burgi, in: BK GG, Art. 12 Abs. 1 Rn. 123 u. 124.

244 BT-Drs. 20/5166, S. 7.

Vertragsbeziehungen zwischen einem Krankenhaus und dessen ärztlichen Leiter (dem Klinikdirektor) verlangt wird. Auch ist dort nicht gesetzlich die Abberufung determiniert und sind keine hierauf bezogenen Disziplinarmaßnahmen vorgesehen.

3. Zwischenergebnis

Die Beschränkungsvorschläge betreffend die Ausgestaltung der Rechtsstellung des ärztlichen Leiters sind nicht erforderlich, jedenfalls nicht angemessen und verstoßen gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Am ehesten denkbar wäre eine gesetzliche Vorgabe dahingehend, dass mengenausweitende Zielvereinbarungen im Interesse der Sicherung der ärztlichen Entscheidungsfreiheit ausgeschlossen sein sollten.²⁴⁵



Professor Dr. iur. Martin Burgi

²⁴⁵ Dafür Ladurner-Gutachten, S. 129 f.

Bundesverband der Betreiber
medizinischer Versorgungszentren
(BBMV) e.V.
Marienstraße 15
10117 Berlin
www.bbm.de

