

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
17(14)0188(66)
gel. ESV zur öAnhörung am 19.10.
11_VStG
18.10.2011

Stellungnahme

zur Verfassungs- und Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der geplanten Gründungsbeschränkungen für medizinische Versorgungszentren nach § 95 Abs. 1a SGB V i.d.F. des Regierungsentwurfs des GKV-VStG

anlässlich

der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit am 19.10.2011

Berlin, 17.10.2011

- A. Der Regierungsentwurf für ein „Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung“ (im Folgenden: „GKV-VStG-E“)¹ sieht Änderungen der Vorschriften über die Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren und die ärztliche Leitung dieser Zentren vor. Medizinische Versorgungszentren sollen nur noch von zugelassenen Vertragsärzten, zugelassenen Krankenhäusern und gemeinnützigen Trägern, die aufgrund von Zulassung oder Er-

¹ BT-Drs. 17/6906 v. 05.09.2011.

mächtigung an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen oder die nichtärztliche Dialyseleistungen nach § 126 Absatz 3 erbringen², gegründet werden dürfen.

- B. Der geplante Ausschluss zahlreicher Leistungserbringer von der Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren wäre verfassungs- und europarechtswidrig; es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum der Bundesgesetzgeber nicht ebenso wie im Krankenhausrecht (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KHG) den grundrechts-, grundfreiheits- und wettbewerbsfreundlichen Grundsatz der Trägervielfalt verfolgen können sollte. Zusammenfassend sind die Änderungen wie folgt zu bewerten:
- I. § 95 Abs. 1a SGB V GKV-VStG-E würde im Falle seines Inkrafttretens die **Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG verletzen**. Denn die jedenfalls ihrer Intensität nach einer subjektiven Berufswahlregelung gleichkommende Beschränkung der Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren auf zugelassene Vertragsärzte, zugelassene Krankenhäuser etc. ist offensichtlich nicht zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter geboten. Die geplante Beschränkung genügt vielmehr nicht einmal den Anforderungen an eine Berufsausübungsregelung:
1. Nach der Begründung des Regierungsentwurf sollen die beabsichtigten Gründungsbeschränkungen die ärztliche Unabhängigkeit der in medizinischen Versorgungszentren tätigen Ärzte vor Kapitalinteressen schützen. Der Schutz der ärztlichen Unabhängigkeit stellt dabei selbstverständlich einen wichtigen Gemeinwohlbelang dar. Gleichwohl können die Gründungsbeschränkungen nicht dem Schutz dieses Gemeinwohlbelanges dienen. Denn auch unter Berücksichtigung des dem Gesetzgeber zuzubilligenden weiten Einschätzungs- und Prognosespielraums hinsichtlich der der Allgemeinheit drohenden Gefahren ist festzustellen, dass es offensichtlich am notwendigen Zusammenhang zwischen dem geplanten Ausschluss bestimmter Leistungserbringer aus der Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren und der Einflussnahme auf die ärztliche Unabhängigkeit fehlt. Dies gilt auch für die in der Entwurfsbegründung ausdrücklich angesprochene Gründung medizinischer

² Die Ergänzung um die „gemeinnützigen Träger, die nichtärztliche Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 SGB V erbringen“, war im Regierungsentwurf noch nicht vorgesehen, sondern beruht auf Änderungsantrag Nr. 22 der Regierungsfractionen zum GKV-VStG-E zur Sitzung des Bundestagsausschusses für Gesundheit am 19.10.2011 Ausschuss-Drs. 17(14)0190(neu) zu TOP 2 der TO v.19.10.11, S. 28 f.

Versorgungszentren durch Pflegedienste oder Hilfsmittelerbringer, die von Kapitalgebern erworben worden sein sollen. Unabhängig davon, ob dazu empirische Daten vorliegen, wird selbst in der Begründung des Entwurfs nicht behauptet, dass es spezifische Erkenntnisse über Einflussnahmen auf die ärztliche Behandlungstätigkeit in solchen Versorgungszentren gibt. Vielmehr hat die Bundesregierung selbst noch am 01.10.2010 in der Antwort auf eine parlamentarische Anfrage ausdrücklich erklärt, dass weder Erkenntnisse zu einer unterschiedlichen Behandlungsqualität noch zu Einflussnahmen von Kapitalinteressen in medizinischen Versorgungszentren vorlägen (BT-Drs. 17/3131 v. 01.10.2010). Bestätigt wird der fehlende Zusammenhang zwischen der Gründungsberechtigung der nach dem Entwurf der Bundesregierung auszuschließenden Leistungserbringer und der Gefährdung der ärztlichen Unabhängigkeit auch durch die Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzentwurf, der ebenfalls keinen Handlungsbedarf für eine Verschärfung der bisherigen Regelung gesehen hat (BR-Drs. 456/1/11, S. 35). Bestätigt wird der offenkundig fehlende Sachzusammenhang zwischen einer Gefährdung der unabhängigen ärztlichen Behandlungstätigkeit und der Berechtigung bestimmter Leistungserbringer zur Gründung medizinischer Versorgungszentren schließlich auch durch die Rechtslage im Krankenhausrecht. Hier verfolgt der Bundesgesetzgeber ausweislich des § 1 Abs. 2 KHG explizit den Grundsatz der Trägervielfalt. Qualifizierte Anforderungen oder gar Beschränkungen an die Gründer von Krankenhäusern werden insoweit nicht gestellt. Wenn aber in der stationären Versorgung, in der typischerweise schwerwiegendere Erkrankungen mit einem höheren Gefährdungspotential und zu höheren Kosten behandelt werden, Gründungsbeschränkungen nicht notwendig sind, kann für die ambulante Versorgung nichts anderes gelten. Dies gilt umso mehr, als Träger zugelassener Krankenhäuser selbst uneingeschränkt zur Gründung einer unbegrenzten Zahl medizinischer Versorgungszentren berechtigt bleiben sollen. Nachdem es sich dabei vielfach auch um börsennotierte Aktengesellschaften handelt, ist auch insoweit nicht ersichtlich, welche Unterschiede hinsichtlich der Gefahren für die ärztliche Unabhängigkeit im Vergleich zu anderen Leistungserbringern in der gesetzlichen Krankenversicherung bestehen sollen.

2. Unabhängig davon ist der geplante Ausschluss bestimmter Leistungserbringer von der Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren auch nicht erforderlich, um die ärztliche Unabhängigkeit zu sichern. Denn diese kann und wird durch

die Garantie der unabhängigen ärztlichen Leitung durch weisungsfrei tätige angestellte Ärzte gewährleistet. Die unabhängige ärztliche Tätigkeit der (angestellt) in medizinischen Versorgungszentren tätigen Ärzte wird auch durch berufs-, vertragsarzt- und strafrechtliche Sanktionen geschützt. Die Sicherung der weisungsunabhängigen ärztlichen Berufsausübungen auf diese Weise stellt gegenüber Gründungsbeschränkungen ein milderes, gleich wirksames Mittel dar.

3. Die in der Gesetzesbegründung angesprochene Konzentration der Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren auf Vertragsärzte und Krankenhäuser ist als solche kein verfassungsrechtlich legitimes Allgemeinwohlziel.
 4. Die Gründungsbeschränkungen leisten auch keinen Beitrag zur Stärkung der Rolle selbständiger Ärzte als Gründer medizinischer Versorgungszentren. Nach den statistischen Auswertungen der KBV sind medizinische Versorgungszentren schon bisher überwiegend von Vertragsärzten und Krankenhäusern gegründet worden. Sonstige Leistungserbringer haben danach nur 19,9 % der medizinischen Versorgungszentren gegründet. Gerade soweit aufgrund der Besonderheiten der Fachgebiete ein erheblicher Kapitalbedarf besteht, ist der Ausschluss sonstiger Leistungserbringer von der Gründungsberechtigung nicht geeignet, die Zahl der selbständig tätigen Vertragsärzte zu erhöhen. Die Regelung wird nur dazu führen, dass medizinische Versorgungszentren von Krankenhäusern oder vermögenden Vertragsärzten mit angestellten Ärzten betrieben werden.
- II. Der Ausschluss bestimmter Leistungserbringer gegenüber den weiterhin zur Gründung berechtigten Vertragsärzten und Krankenhausträgern – einschließlich börsennotierter Krankenhauskonzerne - **verletzte zugleich Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG**. Insbesondere fehlt es für die Ungleichbehandlung von Krankenhäusern, Vertragsärzten und gemeinnützigen, in der vertragsärztlichen Versorgung tätigen Trägern und sonstigen Leistungserbringern hinsichtlich der Gründungsberechtigung an einem sachlichen Rechtfertigungsgrund. Denn es ist in keiner Weise ersichtlich, dass die nach dem Regierungsentwurf zukünftig allein zur Gründung medizinischer Versorgungszentren weiterhin berechtigten Leistungserbringer eine bessere Gewähr für den Schutz der ärztlichen Unabhängigkeit bieten als die bisher gründungsberechtigten Leistungserbringer.

- III. § 95 Abs. 1a SGB V **verstieße** aus denselben Gründen auch **gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV und den allgemeinen Gleichheitssatz**, da auch die in anderen EU-Mitgliedstaaten niedergelassenen Leistungserbringer, die nicht mehr zu dem nach der Neuregelung gründungsberechtigten Personenkreis zählen, von der Gründung und dem Betrieb eines medizinischen Versorgungszentrums abgehalten würden, ohne dass für die darin liegende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eine erkennbare Rechtfertigung existierte.

Die Einzelheiten der juristischen Bewertung werden nachstehend erläutert. Im Übrigen verweise ich auf die Langfassung des gemeinsam mit *Prof. Dr. Rupert Scholz* verfassten Rechtsgutachtens zur Verfassungs- und Europarechtskonformität von Gründungsbeschränkungen für medizinische Versorgungszentren nach dem Referentenentwurf des GKV-VStG. Die Ergebnisse dieses zum Referentenentwurf des GKV-VStG erarbeiteten Gutachtens werden durch die geringfügigen Ergänzungen in der Begründung des Regierungsentwurfs gegenüber der des Referentenentwurfs nicht in Frage gestellt. Die unveränderte verfassungs- und europarechtliche Bewertung ist ausdrücklich auch mit Herrn *Prof. Dr. Rupert Scholz* abgestimmt, der die Bewertung des Regierungsentwurfs in der vorliegenden Stellungnahme uneingeschränkt teilt.

Inhaltsverzeichnis

A.	Die vorgesehenen Änderungen des § 95 SGB V.....	9
B.	Verfassungsrechtliche Bewertung	11
I.	Berührte Grundrechte	11
II.	Verletzung der Berufsfreiheit	11
1.	Schutzumfang der Berufsfreiheit	11
2.	Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit durch die geplanten Änderungen	12
3.	Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Beschränkung der Berufsausübung	13
3.1	Bestimmung von Eingriffsintensität und Rechtfertigungsanforderungen nach der Dreistufentheorie	13
3.2	Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers	15
3.3	Verletzung der Berufsfreiheit durch die geplanten Gründungsbeschränkung nach § 95 Abs. 1a Satz 1 SGB V GKV-VStG-E	16
a.	Verfassungsrechtliche Illegitimität der mit § 95 Abs. 1a Satz 1 SGB V GKV-VStG-E verfolgten Ziele.....	16
aa.	Schutz der ärztlichen Unabhängigkeit	16
(1)	Verfolgung wirtschaftlicher Ziele durch Vertragsärzte und Krankenhäuser	17
(2)	Willkürlichkeit der gesetzgeberischen Gefahrenprognose.....	19
bb.	Konzentration der Gründungsberechtigung auf Krankenhäuser und Vertragsärzte (?)	20
cc.	Förderung der Vertragsarztstätigkeit in eigener Praxis.....	21
b.	Ungeeignetheit der Gründungsbeschränkungen zur Verfolgung des Gesetzeszwecks	23

aa.	Gewinnorientierung auch beim Betrieb eines Medizinischen Versorgungszentrums durch Vertragsärzte.....	23
bb.	Gewinnorientierung beim Betrieb eines medizinischen Versorgungszentrums durch Krankenhäuser	25
c.	Fehlende Erforderlichkeit der Gründungsbeschränkungen zur Sicherung der ärztlichen Unabhängigkeit	25
aa.	Inkonsistenz der Gründungsbeschränkungen auch unter Erforderlichkeitsaspekten.....	26
bb.	Schutz der ärztlichen Unabhängigkeit im Innenverhältnis als milderes Mittel	26
III.	Verletzung der Organisationsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 GG	28
IV.	Verfassungswidrigkeit der geplanten Einschränkungen wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG	28
1.	Prüfungsmaßstab nach Art. 3 Abs. 1 i.V.m. 12 Abs. 1 GG	28
2.	Verletzung der Art. 12 Abs. 1 i.V.m. 3 Abs. 1 GG durch die Ungleichbehandlungen bei der Berechtigung zur Gründung von medizinischen Versorgungszentren	29
2.1	Ungleichbehandlung von Krankenhäusern, Vertragsärzten und sonstigen Leistungserbringern hinsichtlich der Gründungsberechtigung	30
2.2	Ungleichbehandlung von medizinischen Versorgungszentren und Krankenhäusern	31
C.	Europarechtliche Bewertung: Unvereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit	32
I.	Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die geplante Neuregelung	33
1.	Keine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Gemeinwohls	34
2.	Modifizierter Prüfungsmaßstab im Anwendungsbereich von Art. 168 Abs. 7 AEUV.....	34
3.	Konsequenzen für die Beurteilung von § 95 Abs. 1a SGB V GKV- VStG-E .	36

4.	Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der nach dem Regierungsentwurf des GKV-VStG vorgesehenen Gründungsbeschränkungen	37
II.	Verstoß der geplanten Neuregelung gegen die Niederlassungsfreiheit i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, Art. 20 EU-Grundrechtecharta	38

A. Die vorgesehenen Änderungen des § 95 SGB V

Nach dem Regierungsentwurf des GKV-VStG sollen die Zulassungsregelungen für medizinische Versorgungszentren „zur Sicherung der Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen“ modifiziert werden³. Der neue § 95 Abs. 1 Satz 3 SGB V GKV-VStG-E soll bestimmen, dass der ärztliche Leiter in dem medizinischen Versorgungszentrum selbst als angestellter Arzt oder Vertragsarzt tätig sein muss und in medizinischen Fragen weisungsfrei tätig wird⁴. Diese Änderung soll nach der Begründung des Regierungsentwurfs die sich aus dem ärztlichen Berufsrecht ergebende Therapie- und Weisungsfreiheit gewährleisten⁵; allerdings wird bereits den geltenden gesetzlichen Regelungen entnommen, dass die ärztliche Leitung in medizinischen Fragen von den Gesellschaftern und der Geschäftsführung weisungsunabhängig sein muss⁶, so dass diese Änderung klarstellenden Charakter hätte.

Als Rechtsformen sollen für die Gründung medizinischer Versorgungszentren zukünftig nur noch die Personengesellschaft oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung zulässig sein⁷. Zudem soll durch einen neuen § 95 Abs. 1a SGB V die Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren auf zugelassene Vertragsärzte, zugelassene Krankenhäuser sowie gemeinnützige Träger, die aufgrund von Zulassung oder Ermächtigung an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen oder die nichtärztliche Dialyseleistungen nach § 126 Absatz 3 SGB V erbringen, begrenzt werden⁸.

³ BT-Drs. 17/6906 v. 05.09.2011, S. 3.

⁴ BT-Drs. 17/6906 v. 05.09.2011, S. 25 und 114.

⁵ BT-Drs. 17/6906 v. 05.09.2011, S. 114.

⁶ *Pawlita*, in: juris PK-SGB V, § 95 SGB V, Rn. 81 m.w.N.; *Dahm/Möller/Ratzel*, Rechts-handbuch medizinische Versorgungszentren, 2005, S. 44 Rn. 37.

⁷ § 95 Abs. 1a Satz 1, 2. Halbsatz, BT-Drs. 17/6906 v. 05.09.2011, S. 25 und 115; der Zulässigkeit dieser Beschränkung der zulässigen Rechtsformen kann im Folgenden aus Raumgründen nicht mehr nachgegangen werden.

⁸ § 95 Abs. 1a Satz 1 des Regierungsentwurfs, BT-Drs.17/6906 v. 05.09.2011, S. 25 unter Berücksichtigung von Änderungsantrag Nr. 22 der Regierungsfractionen zum GKV-VStG-E

Zur Begründung wird in dem Entwurf der Bundesregierung ausgeführt, die Erfahrungen der letzten Jahre hätten gezeigt, dass medizinische Versorgungszentren besonders in kapitalintensiven Bereichen wie der Labormedizin oder der operierenden Augenheilkunde immer häufiger von Investoren gegründet würden, die keinen fachlichen Bezug zur medizinischen Versorgung hätten, sondern allein Kapitalinteressen verfolgten. In den medizinischen Versorgungszentren, die von solchen Investoren gegründet würden, bestünde die Gefahr, dass medizinische Entscheidungen von Kapitalinteressen beeinflusst würden. Das mit der Beschränkung der Gründungsberechtigung auf die an der medizinischen Versorgung der Versicherten teilnehmenden Leistungserbringer verfolgte Ziel, den medizinisch fachlichen Bezug der Gründer zu gewährleisten, sei nicht vollständig erreicht worden. So hätten Kapitalgeber z.B. durch den Kauf eines Pflegedienstes oder eines Hilfsmittelerbringers die Voraussetzungen zur Gründung von medizinischen Versorgungszentren im gesamten Bundesgebiet erfüllen können. Dadurch stünden in Bereichen wie z.B. der Augenheilkunde immer weniger Vertragsarztsitze für freiberuflich tätige Ärzte in eigener Praxis zur Verfügung. Diese Entwicklung berge Gefahren für die Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen von Kapitalinteressen. Um dem entgegen zu wirken, könnten künftig medizinische Versorgungszentren nur noch von den zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzten und von den nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhäusern gegründet werden. Dadurch würde die Gründungsberechtigung auf Leistungserbringer konzentriert, die bisher den Großteil der ambulanten und stationären ärztlichen Versorgung der Versicherten geleistet hätten. Sonstige Leistungserbringer nach dem SGB V seien künftig nicht mehr berechtigt, medizinische Versorgungszentren zu gründen. Damit würden diejenigen Leistungserbringer ausgeschlossen, über deren Ankauf bisher Investoren ohne fachlichen Bezug zur medizinischen Versorgung die Voraussetzungen für die Gründung von medizinischen Versorgungszentren erfüllt hätten. Eine Ausnahme gelte für gemeinnützige Trägerorganisationen, die oftmals einen wichtigen Beitrag für die Versorgung der Versicherten leisteten. Da aufgrund der Gemeinnützigkeit keine Mittelabflüsse an private, rein gewinnorientierte Organisationen zu erwarten seien, sei eine Beeinflussung der ärztlichen Entscheidungen durch sachfremde Erwägungen nicht zu befürchten⁹.

zur Sitzung des Bundestagsausschusses für Gesundheit am 19.10.2011 Ausschuss-Drs. 17(14)0190(neu) zu TOP 2 der TO v.19.10.11, S. 28 f.

⁹ So die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 17/6906 v. 05.09.2011, S. 114 f.

B. Verfassungsrechtliche Bewertung

I. Berührte Grundrechte

Die zu beurteilenden Änderungen in § 95 SGB V greifen primär in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG sowie in die Organisationsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 GG ein. Außerdem ist der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigen. Dagegen ist das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG durch die geplanten Neuregelungen voraussichtlich nicht betroffen. Denn die eingerichteten Betriebe der bereits zugelassenen MVZ-Trägergesellschaften könnten nach § 95 Abs. 1a S. 2 SGBV GKV-VStG-E weitergeführt und an zugelassenen Standorten auch erweitert werden. Der vorhandene Bestand an MVZ wird durch die geplanten Regelungen des GKV-Versorgungsstrukturgesetzes ebenso wie seine Nutzung und die Erweiterung garantiert. Damit wird Art. 14 GG – auch soweit es zu einem Wertverlust der bestehenden Unternehmen als Folge der zukunftsbezogenen Beschränkungen kommen sollte – durch Art. 12 Abs. 1 GG als sachnäheres Grundrecht verdrängt¹⁰.

II. Verletzung der Berufsfreiheit

1. Schutzzumfang der Berufsfreiheit

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Freiheit der beruflichen Betätigung umfassend. Unter Beruf ist jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage zu verstehen. Durch Art. 12 Abs. 1 GG wird auch die Unternehmerfreiheit geschützt, also das Recht, ein Unternehmen zu gründen und zu führen¹¹.

Der Begriff des Berufs bzw. des Gewerbes beschränkt sich im Übrigen nicht auf bestimmte vorgegebene Berufsbilder, sondern umfasst jede Tätigkeit, die für den Einzelnen Lebens-

¹⁰ BVerfGE 126, 112, 135 f.

¹¹ BVerfGE 50, 290, 363.

aufgabe und Lebensgrundlage ist¹². Art. 12 Abs. 1 GG schützt damit auch die Tätigkeit sonstiger Leistungserbringer in medizinischen Versorgungszentren oder die Drittbeteiligung als Gesellschafter der Trägergesellschaft medizinischer Versorgungszentren, zumal diese Tätigkeiten seit dem 01.01.2004 ausdrücklich gesetzlich durch § 95 Abs. 1 SGB V zugelassen worden ist..

Der Schutz der Berufsfreiheit erfasst dabei nicht nur natürliche, sondern nach Art. 19 Abs. 3 GG auch inländische juristische Personen, wenn die Tätigkeit ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer natürlichen Person wie von einer juristischen Person, die durch ihre Organe handelt, ausgeübt werden kann¹³.

2. Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit durch die geplanten Änderungen

§ 95 Abs. 1a SGB V GKV-VStG-E würde unmittelbar in das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf freie Berufsausübung eingreifen. Denn durch das zukünftige Verbot der Gründung von medizinischen Versorgungszentren würde allen steuerlich nicht gemeinnützigen an der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Leistungserbringern – mit Ausnahme zugelassener Krankenhäuser und Vertragsärzte – die Gründung und medizinischer Versorgungszentren untersagt, während diese seit 2004 gem. § 95 Abs. 1 Satz 6 SGB V gesetzlich gerade ausdrücklich erlaubt war. Durch die in Aussicht genommene Regelung würden daneben die wirtschaftlichen Dispositionsmöglichkeiten und -befugnisse der Ärzte selbst beschränkt. Für sie würde die Möglichkeit, ökonomische und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten unter Beteiligung von Dritten zu nutzen, erheblich begrenzt. Insbesondere werden für bereits niedergelassene Ärzte die Möglichkeiten zur wirtschaftlichen Verwertung im Falle der Aufgabe der Berufstätigkeit deutlich verschlechtert. Schließlich wird der Zugang junger Ärzte zum Arztberuf erschwert. Besonders die medizinischen Versorgungszentren bieten bisher den jungen Ärzten die Möglichkeit zum Berufseinstieg in der ambulanten Versorgung als angestellter Arzt an, d.h. ohne die Notwendigkeit zu einer Kreditaufnahme bzw. Verschuldung zu Beginn der Berufslaufbahn und mit flexiblen Arbeitszeiten. Die Erleichterung des Berufszugangs war eines der Motive

¹² BVerfGE 7, 377, 397; 54, 301, 313.

¹³ BVerfGE 50, 290, 363; 97, 228, 253; 102, 197, 212 f.; 105, 252, 265.

für die Etablierung der medizinischen Versorgungszentren als neue Organisationsform in der vertragsärztlichen Versorgung¹⁴. Gerade die Tätigkeit im Anstellungsverhältnis mit flexiblen Arbeitszeiten fördert die Vereinbarkeit von Familie und Beruf und damit den im Hinblick auf rückgängige Absolventenzahlen erwünschten (Wieder-)Einstieg junger Ärztinnen und Ärzte mit Familie in die Tätigkeit in der ambulanten Versorgung. Indem der Kreis der zur Gründung und zur Beteiligung an medizinischen Versorgungszentren berechtigten Leistungserbringer gegenüber der derzeitigen Rechtslage wesentlich eingegrenzt wird, werden auch die Chancen zum Berufseinstieg in medizinischen Versorgungszentren derartiger Träger reduziert¹⁵.

3. Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Beschränkung der Berufsausübung

Der mit dem neuen § 95 Abs. 1a SGB V GKV-VStG-E verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit wäre materiell nicht gerechtfertigt. Das Bundesverfassungsgericht hat im Hinblick auf Art. 12 GG gestufte Anforderungen für die Rechtfertigung eines Eingriffs entwickelt.

3.1 Bestimmung von Eingriffsintensität und Rechtfertigungsanforderungen nach der Dreistufentheorie

Das Grundraster für die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach der Dreistufentheorie liefert die Differenzierung zwischen Regelungen, die die Berufsausübung betreffen, und solchen, die die Freiheit der Berufswahl einschränken¹⁶: Die Freiheit der Berufsausübung kann durch Berufsausübungsregelungen, d.h. Maßnahmen, die das „wie“ der Berufsausübung betreffen, bereits beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen¹⁷. Die Freiheit der Berufswahl darf dagegen nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz wichtiger bzw. besonders wichtiger „überragender“ Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert. Dabei ist zwischen subjektiven und objektiven Berufswahlregelungen zu differenzieren: Subjektive Berufswahlregelungen machen die

¹⁴ BT-Drs. 17/3131 v. 01.10.2010, S. 2.

¹⁵ BT-Drs. 17/3131 v. 01.10.2010, S. 7.

¹⁶ BVerfGE 7, 377, 400 ff.

¹⁷ BVerfGE 78, 155, 162; 77, 308, 332; 70, 1, 28.

Aufnahme eines bestimmten Berufs von der Erfüllung subjektiver Voraussetzungen – etwa bestimmter formaler Qualifikationen – abhängig und legitimieren sich grundsätzlich aus der Natur der erstrebten Berufstätigkeit. Sie sind deshalb gerechtfertigt, sofern sie zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter geboten sind¹⁸. Demgegenüber sperren objektive Berufswahlregelungen unabhängig von in der Person des Grundrechtsträgers liegenden Voraussetzungen den Berufszugang.

Die in § 95 Abs. 1a SGB V-GKV-VStG-E geplanten Gründungsbeschränkungen wären danach – jedenfalls ihrer Intensität nach – als subjektive Berufswahlregelung von erheblichem Gewicht zu qualifizieren. Denn sie knüpften die bislang gesetzlich gem. § 95 Abs. 1 S. 6 SGB V allen aufgrund von Zulassung, Ermächtigung oder Vertrag an der medizinischen Versorgung teilnehmenden Leistungserbringern erlaubte Tätigkeit als Gründer und Betreiber eines medizinischen Versorgungszentrums entweder an die Qualifikation als zugelassener Arzt oder an die Qualifikation als zugelassenes Krankenhaus gemäß § 108 SGB V oder an die gemeinnützige Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung als Leistungserbringer an. Sonstige Leistungserbringer in der ambulanten Versorgung, welche diese Eigenschaften nicht erfüllen, können sich zukünftig im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage nicht mehr als Gründer und Betreiber eines medizinischen Versorgungszentrums beruflich betätigen, es sei denn sie erfüllen die veränderten Gründungsvoraussetzungen durch Approbation und Zulassung als Vertragsarzt bzw. durch Gründung oder Erwerb eines zugelassenen Krankenhauses im Sinne des § 108 SGB V oder durch Erwerb der steuerlichen Qualifikation der Gemeinnützigkeit.

Nachdem die Organisationsform des medizinischen Versorgungszentrums als solche nur im gesetzlichen Krankenversicherungsrecht existiert, ist die Beschränkung der Berechtigung zur Gründung dieser medizinischen Versorgungszentren und ihre Anknüpfung an bestimmte Leistungserbringerqualifikationen als subjektive Berufswahlregelung einzustufen. Denn anders als die vertragsärztliche Tätigkeit kann die Betätigung als Gründer medizinischer Versorgungszentren insoweit nicht als Modalität der Ausübung eines einheitlichen Berufes angesehen werden¹⁹. Letztlich kann diese Frage aber offen bleiben, da aufgrund der Tatsache, dass rund 90 % der Bevölkerung gesetzlich versichert sind, die Einschrän-

¹⁸ BVerfGE 73, 301, 316 ff.; 69, 209, 218; 59, 302, 316.

¹⁹ So aber für die Vertragsarztzulassung BVerfGE 11, 30, 41.

kung der Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren auch dann, wenn sie nur als Eingriff in die Berufsausübung qualifiziert wird, eine erhebliche Intensität hat. Dies gilt namentlich im Hinblick darauf, dass die bisher zur Gründung berechtigten sonstigen Leistungserbringer, die gewinnorientiert tätig sein wollen, faktisch nur die Möglichkeit haben werden, als Träger eines zugelassenen Krankenhauses weiter medizinische Versorgungszentren zu gründen. Aufgrund der objektiven Bedarfsplanung im Krankenhausrecht kann dies faktisch nur über den Kauf eines bestehenden, zugelassenen Krankenhauses möglich sein. Die Eingriffsintensität ist deshalb in jedem Fall als hoch zu qualifizieren²⁰. Die in § 95 Abs. 1a SGB V GKV-VStG-E vorgesehenen Beschränkungen der Berufsfreiheit wären daher nur dann mit der Berufsfreiheit vereinbar, wenn sie zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter geboten wären.

Auf dieser Grundlage ist der Eingriff in die Berufsfreiheit anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfen. Danach muss die Grundrechtsbeschränkung dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen, zur Förderung dieser Ziele geeignet und auch erforderlich sein. Erforderlich ist die Maßnahme nur dann, wenn sie die Berufsfreiheit nicht mehr als notwendig beeinträchtigt, d.h. sie muss das mildeste Mittel darstellen. Schließlich muss das Ausmaß der Grundrechtsbeschränkungen in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung des verfolgten Gemeinwohlbelangs stehen²¹.

3.2 Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers

Das Bundesverfassungsgericht billigt dem Gesetzgeber sowohl hinsichtlich der Auswirkungen der gesetzlichen Regelungen als auch hinsichtlich der Einschätzung der der Allgemeinheit drohenden Gefahren, zu deren Verhütung er tätig werden will, einen Einschätzungs- und Prognosespielraum zu²². Dieser gilt insbesondere auch in sozialpolitischen Fra-

²⁰ Vgl. BVerfGE 11, 30, 43.

²¹ Vgl. zu den Maßgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes BVerfGE 30, 292, 316 f.; 65, 1, 54; 94, 372, 389 f.; 102, 197, 213 f.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 11. Auflage 2011, Art. 12 Rn. 40 ff., Art. 20 Rn. 83 ff.; *Sachs*, in: Sachs, GG-Kommentar, 5. Auflage 2009, Art. 20 Rn. 149 ff.; *Dreier*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 2. Auflage 2004, Vorb. Rn. 146 ff.

²² BVerfGE 77, 84, 106.

gen²³ und erstreckt sich auch auf die Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele²⁴.

Dieser Spielraum ist aber überschritten, wenn die Einschätzungen des Gesetzgebers so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können, namentlich weil sie wirtschaftlichen Gesetzen oder praktischer Erfahrung widersprechen²⁵. So ist die Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Erforderlichkeit etwa überschritten, wenn nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Beschränkungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen aber weniger belasten²⁶.

3.3 Verletzung der Berufsfreiheit durch die geplanten Gründungsbeschränkung nach § 95 Abs. 1a Satz 1 SGB V GKV-VStG-E

a. Verfassungsrechtliche Illegitimität der mit § 95 Abs. 1a Satz 1 SGB V GKV-VStG-E verfolgten Ziele

Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs wird mit der Änderung des § 95 SGB V das Ziel der Sicherung der ärztlichen Unabhängigkeit sowie möglicherweise weitere Ziele verfolgt, deren verfassungsrechtliche Legitimität im Folgenden unter Berücksichtigung der dem Gesetzgeber zukommenden Einschätzungsprärogative zu hinterfragen ist:

aa. Schutz der ärztlichen Unabhängigkeit

Nach dem Entwurf der Gesetzesbegründung soll die Beschränkung des Kreises der zur Gründung medizinischer Versorgungszentren berechtigten Leistungserbringer zum einen der Sicherung der Unabhängigkeit der medizinischen Entscheidung der dort tätigen Ärzte

²³ BVerfGE 77, 308, 332; 51, 193, 208.

²⁴ BVerfGE 77, 84, 106; 126, 112, 145 (zur Erforderlichkeit).

²⁵ BVerfGE 77, 84, 106; 126, 112, 141.

²⁶ St. Rspr. des BVerfG, BVerfGE 126, 112, 145; 115, 276, 309; 25, 1, 12, 19 f. m.w.N.

dienen²⁷. Mittelbar ist mit dieser Zielsetzung die Sicherung der Qualität der medizinischen Versorgung, mithin der Schutz der Volksgesundheit als Gemeinwohlziel angesprochen. Darüber hinaus liegt die fachliche Unabhängigkeit der in einem medizinischen Versorgungszentrum angestellten Ärzte im Interesse der GKV, die wirtschaftlich für medizinisch nicht notwendige Behandlungen aufkommen müsste. Der Gesundheitsschutz und die Erhaltung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung werden dabei durch das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung als überragende Gemeinwohlbelange anerkannt²⁸

Allerdings ist die dem Regierungsentwurf des GKV-VStG zugrunde liegende Annahme, eine Gefährdung der ärztlichen Unabhängigkeit drohe durch Kapitalinteressen, und zwar speziell durch Kapitalinteressen derjenigen Leistungserbringer, die zukünftig von der Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren ausgenommen werden, auch bei Zubilligung eines weiten Einschätzungs- und Prognosespielraums offensichtlich unhaltbar. Sie widerspricht der Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage noch im Herbst 2010, den wirtschaftlichen Verhältnissen, den gesetzlichen Regelungen im Krankenhausrecht, der Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzentwurf sowie den der Literatur zu entnehmenden Erkenntnissen über Einflussnahmen auf die ärztliche Unabhängigkeit:

- (1) Verfolgung wirtschaftlicher Ziele durch Vertragsärzte und Krankenhäuser

Schon die Grundannahme, die medizinische Unabhängigkeit sei in medizinischen Versorgungszentren gefährdet, ist mit den realen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht in Einklang zu bringen. Offenkundig scheint die Bundesregierung in dem Entwurf davon auszugehen, dass eine derartige Gefährdung in von selbständigen Ärzten geführten Praxen nicht bestehen, weil es insoweit keinen Kapitalgeber im Sinne der Begrifflichkeit des Entwurfes gibt. Dabei wird jedoch verkannt, dass der ökonomische Druck zur Erzielung von Umsätzen und Gewinnen in den von Ärzten selbst gegründeten Praxen aufgrund des bestehenden Investitionsbedarfs und der persönlichen Haftung des Arztes für die notwendigen Kredite, Leasingraten, Mietzinszahlungen etc. gerade am größten ist. Dies gilt insbesondere für in-

²⁷ BT-Drs. 17/6909 v. 05.09.2011, S. 70 f.

²⁸ BVerfGE 103, 172, 184 f.; 82, 209, 230; 70, 1, 30.

vestitionsintensive medizinische Fächer wie etwa die in der Entwurfsbegründung ausdrücklich genannte Labormedizin²⁹.

Unabhängig davon ist die Zielsetzung, durch den Ausschluss sonstiger Leistungserbringer der Gefährdung der ärztlichen Unabhängigkeit durch Kapitalinteressen entgegen zu wirken, auch deshalb nicht haltbar, weil weiterhin auch zugelassene Krankenhäuser und Vertragsärzte zur Gründung medizinischer Versorgungszentren berechtigt bleiben.

In der stationären Versorgung bestehen keinerlei Eigentümerbeschränkungen. Vielmehr gilt für Krankenhäuser nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz (im Folgenden: KHG) gesetzlich der Grundsatz der Trägervielfalt³⁰. Tatsächlich sind auch zahlreiche private, gewinnorientiert arbeitende Krankenhausträger – oftmals börsennotierte Konzerne – an der stationären Versorgung beteiligt. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die ärztliche Unabhängigkeit in von diesen Gesellschaften gegründeten medizinischen Versorgungszentren weniger gefährdet sein soll, als in medizinischen Versorgungszentren der zukünftig ausgeschlossenen Leistungserbringer wie Apotheken, Rehabilitationseinrichtungen, Pflegediensten oder Heil- und Hilfsmittelerbringern. Die praktische Erfahrung etwa mit Zuweiserpauschalen, die Krankenhäuser niedergelassenen Ärzten zur Beeinflussung deren Einweisungsverhalten gezahlt haben, und die beispielsweise den nordrhein-westfälischen Landesgesetzgeber zu einer ausdrücklichen Sonderregelung über die unerlaubte Zuweisung gegen Entgelt in § 31a KHGG NRW veranlasst hat, spricht deutlich für die gegenteilige Annahme³¹. Angesichts dieser Erfahrungen ist nicht nachvollziehbar, warum sonstige Leistungserbringer aus der Gründungsberechtigung medizinischer Versorgungszentren ausgeschlossen werden sollen, während insbesondere zugelassene Krankenhäuser gründungsberechtigt bleiben.

Nicht nachvollziehbar erscheint die im Gesetzentwurf vorgenommene Differenzierung auch im Hinblick auf die fortbestehende Gründungsberechtigung von Vertragsärzten, die nicht in den von ihnen gegründeten medizinischen Versorgungszentren tätig sein müssen,

²⁹ BT-Drs. 17/6906 v. 05.09.2011, S. 70.

³⁰ Siehe nur § 1 Abs. 2 Satz 1 KHG.

³¹ § 31a LKHG NRW, eingefügt durch Gesetz zur Änderung des Krankenhausgestaltungsgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 16.03.2010 (GV. NRW. S.184) eingehend *Stollmann*, NZS 2011, 684, 687 ff.

d.h. die medizinische Versorgungszentren ebenso als „Fremdbetreiber“ gründen und sich als reine Kapitalgeber beteiligen. Warum insoweit nicht die Gefahr der Einflussnahme auf die ärztliche Unabhängigkeit aus „Kapitalinteressen“ heraus bestehen soll, bleibt unerfindlich.

(2) Willkürlichkeit der gesetzgeberischen Gefahrenprognose

Vor diesem Hintergrund erweist sich die Auswahl der zukünftig ausgeschlossenen Leistungserbringer als **evident willkürlich**: Denn es fehlt nicht nur an einer erkennbaren Gefährdung der ärztlichen Unabhängigkeit in medizinischen Versorgungszentren, die ein Einschreiten des Gesetzgebers erfordern würde. Vielmehr ist schlicht nicht nachvollziehbar, dass gerade von den zukünftig ausgeschlossenen Leistungserbringern, die bislang lediglich ein Fünftel der medizinischen Versorgungszentren betrieben, eine höhere Gefährdung für die ärztliche Unabhängigkeit ausgehen soll als von medizinischen Versorgungszentren von Vertragsärzten oder Krankenhäusern. Die Bundesregierung hat in ihrer Antwort auf die kleine Anfrage der Abgeordneten *Rawert* u.a. vom 1. Oktober 2010³² ausdrücklich erklärt, dass weder Erkenntnisse zu einer unterschiedlichen Behandlungsqualität noch zu Einflussnahmen von Kapitalinteressen in medizinischen Versorgungszentren vorliegen³³. Dementsprechend bleiben die Gründe für den spezifischen Ausschluss bestimmter Leistungserbringer völlig im Dunklen. Sofern in der Begründung des Regierungsentwurfs ausgeführt wird, Leistungserbringer seien aufgekauft worden, um medizinische Versorgungszentren im Bereich der Labormedizin oder Augenmedizin zu gründen, liefert diese Entwicklung – unabhängig davon, ob sie sich tatsächlich so zugetragen hat – nicht den geringsten Anhaltspunkt für eine spezifische Gefährdung der ärztlichen Unabhängigkeit in den betroffenen medizinischen Versorgungszentren, wie gerade der Vergleich zum Krankenhausbereich belegt, in dem börsennotierte Konzerne die besonders risikoträchtige und kostenin-

³² BT-Drs. 17/3131 v. 01.10.2010, S. 10 f., die Anfrage der Abgeordneten lauteten: „*Welche Erkenntnisse hat die Bundesregierung, wie sich die Arbeitsweise und der Behandlungserfolg von freiberuflich tätigen Ärztinnen und Ärzten im Vergleich zu fest an MVZ angestellten Ärztinnen und Ärzten unterscheiden?*“, sowie: „*Welche konkreten Erkenntnisse hat die Bundesregierung darüber, wie bei angestellten Ärztinnen und Ärzten in Krankenhäusern oder MVZ die Therapiefreiheit eingeschränkt wird?*“ Die Antwort der Bundesregierung lautete in beiden Fällen: „*Hierzu liegen der Bundesregierung keine Erkenntnisse vor.*“

³³ BT-Drs. 17/3131 v. 01.10.2010, S. 10 f.

tensive stationäre Versorgung der Versicherten verantworten, ohne dass der Gesetzgeber insofern Maßnahmen zum Ausschluss kommerzieller Träger für erforderlich halten würde.

Bestätigt wird die Willkürlichkeit der Gefahrenprognose des Gesetzgebers auch durch die ablehnende Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf der Bundesregierung für das GKV-VStG vom 23. September 2009³⁴. Der Bundesrat sieht darin keine Erforderlichkeit für die Verschärfung der Regelung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren. Diese Stellungnahme ist insbesondere auch deshalb von besonderem Gewicht, weil die Behörden der Bundesländer zugleich auch die Aufsichtsbehörden über die Ärztekammern sind, die zur Verfolgung berufsrechtlicher Pflichtverletzungen auch der im MVZ tätigen Ärzte zuständig sind. Offenkundig liegen insoweit ebenso wenig Erkenntnisse über spezifische Gefährdungen der ärztlichen Unabhängigkeit vor wie bei der Bundesregierung. Auch im Kreis der beratenden Anwaltschaft wird kein Bedarf für entsprechende Regelungen gesehen³⁵.

Vor diesem Hintergrund ist die Annahme, die Gesetzesänderung leiste einen Beitrag zum Schutz der ärztlichen Unabhängigkeit in medizinischen Versorgungszentren auch unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Entscheidungsspielraums offensichtlich unhaltbar. Die geplante gesetzliche Regelung dient schon von daher nicht der Verfolgung eines legitimen Allgemeinwohlzweckes.

bb. Konzentration der Gründungsberechtigung auf Krankenhäuser und Vertragsärzte (?)

Ob die im Regierungsentwurf zu § 95 Abs. 1a SGB V-GKV-VStG-E weiter enthaltene Aussage, die Gründungsberechtigung werde zukünftig auf Leistungserbringer konzentriert, die bisher den Großteil der ambulanten und stationären Versorgung der Versicherten geleistet hätten³⁶, Teil der Begründung der Regelung oder lediglich eine Feststellung zu ihren Auswirkungen sein soll, ist offen. Jedenfalls stellt eine solche Konzentration der Grün-

³⁴ BR-Drs. 456/11 v. 23.09.2011, S. 35.

³⁵ Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Medizinrechtsausschuss zum Referentenentwurf des BMG für ein Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung, Nr. 35/2011, S. 7 ff.

³⁶ BT-Drs. 17/6906 v. 05.09.2011, S. 70.

dungsberechtigung aber kein verfassungsrechtlich anerkanntes Ziel dar. Denn es ist nicht nachvollziehbar, wie der bisherige quantitative Anteil an der stationären und ambulanten Versorgung der gesetzlichen Krankenversicherung die Beschränkung der Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren legitimieren soll, nachdem während der letzten sieben Jahre sämtliche an der Versorgung der Versicherten teilnehmenden Leistungserbringer zur Gründung medizinischer Versorgungszentren berechtigt waren. Die Konzentration der Trägerschaft medizinischer Versorgungszentren auf Vertragsärzte und Krankenhäuser sowie gemeinnützige Träger ist auch unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative nicht als Gemeinwohlbelang anzuerkennen. Denn das Ziel der Konzentration ist insoweit ein reiner Selbstzweck, ohne dass ein sachliches Bedürfnis für eine solche Konzentration aufgrund der Erfahrungen seit dem Jahr 2004 auch nur in der Gesetzesbegründung behauptet würde.

cc. Förderung der Vertragsarztstätigkeit in eigener Praxis

In der Gesetzesbegründung wird schließlich der Schutz des freien ärztlichen Berufsstandes als Regelungsziel angesprochen. So wird ausgeführt, in Bereichen wie z.B. der Augenheilkunde stünden teilweise immer weniger Vertragsarztsitze für freiberuflich tätige Ärzte zur Verfügung und dieser Entwicklung werde dadurch entgegen gewirkt, dass medizinische Versorgungszentren künftig nur noch von Vertragsärzten und von nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhäusern gegründet werden könnten³⁷.

Diese Darstellung widerspricht den Publikationen der KBV, die die Entwicklung der medizinischen Versorgungszentren seit deren Einführung im Jahr 2004 beobachtet. Darüber hinaus ist die der Begründung zugrunde liegende Annahme, die Beschränkung der zur Gründung von medizinischen Versorgungszentren berechtigten Leistungserbringer sei zur Sicherung von Vertragsarztsitzen für freiberuflich tätige Ärzte geeignet, offensichtlich fehlerhaft:

Tatsächlich hat seit dem Jahr 2004 eine Verdrängung des in eigener Praxis niedergelassenen Vertragsarztes nicht stattgefunden. Erst Recht fehlt es an einer spezifischen Verdrängung selbständiger Vertragsärzte durch medizinische Versorgungszentren in der Trägerschaft der zukünftig ausgeschlossenen Leistungserbringer. Den Kennzahlen der Kassen-

³⁷ BT-Drs. 17/6906 v. 05.09.2011, S. 70.

ärztlichen Bundesvereinigung (KBV) zufolge, die die Entwicklung der medizinischen Versorgungszentren seit ihrer Einführung durch das GKV-Modernisierungsgesetz zum 1. Januar 2004³⁸ wiedergeben, waren zum Stichtag 31.12.2010 in der Bundesrepublik Deutschland 1.454 medizinische Versorgungszentren zugelassen. Die Gesamtzahl der dort tätigen Ärzte betrug 8.610, wobei 7.278 Ärzte als Angestellte tätig waren. Die medizinischen Versorgungszentren befanden sich zu 43,4 % in der Trägerschaft von Vertragsärzten, zu 36,7% in der Trägerschaft von Krankenhäusern und zu 19,9% in sonstiger Trägerschaft³⁹. Zum 31.12.2010 waren zugleich insgesamt 120.153 Vertragsärzte tätig. An der vertragsärztlichen Versorgung insgesamt – d. h. auch inklusive angestellter Ärzte – nahmen an der vertragsärztlichen Versorgung zum 31.12.2010 nach Angaben der KBV 138.472 Ärzte teil⁴⁰.

Eine Verdrängung des Leitbildes des freiberuflich in eigener Praxis tätigen Vertragsarztes durch medizinische Versorgungszentren in der Trägerschaft nicht-ärztlicher Leistungserbringer mit angestellten Ärzten hat seit Einführung der medizinischen Versorgungszentren in ihrer jetzigen Form am 1. Januar 2004 mithin nicht ansatzweise stattgefunden. Eine grundrechtsbeschränkende Maßnahme, die auf die Sicherung des Berufsbildes des in eigener Praxis niedergelassenen Vertragsarztes ausgerichtet ist, verfolgt in Anbetracht ihrer offensichtlich fehlenden praktischen Notwendigkeit keinen legitimen Allgemeinwohlbelang.

Davon abgesehen hat die KBV festgestellt, dass die Anzahl der medizinischen Versorgungszentren, an denen Krankenhäuser beteiligt sind, stetig steigt. Im Unterschied zu anderen MVZ-Trägern – einschließlich der zukünftig ausgeschlossenen – arbeiten medizinische Versorgungszentren, die in Trägerschaft eines Krankenhauses stehen, nach den Erhebungen der KBV⁴¹ jedoch „nahezu ausschließlich mit angestellten Ärzten.“ Sofern die Regelung also die selbständige Vertragsarztstätigkeit fördern soll, verfehlen die geplanten Gründungsbeschränkungen vollständig und offensichtlich ihren Zweck, weil zugelassene Kran-

³⁸ Vom 14.11.2003, BGBl 2003, Teil I, 2190 ff.

³⁹ KBV, Medizinische Versorgungszentren aktuell, 4. Quartal 2010, abrufbar unter www.kbv.de, letzter Abruf am 12.10.2011.

⁴⁰ KBV, Statistische Informationen aus dem Bundesarztregister, Stand 31.12.2010, abrufbar unter www.kbv.de, letzter Abruf am 12.10.2011.

⁴¹ KBV, Entwicklung der Medizinischen Versorgungszentren zwischen dem 4. Quartal 2006 bis 4. Quartal 2010, abrufbar unter www.kbv.de.

kenhäuser auch weiterhin zur Gründung medizinischer Versorgungszentren berechtigt blieben. Gleiches gilt im Übrigen insoweit, als Vertragsärzte medizinische Versorgungszentren mit angestellten Ärzten betreiben. Dass der Ausschluss sonstiger Leistungserbringer von der Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren dazu führt, dass mehr Vertragsarztsitze für eine freiberufliche selbständige Tätigkeit zur Verfügung stehen, erscheint vor diesem Hintergrund ausgeschlossen. Im Übrigen würde dann, wenn tatsächlich die Gefahr einer einseitigen Konzentration von Vertragsarztsitzen bestünde, eine Kontingentierungsregelung, die die Trägervielfalt sicherstellt, jedenfalls ein milderes Mittel als der Ausschluss bestimmter Leistungserbringer von der Gründungsberechtigung sein.

- b. Ungeeignetheit der Gründungsbeschränkungen zur Verfolgung des Gesetzeszwecks

Der neue § 95 Abs. 1 Satz 3 SGB V GKV-VStG-E bestimmt, dass die Weisungsfreiheit des ärztlichen Leiters eines medizinischen Versorgungszentrums in medizinischen Fragen sichergestellt werden muss. Zudem muss er in diesem medizinischen Versorgungszentrum auch tätig sein. Diese Vorschrift ist zunächst grundsätzlich geeignet, die ärztliche Unabhängigkeit in medizinischen Versorgungszentren zu schützen.

Dagegen sind die nach § 95 Abs. 1a SGB V GKV-VStG-E vorgesehenen selektiven Gründungsbeschränkungen auch unter Berücksichtigung der dem Gesetzgeber zukommenden Einschätzungsprärogative nicht geeignet, einem besseren Schutz der Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen zu gewährleisten oder unnötige und kostenintensive medizinische Behandlungen im Vergleich zur jetzigen Regelung in § 95 Abs. 1 Satz 6 SGB V zu vermeiden.

- aa. Gewinnorientierung auch beim Betrieb eines Medizinischen Versorgungszentrums durch Vertragsärzte

Die Fokussierung der Gründungsberechtigung auf selbständige Vertragsärzte ist nicht geeignet, die ärztliche Unabhängigkeit besser zu schützen als die bisherige Regelung.

Zum einen haben weder die Bundesregierung⁴² noch der Bundesrat⁴³ irgendwelche Anhaltspunkte, dass gerade die zukünftig ausgeschlossenen Leistungserbringer im Unterschied zu Vertragsärzten als Eigentümern die ärztliche Unabhängigkeit angestellter Ärzte in medizinischen Versorgungszentren stärker gefährdet hätten. Zum anderen ist auch die Annahme unhaltbar, ein Arzt, der in seiner Praxis – womöglich als Berufsanfänger mit hoher Kreditbelastung – um seine wirtschaftliche Existenz ringt und hierfür persönlich mit dem gesamten Privatvermögen haftet, böte eine höhere Gewähr für eine nicht kommerziellen Betrieb seines medizinischen Versorgungszentrums. Dies gilt insbesondere in kapitalintensiven medizinischen Fächern, wie etwa der in der Entwurfsbegründung ausdrücklich genannten Labormedizin. Ein angestellter und weisungsfrei tätiger Arzt kann zwar auch ökonomischen Vorgaben hinsichtlich seiner Tätigkeit ausgesetzt sein. Er riskiert aber allenfalls seinen Arbeitsplatz und nicht seine persönliche wirtschaftliche wie berufliche Existenz⁴⁴. Unter dem Gesichtspunkt des bestmöglichen Schutzes der ärztlichen Unabhängigkeit vor kommerziell motivierter Einflussnahme wäre insofern allein die Beschränkung der Gründungsberechtigung auf gemeinnützige Träger eine konsequente und geeignete Maßnahme gewesen.

Im Übrigen sieht § 95 Abs. 1a SGB V GKV-VStG-E auch nicht vor, dass der Vertragsarzt, welcher Gründer des medizinischen Versorgungszentrums ist, zugleich seine ärztliche Tätigkeit in diesem Zentrum ausüben muss. Übt der vertragsärztliche Gründer aber selbst keine medizinische Tätigkeit aus, betätigt er sich ausschließlich als Kapitalgeber. Insofern ist die Annahme befremdlich, er werde im Vergleich zu den zukünftig ausgeschlossenen Leistungserbringern weniger gewinnorientiert agieren und weniger Einfluss auf die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung nehmen. Aufgrund seiner eigenen Tätigkeit als Vertragsarzt, dürfte er wegen der Möglichkeit der Zuweisung und/oder Weiterüberweisung von Patienten und des damit verbundenen spezifischen Eigeninteresses eher eine größere

⁴² BT-Drs. 17/3131 v. 01.10.2010, S. 10 f.

⁴³ BR-Drs. 456/11 v. 23.09.2011, S. 35.

⁴⁴ Der Arbeitsplatzverlust dürfte eine allerdings die Ausnahme sein, da ein Leistungserbringer stets fürchten muss, dass ein entlassener Mitarbeiter entsprechende Vorgänge öffentlich bekannt macht.

Gefahr für die ärztliche Unabhängigkeit darstellen, als etwa der im Gesetzentwurf ausdrücklich genannte ambulante Pflegedienst⁴⁵.

- bb. Gewinnerorientierung beim Betrieb eines medizinischen Versorgungszentrums durch Krankenhäuser

Außerdem ist erneut darauf hinzuweisen, dass für die weiterhin gründungsberechtigten Krankenhäuser der Grundsatz der Trägervielfalt gilt⁴⁶, sodass zahlreiche private, gewinnorientiert arbeitende Krankenhausträger – oftmals börsennotierte Konzerne – am Betrieb medizinischer Versorgungszentren beteiligt geblieben. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die ärztliche Unabhängigkeit in von diesen Krankenhauskonzernen gegründeten medizinischen Versorgungszentren weniger gefährdet sein soll, als in medizinischen Versorgungszentren der zukünftig ausgeschlossenen Leistungserbringer. Dies belegen auch die praktischen Erfahrungen etwa mit Zuweiserpauschalen, die Krankenhäuser niedergelassenen Ärzten zur Beeinflussung deren Einweisungsverhaltens gezahlt haben. Diese Missstände sind so erheblich, dass – wie bereits erwähnt – in Nordrhein-Westfalen ein ausdrückliches Verbot der unerlaubten Zuweisung gegen Entgelt in § 31a KHGG NRW aufgenommen worden ist⁴⁷.

Die Eignung des geplanten § 95 Abs. 1a SGB V GKV-VStG-E zum Schutz der ärztlichen Unabhängigkeit und zur Vermeidung unnötiger Behandlungsmaßnahmen ist deshalb auch unter Berücksichtigung der weiten Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers offensichtlich zu verneinen.

- c. Fehlende Erforderlichkeit der Gründungsbeschränkungen zur Sicherung der ärztlichen Unabhängigkeit

Auch die Erforderlichkeit der geplanten Gründungsbeschränkungen ist zu verneinen, da Unabhängigkeit und Qualität der ambulanten ärztlichen Behandlung auch ohne sie gesi-

⁴⁵ BT-Drs. 17/6906 v. 05.09.2011, S. 70.

⁴⁶ Siehe nur § 1 Abs. 2 Satz 1 KHG.

⁴⁷ § 31a LKHG NRW, eingefügt durch Gesetz zur Änderung des Krankenhausgestaltungsgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 16.03.2010 (GV. NRW. S.184) eingehend *Stollmann*, NZS 2011, 684, 687 ff.

chert sind. Zudem ist die Absicherung der ärztlichen Unabhängigkeit gegenüber der Einführung von Gründungsbeschränkungen das mildere und wirksamere Mittel.

- aa. Inkonsistenz der Gründungsbeschränkungen auch unter Erforderlichkeitsaspekten

Auch im Rahmen der Erforderlichkeit ist darauf hinzuweisen, dass weder anhand der Gesetzesbegründung noch aufgrund der bisherigen von Bundesregierung⁴⁸ und Bundesrat⁴⁹ mitgeteilten Erfahrungen mit medizinischen Versorgungszentren deutlich wird, woraus die Erforderlichkeit der in § 95 Abs. 1a SGB V GKV-VStG-E vorgesehenen Ausschlüsse bestimmter Leistungserbringer resultiert. Praktisch sind vielmehr gerade Fälle bekannt geworden, in denen Krankenhäuser oder andere Vertragsärzteversuchten, das Einweisungs- und/oder Überweisungsverhalten niedergelassener Ärzte – nicht allein von in medizinischen Versorgungszentren tätigen Ärzten - im eigenen Interesse zu beeinflussen⁵⁰. Zudem unterliegen – wie dargelegt – auch Vertragsärzte als Gründer des medizinischen Versorgungszentrums erheblichen Wirtschaftlichkeitszwängen. Weshalb deshalb gerade der Ausschluss der sonstigen Leistungserbringer erforderlich sein soll, ist selbst unter Beachtung der weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nicht nachvollziehbar.

- bb. Schutz der ärztlichen Unabhängigkeit im Innenverhältnis als milderes Mittel

Davon abgesehen wären die Gründungsbeschränkungen auch deshalb nicht erforderlich, weil sie offensichtlich nicht das mildeste Mittel zur Gewährleistung der unabhängigen ärztlichen Berufsausübung sind. Etwaige Risiken für die Gesundheit der Patienten ebenso wie für die Begrenzung der Gesundheitsausgaben liegen primär in der ärztlichen Behandlungstätigkeit am Patienten. Dieser Außenkontakt ist zu trennen von den Eigentumsverhältnissen an einem medizinischen Versorgungszentrum bzw. den Geschäftsanteilen einer medizinischen Versorgungszentrums-Trägersgesellschaft. Zur Wahrung der Unabhängigkeit der

⁴⁸ BT-Drs. 17/3131 v. 01.10.2010, S. 10 f.

⁴⁹ BR-Drs. 456/11 v. 23.09.2011, S. 35.

⁵⁰ Eingehend *Ihle*, SozSich 2011, 275 ff.; *Stollmann*, NZS 2011, 684, 687 ff; *Ratzel*, in: *Ratzel/Lippert*, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte, 5. Aufl. 2010, § 31 Rn. 4 ff..

medizinischen Entscheidung reicht es insoweit aus, dass die Leitung eines medizinischen Versorgungszentrums durch einen weisungsfreien Arzt sichergestellt ist. Dies wurde bereits in der Vergangenheit durch § 95 Abs. 1 Satz 2 SGB V und das ärztliche Berufsrecht gewährleistet⁵¹. Durch § 95 Abs. 1 Satz 3 SGB V GKV-VStG-E wird nunmehr zusätzlich klargestellt, dass der ärztliche Leiter in dem medizinischen Versorgungszentrum selbst als angestellter Arzt oder als Vertragsarzt tätig sein muss. Dadurch werden die Pflichten des ärztlichen Leiters von medizinischen Versorgungszentren der im Apothekenrecht geltenden strengen Pflicht zur persönlichen Leitung angenähert⁵². Zudem haften die Gesellschafter auch im Falle des Betriebs eines medizinischen Versorgungszentrums durch juristische Personen gemäß § 95 Abs. 2 Satz 6 SGB V im Wege verpflichtend abzugebender selbstschuldnerischer Bürgschaften persönlich für etwaige Forderungen gegen das medizinische Versorgungszentrum aus dessen vertragsärztlicher Tätigkeit⁵³. Ein Investor kann sich also nicht von der Haftung für Aktivitäten des medizinischen Versorgungszentrums frei zeichnen.

Es ist deshalb völlig unklar, weshalb diese Vorschriften – flankiert durch die korrespondierenden Sanktionsnormen des Berufs-, Sozial- und Strafrechts⁵⁴ – nicht ausreichen sollen, bei fortbestehender Gründungsberechtigung aller Leistungserbringer auch weiterhin die ärztliche Unabhängigkeit und eine ordnungsgemäße Behandlung der Patienten zu gewährleisten. Dies gilt umso mehr, da auch im Rahmen der stationären Krankenhausversorgung die kommerzielle Trägerschaft nicht als Problem für die ärztliche Unabhängigkeit erachtet wird, obwohl die stationäre Behandlung regelmäßig größere Gesundheitsrisiken birgt und

⁵¹ Siehe nur Pawlita, in: jurisPK-SGB V, 1. Auflage 2008, § 95 SGB V Rn. 81 m.w.N.; Dahm/Möller/Ratzel, Rechtshandbuch Medizinische Versorgungszentren, 2005, S. 44 (Rn. 37).

⁵² Vgl. § 7 Satz 1 ApoG: „Die Erlaubnis verpflichtet zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung.“

⁵³ Im Falle des Betriebs durch juristische Personen sind gemäß § 95 Abs. 2 Satz 6 SGB V von den Gesellschaftern selbstschuldnerische Bürgschaftserklärungen für entsprechende Forderungen abzugeben; ist das medizinische Versorgungszentrum als Personengesellschaft verfasst, haften die Gesellschafter ebenfalls persönlich und unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

⁵⁴ Z.B. § 128 SGB V, §§ 106 ff. SGB V, §§ 263, 266, 299 StGB.

den Kostenträgern weitaus höhere Ausgaben verursacht als die ambulante Behandlung in medizinischen Versorgungszentren⁵⁵.

III. Verletzung der Organisationsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 GG

Der geplante Ausschluss bestimmter Leistungserbringer aus dem Kreis zulässiger Gründer medizinischer Versorgungszentren verletzte mangels sachlicher Gründe für einen Grundrechtseingriff neben der Berufsfreiheit aus den dargestellten Gründen auch die beruflich-gewerbliche Organisationsfreiheit, die gemäß Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 9 Abs. 1 GG geschützt ist. Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistet namentlich die Gründung und Bildung von wirtschaftlich-gewerblichen „Vereinigungen“, d. h. ebenso von rechtsfähigen wie nicht-rechtsfähigen Gesellschaften⁵⁶.

IV. Verfassungswidrigkeit der geplanten Einschränkungen wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG

Des weiteren würde die geplante Einschränkung der Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren auch in mehrfacher Hinsicht Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG verletzen:

1. Prüfungsmaßstab nach Art. 3 Abs. 1 i.V.m. 12 Abs. 1 GG

Prüfungsmaßstab ist, ob eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung recht-

⁵⁵ Der Bundesgerichtshof hat bereits in seiner Entscheidung vom 30.11.1977 (BGH, NJW 1978, 589) zur Auslegung von § 4 Abs. 2 MBKK dargelegt, dass auch bei einer ambulanten Heilbehandlung durch ein Krankenhaus die Ordnungsgemäßheit der ärztlichen Berufsausübung sichergestellt ist – obwohl dieses sich häufig in der Trägerschaft einer Kapitalgesellschaft befindet und die Krankenhausärzte in aller Regel im Status des Angestellten arbeiten.

⁵⁶ *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 61. EL 2011, Art. 9 Rn. 57 ff. m.w.N.

fertigen könnten⁵⁷. Dabei ist zu beachten, dass der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers dort enger gezogen ist, wo eine Ungleichbehandlung Auswirkungen auf grundrechtlich gesicherte Freiheiten hat. Diese Grenzen sind umso enger, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann. Nachdem die hier zu beurteilenden in Aussicht genommenen Regelungen des GKV-VStG zugleich den Schutzbereich der Berufsfreiheit der betroffenen Leistungserbringer berühren, ist damit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine intensivere Prüfung des Gleichheitssatzes geboten. Ungleichbehandlungen sind in allen Fällen, in denen Personengruppen verschieden behandelt werden oder die sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirken, nur dann mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, wenn für die Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können. Ungleichbehandlungen und rechtfertigende Gründe müssen in angemessenem Verhältnis zueinander stehen⁵⁸. Die Sachgerechtigkeit eines Differenzierungskriteriums i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG sowie des Willkürverbots bestimmt sich dabei nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift, welche die Ungleichbehandlung vorsieht. Nur an dem Ziel, das der Gesetzgeber mit einer Regelung verfolgt, kann ermesen werden, ob die von ihm gewählte Differenzierung sachgerecht oder willkürlich ist⁵⁹.

2. Verletzung der Art. 12 Abs. 1 i.V.m. 3 Abs. 1 GG durch die Ungleichbehandlungen bei der Berechtigung zur Gründung von medizinischen Versorgungszentren

Bei Anwendung dieser, in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Prüfungsmaßstäbe erweisen sich die geplanten Regelungen des Regierungsentwurf des GKV-VStG als nicht mit Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

Zwar enthält der Regierungsentwurf des GKV-VStG mit der Differenzierung zwischen Vertragsärzten, Krankenhäusern und gemeinnützigen, in der ambulanten Versorgung be-

⁵⁷ BVerfGE 55, 72, 88; ebenso 82, 60, 86; 95, 39, 45.

⁵⁸ BVerfGE 89, 365, 377; 93, 99, 100.

⁵⁹ BVerfGE 71, 39, 58, Hervorhebungen durch die Unterzeichner; ebenso BVerwGE 88, 354, 361.

reits tätigen Leistungserbringern und sonstigen Leistungserbringern in der gesetzlichen Krankenversicherung sachbezogene Differenzierungskriterien. Die Differenzierungskriterien sind jedoch nicht geeignet, den Ausschluss der nach der derzeitigen Rechtslage gründungsberechtigten Leistungserbringer in der GKV-Versorgung von der Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren im Vergleich zu den weiterhin gründungsberechtigten Leistungserbringern sachlich zu rechtfertigen:

2.1 Ungleichbehandlung von Krankenhäusern, Vertragsärzten und sonstigen Leistungserbringern hinsichtlich der Gründungsberechtigung

Bei Inkrafttreten des geplanten § 95 Abs. 1a SGB V wären Vertragsärzte und Krankenhäuser – jeweils unabhängig von einer Gemeinnützigkeit – zur Gründung von und zur Beteiligung an einer unbegrenzten Zahl von medizinischen Versorgungszentren berechtigt, während alle sonstigen, bisher nach § 95 Abs. 1 Satz 6 SGB V zur Gründung medizinischer Versorgungszentren berechtigten Leistungserbringer von der Neugründung medizinischer Versorgungszentren ausgeschlossen wären. Diese beabsichtigte Regelung stellt nicht nur eine Ungleichbehandlung und einen Bruch mit der Gesetzgebung zu Medizinischen Versorgungszentren seit dem Jahr 2004 dar, sondern führt auch zu einer erheblichen Benachteiligung der sonstigen Leistungserbringer in ihrer freien Berufsausübung. Denn diese wären mit ihren Medizinischen Versorgungszentren auf den nach dem Regierungsentwurf gewährleisteten Bestandsschutz beschränkt und dürften keine neuen Medizinischen Versorgungszentren oder auch neue Standorte bestehender Medizinischer Versorgungszentren mehr etablieren. Insoweit hätten die sonstigen Leistungserbringer mit ihren Medizinischen Versorgungszentren einen erheblichen Konkurrenznachteil gegenüber den von Vertragsärzten und Krankenhäusern betriebenen Medizinischen Versorgungszentren. Art. 12 Abs. 1 GG schützt aber auch vor solchen Konkurrenznachteilen als Maßnahmen mit objektiv berufsregelnder Tendenz⁶⁰.

Die Ungleichbehandlung und die dadurch ausgelösten Konkurrenznachteile sind verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Zwar sind die im Regierungsentwurf enthaltenen Differenzierungen sachbezogen. Die Differenzierungskriterien erweisen sich jedoch wiederum unter Berücksichtigung des Sinn und Zwecks der Regelung als sachfremd. Denn die unter-

⁶⁰ Siehe nur BVerfGE 82, 209, 223 f. (zu Konkurrenznachteilen aufgrund unterschiedlicher Investitionsförderung von Krankenhäusern).

schiedliche Behandlung der verschiedenen Leistungserbringer in der gesetzlichen Krankenversicherung leistet keinen Beitrag zur Sicherung der ärztlichen Unabhängigkeit der in einem medizinischen Versorgungszentrum tätigen Ärzte, die ausweislich der Gesetzesbegründung das Ziel der Regelung ist.

Wie bereits im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit der Regelungen mit Art. 12 Abs. 1 GG ausgeführt, ist nach der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Rawert u. a.⁶¹ festzuhalten, dass weder Erkenntnisse zu Unterschieden in der Arbeitsweise und dem Behandlungserfolg noch zu Unterschieden in der Qualität der Versorgung noch Erkenntnisse über die Einschränkungen der Therapiefreiheit von angestellten Ärzten in medizinischen Versorgungszentren vorliegen. Gleiches gilt nach der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage auch für Erkenntnisse über die Einflüsse von Kapitalgebern auf die Geschäftsführung und Patientenversorgung in medizinischen Versorgungszentren. Die im Regierungsentwurf des GKV-Versorgungsstrukturgesetzes geäußerte Erwartung, dass die Beschränkung des Kreises der zulässigen Gründer medizinischer Versorgungszentren die Unabhängigkeit der medizinischen Entscheidungen der Ärzte sichern werde, ist mithin nicht verifizierbar. Erst recht fehlt es an jeglichen Erkenntnissen dazu, dass belegbar unterschiedliche Einflussnahmen der verschiedenen gründerberechtigten Leistungserbringer nach den bisherigen Erfahrungen die zukünftig unterschiedlichen Gründungsberechtigungen sachlich rechtfertigen könnten. Auch insoweit gilt damit, dass die geplante Neuregelung im Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG Normadressaten ungleich behandelt, obwohl zwischen den verschiedenen Gruppen ersichtlich keine Unterschiede bestehen, die die ungleiche Behandlung und die dadurch verursachten Wettbewerbsnachteile im Hinblick auf die Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren rechtfertigen könnten.

2.2 Ungleichbehandlung von medizinischen Versorgungszentren und Krankenhäusern

Schließlich würde der Gesetzgeber bei Inkrafttreten des neuen § 95 Abs. 1a SGB V die Krankenhäuser als Einrichtung der stationären Versorgung hinsichtlich der Notwendigkeit gesetzlicher Beschränkungen des Kreises zulässiger Gründer anders behandeln als medizinische Versorgungszentren in Gestalt ambulanter Versorgungseinrichtungen.

⁶¹ BT-Drs. 17/3131, S. 1 ff.

Bei dieser Ungleichbehandlung handelt es sich zunächst um eine nicht personenbezogene sondern sachbezogene Ungleichbehandlung, was für eine zurückgenommene gerichtliche Kontrolle spricht. Zu beachten ist aber, dass sich auch dieser Eingriff im Schutzbereich eines weiteren Grundrechts, nämlich der Berufsfreiheit abspielt, was nach der Rechtsprechung für eine engmaschigere gerichtliche Kontrolle streitet⁶².

Wie bereits oben ausgeführt, erscheint auch dann, wenn keine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen ist, die Ungleichbehandlung von medizinischen Versorgungszentren und Krankenhäusern hinsichtlich der Gründungsbeschränkungen sachlich nicht gerechtfertigt. Die Tatsache, dass in Krankenhäusern als stationäre Versorgungseinrichtungen typischerweise schwerere Behandlungsfälle zu höheren Kosten versorgt werden, lässt es offenkundig als nicht nachvollziehbar erscheinen, dass unter dem Blickwinkel der Sicherung der Unabhängigkeit der medizinischen Entscheidung in diesem Versorgungssektor keine Gründungsbeschränkungen gelten, sondern ausdrücklich die Vielfalt der Krankenkassenträger gefördert wird (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KHG). Die Ungleichbehandlung von Krankenhäusern und medizinischen Versorgungszentren hinsichtlich der Gründungsberechtigung wäre deshalb mit dem Gleichheitssatz unvereinbar.

C. Europarechtliche Bewertung: Unvereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit

Die auf europäischer Ebene primär relevante Vorschrift zur Beurteilung der Neuregelung von Gründungsbeschränkungen für medizinische Versorgungszentren ist die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV⁶³. Sie begründet für natürliche und juristische Personen aus anderen EU-Mitgliedstaaten das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten in jedem anderen EU-Mitgliedsstaat und schützt damit auch die Be-

⁶² z. B. BVerfGE 112, 164, 174 m.w.N.

⁶³ Ergänzend kommt die Kapitalverkehrsfreiheit in Betracht, sofern lediglich die Investition in medizinische Versorgungszentren als Vermögensanlage betroffen ist. Der Schwerpunkt liegt im hier zu beurteilenden Zusammenhang aber auf der Gründung und dem Betrieb in verantwortlicher Trägerschaft. Sobald eine Beteiligung ermöglicht, einen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft auszuüben, ist diese Maßnahme allein an der Niederlassungsfreiheit zu messen, EuGH Rs C-112/05 v. 23.10.2007, Rn. 13 – Kommission/Deutschland.

tätigung von juristischen oder natürlichen Personen aus anderen EU-Mitgliedstaaten bei der Gründung und dem Betrieb von medizinischen Versorgungszentren in Deutschland.

I. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die geplante Neuregelung

Die Niederlassungsfreiheit enthält neben dem Verbot offener oder verdeckter Diskriminierungen⁶⁴ bei der Ausübung selbständiger Tätigkeiten auch ein Verbot sonstiger ungerechtfertigter Beschränkungen. Eine Beschränkung ist eine Maßnahme, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar, aber geeignet ist, die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit durch die Unionsangehörigen zu behindern oder weniger attraktiv zu machen⁶⁵.

Die vorgesehenen Einschränkungen des Gründer- und Betreiberkreises nach § 95 Abs. 1 a SGB V GKV-VStG-E knüpfen zwar nicht speziell an die Staatsangehörigkeit an, sondern würden gleichermaßen für inländische wie für EU-ausländische Leistungserbringer gelten, womit eine Diskriminierung zu verneinen wäre⁶⁶. § 95 Abs. 1a Satz 1 SGB V GKV-VStG-E hielte jedoch alle nicht ausdrücklich genannten Leistungserbringer, d.h. insbesondere EU-ausländische Apotheker, Pflegedienstleister, Rehabilitationseinrichtungen und Heil- und Hilfsmittelanbieter davon ab, medizinische Versorgungszentren in Deutschland neu zu gründen, zu betreiben oder sich maßgeblich daran zu beteiligen. § 95 Abs. 1a SGB V GKV-VStG-E beschränkte damit die Niederlassungsfreiheit dieser Personen.

⁶⁴ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 30.11.1995, Rechtssache C-55/94 – Gebhard; Slg. 1995, I-4165; *Schlag*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Art. 43 EGV Rn. 45.

⁶⁵ Vgl. Urteile des EuGH v. 31.03.1993, Rechtssache C-19/92 – Kraus, Slg. 1993, S. I-1663, Rn. 32 und v. 14.10.2004, Rechtssache C-299/02 – Kommission/Niederlande, Slg. 2004, S. I-9761, Rn. 15.

⁶⁶ Zu den Voraussetzungen: EuGH, Urt. v. 12.02.1974, Rechtssache 152/73– Sotgiu, Slg. 1974, 153, Rn. 11; *Bröhmer*, in: Callies/Ruffert, Kommentar zum EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 43 Rn. 20.

1. Keine Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Gemeinwohls

Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, die ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar sind, können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sofern sie geeignet sind, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist⁶⁷. Die vorgesehene Beschränkung des Kreises der Gründungsberechtigten an medizinischen Versorgungszentren sollen nach dem Regierungsentwurf des GKV-VStG letztlich dem Schutz der Volksgesundheit dienen, indem die Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen von wirtschaftlichen Interessen gewährleistet werden soll. Darüber hinaus kann als weiteres Ziel die Erhaltung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung herangezogen werden. Beide Aspekte werden durch den EuGH als zwingende Erfordernisse anerkannt, die Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen können⁶⁸. Dagegen sind weder die Konzentration der MVZ-Betreiber auf Vertragsärzte und zugelassene Krankenhäuser noch die Förderung in eigener Praxis niedergelassener Vertragsärzte als zwingende Erfordernisse im Sinne der Beschränkungsprüfung anzuerkennen. Insofern gelten die im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG gemachten Ausführungen entsprechend⁶⁹.

2. Modifizierter Prüfungsmaßstab im Anwendungsbereich von Art. 168 Abs. 7 AEUV

In diesem Zusammenhang sind für die Beschränkungsprüfung allerdings die im Anwendungsbereich von Art. 168 Abs. 7 AEUV vom EuGH in seinem Urteil zum Fremdbesitzverbot an Apotheken vom 19. Mai 2009 festgelegten Modifikationen zu beachten⁷⁰. Der EuGH betonte in diesem Urteil, den Mitgliedsstaaten komme angesichts der beschränkten Kompetenz der Union im Gesundheitsschutz (insb. Art. 168 Abs. 7 AEUV, ex Art. 152

⁶⁷ St. Rspr. des EuGH; Nachweise bei *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Art. 43 EG Rn. 104 ff. und *Schlag*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 43 EGV Rn. 53.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-372/04, Slg. 2006, I-4326, Rn. 105 – Watts.

⁶⁹ Oben unter B.II.3.3a.bb und cc.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 19.05.2009, Rs. C-171, 172/07, Slg. 2009, I-4171 – Apothekerkammer des Saarlandes u.a..

Abs. 5 EG) ein „Wertungsspielraum im Bereich des Gesundheitsschutzes“ zu. Danach seien die Mitgliedstaaten befugt, präventiv Maßnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit als den höchsten Rechtsgütern des EG-Vertrages zu treffen und das zu erreichende Schutzniveau selbst festzulegen⁷¹. Außerdem könnten die Mitgliedstaaten diejenigen Maßnahmen treffen, die eine Gefahr für die finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme – etwa durch höhere Arzneimittelausgaben – weitestmöglich verringerten⁷². Um von dieser Kompetenz effektiv Gebrauch machen zu können, dürfe den Mitgliedstaaten nicht abverlangt werden, hinsichtlich „des Vorliegens und der Bedeutung“ dieser Gefahren und hinsichtlich der Eignung und Erforderlichkeit der zur Abwehr dieser Gefahren ergriffenen Maßnahmen vollständigen Beweis zu erbringen⁷³.

Fällt eine Maßnahme in den Anwendungsbereich von Art. 168 Abs. 7 AEUV kontrolliert der EuGH deshalb nur die Einhaltung der äußeren Grenzen dieses Spielraums⁷⁴. Die Prüfung von Eignung und Erforderlichkeit wandelt sich danach im Wesentlichen zu einer bloßen Plausibilitätskontrolle, ob von der Maßnahme grundsätzlich angenommen werden kann, dass sie geeignet und erforderlich ist, den mit ihr verfolgten Zweck zu fördern.

Zur Gesundheitspolitik bzw. der Organisation des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung zählen dabei insbesondere die mitgliedstaatliche Ausgestaltung der gesetzlichen Krankenversicherung, der Umfang der medizinischen Versorgung im Krankheitsfall sowie die Prävention. Auch die in § 95 SGB V vorgesehenen Gründungsbeschränkungen für medizinische Versorgungszentren als ambulante Leistungserbringer in der gesetzlichen Krankenversicherung zählen damit zur „Organisation des Gesundheitswesens“ im Sinne i. S. d. Art 168 Abs. 7 AEUV. Der mitgliedstaatliche Wertungsspielraum ist daher auch bei der weiteren Untersuchung zu beachten.

⁷¹ EuGH, a.a.O. (Fn.70), Rn. 30, 35.

⁷² EuGH, a.a.O. (Fn.70), Rn. 33.

⁷³ EuGH, a.a.O. (Fn.70), Rn. 30.

⁷⁴ Die Anerkennung eines Wertungsspielraums der Mitgliedstaaten bei der Prognose etwaiger Gesundheitsgefahren und der Auswahl geeigneter Gegenmaßnahmen ähnelt dabei dem aus der Rechtsprechung des BVerfG bekannten, nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers im Bereich sozialpolitischer Entscheidungen, vgl. Kamann/Gey/Kreuzer PharmR 2009, 322 f.; Mand/Burk, A&R 2010, 51, 54; siehe dazu auch BVerfGE 113, 167 (Rn. 224).

3. Konsequenzen für die Beurteilung von § 95 Abs. 1a SGB V GKV- VStG-E

Wenngleich der EuGH die Kontrolldichte der Verhältnismäßigkeitsprüfung in Anbetracht des mitgliedstaatlichen Wertungsspielraumes im Gesundheitsbereich stark eingeschränkt hat, folgt daraus jedoch nicht, dass jede sachlich auch noch so fernliegende Regelung eines nationalen Gesetzgebers im Gesundheitsbereich, die darauf abzielt, die professionelle und wirtschaftliche Unabhängigkeit medizinischer Berufsträger oder ihrer Einrichtungen zu sichern, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar wäre.

Das vom EuGH für gemeinschaftsrechtskonform erachtete Fremdbesitzverbot an Apotheken unterscheidet sich grundlegend von der hier zu beurteilenden Gründungsbeschränkungen. Die mit seinem Wegfall verbundenen Auswirkungen auf das bisherige Arzneimittelvertriebssystem, an dessen Ende traditionell unabhängige Apotheken gestanden haben, waren weitgehend unklar, da in Deutschland praktisch keine Erfahrungen mit einem liberalisierten Apothekenbetriebsrecht vorlagen. Es wäre aber mit Sicherheit zu einer Apothekenübernahme durch Großhändler und Generikaanbieter und zu einer Kettenbildung gekommen, wie sie auch in anderen EU-Mitgliedstaaten ohne vergleichbare Fremdbesitzregelungen zu beobachten ist. Allein dies hätte eine weitreichende Anpassung des deutschen Arzneimittelvertriebs- und Preissystems erforderlich gemacht, da zahlreiche Regelungen – etwa die Spannenregelung der Arzneimittelpreisverordnung – nur vor dem Hintergrund einer unabhängigen Apothekenebene am Ende der Arzneimittelvertriebskette sinnvoll anwendbar sind⁷⁵. Daneben war auch unklar, ob aus diesem Wechsel in der Eigentümer- und Betriebsstruktur gegenüber der traditionell inhabergeführten Apotheke nicht auch Risiken für die Arzneimittelsicherheit und die Begrenzung der Arzneimittelausgaben resultierten⁷⁶. In Anbetracht dieser unklaren Faktoren bestätigte der EuGH, dass sich die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers für die Beibehaltung eines Fremdbesitzverbotes an Apotheken mit Blick auf die Kompetenznorm des § 168 Abs. 7 AEUV innerhalb des mitgliedstaatlichen Wertungsspielraums bewegte und deshalb die Niederlassungsfreiheit nicht verletzte.

⁷⁵ Etwa die Spannenregelung der Arzneimittelpreisverordnung.

⁷⁶ Mand/Burk, A&R 2010, 51, 53.

4. Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der nach dem Regierungsentwurf des GKV-VStG vorgesehenen Gründungsbeschränkungen

Für die Neuregelung des § 95 Abs. 1a Satz 1 SGB V verhält es sich dagegen genau umgekehrt: Die erst zum 1. Januar 2004 eingeführte Versorgungsform der medizinischen Versorgungszentren hat sich praktisch auch in ihrer gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung bewährt⁷⁷. Der Bundesrat hat einen Korrekturbedarf ausdrücklich verneint⁷⁸. Beispiele einer stärkeren Gefährdung der ärztlichen Unabhängigkeit spezifisch in den von den zukünftig ausgeschlossenen Leistungserbringern gegründeten medizinischen Versorgungszentren sind nicht bekannt und werden auch in der Entwurfsbegründung nicht angeführt. Die insoweit als zwingende Erfordernisse relevanten Gemeinwohlbelange – Gesundheitsschutz und Stabilität der sozialen Sicherungssysteme – wurden durch die bisherige Regelung in § 95 Abs. 1 Satz 6 SGB V also nachweisbar gewährleistet, wie die Stellungnahmen der Bundesregierung und des Bundesrates belegen. Ein besserer Schutz der ärztlichen Unabhängigkeit wird durch den Ausschluss sonstiger Leistungserbringer und die Konzentration der Gründungsberechtigung auf Vertragsärzte und Krankenhäuser aber nicht erreicht, da auch diese – wie bereits eingehend erörtert⁷⁹ – wirtschaftliche Interessen mit der Gründung medizinischer Versorgungszentren verfolgen.

Ist aber eine liberalere Niederlassungsreglementierung erwiesenermaßen geeignet, sowohl den Gesundheitsschutz als auch die finanzielle Stabilität des sozialen Sicherungssystems hinlänglich zu gewährleisten, überschreitet es auch nach der Rechtsprechung des EuGH die äußeren Grenzen des Wertungsspielraums des nationalen Gesetzgebers im Gesundheitsbereich, wenn er die liberalere Regelung ohne plausiblen Anhaltspunkt für Fehlentwicklungen erheblich verschärft und die Niederlassungsfreiheit erheblich beschränkt, obwohl damit offensichtlich kein positiver Effekt bei der Realisierung des Gesetzeszwecks verbunden ist. Unter diesen Umständen ist die Maßnahme vielmehr evident ungeeignet und aus diesem Grund auch offensichtlich nicht erforderlich.

Eignung und Erforderlichkeit des geplanten § 95 Abs. 1a SGB V GKV-VStG-E wären daher auch nach der im Gesundheitsbereich modifizierten Beschränkungsprüfung zu vernei-

⁷⁷ BT-Drs. 17/3131 v. 01.10.2010, S. 10 f.

⁷⁸ BR-Drs. 456/11 v. 23.09.2011, S. 35.

⁷⁹ Oben unter B.II.3.3b.

nen. Die geplante Konzentration der Gründungsberechtigung auf Krankenhäuser und Vertragsärzte beschränkt die Niederlassungsfreiheit der übrigen Leistungserbringern, ohne dass durch diese Konzentration ein besserer Schutz der ärztlichen Unabhängigkeit oder der finanziellen Stabilität der GKV erreicht würde. Die Verschärfung des Niederlassungsrechts wäre als offensichtlich ungeeignete und nicht erforderliche Beschränkung zu beurteilen und hielte sich als solche auch nicht mehr innerhalb des mitgliedstaatlichen Wertungsspielraums. Deshalb verletzte § 95 Abs. 1a SGB V GKV-VStG-E auch die Niederlassungsfreiheit.

II. Verstoß der geplanten Neuregelung gegen die Niederlassungsfreiheit i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz, Art. 20 EU-Grundrechtecharta

Die geplante Beschränkung der Gründungsberechtigung von medizinischen Versorgungszentren verstieße des weiteren gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz nach Art. 20 EU-Grundrechtecharta, der im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung wegen der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zur Anwendung kommt. Inhalt des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes ist nach der Rechtsprechung des EuGH, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, es sei denn eine derartige Behandlung wäre objektiv gerechtfertigt⁸⁰. Insofern gilt das bereits zu Art. 3 Abs. 1 GG gewonnene Ergebnis: Für die Ungleichbehandlung von anderen Leistungserbringern gegenüber Vertragsärzten und Krankenhäusern im Hinblick auf die Gründung medizinischer Versorgungszentren fehlt jede sachliche Rechtfertigung. Es ist nicht erkennbar, dass die von zukünftig nicht mehr gründungsberechtigten Leistungserbringern gegründeten medizinischen Versorgungszentren die ärztliche Unabhängigkeit weniger wahren oder höhere Ausgaben für die Kostenträger verursachen würden.

Soweit unsere Stellungnahme zu dem hinsichtlich der Begründung gegenüber dem Referentenentwurf geringfügig modifizierten Regierungsentwurf zur Änderung der Gründungsberechtigung an medizinischen Versorgungszentren. An der verfassungs- und europarechtlichen Beurteilung ändert die modifizierte Begründung wie dargestellt nichts. Wegen der

⁸⁰ EuGH, Urt. v. 19. Oktober 1977, verb. Rs. 117/76 und 16/77 – *Ruckdeschel*, Slg. 1977, 1753, Rn. 7; *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, § 24 Rn. 6 m.w.N.

Einzelheiten verweisen wir nochmals auf unser ausführliches Gutachten zum Referentenentwurf.

Dr. Reimar Buchner