

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
17(14)0188(70)
gel. ESV zur öAnhörung am 19.10.
11_VStG
18.10.2011

Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan

Direktor des Deutschen Instituts für
Gesundheitsrecht (DIGR)
Binger Straße 64
14197 Berlin
Telefon: (030) 83 22 50 55
Telefax: (030) 89 73 18 60
E-Mail: sodan@digr.de

Homepage: www.digr.de

Freie Universität Berlin
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht,
Öffentliches Wirtschaftsrecht, Sozialrecht
Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin
Telefon: (030) 838-53972,-53973
Telefax: (030) 838-54444
E-Mail: sodan@zedat.fu-berlin.de

Homepage: www.helge-sodan.de

Berlin, am 18. Oktober 2011

Schriftliche Stellungnahme

**zu dem von der Bundesregierung eingebrachten
Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungs-
strukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung
(GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VStG)
[BT-Drs. 17/6906]**

Der Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VStG) vom 5. September 2011 sieht unter anderem eine Beschränkung – mit Wirkung für die Zukunft – des Kreises zulässiger Gründer von medizinischen Versorgungszentren auf (1) zugelassene Ärzte, (2) zugelassene Krankenhäuser und (3) gemeinnützige Träger vor, die auf Grund von Zulassung oder Ermächtigung an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen; nach dem von den Fraktionen der CDU/CSU und FDP vorgelegten Änderungsantrag 22 sollen (4) überdies gemeinnützige Träger gründungsberechtigt sein, die nichtärztliche Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 SGB V erbringen. Die zulässigen Rechtsformen, in denen ein medizinisches Versorgungszentrum betrieben werden kann, werden ebenfalls beschränkt. In der Rechtsform einer Aktiengesellschaft dürfen medizinische Versorgungszentren zukünftig nicht mehr geführt werden. Bereits bestehende medizinische Versorgungszentren genießen hingegen einen zeitlich unbefristeten Bestandsschutz.

Dies ergibt sich zum einen aus Art. 1 Nr. 31 lit. b) GKV-VStG (Entwurf), der die Einfügung eines neuen § 95 Abs. 1a SGB V vorsieht, der unter Berücksichtigung des Änderungsantrags 22 der Fraktionen von CDU/CSU und FDP wie folgt lautet:

„(1a) Medizinische Versorgungszentren können von zugelassenen Ärzten, von zugelassenen Krankenhäusern oder von gemeinnützigen Trägern, die auf Grund von Zulassung oder Ermächtigung an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen oder die nichtärztliche Dialyseleistungen nach § 126 Absatz 3 erbringen, gegründet werden; die Gründung ist nur in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung möglich. Die Zulassung von medizinischen Versorgungszentren, die am [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 12 Absatz 1] bereits zugelassen sind, gilt unabhängig von der Trägerschaft und der Rechtsform des medizinischen Versorgungszentrums unverändert fort.“

Zum anderen regelt Art. 1 Nr. 31 lit. c) bb) GKV-VStG (Entwurf) in der Fassung des Änderungsantrags 22 der Fraktionen von CDU/CSU und FDP, dass in § 95 Abs. 2 Satz 6 SGB V die Wörter „juristischen Personen des Privatrechts“ durch die Wörter „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ ersetzt werden.

Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit aus dem Juni 2011 werden in Bezug auf die soeben genannten Neuregelungen in einer Stellungnahme durch den Medizinrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins (nachfolgend: „Stellungnahme“) sowie in einem Rechtsgutachten der Rechtsanwaltskanzlei Gleiss Lutz (im Auftrag des Bundesverbandes Medizinische Versorgungszentren – Gesundheitszentren – Integrierte Versorgung e.V. – BMVZ, nachfolgend als „Rechtsgutachten“ bezeichnet) als verfassungswidrig angesehen. Die zukünftigen Beschränkungen des Kreises potentieller Gründer eines medizinischen Versorgungszentrums sowie der Rechtsform verstoße gegen Art. 12 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG. Das im Auftrag des BMVZ erstellte Rechtsgutachten hält die Neuregelung bezüglich der zulässigen Gründer eines medizinischen Versorgungszentrums darüber hinaus für unvereinbar mit dem europäischen Unionsrecht.

Wie sich sowohl aus dem Gutachtenauftrag zu dem Rechtsgutachten (S. 19) als auch der Argumentation dieses Gutachtens ergibt, werden die Einwände allein in Bezug auf die zukünftige Begrenzung des Gründerkreises sowie der Rechtsformen erhoben. Bereits bestehende medizinische Versorgungszentren genießen nach Art. 1 Nr. 31 lit. b) GKV-VStG (Entwurf) in der Fassung des Änderungsantrags 22 der Fraktionen von CDU/CSU und FDP einen zeitlich unbefristeten und umfassenden Bestandsschutz, so dass diesbezüglich keine Bedenken zu erheben sind (vgl. auch BT-Drs. 17/6906, S. 71).

Im Folgenden wird untersucht, ob die verfassungs- und europarechtlichen Einwände im Hinblick auf den Kreis der Gründungsberechtigten und die zulässigen Rechtsformen eines medizinischen Versorgungszentrums zu Recht erhoben werden. Der hiesigen Stellungnahme liegt der Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen

in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 5. September 2011 (BT-Drs. 17/6906) zugrunde. Ebenfalls Berücksichtigung konnten noch die Änderungsanträge der Fraktionen der CDU/CSU und FDP vom 5. und 10. Oktober 2011 finden [Deutscher Bundestag, Ausschuss f. Gesundheit, Ausschussdr. 17(14)0190(neu) sowie Ausschussdr. 17(14)0192]. Die dieser Stellungnahme zugrundeliegende Gesetzesfassung wie auch deren Begründung unterscheiden sich deshalb – wenn auch nicht wesentlich – von der Fassung des Referentenentwurfs, welcher der zuvor genannten Stellungnahme des Anwaltvereins und dem Rechtsgutachten jeweils als Grundlage diente.

A. Vereinbarkeit von Art. 1 Nr. 31 GKV-VStG (Entwurf) mit Verfassungsrecht

Der folgenden verfassungsrechtlichen Analyse werden die verfassungsrechtlichen Maßstäbe zugrunde gelegt, wie sie das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung insbesondere zum Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung entwickelt hat.

I. Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG

1. Eröffnung des Schutzbereichs der Berufsfreiheit

Art. 12 Abs. 1 GG schützt als einheitliches Grundrecht die Berufsfreiheit (vgl. BVerfGE 7, 377, 402). Er „konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung“ (BVerfGE 101, 331, 347; fast wortgleich BVerfGE 110, 226, 251). Ausprägungen wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit sind auch die Freiheit zur Gründung eines Unternehmens und des Marktzutritts, die Organisationsfreiheit sowie ganz allgemein die Freiheit der Unternehmensführung (*Sodan*, in: ders., Grundgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 12 Rn. 14). Weil es im vorliegenden Zusammenhang um Fragen der wirtschaftlichen Tätigkeit von Unternehmern geht, insbesondere um die Zulässigkeit der Gründung medizinischer Versorgungszentren und die zulässige Rechtsform, ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet.

2. Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit

Da mit Inkrafttreten der geplanten Neuregelung der Kreis zulässiger Gründer von medizinischen Versorgungszentren kleiner ist als nach dem status quo, stellt sich die Neufassung des § 95 SGB V für alle diejenigen, die zukünftig kein medizinisches Versorgungszentrum oder dieses zumindest nicht mehr in der gewünschten Rechtsform der Aktiengesellschaft (AG) gründen können, als Eingriff in die Berufsfreiheit dar. Nur im Hinblick auf diese Neugründungen ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der beabsichtigten Regelungen zu prüfen, da für bereits bestehende medizinische Versorgungszentren ein umfassender Bestandsschutz vorgesehen ist.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs

Der auf Gesetz beruhende Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG kann jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Das Bundesverfassungsgericht differenziert in seiner Rechtsprechung bei der Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs in die Berufsfreiheit, auf welcher Stufe der Eingriff ansetzt; unterschieden werden Berufsausübungsregelungen (1. Stufe) sowie subjektive (2. Stufe) und objektive Berufszulassungsvoraussetzungen (3. Stufe). Hiermit ist die sog. Drei-Stufen-Theorie angesprochen (vgl. BVerfGE 7, 377, 405 ff.), die trotz gewisser Modifikationen nach wie vor die Prüfungsdichte vorgibt und eine spezielle Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellt.

„Am freiesten ist der Gesetzgeber, wenn er eine reine Ausübungsregelung trifft, die auf die Freiheit der Berufswahl nicht zurückwirkt, vielmehr nur bestimmt, in welcher Art und Weise die Berufsangehörigen ihre Berufstätigkeit im einzelnen zu gestalten haben“ (BVerfGE 7, 377, 405 ff.). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Regelungen der Berufsausübung verhältnismäßig, „wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden, wenn das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zweckes geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist“ (BVerfGE 68, 272, 282; fast wortgleich BVerfGE 61, 291, 312; 106, 181, 192). Demgegenüber gelten für subjektive und objektive Berufswahlregelungen aufgrund ihres intensiveren Eingriffscharakters strengere Anforderungen (vgl. BVerfGE 7, 377, 403; 11, 30, 42; 12, 144, 148; BVerfG [Kammerbeschl.], NJW 2008, 1293).

Vorliegend handelt es sich um Berufsausübungsregelungen, mithin um eine Regelungskategorie mit der geringsten Eingriffsintensität. Den Leistungserbringern, die nach der bisherigen Rechtslage medizinische Versorgungszentren gründen durften wie z. B. Sanitätshäusern, wird lediglich die Ausübung eines schmalen Randbereichs der bislang möglichen Berufstätigkeit versperrt. Die verbleibende Tätigkeit, die den Kern der jeweiligen Berufe ausmacht, bleibt hingegen völlig unberührt. Der Eingriff regelt somit nur Modalitäten der Berufsausübung, stellt jedoch keine Berufswahlregelung dar, noch kommt er einer solchen nahe. Erst seit dem Jahre 2004 besteht überhaupt die Möglichkeit der Gründung von medizinischen Versorgungszentren, was aus historischer Sicht ebenfalls gegen die Bedeutung der Gründung von medizinischen Versorgungszentren als Teil der Berufsfreiheit spricht. Wenn sich schließlich zum 4. Quartal 2009 lediglich 278 medizinische Versorgungszentren in der Trägerschaft sonstiger Leistungserbringer (also nicht zugelassener Ärzte und zugelassener Krankenhäuser) befanden (vgl. die von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung mitgeteilten Zahlen, zitiert nach BT-Drs. 17/3131, S. 3), so ist dies ebenfalls ein Indiz dafür, dass das Interesse und Bedürfnis an der Gründung medizinischer Versorgungszentren durch sonstige Leistungserbringer eher gering zu sein scheint. Dies spricht ebenfalls gegen eine hohe Intensität der geplanten Neuregelung.

Der Ausschluss der AG als zulässiger Rechtsform des medizinischen Versorgungszentrums ist gleichfalls ein wenig intensiver Eingriff. Erstens bezieht er sich nur auf zukünftige Gründungen; medizinische Versorgungszentren, die bereits in der Rechtsform einer AG bestehen, dürfen diese beibehalten. Da mit der GmbH eine weitere Kapitalgesellschaft als mögliche Rechtsform des medizinischen Versorgungszentrums besteht und auch weitere Rechtsformen (wie z. B. die Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder die Partnerschaft) zur Verfügung stehen, ist der Ausschluss einer einzelnen Rechtsform, in der ohnehin nur sehr wenige medizinische Versorgungszentren organisiert sind, nicht besonders intensiv und betrifft lediglich die Berufsausübungsfreiheit.

Da vorliegend Berufsausübungsregelungen in Rede stehen, reicht es aus, wenn ein hinreichender Grund des Gemeinwohls besteht und die Regelungen geeignet, erforderlich sowie angemessen sind.

a) Legitimer Zweck

Die Bundesregierung verfolgt ausweislich der Begründung zu ihrem Gesetzentwurf einen legitimen Zweck. Dort heißt es am Anfang unter B. 8., dass die „Modifizierung der Zulassungsregelungen für Medizinische Versorgungszentren zur Sicherung der Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen“ diene (BT-Drs. 17/6906, S. 3). Auf S. 46 – im Allgemeinen Teil der Begründung, A. II. 2. 8. – wird ausgeführt: „Die Zulassungsregelungen für Medizinische Versorgungszentren (MVZ) werden modifiziert mit dem Ziel, die Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen zu sichern. Hierzu gehört insbesondere die Beschränkung der MVZ-Gründungsberechtigung auf Vertragsärzte und Krankenhäuser mit Ausnahmeregelung aus Versorgungsgründen für gemeinnützige Trägerorganisationen. Die Leitung der medizinischen Versorgung des MVZ muss rechtlich und faktisch in ärztlicher Hand liegen.“ Eine ausführlichere Begründung, gerade im Hinblick auf die Neuregelung in § 95 SGB V, findet sich auf S. 70 ff. Hieraus ergibt sich ebenfalls, dass Zweck der Regelung der Gesundheitsschutz der Bevölkerung ist. Es soll sichergestellt sein, dass medizinische Maßnahmen und Leistungen allein aufgrund medizinischer Notwendigkeiten verordnet oder angewendet werden und damit sachfremde Erwägungen ausgeschlossen sind. Wörtlich heißt es:

„Zu Buchstabe b

Durch den neu eingefügten Absatz 1a werden die Gründungsvoraussetzungen für medizinische Versorgungszentren neu gefasst. 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. Das mit der Beschränkung der Gründungsberechtigung für medizinische Versorgungszentren auf die an der medizinischen Versorgung der Versi-

cherten 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. Dadurch stehen in Bereichen wie z. B. der Augenheilkunde teilweise immer weniger Vertragsarztsitze für freiberuflich tätige Ärzte in eigener Praxis zur Verfügung. Diese Entwicklung birgt Gefahren für die Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen von Kapitalinteressen. Um dem entgegenzuwirken können künftig medizinische Versorgungszentren nach Satz 1 nur noch von den zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzten und von nach § 108 zugelassenen Krankenhäusern gegründet werden. Die Gründungsberechtigung wird dadurch auf Leistungserbringer konzentriert, die bisher den Großteil der ambulanten und stationären ärztlichen Versorgung der Versicherten geleistet haben. Sonstige Leistungserbringer nach dem SGB V, die nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen, sind künftig nicht mehr berechtigt, medizinische Versorgungszentren zu gründen. Damit werden diejenigen Leistungserbringer ausgeschlossen, über deren Ankauf bisher Investoren ohne fachlichen Bezug zur medizinischen Versorgung die Voraussetzungen für die Gründung von medizinischen Versorgungszentren erfüllt haben. Eine Ausnahme gilt für gemeinnützige Trägerorganisationen, die oftmals einen wichtigen Beitrag für die Versorgung der Versicherten leisten. Da aufgrund der Gemeinnützigkeit keine Mittelabflüsse an private, rein gewinnorientierte Organisationen zu erwarten sind, ist eine Beeinflussung der ärztlichen Entscheidungen durch sachfremde Erwägungen nicht zu befürchten.

Als zulässige Rechtsformen für medizinische Versorgungszentren sind künftig nur noch Personengesellschaften, d. h. Gesellschaften bürgerlichen Rechts, Partnerschaftsgesellschaften oder Ärztegesellschaften nach § 32a der Musterberufsordnung der Ärzte, sowie Gesellschaften mit beschränkter Haftung zugelassen. Insbesondere durch den Ausschluss von Aktiengesellschaften als zulässiger Rechtsform für medizinische Versorgungszentren wird die Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen von reinen Kapitalinteressen gewährleistet. So begründet der Betrieb eines medizinischen Versorgungszentrums in der Form einer Aktiengesellschaft die Gefahr, dass medizinische Entscheidungen von Kapitalinteressen beeinflusst werden“ (BT-Drs. 17/6906, S. 70 f.)

Es liegt also ein „hinreichender Grund des Gemeinwohls“ im Sinne der Drei-Stufen-Theorie vor.

b) Geeignetheit

Die umstrittenen Regelungen müssten auch geeignet sein, den angestrebten Zweck zu erreichen. Ein Mittel ist im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geeignet, „wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann“ (BVerfGE 30, 292, 316; 115, 276, 308; BVerfG [Kammerbeschl.], NJW 2011, 1578, 1580). Das Mittel muss also nicht optimal, sondern nur der Zweckerreichung dienlich sein (*Dreier*, in: ders.,

Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Vorb. Art. 1 Rn. 147). Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber im Rahmen von dessen wirtschafts-, arbeits- und sozialpolitischen Entscheidungsfreiheit einen grundsätzlich nicht nachprüfaren Prognosespielraum bzw. eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Ungewissheit über die Auswirkungen eines Gesetzes eingeräumt und sich darauf beschränkt, unter Berücksichtigung des zu prüfenden Sachbereichs, der Beurteilungsmöglichkeit und der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter eine Evidenzkontrolle (vgl. BVerfGE 37, 1, 20; 40, 196, 223), eine Vertretbarkeitskontrolle (vgl. BVerfGE 25, 1, 2 ff.; 77, 84, 106) oder eine weitgehende inhaltliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 7, 377, 415; 45, 187, 237 ff.) durchzuführen. Der vom Gesetzgeber angestrebte Erfolg muss aber bei einer ex-ante-Betrachtung zumindest als möglich erscheinen (vgl. BVerfGE 25, 1, 12 ff.; 96, 10, 23). Das eingesetzte Mittel ist also nicht geeignet und daher unverhältnismäßig, wenn es „objektiv untauglich“ (BVerfGE 16, 147, 181; BVerfG [Kammerbeschl.], NJW 2011, 1578, 1580), „objektiv ungeeignet“ (BVerfGE 17, 306, 317) oder „schlechthin ungeeignet“ (BVerfGE 19, 119, 127; 73, 301, 317) ist. Es kommt folglich darauf an, ob sich der Gesetzgeber an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Datenmaterials orientiert und die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft hat, um die voraussichtlichen Auswirkungen der Regelung so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können (BVerfGE 50, 290, 333 ff.; vgl. dazu ferner BVerfGE 90, 145, 173). Insbesondere zum Recht der gesetzlichen Krankenversicherung hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt:

„Der Gesetzgeber hat vor allem im Gesundheitswesen bei der Festlegung und Ausgestaltung sozialpolitischer Ziele einen weiten Gestaltungsspielraum“ (BVerfGE 114, 196, 248).

An diesen Maßstäben gemessen, erweisen sich die beabsichtigten Neuregelungen als geeignet. Sie führen dazu, dass künftig nur bestimmte gemeinnützige Träger oder zugelassene Ärzte bzw. Krankenhäuser ein medizinisches Versorgungszentrum gründen dürfen. Die Annahme des Gesetzgebers, bei dieser Gruppe sei die Gefahr am geringsten, dass sachfremde, nicht-medizinische Erwägungen Einfluss auf das ärztliche Verhalten nehmen, ist plausibel dargelegt worden und nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts nicht zu beanstanden. Dies gilt umso mehr, als der bisherige Kreis zulässiger Gründer eines medizinischen Versorgungszentrums sehr weit war. So konnten bislang auch Heilmittelerbringer gemäß § 124 SGB V, Hilfsmittelerbringer im Sinne von § 126 SGB V oder Vertragspartner der Soziotherapie nach § 132b SGB V ein medizinisches Versorgungszentrum gründen (vgl. *Niggehoff*, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2010, § 18 Rn. 18 f.). Bei diesen handelt es sich um Leistungserbringer, die von unmittelbarer ärztlicher Tätigkeit vergleichsweise weit entfernt sind.

„Betrachtet man die verschiedenen Teilnahmeformen im vertragsärztlichen System und die damit generierte Gründereigenschaft, kann im Ergebnis ‚jedermann‘ z. B. durch Gründung eines Sanitätshauses, einer Pflegedienst-GmbH oder auch durch Errichtung einer – etwas komplexeren – Einrichtung ein Medizinisches Versorgungszentrum gründen und mittelbar betreiben. Damit sind auch Kapitalgesell-

schaften und inländische wie ausländische Unternehmen als Betreiber von Krankenhäusern denkbare Gründer eines Medizinischen Versorgungszentrums“ (*Niggehoff*, in: *Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 2010, § 18 Rn. 24).

„Ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Tätigkeit der Gesellschafter und der MVZ-Tätigkeit wird nicht verlangt“ (so ausdrücklich *Rau*, *DStR* 2004, 640, 642).

Nicht zuletzt deshalb war diese Weite der Gründungsmöglichkeiten auch bei Einführung von medizinischen Versorgungszentren umstritten (vgl. zum Kompromisscharakter der Ursprungsnorm *Behnsen*, *Das Krankenhaus* 2004, 602, 603 ff.). Durch die Begrenzung des Kreises der Gründer eines medizinischen Versorgungszentrums soll nach der gesetzgeberischen Konzeption des GKV-VStG (Entwurf) dieser unmittelbare Zusammenhang hergestellt oder nur ausnahmsweise dort durchbrochen werden, wo aufgrund der Gemeinnützigkeit des Gründers nicht zu erwarten ist, dass medizinische Entscheidungen durch sachfremde Erwägungen beeinflusst werden. Die maßgeblichen Kriterien sind somit Sachnähe zur medizinischen Behandlung oder Fehlen eines unmittelbaren Gewinnstrebens aufgrund der Gemeinnützigkeit. Hierbei handelt es sich um sachliche, nicht zu beanstandende Differenzierungsmerkmale.

Dass sich der Gesetzgeber nicht darauf verlassen will, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidungen ausschließlich durch Anforderungen an die ärztliche Leitung sichergestellt wird – die übrigens durch Art. 1 Nr. 31 lit. a) aa) GKV-VStG (Entwurf) ebenfalls verschärft werden –, sondern zusätzlich dieses Ziel durch die Begrenzung des Gründerkreises zu gewährleisten beabsichtigt, ist nachvollziehbar und im Rahmen des gesetzgeberischen Wertungs- und Beurteilungsspielraums verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Denn die Begrenzung des Gründerkreises leistet zumindest auch einen Beitrag zur Zielerreichung. Mehr ist nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung im Hinblick auf die Eignung nicht erforderlich.

Dem steht nicht entgegen, dass der Bundesregierung in Bezug auf medizinische Versorgungszentren keine konkreten Daten zu möglichen Gefahren durch sachfremde Erwägungen bei medizinischen Entscheidungen vorliegen (vgl. *BT-Drs.* 17/3131, S. 11 – zu Frage 14.). Denn der Gesetzgeber darf nicht erst dann handeln, wenn Gefahren eingetreten und konkret messbar sind. Er darf vielmehr auch dann handeln, wie sich aus der zuvor zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt, wenn das Ausmaß eventueller Gefahren noch nicht verlässlich abgeschätzt werden kann, selbst wenn sich die Einschätzung später als unzutreffend herausstellen sollte. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liest sich dies bezüglich des deutschen Fremd- und Mehrbesitzverbots für Apotheken wie folgt:

„Hierbei muss der Mitgliedstaat, wenn eine Ungewissheit hinsichtlich des Vorliegens oder der Bedeutung der Gefahren für die menschliche Gesundheit bleibt,

Schutzmaßnahmen treffen können, ohne warten zu müssen, bis der Beweis für das tatsächliche Bestehen dieser Gefahren vollständig erbracht ist“ (EuGH, NJW 2009, 2112, 2113 – DocMorris II).

Schließlich ist auch das Argument, dass die Rechtsform kein Indiz für mögliche unsachliche Erwägungen sei, in diesem Zusammenhang nicht zielführend. Denn wie die Gesetzesbegründung – zutreffend – ausführt, weisen Aktiengesellschaften einen Gesellschafterverbund auf, „der typischerweise lockerer ist als bei Personengesellschaften und GmbHs. Auch sind ihre Anteile generell umlauffähiger, der Einfluss der Mitglieder auf die Geschäftsführung ist geringer. Das führt dazu, dass bei der Aktiengesellschaft der Aspekt des kollektiven Kapitaleinsatzes zur Vermögensvermehrung typischerweise stärker im Vordergrund steht als bei anderen Gesellschaftsformen. Gegen die Zulassung der Aktiengesellschaft als Gründer von MVZ spricht auch, dass die Regelungen zur Praxisnachfolge von medizinischen Versorgungszentren nach § 103 Absatz 4d Satz 3 eine einfach zu treffende, eindeutige Aussage zu der Frage erfordert, ob die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte Ärzten zusteht. Diesem Erfordernis kann in Aktiengesellschaften wegen der einfacheren Übertragbarkeit von Aktien regelmäßig nicht in gleicher Weise Rechnung getragen werden, wie in Gesellschaften mit beschränkter Haftung“ (BT-Drs. 17/6906, S. 71).

Dies stellt unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Spielraums einen hinreichenden Differenzierungsgrund dar, der zur Eignung der Regelung beiträgt.

c) Erforderlichkeit

Das gewählte Mittel ist erforderlich, wenn sich der Zweck der staatlichen Maßnahme nicht durch ein anderes, gleich wirksames Mittel erreichen lässt, welches das betroffene Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkt (vgl. etwa BVerfGE 30, 292, 316; 78, 38, 50; 90, 145, 172). Es kommt also darauf an, ob ein „milderes Mittel“ ersichtlich ist (BVerfGE 91, 207, 222), welches aber eben die gleiche Effektivität aufweisen muss. Auch im Hinblick auf die Erforderlichkeit steht dem Gesetzgeber im Rahmen von dessen wirtschafts-, arbeits- und sozialpolitischen Entscheidungsfreiheit ein grundsätzlich nicht nachprüfbarer Prognosespielraum bzw. eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Ungewissheit über die Auswirkungen eines Gesetzes zu.

Wenn argumentiert wird, dass die bereits geltenden und im Entwurf des GKV-VStG zusätzlich vorgesehenen Maßnahmen zum Schutz der ärztlichen Therapiefreiheit vor unsachlicher Beeinflussung ausreichend seien, kann hieraus gleichwohl nicht der Schluss der fehlenden Erforderlichkeit der Neuregelungen im Hinblick auf den Gründerkreis und die zulässigen Rechtsformen gezogen werden.

Zwar wäre es „milder“, auf diese Maßnahmen zu verzichten. Jedoch wäre auch die Effektivität des Schutzes vor sachfremden Erwägungen geringer, da auf ein zusätzliches Siche-

rungselement verzichtet würde. Die von der Bundesregierung vertretene Auffassung, dass auch Regelungen im Hinblick auf den möglichen Gesellschafterkreis und die Rechtsform eines medizinischen Versorgungszentrums einen Beitrag zum Gesundheitsschutz leisten, ist – wie im Rahmen der Prüfung der Geeignetheit des gewählten Mittels bereits dargelegt wurde – verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Deshalb muss dieser zusätzliche Beitrag auch im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit Berücksichtigung finden. Eine Regelung ist nur dann nicht erforderlich, wenn die Alternative sich bei *gleicher* Wirksamkeit als milder erweist. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall, da die Regelungen zum Gründerkreis und zur Rechtsform eines medizinischen Versorgungszentrums einen zusätzlichen Beitrag zur Erhöhung des Schutzniveaus leisten.

d) Angemessenheit

Erweist sich die staatliche Maßnahme zur Erreichung des erstrebten Zwecks als erforderlich, so bedarf es als letzten Schrittes in der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Untersuchung der Zumutbarkeit des Betroffenen. Diese wird auch als Angemessenheit, Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bezeichnet. Dabei geht es um die Herstellung einer Zweck-Mittel-Relation, um eine übermäßige Belastung des Betroffenen ermitteln zu können. Das Bundesverfassungsgericht sieht den Sinn dieser letzten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung darin, „die als geeignet und erforderlich erkannten Maßnahmen einer gegenläufigen Kontrolle im Blick darauf zu unterwerfen, ob die eingesetzten Mittel unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für den Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zu dem dadurch erreichbaren Rechtsgüterschutz stehen. [...] Daraus folgt, daß unter Umständen der an sich in legitimer Weise angestrebte Schutz zurückstehen muß, wenn das eingesetzte Mittel zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen führen würde“ (BVerfGE 90, 145, 185).

Die Neuregelungen in Bezug auf medizinische Versorgungszentren führen zu keinen übermäßigen Eingriffen in die Berufsausübungsfreiheit. Gegenteiliges wurde auch – soweit ersichtlich – bislang nicht vorgetragen. Weder die Stellungnahme noch das Rechtsgutachten enthalten Ausführungen dazu, dass es den Neuregelungen an der Angemessenheit fehle. Dies ist zutreffend, denn wie bereits zuvor anhand der bundesverfassungsgerichtlichen Maßstäbe dargelegt wurde, handelt es sich um wenig intensive Eingriffe. Diesen steht jedoch – wie auch das Rechtsgutachten konzidiert (S. 34) – ein rechtfertigender Belang gegenüber, der „erhebliches Gewicht“ hat. Somit können die hier untersuchten Regelungen, die ohnehin lediglich mit Wirkung für die Zukunft bei gleichzeitigem Bestandsschutz für bereits bestehende medizinische Versorgungszentren gelten, im Verhältnis zu dem Zweck des Gesundheitsschutzes nicht als unzumutbar angesehen werden.

II. Vereinbarkeit mit Art. 9 Abs. 1 GG

Das bereits zitierte Rechtsgutachten sieht durch den geplanten Ausschluss bestimmter Leistungserbringer aus dem Kreis zulässiger Gründer medizinischer Versorgungszentren eine Verletzung der durch Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 GG gewährleisteten „beruflich-gewerblichen Organisationsfreiheit“. Unabhängig davon, ob der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG überhaupt vor Eingriffen wie den genannten Neuregelungen schützen will (vgl. hierzu *Sodan*, in: ders., Grundgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 9 Rn. 4 ff.), liegt kein Grundrechtsverstoß vor. Denn eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 GG wird auf dieselben Gründe gestützt wie im Rahmen der Herleitung einer vermeintlichen Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG. Eine andere Beurteilung ist somit auch in Anwendung von Art. 9 Abs. 1 GG nicht angezeigt.

III. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

Fraglich ist ferner, ob die Neuregelungen im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsgemäß sind. Diese Grundrechtsnorm enthält ein Verbot nicht gerechtfertigter Ungleichbehandlungen. Ein Verstoß hiergegen liegt dann vor, wenn „wesentlich Gleiches willkürlich ungleich“ bzw. „wesentlich Ungleiches willkürlich gleich“ behandelt wird (BVerfGE 4, 144, 155; 78, 104, 121; vgl. ferner etwa BVerfGE 112, 164, 174).

„Bei der Überprüfung eines Gesetzes auf seine Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgrundsatz ist vom Bundesverfassungsgericht nicht zu untersuchen, ob der Gesetzgeber die zweckmäßigste oder gerechteste Lösung gefunden hat, sondern nur, ob er die verfassungsrechtlichen Grenzen seiner Gestaltungsfreiheit überschritten hat“ (BVerfGE 122, 151, 174).

Im vorliegenden Zusammenhang wird gerügt, dass die Neuregelungen zu Unrecht zwischen zugelassenen Ärzten, zugelassenen Krankenhäusern, gemeinnützigen Trägern, die aufgrund von Zulassung oder Ermächtigung teilnehmen, sowie solchen, die nichtärztliche Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 SGB V erbringen, einerseits und allen übrigen Leistungserbringern andererseits differenzieren. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass bei den „privilegierten“ Einrichtungen entweder ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Gründung des medizinischen Versorgungszentrums und der beruflichen Tätigkeit besteht oder die Gefahr sachfremder finanzieller Erwägungen aufgrund der Gemeinnützigkeit deutlich herabgesetzt ist. Diese Kriterien sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Im Übrigen wurde bereits im Rahmen der Prüfung von Geeignetheit und Erforderlichkeit ausgeführt, dass der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Regelung der gesetzlichen Krankenversicherung hat. Gleiches gilt auch im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG (BVerfGE 113, 167, 215; 122, 151, 174 ff.). Wörtlich führte das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG aus:

„Für den Bereich des Sozialversicherungs-, insbesondere des Krankenversicherungsrechts betont das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung [...] die [...] weitgehende sozialpolitische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers. [...] Im Spannungsfeld zwischen dem Schutz der Freiheit des Einzelnen und den Anforderungen einer sozialstaatlichen Ordnung hat der Gesetzgeber eine weite Gestaltungsfreiheit. Das Bundesverfassungsgericht hat sozialpolitische Entscheidungen des Gesetzgebers anzuerkennen, solange seine Erwägungen weder offensichtlich fehlsam noch mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar sind“ (BVerfGE 113, 167, 215).

B. Vereinbarkeit mit europäischem Unionsrecht

Schließlich ist zu prüfen, inwieweit die zuvor dargestellten Regelungen des GKV-VStG (Entwurf) mit dem europäischen Unionsrecht vereinbar sind. In Betracht kommt ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV sowie gegen Art. 20 EU-Grundrechtecharta.

I. Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit

1. Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV, dessen Schutzbereich vor allem freiberufliche Tätigkeiten umfasst, gewährleistet das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeit (EuGH, NJW 2001, 3614 – Überseering). Sie ist betroffen, sobald ein grenzüberschreitender Bezug, also ein über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinausreichender Sachverhalt, vorliegt, der nicht bereits durch das Sekundärrecht der Union geregelt ist (vgl. EuGH, NJW 2011, 2941 – Kommission/Deutschland). Dies wäre der Fall, wenn Leistungserbringer aus einem anderen Mitgliedstaat der EU in Deutschland ein medizinisches Versorgungszentrum gründen wollen. Auf rein nationale Sachverhalte findet Art. 49 AEUV keine Anwendung.

2. Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit

Sollte ein solcher grenzüberschreitender Bezug vorliegen, fragt sich, ob die Beschränkung des Gründerkreises einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit darstellt. Das Unionsrecht differenziert zwischen Diskriminierungen, also EU-Ausländer benachteiligenden Regelungen, und sonstigen Beschränkungen, die unterschiedslos für In- und Ausländer gelten, aber gleichwohl die Grundfreiheiten beschränken (vgl. EuGH, NJW 2009, 2112, 2113 – DocMorris II). Die hier zu untersuchenden Neuregelungen gelten unterschiedslos für In- und Ausländer gleichermaßen und stellen mithin keine Diskriminierung dar, auch keine mittelbare. Der Europäische Gerichtshof geht in seiner Rechtsprechung ebenfalls davon aus, dass unterschiedslos geltende Voraussetzungen für die Ausübung einer selbst-

ständigen wirtschaftlichen Tätigkeit bloße Beschränkungen sind (EuGH, NJW 2009, 2112, 2113 – DocMorris II).

3. Rechtfertigung der Beeinträchtigung

Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit „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 dieses Ziels erforderlich ist“ (EuGH, NJW 2009, 2112, 2113 – DocMorris II).

Der Gesundheitsschutz der Bevölkerung ist anerkanntermaßen ein solcher zwingender Grund des Allgemeininteresses. Im Hinblick auf die Eignung und Erforderlichkeit hat der Europäische Gerichtshof im Zusammenhang mit den deutschen Regelungen des apothekenrechtlichen Fremd- und Mehrbesitzverbots betont, dass (1) das Unionsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung der Sozialversicherungssysteme, insbesondere für die Regelung zur Organisation von Diensten im Gesundheitswesen unberührt lasse, (2) es Sache der Mitgliedstaaten ist, welches Schutzniveau ein Mitgliedstaat für seine Bevölkerung erreichen wolle, und (3) deshalb den Mitgliedstaaten in diesem Bereich ein Wertungsspielraum zukomme (EuGH, NJW 2009, 2112, 2113 – DocMorris II). Wörtlich hat der Gerichtshof im Hinblick auf die Eignung der Regelung ausgeführt:

„Hierbei muss der Mitgliedstaat, wenn eine Ungewissheit bleibt, Schutzmaßnahmen treffen können, ohne warten zu müssen, bis der Beweis für das tatsächliche Bestehen dieser Gefahren vollständig erbracht ist. Außerdem kann der Mitgliedstaat diejenigen Maßnahmen treffen, die eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung, wozu im Einzelnen eine Gefahr für die sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gehört, weitestmöglich verringern“ (EuGH, NJW 2009, 2112, 2113 – DocMorris II).

„Da die Mitgliedstaaten befugt sind, über das Niveau des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung zu entscheiden, ist anzuerkennen, dass sie verlangen können, dass die Arzneimittel von Apothekern vertrieben werden, die über tatsächliche berufliche Unabhängigkeit verfügen. Sie können auch Maßnahmen treffen, die geeignet sind, eine Gefahr der Beeinträchtigung dieser Unabhängigkeit zu beseitigen oder zu verringern, da eine derartige Beeinträchtigung geeignet wäre, sich auf das Niveau der Sicherheit und Qualität der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung auszuwirken“ (EuGH, NJW 2009, 2112, 2114 – DocMorris II).

Im Ergebnis hat der Gerichtshof die Regelungen zum Fremd- und Mehrbesitzverbot als zulässig erachtet. Insbesondere hat er die Bedeutung der Unabhängigkeit des Leistungserbringers von sachfremden, insbesondere finanziellen, Erwägungen bei der Erbringung medizinischer Leistungen anerkannt. Überträgt man diese Grundsätze auf die beabsichtigten Neuregelungen bezüglich medizinischer Versorgungszentren, so stellen sich jene ebenfalls als unionsrechtlich zulässig dar. Zum einen sind sie weniger einschneidend als das apothekenrechtliche Fremd- und Mehrbesitzverbot, da nur ein partielles Fremdbesitz-

verbot geregelt ist. Zum anderen geht es um den Schutz der ärztlichen Unabhängigkeit vor sachfremden Erwägungen, die das Patientenwohl negativ beeinflussen könnten. Dies ist ein besonders wichtiges Allgemeininteresse, welches der nationale Gesetzgeber aufgrund des ihm zustehenden Wertungsspielraums durch Regelungen schützen kann, selbst wenn keine konkreten Erkenntnisse über eingetretene Gesundheitsgefahren vorliegen. Im Übrigen gelten auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die oben unter A. I. 3. a) – d) angestellten Überlegungen hier sinngemäß.

Ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit kann in Anwendung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs somit nicht festgestellt werden.

II. Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz

Der Gleichheitssatz des Art. 20 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-GrC) gilt nach Art. 51 Abs. 1 EU-GrC auch gegenüber den Mitgliedstaaten, wenn diese Unionsrecht durchführen. In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, wie weit der Begriff „durchführen“ zu verstehen ist (vgl. *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 51 EU-GrC Rn. 8 ff.). Legt man die – sehr weite – Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zugrunde, dann reicht es für die Anwendbarkeit der EU-GrC aus, wenn Unionsrecht betroffen ist, z. B. im Falle der Eröffnung des Schutzbereichs einer Grundfreiheit (vgl. *Kingreen*, a. a. O., Art. 51 EU-GrC Rn. 8). Dementsprechend wird hier von der Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes des Art. 20 EU-GrC ausgegangen.

Die Struktur des Gleichheitssatzes des Art. 20 EU-GrC entspricht weitgehend der des Art. 3 Abs. 1 GG; es wird geprüft, ob zwei vergleichbare Sachverhalte im Hinblick auf einen gemeinsamen Bezugspunkt unterschiedlich behandelt werden und ob diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist (vgl. dazu EuGH, Rs. C-217/91, Slg. 1993, I-3923, Rn. 37 – Spanien/Kommission).

Zwar liegt eine Ungleichbehandlung verschiedener potentieller Gründer eines medizinischen Versorgungszentrums vor (siehe oben, A. III.), diese ist jedoch – auch bei Berücksichtigung der unionsrechtlichen Besonderheiten – objektiv gerechtfertigt. Hierfür spricht nicht nur der Wertungsspielraum des nationalen Gesetzgebers, den dieser in Fragen des nationalen Krankenversicherungssystems hat (vgl. EuGH, NJW 2009, 2112, 2113 – DocMorris II). Darüber hinaus ist das gesetzgeberische Konzept, Gefahren für die ärztliche Unabhängigkeit durch sachfremde Erwägungen auch mit Beschränkungen der zulässigen Gründer und der zulässigen Rechtsformen organisatorisch und institutionell zu begegnen, plausibel. Zukünftig sollen nur solche Leistungserbringer medizinische Versorgungszentren gründen dürfen, die sich entweder durch besondere Sachnähe zur ärztlichen Behandlung auszeichnen (Ärzte und Krankenhäuser) oder die aufgrund ihrer Gemeinnützigkeit als weniger gefährlich im Hinblick auf die Beeinflussung der ärztlichen Therapie-

freiheit angesehen werden. Hierbei handelt es sich um sachliche und nachvollziehbare Kriterien. Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz lässt sich im Ergebnis nicht feststellen.

Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan