

nen nach § 140a SGB V Abweichendes von § 137e SGB V regeln, der seinerseits den Umgang mit Nichtwissen mit Blick auf das Qualitätsgebot des § 2 Abs. 1 S. 3 SGB V normiert. In Konsequenz dessen dürfen Potentialmethoden auch im Rahmen der besonderen Versorgung erbracht werden – und zwar sowohl vor Erlass der Erprobungsrichtlinie durch den G-BA als auch während der laufenden Erprobung. Im letztgenannten Fall sind allerdings die Qualitätsvorgaben des G-BA nach Maßgabe von § 137e Abs. 2 S. 1 SGB V auch im Rahmen der besonderen Versorgung zu beachten.

Ein Vertrag über die besondere Versorgung kann auch über die Erbringung einer neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethode, die vom G-BA bzw. seinem Rechtsvorgänger vor dem 1.1.2012 von der Versorgung ausgeschlossen wurde, geschlossen werden, sofern diese das Potential einer erforderlichen Behandlungsalternative hat. Die spätere Potentialfeststellung führt nicht nur zu einer Korrekturpflicht des G-BA, sondern bedingt auch eine teleologische Reduktion des § 140a Abs. 2 SGB V.

Für Krankenkassen, die – was eher die Ausnahme sein dürfte – eine Potentialmethode zügig erbringen wollen, eröffnet § 140a SGB V insoweit entsprechende Möglichkeiten. Und auch die Versicherten, deren Teilnahme freiwillig erfolgt, profitieren von der Rechtslage, ohne dass ihre Sicherheit gefährdet würde. Wenn schon solche Methoden

im Rahmen der besonderen Versorgung erbracht werden dürfen, mit denen der G-BA noch nie befasst war, muss das erst recht gelten für solche Methoden, für die nach Prüfung durch den G-BA bereits feststeht, dass sie jedenfalls nicht unwirksam oder gar schädlich sind.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

<https://doi.org/10.1007/s00350-022-6353-0>

Investorenbetriebene Medizinische Versorgungszentren in der ambulanten Versorgung: Regulatorischer Reformbedarf für Marktzugang und Marktverhalten?

Jens Prütting, Max Georg Hügel und Maren Sowa

I. Einleitung

Der Markt der vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung stellt sich nicht selten als hart umkämpfte Szenerie dar. Verdienstmöglichkeiten, Wettbewerb, Sicherstellung flächendeckender Versorgung sowie zahlreiche weitere Anknüpfungspunkte gilt es im sensiblen Gefüge des öffentlichen Gesundheitswesens zu beachten. In diesem Feld sind Medizinische Versorgungszentren (MVZ) besonders in den Fokus der Fachöffentlichkeit geraten, da diese strukturell und ökonomisch sinnvoll als Konzernbaustein gehandelt werden können. Hiermit geht das Interesse von nicht originär dem Gesundheitswesen zuzuordnenden Personen einher, deren primäre Ziele vielfach Investition und Gewinnerzielung sind. Dies hat den Protagonisten massive Kritik eingebracht. In der juristischen Literatur ist namentlich *Sodan* in jüngerer Zeit als Verfechter der Antagonisten in Erscheinung getreten und hat weitreichende

Vorschläge für eine Einhegung der vermeintlich erkannten Problemlage *de lege ferenda* präsentiert¹. Deren Herzstück – die Erwägung einer gesonderten Eignungsprüfung – zu analysieren, ist zentrales Anliegen des nachfolgenden Beitrags.

II. Investorenbetriebene Medizinische Versorgungszentren – Grundlagen und Versorgungsrealitäten

1. Was sind investorenbetriebene Medizinische Versorgungszentren?

Mit dem Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GMG)² öffnete sich 2004 die Möglichkeit, als MVZ Leistungen in der vertragsärztlichen Versorgung zu erbringen. Ziel bei der Einführung von MVZ war die Überwindung sektoraler Grenzen und die Wettbewerbsstärkung zwischen den unterschiedlichen Formen der ambulanten Versorgung³. Definitionsgemäß sind MVZ ärztlich geleitete Einrichtungen, in denen im Arztregister eingetragene Ärzte⁴

Prof. Dr. iur. Jens Prütting, LL.M. oec.,
Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Medizin- und Gesundheitsrecht sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für Medizinrecht, Bucerius Law School,
Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg, Deutschland

Dr. iur. Max Georg Hügel, M.Sc., wissenschaftlicher Assistent,
Maren Sowa, wissenschaftliche Mitarbeiterin,
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Medizin- und Gesundheitsrecht, Bucerius Law School,
Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg, Deutschland

1) *Sodan*, Rechtsgutachten, 2021.

2) Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 14.11.2003, BGBl. I S. 2190.

3) *Pawlita*, in: jurisPK-SGB V, § 95, Rdnr. 143 (Stand der Kommentierung: 19.7.2022).

4) Ausschließlich zum Zwecke der besseren Lesbarkeit wird auf die geschlechtsspezifische Schreibweise verzichtet. Personenbezogene Bezeichnungen sind geschlechtsneutral und beziehen sich auf Angehörige aller Geschlechter, es sei denn, es wird explizit auf ein Geschlecht hingewiesen.

als Angestellte oder Vertragsärzte tätig sind (§ 95 Abs. 1 S. 1 SGB V). Sie sind damit als „Konstrukt“ oder „Hülle“ für die im MVZ tätigen Ärzte zu verstehen⁵. Das MVZ nimmt grundsätzlich gleichberechtigt an der vertragsärztlichen Versorgung teil⁶.

Das GMG ermöglichte im Zuge dessen auch Investoren die Teilnahme an der ambulanten Versorgung, indem diese als (mittelbare) Gesellschafter an dem MVZ partizipieren („investorenbetriebene MVZ“ oder „MVZ mit Investorenbeteiligung“). Institutionelle Trägergesellschaften können somit als mittelbare Betreiber von MVZ vertragsärztliche Leistungen von (im Wesentlichen) angestellten Ärzten erbringen lassen. Investorenbetriebene MVZ erfreuen sich insbesondere in der Struktur des MVZ in Trägerschaft eines Krankenhauses großer Beliebtheit⁷. Das Krankenhaus wird als „geborener Gründer“ eines MVZ angesehen⁸, nicht zuletzt, weil durch eine MVZ-Krankenhausträgerschaft eine „bessere Verzahnung von ambulante und stationärem Sektor“ erwartet wurde⁹. So waren im Jahr 2020 etwa 42% der zugelassenen MVZ in Krankenhausträgerschaft¹⁰. Dabei ist das zugelassene Krankenhaus aufgrund seiner mangelnden Rechtsfähigkeit selbst nicht zur Gründung eines MVZ berechtigt, sondern der Krankenhausträger, mithin die dahinterstehende Personengesellschaft oder GmbH¹¹. Hierdurch gelingt es auch nichtärztlichen (juristischen) Personen, sich an einem MVZ zu beteiligen. Es handelt sich um MVZ mit versorgungsfremder oder nichtärztlicher Kapitalbeteiligung.

Doch nicht nur für Investoren wird das MVZ immer beliebter, auch zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassene (insbesondere junge) Ärzte entscheiden sich vermehrt für eine Tätigkeit in einem MVZ. Besonders die in der Regel klar festgelegten Arbeitszeiten und das modernere Praxisinventar sowie das erheblich geringere wirtschaftliche Risiko im Vergleich zu einer eigenen Praxis sind Gründe für diese Wahl¹². Vor dem Hintergrund der wachsenden Beliebtheit von investorenbetriebenen MVZ sowohl für versorgungsteilnehmende als auch versorgungsfremde Akteure wird die Teilnahme von investorenbetriebenen MVZ an der vertragsärztlichen Versorgung näher betrachtet.

2. Teilnahme von investorenbetriebenen MVZ an der vertragsärztlichen Versorgung und gängige Kritikpunkte

Dass die Möglichkeit der vertragsärztlichen Versorgungsform des MVZ (unabhängig von einer Investorenbeteiligung) rege angenommen wird, zeigen aktuelle Studien und Berichte. Erhobene Gesundheitsdaten der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV) beziffern die Anzahl der MVZ im Jahr 2020 auf mehr als 3.800¹³. Mehrheitlich werden die Rechtsformen der GmbH und der GbR gewählt, die überwiegend beteiligten Facharztgruppen sind Hausärzte, Chirurgen und Orthopäden sowie fachärztliche Internisten¹⁴. Die Generierung von Daten zu MVZ mit Kapitalbeteiligung ist indessen schwierig. Die KBV weist in ihren Veröffentlichungen zwar aus, wie hoch die Anzahl der sich in Krankenhausträgerschaft befindlichen MVZ ist, allerdings kann aufgrund der unterschiedlichen und mitunter nicht eindeutigen Beteiligungsverhältnisse kein Anteil der Kapitalbeteiligungen beziffert werden¹⁵. Ebenso heben *Ladurner et al.* hervor, dass es nicht möglich sei, umfassende und sortierte Daten zu Eigentümerstrukturen von (Krankenhaus-)MVZ zu erhalten¹⁶.

Schätzungen zufolge befand sich von den im Jahr 2018 zugelassenen MVZ (etwa 3.200) ein Anteil von 13% in Trägerschaft mit Investorenbeteiligung¹⁷. Ausgehend von einer dynamischen Entwicklung von Investorenbeteiligungen – veranlasst durch hohe Gewinnerwartungen im Gesundheitswesen – könnte der Anteil im Jahr 2020 bereits bei bis zu 15% gelegen haben¹⁸. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Angebot von MVZ im Vergleich zur BAG und zu Einzelpraxen im Jahr 2018 etwa 3% von insgesamt 101.274

ambulanten Gesundheitseinrichtungen ausmachte¹⁹. Unter Zugrundelegung der Anzahl der in der ambulanten Versorgung tätigen Ärzte ergibt sich für das Jahr 2020 bei einer durchschnittlichen Anzahl von 6,2 Ärzten je MVZ ein Anteil der im MVZ tätigen Ärzten von etwa 1,4 bis 2,0%²⁰.

MVZ mit investorengetragener Kapitalbeteiligung stellen demnach trotz der im Durchschnitt hohen Beschäftigungszahlen bislang nur einen geringen Teil des ambulanten Gesundheitsmarktes. Die Zahl der Neugründungen von MVZ in Krankenhausträgerschaft nahm zwar kontinuierlich zu, das Wachstum entwickelte sich letztlich jedoch parallel zu demjenigen von MVZ in Trägerschaft zugelassener Ärzte²¹. Die Gründung von investorenbetriebenen MVZ scheint ebenso attraktiv wie die Gründung von vertragsarztbetriebenen MVZ.

Ausgangspunkt für weitere Überlegungen und Forderungen nach einem Tätigwerden des Gesetzgebers sind indessen die Versorgungsanteile und Wachstumsraten von MVZ im zahnärztlichen Bereich. Ein Gutachten des IGES Institut kommt zu dem Ergebnis, dass allein der Zuwachs an investorenbetriebenen MVZ im zahnärztlichen Bereich im Jahr 2019 einen Umfang von 69% im Vergleich zum Vorjahr hatte²². Mit 207 investorenbetriebenen MVZ war

- 5) *Clemens*, in: *Quaas/Zuck/Clemens*, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 17, Rdnr. 2.
- 6) BSG, Urt. v. 12.2.2020 – B 6 KA 1/19 = MedR 2020, 1039, 1043.
- 7) *Neubauer/Minartz/Niedermeier*, Darstellung und Bewertung der ambulante-ärztlichen Versorgung in Deutschland durch Medizinische Versorgungszentren mit Kapitalbeteiligung, Institut für Gesundheitsökonomik, Dezember 2020, abrufbar unter www.powr.io/pdf-embed/u/c97ca3e2-ca87-4115-ad57-e1bc2a0bf-2ca#platform=html&url=https%3A%2F%2Fcms.e.jimdo.com%2Fapp%2F07d8ef578c0ec79c%2Fpc2e97ee676821e82 (zuletzt abgerufen am 18.8.2022), nachfolgend „IfG-Gutachten“.
- 8) *Bördner*, KrV 2019, 236, 236.
- 9) *Pawlita*, in: *jurisPK-SGB V*, § 95, Rdnr. 196 (Stand der Kommentierung: 19.7.2022).
- 10) Von 3.846 zugelassenen MVZ (im Jahr 2020) waren 1.725 MVZ in Krankenhausträgerschaft, während 1.707 MVZ von Vertragsärzten betrieben wurden. Quelle: KVB, Medizinische Versorgungsdaten aktuell – Statistische Informationen zum Stichtag 31.12.2020, S. 3, abrufbar unter <https://www.kbv.de/media/sp/mvz-aktuell.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2022), nachfolgend „KVB-Statistik“.
- 11) BSG, Urt. v. 4.5.2016 – B 6 KA 28/15 R = GesR 2016, 775; *Rademacker*, in: *KassKomm*, § 95 SGB V, Rdnr. 64 und Rdnr. 93 (Stand der Kommentierung: März 2022).
- 12) *Bördner*, GuP 2021, 121, 125; *Neubauer/Minartz/Niedermeier*, IfG-Gutachten 2020, S. 31.
- 13) Abrufbar unter <https://gesundheitsdaten.kbv.de/cms/html/17021.php> (zuletzt abgerufen am 18.8.2022).
- 14) KVB-Statistik 2020, S. 3.
- 15) *Neubauer/Minartz/Niedermeier*, IfG Gutachten 2020, S. 13.
- 16) *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 27, „Stand und Weiterentwicklung der gesetzlichen Regelungen zu medizinischen Versorgungszentren (MVZ)“, erstattet dem Bundesministerium für Gesundheit, abrufbar unter www.bundesgesundheitsministerium.de/service/publikationen/details/rechtsgutachten-stand-und-weiterentwicklung-der-gesetzlichen-regelungen-zu-medizinischen-versorgungszentren-mvz.html (zuletzt abgerufen: 18.8.2022), im Folgenden „Rechtsgutachten“; BT-Dr. 19/5386, S. 4 und 8.
- 17) *Neubauer/Minartz/Niedermeier*, IfG-Gutachten 2020, S. 14.
- 18) *Neubauer/Minartz/Niedermeier*, IfG-Gutachten 2020, S. 14.
- 19) *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 21.
- 20) *Neubauer/Minartz/Niedermeier*, IfG-Gutachten 2020, S. 14.
- 21) *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 26.
- 22) IGES Institut GmbH, Investorenbetriebene MVZ in der vertragsärztlichen Versorgung – Entwicklung und Auswirkungen, Gutachten für die Kassenärztliche Bundesvereinigung, Oktober 2020, S. 24, abrufbar unter <https://www.kzbv.de/gutachten-z-mvz-iges-2020-10-web.download.60f6a51d58a8778fab5f-f3e9a52a452c.pdf> (zuletzt abgerufen: 18.8.2022), nachfolgend „IGES, Gutachten zMVZ“.

der Anteil an den vertragszahnärztlichen MVZ Ende 2020 zwar gering (21 %), allerdings stieg die Anzahl an investorenbetriebenen MVZ insgesamt stärker als der Anteil der zahnärztlichen MVZ insgesamt²³.

Investorenbetriebene MVZ sehen sich mehr denn je einer Reihe von Kritikpunkten ausgesetzt. Einen Überblick über die in der öffentlichen Diskussion vorherrschenden Vorwürfe gegenüber MVZ mit (versorgungsfremder) Kapitalbeteiligung und den dazu aktuell zugänglichen Daten sollen die folgenden Absätze bieten, um den Hintergrund der juristischen Debatte verständlich zu gestalten.

a) Gefahr der (ausschließlichen) Gewinnerzielungsabsicht in investorenbetriebener MVZ

Schwerpunkt der Debatte um investorenbetriebene MVZ ist zumeist der Vorwurf der (vorherrschenden) Gewinnerzielungsabsicht. Die Keimzelle dieser Diskussion findet sich in der vertragszahnärztlichen Versorgung. Das IGES Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass investorenbetriebene MVZ in der vertragszahnärztlichen Versorgung höhere Umsätze als die zum Vergleich betrachteten Einzelpraxen generiert haben²⁴. So ergäben sich bereits aus dem Abrechnungsverhalten von MVZ mit (versorgungsfremder) Kapitalbeteiligung Hinweise auf das Streben nach reiner Gewinnmaximierung, sei doch anders das analysierte Abrechnungsverhalten von MVZ in der vertragszahnärztlichen Versorgung vor dem Hintergrund der rückläufigen Entwicklung und dem Abrechnungsverhalten sonstiger Leistungserbringer nicht erklärbar²⁵. Es ist aber zu berücksichtigen, dass das erhöhte Abrechnungsverhalten, welches konstatiert wird, ebenso bei allen sonstigen MVZ zu beobachten ist²⁶.

Die Gegebenheiten der vertragszahnärztlichen Versorgung durch investorenbetriebene MVZ werden zwar häufig auf die vertragsärztliche Versorgung übertragen; Nachweise einer im Vergleich zu anderen Versorgungsformen in investorenbetriebenen MVZ auftretenden Gewinnerzielungsabsicht fehlen jedoch bislang. Mangels einer bundesweiten Datenerhebung über das Abrechnungsverhalten von investorenbetriebenen MVZ kann keine belastbare Schlussfolgerung zum Abrechnungsverhalten (insbesondere im Vergleich zu anderen Trägerschaften und auch andern Versorgungsformen) beigebracht werden²⁷.

Wollte man eine reine Gewinnerzielungsabsicht indessen an ökonomischen Zielvorgaben festmachen, so wäre die Befragung des Instituts für Gesundheitsökonomik aus dem Jahr 2020 zu beachten, wonach entsprechende Leitmotive in Einzelpraxen höher als in einem MVZ bewertet sein sollen²⁸. Darüber hinaus stellt *Bördner* fest, dass insbesondere aufgrund des wirtschaftlichen Risikos, welches die Inhaber einer Einzelpraxis tragen, eine wirtschaftliche Orientierung auch den selbstständigen Ärzten nicht abgesprochen werden könne²⁹.

A priori dürfte es in einer freiheitlich marktwirtschaftlichen Ordnung zwar kaum von irgendeiner Seite als grundsätzlich nachteilig erkannt werden, wenn Leistungserbringer eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen; so wird diese doch als „Triebfeder jeder leistungsfähigen Marktwirtschaft“³⁰ erkannt. Allerdings schwingt in den Vorwürfen der reinen Gewinnerzielungsabsicht von MVZ mit nicht-ärztlicher Investorenbeteiligung häufig eine daraus resultierende Gefährdung der Versorgungsqualität mit.

b) Abnahme der Versorgungsqualität?

Hinsichtlich der Versorgungsqualität stellen *Ladurner et al.* bereits fest, dass sich aus vorliegenden Quellen und Daten keine Informationen im Vergleich verschiedener ambulanter Versorgungsformen entnehmen lassen³¹. Ausgehend von einer Betrachtung des stationären Sektors könnte mit Vorsicht festgestellt werden, dass ein Unterschied in der Versorgungsqualität – soweit dies übertragbar erschiene – allenfalls zugunsten privater Träger anzunehmen wäre³².

Mangels Übertragbarkeit des stationären Sektors auf den ambulanten Bereich sind allerdings weitere Daten für die Beurteilung einer Gefahr der abnehmenden Versorgungsqualität heranzuziehen.

Neubauer et al. konstatieren, dass die Mehrheit des für die Studie des IfG befragten ärztlichen Personals keine Verschlechterung der Behandlungsqualität durch ökonomische Zielvorgaben sieht. Vielmehr werde die Qualität der Versorgung dadurch positiv beeinflusst³³. Dahingehend hatten über 75 % der Befragten angegeben, dass der Qualitätsanspruch in einem investorenbetriebenen MVZ weitgehend als in einer Einzelpraxis verwirklicht werden könne. Zudem hat eine Patientenbefragung ergeben, dass der Zufriedenheitsgrad der Patienten mit der Versorgung in investorenbetriebenen MVZ überdurchschnittlich sei³⁴.

Indessen sieht *Sodan* eine Gefährdung der Qualität auch auf dem Feld der ärztlichen Versorgung. Die für den zahnärztlichen Bereich festgestellte Ausdünnung der flächendeckenden Versorgung könne aufgrund ähnlichen Marktverhaltens und wirtschaftlicher Interessenlage auf den ärztlichen MVZ-Markt übertragen werden³⁵. Wie *Sodan* sich in welcher Intensität und aufgrund welcher Parameter allerdings eine Übertragbarkeit auf die ärztliche Versorgung vorstellt, bleibt fraglich. Und so ist dieser Ansatz wohl nur eine bislang unbelegte Vermutung, zumal das festgestellte Abrechnungsverhalten ebenso auf MVZ ohne Investorenbeteiligung zutrifft und empirische Nachweise zu vertragsärztlichen MVZ aktuell nicht in adäquatem Maß vorliegen³⁶.

c) Gefahr für die ärztliche Therapiefreiheit der in investorenbetriebenen MVZ angestellten Ärzte?

Auf Grundlage der vermeintlich starken Orientierung der investorenbetriebenen MVZ an Gewinnerzielungsabsichten werden diese vermehrt mit dem Vorwurf konfrontiert, die ärztliche Therapiefreiheit der (im Wesentlichen) angestellten Ärzte laufe Gefahr, von Kapitalinteressen beschnitten zu werden. So könne es naheliegen, dass ein Arzt bei Vorliegen mehrerer Behandlungsalternativen die wirtschaftlich sinnvollere (ertragreichere) Variante wähle, da er durch ökonomische Vorgaben (indirekt) beeinflusst werde³⁷. Das Privileg der ärztlichen Therapiefreiheit soll dagegen gerade die Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen sichern. So normiert das ärztliche Berufsrecht bereits, dass (auch angestellte) Ärzte hinsichtlich ihrer ärztlichen Entscheidungen keine Weisungen von Nichtärzten entgegennehmen dürfen (vgl. die kammerrechtlichen Pendants zu § 23 Abs. 4 MBO-Ä sowie für angestellte Ärzte § 23 Abs. 1 MBO-Ä)³⁸. *Ladurner et al.* resümieren, dass über die gesetzlichen Regelungen, die den Schutz der ärztlichen Therapiefreiheit zum Ziel haben, ein hohes Schutzniveau vor sachfremden Einflüssen bestünde³⁹. Dies sei gleichermaßen der Kontrolle der angestellten Ärzte in einem MVZ durch

23) IGES, Gutachten zMVZ, S. 25.

24) IGES, Gutachten zMVZ, S. 138.

25) Ossege, GesR 2019, 281, 283.

26) IGES, Gutachten zMVZ, S. 138.

27) *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 30 f.

28) *Neubauer/Minartz/Niedermeier*, IfG-Gutachten 2020, S. 49.

29) *Bördner*, KrV 2019, 236, 240.

30) *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 74.

31) *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 76.

32) *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 78.

33) *Neubauer/Minartz/Niedermeier*, IfG Gutachten 2020, S. 52.

34) *Neubauer/Minartz/Niedermeier*, IfG-Gutachten 2020, S. 75.

35) *Sodan*, Rechtsgutachten 2021, S. 22.

36) *Ternick*, NSZ 2022, 121, 126; IGES, Gutachten zMVZ, S. 138.

37) *Sodan*, Rechtsgutachten 2021, S. 21.

38) Für eine detaillierte Darlegung der Mechanismen, die den Schutz der ärztlichen Therapiefreiheit zum Ziel haben, wird auf *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 107 f. verwiesen.

39) *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 108.

die zuständige Kassenärztliche Vereinigung als auch der fehlenden finanziellen Verantwortung geschuldet⁴⁰.

Die Befragung des Instituts für Gesundheitsökonomik kommt zu ähnlichen Ergebnissen. So gaben in der Befragung etwa 41 % (in vorher selbstständiger Niederlassung) und 52 % (in vorher nicht selbstständiger Niederlassung) der Ärzte an, dass ihre Therapiefreiheit in MVZ mit Kapitalbeteiligung besser als in der Einzelpraxis gesichert sei⁴¹. Dies könnte nicht zuletzt auf die Stellung des ärztlichen Leiters eines MVZ zurückzuführen sein. So soll die ärztliche Leitung und deren Einbindung in die Organisationsstruktur die Einflussnahme sachfremder Beweggründe auf ärztliche Entscheidungen verhindern⁴². Da selbstredend auch für investorenbetriebene MVZ eine ärztliche Leitung vorausgesetzt wird, werde die ärztliche Therapiefreiheit wohl von den Kapitalinteressen nicht oder allenfalls indirekt beeinflusst⁴³. Entscheidend sei daher der Führungsstil der jeweiligen ärztlichen Leitung. Man wird hinzufügen müssen, dass es zugleich erheblich auf die Stand- und Charakterfestigkeit desselben ankommen dürfte.

d) Räumliche Verteilung von investorenbetriebenen MVZ und der Vorwurf der fehlenden flächendeckenden Versorgung

Betrachtet wird schließlich die räumliche Verteilung von investorenbetriebenen MVZ. Diese sehen sich wiederholt dem Vorwurf ausgesetzt, sich bevorzugt in oder nahe dicht bevölkerter Regionen niederzulassen und dadurch keinen Beitrag zur flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung zu leisten, diese gar zu gefährden⁴⁴.

Für die ambulante zahnärztliche Versorgung kommt das IGES-Gutachten zu dem Ergebnis, dass sich investorenbetriebene MVZ auf großstädtische Standorte konzentrierten und Einzelpraxen und BAGen sich beinahe proportional zu den Bevölkerungsanteilen verteilten⁴⁵. Dies könnte auch darauf zurückzuführen sein, dass bei Einführung der Versorgungsform des MVZ als Zulassungsvoraussetzung eine „fachübergreifende Tätigkeit“ in MVZ gefordert wurde und sich eine solche insbesondere in stark besiedelten Gebieten besser verwirklichen ließ⁴⁶. Daneben gibt Wenner zu bedenken, dass Standortentscheidungen der ambulanten Versorgung durchaus unter dem Aspekt einer größtmöglichen Gewinnoptimierung getroffen würden. Dies gelte aber wohl gleichermaßen für alle Versorgungsformen⁴⁷. Auch nicht investorenbetriebene MVZ der vertragszahnärztlichen Versorgung bevorzugten die großstädtischen Standorte⁴⁸.

Zum Stichtag 31.12.2020 konnte die KBV die Hauptniederlassung von 48 % der zugelassenen MVZ in einer Kernstadt, 38 % in einem Ober-/Mittelzentrum und 14 % in ländlichen Gemeinden verzeichnen⁴⁹. Ladurner et al. setzen diese Werte dabei in Verhältnis zu der Bevölkerungsdichte in den Versorgungsgebieten und stellen fest, dass eine aussagekräftige Abweichung der Verteilung von MVZ von der räumlichen Verteilung der Bevölkerung nicht feststellbar sei⁵⁰. Investorenbetriebene MVZ sind demnach in allen Bedarfsplanungsregionstypen angesiedelt; eine Bündelung auf einen bestimmten Typ scheint nicht feststellbar.

Anhand der aktuell öffentlich zugänglichen Daten kann mithin nicht ermittelt werden, dass MVZ und im Speziellen investorenbetriebene MVZ sich hauptsächlich in stark besiedelten Bereichen zulassen. Eine mögliche Gefahr für die flächendeckende vertragsärztliche Versorgung in Deutschland kann damit nicht erwiesen werden. Selbst wenn jedoch anderes nachgewiesen würde, ist hierdurch nicht ad hoc die flächendeckende Versorgung bedroht, was sich aktuell schon daraus ergibt, dass der Löwenanteil der Versorgung gerade nicht durch investorenbetriebene MVZ abgebildet wird.

e) Ausgangspunkt für weitere Überlegungen

Ein gesichertes Ergebnis hinsichtlich einer von investorenbetriebenen MVZ ausgehenden Gefahr für die Versorgungs-

qualität, die flächendeckende Versorgung und die ärztliche Therapiefreiheit lassen die aktuellen Daten nicht zu. Ebenso haben bereits Ladurner et al. festgestellt, dass sich die derzeit gängigen Kritikpunkte an investorenbetriebenen MVZ nicht bestätigen lassen. Ausgehend davon stellt Wenner klar, dass die Geltendmachung eines „Non-liquet“ ausreichend sein könne, um weitergehenden regulatorischen Maßnahmen für investorenbetriebene MVZ die Verfassungskonformität abzusprechen⁵¹. Vor diesem Hintergrund werden die aktuelle Brisanz der Thematik beleuchtet, die bislang wichtigsten Maßnahmen für regulatorische Maßnahmen für investorenbetriebene MVZ skizziert und gegenwärtige Reformvorschläge genauer betrachtet.

III. Marktzugang und Marktverhalten von investorenbetriebenen MVZ als aktuelle rechtspolitische Frage

Dass das Thema der investorenbetriebenen MVZ aktueller denn je ist und auch in der Gesellschaft an Bedeutung gewinnt, wird durch aktuelle Berichte deutlich⁵². MVZ mit (versorgungsfremder) Kapitalbeteiligung werden als eine immer größer werdende Konkurrenz in der vertragsärztlichen Versorgung empfunden. Dabei wird der grundlegende Vorwurf, die vermeintlich hauptsächlichen Gewinninteressen privater Investoren stünden im grundsätzlichen Widerspruch zu dem Interesse vertrauensvoller und hochqualitativer Versorgung der Patienten, häufig nicht hinterfragt. Vielmehr wird ohne ersichtliche Zurückhaltung von Akteuren des Gesundheitswesens behauptet, die Versorgung durch ein investorenbetriebenes MVZ mit versorgungsfremder Kapitalbeteiligung führe aufgrund der erheblichen Gewinnorientierung der Investoren zu einem Qualitätsverlust der Patientenversorgung und stelle darüber hinaus einen Angriff auf die eigene Berufsausübung dar⁵³.

Daran anknüpfend erfolgt eine Darstellung der bislang erfolgten Reformierungen durch den deutschen Gesetzgeber sowie eine Auseinandersetzung mit aktuellen Forderungen bezüglich denkbarer Nachschärfungen im Bereich der Gründung und des Betriebs von investorenbetriebenen MVZ.

1. Maßnahmen des Gesetzgebers seit Öffnung der ambulanten Versorgung für investorenbetriebene MVZ zum Schutz vor „Beeinflussung durch Kapitalinteressen“

Der Gesetzgeber hat seit der Öffnung des vertragsärztlichen Versorgung für investorenbetriebene MVZ einschränkende Regelungen für den Marktzugang erlassen⁵⁴. So hatte

40) Ladurner/Walter/Jochimsen, Rechtsgutachten 2020, S. 109.

41) Neubauer/Minartz/Niedermeier, IfG-Gutachten 2020, S. 34.

42) BT-Dr. 17/6906, S. 70; Clemens, in: Quaa/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 17, Rdnr. 14.

43) Neubauer/Minartz/Niedermeier, IfG Gutachten 2020, S. 33f.

44) Sodan, Rechtsgutachten 2021, S. 21f.

45) IGES, Gutachten zMVZ, S. 137.

46) Neubauer/Minartz/Niedermeier, IfG-Gutachten 2020, S. 62.

47) Wenner, SGB 2021, 593, 598.

48) IGES, Gutachten zMVZ, S. 137.

49) KVB-Statistik 2020, S. 3.

50) Ladurner/Walter/Jochimsen, Rechtsgutachten 2020, S. 29f.; so auch Neubauer/Minartz/Niedermeier, IfG-Gutachten 2020, S. 63.

51) Wenner, SGB 2021, 593, 596.

52) So zeigte der NDR am 5. 4. 2022 in der Fernsehsendung „Panorama 3“ eine Kurzreportage mit dem Titel „Spekulanten greifen nach Arztpraxen“, abrufbar unter www.ndr.de/fernsehen/sendungen/panorama3/Spekulanten-greifen-nach-Arztpraxen,arztpraxen110.html (zuletzt abgerufen am 18. 8. 2022).

53) Bördner, KrV 2019, 193.

54) Für einen umfassenderen Überblick zu den für MVZ relevanten Novellen des SGB V: Ladurner/Walter/Jochimsen, Rechtsgutachten 2020, S. 13f.

bereits das GKV-Versorgungsstrukturgesetz⁵⁵ zum Ziel, „die Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen zu sichern“⁵⁶. Daher wurde die Gründungsberechtigung auf zugelassene Ärzte, zugelassene Krankenhäuser, Erbringer nichtärztlicher Dialyseleistungen und gemeinnütziger Träger, die aufgrund Zulassung oder Ermächtigung an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen, beschränkt (s. § 95 Abs. 1a SGB V). Den vorher ebenfalls zur Gründung berechtigten Apotheken, Heil- und Hilfsmittelerbringern, Pflegediensten und „sonstigen Leistungserbringer[n]“, die nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen, wurde damit die Gründungsberechtigung entzogen⁵⁷. Ausgangspunkt der Neufassungen war die Annahme, dass in MVZ, die von versorgungsfremden Investoren gegründet worden sind, die Gefahr bestehe, dass „medizinische Entscheidungen von Kapitalinteressen beeinflusst werden“⁵⁸.

Weiter hat der Gesetzgeber die zulässige Rechtsform eines MVZ beschränkt, sodass de lege lata die Gründung eines MVZ nur noch in der Rechtsform der Personengesellschaften, der eingetragenen Genossenschaft oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder in einer öffentlich-rechtlichen Rechtsform möglich ist (§ 95 Abs. 1a S. 3 SGB V). Der Ausschluss der zuvor nutzbaren Rechtsform der Aktiengesellschaft sollte „die Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen von reinen Kapitalinteressen [gewährleisten]“⁵⁹. So läge dem Ausschluss der Aktiengesellschaft die Eigenschaft eines „vergleichsweise lockeren Gesellschaftskreises“ und „sehr umläufiger Gesellschaftsanteile“ zugrunde, da bei der Aktiengesellschaft Kapitaleinsatz und Vermögensmehrung per se im Vordergrund stünden⁶⁰. Wenngleich der Anpassung der Rechtsformwahl in der Praxis keine hohe Bedeutung zukommen soll⁶¹, hatte der Gesetzgeber bei der Gesetzesänderung die vermeintlichen Kapitalinteressen der MVZ-Träger im Blick.

Der Beschränkung der Gründungsberechtigung für nicht-ärztliche Dialyseleistungen durch das Terminservice- und Versorgungsgesetz (TSVG)⁶² lag ebenfalls der „Schutz der Unabhängigkeit medizinischer Behandlung im MVZ vor Kapitalinteressen“ zugrunde⁶³. Es sollte – wie schon durch das GKV-Versorgungsstrukturgesetz – verhindert werden, dass versorgungsfremde Investoren Dialyse-Leistungserbringer aufkauften, um über diese Trägerschaft an der vertragsärztlichen Versorgung teilzunehmen⁶⁴.

Letztlich liegt sämtlichen genannten Änderungen, die den rechtlichen Rahmen der Gründung und des Betriebs von investorenbetriebenen MVZ einhegen, die Annahme des Gesetzgebers zugrunde, dass MVZ im Allgemeinen und investorenbetriebene MVZ (mit nichtärztlicher Kapitalbeteiligung) im Besonderen die ambulante Versorgungslage in Deutschland gefährden könnten. Es stellt sich mithin die Frage, ob es unter Verfolgung eben jenes Ziels weiterer Verschärfungen bedarf und ob diese verfassungsmäßig sein können.

2. Reformvorschläge für MVZ und aktuelles Rechtsgutachten im Auftrag der KV Bayern

Ladurner et al. kommen in dem vom Bundesministerium für Gesundheit (BMG) in Auftrag gegebenen Rechtsgutachten zu dem Ergebnis, dass keine Verschärfung der gesetzlichen Regelungen für investorenbetriebene MVZ notwendig seien⁶⁵. Dennoch sind in der Politik und der Ärzteschaft in den letzten Jahren zunehmend Forderungen nach weiterreichenden Reformen laut geworden. Erneut an Fahrt aufgenommen hat die Diskussion um MVZ mit Investorenbeteiligung zuletzt mit einem von Sodan im Auftrag der KV Bayern vorgelegten Rechtsgutachten zur „Gefährdung der Freiberuflichkeit in der vertragsärztlichen Versorgung durch medizinische Versorgungszentren“⁶⁶.

In diesem Gutachten macht Sodan Vorschläge zu regulatorischen Maßnahmen für investorenbetriebene MVZ. Grundlage der Reformvorschläge ist die Annahme, dass

von MVZ, insbesondere von solchen mit Investorenbeteiligung, eine Gefährdung der ambulanten Versorgung ausgehe⁶⁷. Besonders bei der Beteiligung versorgungsfremder Akteure sei zu erwarten, dass die Gewinnerzielung im Fokus der vertragsärztlichen Tätigkeit des investorenbetriebenen MVZ stehe⁶⁸. Neben der Einschränkung der Teilnahme an der ambulanten Versorgung durch investorenbetriebene MVZ soll Ziel der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen sein, die ärztliche Therapiefreiheit im Gesundheitswesen zu sichern und zu stärken⁶⁹.

Sodan unterscheidet zwischen regulatorischen Ansätzen auf Ebene der Gründungsbefugnis und auf Ebene der Zulassung von MVZ. Eine erste Regulierung der Gründungsbefugnis soll insbesondere durch die Voraussetzung eines räumlichen und fachlichen Bezugs des investorenbetriebenen MVZ hergestellt werden. Der räumliche Bezug könne – mit Ausnahme bei Unterversorgung oder bei Tätigkeit in einer Zweigpraxis – an die Bedarfsplanungsbereiche angeknüpft werden. Der fachliche Bezug werde durch den Tätigkeitsbereich des jeweiligen MVZ-Trägers definiert; dieser solle mit dem Tätigkeitsbereich des investorenbetriebenen MVZ zumindest in Teilen übereinstimmen⁷⁰. Die zweite Regulierungsmöglichkeit auf Gründungsebene solle laut Sodan in der Beschränkung der Gründung von investorenbetriebenen MVZ in Anlehnung an die Versorgungslage liegen: als Parallele zur vertragszahnärztlichen Versorgung solle der Umfang der vertragsärztlichen Versorgung durch investorenbetriebene MVZ abhängig von der Versorgungslage im jeweiligen Planungsbereich gemacht werden⁷¹.

Auf der Ebene der Zulassung sieht Sodan mögliche Regularien (welche die Gründungsebene ergänzen sollen) in der Einführung eines MVZ-Registers, der Durchführung einer Eignungsprüfung des MVZ sowie der Reformierung der Regelung zur Nachbesetzung von Vertragsarztsitzen. So schlägt er vor – in Anlehnung an die nach § 1 Abs. 1 Ärzte-ZV bestehende Registerpflicht für Ärzte, von welcher MVZ jedoch ausgenommen sind – ein MVZ-Register zu führen, in dem grundlegende Informationen zum MVZ und dessen Träger verzeichnet werden⁷². Zusätzlich denkt Sodan eine Ergänzung der Zulassungsbeschränkungen für MVZ im Nachbesetzungsverfahren an, indem anstelle „der

55) Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 22.12.2011, BGBl. I S. 2983.

56) BT-Dr. 17/6906, S. 46.

57) BT-Dr. 17/6906, S. 70; Bördner, KrV 2019, 193 (196); Klöck, NZS 2013, 368, 369.

58) BT-Dr. 17/6906, S. 70; Bäune/Dahm/Flasbarth, MedR 2012, 77, 78.

59) BT-Dr. 17/6906, S. 71.

60) BT-Dr. 17/6906, S. 71; Ternick, NZS 2022, 121, 122.

61) So zumindest Bäune/Dahm/Flasbarth, MedR 2012, 77, 80, die davon ausgehen, dass die Rechtsform der Aktiengesellschaft nur dann gewählt werde, wenn die MVZ-Gründung vorab durch einen versorgungsfremden Investor erfolgt sei oder von Seiten der gründenden Leistungserbringer die Veräußerung von Aktien an Dritte geplant sei. Dies werde schon durch die Begrenzung des Gründerkreises unmöglich gemacht.

62) Gesetz für schnellere Termine und bessere Versorgung vom 6.5.2019, BGBl. I S. 646.

63) BT-Dr. 19/6337, S. 116.

64) BT-Dr. 19/6337, S. 116.

65) Ladurner/Walter/Jochimsen, Rechtsgutachten 2020, S. 105.

66) Abrufbar unter www.kzbv.de/rechtsgutachten-z-mvz-sodan-2020-10-web.download.bcefdff08252ea6d857139bdebeef015.pdf (zuletzt abgerufen am 11.8.2022).

67) Sodan, Rechtsgutachten 2021, S. 9.

68) Sodan, Rechtsgutachten 2021, S. 20.

69) Sodan, Rechtsgutachten 2021, S. 10.

70) Sodan, Rechtsgutachten 2021, S. 36.

71) Sodan, Rechtsgutachten 2021, S. 46 f.

72) Sodan, Rechtsgutachten 2021, S. 55 f.

Nachrangigkeit bestimmter MVZ [...] ein genereller Vorrang freiberuflich tätiger Vertragsärzte festgesetzt werden [kann]⁷³. Ergänzend solle erwogen werden, die Möglichkeit des Erwerbs einer Arztstelle mittels Zulassungsverzicht sowie die „Konzeptbewerbung“ von MVZ aufgrund einer faktischen Privilegierung von MVZ zu streichen.

Besonderer Beachtung bedarf die von *Sodan* vorgeschlagene Eignungsprüfung. Deren Notwendigkeit ergebe sich bereits aus einem Vergleich zur Zulassung eines Vertragsarztes, der entsprechend § 21 S. 1 und § 1 Abs. 3 Nr. 2 Ärzte-ZV bei Zulassungsbeantragung eine Eignungsprüfung zu absolvieren hat⁷⁴. Für den Begriff der Eignung soll die Definition des BSG herangezogen werden, wonach Eignung „die Fähigkeit und Bereitschaft des (Zahn-) Arztes [meint], an der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung mitzuwirken“⁷⁵. Entscheidend soll es darauf ankommen, ob das Verhalten der MVZ-Trägersgesellschaft die „(gröbliche) Verletzung vertragsärztlicher Pflichten nach sich [ziehe]“⁷⁶.

Sodan schlägt als neuen § 22 Ärzte-ZV folgende Regelung vor:

„Ungeeignet für die Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit ist ein medizinisches Versorgungszentrum dann, wenn es aus in der Trägersgesellschaft oder den nachgelagerten Inhabern liegenden, schwerwiegenden Gründen nicht nur vorübergehend unfähig ist, eine Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung zu gewährleisten. ²Dies ist zu vermuten, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass von dem medizinischen Versorgungszentrum oder seinem Träger oder einem Gesellschafter des Trägers oder einem nachgelagerten Inhaber Gefahren für die vertragsärztliche Versorgung ausgehen. ³Dies ist insbesondere der Fall, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass

- I. eine schwerpunktmäßig auf Renditemaximierung ausgerichtete Behandlungsweise wie beispielsweise die Abführung erwirtschafteter Gewinne an Dritte, übermäßige Renditeziele sowie erhebliche negative Erfahrungen mit einem Gesellschafter der Trägersgesellschaft oder einem der nachgelagerten Inhaber im Hinblick auf die gesundheitliche Versorgung in Deutschland oder dem Ausland angestrebt wird,
- II. die Trägerebene des medizinischen Versorgungszentrums oder eine nachgelagerte Inhaberebene auf die ärztlichen Entscheidungen in dem medizinischen Versorgungszentrum Einfluss nimmt, soweit nicht ausschließlich Vertragsärzte Inhaber des medizinischen Versorgungszentrums beziehungsweise seiner Trägersgesellschaft sind,
- III. von medizinischen Versorgungszentren, die in einer Kette zusammengeschlossen sind, erhebliches Fehlverhalten begangen wurde oder erhebliche negative Erfahrungen mit verketteten medizinischen Versorgungszentren im Hinblick auf die gesundheitliche Versorgung in Deutschland oder dem Ausland bestehen.“

Rechtsfolge der Ungeeignetheit einer MVZ-Trägersgesellschaft könnte letztlich die Nichtzulassung oder der Entzug der Zulassung sein⁷⁷. Aufgrund dieser weitreichenden Konsequenzen und eines möglicherweise damit verbundenen Eingriffs in die Berufsfreiheit der MVZ-Betreiber und Gründer, soll im Folgenden dieser Regelungsvorschlag der Eignungsprüfung eingehend geprüft werden. Insbesondere stellt sich den Verfassern die Frage, ob eine solche Regelung de lege ferenda vor dem Hintergrund mangelnder empirischer Nachweise und dem sich daraus ergebenden „Non-liquet“ für eine Gefahr der Versorgungsqualität und der Wirtschaftlichkeit verfassungsgemäß wäre, was *Sodan* in eigens erfolgter Prüfung bejaht hat.

IV. Verfassungsrechtliche Maßstäbe

1. Der Marktzugang zum Gesundheitssektor und das Grundrecht der Berufsfreiheit

Jede Regulierung des Marktzugangs und des Marktverhaltens von Leistungserbringern im öffentlichen Gesundheitswesen muss sich zuallererst an der verfassungsrechtlichen Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) messen lassen, da die Leistungserbringer ihre Tätigkeit auf Dauer angelegt und zur Schaffung und Erhaltung einer finanziellen Lebensgrundlage vornehmen⁷⁸. Art. 12 Abs. 1 GG schützt sowohl die Ergreifung/Wahl eines Berufs als auch seine Ausübung in Form eines einheitlichen Grundrechts der Berufsfreiheit⁷⁹. Dieser weite Schutz gilt auch für juristische Personen und Personenvereinigungen nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 3 GG⁸⁰.

Eingriffe in die Berufsfreiheit und die Anforderungen an ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung werden herkömmlich – als Reaktion auf den Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GG – mithilfe der sogenannten Drei-Stufen-Theorie ausdifferenziert, einer dogmatisch abgestuften Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit⁸¹. Zu unterscheiden sind dabei (1) Berufsausübungsregeln, (2) subjektive Berufszulassungsregeln und (3) objektive Berufszulassungsregeln. Während Berufsausübungsregeln die Zulassung zu einem Beruf unberührt lassen und nur die Art und Weise (das „Wie“) der beruflichen Tätigkeit betreffen, stellen Berufszulassungsregeln Anforderungen auf, kraft deren Nichtvorliegen die berufliche Tätigkeit (das „Ob“) von vornherein nicht möglich ist, und zwar entweder aus Gründen, die in der Person des Berufsträgers/-aspiranten begründet sind (subjektiv) oder Gründen, die von seiner Person unabhängig und erst recht nicht von ihm beeinflussbar sind (objektiv)⁸². Die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs nehmen mit jeder Stufe zu:

Berufsausübungsregelungen (erste Stufe) müssen vernünftigen Allgemeinwohlerwägungen gerecht werden. Subjektive Berufszulassungsregelungen (zweite Stufe) müssen besonders wichtige Gemeinschaftsgüter schützen, die gegenüber der Freiheit des Einzelnen vorrangig ist. Objektive Berufszulassungsregelungen (dritte Stufe) sind nur zulässig zur Abwendung einer nachweislichen oder höchstwahrscheinlichen Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut.

Insbesondere für den Bereich der vertragsärztlichen Versorgung ist anerkannt, dass die Drei-Stufen-Theorie

73) *Sodan*, Rechtsgutachten 2021, S. 90.

74) *Sodan*, Rechtsgutachten 2021, S. 75.

75) BSG, Beschl. v. 9.2.2011 – B 6 KA 49/10 B –, juris, Rdnr. 13.

76) *Sodan*, Rechtsgutachten 2021, S. 77.

77) *Sodan*, Rechtsgutachten 2021, S. 80.

78) Statt aller BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 = BVerfGE 7, 377, 397; weitere Nachweise bei *Mann*, in: *Sachs*, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 12, Rdnr. 45.

79) *Mann*, in: *Sachs*, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 12, Rdnr. 14; *Manssen*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 12, Rdnr. 2; *Scholz*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, 97. EL Januar 2022, Art. 12, Rdnrn. 22 f.

80) St. Rspr., vgl. BVerfG, Urt. v. 26.6.2002 – 1 BvR 558/91 u. a. = BVerfGE 105, 252, 265; *Ruffert*, in: *BeckOK Grundgesetz*, 51. Ed. Februar 2022, Art. 12, Rdnr. 38 m. w. N.

81) Grundlegend BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 = BVerfGE 7, 377, 397 ff.; *Kämmerer*, in: *von Münch/Kunig*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2021, Art. 12, Rdnrn. 116 ff.; *Ruffert*, in: *BeckOK Grundgesetz*, 51. Ed. Februar 2022, Art. 12, Rdnrn. 93 ff. auch zur Kritik an dieser Konstruktion.

82) BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 = BVerfGE 7, 377, 405 ff.; *Kämmerer*, in: *von Münch/Kunig*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2021, Art. 12, Rdnrn. 116 ff.; *Manssen*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 12, Rdnrn. 139 ff.; *Ruffert*, in: *BeckOK Grundgesetz*, 51. Ed. Februar 2022, Art. 12, Rdnrn. 93 ff. auch zum Folgenden.

nicht schematisch verwendet werden darf, sondern Art und Schwere des Eingriffs im jeweiligen Einzelfall entscheidende Determinanten für die Anforderungen an seine Rechtfertigung sind. Speziell der Ausschluss von der vertragsärztlichen Versorgung ist nominell zwar eine Berufsausübungsregelung, kommt aber in seiner Wirkung einer Beschränkung der Berufswahlfreiheit gleich und bedarf einer entsprechend gewichtigen Legitimation. Denn selbst wenn Leistungserbringer im Gesundheitswesen rechtlich ungehindert wären, Selbstzahler und Privatpatienten zu behandeln (und damit „an sich“ ihren Gesundheitsberuf ausüben), hätte der Ausschluss von der vertragsärztlichen Versorgung ein derartiges finanzielles und systemisches Gewicht, dass er nicht nur den Anforderungen an eine Berufsausübungsregelung, sondern denjenigen einer Berufszulassungsregelung gerecht werden muss⁸³.

Bei dem vorgeschlagenen § 22 Ärzte-ZV-E handelt es sich nach diesen Maßstäben um eine subjektive Berufszulassungsregelung (Stufe 2) mit Tendenzen hin zu einer objektiven Berufszulassungsregelung (Stufe 3), soweit er verkettete MVZ gleichsam in „Sippenhaft“ nimmt (Regelbeispiel Nr. 3). Es gelten damit strenge Anforderungen an seine Rechtfertigung. *Sodan* unterschlägt hierbei Teile des Maßstabs, wenn er anführt, für Eingriffe der dritten Stufe genügen schon „höchstwahrscheinliche Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter“⁸⁴; das BVerfG verlangt seit jeher die Abwehr „nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter“⁸⁵, stellt also deutlich höhere Anforderungen.

In jedem Fall müssen dem Eingriff verfassungsrechtlich legitime Ziele zugrunde liegen und er muss bei deren Verfolgung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 20 Abs. 3 GG) gerecht werden, also entsprechend geeignet, erforderlich und angemessen sein⁸⁶. Die Legitimität eines Regulierungsziels ist kraft des Gestaltungsspielraums des demokratisch legitimierten Normgebers grundsätzlich anzunehmen, es sei denn, ein Zweck fußt auf offensichtlich falscher Tatsachengrundlage oder trägt ein evident verfassungsfeindliches Motiv in sich⁸⁷. § 22 Ärzte-ZV-E stellt sich unter diesen Maßstäben als durchaus problematisch dar.

2. Schwaches Tatsachenfundament der Marktzugangsbegrenzung

Die wesentlichen Ziele von § 22 Ärzte-ZV-E sind ausweislich *Sodans* Erläuterungen⁸⁸ die folgenden:

- Ausschluss vorherrschender Gewinnerzielungsabsicht aus der vertragsärztlichen Versorgung,
- Schutz der Versorgungsqualität und der Therapiefreiheit.

An der Legitimität dieser Ziele sind für sich betrachtet keine Zweifel anzumelden, da die geschützten Belange elementare Bestandteile eines gleichsam funktionsfähigen und finanzierbaren Gesundheitssystems sind. Die Annahme, dass investorenbetriebene MVZ tatsächlich Gefahren für diese Belange darstellen, ist empirisch indes weder bestätigt noch widerlegt⁸⁹. Insbesondere *Sodans* Ausführungen verwässern in diesem Punkt bloße Annahmen mit objektiv wahrscheinlichen Kausalitäten⁹⁰, wobei er mit der Bejahung einer Gefährdungslage innerhalb des wissenschaftlichen Diskurses auch weitgehend alleine steht⁹¹. Damit kann zwar wohl immerhin nicht von einer offensichtlich falschen Tatsachengrundlage des § 22 Ärzte-ZV-E gesprochen werden, jedoch steigen die Anforderungen an die gesetzgeberische Darlegung- und Begründungslast, weshalb trotzdem eine (weiter) einschränkende Regulierung des Marktzugangs erforderlich sein soll. Denn auch im Vertragsarztrecht gilt – was den zuständigen Behörden, namentlich den KVen, gelegentlich zu entfallen scheint⁹² – der verfassungsrechtliche Grundsatz, dass Freiheit die Regel und Einschränkung die Ausnahme ist (vgl. nur Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG), den Gesetzgeber die Rechtfertigungslast für Einschränkungen trifft und er in

seinen Gefahrenprognosen nicht ohne jeden Maßstab ist. Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe lauten insoweit wie folgt:

„Die Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren ist verfassungsrechtlich darauf zu überprüfen, ob sie auf einer hinreichend gesicherten Grundlage beruhen (vgl. BVerfGE 123, 186, 241). Je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten des Gesetzgebers, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, kann die verfassungsgerichtliche Kontrolle dabei von einer bloßen Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen (vgl. BVerfGE 50, 290, 332 f. m. w. N.; 123, 186, 241; 150, 1, 89, Rdnr. 173). Steht – wie hier – ein schwerwiegender Eingriff in ein hochrangiges Grundrecht in Frage, dürfen Unklarheiten in der Bewertung von Tatsachen grundsätzlich nicht zu Lasten des Grundrechtsträgers gehen (vgl. BVerfGE 45, 187, 238).“⁹³

Mit der Berufszulassungsregelung des § 22 Ärzte-ZV-E steht ein schwerwiegender Eingriff in ein zentrales Grundrecht in Frage⁹⁴. Auch gibt es mit den flächendeckend erfassten Abrechnungsdaten und der weiteren versorgungswissenschaftlichen Datenbasis eine zum gegenwärtigen Zeitpunkt ausgeschöpfte Entscheidungsgrundlage für die Regulierung. Diese hat indes eine Gefährdung der Versorgung durch investorenbetriebene MVZ weder bestätigt noch widerlegt, sondern ein „non liquet“ ergeben⁹⁵. Diese Unklarheit darf mithin grundsätzlich nicht zulasten der Leistungserbringer gehen. Die bloße Hypothese einer Gefährdung hat im Rahmen der verfassungsrechtlichen Untersuchung ebendieses zu bleiben – eine Hypothese – und taugt schon im Ansatz

83) BVerfG, Beschl. v. 26.9.2016 – 1 BvR 1326/15 = NZS 2016, 942, 943; BVerfGE 11, 30, 42 ff.; 12, 144, 147 f.; BVerfG Beschl. v. 31.3.1998 – 1 BvR 2167/93, 1 BvR 2198/93 = juris, Rdnr. 28; s. auch *Kämmerer*, in: *von Münch/Kunig*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2021, Art. 12, Rdnr. 120; *Manßen*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 12, Rdnrn. 186 f.

84) *Sodan*, Rechtsgutachten 2021, S. 86 f.

85) Grundlegend BVerfG, Urte. v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 = BVerfGE 7, 377, 408.

86) Statt aller *Manßen*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 12, Rdnrn. 125 ff.

87) Vgl. *Sommermann*, in: *von Mangoldt/Klein/Starck*, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 20, Rdnr. 314 m. w. N.

88) *Sodan*, Rechtsgutachten 2021, S. 85.

89) Vgl. oben II. 2. e).

90) *Sodan*, Rechtsgutachten 2021, S. 20 f.: Der Eintritt „versorgungsfremder“ Akteure führe „erwartungsgemäß“ (ohne Nachweise) dazu, dass Gewinninteressen in den Vordergrund rücken, hiermit verbunden seien (erneut ohne Nachweise) „nicht unerhebliche Gefahren für die Versorgungsqualität und -stabilität“. Die Kommerzialisierung „kann“ (sic!) zu einem Zielkonflikt führen. Im Zwischenergebnis (ebd., S. 23) stehen diese Gefahren plötzlich fest, ohne dass dieser Schlussfolgerung viel mehr als die initiale Hypothese zugrunde liegt. Ähnlich verwundert lässt *Sodan* seine Leser zurück, wenn die – von *Sodan* selbst (ebd., S. 25) als bloße „These“ formulierte Idee, dass der Freie Beruf wegen einer genuin altruistischen Motivation unter Zurückstellung wirtschaftlicher Interessen das unumstößliche Ideal der Verwirklichung der ärztlichen Therapiefreiheit sei, sogleich als stillschweigendes Zwischenergebnis herhält, um die Regulierung des Marktzugangs zu rechtfertigen.

91) S. übersichtlich *Temick*, NZS 2022, 121, 125 f.

92) Vgl. zur Zulässigkeit fachübergreifender Berufsausübungsgemeinschaften BSG, Urte. v. 22.4.1983 – 6 RKA 7/81 = BSGE 55, 97 = NJW 1984, 1424; hierzu *Pawlita*, in: *Schlegel/Voelzke*, juris-Praxiskommentar SGB V, 4. Aufl. 2020 (Stand 19.7.2022), § 95, Rdnr. 373.

93) BVerfG, Urte. v. 26.2.2020 – 2 BvR 2347/15 u. a. = BVerfGE 153, 182, 272.

94) Insoweit zutreffend *Sodan*, Rechtsgutachten 2021, S. 86.

95) Vgl. oben II. 2. e).

nicht als Eingriffslegitimation für eine weitreichende Berufszulassungsregel der vorliegenden Intensität (zweite und dritte Stufe). Denn der Gesetzgeber muss Eingriffe in die Berufsfreiheit jeweils auf der Stufe vornehmen, die den geringsten Eingriff mit sich bringt, und darf die nächste Stufe erst dann betreten, „wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, dass die befürchteten Gefahren mit (verfassungsmäßigen) Mitteln der vorausgehenden „Stufe“ nicht wirksam bekämpft werden können.“⁹⁶ Anders ausgedrückt: „Das bloße „Herbeireden“ von Gefahren insbesondere durch Interessenvertreter erlaubt es deshalb nicht, die Erforderlichkeit zu begründen“⁹⁷. Dieses hinreichende Tatsachenfundament hat § 22 Ärzte-ZV-E nicht.

3. Selbst bei hinreichender Gefahrenprognose keine Erforderlichkeit wegen Abhilfen de lege lata

Selbst wenn man dies anders sehen mag und mit einem lockereren Maßstab noch eine hinreichende Gefährdungslage für die vertragsärztliche Versorgung durch investorenbetriebene MVZ unterstellt, ergibt sich folgendes:

Eine grundsätzliche Eignung des § 22 Ärzte-ZV-E (im Sinne eines Schrittes in Richtung seiner Ziele) wird man ihm in diesem Fall nicht von vornherein absprechen können. Das gilt indes nicht für seine Erforderlichkeit. Erforderlich ist eine freiheitsverkürzende Regelung nur dann, wenn es keine mildere, gleich wirksame Alternative zur Verfolgung ihres Ziels gibt; im Kontext von Art. 12 Abs. 1 GG also insbesondere keine Berufsausübungsregelung statt einer Berufszulassungsregelung⁹⁸. Als Alternative zu betrachten sind hier sowohl andere mögliche Regelungen de lege ferenda als auch das bereits bestehende Regelungssystem im Kontext des jeweiligen Ziels de lege lata. Bei dieser Betrachtung wird offenbar, dass es angesichts der bereits bestehenden Strukturen im Vertragsarztrecht keinen Bedarf nach weiteren Einschränkungen gibt, diese also nicht erforderlich sind und auch aus diesem Grund verfassungswidrig wären⁹⁹.

a) Ausschluss vorherrschender Gewinnerzielungsabsicht aus der vertragsärztlichen Versorgung

Soweit § 22 Ärzte-ZV-E eine übermäßige Gewinnerzielungsabsicht und Renditemaximierung zulasten des medizinischen Auftrags der Leistungserbringer ausschließen will, gibt es hierfür bereits eine mildere und dabei gleich wirksame Alternative, nämlich die vertragsärztliche Wirtschaftlichkeits- und Abrechnungsprüfung (§§ 106 ff. SGB V).

Mithilfe langjährig etablierter Strukturen und Verfahren überwachen die Krankenkassen und die KVen die Wirtschaftlichkeit der Versorgung (§§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 SGB V) durch Beratungen, Prüfungen und Regresse oder Nachforderungen (§ 106 Abs. 1 S. 1 SGB V). Sowohl vertrags(zahn)ärztliche Leistungen als auch vertrags(zahn)ärztlich verordnete Leistungen sind Gegenstand dieser umfassenden Prüfungsbefugnis, ebenso ambulante Krankenhausleistungen (§§ 106 Abs. 2 und 5, 106a, 106b SGB V). Veranlassung für die Prüfung von Leistungen besteht insbesondere bei begründetem Verdacht auf fehlende medizinische Notwendigkeit der Leistungen (Fehlindikation), auf fehlende Eignung der Leistungen zur Erreichung des therapeutischen oder diagnostischen Ziels (Ineffektivität), auf mangelnde Übereinstimmung der Leistungen mit den anerkannten Kriterien für ihre fachgerechte Erbringung (Qualitätsmangel), auf Unangemessenheit der durch die Leistungen verursachten Kosten im Hinblick auf das Behandlungsziel (§ 106a Abs. 2 SGB V). Daneben steht die Abrechnungsprüfung (Plausibilitätsprüfung) auf sachliche und rechnerische Richtigkeit, welche insbesondere den Umfang der Leistungspflicht und der erbrachten Leistungen abdeckt (§ 106d SGB V). Das Prüfwesen und die mit ihm einhergehenden Regressbefugnisse gegenüber den

Leistungserbringern sind damit zielgerichtete Korrektive für übermäßige Gewinnerzielungsinteressen im Sachleistungssystem der vertragsärztlichen Versorgung¹⁰⁰, denen auch § 22 Ärzte-ZV-E entgegenzutreten möchte.

Milder ist diese Strategie zur Begrenzung wirtschaftlichen Gewinnstrebens, weil sie eine Berufsausübungsregelung (1. Stufe) darstellt, denn sie sorgt dafür, dass bestimmte Abrechnungsweisen präventiv unterbunden oder repressiv durch Regresse sanktioniert werden, ohne dass der Marktzugang als solcher pauschal versagt wird¹⁰¹. Zugleich ist sie zur Erreichung des Zwecks – eben der Unterbindung einer übermäßigen Gewinnmaximierung – ebenso geeignet wie eine Untersagung des Marktzugangs, weil sie den Fehlreizen der Sachleistungserbringung zielgerichtet entgegenwirkt. Auf beiden Wegen wird die Wirtschaftlichkeit der Versorgung sichergestellt, wobei das Prüfwesen wesentlich zielgenauer arbeitet und zugleich den medizinischen Nutzen der Leistungserbringung durch MVZ für die Versorgungslandschaft unberührt lässt.

Daneben wird übermäßigem Gewinnstreben im Gesundheitswesen strafrechtlich Einhalt geboten (§§ 263 [Abrechnungsbetrug], 299a, 299b, 300 [Korruption] StGB); auch setzt das zivilrechtliche Haftungsrecht deutliche Anreize, den medizinischen Standard nicht aufgrund von wirtschaftlichen Motiven abzusenken (§§ 630a Abs. 2, 280, 823 BGB). Schließlich ist auch berufsrechtlich verankert, dass sich Ärztinnen und Ärzte bei ihrer Berufsausübung nicht von sachfremden Interessen leiten lassen dürfen (vgl. insbesondere §§ 2 Abs. 1, Abs. 2 und 4 sowie §§ 11, 30 ff. MBO-Ä), so dass berufsrechtliche Konsequenzen bei Fehlverhalten drohen.

Die fehlende Erforderlichkeit von § 22 Ärzte-ZV-E zum Ausschluss eines übermäßigen Gewinnstrebens aus der Leistungserbringung im Gesundheitswesen wird noch deutlicher, wenn man die Betrachtungsperspektive erweitert und – auch mit einem Seitenblick auf Art. 3 Abs. 1 GG¹⁰² – die Leistungserbringung durch freiberufliche Vertrags(zahn)ärzte und ihrer Zusammenschlüsse wie z. B. Berufsausübungsgemeinschaften einbezieht. Wie oben wiedergegeben, statuiert § 22 Ärzte-ZV-E in Anlehnung an § 21 Ärzte-ZV, dass ein MVZ ungeeignet zur Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit sei, wenn es nicht nur vorübergehend unfähig sei, eine Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung zu gewährleisten; dies sei zu vermuten, wenn Anhaltspunkte für eine Gefährdung der vertragsärztlichen Versorgung vorlägen; dies wiederum sei insbesondere der Fall, wenn Tatsachen die Annahme einer schwerpunktmäßig auf Renditemaximierung ausgerichteten Behandlungsweise rechtfertigten; und dies wiederum sei beispielsweise bei der Abführung erwirtschafteter Gewinne an Dritte oder übermäßigen Renditezielen der Fall¹⁰³.

96) BVerfG, Urt. v. 11. 6. 1958 – 1 BvR 596/56 = BVerfGE 7, 377 (408); s. auch Wenner, SGB 2021, 593, 596 f.; Ladurner/Walter/Jochimsen, Rechtsgutachten 2020, S. 76 ff.

97) Ladurner/Walter/Jochimsen, Rechtsgutachten 2020, S. 90.

98) BVerfG, Urt. v. 11. 6. 1958 – 1 BvR 596/56 = BVerfGE 7, 377, 408; Kämmerer, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, 7. Aufl. 2021, Art. 12, Rdnrn. 127 f.; Ruffert, in: BeckOK Grundgesetz, 51. Ed. Februar 2022, Art. 12, Rdnrn. 87, 91; Sachs, in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 20, Rdnrn. 152 f.

99) So im Ergebnis auch Ladurner/Walter/Jochimsen, Rechtsgutachten 2020, S. 116.

100) Daum, in: BeckOK Sozialrecht, 65. Ed. Juni 2022, § 106d, Rdnr. 1; Ossege, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2018, § 106, Rdnrn. 5 f.; Scholz, in: Becker/Kingreen, SGB V, 8. Aufl. 2022, § 106, Rdnr. 3.

101) Vgl. Ossege, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2018, § 106, Rdnr. 4.

102) Vgl. zum gebotenen Gesamtvergleich der Leistungserbringer auch Kämmerer/Kleiner, MedR 2020, 531, 537.

103) Sodan, Rechtsgutachten 2021, S. 87 f.

Bei diesen Maßstäben stellt sich allerdings die Frage, ob ihnen ein realitätsentsprechendes Berufsverständnis der Leistungserbringer im Gesundheitswesen zugrunde liegt. Denn auch im klassischen Sinne freiberuflich tätige Vertrags(zahn)ärzte nehmen gewiss nicht ausschließlich aus beruflichem Altruismus an der Versorgung teil, sondern sind schlichtweg darauf angewiesen, mit ihrer Tätigkeit positive Renditen zu erzielen, um – nach Gewinnabführung auf private Konten – ihren eigenen und ihrer Familien Lebensunterhalt zu finanzieren. Finanzielles Gewinnstreben als solches ist elementarer Bestandteil in einem vertragsärztlichen Versorgungssystem, das private Berufsträger in seinen Dienst nimmt¹⁰⁴. Würde man den Regelungshintergrund des § 22 Ärzte-ZV-E konsequent anwenden, dürfte kein Vertragsarzt zugelassen werden, der nicht unentgeltlich oder gerade eben kostendeckend arbeiten möchte. Das wäre ebenso illusorisch wie unnötig, denn soweit individuelles Gewinnstreben – ob in Einzelfällen oder systematisch – überhandnehmen sollte, greift das etablierte und durchsetzungsstarke Prüf- und Regresssystem der §§ 106 ff. SGB V. Ein „latent erzeugter wirtschaftlicher Druck“¹⁰⁵ wird bei selbständigen Vertragsärzten sogar noch deutlich ausgeprägter sein als bei investorenbetriebenen MVZ, weil erstere mit ihrem höchstpersönlichen Vermögen – anders als externe Dritte – für das wirtschaftliche Gelingen ihrer Tätigkeit geradestehen müssen¹⁰⁶. Hinzu kommt rein tatsächlich, dass mit der aktuellen Debatte ein sprichwörtlicher Scheinwerfer dauerhaft auf investorenbetriebene MVZ gerichtet ist und diese vor allen anderen vermuten müssen, scharf kontrolliert zu werden.

b) Schutz der Versorgungsqualität und der Therapiefreiheit im MVZ

Zum Schutz der Therapiefreiheit in der Leistungserbringung, die *Sodan* unmittelbar mit der medizinischen Versorgungsqualität verknüpft¹⁰⁷, stellt sich § 22 Ärzte-ZV-E ebenfalls als nicht erforderlich dar.

Die Therapiefreiheit im Rahmen der ärztlichen Leistungserbringung in MVZ wird bereits durch § 95 Abs. 1 S. 3 SGB V und § 95 Abs. 2 S. 7 SGB V in Verbindung mit § 32b Abs. 2 und 3 Ärzte-ZV in Verbindung mit § 95d Abs. 5 SGB V sichergestellt. Nach diesen Vorschriften ist der ärztliche Leiter, der den medizinischen Bereich des MVZ verantwortet, ausdrücklich in medizinischen Fragen weisungsfrei, um die Therapiefreiheit im MVZ sicherzustellen¹⁰⁸; ferner sind angestellte Ärzte im MVZ ebenso wie freiberufliche Vertragsärzte verpflichtet, sich fachlich fortzubilden. Die entsprechenden (Anstellungs-)Verträge einschließlich des Vertrags der ärztlichen Leitung sind dem Zulassungsausschuss zur Genehmigung vorzulegen, der eventuelle Einflüsse der Geschäftsführung auf die ärztliche Therapiefreiheit auf diesem Weg prüfen und unterbinden kann. Die Regulierung der ärztlichen Leitung ist daher eine präzise Stellschraube zur Sicherung der Therapiefreiheit im MVZ¹⁰⁹.

Über die Fortbildungspflichten hinaus wird die Versorgungsqualität im MVZ – unabhängig von seiner Trägerschaft oder Finanzierung – durch §§ 135a, 135b SGB V unter gleichen Bedingungen wie von allen anderen Leistungserbringern eingefordert¹¹⁰. Ferner sorgen das zivile Haftungsrecht und das ärztliche Berufsrecht (vgl. insbesondere §§ 2 Abs. 4, 23 Abs. 2, 30 MBO-Ä) für flankierenden Schutz auch hinsichtlich dieses Ziels¹¹¹. Und schließlich ist es gleichermaßen an MVZ, gemäß § 19a Abs. 1 S. 2 Ärzte-ZV die gesetzlich vorgesehenen Sprechstundenzeiten anzubieten und damit an der Regelversorgung teilzunehmen. Verstöße sind auch hier sanktionsbewehrt.

Dem Anwendungsbereich des § 22 S. 3 Nr. 2 Ärzte-ZV-E verbleibt damit effektiv kein Raum mehr, in dem es noch weitergehenden Schutzes der Versorgungsqualität und der Therapiefreiheit bedürfte. MVZ und traditionelle Vertragsärzte sind gleichermaßen der Therapiefreiheit verpflichtet.

Das soziologische „Leitbild“ des freiberuflichen Vertragsarztes in kleiner Praxis als Repräsentant der öffentlichen Gesundheitsversorgung¹¹² ist heute zwar noch nicht zum Anachronismus geworden, stellt aber nach wie vor keine zum rechtsverbindlichen Maßstab geronnene Tradition dar. Eher läuft es Gefahr, den status quo des öffentlichen Gesundheitswesens um seiner selbst schützen zu wollen, was auf eine freiheitsrechtlich hochproblematische „Markt- abspernung“ aus sachfremden Motiven hinausläuft¹¹³.

c) Zwischenfazit

Selbst bei unterstellter Gefährdung der Versorgungslandschaft durch investorenbetriebene MVZ aufgrund von wirtschaftlichen Interessen der Fremdkapitalgeber wäre eine auf Zulassungsebene ansetzende Regelung wie § 22 Ärzte-ZV-E nicht erforderlich und schon aus diesem Grund verfassungswidrig. Denn eine Vielzahl von Regelungen insbesondere der Wirtschaftlichkeits- und Abrechnungsprüfung sowie der Binnenorganisation und Qualitätssicherung im MVZ können entsprechende Gefahren ebenso wirksam auf der milderen Ebene der Berufsausübung eindämmen. Ungeachtet dessen erscheint die Tatsachenlage aber von vornherein zu unklar, um Berufszulassungsregelungen legitimieren zu können.

4. Angemessenheit

Ein paar abschließende Gedanken seien der verfassungsrechtlich gebotenen Gesamtabwägung aller Umstände im Rahmen einer Angemessenheitsprüfung vorbehalten, die auf dem bisher entwickelten Gedankengebäude aufsetzen und es abrunden.

So stellt sich der immer weitergehende Ruf nach verschärfter Reglementierung von investorenbetriebenen MVZ als Marktprotektion dar, die im Rahmen von Lobbyarbeit erreicht werden soll. Es kann kaum übersehen werden, dass ein derart starker Regulierungswunsch auf einer solch schwachen Tatsachenbasis sich als Versuch darstellt, schlicht unliebsame Wettbewerber zu verdrängen. Juristisch soll die abstrakte Gefahr einer abstrakten Gefahr bekämpft werden. Nähme man dies gesetzgeberseitig auf und würde es mit der vielfach beschworenen weitreichenden Einschätzungsprärogative der Legislative zu halten versuchen, so müsste

104) *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 74, 95 f.

105) So *Sodan*, Rechtsgutachten 2021, S. 21 für die „systemische Struktur der Beteiligung eines Investors“ an MVZ.

106) *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 109.

107) *Sodan*, Rechtsgutachten 2021, S. 85 f.

108) BT-Dr. 17/6906, 70; BSG, Urt. v. 14. 12. 2011 – B 6 KA 33/10 R = MedR 2012, 695; *Gerlach*, in: *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 114. EL April 2022, § 95 SGB V, Rdnr. 23; *Joussen*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 8. Aufl. 2022, § 95, Rdnr. 9; *Pawlita*, in: *jurisPK SGB V*, 4. Aufl. 2020 (Stand 19. 7. 2022), § 95, Rdnr. 266; *Scholz/Bartha*, in: *BeckOK Sozialrecht*, 65. Ed. Juni 2022, § 95 SGB V, Rdnrn. 29 f.

109) *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 98, 123 ff.; hierzu auch *Pawlita*, in: *jurisPK SGB V*, 4. Aufl. 2020 (Stand 19. 7. 2022), § 95, Rdnrn. 267 f.

110) *Becker*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 8. Aufl. 2022, § 135a, Rdnrn. 3, 7 f.; *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 115 f.; *Regelin*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 135a SGB V, Rdnrn. 6 f.; *Schuler-Harms*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn*, Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2018, § 135a SGB V, Rdnr. 12; *Vossen*, in: *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 114. EL April 2022, § 135a SGB V, Rdnr. 2.

111) Weiterführend und äußerst detailliert *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 106 ff.

112) *Sodan*, Rechtsgutachten 2021, S. 14 f.

113) Vgl. hierzu bereits BVerfG, Urt. v. 11. 6. 1958 – 1 BvR 596/56 = BVerfGE 7, 377, 407 f.; *Ladurner/Walter/Jochimsen*, Rechtsgutachten 2020, S. 89; zu wiederkehrenden Stilmitteln in der berufsrechtlichen Rhetorik der Freien Berufe *Kämmerer/Kleiner*, MedR 2020, 531.

volkswirtschaftlich einberechnet werden, dass erhebliche Bestände und bereits erbaute Strukturen vom Markt gejagt würden, deren wirtschaftlich Berechtigte massive Schäden erlitten. Dieser Gewissheit graue Vermutungen gegenüberzustellen, ist verfassungsrechtlich nicht tragbar.

Mit Blick auf die Zeitschiene muss auch betont werden, dass das Terminservice- und Versorgungsgesetz auf das Jahr 2019 datiert und nicht einmal ernsthaft behauptet werden kann, dass die dortigen Neuerungen zeitlich in einem vernünftigen Rahmen evaluiert werden konnten. Mithin stünde einer aktuellen Einführung des § 22 Ärzte-ZV-E auch insoweit die fehlende Tatsachenbasis entgegen.

Schlussendlich sollte in einer marktwirtschaftlichen Ordnung auch offen bekannt werden, dass „pecunia non olet“¹¹⁴ mit Recht seitens *Wenner* auch für das Gesundheitssystem als Grundsatz herangezogen worden ist. Unangenehme Gerüche sind auf Fehlverhalten zulasten der ärztlichen Therapiefreiheit und der Versorgungsqualität für die Patienten anzumerken, wann immer es hierzu kommt. Gerade das kann aber bei investorenbetriebenen MVZ bislang nicht festgestellt werden. Vielmehr liegt es nahe, dass breite und gut durchdachte Verwaltungs- und Finanzstrukturen den Vorteil mit sich bringen, dass die dort angestellte Ärzteschaft sich einzig auf die Patientenversorgung fokussiert. Dabei sei auch seitens der Verfasser betont, dass jeglicher rechtswidrige Zugriff auf ärztliche Entscheidungen durch Nichtärzte unterbunden werden muss. Dies ist aber de lege lata längst gewährleistet. Verstöße sind zu verfolgen und zu ahnden.

V. Thesen

1. MVZ sind seit vielen Jahren Teil der vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung. Eine Erosion der öffentlichen Gesundheitsversorgung ist durch sie bislang ebenso wenig wie eine misswirtschaftliche Verdrängung anderer vertragsärztlicher Berufsausübungsformen zu verzeichnen.

2. Trotz stattgehabter eingehender Untersuchungen hat sich die Hypothese eines strukturellen Fehlverhaltens seitens investorenbetriebener MVZ nicht bestätigen lassen. Insbesondere wurde bislang nirgends ersichtlich, dass investorenbetriebene MVZ aus dem Motiv übermäßigen Ge-

winnstrebens heraus die ärztliche Unabhängigkeit oder die Patientensicherheit und deren hochqualitative Versorgung bedrohen.

3. Eine gesonderte Eignungsprüfung für die Trägerstruktur von MVZ, wie diese von *Sodan* vorgeschlagen worden ist, wäre nach aktueller Tatsachen- und Rechtslage verfassungswidrig. Sie würde insbesondere die Berufsfreiheit der betroffenen MVZ verletzen. Darüber hinaus dürfte die erwogene Eignungsprüfung aber auch mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nicht in Einklang zu bringen sein.

4. Selbst wenn eine maßvollere Eignungsprüfung erwogen würde, die sich nicht gegen das MVZ, sondern gegen einzelne Personen des Gründerkreises richtete, wäre dieselbe nicht zu halten. Mit Blick auf die vorgestellte verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zu konstatieren, dass der rechtliche Schutzschirm de lege lata hinreichend effektiv ist, um die ärztliche Tätigkeit und Unabhängigkeit gegen etwaiges Fehlverhalten von Investoren mit gesellschaftsrechtlichem Einfluss abzusichern.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

114) *Wenner*, SGB 2021, 593, 597.

Prothesen und Human Enhancement – Eine zivilrechtliche Einordnung

Niklas Biller-Bomhardt und Robin Ettl

Abstract

Die Weiterentwicklung im Bereich der Prothetik beeinflusst und führt unweigerlich zu der Frage, was die Ge-

Dr. iur. Niklas Biller-Bomhardt, Richter,
LG Frankfurt,
Gerichtsstraße 2, 60313 Frankfurt/Main, Deutschland

Robin Ettl, Wissenschaftlicher Mitarbeiter,
Institut für Versicherungsrecht,
Goethe-Universität Frankfurt,
Theodor-W.-Adorno-Platz 3,
60629 Frankfurt/Main, Deutschland

sellschaft und das Recht in Zukunft auch mit Blick auf das Human Enhancement erwartet. Grund genug, die sachenrechtliche Behandlung von künstlichen Körperteilen differenziert darzulegen sowie die Übertragbarkeit bestehender Grundsätze auf Human Enhancement Techniken zu diskutieren. Zivilrechtliche Folgefragen zu Prothesen und Human Enhancement stellen sich insbesondere mit Blick auf die vertragsrechtliche Rückabwicklung, Schmerzensgeldansprüche und das Erbrecht.

I. Mensch und Maschine

Bereits in den 80er Jahren zeichneten Science-Fiction-Filme wie *Terminator* (1984) und *RoboCop* (1987) erste Bilder