

Gefährdungen der Freiberuflichkeit durch investorenbetriebene medizinische Versorgungszentren

Rechtswissenschaftliche Stellungnahme

im Auftrag der
Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung

von

Universitätsprofessor Dr. iur. habil. Helge Sodan

Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht,
Öffentliches Wirtschaftsrecht und Sozialrecht
an der Freien Universität Berlin

Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a. D.

Berlin, im Juli 2023

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	3
B. Kurze Zusammenfassung	4
C. Rechtswissenschaftliche Stellungnahme im Einzelnen	5
I. Gefahren für die Freiberuflichkeit durch MVZ und ihre Berücksichtigung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit	5
1. Ursprüngliche Genese und Weiterentwicklung der MVZ	5
2. Attraktivität der MVZ für Zahnärzte und versorgungsfremde Investoren	7
3. Gefahren durch die MVZ für die ambulante Versorgung	9
II. Eckpfeiler der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung	11
1. Betroffene Grundrechte und Grundfreiheiten	11
2. Gefahrenprognose als Grundlage der Verhältnismäßigkeitsprüfung	12
a) Geeignetheit als Verortung der Gefahrenprognose	13
b) Materielle Anforderungen an die Gefahrenprognose	14
c) Keine Verdichtung der Prognoseentscheidung zu einer Nachweispflicht	15
d) Keine ungesicherte Gefahrenprognose im Hinblick auf investorengetragene MVZ	19
3. Abhängigkeit der Rechtfertigungsanforderungen von dem Berufsbild	21
III. Ausgewählte Maßnahmen zur Regulierung investorenbetriebener zahnärztlicher MVZ	24
1. Maßnahmen auf der Ebene der Gründungsbefugnis	24
a) Räumlicher und fachlicher Bezug des MVZ zur Versorgung	24
b) Verbot fachgleicher MVZ	29
c) Höchstgrenze der Versorgungsanteile	30
2. Maßnahmen auf der Ebene der Zulassung	33
a) Verbot von Gewinnabführungsverträgen	33
b) Sicherung der fachlichen Unabhängigkeit der im MVZ tätigen Ärzte und Zahnärzte	35
c) Eigener Reformvorschlag: Eignungsprüfung für MVZ	35
3. Eigener Reformvorschlag: Führung eines MVZ-Registers	36

A. Einleitung

In der vertragszahnärztlichen Versorgung steigt die Anzahl medizinischer Versorgungszentren (MVZ) kontinuierlich an. Hieraus resultiert eine Verschiebung der Struktur der vertragszahnärztlichen Versorgung. In der jüngsten Vergangenheit wenden sich zudem verstärkt Finanzinvestoren und Private-Equity-Gesellschaften dem deutschen Dentalmarkt zu. Über den Umweg des Erwerbs zugelassener Krankenhäuser, die wiederum zahnärztliche MVZ gründen und/oder erwerben bzw. betreiben dürfen, verschaffen sich Finanzinvestoren Zugang zum Dentalmarkt. Insgesamt nimmt die Anzahl von MVZ, die über ein Krankenhaus mittelbar von einem Finanzinvestor betrieben werden, kontinuierlich zu¹ und steigt im Verhältnis zu nicht von Investoren betriebenen zahnärztlichen MVZ schneller an.²

Mittlerweile beschäftigten sich einige Beiträge mit den rechtlichen Grenzen von MVZ und möglichen Regulierungen.³ Zuletzt forderte die Bundesärztekammer in einem Positionspapier mit dem Titel „Regelungsbedarf für Medizinische Versorgungszentren zur Begrenzung der Übernahme von MVZ durch fachfremde Finanzinvestoren und zur Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen und umfassenden ambulanten Versorgung“ zahlreiche Maßnahmen zur Sicherstellung einer hochwertigen ambulanten Versorgung und legte hierzu ausführliche Reformvorschläge vor.⁴ Darüber hinaus haben die Länder Bayern, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein einen Entschließungsantrag mit dem Titel „Schaffung eines MVZ-Regulierungsgesetzes“ in den Bundesrat eingebracht, den der Bundesrat am

¹ IGES Institut, Investorenbetriebene MVZ in der vertragszahnärztlichen Versorgung, Gutachten, 2020, S. 24 (Abbildung 1).

² IGES Institut, Investorenbetriebene MVZ in der vertragszahnärztlichen Versorgung, Gutachten, 2020, S. 25 (Abbildung 2).

³ *Sodan/Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021; *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023; *Wenner*, Mehr Chancen oder mehr Risiken für die vertragsärztliche Versorgung?, SGB 2021, 593 ff.; *ders.*, Gesundheitsrecht.blog, Jahrgang 2023, Beitrag Nr. 2; *Prütting/Hügel/Sowa*, Investorenbetriebene Medizinische Versorgungszentren in der ambulanten Versorgung – Regulatorischer Reformbedarf für Marktzugang und Marktverhalten, MedR 2022, 975 ff.

⁴ Bundesärztekammer, Positionen der Bundesärztekammer zum Regelungsbedarf für Medizinische Versorgungszentren zur Begrenzung der Übernahme von MVZ durch fachfremde Finanzinvestoren und zur Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen und umfassenden ambulanten Versorgung, veröffentlicht unter: https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/BAEK/Politik/Programme-Positionen/Positionspapier_BAEK_Regelungsbedarf_MVZ_2023_01_09.pdf, zuletzt aufgerufen am 28.6.2023, passim.

16. Juni 2023 beschlossen hat und der eine umfassende Regulierung von investorenbetriebenen MVZ fordert.⁵ Der Kollege *Martin Burgi* setzt sich in einem im Auftrag des Bundesverbands der Betreiber medizinischer Versorgungszentren e.V. erstatteten Rechtsgutachten mit dem Titel „Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ)“ mit diesem Positionspapier auseinander.⁶

Zu den gutachterlichen Ergebnissen von *Burgi* werde ich mit den folgenden Ausführungen Stellung beziehen, mich hierbei aber im Wesentlichen auf den *zahnärztlichen* Bereich konzentrieren.

B. Kurze Zusammenfassung

Zusammenfassend nehme ich zu den Ergebnissen der gutachterlichen Untersuchung von *Burgi* wie folgt Stellung:

- *Burgi* geht davon aus, dass eine unsichere Erkenntnislage hinsichtlich der Gefahren durch investorenbetriebene MVZ für die vertragszahnärztliche Versorgung dazu führt, dass sich regulierende Maßnahmen verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen ließen. Diese Rechtsauffassung trägt dem Prognosespielraum des parlamentarischen Gesetzgebers nicht hinreichend Rechnung. Insbesondere verdichtet sich der Prognosespielraum des Gesetzgebers nicht zu einer vollwertigen Nachweislast in Bezug auf das Bestehen von Gefahren, wenn deren Vorliegen weder sicher bestätigt noch sicher ausgeschlossen werden kann. Vielmehr bleibt es bei dem prognostischen Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers aus der ex-ante-Perspektive.
- Dies gilt umso mehr, als *Burgi* bezüglich einzelner Reformmaßnahmen fälschlicherweise von einem Berufsbild des „klinikunabhängigen MVZ-Betreibers“ ausgeht und daher im Rahmen der Grundrechtsprüfung in einzelnen Reformvorschlägen (insbesondere der Abhängigmachung der Gründungsbefugnis von Krankenhäusern von einem räumlich-fachlichen Bezug zum MVZ) unzutreffend eine objektive Berufszulassungsvoraussetzung

⁵ BR-Drs. 211/23.

⁶ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023. Das Gutachten ist unter <https://www.bbmV.de/positionen/rechtsgutachten-mvz-regulierung> öffentlich verfügbar (zuletzt aufgerufen am 20.6.2023).

annimmt, die besonders hohe Anforderungen an die Nachweislast bezüglich der Gefahrenprognose nach sich zöge. Diese höchste, entsprechend hohe Rechtfertigungsanforderungen auslösende Eingriffsintensität ist aber bei keinem der Reformvorschläge gegeben.

- Auf der Grundlage dieses zu engen Verständnisses von den Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers sowie von der grundgesetzlichen Eingriffs- und Rechtfertigungsdogmatik kommt *Burgi* bei nahezu allen Reformvorschlägen zum Ergebnis, diese beruhten auf keiner tragfähigen Grundlage, hilfsweise seien sie nicht verhältnismäßig. Bei genauerer Betrachtung der Reformvorschläge zeigt sich jedoch, dass sich diese Bewertung nicht aufrechterhalten lässt.
- Zudem ist die Erkenntnislage hinsichtlich der Gefahren durch investorenbetriebene MVZ keinesfalls so unsicher, wie *Burgi* es darstellt. Insbesondere von investorenbetriebenen MVZ gehen Gefahren für die Freiberuflichkeit in der vertragszahnärztlichen Versorgung aus, die mit regulierenden Maßnahmen eingedämmt werden müssen.
- Über die von der Bundesärztekammer vorgelegten Reformvorschläge – insbesondere das Erfordernis eines räumlich-fachlichen Bezugs von durch Krankenhäuser gegründeten MVZ – hinaus sollten die bereits geäußerten Ideen einer Eignungsprüfung für MVZ auf der Ebene der Zulassung sowie eines MVZ-Registers in Erwägung gezogen werden.

C. Rechtswissenschaftliche Stellungnahme im Einzelnen

Den zusammenfassenden Überlegungen liegen folgende Erwägungen zugrunde:

I. Gefahren für die Freiberuflichkeit durch MVZ und ihre Berücksichtigung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit

Die Tätigkeit versorgungsfremder Finanzinvestoren in der vertragszahnärztlichen Versorgung führt zu erheblichen Gefahren für die in diesem Bereich tätigen Freiberufler.

1. Ursprüngliche Genese und Weiterentwicklung der MVZ

Ich stelle zunächst in Frage, ob dieser Effekt durch die Schaffung der MVZ als Versorgungsform ursprünglich beabsichtigt war. Durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz)

vom 14. November 2003⁷ erweiterte der Gesetzgeber mit Wirkung ab 2004 den Kreis der Leistungserbringer, die zur vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung zugelassen sind, um die „zugelassenen medizinischen Versorgungszentren“. Hiermit eröffnete er den Vertrags(zahn)ärzten die Möglichkeit, eine Versorgung „aus einer Hand“ anzubieten, wie sie von den Polikliniken in der DDR bekannt war.⁸ Ursprünglich sollte das MVZ die Versorgungslandschaft durch eine Kooperationsform ergänzen, in der mehrere Ärzte *unterschiedlicher* Fachrichtungen eine umfassende Versorgung für die Versicherten anbieten.⁹ Neben rein ärztlichen Kooperationen beabsichtigte der Gesetzgeber die Schaffung von Einrichtungen, in denen eine „interdisziplinäre Zusammenarbeit von ärztlichen und nichtärztlichen Heilberufen“ stattfindet, die in einer „Versorgung aus einer Hand“ mündet.¹⁰ Dieses ursprüngliche Bild von MVZ hat sich durch mehrere Änderungen stark gewandelt und dazu geführt, dass sich die Kooperationsform MVZ inhaltlich stark an den Vertragsarzt sowie die Berufsausübungsgemeinschaften angenähert hat.¹¹ Stand ursprünglich der Aspekt der unmittelbaren Förderung der Versorgung im Mittelpunkt, sollen MVZ nunmehr das Interesse „an flexibler und verantwortungsarmer Tätigkeit von Nachwuchsärzten“¹² bedienen. Von dem „ursprünglich angedachten Zweck einer zentralisierten, fachübergreifenden aber schnittstellenarmen Versorgung“ ist im Grunde „nichts übrig geblieben“.¹³

Von dem ursprünglich fachübergreifenden Gedanken verabschiedete sich der Gesetzgeber später vollständig, was zugleich die wirtschaftliche Attraktivität der MVZ deutlich steigerte. Erhebliche Auswirkungen auf die Anzahl von zahnärztli-

⁷ BGBl. I S. 2190.

⁸ Vgl. den von den Fraktionen SPD, CDU/CSU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN beschlossenen Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 8. September 2003, BT-Drs. 15/1525, S. 74, 108.

⁹ Siehe zum ursprünglichen Konzept der MVZ etwa *Clemens*, in: Quaaas/Zuck/Clemens, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 17 Rn. 8 ff.

¹⁰ Siehe den von den Fraktionen SPD, CDU/CSU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN beschlossenen Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 8. September 2003, BT-Drs. 15/1525, S. 74.

¹¹ Vgl. *Ladurner*, *Ärzte-ZV, Zahnärzte-ZV*, Kommentar, 2017, § 95 SGB V Rn. 26.

¹² *Flasbarth*, Die Ewigkeitsgenehmigung für medizinische Versorgungszentren am Beispiel der kontingentierte Abrechnungsgenehmigung gem. § 121a SGB V, in: Katzenmeier/Ratzel (Hrsg.), *Festschrift für Franz-Josef Dahm*, 2017, S. 139.

¹³ *Flasbarth*, Die Ewigkeitsgenehmigung für medizinische Versorgungszentren am Beispiel der kontingentierte Abrechnungsgenehmigung gem. § 121a SGB V, in: Katzenmeier/Ratzel (Hrsg.), *Festschrift für Franz-Josef Dahm*, 2017, S. 139.

chen MVZ hatte insoweit das Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz) vom 16. Juli 2015¹⁴, durch welches das Erfordernis der fachübergreifenden Ausrichtung der MVZ gestrichen wurde.¹⁵ Diese Folge beabsichtigte der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung im Hinblick auf Zahnärzte mit seiner Änderung ausdrücklich.¹⁶ Infolgedessen stieg der Anteil rein zahnärztlicher MVZ stark an.¹⁷ Gab es Ende des vierten Quartals 2015 ganze 87 zahnärztliche MVZ,¹⁸ beläuft sich ihre Zahl zum Ende des ersten Quartals 2020 auf 1.000¹⁹.

2. Attraktivität der MVZ für Zahnärzte und versorgungsfremde Finanzinvestoren

Es lässt sich nicht in Abrede stellen, dass MVZ spürbare Vorzüge insbesondere für junge Zahnärzte haben können. Die unternehmerisch geführten MVZ²⁰ eröffnen vor allem jungen Zahnärzten als Angestellten die Möglichkeit, sich auf die Ausübung des zahnärztlichen Berufs zu fokussieren, ohne das wirtschaftliche Risiko sowie die technisch-administrativen Aufgaben bei den natürlichen Personen zu verorten.²¹ Allerdings besteht diese Möglichkeit ebenso im Falle einer zahnärztli-

¹⁴ BGBl. I S. 1211.

¹⁵ *Niggehoff*, in: Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. Aufl. 2018, § 18 Rn. 11b.

¹⁶ Vgl. den von der Bundesregierung beschlossenen Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung, BT-Drs. 18/4095, S. 105. Vgl. ferner *Schaks*, Das Medizinische Versorgungszentrum nach dem GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, NZS 2016, 761 (762).

¹⁷ *Niggehoff*, in: Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. Aufl. 2018, § 18 Rn. 11b; *Ossege*, Beteiligungen von Private-Equity-Gesellschaften an zahnärztlichen MVZ-Trägergesellschaften, GesR 2019, 281; *Rademacker*, in: Körner/Leitherer/Mutschler/Rolfs (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, § 95 SGB V Rn. 54 (Stand der Kommentierung: August 2019).

¹⁸ KZBV, An der vertragszahnärztlichen Versorgung teilnehmende medizinische Versorgungszentren in Deutschland, Statistik MVZ, Stand: 31. März 2020, S. 34 Grafik 27.

¹⁹ IGES Institut, Investorenbetriebene MVZ in der vertragszahnärztlichen Versorgung, Gutachten, 2020, S. 14; KZBV, An der vertragszahnärztlichen Versorgung teilnehmende medizinische Versorgungszentren in Deutschland, Statistik MVZ, Stand: 31. März 2020, S. 34 Grafik 27.

²⁰ So ausdrücklich der von den Fraktionen SPD, CDU/CSU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN beschlossene Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 8. September 2003, BT-Drs. 15/1525, S. 74.

²¹ *Sodan/Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 24.

chen Anstellung in einer Zahnarztpraxis bzw. Berufsausübungsgemeinschaft. Zudem ist die Bewertung der Arbeitsbedingungen in MVZ durch die Mitarbeiter nicht uneingeschränkt positiv, was z.B. in einer deutlich höheren Fluktuation von Fachkräften zum Ausdruck kommt²².

Gleichzeitig sind MVZ aber besonders attraktiv für Finanzinvestoren. In der zahnärztlichen Versorgung liegt der „Einstieg“ von Fremdkapital auch besonders nahe. Aufgrund der technikintensiven Ausstattung von Zahnarztpraxen spielt Fremdkapital für ihre Finanzierung eine bedeutende Rolle.²³ Insofern wird ein Großteil der Vertragszahnärzte für ihre Niederlassung auf Fremdkapital angewiesen sein. Vertragszahnärzte, die das Ende ihres Berufslebens erreichen, haben regelmäßig ein Interesse daran, ihre Praxis zu veräußern.²⁴ Unter den Fremdkapitalgebern kann man zwischen „klassischen“ Fremdkapitalgebern, die über Gründungs- und Investitionskredite an der Praxisentwicklung partizipieren, und solchen Kapitalgebern unterscheiden, die Eigner oder Teilhaber der Praxen werden und aktiv Einfluss auf das operative Geschäft nehmen.²⁵ Die zuletzt beschriebenen Fremdkapitalgeber treten häufig, jedoch nicht ausschließlich in der Form von (juristischen) Personen auf, die eigene oder fremde Vermögensverwaltung betreiben.²⁶ Unter den Kapitalgebern finden sich sowohl Gesellschaften im Familienbesitz als auch Private-Equity-Gesellschaften.²⁷ Diese Investoren stimmen darin überein, dass sie die Beteiligung an zahnärztlichen MVZ als Anlagestrategie für

²² Vgl. *Schöneberg/Vitos*, Branchenanalyse Medizinische Versorgungszentren, Hans Böckler Stiftung, Mai 2023, S. 70 ff.

²³ Siehe die Zusammensetzung des Finanzierungsvolumens für allgemein Zahnärztliche Existenzgründungen bei *Klingenberger/Köhler*, IDZ, Investitionen bei der zahnärztlichen Existenzgründung 2018, S. 4 ff., abrufbar unter https://www.idz.institute/fileadmin/Content/Publikationen-PDF/ZahnmedForschVersorg-2_2019_2_2.pdf (zuletzt abgerufen am 28.6.2023). Ebenso KZBV, Jahrbuch 2019, S. 134-137, <https://www.kzbv.de/kzbv-jahrbuch-2019.media.381dcb7f99745a1edf1e2c179a5624b3.pdf> (zuletzt abgerufen am 24. Oktober 2020). Siehe darüber hinaus den Verweis auf das steigende Investitionsvolumen durch *Bischoff*, Wachstum zwischen Freiberuflichkeit und reinem Renditedenken, in: Investoren und Z-MVZ, ZP Sonderausgabe 2019, S. 4. Generell in Bezug auf Heilberufe *Kämmerer/Kleiner*, Fremdinvestoren und Fremdkapital bei MVZ – rechtliche Probleme und Lösungsansätze, MedR 2020, 531 (532).

²⁴ *Nies/Nies*, Zahnärzte-MVZ (Z-MVZ) und die Entwicklung des Zahnarztmarktes, ZP Sonderausgabe 2019, S. 1 (3). Vgl. auch *T. Bischoff*, „Rechtliche Rahmenbedingungen können bei einem Z-MVZ den Weg zum Erfolg ebnen“, ZP Sonderausgabe 2019, S. 18.

²⁵ KZBV, Fremdinvestoren im Bereich zahnärztlicher Medizinischer Versorgungszentren, Stand: 26. September 2019, S. 3.

²⁶ KZBV, Fremdinvestoren im Bereich zahnärztlicher Medizinischer Versorgungszentren, Stand: 26. September 2019, S. 3.

²⁷ KZBV, Fremdinvestoren im Bereich zahnärztlicher Medizinischer Versorgungszentren, Stand: 26. September 2019, S. 3.

eigenes oder fremdes Vermögen begreifen²⁸ und in relativ kurzen Zeiträumen die maximale Rendite aus dem Erwerb, der Entwicklung sowie insbesondere der Veräußerung zahnärztlicher MVZ zu erwirtschaften versuchen.²⁹ Die Strategien der Private-Equity-Gesellschaften sind auf einen profitablen Weiterverkauf an einen strategischen Investor, eine andere Private-Equity-Gesellschaft oder durch einen Börsengang nach relativ kurzer Haltedauer von vier bis fünf Jahren ausgelegt. Damit verbunden sind Maßnahmen zur Kostensenkung und Erhöhung der Einnahmen und eine Orientierung an betriebswirtschaftlichen Kennzahlen.³⁰ Dokumentiert wird diese Strategie durch die Übernahmen und Weiterverkäufe von MVZ-Strukturen in den vergangenen Jahren im vertrags(zahn)ärztlichen Versorgungsbereich.³¹ Dem entsprechen eine mäßige Bewertung der Arbeitsbedingungen in diesen Einheiten und insbesondere eine höhere Fluktuation als in normalen vertrags(zahn)ärztlichen Praxisstrukturen.³²

3. Gefahren durch die MVZ für die ambulante Versorgung

Diese soeben geschilderte Vorgehensweise von Finanzinvestoren bei deren Eintritt in die ambulante Versorgung über Gründung bzw. Erwerb und Betrieb von (Krankenhaus-)MVZ hat insoweit Gefahren für die Versorgungslandschaft zur Folge. Erwartungsgemäß führt dies nämlich dazu, dass vor allem Gewinninteressen in den Vordergrund der Tätigkeit rücken. Hiermit verbunden sind nicht unerhebliche Gefahren für die Versorgungsqualität und -stabilität. Soweit sich eine Situation einstellt, in der die Gewinnerzielung wichtiger als die sachgerechte Behandlung wird, stellt dies eine nicht unerhebliche Gefahr für die Versorgung dar.

Gefahrbe gründend ist dabei schon die zuvor unter 2. beschriebene „Buy-and-build“-Strategie von Private-Equity-Gesellschaften als solche, denn die Grundidee einer kurzfristigen Renditemaximierung und regelhafter, gewinnbringender Absto-

²⁸ J. Bischoff, Wachstum zwischen Freiberuflichkeit und reinem Renditedenken, in: Investoren und Z-MVZ, ZP Sonderausgabe 2019, S. 4 (6).

²⁹ Siehe zu den Private-Equity Gesellschaften sowie zu ihrer Vorgehensweise Scheuplein/Evans/Merkel, Übernahmen durch Private Equity im deutschen Gesundheitssektor, IAT Discussion Papers 19/1, 2019, S. 20 ff.

³⁰ Vgl. Schöneberg/Vitols, Branchenanalyse medizinische Versorgungszentren, Hans Böckler Stiftung, Mai 2023, S. 41.

³¹ Vgl. Schöneberg/Vitols, Branchenanalyse medizinische Versorgungszentren, Hans Böckler Stiftung, Mai 2023, S. 48 ff.

³² Vgl. Schöneberg/Vitols, Branchenanalyse medizinische Versorgungszentren, Hans Böckler Stiftung, Mai 2023, S. 71 ff.

ßung nach ca. vier bis fünf Jahren erhöht nicht nur den Renditedruck und die Gefahr von Abrechnungsoptimierungen, Konzentration auf lukrative Leistungsbereiche sowie Einsparungen auf der Kostenseite, sondern verfolgt wegen der regelhaft nur kurzfristigen Haltedauer von vornherein überhaupt nicht die Zielsetzung, die Versorgung langfristig sicherstellen.

Das Interesse von Finanzinvestoren einer möglichst gewinnorientierten Praxis birgt die Gefahr, dass sich eine „Kommerzialisierung“ der vertragszahnärztlichen Versorgung einstellt. Finanzinvestoren richten ihren Fokus zumeist auf die kurzfristig maximal erzielbare Rendite. Dies kann zu einem Zielkonflikt zwischen der Versorgungsqualität einerseits sowie der kommerziellen Erwartung andererseits führen. Die Versorgungsqualität in der Fläche gerät dabei häufig in den Hintergrund. Denn die Arbeit in größeren Organisationseinheiten ist regelmäßig wirtschaftlicher als in kleinen Praxen. Kettenbildungen und die Schaffung von „Filia- len“ verteilen zudem das Standortrisiko. Das Phänomen der „Kettenbildung“ ist in der vertragszahnärztlichen Versorgung festzustellen; es ist sogar anzunehmen, dass die Bildung von MVZ-Ketten eine besondere Zielsetzung der Träger ist.³³

Das Gewinninteresse der MVZ führt darüber hinaus zu der Annahme, dass es zu Fällen einer *mittelbaren* oder *faktischen* Einflussnahme auf die angestellten Zahnärzte kommen kann. Hierauf lassen entsprechende Erfahrungen aus dem europäischen Ausland schließen. In investorenbetriebenen MVZ besteht jedenfalls ein systemisch hoher Umsatzdruck. Es ist offenkundig, dass die Investoren hinter den Krankenhäusern Überlegungen zu dem Ergebnis ihres Investments anstellen. Den angestellten Zahnärzten ist das Ziel ihres Arbeitgebers sowie des dahinterstehenden Finanzinvestors bewusst. Der insofern latent erzeugte wirtschaftliche Druck auf die Therapiefreiheit der Zahnärzte kann typischerweise auf solche Situationen durchschlagen, in denen medizinisch mehrere vertretbare Behandlungsalternativen bestehen. Naheliegend ist die Annahme, dass diejenige Alternative gewählt wird, die aus Sicht des MVZ wirtschaftlich vorteilhaft ist. Die systemische Struktur der Beteiligung eines Investors führt daher zu einer Gefahr der Beeinflussung der Versorgungsqualität.³⁴

³³ Sodan/Schmitt, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 50 f.

³⁴ Sodan/Schmitt, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 44 f.

II. Eckpfeiler der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung

Den soeben aufgezeigten Gefahren soll nun mit Reformideen begegnet werden, die auch die vertragszahnärztliche Versorgung betreffen. Unabhängig von konkreten Reformvorschlägen liegt der grundsätzliche Dissens offensichtlich in der Frage, ob sich Eingriffe in die Grundrechte und Grundfreiheiten der MVZ bzw. ihrer Trägergesellschaften verfassungsrechtlich rechtfertigen lassen. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Qualität der Tatsachengrundlage für die gesetzgeberische Prognoseentscheidung sowie im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit die Bestimmung des Berufsbildes zu untersuchen.

1. Betroffene Grundrechte und Grundfreiheiten

Die Regulierung von MVZ führt zu Eingriffen in die verfassungsrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit. Soweit bestimmte Betriebsformen, etwa die Trägerschaft durch versorgungsfremde Investoren, für die Zukunft nicht mehr möglich sind, müssen diese an der in Art. 14 GG geschützten Eigentumsgarantie gemessen werden. Daneben können Vorgaben des europäischen Unionsrechts zu beachten sein. Zutreffend ist zwar, dass die Grundfreiheiten des europäischen Unionsrechts auch im Falle der MVZ relevant werden können. Das setzt allerdings einen sogenannten grenzüberschreitenden Sachverhalt voraus.³⁵ Selbst wenn ein solcher vorliegt, etwa weil eine Trägergesellschaft ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union hat, orientieren sich die Verhältnismäßigkeitserwägungen an ähnlichen Maßstäben, die auch im innerstaatlichen Recht gelten³⁶.

Zu weit geht jedoch die Annahme, dass Grundrechte von Patienten bzw. Versicherten betroffen seien. Sofern *Burgi* hierzu mit der freien Arztwahl argumentiert³⁷, bleibt hierbei unberücksichtigt, dass diese *überhaupt nicht beeinträchtigt* ist. Denn die freie Arztwahl der Versicherten kann nur eine Auswahlfreiheit unter

³⁵ *Möstl*, Schutz gegen Diskriminierungen und Beschränkungen in rechtsordnungsübergreifenden Konstellationen, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2. Aufl. 2022, § 71 Rn. 20, 24.

³⁶ *Möstl*, Schutz gegen Diskriminierungen und Beschränkungen in rechtsordnungsübergreifenden Konstellationen in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. III, 2. Aufl. 2022, § 71 Rn. 29.

³⁷ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 31.

den bestehenden Versorgungsangeboten bedeuten. Sie umfasst dagegen keine Auswahlmöglichkeit hinsichtlich bestimmter Organisations- und Rechtsformen der Leistungserbringer.³⁸

2. Gefahrenprognose als Grundlage der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Ein zentraler Aspekt der wissenschaftlichen Debatte ist die Frage, mit welchen Anforderungen an die Gefahrenprognose Freiberufler wirksam durch gesetzliche Reformen abgesichert werden können. Insbesondere wird der Vorwurf erhoben, eine Gefahrenprognose könne nicht zu einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ausreichen, wenn sich potenzielle Gefahren *derzeit* weder belegen noch widerlegen lassen und deshalb im Grunde zunächst Rechtstatsachenforschung notwendig wäre. Dies ist aus folgenden Gründen nicht der Fall:

Aus der Perspektive des parlamentarischen Gesetzgebers sind unterschiedliche Gefahren, ausgehend von investorenbetriebenen MVZ, vorstellbar. Dabei kann es sich um Gefahren für die Versorgungsstrukturen im Allgemeinen und Gefahren für die Freiberuflichkeit der übrigen Leistungserbringer sowie für die Versorgung in der Fläche handeln. Welche dieser Gefahren sich tatsächlich realisieren, ist aus der *ex-ante-Perspektive* meist *nicht vorhersehbar*, sodass der Gesetzgeber Entscheidungen auf *Prognosen* stützen muss. Grundlagen der Prognoseentscheidung sind konkrete Anhaltspunkte für etwaige Gefahren. Ein vorgreifliches Tätigwerden des Gesetzgebers ist erforderlich, um keine Situation eintreten zu lassen, die sich im Nachgang kaum mehr umkehren ließe. So liegt der Fall auch hier: Verschiebt sich die Versorgungslage einseitig zugunsten der MVZ, werden regulierende Maßnahmen, die ausschließlich im Nachhinein ansetzen, keine durchschlagene Wirkung haben.

Bei der Mittelauswahl ist grundsätzlich Folgendes zu beachten: Der Gesetzgeber hat hinsichtlich der Frage, welche Zwecke er verfolgen darf, eine weitgehende Gestaltungsfreiheit und ist insbesondere in der Entscheidung frei, ob er mit seinem Mittel ein oder mehrere Zwecke verfolgt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Zulässigkeit des Mittels „zusammenschauend an Haupt- und Nebenzweck des Gesetzes zu messen“.³⁹ Gerichtet ist diese Festlegung also

³⁸ Siehe dazu, dass der Grundsatz der freien Arztwahl nach § 76 SGB V „keinen gegen den Arzt oder den Staat gerichteten Verschaffungsanspruch“ beinhaltet, *Lang*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, 8. Aufl. 2022, § 76 Rn. 4.

³⁹ BVerfGE 30, 292 (318).

darauf, welcher Zustand durch die gesetzliche Regelung zu erreichen ist.⁴⁰ „Legitim ist grundsätzlich jedes öffentliche Interesse, das verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen ist. Welche Zwecke legitim sind, hängt dabei auch vom jeweiligen Grundrecht ab, in das eingegriffen wird. Nicht legitim ist insbesondere eine Aufhebung des in dem jeweiligen Grundrecht enthaltenen Freiheitsprinzips als solchen“.⁴¹

a) Geeignetheit als Verortung der Gefahrenprognose

Ob der parlamentarische Gesetzgeber eine Prognoseentscheidung getroffen hat, die einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung standhält, wird bereits bei der Prüfung der Geeignetheit einer Maßnahme thematisiert. Ein Mittel ist im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit schon dann geeignet, „wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann“.⁴² Das Mittel muss nicht optimal, sondern nur der Zweckerreichung dienlich sein.⁴³ Der Gesetzgeber ist dabei zur typisierenden Betrachtung befugt,⁴⁴ ohne dass „der Erfolg in jedem Einzelfall auch tatsächlich erreicht wird oder jedenfalls erreichbar ist“⁴⁵. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber im Rahmen von dessen wirtschafts-, arbeits- und sozialpolitischen Entscheidungsfreiheit einen grundsätzlich nicht nachprüfbaren Prognosespielraum bzw. eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Ungewissheit über die Auswirkungen eines Gesetzes eingeräumt und sich darauf beschränkt, unter Berücksichtigung des zu prüfenden Sachbereichs, der Beurteilungs-

⁴⁰ *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, 2001, S. 30.

⁴¹ BVerfGE 124, 300 (331). Beispiele für verfassungswidrige Ziele nennt *Merten*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: ders./Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III, 2009, § 68 Rn. 54 f.

⁴² BVerfGE 30, 292 (316); 96, 10 (23); 115, 276 (308); 120, 224 (240); BVerfG(K), NJW 2011, 1578 (1580 Rn. 38); fast wortgleich BVerfGE 126, 112 (144); 143, 246 (348 Rn. 285).

⁴³ Vgl. BVerfGE 96, 10 (23); 143, 246 (348 Rn. 285).

⁴⁴ BVerfGE 11, 245 (254); 17, 1 (23 ff.); 25, 352 (364); 26, 16 (37); 41, 126 (187); 51, 115 (122 f.); 60, 16 (39); 77, 275 (285); 78, 214 (226 f.). Ausführlich zur gesetzgeberischen Typisierungsbefugnis *Plappert*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei gebundenen Verwaltungsentscheidungen, 2020, 232 ff.

⁴⁵ BVerfGE 96, 10 (23).

möglichkeit und der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter eine Evidenzkontrolle⁴⁶, eine Vertretbarkeitskontrolle⁴⁷ oder eine weitgehende inhaltliche Kontrolle⁴⁸ durchzuführen.⁴⁹ Der vom Gesetzgeber angestrebte Erfolg muss aber bei einer ex-ante-Betrachtung zumindest als möglich erscheinen.⁵⁰ Das eingesetzte Mittel ist also nicht geeignet und daher unverhältnismäßig, wenn es „objektiv untauglich“⁵¹, „objektiv ungeeignet“⁵² oder „schlechthin ungeeignet“⁵³ ist. Das Bundesverfassungsgericht prüft nicht, ob außer dem vom Gesetzgeber konkret gewählten Mittel „auch andere ebenfalls geeignete Maßnahmen denkbar sind“.⁵⁴

b) Materielle Anforderungen an die Gefahrenprognose

Die Bestimmung der Geeignetheit eines Mittels stellt aber im Grunde immer eine *prognostische* Entscheidung dar, weshalb eine gesetzliche Maßnahme „nicht schon deshalb als verfassungswidrig angesehen werden“ kann, „weil sie auf einer Prognose beruht, die sich später als unrichtig erweist“.⁵⁵ Entscheidend für die Beurteilung der Zwecktauglichkeit ist der Zeitpunkt des Erlasses der Norm (*ex-ante-Perspektive*).⁵⁶ 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.⁵⁷ Über Wertungen und tatsächliche Beurteilungen des Gesetzgebers kann sich

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 36, 1 (17); 37, 1 (20); 40, 196 (223); 82, 60 (91 f.); 125, 175 (226).

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 30, 250 (263); 39, 210 (225 f.); 50, 290 (333); 57, 139 (159 f.); 77, 84 (106); 88, 203 (262).

⁴⁸ Vgl. BVerfGE 7, 377 (415); 82, 43 (51).

⁴⁹ BVerfGE 153, 182 (272 Rn. 237).

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 96, 10 (23).

⁵¹ BVerfGE 16, 147 (181); BVerfG(K), NJW 2011, 1578 (1580 Rn. 38).

⁵² BVerfGE 17, 306 (317) betr. Mitfahrerzentralen – Untauglichkeit des Mittels bejaht; vgl. ferner BVerfGE 65, 1 (64).

⁵³ BVerfGE 47, 109 (117); 61, 291 (313 f.); 71, 206 (215 f.); 73, 301 (317); 115, 118 (162).

⁵⁴ BVerfGE 70, 1 (26).

⁵⁵ BVerfGE 113, 167 (234).

⁵⁶ BVerfGE 30, 250 (263); 113, 167 (234); Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), 568 (572); Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981, 53.

⁵⁷ BVerfGE 50, 290 (333 f.); vgl. dazu ferner BVerfGE 90, 145 (173); 109, 190 (240 f.).

das Bundesverfassungsgericht jedenfalls dann „hinwegsetzen, wenn sie *widerlegbar* sind“⁵⁸. Wegen der bloß oberflächlichen verfassungsgerichtlichen Kontrolle wird „die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Maßnahme aus dem Gesichtspunkt der objektiven Zweckuntauglichkeit nur sehr selten und nur in ganz besonders gelagerten Fällen festgestellt werden können“⁵⁹. Die Anforderungen an die Geeignetheit einer Maßnahme und damit an den Grad der Sicherheit einer Prognose „steigen proportional zur Intensität der Freiheitsbeschränkung“.⁶⁰ Lässt sich eine Prognose im Zeitpunkt des Erlasses der Norm aufgrund von Unsicherheiten nicht sicher treffen, so wird dadurch nicht die Befugnis des Gesetzgebers zum Normerlass eingeschränkt.⁶¹

c) Keine Verdichtung der Prognoseentscheidung zu einer Nachweispflicht

Korrespondierend zum Einschätzungs- und Prognosespielraum folgt für den Gesetzgeber zwar die Pflicht, Fehlprognosen nachzubessern,⁶² indem die Tatsachen, die zu einer Prognose geführt haben, „in ihrer weiteren Entwicklung zu beobachten und regelmäßig zu überprüfen sind“⁶³. Diese Pflicht verdichtet sich jedoch nicht zu einer vollwertigen Nachweislast in Bezug auf das Bestehen von Gefahren, wenn deren Vorliegen weder sicher bestätigt noch sicher ausgeschlossen werden kann. Vielmehr bleibt es bei dem prognostischen Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers aus der ex-ante-Perspektive.

Das bringt das Bundesverfassungsgericht in zahlreichen Entscheidungen zum Ausdruck, auch und gerade in denjenigen Entscheidungen, die *Burgi* als Nachweis für eine Verengung des gesetzgeberischen Prognosespielraums anführt. Ein Beispiel hierfür sind die Ausführungen in einem Beschluss vom 6. Oktober 1987 zur

⁵⁸ BVerfGE 45, 187 (238); vgl. BVerfGE 39, 210 (230) – ohne die Hervorhebung.

⁵⁹ BVerfGE 39, 210 (230 f.).

⁶⁰ SG München, SGB 1996, 134 (135); vgl. auch BVerfGE 113, 348 (386); *Hillgruber*, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2011, Bd. IX, § 201 Rn. 70.

⁶¹ *Seedorf*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung, in: Lepsius/Jestaedt (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, 129 (143 f.).

⁶² BVerfGE 113, 167 (234); vgl. BVerfGE 25, 1 (13); 49, 89 (130 ff.); 50, 290 (335); 57, 139 (162 f.); 77, 84 (109); 83, 1 (21 f.); 89, 365 (378 ff.); 123, 186 (242).

⁶³ *Seedorf*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung, in: Lepsius/Jestaedt (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, 129 (144 m. w. N.); vgl. BVerfGE 111, 333 (360).

Verfassungsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe. Hier legt das Bundesverfassungsgericht dar:

„Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Gebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will. Auch bei der Prognose und Einschätzung gewisser der Allgemeinheit drohender Gefahren, zu deren Verhütung der Gesetzgeber glaubt tätig werden zu müssen, billigt ihm die Verfassung einen Beurteilungsspielraum zu, den er nur dann überschreitet, wenn seine Erwägungen so offensichtlich fehlsam sind, daß sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können (vgl. BVerfGE 30, 292 [317] m. w. N.). Dies gilt entsprechend für die Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele (vgl. BVerfGE 25, 1 [18 ff.]; 30, 250 [262 f.]; 39, 210 [230 f.]; 40, 196 [223]; 61, 291 [313 f.] m. w. N.). Bei der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung ist besondere Zurückhaltung auch deswegen geboten, weil der Gesetzgeber bei der Wiederherstellung der durch illegale Leiharbeit gestörten Ordnung auf dem Teilarbeitsmarkt des Baugewerbes auf besonders komplexe, schwer überschaubare und im einzelnen unklare Verhältnisse einwirken muß.“⁶⁴

Von einer Einschränkung des Prognosespielraums kann an dieser Stelle keine Rede sein. Vielmehr darf der Gesetzgeber eine Prognose bis zum rechtlich nicht mehr Vertretbaren umsetzen. Der zugestandene Prognosespielraum wird auch nicht durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Februar 2003 betreffend ein Verbot des Versandes von Impfstoffen von Apotheken an Ärzte aufgeweicht. Hier heißt es lediglich:

„Im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG muss zwischen dem Nutzen für das Gemeinwohl und den die Berufstätigen belastenden Vorkehrungen noch sinnvoll abgewogen werden können. Diese Abwägung setzt voraus, dass der Bezug gesetzlich angeordneter Maßnahmen zum Gemeinschaftsgut hinreichend spezifisch ist. Auch zur Begründung von Eignung und Erforderlichkeit ist ein nachvollziehbarer Wirkungszusammenhang notwendig. Je enger der Bezug von Vorschriften zu einem Schutzgut ist, desto eher lassen sich Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit verfassungsrechtlich rechtfertigen. Steht dagegen die grundrechtliche Beschränkung nur in einem entfernten Zusammenhang zum Gemeinschaftsgut, so kann dieses nicht generell Vorrang vor der Berufsausübungsfreiheit beanspruchen (vgl. BVerfGE 85, 248 [261]).“⁶⁵

⁶⁴ BVerfGE 77, 84 (106 f.).

⁶⁵ BVerfGE 107, 186 (197).

Nicht „sodann“⁶⁶, sondern bereits im Absatz zuvor erläutert das Bundesverfassungsgericht, dass ein Prognosespielraum dann nicht richtig ausgefüllt wird, wenn die Wertungen widersprüchlich sind; ferner wird die Einschätzung „fraglich, wenn zur Begründung von Gesetzesänderungen Gefährdungspotentiale herangezogen werden, die eine intensivere Beschränkung der Berufsfreiheit plausibel machen sollen, obwohl dafür tatsächliche Erkenntnisse fehlen. Auch dürfen Erfahrungen mit einer älteren, die Berufsangehörigen weniger belastenden Gesetzeslage bei einer Novellierung nicht einfach unbeachtet bleiben.“⁶⁷

Hiermit werden aber Prognosespielräume auch bei einer (noch) unsicheren Tatsachengrundlage (im Falle einer „non-liquet“-Situation⁶⁸) nicht vollständig aufgehoben. Insoweit ist die These, die „Beschränkung des verfassungsrechtlichen Maßstabs auf bloße Plausibilität [sei] [...] dann nicht ausreichend, wenn empirische Erkenntnisse vorhanden sind“⁶⁹, nicht uneingeschränkt aufrecht zu erhalten. Vielmehr darf der parlamentarische Gesetzgeber auch und gerade dann mit plausiblen Anhaltspunkten arbeiten. Ein gutes Beispiel, welches auch *Burgi* erkennt, ist der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19. November 2021 betreffend die Maßnahmen der Bundesnotbremse zu Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen („Bundesnotbremse I“). Hier führt der Erste Senat aus:

„Geht es um schwerwiegende Grundrechtseingriffe, dürfen Unklarheiten in der Bewertung von Tatsachen grundsätzlich nicht ohne Weiteres zu Lasten der Grundrechtsträger gehen. Jedoch kann sich – wie hier – auch die Schutzpflicht des Staates auf dringende verfassungsrechtliche Schutzbedarfe beziehen. Sind wegen Unwägbarkeiten der wissenschaftlichen Erkenntnislage die Möglichkeiten des Gesetzgebers begrenzt, sich ein hinreichend sicheres Bild zu machen, genügt es daher, wenn er sich an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert (vgl. BVerfGE 153, 182 [272 f. Rn. 238] m.w.N.). Dieser Spielraum gründet auf der durch das Grundgesetz dem demokratisch in be-

⁶⁶ So aber *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 36.

⁶⁷ BVerfGE 107, 186 (197).

⁶⁸ Vgl. dazu *Wenner*, Mehr Chancen oder mehr Risiken für die vertragsärztliche Versorgung?, SGB 2021, 593 (596).

⁶⁹ So *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 38.

sonderer Weise legitimierten Gesetzgeber zugewiesenen Verantwortung dafür, Konflikte zwischen hoch- und höchstrangigen Interessen trotz ungewisser Lage zu entscheiden.“⁷⁰

Die Corona-Pandemie ist ein Musterbeispiel dafür, dass Prognoseentscheidungen gerade dann möglich und, sofern sie auf plausibler Grundlage erfolgen, auch rechtlich vertretbar sind, wenn die wissenschaftliche Erkenntnislage alles andere als sicher ist. Das von *Burgi* zitierte Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2020 zum Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung bestätigt diese Einschätzung. So stellt dieses Gericht fest, dass die Auswirkungen des gewerblichen assistierten Suizids wissenschaftlich „wenig erforscht“ sind.⁷¹ Ferner heißt es in dieser Entscheidung:

„Wissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse über die langfristigen Auswirkungen der Zulassung geschäftsmäßiger Suizidhilfe existieren nicht. Bei dieser Sachlage reicht es aus, wenn sich der Gesetzgeber an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung der ihm verfügbaren Informationen und Erkenntnismöglichkeiten orientiert hat (vgl. BVerfGE 50, 290 [333 f.]; 57, 139 [160]; 65, 1 [55]).“⁷²

Die Erkenntnislage kann allerdings den Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers verengen, wenn sie *gesichert* ist⁷³, nicht jedoch dann, wenn sie schlicht nicht feststeht.

Der Stand der Erkenntnisgrundlagen hat zugleich Auswirkungen auf die (verfassungs)gerichtliche Kontrolle staatlicher Entscheidungen. So führt das Bundesverfassungsgericht in dem bereits zitierten Urteil zum Verbot der geschäftsmäßigen Suizidhilfe aus:

„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 Gesetz-

⁷⁰ BVerfGE 159, 223 (299 Rn. 171); vgl. bereits BVerfGE 153, 182 (272 f. Rn. 238) – Gewerbsmäßige Suizidhilfe.

⁷¹ BVerfGE 153, 182 (273 Rn. 238).

⁷² BVerfGE 153, 182 (273 Rn. 238).

⁷³ Siehe hierzu BVerfGE 162, 378 (434 Rn. 130) – Impfpflicht gegen Masern. Hierauf nimmt auch *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 37, Bezug.

gebers, 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 Rn. 173]).⁷⁴

Der Vorbehalt einer erweiterten gerichtlichen Kontrolle schränkt jedoch den Gestaltungsspielraum des parlamentarischen Gesetzgebers nicht ein. Das berücksichtigt *Burgi* nicht hinreichend, sodass die – beinahe schon pauschale – Argumentation, es lägen für die vorgetragenen Gefahrenpotentiale keine Nachweise vor, schon für sich genommen nicht trägt.

d) Keine ungesicherte Gefahrenprognose im Hinblick auf investorengetragene MVZ

Überdies ist die Gefahrenprognose bezüglich investorengetragener MVZ (i-MVZ) auch keinesfalls so ungesichert, wie *Burgi* es auf Seite 14 seines Gutachtens insbesondere mit der eher selektiven Wiedergabe von Teil-Aussagen der Ergebnisse der beiden vom IGES-Institut erstellten MVZ-Gutachten⁷⁵ suggeriert:

In der Gesamtschau gelangt das zum vertragszahnärztlichen Bereich erstellte IGES-Gutachten vielmehr zu dem Ergebnis, „dass sowohl die Ergebnisse zur bevorzugten Ansiedlung von i-MVZ in (groß-)städtischen, einkommensstarken und von einer hohen Zahnarztdichte gekennzeichneten Regionen, als auch die Befunde zum Leistungsgeschehen die These eines im Vergleich zu Einzelpraxen und BAG stärker am Ziel der Renditeoptimierung orientierten Vorgehens von i-MVZ stützen.“⁷⁶ Zudem sei die „These, dass i-MVZ einen Beitrag zur Sicherung der zahnärztlichen Versorgung in ländlichen, strukturschwachen und von Unterversorgung bedrohten Regionen leisten [...], zurückzuweisen.“⁷⁷ Soweit *Burgi* (a.a.O.) demgegenüber behauptet, das IGES-Gutachten komme „für die zahnärztliche Versorgung aber zu dem ausdrücklichen Ergebnis, dass diese Beobachtungen nicht ausreichen

⁷⁴ BVerfGE 153, 182 (272 Rn. 237).

⁷⁵ IGES Institut, Investorenbetriebene MVZ in der vertragszahnärztlichen Versorgung, Gutachten, 2020, S. 13.

⁷⁶ IGES Institut, Investorenbetriebene MVZ in der vertragszahnärztlichen Versorgung, Gutachten, 2020, S. 12.

⁷⁷ IGES Institut, Investorenbetriebene MVZ in der vertragszahnärztlichen Versorgung, Gutachten, 2020; IGES Institut, Versorgungsanalysen zu MVZ im Bereich der KV Bayerns, Gutachten, 2021; IGES Institut, Versorgungsanalysen zu MVZ im Bereich der KV Bayerns mit besonderem Augenmerk auf MVZ im Eigentum von Finanzinvestoren, Kurzfassung des Gutachtens, 2022.

würden, um festzustellen, dass von MVZ mit oder ohne Investorenbeteiligung eine signifikante Gefahr für die Qualität und Wirtschaftlichkeit der zahnärztlichen Versorgung ausgehe“, ignoriert er den Zusammenhang, in den diese Aussage gestellt ist: Denn das IGES-Gutachten bezieht diese Aussage lediglich auf die Systemebene, auf welcher sich die festgestellten höheren Abrechnungsvolumina „noch nicht“ spürbar auswirken würden, weil der Versorgungsanteil der (i-)MVZ auf Bundesebene im Verhältnis zu den Einzelpraxen und Berufsausübungsgemeinschaften noch gering ist; jedoch stellt IGES zugleich fest, dass sich dies „bei Fortsetzung des dynamischen Wachstums der Zahl der (i-)MVZ und Fortbestehen der Unterschiede im Leistungsgeschehen [...] ändern“ könnte.⁷⁸ Abschließend gibt das IGES-Gutachten die Empfehlung: „Vor dem Hintergrund der festgestellten Auffälligkeiten im Leistungs- und Abrechnungsgeschehen und den daraus resultierenden möglichen Risiken für die Versorgung sollten über das TSVG hinausgehende gesetzliche Maßnahmen in Betracht gezogen werden.“⁷⁹

Auch für den *vertragsärztlichen* Bereich gelangt das IGES Institut in seinem speziell dazu erstellten Gutachten zu vergleichbar aussagekräftigen Ergebnissen: „Die Analyse ergibt, dass bei gleicher Patientenstruktur, gleichen Vorerkrankungen und gleichen Behandlungsanlässen das Honorarvolumen von Arztgruppenfällen in MVZ fachrichtungsübergreifend um +5,7 % höher ausfällt als in Einzelpraxen. Bei MVZ im Eigentum von Finanzinvestoren liegt das morbiditätsadjustierte Honorarvolumen je Fall sogar um +10,4 % über dem von Einzelpraxen. [...] Die Ergebnisse der morbiditätsadjustierten Analyse der Behandlungskosten von Patienten, betrachtet über einen längeren Zeitraum von zwei Jahren, entsprechen in der Tendenz und Struktur denen der fallbezogenen Analyse: Bei gleicher Patientenstruktur, gleichen Vorerkrankungen und gleichen Behandlungsanlässen werden in MVZ fachrichtungsübergreifend um +1,9 % höhere Behandlungskosten abgerechnet als in Einzelpraxen. In der Teilgruppe der MVZ im Eigentum von Finanzinvestoren werden morbiditätsadjustiert sogar um +8,3 % höhere Honorarvolumina abgerechnet. [...] In der Gesamtschau zeigen die Ergebnisse dieser Studie, dass unter sonst gleichen Bedingungen eine Versorgung in MVZ sowie insbesondere bei MVZ im Eigentum von Finanzinvestoren höhere Honorarumsätze nach sich zieht,

⁷⁸ IGES Institut, Investorenbetriebene MVZ in der vertragszahnärztlichen Versorgung, Gutachten, 2020, S. 13.

⁷⁹ IGES Institut, Investorenbetriebene MVZ in der vertragszahnärztlichen Versorgung, Gutachten, 2020, S. 13.

was die These einer stärkeren Ausrichtung an ökonomischen Motiven stützt.⁸⁰ Zudem seien aus Sicht des IGES Instituts „diese Ergebnisse aufgrund der großen Fall- bzw. Patientenzahlen, die in die Analysen einbezogen werden konnten [...], als sehr belastbar einzustufen.“⁸¹ Das IGES-Institut gelangt zu der abschließenden Empfehlung: „Angesichts der offenbar ungebrochenen Dynamik in diesem Bereich ist daher zu empfehlen, dass die bereits vorliegenden gesundheitspolitischen Vorschläge und Argumente im Hinblick auf eine Anpassung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Zulassung und den Betrieb von MVZ in der laufenden Legislaturperiode aufgegriffen werden sollten.“⁸²

Von einer ungesicherten Gefahrenprognose hinsichtlich investorengetragener MVZ kann angesichts dieser gutachterlichen Untersuchungsergebnisse keine Rede sein.

3. Abhängigkeit der Rechtfertigungsanforderungen von dem Berufsbild

Bei der Untersuchung des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ist zu berücksichtigen, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung je nach Bestimmung des Berufsbildes zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen kann. Deshalb ist klärungsbedürftig, welches Berufsbild die Reformen der MVZ-Landschaft zugrunde legen dürfen.

Art. 12 Abs. 1 GG umfasst nach dem Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1958 „nicht nur alle Berufe, die sich in bestimmten, traditionell oder sogar rechtlich fixierten ‚Berufsbildern‘ darstellen, sondern auch die vom Einzelnen frei gewählten untypischen (erlaubten) Betätigungen, aus denen sich dann wieder neue, feste Berufsbilder ergeben mögen“.⁸³ Seitdem stellt das Bundesverfassungsgericht die Befugnis zur Fixierung von Berufsbildern in ständiger Rechtsprechung heraus.⁸⁴ Diese Befugnis sei nicht auf eine klarstellende Abgrenzung

⁸⁰ IGES Institut, Versorgungsanalysen zu MVZ im Bereich der KV Bayerns mit besonderem Augenmerk auf MVZ im Eigentum von Finanzinvestoren, Kurzfassung des Gutachtens, 2022, S. 7 f.

⁸¹ IGES Institut, Versorgungsanalysen zu MVZ im Bereich der KV Bayerns, Gutachten, 2021, S. 31.

⁸² IGES Institut, Versorgungsanalysen zu MVZ im Bereich der KV Bayerns mit besonderem Augenmerk auf MVZ im Eigentum von Finanzinvestoren, Kurzfassung des Gutachtens, 2022, S. 8.

⁸³ BVerfGE 7, 377 (397).

⁸⁴ Vgl. etwa BVerfGE 9, 39 (48); 10, 185 (197); 21, 173 (180); 54, 237 (246); 75, 246 (265 f.); 77, 84 (105 f.); 78, 179 (193).

bestehender Berufsbilder beschränkt; die Fixierung eines Berufsbildes könne auch durch Änderung erfolgen, indem der Gesetzgeber „bestimmte wirtschafts-, berufs- und gesellschaftspolitische Zielvorstellungen und Leitbilder“ durchsetze und auf diese Weise „in den Rang wichtiger Gemeinschaftsinteressen“ erhebe.⁸⁵ Auf diese Weise könne der Gesetzgeber verwandte Berufe vereinheitlichen.⁸⁶ Durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt sind „auch aufgrund der fortschreitenden technischen, sozialen oder wirtschaftlichen Entwicklung neu entstandene Berufe“.⁸⁷ Das Bundesverfassungsgericht führt zu den „Grenzen rechtlicher Fixierung von Berufsbildern“ u. a. aus: Es „wird darauf ankommen, ob der Gesetzgeber nur ausspricht, was sich aus einem ohnehin klar zusammenhängenden, von anderen Tätigkeiten deutlich abgegrenzten ‚vorgegebenen‘ Sachverhalt von selbst ergibt, oder ob er es etwa unternimmt, solchen Vorgegebenheiten ohne hinreichenden Grund eine andersartige Regelung ‚willkürlich‘ aufzuzwingen.“⁸⁸ Eine generalisierende Regelung müsse „das gesamte Spektrum des einschlägigen beruflichen Umfeldes sachlich angemessen“ abdecken.⁸⁹

Ohne nähere Argumentation ordnet *Burgi* das „klinikunabhängige“ MVZ als eigenen Berufstypus ein und formuliert hierzu wie folgt:

„Im vorliegenden Zusammenhang ist m.E. davon auszugehen, dass in Anbetracht der jeweils völlig unterschiedlichen, organisatorischen, funktionalen, personenbezogenen, raumbezogenen und finanzierungsbezogenen Umstände die Trägerschaft von klinikunabhängigen, eigenständigen MVZ einen eigenständigen Beruf darstellt und nicht lediglich eine Teiltätigkeit innerhalb des Berufs ‚Träger von MVZ‘. Als Beleg dafür kann nicht zuletzt gelten, dass die gegenwärtigen Reformbemühungen der Zielsetzung nach nur auf diese, offenbar auch von der Politik als eigenständige Kategorie empfundenen Berufsträger zielt.“⁹⁰

Diese Einordnung der Tätigkeit von „klinikunabhängigen, eigenständigen MVZ“ als eigener Beruf kann nicht überzeugen, weil sie vollkommen offen lässt,

⁸⁵ BVerfGE 75, 246 (265); vgl. auch BVerfGE 13, 97 (107); 78, 179 (193).

⁸⁶ Vgl. BVerfGE 25, 236 (247); 32, 1 (36); 34, 252 (256); 75, 246 (265); BVerfG(K), NJW 2007, 2537.

⁸⁷ BVerfGE 119, 59 (78); fast wortgleich BVerfGE 141, 121 (131 Rn. 36); 145, 20 (67 Rn. 120).

⁸⁸ BVerfGE 13, 97 (106); siehe ferner BVerfGE 54, 301 (322).

⁸⁹ BVerfGE 78, 179 (193).

⁹⁰ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 45.

inwiefern hier eine *eigenständige Kategorie* zu erkennen ist, die sich von den übrigen MVZ unterscheidet. Vielmehr ist das „klinikunabhängige“ MVZ, das von Finanzinvestoren gehalten wird, ein bloßer Teilbereich bzw. eine bloße Unterkategorie des Berufsbildes MVZ. Für die Versorgungsform „MVZ“ als solche spielt es nämlich keine Rolle, in welcher Trägerschaft sich ein MVZ befindet. Bei der vorgeschlagenen Einschränkung der Gründungsbefugnis von Krankenhäusern auf solche mit einem räumlichen und fachlichen Zusammenhang zu ihrem MVZ handelt es sich daher – anders als *Burgi* meint – gerade nicht um eine objektive Berufszugangsregelung, für die insbesondere die besonderen Anforderungen an den Nachweis einer Gefahrenlage nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gelten würden.⁹¹

Die Möglichkeit, den Beruf oder das Berufsbild „MVZ-Betreiber“ zu ergreifen, wird vom Gesetzgeber – wie bei nahezu jedem anderen Beruf auch – von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht, nämlich den Gründereigenschaften nach § 95 Abs. 1a SGB V: MVZ-Betreiber können hiernach nur die in § 95 Abs. 1a SGB V genannten Personen oder Institutionen sein. Die jeweilige Gründereigenschaft (zugelassener Arzt oder Zahnarzt, zugelassenes Krankenhaus, Erbringer nichtärztlicher Dialyseleistungen etc.) stellt dabei eine subjektive Berufszugangsvoraussetzung dar; *subjektiv* deshalb, weil deren Erfüllung – anders als die der objektiven Berufszugangsvoraussetzungen – dem Einfluss des Einzelnen nicht schlechthin entzogen ist.⁹² Der von *Burgi* zum eigenen Berufsbild hochstilisierte „klinikunabhängige“ bzw. insoweit „eigenständige“⁹³ Betrieb eines MVZ ist daher bei genauerer Betrachtung nichts weiter als die „gründungsvoraussetzungslose“ oder „zugangsvoraussetzungslose“ Befähigung zur Gründung bzw. zum Betrieb eines MVZ. Dass in dem Fehlen von Zugangsvoraussetzungen für einen Beruf aber kein eigenständiges Berufsbild des hiervon freigestellten Berufs gesehen werden kann, liegt auf der Hand. Eine solche Betrachtung würde sich in der Nähe zu einem Zirkelschluss bewegen. An einem Beruf oder Berufsbild als tätigkeitsbezogener Größe ändert sich nämlich nicht dadurch etwas, *wer* den Beruf bzw. das Berufsbild unter *welchen Voraussetzungen* ausüben darf.

⁹¹ Hierzu zugleich noch näher S. 24 ff.

⁹² Siehe zur Abgrenzung von subjektiven und objektiven Berufszugangsvoraussetzungen *Sodan*, Berufsfreiheit, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl. 2022, § 125 Rn. 115 ff., 122 ff.

⁹³ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 45.

III. Ausgewählte Maßnahmen zur Regulierung investorenbetriebener zahnärztlicher MVZ

An den zuvor genannten allgemeinen Maßstäben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind die bereits umgesetzten Reformen ebenso wie die durch das Positionspapier der Bundesärztekammer vorgeschlagenen Reformideen zu messen. Das setzt *Burgi* in seinem Rechtsgutachten streng schematisch und insoweit mit etlichen Redundanzen um. Dabei fällt die Differenzierung zwischen „Verboten“ und „Beeinträchtigungen“⁹⁴ sofort auf, wobei die als „Verbote“ gekennzeichneten Maßnahmen nicht zwingend die Gründung oder den Betrieb von MVZ insgesamt einschränken, sondern lediglich die Tätigkeiten der hinter einigen MVZ stehenden Finanzinvestoren einschränken. Besser eignet sich die Differenzierung nach Maßnahmen auf der Ebene der Gründungsbefugnis einerseits und der Zulassung andererseits.⁹⁵

1. Maßnahmen auf der Ebene der Gründungsbefugnis

Naturgemäß intensiver sind diejenigen Maßnahmen, die regeln, unter welchen Voraussetzungen MVZ überhaupt gegründet werden können, weil hierdurch schon der Zugang zum Gesundheitsmarkt beschränkt sein kann.

a) Räumlicher und fachlicher Bezug des MVZ zur Versorgung

Die wohl weitreichendste Forderung, die unmittelbar an der Gründungsbefugnis ansetzt, ist die Grundvoraussetzung eines räumlichen und fachlichen Bezugs des MVZ zu dem jeweiligen Versorgungsangebot.

Für den zahnärztlichen Bereich gibt es bereits Beschränkungen für die Gründungsbefugnis von MVZ. Der Gesetzgeber hat in § 95 Abs. 1b SGB V die Befugnis zur Gründung zahnärztlicher MVZ durch Krankenhäuser dem Umfang nach in den einzelnen Planungsbereichen beschränkt.⁹⁶

⁹⁴ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 43 ff.

⁹⁵ *Sodan/Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 55 ff.

⁹⁶ Insoweit instruktiv Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit vom 13. März 2019 zum Entwurf des TSVG, BT-Drs. 19/8351, S. 187 ff.

Darüber hinaus sind Regelungen zu treffen, welche die Tätigkeit von MVZ ohne räumlichen und fachlichen Bezug unterbinden. Fachlich sollte für die Gründung eines zahnärztlichen MVZ insofern ein Bezug zur zahnärztlichen Versorgung bestehen, als in dem Krankenhaus eine zahnärztliche Versorgung angeboten wird. Als Mindestumfang der Versorgung sollte im Krankenhaus eine zahnmedizinische Fachabteilung vorhanden sein, die sich in einem zahnmedizinischen Versorgungsauftrag im Krankenhausplan widerspiegelt.⁹⁷ Der räumlich-fachliche Bezug des Krankenhauses zum zahnärztlichen MVZ könnte durch eine Änderung der bestehenden Regelung in § 95 Abs. 1b SGB V umgesetzt werden. Diese könnte dergestalt neugefasst werden, dass die Gründung zahnärztlicher MVZ durch Krankenhäuser vom *kumulativen* Vorliegen des fachlichen und des räumlichen Bezugs abhängig gemacht würde, wobei der räumliche Bezug insbesondere durch die Lage des Krankenhauses hergestellt werden könnte. Da eine solche Einbeziehung für existierende zahnärztliche MVZ prinzipiell den Entzug ihrer Zulassung zur Folge hätte, soweit sie keinen räumlich-fachlichen Bezug zum Krankenhaus aufwiesen,⁹⁸ müsste die Regelung entsprechend den verfassungsrechtlichen Anforderungen durch zumindest übergangsweise gewährleisteten Bestandsschutz hinsichtlich bereits bestehender Krankenhaus-MVZ abgemildert werden.

Verfassungsrechtlich wäre die Einführung eines räumlich-fachlichen Bezugs zur Gründung von MVZ durch Krankenhäuser an den Grundrechten der Berufsfreiheit und der Eigentumsgarantie zu messen. Eine Regelung, die einen räumlich-fachlichen Bezug des Krankenhauses zu dem MVZ voraussetzen würde, stellte für private Krankenhäuser bzw. Krankenhausträgerschaften einen erheblichen Eingriff in die Berufsfreiheit dar. Da der räumlich-fachliche Bezug der Gestal-

⁹⁷ *Sodan/Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 136.

⁹⁸ Die Gründungsvoraussetzungen eines MVZ sind zugleich Voraussetzungen für dessen Fortbestand; das Fehlen und der Wegfall der Gründungsvoraussetzungen sind damit schon im Entziehungstatbestand in § 95 Abs. 6 Satz 1 SGB V enthalten. (Nur) für die Gründungsvoraussetzungen nach § 95 Abs. 1a Sätze 1 bis 3 SGB V modifiziert (und privilegiert) § 95 Abs. 6 Satz 3 SGB V dies dahingehend, dass die Entziehung erst zu erfolgen hat, wenn diese Gründungsvoraussetzungen länger als sechs Monate nicht mehr vorliegen. Da die Gründungsvoraussetzungen des § 95 Abs. 1b SGB V nicht in § 95 Abs. 6 Satz 3 SGB V genannt werden, gilt dessen Privilegierung nicht für sie; vielmehr ist bei ihrem Wegfall (etwa nach Übernahme eines MVZ durch ein Krankenhaus, welches die Höchstversorgungsanteile des § 95 Abs. 1b SGB V überschreitet) unmittelbar über § 95 Abs. 6 Satz 1 SGB V die Zulassung zu entziehen.

tungsmacht der Zulassungsbewerber nicht entzogen ist, würde es sich hier um einen Eingriff auf der Stufe der *subjektiven Berufszugangsvoraussetzungen* handeln.⁹⁹

Nicht tragfähig ist demgegenüber *Burgi*'s Einordnung auf der höheren und insoweit strengsten Rechtfertigungsvoraussetzungen mit sich bringenden Stufe der objektiven Berufszugangsvoraussetzungen¹⁰⁰, für die vor allem die besonderen Anforderungen an den Nachweis einer Gefahrenlage nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gelten würden. *Burgi* kann zu dieser Einordnung nur gelangen, weil er von einem Berufsbild des „klinikunabhängigen MVZ-Betreibers“ ausgeht, welches infolge der Abhängigmachung der MVZ-Gründungsbefugnis von einem örtlichen oder fachlichen Bezug zu einer Klinik nicht mehr ausgeübt werden könne; selbst mit dem Erwerb von Anteilen an einem zugelassenen Krankenhaus könne dann nur noch der Beruf des Trägers eines Klinik-MVZ ausgeübt werden, nicht aber der Beruf als Träger eines klinikunabhängigen MVZ.¹⁰¹ Die Annahme eines solchen Berufsbildes ist aber bereits aus den oben genannten Gründen¹⁰² abzulehnen. Zudem ist es auch grundrechtsdogmatisch bezüglich der Drei-Stufen-Theorie nicht haltbar, eine objektive Zulassungsvoraussetzung daraus abzuleiten, dass ein Berufsbild des „zulassungsvoraussetzungenfreien“ („klinikunabhängigen“) MVZ-Betreibers erfunden wird, welches allein schon dadurch verunmöglicht werde, dass nunmehr bestimmte (subjektive) Berufszulassungsvoraussetzungen erfüllt werden müssen. Die vom Bundesverfassungsgericht herausgearbeitete Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Berufszulassungsvoraussetzungen würde damit hinfällig. Zudem räumt *Burgi* mit seiner Feststellung, dass dann „nur noch der Beruf des Trägers eines Klinik-MVZ [...] gewählt werden“ könne,¹⁰³

⁹⁹ Siehe allgemein zu diesen Voraussetzungen *Sodan*, Berufsfreiheit, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, Bd. IV, 2. Aufl. 2022, § 125 Rn. 115 ff.

¹⁰⁰ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 45 f.

¹⁰¹ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 46. – Nicht ganz klar wird dabei, ob *Burgi* den Vorwurf allein auf die in der Diskussion befindliche räumlich-fachliche Begrenzung der Gründungsbefugnis von Krankenhäusern bezieht oder auch schon auf die aktuelle Gründungsvoraussetzung „zugelassenes Krankenhaus“.

¹⁰² Siehe 22 f.

¹⁰³ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 45 f.

zwangsläufig indirekt selbst ein, dass der Beruf „MVZ-Betreiber“ bei Erwerb von Anteilen an einem zugelassenen Krankenhaus (auch gegebenenfalls einem solchen in räumlicher Nähe bzw. mit einem fachlichen Bezug) und mithin in Abhängigkeit von beeinflussbaren Voraussetzungen möglich ist, so dass es sich hierbei entgegen seiner postulierten Annahme nicht um eine objektive, sondern eine *subjektive* Berufszulassungsvoraussetzung handelt.

Als rechtfertigender Grund für eine subjektive Berufszugangsvoraussetzung ließe sich die Sicherstellung der Versorgungsqualität heranziehen. Berücksichtigt man, dass Krankenhäusern, die im jeweiligen Sachbereich tätig sind oder einen Beitrag für die Versorgung in unterversorgten Planungsbereichen leisten, die Gründung von MVZ weiterhin (uneingeschränkt) möglich wäre, relativierte dies das recht hohe Gewicht des Grundrechtseingriffs. Die Grenze der Zumutbarkeit wäre deshalb durch diesen Eingriff noch gewahrt. Die Begrenzung der Gründungsbefugnis auf einen räumlich-fachlichen Bezug des Krankenhauses zu dem MVZ wäre mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit vereinbar.¹⁰⁴

Letztlich mag *Burgi* zwar damit Recht haben, dass der hauptsächliche Impuls für die Voraussetzung eines räumlichen und fachlichen Bezugs der ursprünglich angedachte sektorenübergreifende Ansatz ist¹⁰⁵. Daraus kann aber nicht folgen, dass eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Reformidee, welche der mit der Gründung von MVZ durch Krankenhäuser verbundenen gesetzgeberischen Zielsetzung einer besseren Verzahnung von ambulantem und stationärem Sektor stärker Geltung verschafft¹⁰⁶, nicht gelingen könnte. *Burgi* gesteht immerhin zu, dass der Schutz der Patienten vor Behandlungsfehlern und Versorgungsdefiziten ebenso als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut gilt wie der Erhalt und die Finanzierbarkeit des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung. Allerdings sei es so, dass „mit dem Verbot von MVZ ohne örtlichen (und fachlichen) Bezug einer dieser beiden Belange verwirklicht werden sollte, [...] von den Urhebern dieses Verbots aber nicht einmal behauptet [werde] und [...] auch nicht ersichtlich“ sei.¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Sodan/Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 137 ff.

¹⁰⁵ So *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 44.

¹⁰⁶ *Sodan/Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 137 ff.

¹⁰⁷ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 46.

Einer weitreichenden Erläuterung bedarf es an dieser Stelle nicht. Es spricht nämlich viel dafür, dass die Gründung von MVZ dann nur noch Mittel zur Realisierung von Gewinnerzielungsabsichten ist, wenn die Versorgung nicht einmal mit Ortsbezug und mit fachlichem Hintergrund der Trägergesellschaft erfolgen muss.

Die Beschränkung der Gründungsbefugnis von MVZ bewirkt auch kein „Herausdrängen“ dieser Organisationsform aus der ambulanten Versorgung, wie *Burgi* behauptet¹⁰⁸, sondern beschränkt die MVZ auf ihren ursprünglichen Sinn und macht sie für eine moderne ambulante Versorgung fruchtbar. Mit der Einführung der MVZ als Leistungserbringer eröffnete der Gesetzgeber eine Ausrichtung der ambulanten Versorgung an den Maßstäben des Kapitalmarktes.¹⁰⁹ Genau das macht jedoch das Gesundheitswesen für Finanzinvestoren attraktiv, auch wenn diese keinen fachlichen Bezug zur Versorgung aufweisen. Worin der Mehrwert privatwirtschaftlicher Akteure in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung liegen soll, ist nicht nachvollziehbar. Ein sachlicher Grund, warum ein Krankenhaus ein MVZ oder gar eine Vielzahl von MVZ zur Erzielung einer Sektorenverzahnung ohne jedwede räumlich-fachliche Nähe zwischen Krankenhaus und MVZ gründen bzw. betreiben können soll, ist nicht ersichtlich. Nicht von ungefähr hinterfragt *Wenner*, ob ein Beitrag zur sektorenübergreifenden Versorgung geleistet wird, wenn ein „kleines Krankenhaus der Grundversorgung im Westerwald kauft und damit augenärztliche MVZ in ganz Deutschland gründet“.¹¹⁰

Ferner meint *Burgi*, „die bloße Behauptung des Entstehens von ‚Monopolisierungstendenzen‘ bzw. die Nichtrealisierbarkeit eines ambulant-stationären Behandlungskonzepts aus einer Hand in den klinikunabhängigen MVZ [seien] jedenfalls keine überragend wichtigen Gemeinwohlbelange.“¹¹¹ Das ist schlicht unzutreffend. Die Vermeidung von Monopolbildungen ist ein ebenso wichtiger Belang wie die Umsetzung sektorenübergreifender Versorgungskonzepte. Weshalb *Burgi* das negiert, ergibt sich aus seinem Gutachten nicht.

¹⁰⁸ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 48.

¹⁰⁹ Kritisch hierzu *Wenner*, Liberalisierung der vertragsärztlichen Tätigkeit – mehr Freiheit oder nur mehr Freiheit für den Missbrauch?, in: Katzenmeier/Ratzel (Hrsg.), Festschrift für Franz-Josef Dahm, 2017, S. 517 (529).

¹¹⁰ *Wenner*, Gesundheitsrecht.blog, Jahrgang 2023, Beitrag Nr. 2, S. 8.

¹¹¹ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 46.

Schließlich trifft es nicht zu, dass sich das Streben nach einer übermäßigen Gewinnerzielungsabsicht und Renditemaximierung durch die existierenden Strukturen und Verfahren zur Sicherung der Wirtschaftlichkeit der Versorgung (als normative Anknüpfungspunkte werden hier § 12 Abs. 1, § 70 Abs. 1, § 106 Abs. 1 Satz 1, §§ 106a und 106b SGB V zitiert) wirksam vermeiden ließen¹¹². Hierzu trägt *Burgi* noch nicht einmal begründete Anhaltspunkte vor, sondern behauptet dies lediglich.¹¹³

b) Verbot fachgleicher MVZ

Eine ebenfalls intensive Maßnahme ist das Verbot fachgleicher MVZ. Eine investorenspezifische Gefahrenlage ergibt sich daraus, dass fachgleiche MVZ im Gegensatz zu einem sektorenübergreifenden Ansatz eine Möglichkeit bieten, eine den Berufsausübungsgemeinschaften vergleichbare Versorgungsform zu betreiben und mit besserer finanzieller Ausstattung Monopole in einer Fachrichtung zu schaffen.

Nach Auffassung von *Burgi* seien fachgleiche MVZ eine Kategorie, „die insbesondere in den Fachgruppen der Hausärzte und der Zahnärzte weitgehend die einzige Möglichkeit darstellt, überhaupt in einer MVZ-Struktur zu agieren. Insofern nähert man sich fast schon einer objektiven Berufswahlregelung“.¹¹⁴ Die Rubrik einer „fast“ oder „beinahe“ objektiven Berufswahlregelung gibt es nicht, sondern es liegt hier eine *subjektive Berufswahlregelung* vor. Die Annahme eines „gleitenden Ansatzes“¹¹⁵ kann nicht darüber hinweg täuschen, dass hier bloß eine subjektive Berufszugangsvoraussetzung gegeben ist, weil der Zugang zum Ge-

¹¹² So aber *Prütting/Hügel/Sowa*, Investorenbetriebene Medizinische Versorgungszentren in der ambulanten Versorgung – Regulatorischer Reformbedarf für Marktzugang und Marktverhalten, *MedR* 2022, 975 (982); *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 49.

¹¹³ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 49.

¹¹⁴ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 51.

¹¹⁵ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 51.

sundheitswesen weiterhin eröffnet ist, wenn ein MVZ als *fachübergreifende* Einrichtung angelegt wird und das fachgleiche MVZ ebenso wie das investorenbetriebene MVZ kein eigenes Berufsbild darstellt.

Im Übrigen ist es widersprüchlich, die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit unter Hinweis darauf, die vorgetragenen Gefahren für die Gesundheitsversorgung seien weder belegt noch widerlegt, zu verneinen, gleichzeitig aber das Bestehen von Monopolisierungstendenzen zuzugestehen, wenn es heißt, dass sich allein „schon durch das Verbot neuer eigenständiger MVZ [...] freilich (angebliche) Monopolisierungstendenzen deutlich abschwächen [ließen].“¹¹⁶ Auch schwächen sich negative Folgen nicht automatisch dadurch ab, dass sie einige Zeit hingenommen werden müssen¹¹⁷, sondern es bedarf gesetzlicher Maßnahmen, die negativen Effekten entgegensteuern.

Fehl geht auch das Argument, es sei „deutlich aussichtsreicher, dass Hausärzte in einer näher gelegenen, größeren Stadt in einem Hausärzte-MVZ zusammenwirken und von dort aus beispielsweise an einzelnen Tagen Versorgungsangebote in den umliegenden ländlichen Gemeinden machen können, als dass dort ein Nachfolger in Gestalt des herkömmlichen Einzel-Landarztes zu finden wäre“.¹¹⁸ Durch freiberufliche Vertragszahnärzte bzw. Berufsausübungsgemeinschaften kann eine leistungsstarke Versorgung ebenso sichergestellt werden. Der ursprünglich *sektorenübergreifende* Gedanke, der hinter der Schaffung der MVZ stand, kommt jedoch in einem fachgleichen Geschäftsmodell überhaupt nicht mehr zum Zuge.¹¹⁹

c) Höchstgrenze der Versorgungsanteile

Die Diskussion um die Höchstgrenze der Versorgungsanteile von MVZ betrifft in erster Linie die *ärztlichen* MVZ, da es für den *zahnärztlichen* Bereich bereits eine einschränkende Regelung gibt. Der Gesetzgeber hat mit § 95 Abs. 1b SGB V

¹¹⁶ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 63.

¹¹⁷ Das behauptet jedoch *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 63.

¹¹⁸ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 52.

¹¹⁹ Siehe zu dieser Kritik auch *Wenner*, Mehr Chancen oder mehr Risiken für die vertragsärztliche Versorgung?, SGB 2021, 593 (596).

für die Gründung *zahnärztlicher MVZ durch Krankenhäuser* besondere Voraussetzungen geschaffen, indem er diese Regelung durch das Terminservice- und Versorgungsgesetz (TSVG)¹²⁰ in das SGB V einfügte. Sie war im ursprünglichen Gesetzentwurf der Bundesregierung¹²¹ nicht vorgesehen, sondern wurde auf Vorschlag des Bundesrates in die Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses aufgenommen.¹²² Ziel der spezifisch auf zahnärztliche MVZ zugeschnittenen Regelung ist „der Erhalt der Anbietervielfalt in der vertragszahnärztlichen Versorgung und die Verhinderung einer wettbewerbsfeindlichen Anbieterdominanz durch medizinische Versorgungszentren [...] in Trägerschaft weniger Krankenhäuser.“¹²³ Als Hintergrund dieses Ziels macht der Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages „bereits bestehende Konzentrationsprozesse im vertragszahnärztlichen Versorgungsbereich“ aus, denen „rechtzeitig entgegengewirkt werden soll“; mit der Sicherung der Vielfalt der vertragszahnärztlichen Leistungserbringer möchte er ausweislich dieser Begründung eine zukunftssichere, flächendeckende zahnmedizinische Versorgung sicherstellen.¹²⁴ Der Gesundheitsausschuss hebt nachfolgend Private-Equity-Gesellschaften sowie ihr verstärktes Engagement in der zahnärztlichen Versorgung ausdrücklich hervor.¹²⁵ Die „rein renditeorientierte Motivation von Private-Equity-Gesellschaften“ begründe die „Gefahr, dass medizinische Entscheidungen von versorgungsfernen Zielvorgaben stärker beeinflusst werden“; die Analyse des Abrechnungsverhaltens investorenbetriebener zahnärztlicher MVZ deute auf eine „Über- und Fehlversorgung in Investor-MVZ“ hin, die durch Erfahrungen aus dem europäischen Ausland gestützt werden.¹²⁶ Über die Sicherung der Anbietervielfalt hinaus bezweckt der Gesetzgeber, „die bestehenden

¹²⁰ Gesetz für schnellere Termine und bessere Versorgung vom 6. Mai 2019, BGBl. I S. 646.

¹²¹ Gesetzentwurf vom 7. Dezember 2018, BT-Drs. 19/6337, S. 57 ff.; siehe auch die Gegenäußerung der Bundesregierung vom 12. Dezember 2018, BT-Drs. 19/6436, S. 3.

¹²² Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit vom 13. März 2019 zum Entwurf des TSVG, BT-Drs. 19/8351, S. 58 ff., 187; *Ossege*, Beteiligungen von Private-Equity-Gesellschaften an zahnärztlichen MVZ-Trägerschaften, *GesR* 2019, 281 (282).

¹²³ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit vom 13. März 2019 zum Entwurf des TSVG, BT-Drs. 19/8351, S. 187; ebenfalls zu den Zielen der Regelung, nicht aber über die Begründung der Beschlussempfehlung hinaus *Ossege*, Beteiligungen von Private-Equity-Gesellschaften an zahnärztlichen MVZ-Trägerschaften, *GesR* 2019, 281 (282).

¹²⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit vom 13. März 2019 zum Entwurf des TSVG, BT-Drs. 19/8351, S. 187.

¹²⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit vom 13. März 2019 zum Entwurf des TSVG, BT-Drs. 19/8351, S. 187 ff.

¹²⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit vom 13. März 2019 zum Entwurf des TSVG, BT-Drs. 19/8351, S. 188.

Übernahmeprozesse durch Beteiligungsgesellschaften ohne originäres Versorgungsinteresse zu begrenzen“.¹²⁷ Die Regelung in § 95 Abs. 1b SGB V steuert den Umfang der zahnärztlichen MVZ, die Krankenhäuser in einzelnen Planungsbereichen abhängig von der jeweiligen Versorgungslage gründen und/oder betreiben dürfen. Unpräzise ist die Vorschrift insofern, als sie auf Krankenhäuser abstellt, die mangels Rechtspersönlichkeit hingegen keine MVZ gründen können; zur Gründung von MVZ berechtigt sind insoweit die Träger der Krankenhäuser.¹²⁸ Indem die Regelung als Maßstab die Planungsbereiche heranzieht, beschränkt sie die Gründung von zahnärztlichen MVZ durch Krankenhausträger nur in geringer Weise. Denn jeder Krankenhausträger ist danach berechtigt, bundesweit in jedem Planungsbereich zahnärztliche MVZ zu gründen. Gründung und Betrieb zahnärztlicher MVZ sind ihrem Umfang nach zwar durch die jeweilige Höchstversorgungsgrenze je Krankenhaus beschränkt, die nach dem Grad der Versorgung in den Planungsbereichen variiert. Wird die Höchstversorgungsgrenze nicht überschritten, sind selbst in übertersorgten Planungsbereichen Gründung und Betrieb von zahnärztlichen MVZ durch Krankenhäuser – teilweise in erheblichem Umfang – weiterhin möglich. Theoretisch könnte die vertragszahnärztliche Versorgung sogar zu 100 Prozent durch von Krankenhäusern gegründete bzw. betriebene MVZ abgedeckt werden, solange jedes einzelne Krankenhaus den gesetzlichen Höchstversorgungsanteil nicht überschreitet.¹²⁹

Mit der von der Bundesärztekammer flankierend zur räumlich-fachlichen Begrenzung vorgeschlagenen Übertragung dieser Höchstgrenzen-Beschränkungen für die Gründung zahnärztlicher MVZ auch auf den ärztlichen Bereich¹³⁰ könnte auf diese Weise Monopolbildungen entgegengewirkt werden.

¹²⁷ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit vom 13. März 2019 zum Entwurf des TSVG, BT-Drs. 19/8351, S. 188.

¹²⁸ Vgl. *Rademacker*, in: Körner/Leitherer/Mutschler/Rolfs (Hrsg.), *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht*, § 95 SGB V Rn. 82 (Stand der Kommentierung: August 2019).

¹²⁹ So auch IGES Institut, *Investorenbetriebene MVZ in der vertragszahnärztlichen Versorgung*, Gutachten, 2020, S. 13, 139.

¹³⁰ Bundesärztekammer, *Positionen der Bundesärztekammer zum Regelungsbedarf für Medizinische Versorgungszentren zur Begrenzung der Übernahme von MVZ durch fachfremde Finanzinvestoren und zur Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen und umfassenden ambulanten Versorgung*, 2022, S. 12.

2. Maßnahmen auf der Ebene der Zulassung

Über die Ebene der Gründung hinaus stehen neben den umgesetzten Regulierungen einige andere Reformideen zur Diskussion, die auf der Ebene der Zulassung ansetzen.

a) Verbot von Gewinnabführungsverträgen

Besondere Relevanz für die MVZ-Träger hat das diskutierte Verbot von Gewinnabführungsverträgen. *Burgi* erkennt hier eine „schwerwiegende Ungleichbehandlung“ der MVZ-Träger mit Krankenhausträgergesellschaften: „Während der Gesetzgeber zulasten von MVZ-Trägern künftig Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge verbieten würde, lässt er sie bei den Trägergesellschaften von Kliniken, d.h. im stationären Bereich, zu. Der Verbotsvorschlag hätte zur Folge, dass etwa internationale private Trägergesellschaften weiterhin Kliniken, aber nicht mehr MVZ mit entsprechenden Organisations- und Finanzierungselementen konzipieren könnten.“¹³¹ *Burgi* verneint einen sachlichen Grund, der eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung darstellen könnte. Es stünden „im Gegenteil [...] sowohl das Wohl der Patienten als auch die Finanzierbarkeit durch die gesetzlichen Krankenkassen angesichts des deutlich anspruchsvolleren Behandlungsportfolios und der wesentlich größeren Honorardimensionen im stationären Bereich *eigentlich stärker infrage*. Dies wirkt sich angesichts der Schwere des infrage stehenden Eingriffs in die Freiheitsgrundrechte in der Angemessenheitsprüfung aus.“¹³²

Dabei wird jedoch übersehen, dass MVZ-Träger und Krankenhausträger grundsätzlich keine miteinander vergleichbaren Einheiten sind. Es fehlt insoweit bereits an einer Vergleichbarkeit und deshalb an der Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem.¹³³

¹³¹ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 58.

¹³² *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 58.

¹³³ Siehe allgemein zu diesem Maßstab *Sodan*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 9 f.

b) Sicherung der fachlichen Unabhängigkeit der im MVZ tätigen Ärzte und Zahnärzte

Ein darüber hinaus zentrales Interesse aller Akteure der ambulanten Versorgung ist die Sicherung der fachlichen Unabhängigkeit der im MVZ tätigen Ärzte und Zahnärzte. Der Hinweis von *Burgi*, dass sich die fachliche Unabhängigkeit des medizinischen Personals in MVZ bereits ausreichend durch den Straftatbestand des § 299b StGB absichern ließe¹³⁴, übersieht, dass dieser Straftatbestand ebenso wie § 299a StGB in der Praxis bislang kaum zur Anwendung kommt¹³⁵. Es bedarf insoweit Regelungen, welche die fachliche Unabhängigkeit sicherstellen. Diesem Ziel dient der Vorschlag der Bundesärztekammer, den Tatbestand für die Entziehung der Zulassung in § 95 Abs. 6 Satz 3 SGB V zu erweitern.¹³⁶ Der Formulierungsvorschlag lautet konkret:

„Einem medizinischen Versorgungszentrum ist die Zulassung auch dann zu entziehen, wenn die Gründungsvoraussetzungen des Absatzes 1a Satz 1 bis 3 länger als sechs Monate nicht mehr vorliegen oder *nicht gewährleistet ist*, dass die dort tätigen Ärzte ihre *berufsrechtlichen Pflichten einhalten können*.“¹³⁷

Es mag sein, dass die Beantwortung der Frage, wann die Einhaltung der berufsrechtlichen Pflichten nicht mehr gewährleistet ist, der Auslegung und Subsumtion im Einzelfall zugänglich ist.¹³⁸ Das ist jedoch für die MVZ nicht nachteilig, sondern verlangt eher von den Zulassungs- und Berufungsausschüssen einen

¹³⁴ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 64.

¹³⁵ *Schuhr*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2022, §§ 299a, 299b StGB Rn. 1.

¹³⁶ Bundesärztekammer, Positionen der Bundesärztekammer zum Regelungsbedarf für Medizinische Versorgungszentren zur Begrenzung der Übernahme von MVZ durch fachfremde Finanzinvestoren und zur Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen und umfassenden ambulanten Versorgung, 2022, S. 11.

¹³⁷ Bundesärztekammer, Positionen der Bundesärztekammer zum Regelungsbedarf für Medizinische Versorgungszentren zur Begrenzung der Übernahme von MVZ durch fachfremde Finanzinvestoren und zur Gewährleistung einer qualitativ hochwertigen und umfassenden ambulanten Versorgung, 2022, S. 11 – ohne die Hervorhebungen.

¹³⁸ *Burgi*, Verfassungs- und europarechtliche Grenzen verschärfter und neuer Verbote und Beschränkungen betreffend die Träger- und Inhaberstrukturen von Medizinischen Versorgungszentren (MVZ), 2023, S. 65.

Begründungsaufwand für Zulassungsentziehungen, die auf diese Tatbestandsvariante gestützt werden.

c) **Eigener Reformvorschlag: Eignungsprüfung für MVZ**

Die genannten Vorschläge könnten ferner durch eine Reformidee ergänzt werden, die bereits für die vertragszahnärztliche Versorgung herausgearbeitet worden ist, nämlich die Eignungsprüfung für MVZ auf der Ebene der Zulassung: Auf der Grundlage der Zulassungsverordnung für Ärzte wird lediglich die Eignung der Ärzte, also der natürlichen Personen geprüft, nicht jedoch die der Trägergesellschaft eines MVZ. Zur Abmilderung der durch das Gewinnstreben von Investoren entstehenden Gefahren für die ambulante Versorgung sollte eine entsprechende *Erweiterung der Eignungsprüfung* in die Zulassungsverordnung aufgenommen werden.

Die *Eignung* von MVZ-Trägergesellschaften könnte im Rahmen des Zulassungsverfahrens Berücksichtigung finden. Aus der Zulässigkeit der Wahl der Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Möglichkeit für zugelassene Krankenhäuser, ärztliche bzw. zahnärztliche MVZ zu gründen, folgt keine uneingeschränkte Eignung solcher MVZ für die ordnungsgemäße Versorgung. Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Trägergesellschaft steht einer ordnungsgemäßen Ausübung der vertrags(zahn)ärztlichen Tätigkeit regelmäßig nicht entgegen.¹³⁹

Die *Nichteignung* für die ordnungsgemäße Ausübung der vertrags(zahn)ärztlichen Tätigkeit besteht bei begründeten Anhaltspunkten für eine rein renditeorientierte Ausrichtung der Behandlungen in einem MVZ. Als Anhaltspunkte für eine renditeorientierte Ausrichtung von Behandlungen ließen sich auf der Ebene des Versorgungszentrums die Abführung erwirtschafteter Gewinne, übermäßige Renditeziele sowie nachweisbare Versuche der Einflussnahme auf Ärzte bzw. Zahnärzte ausmachen; auf der Ebene des Investors könnten bisherige Erfahrungen mit dem Investor im Inland, das Fehlverhalten verketteter MVZ und die anvisierte Dauer der Beteiligung herangezogen werden. Anhaltspunkte für eine *Verkettung*

¹³⁹ *Sodan/Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 117 ff.

von MVZ ergäben sich, wenn auf der Ebene der Investoren das Verhältnis zwischen der Anzahl der betriebenen Krankenhäuser und der (zahn)ärztlichen MVZ gebildet würde.¹⁴⁰

Je mehr Anhaltspunkte im Einzelfall für eine renditeorientierte Ausrichtung der Behandlung sprächen, desto sicherer ließe sich die Eignung des Zulassungsbewerbers anzweifeln. Die für den Fall der Nichteignung zulassungsbeschränkende Regelung stellte einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit dar. Der Eingriff verfolgte aber legitime Zwecke und wäre zur Erreichung dieser Zwecke geeignet sowie erforderlich. Die durch die Regelung geschützten Rechtsgüter überwögen in einer Gesamtabwägung die Schwere des Eingriffs, so dass die Maßnahme angemessen und damit verhältnismäßig wäre. Die Regelung verletzte das Grundrecht der Berufsfreiheit daher nicht.¹⁴¹

3. Eigener Reformvorschlag: Führung eines MVZ-Registers

Ein weiterer eigener Regelungsvorschlag ist die Führung eines MVZ-Registers. Das MVZ-Register sollte sowohl Aussagen über die Eignung von MVZ für eine ordnungsgemäße Ausübung der vertragszahnärztlichen Tätigkeit ermöglichen als auch für die Planung und die Sicherstellung der Versorgung herangezogen werden können.¹⁴² Für die Einbindung in das Zulassungsverfahren wäre maßgeblich, dass eine Pflicht zur Eintragung in das Register begründet würde, die wie für Zahnärzte als Voraussetzung für die Bewerbung um die Zulassung ausgestaltet sein könnte. Der in das Register aufzunehmende Datenkranz würde sich nach den Zwecken des Registers bemessen. Über die im Rahmen des Zulassungsverfahrens bisher vorgelegten Informationen hinaus sollte das Register Angaben über die Ebenen hinter den Krankenhausgesellschaften enthalten; damit könnte es Auskunft über die Beteiligung von Investoren und deren Absichten geben.¹⁴³

Analog zum Zahnarztregister lägen die Führung von MVZ-Registern durch die Kassenzahnärztlichen Vereinigungen und die Führung eines MVZ-Bundesregisters durch die Kassenzahnärztliche *Bundesvereinigung* nahe. Die Vorschriften zur

¹⁴⁰ *Sodan/Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 119 ff.

¹⁴¹ *Sodan/Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 123 ff.

¹⁴² *Sodan/Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 100.

¹⁴³ *Sodan/Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 100 f.

Registerführung sollten einen Koordinierungsprozess vorsehen, der Auswirkungen von Registereintragungen auf Register in anderen Bezirken regeln würde, um die Register insgesamt auf demselben Stand zu halten. Dies könnte horizontal auf der Ebene der Kassenzahnärztlichen Vereinigungen oder vertikal über die Kassenzahnärztliche *Bundesvereinigung* erfolgen.¹⁴⁴

Berlin, am 26. Juli 2023

Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan

¹⁴⁴ *Sodan/Schmitt*, Medizinische Versorgungszentren in der vertragszahnärztlichen Versorgung, 2021, S. 103.