

EHLERS, EHLERS & PARTNER

RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBB

30 Jahre
1987-2017

Ehlers, Ehlers & Partner · Rechtsanwalts-gesellschaft mbB
Widenmayerstr. 29 · D-80538 München · Germany

München

Prof. Dr. iur. Dr. med. Alexander P. F. Ehlers^{1,3,6}
Dr. iur. P. Nikolai Ehlers, LL. M.^{1,4}
Karin Gräfin von Strachwitz-Helmstatt^{1,3}
Dr. iur. Christian Rybak¹
Dr. iur. Horst Bitter
Marion Bickmann, LL. M.
Julian Bartholomä

Berlin

Dr. iur. Melanie Arndt^{1,3,5}
Carsten Gundel-Arndt³
David Dittberner

Düsseldorf

Dr. iur. Christian Rybak¹

In Kooperation mit

Prof. Dr. iur. K. A. Prinz von Sachsen-Gessaphe

¹ Partner

² Assoziierter Partner

³ Fachanwalt für Medizinrecht

⁴ Attorney at Law, New York

⁵ Fachanwältin für Verwaltungsrecht

⁶ Facharzt für Allgemeinmedizin

Ihr Zeichen
Your Reference

Ihr Schreiben vom
Your letter dated

Unser Zeichen
Our Reference

München,
Munich,

17.08.2018

Stellungnahme

von Herrn Professor Dr. iur. Dr. med. Alexander P. F. Ehlers,
Honorarprofessor für Medizinrecht und Health Care Systems an der EBS Universität
für Wirtschaft und Recht,

zu den die nichtärztlichen Dialyseleistungserbringer betreffenden Passagen des Referentenentwurfs eines Gesetzes für schnellere Termine und bessere Versorgung (Terminservice und Versorgungsgesetz – TSVG) vom 23.07.2018

München: Widenmayerstr. 29 · D-80538 München · Germany
Telefon: +49(0)89-210969-0 · Telefax: +49(0)89-210969-99
E-mail: munich@eep-law.de · www.eep-law.de

Berlin: Meinekestr. 13 · D-10719 Berlin · Germany
Telefon: +49(0)30-887126-0 · Telefax: +49(0)30-88676111
E-mail: berlin@eep-law.de · www.eep-law.de

Düsseldorf: Mörsenbroicher Weg 200 · D-40470 Düsseldorf · Germany
Telefon: +49(0)211-583357-425 · Telefax: +49(0)89-210969-99
E-mail: duesseldorf@eep-law.de · www.eep-law.de

Partnerschaft eingetragen beim Amtsgericht München PR 146

Vorbemerkung

Der Referentenentwurf (im Folgenden: TSVG-E) zielt vorrangig darauf ab, eine qualitativ gute und gut erreichbare medizinische Versorgung aller versicherten Patientinnen und Patienten in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) sicherzustellen (TSVG-E, S. 1, 44). Hierfür soll u.a. die Attraktivität der medizinischen Versorgungszentren (MVZ) erhalten werden (TSVG-E, S. 2, 48 f.). Im Einzelnen führt der Referentenentwurf in diesem Kontext aus (TSVG-E, S. 48):

„Die Sicherstellung einer guten medizinischen Versorgung setzt Versorgungsstrukturen voraus, die den Vorstellungen der Ärztinnen und Ärzte von ihrer Berufsausübung Rechnung tragen. Neben dem Bekenntnis des Koalitionsvertrags zur Freiberuflichkeit der Heilberufe ist daher auch dem Wunsch vieler insbesondere junger Medizinerinnen und Medizinern nach einer Tätigkeit in einem Anstellungsverhältnis gerecht zu werden. Medizinische Versorgungszentren (MVZ) sind dafür seit vielen Jahren eine attraktive Form der Berufsausübung, zumal eine Tätigkeit dort häufig auch mit flexibleren Arbeitszeiten verbunden ist.“

Damit wird ein eindeutiger Zusammenhang zwischen der zunehmend nachgefragten Option, insbesondere von Nachwuchsmedizinerinnen und -medizinern, ein Beschäftigungsverhältnis in einem MVZ einzugehen und der Qualität der medizinischen Versorgung hergestellt.

Es ist zu begrüßen, dass dieser Zusammenhang im Referentenentwurf erkannt wird und hieraus überwiegend Konsequenzen gezogen werden, die geeignet sind, die Reformziele zu fördern.

Indessen wird im Entwurf unter Nr. 47 a) aa) mit der Neufassung von § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V (im Folgenden: § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E) eine Regelung vorgeschlagen, die künftig den Kreis möglicher Träger eines MVZ – und damit auch die beruflichen Möglichkeiten insbesondere junger Medizinerinnen und Medizinern – beschränkt und die Sicherstellung einer ausreichenden flächendeckenden Versorgung der GKV-Patientinnen und Patienten gefährdet. § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E lautet wie folgt (TSVG-E, S. 21):

„Erbringer nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Absatz 3 sind nur zur Gründung fachbezogener medizinischer Versorgungszentren berechtigt.“

Zur Begründung wird im Referentenentwurf ausgeführt (TSVG-E, S. 109 f.):

„Mit dem GKV-Versorgungsstrukturgesetz wurde die Vernetzung, Kooperation und Koordination in anerkannten Praxisnetzen gestärkt. Kooperative Versorgungsformen können die Versorgung der Versicherten verbessern und das Versorgungspotential effektiv nutzen. Zur Sicherstellung der Versorgung in unterversorgten Gebieten wird das Potential anerkannter Praxisnetze nunmehr weitergehend genutzt, in dem diesen die Möglichkeit gegeben wird, in unterversorgten Regionen medizinische Versorgungszentren zu gründen.“

Ebenfalls mit dem GKV-Versorgungsstrukturgesetz hatte der Gesetzgeber die Berechtigung zur Gründung von medizinischen Versorgungszentren neu geregelt und erheblich eingeschränkt. Damit sollte der Entwicklung entgegengewirkt werden, dass medizinische Versorgungszentren immer häufiger von Investoren gegründet werden, die allein Kapitalinteressen verfolgen und keinen fachlichen Bezug zur medizinischen Versorgung haben. Die Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen von Kapitalinteressen sollte gewährleistet werden. Nicht bewährt hat sich die uneingeschränkte Einbeziehung von Erbringern nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Absatz 3 in den Gründerkreis eines medizinischen Versorgungszentrums. So hat sich nunmehr in den letzten Jahren gezeigt, dass zunehmend Kapitalinvestoren ohne medizinisch-fachlichen Bezug zur vertragsärztlichen Versorgung Leistungserbringer nach § 126 Absatz 3 aufkaufen, um hierüber Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung zu erhalten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Ankauf entsprechender Leistungserbringer nach der bisherigen gesetzlichen Regelung auch zur Gründung fachfremder medizinischer Versorgungszentren (z.B. auch zahnärztlicher) berechtigte.

Um der neuen Entwicklung entgegenzuwirken, wird die Möglichkeit zur Gründung von medizinischen Versorgungszentren für Erbringer nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Absatz 3 auf fachbezogene medizinische Versorgungszentren beschränkt.“

Stellungnahme

Die Absicht, die Gründung nichtärztlicher Dialyseleistungserbringer auf fachgleiche MVZ zu beschränken, ist aus **faktisch-pragmatischen (A.) sowie verfassungs- und unionsrechtlichen (B.) Gründen abzulehnen**. Unter bestimmten Umständen erscheinen allenfalls nicht oder zumindest weniger eingriffsintensive Regelungen als mögliche Optionen (C.).

Im Einzelnen:

A. Faktisch-pragmatische Gründe

Zunächst ist festzuhalten, dass die im Referentenentwurf insinuierte Gefährdung der Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen von Kapitalinteressen jeglicher Tatsachenbasis entbehrt. **Valide Daten oder aussagekräftige Fakten für eine solche Einflussnahme von Investoren liegen nicht vor**. Eine Verbindung zwischen der Gefährdung der ärztlichen Unabhängigkeit und der Berechtigung bestimmter Leistungserbringer zur Gründung von MVZ besteht deshalb nicht.

Zudem setzt sich der Reformgesetzgeber mit § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E in Widerspruch zu seinen eigenen Regelungszielen. Denn selbst wenn zunehmend Kapitalinvestoren ohne medizinisch-fachlichen Bezug zur vertragsärztlichen Versorgung Erbringer nichtärztlicher

Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 SGB V aufkaufen sollten, um hierüber Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung zu erhalten, handelt es sich zumindest im Ausgangspunkt um eine Entwicklung, die der historische Gesetzgeber mit der Etablierung der MVZ zum 1. Januar 2004 bewusst beabsichtigt hat. Denn durch die MVZ sollten insbesondere die Überwindung sektoraler Grenzen bei der medizinischen Versorgung gefördert und der Wettbewerb intensiviert werden (BT-Drs. 15/1525, S. 74). Außerdem sollte durch die Möglichkeit der ambulanten ärztlichen Tätigkeit im Anstellungsverhältnis in MVZ der Berufseinstieg für junge Ärzte erleichtert werden (BT-Drs. 15/1525, S. 108, 112).

Der Referentenentwurf verfolgt ein ähnliches Regelungsziel und will diese besonders für junge Medizinerinnen und Mediziner „attraktive Form der Berufsausübung“ stärken und ausbauen (TSVG-E, S. 110), um hierdurch eine Versorgungsstruktur zu schaffen, die auch künftig eine gute medizinische Versorgung der GKV-Versicherten gewährleistet.

Diese Regelungsziele werden durch die Einschränkung der Berechtigung zur Gründung von MVZ konterkariert und erheblich gefährdet. Denn sie schließt es aus, den Erwerb von Erbringern nichtärztlicher Dialyseleistungen Leistungserbringern nach § 126 Abs. 3 SGB V auch die Gründung fachfremder MVZ zu ermöglichen.

Bislang ist dies aus Gleichheitsgründen in § 95 Abs. 1a S. 1 Halbsatz 1 SGB V einschränkungslos für erforderlich gehalten worden. Aufgrund der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit vom 30. November 2011 wurde im GKV-Versorgungsstrukturgesetz (GKV-VStG) die Gründungsberechtigung über den Regierungsentwurf hinaus zusätzlich für Leistungserbringer nach § 126 Abs. 3 SGB V vorgesehen. Diese Ergänzung wurde im Ausschussbericht damit begründet, dass bezogen auf die Möglichkeit zur MVZ-Gründung eine unterschiedliche Behandlung von Vertragsärzten und mit Vertragsärzten kooperierenden Leistungserbringern nach § 126 Abs. 3 SGB V sachlich nicht gerechtfertigt sei, weil in der ambulanten Versorgung gleiche Leistungen entweder durch zugelassene Vertragsärzte oder im Rahmen der Kooperation durch zugelassene Leistungserbringer erbracht werden dürften (BT-Drs. 17/8005, S. 147). Weshalb diese zutreffende Erwägung nun obsolet sein soll, ist nicht erklärlich. Bezeichnenderweise schweigt sich der Referentenentwurf dazu aus.

Hinzu kommt, dass auch der Errichtung eines nichtärztlichen Dialyseerbringers die von den Vertragspartnern auf der Grundlage von § 72 Abs. 2 und § 82 Abs. 1 S. 1 SGB V in der Anlage 9.1 BMV-Ä („Versorgung chronisch niereninsuffizienter Patienten“) für den Bereich der Dialyseversorgung vereinbarten Regelungen zugrunde liegen. Die Vertragspartner haben dort spezielle Regelungen für eine ausreichende und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten mit Dialyseleistungen getroffen. Diese stehen, wie in § 1 S. 2 Anlage 9.1 BMV-Ä ausdrücklich aufgeführt, im Zusammenhang mit den Regelungen der Sonderbedarfsplanung gemäß der BedarfspRL des G-BA, der BlutreinigungsV, der Qualitätssicherungs-Richtlinie Dialyse des G-BA und den Regelungen der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen zur Fortbildungsverpflichtung der Vertragsärzte nach § 95d SGB V. Der G-BA nimmt in der auf der Grundlage von § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 SGB V erlassenen BedarfspRL auf die BlutreinigungsV und die Anlage 9.1 BMV-Ä Bezug. Hierbei handelt es sich nach Einschätzung des Bundessozialgerichts (BSG) um ein

schlüssiges Konzept, das auf ineinandergreifenden Elementen der Qualitätssicherung, der Regulierung des Marktzugangs durch normative Planungsvorgaben an Hand eines Arzt-Patienten-Schlüssels, der Schaffung von Versorgungsregionen und der Sicherung der wirtschaftlichen Versorgung an den gewachsenen Standorten der zugelassenen oder ermächtigten Leistungserbringer auch durch Schutz vor zusätzlichen, nicht zur Bedarfsdeckung erforderlichen Leistungsanbietern beruht (BSG, Urteil vom 15. März 2017 – B 6 KA 18/16 R, Rn. 69). Speziell für die Errichtung eines nichtärztlichen Dialyseerbringers ist ein Versorgungsauftrag für chronisch niereninsuffiziente Patienten (§ 2 Abs. 7 i.V. mit Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV) und ein Kooperationsvertrag zwischen der nichtärztlichen Einrichtung nach Anhang 9.1.2 zur Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV erforderlich. Zudem muss ein Versorgungsvertrag mit einer Krankenkasse geschlossen werden. Dieser setzt wiederum die Beteiligung an einer entsprechenden Ausschreibung der Krankenkasse (§ 127 Abs. 1 SGB V) oder den Abschluss eines Versorgungsvertrags gemäß § 127 Abs. 2 SGB V bzw. die Beteiligung an einem solchen Vertrag nach § 127 Abs. 2a SGB V voraus (näher Klöck, Das Medizinische Versorgungszentrum im GKV-Versorgungsstrukturgesetz, NZS 2013, 368, 370). Angesichts dieser engmaschigen Regulierung erscheint die im Referentenentwurf artikulierte Sorge um die „Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen von Kapitalinteressen“ (TSVG-E, S. 110) schon innerhalb der Einrichtungen nach § 126 Abs. 3 SGB V als völlig unbegründet.

Aber auch im Hinblick darauf, dass nach geltendem Recht eine nichtärztliche Dialyse-Einrichtung als „Erwerbsvehikel“ für die Errichtung und Gründung fachübergreifender MVZ genutzt werden kann, ist es systemisch ausgeschlossen, dass, wie im Referentenentwurf befürchtet (TSVG-E, S. 110), die ärztliche Entscheidungsfreiheit durch Kapitalinteressen beeinflusst wird. Denn die ärztliche Therapiefreiheit wird durch ein dichtes Geflecht gesetzlicher und untergesetzlicher Normen gestaltet, das die einseitige Verfolgung von Renditezielen ausschließt. Namentlich ist die Therapiefreiheit des Vertrags(zahn)arztes insofern beschränkt, als mit der Einleitung der aus seiner Sicht notwendigen diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen einschließlich der Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln sowie erforderlichenfalls von Krankenhauspflege der vom Gesetz, als ausfüllungsbedürftiges Rahmenrecht, ausgestaltete Leistungsanspruch des Versicherten in fachlich-medizinischer Hinsicht konkretisiert wird. Ärztliche Behandlung muss nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausreichend und wirtschaftlich (§ 12 SGB V) sein. Das mit diesen und anderen Vorschriften verfolgte Ziel, das für fast alle zugängliche und solidarisch finanzierte System der GKV bezahlbar zu halten und vor unnötigen Ausgaben zu schützen, ist auch für nichtärztliche Dialyse-Einrichtungen einschlägig, die von Kapitalinvestoren getragen werden. Zudem müssen sich auch renditeorientierte Inhaber nicht-ärztlicher Dialyse-Leistungserbringer bei der Errichtung zahnärztlicher oder anderer fachfremder MVZ an die für die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung geltenden Vorschriften halten (§ 72 Abs. 1 S. 2 SGB V). Ein maßgebliches Ziel der vertragsärztlichen Versorgung besteht darin, eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse zu gewährleisten (§ 72 Abs. 2 SGB V). Dieses Ziel wird durch zahlreiche gesetzliche Bestimmungen und Kollektivverträge (vgl. §§ 82 ff. SGB V) konkretisiert und detailliert, denen auch MVZ mit fachfremden Eigentümern unterworfen sind. Dass Investoren bei der Teilnahme

an der vertragsärztlichen Versorgung „allein Kapitalinteressen verfolgen“ (TSVG-E, S. 110), ist hierbei völlig unerheblich.

Schließlich übersieht der Referentenentwurf, dass schon § 95 Abs. 1 S. 3 SGB V bestimmt, dass die Weisungsfreiheit des ärztlichen Leiters eines MVZ in medizinischen Fragen sichergestellt werden muss. Zudem muss er in diesem MVZ auch tätig sein. **Diese Vorschrift ist bereits ausreichend geeignet, die ärztliche Unabhängigkeit in MVZ zu schützen.**

Im Übrigen wäre es auch auf Basis des Referentenentwurfs weiterhin möglich, dass „rein renditeorientierte“ Investoren ein nach § 108 SGB V zugelassenes Krankenhaus kaufen oder sich hieran beteiligen, um über diesen „Umweg“ Arztpraxen in der Organisationsform eines MVZ zu gründen oder erwerben zu dürfen. Dieser regelungsmotivbezogene Widerspruch lässt sich kaum auflösen.

Trotz der skizzierten fachlichen und sächlichen Anforderungen erscheint der Weg, einen Leistungserbringer nach § 126 Abs. 3 SGB V zu übernehmen, um über ihn MVZ die zu errichten oder sich zu beteiligen, etwas einfacher gangbar als der Erwerb und Betrieb eines Krankenhauses (Klöck, NZS 2013, 368, 370). Daher ist die in § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E vorgesehene Beschränkung des Kreises derer, die MVZ gründen können, von erheblicher Bedeutung für die Versorgungsstruktur.

Die Auswirkungen des § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E auf die bestehende Versorgungsstruktur werden noch dadurch verschärft, dass – anders als noch mit der durch das GKV-VStG mit Wirkung vom 1. Januar 2012 vorgenommenen Beschränkung des Kreises der zur Gründung eines MVZ Berechtigten – keine Bestandsschutzregelung vorgesehen ist (vgl. § 95 Abs. 1a S. 2 SGB V).

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der Referentenentwurf von einem rein fiktiven Sachverhalt ausgeht, sich hierbei in normativ nicht abbildbare regelungsmotivbezogene Widersprüche verstrickt und hieraus auch noch die falschen Schlüsse zieht. Entgegen dem Befund im Referentenentwurf bestehen in Wahrheit **nämlich keine Anhaltspunkte für eine Gefährdung der ärztlichen Unabhängigkeit in MVZ**. An das die ärztliche Tätigkeit in MVZ steuernde Normenregime sind sämtliche MVZ gebunden, unabhängig davon, ob sie fachübergreifenden Charakter haben oder sich im Eigentum von Kapitalinvestoren befinden. Das im Referentenentwurf formulierte übergeordnete Regelungsziel, die besonders für junge Medizinerinnen und Mediziner attraktive Form der Berufsausübung in MVZ im Interesse einer guten medizinischen Versorgung der GKV-Versicherten zu stärken und auszubauen, würde durch die Implementation von § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E konterkariert. Zudem wird im Referentenentwurf übersehen, dass auch die weiterhin zur Gründung von und Beteiligung an MVZ berechtigten Leistungserbringer (gewinnorientierte Krankenhäusern in privater Trägerschaft, häufig auch Vertragsärzte) Kapitalinteressen verfolgen. Schließlich enthält der Entwurf auch keine Bestandsschutzregelung.

B. Verfassungs- und unionsrechtliche Gründe

I. Verfassungsrechtliche Aspekte

§ 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E greift unmittelbar in die durch Art. 12 Abs. 1 GG verbürgte Berufsfreiheit der Erbringer nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 SGB V. Denn sie sollen – anders als bisher – nur noch fachbezogene MVZ gründen dürfen. In der Verringerung andernfalls möglicher Beschäftigungsoptionen in MVZ liegt zudem ein mittelbarer Eingriff in die Berufsfreiheit insbesondere junger Ärztinnen und Ärzte vor. Außerdem ist der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.

1. Art. 12 Abs. 1 GG

Die Eingriffsintensität ist für die Erbringer nichtärztlicher Dialyseleistungen erheblich, da sie, soweit sie gewinnorientiert tätig sein wollen, nur noch die Möglichkeit haben, Träger oder zumindest Miteigentümer eines zugelassenen Krankenhauses zu werden.

Der durch § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E ermöglichte Eingriff in die Berufsfreiheit lässt sich nicht rechtfertigen. Zwar ist der Schutz der ärztlichen Unabhängigkeit ein wichtiges Gemeinschaftsgut, doch ist die in der Begründung des Referentenentwurfs enthaltene Annahme einer **Gefährdung der ärztlichen Unabhängigkeit offensichtlich unhaltbar**. Denn ein spezifischer Zusammenhang zwischen Gefährdungen der ärztlichen Unabhängigkeit und der Berechtigung von Erbringern nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 SGB V zur Gründung von MVZ besteht ersichtlich nicht. Schon die implizite Annahme, die verschiedenen Leistungserbringer verfolgten in unterschiedlichem Maße Kapitalinteressen, ist inkonsistent und entbehrt jeglicher Tatsachenbasis. Vor allem aber liegen trotz der praktischen Erfahrung mit MVZ seit dem Jahr 2004 keine tatsächlichen Anhaltspunkte für die Gefährdung der ärztlichen Unabhängigkeit der in MVZ angestellt tätigen Ärzte durch Kapitalinteressen vor. Dies ist zuletzt in der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Zimmermann* et al. vom 25. August 2017 zu zahnärztlichen MVZ (BT-Drs. 18/13412) deutlich geworden. Erst recht fehlt es an Anhaltspunkten für Gefährdungen durch Erbringer nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 SGB V. Im Übrigen sind auch zahlreiche private, gewinnorientiert arbeitende Krankenhausträger – oftmals börsennotierte Konzerne – an der stationären Versorgung beteiligt. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die ärztliche Unabhängigkeit in von diesen Gesellschaften gegründeten MVZ weniger gefährdet sein sollte als in MVZ der Erbringer nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 SGB V.

Zwar billigt das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) dem Gesetzgeber sowohl hinsichtlich der Auswirkungen der gesetzlichen Regelungen als auch hinsichtlich der Einschätzung der der Allgemeinheit drohenden Gefahren, zu deren Verhütung er tätig werden will, einen grundsätzlichen Einschätzungs- und Prognosespielraum zu. Dieser gilt auch für sozialpolitische Rechtsmaterien und erstreckt sich auf die Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele. Doch ist es ihm verwehrt, zur Begründung

einer intensiveren Beschränkung der Berufsfreiheit bloße „Gefährdungspotentiale“ heranzuziehen, obwohl dafür tatsächliche Erkenntnisse fehlen (BVerfGE 107, 186, 197). So verhielte es sich aber hier.

Auch unter Berücksichtigung der dem Gesetzgeber zukommenden Einschätzungsprärogative wäre § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E im Übrigen nicht geeignet, einen besseren Schutz der Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen als den ohnehin schon vorhandenen zu gewährleisten. Da schon die gesetzgeberische Einschätzung zu den der Allgemeinheit drohenden Gefahren offensichtlich jeglicher Tatsachengrundlage entbehrt, könnte die gesetzliche Regelung auch keinen Beitrag zur Sicherung der ärztlichen Unabhängigkeit der im MVZ angestellt tätigen (Zahn-)Ärzte leisten, so dass der nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zur Begründung der Eignung gebotene nachvollziehbare Wirkungszusammenhang zwischen dem intendierten Rechtsgutschutz und der entsprechenden Regelung (BVerfGE 107, 186, 197) hier nicht gegeben ist.

Auch hinsichtlich der Erforderlichkeit von § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E ist darauf hinzuweisen, dass der Referentenentwurf jegliche konkrete Angabe zur Gebotenheit dieser Regelung vermissen lässt. Vielmehr sind bislang nur Fälle bekannt geworden, in denen die auch zukünftig gründungsberechtigten Krankenhäuser oder andere Vertragsärzte versucht haben, das Einweisungs- und/oder Überweisungsverhalten niedergelassener Ärzte – nicht allein von in MVZ tätigen Ärzten – im eigenen Interesse zu beeinflussen (vgl. Scholz/Buchner, Beschränkungen der Berechtigung zur Gründung medizinischer Versorgungszentren nach § 95 Abs. 1a SGB V i.d.F. des GKV-VStG zum Schutz der ärztlichen Unabhängigkeit? – Verfassungsrechtliche und europarechtliche Bewertung – NZS 2012, 401, 404 m.w.N.).

Die in § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E vorgesehene Gründungsbeschränkung ist auch deshalb nicht erforderlich, weil sie offensichtlich nicht das mildeste Mittel zur Gewährleistung der unabhängigen ärztlichen Berufsausübung bildet. **Die ärztliche Therapiefreiheit ist gänzlich unabhängig von den Eigentumsverhältnissen an einem MVZ ausreichend normativ gewährleistet. Zur Wahrung der Unabhängigkeit der medizinischen Entscheidung reicht es insoweit aus, dass gemäß § 95 Abs. 1 S. 3 SGB V die Leitung eines MVZ durch einen weisungsfreien Arzt sichergestellt ist.** Zudem ist ein Investor an die sonstigen für MVZ einschlägigen krankenversicherungs- und insbesondere vertragsärztlichen Bestimmungen gebunden. Es ist deshalb völlig unklar, weshalb diese Vorschriften – flankiert durch die korrespondierenden Sanktionsnormen des Berufs-, Sozial- und Strafrechts – nicht ausreichen sollen, bei von Erbringern nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 SGB V auch weiterhin die ärztliche Unabhängigkeit gewährleisten. Dies gilt umso mehr, als etwa auch bei der stationären Krankenhausversorgung die allein kommerziell motivierte Gründung nicht als Problem für die ärztliche Unabhängigkeit angesehen wird. **2. Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG**

Aus der Ungleichbehandlung bei der Berechtigung zur MVZ-Gründung ergibt sich im Übrigen, dass **§ 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG verstößt.** Denn die weiterhin unbeschränkt grün-

dungsberechtigten Leistungserbringer werden gegenüber den Erbringern nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 SGB V hinsichtlich der Berechtigung zur MVZ-Gründung privilegiert und damit ungleich behandelt.

Diese Ungleichbehandlung und die dadurch ausgelösten Konkurrenz Nachteile sind verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Denn die Differenzierungskriterien erweisen sich aus den bereits dargelegten Gründen unter Berücksichtigung des intendierten Zwecks der Regelung als sachfremd. Die diskriminierende Behandlung der Erbringer nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 SGB V leistet wie schon dargelegt weder einen Beitrag zur Sicherung der ärztlichen Unabhängigkeit der in einem MVZ tätigen Ärzte noch zu sonstigen in der Begründung des Referentenentwurfs erwähnten Gemeinwohlzielen. § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E behandelt daher im Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG Normadressaten ungleich, obwohl zwischen den verschiedenen Gruppen ersichtlich keine Unterschiede bestehen, die die ungleiche Behandlung und die dadurch verursachten Wettbewerbs Nachteile im Hinblick auf die Berechtigung zur Gründung von MVZ rechtfertigen könnten.

3. Art. 14 Abs. 1 GG

Das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG ist durch das TSVG-E ebenfalls betroffen. Denn die von den Erbringern nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 SGB V bereits eingerichteten MVZ-Trägergesellschaften unterliegen § 95 Abs. 6 S. 1 SGB V. Danach ist die Zulassung u.a. dann zu entziehen, wenn ihre Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Die Gründungsvoraussetzungen müssen also nicht nur bei der Gründung selbst, sondern dauerhaft gegeben sein.

Um den verfassungsrechtlich erforderlichen Bestandsschutz zu gewährleisten, hat der Gesetzgeber des GKV-VStG in einer vergleichbaren Konstellation die Regelung des § 95 Abs. 1a S. 2 SGB V eingefügt. Sie hat folgenden Wortlaut:

„Die Zulassung von medizinischen Versorgungszentren, die am 1. Januar 2012 bereits zugelassen sind, gilt unabhängig von der Trägerschaft und der Rechtsform des medizinischen Versorgungszentrums unverändert fort.“

Sollte also § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E unverändert verabschiedet werden, wäre es daher von Verfassung wegen geboten, eine entsprechende Bestandsschutzvorschrift einzufügen.

II. Unionsrechtliche Gründe

Die Implementation von § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E würde auch den vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) dem nationalen Gesetzgeber im Rahmen von Art. 168 Abs. 7 AEUV konzidierten „Wertungsspielraum“ im Bereich des Gesundheitsschutzes (vgl. u.a. EuGH, Slg. 2009, I-1471 Rn. 19) überschreiten und deshalb **gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV verstoßen**. Denn nach den relevanten unionsrechtlichen Maßstäben sind die äußeren Grenzen des Wertungsspielraums des nationalen Gesetzgebers im Gesundheitsbereich dann überschritten, wenn er eine die Betätigung juristischer oder natürlicher Personen

aus anderen EU-Mitgliedstaaten bei der Gründung und dem Betrieb von MVZ in Deutschland ermöglichende Regelung ohne plausiblen Anhaltspunkt für Fehlentwicklungen erheblich verschärft und dadurch die Niederlassungsfreiheit erheblich beschränkt, obwohl damit offensichtlich die Realisierung des Gesetzeszwecks nicht gefördert wird. § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E ist damit auch aus unionsrechtlicher Sicht evident ungeeignet und aus diesem Grund offensichtlich nicht erforderlich.

III. Zusammenfassendes Ergebnis

Würde § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E Gesetzeskraft erwachsen, wäre diese Regelung **wegen Verletzung der Art. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG und der Art. 49, 54 AEUV verfassungs- und unionsrechtswidrig**. Unabhängig hiervon wäre außerdem ein **Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG** zu konstatieren, wenn keine Bestandsschutzvorschrift vorgesehen würde.

C. Alternativlösungen

Unsicherheiten hinsichtlich der Evidenz des im Referentenentwurf identifizierten Gefährdungspotentials könnten – ungeachtet der weiterhin bestehenden Legitimations- und Gleichheitsproblematiken – möglicherweise durch weniger eingriffsintensive Regelungen gelöst werden.

Berufsrechtliche Steuerungen auf Landesebene kommen hier von vornherein nicht in Betracht. Zivilrechtliche Alternativlösungen scheiden hier ebenfalls aus, da sie sich auch auf nicht an der Versorgung teilnehmende Leistungserbringer auswirken würden. Die überwiegenden Gesichtspunkte sprechen daher für systemkonforme Regelungen innerhalb des SGB V.

Informationsdefizite hinsichtlich möglicher negativer Einflüsse von Kapitaleignern nichtärztlicher Dialyse-Einrichtungen auf die Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen und die Versorgungsqualität könnten durch eine Berichtspflicht der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigung (K(Z)BV) an das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) aufgefangen werden. Derartige Berichtspflichten sind dem SGB V nicht fremd (vgl. § 87 Abs. 2a S. 4 SGB V). Eine solche Vorschrift könnte lauten:

„Die Kassenärztliche Bundesvereinigung berichtet dem Bundesministerium für Gesundheit alle zwei Jahre über die Einflüsse von durch Erbringer nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 gegründeten medizinischen Versorgungszentren auf die Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen und die Versorgungsqualität. Das Bundesministerium für Gesundheit kann das Nähere zum Inhalt des Berichts bestimmen.“

Diese Regelung hätte den Vorzug, dass sie keinen Eingriff in Grundrechte und Grundfreiheiten konstituieren würde.

Alternativ käme aber auch eine invasive Regelung in Betracht, die auf die jeweiligen Umstände abstellt und damit eine geringere Eingriffsintensität als § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E aufweist. So könnte § 95 Abs. 1a SGB V um folgenden Satz ergänzt werden:

„Erbringer nichtärztlicher Dialyseleistungen nach § 126 Abs. 3 sind nur zur Gründung medizinischer Versorgungszentren berechtigt, wenn dadurch nicht die Unabhängigkeit der medizinischen Entscheidung und die gute Versorgungsqualität gefährdet wird.“

Sollte § 95 Abs. 1a S. 1 Halbs. 2 SGB V-E gleichwohl verabschiedet werden, wäre jedenfalls eine Bestandsschutzregelung verfassungsrechtlich geboten. Sie könnte an die bisherige Vorschrift des § 95 Abs. 1a S. 2 SGB V anknüpfen sie und sie um die Wörter „und bei Inkrafttreten dieses Gesetzes“ ergänzen. § 95 Abs. 1a S. 3 SGB V-E würde dann wie folgt lauten:

„Die Zulassung von medizinischen Versorgungszentren, die am 1. Januar 2012 und bei Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits zugelassen sind, gilt unabhängig von der Trägerschaft und der Rechtsform des medizinischen Versorgungszentrums unverändert fort.“

München, den 17.08.2018

Prof. Dr. iur. Dr. med. Alexander P. F. Ehlers
Fachanwalt für Medizinrecht
Facharzt für Allgemeinmedizin