

Kommunen als Träger Medizinischer Versorgungszentren

Studie

erstellt im Auftrag des
Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege

von

Univ.-Prof. Dr. Thorsten Kingreen und
Univ.-Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.
Universität Regensburg

Mai 2018

Inhaltsübersicht

A. Tatbestand.....	6
B. Rechtliche Würdigung.....	10
I. Verfassungsmäßigkeit von § 95 Abs. 1a SGB V.....	10
II. Die Gründung und Zulassung des MVZ.....	11
1. Sozialversicherungsrechtliche Zulassungsvoraussetzungen.....	11
a) Subjektive Anforderungen.....	12
aa) Gründer.....	12
bb) Einrichtung.....	13
cc) Ärztliche Leitung.....	14
dd) Eintragung in das Arztregister.....	17
b) Objektive Anforderungen bei Zulassungsbeschränkungen.....	17
aa) Keine Notwendigkeit des Vorliegens eines begründeten Ausnahmefalls.....	17
bb) Vorgaben der allgemeinen Bedarfsplanung.....	18
(1) Zulassungsverzicht zugunsten eines MVZ, § 103 Abs. 4a S. 1 SGB V.....	19
(2) Beteiligung am Ausschreibungsverfahren, § 103 Abs. 4c SGB V.....	20
c) Verfahren.....	21
aa) Zulassung des MVZ.....	21
bb) Anstellung eines Arztes im MVZ.....	21
2. Kommunalrechtliche Voraussetzungen.....	22
a) Sperrwirkung des Sozialversicherungs- für das Kommunal- wirtschaftsrecht?.....	22

aa) Divergierende Anforderungen von Sozialversicherungs- und Kommunalrecht.....	22
bb) Auflösung durch die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung.....	23
(1) Gesetzgebungskompetenz für das Kommunalwirtschaftsrecht.....	23
(2) Gesetzgebungskompetenz für das Recht der MVZ.....	25
(3) Abgrenzung der Kompetenzen.....	25
b) Hilfsweise: Kommunalwirtschaftsrechtliche Zulässigkeit.....	28
aa) Öffentlicher Zweck, Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO.....	28
bb) Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf, Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayGO.....	29
cc) Eignung zur Wahrnehmung außerhalb der öffentlichen Verwaltung, Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayGO.....	29
dd) Subsidiaritätsklausel, Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO.....	30
ee) Zwischenergebnis.....	32
3. Beihilfenrechtliche Voraussetzungen.....	32
a) Funktionsweise des EU-Beihilfenrechts und relevante Austauschverhältnisse.....	32
b) Ausschluss der Begünstigung.....	34
c) Wettbewerbsverfälschung.....	36
d) Zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung.....	39
e) Hilfsweise: Kompensation von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) – Wegfall der Begünstigung auf der Basis der <i>Altmark-Trans</i> -Rechtsprechung.....	42
aa) Vorbemerkung.....	42
bb) Transparenz und Bestimmtheit des Betrauungsaktes.....	44
cc) Transparenz und Objektivität der Ausgleichsparameter.....	45

dd) Netto-Mehrkostenprinzip – Vermeidung von Überkompensationen.....	46
ee) Objektiver Kostenmaßstab.....	46
f) Hilfsweise: Notifizierungsfreie Gemeinwohlpflichten-Kompensation im Sinne des DAWI-Freistellungsbeschlusses der Kommission.....	49
aa) Sachlicher Anwendungsbereich, Art. 2 DAWI-Freistellungs- beschluss.....	49
bb) Betrauung, Art. 4 DAWI-Freistellungsbeschluss.....	50
cc) Ausgleich und getrennte Rechnungsführung, Art. 5 DAWI- Freistellungsbeschluss.....	50
dd) Kontrolle von Überkompensationen, Art. 6 DAWI-Freistellungs- beschluss.....	51
ee) Verfügbarkeit von Informationen, Art. 8 DAWI-Freistellungs- beschluss.....	51
ff) Zwischenergebnis.....	51
g) Unternehmerische Betätigung.....	52
h) Staatlich oder aus staatlichen Mitteln.....	53
i) Zwischenergebnis.....	54
4. Vergaberechtliche Vorgaben.....	55
a) Keine Ausschreibungspflicht im Rahmen der Gründungsphase bei Aufnahme von Arztpraxen.....	55
b) Keine Ausschreibungspflicht im Rahmen der Zulassungsentscheidung.....	56
c) Keine Ausschreibungspflicht im Falle einer Betrauung.....	57
5. Kartellrechtliche Vorgaben.....	59
a) Unterscheidung zwischen Gründungs- und Betriebsphase; mögliche Kartellrechtsrisiken.....	59

b) Schranken einer Exklusivität der Beteiligung am MVZ am Maßstab des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots.....	60
III. Die Organisation des kommunalen MVZ.....	62
1. Handlungsspielraum bei der Wahl der Organisationsform.....	62
2. Regiebetrieb.....	63
3. Eigenbetrieb.....	63
a) Sondervermögen; Betriebssatzung.....	63
b) Werkleitung und Werksausschuss; Haftung.....	64
4. Selbständiges Kommunalunternehmen.....	65
a) Eigene Rechtspersönlichkeit; Satzung; Anstaltslast und Gewährträgerhaftung.....	66
b) Vorstand und Verwaltungsrat.....	67
IV. Das kommunale MVZ als Teilnehmer an der vertragsärztlichen Versorgung.....	69
1. Konsequenzen für den Sicherstellungs- und Gewährleistungsauftrag, § 75 Abs. 1 SGB V.....	69
2. Abrechnung gegenüber den Kassenärztlichen Vereinigungen.....	72
3. Maßgeblichkeit des öffentlichen Wirtschaftsrechts.....	73
a) Beihilfenrechtliche Vorgaben.....	73
b) Bindung an das Vergaberecht.....	73
aa) Das MVZ als Adressat des Vergaberechts.....	73
bb) Folgen für die Beschaffungstätigkeit des MVZ.....	74
c) Kartellrechtliche Vorgaben.....	75
aa) Kartellverbot, §§ 1, 2 GWB.....	76
bb) Missbrauchsverbot, §§ 19, 20 GWB.....	77
C. Ergebnisse.....	78

A. Tatbestand

Gegenstand der Studie sind die Prüfung der rechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Gründung und des Betriebs eines Medizinischen Versorgungszentrums (MVZ) durch eine Kommune im Freistaat Bayern als Basis für die Erstellung eines Handlungsleitfadens.

Bund, Länder und Gemeinden werden durch das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) verpflichtet, im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten eine funktions- und leistungsfähige Gesundheitsinfrastruktur zu gewährleisten.¹ Zudem verpflichtet Art. 3 Abs. 2 S. 2 der Verfassung des Freistaats Bayern (BV) den Staat dazu, gleichwertige Lebensverhältnisse und Arbeitsbedingungen in ganz Bayern, in Stadt und Land zu fördern und zu sichern. Zu diesen Lebensverhältnissen gehört auch eine erreichbare, d. h. wohnortnahe Versorgung mit ärztlichen Leistungen. Bei der Erfüllung dieser Verpflichtung werden die zuständigen Akteure allerdings mit gesellschaftlichen Veränderungen konfrontiert, die über das Gesundheitssystem hinausweisen: mit der demografischen Entwicklung und, teilweise damit einhergehend, veränderten Krankheitsbildern, sowie der zunehmenden Urbanisierung. Diese Entwicklungen sind insbesondere für Flächenstaaten wie den Freistaat Bayern eine Herausforderung, weil im ländlichen Raum überdurchschnittlich viele ältere Menschen wohnen, die aber einen höheren und differenzierteren Versorgungsbedarf haben als jüngere Menschen, die es tendenziell in die Ballungsgebiete zieht.² Zugleich ist das Durchschnittsalter der bayerischen Hausärzte mit 54,7 Jahren bereits jetzt sehr hoch; mehr als jeder dritte Hausarzt in Bayern ist über 60 Jahre alt und wird deshalb in absehbarer Zeit in den Ruhestand gehen. Eine ähnliche Entwicklung gibt es bei den Fachärzten, auch hier drohen aufgrund der Altersstruktur erhebliche Versorgungslücken.³

Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen weist in seinem Jahresgutachten 2014 darauf hin, dass die Probleme bei der ärztlichen Versorgung im

¹ Vgl. BVerfGE 68, 193 (209); 115, 25 (43); vgl. auch bereits *Burgi*, Kommunale Verantwortung und Regionalisierung von Strukturelementen in der Gesundheitsversorgung, 2013, S. 29 ff.

² Bericht der Enquete-Kommission „Gleichwertige Lebensverhältnisse in ganz Bayern“ vom 30. 1. 2018, LT-Drucks. 17/19700, S. 45 ff.; vgl. ferner Statistisches Landesamt Bayern, Bevölkerungsentwicklung in den Regionen Bayerns. Veränderung 2035 gegenüber 2015 in Prozent, https://www.statistik.bayern.de/medien/statistik/demwa/karte_regionen_bvb_2015_2035.pdf.

³ Bericht der Enquete-Kommission „Gleichwertige Lebensverhältnisse in ganz Bayern“ vom 30. 1. 2018, LT-Drucks. 17/19700, S. 29.

ländlichen Raum auf mehrere Ursachen zurückzuführen sind und daher auch nur durch ein Bündel von Maßnahmen bewältigt werden können:

„Obwohl Deutschland über ein sehr gut ausgebautes System der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung mit einer insgesamt vergleichsweise hohen Arztdichte und prinzipiell sehr guten Zugänglichkeit verfügt, ist es durch erhebliche Allokationsprobleme gekennzeichnet: So bestehen ausgeprägte räumliche Ungleichverteilungen der Versorgungskapazitäten, welche sich vorwiegend zwischen ländlichen und urbanen Regionen finden. Ein wesentlicher Grund hierfür besteht in einem sich gesamtgesellschaftlich vollziehenden Prozess der (Re-)Urbanisierung, der sich auch beim ärztlichen Nachwuchs beobachten lässt. Lebensräume großer und mittelgroßer Städte werden als attraktiver empfunden (Gibis et al. 2012). Befragungen haben wiederholt gezeigt, dass die Infrastruktur, ein familienfreundliches Umfeld, Arbeitsmöglichkeiten für den Partner sowie die Freizeitmöglichkeiten der Umgebung wichtige Kriterien der Ortspräferenz des Ärztenachwuchses sind. Ländliche Regionen werden hier als nachteilig wahrgenommen (Bundesvertretung der Medizinstudierenden in Deutschland 2006; Hartmannbund 2012). Hinzu kommt die Erwartung ungünstigerer Arbeitsbedingungen und -zeiten besonders für Landärzte. Ein Zusammenhang konnte auch gezeigt werden zwischen dem Anteil an Privatversicherten und der Arztdichte (Sundmacher und Ozegowski 2013), wobei der Privatversichertenanteil wiederum in ländlichen, strukturschwachen Regionen niedriger ist. Ein um einen Prozentpunkt höherer Privatversichertenanteil geht statistisch mit einer Zunahme von mehr als drei Vertragsärzten je 100.000 Einwohner einher, was mit der Anziehungskraft durch die besseren Verdienstmöglichkeiten im Rahmen der PKV-Abrechnung in Verbindung gebracht wird (ebd.). Im Ergebnis lässt sich eine Konzentration der ärztlichen Versorgung in wohlhabenden urbanen Regionen feststellen, in denen auch viele Privatversicherte leben. Dieser Zusammenhang lässt sich zudem nochmals aufgliedern in urbane und ländliche Kreise: Je Prozentpunkt höherem Privatversichertenanteil kommen in urbanen Kreisen ca. vier Vertragsärzte mehr auf 100 000 Einwohner, in ländlichen Kreisen ca. drei. Die Korrelation ist für Fachärzte deutlich ausgeprägter (drei mehr pro 100.000 Einwohner in urbanen und zwei in ländlichen Kreisen je Prozentpunkt Privatversichertenanteil) als für Hausärzte (sowohl in urbanen als auch in ländlichen Kreisen unter einem Hausarzt mehr pro 100 000 Einwohner je Prozentpunkt Privatversichertenanteil).“⁴

Länder und Kommunen können damit die skizzierte Herausforderung zwar nicht allein bewältigen, weil einige Faktoren bundesrechtlich bedingt sind. Der Sachverständigenrat sieht aber die kommunale (und das heißt: wohnortnahe!) Verankerung der Gesundheitsinfrastrukturverantwortung als einen wichtigen Baustein zur Stärkung der ärztlichen Versorgung im ländlichen Raum an.⁵

⁴ Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen 2014. Bedarfsgerechte Versorgung – Perspektiven für ländliche Regionen und ausgewählte Leistungsbereiche, Ziffer 441.

⁵ Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen 2014. Bedarfsgerechte Versorgung – Perspektiven für ländliche Regionen und ausgewählte Leistungsbereiche, Ziffer 443ff.

Daran schließt der 7. Altenbericht des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend an:⁶

„Im Sinne einer „verörtlichten Sozialpolitik“ ist den Kommunen größerer Einfluss bei der Ausgestaltung von Infrastrukturen der Daseinsvorsorge einzuräumen. Dies gilt auch in den Feldern, in denen insbesondere die Sozialversicherungen inzwischen eine starke und dominierende Rolle einnehmen: Im Gesundheitswesen und in der Langzeitpflege.“

Das im Juli 2015 in Kraft getretene GKV-Versorgungsstärkungsgesetz⁷ ist insoweit Bestandteil einer auf vielen Feldern geführten Debatte über die Stärkung der Kommunen auch in der Gesundheitspolitik.⁸ § 95 Abs. 1a S. 1 Sozialgesetzbuch V (SGB V) ermöglicht es seither auch Kommunen, MVZ zu gründen. Dadurch werden die Kommunen zu Leistungserbringern i. S. d. Krankenversicherungsrechts. Mittlerweile haben bereits einzelne Kommunen außerhalb von Bayern kommunale MVZ gegründet.⁹ Das Thema ist allerdings gesundheitspolitisch sensibel: Zum einen berührt es die Statik der funktionalen, sog. Gemeinsamen Selbstverwaltung aus Krankenkassen, Kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenhausgesellschaften, wenn nunmehr kommunale Selbstverwaltungsträger Verantwortung für die vom Sicherstellungs- und Gewährleistungsauftrag der Kassenärztlichen Vereinigungen (§ 75 SGB V) geprägten Gesundheitsversorgung vor Ort übernehmen. Zum anderen wird das in großen Teilen der Ärzteschaft und ihren Verbänden betonte Prinzip der Freiberuflichkeit berührt, das bislang die vertragsärztliche Leistungserbringung prägt. Ordnungspolitisch wirft das Thema zudem die Frage auf, ob und inwieweit Kommunen sich wirtschaftlich betätigen dürfen und sollten, da mit kommunalen MVZ auch Gewinne erwirtschaftet werden.

Das Bayerische Ministerium für Gesundheit und Pflege möchte bayerische Gemeinden und Landkreise bei der Gründung von kommunalen MVZ unterstützen und zu diesem Zweck u. a. einen Handlungsleitfaden erstellen, der aus der Aufarbeitung der einschlägigen Rechtsfragen hervorgehen soll. Als Pilotprojekt soll dabei die Gründung eines kommunalen Hausärzte-MVZ in Bad Kötzing im Landkreis Cham fungieren. Die 7.500 Einwohner zählende kreisangehörige

⁶ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Siebter Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik 2016, BT-Drucks. 18/10210, 293.

Deutschland

⁷ BGBl. 2015 I, 1211.

⁸ Dazu bereits *Burgi*, Kommunale Verantwortung und Regionalisierung von Strukturelementen in der Gesundheitsversorgung, 2013, S. 15 ff.

⁹ Namentlich im schleswig-holsteinischen Büsum (vgl. *Schnack*, Der Bürgermeister zieht ein MVZ hoch, *MMW – Fortschritte der Medizin* 10/2017, S. 27) und in Katzenelnbogen in Rheinland-Pfalz (*Reischmann*, Gemeinde zieht eigenes Hausarzt-MVZ auf, *Medical Tribune* v. 24. 3. 2016, S. 20)

Stadt bietet sich insoweit besonders an: Der Altersdurchschnitt der Bevölkerung ist überdurchschnittlich, vier der derzeit fünf niedergelassenen Hausärzte sind 63 Jahre oder älter. Vier Ärzte sind bereit, ihren jeweiligen Vertragsarztsitz in ein von der Kommune getragenes MVZ einzubringen und dort als angestellte Ärzte tätig zu sein.

In einer ersten vorbereitenden Projektphase sollen u. a. die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Gründung von kommunalen MVZ im Freistaat Bayern abgesteckt werden. Dies geschieht durch die nachfolgende Studie, die mit einem Handlungsleitfaden endet, der für die 2. Projektphase maßgeblich sein wird.

B. Rechtliche Würdigung

Die nachfolgende Untersuchung besteht aus vier Schritten: Nach einer kurzen Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 95 Abs. 1a SGB V (I.) werden zunächst die rechtlichen Gründungs- und Zulassungsvoraussetzungen aufgearbeitet (II.). Sodann wird auf die Organisation des kommunalen MVZ eingegangen (III.), bevor abschließend dessen Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung behandelt wird (IV.):

I. Verfassungsmäßigkeit von § 95 Abs. 1a SGB V

Gemäß § 95 Abs. 1a SGB V können MVZ u. a. von Kommunen gegründet werden. Die Gesetzesbegründung stellt diese Befugnis explizit in den Kontext der zu stärkenden Verantwortung der Kommunen für die Gesundheitsinfrastruktur:

„Mit dieser Ergänzung wird es Kommunen ermöglicht, künftig MVZ zu gründen. Dies ermöglicht es Kommunen, aktiv die Versorgung in der Region zu beeinflussen und zu verbessern.“¹⁰

In der Literatur wird indes teilweise die Ansicht vertreten, die Norm verstoße gegen das in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG normierte und an den Bund adressierte Verbot, Aufgaben auf Gemeinden zu übertragen.¹¹ Das missversteht aber Inhalt und Funktion von Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG grundlegend. Das Verbot des Bundesdurchgriffs auf die Kommunen sollte die Praxis unterbinden, dass Bund und die im Bundesrat vertretenen Länder kollusiv Bundesgesetze erlassen, die die nicht in das Gesetzgebungsverfahren eingebundenen Gemeinden mit finanzwirksamen Pflichtaufgaben belasten.¹² Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG verbietet aber nicht die Einräumung von Handlungsoptionen, von denen die Gemeinden Gebrauch machen oder es auch sein lassen können; insoweit wird also die (finanzielle) Entscheidungsfreiheit und Handlungsfähigkeit der Kommunen nicht beeinträchtigt.¹³

¹⁰ BT-Drucks. 18/4095, S. 106.

¹¹ *Schaks*, Das Medizinische Versorgungszentrum nach dem GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, NZS 2016, 761 (764); *Wigge*, Kooperationsformen im Vertragsarztrecht, in: Schnapp/Wigge [Hrsg.], Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 6 Rn. 175.

¹² Vgl. etwa *Hermes*, in Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 84 Rn. 9 und *Suerbaum*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-GG, Art. 84 [2017] Rn. 27 f.

¹³ So etwa auch *Böhm/Schwarz*, Klimaschutz durch Anschluss- und Benutzungszwang für kommunale Fernwärmenetze – Voraussetzungen und Grenzen, DVBl. 2012, 540 (542).

Dementsprechend wird § 95 Abs. 1a S. 1 SGB V gerade von ländlichen Kommunen als Chance angesehen, mit der Gesundheitsinfrastruktur eine weitere für die Attraktivität des ländlichen Raums maßgebliche Rahmenbedingung aktiv mitzugestalten. Es würde den Sinn und Zweck von Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG als Schutzvorschrift für die Kommunen ins Gegenteil wenden, wenn diese sich nunmehr gegen sie richtete.

§ 95 Abs. 1a SGB V ist verfassungsgemäß.

II. Die Gründung und Zulassung des MVZ

Es ist zwischen der Gründung des MVZ durch die Kommune, d. h. durch einen entsprechenden Beschluss des Gemeinderates (Art. 30 Abs. 2 BayGO), und der nachfolgenden sozialversicherungsrechtlichen Zulassung des gegründeten MVZ durch den Zulassungsausschuss (§ 96 SGB V) zu differenzieren.

Allerdings sind kommunalrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Errichtungsvoraussetzungen aufs Engste miteinander verzahnt, nicht nur unter dem Aspekt der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung, sondern auch, weil das sozialversicherungsrechtliche Zulassungsrecht die Entscheidungen über die konkrete Ausgestaltung des MVZ steuert. Nachfolgend wird daher zunächst auf die sozialversicherungsrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen eingegangen (1.), bevor die damit verzahnten kommunalrechtlichen Fragen behandelt werden (2.). In den folgenden Abschnitten werden dann die für die Gründung und Zulassung des MVZ relevanten Fragestellungen des öffentlichen Wirtschaftsrechts behandelt (3.-5.).

1. Sozialversicherungsrechtliche Zulassungsvoraussetzungen

Gemäß § 95 Abs. 1 SGB V nehmen an der vertragsärztlichen Versorgung zugelassene Ärzte und zugelassene medizinische Versorgungszentren sowie ermächtigte Ärzte und ermächtigte Einrichtungen teil. Es sind also zwei Teilnahmeformen zu unterscheiden: die Zulassung und die Ermächtigung. Die Zulassung ist die Regelteilnahmeform. Sie bewirkt die umfassende Integration in die Versorgungsstrukturen der gesetzlichen Krankenversicherung: Die im MVZ angestellten Ärzte werden Mitglieder der für den Vertragsarztsitz des Versorgungszentrums zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung, wenn sie mindestens zehn Stunden pro Woche im MVZ beschäftigt sind (§ 77 Abs. 3 S. 2 SGB V), und das zugelassene MVZ wird zur Teilnahme

an der vertragsärztlichen Versorgung berechtigt und verpflichtet (§ 95 Abs. 3 S. 2 SGB V). Das für MVZ ohnehin irrelevante Institut der Ermächtigung ist hingegen eine gegenüber der Zulassung nachrangige Form der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung. Sie dient der Schließung von Versorgungslücken, die durch die zugelassenen Ärzte nicht geschlossen werden können. Die Ermächtigung ist räumlich, zeitlich und nach ihrem Umfang zu begrenzen (§ 31 Abs. 7 S. 1 Ärzte-ZV). Im Gegensatz zur Zulassung hat die Ermächtigung keine statusbegründende Funktion: Ermächtigte Ärzte werden nicht Mitglieder der Kassenärztlichen Vereinigung, sind aber an die vertraglichen Bestimmungen für die vertragsärztliche Versorgung gebunden (§ 95 Abs. 4 SGB V). Im Folgenden wird daher nur auf die Zulassung eines MVZ und die dafür geltenden Voraussetzungen eingegangen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen subjektiven Anforderungen, die an die Gründer, die Einrichtung und die im MVZ tätigen Ärzte gestellt werden (dazu a)) und objektiven Anforderungen; hier geht es um die Frage des Bedarfs (b)). Abschließend werden unter c) verfahrensrechtliche Fragen geklärt:

a) Subjektive Anforderungen

Die subjektiven sozialversicherungsrechtlichen Anforderungen an die Gründung eines MVZ ergeben sich im Wesentlichen aus § 95 Abs. 1 und 1a SGB V. Medizinische Versorgungszentren sind gemäß § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V ärztlich geleitete Einrichtungen, in denen Ärzte, die in das Arztregister nach § 95 Abs. 2 S. 3 SGB V eingetragen sind, als Angestellte oder Vertragsärzte tätig sind. Sie können nach § 95 Abs. 1a SGB V von zugelassenen Ärzten, von zugelassenen Krankenhäusern, von Erbringern nichtärztlicher Dialyseleistungen (§ 126 Abs. 3 SGB V) oder von gemeinnützigen Trägern, die aufgrund von Zulassung, Ermächtigung an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen, oder von Kommunen gegründet werden. Es müssen damit im Hinblick auf die subjektiven Voraussetzungen zwei Ebenen auseinander gehalten werden: die Anforderungen an die Trägerorganisation MVZ (dazu aa) - cc)) und diejenigen an die dort tätigen Ärzte (dd)).

aa) Gründer

Die Kommunen sind nach §95 Abs. 1a SGB V mögliche Gründer eines MVZ. Sie werden dadurch zu Leistungserbringern i. S. d. Krankenversicherungsrechts, fungieren also insoweit nicht als

Sozialleistungsträger wie etwa im Bereich der kommunalen Grundsicherung und der Jugendhilfe (vgl. §§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II, 78 SGB VIII).

Kommunen i. S. v. § 95 Abs. 1a SGB V sind alle kommunalen Gebietskörperschaften, d. h. die Landkreise, die Städte und die kreisangehörigen Gemeinden.¹⁴ Als Gründer kommen damit jedenfalls die Länder nicht in Betracht.¹⁵ Ob allerdings, wie in der Literatur teilweise angenommen, auch Verwaltungsgemeinschaften, kommunale Zusammenschlüsse oder sonstige Zweckverbände der Kommunen ausgeschlossen werden,¹⁶ ist keinesfalls sicher. Denn der Begriff „Kommunen“ schließt es jedenfalls nicht aus, dass auch mehrere kommunale Gebietskörperschaften (etwa ein Landkreis und mehrere kreisangehörige Gemeinden) gemeinsam als Gründer fungieren, wie etwa die zu einer Verbandsgemeinde zusammengeschlossenen Gemeinden in Rheinland-Pfalz.¹⁷ Versorgungspolitisch sinnvoll wäre ein solches weites Verständnis des Begriffs der „Kommune“ i. S. v. § 95 Abs. 1a S. 1 Hs. 1 SGB V auf jeden Fall, denn die vom Gesetzgeber angestrebten gesundheitspolitischen Gestaltungsspielräume¹⁸ sollen auch kleine Kommunen nutzen können, die aufgrund ihrer begrenzten Leistungsfähigkeit indes auf Kooperationen angewiesen sind.

bb) Einrichtung

Eine „Einrichtung“ i. S. v. § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V setzt voraus, dass die Tätigkeit „unter einem Dach“, also in gemeinsam genutzten Räumlichkeiten stattfindet. Es reicht also nicht aus, dass die beteiligten Ärzte ihre Tätigkeit in den bisherigen Praxen fortführen und lediglich als MVZ firmieren.¹⁹ Es muss also ein MVZ an einem konkreten Ort geben, an dem – worauf nachfolgend noch einzugehen sein wird – zumindest zwei Ärzte unter einem Dach tätig sind. Denn die Zulassung des MVZ wird für einen konkreten Ort der Niederlassung erteilt (§ 95 Abs. 1 S. 5 SGB V, § 24 Abs. 1 Ärzte-ZV). Allenfalls denkbar ist es, dass ein Antrag an die zuständige KV auf Genehmigung einer Zweigpraxis gestellt wird (§ 24 Abs. 3 S. 5 Ärzte-ZV); dann könnten bei

¹⁴ Definition in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 17/6906, 78) zu § 105 Abs. 5 SGB V.

¹⁵ *Ladurner, Ärzte-ZV, Zahnärzte-ZV*, 2017, § 95 Rn. 61.

¹⁶ So *Wigge*, Kooperationsformen im Vertragsarztrecht, in: Schnapp/Wigge [Hrsg.], *Handbuch des Vertragsarztrechts*, 3. Aufl. 2017, § 6 Rn. 175.

¹⁷ Es ist nicht ersichtlich, dass es unter diesem Aspekt rechtliche Bedenken gegen das kommunale MVZ der aus 21 Gemeinden bestehenden Verbandsgemeinde Katzenelnbogen gegeben hätte (zu diesem kommunalen MVZ *Reischmann*, Gemeinde zieht eigenes Hausarzt-MVZ auf, *Medical Tribune* v. 24. 3. 2016, S. 20).

¹⁸ Vgl. BT-Druck. 18/4095, 106.

¹⁹ BSG, Urt. v. 13. 5. 2015, B 6 KA 25/14 R, Rn. 31 ff. (juris).

mehreren beteiligten Ärzten auch einzelne Praxen als Zweigpraxen des MVZ geführt werden. Allerdings setzt das nach § 24 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Ärzte-ZV voraus, dass die ordnungsgemäße Versorgung der Versicherten am Ort des Vertragsarztsitzes nicht beeinträchtigt wird; geringfügige Beeinträchtigungen für die Versorgung am Ort des Vertragsarztsitzes sind unbeachtlich, wenn sie durch die Verbesserung der Versorgung an dem weiteren Ort aufgewogen werden.

Es muss sich aber, anders als nach früherer Rechtslage, nicht mehr um eine fachübergreifende Einrichtung handeln. Daraus folgt, dass nunmehr auch arztgruppengleiche MVZ gegründet werden können, also etwa auch reine Hausärzte-MVZ.²⁰ Damit sollte namentlich auch den Kommunen die Gründung von MVZ erleichtert werden.²¹ Der Wegfall der Voraussetzung „fachübergreifend“ bedeutet allerdings nicht, dass nunmehr „Ein-Personen-MVZ“ zulässig wären. Denn der Grundansatz, dass ein MVZ eine größere Einrichtung darstellt, die eine Versorgung aus einer Hand gewährleisten soll, wird durch die Neuregelung nicht berührt. Konstitutive Voraussetzung für eine Einrichtung ist es daher, dass zumindest zwei Ärzte im MVZ tätig sind.²² Zulässig dürfte aber die Gründung eines MVZ mit nur einer Zulassung oder mit zwei hälftigen Versorgungsaufträgen sein.²³

cc) Ärztliche Leitung

Das MVZ bedarf nach § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V zudem eines ärztlichen Leiters. Damit sind nicht die rechtlichen Leitungsbefugnisse gemeint, sondern die ärztlichen Entscheidungsbefugnisse. Die Notwendigkeit einer „ärztlichen Leitung“ stellt also sicher, dass ärztliche Entscheidungen nicht von Nicht-Ärzten beeinflusst werden²⁴ (vgl. auch § 95 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 SGB V: „er ist in medizinischen Fragen weisungsfrei“).

Der ärztliche Leiter muss nach § 95 Abs. 1 S. 3 SGB V selbst im MVZ tätig sein. Denn „nur ein ärztlicher Leiter, der in die Organisations- und Versorgungsstrukturen des medizinischen Versorgungszentrums eingebunden ist, hat tatsächlich Einwirkungsmöglichkeiten auf die dortigen

²⁰ Ossege, in: BERTHOLD/HUSTER/REHBOHN (Hrsg.), Gesundheitsrecht (SGB V, SGB XI), 2. Aufl. 2018, § 95 SGB V Rn. 84; WIGGE, Kooperationsformen im Vertragsarztrecht, in: SCHNAPP/WIGGE [Hrsg.], Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 6 Rn. 150.

²¹ BÄUNE/DAHME/FLASBARTH, GKV-Versorgungsstärkungsgesetz (GKV-VSG), MedR 2016, 4 (7).

²² STEINHILPER, Niederlassungsmöglichkeiten nach dem GKV-VSG, GuP 2016, 16 (18).

²³ Offen lassend BÄUNE/DAHME/FLASBARTH, GKV-Versorgungsstärkungsgesetz (GKV-VSG), MedR 2016, 4 (7). Näher nachfolgend cc).

²⁴ QUAAS/ZUCK, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 17 Rn. 7.

Abläufe.“²⁵ Das erfordert „zwar keine fachliche Verantwortung für jede einzelne Behandlungsmaßnahme, wohl aber die Verantwortung für die ärztliche Steuerung der Betriebsabläufe und eine Gesamtverantwortung gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung.“²⁶ Der Ärztliche Leiter hat also aus vertragsarztrechtlicher Sicht eine Schlüsselstellung im MVZ, weil er insbesondere im Verhältnis zur Kassenärztlichen Vereinigung dafür einzustehen hat, dass die Ärzte im MVZ die vertragsärztlichen Pflichten erfüllen.

Diese Anforderungen haben Auswirkungen auch auf die Anwesenheitspflichten des ärztlichen Leiters. Dieser muss in dem MVZ selbst als angestellter Arzt oder als Vertragsarzt tätig sein.²⁷ Ein Vertragsarzt muss aber die vertragsärztliche Tätigkeit nach § 19a Abs. 1 Ärzte-ZV²⁸ grundsätzlich vollzeitig ausüben; das dürfte sich gerade in der Gründungsphase auch empfehlen. Er kann sie aber durch Erklärung gegenüber dem Zulassungsausschuss auf die Hälfte des Versorgungsauftrages beschränken (§ 19a Abs. 2 Ärzte-ZV). Zwar reicht nach dem zum 1. 3. 2017 neu gefassten § 77 Abs. 3 S. 2 SGB V nunmehr schon ein Beschäftigungsumfang von 10 Wochenstunden für die Mitgliedschaft in der Kassenärztlichen Vereinigung aus. Doch würde eine Übertragung auf § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V der in der zitierten Gesetzesbegründung profilierten Schlüsselstellung des ärztlichen Leiters nicht gerecht.²⁹ Es ist kaum vorstellbar, dass ein Arzt, der nur wenige Stunden am Tag im MVZ tätig ist „und damit die Versorgungsstrukturen nur ‚von außen‘ kennt, ärztliche Leitungsfunktionen gegenüber angestellten Ärzten und Vertragsärzten ausüben kann.“³⁰ Er kann, muss aber nicht in der Geschäftsführung des MVZ tätig sein.³¹

Der ärztliche Leiter kann entweder selbst Vertragsarzt oder im MVZ angestellt sein (§ 95 Abs. 1 S. 3 SGB V). Diese Unterscheidung ist wenig geglückt und hat im Wesentlichen damit zu tun, dass auch innerhalb des MVZ „freiberufliche“ ärztliche Tätigkeit ermöglicht werden sollte.³²

²⁵ BT-Drucks. 17/6906, S. 70.

²⁶ BSG, Urt. v. 14. 12. 2011, B 6 KA 33/10 R, Rn. 18 (juris).

²⁷ BSG, Urt. v. 14. 12. 2011, B 6 KA 33/10 R, Rn. 13 (juris).

²⁸ Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV) v. 28. 5. 1957 (BGBl. I 572), zuletzt geändert am 7. 7. 2017 (BGBl. I, 2842). Rechtsgrundlage ist § 98 SGB V.

²⁹ Clemens, in: Schallen/Clemens/Düring (Begr./Hrsg.), Zulassungsverordnung für Vertragsärzte, Vertragszahnärzte, Psychotherapeuten und Medizinische Versorgungszentren, 9. Aufl. 2018, § 27 Rn. 71; anders SG Nürnberg, GesR 2014, 505 (506).

³⁰ So, allerdings bezogen auf einen gar nicht in einem MVZ tätigen Arzt, BSG, Urt. v. 14. 12. 2011, B 6 KA 33/10 R, Rn. 16 (juris).

³¹ BSG, Urt. v. 14. 12. 2011, B 6 KA 33/10 R, Rn. 19 (juris).

³² Quaas/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 17 Rn. 29.

Dementsprechend bezieht sie sich darauf, wer Inhaber der vertragsärztlichen Zulassung ist: Der angestellte Arzt verzichtet zugunsten des MVZ auf seine Zulassung. Bei dieser Konstruktion ist allein das MVZ Inhaber der Zulassung und überlässt die Versorgung den angestellten Ärzten. Ist der ärztliche Leiter hingegen selbst Vertragsarzt, bleibt er Inhaber der Zulassung. Allerdings soll diese Zulassung durch die Zulassung des MVZ „überlagert“ werden und so lange ruhen, wie der zugelassene Vertragsarzt im MVZ tätig ist.³³ Das führt dann dazu, dass nicht der zugelassene Vertragsarzt, sondern das MVZ die aus der Zulassung folgenden Rechte und Pflichten gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung wahrnimmt, insbesondere also die Abrechnung. Diese Konstruktion begegnet zwar rechtsdogmatischen Bedenken, weil es letztlich zwei Zulassungen gibt und das Verhältnis zwischen den beiden Zulassungen vor allem für den Fall unklar ist, dass der Vertragsarzt aus dem MVZ ausscheiden und seine Zulassung „reaktivieren“ möchte.³⁴ Dogmatisch sauberer wäre es, wenn man davon ausginge, dass bei der Vertragsarztvariante das MVZ die aus der Zulassung des Vertragsarztes folgenden Rechte treuhänderisch wahrnimmt und aus diesem Grunde alle Zulassungsvoraussetzungen erfüllen muss. Aber die Konstruktion der „überlagerten“ Zulassung entspricht offenbar der Praxis der Zulassungsausschüsse³⁵ und kann daher auch hier zugrunde gelegt werden.

Nach § 95 Abs. 1 S. 4 SGB V ist auch eine kooperative Leitung des MVZ zulässig, wenn in einem MVZ unterschiedliche Berufsgruppen tätig sind, die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen. Es ist nicht ganz klar, was mit „Berufsgruppen“ gemeint ist. Sicher ist, dass damit etwa die gemeinsame Leitung eines Arztes und eines Zahnarztes ermöglicht wird, wenn in dem medizinischen Versorgungszentrum Angehörige beider Berufe tätig sind.³⁶ „Berufsgruppen“ könnte man aber auch im Sinne von „Facharztgruppen“ deuten; dann wäre eine kooperative Leitung schon zulässig, wenn etwa Allgemeinmediziner und Orthopäden in einem MVZ tätig sind.³⁷ Jedenfalls muss man im Umkehrschluss aus § 95 Abs. 1 S. 4 SGB V schließen, dass eine kooperative Leitung nur ausnahmsweise zulässig sein soll, insbesondere also dann nicht, wenn das MVZ nur von einer Facharztgruppe getragen wird.³⁸

³³ Motz, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB V, 2. Aufl. 2016, § 95 Rn. 35; Plagemann/Ziegler, Kommunale Trägerschaft von MVZ, DVBl. 2016, 1432 (1434).

³⁴ Zur Kritik Quaas/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 17 Rn. 32.

³⁵ Quaas/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 17 Rn. 32.

³⁶ Vgl. etwa Pawlita, in: Engelmann/Voelzke (Hrsg.), JurisPK SGB V, § 95 [2018] Rn. 98.

³⁷ Die Gesetzesbegründung nennt nur die Kooperation zwischen Ärzten, Zahnärzten und Psychotherapeuten (BT-Drucks. 16/2474, 21); der Wortlaut lässt aber auch die darüber hinausgehende Interpretation zu.

³⁸ Str., vgl. Quaas/Zuck, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 17 Rn. 8.

dd) Eintragung in das Arztregister

Für die im MVZ tätigen Ärzte gelten sodann die gleichen Voraussetzungen wie für niedergelassene Vertragsärzte. Die Ärzte, die im MVZ tätig sein sollen – seien sie selbst Vertragsärzte oder angestellte Ärzte – müssen nach § 95 Abs. 2 S. 5 SGB V in das Arztregister eingetragen sein.

Die Eintragung in das von den Kassenärztlichen Vereinigungen für jeden Zulassungsbezirk geführten Arztregisters (§ 95 Abs. 2 S. 2 SGB V) setzt nach § 95 Abs. 2 S. 3 SGB V für Ärzte voraus, dass die Voraussetzungen von § 95a SGB V erfüllt sind: die Approbation als Arzt (§ 3 BÄO) und der erfolgreiche Abschluss einer (i. d. R. fünfjährigen) Weiterbildung zum Facharzt.

Kommunen sind mögliche Gründer eines MVZ. Dieses MVZ muss ärztliche Leistungen „unter einem Dach“ anbieten und in medizinischen Fragen durch einen ärztlichen Leiter geführt werden, der wenigstens zur Hälfte, sinnvollerweise aber in Vollzeit im MVZ ärztlich tätig ist. Alle im MVZ tätigen Ärzte müssen die Voraussetzungen für die Eintragung ins Arztregister erfüllen, also ein Medizinstudium und eine Weiterbildung zum Facharzt absolviert haben.

b) Objektive Anforderungen bei Zulassungsbeschränkungen

In objektiver Hinsicht stellt sich vor allem die Frage, inwieweit das vertragsärztliche Bedarfsplanungsrecht für ein kommunales MVZ maßgeblich ist:

aa) Keine Notwendigkeit des Vorliegens eines begründeten Ausnahmefalls

Gemäß § 105 Abs. 5 S. 1 SGB V können Kommunen nur in begründeten Ausnahmefällen und mit Zustimmung der Kassenärztlichen Vereinigung eigene Einrichtungen zur unmittelbaren medizinischen Versorgung der Versicherten betreiben. Ein solcher begründeter Ausnahmefall liegt nach § 105 Abs. 5 S. 1 SGB V insbesondere vor, wenn die Versorgung anders als durch die Kommune nicht sichergestellt werden kann.³⁹ Gemäß § 95 Abs. 1a S. 4 SGB V gilt § 105 Abs. 5 S. 2 SGB V für die Gründung von MVZ durch Kommunen aber nicht.

Es gibt also zumindest kein sozialversicherungsrechtliches Subsidiaritätsprinzip: Kommunen haben gemäß § 95 Abs. 1a S. 1 SGB V im Verhältnis zu anderen vertragsärztlichen

³⁹ *Kaltenborn*, in: *Becker/Kingreen, SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung*, 5. Aufl. 2017, § 105 Rn. 2.

Leistungserbringern grundsätzlich gleichberechtigten Zugang zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung.

bb) Vorgaben der allgemeinen Bedarfsplanung

Es gilt aber auch für ein kommunales MVZ das allgemeine Bedarfsplanungsrecht,⁴⁰ das sich auf den Zulassungsanspruch aber nur auswirkt, wenn Überversorgung besteht. Gemäß § 101 Abs. 1 S. 1 SGB V beschließt der Gemeinsame Bundesausschuss Richtlinien zur Bedarfsplanung,⁴¹ die u. a. einheitliche Verhältniszahlen für den allgemeinen bedarfsgerechten Versorgungsgrad in der vertragsärztlichen Versorgung enthalten (Nr. 1). Der allgemeine bedarfsgerechte Versorgungsgrad wird im von den Landesausschüssen (§ 90 SGB V) nach § 99 SGB V aufzustellenden Bedarfsplan in arztgruppenspezifischen Arzt-Einwohner-Verhältniszahlen ausgedrückt. Bedarfspläne enthalten also umfassende und vergleichende Übersichten über den Stand der vertragsärztlichen Versorgung und die absehbare Entwicklung des Bedarfs. Sie sind Grundlage für Maßnahmen bei einer Unterversorgung (§ 100 SGB V) und bei einer Überversorgung (§ 101 SGB V). Überversorgung ist nach § 101 Abs. 1 S. 3 SGB V anzunehmen, wenn der allgemeine bedarfsgerechte Versorgungsgrad um 10 % überschritten wird. Stellt auf dieser Grundlage der zuständige Landesausschuss Ärzte/Krankenkassen fest, dass eine Überversorgung vorliegt, hat er gemäß § 103 Abs. 1 S. 2 SGB V Zulassungsbeschränkungen anzuordnen, die nach § 103 Abs. 2 SGB V arztgruppenbezogen sein müssen und örtlich zu beschränken sind. Zulassungsbeschränkungen gelten nach § 95 Abs. 2 S. 9 SGB V grundsätzlich auch für MVZ, die beim Zulassungsausschuss⁴² einen Antrag auf Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung stellen; ihr Antrag ist abzulehnen. Ihnen bleibt dann nur, eine Sonderbedarfszulassung (vgl. § 101 Abs. 1 Nr. 3, 3a SGB V) oder eine Zulassung im Nachbesetzungsverfahren nach § 103 Abs. 3-4c SGB V zu beantragen. Beim Nachbesetzungsverfahren sind zwei Konstellationen zu unterscheiden:

⁴⁰ So explizit BT-Drucks. 18/4095, 106.

⁴¹ Richtlinie über die Bedarfsplanung sowie die Maßstäbe zur Feststellung von Überversorgung und Unterversorgung in der vertragsärztlichen Versorgung (Bedarfsplanungs-Richtlinie) in der Neufassung vom 20. 12. 2012, veröffentlicht im Bundesanzeiger BAnz AT 31. 12. 2012 B7 vom 31. 12. 2012, in Kraft getreten am 1. 1. 2013, zuletzt geändert am 15. 12. 2016, veröffentlicht im Bundesanzeiger BAnz AT 31.05.2017 B2 vom 31. 5. 2017, in Kraft getreten am 1. 6. 2017.

⁴² Dazu gleich c).

(1) Zulassungsverzicht zugunsten eines MVZ, § 103 Abs. 4a S. 1 SGB V

Verzichtet ein Vertragsarzt in einem Planungsbereich, für den Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind, auf seine Zulassung, um in einem MVZ tätig zu werden, so hat der Zulassungsausschuss die Anstellung nach § 103 Abs. 4a S. 1 SGB V grundsätzlich auch dann zu genehmigen, wenn der Planungsbezirk durch Zulassungsbeschränkungen gesperrt ist. Allerdings dürfen Gründe der vertragsärztlichen Versorgung nicht entgegenstehen, d. h. die Übertragung der Zulassung in das MVZ darf nicht zu Versorgungsengpässen führen.⁴³ Das könnte insbesondere in ländlichen Regionen zu bejahen sein, weil das MVZ i. d. R. nicht am gleichen Ort angesiedelt sein dürfte wie die die Zulassung einbringende Praxis. Das Bundessozialgericht ist darüber hinaus der Ansicht, dass ein Vertragsarzt bei einem Verzicht auf seine Zulassung zum Zwecke der Anstellung in einem MVZ die Absicht haben muss, zumindest drei Jahre im MVZ tätig zu werden.⁴⁴

Zudem kann eine frei werdende Arztstelle im MVZ trotz Zulassungsbeschränkungen nachbesetzt werden (§ 103 Abs. 4a S. 3 SGB V), ohne dass es der sonst üblichen Ausschreibung nach § 103 Abs. 4 SGB V und einer sich daran anschließenden Bewerberauswahl bedarf. Das sichert den Bestand eines kommunalen MVZ auch für den Fall, dass sich eine zunächst durch Unterversorgung gekennzeichnete Versorgungssituation nachträglich ändert. Allerdings liegt eine Nachbesetzung nur vor, wenn sich die neue Anstellung hinsichtlich des Umfangs im Rahmen der bisherigen Besetzung hält, d. h. sie darf deren Umfang nicht überschreiten.⁴⁵ Auch darf die Nachbesetzung einer Stelle im MVZ nicht beliebig lange herausgezögert werden; das Bundessozialgericht geht hier von einer Sechs-Monats-Frist aus, von der allerdings aus sachlichen Gründen abgewichen werden kann.⁴⁶

Schließlich kann ein Problem bestehen, wenn der Arzt, der auf seine Zulassung des MVZ verzichtet hatte und dessen Stelle nunmehr nachzubesetzen ist, kürzer als drei Jahre im MVZ tätig war. Das Nachbesetzungsrecht des MVZ hängt dann „davon ab, ob nach den Umständen davon ausgegangen werden kann, dass der ursprünglich zugelassene Arzt zunächst tatsächlich zumindest drei Jahre im MVZ tätig werden wollte, diese Absicht aber aufgrund von

⁴³ Vgl. etwa *Wigge*, Kooperationsformen im Vertragsarztrecht, in: Schnapp/Wigge [Hrsg.], Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 6 Rn. 234.

⁴⁴ BSG, Urt. v. 4. 5. 2016, B 6 KA 21/15 R, Rn. 28 (juris).

⁴⁵ BSG, Urt. v. 4. 5. 2016, B 6 KA 21/15 R, Rn. 14 (juris).

⁴⁶ BSG, Urt. v. 19. 10. 2011; B 6 KA 23/11 R, Rn. 25f. (juris).

Umständen, die ihm zum Zeitpunkt des Verzichts auf die Zulassung noch nicht bekannt waren, nicht mehr realisieren konnte.“⁴⁷

(2) Beteiligung am Ausschreibungsverfahren, § 103 Abs. 4c SGB V

Wenn die Tätigkeit eines Vertragsarztes durch Tod, Verzicht oder Entziehung endet, kann sich nach § 103 Abs. 4c S. 1 SGB V auch ein MVZ um die Übernahme der vertragsärztlichen Zulassung bewerben. Ob das MVZ aber zu diesem Zeitpunkt bereits existieren muss oder auch erst aus diesem Anlass gegründet werden darf, ist bislang nicht höchstrichterlich geklärt.⁴⁸ Schwierigkeiten dürfte kommunalen MVZ aber regelmäßig die Subsidiaritätsklausel in § 103 Abs. 4c S. 3 SGB V bereiten. Danach ist bei der Auswahl des Praxisnachfolgers ein MVZ, bei dem die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte nicht bei Ärzten liegt, die in dem MVZ als Vertragsärzte tätig sind, gegenüber den übrigen Bewerbern nachrangig zu berücksichtigen.⁴⁹ Diese Klausel dient zwar eigentlich dazu, den Einfluss externer privater Kapitalinteressen auf die vertragsärztliche Leistungserbringung zu begrenzen – eine Gefahr, die bei Kommunen grundsätzlich nicht besteht. Aber nach Wortlaut und auch nach dem expliziten Willen des Gesetzgebers⁵⁰ soll § 103 Abs. 4c S. 3 SGB V auch für kommunale MVZ gelten.

Die objektive Zulassungsvoraussetzung des Bedarfs ist auch für kommunale MVZ maßgebend. Sie haben bei einem Zulassungsverzicht zu ihren Gunsten nach § 103 Abs. 4a S. 1 SGB V eine privilegierte Stellung. Auch können sich kommunale MVZ an einem Ausschreibungsverfahren nach § 103 Abs. 4c SGB V beteiligen, sind dort aber nachrangig zu berücksichtigen, wenn die Mehrheit der Geschäftsanteile nicht bei den Ärzten liegt.

⁴⁷ BSG, Urt. v. 4. 5. 2016, B 6 KA 21/15 R, Rn. 29 (juris).

⁴⁸ Vgl. zur Diskussion *Wigge*, Kooperationsformen im Vertragsarztrecht, in: Schnapp/Wigge [Hrsg.], Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 6 Rn. 229.

⁴⁹ Die Bestandsschutzklausel in § 103 Abs. 4c S. 4 SGB V ist für kommunale MVZ irrelevant, weil sie sich auf einen Zeitpunkt bezieht, zu dem Kommunen noch gar keine MVZ gründen konnten.

⁵⁰ BT-Drucks. 18/4095, 106.

c) Verfahren

aa) Zulassung des MVZ

Der Zulassungsantrag ist beim zuständigen Zulassungsausschuss zu stellen, der nach § 96 Abs. 2 S. 1 SGB V aus Vertretern der Ärzte und Krankenkassen in gleicher Zahl besteht. Zulassungsausschüsse werden nach § 96 Abs. 1 SGB V für den Bezirk jeder Kassenärztlichen Vereinigung bzw. für Teile dieses Bezirks gebildet. In Bayern sind die Zulassungsausschüsse bei den Bezirksstellen der Kassenärztlichen Vereinigungen angesiedelt.⁵¹ Für Bad Kötzing wäre daher der bei der Bezirksstelle Oberpfalz in Regensburg angesiedelte Zulassungsausschuss zuständig.

Gegen Entscheidungen des Zulassungsausschusses kann nach § 96 Abs. 4 SGB V der Berufungsausschuss (§ 97 SGB V) angerufen werden. Berufungsausschüsse bestehen nach § 97 Abs. 2 S. 1 SGB V aus einem Vorsitzenden mit der Befähigung zum Richteramt und aus je drei Vertretern der Ärzte einerseits und drei Vertretern der Landesverbände der Krankenkassen andererseits als Beisitzer. Im Bereich der Kassenärztlichen Vereinigung Bayern gibt es drei Berufungsausschüsse,⁵² die jeweils in München angesiedelt sind; ihre Zuständigkeit bestimmt sich nicht regional, sondern nach Eingang der Berufung.

bb) Anstellung eines Arztes im MVZ

Der zuständige Zulassungsausschuss muss zudem nach § 95 Abs. 2 S. 7 SGB V die Anstellung eines Arztes in einem nach § 95 Abs. 2 S. 5 SGB V zugelassenen MVZ genehmigen; er hat die Anstellung nach § 95 Abs. 2 S. 7 i. V. m. Abs. 9b SGB V auf Antrag des anstellenden MVZ in eine Zulassung umzuwandeln, sofern der Umfang der Tätigkeit des angestellten Arztes einem ganzen oder halben Versorgungsauftrag entspricht.

⁵¹ <https://www.kvb.de/praxis/zulassung/zulassungsverfahren/zulassungsausschuss/>.

⁵² Kassenärztliche Vereinigung Bayern,
<https://www.kvb.de/praxis/zulassung/zulassungsverfahren/berufungsausschuss/>.

2. Kommunalrechtliche Voraussetzungen

Bislang ist nicht geklärt, ob neben den sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen auch die kommunalen Anforderungen an die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden erfüllt sein müssen (dazu a)) und, bejahendenfalls bzw. hilfsweise, was aus diesen für die Gründung und den Betrieb eines MVZ in kommunaler Trägerschaft folgt (b)).

a) Sperrwirkung des Sozialversicherungs- für das Kommunalwirtschaftsrecht?

aa) Divergierende Anforderungen von Sozialversicherungs- und Kommunalrecht

Die Gemeinden und Kreise dürfen in allen Ländern kommunale Unternehmen nur unter bestimmten Voraussetzungen errichten. Insbesondere setzen alle Gemeinde- und Kreisordnungen voraus, dass der mit der Errichtung des kommunalen Unternehmens verfolgte Zweck zumindest „ebenso gut und wirtschaftlich“ erfüllt werden kann wie durch Privatpersonen; viele Gemeinde- und Kreisordnungen – so auch in Bayern (Art. 87 BayGO, Art. 75 BayLKrO) – gehen sogar noch darüber hinaus und verlangen, dass der öffentliche Zweck „nicht ebenso gut durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann“, d. h. die Errichtung und der Betrieb eines kommunalen Unternehmens sind nur zulässig, wenn die Gemeinde den öffentlichen Zweck besser erfüllen kann.“⁵³

Das Sozialversicherungsrecht enthält demgegenüber explizit kein solches Subsidiaritätsprinzip, denn § 95 Abs. 1 und 1a SGB V lässt die Errichtung eines MVZ durch Kommunen gleichrangig mit einer Gründung durch private Ärzte zu; das im Übrigen maßgebliche Subsidiaritätsprinzip in § 105 Abs. 5 S. 1 SGB V wird sogar explizit ausgeschlossen (§ 95a Abs. 1 S. 3 SGB V).⁵⁴ Daraus ergibt sich die Frage, ob entweder das Sozialversicherungsrecht im Verhältnis zum Kommunalrecht abschließend die Zulassungsvoraussetzungen festlegt oder ob Sozialversicherungsrecht und Kommunalrecht nebeneinander anwendbar sind. Das ist, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, eine Frage der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung.

⁵³ Nachweise auf die Gemeinde- und Kreisordnungen bei *Burgi*, Kommunalrecht, 5. Aufl. 2015, § 17 Rn. 46.

⁵⁴ Vgl. dazu bereits oben 1. b)aa).

bb) Auflösung durch die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung

Nach Art. 70 Abs. 1 GG sind die Länder für die Gesetzgebung zuständig, wenn nicht das Grundgesetz dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zuweist. Die Länder sind ferner nach Art. 72 Abs. 1 GG zur Gesetzgebung befugt, wenn und soweit der Bund von einem der Kompetenztitel in Art. 74 Abs. 1 GG noch keinen Gebrauch gemacht hat.

(1) Gesetzgebungskompetenz für das Kommunalwirtschaftsrecht

Das Grundgesetz enthält keine Bundesgesetzgebungskompetenz für den Bereich der Gemeinden.⁵⁵ Das ist jedenfalls für das Gemeindeverfassungsrecht ohne weiteres nachvollziehbar, weil dieses die verfassungsrechtliche Organisation der Länder betrifft. Insoweit kann man also von einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder ausgehen.

Ob das auch für das Gemeindegewirtschaftsrecht gilt, ist nicht geklärt. Die Auslegung und Abgrenzung der Kompetenznormen erfolgt im Ausgangspunkt von den Kompetenztiteln insbesondere der Art. 73 und 74 GG, d. h. es geht verfassungsrechtlich nicht darum, einen nicht existierenden Verfassungsbegriff „Kommunalrecht“ auszulegen, sondern mittels der Kompetenztitel des Grundgesetzes zu prüfen, inwieweit bundesrechtliche Normen zulässigerweise auch das Handeln der Kommunen regeln dürfen und möglicherweise sogar abschließend regeln. Das Kommunalwirtschaftsrecht könnte nämlich auch unter den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“) fallen. Das Recht der Wirtschaft wird vom Bundesverfassungsgericht sehr weit interpretiert. Es erfasst alle Normen, die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung regeln,⁵⁶ dazu zählen auch Regelungen zur Organisation der Wirtschaft und zur Steuerung und Lenkung des Wirtschaftslebens.⁵⁷ Diese Kompetenz besteht unabhängig von der Rechtsform; es besteht daher im Schrifttum Einigkeit, dass unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auch öffentliche Unternehmen fallen, soweit man ihre Tätigkeit als „Wirtschaft“ i. S. v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ansehen kann.⁵⁸ Überwiegend wird zwar die Meinung vertreten, das Kommunalwirtschaftsrecht sei kein Wirtschaftsrecht i. S. v. Art. 74

⁵⁵ BVerfGE 26, 172 (182).

⁵⁶ BVerfGE 68, 319 (330); 116, 202 (215f.).

⁵⁷ BVerfGE 11, 105 (110 ff.); 67, 256 (275).

⁵⁸ *Kunig*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rn. 39; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 74 Rn. 21; *Rengeling/Szczekalla*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.); Bonner Kommentar, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 [2007] Rn. 111.

Abs. 1 Nr. 11 GG sei.⁵⁹ Das wird aber, zugleich einschränkend, damit begründet, dass die wirtschaftlich operierenden Gemeinden eine öffentliche Gemeinwohlaufgabe erfüllten, also nicht als Marktteilnehmer agierten, für die Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG einschlägig sei.⁶⁰

Dementsprechend gehört beispielsweise das Sparkassenrecht nur insoweit zur Gesetzgebungskompetenz der Länder als es um die innere Organisation der Sparkassen geht. Das materielle Sparkassenrecht, das die Geschäftsführung und die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr betrifft, fällt hingegen unbestritten unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG,⁶¹ obwohl der Betrieb von Sparkassen eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ist. Es wäre also nicht richtig, das Kommunalwirtschaftsrecht nach Art. 70 Abs. 1 GG pauschal der Kompetenz der Länder zuzuordnen, vielmehr kommt es auf eine „harmonisierende Auslegung“⁶² und Abstimmung mit anderen Kompetenztiteln an.

Zu betonen ist ohnehin, dass auch die Einschlägigkeit von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG *grundsätzlich* nichts an der Kompetenz der Länder zur Regelung des Gemeindegewirtschaftsrechts ändern würde. Das folgte aber nicht aus dem Umstand, dass die Länder umfassend bereits nach Art. 70 GG auch für die kommunale wirtschaftliche Betätigung zuständig wären, sondern aus Art. 72 Abs. 1 GG, weil der Bund von seiner auch insoweit bestehenden konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch gemacht hat und dies wegen des Subsidiaritätsprinzips in Art. 72 Abs. 2 GG umfassend auch nicht dürfte, weil kein Grund dafür ersichtlich ist, warum die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen *in toto* bundeseinheitlich geregelt werden müsste. Er kann aber auch unter Einhaltung von Art. 72 Abs. 2 GG Einzelbereiche der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen (wie etwa das materielle Sparkassenrecht) regeln. Das leitet über zu den Kompetenzen für das Recht der MVZ.

⁵⁹ SächsVerfGH, NVwZ 2005, 1057 (1058); Rengeling/Szczekalla, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.); Bonner Kommentar, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 [2007] Rn. 67.

⁶⁰ Rengeling/Szczekalla, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.); Bonner Kommentar, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 [2007] Rn. 67f.

⁶¹ Rengeling/Szczekalla, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.); Bonner Kommentar, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 [2007] Rn. 134 m. w. N. auf diese allgemeine Auffassung.

⁶² Rengeling/Szczekalla, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.); Bonner Kommentar, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 [2007] Rn. 67.

(2) Gesetzgebungskompetenz für das Recht der MVZ

Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz für die Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen, wozu auch Psychotherapeuten zählen. Unter das Zulassungsrecht in diesem Sinne fallen alle Vorschriften, die sich auf die Erteilung, Zurücknahme und den Verlust der Approbation und auf die Befugnis zur Ausübung des ärztlichen Berufs beziehen.⁶³

Das Weiterbildungsrecht fällt hingegen nicht unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG, weil der Vertragsarzt kein eigenständiger Heilberuf i. S. d. Norm ist. Insoweit kann aber Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG („Sozialversicherung“) die Zuständigkeit des Bundes begründen. Zu den Elementen einer Sozialversicherung in diesem Sinne zählen die öffentlich-rechtliche Organisation, die überwiegende Finanzierung durch Beiträge, das Versicherungsprinzip und das Solidarprinzip. Erfasst sind nicht nur das Versicherungs- und das Leistungsverhältnis zwischen Krankenkassen und Versicherten, sondern auch die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern. Daher wird insbesondere die Zuständigkeit des Bundes für das Vertragsarztrecht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gestützt.⁶⁴ Damit fällt namentlich das gesamte vertragsärztliche Zulassungsrecht in den §§ 95ff. SGB V, also auch das Zulassungsrecht der MVZ, umfassend unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Von dieser Kompetenz hat der Bund auch abschließend Gebrauch gemacht, so dass insoweit kein Raum für landesrechtliche Regelungen verbleibt.

(3) Abgrenzung der Kompetenzen

Das Recht der Gründung von MVZ durch Kommunen berührt damit mehrere Kompetenzbereiche. Diese lassen sich allerdings aufeinander abstimmen, ohne dass es zu Spannungen kommen muss.

Unbestritten ist zunächst, dass nicht nur der Bund die grundsätzliche Regelungskompetenz für das Vertragsarztrecht und damit auch für Regelungen über den Betrieb von MVZ durch Kommunen hat, sondern auch die Länder die Zuständigkeit für das Kommunalrecht und damit für die Aufstellung von rechtlichen Regeln für das Handeln der Kommunen haben. Sozialrecht und Kommunalrecht sind insoweit komplementär, denn sie betreffen im Wesentlichen

⁶³ BVerfGE 4, 74 (83); 7, 18 (25); 17, 287 (292); 33, 125 (154 f.).

⁶⁴ BSGE 82, 55 (59); Axer, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 [2006] Rn. 43 f.

unterschiedliche Regelungsgegenstände. Beide überschneiden einander im Wesentlichen nur hinsichtlich der Anforderungen an die Gründung eines MVZ. Während das Sozialversicherungsrecht die Gemeinden insoweit als gleichberechtigte Leistungserbringer im Verhältnis zu Privatpersonen ansieht (§ 95 Abs. 1, 1 a SGB V), enthält das Kommunalrecht ein (eingeschränktes) Subsidiaritätsprinzip (Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO, Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayLKrO). Es ist Aufgabe der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung, derart gegenläufige Rechtsanwendungsbefehle auszuschließen. Insoweit sind drei interpretatorische Zugänge möglich, die aber letztlich alle zum gleichen Ergebnis führen:

Eine erste Möglichkeit bestünde darin, das Kommunalwirtschaftsrecht *vollumfänglich* der Zuständigkeit der Länder nach Art. 70 Abs. 1 GG zuzuordnen. Das würde an den bundesrechtlichen Kompetenzen allerdings nichts ändern: Der Bund kann unbestrittenermaßen aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG Regelungskompetenzen auch für öffentliche Unternehmen (etwa die Sparkassen)⁶⁵ und aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG für das vertragsärztliche Zulassungsrecht ableiten, also auch für den Betrieb von MVZ durch Kommunen. Von dieser Kompetenz hat der Bundesgesetzgeber durch die Regelung des § 95 Abs. 1a S. 3 SGB V (= explizite Unanwendbarkeit von § 105 Abs. 5 S. 1 SGB V und damit des Subsidiaritätsprinzips) aber abschließend Gebrauch gemacht hat, so dass die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG nicht regelungsbefugt wären. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO, Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayLKrO wären dann schon gar nicht anwendbar.

Man könnte aber auch vertreten, dass die Länder die Zuständigkeit für das Kommunalwirtschaftsrecht nur insoweit aus Art. 70 Abs. 1 GG ableiten können, als es um die durch kommunale Unternehmen bewirkte Daseinsvorsorge geht; wenn die Kommunen hingegen mit Gewinnerzielungsabsicht am Wirtschaftsleben teilnehmen, wäre der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG einschlägig. Diese am Zweck der Tätigkeit der Gemeinde orientierte Differenzierung ist im Kommunalrecht durchaus angelegt: Auf der einen Seite gilt das kommunalrechtliche Subsidiaritätsprinzip nach Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO, Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayLKrO nur beim Tätigwerden außerhalb der öffentlichen Daseinsvorsorge; soweit die Gemeinden also Daseinsvorsorge betreiben, werden sie demnach im kompetenzrechtlichen Sinne nicht wirtschaftlich tätig, so dass nicht Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, sondern Art. 70 GG (also die Kompetenz der Länder für das Kommunalrecht) maßgeblich wäre. Auf der anderen Seite verfolgen

⁶⁵ Vgl. oben (1).

Gemeinden/Landkreise gemäß Art. 87 Abs. 1 S. 2 BayGO/Art. 75 Abs. 1 S. 2 BayLKrO bei Tätigkeiten, mit denen die Gemeinden Gewinn erzielen möchten, keinen öffentlichen Zweck; im kompetenzrechtlichen Sinne wäre daher Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG einschlägig. Diese Differenzierung hat dann folgende Konsequenzen für die Frage, ob für die Gründung kommunaler MVZ das Subsidiaritätsprinzip gilt:

- Wenn der kommunale Betrieb eines MVZ unter den Begriff der „Daseinsvorsorge“ zu subsumieren wäre, dann gäbe es keinen Regelungskonflikt zwischen Sozialversicherungsrecht und Kommunalrecht, weil beide gleichermaßen kein Subsidiaritätsprinzip vorsehen. Das ist übrigens auch in anderen Sozialleistungsbereichen anerkannt, in denen die Gemeinde nicht nur Sozialleistungsträger ist, sondern zugleich auch (und insoweit vergleichbar mit einem MVZ) Leistungserbringer, etwa im Bereich der Jugendhilfe. Konsequenterweise gilt hier auch kein kommunalrechtliches, sondern in § 4 Abs. 2 SGB VIII ein – auch aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 28 Abs. 2 GG)⁶⁶ nur sehr eingeschränktes – sozialrechtliches Subsidiaritätsprinzip, für dessen Regelung der Bund aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 SGB VIII („öffentliche Fürsorge“) zuständig ist.
- Würde man hingegen die Tätigkeit eines kommunalen MVZ als Teilnahme am Wirtschaftsleben i. S. d. Art. 87 Abs. 1 S. 2 BayGO/Art. 75 Abs. 1 S. 2 BayLKrO ansehen, so wären die Länder nicht nach Art. 70 Abs. 1 GG, sondern nur unter den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 1 GG zuständig. Diese sind aber nicht gegeben, wenn der Bundesgesetzgeber eine abschließende Regelung getroffen hat; dies ist mit § 95 Abs. 1a S. 3 SGB V geschehen, da der Bundesgesetzgeber hier unmissverständlich deutlich gemacht hat, dass das Subsidiaritätsprinzip nicht zur Anwendung kommt.

Je nach Auslegung der Art. 70 ff. GG sind entweder Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO, Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayLKrO schon gar nicht anwendbar oder gegebenenfalls tatbestandlich nicht einschlägig, sofern es um Daseinsvorsorge geht. Im Übrigen wäre das Kommunalrecht aber selbstverständlich anwendbar, also namentlich Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-3 BayGO, Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-3 BayLKrO und die Bestimmungen über die Organisation kommunaler

⁶⁶ Dazu BVerfGE 22, 180 (204 ff.).

Unternehmen.⁶⁷ Daher ist – zumindest hilfsweise – die kommunalwirtschaftsrechtliche Zulässigkeit zu prüfen.

b) Hilfsweise: Kommunalwirtschaftsrechtliche Zulässigkeit

Die unternehmerische Betätigung der Kommune ist allgemein bei kumulativer Wahrung der vier Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 BayGO zulässig (sogenannte „Schrankenquadrige“⁶⁸), d.h. es muss ein öffentlicher Zweck vorliegen (dazu aa)), ein angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit und zum Bedarf bestehen (dazu bb)), die Eignung zur Wahrung außerhalb der allgemeinen Verwaltung vorliegen (dazu cc)) und die Subsidiaritätsklausel gewahrt sein (dazu dd)).

aa) Öffentlicher Zweck, Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO

Die Gemeinde verfolgt einen öffentlichen Zweck, wenn eine Versorgung mit lebensrelevanten Gütern der Gemeindebevölkerung erfolgt und insofern ein hinreichender Bezug zum Sozialstaatsprinzip und zum kommunalen Selbstverwaltungsrecht vorliegt.⁶⁹ Damit der öffentliche Zweck „das Unternehmen erfordert“, wird nach überwiegender Ansicht darüber hinaus ein Marktversagen, also die Nichterfüllung der Aufgaben durch Private, nicht als notwendig angesehen.⁷⁰ Stattdessen greift insoweit die Subsidiaritätsklausel.⁷¹ Art. 57 BayGO zählt eine Reihe von Basisgütern wie die Strom-, Gas-, Wasser- und Wärmeversorgung als öffentliche Aufgaben der Kommunen positiv auf und verweist dabei auch auf Einrichtungen im Bereich der Gesundheit, wozu traditionell bereits Krankenhäuser gefasst wurden⁷² und daher prinzipiell auch MVZ gefasst werden können.

Negativ grenzt Art. 87 Abs. 1 S. 2 BayGO die bloße Absicht der Gewinnerzielung als zulässigen Zweck aus. Diese ist aber nicht das Ziel einer kommunalen MVZ-Gründung. Vielmehr geht es

⁶⁷ Dazu unten III.

⁶⁸ *Scheidler*, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (146).

⁶⁹ *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 87, S. 9.

⁷⁰ *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 87, S. 10; a. A. etwa *Hösch*, Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, DÖV 2000, 393 (400, 403).

⁷¹ Dazu unten dd).

⁷² *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Stand 79. Erg.-Lfg. September 2002, Art. 57 GO, S. 14.

um die Gewährleistung einer medizinischen Basisversorgung, die nunmehr auch vom Bundesgesetzgeber in § 95 Abs. 1a SGB V als wichtige kommunale Aufgabe angesehen wird.

Ein öffentlicher Zweck nach Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO liegt demnach vor.

bb) Angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf, Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayGO

Um die Kommune vor wirtschaftlichen Aktivitäten zu bewahren, die ihre Leistungskraft übersteigen, muss die zu erbringende Tätigkeit in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen. Außerdem muss das Unternehmen am voraussichtlichen Bedarf in der Kommune orientiert ausgelegt werden. Das verlangt eine Begrenzung der Dimensionierung auf die lokale Nachfrage,⁷³ was aber vorliegend mit den MVZ gerade angelegt ist.

Die Prüfung der Leistungsfähigkeit setzt eine Prognose der Einnahme- und Ausgabesituation voraus. Das Risiko eines negativen Finanzierungsdeltas muss angemessen sein in Relation zur Leistungskraft der Kommune. Dabei ist die jeweilige Finanzausstattung der Kommune unter Beachtung des gegenwärtigen Schuldenstands und des verbliebenen finanziellen Spielraums ausschlaggebend.⁷⁴ Dies ist im jeweiligen Einzelfall mit Blick auf die konkrete Kommune zu bewerten.

Angesichts der mit der medizinischen Versorgung einhergehenden Zahlungen durch Dritte (namentlich der Krankenversicherungen), wird die Gründung eines MVZ die Leistungsfähigkeit einer Gemeinde i. S. v. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayGO regelmäßig nicht übersteigen.

cc) Eignung zur Wahrnehmung außerhalb der öffentlichen Verwaltung, Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayGO

Das Erfordernis der Eignung der Aufgabe zur Wahrnehmung außerhalb der öffentlichen Verwaltung gemäß Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayGO will zur Wahrung der kommunalen Selbstverwaltung verhindern, dass sich die Kommune ihrer Kernaufgaben im eigenen Wirkungskreis – insbesondere Aufgaben kraft Gesetzes wie die öffentliche Sicherheit und Ordnung – entledigt. Ebenso wenig geeignet zur Erfüllung durch kommunale Unternehmen sind regelmäßig

⁷³ Schulz, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 87, S. 17.

⁷⁴ Scheidler, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (147).

Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises.⁷⁵ Um solche Aufgaben geht es vorliegend jedoch nicht.

Es handelt sich bei der medizinischen Versorgung im ländlichen Raum um eine Aufgabe, die bislang von Privaten – und gerade nicht verwaltungsmäßig – erbracht wird. Die Anforderung des Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayGO ist also erfüllt.

dd) Subsidiaritätsklausel, Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO

Die Subsidiaritätsklausel nach Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO verlangt, dass die Aufgabe „nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann“. Der Einsatz eines kommunalen Unternehmens muss also einer privatwirtschaftlichen Betätigung überlegen sein.

Dieses vierte Erfordernis ist besonders umstritten. Denn hier geht es in ordnungspolitischer Sicht um die Grenzziehung zwischen privater und öffentlicher unternehmerischer Betätigung.⁷⁶ Verkompliziert wird die rechtliche Bewertung dadurch, dass die Subsidiaritätsklausel nicht anwendbar ist, wenn eine Aufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge vorliegt. Der Begriff der Daseinsvorsorge ist aber rechtlich wenig konturiert.⁷⁷ Eine weit gefasste Annahme, dass jegliche Bereitstellung mit versorgungsrelevanten Gütern auf lokaler Ebene als Daseinsvorsorge zu qualifizieren ist, würde die Subsidiaritätsklausel in ihrer Schutzwirkung weitgehend leerlaufen lassen, da dann jegliche Versorgungsrelevanz genügen würde.⁷⁸

Bei der Subsumtion dieses Prüfungsmerkmals wird man den Gemeinden angesichts des notwendig prognostischen Charakters⁷⁹ einen gewissen Spielraum zuzugestehen haben.⁸⁰ Letztlich dreht sich der Streit im Wesentlichen um die Fälle, in denen überhaupt eine hinreichende

⁷⁵ *Scheidler*, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (147); *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 87, S. 17.

⁷⁶ *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 87, S. 17.

⁷⁷ *Scheidler*, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (148), mit Hinweis auf BVerfG, 1 BvL 28/82, Beschl. v. 20.3.1984, E 66, 248 (258) – zitiert nach juris, Rn. 37, mit einem Verständnis von Daseinsvorsorgeleistungen als solche, „derer der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“.

⁷⁸ So aber in der Konsequenz *Scheidler*, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (148): „nur ein relativ kleiner Anwendungsbereich“.

⁷⁹ *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 87, S. 19.

⁸⁰ *Scheidler*, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (148).

Versorgung durch private Anbieter gewährleistet ist bzw. mindestens *gleich leistungsfähige* private Anbieter vorhanden sind. Sind die privaten Anbieter hingegen noch leistungsfähiger bzw. die Leistungserbringung durch diese für die Gemeinde wirtschaftlicher, ist ohnehin ein Verstoß gegen das aus Art. 61 Abs. 1 S. 1 BayGO folgende Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit anzunehmen.⁸¹ Kommunale MVZ sollen aber gerade dort errichtet werden, wo die Versorgung durch Private nicht hinreichend gewährleistet ist.

Auch die Anforderung der Subsidiaritätsklausel nach Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO wird regelmäßig erfüllt sein, weil kommunale MVZ vor allem dort entstehen, wo eine Versorgung durch niedergelassene Vertragsärzte nicht hinreichend sichergestellt werden kann.

Auch wenn eine Markterkundung nach dem bayerischen Kommunalrecht nicht zwingend durchzuführen ist,⁸² kann diese doch empfehlenswert sein. Angesichts der anspruchsvollen Anforderungen an den Betrieb eines MVZ ist dessen Einrichtung als kommunaler Betrieb jedenfalls ohnehin nur dann empfehlenswert, wenn eine Bereitstellung der Leistungen durch Private nicht gesichert ist.

Wichtiger Hinweis für den späteren Betrieb des MVZ: Die Anforderungen von Art. 87 Abs. 1 S. 1 BayGO müssen nur zum Zeitpunkt der Errichtung, Übernahme oder wesentlichen Erweiterung eines öffentlichen Unternehmens vorliegen, nicht jedoch für den Fortbestand.⁸³ Selbst wenn also nach Gründung des MVZ wieder Ärzte, die die Niederlassung anstreben, die Zulassung vor Ort beantragen, und so eine – auch dauerhafte (!)⁸⁴ – Aufgabenerfüllung durch Private gegebenenfalls wieder gewährleistet wäre, führt das nicht zur Notwendigkeit, das kommunale MVZ zu schließen, sondern beschränkt gegebenenfalls lediglich dessen Erweiterung.

⁸¹ Darauf weist zu Recht *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 87, S. 18, hin.

⁸² So *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 87, S. 19.

⁸³ Darauf weist zu Recht *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 87, S. 18, hin.

⁸⁴ Diese Voraussetzung hebt zu Recht *Scheidler*, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (148), hervor: „dauerhafte und krisen-feste Aufgabenerfüllung“.

ee) Zwischenergebnis

Die kommunalwirtschaftlichen Anforderungen an die Gründung eines MVZ nach Art. 87 Abs. 1 BayGO (sogenannte „Schrankenquadriga“) sind demnach grundsätzlich erfüllt.

3. Beihilfenrechtliche Vorgaben

a) Funktionsweise des EU-Beihilfenrechts und relevante Austauschverhältnisse

Die Wahrung des EU-Beihilfenrechts ist insofern relevant, als Verstöße gegen EU-beihilfenrechtliche Vorschriften zu Rückforderungen von unzulässigen Zahlungen führen und dadurch die angestrebte Konstruktion des MVZ gefährden können. In EU-beihilferechtlicher Hinsicht kommt es daher darauf an, dass keine unzulässigen Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV gezahlt werden.

Die folgende Bewertung ist insoweit komplex, als erstens eine Vielzahl von Austauschverhältnissen für eine Reihe denkbarer Fälle zu prüfen sind, zweitens die Bewertung teilweise danach zu differenzieren hat, in welcher Rechtsform ein MVZ betrieben wird und drittens verschiedene Optionen bestehen, eine EU-Beihilfenrechtskonformität zu gewährleisten.

Die denkbaren Austauschverhältnisse können danach ausdifferenziert werden, ob eine Finanzzuführung in der Gründungsphase oder im anschließenden Betrieb⁸⁵ des MVZ erfolgt. Sodann sind die Austauschverhältnisse zwischen der Kommune und dem MVZ einerseits sowie der Kommune bzw. dem MVZ und Dritten andererseits zu unterscheiden. Zwischen der Kommune und dem MVZ kann es zu beihilfenrechtlich relevanten Fragen kommen, wenn die Kommune Verluste des MVZ ausgleicht oder dieses etwa durch die kostenlose Bereitstellung von Grundstücken unterstützt. Gegenüber Dritten sind v.a. Zahlungen der Kommune an bestehende Arztpraxen im Rahmen ihrer Aufnahme in das kommunale MVZ als relevanter Fall einer denkbaren Begünstigung zu betrachten. Sonstige Begünstigungen des MVZ gegenüber dritten Vertragspartnern, wie etwa externen Kooperationspartnern, sind hingegen nicht erkennbar relevant und sollen daher nicht weiter geprüft werden.

⁸⁵ Dazu unten IV.4.

Beihilfen sind nach Art. 108 AEUV grundsätzlich bei der Kommission zu notifizieren, damit sie von dieser geprüft und gegebenenfalls genehmigt werden können.⁸⁶ Das gilt jedoch nicht, wenn entweder schon tatbestandlich keine Beihilfe vorliegt oder ausnahmsweise trotz Vorliegens einer Beihilfe eine Notifizierungspflicht aufgrund einer Freistellungsregelung entfällt.

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV „sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“. Die fünf EU-beihilfenrechtlichen Tatbestandsmerkmale der Begünstigung (1) bestimmter Unternehmen (2), der staatlichen Mittelherkunft (3), der Wettbewerbsverfälschung (4) und der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung (5) müssen kumulativ vorliegen, um den Beihilfentatbestand zu begründen.

Es gibt also unterschiedliche Wege, um das MVZ in Übereinstimmung mit dem EU-Beihilfenrecht zu gründen: Der einfachste Weg ist es, das MVZ oder Dritte erst gar nicht zu begünstigen. Diese Option soll daher als erstes knapp skizziert werden (dazu sogleich b)). Einen ebenfalls vergleichsweise einfachen Weg stellt die De-minimis-Förderung im Fall geringfügiger Finanzzuführungen dar (dazu sodann c)). In der jüngeren Beschlusspraxis der Kommission – und ihr folgend der Rechtsprechung der deutschen Zivilgerichtsbarkeit (besonders prominent in der in der Gesundheitsbranche vielfach rezipierten Entscheidung im Fall des Krankenhauses in Calw) – hat sich aber gezeigt, dass möglicherweise für MVZ auch ein dritter Weg sehr belastbar ist, der Finanzzuführungen jenseits der De-minimis-Schwelle erlaubt: So könnte angesichts der bloß lokalen Relevanz der MVZ bzw. der lokal handelnden Ärzte das Tatbestandserfordernis der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung ausscheiden (dazu d)). Allerdings ist dieser Weg noch nicht vom EuGH letztverbindlich abgesichert. Daher soll vorsorglich geprüft werden, inwiefern eine EU-Beihilfenrechtskonformität über eine Betrauung mit sogenannten Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) möglich ist. Dieser aus der Krankenhausförderung bekannte Weg ist allerdings mit deutlich größerem Aufwand seitens der Kommune verbunden, wie die folgende – zwangsläufig umfangreiche – Darstellung zeigt.

⁸⁶ Eine etwaige Genehmigungsfähigkeit ist nicht Gegenstand der Untersuchung, da eine Notifizierung oder Genehmigung einer Beihilfe schon regelmäßig wegen des damit verbundenen Zeitaufwands zu vermeiden ist, jedenfalls eine spezifische Befassung mit den konkreten Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnissen verlangt, die vorliegend nicht verallgemeinernd vorgenommen werden kann.

Eine DAWI-Betrachtung kann dabei sowohl den Tatbestand ausschließen (dazu e)) als auch die Notifizierungspflicht entfallen lassen (dazu f)). Der Vollständigkeit halber ist im Übrigen kurz darzustellen, dass das Tatbestandsmerkmal „Unternehmen“ vorliegt (dazu g)) ebenso wie staatliche Mittel vorliegend relevant sind (dazu h)). Schließlich sei vorab darauf hingewiesen, dass eine Freistellung von der Notifizierungspflicht nach der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) hier nicht in Betracht kommt, da in der Verordnung keine Förderung von Gesundheitseinrichtungen vorgesehen ist. Auch ein einschlägiges bereits genehmigtes Förderprogramm, das für MVZ passt, ist nicht ersichtlich.

b) Ausschluss der Begünstigung

Das im Unionsrecht nicht näher definierte Merkmal der Begünstigung ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH⁸⁷ und allgemeiner Auffassung weit auszulegen.⁸⁸ Unabhängig von ihrer Form und Ausgestaltung ist eine staatliche Maßnahme dann als Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen, wenn das Unternehmen eine Leistung bzw. Kompensation ohne angemessene Gegenleistung bzw. Aufgabenerfüllung erlangt.⁸⁹

Dabei sind sämtliche Begünstigungen zu berücksichtigen, die im Rahmen der Gründung des MVZ von jeglicher öffentlicher Seite (Kommune, Land etc.) in jeglicher Form (vergünstigte Bereitstellung von Immobilien etc.) erfolgen. Es geht also sowohl um Leistungen an das MVZ als auch um solche, die das MVZ in der Gründungsphase gegenüber Dritten erbringt. Stellt die Kommune dem MVZ also ein Grundstück oder eine Immobilie zur Verfügung, muss das MVZ an die Kommune das marktübliche Entgelt zahlen. Andernfalls liegt eine Begünstigung vor. Dabei wäre die Identifikation einer entsprechenden Begünstigung je nach gewählter Rechtsform unterschiedlich. Wird das MVZ als Eigenbetrieb oder Kommunalunternehmen geführt,⁹⁰ weist es einen eigenen Haushalt auf, der entsprechende Transaktionen darstellen muss. Deutlicher sind entsprechende Finanzströme und die Bewertung der Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisse automatisch bei Austauschgeschäften mit Dritten. Materiell gilt hier dasselbe: Im Fall der Übernahme einer Arztpraxis in das MVZ muss das marktübliche Entgelt gezahlt

⁸⁷ Vgl. schon EuGH, Rs. 30/59, *Steenkolenmijnen*, Slg. 1961, 1.

⁸⁸ Siehe nur *Evans*, EC Law of State Aid, 1997, S. 27 ff.; *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 67.

⁸⁹ *Müller-Graf*, Die Erscheinungsformen der Leistungssubventionstatbestände aus wirtschaftlicher Sicht, ZHR 152 (1988), 403 (418), spricht insoweit von einer „marktrelativen Günstigkeit für den Nutznießer“.

⁹⁰ Dazu unten III.3. und 4.

werden. Dann liegt keine Beihilfe vor, da schon keine Begünstigung erfolgt. Andernfalls liegt eine Begünstigung der Arztpraxis als bisher tätigem Unternehmen vor. Insofern kann also unproblematisch eine Beihilfe vermieden werden.

Anders liegen die Dinge, wenn die Übernahme von Verlusten seitens des MVZ notwendig ist oder die kostenlose Bereitstellung einer Immobilie als erforderlich angesehen wird, um einen erfolgreichen Start des MVZ zu ermöglichen. Die Bewertung aller relevanten Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnisse muss dann grundsätzlich im Rahmen des „Market-economy-investor“-Tests erfolgen, den sowohl die Kommission als auch der EuGH heranziehen.⁹¹ So müsste sich die Kommune wie ein privater Investor verhalten, wenn sie Finanzmittel in das MVZ investiert. Sie muss also jeweils marktübliche Gegenleistungen erlangen. Sofern Überkompensationen erfolgen sollen, kommt die Anwendung des „Market-economy-investor“-Tests jedoch nicht in Betracht, da die öffentliche Hand dann Versorgungsziele verfolgt, die ein privater Investor kaum verfolgen würde. Weiterhin kommt ein Entfallen des Begünstigungsmerkmals auf der Basis der sogenannten *Altmark-Trans*-Rechtsprechung⁹² in Betracht, da Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) kompensiert werden. Dies setzt jedoch eine komplexe Prüfung voraus und ermöglicht ebenfalls keine Überkompensation, sondern verlangt die Identifikation von kompensationsfähigen Zusatzleistungen zu Gemeinwohlzwecken.⁹³

Soweit die Kommune gegenüber dem MVZ und gegenüber Dritten in allen Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnissen (Bereitstellung einer Immobilie; Übernahme einer Arztpraxis) auf marktübliche Entgelte setzt, scheidet eine Beihilfe schon deshalb aus, weil der Begünstigungscharakter fehlt.

⁹¹ Vgl. zum „Market-economy-investor“-Test früh bereits Rs. 234/84, *Meura*, Slg. 1986, 2263, Rn. 14 ff.; ferner EuG, Rs. T-158/99, *Thermenhotel*, Slg. 2004, II-1, Rn. 107-122; *Giesberts/Kleve*, „Private Investor Test“ im EG-Beihilfenrecht – Das Ryanair-Urteil des EuG, EuZW 2009, 287; *Giesberts/Streit*, Anforderungen an den „Private Investor Test“ im Beihilfenrecht, EuZW 2009, 484; *Hancher/Ottervanger/Slot*, E. C. State Aids, 3. Aufl. 2006, Rn. 8–016 ff.; *Leibenath*, in: Heidenhain (Hrsg.), *European State Aid Law Handbook*, 2010, § 6, Rn. 70 ff.; *Lübbig/Martin-Ehlers*, *Beihilfenrecht der EU*, 2. Aufl. 2009, Rn. 247 ff.; siehe auch *Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), *EUV/AEU*, 3. Aufl. 2018 (im Erscheinen), Art. 107 AEUV, Rn. 33.

⁹² EuGH, Rs. 280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747.

⁹³ Dazu unten e) und f).

c) Wettbewerbsverfälschung

Soll hingegen eine Begünstigung insbesondere des MVZ etwa durch Verlustübernahmen oder die kostenlose Bereitstellung einer Immobilie durch die Kommune erfolgen, wäre ein zweiter sehr belastbarer Weg, den Beihilfenrechtscharakter auszuschließen, sodann das Fördervolumen zu begrenzen und so eine Wettbewerbsverfälschung zu vermeiden.

Eine Wettbewerbsverfälschung liegt vor, wenn die Beihilfe – tatsächlich oder potenziell – in ein bestehendes oder möglicherweise zur Entstehung kommendes Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen oder Produktionszweigen eingreift und damit den Ablauf des Wettbewerbs verändert. Erforderlich ist, dass Unternehmen oder Produktionszweige einen wirtschaftlichen Vorteil erhalten, den sie unter marktkonformen Voraussetzungen nicht erhielten und dadurch die Marktbedingungen der Wettbewerber verändert werden.⁹⁴ Weder das Wettbewerbsverhältnis noch die Verfälschung müssen tatsächlich vorliegen. Auch eine Beihilfe, die lediglich potenziell in ein möglicherweise zur Entstehung kommendes Wettbewerbsverhältnis eingreift, wird von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst. Die Kommission war lange Zeit der Auffassung, dass aus dieser weiten Auslegung folge, dass jede Förderung naturgemäß den Wettbewerb verfälsche.⁹⁵ Dieser Auffassung ist der EuGH in der Entscheidung *Leeuwarder Papierwarenfabrik* entgegengetreten.⁹⁶ Da es in Ausnahmefällen an einer Verfälschung fehlen kann, ist die Kommission in ihren Beihilfenbeschlüssen gehalten, die Umstände, aus denen sich die Wettbewerbsverfälschung ergibt, darzulegen.⁹⁷ Auf die Spürbarkeit einer festgestellten Wettbewerbsverfälschung kommt es nicht an.⁹⁸

Dabei hat das EuG deutlich gemacht, dass eine präzise Marktabgrenzung erforderlich ist, auch um anschließend das Ausmaß der Wettbewerbsverfälschung zu ermitteln. Dementsprechend hat das EuG bereits Kommissionsentscheidungen für nichtig erklärt, in denen die Kommission diesen Anforderungen nicht gerecht wurde.⁹⁹

⁹⁴ Grundlegend EuGH, Rs. 730/79, *Philip Morris/Kommission*, Slg. 1980, 2671, Rn. 11.

⁹⁵ Vgl. m.w.Nachw. *Koenig/Kühling/Ritter*, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 177.

⁹⁶ EuGH, verb. Rs. 296/82 und 318/82, *Leeuwarder Papierwarenfabrik BV*, Slg. 1985, 809, Rn. 24.

⁹⁷ Gleiches gilt für das Merkmal der Handelsbeeinträchtigung, EuGH, Rs. C-15/98, *Sardegna Lines*, Slg. 2000, I-8855, Rn. 68 ff.

⁹⁸ Siehe etwa EuG, Rs. T-55/99, *CETM*, Slg. 2000, II-3207, Rn. 92 m.w.Nachw. aus der Rechtsprechung; aus der späteren Rechtsprechung etwa EuG, Ur. v. 11.6.2009, Rs. T-301/02, *AEM Spa*, Slg. 2009, II-1757, Rn. 88 – 99.

⁹⁹ Zunächst EuG, Rs. T-155/98, *SIDE*, Slg. 2002, II-1179, Rn. 56 ff.; später EuG, Rs. T-34/02, *EURL Le Levant 001 u.a.*, Slg. 2006, II-267, Rn. 123 – 125, dazu *Braun/Kühling*, Article 87 EC and the Community Courts – From Revolution to Evolution, CMLRev 2008, S. 465.

Da bei der Gesundheitsversorgung durch niedergelassene Ärzte prinzipiell Märkte bestehen, kann in der Folge auch eine Wettbewerbsverfälschung eintreten. Das gilt insbesondere angesichts der nach wie vor geringen Anforderungen für die Annahme des Vorliegens einer Wettbewerbsverfälschung.

Das ist aber dann nicht der Fall, wenn es sich um eine De-minimis-Beihilfe handelt. Dies ermöglicht grundsätzlich eine Förderung in Höhe von 200.000 € über den Zeitraum von drei Steuerjahren je Beihilfeempfänger gemäß der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV.¹⁰⁰ Sofern DAWI vorliegen, kommt auf der Basis der Verordnung (EU) Nr. 360/2012 vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die DAWI erbringen, gemäß Art. 2 Abs. 2 der Verordnung ein spezieller De-minimis-Höchstbetrag in Höhe von 500.000 € ebenfalls in einem Zeitraum von drei Steuerjahren zum Tragen. Bewegen sich die Fördervolumina unterhalb dieser Höchstsätze, wird davon ausgegangen, dass sie keine Handelsbeeinträchtigung bzw. keine Wettbewerbsverfälschung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV bewirken.

Dass ein MVZ (auch) DAWI erbringt, dürfte sich vorliegend darlegen lassen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der bestehenden nationalen Spielräume bei der Einstufung einer Leistung als DAWI. So hat der EuGH in einem aktuellen Urteil nochmals klargestellt, dass die Mitgliedstaaten bei der Definition dessen, was auf nationaler Ebene als DAWI anzuerkennen ist, über „ein weites Ermessen“ verfügen.¹⁰¹ Im Bereich der Gesundheitsversorgung sind verschiedene Tätigkeiten als Daseinsvorsorgedienste eingestuft worden, wobei gerade flächendeckende Versorgungsvorgaben im Vordergrund standen, etwa beim flächendeckenden Notfalltransport zu einheitlichen Entgelten.¹⁰² Ferner hat der EuGH etwa für Großhändler im Fall Ferring die Großhandelsbevorratungspflichten für Arzneimittel als entsprechende

¹⁰⁰ ABl. 2013 L 352/1.

¹⁰¹ EuGH, Urteil vom 20. Dezember 2017, C-66/16 P bis C-69/16 P, *Comunidad Autónoma del País Vasco*, Rn. 69 f.; ebenso Urteil vom 20. Dezember 2017, C-70/16 P, *Comunidad Autónoma de Galicia u.a./Kommission*, ECLI:EU:C:2017:1002, Rn. 76.

¹⁰² EuGH, Rs. C-475/99, *Glöckner*, Slg. 2001, I-8089, Rn. 55.

Daseinsvorsorgepflichten anerkannt.¹⁰³ Schließlich hat das EuG die Gesundheitsversorgung in Krankenhäusern als DAWI anerkannt.¹⁰⁴

Vor diesem Hintergrund ist eine Einordnung von Tätigkeiten als DAWI möglich. Umstritten ist, wie anspruchsvoll dabei die Anforderungen an ein Marktversagen sind, inwiefern also dargelegt werden muss, dass die Leistungen nicht im Markt erbracht werden. Die Kommission scheint dies tendenziell als notwendig anzusehen. Da vorliegend entsprechende Zentren von der Kommune aber ohnehin (zweckmäßigerweise) nur betrieben werden, wenn es zu Versorgungsdefiziten kommt oder diese ernsthaft drohen, wenn also ein Marktversagen vorliegt, dürfte grundsätzlich die Qualifikation zumindest eines Teils der Leistungen des MVZ als DAWI möglich sein. Dies gilt demnach insbesondere unter der Bedingung, dass ein MVZ errichtet werden soll, weil andernfalls keine angemessene medizinische Versorgung möglich ist. Dann wären also beide Anforderungen des Gemeinwohlinteresses und der mangelnden Marktfähigkeit im Sinne der DAWI-Mitteilung 2012 der Kommission erfüllt.¹⁰⁵ Dementsprechend kann davon ausgegangen werden, dass es sich vorliegend bei der Tätigkeit eines MVZ um DAWI handelt. Die Frage, inwiefern zwischen den verschiedenen Tätigkeiten des MVZ mit Blick auf die Fixierung der Kompensationsfähigkeit zu differenzieren ist, stellt sich dagegen nur im Rahmen einer DAWI-Betrachtung (dazu unten).

Im Fall einer De-minimis-Förderung sind die weiteren Vorgaben der De-minimis-Verordnung einzuhalten. So muss die De-minimis-Förderung insbesondere unter explizitem Hinweis darauf, dass es sich um eine De-minimis-Förderung handelt und auf die De-minimis-Verordnung ausgekehrt werden (Art. 6 Abs. 1 De-minimis-Verordnung 1407/2013). Ferner müssen alle Dokumente über die Gewährung entsprechender Förderungen nach Art. 6 Abs. 4 jener Verordnung zehn Jahre aufbewahrt werden. Es muss sich im Übrigen nach Art. 4 Abs. 1 jener Verordnung um eine transparente Beihilfe handeln, deren Beihilfenwert („Bruttosubventionsäquivalent“) vorab klar erkennbar ist. Sofern keine Beihilfe in Form eines Zuschusses (etwa zum Ankauf einer Immobilie) erfolgt, sondern im Fall einer sonstigen Kapitalzuführung, etwa im Rahmen von laufenden Verlustübernahmen, wird das im Rahmen des Betriebs eines MVZ nur schwer zu realisieren sein. Für die DAWI-Beihilfe gilt Entsprechendes für den Hinweis auf die

¹⁰³ EuGH, Rs. C- 53/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-9069, Rn. 24 f.

¹⁰⁴ EuG, Rs. T-289/03, *BUPA*, Slg. 2008, II-81, Rn. 174 ff.; siehe auch die Folgeurteile, insbesondere für Krankenhäuser T-137/10, Urt. v. 7.11.2012, *CBI*.

¹⁰⁵ ABl. 2012 C 8/4, Ziff. 48 und 50.

De-minimis-Förderung und -Verordnung (Art. 3 Abs. 1), die Aufbewahrung der Dokumente (Art. 3 Abs. 3) und die Transparenz (Art. 2 Abs. 4), bloß dass gemäß Art. 2 Abs. 2 die Schwelle bei 500.000 € liegt.

Das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung ist grundsätzlich als erfüllt anzusehen, wenn eine Förderung des MVZ jenseits der De-minimis-Schwelle von 200.000 € erfolgt. Da davon ausgegangen werden kann, dass das MVZ DAWI erbringt, kann sogar eine Förderung in Höhe von 500.000 € innerhalb eines Drei-Jahres-Zeitraums erfolgen, ohne dass eine Wettbewerbsverfälschung vorliegt. Damit besteht für geringfügige Begünstigungen des MVZ ein belastbarer Weg, eine EU-Beihilfenrechtskonformität der Förderung zu gewährleisten. Allerdings ist das nur möglich, wenn das Fördervolumen vorab genau berechnet werden kann. Die Förderung muss unter Hinweis auf die DAWI-De-minimis-Verordnung erfolgen, und alle relevanten Unterlagen sind zehn Jahre aufzubewahren.

d) Zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung

Sofern nicht gewährleistet werden kann, dass eine etwaige Begünstigung unterhalb der soeben skizzierten Schwellenwerte bleibt, käme sodann ein dritter Weg, eine EU-Beihilfenrechtskonformität herzustellen, in Betracht: So kann eine Ausgestaltung der Tätigkeit des MVZ in der Form erfolgen, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigt wird. Das grenzüberschreitende Element dieser sogenannten Zwischenstaatlichkeitsklausel kann man zwar angesichts der immer dichter werdenden Handels-, Dienstleistungs- und Kapitalströme nur ausnahmsweise verneinen. Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel können daher regelmäßig nur dann ausgeschlossen werden, wenn es sich um rein lokale Wirtschaftstätigkeiten handelt.

Gerade im vorliegenden Fall lokaler Gesundheitseinrichtungen (insbesondere Krankenhäuser), hat die Kommission aber genau diesen Weg beschritten. Sofern diese Einrichtungen lediglich „die üblichen medizinischen Leistungen für die örtliche Bevölkerung erbringen und kaum für Kunden oder Investitionen aus anderen Mitgliedstaaten von Interesse“ sind, kann das Tatbestandsmerkmal des grenzüberschreitenden Handels verneint werden.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Siehe die Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2016 C 262/1, Ziff. 197, unter Hinweis

Gerade in einem – soweit ersichtlich – einzig bekannten deutschen Beihilfenfall in Bezug auf ein MVZ bzw. ein Ärztehaus (und zwar in Durmersheim) hat die Europäische Kommission diese Einschätzung bestätigt und hat angenommen, dass es sich bei der verbilligten Bereitstellung einer Immobilie für eine Gesundheitseinrichtung zwar um eine Begünstigung handelt, diese aber nur eine rein lokale Auswirkung gehabt habe.¹⁰⁷ Prüfungsmaßstab nach der Praxis der Kommission ist hier folgender: „Demnach ist insbesondere zu prüfen, ob der Beihilfeempfänger Güter und Dienstleistungen nur in einem bestimmten Bereich innerhalb eines Mitgliedstaat anbietet und wahrscheinlich keine Kunden aus anderen Mitgliedstaaten anzieht und ob davon ausgegangen werden kann, dass die Maßnahme mehr als nur eine marginale Auswirkung auf die Bedingungen für grenzüberschreitende Investitionen oder die grenzüberschreitende Niederlassung haben wird.“¹⁰⁸ Ferner führt die Kommission in Bezug auf die Leistungen des Ärztehauses aus: „Diese Merkmale machen den grenzüberschreitenden Wettbewerb für Standardgesundheitsleistungen und Standardarztleistungen, die vor Ort leicht zugänglich sind, ausgesprochen unwahrscheinlich.“¹⁰⁹ Wichtig war zudem der Umstand, dass der potenzielle Beihilfenempfänger selbst keine Leistungen auf anderen Märkten als den rein lokalen erbringt. Daher hat die Kommission für die Angebote im Ärztehaus in Durmersheim eine grenzüberschreitende Handelsbeeinträchtigung verneint.

Vor diesem Hintergrund ist ein belastbarer Weg eine analoge Ausgestaltung der Förderung wie in Durmersheim, zumal auch Durmersheim – parallel zu bayerischen Gemeinden wie Bad Kötzing – grenznah gelegen ist, was die Einschätzung der Kommission nicht modifiziert hat. Insoweit hat die Kommission ausgeführt: „Auch wenn die Kommission anerkennt, dass Durmersheim nahe der französischen Grenze liegt, ist aufgrund der Eigenschaften der vom Klinikum erbrachten Leistungen nach Ansicht der Kommission nicht davon auszugehen, dass die Maßnahme den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt.“¹¹⁰

u.a. auf folgende die Entscheidungen bzw. Beschlüsse der Kommission über die staatlichen Beihilfen N 543/2001 – Irland – Staatliche Abschreibung für Krankenhäuser (ABl. C 154 vom 28.6.2002, S. 4), SA.34576 – Portugal – Station für langfristige Betreuung Jean Piaget/Nord-Osten (ABl. C 73 vom 13.3.2013, S. 1), SA.37432 – Tschechische Republik – Finanzierung öffentlicher Krankenhäuser in der Region Hradec Králové (ABl. C 203 vom 19.6.2015, S. 2).

¹⁰⁷ SA.37904 – Deutschland – Mutmaßliche staatliche Beihilfe an ein Ärztehaus in Durmersheim (ABl. C 188 vom 5.6.2015, S. 2), abrufbar im www unter der URL http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/255736/255736_1654239_58_2.pdf.

¹⁰⁸ Ebenda, Ziff. 15.

¹⁰⁹ Ebenda, Ziff. 17.

¹¹⁰ Ebenda, Ziff. 17.

In dieselbe Stoßrichtung geht ein Beschluss der Kommission im Fall einer Reha-Fachklinik für Orthopädie und Unfallchirurgie in Bad Nenndorf. Hier hat die Kommission hervorgehoben, dass deren Patienten ausschließlich aus dem Inland kommen und nur Standardleistungen der Gesundheitsfürsorge in Anspruch nehmen. Bei diesen orientiert sich der Empfänger der Leistungen stark am nationalen Gesundheits- und Erstattungssystem, zumal es auch sprachliche Barrieren bei der Nutzung ausländischer Angebote gibt. Vor diesem Hintergrund vermochte die Kommission keinen grenzüberschreitenden Wettbewerb um Patienten zu erkennen. Zudem hat die Kommission darauf verwiesen, dass es trotz der öffentlich geförderten Gesundheits- und Rehabilitationseinrichtungen in lokaler Nähe zu der begünstigten Fachklinik vergleichbare Einrichtungen gäbe. Deren Markteintritt sei daher ebenso wenig behindert wie ihr Bestehen am Markt.¹¹¹

Die deutsche Zivilgerichtsbarkeit wendet diese Kommissionspraxis zudem gerade im hier relevanten Gesundheitssektor eher großzügig an. Das ist besonders deutlich in der Entscheidung des BGH zum Krankenhaus in Calw geworden, in der vom BGH darauf hingewiesen worden ist, dass im Fall der Förderung von Krankenhäusern geprüft werden müsse, ob angesichts der „erbrachten Gesundheitsleistungen und behandelten Patienten, der Ansiedelung und des Leistungsangebots anderer in der Umgebung gelegener Krankenhäuser sowie unter Einbeziehung der geographischen Lage und der Verkehrsverbindungen der Kreiskrankenhäuser“ überhaupt eine Handelsbeeinträchtigung in Betracht komme.¹¹² Auf dieser Basis hat das zuständige OLG Stuttgart nach der Zurückverweisung durch den BGH für das betroffene Krankenhaus eine Handelsbeeinträchtigung verneint.¹¹³ Das OLG Nürnberg hat in einem aktuellen Urteil vom 21.11.2017 diese Vorgehensweise bestätigt für den Fall eines Regensburger Bürgerheims, das im Pflegebereich tätig ist. Das OLG Nürnberg qualifizierte das Angebot als Standardleistungen, die keine grenzüberschreitende Nachfrage auslösten und verneinte daher das Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigung.¹¹⁴

¹¹¹ Kommission, SA.38035 — Deutschland — Mutmaßliche Beihilfe für eine Reha-Fachklinik für Orthopädie und Unfallchirurgie, ABl. C 188 vom 5.6.2015, S. 3, Ziff. 13 ff.; vgl. auch Beschl. v. 5.7.2016 über die staatliche Beihilfe SA.19865 – 2014/C (ex 2009/NN 54) Belgiens für die Finanzierung der öffentlichen IRIS-Krankenhäuser in der Region Brüssel-Hauptstadt, ABl. L 2016, 351/61.

¹¹² BGH, Rs. I ZR 263/14, Urt. v. 24.3.2016, Rn. 100 (juris).

¹¹³ OLG Stuttgart, Rs. 2 U 11/14, Urt. v. 23.3.2017, Rn. 64 ff. (juris).

¹¹⁴ OLG Nürnberg, Rs. 3 U 134/17, Urt. v. 21.11.2017, Rn. 35 ff. abrufbar im WWW unter <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2017-N-134725>.

Sofern das MVZ also in einem begrenzten Gebiet in einem Mitgliedstaat (Gebiet einer bzw. gegebenenfalls mehrerer benachbarter Kommunen) tätig wird und das Angebot keine ausländischen Patienten anzieht und daher auch keine relevanten Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder Niederlassungen hat, was beim Angebot von medizinischen Standardleistungen auch in Grenzregionen grundsätzlich angenommen werden kann, ist auf der Basis dieser Kommissionspraxis und der bestätigenden Rechtsprechung durch den BGH sowie die Oberlandesgerichte Stuttgart und Nürnberg das Tatbestandsmerkmal der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung ausgeschlossen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass Restrisiken verbleiben, da es zu dieser Frage noch kein bestätigendes Urteil des ultimativ entscheidungsbefugten EuGH gibt und sämtliche Gerichte eine klärende Vorlage an den EuGH mit dem – wenig überzeugenden – Argument vermieden haben, dass an dieser Bewertung keine vernünftigen Zweifel bestehen könnten.¹¹⁵

e) Hilfsweise: Kompensation von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) – Wegfall der Begünstigung auf der Basis der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung

aa) Vorbemerkung

Angesichts der Möglichkeiten einer EU-beihilfenrechtskonformen Ausgestaltung muss nur hilfsweise auf die – für Krankenhäuser regelmäßig praktizierte – Option einer Kompensation von DAWI eingegangen werden. Auf diese Weise ist eine EU-beihilfenrechtskonforme Betrauung möglich, aber aufwendig.

Für die Kompensation von DAWI hat der EuGH eigene Bewertungsparameter in der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung¹¹⁶ entwickelt, bei deren Einhaltung das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung entfällt. Dazu muss es sich zunächst um DAWI handeln.¹¹⁷ In der *Altmark Trans*-Entscheidung ging es um die Frage, ob öffentliche Zuschüsse, die ein Unternehmen zur Erbringung von Verkehrsdienstleistungen erhält, dem Beihilfentatbestand des Art. 107 AEUV

¹¹⁵ OLG Stuttgart, Rs. 2 U 11/14, Urt. v. 23.3.2017, Rn. 91 (juris); kritisch allgemein zu dieser Vorgehensweise, ungeklärte Fragen, nicht durch den EuGH im Rahmen von Vorlageverfahren klären zu lassen *Kühling/Drechsler*, Alles „acte clair“? – Die Vorlage an den EuGH als Chance, NJW 2017, S. 2950 ff.

¹¹⁶ EuGH, Rs. 280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747.

¹¹⁷ Zu deren Bejahung bereits oben c).

unterfallen, obwohl sie nur diejenigen Mehrkosten ausgleichen, die gerade durch die Bedienung ansonsten unrentabler Strecken entstehen. In dem betreffenden Urteil hat der EuGH zweierlei anerkannt: Zum einen hat er den Mitgliedstaaten eingeräumt, Gemeinwohlpflichten finanziell kompensieren zu dürfen, ohne dass dadurch ein der Beihilfenkontrolle unterliegender Tatbestand geschaffen wird. Zum anderen hat er einen weiteren Mechanismus entwickelt, um das Begünstigungsmerkmal auszuschließen. Werden die vier *Altmark-Trans*-Kriterien eingehalten, entfällt die Begünstigung, damit der EU-Beihilfentatbestand und folglich auch die Notifizierungspflicht. Diese Rechtsprechung wurde in zahlreichen Entscheidungen des EuGH, des EuG und der Kommission bestätigt¹¹⁸, wobei vorliegend vor allem das EuG-Urteil im Fall BUPA¹¹⁹ relevant ist.

Darüber hinaus hat auch die Kommission mit ihrer Mitteilung „über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ vom 11. Januar 2012 (im Folgenden DAWI-Mitteilung 2012)¹²⁰ ihr Verständnis der vier *Altmark-Trans*-Kriterien näher dargelegt und zudem in einem Beschluss vom 20. Dezember 2011 „über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“ (im Folgenden DAWI-Freistellungsbeschluss 2011),¹²¹ die Voraussetzungen für die Notifizierungsfreiheit von Ausgleichszahlungen dargelegt, die den Beihilfentatbestand des Art. 107 AEUV erfüllen. Ergänzend tritt der überarbeitete EU-Rahmen für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen¹²² hinzu, der jene Fälle erfasst, die unter den Beihilfentatbestand, aber nicht unter den Freistellungsbeschluss fallen. Als Interpretationshilfe herangezogen werden kann zudem die Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen „Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf

¹¹⁸ Siehe aus jüngerer Zeit etwa EuG, T-291/14, Urt. v. 6.4.2017, *Regione autonoma della Sardegna*, E-CLI:EU:T:2017:266.

¹¹⁹ EuG, Rs. T-289/03, *BUPA*, Slg. 2008, II-81; siehe auch die Folgeurteile, insbesondere für Krankenhäuser T-137/10, Urt. v. 7.11.2012, *CBI* und zuletzt für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk Rs. T-151/11, *Telefónica*, Urt. v. 11.7.2014.

¹²⁰ ABl. 2012 C 8/4.

¹²¹ ABl. 2012 L 7/3.

¹²² ABl. 2012 C 8/15.

Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse¹²³ (im Folgenden DAWI-Leitfaden 2013).

Im Einzelnen müssen nach der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung die folgenden vier Anforderungen erfüllt sein: Erstens müssen die Gemeinwohlpflichten durch einen transparenten Betrauungsakt übertragen worden sein (dazu sogleich (bb)). Zweitens sind die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent festzulegen ((cc)). Drittens ist der Ausgleich auf die Höhe der Kostendeckung beschränkt ((dd)). Viertens muss dann, wenn die Kompensationszahlung nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge vergeben wird, als Kostenmaßstab ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen zugrunde gelegt werden ((ee)). Diese vier Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, um den EU-Beihilfentatbestand auszuschließen.

bb) Transparenz und Bestimmtheit des Betrauungsaktes

Zunächst muss der Betrauungsakt ein hinreichendes Maß an Transparenz und Rechtssicherheit gewährleisten. Unabhängig von der konkreten Rechtsform, die auch in den einzelnen Mitgliedstaaten divergieren kann, muss aus dem betreffenden Rechtsakt mit einer gewissen Publizität deutlich hervorgehen, dass einem bestimmten Unternehmen die Wahrnehmung der betreffenden Gemeinwohlaufgabe übertragen wird. Ebenso klar müssen die damit übertragenen Gemeinwohlverpflichtungen im Einzelnen in dem Betrauungsakt selbst definiert sein.¹²⁴

In der DAWI-Mitteilung 2012 führt die Kommission in Ziff. 52 im Übrigen fünf Anforderungen an, die im Betrauungsakt näher definiert und erfüllt sein müssen, aber auch problemlos erfüllt werden könnten:

1. der Gegenstand und die Dauer der Verpflichtungen zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen;
2. das Unternehmen und gegebenenfalls das betreffende Gebiet;
3. die Art etwaiger dem Unternehmen durch die betreffende Behörde gewährter ausschließlicher oder besonderer Rechte;

¹²³ SWD(2013) 53 final/2 v. 29.4.2013.

¹²⁴ EuGH, Rs. 280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rn. 89, 95.

4. die Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen und
5. die Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung einer etwaigen Überkompensation.

Die Betrauung kann bei der Gründung des MVZ als kommunales Unternehmen etwa in einer Anstaltssatzung erfolgen.

cc) Transparenz und Objektivität der Ausgleichsparameter

Im Sinne größtmöglicher Transparenz und Objektivität sind des Weiteren die Parameter, anhand derer die zu gewährenden Ausgleichszahlungen berechnet werden, im Vorhinein festzusetzen.¹²⁵ Damit soll die Nachvollziehbarkeit der betreffenden Ausgleichszahlung gewährleistet werden, um verschleierte Überkompensationen zu vermeiden.¹²⁶ Ersatzfähig sind nur die Kosten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung stehen. Etwaige Einnahmen, die im Rahmen der Leistungserbringung erzielt werden, sind abzuziehen. Auch die Bewertung der Angemessenheit des Gewinns muss vorab gewährleistet sein.

Selbst einen angemessenen Gewinn dürfte das MVZ erzielen,¹²⁷ was vorliegend aber ohnehin weniger wichtig ist. Denn letztlich dürfte kein relevanter Gewinn angestrebt und auch faktisch nicht erzielt werden.

Wenn finanzielle Ausgleichsleistungen erfolgen sollten, wird die Aufgabe darin bestehen, die spezifisch daseinsvorsorgebezogenen Leistungen zu identifizieren, die eine Kompensation rechtfertigen, da die Abrechnungssysteme im Gesundheitswesen an sich einen Kosten deckenden Betrieb ermöglichen sollten. Es müsste also dargelegt werden, inwiefern die Sicherung der Versorgung auf dem Land eine zusätzliche kommunale Finanzhilfe des MVZ erforderlich macht.

¹²⁵ Zu den Anforderungen ausführlich *Bauer*, Mitgliedstaatliche Finanzierung von Aufgaben der Daseinsvorsorge, 2008, S. 67 f.

¹²⁶ EuGH, Rs. 280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rn. 90; Kommission, DAWI-Mitteilung 2012, Ziff. 56.

¹²⁷ Kommission, DAWI-Mitteilung 2012, Ziff. 57.

dd) Nettomehrkosten-Prinzip – Vermeidung von Überkompensationen

Aus den bisherigen Ausführungen folgt, dass die dritte Anforderung des Nettomehrkosten-Prinzips vorliegend zwar prinzipiell erfüllbar ist. Dies dürfte aber nicht unerhebliche Schwierigkeiten in der Darstellung generieren. So können nur diejenigen Kosten kompensiert werden, die bei der Leistungsbereitstellung entstehen, abzüglich der Einnahmen, die dabei erzielt werden.¹²⁸ In die Berechnung der Kosten ist auch ein angemessener Gewinn des die DAWI erbringenden Unternehmens einzubeziehen.¹²⁹ Die Kontrolle der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit durch Kommission und Gericht ist hierbei auf offenkundige Tatsachen begrenzt.¹³⁰

Auch mit Blick auf das dritte *Altmark-Trans*-Kriterium gibt es hinsichtlich eines Gewinns, der ja nicht primär erzielt werden soll und auch faktisch nicht im nennenswerten oder gar marktüblichen Umfang erzielt werden dürfte, insoweit kein Problem. Ferner dürfen nach den Ausführungen unter (cc)) nur die DAWI-bezogenen Kosten abzüglich der DAWI-bezogenen Einnahmen erstattet werden. Dies entspricht der Kostenallokationsmethode, die von der Kommission anerkannt ist.¹³¹ Allerdings wäre hier wohl allenfalls bei Anwendung eines im Gesundheitswesen eher großzügigen Maßstabs, den das EuG im *BUPA*-Fall angewandt hat, eine Darstellung mit verhältnismäßigem Aufwand möglich, da wie unter (cc) angeführt, die Abrechnungssysteme im Gesundheitswesen an sich einen Kosten deckenden Betrieb ermöglichen sollten.

Das dritte Kriterium der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung ist zwar grundsätzlich erfüllbar, insbesondere bei Anwendung des großzügigen *BUPA*-Maßstabs. Es wird jedoch ein nicht unerheblicher Darstellungsaufwand generiert.

ee) Objektiver Kostenmaßstab

Die vierte Voraussetzung verlangt für die Berechnung der zulässigen Kompensation die Einhaltung eines objektiven Maßstabs, nämlich den eines durchschnittlichen, gut geführten

¹²⁸ Näher hierzu auch *Koenig*, Die neuen EG-beihilfenrechtlichen Kompensationsmaßstäbe in der Daseinsvorsorge — das *Altmark Trans*-Urteil in der Praxis. ‚Nettomehrkosten minus Monopolabschlag‘?, BB 2003, 2185 (2186 f.).

¹²⁹ EuGH, Rs. 280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747, Rn. 92, 95.

¹³⁰ EuG, Rs. T-289/03, *BUPA*, Slg. 2008, II-81, Rn. 220.

¹³¹ DAWI-Leitfaden 2013, Ziff. 123.

Unternehmens. Denn auch bei Austauschgeschäften der öffentlichen Hand mit Privaten können nicht die dem Leistung erbringenden Unternehmen tatsächlich entstandenen bzw. entstehenden Kosten, sondern nur die marktüblichen Kosten geltend gemacht werden. Allerdings stellt der EuGH nicht auf ein Idealunternehmen ab, sondern legt einen Median-Maßstab zugrunde, das heißt, maßgebend ist ein Vergleich mit einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen.

Dieser Vergleich ist vor allem im Rahmen einer Benchmarking-Analyse mit entsprechenden – etwa von Privaten betriebenen MVZ – möglich. Denkbar ist es auch, die von der Kommission bevorzugten „analytischen Quotienten für eine effiziente Geschäftsführung“ zu ermitteln. Fraglich ist allerdings, ob insoweit Vergleichszahlen verfügbar sind. Es besteht somit durchaus eine gewisse Schwierigkeit, die Erfüllung der Anforderungen des vierten *Altmark-Trans*-Kriteriums tatsächlich festzustellen. Allerdings wurde das Kriterium in der Rechtsprechung von EuGH und EuG ergänzt und tendenziell aufgeweicht. So hat der Gerichtshof die Vorgehensweise gebilligt, die Kompensationsleistungen unter „hypothetischen ‚normalen Marktbedingungen‘ anhand der verfügbaren objektiven und nachprüfbaren Faktoren zu ermitteln“.¹³² Relevant ist auch die Entscheidung des EuG im Fall *BUPA*, die ebenfalls den Gesundheitsmarkt betraf. Da in dem zugrunde liegenden Verfahren ein Vergleich zwischen dem potentiell Begünstigten und einem effizienten Wirtschaftsteilnehmer nicht möglich war, ließ es das EuG genügen, dass der vorgesehene Ausgleich nicht die Möglichkeit einer Entschädigung für Kosten einschloss, die durch fehlende Effizienz verursacht wurden.¹³³ Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass im Rahmen des vierten Kriteriums nicht nur der objektive Kostenmaßstab herangezogen werden kann, sondern es auch als ausreichend angesehen werden kann, wenn sichergestellt ist, dass eine Kompensation für Kosten der Ineffizienz nicht erfolgt. Allerdings ist auch darauf hinzuweisen, dass das EuG vor diesem Hintergrund zwar das Vorliegen einer Beihilfe verneint, im Anschluss aber dennoch – eigentlich systemwidrig – die Vereinbarkeit mit Art. 106 Abs. 2 AEUV geprüft hat.¹³⁴ Insoweit wird nicht klar, weshalb das EuG die Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 106 Abs. 2 AEUV dennoch „für notwendig“¹³⁵ erachtete. Diese Prüfung kann letztlich nur als eine Art Hilfsausführung verstanden werden, da zwar eine Beihilfe

¹³² EuGH, Rs. C-341/06 P und C-342/06 P, Urt. v. 1.7.2008, *Chronopost SA und La Poste*, Rn. 148 f.

¹³³ EuG, Rs. T-289/03, *BUPA*, Slg. 2008, II-81, Rn. 248 f.

¹³⁴ EuG, Rs. T-289/03, *BUPA*, Slg. 2008, II-81, Rn. 258.

¹³⁵ EuG, Rs. T-289/03, *BUPA*, Slg. 2008, II-81, Rn. 258.

nicht vorlag, zugleich aber das vierte Altmark-Trans-Kriterium in seiner ursprünglichen Ausgestaltung gerade nicht erfüllt war.

Was dies genau für die Prüfung in vergleichbaren Fällen bedeutet, ist unklar. Die Kommission hat sich interessanterweise in ihrer DAWI-Mitteilung 2012 zu diesem Aspekt, d.h. zu den Folgerungen aus dem BUPA-Urteil, nicht geäußert. Letztlich wird man es mit dem EuG und auf der Linie der das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung für Daseinsvorsorgeleistungen lockernden Rechtsprechung des EuGH aber wohl als genügend ansehen, wenn ein System aufgesetzt ist, das Ineffizienzen vermeidet. Vorliegend erfolgt – wie bei jeder kommunalen Wirtschaftstätigkeit – eine Kontrolle der Mittelverwendung auf die Grundsätze der „Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit“ (siehe für Eigenbetriebe und Kommunalunternehmen Art. 95 Abs. 1 S. 1 BayGO). Eine explizite umfassende Effizienzkontrolle, also ob die Kosten angemessen zum erzielten Output sind, erfolgt jedoch kaum. Gleichwohl ergibt sich das Gebot des effizienten Einsatzes der Mittel aus dem allgemeinen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bei der Tätigkeit öffentlicher Entitäten.

Die Mechanismen für eine Wirtschaftlichkeits- und Effizienzkontrolle sind damit eher grob. Sie weisen nicht die gleiche Schärfe wie eine Kontrolle durch Benchmarks nachweislich effizienter Unternehmen auf. Rechtsprechung des EuGH zu der Frage, ob dies genügt, liegt nicht vor. Die Kommissionspraxis ist nur bedingt aussagekräftig, da nicht klar wird, inwiefern substantiierte Darlegungen jenseits einer Benchmark-Analyse dahin gehend vorgetragen wurden, dass im Ergebnis nur die Kompensation für ein „durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen erfolgt“.¹³⁶ Jedoch zeigt die Entscheidung im Fall TV2/Danmark, dass die Kommission pauschale Ex-post-Kontrollen durch den Rechnungshof eher als nicht genügend ansieht.¹³⁷ Im DAWI-Leitfaden 2013 hat sie darauf hingewiesen, dass eine vollständige Erstattung der Nettokosten keine Effizianzanreize setzt.¹³⁸ Auch die Literatur versteht den Kommissionsansatz zum Teil eher streng dahingehend, dass eine Effizienzkontrolle wirksam gewährleistet werden muss.¹³⁹

¹³⁶ Vgl. KomB v. 26.1.2011, Beihilfe C 50/07, *Krankenversicherung Frankreich*, ABl. 2011 L 143/16, Ziff. 83; KomB v. 13.7.2011, Beihilfe C 3/09, *Schlachtabfallbeseitigung Portugal*, ABl. 2011 L 274/15, Ziff. 106 ff.

¹³⁷ KomB v. 20.4.2011, Beihilfe C 2/03, *TV 2/Danmark*, ABl. 2011 L 340/1, Ziff. 128 ff.

¹³⁸ KomB v. 20.4.2011, Beihilfe C 2/03, *TV 2/Danmark*, ABl. 2011 L 340/1, Ziff. 162.

¹³⁹ *Deuster/Seidenspinner*, Reform des Monti-Kroes-Pakets. Neue Regeln für die Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, IR 2012, 52 (55).

Es sprechen gute Gründe dafür, dass die allgemeine Sparsamkeitsverpflichtung und anschließende kommunale Kostenkontrolle jedenfalls im Gesundheitswesen die Gewähr dafür bieten, das vierte *Altmark-Trans*-Kriterium zu erfüllen. Allerdings verbleiben insoweit erhebliche Restzweifel, und es ist durchaus möglich, dass die Kommission eine derartige Bewertung nicht teilen wird. Daher ist hilfsweise eine notifizierungsfreie Kompensation von Daseinsvorsorgeleistungen gemäß dem DAWI-Freistellungsbeschluss 2011 zu prüfen.

f) Hilfsweise: Notifizierungsfreie Gemeinwohlpflichten-Kompensation im Sinne des DAWI-Freistellungsbeschlusses der Kommission

Angesichts der Schwierigkeiten, das vierte *Altmark-Trans*-Kriterium zu erfüllen und so bereits den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV entfallen zu lassen, stellt sich die Frage, ob nicht hilfsweise eine notifizierungsfreie Kompensation im Sinne des bereits angeführten DAWI-Freistellungsbeschlusses der Kommission vom 20. Dezember 2011 möglich ist. Sind nämlich sämtliche Voraussetzungen jenes Beschlusses erfüllt, entfällt nach dessen Art. 3 das Notifizierungserfordernis im Sinne des Art. 108 AEUV, sofern die übrigen unionsrechtlichen Vorschriften eingehalten werden.

aa) Sachlicher Anwendungsbereich, Art. 2 DAWI-Freistellungsbeschluss

Nach Art. 2 Abs. 1 lit. a des DAWI-Freistellungsbeschlusses muss die Zahlung der öffentlichen Hand grundsätzlich weniger als 15 Mio. € pro Jahr betragen, was für die in Betracht kommenden MVZ deutlich der Fall sein wird. Die Fördergrenze des Art. 2 Abs. 1 lit. a des DAWI-Freistellungsbeschlusses dürfte vorliegend jedoch keine Anwendung finden, da es sich um die „Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zur Deckung des sozialen Bedarfs im Hinblick auf Gesundheitsdienste“ im Sinne des Art. 2 Abs. 1 lit. c des DAWI-Freistellungsbeschlusses handelt, für die keine entsprechende Deckelung greift. Ferner darf nach Art. 2 Abs. 2 des Beschlusses die Dauer der Kompensationszahlung grundsätzlich maximal zehn Jahre betragen. Schließlich liegt kein Sektor mit besonderen Vorgaben bzw. kein ausgeschlossener Sektor vor. Insbesondere geht es vorliegend nicht um die Förderung von Krankenhäusern im Sinn des Art. 2 Abs. 1 lit. b des Beschlusses mit primär stationärer Behandlung, sondern von medizinischen Gesundheitszentren mit ambulanter Leistungserbringung.

Damit bewegt sich die vorliegend geplante Zuwendung im Anwendungsbereich des DAWI-Freistellungsbeschlusses 2011 gemäß Art. 2 jenes Beschlusses.

bb) Betrauung, Art. 4 DAWI-Freistellungsbeschluss

Sodann ist erforderlich, dass eine Betrauung im Sinne von Art. 4 des Beschlusses erfolgt. Die Anforderungen entsprechen hier den Anforderungen im Rahmen der Prüfung des ersten *Altmark-Trans*-Kriteriums.¹⁴⁰ Als zusätzliches Erfordernis verlangt Art. 4 Satz 2 lit. f des Beschlusses lediglich, dass im Rahmen des Betrauungsakts ein Verweis auf den DAWI-Freistellungsbeschluss 2011 erfolgt. Im Übrigen betont Art. 4 Abs. 2 S. 1 des Beschlusses, dass die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Form des Betrauungsaktes frei sind.

cc) Ausgleich und getrennte Rechnungsführung, Art. 5 DAWI-Freistellungsbeschluss

Art. 5 des Beschlusses differenziert sodann die Anforderungen an die Kompensationszahlung näher aus. Auch insoweit kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zu den (zweiten und dritten) *Altmark-Trans*-Kriterien im Rahmen der Tatbestandsanalyse verwiesen werden. So dürfen nach Art. 5 Abs. 1 bis 4 des DAWI-Freistellungsbeschlusses nur die Netto-Mehrkosten ausgeglichen werden, die im Rahmen der Erbringung der DAWI entstehen.¹⁴¹

Art. 5 Abs. 5 bis 8 des Beschlusses enthält genaue Vorgaben für die Berechnung eines angemessenen Gewinns. Da letztlich kein relevanter Gewinn erwirtschaftet werden soll, dürften sich insoweit keine Schwierigkeiten ergeben, da jedenfalls kein unangemessener Gewinn möglich ist.

Problematisch ist das Erfordernis einer getrennten Buchführung nach Art. 5 Abs. 9 des Beschlusses für solche Leistungen, die nicht dem DAWI-Bereich zuzuordnen sind. Denn es ist nicht einfach identifizierbar, welche der erbrachten Leistungen gerade eine spezifische DAWI-Leistung darstellt, die so nicht im Markt aufgrund der etablierten Abrechnungssysteme durch niedergelassene Ärzte erbracht werden würde. Daher wäre eine Umsetzung der DAWI-Anforderungen auch insoweit deutlich einfacher, wenn man davon ausgeht, dass sämtliche Leistungen, die vom MVZ erbracht werden, als DAWI zu qualifizieren sind.

¹⁴⁰ S. oben e)bb).

¹⁴¹ S. oben e)dd).

Ferner müsste nach Art. 5 Abs. 10 des Beschlusses eine Rückerstattungspflicht vorgesehen werden. So müssen nicht im Rahmen der Aufgabenerfüllung verbrauchte Mittel, die zu einer Überkompensation führen würden, zurückgezahlt werden. Dies sollte explizit im Rahmen einer etwaigen Zuwendung bzw. Mittelzuführung klargestellt werden. Das ist vorliegend jedoch nicht weiter problematisch, da etwaige überschüssige Mittel des MVZ ohnehin der Kommune zur Verfügung stehen.

dd) Kontrolle von Überkompensationen, Art. 6 DAWI-Freistellungsbeschluss

Nach Art. 6 des Beschlusses ist eine Kontrolle, insbesondere zum Ausschluss von Überkompensationen, erforderlich. Diese muss mindestens alle drei Jahre erfolgen. Ferner kann nach Abs. 2 S. 3 jenes Art. 6 im Fall einer Überkompensation des durchschnittlichen jährlichen Ausgleichs in Höhe von nicht mehr als 10 %, dieses Volumen auf den nächsten Zeitraum übertragen und von dem für diesen Zeitraum zu zahlenden Ausgleich abgezogen werden. Auch dies kann im Rahmen der Ausgestaltung einer etwaigen Zuwendung beachtet werden.

ee) Verfügbarkeit von Informationen, Art. 8 DAWI-Freistellungsbeschluss

Schließlich müssen nach Art. 8 des Beschlusses für einen Zeitraum von zehn Jahren nach Auslaufen des jeweiligen Betrauungsakts alle Informationen bereitgehalten werden, die eine Überprüfung der Einhaltung der Anforderungen des Beschlusses ermöglichen.

ff) Zwischenergebnis

Eine Förderung des MVZ einschließlich einer Verlustübernahme durch die Kommune ist auf der Basis einer DAWI-Betrauung in der Form möglich, dass die Anforderungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses der Europäischen Kommission eingehalten werden. Das verlangt jedoch eine klare Definition der vom MVZ erbrachten DAWI und der dafür notwendigen Mittel als Nettomehrkosten. Diese Darstellung ist entsprechend der DAWI-Förderung von kommunalen Krankenhäusern grundsätzlich möglich, jedoch mit einigem Aufwand verbunden.

g) Unternehmerische Betätigung

Der Vollständigkeit halber ist zu prüfen, ob es sich bei der Tätigkeit des MVZ überhaupt um eine unternehmerische Betätigung handelt oder ob nicht vielmehr eine nicht-wirtschaftliche

öffentliche Aufgabe der Gesundheitsfürsorge erfüllt wird. Als Unternehmen ist dabei nach der Rechtsprechung des EuGH „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“¹⁴² zu verstehen. Der Begriff des Unternehmens wird also nicht status-, sondern handlungsbezogen bestimmt (sog. funktionaler Unternehmensbegriff). Die Unternehmenseigenschaft eines Rechtssubjekts kann demnach nicht abstrakt, sondern muss jeweils nur im Hinblick auf die konkrete Tätigkeit bestimmt werden. Sie ist damit auch unabhängig von der innerstaatlichen Bewertung und von einer etwaigen Gewinnerzielungsabsicht.

Entscheidend ist allein, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird. Insoweit ist relevant, wie die konkrete Dienstleistung in dem jeweiligen Mitgliedstaat organisiert wird.¹⁴³ So hebt die Kommission zu Recht hervor, dass die EU-Beihilfavorschriften nur zur Anwendung gelangen, „wenn die betreffende Tätigkeit in einem Marktumfeld ausgeübt wird“.¹⁴⁴ Das ist nach bisheriger Rechtsprechung des EuGH allerdings nur in wenigen Bereichen nicht der Fall, und zwar insbesondere im Bereich der Wahrnehmung öffentlicher Befugnisse, in den nach dem Solidarprinzip organisierten Systemen der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsfürsorge sowie in Kernbereichen des Bildungswesens.¹⁴⁵ Entscheidend ist demnach die organisatorische Ausgestaltung der Leistungserbringung in dem jeweiligen Mitgliedstaat.

So hat die Kommission auf der Basis der EuGH-Rechtsprechung für die Tätigkeit von öffentlichen Krankenhäusern in nationalen Gesundheitssystemen, die auf der Basis des Solidarprinzips direkt über Sozialversicherungsbeiträge und staatliche Mittel finanziert werden und ihre Leistungen unentgeltlich nach dem Prinzip der universellen Gesundheitsversorgung erbringen, eine unternehmerische Tätigkeit ausgeschlossen.¹⁴⁶ Allerdings hat der EuGH entschieden, dass Gesundheitsdienstleistungen, die niedergelassene Ärzte gegen Entgelt auf eigenes Risiko erbringen, als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen sind.¹⁴⁷ Sofern Leistungserbringer ihre

¹⁴² St. Rechtsprechung, vgl. nur EuGH, Rs. C-41/90, *Höfner und Elser/Macrotron GmbH*, Slg. 1991, I-1979, Rn. 21.

¹⁴³ So auch die Kommission in ihrer Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Abl. 2012 C 8/4, Ziff. 12 unter Hinweis auf den EuGH, Rs. C-159/91 und C-160/91, *Poucet und Pistre*, Slg. 1993, I-637.

¹⁴⁴ Ebenda.

¹⁴⁵ Siehe wiederum die Hinweise der Kommission, ebenda, Ziff. 16 ff.

¹⁴⁶ Kommission, ebenda, Ziff. 22; EuG, Urt. v. 4.3.2003, *FENIN*, T-319/99, ECLI:EU:T:2003:50, Rn. 39; EuGH, Urt. v. 11.7.2006, *FENIN*, C-205/03 P, ECLI:EU:C:2006:453, Rn. 25 bis 28.

¹⁴⁷ EuGH, Urt. v. 12.9.2000, *Pavlov u. a.*, verbundene Rechtssachen C-180/98 bis C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, Rn. 75 und 77.

Dienstleistungen gegen ein Entgelt anbieten, das entweder direkt von den Patienten oder von deren Versicherungen gezahlt wird, geht der EuGH davon aus, dass ein unternehmerisches Handeln vorliegt, da dann ein „gewisser Wettbewerb um die Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen“ besteht.¹⁴⁸

Vor diesem Hintergrund sprechen die besseren Gründe dafür, dass die Erbringung durch ein MVZ in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft nicht ausreicht, um den unternehmerischen Charakter im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV auszuschließen, da es auf die Rechtsform an sich nicht ankommt. Auch wenn es hier gerade nicht um die Tätigkeit von niedergelassenen Ärzten als privatunternehmerisch tätigen Medizinern geht, tritt das MVZ gleichwohl gegebenenfalls in Konkurrenz zu derartig tätigen Medizinern. Zudem erfolgt die Tätigkeit jedenfalls auf einem prinzipiell für derartige Wettbewerbsverhältnisse geöffneten Markt und auch auf der Basis von Entgelten und nicht unentgeltlich.

Das Tatbestandsmerkmal einer unternehmerischen Tätigkeit liegt vor.

h) Staatlich oder aus staatlichen Mitteln

Die Beihilfe muss zudem „staatlich oder aus staatlichen Mitteln“ gewährt werden. Für die „Staatlichkeit“ macht es keinen Unterschied, ob die Mittel vom Mitgliedstaat selbst oder durch Gebietskörperschaften, die in die Mitgliedstaaten eingegliedert sind, gewährt werden¹⁴⁹. In Deutschland gilt dies insbesondere für die Kommunen¹⁵⁰.

Eine etwaige Begünstigung durch die Kommune wäre als „aus staatlichen Mitteln stammend“ zu qualifizieren. Dabei ist es auch irrelevant, in welcher Organisationsform der Betrieb des MVZ geführt wird, da auch Finanzflüsse innerhalb der Kommune an einen Eigen- oder Regiebetrieb erfasst werden.

¹⁴⁸ Siehe wiederum die Hinweise der Kommission, ebenda, Ziff. 24 f.; aus der Rechtsprechung siehe z.B. EuGH, Urt. v. 12.7.2001, *Geraets-Smits u.a.*, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404, Rn. 53 - 58.

¹⁴⁹ EuGH, Urt. v. 6.9.2006, Rs. C-88/03, *Portugal/Kommission*, Slg. 2006, I-7115, Rn. 57; siehe später etwa Schlussanträge der GA in *Trstenjak* vom 3.2.2009 im Vorabentscheidungsverfahren in der Rs. C-428/07 (High Court of Justice England & Wales), Rn. 104. Vgl. auch *Arhold*, EStAL 2008, 441 (442).

¹⁵⁰ EuGH, Urt. v. 11.9.2008, Rs. C-428/06, *UGT-Rioja*, Slg. 2008, I-6747, Rn. 46 ff.; EuGH, Rs. 248/84, *Deutschland/Kommission*, Slg. 1987, 4013, Rn. 17.

i) Zwischenergebnis

EU-beihilfenrechtliche Anforderungen gelten für jegliche Austauschverhältnisse gegenüber dritten Unternehmen im Rahmen der Gründung des MVZ (etwa bisher niedergelassenen Ärzten, deren Praxen gekauft werden), als auch im Rahmen der Gründung und anschließenden Tätigkeit des MVZ im Verhältnis der Kommune zum MVZ (verbilligte Bereitstellung von Gebäuden etc.). Das EU-Beihilfenrecht gilt auch für Kooperationen des MVZ mit Dritten, wobei hier die Notwendigkeit etwaiger Förderungen Dritter nicht ersichtlich ist, so dass dieser Aspekt vorliegend nicht näher vertieft wurde.

Die EU-beihilfenrechtlichen Ausführungen zeigen, dass die Komplexität der Schaffung einer EU-beihilfenrechtskonformen Förderung, aber auch das Ausmaß der Rechtssicherheit mit Blick auf die verschiedenen Lösungswege unterschiedlich ist.

Bei der Abdeckung eines Defizits unterhalb von 200.000 Euro in drei Jahren (gegebenenfalls auch rollierend für einen längeren Zeitraum) bestehen bei transparenten Beihilfen (insbesondere in Form eines Zuschusses) keine Probleme, da dann eine EU-beihilfenrechtskonforme De-minimis-Beihilfe ohne weitere Anforderungen (wie etwa einer Betrauung) angenommen werden kann. Es muss lediglich hinreichend transparent gewährleistet werden, dass die De-minimis-Schwelle gewahrt wird. Insoweit ist der Aufwand also gering und die Rechtssicherheit groß.

Sofern eine Finanzzuführung über 200.000 Euro, aber unter 500.000 Euro in drei Jahren (ebenfalls auch rollierend für einen längeren Zeitraum) beabsichtigt ist, kann eine DAWI-Betrauung erfolgen. Das wäre unproblematisch etwa im Rahmen einer Satzung oder in einem Zuwendungsbescheid möglich. Der Aufwand ist hier also etwas größer, die Rechtssicherheit in EU-beihilfenrechtlicher Hinsicht aber ebenfalls recht groß.

Unabhängig von entsprechenden Schwellenwerten wäre es auch darlegbar, dass keine Handelsbeeinträchtigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV besteht und damit eine EU-Beihilfenrechtskonformität gegeben ist. Dies wäre ebenfalls, wenn auch mit größeren Rechtsunsicherheiten, begründbar. Der Darlegungsaufwand wäre noch überschaubar. Es verbleiben jedoch gewisse, noch vertretbare Restrisiken. Es muss dann jedoch sichergestellt werden, dass das MVZ lokal bzw. regional begrenzt (auf das Gebiet einer Kommune bzw. gegebenenfalls benachbarter Kommunen) grundsätzlich nur Standardversorgungsleistungen erbringt, die nicht

grenzüberschreitend Patienten anziehen. Das sollte bei einem kommunalen MVZ klassischerweise der Fall sein. Sofern demnach das Angebot des MVZ keine ausländischen Patienten anzieht und auch keine relevanten Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder Niederlassungen entstehen, was beim Angebot von medizinischen Standardleistungen auch in Grenzregionen grundsätzlich angenommen werden kann, ist mit guten Gründen auf der Basis der Kommissionspraxis und der Rechtsprechung der deutschen Zivilgerichte das Tatbestandsmerkmal der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung ausgeschlossen. Es verbleiben jedoch etwas erhöhte Restrisiken.

Wesentlich größer ist der Aufwand, sofern eine Begünstigung auf der Basis der vier *Altmark-Trans*-Kriterien ausgeschlossen werden soll oder eine notifizierungsfreie Kompensation im Sinne des DAWI-Freistellungsbeschlusses angestrebt wird. So könnten zwar deutlich höhere Begünstigungsvolumina gewährt werden, allerdings steigt der Darstellungsaufwand erheblich. Werden alle Anforderungen insbesondere des DAWI-Freistellungsbeschlusses eingehalten, sind die Restrisiken vertretbar.

4. Vergaberechtliche Vorgaben

Die Gemeinde ist als Gebietskörperschaft öffentliche Auftraggeberin i. S. d. § 99 Nr. 1 GWB. Für die vergaberechtliche Bewertung ist daher zu prüfen, welche Austauschverhältnisse eingegangen werden, die aus Sicht der Kommune einen vergaberechtsrelevanten Beschaffungsakt begründen und daher gegebenenfalls ausschreibungspflichtig sind. Dabei ist zwischen der Gründungs- (dazu a)) einschließlich der Zulassungs- (dazu b)) und der Betriebsphase des MVZ¹⁵¹ zu unterscheiden.

a) Keine Ausschreibungspflicht im Rahmen der Gründungsphase bei Aufnahme von Arztpraxen

Im Rahmen der Gründungsphase wäre an einen vergaberechtsrelevanten Vorgang dann zu denken, wenn die Kommune ein MVZ als Unternehmen unter Beteiligung eines privaten Unternehmens (durch Aufnahme einer Arztpraxis) gründet und dieses anschließend aus den

¹⁵¹ Dazu unten IV.3.b.

skizzierten EU-beihilfenrechtlichen Gründen mit DAWI betraut¹⁵². So darf eine geschickt ausgestaltete mehrschrittige Vorgehensweise des Auftraggebers nicht zur Umgehung von Ausschreibungspflichten mit einem entsprechenden Beschaffungsgegenstand führen. Das gilt etwa im Fall einer Gründung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens und der Übertragung von Aufgaben.¹⁵³ Vorliegend soll jedoch ein öffentliches Unternehmen gegründet werden, an das anschließend an sich keine Aufträge vergeben werden sollen (zum Sonderproblem der etwaigen Betrauung sogleich c)). Es erfolgt insoweit also gerade keine Beschaffung. Das MVZ bleibt im Übrigen auch ausschreibungspflichtig.¹⁵⁴ Die Gefahr einer Umgehung des Vergaberechts liegt demnach gar nicht vor. Entscheidend ist jedoch, dass gerade *kein* gemischtwirtschaftliches Unternehmen gegründet werden soll, sondern ein *öffentliches*. Die Ärzte werden auch nicht Gesellschafter der MVZ, sondern deren Angestellte. Eine Beteiligung Privater an dem zu gründenden MVZ ist demnach gerade nicht möglich.

Die Gründung eines MVZ stellt keinen ausschreibungspflichtigen Vorgang dar.

b) Keine Ausschreibungspflicht im Rahmen der Zulassungsentscheidung

Nach § 69 Abs. 3 SGB V ist für die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern das Vergaberecht (§§ 97 ff. GWB) grundsätzlich maßgebend. Das Zulassungsrecht ist Bestandteil dieser Rechtsbeziehungen: Zwar erfolgt die Zulassung von MVZ nicht durch die Krankenkassen, sondern durch den Zulassungsausschuss (§ 96 SGB V). In diesem sind die Krankenkassen aber paritätisch vertreten, so dass davon auszugehen ist, dass es sich auch insoweit um „Entscheidungen der Krankenkassen“ handelt. Hinzu kommt, dass das Zulassungsrecht im 4. Kapitel des Sozialgesetzbuchs V geregelt ist und damit vom sachlichen Anwendungsbereich des § 69 Abs. 3 SGB V erfasst sein dürfte.

Konstitutives Merkmal eines öffentlichen Auftrages ist die Einräumung einer Auswahlentscheidung.¹⁵⁵ Der Zulassungsausschuss trifft jedoch – außer bei Zulassungsbeschränkungen wegen Überversorgung (§ 103 SGB V)¹⁵⁶ – keine Auswahlentscheidung, sondern lässt

¹⁵² Dazu oben 3.e. und f.

¹⁵³ Siehe insbesondere EuGH, Urt. v. 10.11.2005, Rs. C-29/04 – *Mödling*, Slg. 2005, I-9705 = NVwZ 2006, 70 = NZBau 2005, 704 und dazu *Kühling*, Ausschreibungszwänge bei der Gründung gemischt-wirtschaftlicher Gesellschaften – Das EuGH-Urteil im Fall *Mödling* und seine Folgen, ZfBR 2006, 661 ff.

¹⁵⁴ Dazu sogleich unter IV.3.b.aa.

¹⁵⁵ EuGH, Urt. v. 2.6.2016, Rs. C 410/14 Rn.37 f. – *Falk Pharma/DAK*.

¹⁵⁶ Dazu oben B. II. 1. b) bb).

Leistungserbringer bei Erfüllung der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen nach den §§ 95, 95a SGB V zu. Dessen ungeachtet erfolgt aber jedenfalls keine Beschaffung. Dies gilt letztlich vollkommen unabhängig davon, ob eine Zulassung im Rahmen eines MVZ oder anderweitig erfolgt.

Die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung ist kein öffentlicher Auftrag i. S. d. § 103 Abs. 1 GWB¹⁵⁷, weil i. d. R. schon keine Auswahlentscheidung erfolgt.

c) Keine Ausschreibungspflicht im Falle einer Betrauung

Unklar ist allerdings, inwiefern es sich im besonderen Bereich einer Beauftragung mit DAWI, die gegebenenfalls erwogen wird, um eine weiter reichende EU-beihilfenrechtskonforme Finanzzuführung zu ermöglichen¹⁵⁸, um einen vergabepflichtigen Vorgang handelt. Spezifische Rechtsprechung – insbesondere des EuGH – ist nicht ersichtlich. In der Literatur wird die Frage nicht näher ausdifferenziert, und meistens erfolgen nur Ausführungen unter der Prämisse, dass eine DAWI-Beauftragung einen öffentlichen Auftrag darstelle, ohne näher darzustellen, in welchen Fällen dies anzunehmen ist und in welchen nicht.¹⁵⁹ Teilweise wird aber auch recht pauschal das Vorliegen eines Auftrags angenommen in Fällen von Zuwendungen, die für die Erbringung von Leistungen, die im Allgemeininteresse liegen, exklusiv gewährt werden.¹⁶⁰

Der DAWI-Leitfaden 2013 der Kommission thematisiert besonders ausführlich das Verhältnis von EU-Beihilfenrecht und EU-Vergaberecht. Er beschränkt sich hinsichtlich der Frage der Ausschreibungspflichtigkeit aber auf die Feststellung, dass sich diese ausschließlich nach dem EU-Vergaberecht richte und der DAWI-Charakter eine Ausschreibungspflichtigkeit weder begründe noch ausschließe.¹⁶¹

¹⁵⁷ So im Ergebnis (unterfällt nicht der Richtlinie 2014/24/EU) auch *Plagemann/Ziegler*, Kommunale Trägerschaft von DVBl. 2016, 1432 (1441), unter Hinweis auf die Begründung des Regierungsentwurfs zur Umsetzung der Richtlinie, BT-Drs. 18/6281, S. 114; siehe auch Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24/EU: „Ebenso sollten Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne irgendeine Selektivität – berechtigt sind, wie beispielsweise bei einer Auswahl durch den Kunden- und bei Dienstleistungsgutscheinsystemen, nicht als Auftragsvergabe verstanden werden, sondern als einfache Zulassungssysteme (z. B. Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen).“

¹⁵⁸ Dazu oben unter 3.e. und f.

¹⁵⁹ *Kaelble*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts. Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Aufl. 2013, 36. Verhältnis zum EU-Beihilfenrecht, Rn. 64.

¹⁶⁰ So *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe. Systematik, Verfahren, Rechtsschutz, 5. Aufl. 2014, Rn. 86.

¹⁶¹ SWD(2013) 53 final/2 v. 29.4.2013; Ziff. 168.

Jedenfalls geht die Kommission in ihrer jüngeren Praxis davon aus, dass die bloße Subventionierung einer Leistung, auch wenn sie im öffentlichen Interesse erfolgt und die Kompensation vertraglich definiert zur Schließung einer Finanzierungslücke gezahlt wird, keinen ausschreibungspflichtigen Vorgang begründet.¹⁶² Auch die Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe¹⁶³ betont nach Art. 4 Abs. 1 S. 1, dass die Freiheit der Mitgliedstaaten bei der Festlegung von DAWI zu wahren ist.

Eine Ausschreibungspflicht entfällt jedenfalls, wenn es sich um eine In-House-Vergabe bzw. öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit im Sinne des § 108 Abs. 1 GWB handelt. Dazu ist dreierlei erforderlich: Die Kommune muss erstens das MVZ wie eine eigene Einrichtung kontrollieren. Dies ist angesichts der angestrebten Ausgestaltung als öffentliches Unternehmen der Fall. Zweitens muss die Einrichtung zu mehr als 80 % Aufgaben erfüllen, für deren Erledigung sie von der Kommune betraut wurde. Genau das wäre bei einer Betrauung gegeben, da das MVZ dann ausschließlich die Aufgaben erfüllt, zu deren Erfüllung sie von der Kommune betraut worden ist. Schließlich darf drittens kein Privater an dem beauftragten Unternehmen beteiligt sein. Genau das ist bei dem hier in öffentlicher Betriebsform zu gründenden Unternehmen der Fall.

Selbst im Falle einer Betrauung des MVZ durch die Kommune und auch unter der Prämisse, dass die Betrauung grundsätzlich einen Beschaffungsvorgang darstellt, läge eine ausschreibungsfreie In-House-Vergabe bzw. eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit im Sinne des § 108 Abs. 1 GWB vor. Die Gründung eines Privatunternehmens unter Beteiligung eines privaten Unternehmers kombiniert mit einer Betrauung des MVZ würde dagegen gegebenenfalls einen ausschreibungspflichtigen Vorgang begründen. Vorliegend ist aber ohnehin eine öffentlich-rechtliche Organisationsform indiziert.¹⁶⁴

¹⁶² Beschluss (EU) 2015/658 der Kommission vom 8. Oktober 2014 über die vom Vereinigten Königreich geplante staatliche Beihilfe SA.34947 (2013/C) (ex 2013/N) zugunsten des Kernkraftwerks Hinkley Point C (C/2014)7142 final cor, ABl.EU 2015 L 109, S. 44.

¹⁶³ ABl. EU 2014, L 94/1.

¹⁶⁴ Dazu unter III.1.

5. Kartellrechtliche Vorgaben

a) Unterscheidung zwischen Gründungs- und Betriebsphase; mögliche Kartellrechtsrisiken

In kartellrechtlicher Hinsicht geht es um die Wahrung des Dreiklangs aus einer Vereinbarkeit mit den Anforderungen der Fusionskontrolle, des Kartellverbots aus Art. 101 AEUV/§§ 1, 2 GWB und des Missbrauchsverbots aus Art. 102 AEUV/§§ 19, 20 GWB. Dabei ist wiederum zwischen den zwei Ebenen der Gründung eines MVZ und dem anschließenden Betrieb der Einrichtung zu unterscheiden.¹⁶⁵ Im Rahmen der Gründung geht es gegebenenfalls darum, bestehende Arztpraxen als existierende Unternehmen in eine kommunale Organisationsform unter Aufgabe der eigenständigen unternehmerischen Organisation seitens der Ärzte zu überführen. Trotz der Besonderheiten dieses Vorgangs steht eine organisatorische Verfestigung im Vordergrund, so dass primär die Fusionskontrolle in Betracht käme. Angesichts der insoweit bestehenden sehr hohen Schwellenwerte ist eine Fusionskontrolle selbst nach den im Vergleich zum Unionsrecht erweiterten Aufgreifkriterien des GWB offensichtlich fernliegend. Da im Rahmen der Gründung des MVZ die Selbständigkeit der gegebenenfalls aufgenommenen bisherigen Arztpraxen aufgegeben wird, ist das Kartellverbot nicht anwendbar.¹⁶⁶

b) Schranken einer Exklusivität der Beteiligung am MVZ am Maßstab des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots

Denkbar wäre daher allenfalls ein missbräuchliches Verhalten nach § 19 GWB/Art. 102 AEUV. Ein solches könnte im Rahmen der Gründungsphase bzw. an der Schnittstelle zur operativen Phase allenfalls insoweit denkbar sein, als einem teilnahmewilligen Arzt eine Beteiligung am MVZ verweigert bzw. nicht zu vergleichbaren Konditionen wie anderen Ärzten/Arztpraxen angeboten wird. Ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung kommt dabei dann in Betracht, wenn die Kommune bzw. nach Abschluss der Gründung das MVZ als Unternehmen agiert, auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt marktbeherrschend ist und diese Stellung missbräuchlich durch die Vereinbarung eines exklusiven Zugangs unter Verweigerung eines vergleichbaren Zugangs für Dritte ausnutzt.

¹⁶⁵ S. zum Letzteren unten IV. 3. b).

¹⁶⁶ So statt vieler mit Blick auf das Kartellverbot aus Art. 101 AEUV *Lettl*, Kartellrecht, 4. Aufl. 2017, S. 192; für § 1 GWB gilt dasselbe.

Der unternehmerische Charakter zumindest der Tätigkeit der Kommune im Rahmen der Aktivitäten eines MVZ wurde oben bereits dargelegt.¹⁶⁷ Damit liegt eine Adressateneigenschaft nach § 19 GWB vor. Denn nach § 185 Abs. 1 S. 1 GWB findet diese Vorschrift auch auf Unternehmen Anwendung, „die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden“. Daher wird bei einer marktrelevanten Tätigkeit der Kommunen insbesondere die Wahrung des Diskriminierungsverbots nach § 19 GWB geprüft.¹⁶⁸ Nur vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass sich ein entsprechendes Diskriminierungsverbot im Falle der Nicht-Anwendbarkeit des Kartellrechts aus dem Recht auf Zugang zu kommunalen Einrichtungen i.V.m. dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG ergibt.¹⁶⁹

Sodann müsste die Kommune bzw. das MVZ über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Dabei könnte als sachlich relevanter Markt vorliegend die MVZ-Infrastruktur angenommen werden und in räumlicher Hinsicht das Gebiet der jeweiligen Kommune, da es um den Zugang auf dem lokalen Markt geht und dieser nicht durch andere Orte substituierbar ist. Dort wäre die Kommune bzw. das MVZ dann auch ohne Wettbewerber, jedenfalls aber keinem wesentlichen Wettbewerb i.S.d. § 18 Abs. 1 GWB ausgesetzt. Eine marktbeherrschende Stellung könnte also durchaus angenommen werden.

Daher sprechen durchaus Gründe dafür, dass das Missbrauchsverbot und daher v.a. das Verbot der Diskriminierung gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB vorliegend greift. So könnte die Zugangsverweigerung für Dritte eine unzulässige Behinderung nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB darstellen. Ferner könnte die Kommune bzw. das MVZ gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB unzulässig diskriminieren und schließlich eine unzulässige Zugangsverweigerung nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB begehen.

Aus dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot folgt die – aber ohnehin aus dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG ableitbare – Verpflichtung der Kommune, auch anderen beitrittswilligen Ärzten die Teilnahme am MVZ zu ermöglichen.¹⁷⁰ Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung könnte nur die Unmöglichkeit, Unzumutbarkeit oder Unpraktikabilität

¹⁶⁷ Vgl. oben 3. g).

¹⁶⁸ Siehe etwa OLG Frankfurt, 11 W 31/15 (Kart), Urt. v. 29.9.2015, Rn. 25 ff. (juris).

¹⁶⁹ Siehe dazu *Dietlein*, Rechtsfragen des Zugangs zu kommunalen Einrichtungen, JURA 2002, S. 445 ff.; zur jüngeren Rechtsprechung siehe exemplarisch *Schoch*, Zugang zu kommunalen öffentlichen Einrichtungen, NVwZ 2016, S. 257 ff.

¹⁷⁰ Siehe dazu zuletzt exemplarisch OLG München, Urt. v. 23.3.2017, U 3702/16 Kart, Rn. 90 (juris).

der Aufnahme einer weiteren Arztpraxis sein. Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, dass die Kommune, die ein kommunales MVZ gründen möchte, ihre diesbezügliche Absicht allen Ärzten in den relevanten Planungsbereichen öffentlich bekannt gibt, verbunden mit der Aufforderung, mitzuteilen, ob die Ärzte unter den von der Kommune angestrebten Bedingungen bereit wären, ihre Praxis in das MVZ einzubringen. Diese Form der „Markterkundung“, wäre so dann die Grundlage dafür, alle beitrtrittswilligen Ärzte zu ermitteln und anschließend diskriminierungsfrei zu behandeln.

Nur vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass die Zulassungsentscheidung selbst schon deshalb keine Kartellvereinbarung darstellt, weil sie nicht den Wettbewerb beschränkt. Diese erfolgt im Übrigen auch durch den Zulassungsausschuss (§ 96 SGB V). In diesem sind die Krankenkassen paritätisch vertreten, so dass davon auszugehen ist, dass es sich insoweit um „Entscheidungen der Krankenkassen“ handelte. Der Zulassungsausschuss entscheidet aber nicht nach freiem Ermessen, sondern ist schon aufgrund der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zur Zulassung verpflichtet, wenn die sozialversicherungsrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen¹⁷¹ vorliegen.¹⁷² Schon von daher scheidet ein kartellrechtswidriges Verhalten aus. Inwieweit das Kartellrecht überhaupt auf die hier beschriebenen Prozesse Anwendung findet, kann demnach dahinstehen.

III. Die Organisation des kommunalen MVZ

1. Handlungsspielraum bei der Wahl der Organisationsform

Kommunen haben grundsätzlich die Möglichkeit, aus dem ganzen Spektrum von Betriebsformen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben die Passende zu wählen.¹⁷³ Art. 86 BayGO führt insoweit die Rechtsformen des Eigenbetriebs, des selbständigen Kommunalunternehmens des öffentlichen Rechts und die Rechtsformen des Privatrechts an. Für die Gründung gemeindlicher Unternehmen greift grundsätzlich lediglich eine Anzeigepflicht spätestens sechs Wochen vor ihrem Vollzug gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde gemäß Art. 96 Abs. 1 S. 1 BayGO. Damit

¹⁷¹ Vgl. oben 2.

¹⁷² *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), *SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung*, 5. Aufl. 2017, § 69 Rn. 48-50.

¹⁷³ *Knemeyer*, *Bayerisches Kommunalrecht*, 12. Aufl. 2007, Rn. 329.

können Gemeinden grundsätzlich auch privatrechtliche Betriebsformen wählen. Allerdings haben sich hier in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten gezeigt. Wörtlich heißt es insoweit in der Begründung zum Gesetzesentwurf zu Modifikation des § 95 SGB V:

„Die Gründung eines MVZ in der privatrechtlichen Gesellschaftsform der GmbH bereitet den Kommunen in der Praxis Schwierigkeiten, da an die nach § 95 beizubringende Bürgschaftserklärung nach Landesrecht unterschiedliche und zum Teil hohe Anforderungen gestellt werden. Auch die anderen Rechtsformen, in denen MVZ betrieben werden können (Personengesellschaften und eingetragene Genossenschaften), eignen sich nur bedingt für Kommunen. Deshalb wird Kommunen die Gründung eines MVZ nicht nur in der Rechtsform des privaten Rechts, sondern auch in der öffentlich-rechtlichen Rechtsform des Eigenbetriebs und des Regiebetriebs ermöglicht.“¹⁷⁴

Schwierigkeiten bereitet bei der Gründung in der Rechtsform einer GmbH insbesondere die Notwendigkeit einer Bürgschaftserklärung nach § 95 Abs. 2 S. 6 SGB V. Das gilt, auch wenn die Möglichkeit alternativer Sicherungsmittel geschaffen wurde, da diese mit vergleichbaren Hürden für die Kommunen verbunden sind.¹⁷⁵ Hinzu kommen steuerliche Belastungen.¹⁷⁶ Bei alternativen privatrechtlichen Handlungsformen wie der Gründung einer Genossenschaft gibt es weitere Hürden wie den Gründungs- und Folgeaufwand.¹⁷⁷

Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber im Rahmen des GKV-Versorgungsstärkungsgesetzes die Möglichkeit geschaffen, das MVZ – neben der Anstalt als selbstständige öffentlich-rechtliche Organisationform – auch in der Form eines Regiebetriebs oder eines Eigenbetriebs zu führen. Diese öffentlich-rechtlichen Handlungsoptionen sollen daher im Folgenden näher betrachtet werden.

2. Regiebetrieb

Der Regiebetrieb wird in Art. 86 BayGO nicht als eigene Rechtsform angeführt, da er nicht „außerhalb“ der „allgemeinen Verwaltung“ betrieben wird, sondern gleichsam innerhalb.¹⁷⁸ In

¹⁷⁴ BT-Drs. 18/4095, S. 106.

¹⁷⁵ So allgemein *Plagemann/Ziegler*, Kommunale Trägerschaft von MVZ, DVBl. 2016, 1432 (1433); zu Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayGO siehe etwa *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 92, S. 4 f.

¹⁷⁶ *Scheidler*, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (151).

¹⁷⁷ Dazu näher *Plagemann/Ziegler*, Kommunale Trägerschaft von MVZ, DVBl. 2016, 1432 (1433).

¹⁷⁸ *Scheidler*, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (146).

der Verwaltungspraxis hat sich diese Organisationsform inzwischen vor allem für die Bündelung technischer Mittel innerhalb der Verwaltung für den Fall bewährt, dass vor allem Leistungen gemeindeintern erbracht werden sollen.¹⁷⁹

Für die Einrichtung eines MVZ bietet sich ein Regiebetrieb vor diesem Hintergrund und wegen seiner zwangsläufigen Führung im Gemeindehaushalt daher weniger an,¹⁸⁰ auch wenn gerade im bayerischen Kommunalwirtschaftsrecht gemäß Art. 88 Abs. 6 S. 1 BayGO die Möglichkeit geschaffen wurde, die Organisation des Regiebetriebs derjenigen des Eigenbetriebs anzupassen.¹⁸¹ Daher kann insoweit auf die folgenden Ausführungen zum Eigenbetrieb verwiesen werden.

3. Eigenbetrieb

a) Sondervermögen; Betriebsatzung

Der Eigenbetrieb unterscheidet sich vom Regiebetrieb zunächst vor allem dadurch, dass er nach Art. 88 Abs. 1 BayGO als Sondervermögen außerhalb der allgemeinen Verwaltung geführt wird. Im Unterschied zum Kommunalunternehmen wird er nach jener Vorschrift jedoch ohne eigene Rechtspersönlichkeit betrieben. Dies hat zunächst die haftungsrechtliche Konsequenz, dass die Gemeinde als Trägerin des Eigenbetriebs unmittelbar für dessen Handeln und die aufgelaufenen Verbindlichkeiten haftet. Zugleich kann die Gemeinde für den Eigenbetrieb unmittelbar Kredite aufnehmen.¹⁸² Der Eigenbetrieb wird durch den Erlass einer Betriebsatzung im Wege eines Gemeinderatsbeschlusses errichtet.¹⁸³ Die näheren Angelegenheiten werden sodann in dieser Betriebsatzung gemäß Art. 88 Abs. 5 S. 2 BayGO geregelt. Insoweit ergeben sich – auch mit Blick auf den Rückgriff auf bisherige Mustersatzungen – keinerlei Besonderheiten im Vergleich zur sonstigen Errichtung eines Eigenbetriebs.¹⁸⁴

¹⁷⁹ *Scheidler*, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (146).

¹⁸⁰ So allgemein *Plagemann/Ziegler*, Kommunale Trägerschaft von MVZ, DVBl. 2016, 1432 (1435).

¹⁸¹ Siehe dazu auch den Hinweis bei *Scheidler*, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (146).

¹⁸² Diese beiden Aspekte betonen auch *Plagemann/Ziegler*, Kommunale Trägerschaft von MVZ, DVBl. 2016, 1432 (1435).

¹⁸³ *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 88, S. 3; mit Hinweis zu einer Mustersatzung.

¹⁸⁴ Das gilt beispielsweise auch für etwaige Inkompatibilitäten; vgl. dazu mit Blick auf die Frage, ob ein potenzieller ärztlicher Leiter an einer Abstimmung über die Errichtung eines MVZ in den kommunalen Entscheidungsgremien mitstimmen darf *Plagemann/Ziegler*, Kommunale Trägerschaft von MVZ, DVBl. 2016, 1432 (1437).

b) Werkleitung und Werkausschuss; Haftung

Nach Art. 88 Abs. 2 BayGO bestellt der Gemeinderat für den Eigenbetrieb eine Werkleitung und einen Werkausschuss. Die Werkleitung ist nach Art. 88 Abs. 3 S. 1 BayGO dafür zuständig, die laufenden Geschäfte in Unabhängigkeit von der Gemeinde zu führen, während der Werkausschuss als beschließender Ausschuss im Sinne der Art. 32 und 55 BayGO über die übrigen Angelegenheiten des Betriebs beschließt, Art. 88 Abs. 4 S. 1 BayGO. Allerdings kann sich der Gemeinderat nach jener Vorschrift vorbehalten, allgemeine oder in Einzelfällen selbst entsprechende Beschlüsse zu fassen.

Maßgebend ist allerdings § 95 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB V, wonach es sich bei den MVZ um „ärztlich geleitete Einrichtungen“ handelt. Daher dürfte es naheliegend, wenn auch nicht rechtlich zwingend¹⁸⁵ sein, den ärztlichen Leiter in die Werkleitung zu berufen. Die Werkleitung kann aus mehreren Personen bestehen.¹⁸⁶ Daher kann die Leitung aus einem ärztlichen und einem kaufmännischen Leiter bestehen.¹⁸⁷ Dann müssen die jeweiligen Kompetenzbereiche im Rahmen der Betriebssatzung geregelt werden und es ist dafür Sorge zu tragen, dass der kaufmännische Leiter nicht die genuin ärztlichen Entscheidungen beeinflusst. Details können gegebenenfalls auch im Rahmen einer betriebsinternen Geschäftsverteilung geregelt werden.¹⁸⁸

Eine Besonderheit greift vor diesem Hintergrund mit Blick auf die allgemeine Vorgabe in Art. 43 BayGO, dass Dienstvorgesetzter der Gemeindebeamten der erste Bürgermeister ist. Denn nach Art. 88 Abs. 3 S. 3 BayGO kommt dieses Recht im Eigenbetrieb der Werkleitung zu, und zwar sowohl gegenüber den Beamten als auch gegenüber den weiteren im Eigenbetrieb tätigen Arbeitnehmern. Damit ist aber noch nicht die Frage geklärt, inwiefern die Werkleitung selbst der Dienstaufsicht des ersten Bürgermeisters unterstehen darf, was grundsätzlich bei Eigenbetrieben der Fall ist.¹⁸⁹ Allerdings wird allgemein davon ausgegangen, dass dies nicht für die Wahrnehmung der laufenden Geschäfte gilt, sofern der Werkleiter nicht allgemeine Pflichten aus dem Beamten- bzw. Angestelltenverhältnis verletzt.¹⁹⁰ Auf diese Weise ist die notwendige Weisungsfreiheit des ärztlichen Leiters in medizinischen Fragen gem. § 95 Abs. 1

¹⁸⁵ *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2014, § 17 Rn. 53.

¹⁸⁶ Dazu *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 88, S. 6.

¹⁸⁷ Ebenso *Plagemann/Ziegler*, Kommunale Trägerschaft von MVZ, DVBl. 2016, 1432 (1436).

¹⁸⁸ Dazu *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 88, S. 6.

¹⁸⁹ *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 88, S. 6a f.

¹⁹⁰ *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 88, S. 7.

S. 3 Hs. 2 SGB V zu gewährleisten. In der Konsequenz können Fragen der medizinischen Leitung auch nicht als Grundsatzfragen der ärztlichen Leitung entzogen und dem Werkausschuss (bzw. dem Gemeinderat) überantwortet werden. Weitere Details der Tätigkeit des Eigenbetriebs ergeben sich im Übrigen aus der Eigenbetriebsverordnung.¹⁹¹

Hinsichtlich der Haftung des Werkleiters ist danach zu unterscheiden, ob dieser Beamter ist oder Angestellter. Im ersten Fall greift die Haftung aus beamtenrechtlichen Grundsätzen, im zweiten Fall aus den dienst- und tarifvertraglichen Regelungen. Auch insoweit greifen grundsätzlich keine Besonderheiten, so dass entsprechende Versicherungsrisiken abzudecken sind, etwa das Rückgriffsrisiko seitens des Dienstherrn im Rahmen einer Diensthaftpflichtversicherung.¹⁹² Angesichts der Haftungsrisiken für die Kommune sind unabhängig davon entsprechende Berufshaftpflichtversicherungen bei der Gründung des MVZ von großer Bedeutung.¹⁹³

4. Selbständiges Kommunalunternehmen

Die in Bayern im Jahr 1995 neu eingeführte Option eines selbständigen Kommunalunternehmens des öffentlichen Rechts nach Art. 86 Nr. 2 BayGO hat sich in der Vergangenheit sehr gut etabliert, da sie im Vergleich zum Eigenbetrieb (und erst Recht zum Regiebetrieb) die Vorteile einer größeren Selbständigkeit und einer privaten Unternehmen vergleichbaren erhöhten Flexibilität in Bezug vor allem auf das Wirtschafts-, Dienst- und Arbeitsrecht kombiniert mit den Vorteilen der öffentlich-rechtlichen Organisationsform, namentlich der stärkeren kommunalen Kontroll- und Steuerungsfähigkeit.¹⁹⁴ Daher verwundert es nicht, dass sich diese Betriebsform auch im Gesundheitssektor etabliert hat.¹⁹⁵ Eine Beteiligung privater Dritter am Kommunalunternehmen ist ausgeschlossen.¹⁹⁶

¹⁹¹ Eigenbetriebsverordnung (EBV) vom 29. Mai 1987 (GVBl. S. 195, BayRS 2023-7-I), die zuletzt durch § 1 Nr. 54 der Verordnung vom 22. Juli 2014 (GVBl. S. 286) geändert worden ist.

¹⁹² Siehe den Hinweis bei *Plagemann/Ziegler*, Kommunale Trägerschaft von MVZ, DVBl. 2016, 1432 (1437).

¹⁹³ *Plagemann/Ziegler*, Kommunale Trägerschaft von MVZ, DVBl. 2016, 1432 (1442).

¹⁹⁴ So auch *Scheidler*, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (151).

¹⁹⁵ So wiederum *Scheidler*, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (151).

¹⁹⁶ *Plagemann/Ziegler*, Kommunale Trägerschaft von MVZ, DVBl. 2016, 1432 (1438).

a) Eigene Rechtspersönlichkeit; Satzung; Anstaltslast und Gewährträgerhaftung

Im Unterschied zum Eigenbetrieb wird das Kommunalunternehmen nach Art. 89 Abs. 1 S. 1 BayGO mit eigener Rechtspersönlichkeit betrieben und zwar in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts. Dies hätte an sich die haftungsrechtliche Konsequenz, dass die Gemeinde nicht unmittelbar für das Handeln des Kommunalunternehmens und die aufgelaufenen Verbindlichkeiten haftet. Art. 89 Abs. 4 BayGO normiert aber genau eine solche unbeschränkte (subsidiäre) Haftung im Außenverhältnis in Form der Gewährträgerschaft, sofern die Verbindlichkeiten nicht aus dem Vermögen des Kommunalunternehmens befriedigt werden kann.¹⁹⁷ Daher gilt zu den entsprechenden Versicherungserfordernissen das soeben zum Eigenbetrieb Gesagte.¹⁹⁸ Hinzu tritt im Innenverhältnis die Anstaltslast verstanden als die Verpflichtung, die wirtschaftliche Existenz des Kommunalunternehmens zu gewährleisten. Diese ist in Bayern in § 9 der Kommunalunternehmensverordnung (KUV) geregelt.¹⁹⁹ Damit besteht haftungsrechtlich eine dem Eigenbetrieb vergleichbare Situation.

Als eigene Rechtspersönlichkeit kann das Kommunalunternehmen auch Kredite aufnehmen. Die Gründung eines Kommunalunternehmens erfolgt durch den Erlass einer entsprechenden Satzung gemäß Art. 89 Abs. 3 BayGO.²⁰⁰ In der Satzung werden sodann auch die näheren Angelegenheiten geregelt. Ergänzend treten die Bestimmungen der Bayerischen Kommunalunternehmensverordnung (KUV) hinzu. Insoweit ergeben sich allerdings auch hier keinerlei Besonderheiten im Vergleich zur sonstigen Errichtung eines Kommunalunternehmens.²⁰¹ Kommunen, die bislang noch kein Kommunalunternehmen errichtet haben, betreten damit Neuland. Gerade für kleinere Kommunen wird die Gründung eines MVZ Anlass sein, sich erstmals mit der Errichtung und dem Betrieb eines Kommunalunternehmens vertraut zu machen. Neben den hier aufgezeigten Hinweisen zur Satzung betrifft das vor allem die weiteren

¹⁹⁷ Zu den EU-beihilfenrechtlichen Probleme dieser Regelung *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 89, S. 14.

¹⁹⁸ Vgl. oben 2. b).

¹⁹⁹ Dazu *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 89, S. 13.

²⁰⁰ *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 89, S. 5.

²⁰¹ Dazu allgemein *Scheidler*, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (146 ff.).

Überlegungen zum Vorstand und zum Verwaltungsrat. Im Übrigen ist auf allgemeine Hinweise zur Gründung eines Kommunalunternehmens zu verweisen.²⁰²

b) Vorstand und Verwaltungsrat

Werkleitung und Werkausschuss im Eigenbetrieb entsprechen Vorstand und Verwaltungsrat im Kommunalunternehmen. Der Vorstand leitet das Kommunalunternehmen nach Art. 90 Abs. 1 S. 1 BayGO „in eigener Verantwortung“. Diese reicht weiter als die Befugnisse der Werkleitung, da damit auch Fragen von grundsätzlicher Bedeutung erfasst werden.²⁰³ So soll dem Kommunalunternehmen eine größere Handlungsflexibilität verschafft werden. Diese kann allerdings im Rahmen einer Unternehmenssatzung zugunsten der Steuerung durch den Verwaltungsrat als zweitem Hauptorgan des Kommunalunternehmens wieder relativiert werden. In jedem Fall gilt jedoch das zum Eigenbetrieb Gesagte:²⁰⁴ Auch wenn es rechtlich nicht zwingend sein dürfte, liegt es doch nahe, einen Arzt als Vorstand zu bestellen, dem sodann auch im Rahmen etwaiger abweichender Regelungen in der Satzung die notwendige Weisungsfreiheit in medizinischen Fragen gemäß § 95 Abs. 1 S. 3 Hs. 2 SGB V zugebilligt werden muss. Da nach Art. 89 Abs. 3 S. 2 BayGO die Satzung u.a. die Anzahl der Mitglieder des Vorstands (und des Verwaltungsrates) zu bestimmen hat, sind auch hier mehrere Mitglieder möglich. Daher ist hier gleichermaßen die Bestellung eines Vorstands bestehend aus einem ärztlichen und einem kaufmännischen Leiter möglich. Entsprechende Kompetenzregelungen und -abgrenzungen (einschließlich der Regelung der Vertretung nach außen) sind sodann in der Satzung vorzunehmen. Die Haftung des Vorstands sollte ebenfalls in der Satzung – oder im Dienstvertrag – geregelt werden.²⁰⁵

Der Verwaltungsrat bestellt den Vorstand für die Dauer von fünf Jahren und überwacht dessen Tätigkeit, Art. 90 Abs. 2 BayGO. Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden vom Gemeinderat für die Dauer von sechs Jahren bestellt. Näheres regelt Art. 90 Abs. 3 BayGO.

²⁰² Hellermann, in: Hoppe/ Uechtritz/ Reck, Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 7 Rn. 68 ff; Schraml, in: Wurzel/ Schraml/ Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, D Rn. 143 ff.

²⁰³ Scheidler, Unternehmensbetätigung der Gemeinden in Form der selbständigen Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts, BayVBl. 2016, 145 (149); Schulz, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 90, S. 4, verweist auf die Grenzen der Aushöhlbarkeit dieser Kompetenzen.

²⁰⁴ Vgl. oben 2. b).

²⁰⁵ Schulz, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beck-online-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 90, S. 4.

Kommunale MVZ können grundsätzlich in allen in § 95 Abs. 1a S. 1 SGB V genannten Organisationsformen betrieben werden. Im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Bürgschaftserklärung für privatrechtlich betriebene MVZ (§ 95 Abs. 2 S. 6 SGB V) sind öffentlich-rechtliche Organisationsformen zu bevorzugen, und zwar entweder ein Eigenbetrieb oder ein selbständiges Kommunalunternehmen.

IV. Das kommunale MVZ als Teilnehmer an der vertragsärztlichen Versorgung

Für kommunale MVZ gelten auch in der Betriebsphase einige Besonderheiten, die abschließend zu skizzieren sind.

1. Konsequenzen für den Sicherstellungs- und den Gewährleistungsauftrag, § 75 Abs. 1 SGB V

Gemäß § 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 SGB V obliegt den Kassenärztlichen Vereinigungen der sog. Sicherstellungsauftrag gegenüber den Krankenkassen; dieser bezieht sich auf die haus- und fachärztliche Versorgung i. S. v. § 73 Abs. 2 SGB V und umfasst nach § 75 Abs. 1b SGB V auch den Notdienst. Notwendige Grundlage dieses Sicherstellungsauftrages ist die Zwangsmitgliedschaft aller zugelassenen Vertragsärzte und Medizinischen Versorgungszentren in den Kassenärztlichen Vereinigungen (§ 95 Abs. 3 S. 1 und 2 SGB V). Der Sicherstellungsauftrag wird ergänzt durch den Gewährleistungsauftrag nach § 75 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 SGB V: Danach haben die Kassenärztlichen Vereinigungen auch die Gewähr dafür zu übernehmen, dass die vertragsärztliche Versorgung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht.

Der Sicherstellungs- und der Gewährleistungsauftrag werden durch die Möglichkeit, dass auch Kommunen MVZ errichten können, zwar nicht eingeschränkt. Problematisch ist aber, dass insbesondere der Gewährleistungsauftrag mit hoheitlichen Aufsichts- und Sanktionsbefugnissen der Kassenärztlichen Vereinigungen verbunden ist: Sie haben gemäß § 75 Abs. 2 S. 2 SGB V die Erfüllung der den Vertragsärzten obliegenden Pflichten zu überwachen und die Vertragsärzte, soweit notwendig, unter Anwendung der in § 81 Abs. 5 SGB V (Verwarnungen, Verweise, Geldbußen, Ruhen der Zulassung) vorgesehenen Maßnahmen zur Erfüllung dieser Pflichten anzuhalten. Es fragt sich, ob die Kassenärztlichen Vereinigungen diese hoheitlichen Befugnisse auch im Verhältnis zu einem von einer Gemeinde getragenen MVZ geltend machen können. Zwar besteht kein Zweifel daran, dass auch kommunale MVZ in einem materiellen Sinne umfassend an die gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben für die vertragsärztliche Tätigkeit gebunden sind. In formeller Hinsicht stellt sich aber die Frage der öffentlich-rechtlichen Zuständigkeit der Kassenärztlichen Vereinigungen. Grundsätzlich nehmen nämlich Hoheitsträger ihre Aufgaben selbständig und eigenverantwortlich nach Maßgabe der durch die Verfassung und das einfache Gesetzesrecht vorgenommenen Zuständigkeitsverteilung wahr. Jeder Hoheitsträger muss danach in seinem Zuständigkeitsbereich selbst dafür sorgen, dass die

Aufgabenerfüllung in Übereinstimmung mit dem geltenden Recht erfolgt (Art. 20 Abs. 3 GG). Das Problem stellt sich vor allem im Polizei- und Sicherheitsrecht und wird/wurde dort traditionell unter dem Topos der eingeschränkten formellen Polizeipflicht von Hoheitsträgern diskutiert, die nur subsidiär für den Fall greift, dass der zuständige Hoheitsträger nicht selbst zur Gefahrenabwehr in der Lage ist.²⁰⁶

Allerdings wurde die Doktrin von der nur eingeschränkten Zuständigkeit von Fachbehörden gegenüber anderen Hoheitsträgern in den letzten Jahren zunehmend aufgeweicht. Dazu beigetragen hat namentlich eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 2002, die einer Immissionsschutzbehörde die Befugnis zugesprochen hat, Lärmschutzanordnungen gegenüber einer kommunalen Betreiberin eines Schwimmbades zu treffen.²⁰⁷ Es begründet dies damit, dass die Eingriffsermächtigungsgrundlage des § 24 S. 1 BImSchG nicht nach der Rechtsform, in der die Anlagen betrieben werden, unterscheidet, und wendet sich ausdrücklich gegen die Auffassung der Vorinstanz, die „die Regelungsbefugnis der zuständigen Behörde aufgrund eines vermeintlich dem Gesetz vorausliegenden Grundsatzes, nämlich des Verbots behördlicher Eingriffe in den Aufgabenbereich selbständiger Verwaltungsträger“²⁰⁸ verneint hatte. Im Schrifttum ist die Verabschiedung des Grundsatzes fehlender formeller Polizeipflicht von Hoheitsträgern überwiegend begrüßt worden. Es wird darauf hingewiesen, dass dieser Grundsatz aus vorkonstitutioneller Zeit stamme, als noch nicht vorstellbar war, dass Behörden nicht nur Inhaber, sondern auch Adressaten von Hoheitsgewalt sein können. Er passt auch nicht mehr zur Vielfalt von Verwaltung und Verwaltungsaufgaben. Je mehr nämlich die Verwaltung insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge planend und ausführend tätig wird, desto häufiger kann sie – wie der vom Bundesverwaltungsgericht entschiedene Schwimmbad-Fall zeigt – auch selbst Gefahren und Störungen der öffentlichen Sicherheit hervorrufen.²⁰⁹

²⁰⁶ Dazu *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 5 Rn. 38.

²⁰⁷ BVerwG, Urt. v. 25. 7. 2002 – 7 C 24/01.

²⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 25. 7. 2002 – 7 C 24/01, Rn. 7 (juris).

²⁰⁹ *Borowski*, Die materielle und formelle Polizeipflicht von Hoheitsträgern, *VerwArch* 2010, 58 (77 ff.); *Britz*, Abschied vom Grundsatz fehlender Polizeipflicht von Hoheitsträgern, *DÖV* 2002, 891 (893 ff.); *Scheidler*, Gemeinden als Adressaten immissionsschutzrechtlicher Anordnungen, *LKV* 2008, 300 (302 f.); *Schoch*, Polizeipflicht von Hoheitsträgern, *Jura* 2005, 324 (325 ff.). Kritisch zur Entscheidung des BVerwG aber *Glöckner*, Anordnungsbefugnis der Immissionsschutzbehörden gegenüber kommunalen Anlagenbetreibern nach § 24 BImSchG, *NVwZ* 2003, 1207 (1208 ff.).

Soweit daher Fachgesetze materielle Pflichten auch für Hoheitsträger statuieren, sind die Behörden, die diese Fachgesetze i. S. d. Art. 83 ff. GG ausführen, auch dafür zuständig, Verwaltungsakte gegenüber diesen Hoheitsträgern zu erlassen. Das gilt auch für die sozialrechtlichen Zuständigkeiten und Sanktionsbefugnisse der Kassenärztlichen Vereinigungen. Diese gelten uneingeschränkt für alle in § 95 Abs. 1 und 1a SGB V genannten vertragsärztlichen Leistungserbringer und damit auch für von Kommunen getragene MVZ. Gerade hier zeigt sich im Übrigen die konzeptionelle Schwäche des Zuständigkeitsarguments. Wenn eine Gemeinde sich nicht klassisch hoheitlich, sondern im Sinne von Art. 86 BayGO wirtschaftlich betätigt, so führt sie keine Gesetze aus, sondern handelt wie ein Privater. Sie bedarf daher auch nicht des Schutzes einer öffentlich-rechtlichen Zuständigkeitsordnung, sondern ist wie alle anderen Marktteilnehmer in formeller wie in materieller Hinsicht an die Gesetze gebunden.²¹⁰ Daraus folgt, dass die Kassenärztlichen Vereinigungen in Erfüllung ihres Gewährleistungsauftrages die aus § 81 Abs. 5 SGB V folgenden Befugnisse auch gegenüber kommunalen MVZ haben. Auch insofern können sie also umfassend prüfen, ob das MVZ in Übereinstimmung mit den geltenden gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben betrieben wird und können Sanktionen bis zum vorübergehenden Ruhen der Zulassung aussprechen. Entsprechende Befugnisse haben dementsprechend auch der Zulassungsausschuss (§ 96 SGB V) und der Berufungsausschuss (§ 97 SGB V), die namentlich auch für die Entziehung der Zulassung unter den in § 95 Abs. 6 SGB V genannten Voraussetzungen zuständig sind. Es kann damit festgehalten werden, dass durch die Zulässigkeit kommunaler MVZ die sozialrechtliche Zuständigkeitsordnung der (Gemeinsamen) Selbstverwaltung im Vertragsarztrecht nicht tangiert wird. Für kommunale MVZ gilt nicht nur in materieller, sondern auch in formeller Hinsicht umfassend das allgemeine Vertragsarztrecht.

Problematisch ist allein die Vollstreckung. Nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen des Bundes und der Länder sind nämlich gegen Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts Zwangsmittel unzulässig, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist (vgl. etwa § 17 BVwVG). Eine Vollstreckung gegenüber kommunalen MVZ scheidet damit aus, weil sie regelmäßig in öffentlich-rechtlichen Rechtsformen betrieben werden dürften.²¹¹ Sollte das

²¹⁰ So ansatzweise auch *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl. 2016, Rn. 236 f., der die formelle Polizeipflicht bei verwaltungsprivatrechtlichem Handeln aber nur bejahen möchte, wenn dies in privatrechtlicher Form geschieht. Das überzeugt nicht, weil auch die materiell-rechtlichen Bindungen nicht rechtsformabhängig sind.

²¹¹ Vgl. dazu oben III.

Problem überhaupt praktisch werden, kommt hier dann nur ein Ersuchen auf Amtshilfe durch die Kassenärztliche Vereinigung an die Gemeinde in Betracht (§§ 3 und 4 SGB X bzw. Art. 4 und 5 BayVwVfG). In der Praxis wird ohnehin gegen Sanktionen der Kassenärztlichen Vereinigungen zunächst der Sozialrechtsweg beschritten.²¹² Ein rechtskräftiges Urteil erzeugt dann einen Titel i. S. v. § 131 SGG, der durch die Festsetzung von Zwangsgeldern gemäß § 201 Abs. 1 SGG auch gegenüber Behörden durchgesetzt werden kann.

Der Sicherstellungs- und Gewährleistungsauftrag der Kassenärztlichen Vereinigungen (§ 75 Abs. 1 SGB V) greift vollumfänglich auch gegenüber einem kommunalen MVZ. Das gilt auch für die hoheitlichen Sanktionsbefugnisse; lediglich das Verwaltungsvollstreckungsrecht ist nicht anwendbar.

2. Abrechnung gegenüber den Kassenärztlichen Vereinigungen

Das kommunale MVZ ist Leistungserbringer i. S. v. § 95 Abs. 1 SGB V und rechnet daher die erbrachten Leistungen selbst mit den zuständigen Kostenträgern ab; eine eigenständige Abrechnungsbefugnis der Ärzte – seien sie selbst Vertragsärzte oder angestellte Ärzte – besteht daneben nicht, weil die Abrechnungsbefugnis unmittelbar aus der Zulassung folgt (§ 95 Abs. 3 S. 2 SGB V).²¹³ Maßgebend sind bei einem kommunalen MVZ, das allein von Hausärzten getragen wird, im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung die Vergütungsregelungen für den hausärztlichen Bereich, also namentlich § 87 Abs. 2b SGB V (Abbildung der hausärztlichen Leistungen in Versichertenpauschalen).

²¹² Vgl. zum Rechtsschutz *Scholz*, in: Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung, 5. Aufl. 2017, § 81 Rn. 6.

²¹³ Vgl. dazu nochmals oben II. 1. a) cc).

3. Maßgeblichkeit des öffentlichen Wirtschaftsrechts

Für den Betrieb eines kommunalen MVZ sind über die speziellen sozialrechtlichen Bindungen hinaus auch die allgemeinen, für das unternehmerische Handeln von Kommunen geltenden Vorgaben des öffentlichen Wirtschaftsrechts zu beachten:

a) Beihilfenrechtliche Vorgaben

Das Beihilfenrecht bleibt nach der Gründung des MVZ als kommunales Unternehmen auch für den Betrieb maßgebend. Für sämtliche Austauschverhältnisse zwischen Kommune und MVZ (und auch zwischen MVZ und Dritten) gelten damit die oben entwickelten Gestaltungsvorgaben.²¹⁴

b) Bindung an das Vergaberecht

aa) Das MVZ als Adressat des Vergaberechts

Bei Beschaffungen durch das MVZ ist das GWB-Vergaberecht maßgebend. Das gilt unabhängig von der Entscheidung über die Organisation des MVZ.

Der Regiebetrieb ist unselbständiger Bestandteil der Kommune und fällt daher unter die Kategorie der Gebietskörperschaften nach § 99 Nr. 1 Alt. 1 GWB. Der Eigenbetrieb wird hingegen nach Art. 88 Abs. 1 BayGO als Sondervermögen der Kommune geführt und fällt daher unter die Kategorie der Sondervermögen der Gebietskörperschaften nach § 99 Nr. 1 Alt. 2 GWB.²¹⁵ Sofern das MVZ als selbständiges Kommunalunternehmen des öffentlichen Rechts nach Art. 89 BayGO geführt wird, ist es gemäß § 99 Nr. 2 GWB Adressatin des Vergaberechts.²¹⁶ Dazu ist erforderlich, dass es sich um eine selbständige juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt. Das ist beim Kommunalunternehmen als selbständiger Anstalt des öffentlichen Rechts nach Art. 89 Abs. 1 S. 1 BayGO der Fall. Sodann muss die Einrichtung „zu dem besonderen Zweck gegründet werden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen“. Auch das wäre zu bejahen, da das MVZ gerade zu dem öffentlichen Zweck

²¹⁴ Dazu näher II. 3.

²¹⁵ So im Ergebnis ebenso im vorliegenden Kontext *Plagemann/Ziegler*, Kommunale Trägerschaft und MVZ, DVBl. 2016, 1432 (1440).

²¹⁶ Ebenso wiederum im vorliegenden Kontext im Ergebnis *Plagemann/Ziegler*, Kommunale Trägerschaft und MVZ, DVBl. 2016, 1432 (1440).

errichtet werden soll, die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung vor Ort zu gewährleisten. Dabei geht es auch nicht um gewerbliche Ziele. Sodann wäre schließlich nach § 99 Nr. 2 GWB noch erforderlich, dass das MVZ überwiegend von der Kommune entweder finanziert (lit. a), ihre Leitung durch diese beaufsichtigt (lit. b) oder „mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch“ die Kommune „bestimmt worden sind“ (lit. c). Aufsichtsorgan im Kommunalunternehmen ist nach Art. 90 Abs. 1 S. 1 BayGO der Verwaltungsrat. Dessen Mitglieder werden nach Art. 90 Abs. 3 S. 3 BayGO vom Gemeinderat (für sechs Jahre) bestellt. Damit liegt jedenfalls die letzte der drei Varianten (§ 99 Nr. 2 Hs. 1 lit. c GWB) vor, so dass sämtliche Voraussetzungen für eine Adressateneigenschaft des MVZ nach § 99 Nr. 2 GWB erfüllt sind.

bb) Folgen für die Beschaffungstätigkeit des MVZ

Im laufenden Betrieb unterliegt das MVZ ebenso wie die Kommune selbst dem Vergaberecht. Daher ist für sämtliche Austauschverhältnisse, die das MVZ einzugehen beabsichtigt, zu prüfen, ob diese einen vergaberechtsrelevanten Beschaffungsvorgang darstellen²¹⁷ und nicht eine Ausnahme greift, wie etwa nach § 107 Abs. 1 Nr. 1 GWB „für den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen sowie Rechten daran“ oder nach § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB für den Abschluss von Arbeitsverträgen mit Ärzten.²¹⁸ Ausschreibungspflichtig sind danach jedoch auch Konzessionen,²¹⁹ obgleich insoweit gemäß den §§ 148 ff. GWB Besonderheiten – etwa hinsichtlich der Verfahren – greifen. Konzessionen könnten gegebenenfalls vorliegen, wenn das MVZ mit externen Partnern kooperiert und diese ein eigenes Betriebsrisiko übernehmen. Damit ist die Frage, ob eine Zusammenarbeit mit einem externen Anbieter aufgrund der Übernahme von Betriebsrisiken durch diesen als Beschaffung in Form einer Konzession (und nicht als Dienstleistungsauftrag) zu qualifizieren ist, nicht für das „Ob“ einer Ausschreibung relevant, sondern für die Identifikation des einschlägigen Schwellenwertes. Denn des Weiteren müssen auch die Schwellenwerte nach § 106 Abs. 2 GWB überschritten werden, um eine Ausschreibungspflicht

²¹⁷ Siehe dazu oben II. 4.

²¹⁸ Ergänzend greifen für eng definierte soziale Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der Richtlinie 2014/24/EU auch im Gesundheitsbereich Verfahrenserleichterungen nach § 130 Abs. 1 GWB. Das gilt im vorliegenden Zusammenhang insbesondere für die Überlassung von medizinischem Personal.

²¹⁹ Siehe Hinweise zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession im Gesundheitsbereich *Plagemann/Ziegler*, DVBl. 2016, S. 1432 (1441).

gemäß den EU- und GWB-Vergaberegeln zu begründen. Seit dem 1. Januar 2018 gelten für die Kommunen als EU-Schwellenwerte für Bauaufträge und Konzession 5.548.000 € netto, während Liefer- und Dienstleistungsaufträge ab einem Schwellenwert von 221.000 € netto nach den EU- und GWB-Vergaberegeln auszuschreiben sind.

Andernfalls zwingt auch eine Unterschwellenvergabe zur Durchführung eines Wettbewerbs und schließt jedenfalls die exklusive Vergabe an einen Anbieter grundsätzlich aus.²²⁰ Es sind dabei die weiteren haushaltsrechtlichen Vorgaben zu beachten. So sieht etwa § 9 der Eigenbetriebsverordnung i.V.m. § 30 KommHV-Doppik für die Tätigkeit von Eigenbetrieben in Bayern grundsätzlich eine öffentliche Ausschreibung bei der Auftragsvergabe vor. Zudem greifen dann die Anforderungen des EU-Primärvergaberechts, d.h. v.a. ein Diskriminierungsverbot bei der Beschaffungstätigkeit, sofern diese Binnenmarktrelevanz hat. Auch insoweit gelten jedoch keine Besonderheiten gegenüber der sonstigen Beschaffung seitens der Kommune. Daher kann auf eine weitere Darlegung an dieser Stelle verzichtet werden. Dasselbe gilt für Austauschverhältnisse, die in öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit gemäß den Vorgaben des § 108 GWB erbracht werden (sogenannte In-House-Vergabe). Vorliegend relevant wäre das allerdings vor allem für etwaige Betrauungen des MVZ durch die Kommune selbst und im Übrigen nur im Falle der Zusammenarbeit mit einem anderen von der Kommune beherrschten Unternehmen, an dem kein Privater beteiligt ist. Ein denkbarer Fall wäre hier eine Kooperation mit einem Krankenhaus in der Trägerschaft derselben Kommune.²²¹ Hier könnten wechselseitige Beauftragungen grundsätzlich im Wege einer In-House-Vergabe erfolgen.

c) Kartellrechtliche Vorgaben

Das Kartellrecht ist auf den Betrieb, anders als auf die Errichtung des MVZ umfassend anwendbar, weil der partielle Ausschluss in § 69 Abs. 2 S. 2 und 3 SGB V²²² nur die sozialrechtlichen Rechtsbeziehungen der vertragsärztlichen Leistungserbringer zu den Krankenkassen erfasst.

²²⁰ Siehe dazu *Burgi*, Vergaberecht, 2016, § 25 Rn. 14, und *Schulz*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Bayern, beckenonline-Kommentar, Stand: Juni 2016, Art. 86, S. 12.

²²¹ Dieses Beispiel führen an *Plagemann/Ziegler*, Kommunale Trägerschaft von MVZ, DVBl. 2016, 1432 (1441).

²²² Zu diesem oben II. 4.

aa) Kartellverbot, §§ 1, 2 GWB

Anwendbar ist damit namentlich das Missbrauchsverbot in § 1 GWB. Die Notwendigkeit kartellrechtsrelevanter Absprachen mit anderen Akteuren ist nicht ersichtlich, wäre aber am Maßstab der §§ 1, 2 GWB (Art. 101 AEUV) zu messen. Der Anwendungsbereich des Kartellverbots ist nach § 1 GWB eröffnet, wenn erstens eine der verbotenen Formen der Koordination unternehmerischen Handels vorliegt und diese eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Erst dann stellt sich die Frage nach einer Freistellungsmöglichkeit gemäß § 2 GWB (bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV). Für das Eingreifen des Kartellverbots nach § 1 GWB ist dabei die – hier durchaus zweifelhafte – Anforderung einer zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung im Unionsrecht (Art. 101 Abs. 1 AEUV) nicht erforderlich. Entscheidend wäre also, ob auf einem lokalen Markt durch entsprechende Absprachen der Wettbewerb beeinträchtigt wird. Insoweit könnte gegebenenfalls eine Zusammenarbeit als Arbeitsgemeinschaft zu prüfen sein.²²³ Danach kann eine Wettbewerbsbeschränkung ausscheiden bei Unternehmen, die auf demselben Markt tätig sind, wenn ein Unternehmen alleine wirtschaftlich oder technisch nicht in der Lage wäre, ein Projekt auszuführen und Wettbewerb bezüglich des konkreten Auftrags somit nie vorlag.

Lägen die Voraussetzungen des § 1 GWB (bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV) hingegen vor, würde eine Freistellung nach § 2 GWB (bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV) dann kumulativ die Erfüllung von zwei positiven und zwei negativen Voraussetzungen verlangen: Eine Freistellung setzt positiv voraus, dass erstens eine Verbesserung der Gütererzeugung oder -verteilung oder eine Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts erfolgt und dass zweitens die Verbraucher am entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden. In negativer Hinsicht darf keine unnötige Wettbewerbsbeeinträchtigung und keine wesentliche Ausschaltung des Wettbewerbs erfolgen.²²⁴ Damit bestehen auch aus kartellrechtlicher Sicht durchaus Ansatzpunkte für die Legitimation entsprechender denkbarer Kooperationen. Diese müssten aber im konkreten Einzelfall näher geprüft werden. Danach könnten also auch Absprachen zwischen dem

²²³ Dazu etwa *Koenig/Kühling/Müller*, Arbeitsgemeinschaften und das Kartellverbot, WuW 2005, 126 ff.

²²⁴ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 101 AEUV, Rdnr. 146 ff, und *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rdnr. 128 ff.

MVZ und anderen medizinischen Einrichtungen gegebenenfalls freistellungsfähige und damit rechtmäßige Absprachen darstellen.

bb) Missbrauchsverbot, §§ 19, 20 GWB

Der mit Blick auf das Missbrauchsverbot gem. den §§ 19, 20 GWB (bzw. Art. 102 AEUV) relevante spezifische Fall der Verweigerung der Aufnahme von weiteren Arztpraxen in das MVZ wurde bereits analysiert.²²⁵ Eine Bindung an das Kartellrecht liegt dabei grundsätzlich vor. Weitere Missbräuche beim anschließenden Betrieb sind angesichts der umfassenden Reglementierung – etwa durch die öffentlich-rechtlich gesteuerten Abrechnungssysteme mit Blick auf etwaige Preishöhenmissbräuche – schwer vorstellbar. Am ehesten wäre noch ein Behinderungswettbewerb gegenüber Ärzten denkbar, die nicht in das MVZ eintreten. Insoweit wären die kartellrechtlichen Grenzen zu beachten.

²²⁵ Siehe oben III. 5. b).

C. Ergebnisse

Gegenstand der Studie sind die Prüfung der rechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen zur Gründung eines Medizinischen Versorgungszentrums (MVZ) durch eine Kommune im Freistaat Bayern. Im Einzelnen wurden dabei folgende Ergebnisse erzielt:

1. Gemäß **§ 95 Abs. 1a SGB V** können **MVZ** u. a. **von Kommunen gegründet** werden. Die Gesetzesbegründung stellt diese Befugnis explizit in den Kontext der zu stärkenden Verantwortung der Kommunen für die Gesundheitsinfrastruktur. § 95 Abs. 1a SGB V ist **verfassungsgemäß**. Die Norm verstößt insbesondere nicht gegen das in Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG normierte und an den Bund adressierte Verbot, Aufgaben auf Gemeinden zu übertragen.
2. Die **subjektiven sozialversicherungsrechtlichen Anforderungen** an die Gründung eines MVZ ergeben sich im Wesentlichen aus § 95 Abs. 1 und 1a SGB V. Medizinische Versorgungszentren sind gemäß § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V ärztlich geleitete Einrichtungen, in denen Ärzte, die in das Arztregister nach § 95 Abs. 2 S. 3 SGB V eingetragen sind, als Angestellte oder Vertragsärzte tätig sind. Sie können nach § 95 Abs. 1a SGB V von zugelassenen Ärzten, von zugelassenen Krankenhäusern, von Erbringern nichtärztlicher Dialyseleistungen (§ 126 Abs. 3 SGB V) oder von gemeinnützigen Trägern, die aufgrund von Zulassung, Ermächtigung an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen, oder von Kommunen gegründet werden. **Kommunen sind mögliche Gründer** eines MVZ. Dieses MVZ muss ärztliche Leistungen „unter einem Dach“ anbieten und in medizinischen Fragen durch einen **ärztlichen Leiter** geführt werden, der wenigstens zur Hälfte, sinnvollerweise aber in Vollzeit im MVZ ärztlich tätig ist. Alle im MVZ tätigen Ärzte müssen die Voraussetzungen für die Eintragung ins Arztregister erfüllen, also ein Medizinstudium und eine Weiterbildung zum Facharzt absolviert haben.
3. Die **objektive Zulassungsvoraussetzung** des Bedarfs ist auch für kommunale MVZ maßgebend. Sie haben bei einem Zulassungsverzicht zu ihren Gunsten nach § 103 Abs. 4a S. 1 SGB V eine privilegierte Stellung. Auch können sich kommunale MVZ an einem Ausschreibungsverfahren nach § 103 Abs. 4c SGB V beteiligen, sind dort aber nachrangig zu berücksichtigen, wenn die Mehrheit der Geschäftsanteile nicht bei den Ärzten liegt.

4. Der **Zulassungsantrag** ist beim zuständigen Zulassungsausschuss zu stellen, der nach § 96 Abs. 2 S. 1 SGB V aus Vertretern der Ärzte und Krankenkassen in gleicher Zahl besteht. Zulassungsausschüsse werden nach § 96 Abs. 1 SGB V für den Bezirk jeder Kassenärztlichen Vereinigung bzw. für Teile dieses Bezirks gebildet. In Bayern sind die Zulassungsausschüsse bei den Bezirksstellen der Kassenärztlichen Vereinigungen angesiedelt.
5. Der zuständige Zulassungsausschuss muss zudem nach § 95 Abs. 2 S. 7 SGB V die Anstellung eines Arztes in einem nach § 95 Abs. 2 S. 5 SGB V zugelassenen MVZ genehmigen; er hat die Anstellung nach § 95 Abs. 2 S. 7 i. V. m. Abs. 9b SGB V auf Antrag des anstellenden MVZ in eine **Zulassung** umzuwandeln, sofern der Umfang der Tätigkeit des angestellten Arztes einem ganzen oder halben Versorgungsauftrag entspricht.
6. Je nach Auslegung der Art. 70 ff. GG sind entweder Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO, Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayLKrO schon gar nicht anwendbar oder gegebenenfalls tatbestandlich nicht einschlägig, sofern es um Daseinsvorsorge geht. Im Übrigen wäre das Kommunalrecht aber selbstverständlich anwendbar, also namentlich Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-3 BayGO, Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-3 BayLKrO und die Bestimmungen über die Organisation kommunaler Unternehmen. Unabhängig davon sind die **kommunalwirtschaftlichen Anforderungen** an die Gründung eines MVZ nach Art. 87 Abs. 1 BayGO (sogenannte „Schrankenquadrige“) grundsätzlich erfüllt.
 - a) Die Gemeinde verfolgt einen öffentlichen Zweck, da Art. 57 BayGO auch Einrichtungen im Bereich der Gesundheit erfasst, die nach Art. 87 Abs. 1 S. 2 BayGO nicht die bloße Absicht der Gewinnerzielung verfolgen. Diese ist aber nicht das Ziel einer kommunalen MVZ-Gründung. Vielmehr geht es um die Gewährleistung einer medizinischen Basisversorgung, die nunmehr auch vom Bundesgesetzgeber in § 95 Abs. 1a SGB V als wichtige kommunale Aufgabe angesehen wird.
 - b) Um die Kommune vor wirtschaftlichen Aktivitäten zu bewahren, die ihre Leistungskraft übersteigen, muss die zu erbringende Tätigkeit in einem angemessenen Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen. Außerdem muss das Unternehmen am voraussichtlichen Bedarf in der Kommune orientiert ausgelegt werden. Das verlangt eine Begrenzung der Dimensionierung auf die lokale Nachfrage, was aber vorliegend mit den

MVZ gerade angelegt ist. Die Prüfung der Leistungsfähigkeit setzt eine Prognose der Einnahme- und Ausgabesituation voraus. Dies ist im jeweiligen Einzelfall mit Blick auf die konkrete Kommune zu bewerten. Angesichts der mit der medizinischen Versorgung einhergehenden Zahlungen durch Dritte (namentlich der Krankenversicherungen), wird die Gründung eines MVZ die Leistungsfähigkeit einer Gemeinde i. S. v. Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayGO regelmäßig nicht übersteigen.

c) Es handelt sich bei der medizinischen Versorgung im ländlichen Raum um eine Aufgabe, die bislang von Privaten – und gerade nicht verwaltungsmäßig – erbracht wird. Die Anforderung des Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayGO der Eignung der Aufgabenerfüllung außerhalb der öffentlichen Verwaltung ist also erfüllt.

d) Auch die Anforderung der Subsidiaritätsklausel nach Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BayGO wird regelmäßig erfüllt sein, weil kommunale MVZ vor allem dort entstehen, wo eine Versorgung durch niedergelassene Vertragsärzte nicht hinreichend sichergestellt werden kann.

7. Auch wenn eine **Markterkundung** nach dem bayerischen Kommunalrecht nicht zwingend durchzuführen ist, kann diese doch empfehlenswert sein. Angesichts der anspruchsvollen Anforderungen an den Betrieb eines MVZ ist dessen Einrichtung als kommunaler Betrieb jedenfalls ohnehin nur dann empfehlenswert, wenn eine Bereitstellung der Leistungen durch Private nicht gesichert ist.
8. Die Anforderungen von Art. 87 Abs. 1 S. 1 BayGO müssen dabei nur **zum Zeitpunkt der Errichtung, Übernahme oder wesentlichen Erweiterung** eines öffentlichen Unternehmens vorliegen, nicht jedoch für den Fortbestand. Selbst wenn also nach Gründung des MVZ wieder Ärzte, die die Niederlassung anstreben, die Zulassung vor Ort beantragen, und so eine – auch dauerhafte (!)– Aufgabenerfüllung durch Private gegebenenfalls wieder gewährleistet wäre, führt das nicht zur Notwendigkeit, das kommunale MVZ zu schließen, sondern beschränkt gegebenenfalls lediglich dessen Erweiterung.

9. Die **EU-beihilfenrechtliche Bewertung** ist insoweit komplex, als erstens eine Vielzahl von Austauschverhältnissen für eine Reihe denkbarer Fälle zu prüfen sind, zweitens die Bewertung teilweise danach zu differenzieren hat, in welcher Rechtsform ein MVZ betrieben wird und drittens verschiedene Optionen bestehen, eine EU-Beihilfenrechtskonformität zu gewährleisten.
10. EU-beihilfenrechtliche Anforderungen gelten für jegliche Austauschverhältnisse gegenüber dritten Unternehmen im Rahmen der Gründung des MVZ (etwa bisher niedergelassenen Ärzten, deren Praxen gekauft werden), als auch im Rahmen der Gründung und anschließenden Tätigkeit des MVZ im Verhältnis der Kommune zum MVZ (verbilligte Bereitstellung von Gebäuden etc.). Das EU-Beihilfenrecht gilt auch für Kooperationen des MVZ mit Dritten, wobei hier die Notwendigkeit etwaiger Förderungen Dritter nicht ersichtlich ist, so dass dieser Aspekt vorliegend nicht näher vertieft wurde.
11. Die EU-beihilfenrechtlichen Ausführungen zeigen, dass die Komplexität der Schaffung einer EU-beihilfenrechtskonformen Förderung, aber auch das Ausmaß der Rechtssicherheit mit Blick auf die verschiedenen Lösungswege unterschiedlich ist.
12. Bei der Abdeckung eines Defizits **unterhalb von 200.000 Euro in drei Jahren** (gegebenfalls auch rollierend für einen längeren Zeitraum) bestehen bei transparenten Beihilfen (insbesondere in Form eines Zuschusses) keine Probleme, da dann eine EU-beihilfenrechtskonforme **De-minimis-Beihilfe** ohne weitere Anforderungen (wie etwa einer Betrauung) angenommen werden kann. Es muss lediglich hinreichend transparent gewährleistet werden, dass die De-minimis-Schwelle gewahrt wird. Insoweit ist der Aufwand also gering und die Rechtssicherheit groß.
13. Sofern eine Finanzauführung über 200.000 Euro, aber **unter 500.000 Euro in drei Jahren** (ebenfalls auch rollierend für einen längeren Zeitraum) beabsichtigt ist, kann eine **DAWI-Betrauung** erfolgen. Das wäre unproblematisch etwa im Rahmen einer Satzung oder in einem Zuwendungsbescheid möglich. Der Aufwand ist hier also etwas größer, die Rechtssicherheit in EU-beihilfenrechtlicher Hinsicht aber ebenfalls recht groß.
14. Unabhängig von entsprechenden Schwellenwerten wäre es auch darlegbar, dass **keine Handelsbeeinträchtigung** im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV besteht und damit eine EU-Beihilfenrechtskonformität gegeben ist. Dies wäre ebenfalls, wenn auch mit

größeren Rechtsunsicherheiten, begründbar. Der Darlegungsaufwand wäre noch überschaubar. Es verbleiben jedoch gewisse, noch vertretbare Restrisiken. Es muss dann jedoch sichergestellt werden, dass das MVZ **lokal bzw. regional begrenzt** (auf das Gebiet einer Kommune bzw. gegebenenfalls benachbarter Kommunen) grundsätzlich nur **Standardversorgungsleistungen** erbringt, die **nicht grenzüberschreitend Patienten anziehen**. Das sollte bei einem kommunalen MVZ klassischerweise der Fall sein. Sofern demnach das Angebot des MVZ keine ausländischen Patienten anzieht und auch keine relevanten Auswirkungen auf grenzüberschreitende Investitionen oder Niederlassungen entstehen, was beim Angebot von medizinischen Standardleistungen auch in Grenzregionen grundsätzlich angenommen werden kann, ist mit guten Gründen auf der Basis der Kommissionspraxis und der Rechtsprechung der deutschen Zivilgerichte das Tatbestandsmerkmal der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung ausgeschlossen. Es verbleiben jedoch etwas erhöhte Restrisiken.

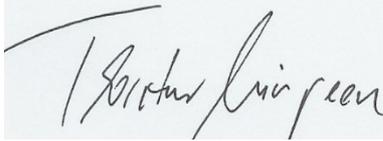
15. Wesentlich größer ist der Aufwand, sofern eine Begünstigung auf der Basis der vier *Altmark-Trans*-Kriterien ausgeschlossen werden soll oder eine notifizierungsfreie Kompensation im Sinne des **DAWI-Freistellungsbeschlusses** angestrebt wird. So könnten zwar deutlich **höhere Begünstigungsvolumina** gewährt werden, allerdings steigt der **Darstellungsaufwand erheblich**. Werden alle Anforderungen insbesondere des DAWI-Freistellungsbeschlusses eingehalten, sind die Restrisiken vertretbar.
16. Die **Gründung** eines MVZ stellt **keinen ausschreibungspflichtigen Vorgang** dar.
17. Die **Zulassung** zur vertragsärztlichen Versorgung ist **kein öffentlicher Auftrag** i. S. d. § 103 Abs. 1 GWB, weil i. d. R. schon keine Auswahlentscheidung erfolgt.
18. Selbst im Falle einer **Betrauung** des MVZ durch die Kommune und auch unter der Prämisse, dass die Betrauung grundsätzlich einen Beschaffungsvorgang darstellt, läge eine **ausschreibungsfreie In-House-Vergabe** bzw. eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit im Sinne des § 108 Abs. 1 GWB vor. Die Gründung eines Privatunternehmens unter Beteiligung eines privaten Unternehmers kombiniert mit einer Betrauung des MVZ würde dagegen gegebenenfalls einen ausschreibungspflichtigen Vorgang begründen. Vorliegend ist aber ohnehin eine öffentlich-rechtliche Organisationsform indiziert.

19. Aus dem **kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot** folgt die – aber ohnehin aus dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG ableitbare – Verpflichtung der Kommune, auch anderen **beitrittswilligen Ärzten die Teilnahme am MVZ zu ermöglichen**. Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung könnte nur die Unmöglichkeit, Unzumutbarkeit oder Unpraktikabilität der Aufnahme einer weiteren Arztpraxis sein. Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, dass die Kommune, die ein kommunales MVZ gründen möchte, ihre diesbezügliche Absicht allen Ärzten in den relevanten Planungsbereichen öffentlich bekannt gibt, verbunden mit der Aufforderung, mitzuteilen, ob die Ärzte unter den von der Kommune angestrebten Bedingungen bereit wären, ihre Praxis in das MVZ einzubringen. Diese Form der „**Markterkundung**“, wäre sodann die Grundlage dafür, alle beitragswilligen Ärzte zu ermitteln und anschließend diskriminierungsfrei zu behandeln.
20. Kommunale MVZ können grundsätzlich in allen in § 95 Abs. 1a S. 1 SGB V genannten Organisationsformen betrieben werden. Im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Bürgerschaftserklärung für privatrechtlich betriebene MVZ (§ 95 Abs. 2 S. 6 SGB V) sind **öffentlich-rechtliche Organisationsformen** zu bevorzugen, und zwar entweder ein Eigenbetrieb oder ein selbständiges Kommunalunternehmen.
21. Der **Eigenbetrieb** wird durch den Erlass einer Betriebssatzung im Wege eines Gemeinderatsbeschlusses errichtet. Die näheren Angelegenheiten werden sodann in dieser Betriebssatzung geregelt. Insoweit ergeben sich – auch mit Blick auf den Rückgriff auf bisherige Mustersatzungen – keinerlei Besonderheiten im Vergleich zur sonstigen Errichtung eines Eigenbetriebs. Der Gemeinderat bestellt sodann für den Eigenbetrieb eine Werkleitung und einen Werkausschuss. Die Werkleitung ist dafür zuständig, die laufenden Geschäfte in Unabhängigkeit von der Gemeinde zu führen, während der Werkausschuss als beschließender Ausschuss über die übrigen Angelegenheiten des Betriebs beschließt.
22. Wegen der größeren Selbständigkeit und der eines privaten Unternehmens vergleichbaren erhöhten Flexibilität in Bezug vor allem auf das Wirtschafts-, Dienst- und Arbeitsrecht kombiniert mit den Vorteilen der öffentlich-rechtlichen Organisationsform, namentlich der stärkeren kommunalen Kontroll- und Steuerungsfähigkeit, ist regelmäßig die Gründung eines **selbständigen Kommunalunternehmens** vorzugswürdig. Diese

erfolgt durch den Erlass einer entsprechenden Satzung im Gemeinderat. In der Satzung werden sodann auch die näheren Angelegenheiten geregelt. Ergänzend treten die Bestimmungen der Bayerischen Kommunalunternehmensverordnung (KUV) hinzu. Werkleitung und Werkausschuss im Eigenbetrieb entsprechen Vorstand und Verwaltungsrat im Kommunalunternehmen. Der Vorstand leitet das Kommunalunternehmen in eigener Verantwortung. Diese reicht weiter als die Befugnisse der Werkleitung, da damit auch Fragen von grundsätzlicher Bedeutung erfasst werden. So soll dem Kommunalunternehmen eine größere Handlungsflexibilität verschafft werden. Diese kann allerdings im Rahmen einer Unternehmenssatzung zugunsten der Steuerung durch den Verwaltungsrat als zweitem Hauptorgan des Kommunalunternehmens wieder relativiert werden. Insoweit ergeben sich allerdings auch hier keinerlei Besonderheiten im Vergleich zur sonstigen Errichtung eines Kommunalunternehmens. Das bedeutet allerdings für Kommunen, die bislang noch kein Kommunalunternehmen errichtet haben, was angesichts der Überlegungen v.a. kleinerer Kommunen, ein kommunales MVZ zu errichten und zu betreiben, häufig der Fall sein wird, dass sie insoweit teilweise Neuland betreten dürften. Sie müssen sich dann erstmals mit der Errichtung und dem Betrieb eines Kommunalunternehmens vertraut machen.

23. Die Gründung der kommunalen MVZ ist der Rechtsaufsichtsbehörde **anzuzeigen** (Art. 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO).
24. Der **Sicherstellungs- und Gewährleistungsauftrag** der Kassenärztlichen Vereinigungen (§ 75 Abs. 1 SGB V) greift vollumfänglich auch gegenüber einem kommunalen MVZ. Das gilt auch für die hoheitlichen Sanktionsbefugnisse; lediglich das Verwaltungsvollstreckungsrecht ist nicht anwendbar.
25. Das **kommunale MVZ** ist **Leistungserbringer** i. S. v. § 95 Abs. 1 SGB V und rechnet daher die erbrachten Leistungen selbst mit den zuständigen Kostenträgern ab.
26. Maßgebend sind bei einem kommunalen MVZ, das allein von Hausärzten getragen wird, im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung die **Vergütungsregelungen für den hausärztlichen Bereich**, also namentlich § 87 Abs. 2b SGB V (Abbildung der hausärztlichen Leistungen in Versichertenpauschalen).

27. Bei **Beschaffungen durch das MVZ** ist das **GWB-Vergaberecht** maßgebend. Das gilt unabhängig von der Entscheidung über die Organisation des MVZ.



Prof. Dr. Thorsten Kingreen



Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.