

Unzulässige Zusammenarbeit nach §§ 73 Abs.7, 128 SGB V, 33 Abs.2 Ärzte- ZV; §34 MBO

Gewerbliche Tätigkeiten und Beteiligungen

Die wirtschaftliche Betätigung der Ärzteschaft hat sich in den letzten Jahren intensiviert. Die Kooperationsformen zwischen den Leistungserbringern sind dabei unterschiedlich ausgeprägt. Es existieren Praxis parallele Gewerbe oder Kapitalbeteiligungen an Unternehmen mit Leistungserbringern, an die der kapitalbeteiligte Arzt Patienten zuweist.

Den ärztlichen Standesvertretungen und dem Gesetzgeber sind derartige Entwicklungen seit Jahren ein Dorn im Auge, weshalb er seit 2009 über den § 128 SGB V mit dem Titel „Unzulässige Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten“ gesetzgeberisch aktiv geworden ist.

Einführung des Depotverbots

§ 128 SGB V wurde zum 1.4.2009 vollkommen neu gefasst und mit der Überschrift „Unzulässige Zusammenarbeit zwischen Ärzten und Leistungserbringern“ versehen. Die bisherige Textfassung des § 128 Abs.1 SGBV lautete wie folgt:

„Die Abgabe von Hilfsmitteln an Versicherte über Depots von Vertragsärzten ist unzulässig, soweit es sich nicht um solche Hilfsmittel handelt, die zur Versorgung in Notfällen notwendig sind. Satz1 gilt entsprechend für die Abgabe von Hilfsmitteln in Krankenhäusern und anderen medizinischen Einrichtungen.“

Die Zielrichtung war seinerzeit eindeutig der Hilfsmittelbereich, insbesondere das Depotverbot in den Praxen und die enge Zusammenarbeit zwischen Arzt und Sanitätshaus. Die damals gelebte Praxis der Vermietung von Schränken mit Bandagen und andere Kooperationsformen zwischen Orthopäde und Sanitätshaus etc. sollten eliminiert werden. Mit der jetzigen Neufassung des § 128 SGB V tritt faktisch eine weitere Verschärfung ein, da der Kreis der Formen der Zusammenarbeit sowie der Anwendungsbereich über den Hilfsmittelbereich hinaus ausgedehnt worden ist. Bewusst einbezogen wurde nunmehr auch der Heilmittelbereich, wobei ausdrücklich darauf hinzuweisen ist, dass die Norm grundsätzlich in jedem Bereich gilt, in dem Leistungserbinger kooperativ zusammenarbeiten und es zu wechselseitigen Geldflüssen und Zuwendungen kommt.

Ferner hat der Gesetzgeber mit § 73 Abs.7 SGB V den Inhalt in die vertragsärztliche Versorgung übernommen, ebenso in § 33 Abs.2 Ärzte-ZV.

Beispiel Neufassung des § 128 Abs.2 Satz 3 SGB V

Diese Intention des Gesetzgebers kommt in der Neuformulierung klar zum Ausdruck.

„Unzulässige Zuwendungen im Sinne des Satzes 1 sind auch die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Geräten und Materialien und Durchführung von Schulungsmaßnahmen, die Gestellung von Räumlichkeiten oder Personal oder die Beteiligung an den Kosten hierfür sowie Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen können.“

Die damit verbundene Intention des Gesetzgebers ist in den Gesetzesmaterialien wie folgt formuliert:

„Mit der Änderung soll verhindert werden, dass Vertragsärztinnen und – Ärzte das Zuwendungsverbot durch Beteiligung an Unternehmen von Leistungserbringern im

Hilfsmittelbereich umgehen. Unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird klargestellt, dass auch Einkünfte aus solchen Beteiligungen unzulässige Zuwendungen sind, wenn deren Höhe durch das Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten von den Vertragsärztinnen und -ärzten selbst maßgeblich beeinflusst werden kann.“

Wie ist die Norm zu lesen?

Der Gesetzgeber bezieht sich bei seiner Tatbestandsformulierung des § 128 SGB V auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Diese Rechtsprechung aus dem Januar 2001 war die Basis für die Modifizierung der Musterberufsordnung im Mai 2011 sowie für die Gesetzesänderung des § 128 SGB V zum 1.1.12.

Mit Grundsatzurteilen im Hilfsmittelbereich zur Hörgeräte- und Brillenversorgung hat das Gericht die berufsrechtlichen Grenzen der Verbote der Zuweisung und Verordnung gegen Entgelt präzisiert. (§§ 31,34 MBO- Hörgeräteversorgung“ – 15.11.2001 I ZR 275/99; 13.1.2011-I ZR 111/08). Die Präzisierung bezieht sich dabei auf die Grenzziehung zwischen demjenigen, der Hilfsmittel verordnet und demjenigen der sie abgibt. Aus ärztlicher Sicht wird es im Einzelfall dann problematisch, wenn der Arzt Aufgaben übernimmt, die nicht originär in sein Leistungsspektrum fallen.

Nach § 34 MBO sind Verweisungen an bestimmte Leistungserbinger grundsätzlich unzulässig. Dabei umfasst der Begriff der Zuweisung nach der Rechtsprechung alle Fälle der Überweisung, Verweisung, und Empfehlung von Patienten an bestimmte Ärzte, Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen. Die Form der Empfehlung, sei es durch Plakate, Flyer, Visitenkarten, Gutscheine etc. Leistungserbinger durch Rezeptaufdruck, ist dabei unerheblich.

§ 34 Abs. 5 MBO lässt eine Ausnahme vom Zuweisungsverbot nur bei „hinreichendem Grund“ zu. Die bloße Bequemlichkeit oder Wunsch des Patienten alles aus einer Hand zu erhalten, zählen hingegen nicht. Der „hinreichende Grund“ sind medizinische Gründe. Ein Beispiel kann die Verordnung und Zuweisung z.B. einer Orthese sein, da hier aufgrund der individuellen Anpassungsnotwendigkeit die Zuweisung an ein qualifiziertes Sanitätshaus sinnvoll oder notwendig sein kann. Ein anderer Grund im Sinne einer Ausnahme ist die aktive Frage des Patienten nach einer Empfehlung

Neu im § 128 SGB V ist Regelung zur gesellschaftsrechtlichen Beteiligung von Ärzten an Unternehmen mit anderen Leistungserbringern. Mancherorts wird die Meinung vertreten, dass gesellschaftsrechtliche Beteiligungen nunmehr wegen § 31 MBO grundsätzlich unzulässig seien. Die Intention des § 31 MBO umfasst das Gebot zum fairen Wettbewerb der Ärzte untereinander sowie der Wahrung der Freiberuflichkeit.

Der Wortlaut des § 128 SGB V besagt nach diesseitiger Auffassung gerade nicht, dass grundsätzlich eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines Arztes an einem Unternehmen von Leistungserbringern, an das er zuweist, mit Gewinnrückfluss nunmehr unzulässig sein soll.

Der Bundesgerichtshof differenziert zwischen der unmittelbaren und mittelbaren Beteiligung an den Gewinnausschüttungen bei erfolgten Zuweisungen. Entscheidend ist dabei, ob der Arzt für seine Patientenzuführung an den Leistungserbringer einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt. Vorteile, so der BGH können Gewinne oder sonstige Einnahmen aus einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung sein, wobei wichtig ist, dass eine Kausalität zwischen Vorteil und Verweisung besteht. Diese Kausalität besteht dann, wenn Gewinne unmittelbar von der Zahl der Verweisungen oder Umsatz abhängen. In diesem Falle ist die Unzulässigkeit des Rechtsgeschäfts gegeben.

Anders betrachtet der BGH die mittelbare Situation der Beteiligung über allgemeine Gewinnausschüttungen. Von einer mittelbaren Beteiligung geht der BGH aus, wenn ein spürbarer Einfluss der Patientenzuführung des Arztes auf seinen Ertrag aus der Beteiligung

ausgeschlossen erscheint. (vgl. BGH vom 13.1.11 I ZR 111/08, Rz.70). Das bedeutet, dass der Arzt sich auch weiterhin grundsätzlich an Unternehmen mit anderen Leistungserbringern beteiligen und auch Patienten zuweisen kann. Schwierig in der Praxis wird künftig die Grenze zu finden, ab welcher Menge an Zuweisung ein maßgeblicher Einfluss auf seine Gewinnsituation besteht. Diesen unbestimmten Rechtsbegriff „maßgeblich“ muss man sich einzelfallbezogen erschließen und bewerten. Dafür muss man die verschiedenen Parameter Gesamtumsatz des Unternehmens, der Anteil der Verweisungen des Arztes an diesem und die Höhe der seiner Beteiligung plus seine Gewinnausschüttung in Beziehung zu einander setzen, um diesen unbestimmten Rechtsbegriff mit Inhalt zu füllen.

In diesem Kontext hat der BGH auch auf einen wettbewerbsrechtlichen Aspekt in Bezug auf Gestaltungsoptionen von Kooperationen verwiesen. Dies könnte im Einzelfall z.B. für dass Praxis parallele Gewerbe gelten, das über die Ehefrauen läuft. Wenn ein Dritter, so der BGH, die gesellschaftsrechtlichen Anteile des Arztes als „Strohmann“ hält, tritt ebenfalls Unzulässigkeit ein. Hier ist also ebenfalls eine Einzelfallprüfung notwendig.

Fazit:

Entgegen den Angaben des Gesetzgebers in der Begründung zur Änderung des § 128 SGB V ist eine kapitalmäßige Beteiligung von Ärzten an Unternehmen von Leistungserbringern gerade nicht unzulässig, wenn die Wahlfreiheit des Versicherten gewahrt und er nicht dahingehend beeinflusst wird, gerade den Betrieb aufzusuchen bzw. dessen Leistungen in Anspruch zu nehmen, an dem der Arzt beteiligt ist (so auch Bundesgerichtshof vom 13.1.2011- I ZR 111/08 Rdnr. 67,68). Gleiches gilt auch für die Fallvariante, wenn der Arzt an das Unternehmen zuweist, sein Einfluss auf den Umfang seines Gewinnbezuges aber keine maßgebliche Relevanz erreicht.

Der Gewinn des Arztes darf nicht verordnungsbezogen ermittelt werden, sondern muss dem kapitalmäßigen Gesellschaftsanteil am Gesamtunternehmen entsprechen. Damit würde der Arzt wie jeder andere Investor eine Kapitalrendite erzielen (vgl. auch Bundessozialgericht BSGE 77,130ff zur Zulässigkeit einer Physiotherapeuten GmbH als Leistungserbringer, auch wenn ein Arzt alleiniger Gesellschafter ist.)

RA Michael Wüstefeld, Fachanwalt Medizinrecht, Köln - München

Tel. 0221/2582699

Tel. 089/12473716

www.Medizinrecht-wuestefeld.de

info@medizinrecht-wuestefeld.de

www.opti-med.com

info@opti-med.com