



Verbot von Zuweisermodellen in der Radiologie

Inhalt

1. **Einführung**
2. **Rückvergütungskonstellationen und § 31 Berufsordnung**
3. **Berufsrechtliche Liberalisierung?**
4. **Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart**
5. **Fazit**

1. Einführung

Der Überweisungsvorbehalt bei Radiologen und anderen methodendefinierten Fachgebieten in der Gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. § 13 Abs. 4 BMV-Ä bzw. § 7 Abs. 4 EKV), der sich auch de facto bei Privatpatienten, aufgrund der Empfehlungen zuweisender Ärzte durchgesetzt hat, dient dazu, den Umfang der von diesen Fachgruppen erbrachten medizinisch-technischen Leistungen veranlasserbezogen zu steuern. Radiologen unterliegen im BMV-Ä und EKV bei Auftragsleistungen daher einem sog. Definitions- oder Indikationsauftrag. Hieraus ergibt sich nach wie vor, dass, mit Ausnahme der rechtfertigenden Indikation nach § 23 RöV, die Indikationsstellung bei dem auftraggebenden Vertragsarzt liegt, so dass der auf Überweisung in Anspruch genommene Arzt (der Radiologe) an den Überweisungsauftrag gebunden ist.

Hieraus folgert die Rechtsprechung, dass bei ihnen kaum von der Gefahr oder Tendenz ausgegangen werden kann, dass sie mit med.-technischen Geräten möglicherweise Leistungen auch an solchen Patienten erbringen, bei denen dies nicht unbedingt notwendig ist, da sie den Umfang der Leistungserbringung nicht selbst in der Hand haben (vgl. LSG Bad.-Württ., MedR 1991 S. 272,

276).

Dieses Steuerungskonzept für die Erbringung radiologischer Leistungen dient demnach sowohl dem Patienteninteresse zur Verhinderung unnötiger Strahlenexpositionen als auch dem Interesse der Kostenträger, nur solche Untersuchungen zu vergüten, für die eine medizinische Indikation gestellt worden ist.

Das BSG hat dieses sog. „Mehraugenprinzip“ in seiner Entscheidung zur Kernspintomographie-Vereinbarung vom 31.01.2001 (Az.: B 6 KA 24/00 R) deutlich hervorgehoben:

„Ferner führt die Konzentration der diagnostischen Methodik bei bestimmten Ärzten zu einer Arbeitsteilung i.S. des sog. Mehraugenprinzips, d.h. dass die Diagnostik einem anderen Arzt obliegt als die anschließende Therapie. Eine solche Diagnostik, die unabhängig von einem eventuellen Interesse an der Therapie erfolgt, dient zum einen der optimalen Patientenversorgung, zum anderen dem sparsamen Einsatz der Leistungsressourcen. So wird der Möglichkeit vorgebeugt, dass der Behandler den Befund ausdehnend interpretiert und damit nicht unbedingt notwendige kostenträchtige Behandlungsmaßnahmen rechtfertigt.“

Die Zusammenarbeit zwischen Zuweisern und Ra-

diologen im Rahmen des Überweisungsauftrages hat sich demnach auf medizinische Fragestellungen zu beschränken. Der Radiologe kann etwa die an ihn überweisenden Ärzte bei der Auswahl der geeigneten Untersuchungsmethode fundiert beraten. Finanzielle Gesichtspunkte dürfen demgegenüber in der Zusammenarbeit der Ärzte im Bereich der Auftragsleistungen nicht im Vordergrund stehen, zumal die bloße Überweisung eines Patienten an einen Radiologen keinen Vergütungsanspruch des überweisenden Arztes auslöst.

2. Rückvergütungskonstellationen und § 31 Berufsordnung

Dennoch gibt es die bekannte Erscheinung, dass Zuweiser ohne Erbringung einer medizinisch relevanten Leistung, an den Einnahmen überweisungsabhängiger Ärzte beteiligt werden. Teilweise geschieht dies durch direkte Rückvergütungen oder Bonizahlungen. Verschleierte Beteiligungsformen sind vermögensrechtliche Beteiligungen an Besitzgesellschaften, die dem Einkauf von medizinischen Geräten und Verbrauchsmaterialien dienen.

Diese Formen der direkten oder indirekten Beteiligung Dritter an den Einnahmen eines Arztes stehen gleichzeitig häufig in Zusammenhang mit der Anzahl der zugewiesenen Patienten. Derartige „Koppelgeschäfte“ verstoßen jedoch gegen § 31 der Muster-Berufsordnung der Bundesärztekammer bzw. der gleichlautenden Bestimmungen der Landesärztekammern. Nach dieser Vorschrift ist es Ärztinnen und Ärzten nicht gestattet, für die Zuweisung von Patientinnen und Patienten oder Untersuchungsmaterial ein Entgelt oder andere Vorteile sich versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren. Diese Vorschrift ist nicht neu. Nicht völlig geklärt war jedoch bisher die Frage, welche Reichweite dieses standesrechtliche Verbot hat im Bereich ärztlicher Kooperationen und der Beteiligung an Besitzgesellschaften hat.

Als allgemein anerkannte Grundsätze haben sich folgende Feststellungen durch Rechtsprechung und Literatur herausgebildet:

„§ 31 BerufsO bringt mit seinem berufsrechtlichen Verbot zum Ausdruck, dass Ärzte gehalten sind, die Entscheidung darüber, an wen sie einen Patienten verweisen oder wem sie Untersuchungsmaterial zu Laboruntersuchungen überlassen, allein nach ärztlichen Gesichtspunkten zu treffen.

Ihre Nachfrageentscheidung darf nicht aus eigenen Interessen des Arztes als Nachfrager oder Nachfragedisponent des Patienten getroffen werden, insbesondere darf der Arzt die Entscheidung, an welchen Facharzt er einen Patienten überweist, nicht davon abhängig machen, ob ihm für die Überweisung eine Gegenleistung zufließt oder nicht (BGH GRUR 2005, 1059 [juris Tz. 22] - Quersubventionierung von Laborgemeinschaften ; BGH NJW-RR 2003, 1175 [II 2.]; Koblenz OLGReport 2004, 94, 95; Ratzel in Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte [MBO], 4. Aufl. [2006] § 31, 1; vgl. auch Köhler GRUR-RR 2006, 113, 114). Ähnlich wie beim heilmittelrechtlichen Zugabeverbot sollen sich Ärzte nicht davon leiten lassen, ob ihnen bei der Empfehlung oder Verschreibung eines bestimmten Präparats ein persönlicher Vorteil zufließt (BGH a.a.O. [22]). Eine unzulässige Vorteilsgewährung besteht in der Beteiligung des überweisenden Arztes am Liquidationserlös des die Leistung erbringenden Arztes. Die möglichen Beteiligungsformen sind vielfältig, der Einfallsreichtum der Beteiligten nahezu unbegrenzt. Die Rechtsprechung hat zwar Honorar-beteiligungsmodelle gebilligt, diese hatten jedoch eines gemein, dass der sachliche Grund in der Versorgung des Patienten oder dem besonderen Versorgungsauftrag lag (so Ratzel in Ratzel/Lippert [2006], § 31, 3).“

3. Berufsrechtliche Liberalisierung?

Die auf dem 107. Deutschen Ärztetag 2004 in Bremen beschlossene Neufassung der (Muster-) Berufsordnung (MBO) und die durch das Vertragsarztrechtsänderungsgesetz (VÄndG) vom 22.12.2006 erfolgten Flexibilisierungen in der Berufsausübung, und insbesondere die geschaffene Möglichkeit der Bildung von Teilberufsausübungsgemeinschaften ließ dem Ideenreichtum für neue Geschäftsmodelle scheinbar unbegrenzten Lauf. Diese neuen Kooperations- und Berufsausübungsformen wurden dahingehend missverstanden, dass die Zahlung von Rückvergütungen für Zuweisungen im Rahmen einer gemeinsamen Berufsausübungsgemeinschaft über das Verbot des § 31 MBO hinweghelfen könnte.

Dabei wurde jedoch übersehen, dass die Beteiligung an einer Berufsausübungsgemeinschaft denknotwendig voraussetzt, dass in dieser Gesellschaft auch eine gemeinsame Berufsausübung stattfindet. Nach Auffassung der BÄK sind folgende Kriterien für eine gemeinsame Berufsausübung

maßgeblich:

- Wille zur gemeinsamen Berufsausübung in einer auf Dauer angelegten systematischen Kooperation. Der bloße Wille, nur Ressourcen gemeinsam zu nutzen, ist nicht ausreichend. Von einer gemeinsamen Berufsausübung kann ebenfalls nicht gesprochen werden, wenn sich die Zusammenarbeit z. B. auf die Bildung von Qualitätszirkeln zu Fortbildungszwecken, einen gemeinsamen Vertretungs- oder Notdienstplan oder reine Managementtätigkeit beschränkt. Auch ein reines Gewinnpooling genügt nicht den Anforderungen, die an eine gemeinsame Tätigkeit zu stellen sind.
- In der Regel ist ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag erforderlich, der diesen Willen zum Ausdruck bringt und die Rechte und Pflichten der Gesellschafter (z. B. Einlage, Regelungen zu gemeinschaftlichen Entscheidungen, Gewinnerzielung auf der Ebene der Gesellschaft) festlegt. Wesentlich ist allerdings nicht nur die schriftliche Fixierung des Willens zur gemeinsamen Berufsausübung, sondern entscheidend ist stets „wie die Gesellschaft gelebt wird“. Unklarheiten oder Regelungslücken im Gesellschaftsvertrag können durch tatsächliches Verhalten kompensiert werden. Hingegen reicht ein Vertrag, der zwar eine gemeinsame Berufsausübung beschreibt, die aber nicht tatsächlich praktiziert wird, nicht aus, um letztlich von einer gemeinsamen Berufsausübung zu sprechen.
- Außenankündigung der Gesellschaft nach Maßgabe des § 18a Abs.1 MBO. Anders als bei einer reinen Organisationsgemeinschaft, die angekündigt werden darf, ist in dem Fall der Berufsausübungsgemeinschaft die Ankündigung obligat.
- Der Behandlungsvertrag wird von der Gemeinschaft geschlossen, weshalb die Abrechnung durch die Gemeinschaft erfolgt. Die Gemeinschaft haftet im Außenverhältnis. Davon unberührt bleibt allerdings das Recht, eine abweichende Regelung im Innenverhältnis zu vereinbaren.
- Die Gemeinschaft muss über einen gemeinsamen Patientenstamm verfügen, d. h. jeder Partner muss Zugriff auf die Patientenkartei haben.

Aufgrund der Erkenntnis, dass die Möglichkeit der Bildung von Teilberufsausübungsgemeinschaften zwischen Zuweisern und zuweisungsabhängigen Fachgebieten zu einem Unterlaufen der Verbotsnorm in § 31 MBO genutzt werden konnte, wurden

die entsprechenden Bestimmungen in den Berufsordnungen nachträglich konkretisiert. § 18 Abs. 1a der Berufsordnung der Hamburger Ärzte und Ärztinnen vom 7.03.2000 i.d.F. vom 20.02.2006 hat z.B. folgenden Wortlaut:

- Teilberufsausübungsgemeinschaften sind nur zulässig, wenn die ihr zugehörigen Ärzte am Gewinn dieser Gesellschaft jeweils entsprechend ihres persönlich erbrachten Anteils an der gemeinschaftlichen Leistung beteiligt werden. Die Anordnung einer Leistung, insbesondere aus den Bereichen der Labormedizin, der Pathologie und der bildgebenden Verfahren stellt keinen Leistungsanteil im Sinne des Satzes 1 dar. Verträge über die Gründung von Teilberufsausübungsgemeinschaften sind der Ärztekammer vorzulegen.

In dem Vertragsarztrechtsänderungsgesetz (VÄndG) ist die Problematik der potentiellen Einflussnahme auf die medizinische Entscheidung der überweisungsabhängigen Fächer ebenfalls gesehen und versucht worden, diese durch ein grundsätzliches Verbot der Gründung von Teilgemeinschaftspraxen zwischen therapeutisch tätigen und überweisungsabhängigen Fachgebieten zu unterbinden. Mit dem Inkrafttreten des VÄndG sieht § 33 Abs. 2 Ärzte-ZV nunmehr folgende Regelung vor:

- Die gemeinsame Berufsausübung bezogen auf einzelne Leistungen ist zulässig, sofern diese Berufsausübungsgemeinschaft nicht zur Erbringung überweisungsgebundener medizinisch-technischer Leistungen mit überweisungsberechtigten Leistungserbringern gebildet wird.

Ebenso ist die fachgebietsfremde Anstellung, die vertragsarztrechtlich grundsätzlich zulässig ist, im Bereich der überweisungsabhängigen Fachgebiete eingeschränkt worden. Maßgeblich ist insoweit § 14a Abs. 2 BMVÄ, welcher explizit normiert, dass die Beschäftigung eines angestellten Arztes eines anderen Fachgebiets oder einer anderen Facharztkompetenz als derjenigen des zugelassenen Vertragsarztes nicht zulässig ist, bei der die entsprechenden Ärzte gemäß § 13 Abs. 4 BMV-Ä nur auf Überweisung in Anspruch genommen werden dürfen oder wenn durch diesen Facharzt Leistungen erbracht werden sollen, welche gemäß § 13 Abs. 5 BMV-Ä nur auf Überweisung in Anspruch genommen werden können.

Damit ist eine berufsrechtlich relevante Zusammenarbeit zwischen zuweisenden Ärzten und

überweisungsabhängigen Ärzten ausschließlich außerhalb der vertragsärztlichen Versorgung erlaubt, wobei die in der Berufsordnung vorgenommenen Einschränkungen zu beachten sind.

4. Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart

Dies führt zu der Frage, ob und in welchem Umfang die gesellschaftsrechtliche Beteiligung an Besitzgesellschaften von zuweisenden Ärzten heute noch zulässig sein kann, die dem Radiologen z.B. Geräte, Verbrauchsmaterialien und sonstige Praxisausstattungen entgeltlich zur Nutzung überlassen.

Das Oberlandesgericht Stuttgart hat zu der erforderlichen Grenzziehung zwischen zulässiger Kooperation und unzulässiger Zuweisung gegen Entgelt in einer jüngeren Entscheidung vom 10.05.2007 (Az.: 2 U 176/06) im Bereich von Unternehmensbeteiligungsgesellschaften Stellung genommen. Gegenstand des wettbewerbsrechtlichen Verfahrens war die Beteiligung eines Arztes an einer Gesellschaft, die ihrerseits einen Geschäftsanteil an einer Labormedizin-GmbH hält. Unstreitig war, dass die Gewinnbeteiligung von der Höhe der Einlage und nicht vom Grad des Zuweisungsverhaltens des beteiligten Arztes abhängig war. Maßstab der Gewinnquote sollte vielmehr einzig dessen Kapitalanteil sein. Dadurch sollte keine Koppelung zwischen Zuweisungsumfang und Gewinnbeteiligung erfolgen und keine unmittelbare oder mittelbare Zuweisungsverpflichtung ausgelöst werden. Die Beteiligung erschöpfte sich in einer reinen Kapitalbeteiligung.

Das OLG Stuttgart folgte dieser Ansicht nicht, sondern sah auch in einer reinen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung von zuweisenden Ärzten an einem Unternehmen der Labordiagnostik, einen Verstoß gegen § 31 MBO und damit zugleich gegen § 4 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG).

Im Spannungsfeld zwischen dem einerseits zweifelsfrei zulässigen Beitritt eines Arztes zu Unternehmensbeteiligungsgesellschaften, auch wenn sie irgendeinen beruflichen Bezug aufweisen, etwa dem Kauf von Aktien eines Pharmaunternehmens, und andererseits der Gewährung von Entgelten/Vorteilen unmittelbar für jede Untersuchungszuweisung, sei das vorliegende, Beteiligungsmodell gemessen an § 31 BOÄ als

unzulässig einzustufen. Zwar sei aufgrund der vorgesehenen Gewinnausschüttung nach dem jeweils geleisteten Festkapitalanteil die unmittelbare Koppelung von Zuweisungsgrad und Gewinnanteil aufgehoben, die wirtschaftliche Verknüpfung bleibe jedoch offenkundig, da diese dem Beteiligungsmodell immanent sei und die einzige innere Rechtfertigung für einen Beitritt darstelle. Die Unzulässigkeit des Gesellschaftszwecks wurde seitens des Gerichts insbesondere in der Gewinnerwartungshaltung der beitretenden Ärzte gesehen:

„Soll sich die Beteiligung für den beitretenden Arzt auszahlen, so handelt er in seinem ureigenen Interesse, wenn er nicht andere gleich- oder möglicherweise besserwertige Laborunternehmen als Adressaten seines Untersuchungsauftrages ins Kalkül zieht, sondern ausschließlich die Gesellschaft beauftragt, an der er solchermaßen beteiligt ist. Zwar ist nicht auszuschließen, dass ein Arzt durch ein großes Zuweisungsaufkommen angesichts der unmittelbaren Entkoppelung seines Gewinnanteils von seinem Zuweisungsgrad einen Mitgesellschafter begünstigt, der wenig Aufträge zu vergeben hat oder aus irgendwelchen Gründen nicht alle Aufträge dieser Gesellschaft erteilt. Der zuweisende Arzt kann jedoch sicher sein, dass seine intensive Zuweisung, wenn auch nicht 1 : 1, so doch in jedem Falle mit einer Erhöhung auch seiner Gewinnausschüttung abgebildet wird. Von einer Vergabe an ein anderes Laborunternehmen, an welchem er nicht solchermaßen beteiligt ist, hat er nichts, nur bei der Vergabe an dieses stellt sich für ihn ein entgeltwerter Vorteil ein. Insoweit gilt das, was bereits das OLG Koblenz (OLG-Report 2004, 94, 95) so zusammengefasst hat: Hat der niedergelassene Arzt bei der Beratung des Patienten über die Möglichkeiten der weiteren ambulanten operativen Versorgung mehrere in Betracht kommende, qualitativ gleichwertige Operateure zur Auswahl, wird er nach allgemeiner Lebenserfahrung seinen Patienten denjenigen empfehlen, bei dem er - der niedergelassene Arzt - bei sonst vergleichbaren Bedingungen selbst einen wirtschaftlichen Vorteil hat. Hat er von einem der möglichen Operateure eine Zahlung zu erwarten, bei einem anderen aber nicht, liegt es auf der Hand, dass er seinen Patienten zu Ersterem raten wird. Das dem Beteiligungsmodell immanente Motiv des Gewinnstrebens wird den Arzt dazu verleiten, gerade dieses Labor mit seinen Aufträgen zu bedenken.“

Im Ergebnis habe das Modell in Bezug auf die

beitrittswilligen Ärzte einzig den Zweck, sich aus einer medizinisch gebotenen Vergabe von (auch) notwendigerweise fremd zu vergebenden Untersuchungen, die für den Arzt an sich einkommensneutral sind, eine weitere Einkommensquelle zu erschließen und sich aus diesem aufkommensneutralen ärztlichen Leistungsbe- reich einen weiteren Erwerbszweig im Rahmen eines Selbstbelohnungssystems zu verschaffen. Dieses Selbstbelohnungssystem, welches von der Teilhabe des Zuweisenden am Liquidations- erlös des Laborleistungen Erbringenden lebe, laufe jedoch dem Grundgebot einer nicht von Eigennutz überlagerten ärztlichen Entsch- eidung grob zuwider und verzerre das Nachfra- geverhalten nachhaltig zu Lasten von qualitativ gleichwertigen, unter Umständen gar besseren Labors, die keine Selbstprovisionierungsmög- lichkeit durch das Zuweisungsverhalten eröffnen würden. Diese Labors würden vielmehr am Markt ausgegrenzt, ohne dass diese Wettbewerbsver- schiebung von einem sachlichen Grund getragen wäre.

5. Fazit

Nachdem bereits durch die berufs- und vertrag- sarztrechtlichen Vorgaben im Bereich der ärzt- lichen Berufsausübung sog. „Zuweisermode- len“ eine Absage erteilt worden ist, wird die Unzu- lässigkeit von „Kick-Back-Konstellationen“ auch im Bereich reiner Unternehmensbeteiligungen eine klare Grenze gesetzt. Damit wird über einen bis dahin bestehenden Graubereich entschieden, dessen Vereinbarkeit mit dem ärztlichen Berufs- recht bisher nicht eindeutig geklärt war. Wenn diese Rechtsprechung von dem für diese Fragen zuständigen Bundesgerichtshof in letzter Instanz mitgetragen werden sollte, werden die Möglich- keiten für derartige Modelle stark eingeschränkt werden.

Man kann argumentieren, dass die Vorgaben des OLG Stuttgart sehr weitgehend sind und damit das Verbot des § 31 MBO zu restriktiv ausgelegt wird. Auch macht der von dem Gericht gezogene Vergleich mit dem zulässigen Erwerb von bör- sennotierten Aktien eines Pharmaunternehmens und der gezielten Verordnung gerade von Medi- kamenten aus diesem Hause deutlich, dass es immer Modellvarianten geben wird, die durch den Grad der Verwässerung des Zuweisungsver- haltens als zulässig anzusehen sind. Allerdings wird mit der Entscheidung die Möglichkeit ver- ringert, dass medizinische Entscheidungen von ökonomischen Vorgaben in ethisch bedenklicher Weise beeinflusst werden. ■

Impressum Dr. Peter Wigge,
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht

Rechtsanwälte Wigge
Scharnhorststr. 40
48 151 Münster
Tel.: (0251) 53 595-0
Fax: (0251) 53 595-99
Internet: www.ra-wigge.de
E-Mail: kanzlei@ra-wigge.de