

## Aktuelles aus Recht und Praxis



Prof. Dr. Udo Schmitz  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Medizinrecht



### Immer wieder Kick-Back?!

Es kommt immer häufiger vor, dass Mediziner nicht nur in ihrem originären ärztlichen Beruf tätig sind. Zusätzlich zu der ärztlichen Tätigkeit engagieren sie sich nebenberuflich oder ausschließlich finanziell in weiteren Bereichen des Gesundheitswesens.

In diesen Fällen besteht die häufig unterschätzte Gefahr, dass er gegen die Vorgaben der Berufsordnung für Ärzte (BO) und des Fünften Sozialgesetzbuchs (SGB V) zu verstoßen.

#### 1. Ärztliche Unabhängigkeit und Patientenschutz

Ausgehend vom Heilauftrag des Arztes sollen die Normen der BO gewährleisten, dass sich der Arzt bei seiner Behandlung sowie bei Therapieentscheidungen ausschließlich von medizinischen Aspekten und Notwendigkeiten und nicht von beruufsremden Erwägungen, insbesondere merkantilen Gesichtspunkten leiten lässt. Der Patient soll sich darauf verlassen können, dass der Arzt die gesamte medizinische Behandlung – einschließlich etwaiger Empfehlungen anderer Leistungserbringer oder Unternehmen – allein am Patienteninteresse ausrichtet und dass der allgemein anerkannte fachliche Standard unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots berücksichtigt wird.

Es muss sichergestellt sein, dass in den vertraglichen und sonstigen beruflichen Beziehungen zu Dritten die ärztliche Unabhängigkeit für die Behandlung der Patienten gewahrt bleibt (§ 30 BO). Der „böse Schein“, einmal durch die vertrags- oder privatärztliche Behandlung des Patienten Geld zu verdienen und sich ein weiteres Mal auf der Ebene der nicht-ärztlichen Leistungserbringer zu „bereichern“,

soll in jedem Fall für den Patienten verhindert werden.

Entscheidend für die rechtliche Beurteilung einer unternehmerischen Tätigkeit des Arztes ist dabei nicht die formelle vertragliche Ausgestaltung, sondern wie das im Vertrag Festgelegte im Alltag gelebt wird.

Entscheidende praktische Bedeutung erhalten hier immer die § 31 BO und § 128 SGB V, die wir Ihnen im Folgenden erklären möchten.

#### 2. Verbot der Zuweisung gegen Entgelt (Kick-Back)

§ 31 Abs. 1 BO hält fest:

*„Ärzten ist es nicht gestattet, für die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial oder für die Versorgung oder den Bezug von Arznei- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.“*

Für den vertragsärztlichen Bereich ist darüber hinaus in § 128 Abs. 2 SGB V geregelt:

*„Leistungserbringer dürfen Vertragsärzte sowie Ärzte in Krankenhäusern und anderen medizinischen Einrichtungen nicht gegen Entgelt oder Gewährung sonstiger wirtschaftlicher Vorteile an der Durchführung der Versorgung mit Hilfsmitteln beteiligen oder solche Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung von Hilfsmitteln gewähren. Unzulässig ist ferner die Zahlung einer Vergütung für zusätzliche privatärztliche Leistungen, die im Rahmen der Versorgung mit Hilfsmitteln von Vertragsärzten erbracht werden, durch Leistungserbringer. 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.“*

Durch § 128 Abs. 6 Satz 1 SGB V wird das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt auf sämtliche Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen im Verhältnis zu Vertragsärzten, Kranken-

hausärzten und Krankenhausträgern ausgedehnt.

Aufgrund dieser gesetzlichen Grundlagen der BO und des SGB V ist jede Art der Patientenvermittlung gegen Entgelt oder sonstige Vorteile, die ihren Grund nicht in der Behandlung selbst haben, verboten.

Der Begriff der *Zuweisung* wird als Oberbegriff für ärztliches Verhalten verstanden. Es werden „alle Fälle der Überweisung, Verweisung und Empfehlung von Patienten an bestimmte andere Ärzte, Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen“ umfasst. „Entscheidend ist insoweit allein, dass der Arzt für die erfolgreiche Patientenzuführung an einen anderen Leistungserbringer einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt.“

Vorteil in diesem Sinne ist jede wirtschaftliche Besserstellung des Arztes und kann auch ein Gewinnanteil oder eine sonstige Einnahme aus einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung sein.

#### a) Berufsrecht

Für die Beurteilung eines berufsrechtlichen Verstoßes ist maßgeblich, ob der Vorteil für die Zuweisung erfolgt. Eine solche Kausalität besteht zumindest immer dann, wenn der **finanzielle Vorteil unmittelbar aus der Zuweisung des Arztes** resultiert oder der finanzielle Vorteil aus der Unternehmensbeteiligung unmittelbar von dem Umsatz abhängt, welchen das Unternehmen aufgrund der ärztlichen Zuweisung erzielt.

Differenzierter sind die Fälle zu beurteilen, in denen der **Arzt nur mittelbar** – insbesondere über allgemeine Gewinnausschüttungen – **am Erfolg des Unternehmens beteiligt** ist. So sieht es die Rechtsprechung als zulässig an, dass der Arzt sich etwa an einem größeren pharmazeutischen Unternehmen beteiligt, wenn es bei objektiver Betrachtung ausgeschlossen erscheint, dass er durch Patientenzuführungen einen spürbaren Einfluss auf seinen Ertrag aus der Beteiligung nehmen kann. Darunter fallen z. B. der Erwerb von Genussscheinen, Unternehmensanleihen, Aktien oder sonstigen Beteiligungen der Bayer AG, Novartis AG, Helios Kliniken GmbH, Asklepios Kliniken GmbH oder vergleichbaren Unternehmen.

Die Unzulässigkeit der Beteiligung kann sich andererseits allein aus der Gesamthöhe der dem Arzt daraus zufließenden Vorteile ergeben, sofern diese in spürbarer Weise von seinem eigenen Zuweisungsverhalten beeinflusst

werden. Ansonsten sind bei der berufsrechtlichen Beurteilung der Beteiligung der Gesamtumsatz des Unternehmens, der Anteil der Zuweisungen des Arztes sowie die Höhe seiner Beteiligung zu berücksichtigen. Danach ist z. B. die Beteiligung an einem kleinen, auf ein Spezialgebiet ausgerichteten Pharmaunternehmen ggf. anders zu beurteilen als an einem börsennotierten, international agierenden Konzern. Nicht zu beanstanden sind dagegen Beteiligungen, bei denen dem Arzt keine besseren Konditionen als jedem anderen, nicht-ärztlichen Kapitalanleger angeboten werden und solche Externen auch die realistische Chance haben, eine Beteiligung zu zeichnen.

Erst wenn die Zuweisung durch den Arzt zu einer ihm persönlich zuzuordnenden Steigerung des Umsatzes beitragen kann, liegt ein berufswidriges Verhalten vor. Insofern reicht die indirekte Möglichkeit zur Erlangung einer Gegenleistung aus, die über eine gesellschaftsrechtliche (stille) Beteiligung oder Gewinnbezugsrechte besteht. Dessen ungeachtet kann aber schon die Einflussnahme auf den Patienten einen Verstoß gegen § 31 Abs. 2 BO darstellen (siehe oben).

Berufsrechtlich eindeutig zulässig ist der Fall, in dem der Arzt ein **Unternehmen ohne Bezug zum Gesundheitswesen** gründet oder sich daran beteiligt. Gleiches gilt dann, wenn der Arzt ein Unternehmen betreibt, welches keinerlei Bezugspunkte zu der von ihm konkret ausgeübten ärztlichen Tätigkeit aufweist (Augenarzt betreibt Fitnessstudio, Urologe beteiligt sich an Augenoptikunternehmen, bayerischer Chefarzt eröffnet Reha-Zentrum an der Nordsee). Da mangels Konnexität zwischen dem Unternehmenszweck und der ärztlichen Tätigkeit allenfalls die abstrakte Gefahr der unsachgemäßen Einflussnahme auf Patienten und damit der Inanspruchnahme des gewerblichen Unternehmens besteht, gibt es kein berufsrechtliches Beteiligungsverbot.

Unternehmerische Beteiligungen von Ärzten mit entsprechend **fachlich korrespondierenden oder fachnahen Dienstleistern im Gesundheitswesen** verstoßen gegen die BO, wenn sich die Gewinnausschüttung des Arztes am Umsatz oder Gewinn des Leistungserbringers ausrichtet. Die Unzulässigkeit besteht in dieser Konstellation (Fachnähe) auch dann, wenn sich das Ordnungsverhalten des Arztes auf die Umsatzhöhe des Unternehmens auswirken kann. Auch dann, wenn die Vergütung des Arztes feststehend und somit unabhängig vom Umsatz des Leistungserbringers ist, trägt der Arzt durch sein Zuweisungs- und Ordnungsverhalten dazu bei, dass das Un-

ternehmen (überhaupt) Umsätze bzw. Gewinne erwirtschaftet und deshalb die Auszahlung seiner Beteiligung am Geschäft des Leistungserbringers möglich ist.

Unternehmerische Beteiligungen eines Arztes an fachnahen Unternehmen sind dann unzulässig, wenn der Arzt seine Patienten gezielt an dieses Geschäft verweist oder es schon aufgrund der **tatsächlichen Gegebenheiten** – insbesondere einer bestehenden **räumlichen Nähe** zwischen Arztpraxis und dem Leistungserbringergeschäft – dazu kommt, dass die von ihm ausgestellten Verordnungen regelmäßig in diesem Geschäft eingelöst werden. In diesen Fällen kommt es nicht darauf an, ob sich die Gewinnausschüttungen des Arztes gemäß den vertraglichen Regelungen bzgl. ihrer Höhe am Umsatz bzw. am Gewinn des Leistungserbringergeschäfts ausrichten oder im Gesellschaftsvertrag gewinn- oder umsatzunabhängige Gewinnausschüttungen vereinbart sind. Maßgeblich ist nur, dass mit dem Zuweisungs- und Ordnungsverhalten des Arztes nicht unerhebliche Umsätze generiert werden, die dazu führen, dass der Arzt Gewinnausschüttungen erhält.

Ebenfalls von § 31 Abs. 1 BO werden Fälle erfasst, in denen z. B. **nahe Verwandte** des Arztes als Treuhänder oder Strohmänner für den Arzt fungieren, d. h. indem sie zu Umgehungszwecken scheinbar, aber nicht wirtschaftlich, die Beteiligung halten oder das Unternehmen führen.

### b) Vertragsarztrecht

Vertragsarztrechtlich liegt ein Verstoß gegen das SGB V erst dann vor, wenn es sich um Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern handelt, die Vertragsärzte durch ihr Ordnungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen. Anders als nach der BO reicht es für einen Verstoß gegen das SGB V demnach nicht aus, dass die konkrete Gefahr besteht, dass durch das Ordnungsverhalten auf die Einkünfte maßgeblich Einfluss genommen wird. Die Einflussnahme muss vielmehr feststehen.

Andererseits verbietet das SGB V auch die Beteiligung an Unternehmen, aus denen der Vertragsarzt zwangsläufig auf sein Ordnungsverhalten maßgeblich zurückzuführende Gewinne erzielt. Das ist der Fall, wenn sich ein Orthopäde z. B. an einer Physiotherapiepraxis beteiligt, die in unmittelbarer Nähe zur Arztpraxis liegt und Patienten diese ohne weiteres Zutun des Arztes frequentieren (auch berufsrechtlich unzulässig, siehe oben!).

Der Unterschied zwischen den Vorgaben der BO und dem SGB V liegt also darin, dass die BO schon die konkrete Gefahr einer Kick-Back-Situation verbietet, wohingegen das SGB V erst dann eingreift, wenn tatsächlich eine Kick-Back-Situation zugunsten des Arztes besteht.

Sozialrechtlich zulässig ist demnach folgende Situation: Der im Süden Kölns vertragsärztlich niedergelassene Orthopäde beteiligt sich zu 50 % an einer Physiotherapiepraxis im Norden Kölns. Dafür erhält er einen Gewinnanteil in Höhe von 50 %. Der Orthopäde ordnet seinen Patienten Physiotherapie, gibt aber keine Empfehlungen für „seine“ Physiotherapiepraxis. Tatsächlich sucht auch kein Patient des Orthopäden diese Physiotherapiepraxis auf.

Der zuvor dargestellte Fall stellt aber einen Verstoß gegen die BO dar, da die nicht vollkommen abwegige Gefahr besteht, dass ein Patient (auch ohne Empfehlung) die Physiotherapiepraxis des Orthopäden aufsucht.

### 3. Verbot der grundlosen Empfehlung

Darüber hinaus verbietet § 31 Abs. 2 BO:

*„Sie [Ärzte] dürfen ihren Patienten nicht ohne hinreichenden Grund bestimmte Ärzte, Apotheken, Personen oder Unternehmen, die Heil- und Hilfsmittel erbringen oder sonstige gesundheitliche Leistungen anbieten, empfehlen oder an diese verweisen.“*

Der Begriff der *Verweisung* stellt einen Unterfall der Zuweisung dar und umfasst „*alle Empfehlungen für bestimmte Leistungserbringer, die der Arzt – ohne vom Patienten darum gebeten worden zu sein – von sich aus erteilt*“.

Der Grundsatz lautet demnach: Ein Arzt darf von sich aus ohne hinreichenden medizinischen Grund keine Empfehlungen aussprechen. Nur wenn der Patient aus eigenem Antrieb um eine Empfehlung bittet, etwa weil er keinen geeigneten Anbieter kennt, ist es dem Arzt erlaubt, dem Patienten einen Anbieter zu empfehlen. Nur so wird verhindert, dass dem Patienten aufgrund der Autorität des Arztes ein Leistungserbringer aufgedrängt wird.

Selbst bei der Benennung von Konkurrenten und der Hervorhebung seines eigenen Betriebs dürfte schon eine unzulässige Verweisung/Empfehlung gegeben sein, da der Patient im Regelfall aus dem ärztlichen Vertrauensverhältnis dem Rat nachkommen wird. Möglich wäre allenfalls ein Formblatt mit sämtlichen

Anbietern in der Umgebung herauszugeben, ohne einen konkreten Dienstleister hervorzuheben.

Andererseits kann aus dem Behandlungsvertrag für den Arzt die Nebenpflicht erwachsen, dem Patienten auch ungefragt einen ärztlichen Rat zu erteilen. Aus Fürsorge für einen Patienten, der nicht in der Lage ist, seine persönlichen Verhältnisse zu ordnen, kann es notwendig sein, ihm Orientierung im Gesundheitssystem zu geben und deshalb eine Empfehlung auszusprechen.

Die Bundesärztekammer empfiehlt in diesem Zusammenhang:

*„Wie so häufig führen klare Informationen weiter. So können Ärzte im Wartezimmer durch Aushang oder in einer dort ausliegenden Broschüre die Rechtslage erläutern und den Patienten darüber aufklären, dass er den Arzt von sich aus nach einem geeigneten Anbieter gesundheitlicher Leistungen fragen muss. Bei seiner Empfehlung sollte der Arzt die Beweggründe für seine Empfehlung transparent machen. Ungeachtet dessen muss eine Empfehlung immer medizinisch notwendig sein. Ist das Leistungsangebot aller Anbieter hingegen vergleichbar, muss der Arzt klarstellen, dass es aus medizinischen Gründen keinen Anlass gibt, eine Empfehlung auszusprechen. In kleineren Orten mit einem überschaubaren Kreis von Anbietern gesundheitlicher Leistungen ist es aus berufsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, wenn die Patienten über sämtliche Anbieter im Einzugsbereich der Praxis neutral informiert werden.“*

Die Verweisung an bzw. die Empfehlung für einen bestimmten Anbieter kann aus medizinischen Gründen notwendig sein. Weitere hinreichende Gründe für eine Empfehlung können sein:

- Die bessere Eignung des Anbieters oder die Qualität der Versorgung, sofern diese aus Sicht des Arztes aufgrund der speziellen Bedürfnisse des einzelnen Patienten besondere Vorteile für ihn bietet,
- schlechte Erfahrungen mit einem Konkurrenten,
- Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte wie ein niedriger Preis, die Vermeidung von Wegen für Gehbehinderte,
- die Unzuverlässigkeit eines (suchtkranken) Patienten oder
- der Umstand, dass ein Apotheker die Grundstoffe für Rezepturarzneimittel vorrätig hält.

Kein hinreichender Grund ist dagegen die langjährige und vertrauensvolle Zusammenarbeit mit einem Leistungserbringer und die wirtschaftliche Beteiligung des Arztes an einem Unternehmen.

Gegenüber den Patienten muss Transparenz über die ggf. vorhandenen wirtschaftlichen Beziehungen des Arztes zu einem Unternehmen geschaffen werden, um das Recht der Patienten auf Wahlfreiheit unter den Leistungserbringern zu gewährleisten.

#### 4. Beispiele

Die Bundesärztekammer nennt in einer Bekanntmachung aus dem Jahr 2013 zwei Beispiele im Zusammenhang mit der unternehmerischen Betätigung von Ärzten:

##### a) Ernährungsberatung

*„Eine gewerbliche Ernährungsberatung darf ein Arzt sogar in den eigenen Praxisräumen durchführen, wenn er diese im Übrigen von seiner freiberuflichen, ärztlichen Tätigkeit in zeitlicher, organisatorischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht getrennt hält. Das schließt seine eigene Beteiligung an Informationsveranstaltungen ebenso wie die Abgabe von diätischen Produkten im Rahmen der Ernährungsberatung ein.“*

*Im Gegensatz zur Vermarktung eines Diät- und Ernährungsprogramms zur Gewichtsreduzierung ist die individuelle Beratung hingegen eine ärztliche Tätigkeit und daher an die Niederlassung in einer Praxis gebunden.*

*Den Heilberufe- und Kammergesetzen liegt ein weiter Begriff der (ärztlichen) Berufsausübung zugrunde. Erfasst werden nicht nur Tätigkeiten, für die eine Approbation erforderlich ist, sondern alle Tätigkeiten, bei denen die im Medizinstudium erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten verwendet werden können. Werden dem Arzt im Rahmen der Informationsveranstaltungen Umstände bekannt, wonach das Übergewicht Krankheitswert hat oder Folge bislang unbehandelter Krankheiten ist, muss der Arzt den „Kunden“ unter Hinweis auf die freie Arztwahl auf die Notwendigkeit einer ärztlichen Abklärung hinweisen.“*

Obwohl die Bundesärztekammer in der Bekanntmachung ohne Weiteres davon ausgeht, dass eine nicht-individuelle Ernährungsberatung berufsrechtlich zulässig ist, ist diese Einschätzung der Bundesärztekammer kritisch zu hinterfragen. Wenn man die aktuelle Rechtsprechung zur BO und dem SGB V berücksichtigt, dürfte auch die unternehmerische

Beteiligung an einer nicht-individuellen Ernährungsberatung zumindest als grenzwertig anzusehen sein.

#### **b) Kosmetikstudio**

*„Das Gebot der Abgrenzung heilkundlicher von gewerblicher Tätigkeit gilt auch für kosmetische Leistungen, wie ein oberflächliches Peeling, die ein Hautarzt anbieten will. Handelt es sich um Leistungen, bei denen ein Hautarzt seine in der dermatologischen Weiterbildung erworbenen Fachkenntnisse einsetzt, hat er sie im Rahmen seiner Praxis auszuführen und nach der „Amtlichen Gebührenordnung für Ärzte“ (GOÄ) abzurechnen.*

*Getrennt vom Praxisbetrieb kann der Hautarzt ein Kosmetikstudio betreiben oder sich daran beteiligen. Das ist auch nicht durch § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V ausgeschlossen, da in einem solchen Kosmetikinstitut keine Leistungen angeboten werden, die Leistungsbestandteil der „Gesetzlichen Krankenversicherung“ (GKV) sind.*

*Der Arzt sollte andererseits seine Inhaberschaft transparent machen, andererseits aber auch Hinweise vermeiden, das Kosmetikstudio werde ärztlich geleitet. Solche Angaben können wettbewerbswidrig sein. Sie suggerieren ein fachliches Engagement des Arztes, das er wegen des Gebots ärztliche Leistungen, bei denen er seine Fachkenntnisse einsetzt, in der Praxis zu erbringen, im Kosmetikstudio gar nicht gewährleisten kann.“*

Der Unterschied zwischen dem hier genannten Beispiel des Betriebs eines Kosmetikstudios durch einen Hautarzt und dem unter Ziffer 2b zitierten Orthopäden, der eine Physiotherapiepraxis betreibt, besteht darin, dass in einem Kosmetikstudio keine Leistungen angeboten werden können, die ein Arzt verordnen kann.

Darüber hinaus handelt es sich bei einem Kosmetikstudio im Gegensatz zu einer Physiotherapiepraxis nicht um einen Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen im Sinne des SGB V und kann deshalb zulässig von einem Vertragsarzt betrieben werden.

#### **c) Fazit**

Eine klare Trennung zwischen erlaubter und unzulässiger unternehmerischer Tätigkeit des Arztes ist in vielen Grenz-Fällen nur schwer möglich. Ergänzend zu einer rechtlichen Beratung sollte daher in allen Fällen berufsfremder ärztlicher Betätigung im Vorfeld der Umsetzung der unternehmerischen Planungen eine bewertende Stellungnahme der Ärztekammer

und der KV eingeholt werden. Nur so ist es möglich eine hinreichende Rechtssicherheit über die Zulässigkeit der unternehmerischen Tätigkeit zu erhalten.