

Franz-Josef Dahm

Ärztliche Kooperationsgemeinschaften und Beteiligungsmodelle – im Spannungsfeld der Berufsordnung („MRT-Koop“ u. a.)

1. Problemstellung

Der Zwang zum sparsamen Umgang mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen im Gesundheitswesen hat in die Praxen niedergelassener Ärzte längst Einzug gehalten. In der Ärzteschaft hat sich auf breiter Ebene die Einsicht durchgesetzt, daß die Anschaffung von teuren Apparaturen und Geräten nur dann noch wirtschaftlich vertretbar ist, wenn die Kosten/Nutzen-Relation durch Vergrößerung des Auslastungsgrades erheblich verbessert wird. Rahmenbedingungen hierfür sollen mit den erweiterten Möglichkeiten für die Bildung von Apparategemeinschaften im kasernenärztlichen (§ 15 Abs. 3 BMV-Ä) und im berufsordnungsrechtlichen Bereich¹ geschaffen werden. Diese Bemühungen zielen erkennbar darauf ab, dem Trend zu Leistungsausweitungen entgegenzuwirken, der entgegen dem Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 12 Abs. 1 SGB V; §§ 1 Abs. 2, 12 Abs. 3 S. 5 GOÄ) ungebrochen ist.

Von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt existiert inzwischen eine Vielzahl von Modellen, die von der Intention her weniger auf sparsames Wirtschaften ausgerichtet sind als auf den Zugang zu neuen Abrechnungs- und Leistungsmöglichkeiten. Zu dieser Entwicklung tragen nicht nur einzelne von der Honorarentwicklung benachteiligte Fachgruppen innerhalb der Ärzteschaft bei; vorrangig ist der Trend durch eine absatzorientierte Geräteindustrie ausgelöst worden, die mit Hilfe von – angeblich rechtlich gesicherten – Musterkonzepten eine aggressive Verkaufspolitik betreibt, bei der die berufsordnungsrechtlichen Rahmenbedingungen in erster Linie Gegenstand von Umgehungsstrategien sind.

Besonders deutlich wird die Problematik im Bereich der Schnittbildverfahren, wo Computertomographie (CT) und Magnetresonanztomographie (MRT) das Interesse der hiermit neben den Radiologen in Berührung kommenden Fachgebiete wie Orthopädie, Chirurgie, Neurologie usw. vorzugsweise im privat-ambulanten Sektor auf sich gezogen haben.

Im folgenden sollen zunächst die wesentlichen Merkmale derartiger Modelle aufgezeigt und sodann kritisch gewürdigt werden.

2. Modellvarianten

Die Darstellung derartiger Beteiligungsmodelle stößt wegen der ihnen eigenen rechtlichen Problematik auf Schwierigkeiten. Von der Möglichkeit der Vorlage von Vereinbarungen an die Ärztekammer zur Prüfung hinsichtlich der Wahrung berufsrechtlicher Belange wird aus begrifflichen Gründen praktisch kein Gebrauch gemacht. Geradezu entlarvend ist die in einer „Konsiliarvereinbarung“ gefundene Formulierung, wonach – noch dazu unter Hinweis auf die „ärztliche Verschwiegenheitspflicht“ – vereinbart wird, „auch gegenüber Dritten Stillschweigen über die Existenz und den Inhalt dieser Vereinbarung zu bewahren“.

2.1. „Cash-back-Verfahren“ und „Konsiliarvereinbarung“

Die sicherlich einfachste Möglichkeit der Beteiligung – in diesem Fall an fremdem Honorar – stellt das Rückvergütungsverfahren dar, bei dem dem überweisenden Arzt eine „Prämie“ im Sinne von „Kundenpflege“ zugebilligt wird. Soll der Zusammenhang zwischen „Leistung und Gegenleistung“ nicht ganz so offenkundig sein, bedient man sich gerne einer „Konsiliarvereinbarung“, bei der im „Interesse einer sinnvollen Indikationsstellung und gesteigerten diagnostischen Sicherheit“ der „Auftragnehmer“ (Überweiser) den „Auftraggeber“ (in diesem Fall eine MRT-Betriebers-Kommanditgesellschaft, sonst in der Regel ein Radiologe) nach Absprache „am Standort des MRT, in der Praxis des ‚Auftragnehmers‘ oder auch telefonisch“ – um alle Optionen offenzulassen – berät und dem „Auftragnehmer“ ein pauschales Honorar für jede konsiliarische Tätigkeit (im vorliegenden Fall in Höhe von 200,00 DM) zugebilligt wird; großzügig verpflichtet sich der „Auftraggeber“, „bei gewährleisteter wirtschaftlicher Auslastung“ den Teilkörper-MR („ARTOSCAN“) durch einen Ganzkörperkernspintomographen zu ersetzen.

2.2. Nutzungsverträge

Beim „Nutzungsmodell“ tritt eine juristische Person (meist GmbH), an der der Arzt nicht als Gesellschafter beteiligt ist, als rechtliche und wirtschaftliche Betreiberin des MRT-Gerätes auf, stellt auf eigene Kosten das nichtärztliche Personal und überläßt beides dem Arzt („Überweiser“) zur Nutzung. Der Form halber übernimmt der Arzt die Verantwortung für die Indikation sowie für Art, Umfang und Durchführung der Untersuchungen und erhält die fachliche Weisungsberechtigung gegenüber dem Personal. Der eigentliche rechtliche Gehalt wird darin deutlich, daß dem Arzt zusätzlich „auf jeweiliges Verlangen eine fachlich-radiologische Beratung zu einzelnen MR-Aufnahmen und ihrer Befundung, Sicherung der fachlichen Qualität und Kontrolle der MR-Untersuchung durch von der Betreiberin beauftragte Fachradiologen mit spezifischer MR-Erfahrung gewährleistet wird, deren Vergütung mit dem Nutzungsentgelt – gestaffelt nach Anzahl der Untersuchungen – abgegolten ist“. Die Abrechnung für die so bezeichnete „eigene ärztliche Leistung“ obliegt dem Arzt.

In etwas verfeinerter Form sehen derartige Gestaltungen vor (um die „ohnehin etwas kritisch betrachtete Konsiliarvereinbarung obsolet“ werden zu lassen), daß die am Gerät erstellten Bilder on-line in die Praxis übertragen werden, um die Möglichkeit zu geben, die Untersuchungen zu be-

Rechtsanwalt und Notar Dr. iur. Franz-Josef Dahm,
Haumannplatz 28–30, 45130 Essen

1) D II MuBO i.d.F. der Beschlüsse des 100. DÄT in Eisenach, DÄBl. 1997, A-2362 ff.

einflussen und „sogar“ die Befundung selbst vorzunehmen; dabei werden weiterhin die ärztliche Beaufsichtigung der Untersuchung sowie ein „radiologisch erstellter Befundvorschlag“ gewährleistet. Hier wird vom Überweiser eine Nutzungsgebühr entrichtet, die unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Liquidationssumme eine stattliche Beteiligung erwarten läßt.

2.3. Apparategemeinschaft

Grundlage der „Zusammenarbeit“ ist häufig eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (auch andere Gesellschaftsformen wie die der GmbH, GmbH & Co. KG usw. sind möglich), für die keine Bareinlage zu erbringen ist und bei der sich die Partner verpflichten, alle Kosten zu gleichen Anteilen zu tragen. Auffällig ist an diesem Modell der Umstand, daß nicht nur „nichtärztliche“, sondern auch „ärztliche Personalkosten“ anfallen. Dies überrascht nicht weiter, denn die „Gewährleistung für fachlich qualifizierte Untersuchungsergebnisse und deren Übermittlung an die orthopädischen Partner“ obliegt einem Radiologen. Das beschriebene Modell sieht vor, daß gegenüber den Patienten im Innenverhältnis der Gesellschafter haftet, welcher die diagnostischen Untersuchungen „durchgeführt“ hat, was zunächst auf eine eigene Beurteilung durch die Gesellschafter schließen lassen könnte. Dieser Eindruck wäre indes verfehlt, denn im folgenden wird ausgeführt, daß „die Behandlungsverträge mit dem Patienten durch den Radiologen im eigenen Namen abgeschlossen werden, der auch für die Rechnungsstellung zu sorgen hat, wobei als Empfängerkonto das Gesellschaftskonto der Gesellschaft zu bezeichnen ist“. Am Gewinn und Verlust sind die Gesellschafter formal zwar „zu gleichen Anteilen“ beteiligt; wie diese „Anteile“ ermittelt werden, läßt jedoch die monatlich vorzunehmende „vorläufige Gewinnermittlung“ mit der notwendigen Deutlichkeit erahnen, wenn es im folgenden heißt, daß „Regelungen über eine abweichende Gewinnverteilung zwischen den orthopädischen Partnern deren interner Vereinbarung vorbehalten bleiben“. Daß die „Initiatorin“ sich der „Form halber“ den Hinweis gestattet, daß sie „für den Inhalt keinerlei Verantwortung übernehmen könne“, ist nur der Vollständigkeit halber zu erwähnen.

2.4. Kapitalgesellschaften

Von Betreibern angedachte Modelle mit echter Kapitalbeteiligung in unterschiedlichen Gesellschaftsformen sind zwar möglich, in der Praxis aber eher ungebräuchlich. Häufiger findet man sie als Betreibergesellschaften von Reha-Einrichtungen oder von Sanitätshäusern.

Die rechtliche Ausgestaltung erfolgt typischerweise als „geschlossene Gesellschaft“ (z. B. von Ärzten im Rehabilitationsbereich als Eigeneinrichtung) oder als „offene“ Gesellschaft (für jeden beitragswilligen Arzt), wobei die Beteiligung Dritter (Nichtärzte) nicht unzulässig ist². Die Rechtsform reicht von der GmbH, der GmbH & Co. KG über deren Sonderform „und still“ bis hin zur „kleinen“ Aktiengesellschaft³. Eine besondere Art der Beteiligung findet sich im gynäkologischen Bereich bei der sog. „Geno-Gyn“, die – wie der Name andeutet – genossenschaftlich strukturiert ist und sich als Dienstleister vorzugsweise im Laborbereich versteht⁴. Die Genossenschaft unterscheidet sich von anderen Personenzusammenschlüssen dadurch, daß sie nicht der Gewinnerzielung dienen darf; gemäß § 1 Abs. 1 GenG muß der Geschäftsbetrieb auf die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder gerichtet sein.

3. Berufsordnungsrechtliche Einordnung

3.1. Grundsätze der Freiberuflichkeit

Nach § 1 Abs. 2 BÄO ist der ärztliche Beruf kein Gewerbe und seiner Natur nach ein freier Beruf⁵. Tangiert wird

durch das Gewerbeverbot nur die unmittelbare ärztliche Tätigkeit. Nicht ausgeschlossen ist, daß der Arzt neben dem Arztberuf weitere Tätigkeiten entfalten darf, in denen er sich eigenwirtschaftlich betätigt. Die Grenze ist dort zu sehen, wo sich der Arzt eines Verhaltens befleißigt, das seine Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit nahelegt⁶.

Solange die genannten Kooperationsformen als Ausdruck eigenständiger Berufsausübung dienen, sind sie bedenkenfrei. Andererseits werden die in selbständigen Institutionen erbrachten Leistungen nicht etwa dadurch der Berufsausübung als Arzt zugeordnet, daß einer oder mehrere Ärzte hieran kapitalmäßig oder kraft Gesellschafterstellung beteiligt sind. Entscheidend ist hier wie auch im übrigen die Zuordnung des Leistungsgeschehens als persönlich erbracht oder nicht. Die Eigentümerstellung ist weniger bedeutsam als häufig angenommen⁷. Im übrigen ist es Ärzten im Grundsatz nicht untersagt, sich an praxisbezogenen Zuliefergeschäften, Einkaufsgemeinschaften⁸ oder an Gesellschaften zur Heilmittelerbringung, insbesondere im Rehabilitationsbereich, zu beteiligen⁹. Dies gilt nicht nur bei Kooperationen mit Angehörigen der Heilhilfsberufe in Form einer Partnerschaftsgesellschaft¹⁰, sondern auch, wenn die Abgabe von Heilmitteln in einer hierfür zugelassenen Kapitalgesellschaft erfolgt¹¹.

3.2. Persönliche Ausübung der Praxis und ärztliches Honorar

Die Notwendigkeit persönlicher Leistungserbringung¹² ergibt sich für den Kassenarzt aus § 15 Abs. 1 SGB V und § 15 Abs. 1 BMV-Ä¹³ und für die privatärztliche Behandlung aus § 613 BGB und § 4 Abs. 2 GOÄ¹⁴.

Nach § 4 Abs. 2 GOÄ kann der Arzt Gebühren nur für selbständige Leistungen berechnen, die er selbst erbracht hat oder unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung hat erbringen lassen. Nicht zulässig ist es, Leistungen abzurechnen, die ein *anderer* Arzt erbracht oder die eine (auch ärztlich geleitete) Institution selbständig ausgeführt hat¹⁵. Sollen Leistungen durch Dritte erbracht werden, die dem Zahlungspflichtigen ihre Leistungen unmittelbar berechnen, hat der Arzt gemäß § 4 Abs. 5 GOÄ den Patienten hierüber zu unterrichten¹⁶. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß KST-

2) Ahrens, MedR 1992, 143.

3) Vgl. Nentwig/Bonvie/Hennigs, Das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, 1995, S. 27.

4) Zum Genossenschaftsvertrag vgl. Werhan/Hoppert, Beck'sches Formularbuch, 6. Aufl. 1995, S. 854 ff.

5) Gleichlautend B I § 1 Abs. 1 MuBO.

6) Vgl. Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der Deutschen Ärzte, 1995, § 1, Rdnrn. 8 f.; dies kann etwa der Fall sein, wenn den Arzt überhöhte Abgaben und Entgelte an den Kapitalgeber zu überhöhten Honoraren oder Unwirtschaftlichkeiten zwingen, vgl. Taupitz, MedR 1993, 370.

7) Vgl. Ahrens, MedR 1992, 143; Hess (1995), in: KassKomm, § 95 SGB V, Rdnr. 43 m.w.N.

8) Dahm, MedR 1995, 109; vorausgesetzt wird hierbei, daß die Vorgaben der Berufsordnung eingehalten werden (dazu unten unter 3.3.) und nicht eine Verfälschung der Kostenkalkulation erfolgt.

9) Schreiben der Parl. Staatssekretärin Dr. Bergmann-Pohl v. 25. 2. 1997 zur parl. Anfrage des Abgeordneten Prof. Dr. Jürgen Meyer (ArbNr. 2/48).

10) Dazu Schirmer, MedR 1995, 341, 388.

11) Vgl. BSG, Urt. v. 29. 11. 1995 – 3 RKa 36/94 –, NZS 1996, 328.

12) Zu den Anforderungen vgl. die Richtlinien der Bundesärztekammer, DÄBl. 1988, B-1773 m.w.N.

13) Vgl. im einzelnen LSG Nordrh.-Westf., Urt. v. 25. 9. 1996 – L 11 Ka 41/96 –, MedR 1997, 94.

14) I.d.F. v. 18. 12. 1995, BGBl. 1995 I S. 1861.

15) Wezel/Liebold, Handkommentar BMÄ, E-GO und GOÄ, Stand: 1997, § 4 Abs. 2, Anm. 12.

16) Vgl. auch die Diskussion zu § 6a GOÄ: Hans. OLG Hamburg, Urt. v. 11. 2. 1997 – 9 U 128/96 –, MedR 1997, 509.

Leistungen, die unter den geschilderten Verhältnissen der Modellvarianten 2.1. bis 2.4. erbracht werden, für den Überweiser schon dann nicht abrechnungsfähig sind, wenn er sich – wie in der Regel – nicht am Ort der Leistungsvornahme (MRT-Standort) befindet und damit weder die notwendige Aufsicht¹⁷ wahrnehmen noch die gebotene *fachliche Weisung*¹⁸ erteilen kann. Damit ist die Abrechnung durch den Überweiser regelmäßig ausgeschlossen, die im privatärztlichen Bereich vorzugsweise deswegen gewählt wird, weil nach den einschlägigen Versicherungsbedingungen und Beihilfebestimmungen anders nicht die Erstattung für den Privatpatienten gesichert ist (bei gewerblicher Leistung handelt es sich nicht um eine ambulante ärztliche Leistung).

Die Abrechnung durch den „begleitenden“ Radiologen scheidet ebenfalls aus; dieser (siehe oben zu 2.2. und 2.3.) ist allenfalls ein besserer Angestellter und wegen seiner Einbindung in den Geschäftsbetrieb nur schwerlich als freier Mitarbeiter¹⁹ einzuordnen, um für diesen wenigstens ansatzweise Freiberuflichkeit in Anspruch nehmen zu können.

Soweit daher z. B. die MRT-Stelle dem Überweiser (unter interner Registrierung) die Rechnungsstellung vorgibt und dieser liquidiert, handelt es sich zweifelsfrei um eine unzulässige Abrechnung, die geeignet ist, einen Betrugsvorwurf (§ 263 StGB) auszulösen²⁰.

Soweit *Taupitz*²¹ die Auffassung vertritt, auch berufsordnungswidrig erbrachte Leistungen könnten den Patienten in Rechnung gestellt werden, sofern sie *fachlich* in Ordnung sind, kann dem – jedenfalls für die persönliche Leistung – nicht gefolgt werden. Nicht persönlich erbrachte Leistungen sind nicht nur berufsordnungswidrig, sondern gesetzwidrig, weil § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ „nur“ eigene Leistungen zur Abrechnung zuläßt. Das LG Duisburg²² hat zudem einen Verstoß gegen die guten Sitten im Wettbewerb gemäß § 1 UWG angenommen, wenn Ärzten das Angebot zur Durchführung von MIII, IV-Leistungen gemacht wird, ohne daß die persönliche und räumliche aufsichtsführende Anwesenheit der Ärzte während der gesamten Untersuchung nachweisbar gewährleistet ist. Hier dürfte nach wie vor das Problem der Abrechnungsfähigkeit von Leistungen innerhalb von Laborgemeinschaften bzw. im Geno-Gyn-Modell liegen.

Ohnehin steht einer ausdehnenden Betrachtung der Gebührenordnungsbestimmungen der Grundsatz entgegen, daß selbst Gerichten bei der Auslegung von Vorschriften über die Vergütung ärztlicher Leistungen Zurückhaltung auferlegt ist: Die am Abrechnungswesen Beteiligten haben sich am *bloßen Wortlaut* auszurichten, wobei im Zweifelsfall ein Vergütungsanspruch zu versagen ist²³. Deswegen ist im Ergebnis auch die teilweise geäußerte Auffassung vordergründig und durchsichtig, daß die „Anordnung und *Mitbewertung*“ die Abrechnungsberechtigung implizieren würden; abrechnungsfähig ist eine Leistung nur dann, wenn sie von den Berechtigten *vollständig* selbst erbracht worden ist.

3.3. Fachgebietsbeschränkungen

Das BVerfG hat im sog. „Facharztbeschuß“²⁴ bekräftigt, daß das Verbot der Betätigung außerhalb des Fachgebiets als allgemeine Richtlinie gilt, von der Abweichungen nur im Patienteninteresse möglich sind, wenn etwa die Überweisung an einen anderen Arzt nicht zumutbar ist oder wenn wegen eines gewachsenen Vertrauensverhältnisses die fachfremde Behandlung gewünscht wird und *diese* von *untergeordneter* Bedeutung ist. Rechtsgrundlage sind die Heilberufsgesetze der Länder, die wie z. B. das HeilBG Nordrhein.-Westf.²⁵ in § 41 bestimmen, daß der eine Gebietsbezeichnung führende Arzt grundsätzlich nur in dem entsprechenden Fachgebiet tätig werden darf. Die Gebietszugehörigkeit ist weiter insoweit bedeutsam, als sie gleichermaßen über die Möglichkeit mitentscheidet, ob eine nach

§ 4 Abs. 2 GOÄ erforderliche *fachliche Weisung* stattfinden kann. Seine innere Rechtfertigung gewinnt das Beschränkungsgebot daher aus dem Vertrauen des Patienten darauf, daß eine fachärztliche Leistung von einem qualifizierten Gebietsarzt nach den Regeln der gebietsärztlichen Kunst persönlich erbracht wird²⁶.

Für die Abgrenzung der Fachgebiete sind die auf landesgesetzlicher Grundlage beruhenden Bestimmungen des Weiterbildungsrechts maßgeblich²⁷; allerdings muß die Ausgestaltung der Fachgebietsgrenzen die Einheit des ärztlichen Berufs berücksichtigen, wenn Leistungen nicht eindeutig bestimmten Fachgebieten zuzuordnen sind²⁸.

Für die – bezogen auf den MRT-Bereich – entscheidende Frage, ob kernspintomographische Leistungen zum Fachgebiet Orthopädie und ggf. auch zu weiteren Gebieten gehören, läßt sich der Weiterbildungsordnung²⁹ folgendes entnehmen:

Für das Fachgebiet Neurologie gehört hierzu lediglich der Erwerb von *Kenntnissen* über „Isotopendiagnostik und MRT“; für das Gebiet Chirurgie und das der physikalischen und rehabilitativen Medizin findet MRT überhaupt keine Erwähnung. Im Schwerpunkt „Unfallchirurgie“ ge-

- 17) Der Beschl. des BG für Heilb. beim OLG München v. 16. 6. 1978 – BGA 3/77 –, bei *Luyken/Pottschmidt* u. a., Sammlung von Entscheidungen der Berufsgerichte für die Heilberufe, A 1.4 Nr. 6, ist vereinzelt geblieben und überholt; auf den Bereich der Schnittbildtechnik läßt sich die Entscheidung nicht übertragen, da die Leistung von der kontinuierlichen ärztlichen Beurteilung abhängt; vgl. auch LSG Nordrhein.-Westf. (Fn. 13), wonach eine „unter Aufsicht“ erbrachte Leistung persönliche Erreichbarkeit und *unmittelbare* örtliche Nähe voraussetzt – insoweit gilt privatärztlich nichts anderes als vertragsärztlich (ebd., S. 96); s. auch *Plagemann*, Kassenarztrecht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 291; *Quick*, Rh.ÄBl 10/1997, 14.
- 18) Im kassenärztlichen Bereich wird es zu einer Abrechnung durch den Überweiser schon deswegen nicht kommen, weil dieser i. d. R. die besonderen Qualitätsmerkmale nach der „Vereinbarung über Qualifikationsvoraussetzungen gemäß § 135 Abs. 2 SGB V zur Durchführung von Untersuchungen in der Kernspintomographie“, ÄGuV Teil 6, 3001, nicht erfüllt; von daher liegt die Annahme nahe, daß auch im privat-ambulanten Bereich schon die *Eigenart der Untersuchung* eine weitergehende Delegation ausschließt.
- 19) Ein in einer Gesundheitseinrichtung angestellter Arzt kann grundsätzlich keine Zulassung erhalten, vgl. *Taupitz*, VersR 1992, 1064 f. m.w.N.; und BSG, Urte. v. 19. 3. 1997 – 6 RKA 38/96 –, anders für Ärzte ohne regelmäßige Patientenkontakte BSG, Urte. v. 5. 11. 1997 – 6 RKA 62/96 –.
- 20) So ein Schreiben der Bay. LÄK v. 18. 7. 1997; zu den Folgen einer Falschabrechnung bei nicht persönlich erbrachten Leistungen in strafrechtlicher Hinsicht: *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Uhlenbruck* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 1992, § 151, Rdnr. 8.
- 21) *Taupitz*, MedR 1996, 500.
- 22) LG Duisburg, Urte. v. 18. 6. 1996 – 1 O 139/96 –, zitiert bei *Wezel/Liebold* (wie Fn. 5).
- 23) BSG, Urte. v. 28. 9. 1994 – 6 RKA 2/93 –, ArztR 1995, 229; die Grundsätze werden auch auf den GOÄ-Bereich – von der ausdrücklich zugelassenen „analogen“ Anwendung bei *einzelnen Gebührenspositionen* abgesehen – übertragbar sein.
- 24) BVerfG, Beschl. v. 9. 1. 1984 – 1 BvR 1219/83 –, MedR 1984, 190.
- 25) V. 27. 4. 1994, GVNW 1994, 203 ff.
- 26) LSG Nordrhein.-Westf., Urte. v. 11. 1. 1995 – L 11 Ka 84/94 –, MedR 1995, 214; auch diese Aussage gilt nicht nur für den vertragsärztlichen Bereich, da die Rechtsprechung hier nur dem *Vorrang des Berufsrechts* Rechnung trägt, vgl. *Schirmer*, MedR 1997, 450.
- 27) BSG, Urte. v. 20. 3. 1996 – 6 RKA 34/95 –.
- 28) Zur Abgrenzung vgl. *Ratzel*, MedR 1994, 4; *Plagemann* (Fn. 17), Rdnrn. 296 ff.
- 29) Hier die Weiterbildungsordnung der ÄK Westfalen-Lippe v. 30. 1. 1993, MBl. NW 1994, 1366 ff.; gleichlautend auch die Weiterbildungsordnungen anderer Landesärztekammern.

hört die „Befundbewertung“ weiterer diagnostischer Verfahren wie CT und MRT zu den geforderten besonderen Kenntnissen und Erfahrungen, wobei für die Orthopädie noch die (eigentlich selbstverständliche) „Indikationsstellung“ hinzutritt.

Die Frage ist, ob dies ausreicht, auch die *Durchführung und Befundaufwertung* als gebietszugehörig anzusehen.

Der Vergleich mit dem Katalog der Diagnostischen Radiologie nötigt bei unvoreingenommener, nicht vom Ergebnis her determinierter Betrachtung, diese Frage zu verneinen; verlangt werden hier nämlich – weitergehend – eingehende Kenntnisse, Erfahrungen und *Fertigkeiten* in der MRT- und Kernspektroskopie; dazu wird – im Gegensatz zu anderen Gebieten – eine Mindestzahl *selbständig durchgeführter* Untersuchungen gefordert. Endlich läßt sich dies mit dem Weiterbildungskatalog belegen, der von Radiologen die selbständige Durchführung und *Befundung*, also nicht nur „Befundbewertung“ bei 1750 CT und 1000 MRT fordert, von Orthopäden jedoch nur Indikationsstellung und Befundbewertung von MRT und Szintigraphie bei (insgesamt) 100 Patienten; der Gegensatz wird besonders deutlich, weil beim gebietsbezogenen *Röntgen* die selbständige Durchführung und Befundung Weiterbildungsinhalte im Gebiet der Orthopädie sind.

Angesichts dieser klaren Rechtslage – jedenfalls auf der Grundlage der Weiterbildungsordnung – können die berufspolitisch orientierten Versuche, MRT für das eigene Fachgebiet zu entdecken, nach der gegenwärtigen Sachlage nicht zum Erfolg führen und sind allenfalls Ausdruck von Wunschdenken. Inzwischen liegen dazu auch Stellungnahmen der Bundesärztekammer und mehrerer Landesärztekammern vor, die eine für Orthopäden fachfremde Leistung annehmen³⁰ oder die Abrechnung für unzulässig erachten³¹.

Dies bedeutet im Ergebnis, daß bei den aufgezeigten Modellen für die Orthopädie und verwandte Gebiete keine Leistungsberechtigung gefunden werden kann. Entsprechende Modelle sind unter diesem Gesichtspunkt berufsordnungswidrig und unterliegen (zumindest) berufsgerichtlicher Ahndung³².

3.4. Zuweisung gegen Entgelt

Nur selten läßt sich ein Verstoß gegen das „Zuweisungsverbot“ so leicht festmachen wie im Falle des „cash-back-Verfahrens“ (s. o. 2.1.)³³. Von *Ratzel*³⁴ stammt das Wort: „Die möglichen Beteiligungsformen sind vielfältig, der Einfallreichtum der Beteiligten nahezu unbegrenzt“.

Sinn des § 22 BO³⁵ ist es, zu verhindern, daß sich ein Arzt in seiner Therapie- und Diagnosefreiheit oder seinem Überweisungsverhalten von finanziellen Interessen leiten läßt und hierdurch ggf. das Recht des Patienten zur freien Arztwahl beeinträchtigt.

Die Rechtsprechung hat deswegen entsprechende Vereinbarungen als nichtig angesehen und das Zuweisungsverbot als gesetzliches Verbot gemäß § 134 BGB gewertet³⁶. Dies gilt aber nicht nur für ausdrückliche Verstöße wie beim „cash-back“, sondern auch für die zahlreichen Umgehungsversuche.

Zu den Verbotstatbeständen gehört weiter das bereits aus dem Laborbereich bekannte „Kopplungsgeschäft“³⁷, in dem bestimmten Fachgruppen kostenlos Gelegenheit zur Nutzung eines MRT (Leistung und Abrechnung) bei interventionellen Eingriffen gewährt wird, wohingegen der Begünstigte verpflichtet ist, zur Durchführung von Auftragsleistungen im Rahmen seiner Möglichkeiten an den Auftragnehmer (insbesondere zu CT und MRT) zu überweisen. Dort, wo das Geld nicht „offen“ den Besitzer wechseln soll und monatliche Zahlungen bevorzugt werden, erfreuen sich sog. „Beraterverträge“ nach wie vor großer Beliebtheit.

Das sog. „Konsiliararzt“-Modell erhält seine Rechtfertigung auch nicht durch das Gebot „kollegialen Verhal-

tens“³⁸, welches Ärzte mit Liquidationsanspruch verpflichtet, nichtliquidationsberechtigten Kollegen eine angemessene Vergütung zu gewähren, wenn diese zu ärztlichen Einrichtungen bei Patienten herangezogen werden. Erweist sich eine konsiliarische Erörterung als notwendig, hat der Konsiliararzt nämlich einen *eigenen Anspruch* nach Geb.-Nr. 60 GOÄ bzw. Geb.-Nr. 42 EBM. Kurzbefunde oder interdisziplinäre „Bildemonstrationen“, die ohne innere Rechtfertigung nur die „Teilungsfähigkeit“ der Liquidationseinnahmen herbeiführen sollen, rechtfertigen daher keine (weitere) Gebührenbeteiligung.

In der zivilgerichtlichen Rechtsprechung ist stets anerkannt gewesen, daß unwirksam auch solche Geschäfte sind, die den verbotenen Erfolg durch Verwendung von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zu erreichen suchen, die (scheinbar) nicht von der Verbotsnorm erfaßt werden³⁹.

Den Umgehungsgeschäften zuzuordnen sind in aller Regel auch die Leistungen über Nutzungsverträge (s. o. 2.2.) und Apparategemeinschaften (s. o. 2.3.) in der beschriebenen Form.

Die Absicht der Initiatoren zeigt sich in der bei den Gestaltungen typischen „verdeckten Gewinnausschüttung“ nach der Anzahl der veranlaßten Untersuchungen. Der Versuch, im Rahmen der Nutzungsmodelle den Eindruck der Zuweisung gegen Entgelt durch die Abrechnung des veranlassenden Arztes zu vermeiden, wird durch zusätzlichen Verstoß gegen das Gebot persönlicher Leistung und das Verbot fachfremder Leistungen erkaufte, ohne daß sich an der Sache selbst etwas ändert. Selbstverständlich wäre gegen die Modelle bei Einhaltung beider Gebote nichts einzuwenden – nur lassen dies die gesetzlichen Rahmenbedingungen derzeit nicht zu. Zum Teil stellt sich – bei Leistungserbringung in einer gewerblich strukturierten Institution – im Hinblick auf das steuerliche Verbot des Gestaltungsmissbrauchs, § 42 AO, die Frage nach einer Umsatz- und Gewerbesteuerpflichtigkeit, wenn Leistungen nur der äußeren Form halber so abgerechnet werden, als wären sie in einer Eigeneinrichtung persönlich erbracht worden.

Grenzübergang zu sehen sind Gewinnbeteiligungen, die in Zusammenhang mit Beteiligungen an Kapitalgesellschaften gewährt werden⁴⁰. Hier ist zu differenzieren: Ist der Arzt an einer Nutzergemeinschaft („Kosten“-GmbH) selbst beteiligt und erbringt er persönliche Leistungen, ist die Kosten-

30) BÄK, Schreiben v. 9. 1. 1997, Az.: 650, sowie Schreiben der LÄK Bad.-Württ. v. 14. 3. 1996, Berlin v. 23. 4. 1997, Brandenburg v. 28. 5. 1997, Nordrhein v. 11. 6. 1997, Sachsen-Anhalt v. 16. 4. 1997; nicht eindeutig die Bayerische LÄK im Schreiben v. 22. 5. 1997.

31) ÄK Westfalen-Lippe, Schreiben v. 2. 9. 1997, Az.: R 324/97; zur Zulässigkeit der Abrechnung vgl. aber auch *Taupitz*, MedR 1996, 500; im vertragsärztlichen Bereich ist der Ausschluß der Abrechnung nicht strittig, vgl. BSG (Fn. 27).

32) Vgl. *Ratzel/Lippert* (Fn. 6), § 4, Rdnr. 2, dortige Fn. 5.

33) Es handelt sich nicht nur um ein standesrechtliches Problem der Ärzteschaft. Die Problematik besteht gleichermaßen im notariellen Berufs- und Standesrecht, vgl. Mitt. 1/1997 NotK. Hamm, S. 25. In manchen Regionen haben die Mißstände einen derartigen Umfang angenommen, daß sich Ärzte mangels Einwirkung (smöglichkeiten) der Ärztekammern „zum Mitmachen“ gezwungen sehen, um ihr wirtschaftliches Überleben zu sichern.

34) *Ratzel/Lippert* (Fn. 6), § 22, Rdnr. 4.

35) I.d.F. der BO ÄK Westfalen-Lippe v. 23. 4. 1994, MBl. NW 1995, 938 ff.; wortgleich B § 31 MuBO.

36) BGH, Urt. v. 22. 1. 1986 – VIII ZR 10/85 –, NJW 1986, 2361; *Palandt-Heinrichs*, BGB, 54. Aufl. 1995, § 134, Rdnr. 16.

37) Dazu *Möller*, MedR 1994, 10; *Dahm*, MedR 1994, 13.

38) § 19 Abs. 2 BO der ÄK Westfalen-Lippe; B § 29 Abs. 3 MuBO.

39) *Palandt-Heinrichs* (Fn. 36), § 134, Rdnr. 28 m.w.N. zur obergerichtlichen Rspr.

40) Vgl. *Dahm*, MedR 1995, 108; siehe auch den Bericht von *Clade*, DÄBl. 1997, A-3247, über die Hauptversammlung des NAV-Virchowbundes 1997.

(und ggf. Gewinn-)beteiligung entsprechend seiner Inanspruchnahme der sächlichen Mittel sachgerecht.

Erbringt die Gesellschaft (z. B. im Rehabilitations- oder Sanitärbereich) ihre Leistungen selbst und soll die Gewinnbeteiligung verursacherbezogen im Verhältnis zur Zuweisungs- oder Veranlassungsquote erfolgen, wird nicht die Gesellschaft als juristische Person begünstigt, sondern mittelbar der Arzt. Dieser entnimmt daher im Sinne des „Empfehlungsverbots“⁴¹ eine wirtschaftliche Vergünstigung, die ihm nicht gestattet ist. Deswegen verwundert es nicht, daß in der Beratungspraxis häufig von derartigen Modellen nach entsprechender Aufklärung Abstand genommen wird, weil sie angesichts einer (echten) Kapitalbeteiligung mit einem (allein) hierauf entfallenden Gewinn- und Verlustrisiko „wirtschaftlich uninteressant“ sind.

Beteiligungsmodelle mit geringfügigen Beiträgen, aber hohen (versprochenen) Gewinnerwartungen, die zudem eine Gewinnausschüttung entsprechend der Zuweisungsquote (noch dazu ohne persönliche Leistung) im Beschlußverfahren vornehmen, tragen von vornherein das Stigma der Unzulässigkeit. Vielfach wird versucht, die Zulässigkeit argumentativ damit zu rechtfertigen, daß es einem Arzt nicht verboten sei, eine Beteiligung in Form von Aktien an Pharmaunternehmen zu erwerben; in dem Zusammenhang ist jedoch noch kein Fall bekannt geworden, in dem bei der Gewinnausschüttung ein Arzt (z. B. gegenüber anderen Aktionären) nur deshalb bevorzugt worden wäre, weil er mehr als andere Ärzte bestimmte Präparate eines Pharmaunternehmens verordnet hat (deswegen wird ein „Dankeschön“ eher schenkungsweise durch Zuwendung von Aktien oder Geschäftsanteilen gewährt, was wiederum den Zusammenhang verdeutlicht).

4. Ergebnis

Ärztliche Beteiligungsmodelle sind nicht per se unzulässig, müssen sich aber an den gesetzlichen Vorgaben und der Berufsordnung messen lassen. Je größer der in Aussicht gestellte Vorteil ist, umso eher ist Vorsicht angebracht, will man sich nicht strafrechtlicher, berufsrechtlicher und kassenärztlicher Ahndung aussetzen. Jeder Arzt, der eine Beteiligung in Erwägung zieht, tut gut daran, sich *sachkundiger* Beratung zu vergewissern und bei verbleibenden Zweifeln die Ärztekammer in Anspruch zu nehmen.

Daß den Ärzten die Beachtung des Standesrechts und eine rechtliche Beratung bei Vertragsmodellen nahegelegt

wird, entschuldigt nicht, wenn *das ganze Konzept darauf angelegt ist, daß ärztliches Standesrecht verletzt wird*⁴².

Negativsten aus der Industrie ist daher mit dem gebotenen Mißtrauen zu begegnen. Allzu häufig steht hier das Verkaufsinteresse im Vordergrund. Die rechtliche Beratung hat sich nicht an juristischen Leerformeln zu orientieren; maßgeblich für die Bewertung muß der tatsächliche Inhalt des Rechtsgeschäfts sein, welches der Prüfung zugrundegelegt wird, und nicht eine vom Ergebnis her determinierte Betrachtung oder ein Sachverhalt, der mehr Wunschdenken als den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.

Es ist allein Aufgabe des Gesetzgebers, entgegenstehende Normen zu ändern. Dabei bleibt es interessierten Ärzten unbenommen, hierauf über ihre Berufsverbände einzuwirken und entsprechende Rahmenbedingungen zu schaffen, wie das LSG Nordrh.-Westf. zu Recht betont hat⁴³.

Ein weiterer Aspekt sollte nicht übersehen werden, der von nicht zu vernachlässigender Bedeutung für das *gesamthonorarpolitische* Interesse ist, hinter dem kurzfristige und kurzichtige Partikularinteressen zurückstehen sollten.

Bereits heute werden die qualitativ hoch bewerteten CT- und MRT-Leistungen im kassenärztlichen Bereich einer Degression unterworfen⁴⁴. Entsprechende Regelungen werden auch im GOÄ-Bereich nicht zu verhindern sein, wenn die persönliche Leistungserbringung durch hierfür qualifizierte Ärzte als überflüssig erachtet wird⁴⁵. Für Leistungen mit dem „Mini-MRT“ bei einer Feldstärke von 0,2 T läßt sich nur schwerlich derselbe Honoraranspruch wie für Leistungen mit einem High-Tech-Gerät von 1,5 T rechtfertigen. Dies aber ist die Kalkulationsbasis für einen niedergelassenen Radiologen. Eingriffe in das hierauf kalkulierte Honorargefüge gehen daher unmittelbar einher mit Auswirkungen und Verwerfungen bei der Sicherstellung einer geordneten kassen- und privatärztlichen Versorgung. Insofern liegt es im Gesamtinteresse der Ärzteschaft, zweifelhaften Beteiligungsmodellen in jeder Form entgegenzutreten.

41) Vgl. § 30 Abs. 1 BO ÄK Westfalen-Lippe; B § 34 MuBO.

42) OLG Stuttgart, Urt. v. 23. 8. 1996 – 2 U 120/96 –, MedR 1997, 177.

43) LSG Nordrh.-Westf. (Fn. 13), MedR 1997, 96.

44) Vgl. die Vorbemerkungen vor dem Kapitel Q.7 und R des EBM.

45) So schon jetzt explizit für Röntgenleistungen LSG Nordrh.-Westf. (Fn. 13).

BUCHBESPRECHUNGEN

Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft aus deutscher und japanischer Sicht. Symposium der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka. Herausgegeben von Dieter Leipold. Verlag C. F. Müller, Heidelberg 1997, VIII u. 301 S., geb., DM 144,-

Der Band enthält die Referate der neun deutschen und elf japanischen Teilnehmer eines Symposiums, das 1995 in Freiburg stattfand. Er verfolgt sein Generalthema quer durch die rechtswissenschaftlichen Disziplinen. So tritt zur deutsch-japanischen Rechtsvergleichung eine Binnenrechtsvergleichung hinzu auf durchaus anregende Weise. Die vier Abteilungen spannen einen weiten Bogen: von den Grundlagen und dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht über das Strafrecht und Strafprozeßrecht, das Arbeits- und Sozialrecht bis schließlich hin zum Zivil- und Zivilprozeßrecht. Einige der Beiträge sind von medizinrechtlichem Interesse. Zu ihnen läßt sich der Aufsatz von Alexander

Hollerbach rechnen, der die Selbstbestimmung im Recht aus der Sicht der Rechtsphilosophie erörtert und mit dem bedenkenswerten Hinweis auf die Personalität als „die freie Übernahme von Pflicht, Grenze und Bindung“ endet. Weiter hervorzuheben sind drei Beiträge des strafrechtlichen Teiles. Wolfgang Frisch plädiert in seinem Aufsatz über Leben und Selbstbestimmungsrecht für eine Zurücknahme der Strafbarkeit aus § 216 StGB in den Fällen qualvoll leidender Todkranker, die eindeutig und ernsthaft den erlösenden Tod wünschen. Kazushige Asada behandelt Selbsttötung, Tötung mit Einwilligung, Sterbehilfe, Gehirntod und Organtransplantation in Japan, wobei die Unterschiede der Rechtskulturen erscheinen. Auch Satoshi Ueki markiert die japanischen Eigenheiten in seiner Studie zum Informed Consent, einer rechtsvergleichenden Betrachtung des Arzthaftungsrechts. Die beiden genannten japanischen Beiträge hätten durch die Hilfe eines sorgfältigen Lektors an Aussagekraft gewonnen.

Prof. Dr. iur. Dr. h. c. Adolf Laufs, Heidelberg