

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 32

**Grenzen finanzieller Einflussnahme
auf ärztliche Entscheidungen bei
der Kooperation von Ärzten mit
anderen Leistungserbringern
in der Gesundheitswirtschaft**

Von

Corinna Alexandra Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

CORINNA ALEXANDRA SCHMIDT

Grenzen finanzieller Einflussnahme
auf ärztliche Entscheidungen bei der Kooperation
von Ärzten mit anderen Leistungserbringern
in der Gesundheitswirtschaft

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 32

Herausgegeben von Professor Dr. Helge Sodan,
Freie Universität Berlin,

Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a.D.

Grenzen finanzieller Einflussnahme auf ärztliche Entscheidungen bei der Kooperation von Ärzten mit anderen Leistungserbringern in der Gesundheitswirtschaft

Unter besonderer Berücksichtigung der Zulässigkeit
von Rückvergütungsmodellen (sog. Kick-back-Vereinbarungen)
nach Maßgabe des § 31 Abs. 1 Musterberufsordnung-Ärzte

Von

Corinna Alexandra Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät
der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
hat diese Arbeit im Jahre 2012
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 61

Alle Rechte vorbehalten
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Fotosatz Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-1385
ISBN 978-3-428-14260-6 (Print)
ISBN 978-3-428-54260-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84260-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2012 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung wurde im Jahr 2013 abgelegt. Für die Veröffentlichung wurden Rechtsprechung und Literatur bis Februar 2014 überwiegend berücksichtigt.

Mein großer Dank gilt zunächst Herrn Professor Dr. Dieter Gieseler VorsRi OLG a.D. für die konstruktive Betreuung während des gesamten Promotionsvorhabens, insbesondere für die stete Bereitschaft zum Dialog, die fachliche und emotionale Unterstützung in den schwierigen Phasen der Promotion und die zügige Erstellung des Erstgutachtens. Danken möchte ich weiter Herrn Professor Dr. Dirk Olzen für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Herrn David Klein, LL.M. und Frau Dr. Juliane Netzer danke ich sehr für wertvolle Anregungen und die Diskussionsbereitschaft. Ebenso bedanke ich mich bei Frau Daniela Pelster für das geduldige Korrektorat. Zuletzt bedanke ich mich herzlich bei meinem Vater Herrn Helmut Schmidt und meinem Verlobten Dr. Gido Murra, ohne deren Unterstützung in jeder Hinsicht diese Arbeit nicht hätte entstehen können. Widmen möchte ich diese Arbeit meiner zu früh verstorbenen Mutter Ilona Sofie Schmidt.

Düsseldorf, April 2014

Corinna Alexandra Schmidt

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einführung

§ 1 Das Phänomen „Kopfprämie“	21
A. Entstehungsgründe	22
I. Die zentrale Rolle des Arztes im Gesundheitssystem	22
1. Die Bedeutung des niedergelassenen Arztes für den Patienten	22
2. Der Arzt als Mittler von Gesundheitsleistungen aus der Perspektive der Leistungserbringer	23
II. Wirtschaftliche Bedeutsamkeit der Vermittlungstätigkeit für die übri- gen Leistungserbringer	24
III. Anreiz zur materiellen Beeinflussung	24
B. Rechtliche Rahmenbedingungen	24
§ 2 Gegenwärtige Diskussionspunkte	26
A. Vereinbarkeit ärztlicher Kooperationsformen mit dem Verbot finanzieller Einflussnahme auf die Behandlungsentscheidung	26
B. Fehlende Gleichförmigkeit der Bewertungsansätze	28
C. Aktualität der sich aus § 31 Abs. 1 MBO-Ä ergebenden Wertungen	29
§ 3 Gegenstand und Gang der Untersuchung	29
A. Verlauf der Untersuchung	29
B. Terminologie und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	30
I. Der niedergelassene Arzt in der Funktion des Vermittlers	30
II. Empfänger einer Patientenvermittlung	30
1. Anbieter von Gesundheitsleistungen	31
2. Der Patient als Empfänger einer Vermittlung	32
III. Systemimmanente Anreize zur Patientenlenkung	32
1. Gesetzliche Bonus- und Rabattzahlungen	32
2. Neue vertragsärztliche Kooperationsformen	33
3. Beteiligung der Krankenkasse	33
4. Zusammenfassung	34

*Teil 2***Formen der Patientenvermittlung**

§ 1 Die Überweisung	35
A. Die Überweisung im System der gesetzlichen Krankenversicherung	36
I. Die Auswahl des Überweisungsempfängers in der gesetzlichen Krankenversicherung	36
II. Der Grundsatz der freien Arztwahl nach § 76 SGB V	37
B. Die Auswahl des Überweisungsempfängers bei privat Versicherten	40
C. Zwischenergebnis	40
§ 2 Die Verordnung	41
A. Die Verordnung im System der gesetzlichen Krankenversicherung	41
I. Die Bedeutung der Verordnung für die Ansprüche des Versicherten und der Leistungserbringer im Verhältnis zur Krankenkasse	42
II. Die Auswahl eines bestimmten Wettbewerbers durch den Arzt im Rahmen der Verordnung und Wahlrechte des Patienten	45
1. Die Verordnung von Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln gem. § 73 Abs. 2 Nr. 7 Var. 1 SGB V	45
a) Die Wahl der abgebenden Stelle bei der Verordnung von Arzneimitteln	46
b) Mittelbare Bestimmung eines Herstellers durch die Wahl des Medikaments	47
c) Besonderheiten bei der Verordnung von Verband-, Heil- und Hilfsmitteln	50
2. Die Verordnung von Krankenhausbehandlung gem. § 73 Abs. 2 Nr. 7 Var. 3 SGB V	53
a) Angabe der beiden nächsterreichbaren, für die vorgesehene Krankenhausbehandlung geeigneten Krankenhäuser gem. § 73 Abs. 4 S. 3 SGB V	53
b) Bindung an die Vorgaben des Arztes oder Wahlrecht des Patienten?	56
3. Die Verordnung von Behandlung in Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen gem. § 73 Abs. 2 Nr. 7 Var. 4 SGB V und von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation gem. § 73 Abs. 2 Nr. 5 Var. 2 SGB V	66
4. Die Verordnung von Krankentransporten gem. § 73 Abs. 2 Nr. 7 Var. 2 SGB V	67
5. Die Verordnung häuslicher Krankenpflege gem. § 73 Abs. 2 Nr. 8 SGB V	67
6. Die Verordnung von Soziotherapie gem. § 73 Abs. 2 Nr. 12 SGB V	68
B. Die Verordnung im System der privaten Krankenversicherung	68

Inhaltsverzeichnis	9
--------------------	---

C. Zwischenergebnis	69
§ 3 Der Bezug	70
§ 4 Sonderfall: Die Empfehlung	71
§ 5 Zusammenfassung der Ergebnisse zu Formen der Patientenvermittlung	73

Teil 3

**Berufsrechtliche Grenzen einer pekuniären Einflussnahme
auf die ärztliche Zuführungsentscheidung**

§ 1 Die Berufsordnungen der Ärzte im Allgemeinen	74
A. Historische Entwicklung	75
B. Rechtliche Grundlagen	77
C. Das Verhältnis der Musterberufsordnung zu den Berufsordnungen der Länder	80
§ 2 Die für die Verquickung der Zuführungsentscheidung mit pekuniären Interessen relevanten Normen	81
§ 3 Unerlaubte Zuweisung von Patientinnen und Patienten gegen Entgelt gem. § 31 Abs. 1 MBO-Ä	87
A. „Zuweisung von Patientinnen und Patienten oder Untersuchungsmaterial“ ..	88
I. Grammatikalische Interpretation	92
II. Systematische Interpretation	97
1. Abgrenzung der Zuweisung von der Verordnung i.S.d. § 31 Abs. 1 Var. 2 MBO-Ä	98
a) Verordnungsvarianten des § 31 Abs. 1 Var. 2 MBO-Ä	99
b) Empfängerkreis einer Verordnung nach § 31 Abs. 1 Var. 2 MBO-Ä	100
c) Empfängerkreis bei der Verordnung eines Heilmittels	102
d) Zwischenergebnis	104
2. Abgrenzung der Zuweisung von dem Bezug i.S.v. § 31 Abs. 1 Var. 3 MBO-Ä	104
3. Abgrenzung der Zuweisung von der Verweisung und der Empfehlung i.S.v. § 31 Abs. 2 MBO-Ä	104
4. Ergebnis der systematischen Auslegung	108
III. Historische und genetische Interpretation	109
IV. Teleologische Interpretation	113
1. Schutzzwecke des § 31 Abs. 1 Var. 1 MBO-Ä	114
a) Schutz des Patienten durch die Bewahrung der ärztlichen Unabhängigkeit	115
aa) Bedeutungsgehalt des Begriffs der ärztlichen Unabhängigkeit	115

bb) Vereinbarkeit des Schutzzwecks mit den Auslegungsvarianten	120
cc) Zwischenergebnis	123
b) Schutz des Gesundheitssystems durch die Bewahrung der Wirtschaftlichkeit	123
c) Schutz des Patienten und der Konkurrenten durch Vermeidung ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteile	124
aa) Regelungszweck des § 31 MBO-Ä?	124
bb) Vereinbarkeit des Schutzzwecks mit den Auslegungsvarianten	126
cc) Zwischenergebnis	126
d) Wahrung der ärztlichen Dignität	126
e) Gewährleistung der freien Arzt-/Krankenhauswahl	127
aa) Regelungszweck des § 31 Abs. 1 Var. 1 MBO-Ä?	127
bb) Bedeutung für die Auslegungsfrage	132
2. Ergebnis der teleologischen Auslegung	133
V. Ergebnis zum Begriff der Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial	134
B. „Verordnung oder Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten“	135
C. Der „Arzt“ als Normadressat	136
I. In seiner Eigenschaft als natürliche Einzelperson	136
II. Gesellschaften mit ärztlicher Beteiligung	137
1. Krankenhäuser und Medizinische Versorgungszentren	138
2. Ärztliche Kooperationen in der Form einer rechtsfähigen Gesellschaft	139
3. Zwischenergebnis	140
III. Ergebnis zum Normadressaten	140
D. „Ein Entgelt oder andere Vorteile“	141
I. Einzelne Modalitäten eines Vorteils	141
1. Geldwerte Güter	141
2. Rückvergütung und „Kick-back“	142
a) „Kick-back“ bei dem Bezug von Produkten im Sinne von § 31 Abs. 1 Var. 3 MBO-Ä	142
b) „Kick-back“ bei der Beauftragung mit Laboruntersuchungen	144
c) „Kick-back“ in anderen Rückvergütungskonstellationen	145
3. Kopplungsgeschäfte, Quersubventionierung, Umsatzgeschäfte und Beteiligung am Liquidationserlös	145
4. Quersubventionierung durch gegenseitige Patientenüberweisung	146
5. Gesellschaftsrechtliche Gewinnbeteiligung	146
II. Sonstige Vorteile	146

III. Begrenzung auf materielle Vorteile	147
IV. Wegfall des Vorteils bei Bestehen eines Rechtsanspruchs?	149
V. Berücksichtigung einer Gegenleistung des zuweisenden Arztes beim Vorteilsbegriff?	150
VI. Zusammenfassung	152
E. Ein Entgelt oder anderer Vorteil „für“ die Zuweisung, die Verordnung oder den Bezug	152
I. Allgemein	152
II. Parameter für die tatsächliche Feststellung der Konnexität	154
III. Geringfügigkeit des Vorteils als Ausschlussgrund der Konnexität	156
IV. Bestimmung der Verknüpfung im Verhältnis zu den einzelnen Zuführungsarten Zuweisung, Verordnung und Bezug	157
V. Beurteilung der Konnexität bei einer weiteren Gegenleistung des Arztes	158
1. Zusammenhang mit der Behandlung des Patienten	159
2. Äquivalenz im weiteren Sinne	160
a) Tatsächliche Erbringung einer werthaltigen Zusatzleistung	160
b) Angemessenheit im engeren Sinne	162
3. Zwischenergebnis	163
VI. Ergebnis zu dem Tatbestandsmerkmal „für“	164
F. „Zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren“	164
I. Die einzelnen Handlungsmodalitäten	165
II. „Anbieten“ eines Vorteils ebenfalls untersagt?	165
III. Begünstigter des Vorteils	167
IV. Personelle Einschränkung der Vorteilsgewährenden i. w. S.?	168
V. Zusammenfassung	168
G. Rechtswidrige Berufspflichtverletzung	169
I. Rechtfertigung durch Aufklärung des Patienten?	169
II. Rechtfertigung durch einen hinreichenden Grund gem. § 31 Abs. 2 MBO-Ä?	170
III. Ergebnis	171
H. Schuldhafte Berufspflichtverletzung	171
I. Berufsrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen das Verbot der unerlaubten Zuweisung	172
I. Maßnahmenkatalog	172
II. Effizienz der Verfolgung	173
1. Vorlagepflichten	174
2. Ermittlungsbefugnisse der Ärztekammern	174
III. Beweisführung	175

IV. Resümee	175
J. Zusammenfassung der Ergebnisse zu der Unerlaubten Zuweisung von Patienten gem. § 31 Abs. 1 MBO-Ä	176
§ 4 Bewertung einzelner Kooperationen am Maßstab von § 31 Abs. 1 MBO-Ä – zugleich näherte Bestimmung des Kriteriums „Grund in der ärztlichen Behandlung selbst“ bei gegenseitigen Zuwendungen	178
A. Kooperationen zwischen Arzt und Krankenhaus	178
I. Zusammenarbeit im Bereich der prä- und poststationären Behandlung ..	179
1. Urteil des OLG Koblenz vom 20. Mai 2003	180
a) Sachverhalt	180
b) Bewertung im Hinblick auf § 31 Abs. 1 Var. 1 MBO-Ä	181
2. Urteil des OLG Schleswig-Holstein vom 4. November 2003	181
a) Sachverhalt	181
b) Bewertung im Hinblick auf § 31 Abs. 1 Var. 1 MBO-Ä	182
3. Urteil des OLG Düsseldorf vom 16. November 2004	183
a) Sachverhalt	183
b) Bewertung im Hinblick auf § 31 Abs. 1 Var. 1 MBO-Ä	183
4. Urteil des OLG Düsseldorf vom 1. September 2009	184
a) Sachverhalt	184
b) Bewertung im Hinblick auf § 31 Abs. 1 Var. 1 MBO-Ä	185
5. Gegenüberstellung	185
a) Feststellungen zum Vorteil	186
b) Feststellungen zur Konnexität	186
6. Schlussfolgerung	187
a) § 115a SGB V als Beurteilungsmaßstab?	187
aa) Rechtslage vor der Änderung des § 115a Abs. 1 SGB V durch das GKV-VStG	188
(1) Erfüllung der Normvoraussetzungen des § 115a SGB V bei der Einbindung niedergelassener Ärzte außerhalb des Krankenhauses	188
(2) Eignung als Beurteilungsmaßstab im Berufsrecht	190
(3) Folgen für die Bewertung nach § 31 Abs. 1 MBO-Ä	191
(4) Zwischenergebnis	191
bb) Rechtslage nach der Änderung des § 115a SGB V	192
cc) Zwischenergebnis	193
b) Zusätzliche Verdienstmöglichkeit als Vorteil	193
II. Übrige Zusammenarbeit	194
1. Ambulante Operationen gem. § 115b SGB V	194
a) Vorteil für den niedergelassenen Arzt	195
b) Zulässigkeit der Erbringung ambulanter Operationen durch niedergelassene Ärzte gem. § 115b SGB V	196

c) Ergebnis zu den ambulanten Operationen gem. § 115b SGB V ..	197
2. Belegarzt	198
3. Belegarzt mit Honorarvertrag	199
4. Konsiliararzt	200
5. Unechter Belegarzt/Systematischer Konsiliararzt	200
III. Ergebnis	201
B. Kooperationen zwischen Arzt und Hilfsmittelerbringern beim verkürzten Versorgungsweg	203
I. Begriff und Abgrenzung von der bloßen Abgabe von Verbrauchsgütern	203
II. Formen des verkürzten Versorgungsweges	204
1. Verkürzter Versorgungsweg mit Hörgeräten	204
2. Verkürzter Versorgungsweg mit Brillen	205
III. Berufsrechtliche Bewertung	206
1. § 3 Abs. 2 MBO-Ä und § 31 Abs. 2 MBO-Ä	206
2. § 31 Abs. 1 MBO-Ä	207
a) Zuweisung im Sinne von § 31 Abs. 1 Var. 1 MBO-Ä	207
b) Fordern, Versprechen oder Gewähren eines Entgelts oder sonstigen Vorteils	209
c) Konnexität zwischen Vorteil und Zuweisung	209
aa) Hörgeräte	209
bb) Brillen	210
3. Ergebnis	211
IV. Annex: Einfache Abgabe von Verbrauchsgütern	212
1. Vorliegen einer Patientenvermittlung im Sinne von § 31 MBO-Ä ..	212
a) Zuweisung gem. § 31 Abs. 1 Var. 1 MBO-Ä	213
b) Bezug gem. § 31 Abs. 1 Var. 3 MBO-Ä	214
c) Zwischenergebnis	214
2. Vorteil für die Zuweisung im weiteren Sinne	214
3. Ergebnis	215
C. Gesellschaftsrechtliche Beteiligung eines Arztes an dem Unternehmen eines nicht ärztlichen Leistungserbringers	215
I. Unmittelbare Abhängigkeit der Gewinnbeteiligungshöhe von der Anzahl der Zuweisungen bzw. Verordnungen	216
II. Mittelbare Abhängigkeit der Gewinnbeteiligungshöhe vom Erfolg des Unternehmens	217
1. Generelle Zulässigkeit der Beteiligung an einem Unternehmen mit beruflichem Bezug	217
2. Änderung der Bewertung durch das Zuweisungsverhalten	219
3. Verwirklichung der Voraussetzungen des § 31 Abs. 1 MBO-Ä ..	219

a) Vorteil	220
b) Konnexität	220
aa) „Erheblicher“ Einfluss der Zuweisungen auf den Wert des Kapitalanteils	221
bb) Untergrenze der „Erheblichkeit“	223
cc) Einschränkung durch das Erfordernis einer Unrechtsvereinbarung	225
dd) Aufhebung der Konnexität durch die Entscheidung des Medizinischen Dienstes der Krankenkasse	228
c) „Zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren“	229
III. Ergebnis	229
D. Gesellschaftsrechtliche Kooperation niedergelassener Ärzte	230
I. Formen ärztlicher Kooperationen	231
1. Berufsausübungsgemeinschaft, Kooperationsgemeinschaft und Praxisverbund	231
2. Organisationsgemeinschaft	232
II. Vereinbarkeit ärztlicher Berufsausübungsgemeinschaften mit § 31 Abs. 1 Var. 1 MBO-Ä am Beispiel der Teilberufsausübungsgemeinschaft	233
1. Begriff der Teilberufsausübungsgemeinschaft	233
2. Missbrauchspotenzial im Hinblick auf § 31 Abs. 1 Var. 1 MBO-Ä ..	235
3. Zuweisung innerhalb einer Teilberufsausübungsgemeinschaft – Umgehung oder Verstoß gegen § 31 MBO-Ä?	236
4. Vorteil	238
5. Konnexität	238
a) Allgemeine Kriterien	239
b) § 18 Abs. 1 S. 2–5 MBO-Ä	239
aa) Gewinnverteilung gem. § 18 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 MBO-Ä	241
(1) Kritik	242
(2) Würdigung	242
(a) Ungleichbehandlung mit Berufsausübungsgemeinschaften	243
(b) Vereinbarkeit einer paritätischen Gewinnverteilung in der Berufsausübungsgemeinschaft mit dem Zuweisungsverbot	245
(c) Besonderheiten der Teilberufsausübungsgemeinschaft	246
(d) Zwischenergebnis	248
bb) Erbringen medizinisch-technischer Leistungen auf Veranlassung gem. § 18 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 MBO-Ä	248

(1) Entscheidung des LG Mosbach	249
(2) Würdigung	250
(a) Wortlaut	250
(b) Systematik	252
(c) Telos	253
(d) Zwischenergebnis	255
cc) Ergebnis zu § 18 Abs. 1 S. 2–5 MBO-Ä	256
6. Ergebnis zur Vereinbarkeit ärztlicher Berufsausübungsgemeinschaften mit § 31 Abs. 1 Var. 1 MBO-Ä am Beispiel der Teilberufsausübungsgemeinschaft	256
III. Vereinbarkeit ärztlicher Organisationsgemeinschaften mit § 31 Abs. 1 Var. 1 MBO-Ä	257
1. Formen	257
2. Allgemeine Vereinbarkeit mit § 31 MBO-Ä	258
3. Gewinn-/Einnahmepooling	259
4. Ergebnis zu der Vereinbarkeit ärztlicher Organisationsgemeinschaften mit § 31 Abs. 1 Var. 1 MBO-Ä	261
E. Vereinbarkeit einer „zusätzlichen Verdienstmöglichkeit“ mit § 31 Abs. 1 MBO-Ä	261
I. Zusätzliche Verdienstmöglichkeit als Vorteil für die Zuweisung	262
1. Setzen eines Anreizes durch die Gewährung einer Verdienstmöglichkeit	263
a) Indikation durch § 128 Abs. 2 S. 2 SGB V?	263
b) Berufsrechtliche Ansätze	265
c) Zwischenergebnis	265
2. „Vorteil“ im Sinne des § 31 Abs. 1 MBO-Ä?	265
3. Vorteil „für“ die Zuweisung?	267
4. Spannungslage	268
II. Vereinbarkeit mit den Schutzzwecken des § 31 Abs. 1 MBO-Ä	269
1. Kenntnis des Patienten	270
a) Transparenz als kompensierendes Kriterium	270
aa) Freie Wahl des Leistungserbringers	271
bb) Schutz des Wettbewerbs	272
cc) Schutz des Vertrauens in die ärztliche Unabhängigkeit	272
b) Objektives Interesse des Patienten als kompensierendes Kriterium	273
2. Tatsächliche Kenntnis des Patienten in den einzelnen Fallvarianten	274
III. Ergebnis zu der Vereinbarkeit einer „zusätzlichen Verdienstmöglichkeit“ mit § 31 Abs. 1 MBO-Ä	275
F. Zusammenfassung der Ergebnisse zu der Bewertung einzelner Kooperationsformen	275

*Teil 4***Zusammenfassung und Bewertung der Untersuchungsergebnisse**

§ 1 Reichweite des § 31 Abs. 1 MBO-Ä	278
§ 2 Vereinbarkeit ärztlicher Kooperationsformen mit § 31 Abs. 1 MBO-Ä	279
§ 3 Bewertung und Ausblick	280
Literaturverzeichnis	282
Sachwortverzeichnis	301

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AMG	Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
Art(t).	Artikel
Ärzte-ZV	Zulassungsverordnung für Vertragsärzte
ArztR	Arztrecht, Zeitschrift
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
A/ZusR	Der Arzt/Zahnarzt und sein Recht, Zeitschrift für Arzt-, Kassenarzt und Arzneimittelrecht
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BO	Berufsordnung
BSG	Bundessozialgericht
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
DÄBL.	Deutsches Ärzteblatt
DAV	Deutscher Anwaltverein
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
Diss. iur.	Juristische Dissertation
DRG	Diagnosis Related Groups

Drucks.	Drucksache
EBM	Einheitlicher Bewertungsmaßstab
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
EUR	Euro
f., ff.	folgend(e)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
f&w	führen und wirtschaften im Krankenhaus, Fachmagazin
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GesR	Zeitschrift für Gesundheitsrecht
GG	Grundgesetz
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GKV-VStG	Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
Hdb	Handbuch
Hess. ÄBl.	Hessisches Ärzteblatt
h. M.	herrschende Meinung
HNO	Hals-Nasen-Ohren
Hrsg.	Herausgeber
insbes.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
jurisPR-MedizinR	juris Praxis Report Medizinrecht
JZ	Juristen Zeitung
Kap.	Kapitel
KHuR	Krankenhaus & Recht, Zeitschrift
krit.	kritisch
KrV	Die Krankenversicherung, Zeitschrift
KU	Krankenhaus Umschau, Zeitschrift
LSG	Landessozialgericht
MBO-Ä	Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte
MB/KK	Musterbedingungen für die Krankheitskosten und Krankenhaustagegeldversicherung
MB/KT	Musterbedingungen für die Krankentagegeldversicherung
MedR	Medizinrecht, Zeitschrift
MüKo	Münchener Kommentar

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Zeitschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport, Zeitschrift
NJWE-WettBR	Neue Juristische Wochenschrift – Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht, Zeitschrift
Nr(n).	Nummer(n)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
PharmR	Pharmarecht, Fachzeitschrift für das gesamte Arzneimittelrecht
PKV	Private Krankenversicherung
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz, Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
s. o.	siehe oben
sog.	so genannte (r, s)
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
u. a.	und andere, unter anderem
unkrit.	unkritisch
v.	vom, von
VÄndG	Vertragsarztrechtsänderungsgesetz
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vor/Vorbem	Vorbemerkung
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht
ZV	Zulassungsverordnung

Teil I

Einführung

§ 1 Das Phänomen „Kopfprämie“

Schlagzeilen wie „Gegen Kopfprämien für Ärzte“¹, „Der verkauft Patient – Kliniken zahlen Fangprämien an Ärzte“², „Fangprämie – wie Ärzte die Kliniken unter Druck setzen“³, „Ärztekammern prüfen Verträge mit Kopfprämien“⁴ und schließlich „Immer mehr Ärzte verkaufen ihre Patienten“⁵ führten dazu, ein in vielfältigen Formen auftretendes Phänomen wieder in den Vordergrund der öffentlichen Wahrnehmung zu rücken.⁶ Mit den Begriffen „Kopfprämie“⁷, „Zuweisungsprämie“⁸, „Einweiserpauschale“⁹ oder „Kopfgeld“¹⁰ wird insbesondere auf die durch manche Krankenhäuser geübte Praxis hingewiesen, niedergelassenen Ärzten für die Einweisung von Patienten ein Entgelt zu gewähren.¹¹ Die ausgezahlten Prämien reichen dabei in den drei- bis vierstelligen Bereich und können damit im Einzelfall sogar die Summe überschreiten, welche die Kassenärztliche Vereinigung einem niedergelassenen Arzt für die Behandlung des Patienten in einem ganzen Quartal auskehrt.¹² Nach einer im Auftrag des GKV-Spitzenverbandes jüngst durchgeföhrten Studie der Universität Halle-Wittenberg zahlt fast jede vierte Klinik Prämien für die Einweisung von Patienten, und jeder fünfte Arzt sieht die Zahlung eines Entgelts als selbstverständlich an.¹³ Diese Provisionsmodelle werden jedoch nicht ausschließlich durch die Krankenhäuser for-

¹ N. N., FAZ v. 9.12.2009, S. 4.

² N. N., Der verkauft Patient.

³ Rind/Rybarczyk, in: abendblatt.de vom 1.9.2009.

⁴ N. N., FAZ v. 9.12.2009, S. 4.

⁵ Mihm, Ärzte verkaufen ihre Patienten.

⁶ Vgl. zuletzt N. N., FAZ v. 23.5.2012, S. 10.

⁷ Grether, f&w 2008, 490, 496.

⁸ N. N., FAZ v. 9.12.2009, S. 4.

⁹ N. N., FAZ v. 2.11.2009, S. 7.

¹⁰ Mihm, Ärzte verkaufen ihre Patienten.

¹¹ Makoski, MedR 2009, 376, 386; Schneider/Gottschaldt, wistra 2009, 133.

¹² Krankenhäuser sollen beispielsweise für einen Patienten, bei dem eine Operation der Hüfte vorzunehmen ist, Geldzahlungen in Höhe von bis zu 1000 EUR gewähren, Mihm, Ärzte verkaufen ihre Patienten.

¹³ Bussmann, Unzulässige Zusammenarbeit, S. 5.

ciert.¹⁴ Wenn sich Ärzte in manchen Regionen zu Netzwerken zusammenschließen, um das örtliche Krankenhaus zur Zahlung von Einweisungspauschalen zu zwingen, werden erpressungsähnliche Verhältnisse erkennbar.¹⁵ Die Drohung, eigene Patienten nicht mehr an die betroffene Klinik zu vermitteln, erweist sich zumeist als effektives Mittel zur Verwirklichung dieses Begehrens.

Andere Leistungserbringer im Gesundheitswesen lassen ebenfalls ein Bestreben erkennen, mit unterschiedlichsten Provisionsmodellen niedergelassene Ärzte zur bestimmenden Lenkung des Patienten anzuregen.¹⁶ Für die Beschreibung der an Ärzte gezahlten Vermittlungsgebühren hat sich insbesondere der aus dem angelsächsischen Sprachraum abgeleitete Ausdruck des „Kick-back“ etabliert.¹⁷ Die Umschreibung dieser im allgemeinen Wirtschaftsalltag durchaus verbreiteten Provisionen¹⁸ als Schmiergeldzahlung¹⁹ deutet allerdings schon deren Korruptionscharakter und die damit verbundenen ethischen und juristischen Bedenken im Hinblick auf deren Zulässigkeit an.

A. Entstehungsgründe

I. Die zentrale Rolle des Arztes im Gesundheitssystem

Die vorstehend angedeuteten Formen monetärer Zuwendungen dienen augenscheinlich dem Zweck, Entscheidungen des Arztes zu beeinflussen. Allein dieser Umstand lässt bereits vermuten, dass Ärzte im Gefüge des Gesundheitsmarkts eine besondere Stellung einnehmen.

1. Die Bedeutung des niedergelassenen Arztes für den Patienten

Niedergelassene Ärzte und allen voran die sog. Hausärzte stellen für den Patienten in der Regel den ersten Ansprechpartner in Fragen der Gesundheit dar.²⁰ Der Patient bringt dem Arzt dabei zumeist besonderes Vertrauen entgegen²¹, wel-

¹⁴ Bussmann, Unzulässige Zusammenarbeit, S. 6.

¹⁵ Kösters bei Mithm, Ärzte verkaufen ihre Patienten.

¹⁶ Vgl. Bussmann, Unzulässige Zusammenarbeit, S. 7.

¹⁷ Gummert/Meier, MedR 2007, 75, 84; Krafczyk, in: FS Mehle, 2009, S. 325, 326; Rau, in: FAZ vom 23.9.2009; Ries/Schnieder/Althaus/Böltig, Arztrecht, S. 126, 128 f.; Schulenburg, Rheinisches Ärzteblatt 2002, 17; Wigge, NZS 2007, 393.

¹⁸ So Bernsmann/Schoß, GesR 2005, 193.

¹⁹ Grill, Schmiergeld auf Rezept.

²⁰ Vgl. auch Schwing, KU 2006, 724.

²¹ Vgl. § 2 Abs. 2 MBO-Ä; ferner OLG Hamm NJW 1995, 786, 787; Dahm, MedR 1995, 106, 109; Köber, A/ZusR 2004, 33; Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. 3 Rn. 35; Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 10 Rn. 7.

ches in vergleichbarer Form bei kaum einem anderen Vertragsverhältnis vorgefunden werden kann.²²

2. Der Arzt als Mittler von Gesundheitsleistungen aus der Perspektive der Leistungserbringer

Aus der Sicht anderer Leistungserbringer kommt dem Arzt als primärem Kontakt des Patienten vor allem die Bedeutung des Vermittlers zu.²³ Denn in der überwiegenden Anzahl der Fälle nimmt der Patient gesundheitliche Dienst- und Sachleistungen, die nicht von seinem behandelnden Arzt selbst erbracht werden, erst auf dessen Veranlassung hin in Anspruch. Der Aufnahme in eine stationäre Einrichtung geht beispielsweise zumeist eine ärztliche Einweisung voraus.²⁴ Viele Produkte der Gesundheitsindustrie, wie etwa verschreibungspflichtige Medikamente²⁵, erhält der Patient erst, wenn der Arzt sie ihm verordnet hat.²⁶ Wird der Patient zur Weiterbehandlung oder Diagnostik an einen anderen (Fach-)Arzt überwiesen, erfolgt ebenfalls eine Vermittlung durch den zuerst aufgesuchten Arzt.²⁷

Auch das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung betont explizit die zentrale Rolle des Arztes als Leistungsvermittler. Zunächst überträgt § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB V dem Hausarzt (§ 73 Abs. 1a S. 1 SGB V) die Koordination des arbeitsteiligen medizinischen Behandlungsprozesses.²⁸ Ferner bezeichnet § 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 5, 7, 8, 12 SGB V die Verordnung ausdrücklich als Aufgabe der vertragsärztlichen Versorgung.²⁹ Indem die Ärzte den Patienten anderen Leistungserbringern zuführen, konkretisieren sie zugleich den Anspruch des Versicherten auf Krankenbehandlung, der von den Krankenkassen im Verhältnis zum Versicherten im Regelfall hingenommen werden muss.³⁰ Die Funktion der Ärzte in der gesetzlichen Krankenversicherung wird aus diesem Grunde auch als sog. „Schlüsselstellung“ beschrieben.³¹

²² Ähnlich BGH NJW 1959, 811, 813; *Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch Arztrecht, § 38 Rn. 1.

²³ So auch *Schuler*, in: Hänlein/Kruse/Schuler, LPK-SGB V, § 70 Rn. 5 unter Verweis auf §§ 72 ff. SGB V.

²⁴ *Brandts*, in: Leitherer, Kasseler Kommentar SGB V, § 39 Rn. 103.

²⁵ Siehe dazu § 48 Abs. 1 AMG.

²⁶ Vgl. allgemein zu der Erforderlichkeit einer Verordnung Teil 2: § 2.

²⁷ Dazu auch *Wigge*, VSSR 1996, 399, 402.

²⁸ *Auktor*, in: LPK-SGB V, § 70 Rn. 5; § 73 Rn. 4; vgl. auch *Adolf*, in: Schlegel/Voelzke, SGB V, § 73 Rn. 59 („Verteilerfunktion“).

²⁹ *Adolf*, in: Schlegel/Voelzke, SGB V, § 73 Rn. 115; *Auktor*, in: LPK-SGB V, § 73 Rn. 10; *Huster*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 73 Rn. 4.

³⁰ Vgl. zu den unterschiedlichen Positionen dieser in Einzelheiten umstrittenen Frage *Steege*, in: FS 50 Jahre BSG, S. 517 ff.

³¹ BSG SozR 3-2500 § 13 Nr. 4 S. 22; BSG SozR 3-2500 § 129 Nr. 1, S. 7 (Arzneimittelversorgung); *Heberlein*, in: Rolfs u.a., BeckOK SGB V, § 60 Rn. 26.