

# Unternehmerische Betätigungen von Ärztinnen und Ärzten und Beteiligung an Unternehmen\*

Möglichkeiten und Grenzen aus berufs- und vertragsarztrechtlicher Sicht

Die nachfolgenden Hinweise und Erläuterungen zeigen Ihnen als Ärztin und Arzt<sup>1</sup> die Möglichkeiten und Grenzen unternehmerischer Betätigung und der Beteiligung an Unternehmen aus berufs- und vertragsarztrechtlicher Sicht auf. Die wichtigsten Aspekte, die bei einem geplanten unternehmerischen Engagement zu beachten sind, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Ärztliche Behandlungsentscheidungen müssen nach medizinischen Gesichtspunkten getroffen werden und dürfen sich nicht von beruufsremden Erwägungen, insbesondere nicht von merkantilen Aspekten, leiten lassen. Stellen Sie sicher, dass in den vertraglichen und sonstigen beruflichen Beziehungen zu Dritten Ihre ärztliche Unabhängigkeit für die Behandlung der Patienten gewahrt ist.
2. Unternehmerische Betätigung sowie die Beteiligung an Unternehmen ist Ihnen als Arzt umso eher gestattet, je klarer diese von Ihrer ärztlichen Tätigkeit getrennt sind und je weniger die unternehmerische Tätigkeit mit Ihrer ärztlichen Tätigkeit in Verbindung gebracht werden kann.
3. Wenn Sie bei einer unternehmerischen Betätigung ärztliche Kompetenz einbringen, bleiben Sie an die Pflichten der Berufsordnung, insbesondere an das Gebot der gewissenhaften Berufsausübung, gebunden.
4. Sprechen Sie Empfehlungen für einen bestimmten Leistungserbringer, unabhängig davon, ob Sie an seinem Unternehmen beteiligt sind oder nicht, nur aus, wenn Sie der Patient aus eigenem Antrieb darum bittet oder dafür ausnahmsweise ein hinreichender Grund besteht.
5. Schaffen Sie gegenüber den Patienten Transparenz über die ggf. vorhandenen wirtschaftlichen Zusammenhänge zu einem Unternehmen, um das Recht der Patienten auf Wahlfreiheit unter den Leistungserbringern zu gewährleisten.
6. Beachten Sie, dass es unzulässig ist, wenn Ihre Verordnungen oder die Zuweisung von Patienten einen spürbaren Einfluss auf Ihren Ertrag aus der Unternehmensbeteiligung haben. Dabei kann sich schon aus der Gesamthöhe der zufließenden Vorteile die Unzulässigkeit einer Beteiligung ergeben.
7. Prüfen Sie Beteiligungsangebote kritisch, wenn Sie Anhaltspunkte dafür haben, dass nur bestimmte Gruppen von Leistungserbringern angesprochen werden oder Ihnen eine deutlich über den üblichen Marktkonditionen liegende Rendite versprochen wird.
8. Bedenken Sie, dass Werbung für eigene oder fremde gewerbliche Tätigkeit im Zusammenhang mit Ihrer ärztlichen Tätigkeit berufsrechtlich unzulässig ist.
9. Berücksichtigen Sie, dass entscheidend für die rechtliche Bewertung nicht die formale vertragliche Ausgestaltung des Beteiligungsmodells ist, sondern wie das im Vertrag Festgelegte im Alltag gelebt wird.
10. Stimmen Sie Ihre Pläne für unternehmerische Betätigungen oder für eine Beteiligung an Unternehmen vorher mit der für Sie zuständigen (Landes-)Ärzttekammer ab, um auch insofern Transparenz zu schaffen. Legen Sie vor Vertragsabschluss die Entwürfe zur Prüfung der berufsrechtlichen Implikationen der (Landes-)Ärzttekammer vor und leiten Sie die Entwürfe zur Prüfung der vertragsarztrechtlichen Aspekte auch der Kassenärztlichen Vereinigung zu.

## Einleitung

Patienten sollen darauf vertrauen können, dass Ärzte in allen vertraglichen und sonstigen beruflichen Beziehungen ihre Unabhängigkeit wahren (§ 30 [Muster-]Berufsordnung – MBO-Ä). Die Unabhängigkeit ist in Gefahr, wenn Außenstehende sich an einer Arztpraxis beteiligen. Gleiches gilt, wenn der Arzt sich, insbesondere im Zusammenhang mit seiner ärztlichen Tätigkeit, zusätzlich gewerblich betätigt oder sich an Unternehmen beteiligt, auf deren wirtschaftliches Ergebnis er durch sein Verhalten bei seiner ärztlichen Tätigkeit nicht nur unmaßgeblichen Einfluss nehmen kann. Dennoch wünschen viele Patienten ausdrücklich, dass ihnen der Arzt ihres Vertrauens Empfehlungen für Produkte und Gesundheitsdienstleistungen gibt oder in Kooperation mit anderen Anbietern eine integrative Versorgung sicherstellt. Auf diese Patientenwünsche gehen Ärzte berechtigterweise ein. Unabhängig davon bringen Ärzte ihre Expertise in anderen Bereichen der sog. Gesundheitswirtschaft ein.

Die (Landes-)Ärzttekammern erreichen häufig Anfragen ihrer Mitglieder und deren Berater, welche eigene oder fremde Geschäftsideen bewertet wissen wollen. Gleichfalls fragen andere Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen an, die diese im Umfeld ärztlicher Tätigkeit platzieren oder Patienten möglichst komplette Angebote vermitteln wollen. Vor diesem Hintergrund sollen die nachfolgenden Hinweise und Erläuterungen dazu beitragen, die Grenze zwischen den unverzichtbaren Anforderungen an die ärztliche Unabhängigkeit einerseits und den zulässigen Beteiligungsmöglichkeiten andererseits zu bestimmen sowie Ärzten und ihren Beratern eine Entscheidung über ein geplantes unternehmerisches Engagement zu erleichtern. Aufgenommen wurden auch Ausführungen zu § 128 SGB V („Unzulässige Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten“), da diese Vorschrift für Vertragsärzte zum Teil weitergehende Vorgaben als das Berufsrecht aufstellt.

\* Der Vorstand der Bundesärztekammer hat in seiner Sitzung vom 25. Oktober 2013 auf Empfehlung des Ausschusses „Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte“ die folgenden Hinweise und Erläuterungen beschlossen.

<sup>1</sup> Im nachstehenden Text wird die Berufsbezeichnung „Arzt“ („Ärzte“) sowie die Angabe „Patient“ („Patienten“) einheitlich und neutral für Ärztinnen und Ärzte sowie Patientinnen und Patienten verwendet.

Die Darlegungen blenden steuerrechtliche Fragen weitgehend aus. Sie können weder die Beratung durch einen Steuerberater noch die rechtliche Einzelfallprüfung durch einen Spezialisten für ärztliches Berufsrecht respektive durch die gleichermaßen fachlich ausgewiesene (Landes-)Ärzttekammer ersetzen. Nach § 24 MBO-Ä sollen Ärzte alle Verträge über ihre ärztliche Tätigkeit der Kammer vorlegen, damit geprüft werden kann, ob die beruflichen Belange gewahrt sind. Umso mehr empfiehlt es sich, bereits Pläne zu unternehmerischen Betätigungen oder zur Beteiligung an Unternehmen zuvor mit der zuständigen Kammer abzustimmen. Wer entsprechende Transparenz schafft und eine positive berufsrechtliche Bewertung vorweisen kann, muss keine berufsrechtlichen oder disziplinarischen Maßnahmen befürchten und kann wettbewerbsrechtliche Risiken minimieren. Entscheidend für die rechtliche Bewertung ist allerdings nicht die formale vertragliche Ausgestaltung, sondern die konkrete Umsetzung der Pläne. Mit anderen Worten: Entscheidend ist, wie das zu Papier Gebrachte im Alltag gelebt wird.<sup>2</sup>

## I. Verfassungsrechtliche Aspekte

Die Gründung von Unternehmen oder die Beteiligung von Ärzten an Unternehmen, die andere Zwecke als die (ärztliche) Berufsausübung verfolgt, ist aufgrund der in Artikel 12 GG verbürgten Berufswahl- und -ausübungsfreiheit zulässig. Die Berufswahlfreiheit umfasst grundsätzlich auch das Recht, mehrere Berufe zu wählen und nebeneinander auszuüben (BVerfGE 21, 173, 179). Einen Zweitberuf stellt z. B. auch der Betrieb von Pflegediensten, Sanitätshäusern oder Reha-Zentren dar (BT-Drs. 13/8315). Ein Verbot der gleichzeitigen Ausübung zweier beruflicher Tätigkeiten ist nur zum Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zulässig; einem Arzt kann daher ein Zweitberuf nur verwehrt werden, wenn von vornherein absehbar ist, dass die Aufgabenstellung des zweiten Berufs seine Unabhängigkeit oder Integrität gefährdet oder beeinträchtigt und das Ziel des Verbots nicht mit anderen gleich wirksamen, aber weniger belastenden Maßnahmen erreichbar ist. Dabei kommt es nicht nur auf die individuelle Integrität des einzelnen Arztes, sondern darauf an, ob der Zweitberuf beim ärztliche Hilfe suchenden Publikum begründete Zweifel an der Unabhängigkeit eines Arztes wecken würde (BVerfGE 87, 287, Rn. 100–109 für den Rechtsanwaltsberuf).

Verfassungsrechtliche Schranken für Verbote ergeben sich zudem aus Artikel 3 Abs. 1 GG, wonach der Gesetzgeber vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandeln darf. § 95 Abs. 1a SGB V eröffnet u. a. Vertragsärzten die Möglichkeit, medizinische Versorgungszentren (MVZ) zu gründen. Beispielsweise kann ein Hausarzt eine MVZ GmbH gründen, die mit einem angestellten Chirurgen und einem angestellten Orthopäden an der fachärztlichen Versorgung teilnimmt. Da der Gesetzgeber im Sozialrecht diese Option eröffnet, ist er gehalten, das Gebot der Folgerichtigkeit zu beachten, d. h. Regelungen über die Beteiligung von Ärzten an Unternehmen so abzufassen, dass sie bezogen auf die Bestimmungen des SGB V logisch, konsequent und schlüssig sind. Die gesetzgeberische Entscheidung, dass Ärzte MVZ gründen dürfen, hat unter dem Blickwinkel des Sozialrechts auch Auswirkungen auf ihre Befugnis, sich im Gesundheitswesen anderweitig unternehmerisch zu betätigen. Hingegen verfolgt das durch die Berufsordnungen der (Landes-)Ärzttekammern verbindlich festgesetzte Berufsrecht eigenständige Zwecke. Im Vordergrund steht der Patientenschutz und nicht die wirtschaftliche Leistungserbringung. Das Berufsrecht muss sich nur daran messen lassen, ob es für sich genommen stimmig ist.

## II. Schutzzweck der berufsrechtlichen Regelungen

Die maßgeblichen berufsrechtlichen Vorschriften finden sich in § 3 MBO-Ä („Unvereinbarkeiten“) sowie im Vierten Abschnitt der MBO-Ä (§§ 30 ff.) unter dem Titel „Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit bei der Zusammenarbeit mit Dritten“. Ausgehend vom Heilauftrag des Arztes sollen die Normen gewährleisten, dass sich der Arzt bei seiner Behandlung und bei Therapieentscheidungen ausschließlich von medizinischen Aspekten und Notwendigkeiten leiten lässt, berufsfremde Erwägungen und insbesondere merkantile Gesichtspunkte hinten stellt. 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 berücksichtigt wird. Grenzen können sich allerdings aus dem sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot ergeben<sup>3</sup>, z. B. aufgrund von Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses.

Der Schutzzweck der Normen ist vielfach durch die Rechtsprechung konkretisiert worden.

### 1. § 3 Abs. 2 MBO-Ä

Das in § 3 Abs. 2 MBO-Ä enthaltene Gebot der Trennung heilkundlicher und gewerblicher Tätigkeiten will den Missbrauch des besonderen Vertrauens in den Arztberuf durch Verkaufsförderung von nicht notwendigerweise im Zusammenhang mit der ärztlichen Betreuung benötigter Produkte verhindern.

### 2. § 27 Abs. 3 MBO-Ä

Das Verbot berufswidriger Werbung in § 27 Abs. 3 MBO-Ä beugt einer gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufes vor. Durch Fremdwerbung („eine Werbung für eigene oder fremde gewerbliche Tätigkeiten oder Produkte“) kann der Eindruck erweckt werden, die gesundheitlichen Belange der Patienten seien für den Arzt nur von zweitrangiger Bedeutung, was geeignet ist, langfristig das Vertrauen in den Arztberuf zu schwächen.

### 3. § 30 MBO-Ä

§ 30 MBO-Ä, der Ärzte verpflichtet, in allen vertraglichen und sonstigen beruflichen Beziehungen zu Dritten die ärztliche Unabhängigkeit für die Behandlung der Patienten zu wahren, soll das Arzt-Patienten-Verhältnis und die ärztliche Entscheidung vor unlauterer Beeinflussung durch Dritte schützen.

### 4. § 31 MBO-Ä

Das Verbot der unerlaubten Patientenzuweisung in § 31 MBO-Ä verfolgt im Wesentlichen drei Schutzzwecke. Vor allem soll verhindert werden, dass sich der Arzt in seiner Entscheidung, welchem anderen Arzt oder Leistungserbringer er Patienten zuweist oder welchen anderen er zur Behandlung hinzuzieht, nicht von vornherein gegen Vereinbarung eines Entgelts oder anderer Vorteile bindet, sondern diese Entscheidung allein auf Grund medizinischer Erwägungen im Interesse des Patienten trifft. Außer-

<sup>2</sup> Gegenstand dieser Hinweise sind nicht die gesellschaftsrechtlichen Kooperationsmöglichkeiten von Ärzten untereinander und mit Angehörigen anderer Fachberufe. Siehe dazu stattdessen: Hinweise und Erläuterungen der Bundesärztekammer zur „Niederlassung und beruflichen Kooperation“ vom 28.03.2008 (Dtsch Arztebl 2008; 105(19): A-1019).

<sup>3</sup> Vgl. „Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit Umgang mit der Ökonomisierung des Gesundheitswesens“ – Hinweise und Erläuterungen – beschlossen von den Berufsordnungsgremien der Bundesärztekammer am 02.04.2007 – Dtsch Arztebl 2007; 104(22): A-1607.

dem soll die Vorschrift verhindern, dass sich Ärzte durch Vorteilsgewährung ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile gegenüber ihren Berufskollegen verschaffen. Schließlich soll die uneingeschränkte Wahlfreiheit des Patienten in Bezug auf Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen gewährleistet werden.

### III. Unternehmerische Betätigungen

Ureigene Aufgabe des Arztes ist die Patientenbehandlung. Das schließt nicht aus, dass man sich als Arzt daneben auch unternehmerisch betätigen kann.

Unternehmerisches Handeln sowie die Beteiligung an Unternehmen ist dem Arzt um so eher gestattet, je klarer dieses von seiner heilkundlichen Tätigkeit getrennt ist und je weniger die unternehmerische Tätigkeit mit seiner ärztlichen Tätigkeit in Verbindung gebracht werden kann. Unternehmerisches Handeln, das Patienten des Arztes einbezieht, ist nur in engen Grenzen zulässig. Die Bewertung von Beteiligungsmodellen sowie die Werbung für die Inanspruchnahme entsprechender Dienstleistungen orientieren sich maßgeblich daran, ob jeglicher unmittelbare oder mittelbare Einfluss auf die Patienten zur Inanspruchnahme dieser Leistungen unterbleibt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass durch das Herstellen von Transparenz die freie Entscheidung der Patienten gewährleistet wird, ob sie Dienstleistungen in Anspruch nehmen wollen, an denen Ärzte partizipieren. Wird dieses Transparenzgebot befolgt und die freie Entscheidung des Patienten respektiert, steht dem auch die Entscheidung des BGH vom 23.02.2012 (I ZR 231/10) nicht entgegen. Diese betrifft ausschließlich den Fall eines nach dem zahnärztlichen Berufsrecht erlaubterweise in die Zahnarztpraxis integrierten „eigenen“ zahntechnischen Labors (Zum Gebot der zeitlichen, organisatorischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Trennung im ärztlichen Bereich vgl. III.2.).

#### 1. Unternehmerische Betätigung ohne Bezug zum Arztberuf

Die MBO-Ä bestimmt in § 3 Abs. 1, dass Ärzten neben der Ausübung ihres Berufs die Ausübung einer anderen Tätigkeit untersagt ist, welche mit den ethischen Grundsätzen des ärztlichen Berufs nicht vereinbar ist.

Unternehmen, die keinen Bezug zur ärztlichen Tätigkeit aufweisen (z. B. Hotelbetrieb, Kfz-Handel) darf der Arzt demnach gründen, ebenso wie es ihm erlaubt ist, sich an solchen zu beteiligen. Eine Ausnahme gilt, wenn der Geschäftsbetrieb mit den ethischen Grundsätzen des ärztlichen Berufs nicht vereinbar ist oder gegen die guten Sitten verstößt (z. B. Betrieb eines Bordells).

#### 2. Unternehmerische Betätigung mit Bezug zum Arztberuf bzw. ohne Bezug zur konkreten Berufsausübung

Einige Formen unternehmerischen Handelns sind in **Spezialgesetzen** geregelt. So erlaubt das Sozialrecht zugelassenen Vertragsärzten ausdrücklich, allein oder mit anderen Vertragsärzten ein oder mehrere MVZ am Ort ihrer Niederlassung oder an einem anderen beliebigen Ort in der Bundesrepublik Deutschland zu gründen, ohne dass sie in diesen MVZ selbst tätig werden müssten. Dem gegenüber ist die Beteiligung des Arztes an einer Apotheke aufgrund des Fremdbesitzverbots in § 8 Satz 2 ApoG ausgeschlossen.

Nach dem Recht zur Zulassung zum Heilgewerbe kann eine nach § 30 GewO konzessionspflichtige Privatkrankenanstalt auch von einem Arzt neben seiner freiberuflichen Tätigkeit in ei-

gener Praxis und somit als selbstständiges und gewerbliches Mittel zur dauerhaften Einnahmeerzielung eingerichtet und unterhalten werden (BVerfG, Beschluss v. 19.11.1985 – 1 BvR 38/78).

Berufsrechtlich sind der Fallgruppe, bei der Ärzte Unternehmen ohne Bezug zum Gesundheitswesen gründen oder sich daran beteiligen, solche Fallkonstellationen gleichzustellen, in denen ein Arzt ein Unternehmen betreibt, welches **keinerlei Bezugspunkte zu der von ihm konkret ausgeübten ärztlichen Tätigkeit** aufweist (Augenarzt betreibt ein Fitnessstudio, Urologe beteiligt sich an einem Augenoptikunternehmen, bayerischer Chefarzt eröffnet ein Reha-Zentrum im Teutoburger Wald). 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, ist ein berufsrechtliches Beteiligungsverbot weder erforderlich noch dem Arzt zumutbar. Es sind keine Gemeinwohlbelange ersichtlich, die es rechtfertigen könnten, den Arzt gegenüber jedem anderen Investor zu benachteiligen, denn wie dieser kann auch er keinen spürbaren Einfluss auf die Inanspruchnahme der Gesundheitseinrichtung nehmen. Die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung wird insoweit durch § 31 MBO-Ä geschützt (vgl. III. 4.).

Wenn sich Ärzte zusätzlich unternehmerisch betätigen, bleiben sie aufgrund ihrer Approbation Ärzten mit den damit verbundenen Rechten und Pflichten. Anders ausgedrückt: Ärzte können sich bei der Ausübung einer anderen Tätigkeit nicht darauf berufen, in dieser anderen Funktion nicht Arzt und daher nicht an die Berufsordnung gebunden zu sein. Auch in diesem Kontext gilt für sie das Gebot, gesundheitlichen Schaden von Personen abzuwenden. Insbesondere muss der Arzt bei einer gewerblichen Tätigkeit mit medizinischem Bezug den ärztlich-fachlichen Standard gewährleisten.

#### Beispiele unternehmerischer Betätigung mit Bezug zum Arztberuf

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 (BGH, Urteil v. 29.05.2008 – I ZR 75/05). Das schließt seine eigene Beteiligung an Informationsveranstaltungen ebenso wie die Abgabe von diätetischen 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 (OVG Lüneburg, Beschluss v. 07.08.2008 – 8 LC 18/08). Werden dem Arzt im Rahmen der Durchführung der Informationsveranstaltung 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.

Das Gebot der Abgrenzung heilkundlicher von gewerblicher Tätigkeit gilt auch für das von einem Chirurgen durchgeführte Piercing oder Ohrlochstechen bzw. für **kosmetische Leistungen**,

wie 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 S. 3 SGB V ausgeschlossen, weil in einem solchen Kosmetikinstitut keine Leistungen angeboten werden, die Leistungsbestandteil der Gesetzlichen Krankenversicherung sind. Der Arzt sollte einerseits 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. Aufgrund besonderer Gefährlichkeit und mangelnder medizinischer Indikation dürfen Ärzte z. B. kein Genitalpiercing oder Zungen-spaltungen anbieten.

Zulässig sind die Abgabe von Waren oder gewerbliche Dienstleistungen nach § 3 Abs. 2 MBO-Ä, wenn diese wegen ihrer Besonderheiten notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie sind und unmittelbar für die medizinische Maßnahme benötigt werden. Das wird für die Anpassung von Kontaktlinsen, die Kontrastmittelabgabe vor einer Röntgenuntersuchung, das Verabreichen eines Schmerzmittels vor einer Gastroskopie, das Spritzen von Hyaluronsäure oder dem Anwenden eines im Direktvertrieb bezogenen Medizinprodukts angenommen. Gegenbeispiele sind die **Abgabe von Bandagen** außerhalb der Notfallversorgung oder von **Nahrungsergänzungsmitteln**. **Diabetes-Teststreifen** als im großen Umfang benötigte Verbrauchsprodukte dürfen aus dem Depot eines Sanitätshauses gem. § 128 Abs. 1 S. 1 SGB V bei gesetzlich krankenversicherten Patienten nur im Notfall oder an Privatpatienten zusätzlich anlässlich einer Schulung zum Einüben oder zur Kontrolle des korrekten Gebrauchs abgegeben werden (BGH, Urteil v. 02.06.2005 – I ZR 317/02). In anderen Fällen ist der Patient auf die Abgabe durch den Arzt nicht angewiesen, so dass es die Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit gebietet, dem Hilfsmittelanbieter den Vertriebsweg über die Arztpraxis zu verschließen und dem Patienten durch Übergabe der Verordnung die freie Wahl unter den Leistungserbringern zu ermöglichen. Die Abgabe und Anpassung von Hörgeräten im verkürzten Versorgungsweg ist notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie und bedarf nach § 128 Abs. 4 S. 1 SGB V einer vertraglichen Vereinbarung mit der für den Versicherten zuständigen Krankenkasse. Aus steuerlichen Gründen (sog. Infektionstheorie) empfiehlt es sich, bei Berufsausübungsgemeinschaften die Abgabe der Waren oder die Erbringung gewerblicher Dienstleistungen (wie z. B. die Kryokonservierung von Samen- oder Eizellen) in ein eigenes Steuersubjekt auszugliedern.

In anderen Fällen ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit eine Einbeziehung des Arztes in die Abgabe eines Produkts oder die Erbringung einer gewerblichen Dienstleistung einer gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufs Vorschub leistet oder aus medizinischen Gründen geboten ist. Je stärker der Patient auf eine individuelle Anleitung oder Anpassungsleistung durch den Arzt angewiesen ist, desto eher darf ihn der Hersteller in die Abgabe des Produkts einbeziehen.

### 3. Gewinne oder sonstige Einnahmen aus Unternehmensbeteiligungen

Ärzte dürfen für die Zuweisung von Patienten kein Entgelt oder andere Vorteile fordern, sich versprechen oder gewähren lassen. Das ergibt sich zum einen aus § 31 Abs. 1 MBO-Ä und zum anderen – weitgehend inhaltsgleich – aus dem zum 01.01.2012 im Zuge des GKV-VStG in Kraft getretenen § 73 Abs. 7 i. V. m. § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V. Aus dem Schutzzweck (vgl. II.4) folgt der BGH (Urteil vom 13.01.2011 – I ZR 111/08), dass jede Art der Patientenvermittlung gegen Entgelt oder sonstige Vorteile, die ihren Grund nicht in der Behandlung selbst haben, als verbotswidrig anzusehen ist.

„Vorteil“ im Sinne des § 31 Abs. 1 MBO-Ä ist jede wirtschaftliche Besserstellung des Arztes und kann daher auch ein Gewinnanteil oder eine sonstige Einnahme aus einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung, z. B. an einem Hörgeräteakustikunternehmen, sein. Für die Beurteilung eines berufsrechtlichen Verstoßes ist maßgeblich, ob der Vorteil für die Zuweisung erfolgt, d. h. der Geldfluss ursächlich für den dem Arzt zugewendeten Vorteil ist. Eine solche Kausalität besteht zumindest immer dann, wenn der finanzielle Vorteil aus der Unternehmensbeteiligung unmittelbar von der Anzahl der Zuweisungen des Arztes oder dem Umsatz abhängt, welchen das Unternehmen aufgrund seiner Zuweisungen erzielt. Da § 31 Abs. 1 MBO-Ä auch den Vorteil erfasst, der für einen Dritten verlangt oder gewährt wird, liegt ein berufswidriges Verhalten auch vor, wenn beispielsweise ein Generika-Hersteller die Geschäftsstelle einer Ärztegenossenschaft absprachegemäß in dem Umfang bezuschusst, in dem die Mitglieder der Genossenschaft seine Arzneimittel verordnen. Ebenfalls erfasst werden die Fälle, in denen z. B. nahe Verwandte als Treuhänder oder Strohleute für den Arzt fungieren, d. h. indem sie zu Umgehungszwecken scheinbar, aber nicht wirtschaftlich, die Beteiligung halten (BGH v. 13.01.2011 – I ZR 112/08).

Differenzierter sind die Fälle zu beurteilen, in denen der Arzt nur mittelbar, insbesondere über allgemeine Gewinnausschüttungen, am Erfolg eines Unternehmens beteiligt ist. § 31 Abs. 1 MBO-Ä steht nach Auffassung des BGH (Urteil v. 13.01.2011 – I ZR 111/08) der Beteiligung eines Arztes etwa an einem größeren pharmazeutischen Unternehmen nicht entgegen, wenn es bei objektiver Betrachtung ausgeschlossen erscheint, dass er durch Patientenzuführungen einen spürbaren Einfluss auf seinen Ertrag aus der Beteiligung nehmen kann (ebenso OLG Köln v. 04.11.2005 – 6 U 46/05). Die Unzulässigkeit der Beteiligung kann sich andererseits allein aus der Gesamthöhe der ihm daraus zufließenden Vorteile ergeben, sofern diese in spürbarer Weise von seinem eigenen Verweisungsverhalten 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 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.

Die nur indirekte Beteiligung eines Arztes an einer Labormedizin-GmbH kann nach einer Entscheidung des OLG Stuttgart vom 10.05.2007 – 2 U 176/06 als unerlaubte Zuweisung gegen Entgelt gemäß § 31 MBO-Ä angesehen werden. In diesem Fall konnten

sich niedergelassene Ärzte über eine zwischengeschaltete Gesellschaft im Rahmen einer Unterbeteiligung an der Labor-GmbH beteiligen. Für Verluste der GmbH (Laborbetriebsgesellschaft) sollten die niedergelassenen Ärzte als Gesellschafter der Beteiligungsgesellschaft nicht haften. Auch in diesem Fall ist die wirtschaftliche Verknüpfung nach Auffassung des Gerichts offenkundig gewesen, da sie dem Beteiligungsmodell immanent sei und die einzige innere Rechtfertigung für einen Beitritt darstelle. Sollte sich die Beteiligung für den beitretenden Arzt auszahlen, so handle er in seinem ureigenen Interesse, wenn er ausschließlich die Gesellschaft beauftragt, an der er solchermaßen beteiligt ist. Ein solches „Selbstbelohnungssystem“ verzerre – so das OLG Stuttgart weiter – das Nachfrageverhalten nachhaltig zu Lasten von qualitativ gleichwertigen, unter Umständen gar besseren Laboren.

Zwar kann auch allein der mit der Beteiligung verbundene „marktübliche“ Gewinnanteil den Arzt dazu verleiten, Patienten an dasjenige Unternehmen zu verweisen, bei dem er z. B. Aktien hält. Dies allein reicht allerdings für einen Verstoß gegen § 31 Abs. 1 MBO-Ä nicht aus. Erst wenn die Zuweisung durch den Arzt zu einer ihm persönlich zuzuordnenden Steigerung des Umsatzes beitragen kann, liegt ein berufswidriges Verhalten nach § 31 Abs. 1 MBO-Ä vor. Insofern reicht die indirekte Möglichkeit zur Erlangung einer Gegenleistung aus, die über eine gesellschaftsrechtliche (stille) Beteiligung oder Gewinnbezugsrechte besteht (BGH v. 23.02.2012 – I ZR 231/10). Dessen ungeachtet kann bereits die Einflussnahme auf den Patienten einen Verstoß gegen § 31 Abs. 2 MBO-Ä darstellen (vgl. III. 4.a).

Vertragsarztrechtlich liegt ein Verstoß gegen § 73 Abs. 7 i. V. m. § 128 Abs. 2 S. 3 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. Es reicht 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 § 128 Abs. 2 S. 3 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 der Arzt z. B. an einem Sanitätshaus beteiligt, das eine Betriebsstätte in unmittelbarer Nähe zur Arztpraxis unterhält und Patienten dieses ohne weiteres Zutun des Arztes frequentieren.

#### 4. Zuweisung ohne Entgegennahme von Vorteilen

##### a.) Begriff der Zuweisung und Empfehlung

In § 31 Abs. 2 MBO-Ä verbietet das Berufsrecht nicht nur die entgeltliche, sondern auch die unentgeltliche Empfehlung oder Verweisung anderer Ärzte, Apotheken, Heil- und Hilfsmittelerbringer und sonstiger Anbieter gesundheitlicher Leistungen – es sei denn, es gibt hierfür einen hinreichenden Grund.

Ein Arzt darf – so der BGH in seiner Entscheidung vom 13.01.2011 (I ZR 111/08) – nicht von sich aus 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. Fragt der Patient gezielt nach einer kostengünstigen Versorgung, ist es dem Arzt nicht verwehrt, den nach nachvollziehbaren Erfahrungen preiswertesten Anbieter zu empfehlen. Dem steht es gleich, wenn der Arzt seine Empfehlung ausspricht, nachdem der Patient die Frage, ob ihm ein geeigneter Leistungs-

erbringer bekannt ist, verneint oder antwortet, die ihm bekannten Leistungserbringer nicht beauftragen zu wollen, und den Arzt dann um eine Empfehlung bittet. Nur so wird – so der BGH – verhindert, dass dem Patienten aufgrund der Autorität des Arztes ein Leistungserbringer aufgedrängt wird. Dessen ungeachtet: Aus dem Behandlungsvertrag kann 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.

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.

##### b.) „Hinreichender Grund“ für eine Empfehlung

Die Verweisung an bzw. die Empfehlung für einen bestimmten Anbieter kann zunächst aus medizinischen Gründen notwendig sein. Dies hat der BGH bereits 1981 (Urteil v. 28.04.1981 – VI ZR 80/79) für den Fall der Zusammenarbeit eines Orthopäden mit einem Orthopädietechniker bei handwerklich zu fertigender Ware entschieden. Weitere „hinreichende“ Gründe 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 (BGH v. 13.01.2011 – I ZR 111/08), schlechte Erfahrungen mit einem Konkurrenten, Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte wie ein niedriger Preis, die Vermeidung von Wegen für Gehbehinderte (BGH v. 29.06.2000 – I ZR 59/98 und v. 15.11.2001 – I ZR 275/99), die Unzuverlässigkeit eines (süchtigen) Patienten (OLG Schleswig v. 27.09.1994 – 6 U 27/94) oder der Umstand, dass ein Apotheker die Grundstoffe für Rezepturarztmittel vorrätig hält. Bieten mehrere Mitbewerber gleiche Konditionen, rechtfertigt das Wirtschaftlichkeitsgebot keine Empfehlung eines bestimmten Anbieters (OLG Düsseldorf v. 17.12.2008 – VI-U [Kart] 7/08). Liegt ein hinreichender Grund vor, muss dieser dem Patienten nicht ohne Aufforderung offenbart werden (OLG Celle v. 29.05.2008 – 13 U 202/07).

Kein hinreichender Grund ist die (abstrakte) Gefahr der Missachtung der ärztlichen Verordnung oder die Bequemlichkeit der Patienten (BGH v. 09.07.2009 – I ZR 13/07) oder eines bestimmten Versorgungsweges, die langjährige und vertrauensvolle Zusammenarbeit mit einem Leistungserbringer (BGH v. 13.01.2011 – I ZR 111/08) sowie der nicht nur kurzfristige Ausfall eines notwendigen, auch beim Optiker vorhandenen Geräts (LG München I v. 07.11.2007 – I HKO 13718/07). Das wirtschaftliche Interesse des Arztes an einer Regressvermeidung rechtfertigt kein Verweisen (OLG Düsseldorf v. 17.12.2008 – VI-U (Kart) 7/08).

Die Beteiligung des Arztes an einem Unternehmen stellt keinen hinreichenden Grund für eine Zuweisung bzw. Empfehlung dar.

### 5. Werbung für Unternehmen mit ärztlicher Beteiligung

Im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit ist eine Werbung für eigene oder fremde gewerbliche Tätigkeiten oder Produkte nach § 27 Abs. 3 S. 4 MBO-Ä unzulässig. Denn eine solche Werbung vermittelt den Anschein, der Arzt werbe, weil er hiervon finanzielle Vorteile habe und es genügt bereits der „böse Schein“, um Zweifel an der ärztlichen Integrität zu wecken (BVerfG v. 01.06.2011 – 1 BvR 233/10). Die Werbebeschränkung greift immer dann ein, wenn die Werbung nicht nur beiläufig, sondern ausdrücklich erfolgt, von keinem medizinischen Erfordernis getragen ist und den Anschein wirtschaftlicher Interessen auf Seiten des Arztes erweckt (BVerfG v. 26.08.2003 – 1 BvR 1003/02). Das Verbot der Fremdwerbung stellt damit sicher, dass sich der Arzt allen Anbietern gegenüber grundsätzlich neutral verhält und nicht das eigene Unternehmen bevorzugt. Ausnahmen greifen im Einzelfall bei Vorliegen eines hinreichenden Grundes sowie dann ein, wenn der Patient ausdrücklich um eine Information nachsucht (vgl. III. 4.).

### 6. Vertragsärztliche Zusammenarbeit

#### a.) Vertragsärztliche Versorgung – § 73 Abs. 7 SGB V

Der durch das GKV-VStG in das SGB V eingefügte § 73 Abs. 7 SGB V sieht auch im Vertragsarztrecht das Verbot vor, für die Zuweisung von Versicherten ein Entgelt oder sonstige wirtschaftliche Vorteile sich versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren. Durch den Verweis auf § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V gelten als sonstige wirtschaftliche Vorteile auch die Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr Ordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen.

#### b.) Zusammenarbeit mit anderen Leistungserbringern – § 128 SGB V

Die Kooperation von Ärzten mit Hörgeräteakustikern unter dem Schlagwort „verkürzter Versorgungsweg“ hat durch § 128 SGB V an Bedeutung verloren. Die Mitwirkung von Vertragsärzten setzt das Einvernehmen der Krankenkassen voraus, welche wiederum die zuständige Ärztekammer informieren.

Nach § 128 Abs. 1 SGB V ist die Abgabe von Hilfsmitteln an Versicherte über Depots bei Vertragsärzten, in Krankenhäusern und anderen medizinischen Einrichtungen unzulässig, soweit es sich nicht um eine Notfallversorgung handelt.

Gemäß § 128 Abs. 2 SGB V dürfen Leistungserbringer Vertragsärzte sowie Ärzte in Krankenhäusern und anderen Einrichtungen ferner 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. Ziel dieser Regelung ist es, dass Vertragsärzte grundsätzlich unbeeinflusst von eigenen finanziellen Interessen über die Verordnung von Hilfsmitteln entscheiden und nicht von der Ausstellung einer Verordnung oder der Steuerung von Versicherten zu bestimmten Leistungserbringern profitieren können. Um entsprechende Konfliktsituationen zu verhindern, werden den Leistungserbringern sämtliche Geldzahlungen und sonstige Zuwendungen an Vertragsärzte aus der Versorgung mit Hilfsmitteln ausdrücklich untersagt.

Durch die Formulierung in § 128 Abs. 2 SGB V „Gewährung sonstiger wirtschaftlicher Vorteile“ werden auch gesellschafts-

rechtliche oder Kapitalbeteiligungen von Ärzten an Unternehmen der Hilfsmittelbranche erfasst. Dies betrifft Fälle, in denen das Unternehmen dem Arzt Möglichkeiten anbietet, sich Vorteile zu verschaffen, deren Annahme ihm bei Direktbezug untersagt wäre. Solche Konstruktionen sind nach § 128 Abs. 2 SGB V nicht zulässig. Unverfänglich sind hingegen die Förderung des Gesamtunternehmens und damit die Teilhabe am Gesamtgewinn, wie bei jedem anderen Kapitalanleger.

Durch die Neufassung des § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V wurden Einkünfte aus der Beteiligung an Unternehmen ausdrücklich als unzulässige Zuwendung aufgenommen: „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 Beteiligung an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr Ordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen.“

Nach § 128 Abs. 4 SGB V dürfen Vertragsärzte nur auf der Grundlage vertraglicher Vereinbarungen mit Krankenkassen über die ihnen im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung obliegenden Aufgaben hinaus an der Durchführung der Versorgung mit Hilfsmitteln mitwirken. Dabei haben Vertragsärzte die von ihnen ausgestellten Verordnungen der jeweils zuständigen Krankenkasse zur Genehmigung zu übersenden.

Nach § 128 Abs. 5a SGB V schließlich verstoßen Vertragsärzte, die unzulässige Zuwendungen fordern oder annehmen, gegen ihre vertragsärztlichen Pflichten.

### 7. Zivilrechtliche Folgen bei rechtswidriger Beteiligung

Wie gezeigt, verstoßen Unternehmensbeteiligungen in bestimmten Konstellationen gegen § 31 Abs. 1 MBO-Ä. Gleiches gilt, wenn für die Zuweisung von Patienten ein Entgelt gezahlt oder sonstige Vorteile gewährt werden. Die Berufsrechtsnorm stellt nach der Rechtsprechung (BGH v. 22.01.1986 – VIII ZR 10/85) ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB dar. Der Schutzzweck der Vorschrift wird nur erreicht, wenn dem – dennoch abgeschlossenen – Geschäft die privatrechtliche Wirksamkeit versagt wird. Das Verbot des § 31 MBO-Ä wendet sich nicht nur an eine der vertragsschließenden Parteien, sondern trifft beide Vertragspartner. Verstöße gegen die Vorschrift führen daher zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts mit der Folge, dass der Empfänger das versprochene Entgelt nicht klageweise einfordern kann. Die Rückforderung des unzulässigerweise gezahlten Geldes ist allerdings nach § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen, weil dem Zahlenden gleichfalls ein solcher Verstoß gegen die Verbotsnorm zur Last fällt.

Ferner kann die Verletzung von § 31 Abs. 1 MBO-Ä, der auch dem Schutz von Individualinteressen des Patienten dient, als Verletzung eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zu einer Schadensersatzpflicht führen. Ein Schaden kann durchaus als Folge einer falschen oder überflüssigen Behandlung eintreten, die auf eine wirtschaftlich motivierte Patientenzuweisung zurückzuführen ist.

§ 31 MBO-Ä stellt ferner eine wertbezogene Norm im Sinne des Wettbewerbsrechts (§ 4 Nr. 11 UWG) dar. Bei einem Verstoß kann es also auch zu einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung sowie zu einer Unterlassungs- und Schadensersatzklage nach §§ 8, 9 UWG entweder durch den Konkurrenten, durch die (Landes-)Ärztekammer oder durch die „Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.“, Bad Homburg, kommen. □