



Eisenbeis  
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT MBH

## § 128 SGB V in Theorie und Praxis-Überlegungen

Fachanwalt für Medizinrecht Jörg Brochnow  
Eisenbeis Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Dresden



Eisenbeis  
RECHTSANWÄLTE

### Du sollst nicht, Du darfst nicht- Architektur des Sanktionssystems

#### Historie zum Thema Zuweisung gegen Entgelt etc.

- a. Depotverbot nach § 128 SGB V im Jahre 2009
- b. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes 2008 und Januar 2011
- c. Änderung der MBO-Ä durch Deutschen Ärztetag im Mai 2011
- d. 01.04.2011 – Eckpunktepapier zum Versorgungsstrukturgesetz
- e. Unangekündigte Änderungen Ende Dezember 2011
- f. 01.01.2012 – Inkrafttreten Versorgungsstrukturgesetz



Eisenbeis  
RECHTSANWÄLTE

ETL  
European Tax & Law

## Du sollst nicht, Du darfst nicht- Architektur des Sanktionssystems

### § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V heute:

**„Unzulässige Zuwendungen im Sinne des Satzes 1 sind auch die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Geräten und Materialien und Durchführung von Schulungsmaßnahmen, die Gestellung von Räumlichkeiten oder Personal oder die Beteiligung an den Kosten hierfür sowie Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr Verordnungs- oder Zuweisungs-verhalten selbst maßgeblich beeinflussen können.“**

3



Eisenbeis  
RECHTSANWÄLTE

ETL  
European Tax & Law

## Du sollst nicht, Du darfst nicht- Architektur des Sanktionssystems

### § 128 SGB V heute: Nach Absatz 5 wurden die Absätze 5a:

**„Vertragsärzte, die unzulässige Zuwendungen fordern oder annehmen oder Versicherte zur Inanspruchnahme einer privatärztlichen Versorgung an Stelle der ihnen zustehenden Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung **beeinflussen**, verstoßen gegen ihre vertragsärztlichen Pflichten.“**

und 5b eingefügt:

**„Die Absätze 2, 3, 5 und 5a gelten für die Versorgung mit Heilmitteln entsprechend.“**

(eigenartiger Weise nicht Pflegeeinrichtungen, § 37 SGB V – vergessen ??)

4



## Du sollst nicht, Du darfst nicht- Architektur des Sanktionssystems

Verschärfung der Rechtslage § 73 Abs. 7 SGB V lautet heute:

**„Es ist Vertragsärzten nicht gestattet, für die Zuweisung von Versicherten ein Entgelt oder sonstige wirtschaftliche Vorteile sich versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren. § 128 Abs.2 Satz 3 SGB V gilt entsprechend.“**



## Du sollst nicht, Du darfst nicht- Architektur des Sanktionssystems

§ 33 Abs. 2 Satz 3 Ärzte-ZV lautet heute:

**„ Eine gemeinsame Berufsausübung, bezogen auf einzelne Leistungen ist zulässig, sofern diese nicht der Umgehung des Verbots der Zuweisung von Versicherten gegen Entgelt oder sonstige wirtschaftliche Vorteile nach § 73 Abs. 7 SGB V dient. Eine Umgehung liegt insbesondere vor, wenn sich der Beitrag des Arztes auf das Erbringen med. technischer Leistungen auf Veranlassung der übrigen Mitglieder einer BAG beschränkt oder der Gewinn ohne Grund in einer Weise verteilt wird, die nicht dem Anteil der persönlich erbrachten Leistungen entspricht. Die Anordnung einer Leistung, insbesondere aus den Bereichen der Labormedizin, der Pathologie und der bildgebenden Verfahren, stellt keine persönlich erbrachte anteilige Leistung in diesem Sinne dar.“**



## Du sollst nicht, Du darfst nicht- Architektur des Sanktionssystems

### § 81 Abs. 5 SGB V

*„Die Satzungen der Kassenärztlichen Vereinigungen müssen ferner die Voraussetzungen und das Verfahren zur Verhängung von Maßnahmen gegen Mitglieder bestimmen, die **ihre vertragsärztlichen Pflichten** nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllen. Maßnahmen nach Satz 1 sind je nach der Schwere der Verfehlung Verwarnung, Verweis, Geldbuße oder die Anordnung des Ruhens der Zulassung oder der vertragsärztlichen Beteiligung bis zu 2 Jahren. Das Höchstmaß der Geldbußen kann bis zu Zehntausend Euro betragen. Ein Vorverfahren (§ 78 des SGG) findet nicht statt.“*

*Und der Blockwartparagraf § 81 a Abs. 2 SGB V*

*„Jede Person kann sich in den Angelegenheiten des Absatzes 1 an die KV und an die KBV wenden. Die Einrichtungen nach Abs. 1 gehen den Hinweisen nach, wenn sie auf Grund der einzelnen Angaben oder der Gesamtumstände glaubhaft erscheinen.“*



## Du sollst nicht, Du darfst nicht- Architektur des Sanktionssystems

### § 95 Abs. 6 SGB V- Das Ende der Sanktionskette:

*„Die Zulassung ist zu entziehen, wenn...der Vertragsarzt seine **vertragsärztlichen Pflichten** gröblich verletzt“*



## Theorie

Betrachtung im Lichte der Berufsausübungsfreiheit:

§ 128 SGB V greift natürlich in den Schutzbereich des Art. 12 ein und zwar bei Vertragsärzten, Leistungserbringern und Krankenhäusern. Die Norm beschränkt aber nur einen logistischen Organisationsmodus der Berufsausübung.

Zweck: Aus den (u.a. von Ratzel, ZMGR 04/12 zitierten) Bewertungen des BVerfG, dem BGH und dem BSG ergibt sich, dass Beteiligungen von Ärzten an Unternehmen des Gesundheitswesens nicht grundsätzlich untersagt sind. Insbesondere sind seit je her ohne weiteres Beteiligungen an Kliniken möglich. Gesetzesbegründung: 1. Wahlfreiheit der Versicherten, 2. Sicherstellung einer optimalen Patientenversorgung und 3. Stärkung des Wettbewerbs unter den Leistungserbringern. (fürs Depotverbot) und



## Theorie

Betrachtung im Lichte der Berufsausübungsfreiheit:

Zweck: Verhinderung, dass Vertragsärzte das Zuwendungsverbot durch Beteiligung an Unternehmen von Leistungserbringern im Hilfsmittelbereich umgehen.

Erforderlichkeit: wenn dieser Zweck nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden kann. Dies bei bestehendem und anzuwendendem Berufsrecht. Ist also der Zweck trotz des Berufsrechtes nur durch 128 SGB V zu erreichen? Kann also 128(2) i.V.m. 5b SGB V über das Reglementarium des Berufsrechtes hinaus ein Totalverbot gesellschaftsrechtlicher Beteiligungen regeln? M.E. nein.

Angemessenheit: steht die Grundrechtsbeeinträchtigung außer Verhältnis zum angestrebten Zweck?: Apothekerurteil... „Allgemeinwohlintereessen“ +



## Theorie

Betrachtung im Lichte der Berufsausübungsfreiheit:

Ein Totalverbot gesellschaftsrechtlicher Beteiligungen von Vertragsärzten verstieße also spätestens auf der Ebene der Erforderlichkeit gegen die Berufsausübungsfreiheit.

Die Norm ist insoweit also als Transponiernorm des ärztlichen Berufsrechtes in das Vertragsarztrecht zu sehen und zwar mit dem Zweck der Unterwerfung der Vertragsärzte in das öffentlich-rechtliche Sanktionierungssystem des Vertragsarztrechtes. Sind die entsprechenden Behörden KV (Disziplinarausschüsse) und ZA aber nunmehr zur Kontrolle der Einhaltung des Berufsrechtes berufen, haben sie auch Aufklärungs- und Beratungspflichten.



## Theorie

Die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen innerhalb des Vertragsarztsystems ist jedoch (natürlich) verfassungsgemäß:

BSG SozR 3-2500 § 81 Nr. 6 S. 22; § 81 Nr.7 S. 29; BSG vom 06.11.2002, MedR 2003,422 u.a.

Die aus 128 SGB V sich ergebenden Beschränkungen der Berufsausübung laufen somit synchron mit den gleichfalls als verfassungsgemäß erachteten Regelungen der Berufsordnungen, insbes. § 31 MBO. Eine darüber hinausgehende unangemessene Beeinträchtigung, also über die Berufsordnungen hinaus, ist wohl nicht ersichtlich.



Eisenbeis  
RECHTSANWÄLTE

## Und Praxis:

1. Konfuse aber wohlwollende Kammeraussagen: Problematik 31 MBO wird weniger gesehen, z.T. Abstellung auf 23 b i.V.m. 23a. „Berufsrechtliche Prüfungen“, Verweis auf Deutsches Ärzteblatt 105 Heft 19 (28.03.2008 !).
2. etwas deutlichere Bewertung aus den Gesetzgebungsmaterialien möglich: „Mit der Änderung soll verhindert werden, dass Vertragsärztinnen und Vertragsärzte das Zuwendungsverbot durch Beteiligung an Unternehmen von Leistungserbringern im Hilfsmittelbereich umgehen. Unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wird klargestellt, dass auch Einkünfte **aus solchen Beteiligungen** unzulässige Zuwendungen sind, **wenn deren Höhe** durch das Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten...selbst maßgeblich beeinflusst werden kann.“
3. Keinerlei verwertbare Aussagen von KV- Rechtsabteilungen, was bisher als zulässig erachtet sei, würde nun nicht unzulässig...

ETL  
European Tax & Law

13



Eisenbeis  
RECHTSANWÄLTE

## Und Praxis:

3. Rechtsprechung, vor allem natürlich: Hörgeräteversorgung II (BGH v. 13.01.2011 MedR 2011, 500):
    - Verweisung nur, wenn patientenindividuelle Gründe im Einzelfall
    - „spürbarer Einfluss“ der Patientenzuführungen auf den Gesamtgewinn des Unternehmens führt zum „mittelbaren Vorteil“
    - daraus ableitbare Gewinnausschüttungen verstoßen gegen 31 MBO
    - Kriterien: Gesamtumsatz des Unternehmens, Anteil der Verweisungen des Arztes und Höhe der Beteiligung des Arztes (einschließlich Vorteile an Verwandte, Strohmännchen usw.)
- = „sachfremdes Zuweisungsverhalten“ + Beeinflussung der freien **Behandlerwahl** (Sonderproblem- „Ortsnähe“)

ETL  
European Tax & Law

14



Eisenbeis  
RECHTSANWÄLTE

## Und Praxis:

### 3. Rechtsprechung, Zulassung von Heilmittel- erbringern, analoge Anwendung 128 SGB V ? LSG B-W vom 15.02.2012 (L 5 KR 243/11):

- Kl. Krankenhaus lagert als 100 % Tochter –GmbH Psychotherapie, Ergotherapie und Logopädie aus (stationäre und ambulante Behandlung). Zulassung gem. 124 SGB V wird versagt, weil weder Krankenhaus (124 (3) SGB V), noch „nach dem tatsächlichen Berufsbild in eigener Praxis ausgeübt“ (124 (2) SGB V) .

ETL  
European Tax & Law

15



Eisenbeis  
RECHTSANWÄLTE

## Und Praxis:

### 3. Rechtsprechung, Zulassung von Heilmittelerbringern, analoge Anwendung 128 SGB V ?- LSG B-W vom 15.02.2012 (L 5 KR 243/11):

- thematisiert wird analoge Anwendung 128 (2) und 5b SGB V:

„Anzumerken ist hierbei lediglich, dass mit 128 Abs. 5b i.V.m. Abs. 2 S.1 SGB V der Gefahr begegnet werden soll, dass Vertragsärzte das Zuwendungsverbot durch Beteiligung an Unternehmen von Leistungserbringern im Heilmittelbereich umgehen .Daher sind nach der genannten Vorschrift auch Einkünfte aus solchen Beteiligungen unzulässige Zuwendungen, wenn deren Höhe durch das Verordnungs- und Zuweisungsverhalten von den Vertragsärzten selbst maßgeblich beeinflusst werden kann. Eine solche Konstellation, in der verordnete bzw. zuweisende Ärzte den Umsatz eines Heilmittelunternehmens beeinflussen können, an dessen Gewinn sie unmittelbar beteiligt sind, liegt nicht vor. Es ist auch nicht erkennbar, dass im vorliegenden Fall, in dem das D. Krankenhaus... die Alleingesellschafterin der Klägerin als Heilmittelunternehmen ist, verordnende bzw. zuweisende Ärzte mittelbar- z.B. durch Beteiligungen an der Alleingesellschafterin- von ihren Verordnungs- bzw. Zuweisungsverhalten profitieren könnten“.

ETL  
European Tax & Law

16





## Und Praxis:

Problem:

„Verordnungs- und Zuweisungsverhalten“ geht über die BGH- Urteile hinaus. Eben nicht nur (Umfang) der Zuweisungen sondern auch (Umfang) der Verordnungen. Insbesondere eine Ausweitung der Verordnungsanzahl soll wohl verhindert werden.



## Fazit und Ausblick:

- Die derzeitige Konfusion, z.B. zwischen Kammern und KV-rechtsabteilungen beruht auf dem Charakter der Norm 128 SGB V als spezifisch sozialrechtliche Norm . Sie ist eingebunden in die vorhandene Sanktionierungskette zur Überprüfung und Ahndung von Verstößen in die vertragsärztlichen Pflichten.

-Es geht daher wie immer zunächst um Geld, jede Abschöpfung von innerhalb oder mit Hilfe des GKV- Systems erzielter Mehrerlöse (über die HVM- Lotterie und Individualkassenverträge hinaus) , einschließlich Verwertung des GKV- Patientenstammes, ohne Beteiligung der Krankenkassen, soll verhindert werden.

- Nach dem Sinnzusammenhang der Norm, der Gesetzgebungsbegründung und der denkbar dünnen Rechtsprechung spricht vieles dafür, dass die Möglichkeit ausgeschlossen werden soll, das unzulässige Zuwendungen i.S. Abs. 1 und Abs. 2 S.1 und 3 durch gesellschaftsrechtliche Beteiligungen kompensiert werden können.



Eisenbeis

RECHTSANWÄLTE

## Fazit und Ausblick:

-Sehr interessant deshalb: Beratungspflicht der KV: LSG Berlin Brandenburg L 7 KA 71/11 B ER vom 23.01.2012:

„Aus der Befugnis, bestimmte kollektive Rechte der Vertrags(zahn)-ärzte wahrzunehmen und die Rechtmäßigkeit der vertrags(zahn)-ärztlichen Leistungserbringung zu überwachen, ergibt sich eine Fürsorgepflicht der Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen gegenüber ihren Mitgliedern. Diese hat sie über ihre Rechte und Pflichten zu beraten ( § 106 Abs. 1 und Abs. 5 S. 1 SGB V), ihnen Hinweise zur rechtmäßigen vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung zu geben und sie ggf. auf Bedenken an bestimmten Formen der Leistungserbringung oder Abrechnung hinzuweisen, soweit dazu Veranlassung besteht.“