

RECHT SONSTIGER LEISTUNGSERBRINGER

§ 128 SGB V im Spiegel der Rechtsprechung des BGH zum „verkürzten Versorgungsweg“ bei Hörgeräten

Eric Zimmermann, Mainz

Der „verkürzte Versorgungsweg“, also die Einbindung des Arztes in die Hilfsmittelabgabe gegen entsprechende Vergütung, beschäftigt seit Jahren die Gerichte. Nachdem der BGH in zwei Entscheidungen diese Vertriebsform für grundsätzlich zulässig erklärt hat, mehrten sich Berichte über Korruption, Schmiergeld und Bestechung im Gesundheitssektor. Der Gesetzgeber versuchte mit der Einführung eines Anti-Korruptionsparagrafen, dem § 128 SGB V, den Vorgängen entgegenzuwirken (vgl. Ratzel, *GesR* 2008, 623 ff.). Kurz nach seiner Einführung wurde § 128 SGB V nochmals geändert und verschärft. Der nachfolgende Aufsatz stellt die Auswirkungen der aktuellen Gesetzesfassung dar und beschäftigt sich insbesondere mit den Folgen auf die bisherige BGH-Rechtsprechung.

I. Einführung

Es war der Staatsanwalt *Julius von Kirchmann*, der während eines Vortrags 1847 bei der Juristischen Gesellschaft zu Berlin die nachträglich ebenso oft zitierte wie bemühte Aussage aussprach, dass drei berichtigende Worte des Gesetzgebers ausreichen und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.¹

Durch das „Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen der gesetzlichen Krankenversicherung“

(GKV-OrgWG), das am 1.4.2009 in Kraft trat, regelte der Gesetzgeber in § 128 SGB V die unzulässige Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten. Ungewöhnlich schnell sah sich der Gesetzgeber aber dazu verpflichtet, den Inhalt des § 128 SGB V nochmals zu präzisieren, um die Bedeutung und den Anwendungsbereich dieses neuen Anti-Korruptionsparagrafen klarzustellen.² Diese Klarstellungen traten durch das „Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften“ (15. AMG-Novelle) bereits am 23.7.2009 in Kraft und führten zwar nicht dazu, dass ganze Bibliotheken geschlossen werden mussten, doch gaben erste Bewertungen der ersten Form des § 128 SGB V bereits nach vier Monaten nicht mehr die aktuelle Rechtslage wieder.

§ 128 SGB V regelt also die unzulässige Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten. Von dem Verbot des § 128 SGB V ist vor allem der „verkürzte Versorgungsweg“ in seiner bisherigen Form betroffen.³ Unter dem „verkürzten Versorgungsweg“ versteht man – vereinfacht dargestellt –, dass unter Mitwirkung des Arztes (in den unterschiedlichsten Vertragskonstellationen) der Patient unmittelbar mit Hilfsmitteln versorgt wird.⁴ Beim „verkürzten Versorgungsweg“ mit Hörgeräten übernimmt z.B. der HNO-Arzt Tätigkeiten, die bei der herkömmlichen Versorgung ausschließlich vom Hörgeräteakustiker vorgenommen werden. Dies sind insbesondere die audiometrische Messung und die Abnahme des Ohrabdrucks.⁵ Dafür erhielt er ein Honorar, das aber nicht von der Krankenkasse, sondern vom Hörgeräteakustiker ausbezahlt wurde.⁶ Die Besonderheit liegt folglich darin, dass der Arzt Leistungen erbringt und vergütet erhält, die herkömmlich von nicht ärztlichen Hilfsmittelerbringern wie Hörgeräteakustikern erbracht werden und für die der Arzt beim traditionellen Versorgungsweg kein Honorar erhält.⁷

Der „verkürzte Versorgungsweg“ war von Anfang an umstritten, da in ihm ein Verstoß sowohl gegen das Handwerksrecht als auch gegen das ärztliche Berufsrecht erkannt wurde.⁸ Sich daraus ergebende wettbewerbsrechtliche Aspekte werden in diesem Aufsatz indes nicht

▷ Rechtsanwalt Eric Zimmermann, Bundesinnung der Hörgeräteakustiker, Mainz.

1 Vgl. *von Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1847, S. 52 f.

2 Vgl. BT-Drucks. 16/13428, 92.

3 Vgl.: *Hackstein/Hartmann*, MPR 2009, 109 (116); *Flasbarth*, MedR 2009, 708 (714).

4 Vgl. *Quass/Zuck*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, S. 780.

5 Vgl. BGH, Urt. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98, SGB 2001, 90 (91).

6 Vgl. BGH, Urt. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98, SGB 2001, 90 (91).

7 *Gassner*, SGB 2001, 95.

8 Vgl.: *Schwannecke/Webers*, NJW 1998, 2697 (2702); *Gaßner/Klars*, PharmR 2002, 309 (320); zu den Vorteilen: *Thünken*, MedR 2007 578 (581).

§ 128 SGB V im Spiegel der Rechtsprechung des BGH

angesprochen. Der BGH erklärte in seinen bisherigen Entscheidungen den „verkürzten Versorgungsweg“ zumindest für die Hörgeräteversorgung unter bestimmten Rahmenbedingungen für zulässig.⁹ Trotz dieser höchstrichterlichen Entscheidungen blieb aber weiterhin eine Unzufriedenheit der Leistungserbringer, da ungleiche Marktverhältnisse stets gegeben sind, solange der eine Marktpartner verordnet und ausführt, während der andere Marktpartner nur Verordnungen ausführen kann: Dass dann beide Partner auf diese Art und Weise auch noch identische Leistungen anbieten dürfen, gefährdet das Handwerk.¹⁰

II. Der neu gefasste § 128 SGB V zum „verkürzten Versorgungsweg“

1. Der Gesetzesweg

Durch die beiden Entscheidungen des BGH zum „verkürzten Versorgungsweg“ vom 29.6.2000 und vom 15.11.2001 wurde in dem Bereich der Hörgeräteversorgung die rechtliche Zulässigkeit unter bestimmten Bedingungen höchstrichterlich anerkannt.¹¹

Die richterlich formulierten Erwartungen,¹² dass der „verkürzte Versorgungsweg“ zu fachlich oder wirtschaftlich besseren Angeboten für die Versicherten führen könnte, wurden in der Realität schnell eines Besseren belehrt. Tatsächlich häuften sich in den letzten Jahren Nachrichten über Korruption und Schmiergeldzahlungen bei Formen des „verkürzten Versorgungsweges“.¹³ Der Kreativität, manche HNO-Ärzte in irgendeiner Art und Weise an der tatsächlichen Hörgeräteversorgung (finanziell) zu beteiligen, waren keine Grenzen gesetzt.¹⁴ Die Chance für einige Ärzte, sich an der Versorgung am Patienten nun unmittelbar beteiligen und damit vergüten lassen zu können, glich der geöffneten Büchse der Pandora. Eine Trennung zwischen „Wer verordnet?“ und „Wer führt die Verordnung aus?“ gab es bei manchen HNO-Ärzten faktisch nicht mehr. Freilich blieb diese Entwicklung auch der Politik nicht verborgen, die die Situation selbst so beschrieb, dass es deutliche Hinweise auf Fehlentwicklungen in der Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten gab.¹⁵

Aus diesem Grund führte der Gesetzgeber mit § 128 SGB V einen eigenen Anti-Korruptionsparagrafen ein, der die unzulässige Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten regeln sollte. Die Einführung einer solchen speziellen Regelung im SGB V wurde vom Gesetzgeber deshalb für erforderlich erachtet, weil bestehende straf-, berufs- und wettbewerbsrechtliche Vorschriften die fragwürdigen Formen der Zusammenarbeit, die durch den „verkürzten Versorgungsweg“ entstanden sind, offenbar nicht wirksam verhindern konnten.¹⁶ Der am 1.4.2009 im GKV-OrgWG in Kraft getretene § 128 SGB V wurde dann bereits im Wege der 15. AMG-Novelle vom 17.6.2009 wieder verändert.¹⁷ Die Änderungen erhielten in der Gesetzesbegründung die Überschrift „Klarstellende Regelungen zur Beteiligung von Vertragsärzten an der Durchführung der Hilfsmittelversorgung“.¹⁸ Sie wurden notwendig, weil trotz der eindeutigen Regelung findige Teilnehmer am Gesundheitsmarkt meinten, Grauzonen¹⁹ zu erkennen und diese für sich nutzen zu können. Die Kritik²⁰ an dem Gesetzgeber aufgrund der raschen Änderung des § 128 SGB V ist indes nicht berechtigt: Vielmehr zeigt sich die gesetzgeberische Entschlossenheit, verschiedene Formen des „verkürzten Versorgungsweges“ nicht zu dulden und möglichst schnell erkannte Fehlentwicklungen einzu-

dämmen. Es spricht daher für den Gesetzgeber, dass er unverzüglich auf neue Eskapaden reagierte und sofort handelte.

2. Der Inhalt des § 128 SGB V zum „verkürzten Versorgungsweg“

Gemäß § 128 Abs. 2 S. 1 SGB V dürfen Leistungserbringer Vertragsärzte oder Ärzte in Krankenhäusern und anderen medizinischen Einrichtungen nicht gegen Entgelt oder Gewährung sonstiger wirtschaftlicher Vorteile an der Durchführung der Versorgung von Hilfsmitteln beteiligen oder Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung von Hilfsmitteln gewähren. Denn über die Verordnung von Hilfsmitteln sollen Vertragsärzte grundsätzlich unbeeinflusst von eigenen finanziellen Interessen entscheiden und nicht von der Ausstellung einer Verordnung oder der Steuerung von Versicherten zu bestimmten Leistungserbringern profitieren können.²¹ Unzulässig ist ebenfalls nach § 128 Abs. 2 S. 2 SGB V die Zahlung einer Vergütung für zusätzliche privatärztliche Leistungen durch Leistungserbringer, die im Rahmen der Versorgung mit Hilfsmitteln von Vertragsärzten erbracht werden. Solche Leistungen sind Versicherten von Vertragsärzten mit dem Hinweis angeboten worden, dass die Kosten hierfür von bestimmten Leistungserbringern übernommen werden.²² Mit der 15. AMG-Novelle fügte der Gesetzgeber in § 128 Abs. 2 SGB V noch einen dritten Satz hinzu, wonach wirtschaftliche Vorteile i.S.d. § 128 Abs. 2 S. 1 SGB V auch die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Geräten und Materialien sowie die Durchführung von Schulungsmaßnahmen und die Gestellung von Räumlichkeiten, Personal oder die Beteiligung an den Kosten hierfür sind. Eine entsprechende Klarstellung war notwendig geworden, da die Unzulässigkeit einer unentgeltlichen Bereitstellung von Computern und Software sowie unentgeltlicher Schulungsmaßnahmen in der Praxis bereits nach Einführung des § 128 SGB V bestritten wurde.²³ In der neuen Fassung des § 128 Abs. 4 SGB V wird nun eindeutig geregelt, dass Vertragsärzte nur auf der Grundlage von vertraglichen Vereinbarungen mit Krankenkassen über die ihnen im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung obliegenden Aufgaben hinaus an der Durchführung der Versorgung mit Hilfsmitteln mitwirken dürfen. Ohne einen solchen Vertrag ist damit eine Versorgung durch

9 Vgl.: BGH, Urte. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98, SGB 2001, 90; BGH, Urte. v. 15.11.2001 – I ZR 275/99, MedR 2002, 256.

10 Vgl. *Quass/Zuck*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, S. 780.

11 *Thiinken*, MedR 2007, 578.

12 BGH, Urte. v. 15.11.2001 – I ZR 275/99, MedR 2002, 256 (257).

13 Vgl.: Handelsblatt v. 10.2.2010 „Auge um Auge, Ohr um Ohr, Zahn um Zahn“, S. 8; Der Spiegel v. 9.3.2009 „Schmiergeld auf Rezept“, S. 98; Financial Times Deutschland v. 8.1.2009 „Unerhörte Geschäfte“, S. 1.

14 Vgl. *Quass/Zuck*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, S. 781.

15 BT-Drucks. 16/10609, 58.

16 Vgl. BT-Drucks. 16/10609, 58.

17 Vgl. *Ratzel*, GesR 2008, 624 ff.

18 BT-Drucks. 16/13428, 92.

19 Vgl. *Ratzel*, GesR 2008, 623 (624).

20 *Fulda* (MPJ 2009, 265) bezeichnet schon die ursprüngliche Regelung des GKV-OrgWG als nicht rechtlich durchdacht; *Hackstein/Hartmann* (MPR 2009, 109 [110]) kritisieren Qualität und Hektik; *Klimper* (PharmR 2009, 591 [596]) rügt die fehlende Gesetzesbegründung.

21 BT-Drucks. 16/10609, 58.

22 BT-Drucks. 16/10609, 58.

23 BT-Drucks. 16/13428, 92.

§ 128 SGB V im Spiegel der Rechtsprechung des BGH

den Arzt nicht mehr erlaubt. Nach § 128 Abs. 4a SGB V können Krankenkassen dann mit Ärzten Verträge nach § 128 Abs. 4 SGB V abschließen, wenn die Wirtschaftlichkeit und die Qualität der Versorgung dadurch nicht eingeschränkt werden. Freilich ist der Abschluss solcher Verträge für die Krankenkassen fakultativ. Ein Anspruch besteht gerade nicht.²⁴

III. Die Entscheidungen des BGH zum „verkürzten Versorgungsweg“ unter Betrachtung des § 128 SGB V

Nachfolgend werden die bisherigen Ausführungen des BGH zum „verkürzten Versorgungsweg“ in der Hörgeräteversorgung an dem neu gefassten Gesetzestext zu § 128 SGB V und an der Gesetzesbegründung überprüft sowie die jüngste Rechtsprechung des BGH zu ähnlichen Themengebieten aufgegriffen.

1. Überlassung von Gegenständen an den Arzt

Der BGH führte in seiner ersten Entscheidung über den „verkürzten Versorgungsweg“ bei Hörgeräten aus, dass die Überlassung eines PC, der eine Online-Verbindung zur Beklagten ermöglicht, nicht eine berufsordnungswidrige Vergünstigung für die Verordnung von Hilfsmitteln sei.²⁵ Denn mit dieser Ausrüstung des HNO-Arztes werde lediglich die Voraussetzung geschaffen, um mit dem Arzt im Einzelfall überhaupt zusammenarbeiten zu können und auf dem von ihm vorgeschlagenen Versorgungsweg Hörgeräte als Hilfsmittel zu liefern.²⁶ Eine Vergütung läge darin nicht.²⁷

Diese Feststellung, bereits mit der Entscheidungsverkündung als problematisch im Schrifttum angesehen,²⁸ wird nun durch den Wortlaut des § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V überholt. In der Gesetzesbegründung wird sogar explizit darauf verwiesen, dass die in § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V vorgenommene Klarstellung notwendig geworden ist, da die Unzulässigkeit einer unentgeltlichen Bereitstellung von Computern und Software in der Praxis bestritten wurde. Gesetzestext und Gesetzesbegründung korrigieren die bisherige Wertung, dass die Überlassung von Hard- und Software unbedenklich sei. Die Korrektur ist zu begrüßen, da die bereits früher²⁹ gehegten Bedenken, ob in der möglichen Zweitnutzung des PC nicht eine

unberechtigte wirtschaftliche Vergünstigung nach § 34 Abs. 1 MBO-Ä liegt, nun aufgegriffen wurden und zu einem klarstellenden Verbot führten.

Erstaunlich ist, dass die Klarstellung des Gesetzgebers nun als „eigentlich unnötig“³⁰ bezeichnet wird, da doch diese Beispiele unschwer als wirtschaftlicher Vorteil bzw. Zuwendung einzuordnen seien. Als unnötig freilich kann man die Klarstellung aber wohl kaum bezeichnen, wenn dies in der Praxis von einzelnen Anbietern und selbst Krankenkassen entsprechend anders gelebt wurde.³¹ Selbstverständlich kann auch durch den Kauf bzw. durch die Schenkung von Hard- und Software das Verbot aus § 34 Abs. 1 MBO-Ä, keine Vorteile aus der Verschreibung von Verordnungen zu beziehen, subtil umgangen werden, weshalb die Klarstellung eher einen Rückschluss auf den Erfindungsreichtum im Gesundheitsmarkt schließen lässt, als auf eine unnötige Regulierungswut des Gesetzgebers.

Die ursprünglich vom BGH getroffenen Feststellungen stehen daher durch den neuen Wortlaut in § 128 SGB V erneut auf dem Prüfstand.

2. Zulässigkeit eines zusätzlichen Verdiensts des Arztes

Unstrittig war stets, dass es einem Arzt nach § 31 MBO-Ä nicht gestattet ist, sich für die Zuweisung von Patienten ein Entgelt versprechen oder gewähren zu lassen. Allerdings erhielt der Arzt beim „verkürzten Versorgungsweg“ das Entgelt nicht für die Zuweisung, sondern für zusätzliche ärztliche Tätigkeiten.³²

Nach Ansicht des BGH war es unbedenklich, dass Ärzte durch die Zusammenarbeit mit Hörgeräteakustikern eine zusätzliche Verdienstmöglichkeit erhielten.³³ Denn in der Möglichkeit, aus erlaubter eigener ärztlicher Tätigkeit ein angemessenes Entgelt zu erzielen, läge keine berufsordnungswidrige Vergünstigung.³⁴

Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Versicherten wurde dabei aber nicht ausreichend berücksichtigt. Der BGH ging davon aus, dass es einem Patienten nicht verborgen bliebe, dass ein Arzt bei der Wahl eines bestimmten Therapieweges ein mögliches Eigeninteresse habe, da er eine gesonderte Vergütung erhalte.³⁵ In seiner Entscheidung zur „Hörgeräteversorgung“ betonte der BGH sogar, dass die gesonderte Vergütung des Arztes im Wege des „verkürzten Versorgungsweges“ allgemein bekannt sei.³⁶ Eine Beeinflussung des Patienten zugunsten des gesondert vergüteten Versorgungsweges hielt der BGH zwar für möglich, doch rechtfertige dies kein allgemeines Verbot.³⁷

Die gesonderte Vergütung war nach Ansicht des BGH somit aus zwei Gründen statthaft: Zum einen sei es dem Arzt im Innenverhältnis nicht zu untersagen, für seine Tätigkeit ein Entgelt zu verlangen. Zum anderen wäre der Patient genug aufgeklärt, sodass ihm bewusst sei, dass sein Arzt bei speziellen Versorgungswegen eine eigene Vergütung erhalte.

Diese Auslegung, die von einem umfassend informierten Patienten ausgeht, wurde vom BGH selbst in seiner Entscheidung zur Quersubventionierung von Laborgemeinschaften eingegrenzt.³⁸ Dort stellte der BGH fest, dass der Arzt eine Patientenverweisung allein nach ärztlichen Gesichtspunkten zu treffen habe.³⁹ Der BGH betonte in diesem Urteil, dass der Arzt seine Entscheidung nach der Überweisung nicht davon abhängig machen dürfe, ob ihm für die Überweisung eine Gegenleistung zufließe oder nicht.⁴⁰ Inwieweit der Patient das Eigeninteresse des

24 Vgl. LSG Hamburg, Beschl. v. 24.9.2009 – L 1 B 196/09 ER KR.

25 BGH, Urt. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98, SGB 2001, 90 (93).

26 BGH, Urt. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98, SGB 2001, 90 (93).

27 BGH, Urt. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98, SGB 2001, 90 (93).

28 Vgl. Gassner, SGB 2001, 95.

29 Gassner, SGB 2001, 95.

30 Vgl. Fulda, MPJ 2009, 265 (266).

31 Vgl. auch Hackstein/Hartmann, MPR 2009, 109 (118).

32 Vgl. BGH, Urt. v. 15.11.2001 – I ZR 275/99, MedR 2002, 256 (257).

33 BGH, Urt. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98, SGB 2001, 90 (93).

34 BGH, Urt. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98, SGB 2001, 90 (93).

35 Vgl.: BGH, Urt. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98, SGB 2001, 90 (94); BGH, Urt. v. 15.11.2001 – I ZR 275/99, MedR 2002, 256 (257).

36 BGH, Urt. v. 15.11.2001 – I ZR 275/99, MedR 2002, 256 (257).

37 BGH, Urt. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98, SGB 2001, 90 (93).

38 Vgl. BGH, Urt. v. 21.4.2005 – I ZR 201/02, GesR 2005, 547 = NJW 2005, 3718 ff.

39 BGH, Urt. v. 21.4.2005 – I ZR 201/02, GesR 2005, 547 = NJW 2005, 3718 (3720).

40 BGH, Urt. v. 21.4.2005 – I ZR 201/02, GesR 2005, 547 = NJW 2005, 3718 (3720).

§ 128 SGB V im Spiegel der Rechtsprechung des BGH

Arztes kennt, war nicht mehr relevant. Was aber für die Auswahl der Überweisung richtig ist, kann für die Auswahl des Versorgungsweges nicht falsch sein: Auch hier dürfen monetäre Gründe nicht ausschlaggebend sein.

Eine Notwendigkeit, dass der Arzt einen Leistungserbringer konkret seinem Patienten empfiehlt, kann nicht erkannt werden.⁴¹ Vor allem sollte der Patient stets erfahren, in welcher (finanziellen) Verbindung der Arzt zum Leistungserbringer steht. Denn letztlich wird der Patient der Empfehlung des Arztes folgen. Natürlich kann sich der Patient auch anders entscheiden,⁴² doch ist diese Annahme reichlich lebensfremd. Das OLG Düsseldorf erkannte dies in einer aktuellen Entscheidung.⁴³ Es stellte fest, dass jede Empfehlung des Arztes für einen erheblichen Teil seiner Patienten einen Druck schafft, dem sich diese nur schwer entziehen können.⁴⁴

Der Bundesgesetzgeber hat diese Konfliktsituation schon vorher aufgegriffen und bereits mit der ersten Fassung nach dem GKV-OrgWG gelöst. In der Gesetzesbegründung zu § 128 Abs. 2 SGB V a.F. heißt es, dass die Vertragsärzte über die Verordnung von Hilfsmitteln grundsätzlich unbeeinflusst von eigenen finanziellen Interessen entscheiden sollen und nicht von der Ausstellung einer Verordnung oder der Steuerung von Versicherungen zu bestimmten Leistungserbringern profitieren können.⁴⁵ Um solche Konfliktsituationen zu verhindern, werden den Leistungserbringern sämtliche Geldzahlungen und sonstige Zuwendungen an Vertragsärzte im Zusammenhang mit der Versorgung mit Hilfsmitteln ausdrücklich untersagt.⁴⁶ Somit hat der Arzt den Patienten nicht mehr hinsichtlich der weiteren Versorgung zu beeinflussen.⁴⁷ Die generelle Problematik von Zuweisungen wurde auch in anderen Bereichen erkannt und – bezogen auf Krankenhäuser – deshalb erste Korrekturen bei den sog. „Zuweisungsprämien“ vorgenommen.⁴⁸ Der (Landes-)Gesetzgeber erkannte auch hier die Gefahr, dass sich Patienten auf die ärztliche Empfehlung für ein bestimmtes Krankenhaus verlassen.⁴⁹

Der BGH könnte daher seine bisherige Rechtsprechung zur Vergütungsmöglichkeit des Arztes aus den Urteilen zum „verkürzten Versorgungsweg“ und zur „Hörgeräteversorgung“ überprüfen. Bei Anwendung des § 128 SGB V sind nun grundsätzlich jegliche finanziellen Zuwendungen, die der Arzt aufgrund einer Versorgung erhält, zu untersagen. Wenn der Arzt an der Versorgung partizipieren will, hat er gem. § 128 Abs. 4 SGB V eine vertragliche Vereinbarung mit der Krankenkasse einzugehen. Freilich ist die Krankenkasse dazu nicht verpflichtet und sie kann dem nur dann nachkommen, wenn die Wirtschaftlichkeit und Qualität der Versorgung nicht eingeschränkt wird. Ob aber die Qualität bei einer Hörgeräteanpassung vor Ort durch einen Hörgeräteakustiker tatsächlich die gleiche ist, wie wenn ein Arzt die Anpassung mittels Computer und telefonischer Sprechverbindung mit einem Hörgeräteakustiker vornimmt,⁵⁰ darf angezweifelt werden.

3. Gründe zur Verweisung

In seiner Entscheidung zum „verkürzten Versorgungsweg“ ließ der BGH eine Verweisung des Arztes bei der Qualität der Versorgung, der Vermeidung von Wegen gehbehinderter Patienten oder bei schlechten Erfahrungen mit den ortsansässigen Hörgeräteakustikern zu.⁵¹ Der BGH erweiterte in seiner Entscheidung zur Hörgeräteversorgung diese Feststellung dahingehend, dass es sogar dringend geboten sein könne, dass der HNO-Arzt dem Patienten die Möglichkeit aufzeigt, sich durch ihn

selbst in Zusammenarbeit mit einem nicht ortsansässigen Hörgeräteakustiker versorgen zu lassen.⁵² Dies könne bei besserer Eignung des Hörgeräts oder günstigerem Preis oder bei einer besonderen Gehbehinderung des Patienten notwendig sein.⁵³

Der BGH weicht in seiner späteren Entscheidung zur Quersubventionierung von Laborgemeinschaften indes von dieser weiten Auslegung ab. In dieser Entscheidung führte der BGH aus, dass die Verweisung allein nach ärztlichen Gesichtspunkten erfolgen darf.⁵⁴ Auch in der aktuellen Entscheidung vom 9.7.2009⁵⁵ hob der BGH nochmals hervor, dass allein medizinische Gründe maßgeblich sein können und nicht wirtschaftliche Interessen der Beteiligten oder die Bequemlichkeit.

Vom Ergebnis her ist festzuhalten, dass die Verweisung nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH ausschließlich aufgrund ärztlich-medizinischer Gesichtspunkte erfolgen darf. Gerade die Eigeninteressen des Arztes dürfen für die Wahl eines Versorgungsweges nicht ausschlaggebend sein.

Auch der Gesetzgeber hat mittlerweile reagiert und überlässt die Verweisung nicht dem Arzt. Nach § 128 Abs. 4b S. 3 SGB V haben die Krankenkassen und nicht die Ärzte den Versicherten in geeigneter Weise über die verschiedenen Versorgungswege zu beraten. Mit dieser Regelung soll sichergestellt werden, dass die Versicherten über die zur Wahl stehenden Versorgungswege objektiv beraten werden, bevor mit der Versorgung begonnen wird und eine informierte und unbeeinflusste Entscheidung hierüber getroffen werden kann.⁵⁶ Somit hat sich mit dieser klaren Regelung die Frage erledigt, welche Gründe bei einer Verweisung eine Rolle spielen. Denn diese Arbeit wird nun von der Krankenkasse übernommen, der man eine neutrale Rolle zutraut.

4. Wirtschaftlichkeitsberücksichtigung

Der BGH stellte in seiner Entscheidung zum „verkürzten Versorgungsweg“ zudem fest, dass der Arzt verpflichtet wäre, bei seiner Abwägung auch die Wirtschaftlichkeit der Versorgung mit zu berücksichtigen.⁵⁷ Dabei bezog sich das Gericht auf §§ 12 Abs. 1, 70 Abs. 1 SGB V. Durch die Neufassung des § 128 SGB V hinsichtlich des „verkürzten Versorgungsweges“ ist dieser Aspekt nunmehr ausdrücklich gesetzlich geregelt worden. Denn § 128 Abs. 4a SGB V gibt vor, dass Krankenkassen mit

41 A.A. Fulda, MPJ 2009, 265 (269).

42 Fulda, MPJ 2009, 265 (269).

43 OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.9.2009 – I-20 U 121/08, GesR 2009, 605.

44 OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.9.2009 – I-20 U 121/08 (Rz. 56), GesR 2009, 605.

45 BT-Drucks. 16/10609, 58.

46 BT-Drucks. 16/10609, 58.

47 A.A. anscheinend Flasbarth, MedR 2009, 708 (710).

48 Vgl. LT-NRW, Drucks. 14/10405, 8 und § 31a KHGG NW n.F.

49 Vgl. LT-NRW, Drucks. 14/10405, 7.

50 Vgl. BGH, Urt. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98, SGB 2001, 90 (91).

51 BGH, Urt. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98, SGB 2001, 90 (93).

52 BGH, Urt. v. 15.11.2001 – I ZR 275/99, MedR 2002, 256 (257).

53 BGH, Urt. v. 15.11.2001 – I ZR 275/99, MedR 2002, 256 (257).

54 BGH, Urt. v. 21.4.2005 – I ZR 201/02, GesR 2005, 547 = NJW 2005, 3718 (3720).

55 BGH, Urt. v. 9.7.2009 – I ZR 13/07, GesR 2009, 549 = GRUR 2009, 977 (979).

56 BT-Drucks. 16/13428, 92.

57 BGH, Urt. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98, SGB 2001, 90 (93).

§ 128 SGB V im Spiegel der Rechtsprechung des BGH

Vertragsärzten nur dann Verträge nach § 128 Abs. 4 SGB V abschließen können, wenn die Wirtschaftlichkeit und die Qualität der Versorgung nicht eingeschränkt werden. Damit sind zwei wichtige Entscheidungen gesetzgeberisch getroffen. Zum einen stellt der Gesetzgeber durch die gewählte Formulierung ein „Regel/Ausnahme“-Verhältnis fest. Die Regel ist der traditionelle Versorgungsweg, von dem die Krankenkassen nur dann abweichen können, wenn die Wirtschaftlichkeit und die Qualität nicht eingeschränkt werden. Die Formulierung stellt zudem klar, dass die Krankenkassen nicht zum Abschluss verpflichtet sind.⁵⁸ Zum anderen obliegt es aber der Krankenkasse, die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit und der Qualität vorzunehmen. Die vom BGH verlangte Verpflichtung des Arztes, selbst bei der Versorgung das Wirtschaftlichkeitsgebot zu beachten, wird durch die Reformierung des § 128 SGB V auf die Krankenkassen übertragen. Der Gesetzgeber kommt damit einer Feststellung des BGH nach, die er selbst in seiner Entscheidung zur Quersubventionierung von Laborgemeinschaften traf. Denn dort stellte der BGH fest, dass der Arzt gehalten ist, die Entscheidung, an wen er seinen Patienten überweist, allein nach ärztlichen Gesichtspunkten zu treffen. Eigene finanzielle Interessen dürften keine Rolle spielen.

Mit der Änderung des § 128 Abs. 4a SGB V dokumentiert der Gesetzgeber, dass ihm bei der Versorgung nach dem „verkürzten Versorgungsweg“ unbehaglich zumute ist. Nicht anders ist zu erklären, dass er vom Grundsatz her dem „verkürzten Versorgungsweg“ die Wirtschaftlichkeit und Qualität abspricht und zudem die Vergütung weder über den Hilfsmittelleistungserbringer als Abrechnungsstelle noch im Wege der Abtretung auf den Leistungserbringer erfolgen darf.⁵⁹ Der Gesetzgeber widerspricht damit dem früher praktizierten Modell. Dort war in dem Vertrag vorgesehen, dass zwar die Krankenkasse für die ärztlichen Leistungen bei der Abnahme des Ohrdrucks und der Anpassung des Hörgeräts ein Honorar von 250 DM für jedes zu versorgende Ohr bezahlte; aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung wurde das Honorar aber vom Hörgeräteakustiker direkt an den HNO-Arzt weitergeleitet.⁶⁰ Offenkundig ist aber das Misstrauen des Gesetzgebers in diese Form der Zahlungsabwicklung so groß, dass diese nach § 128 Abs. 4a SGB V nicht mehr möglich ist.⁶¹

Der Gesetzgeber hat damit die optimistische Einstellung des BGH korrigiert, nach der eine direkte Bezahlung des Arztes durch den Leistungserbringer möglich war. Auch der BGH setzte sich in seiner Entscheidung zum „verkürzten Versorgungsweg“ mit der Fragestellung auseinander, ob eine solche Vergütung als Provision anzusehen ist. Er kam zum Ergebnis, dass die Vergütung nicht als Provision für die Verordnung des Hörgerätes entrichtet wird, sondern als Pauschalbetrag für alle zusätzlichen Leistungen. Der Gesetzgeber teilte aber offensichtlich nicht dieses Vertrauen in die ordnungsgemäßen Zahlungsvorgänge, weshalb er den Krankenkassen aufgab, dafür zu sorgen, dass eine Vergütung keine verdeckte Provision darstellt⁶² und generell der „verkürzte Versorgungsweg“ verboten wurde.

Die Gesetzesänderung ist zu begrüßen, da sie die bereits vom BGH erkannte Problematik der verdeckten Provisionszahlung eindeutig klärt.

IV. Ergebnis

Die Entscheidungen des BGH zum „verkürzten Versorgungsweg“ in der Hörgeräteversorgung vom 29.6.2000 und vom 15.11.2001 haben ein geteiltes Echo hervorgeufen. Während es manche HNO-Ärzte gegeben hat, die sich am „verkürzten Versorgungsweg“ beteiligten und die über die höchstrichterlichen Wertungen jubilierten durften, waren die traditionellen Hörgeräteakustiker zum Teil die Leidtragenden der Entscheidung.⁶³

Die negativen Folgen der Entscheidung sind in der Presse ausführlich dokumentiert und diskutiert worden: Der „verkürzte Versorgungsweg“ führte zu einer Anhäufung von Korruption und Schmiergeldzahlungen. Die gesetzgeberische Korrektur ließ auf sich warten, erfolgte aber dann in Form des neu gefassten § 128 SGB V, der grundsätzlich den „verkürzten Versorgungsweg“ verbietet. Selbst bei den engen Formen, bei denen der „verkürzte Versorgungsweg“ erlaubt ist, hat der Gesetzgeber hohe Maßstäbe angesetzt. Der BGH hat darüber hinaus selbst in den letzten Jahren seine weitgehenden Entscheidungen zum „verkürzten Versorgungsweg“ in anderen Gesundheitsbereichen modifiziert.

Es überrascht nicht, dass vonseiten einiger Ärzte die Gesetzesnovelle als „Überreaktion des Bundessozialgesetzgebers“⁶⁴ angesehen wird, da die Neufassung des § 128 SGB V und die Gesetzesbegründung auch als ein Misstrauensvotum des Gesetzgebers verstanden werden könnte. Die Ständevertretung der Ärzte kann dafür mit-sorgen, dass sie dieses eventuell entzogene Vertrauen zurückerhält. Das dürfte gelingen, wenn sich Ärzte, Leistungserbringer und Krankenkassen gemeinsam für die Einhaltung des § 128 SGB V einsetzen und den Weg bedingungslos unterstützen.

58 BT-Drucks. 16/13428, 92.

59 Hackstein/Hartmann, MPR 2009, 109 (117).

60 BGH, Urt. v. 29.6.2000 – I ZR 59/98, SGB 2001, 90 (91).

61 Vgl. Hackstein/Hartmann, MPR 2009, 109 (117).

62 Vgl. BT-Drucks. 16/13428, 92.

63 Vgl. Gassner, SGB 2001, 95.

64 Schiller, Bay. Ärzteblatt 2009, 484 (487).