

JETZT IM
NEUEN DESIGN

RdM

Recht der Medizin

Beiträge

Finanzielle Teilhabe an Gesundheitsleistungen (I)

Gerhard W. Huber und Jakob Dietrich

Das neue Verfahren zur Genehmigung klinischer Arzneimittelprüfungen

Daniel D'Orlando, Wolfgang Heissenberger und Claudia Steinböck

Die Novelle der Blutspenderverordnung 2022

Esther Ayasch

Die Beleihung als Passepartout

Ewald Wiederin

Rechtsprechung

Gesundheits-Zielsteuerung teilweise verfassungswidrig

(Keine) Bedarfsprüfung bei Errichtung eines Ambulatoriums für COVID-19-Tests

Harald Strahberger

Zur Reichweite des Art 8 EMRK betreffend die Anerkennungsfähigkeit ausländischer Statusentscheidungen nach Leihmutterschaft

Erwin Bernat

Finanzielle Teilhabe an Gesundheitsleistungen (I)

Der Beitrag schnell gelesen

Wie können Einnahmen mit Gesundheitsleistungen erzielt werden, die man nicht selbst erbringt? Diese Frage beschäftigt Angehörige von Gesundheitsberufen ebenso wie berufsfremde Personen. Doch nicht alle Kooperationsformen stehen den beiden Gruppen gleichermaßen zur Verfügung.



Dr. GERHARD W. HUBER, LL.M., ist Rechtsanwalt in Linz.
Dr. JAKOB DIETRICH ist Rechtsanwalt in Linz.

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Finanzielle Teilhabe nur unter Gesundheitsberufen
 1. Ordinations- und Apparategemeinschaften mit Ärzten und Zahnärzten
 - a) Teilnahmeberechtigter Personenkreis
 - b) Grenzen finanzieller Teilhabe
 2. Gruppenpraxen
 - a) Teilnahmeberechtigter Personenkreis
 - b) Grenzen finanzieller Teilhabe
 3. Primärversorgungseinheiten
 - a) Teilnahmeberechtigter Personenkreis
 - b) Grenzen finanzieller Teilhabe

A. Einleitung

Der Gesundheitsmarkt hat eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung – laut Statistik Austria betragen im Jahr 2021 die laufenden Gesundheitsausgaben in Österreich 49.128 Mio Euro oder 12,1% des Bruttoinlandsprodukts (BIP).¹ Es verwundert daher nicht, wenn wirtschaftlich denkende Teilnehmer dieses Marktes ihren Anteil daran steigern wollen, indem sie durch Kooperationen nicht (nur) von ihren eigenen Gesundheitsleistungen, sondern (auch) von denen anderer profitieren. Gewinnorientiertes Denken sollte bei der Erbringung von Gesundheitsleistungen jedoch nicht an erster Stelle stehen, zumal zahlreiche einschlägige Gesetzesregelungen enthalten, die Gewinnstreben und Kommerzialisierung von Gesundheitsleistungen beschränken.² Freilich längst überholt, für das historische Verständnis von Gesundheitsleistungen und Kommerzialisierung aber relevant, erklärte es § 879 ABGB noch bis ins 20. Jahrhundert für sittenwidrig, wenn „ein Wundarzt oder was immer für ein Arzt sich von dem Kranken für die Übernehmung der Kur eine bestimmte Belohnung bedingt“.³ Wenngleich seither eine zunehmende Ökonomisierung bzw Kommerzialisierung des Gesundheitswesens stattgefunden hat, sollte die finanzielle Teilhabe an Gesundheitsleistungen nach wie vor nur ein Nebeneffekt der eigentlichen Motivation für Kooperationen im Gesundheitsbereich sein,⁴ wie etwa der Finanzierung kostspieliger Vorhaben sowie der Schaffung von Synergieeffekten und Rationalisierungen.⁵ Der Beitrag untersucht das Spannungsverhältnis zwischen finanziellen Interessen und medizinischer Unabhängigkeit bei der Teil-

Berufsrecht

§§ 52, 53 Abs 2 ÄrzteG; § 25 ZÄG; §§ 342 a, 342 b ASVG
RdM 2023/10

habe an Gesundheitsleistungen. Er geht dabei der Frage nach, inwiefern sich Gesundheitsberufe an ihren Einnahmen untereinander beteiligen können und inwiefern dies auch berufsfremden Personen/Unternehmen erlaubt ist.⁶ Zusammenschlüsse, die nur der Kostensenkung dienen (zB gemeinsame Geräte-/Personalnutzung; Regiegemeinschaften), werden nicht vertiefend behandelt.

B. Finanzielle Teilhabe nur unter Gesundheitsberufen

Das (zahn-)ärztliche Berufsrecht stellt seinen Mitgliedern zwei besonders praxisrelevante dauerhafte Kooperationsformen zur Verfügung, nämlich Ordinations- und Apparategemeinschaften (§ 52 ÄrzteG, § 25 ZÄG) sowie Gruppenpraxen (§ 52a ÄrzteG, § 26 ZÄG).⁷ Eine Beteiligung an ihnen ist nur einem eingeschränkten Personenkreis und unter Einhaltung teilweise strenger Regeln möglich. Dasselbe gilt für Primärversorgungseinheiten, die als Gruppenpraxen oder Ambulatorien betrieben werden können und im PrimVG geregelt sind. Die anderen Berufsgesetze regeln diese Kooperationsformen nicht.⁸

1. Ordinations- und Apparategemeinschaften mit Ärzten und Zahnärzten

a) Teilnahmeberechtigter Personenkreis

Die Zusammenarbeit von freiberuflich tätigen (Zahn-)Ärzten kann bei Wahrung der Eigenverantwortlichkeit eines jeden

¹ www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/gesundheitsversorgung-und-ausgaben/gesundheitsausgaben (abgerufen am 16. 2. 2023).

² Siehe nur § 10 Z 4 PrimVG (*Cerha* in GmundKomm² § 10 PrimVG Rz 24); § 52 b Abs 4 ÄrzteG; § 52 a Abs 3 ÄrzteG (*Krejci*, Gesellschaftsrechtliches zur Gruppenpraxis, ZAS 2010, 249 [253]); § 53 ÄrzteG (*Dietrich*, Provisionsverbote und Kooperationen der Heilberufe, RdM 2021, 4 [5]).

³ *Melicharek*, Zum Selbstverständnis der freien Berufe, Nova & Varia 2008, 10; *Krejci*, ZAS 2010, 249 (253).

⁴ Siehe Stellungnahme der Bioethikkommission „Medizin und Ökonomie“ (2018) 14f; für Deutschland *Geiger*, Ärzte-Korruption – Wie viel Strafrecht braucht das Gesundheitswesen? NK 2013, 142; *Krejci*, ZAS 2010, 249 (253).

⁵ Siehe auch *Schneider* in *Aigner ua* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.1.2 (Stand 1. 3. 2015, rdb.at); zu weiteren Gründen für eine Zusammenarbeit von Ärzten und anderen Personen *Wallner*, Handbuch Ärztliches Berufsrecht² (2018) 83f; *Wallner*, Medizinrecht² (2022) 102.

⁶ Instruktiv zu diesem Thema auch *Schneider* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.

⁷ Siehe auch *Schneider* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.5.3.2.

⁸ *Schneider* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.2.4; 2.6.3.2.

(Zahn-)Arztes auch⁹ in der gemeinsamen Nutzung von Ordinationsräumen (Ordinationsgemeinschaft) und/oder von medizinischen Geräten (Apparategemeinschaft) bestehen (§ 52 ÄrzteG, § 25 ZÄG).¹⁰ § 25 ZÄG lässt dabei ausdrücklich die Zusammenarbeit mit freiberuflich tätigen Angehörigen anderer Gesundheitsberufe zu. Strittig ist, ob auch das ÄrzteG eine Zusammenarbeit mit anderen Gesundheitsberufen oder gar berufsfremden Personen im Rahmen von Ordinations- und Apparategemeinschaften zulässt, weil nach § 52 Abs 2 ÄrzteG Ordinations- und Apparategemeinschaften „nur zwischen den im Abs 1 genannten Ärzten begründet werden“ dürfen.¹¹ *Krauskopf*¹² schließt aus dieser Bestimmung, dass eine Zusammenarbeit von Ärzten mit anderen Angehörigen von Gesundheitsberufen nicht möglich sei; umso mehr wird sie auch die Zusammenarbeit mit berufsfremden Personen für unzulässig halten. Diese Auffassung vertritt auch *Aigner*,¹³ sie entspricht jener der ärztlichen Disziplinarbehörden¹⁴ und hat den eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung für sich.¹⁵ *Schneider* ist der Auffassung, dass § 52 Abs 2 ÄrzteG Angehörige nichtärztlicher Gesundheitsberufe oder sonstige berufsfremde Personen (nur) von Ordinations- und Apparategemeinschaften als Ertragsgemeinschaften in Form einer Personengesellschaft ausschließt; Ordinations- und Apparategemeinschaften in Form einer Kapitalgesellschaft oder als Regiegemeinschaften hält er für zulässig.¹⁶ Nach *Aigner/Kierein/Kopetzki*¹⁷ sei § 52 Abs 2 ÄrzteG ein Verbot der Zusammenarbeit zwischen Ärzten und anderen zur freiberuflichen Berufsausübung berechtigten Gesundheitsberufen nicht zu entnehmen. *Resch*¹⁸ und *Zahl*¹⁹ legen § 52 ÄrzteG mit unterschiedlichen Überlegungen verfassungskonform dahin aus, dass die Bestimmung lediglich die Zusammenarbeit mit Ärzten verbiete, die nicht in Abs 1 der Bestimmung genannt, also freiberuflich tätig seien, nicht aber eine Zusammenarbeit mit nichtärztlichen Gesundheitsberufen. *Wallner*²⁰ schließt sich dieser Auffassung an, zumal es sachlich nicht begründbar erscheine, weshalb Ärzte mit nichtärztlichen Gesundheitsberufen (zB Physiotherapeuten) keine gemeinsamen Räumlichkeiten oder Apparate teilen sollten. Auch nach *Karollus*²¹ werfe das Fehlen einer dem § 25 ZÄG entsprechenden Bestimmung im ÄrzteG, die Ordinations- und Apparategemeinschaften mit freiberuflich tätigen Angehörigen anderer Gesundheitsberufe zulasse, Fragen des Gleichheitssatzes sowie einer möglicherweise gebotenen verfassungskonformen Interpretation auf. Zu Recht weist *Krauskopf*²² auf das absurde Ergebnis hin, dass Ärzte mit Zahnärzten zwar nach den Bestimmungen des ZÄG eine Ordinations- und Apparategemeinschaft betreiben dürfen, das ÄrzteG dies den Ärzten jedoch verbiete. Die nach dem ÄrzteG unzulässige Zusammenarbeit mit nichtärztlichen Gesundheitsberufen hält auch sie gleichheitsrechtlich für höchst bedenklich.

Der Wortlaut des § 52 ÄrzteG lässt Ordinations- und Apparategemeinschaften zwischen Ärzten und anderen Berufen nicht zu.

Bei aller Sympathie für die insb von *Resch*, *Zahl* und *Wallner* vertretene verfassungskonforme Interpretation von § 52 ÄrzteG, die auch den wichtigen Umstand berücksichtigt, dass Ordinations- und Apparategemeinschaften niemals einen Behandlungsvertrag mit Patienten abschließen (Gesellschaft mit Wirtschaftsfunktion²³) und daher der Patientenschutz durch eine Kooperation mit Nichtärzten nicht beeinträchtigt wird;²⁴ es erscheint höchst fraglich, ob sie angesichts des *eindeutigen Wortlauts* von § 52 Abs 2 ÄrzteG zulässig ist.²⁵ Jedenfalls müsste aus gleich-

heitsrechtlicher Sicht auch eine Beteiligung von gesundheitsberufsfremden Personen an Ordinations- und Apparategemeinschaften zulässig sein, zumal das ÄrzteG nicht einmal deren Beteiligung an einer Ordination verbietet, die weit näher an der Behandlung der Patienten ist (s C.2. [Teil II – in der kommenden Ausgabe]).

b) Grenzen finanzieller Teilhabe

Ordinations- und Apparategemeinschaften beziehen sich nicht auf die ärztliche Tätigkeit als solche, sondern auf die Vergemeinschaftung der dafür erforderlichen wirtschaftlichen Ressourcen.²⁶ Sie können somit als Gesellschaften mit Wirtschaftsfunktion (Wirtschaftsgesellschaften) bezeichnet werden, bei der nicht die Gesellschaft, sondern der jeweilige Gesellschafter den Behandlungsvertrag mit dem Patienten abschließt.²⁷ Es werden Regie- und Ertragsgemeinschaften unterschieden, wobei im ersten Fall lediglich die Kosten „gepoolt“ werden, um nach einem bestimmten Schlüssel aufgeteilt zu werden. Im zweiten und gegenständlich besonders relevanten Fall sind daneben auch die Einnahmen erfasst und es wird der nach Abzug der Kosten verbleibende Gewinn unter den Gesellschaftern aufgeteilt.²⁸ Wird dabei ein Verteilungsschlüssel gewählt, der sich an der Anzahl der innerhalb der Ordinations- und Apparategemeinschaften getätigten Zuweisungen orientiert, stehen dem § 53 Abs 2 ÄrzteG und § 35 Abs 3 ZÄG sowie die Bestimmungen einiger Gesamtverträge²⁹ (Provisionsverbote) entgegen.³⁰ Diesen Bestimmungen zufolge darf sich der Arzt keine Vergütungen für die Zuweisung von Kranken an ihn oder durch ihn sich oder einem anderen versprechen, geben, nehmen oder zusichern lassen. Doch auch wenn eine vermeintlich gerechte Gewinnaufteilung nach Köpfen oder Gesellschafts-

⁹ Das „auch“ bezieht sich auf § 49 Abs 2 ÄrzteG, dem zufolge der Arzt seinen Beruf persönlich und unmittelbar auszuüben hat, erforderlichenfalls auch in Zusammenarbeit mit anderen Ärzten; diese Bestimmung zielt auf die nicht-gesellschaftsrechtliche Zusammenarbeit ab.

¹⁰ *Karollus* in *Resch/Wallner*, Medizinrecht³ (2020) Kap XXX Rz 96; *Wallner*, Ärztliches Berufsrecht² (2022) 87f; *Schneider* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.5.6.

¹¹ *Wallner*, Ärztliches Berufsrecht² 88; *Wallner* in *GmundKomm*² §§ 52–52 c Rz 2; *Schneider* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.2.2.4; *Resch*, Abgrenzungsfragen zur Eingetragenen Erwerbsgesellschaft, ÖJZ 2000, 377 (381).

¹² *Krauskopf* in *GmundKomm*² § 26 ZÄG Rz 8.

¹³ *Aigner* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap III.1.3.1.3 (Stand 1. 5. 2022, rdb.at): „Ordinations- und Apparategemeinschaften dürfen nur zwischen freiberuflich tätigen Ärzten sowie zwischen diesen und einer Gruppenpraxis begründet werden“.

¹⁴ Wiedergegeben bei *Zahl* in *Emberger/Wallner*, ÄrzteG (2004) § 52 Anm 9.

¹⁵ *Resch*, ÖJZ 2000, 381; *Schneider*, Ärztliche Ordinationen und Selbständige Ambulatorien (2001) 79.

¹⁶ *Schneider* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.5.3.2.

¹⁷ *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz³ (2007) § 52 Anm 7.

¹⁸ *Resch*, ÖJZ 2000, 377 (381).

¹⁹ *Zahl* in *Emberger/Wallner*, ÄrzteG (2004) § 52 Anm 9.

²⁰ *Wallner*, Ärztliches Berufsrecht² 88.

²¹ *Karollus* in *Resch/Wallner*, Medizinrecht³ Kap XXX Rz 99.

²² *Krauskopf* in *GmundKomm*² § 26 ZÄG Rz 8.

²³ *Schneider* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.3.2.3.

²⁴ Ähnlich *Schneider*, Ordinationen 80.

²⁵ Zu den Grenzen der verfassungskonformen Interpretation *Schauer* in *Klettečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 28 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at); RIS-Justiz RS0008798.

²⁶ *Karollus* in *Resch/Wallner*, Medizinrecht³ Kap XXX Rz 96.

²⁷ *Schneider* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.3.2.3; ebenso *Wallner*, Ärztliches Berufsrecht² 93f; *Wallner*, Medizinrecht 98; *Karollus* in *Resch/Wallner*, Medizinrecht³ Kap XXX Rz 96; zum Begriff der „Wirtschaftsgesellschaft“ ErläuterV 629 BlgNR 21. GP 40, 54.

²⁸ *Zahl* in *Emberger/Wallner*, ÄrzteG 1998 (2004) § 52 Erl 2; *Schneider* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.3.2.4.

²⁹ So zB § 51 a Gesamtvertrag der Wiener GKK; § 21 a ÖGK Gesamtvertrag Oberösterreich.

³⁰ Siehe auch § 8 Abs 3 ÄsthOpG.

anteilen erfolgt, wird sich angesichts der eher geringen Größe einer Ordinations- oder Apparategemeinschaft eine Zuweisung des einen Teilnehmers unmittelbar gewinnerhöhend für den ebenfalls teilnehmenden Zuweisungsempfänger auswirken, so dass – jedenfalls nach der deutschen Rsp³¹ – wiederum ein Verstoß gegen das Provisionsverbot vorliegen könnte.³² In diesem Sinn könnten gerade Laborgemeinschaften (Apparategemeinschaften) anfällig für (versteckte) Provisionsmodelle sein. Dies insb dann, wenn Kooperationen mit diagnostischen Labors eingegangen werden, was zu Begünstigungen teilnehmender Nicht-Labor-Ärzte (Allgemeinmediziner usw) im Gegenzug für in Anspruch genommene Laborleistungen führen kann.³³ Freilich müsste in allen Konstellationen für die Verwirklichung des Tatbestandes der Provisionsverbote eine Verknüpfung zwischen Zuweisung und Vergütung (Unrechtsvereinbarung) nachgewiesen werden.³⁴

2. Gruppenpraxen

a) Teilnahmeberechtigter Personenkreis

Ärzten und Zahnärzten ist auch eine Zusammenarbeit in Form von Gruppenpraxen möglich (§ 52a ÄrzteG bzw § 26 ZÄG). Beide Berufsgesetze lassen als Gesellschafter einer Gruppenpraxis nur zur selbständigen Berufsausübung berechnete Ärzte bzw Zahnärzte zu (§ 52 Abs 3 Z 1 ÄrzteG; § 26 Abs 3 Z 1 ZÄG); seit BGBl I 2010/61 ist auch eine Gruppenpraxis zwischen Ärzten und Zahnärzten unzulässig. Andere Personen dürfen daher nicht am Umsatz oder Gewinn der Gruppenpraxis beteiligt werden (§ 52 Abs 3 Z 2 ÄrzteG; § 26 Abs 3 Z 2 ZÄG).³⁵ Das Verbot des Zusammenschlusses mit Nichtärzten scheint aus verfassungsrechtlicher Sicht gerechtfertigt zu sein, was insb daran liegen dürfte, dass die Gruppenpraxis den Behandlungsvertrag mit dem Patienten selbst abschließt.³⁶ Gegenüber Ordinations- und Apparategemeinschaften ist die Gründung von Gruppenpraxen, sofern sie nicht ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen erbringen,³⁷ erheblich erschwert (§ 52b ÄrzteG; § 26a ZÄG). Je nach Konstellation sind der Stellenplan oder der Regionale Strukturplan Gesundheit (RSG) zu berücksichtigen.

b) Grenzen finanzieller Teilhabe

Anders als bei Ordinations- und Apparategemeinschaften, welche reine Wirtschaftsgesellschaften sind und bei denen immer die einzelnen Ärzte ihren Patienten gegenüber auftreten und mit ihnen kontrahieren, tritt die Gruppenpraxis dem Patienten gegenüber rechtlich als Leistungserbringer auf.³⁸ Das bedeutet, dass der Behandlungsvertrag mit der Gruppenpraxis zustande kommt, weshalb sie als *Behandlungsgesellschaft* bezeichnet wird.³⁹ Auch bei Gruppenpraxen nimmt das Provisionsverbot der (Zahn-)Ärzte eine wesentliche Rolle ein, wenn es um die Beteiligung an den Einnahmen eines anderen Gesellschafters einer Gruppenpraxis geht.

Strittig ist zunächst, ob auch Zuweisungen innerhalb einer Gruppenpraxis vom Tatbestand des Provisionsverbots (s B.1.b) erfasst sind. *Schneider*⁴⁰ geht davon aus, dass die Tätigkeit der an Gruppenpraxen beteiligten Ärzte nicht isoliert zu betrachten sei, weil Gruppenpraxen selbst Träger der ärztlichen Berufsbefugnis seien. Daraus schließt er, dass im Gegensatz zu anderen freiberuflichen Ärztegesellschaften die Zusammenarbeit in Gruppenpraxen keinen Einschränkungen durch das Provisionsverbot unterliege. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass auch die Gesellschafter einer Gruppenpraxis für die Einhaltung der Berufs- und Standesregeln selbst verantwortlich⁴¹ und durch die Ausübung

ihres Berufs im Rahmen einer Gruppenpraxis nicht vor verwaltungsstraf- und disziplinarrechtlicher Verfolgung gefeit sind.⁴² Bei vergleichbarer deutscher Rechtslage gehen *Graml*⁴³ und *Schmidr*⁴⁴ davon aus, dass Zuweisungen/Empfehlungen innerhalb von den Behandlungsvertrag abschließenden Berufsausübungsgemeinschaften sehr wohl vom Provisionsverbot erfasst seien. Dies wird insb mit Verweis auf den weiten Zuweisungs-begriff (Erfassung auch von Empfehlungen) und den Schutzzweck des Provisionsverbots (Schutz des Patienten vor der Gefahr einer monetären Beeinflussung der Zuweisungsentscheidung) begründet. Dem ist zuzustimmen: Nach zutreffender aktueller Rsp⁴⁵ gebietet es der Zweck des ärztlichen Provisionsverbots, der in der Wahrung von Patienteninteressen an einer von finanziellen Interessen des Arztes unabhängigen Behandlung und Verordnung liegt,⁴⁶ alle Fälle von Überweisung, Zuweisung und Empfehlung von Patienten an bestimmte Gesundheitsdienstleister unter den Begriff der „Zuweisung“ nach § 53 Abs 2 ÄrzteG zu subsumieren. Für Gruppenpraxen bedeutet dies, dass es für eine „Zuweisung“ bereits ausreicht, wenn auf Patienten mit der Absicht eingewirkt wird, sie bei der Arztwahl zu beeinflussen. Auf eine in vielen Fällen wohl nicht vorliegende förmliche „Zuweisung“ kommt es dabei nicht an.

Doch wie wirkt sich das ärztliche Provisionsverbot auf das bei Gruppenpraxen unumgängliche Einnahmenpooling aus? Während das ÄrzteG und ZÄG die Gewinnverteilung in Gruppenpraxen nicht einschränken, vermutet § 18 Abs 1 dMBO (Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte) bei Berufsausübungsgemeinschaften eine Umgehung des deutschen Provisionsverbots dann, wenn „der Gewinn ohne Grund in einer Weise verteilt wird, die nicht dem Anteil der persönlich erbrachten Leistungen entspricht“. Auf die gesamte Bedeutung und Tragweite dieser wohl auch auf die österreichische Rechtslage übertragbaren Aussage kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Nur so viel: Eine Gewinnverteilung, die sich an den von den Gesellschaftern jeweils erzielten Honoraren orientiert, ist nach dieser Bestimmung und damit jedenfalls auch in Öster-

³¹ OLG Stuttgart 10. 5. 2007, 2 U 176/06; Berufsgericht für Heilberufe beim Verwaltungsgericht Köln 5. 6. 2009, 35 K 563/09 T; BGH 13. 1. 2011, I ZR 111/08; s auch BT-Drs 18/6446, 19.

³² Ähnlich *Schneider*, Ordinationen 83; s aber *Wallner*, Ärztliches Berufsrecht² 95, dem zufolge ein Honorarpool, der nur Kassen-, Verrechnungs- und Teilungsfunktion habe, „völlig unbedenklich“ sei.

³³ Siehe etwa das Schreiben der Ärztekammer Wien/Kurie niedergelassene Ärzte betreffend Kooperation behandelnder Ärztinnen und Ärzte mit Partnerlabor vom 29. 11. 2019 mit zahlreichen Beispielen (<https://www.aekwien.at/documents/263869/338505/191206-Kooperation-Partnerlabor.pdf/00175709-936c-769c-34ef-06a8c8d7cf25?t=1575982191191> [abgerufen am 17. 11. 2022]).

³⁴ *Dietrich*, RdM 2021, 4 (6).

³⁵ Siehe *Wallner*, Medizinrecht² 104; *Wallner*, Ärztliches Berufsrecht² 90.

³⁶ *Wallner*, Ärztliches Berufsrecht² 90.

³⁷ Siehe zu diesem Kriterium die Ausführungen unter C.3. in Teil II in der kommenden Ausgabe.

³⁸ *Holzgruber* in *Holzgruber/Hübner-Schwarzinger/Minihold*, Der Weg in die Ärzte-GmbH/-OG (2010) 14.

³⁹ *Karollus* in *Resch/Wallner*, Medizinrecht³ Kap XXX Rz 5; zum Begriff „Behandlungsgesellschaft“ ErläutRV 629 BlgNR 21. GP 54; *Schneider* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV 2.5.6.1.

⁴⁰ *Schneider* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.5.6.2.

⁴¹ § 52a Abs 6 ÄrzteG; s auch *Wallner* in *GmundKomm*² §§ 52–52c ÄrzteG Rz 18.

⁴² *Holzgruber*, Ärzte-GmbH/-OG 18.

⁴³ Das ärztliche Verbot der Zuweisung gegen Entgelt (2012) 171.

⁴⁴ Grenzen finanzieller Einflussnahme auf ärztliche Entscheidungen bei der Kooperation von Ärzten mit anderen Leistungserbringern in der Gesundheitswirtschaft (2014) 237.

⁴⁵ OGH 3. 9. 2020, 5 Ob 25/20t.

⁴⁶ Siehe auch *Dietrich*, RdM 2021, 4 (5).

reich zulässig. Demgegenüber erweckt eine paritätische Gewinnverteilung, sohin eine gleichmäßige Verteilung „nach Köpfen“, die den Vorteil großer Einfachheit hat und Neid sowie Konkurrenz zwischen den Gesellschaftern verhindern kann.⁴⁷ uU den Anschein, dass verdeckte Zuweisungen gegen Entgelt vorliegen. Dies deshalb, weil dabei der Anteil am Gewinn nicht immer genau dem Leistungsanteil entspricht, sodass die Differenz zwischen dem Wert der tatsächlich erbrachten Leistungen und dem Wert des höheren Gewinnanteils eine Vergütung für Zuweisungen an jene Gesellschafter sein könnte, die der Gesellschaft höhere Einnahmen (als deren tatsächlicher Gewinnanteil) bringen. Die Wendung „ohne Grund“ in § 18 Abs 1 dMBO bringt aber zum Ausdruck, dass es durchaus Konstellationen geben kann, die eine paritätische Gewinnverteilung rechtfertigen. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass trotz paritätischer Gewinnverteilung durchaus sachliche Gründe für eine Zuweisung innerhalb der Gruppenpraxis sprechen können, wie insb wechselseitiges Vertrauen der beteiligten Ärzte in die fachliche Kompetenz des jeweils anderen. Zudem wissen Patienten, die eine Gruppenpraxis aufsuchen, dass die dort tätigen Ärzte von ihrer Zusammenarbeit profitieren. Sie müssen insofern nicht vor einer ihnen nicht nachvollziehbaren Zuweisungsentscheidung geschützt werden, die für den Zuweiser *auch* finanzielle Vorteile bringt.⁴⁸ In diesen Fällen ist daher zweifelhaft, ob zwischen Zuweisung und Vergütung (überproportionale Gewinnbeteiligung) der von den Provisionsverboten geforderte Zusammenhang, also eine Unrechtsvereinbarung, vorliegt (s B.1.b. aE). § 28 Abs 2 SVA-Gruppenpraxis-Gesamtvertrag schreibt in diesem Sinn gar vor, dass in fachunterschiedlichen Gruppenpraxen in erster Linie die Behandlung durch die in der Gruppenpraxis zur Verfügung stehenden Ärzte angestrebt werden soll.

Auch das Sozialversicherungs- und Leistungsrecht beschränkt die Möglichkeit von Ärzten verschiedener Fachrichtungen, Gruppenpraxen zu gründen und damit von jenen Behandlungen zu profitieren, die der eine Gesellschafter nicht durchführen darf und daher dem anderen Gesellschafter zuweist.⁴⁹ Nach § 342a Abs 2 ASVG sind Leistungen von Gruppenpraxen, in denen mehrere Fachrichtungen vertreten sind, jedenfalls nach Pauschalmodellen (zB Fallpauschalen) zu honorieren. Dabei sind das Leistungsspektrum und die durch die Organisation als Gesellschaft allenfalls möglichen Wirtschaftlichkeitspotentiale (Synergieeffekte) zu berücksichtigen. Die Pauschalhonorierung wurde deshalb gesetzlich verankert, weil man die Befürchtung hatte, dass in der Gruppenpraxis eine innere Zuweisung zu allen Partnern zur Maximierung von Einzelleistungen stattfinden werde. Auf diese Weise wird Korruption entgegengewirkt, doch gleichzeitig das Modell Gruppenpraxis finanziell weniger attraktiv gemacht. Dies soll ein Grund dafür sein, dass deren Anzahl entgegen den Erwartungen überschaubar geblieben ist.⁵⁰

Während das ÄrzteG und das ASVG keine Einschränkungen der Möglichkeit vorsehen, fächerübergreifende Gruppenpraxen zu gründen, normieren dies einige Gruppenpraxis-Gesamtverträge. So heißt es in § 1 Abs 2 des bgl Gruppenpraxis-Gesamtvertrags (avsv Nr 155/2016), dass „als Vertragsgruppenpraxis [...] ausschließlich eine offene Gesellschaft [...] oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) [...] mit Gesellschaftern derselben Fachrichtung in Betracht (kommen).“ Noch strikter ist man in Oberösterreich, wo man nur (fachgleiche) offene Gesellschaften und keine GmbHs zulässt (§ 1 Abs 2 oö Gruppenpraxis-Gesamtvertrag, avsv Nr 56/2020). Auf diese Weise wird von vornherein und losgelöst von der Verteilung der Einkünfte verhindert, dass sich patientenferne Fachärzte mit Fachärzten zu-

sammenschließen, die umfassenden Patientenkontakt haben und sich für Zuweisungen innerhalb der Gruppenpraxis finanziell erkenntlich zeigen. Andere Gesamtverträge⁵¹ lassen hingegen fächerübergreifende (sog „multicolore“) Gruppenpraxen zu.

3. Primärversorgungseinheiten

a) Teilnahmeberechtigter Personenkreis

Das seit 2017 (BGBl I 2017/131) in Kraft stehende PrimVG regelt die Gründung von Primärversorgungseinheiten (PVE), die in der Versorgungsstufe zwischen Hausärzten und Spitalsambulanzen stehen. Die PVE hat jedenfalls aus einem Kernteam, das sich aus Ärzten für Allgemeinmedizin und Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege zusammensetzt, zu bestehen. Orts- und bedarfsabhängig sollen Fachärzte für Kinder- und Jugendheilkunde Teil des Kernteams sein und außerdem weitere Angehörige von Gesundheits- und Sozialberufen⁵² eingebunden werden. PVE können entweder in der Form von Gruppenpraxen (§ 9 PVG) oder selbständigen Ambulatorien (§ 10 PVG) betrieben werden. Für den teilhabeberechtigten Personenkreis bedeutet dies, dass in der Betriebsform einer Gruppenpraxis nur Ärzte⁵³ und in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums nur gemeinnützige Anbieter gesundheitlicher oder sozialer Dienste, gesetzliche Krankenversicherungsträger, Gebietskörperschaften bzw von Gebietskörperschaften eingerichtete Körperschaften und Fonds Gesellschafter von Primärversorgungseinheiten sein dürfen (§ 10 Z 4 PVG).⁵⁴

b) Grenzen finanzieller Teilhabe

Bei PVE handelt es sich wie bei Gruppenpraxen um Behandlungsgesellschaften. Dies bedeutet, dass der Behandlungsvertrag zwischen Patienten und dem Rechtsträger der PVE abgeschlossen wird.⁵⁵ Die Honorierung der PVE wird in § 342b ASVG nur grob geregelt (Grund- und Fallpauschalen, Einzelleistungsvergütungen sowie gegebenenfalls Bonuszahlungen für die Erreichung definierter Ziele), was den Gesamtvertragsparteien einen weiten Gestaltungsspielraum gibt.⁵⁶ Davon wurde mit einem Primärversorgungs-Gesamtvertrag und mehreren regionalen Honorarvereinbarungen⁵⁷ mit unterschiedlichsten Honorarmodellen Gebrauch gemacht. Sofern eine PVE als Gruppenpraxis betrieben wird, kann hinsichtlich der durch das (zahn-)ärztliche Provisionsverbot be-

⁴⁷ Frielingsdorf, Gewinnverteilung in gemeinschaftlicher Praxis: ein heißes Eisen, Frauenarzt (2018) 345.

⁴⁸ Schmidt, Grenzen finanzieller Einflussnahme 246.

⁴⁹ Gruppenpraxen, die ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen erbringen (§ 52b Abs 1 Z 2 ÄrzteG; § 26 Abs 1 Z 2 ZÄG), betreffen die angeführten leistungsrechtlichen Bestimmungen nicht.

⁵⁰ Zu alldem Holzgruber, Ärzte-GmbH-/OG 47f.

⁵¹ ZB § 2 Abs 3 Tir Gruppenpraxis-Gesamtvertrag idF avsv Nr 37/2016; § 2 Abs 3 Z 2 Vlb Gruppenpraxis-Gesamtvertrag idF avsv Nr 99/2018, jedoch gelten diese Gesamtverträge für multicolore Gruppenpraxen erst, wenn für die Honorierung eine gesamtvertragliche Vereinbarung über Pauschalmodelle gem § 342a Abs 2 ASVG abgeschlossen wird (§ 2 Abs 5).

⁵² Insb Hebammen, Psychologen, Psychotherapeuten, Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflege, die im MABG und im MMHmG geregelten Berufe und die gehobenen medizinisch-technischen Dienste.

⁵³ Siehe B.2.a sowie Cerha in GmundKomm² § 9 Rz 6; Cerha in Cerha/Resch/Wallner, PrimVG (2018) § 9 Rz 5; Karollus in Resch/Wallner, Medizinrecht³ Kap XXX Rz 108; Bukor/Cede-Lugstein/Dujmovits in Aigner ua, Handbuch Medizinrecht Kap IV.9.2.6.1 (Stand 1. 10. 2020, rdb.at).

⁵⁴ Eine vertiefende Auseinandersetzung mit der Auflistung des § 10 Z 4 PVG würde den Rahmen dieses Beitrags übersteigen, weshalb auf die eingehende Kommentierung von Cerha in GmundKomm² § 10 Rz 23ff verwiesen wird.

⁵⁵ Karollus in Resch/Wallner, Medizinrecht³ Kap XXX Rz 105.

⁵⁶ Resch, PrimVG § 342b ASVG Rz 13.

⁵⁷ Gesamtvertragliche Honorarvereinbarungen für PVE in Niederösterreich, Vorarlberg, Wien und Salzburg.

stehenden Einschränkungen grundsätzlich auf B.2.b verwiesen werden. Da PVE aber gerade als Behandlungseinheiten konzipiert wurden, die Patienten ein gegenüber Einzelordinationen erweitertes Behandlungsangebot durch ein erweitertes Behandlungsteam zur Verfügung stellen sollen, sind – abgesehen von medizinisch nicht indizierten Zuweisungen – kaum Konstellationen denkbar, in denen eine Unrechtsvereinbarung (B.1.b. aE) und damit ein Verstoß gegen das Provisionsverbot vorliegt bzw nachgewiesen werden kann. MaW: Zuweisungen innerhalb der PVE sind *ausdrücklich gewünscht* und daher in aller Regel sachlich gerechtfertigt, auch wenn sich dadurch die Einnahmen der zuweisenden Gesellschafter erhöhen. Ein wirksames Mittel gegen sachlich nicht gerechtfertigte Zuweisungen stellen die in den Honorarvereinbarungen enthaltenen Regeln über die Übermittlung der Leistungsdokumentation und regelmäßiges Monitoring der Entwicklung von Fallzahlen, Kosten und Erträgen dar.⁵⁸

Plus

ÜBER DIE AUTOREN

Dr. Gerhard W. Huber, LL.M. und Dr. Jakob Dietrich sind Rechtsanwälte in Linz und vorwiegend im Medizinrecht tätig.
Kontaktadresse: Rudolfstraße 4, 4040 Linz
E-Mail: office@medizinrecht.at

VON DENSELBE N AUTOREN ERSCI H IENEN

Hebammengesetz, in GmundKomm² (2022); Blutsicherheitsgesetz, in GmundKomm² (2022); Laienmedizin ohne Arztbeteiligung, RdM 2022/296; Arzneimittelabgabe durch Apothekenautomaten, RdM 2022/131; Entscheidungsanmerkung OGH 27. 5. 2021, 5 Ob 28/21 k, RdM 2021/330 – Aufklärung in Bezug auf Oversizing und/oder Innenrotation der Tibiakomponente?; Entscheidungsanmerkung OGH 24. 9. 2020, 1 Ob 153/20m, Psychiatrische Unterbringung – Amtshaftung bei Absehen von der Unterbringung, RdM 2021/107; Provisionsverbote und Kooperationen der Heilberufe, RdM 2021/2; Blutsicherheitsgesetz, in Handbuch Medizinrecht³ (2020) sowie Berufsrecht der Hebammen, in Handbuch Medizinrecht³ (2020); Regeldichte des Landesvertragsbedienstetenrechts – alles oder nichts? JAS 2019/1; Geistheiler und Energetiker im Lichte des Arztvorbehaltenes, RdM 2018/141 ua.

⁵⁸ Siehe etwa § 25 der gesamtvertraglichen Honorarvereinbarung für Primäerversorgungseinheiten in Niederösterreich (avsv Nr 11/2020).