



## Vorsicht bei Umgehungsgeschäften

Immer wieder sind Kick-Back-Vereinbarungen Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen, da sie zum einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch begründen und zum anderen als Straftaten geahndet werden können. Daneben drohen dem Mediziner auch berufsrechtliche Konsequenzen. Gleichwohl werden derartige Vereinbarungen immer noch und immer wieder abgeschlossen. Dass trotz der drohenden Sanktionen derartige Vereinbarungen geschlossen werden, verwundert, mag aber daran liegen, dass so manchem Zahnarzt gar nicht bewusst ist, was unter einer Kick-Back-Vereinbarung zu verstehen ist. Um diese Problematik zu verstehen und die daraus resultierenden Konsequenzen zu beachten, ist es zunächst erforderlich, den Begriff des „Kick-Back“ zu erklären.

Guido Kraus

Ein „Kick-Back“ liegt immer dann vor, wenn zwischen Zahnärzten und Herstellern bzw. Lieferfirmen für die Bestellung von Medizinprodukten Rabatte, Boni oder sonstige Vergütungen ausgehandelt werden. Der Zahnarzt erhält also für das bestellte Produkt eine Rückvergütung durch den Geschäftspartner. Derartige Vereinbarungen sind unproblematisch, soweit der Zahnarzt sämtliche Rückvergütungen, die er erhält, an den Kostenträger weitergibt, die Rechnung also lediglich die Kosten enthält, die tatsächlich entstanden sind. Gibt der Zahnarzt die Vergünstigung nicht weiter, sondern behält sie für sich, so kann dies zu verschiedensten Konsequenzen für ihn führen, wie im ersten Absatz angesprochen.

Aber nicht nur ein direkter Verstoß gegen das Kick-Back Verbot stellt ein rechtswidriges Verhalten für Zahnärzte dar, vielmehr ist der Zahnarzt auch durch Umgehungstatbestände des Verbotes gefährdet. Mit einem solchen Umgehungstatbestand beschäftigte sich in jüngerer Vergangenheit das OVG Lüneburg und bestätigte mit Beschluss vom 18.04.2012 (Az. 8 LA 6/11) die Entziehung einer zahnärztlichen Approbation. Der Beschluss stellte letztlich den finalen Akt einer ganzen Reihe von Entscheidungen zu Lasten des Zahnarztes dar, der über die Gründung einer Einkaufsgesellschaft stolperte. Bereits im Vorfeld des OVG-Beschlusses war der Zahnarzt strafrechtlich aufgrund banden- und gewerbsmäßigen Betrugs zum Nachteil von Patienten und Krankenkassen verurteilt worden. Als logische Konsequenz der strafrechtlichen Verurteilung kam es zum Approbationsentzugsverfahren, in dessen Verlauf die Unwürdigkeit des Zahnarztes und damit einhergehend der Entzug der Approbation festgestellt wurden.

### /// DER ENTSCHEIDUNG LIEGT FOLGENDER SACHVERHALT ZUGRUNDE:

Im Rahmen seiner zahnärztlichen Tätigkeit wurde dem Zahnarzt durch Vertreter eines Medizinprodukteherstellers ein Angebot unterbreitet, welches zweifelsfrei eine Kick-Back-Vereinbarung dargestellt hatte. Der Zahnarzt sollte über den Medizinproduktehersteller billigen Zahnersatz aus dem Ausland einführen, um anschließend den Patienten und Krankenkassen die Preise nach BEL zur Abrechnung vorzulegen. Der aus dieser Handlung entstehende Differenzbetrag sollte bei dem Zahnarzt verbleiben. Dieses Angebot lehnte der Zahnarzt ab, da er hierin – zu Recht – ein Kick-Back vermutete.

Trotz der bestehenden Bedenken erkannte der Zahnarzt das wirtschaftliche Potenzial eines solchen Vorgehens. Der Zahnarzt und sein Vater suchten daher in der Folgezeit nach einer anderen rechtlichen Konstruktion, die es ermöglichen könnte, sich dennoch die Vorteile von im Ausland beschafftem Zahnersatz und der anschließenden Abrechnung nach BEL zu sichern. Sie kamen zu dem Schluss, eine eigene Dentalhandelsgesellschaft in der Form einer GbR zu gründen, die bei dem oben genannten Medizinproduktehersteller günstigeren ausländischen Zahnersatz beziehen und diesen der Zahnarztpraxis nach BEL in Rechnung stellen sollte. Alleinige Gesellschafter dieser GbR waren der Vater und die Ehefrau des Zahnarztes.

Der Differenzbetrag, der sich aus günstigem Einkauf und teurerem Verkauf realisieren ließ, sollte den erstrebten Gewinn ausmachen. Mit dem Medizinproduktehersteller wurde ferner vereinbart, dass dieser zwei „Rechnungen“ schreiben solle, eine mit dem real geforderten Betrag und eine andere mit dem nach BEL zu fordernden Be-



trag. Die zweite Rechnung diene lediglich dem Zweck, dem Zahnarzt und dessen Vater als Vorlage zur Umschreibung der Rechnungen zu dienen. Dies war der Tatsache geschuldet, dass weder der Zahnarzt noch dessen Vater sich in der Lage sahen, die notwendigen Rechnungen gegenüber den Kassen selbst auszustellen.

Sowohl im Rahmen der straf- als auch der verwaltungsrechtlichen Entscheidungen wurde die Konstruktion im Ergebnis als nichts Anderes als das von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung als strafbar angesehene „Kick-Back“ gewertet. Die Geschäfte der Einkaufsgesellschaft mit dem Medizinproduktehersteller (festgestellt wurden 707) wurden daher als Scheingeschäfte qualifiziert und als sittenwidrig angesehen. Somit wurden die Geschädigten über die rechtliche Wirksamkeit der Verträge getäuscht und veranlassten täuschungsbedingt die Vermögensverfügungen der Patienten, die einen erhöhten Eigenanteil zu tragen hatten, und der Krankenkassen, die einen geringeren Festzuschuss zu zahlen gehabt hätten.

### !!! DAS OVG FÜHRTE HIERZU AUS:

„Nach diesen Feststellungen (des rechtskräftigen Urteils des LG Oldenburg Az. 4 Kls 31/06 [Anm. d.d. Verf.]) sind die Verträge zwischen der C. (die Einkaufsgesellschaft), deren Gesellschafter der Vater und die Ehefrau des Klägers sind, und dem Kläger über den Bezug des Zahnersatzes nichtig. Sie sind ausschließlich zum Zwecke der Gewinngenerierung ohne sachlichen Grund geschlossen worden und stellen daher ein Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB dar, erweisen sich jedenfalls aber als sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB. Dies sei dem Kläger bewusst gewesen, jedenfalls habe er es billigend in Kauf genommen (...). Der Kläger habe die Kassenpatienten, die kassenärztliche Vereinigung Niedersachsen und die Privatpatienten über die rechtliche Wirksamkeit dieser Verträge getäuscht. Die von diesem täuschungsbedingt erfolgte und zum Schaden führende Vermögensverfügung lag in der Zahlung auch des Differenzbetrages zwischen dem von der C. an die F. (Medizinproduktehersteller) gezahlten (Einkauf-)Preis und dem von dem Kläger an die C. gezahlten (Verkauf-)Preis (...). Wegen dieses Verhaltens erklärt sie den Kläger eines banden- und gewerbsmäßigen Betruges in 707 Fällen, strafbar nach §§ 263 Abs. 1 und 5, 25 Abs. 2 StGB, für schuldig.“

### !!! WEITER FÜHRT DAS GERICHT AUS:

„Kern des strafrechtlichen Vorwurfs ist der Verstoß gegen die Berufspflicht des Zahnarztes, bezogene Fremdentelleistungen nur mit den tatsächlichen Kosten zu belegen und abzurechnen. Dem Zahnarzt ist es untersagt, durch den Bezug von Fremdentelleistungen (Zwischen-)Gewinne zu generieren (...). Dieser Pflicht war sich der Kläger durchaus bewusst. (...) Er entwickelte daher gemeinsam mit seinem Vater die letztlich auch realisierte Idee einer inländischen Dentalhandelsgesellschaft. Der strafrechtliche Vorwurf bei der gewählten Gestaltung bleibt indes derselbe. Denn die gegründete

C. diene hier ausschließlich der Gewinngenerierung und Umgehung des dargestellten Verbots, durch den Bezug von Fremdleistungen derartige Gewinne zu generieren, (...). **Ein signifikanter Unterschied zum Abrechnungsbetrug bei einem sog. kick-back-Geschäft besteht nicht.**“

Letztlich ist es daher unerheblich, welche vertraglichen bzw. gesellschaftsrechtlichen Konstellationen zum Zwecke der Umgehung des Kick-Back-Verbotes gewählt werden, solange der Zahnarzt gegen die Verpflichtung zur „peinlich genauen“ Abrechnung verstößt. Somit folgte aus der Gründung der Einkaufsgesellschaft für den Zahnarzt nicht nur eine strafrechtliche Verurteilung sondern auch der Approbationsentzug aufgrund festgestellter Unwürdigkeit. Darüber hinaus dürften erheblich Regressforderungen auf den „kreativen“ Zahnarzt zukommen. Bei sämtlichen Entscheidungen gegen den Zahnarzt war es dabei völlig unerheblich, dass nicht er Gesellschafter der GbR war, da die Gerichte wohl zu recht davon ausgingen, dass dies ebenfalls lediglich der Verschleierung des rechtswidrigen Verhaltens diene.

### !!! FAZIT:

Die zitierte Entscheidung zeigt, dass Verstöße gegen das Abrechnungssystem weitreichende Folgen haben können, welche letztlich die wirtschaftliche Existenz des Zahnarztes vernichten können. Gerade im Zusammenhang mit Kick-Back Vereinbarung sollten Zahnärzte keine Risiken eingehen und auch von Umgehungstatbeständen absehen, da die rechtliche Beurteilung seitens der Gerichte gleich bleibt.

Dessen ungeachtet versuchen findige Berater immer wieder, Konstruktionen zu finden, mit denen Zahnärzte „an anderer Stelle“ profitieren. Aufgrund der konsequenten Rechtsprechung sollten gerade allzu verlockende Angebote nicht vorschnell und unreflektiert angenommen werden. Verstöße gegen die Pflicht zur „peinlich genauen“ Abrechnung können gravierende Folgen haben. Aus diesem Grund empfiehlt es sich bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit einer solchen Konstruktion, den Rat eines auf die Beratung von Zahnärzten spezialisierten Anwaltes einzuholen.

**AUTOR**  
Guido Kraus, Rechtsanwalt

**KONTAKT**  
**LY..CK & PATZOLD.**  
medizinanwälte

Lyck&Pätzold Medizinanwälte  
Nehringstr. 2  
61352 Bad Homburg  
Telefon: 06172/13 99 60  
Telefax: 06172/13 99 66  
E-Mail: kanzlei@medizinanwaelte.de  
Internet: www.praxisvertraege.net

