

**Kooperationen als Vorteil und
Unrechtsvereinbarung im
Sinne der §§ 299a/b StGB ?**

Dorn Medizinrecht

Am Winterhafen 4 _ 55131 Mainz
T 06131 494822-0 _ F 06131 494822-22
kanzlei@dorn-medizinrecht.de www.dorn-medizinrecht.de



Vorbemerkung



Dorn Medizinrecht

„In Zukunft geht nur noch Einzelpraxis oder Bargeld.“

Dorn Medizinrecht

Vorbemerkung

Die Einführung der §§ 299a, 299b in das Strafgesetzbuch hat zu einer **erheblichen Verunsicherung** geführt.

Die Marktteilnehmer fragen sich zu Recht, was in Zukunft in diesem Bereich **noch möglich sein wird**, ohne dass sich die Kooperierenden – und ggf. ihre Berater – dem Vorwurf **strafbaren Handelns** ausgesetzt sehen.

Für die Berater könnten insoweit zudem **nicht unerhebliche Haftungsrisiken** drohen.

Dorn Medizinrecht

Vorbemerkung

Gründe für die Unsicherheit:

- Sehr **weit gefasster Tatbestand** ohne die Schaffung „**sicherer Räume**“ oder einer **Geringfügigkeitsgrenze**
- Eine **Gesetzesbegründung**, die **Anforderungen** und **Einschränkungen** definiert, die sich im Gesetzestext nicht finden
- Eine **interessengesteuerte rechtliche Debatte**, insbesondere zur so genannten „**Angemessenheit ärztlicher Vergütung**“

Dorn Medizinrecht

Exkurs

Insbesondere die Erörterung der Frage nach der „**Angemessenheit der Vergütung**“ nimmt derzeit einen allzu breiten Raum ein.

Diese Debatte wird – in Vortrag und Publikation – derzeit vielfach auch von **strafrechtlich orientierten** Protagonisten geführt und geprägt.

Die **medizinrechtliche Perspektive** wird hingegen **vernachlässigt**.

Dorn Medizinrecht

Exkurs

Dies ist aus **drei Gründen** misslich:

- Zum einen kann auch die „**angemessene Vergütung**“ einen **Vorteil i.S. der §§ 299a/b StGB** darstellen.
- Zum anderen wird der Preis der Leistung damit unter den „**Bann des Strafrechts**“ gestellt und die Akteure können ihn **nicht mehr frei gestalten**.
- Schließlich könnte die Frage nach der „**Angemessenheit der Vergütung**“ der **Willkür** die Tür öffnen (DRG, InEK, GOÄ oder doch eher R1 ?).

Dorn Medizinrecht

Vorbemerkung

Vor diesem Hintergrund möchte ich folgende **Thesen** formulieren:

Dorn Medizinrecht

Vorbemerkung

Zu den **Hauptzwecken**, die durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen verfolgt werden, gehört offenbar eine weitgehende **Verunsicherung der Marktteilnehmer**.

Nach dem Diktum eines prominenten Staatsanwalts soll es in Zukunft im Bereich ärztlicher Kooperationen keine „**risikofreie Zone**“ mehr geben.

Dorn Medizinrecht

Vorbemerkung

Hintergrund der Fokussierung auf die so genannte „*Angemessenheit der Vergütung*“ kann nur die Absicht sein, **ärztliche Verdienstmöglichkeiten einzudämmen**.

Dies wird vor allem anderen diejenigen treffen, die sich durch **Engagement** und **Leistungswillen** und ihre **Kooperationsbereitschaft** von den übrigen Marktteilnehmern abheben.

Dorn Medizinrecht

Vorbemerkung

Bislang war nur der Bereich der **Abrechnung ärztlicher Leistungen** und der entsprechenden **vertragsärztlichen Prüfverfahren** unter die – jedenfalls teilweise – **Herrschaft des Strafrechts** gestellt.

In Zukunft könnte dies auch für den Bereich der **Kooperationen und des Zulassungsrechts** gelten.

Rechtliche
Voraussetzungen



Inhalt der neuen Regelungen

§ 299a Bestechlichkeit im Gesundheitswesen

Wer als **Angehöriger eines Heilberufs**, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine **staatlich geregelte Ausbildung** erfordert, **im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs** einen **Vorteil** für sich oder einen Dritten **als Gegenleistung** dafür **fordert**, sich **versprechen lässt** oder **annimmt**, dass er

1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,
2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder
3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

einen anderen **im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugen**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 299b Bestechung im Gesundheitswesen

[Entsprechend § 299a StGB]

Fall 1 Kooperation in Gesellschaften

Dorn Medizinrecht

Zwei Ärzte eines Faches, ein konservativer (Dr. K) und ein operierender (Dr. O),
kooperieren:

- Dr. K schickt Dr. O seine Patienten und erhält pro Fall einen vorher vereinbarten **Geldbetrag**.
- Dr. K und Dr. O gründen eine **überörtliche Berufsausübungsgemeinschaft**, wobei sie die Gewinnverteilung wie folgt regeln:
 - Dr. K und Dr. O teilen **50:50**, wobei Dr. K etwa 1/3 und Dr. O etwa 2/3 des Gesamtumsatzes erwirtschaften.
 - Dr. K und Dr. O erhalten jeweils dasjenige als **Gewinn**, was am **jeweiligen Standort** erwirtschaftet wurde. Zudem erhält Dr. K für jeden Patienten, der sich zuerst an seinem Standort vorstellt und später operiert wird, **10 % von der jeweiligen Operationsziffer**.

Dorn Medizinrecht

Bewertung

Im Ergebnis lässt sich also formulieren, dass bei ärztlichen Berufsausübungsgemeinschaften, die **im Einklang mit den einschlägigen Regelungen** des Zivilrechts, des Berufsrechts und gegebenenfalls auch des vertragsärztlichen Zulassungsrechts betrieben werden, unter dem Gesichtspunkt der Zuführung von Patienten innerhalb der Gesellschaft ein strafbares Handeln der Beteiligten im Sinne des § 299a StGB nicht vorliegen kann, denn **weder wird insoweit der Wettbewerb beeinträchtigt** noch kann ein solches Handeln als „**unlauter**“ gelten.

Aber: die **Motive** sollten **dokumentiert** und der **Vertrag auch so gelebt** werden !

Fall 2

Kooperationen mit Anderen

Dorn Medizinrecht

Variante 1:

Der Operateur O betreibt eine **Praxis mit angeschlossenen OP-Räumlichkeiten**.

Da er den OP **besser auslasten** möchte, beabsichtigt er, diesen auch **anderen operativ tätigen Ärzten** gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen.

Sein Steuerberater empfiehlt ihm, um eine mögliche **Infektion** seiner Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit zu vermeiden, eine **GmbH** zu gründen, die den OP sowohl an ihn als auch an andere Ärzte vermietet.

Dorn Medizinrecht

Bewertung

Grundsätzlich wird man hier davon auszugehen haben, dass der entsprechende **Behandlungsvertrag** nicht mit der alleine die Räumlichkeiten zur Verfügung stellenden OP-GmbH zustande kommt, sondern in jedem Falle mit dem Operateur selbst.

Zweifelhaft ist also schon, ob der Arzt insoweit überhaupt „*in Ausübung seines Berufs*“ tätig wird, denn das – wenn auch zeitlich begrenzte – Anmieten von OP-Räumen unterscheidet sich insoweit nicht von der Anmietung von Praxisräumlichkeiten oder dem Leasing einer MRT-Einheit.

Dorn Medizinrecht

Bewertung

Zudem kann es in diesem Zusammenhang nicht darauf ankommen, welcher **Rechtsform** der Operateur sich bedient, um seinen OP zu betreiben, etwa als Einzelunternehmen oder durch eine Kapitalgesellschaft.

Auch vor diesem Hintergrund wäre eine strafbare Handlung wiederum zu verneinen, denn die Bevorzugung muss „*einem anderen*“ zu Gute kommen.

Dorn Medizinrecht

Variante 2:

O operiert seine Patienten in einer **Tagesklinik**, die von **Anästhesisten** betrieben wird.

Er erhält dort bei der Anmietung von OP-Kapazitäten einen „**Rabatt**“, wenn die Anästhesisten als Behandler selbst an der OP beteiligt werden.

Dorn Medizinrecht

Bewertung

In der Tat ist festzustellen, dass durch eine entsprechende Preisgestaltung der Wettbewerb durchaus auch beeinflusst wird, denn Anästhesisten ohne eigenes OP-Zentrum werden auf diese Weise **aus dem Markt gedrängt**.

Hier ist durchaus von einem Zuweisungsverhältnis im Sinne des **§ 31 BO** auszugehen und ein **erhebliches strafrechtliches Risiko** mit Blick auf **§ 299a StGB** kann nicht verneint werden.

Dorn Medizinrecht

Bewertung

Immer dann, wenn durch Empfehlungen, Zuweisungen oder andere Formen der Zuführung von Patienten an Dritte ein **neues Behandlungsverhältnis** – wenn man so will – **gestiftet** wird, setzt der Empfehlender sich jedenfalls dann **strafrechtlichen Risiken** aus, wenn er hierdurch **profitiert**.

Bezieht sich die Kooperation hingegen auf **Unterstützungsleistungen** im Rahmen der Erfüllung der vereinbarten ärztlichen Leistungen aus dem **eigenen Behandlungsvertrag**, sollten entsprechende Risiken im Bereich der §§ 299a/b StGB nicht bestehen.

Fall 3 Kooperation mit Krankenhäusern

Dorn Medizinrecht

Der Orthopäde O ist **niedergelassener Vertragsarzt** mit einem halben Versorgungsauftrag und **spezialisiert auf Eingriffe an der Wirbelsäule**.

Er ist in einem nahegelegenen Krankenhaus mit 26 Wochenstunden angestellt und führt dort Operationen im Wesentlichen an Patienten durch, die er **zuvor in seiner Praxis behandelt** und für die Operation in das Krankenhaus **eingewiesen** hat.

Für seine Tätigkeit erhält er von dem Krankenhaus eine **Beteiligung an der DRG** in Höhe von 25%.

Dorn Medizinrecht

Bewertung

Derartige Fälle werden derzeit vor allem unter dem Gesichtspunkt der „**Angemessenheit der Vergütung**“ diskutiert.

Werde nämlich festgestellt, dass das vereinbarte Entgelt nicht entsprechend dem **Wert der erbrachten heilberuflichen Leistungen** in wirtschaftlich angemessener Höhe nachvollziehbar festgelegt worden ist, müsse man davon ausgehen, dass eine **verdeckte Zuweisungsprämie** enthalten sei.

Zu der Frage, was angemessen sein soll, werden dabei die **unterschiedlichsten Auffassungen** vertreten.

Dorn Medizinrecht

Bewertung

Dieser Ansatz verkennt Folgendes:

- Auch eine „**Zuweisung gegen angemessenes Entgelt**“ ist berufsrechtswidrig und müsste damit auch „**unlauter**“ im Sinne der §§ 299a/b StGB sein.
- Dies wiegt umso schwerer, wie dort, wo in der Gesetzesbegründung auf eine „**angemessene Vergütung**“ abgehoben wird, das sog. „**Konsiliararzt-Modell**“ jedenfalls **keine ausdrückliche Erwähnung** findet.
- Auch für die **Beeinträchtigung des Wettbewerbs** macht es keinen Unterschied, ob der Mitbewerber **wegen eines angemessenen oder eines unangemessenen Entgelts ausgebootet** wurde.

Dorn Medizinrecht

Bewertung

Die Frage, die sich bei sachgerechter Betrachtung vielmehr stellt, ist, ob im Einzelfall tatsächlich eine „**unlautere Beeinträchtigung des Wettbewerbs**“ vorliegt.

Für den vorliegenden Fall könnten dabei beispielsweise folgende Überlegungen **von Relevanz** sein:

Dorn Medizinrecht

Bewertung

- Regelmäßig ist es so, dass sich die fraglichen Patienten in der Praxis ihrer späteren Operateure vorstellen, **nach Indikationsstellung zur OP** und mit dem **ausdrücklichen Wunsch, durch die Ärzte operiert zu werden**.
- Dabei ist dem **Patienten oft schon bekannt**, dass der Eingriff stationär in einem bestimmten Krankenhaus erfolgen wird.
- Einer – wie auch immer gearteten – „**Zuführung**“ bedarf es nicht mehr.

Dorn Medizinrecht

Bewertung

Auch ...

- das **Fehlen einer Konkurrenzschutzklausel** in dem Vertrag mit dem Krankenhaus,
- der Umstand, dass gegebenenfalls an **mehreren Häusern** operiert wird sowie
- eine **umfassende Aufklärung** der Patienten über **alternative Möglichkeiten**

könnten gegen einen „**unlauteren Wettbewerbsverstoß**“ sprechen.

Dorn Medizinrecht

Bewertung

Der Fall ist zudem **vergleichbar** mit:

- Dem **Chefarzt**, der in seiner Ambulanz die Indikation zur stationären Aufnahme stellt und später deswegen von einer **Wahlleistungsvereinbarung** profitiert.
- Dem **Krankenhaus-MVZ**, dessen Ärzte die Indikation zur stationären Aufnahme stellen, und das hierfür **Subventionen vom Mutterhaus** erhält.

Dorn Medizinrecht

Bewertung

Schließlich muss die **Höhe des vereinbarten Entgelts** nicht zwingend ein Hinweis auf das Vorliegen einer sog. „**Unrechtsvereinbarung**“ sein.

Nach der Rechtsprechung des BGH besteht bei **Vereinbarungen zwischen Krankenhausträgern und niedergelassenen Ärzten** über deren Zuziehung im Rahmen allgemeiner Krankenhausleistungen bspw. **keine Bindung an die Vorschriften der GOÄ.**

Im jedem Falle ist es ratsam, den **Entstehungsprozess** und insbesondere die **Motive der Beteiligten** im Zusammenhang mit der Entstehung von entsprechenden Kooperationsverträgen **zu dokumentieren.**

Fazit

Dorn Medizinrecht

Fazit

- Es entsteht der Eindruck, als habe sich der **Diskurs** über die §§ 299a/b StGB etwas **vom Tatbestand** gelöst.
- Für die Praxis erforderlich erscheint eine die **Strafbarkeit begrenzende Auslegung**, die insbesondere **medizinrechtliche Inhalte** berücksichtigen muss.

Dorn Medizinrecht

Fazit

- Im Ergebnis brauchen wir **weniger Strafrecht** und **mehr Medizinrecht**!

Denn was als „**unlauter**“ im Sinne der §§ 299a/b StGB gelten soll,
wird **nach medizinrechtlichen Kriterien** zu entscheiden sein.

Dorn Medizinrecht

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. jur. Alexander Dorn
Fachanwalt für Medizinrecht
Fachanwalt für Strafrecht

Am Winterhafen 4 _ 55131 Mainz
T 06131 494822-0 _ F 06131 494822-22
kanzlei@dorn-medizinrecht.de _ www.dorn-medizinrecht.de