

(demnächst in: *Anästh Intensivmedizin / Juni 2017*)

Antikorruptionsgesetz: Der niedergelassene Arzt stets im Visier der Staatsanwaltschaft? - Fallbeispiele

Rechtsanwältin Anna Brix, München¹

Am 04.06.2016 ist das Antikorruptionsgesetz in Kraft getreten. Erste Ermittlungsverfahren gegen niedergelassene Ärzte wegen des Verdachts der Bestechlichung im Gesundheitswesen (§ 299a Strafgesetzbuch <StGB>) sind bereits eingeleitet. Die Verunsicherung und der Beratungsbedarf bei Ärzten sind aber nach wie vor hoch.

Strafanzeigen können dem niedergelassenen Arzt aus verschiedenen Richtungen drohen. Am weitaus häufigsten zeigen Kassenärztliche Vereinigungen und die Fehlverhaltensbekämpfungsstellen der Krankenkassen derartige Sachverhalte bei der Staatsanwaltschaft an. Aber auch ehemalige Mitarbeiter, Patienten oder Mitbewerber bringen Verfahren in Gang.

Der Gesetzgeber fördert ausdrücklich Kooperationen im Gesundheitswesen und eröffnete in den vergangenen Jahren zahlreiche Möglichkeiten der Zusammenarbeit. Diese sind in der Vergangenheit vereinzelt dazu missbraucht worden, das Zuweisungsverhalten niedergelassener Ärzte unlauter zu beeinflussen.

Für die Zusammenarbeit bei (ambulanten) Operationen zwischen Operateuren und Anästhesisten ist es charakteristisch, dass der Patient zuerst den niedergelassenen Operateur aufsucht und dieser dann den Anästhesisten hinzuzieht. Diese Zuführung von Patienten seitens des Operateurs an den Anästhesisten darf keinesfalls Anlass für eine Vorteilsgewährung seitens des Anästhesisten an den Operateur sein.

Die „**Zuweisung gegen Entgelt**“ stellt seit jeher einen berufsrechtlichen Verstoß gegen § 31 der (Muster-)Berufsordnung für Ärzte dar, welcher nach den Vorschriften des Heilberufekammergesetzes mit einer Geldbuße bis zu 50.000 € geahndet werden kann. Nun ist eine solche unzulässige Praxis auch strafbar und sollte sofort beendet werden.

¹ * *Rechtsanwältin/Fachanwältin für Medizinrecht, Rechtsanwälte Ulsenheimer-Friederich, München*

Mit Freiheitsstrafe von bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe wird nach § 299 a Nr. 3 StGB

- der **Angehörige eines Heilberufs** bestraft,
- der 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 u.a. **bei der Zuführung von Patienten**
- einen anderen **Wettbewerber in unlauterer Weise bevorzugt.**

Spiegelbildlich macht sich nach § 299 b Nr. 3 StGB auch der „Vorteilsgeber“ wegen Bestechung strafbar (bei einem Strafraum von ebenfalls Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren).

In „besonders schweren Fällen“, also z.B. dann, wenn der erlangte oder gewährte Vorteil besonders groß ist, sieht § 300 StGB sogar eine Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis 5 Jahren vor. Von einem schweren Fall wird man jedenfalls ab einer Größenordnung von ca. 50.000 € ausgehen müssen.

Die bei der ambulanten Zusammenarbeit zwischen Operateuren und Anästhesisten im Kern entscheidende Frage lautet dementsprechend, ob an den Operateur von Seiten des Anästhesisten materielle oder immaterielle **Vorteile** fließen, **damit** dieser **im Gegenzug** (konkret durch Überweisung/Zuführung von Patienten) den Anästhesisten im Wettbewerb unter anderen Anästhesisten **in unlauterer Weise bevorzugt (sog. Unrechtsvereinbarung).**

Das Tatbestandsmerkmal der „Zuführung von Patienten“ durch den Operateur an den Anästhesisten scheint regelmäßig erfüllt zu sein, was angesichts der akzessorischen Tätigkeit des Anästhesisten systemimmanent ist. Das allein macht die Kooperation freilich nicht schon strafbar. Verdächtig ist dieses Zusammenwirken nur, wenn weitere, auf ein strafbares Verhalten deutende, Anhaltspunkte vorliegen, wie zum Beispiel

- Geldzahlungen seitens des Anästhesisten an den Operateur
- Einräumen von Vermögens- bzw. Gewinnbeteiligungen
- Abschluss von Verträgen (z.B. Mietvertrag, Geräteüberlassung)
- Gerätebereitstellungen, Finanzierung von Personalstellen.

Für die Strafbarkeit entscheidend ist das Vorliegen einer sog. Unrechtsvereinbarung, also eine Koppelung bzw. inhaltliche Verknüpfung von Vorteil und unlauterer Bevorzugung. Seitens der Staatsanwaltschaft erfolgt eine umfassende Analyse aller Umstände des Einzelfalls. Relevant können sein

- die Beziehung des Vorteilsgebers (Anästhesist) zum Vorteilsnehmer (Operateur),
- die Höhe des Vorteils/ Angemessenheit der Vergütung,
- Transparenz/Intransparenz von Vereinbarungen sowie
- das Vorliegen einer plausiblen Alternativ-Erklärung, die nicht auf eine Koppelung gerichtet ist.

In der Gesetzesbegründung zum Antikorruptionsgesetz heißt es, dass bei angemessenen Honoraren für Leistungen im Rahmen erwünschter Kooperationen und angemessenen Preisen **nur bei Hinzutreten weiterer Umstände** auf eine Unrechtsvereinbarung geschlossen werden darf.

Was das konkret für die Zusammenarbeit zwischen Anästhesist und Operateur bedeuten kann, sollen die nachfolgenden Fälle verdeutlichen.

1. Ambulantes OP-Zentrum der Operateure - Kostenbeitrag Anästhesist für OP-Mitbenutzung

Beispielhafter Sachverhalt:

Ein Frauenarzt betreibt eine gynäkologische Tagesklinik, in der er ambulante Operationen durchführt. Von den Anästhesisten, die bei den Operationen die Narkose auf eigene Rechnung durchführen, verlangt der Frauenarzt für die Bereitstellung des Operationssaals einen Kostenbeitrag von bis zu € 50,00 pro Operation.

Rechtliche Bewertung:

Solche Kostenbeteiligung können u.U. problematisch sein und zu strafrechtlichen Sanktionen führen. Entscheidend sind die Umständen des Einzelfalls, wie der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 20.03.2003 (Az. III ZR 135/02) verdeutlicht. Dieser entschied zu dem dargestellten Sachverhalt, dass eine Beteiligung des mitbehandelnden Facharztes (hier des Anästhesisten) an den Kosten der für die Operation gemeinsam genutzten Einrichtungen jedenfalls so lange kein dem Operateur gewährtes „Entgelt“ oder ein ihm versprochener „anderer Vorteil“ ist, so lange die Beteiligung **nicht über eine anteilige Belastung hinausgeht und nicht zu einem Gewinn oder einer verdeckten Provision führt**. Eine Beteiligung an den Raum- und Nutzungskosten sei ausgeschlossen, wenn solche Aufwendungen im Einzelfall bereits im Rahmen der ärztlichen Liquidation vom Patienten oder vom Kostenträger vollständig ersetzt würden.

Der Operateur kann auch nach Inkrafttreten des Antikorruptionsgesetzes von dem Anästhesisten einen anteiligen, angemessenen Kostenbeitrag verlangen. Der Begriff der Angemessenheit ist ein sog. unbestimmter Rechtsbegriff, den es auszulegen gilt. Zu ermitteln ist der „Marktpreis“ als Vergleichsgröße bzw. der individuelle Kostenanteil auf der **Grundlage einer betriebswirtschaftlichen Kalkulation**. Vor Pauschalen (glatter €-Betrag), insb. ohne dokumentierte, nachvollziehbare Kalkulation ist abzuraten. Auch die GOÄ bzw. der EBM sind als Grundlage für eine Kostenbeteiligung eher ungeeignet, da sie den Wert einer ärztlichen Leistung abbilden, nicht aber objektivierbare Kosten einer OP-Einheit wiedergeben.

2. Anästhesisten und Operateure in Gemeinschaftspraxis/BAG (Gemeinsame Berufsausübung)

Sachverhalt:

In einer Berufsausübungsgemeinschaft (BAG) sind die Gesellschafter paritätisch beteiligt, erwirtschaften jedoch unterschiedliche hohe Umsätze und Gewinnbeiträge.

Die operativen Ärzte empfehlen den Patienten die Operation in der eigenen Praxis durchzuführen unter Hinzuziehung durch ihren Anästhesie-Partner. Neben der prozentualen Gewinnbeteiligung erhält der operierende Arzt eine zusätzliche Gewinnbeteiligung, die sich an der Anzahl der vom Anästhesiepartner durchgeführten Operationen bemisst.

Rechtliche Bewertung:

Die gemeinsame Ausübung der ärztlichen Tätigkeit in Form einer Gemeinschaftspraxis / BAG ist nach dem Ärztlichen Berufsrecht und der Zulassungsverordnung für Ärzte zulässig.

In der Literatur wird deshalb kontrovers diskutiert, ob § 299a StGB innerhalb eines Gesellschaftsverhältnisses überhaupt eine Rolle spielen kann. Empfiehlt der operative Arzt „einen anderen“? Dagegen spricht, dass die Patienten mit der BAG als Vertragspartner und nicht mit dem einzelnen Arzt ein Behandlungsverhältnis eingehen.

Selbst wenn man § 299a StGB innerhalb einer BAG für anwendbar erachtet, wird eine individuelle Gewinnverteilung, die sich nicht allein an den Beteiligungsverhältnissen oder der Arbeitszeit orientiert, weiterhin zulässig sein. Problematisch kann es ggf. werden, wenn der operierende Arzt zu dem von ihm selbst erwirtschafteten Gewinn einen weiteren Gewinnanteil an den vom Anästhesisten erbrachten Leistungen erhält. Es liegt dann die Vermutung nahe, dass die Begründung der BAG nur erfolgte, um dem operativen Arzt die Zuführung von Patienten über die Gewinnverteilung zu vergüten.

3. Anästhesisten als Betreiber einer Tagesklinik – Untervermietung an Operateure

Sachverhalt:

In einer Tagesklinik, die von Anästhesisten betrieben wird, operiert ein Chirurg die Patienten aus seiner Praxis. Er erhält von den Anästhesisten bei der Anmietung von OP-Kapazitäten einen Rabatt, wenn die Anästhesisten der Tagesklinik als Behandler selbst an der Operation beteiligt werden.

Rechtliche Bewertung

Durch die kostenlose Überlassung von OP-Räumen an den Chirurgen bei Hinzuziehung des Anästhesisten aus der Tagesklinik wird der Wettbewerb beeinflusst, denn Anästhesisten ohne eigenes OP-Zentrum werden auf diese Weise aus dem Markt gedrängt. Eine derartige Vereinbarung erweckt den Eindruck, dass die kostenlose Nutzungsüberlassung für die Zuweisung von Patienten erfolgt. Die Zusammenarbeit auf dieser Grundlage sollte beendet und ein Untermietvertrag zu marktüblichen Konditionen vereinbart werden.

4. Unentgeltliche Überlassung von Räumen, Geräten, Personal seitens des Anästhesisten an Operateur

Sachverhalt:

Der Anästhesist stellt dem Operateur Eingriffsräume unentgeltlich zur Verfügung, in denen er seine Anästhesieleistung erbringt und der Operateur die operative Leistung. Der Operateur indiziert die Eingriffe selbst in seiner Praxis, teilweise werden die Patienten von nicht-operierenden Ärzten dem Operateur zugewiesen. Die ärztlichen Leistungen werden vom Anästhesisten und Operateur jeweils getrennt nach EBM oder GOÄ abgerechnet. Es gibt keinerlei Geldfluss zwischen dem Operateur und dem Anästhesisten.

Rechtliche Bewertung:

Wie in der Fallkonstellation 3 liegt ohne Angabe von sachlichen Gründen für dieses Vorgehen die Vermutung nahe, dass die unentgeltliche Überlassung für die Zuführung von Patienten erfolgt.

5. Verzicht auf die postoperative Überwachungsziffer durch den Anästhesisten

Sachverhalt:

Der Anästhesist kommt zur ambulanten Operation in die Praxis des Operateurs, der Personal und Infrastruktur (auch für den Aufwachraum) vorhält. Die durchzuführende postoperative Überwachungsmaßnahmen ordnet der Anästhesist im Rahmen seines Fachgebietes an und kontrolliert die Durchführung der Maßnahmen. Die postoperative Überwachungsziffer wird vom Operateur abgerechnet.

Sachverhaltsabwandlung:

Das Personal für den Aufwachraum stellt der Anästhesist, der auch die postoperative Überwachungsmaßnahmen im Rahmen seines Fachgebietes anordnet und kontrolliert. Zudem zahlt er ein Nutzungsentgelt für die Überlassung von Personal und Infrastruktur an den Operateur. Die postoperative Überwachungsziffer wird vom Operateur abgerechnet.

Rechtliche Bewertung:

Der EBM erlaubt es den Operateuren und Anästhesisten untereinander zu vereinbaren, wer die Leistung „postoperative Überwachung im Anschluss an die Erbringung...“ abrechnet. Zu Recht wird davon ausgegangen, dass beide Fachgebiete mehr oder weniger an dieser Leistung beteiligt sind. Die Abrechnung der EBM-Ziffer kann jedoch nur über einen der Beteiligten erfolgen, wobei - anders als sonst im EBM üblich - die Abrechnung der Ziffer nicht zwingend die persönliche Leistungserbringung voraussetzt.

Um Überschneidungen bei der Abrechnung auszuschließen, ist eine schriftliche Vereinbarung darüber zu treffen, wer von den Beteiligten die postoperative Überwachungsziffer gegenüber der KV abrechnet². Wenn beispielsweise der Anästhesist bzw. sein Personal den Aufwachraum betreut, während der Operateur

² Schelling P/Brix A/Mertens E: Vergütung der postoperativen Überwachung nach ambulanten bzw. belegärztlich durchgeführten Eingriffen – warum eine Absprache zwischen Operateur und Anästhesist so wichtig ist!, BDAktuell JUS-Letter Juni 2012, Anästh Intensivmed 2012;53:361-363

sein OP-Programm fortsetzt, entsteht der Honoraranspruch grundsätzlich beim Anästhesisten. Diese Honorarforderung gegenüber der KV kann er an den Operateur abtreten bzw. ihm die Abrechnung dieser Ziffern überlassen. Dies geschah in der Vergangenheit vielfach, um einen Ausgleich für die vom Operateur gestellte Infrastruktur zu schaffen.

In welchem Umfang die Staatsanwaltschaft derartigen Konstellationen zukünftig nachgehen wird, ist derzeit schwer vorherzusagen. Unwahrscheinlich sind Ermittlungen in dieser Richtung jedenfalls nicht. Je mehr aus dem Gesamtzusammenhang der Eindruck entsteht, der Anästhesist überlässt die Ziffer nur oder zumindest auch für die Zuführung von Patienten durch den Operateur (Sachverhaltsabwandlung), umso höher ist das Strafbarkeitsrisiko. Je besser sich rechtfertigen lässt, dass die Überlassung der Aufwachraumziffer den marktgerechten Kostenausgleich für die Überlassung der Infrastruktur darstellt, umso unbedenklicher wird die Vorgehensweise sein.

Wer auf Nummer sicher gehen will, rechnet nur die Leistung ab, die er selbst erbracht hat und vereinbart für die Überlassung von Räumen, Geräten etc. ein angemessenes (= betriebswirtschaftlich kalkuliertes) Entgelt.

Fazit

Zur Vermeidung nur des bloßen Anscheins einer Strafbarkeit empfiehlt es sich darauf zu achten, dass die Zusammenarbeit zwischen Anästhesist und Operateur folgenden vier zentralen Prinzipien Rechnung trägt, nämlich dem

- **Äquivalenzprinzip,**
d.h. Leistung und Gegenleistung müssen in **angemessenem** Verhältnis stehen.
- **Trennungsprinzip,**
d.h. Trennung zwischen Zuwendungen und Umsatzgeschäften mit Vorteilsgeber, keine „Koppelvereinbarungen“.
- **Transparenzprinzip,**
d.h. Transparenz der Leistungsbeziehungen, Offenlegung von Zuwendungen, Bargeldlosigkeit
- **Dokumentationsprinzip,**
d.h. Dokumentation der Zusammenarbeit, Absprachen und empfangenen/gewährten Zuwendungen zum Zweck der Nachvollziehbarkeit.

Bereits bestehende wie auch künftige Kooperationen sollten dahingehend überprüft und ggf. verändert bzw. beendet werden. Es wäre unvernünftig abzuwarten wie derzeit laufende Ermittlungs-/Strafverfahren ausgehen, denn diese Passivität schützt nicht vor Bestrafung. Ein Anfangsverdacht, der es der Staatsanwaltschaft erlaubt, die Praxis zu durchsuchen, ist bereits gegeben, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat vorliegen. Das ist schon dann der Fall, wenn nur die Möglichkeit einer strafbaren Handlung besteht. Die Hürde für unangenehme Ermittlungen ist somit nicht sehr hoch.

Ob ein Ermittlungsverfahren dann eingestellt wird oder es zu einer öffentlichen Anklage kommt, hängt –wie Juristen gerne sagen- „von den Umständen des Einzelfalles“ ab. Sofern der beschuldigte Arzt anhand einer betriebswirtschaftlich nachvollziehbaren Kostenkalkulation die Angemessenheit der Vergütung/ Kosten-erstattung belegen kann, wird sich der Anfangsverdacht widerlegen lassen und die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen einstellen.

Lesetipps: Informationen zum Antikorruptionsgesetz

BÄK: Kooperation zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Ärzten

Die Bundesärztekammer hat am 22.04.2016 "Hinweise und Erläuterungen zu Kooperationen zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Ärztinnen und Ärzten" verabschiedet. In den Hinweisen und Erläuterungen sind die Möglichkeiten und Grenzen der Kooperation aus berufs- und vertragsarztrechtlicher Sicht ausführlich dargestellt. Die Verlautbarung ist am 17.06.2016 im Deutschen Ärzteblatt veröffentlicht worden auf der Homepage der Bundesärztekammer abrufbar: www.bundesaerztekammer.de => Recht => Publikationen.

KBV: Informationen für Vertragsärzte – Broschüre „Richtig kooperieren“

Was niedergelassene Ärzte dazu wissen sollten und generell bei der Zusammenarbeit beachten müssen, stellt die KBV in ihrer Broschüre „Richtig kooperieren“ (Stand 15.11.2016) vor. Die Broschüre, die zahlreiche Praxisbeispiele enthält, ist auf der Homepage der KBV abrufbar: http://www.kbv.de/html/1150_25418.php

§ § §

Antikorruptionsgesetz – die Regelungen im Strafgesetzbuch (StGB)³

§ 299a StGB: 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 <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html>

3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

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

§ 299b StGB: Bestechung im Gesundheitswesen

Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, 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

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

§ 300 StGB: Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen

In besonders schweren Fällen wird eine Tat nach den §§ 299, 299a und 299b mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder
2. der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.



7. Deutsch-Österreichische Medizinrechtstagung

Interaktives Fallseminar zu medizin-rechtlichen Fragen am 20./21. Oktober 2017 in Bad Wiessee am Tegernsee. Schwerpunktthema: - **Patientenaufklärung – Fluch oder Segen?**

Weitere Informationen und Anmeldeformular finden Sie in unserem Flyer:

<https://www.bda.de/fortbildung/recht-am-see.html>

26.04.2017

- Justitiare-
Roritzerstraße 27, 90419 Nürnberg
Tel: 0911 – 933 78 –17 / –27, Fax: 0911 – 393 81 95
e-mail: Justitiare@bda-ev.de, Internet: www.bda.de