

Auswirkungen des Antikorruptionsgesetzes auf Kooperationsstrukturen der Dialysepraxis

Ein Beitrag von

Dr. Thomas Feldmeier, Rechtsanwalt + Notar
Fachanwalt für Medizin - und Arbeitsrecht
zur Fortbildungsveranstaltung des



am 04.06.2016 in Iserlohn

Die Vorgeschichte

Am 29.03.2012 entschied der Große Senat für Strafsachen beim Bundesgerichtshof in Karlsruhe folgendes:

Bestechung im geschäftlichen Verkehr: Strafbarkeit eines niedergelassenen Arztes mit Kassennarztzulassung wegen der Teilnahme an einem Prämiensystem eines Pharmaunternehmens bei Verordnung bestimmter Medikamente

Leitsatz

Ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt handelt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V; hier: Verordnung von Arzneimitteln) weder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB.

(BGH Urteil vom 29.03.2012 – Aktenzeichen: GSSt 2/11)



Die Folgen

Gesetzentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen

„§ 299a

Bestechlichkeit im Gesundheitswesen

(1) 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 bei der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder
 2. seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze,
- wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer als Angehöriger eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 einen Vorteil dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind, seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze.



Besonders schwerer Fall / Strafantrag

§ 300

Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen

In besonders schweren Fällen wird die Tat nach § 299, 299a oder § 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.



§ 301

Strafantrag

(1) Die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 sowie die Bestechlichkeit im Gesundheitswesen und die Bestechung im Gesundheitswesen nach den §§ 299a, 299b werden nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

(2) Das Recht, den Strafantrag nach Absatz 1 zu stellen, haben neben dem Verletzten

1.

2. in den Fällen der §§ 299a, 299b

a) die berufsständische Kammer und die kassenärztliche und die kassenzahnärztliche Vereinigung, in der der Täter im Zeitpunkt der Tat Mitglied war,

b) jeder rechtsfähige Berufsverband, der die Interessen von Verletzten im Wettbewerb vertritt, und

c) die gesetzliche Kranken- und Pflegekasse des Patienten oder das private Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen des Patienten.

Die Konsequenzen (1)



Dr. Rudolf Raffzahn

1. Neben den berufsrechtlichen und vertragsärztlichen Maßnahmen gibt es zukünftig die **strafrechtliche** Verfolgung (mögliche Freiheitsstrafe).
2. Die Strafbarkeit gilt für alle Heilberufe , für die eine staatliche Ausbildung vorgeschrieben ist (z.B. MFA /Physiotherapeuten etc) und für alle Bereiche der Gesundheitsvorsorge, also auch für die **privatärztliche** Versorgung.
3. Verfolgungsbehörde ist die **Staatsanwaltschaft**, die zwar im Regelfall nur auf Antrag tätig werden soll, aber bei besonderem öffentlichem Interesse auch ohne solchem tätig werden kann.
4. Strafbarkeit liegt bereits dann vor, wenn der Vorteil gefordert oder angeboten wird, z.B. ein Vertragsabschluss reicht aus. Nicht erforderlich ist die tatsächliche Annahme/Gewährung des Vorteils.

Die Konsequenzen (2)

5. Vorteile sind alle Zuwendungen, auf die der Empfänger keinen durch die Gegenleistung gedeckten Anspruch hat, die ihn somit materiell oder auch nur immateriell (Ehrungen/Ehrenämter) objektiv besser stellen. Letzteres geht über die BerufsO hinaus. Der Vorteil kann auch darin bestehen, dass dem Arzt (oder Dritten) eine Verdienstmöglichkeit (z.B. durch Zuweisung) verschafft wird.
6. Voraussetzung ist immer eine sog. Unrechtsvereinbarung, die bloße Annahme eines Vorteils reicht nicht aus. Deshalb reicht es nicht aus, dass der Vorteil für bereits erfolgte Handlungen gedacht ist. Das Geschenk eines Patienten nach der Behandlung ist daher keine Bestechung (anders natürlich, wenn der das „Geschenk“ von vornherein verabredet war).
7. An einer Unrechtsvereinbarung und damit an der Strafbarkeit fehlt es auch immer dann, wenn es sich um Kooperationen zwischen Leistungsträgern handelt, die zulässig sind (z.B. §§ 115a, 115b+116b SGB V), und angemessene Entgelte vereinbart werden.

Auswirkungen auf Kooperationen in der Dialyse

1. Kooperationen mit der Industrie/anderen nicht ärztlichen Leistungserbringern

a. Fortbildung/Sponsoring

§ 32 BerufsO WL

Unerlaubte Zuwendungen

(1).....

(2) Die Annahme von geldwerten Vorteilen in angemessener Höhe ist nicht berufswidrig, sofern diese ausschließlich für berufsbezogene Fortbildung verwendet werden. Der für die Teilnahme an einer wissenschaftlichen Fortbildungsveranstaltung gewährte Vorteil ist unangemessen, wenn er über die notwendigen Reisekosten und Tagungsgebühren hinaus geht.

(3) Die Annahme von Beiträgen Dritter zur Durchführung von Veranstaltungen (Sponsoring) ist ausschließlich für die Finanzierung des wissenschaftlichen Programms ärztlicher Fortbildungsveranstaltungen und nur in angemessenem Umfang erlaubt. Das Sponsoring, dessen Bedingungen und Umfang sind bei der Ankündigung und Durchführung der Veranstaltung offen zu legen.

Alle Zuwendungen, die darüber hinaus gehen, können den Straftatbestand des § 299a Abs.1 erfüllen.

Unabhängig davon ist jede Zuwendung, auch wenn sie den Rahmen des § 32 Abs.2+3 BerufsO nicht übersteigt, dann strafbar, wenn sie mit der Absicht der Gegenleistung bei der Verordnung etc. erfolgt. Problematisch sind deshalb Zuwendungen für Fortbildung, die ersichtlich nur für Ärzte gewährt werden, die ein bestimmtes Ordnungsverhalten an den Tag legen.

- Fallbeispiele:**
1. Die Zuwendung wird nur Kunden gewährt
 2. Die Zuwendung wird nur Kunden mit einem Mindestumsatz gewährt



b. Liefer- und Ordnungsvereinbarungen (1)

Ausgangspunkt der Betrachtung für die vertragsärztliche Versorgung ist neben den berufsrechtlichen Regelungen in §§ 30, 31 BerufsO WL die gesetzliche Regelung in § 128 SGB V:

§ 128 Unzulässige Zusammenarbeit zwischen Leistungserbringern und Vertragsärzten

(1) Die Abgabe von Hilfsmitteln an Versicherte über Depots bei Vertragsärzten ist unzulässig, soweit es sich nicht um Hilfsmittel handelt, die zur Versorgung in Notfällen benötigt werden. Satz 1 gilt entsprechend für die Abgabe von Hilfsmitteln in Krankenhäusern und anderen medizinischen Einrichtungen.

(2) Leistungserbringer dürfen Vertragsärzte sowie Ärzte in Krankenhäusern und anderen medizinischen Einrichtungen nicht gegen Entgelt oder Gewährung sonstiger wirtschaftlicher Vorteile an der Durchführung der Versorgung mit Hilfsmitteln beteiligen oder solche Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung von Hilfsmitteln gewähren. Unzulässig ist ferner die Zahlung einer Vergütung für zusätzliche privatärztliche Leistungen, die im Rahmen der Versorgung mit Hilfsmitteln von Vertragsärzten erbracht werden, durch Leistungserbringer. Unzulässige Zuwendungen im Sinne des Satzes 1 sind auch die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Geräten und Materialien und Durchführung von Schulungsmaßnahmen, die Gestellung von Räumlichkeiten oder Personal oder die Beteiligung an den Kosten hierfür sowie Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr Ordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen.

.....

5a) Vertragsärzte, die unzulässige Zuwendungen fordern oder annehmen oder Versicherte zur Inanspruchnahme einer privatärztlichen Versorgung anstelle der ihnen zustehenden Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung beeinflussen, verstoßen gegen ihre vertragsärztlichen Pflichten.

b. Liefer- und Ordnungsvereinbarungen (2)



➔ Kick – back

Alle Liefer- und Ordnungsvereinbarungen, die auf ein **Kick-back** hinauslaufen, sind strafbar.

Kick-back liegt allerdings nur vor, wenn in einer Dreiecksbeziehung zwei zu Lasten des Dritten eine Rückerstattung vereinbaren, von der der Dritte nichts weiß.

Ein Kick-back liegt deshalb dann nicht vor, wenn dem Arzt ein Bezugsvorteil eingeräumt wird für Leistungen, die er bezieht und nicht gesondert abrechnet.

➔ Mengenrabatt

Jeder Mengenrabatt, der auf ein Kick-back hinausläuft, ist strafbar.

Was gilt bei der Einräumung eines Mengenrabattes bei dem Bezug von Heil – oder Hilfsmitteln, die der Arzt nicht verordnet, sondern (zunächst nur) selbst bezieht ?

Für Filter und sonstiges Material bereits deshalb keine Strafbarkeit, weil nicht zur Abgabe an Patienten bestimmt.

Auch bei Heil- oder Untersuchungsmittel ist dies meiner Meinung nach legal, da keine Unrechtsvereinbarung vorliegt, wenn es sich um übliche Rabatte handelt (so auch die Gesetzesbegründung).



c. Koppelungsgeschäfte

Koppelungsgeschäfte mit der Pharmaindustrie d.h. die Verbindung von beidseitigen Leistungen zu einem Paket, sind stets kritisch zu prüfen:

Fallbeispiel 1: Der Arzt vereinbart mit dem Lieferanten/Produzenten von Arznei- oder Hilfsmitteln, die er verordnet, die Durchführung von Studien, wobei das Honorar unangemessen ist. Die im Gegenzug vereinbarte Verordnung der Arznei-/Hilfsmittel erfolgt korrekt und der Bezug zu einem üblichen Preis, so dass beim Patient/Leistungsträger kein Schaden entsteht.

Fallbeispiel 2: wie Beispiel 1. Das vereinbarte Honorar für die Studien ist jedoch angemessen und entspricht dem Üblichen.

Fallbeispiel 3: wie Beispiel 1. Die Arznei-/Hilfsmittel werden jedoch nicht verordnet, sondern (zunächst) nur vom Arzt bezogen.

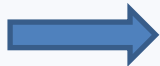
Fallbeispiel 4: wie Beispiel 2, wobei auch hier ein Bezug durch den Arzt und keine Verordnung vorliegt.

d. Kostenlose Abgabe von Zubehörartikel (z.B. Applikationshilfen)

Der Lieferant eines Arzneimittels, das der Patient mit einem Hilfsmittel einnehmen muss (z.B. beim Diabetiker der Pen) stellt das Hilfsmittel dem Arzt zur kostenlosen Weitergabe an den Patienten zur Verfügung. Der Patient kann damit nur das Arzneimittel des Lieferanten nutzen. Nach § 7 Abs.1 Ziff.3 HWG ist die Zuwendung in einem begrenztem Umfang erlaubt, soweit es sich um handelsübliches Zubehör zu dem Arzneimittel handelt.

- Variante 1:** Der Arzt lässt sich dafür einen Vorteil versprechen.(Verstoß gegen § 31 Abs.2 BerufsO WL: Nicht ohne sachlichen Grund dürfen bestimmte Anbieter empfohlen oder an diese verwiesen werden.)
- Variante 2:** Der Arzt lässt sich keinen Vorteil versprechen und erhält ihn auch nicht, aber er bietet nur das Hilfsmittel des einen Herstellers an, obwohl es durchaus gleichwertige von anderen Herstellern gibt, bei denen das zu verwendende Arzneimittel deutlich preiswerter ist.
- Variante 3:** wie Variante 2, allerdings sind die Arzneimittel des begünstigten Lieferanten gleich teuer wie die der anderen Hersteller oder sogar deutlich günstiger.

Sicherste Variante: Dem Patienten wird nichts angeboten.



Ratschlag: Alle Vereinbarungen mit nichtärztlichen Leistungserbringern werden schriftlich gefasst, vorher zur Prüfung einem Fachanwalt und der Ärztekammer (vgl. § 24 BerufsO WL) sowie ggfls. der KV vorgelegt.

2. Kooperationen mit Krankenhäusern

a. Zuführung von Patienten

- Fallbeispiel 1:** Das Krankenhaus sagt dem Arzt unter Wahrung des Grundsatzes des Rechts auf freie Arztwahl zu, alle in Frage kommenden ambulanten Patienten nur durch den Arzt betreuen zu lassen bzw. ihn zu empfehlen. Eine Gegenleistung wird nicht vereinbart.
- Fallbeispiel 2:** wie Fallbeispiel 1. Das Krankenhaus stellt dem Arzt zusätzlich Behandlungsräume zu einem ortsüblichen Mietzins zur Verfügung .
- Fallbeispiel 3:** Die Behandlungsräume werden zu einem deutlich zu niedrigen oder überhöhten Mietzins zur Verfügung gestellt.
- Fallbeispiel 4:** Der Arzt behandelt die stationären Patienten des Krankenhaus zu einem deutlich zu niedrigem Honorar. Das Krankenhaus sagt zu, alle ambulanten Patienten nach Maßgabe des Fallbeispiel 1 nur durch den Arzt betreuen zu lassen bzw. ihn zu empfehlen.

b. Anstellung im Krankenhaus/Anstellung von Krankenhausärzten

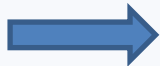
Fallbeispiel 1: Der Arzt lässt sich im Krankenhaus außerhalb des Bereichs von gesetzlich vorgesehenen Kooperationen in Teilzeit anstellen und behandelt dort stationäre Patienten, u.a. solche, die er selbst eingewiesen hat. Das Gehalt ist angemessen.

Fallbeispiel 2: Wie Fallbeispiel 1. Der Arzt behandelt jedoch nur Patienten, die er eingewiesen hat. Das Gehalt wird (angemessen) nach Abruf gezahlt.

Fallbeispiel 3: Wie Fallbeispiel 1 +2. Das Gehalt ist jedoch unangemessen hoch .

Fallbeispiel 4: Die Praxis stellt einen Krankenhausarzt in Teilzeit an. Das Krankenhaus führt der Praxis stationäre/ambulante Patienten zu, die die Praxis durch den Krankenhausarzt behandelt. Die Vergütung des Krankenhausarztes ist angemessen.

Fallbeispiel 5: wie Fallbeispiel 4. Die Vergütung des Krankenhausarztes wird danach ausgerichtet, wieviel Patienten das Krankenhaus einweist, ist unangemessen hoch oder niedrig oder der angestellte Arzt wird an dem erwirtschafteten Gewinn beteiligt (vgl. § 23a Abs.1 lit. c BerufsO WL)



Ratschlag: Alle Vereinbarungen mit Krankenhäusern werden schriftlich gefasst , vorher zur Prüfung einem Fachanwalt, der Ärztekammer und ggfls. der KV vorgelegt.

3. Kooperation mit Ärzten/Praxen



a. Berufsausübungsgemeinschaft

Innerhalb von BAG's, die die gesamte Berufsausübung einbeziehen, kann es - von Missbrauchsfällen abgesehen – nicht zu Fällen der verbotenen Zuführung kommen, da die BAG Vertragspartner des Patienten ist und es deshalb nicht zu einer Zuführung kommen kann.

Etwas anderes gilt für Teilberufsausübungsgemeinschaften. Hier ist das Potential für verbotene Zuführungen groß.

b. Praxisgemeinschaft

Praxisgemeinschaften sind in der Regel reine Kostengesellschaften, bei denen nicht der Gewinn, sondern nur die Kosten vergesellschaftet werden. Sie sind generell zulässig, wenn sie nicht der Verschleierung von berufsrechtlich nicht zulässigen Tatbeständen (zB verbotener Zuführung/Beteiligung) dienen.

Fallbeispiel 1: Die Dialysepraxis bildet zusammen mit einem Hausarzt eine Praxisgemeinschaft, bei der Kosten angemessen aufgeteilt werden. Der Hausarzt führt Dialysepatienten zu.

Fallbeispiel 2: wie Fallbeispiel 1, im Praxisgemeinschaftsvertrag ist geregelt, dass der Hausarzt unter Wahrung des Grundsatzes der freien Arztwahl Dialysepatienten der Praxis zuführt. Eine Gegenleistung wird dafür nicht vereinbart.

Fallbeispiel 3: wie Fallbeispiel 2; der Hausarzt ist am Gewinn der Dialyse beteiligt.

c. angestellte Ärzte

Die BerufsO WL sieht in § 19 Abs. 3 vor:

(3) Ärztinnen und Ärzte dürfen nur zu angemessenen Bedingungen beschäftigt werden. Angemessen sind insbesondere Bedingungen, die der beschäftigten Ärztin oder dem beschäftigten Arzt eine angemessene Vergütung gewähren sowie angemessene Zeit zur Fortbildung einräumen und bei der Vereinbarung von Wettbewerbsverboten eine angemessene Ausgleichszahlung vorsehen.

- Fallbeispiel 1:** Die Praxis vereinbart mit dem angestellten Arzt ein Gehalt, das an der behandelten Patientenzahl ausgerichtet ist.
- Fallbeispiel 2:** Der angestellte Arzt wird an dem Gewinn der Praxis oder dem Gewinn beteiligt, der durch seine Behandlung erwirtschaftet wird.
- Fallbeispiel 3:** Im Rahmen einer Praxisübernahme wird vereinbart, dass der abgebende Arzt zum Schein gegen Zahlung eines „Gehalts“ in der Praxis angestellt wird. Tatsächlich arbeitet er nicht. Die Versorgung der Patienten des abgebenden Arztes erfolgt durch andere Ärzte.
- Fallbeispiel 4:** Der angestellte Arzt wird mit einer deutlich zu geringen Vergütung beschäftigt.

4. Beteiligung an Unternehmen im Gesundheitswesen

Aus der Gesetzesbegründung:

„Die Beteiligung an einem Unternehmen im Gesundheitswesen kann ebenfalls zu Zuwendungen von Vorteilen im Sinne von § 299a StGB führen. Eine unzulässige und strafbare Verknüpfung zwischen Unternehmensbeteiligung und medizinischen Entscheidungen kann vorliegen, wenn ein Arzt einem Unternehmen, an dem er selbst beteiligt ist, einen Patienten zuführt und er für die Zuführung des Patienten wirtschaftliche Vorteile, etwa eine Gewinnbeteiligung, erhält (vgl. Scholz, in Spickhoff, Medizinrecht, 2. Auflage 2014, § 31 MBO, Rn. 6). Solche Abreden benachteiligen Unternehmen, die keine Beteiligungen anbieten. Auch Patienten können sich in solchen Fällen nicht darauf verlassen, dass die ärztliche Empfehlung alleine aufgrund medizinischer Erwägungen getroffen wurde. Die vom BGH in seiner wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 13. Januar 2011, I ZR 111/08) hierzu aufgestellten Grundsätze können auch bei Anwendung von § 299a StGB herangezogen werden. Vereinbarungen, nach denen die Gewinnbeteiligung oder sonstige Vorteile des Arztes unmittelbar von der Zahl seiner Verweisungen oder dem damit erzielten Umsatz abhängen, sind danach stets unzulässig. Ist der Arzt nur mittelbar, insbesondere über allgemeine Gewinnausschüttungen am Erfolg eines Unternehmens beteiligt, kommt es für die Zulässigkeit der Beteiligung darauf an, ob er bei objektiver Betrachtung durch seine Patientenzuführung einen spürbaren Einfluss auf den Ertrag aus seiner Beteiligung nehmen kann“

Fallbeispiel 1: Dr. Raffzahn erwirbt für 500.000 € Aktien an der Bayer AG, weil diese ein neues Mittel für die Dialyse, das zur Abgabe an Patienten bestimmt ist, auf den Markt bringt. Sein Bezugs-/Verordnungsverhalten richtet er daran nicht aus.

Fallbeispiel 2: wie Fallbeispiel 1, Dr. Raffzahn bezieht/verordnet bewusst bevorzugt das neue Mittel.

Fallbeispiel 3: Dr. Raffzahn gründet mit Dritten ein Unternehmen, das das neue Mittel mit Gewinn vertreibt. An dem Unternehmen ist er mit 50% beteiligt.

Aussichten

1. Bereits im Vorfeld vor Inkrafttreten des Gesetzes findet ein „Selbstreinigungsprozess“ statt, der in allen relevanten Bereichen festzustellen ist. Ein großer Teil der groben Verstöße gegen das Korruptionsverbot werden sich daher vermutlich schon vorher erledigen.
2. Die Verfolgung wird deutlich zu nehmen, da Strafanzeigen ein probates Mittel für Konkurrenten/Patienten/Leistungsträger sind, die Angelegenheit ohne großen eigenen Aufwand bereinigen zu lassen.
3. Die Staatsanwälte werden die Verstöße mit erheblich mehr Intensität und Aufwand verfolgen als bisher durch die Ärztekammern/KVen/Kassen.
4. Es wird noch Jahre dauern, bis die Konturen der Strafbarkeit halbwegs zuverlässig geklärt sind.

Hinweis: Diese Präsentation können Sie im Internet unter www.ehlers-feldmeier.de einsehen/herunterladen.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !

Dr. Thomas Feldmeier
Rechtsanwalt + Notar
Fachanwalt für Medizin-
u. Arbeitsrecht
Elisabethstr.6
44135 Dortmund
0231/589788-36
feldmeier@ehlers-feldmeier.de
www.ehlers-feldmeier.de

