

3. Saarländischer Medizinrechtstag

Ärztliche Kooperationsformen im Lichte der neuen Korruptionstatbestände



FRANK SCHMIDT

FACHANWALT FÜR MEDIZINRECHT

Hindenburgstraße 59 · 66119 Saarbrücken
0681/96 770-0 · mail@medizinrecht-schmidt.de

Gliederung

- Die neuen Tatbestände im StGB
- Verträge zwischen Krankenhäusern und Ärzten
- Verträge niedergelassener Ärzte untereinander
- Verträge zwischen Ärzten und Anbietern sonstiger Gesundheitsleistungen

Die Tatbestände im StGB

- **§ 299a: Bestechlichkeit** im Gesundheitswesen („passiv“)
- **§ 299b: Bestechung** im Gesundheitswesen („aktiv“,
spiegelbildlich zu § 299a)
- Strafraumen: Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, aber Erhöhung für „besonders schwere Fälle“ (§ 300): Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten bis höchstens fünf Jahren
- Verfolgung von Amts wegen - **kein Strafantrag** erforderlich!

Der Tatbestand des § 299a StGB

- Ein Angehöriger eines Heilberufs, dessen Ausbildung staatlich geregelt ist,
- ... lässt sich einen Vorteil versprechen / fordert ihn ein / nimmt ihn an
- ... für sich selbst oder einen Dritten (!) ...
- ... **als Gegenleistung** dafür, dass er bei der Berufsausübung / im Zusammenhang damit ...
- ... einen anderen (= *Anbieter von Gesundheitsleistungen*) ...
- ... bei
 - der Verordnung oder Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten für Patienten,
 - dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten für Patienten oder
 - der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial ...
- ... **in unlauterer Weise bevorzugt.**

Zu §§ 299a,b StGB – 1. Teil

- **kein berufsrechtlicher Auffangtatbestand** mehr - zweite Begehungsalternative ggü. Regierungsentwurf vom Oktober 2015 gestrichen
- damit keine automatische strafrechtliche Sanktionierung **aller** berufsrechtlichen Verstöße gegen §§ 30-34 MBO, aber
- es wird im Wesentlichen nur strafbar, was vorher schon **berufsrechtlich** verboten war (v.a. § 31 Absätze (1) und (2) MBO, „unerlaubte Zuweisung“)

Zu §§ 299a,b StGB – 2. Teil

- Kern der §§ 299a,b StGB: Sog. „**Unrechtsvereinbarung**“: übereinstimmende „*inhaltliche Verknüpfung von Vorteil und Gegenleistung*“ (BT-DS 18/6446, S. 18)
- Nicht ausreichend, dass „*mit dem Vorteil nur das allgemeine ‚Wohlwollen‘ des Nehmers erkaufte werden soll.*“ (vgl. BT-DS 18/6446, S. 18)
- **Konsequenz:** „Kick back“ nach §§ 299a,b StGB strafbar - Annahme eines Incentives als solche nicht strafbar, aber evtl. Verstoß gegen Berufsrecht
- Unrechtsvereinbarung nicht schriftlich. **Äußere Umstände**, die auf „stille Übereinkunft“ schließen lassen, genügen!

Mögliche Auswirkungen des Korruptionsstrafrechts auf ärztliche Kooperationen

- Cave: Bereits im **Abschluss eines Vertrages** kann ein „Vorteil“ im Sinne von § 299a StGB liegen (so jetzt ausdrücklich BT-DS 18/6446, S. 18)

Gliederung

- Die neuen Tatbestände im StGB
- **Verträge zwischen Krankenhäusern und Ärzten**
- Verträge niedergelassener Ärzte untereinander
- Verträge zwischen Ärzten und Anbietern sonstiger Gesundheitsleistungen

Kooperationen zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern

- Anstellungsverträge
- vor- und nachstationäre Behandlung, § 115a Abs. 1 S. 2 SGB V
- ambulantes Operieren im Krankenhaus, § 115b Absatz 1 S. 4 SGB V
- im Rahmen der ASV (ambulante spezialfachärztliche Versorgung), § 116b SGB V
- u.a.

Anstellungsverträge zwischen Krankenhaus und niedergelassenem Arzt I

- Nach „**Honorararzt-Urteil**“ des BGH vom 16.10.2014, II ZR 85/14 kann Kooperations-Honorararzt keine wahlärztlichen Leistungen erbringen, wenn er nicht Angestellter des KH oder Beamter ist (§ 17 Absatz 3 Satz 1 KHEntgG)
- Deshalb regelmäßig keine Möglichkeit der Liquidation durch niedergelassene Ärzte jenseits „echter“ belegärztlicher Tätigkeit
- **Konsequenz:** Anstellung statt Honorararztstätigkeit

Anstellungsverträge zwischen Krankenhaus und niedergelassenem Arzt II

- **Gestaltungsvariante:** Teilzeitanstellung am Krankenhaus
- **Beachte:** zeitlich begrenzt durch Versorgungsauftrag (§ 20 Abs. (1) Ärzte-ZV), grds. aber auch > 13 / 26 Wochenstunden
Nebentätigkeit zulässig
- Dafür zahlt KH dem Arzt ein **Grundgehalt**
- **evtl.** plus Liquidationsrecht **oder** variablen Gehaltsbestandteilen **oder** beidem, und z.T. unter Anrechnung auf Grundgehalt, z.T. zusätzlich dazu

Anstellungsverträge zwischen Krankenhaus und niedergelassenem Arzt III

- **Frage:** Behandlung ganz überwiegend oder ausschließlich eigener Patienten Arztes am Krankenhaus = **Unrechtsvereinbarung durch** „unerlaubte Zuweisung von Patienten gegen Entgelt“?
- BT-DSD 18/6446: Fach- und sektorenübergreifende Versorgung ist gesundheitspolitisch ausdrücklich gewünscht und gesetzlich geregelt
 - → kein automatischer Rückschluss von hohem Umfang tatsächlicher Überweisungen auf „Unrechtsvereinbarung“ (vgl. BT-DS 18/6446 S. 19 o.)
 - kann aber **Anfangsverdacht** für „Unrechtsvereinbarung“ begründen
 - in jedem Fall muss Entgelt für die ärztliche Leistung **angemessen** bzw. „leistungsadäquat“ sein

Anstellungsverträge zwischen Krankenhaus und niedergelassenem Arzt IV

- Frage: Was ist die „**angemessene Vergütung**“?
= Wert der ärztlichen Leistung im Verhältnis KH / n. Arzt?
- Keine konkrete Antwort in BT-DS 18/6446 und 18/8106
- Es gibt nicht „die eine“ Berechnungsmethode zur Ermittlung der Angemessenheit (vgl. Schneider/Ebermann, HRRS-Online, 2013, 222; im Ergebnis auch Clausen, ZMGR 2016, 87 und Möller/Makoski, GesR 2012, 655)

Vergütungsmodelle Krankenhaus / niedergelassener Arzt I

- **Modell 1:**
 - Anstellung mit anteiliger Vergütung nach jeweils geltendem TV-Ärzte
 - ohne zusätzliche Vergütungselemente nach allen vertretenen Auffassungen **zulässig**
 - s. Folie 11: häufig in Kombination mit variablen Gehaltsbestandteilen, gemäß nachfolgenden Modellen
- **Modell 2:**
 - Basis: **Hauptabteilungs-DRG** mit prozentualen Anteil für ärztliche Leistung
 - abzgl. entsprechender **Belegarzt-DRG** (= ohne ärztlichen Kostenanteil)
 - Ergebnis = Vergütung des Kooperationsarztes

Vergütungsmodelle Krankenhaus / niedergelassener Arzt II

- **Modell 3:**
 - Basis: ebenfalls jeweilige **DRG**
 - Bewertung auf Basis der Kalkulationsmatrix des „Instituts für das Entgeltwesen im Krankenhaus“ (InEK GmbH).
 - den Kostenarten werden die „**Personalkosten Ärztlicher Dienst**“ entnommen
 - Aufteilung der ärztl. Personalkosten nach Kostenstellen (z.B. „*OP-Bereich*“, „*Normalstation*“, „*Anästhesie*“) ermöglicht Bereinigung um den Anteil weiterer beteiligter Ärzte

Vergütungsmodelle Krankenhaus / niedergelassener Arzt III

- **Modell 4:**

- Basis für die ärztl. Vergütung ist die **GOÄ** in der derzeit geltenden Fassung
- zwar keine unmittelbare Geltung der GOÄ im Verhältnis KH / Kooperationsarzt (vgl. BGH, Urteil v. 12.11.2009, III ZR 110/09)
- aber grundsätzlich auch als Basis für Ermittlung einer angemessenen Vergütung durch das Krankenhaus geeignet (so Schneider/Ebermann a.a.O. S. 221, im Ergebnis auch Möller/Makoski a.a.O. S. 655, Clausen a.a.O. S. 87)

Vergütungsmodelle Krankenhaus / niedergelassener Arzt IV

Streitig bei GOÄ-Modell: Maximaler Steigerungssatz 1,0 („Kappungsgrenze“)?

- durchaus üblich: 0,8 bis 1,0
- „Kappungsgrenze“ 1,0 ohne Stütze im Gesetz, insbes. nicht „Regelsatz“ (so aber Clemens MedR 2011, 781.)
- arg. e § 5 Absatz 2 Satz 4 GOÄ: „In der Regel 1,0 bis 2,3“, erst bei Überschreitung von 2,3 besondere Rechtfertigung im Einzelfall
- **aber** cave: Insbesondere Überschreitung „üblicher Sätze“ kann Anfangsverdacht einer Unrechtsvereinbarung begründen

Vergütungsmodelle Krankenhaus / niedergelassener Arzt V

Streitig bei GOÄ-Modell: Gebührenreduzierung gem. § 6a Absatz 1 GOÄ?

- Problematik angesprochen bei Möller/Makoski a.a.O., 655; dort nicht entsch.; wohl bejahend: Schneider/Ebermann a.a.O., S. 223
- GOÄ keine „taxmäßige Vergütung“, nur analog → nicht zwingend. Aber: Vergütungssystem sollte konsistent bleiben
- Im Ergebnis Abzug von 15 % („Belegärzte oder andere niedergelassene Ärzte“)

Fazit zu Vergütungsmodellen Niedergelassener / KH:

- **keine** der vorgestellten Varianten **grundsätzlich unzulässig**
- „Quervergleiche“ mit Chefarzt- oder gar Oberarzt-Gehältern problematisch
- **Aber:** Je weiter Vergütung sich vom Gehaltsgefüge am Krankenhaus entfernt, desto eher besteht Gefahr eines Anfangsverdachts für Unrechtsvereinbarung
- Entscheidend letztlich, ob für hohe Vergütung **im konkreten Einzelfall** andere Gründe als Unrechtsvereinbarung ernsthaft in Betracht kommen
- Kalkulation muss nachvollziehbar sein und sollte im Vertrag offen gelegt werden

Gliederung

- Die neuen Tatbestände im StGB
- Verträge zwischen Krankenhäusern und Ärzten
- **Verträge niedergelassener Ärzte untereinander**
- Verträge zwischen Ärzten und Anbietern sonstiger Gesundheitsleistungen

Kooperationen niedergelassener Ärzte untereinander - mögliche Konstellationen

- Teil-Berufsausübungsgemeinschaften
 - Sonstige Berufsausübungsgemeinschaften
 - Apparategemeinschaften
 - Kooperationen mit Laborärzten
(nicht abschließend)
-
- Problematisch ist v.a. die **Teil-Berufsausübungsgemeinschaft**

Kooperationen niedergelassener Ärzte untereinander - Teil-BAG I

Konzept:

- überörtliche Teil-BAG mit Angehörigen von Überweiserfächern (= ÜF) und überweisungsgebundenen Fächern (=ÜGF)
- Idee: ÜF überweisen aus ihren Praxen an Teil-BAG und Honorare (auch) des ÜGF fließen in Einnahmen der Gesellschaft ein
→ Überweiser partizipieren über Gewinnverteilung an Honoraren des ÜGF, (vermeintlich!) ohne sich dabei einer Zuweisung gegen Entgelt schuldig zu machen
- **Cave:** besonders hohes Risiko einer „Unrechtsvereinbarung“!
Gestaltungsmisbrauch durch Umgehung des Verbots der Zuweisung gegen Entgelt durch Wahl der Rechtsform?

Kooperationen niedergelassener Ärzte untereinander - Teil-BAG II

- Auslegungskriterium auch für strafrechtliche Unbedenklichkeit der GbR:
§ 18 Abs. (1) Sätze 2 - 4 **MBO** gemäß Beschlussfassung des 118. Dt. Arzttages 2015:

*„... Der Zusammenschluss zur gemeinsamen Ausübung des Arztberufs kann zum Erbringen einzelner Leistungen erfolgen, sofern er nicht einer Umgehung des § 31 dient. Eine Umgehung liegt insbesondere vor, wenn der Gewinn **ohne Grund** in einer Weise verteilt wird, die nicht dem Anteil der (jeweils) persönlich erbrachten Leistungen (der Gesellschafter) entspricht. Die Anordnung einer Leistung, insbesondere aus den Bereichen der Labormedizin, der Pathologie und der bildgebenden Verfahren, stellt keinen Leistungsanteil im Sinne des Satzes 3 dar.“*

(im Mai 2015 geändert - vgl. hierzu: Urteil des BGH v. 15.05.2014, I ZR 137/12)

- ähnlich: **§ 33** Absatz (2) **Ärzte-ZV** (vgl. hierzu: Urteil des BSG v. 25.03.2015, B 6 KA 24/14 R)

Kooperationen niedergelassener Ärzte untereinander - Teil-BAG III

Kritische Prüfung von Teil-BAG-Verträgen auf **zwei** bzw. **drei Stufen**:

1. „echte“ gemeinsame Berufsausübung, nicht Leistungserbringung nur eines Partners auf (bloße) Veranlassung der anderen Partner.
Wenn (+) → 2.
Wenn (-) und Gewinnentnahmerecht gem. Vertrag = § 299a StGB
2. Gewinnverteilung entspricht Anteil der persönlich erbrachten Leistung, wobei Anordnung einer Leistung kein Leistungsanteil ist.
Wenn (+) → Konstrukt unkritisch
Wenn (-) → 3.
3. Für Abweichungen vom Prinzip der leistungsanteiligen Vergütung: Konkreter Grund, der im Einzelfall Gewinnverteilung als angemessen erscheinen lässt

Kooperationen niedergelassener Ärzte untereinander - Teil-BAG IV

ad 1.: gemeinsame Berufsausübung

- BSG, Urteil v. 25.03.2015, B 6 KA 24/14 R (zu § 33 Absatz 2 Ärzte-ZV):
Unterschied der Teil-BAG zur bloßen Überweisung von einer der beteiligten Praxen an die andere? Konkrete Darstellung der Form der Zusammenarbeit („Behandlungspfade“) im Vertrag

ad 2.: Gewinnverteilung

- BSG a.a.O.: Bei Teil-BAG jedenfalls nicht nach Köpfen. Wie müsste leistungsanteilige Vergütung also aussehen? (hierzu s. Folie 26)

ad 3.: Abweichung vom Grundsatz der leistungsanteiligen Vergütung:

- z.B. besondere finanzielle Risikoübernahme: höhere Gewinnentnahme quasi als Kapitalverzinsung (Aber **cave**: Angemessenheit!)

Kooperationen niedergelassener Ärzte untereinander - Teil-BAG V

Problem: „**leistungsanteilige Vergütung**“?

- **Modell:** Gewinnverteilung nach dem Punkt-/Cent-Verhältnis der jeweils von den Ärzten persönlich erfüllten Leistungsziffern?
 - **Kritik:**
 - Ärztl. Gebührenordnungen beinhaltet pauschale Abgeltung von Praxiskosten (vgl. § 4 Abs. (3) GOÄ und Punkt 7 Allg. Teil EBM), die bezogen auf die einzelnen GOPen sehr unterschiedlich sind
 - anfallende Praxiskosten gehen zulasten **aller** Gesellschafter
 - Keine Kalkulation entsprechend InEK für DRGs
- Durch das Verhältnis der abgerechneten EBM-/GOÄ-Ziffern zueinander kann kein verbindliches Verhältnis für die Gewinnverteilung von BAG-Partnern definiert sein

Sonstige Kooperationen niedergelassener Ärzte untereinander I

1. örtliche fachgleiche BAG:

- Quotale Gewinnverteilung weiterhin zulässig. Nach Stellungnahmen der BÄK zur Niederlassung und beruflichen Kooperation „typisch für GP“
- Aussage in BSG-Urteil v. 25.03.2015, B 6 KA 24/14 R bezieht sich nur auf Teil-BAGen (problematisiert von Paßmann in ZMGR 2015, 316)

2. überörtliche / fachübergreifende BAG:

- Kann m.E. im Einzelfall kritisch sein, insb. bei überörtlicher Tätigkeit von Ärzten in Überweisungsfächern und überweisungsgebundenen Fächern, auch wenn dort keine „Überweisung“ (i.e.S.) stattfindet
- Rechtsgedanken des BSG-Urteils v. 25.03.2015 (s.o.) entsprechend

Sonstige Kooperationen niedergelassener Ärzte untereinander II

3. Apparategemeinschaften:

- Einzelfallprüfung, ob nicht gemeinsame Berufsausübung stattfindet
→ dann kein Privileg nach § 15 Abs. (3) BMV (Ausnahme vom Grundsatz der pers. Leistungserbringung) und evtl. = § 299a StGB

4. Laborkooperationen:

- Vereinbarungen über Zuweisung von Untersuchungsmaterial an Labore gegen Vorteile z.B. in Form von Rückzahlungen oder Einräumung von Gewinnanteilen = § 299a StGB
- unberührt bleibt das Recht, eigene Labore zu betreiben (wohl schon keine „Zuweisung“)

Gliederung

- Die neuen Tatbestände im StGB
- Verträge zwischen Krankenhäusern und Ärzten
- Verträge niedergelassener Ärzte untereinander
- **Verträge zwischen Ärzten und Anbietern sonstiger Gesundheitsleistungen**

Verträge zwischen Ärzten und Anbietern sonstiger Gesundheitsleistungen I

1. Verträge mit „Vorteilen“ auf sozialrechtlicher Grundlage:

- i.R.v. „Besonderen Versorgungsverträgen“ i.S.v. § 140a SGB V
- Boni bei Erreichen von „Zielvereinbarungen“ i.S.v. § 84 Absatz 4 SGB V
- → begrifflich = „Vorteile“ i.S.v. §§ 299a, b StGB. Dabei Einschränkung: Kein „Vorteil“ eines Dritten, wenn Bevorteilter im Ergebnis ausschließlich der Patient selbst oder der Kostenträger ist (BT-DS 18/8106, S. 15)
- → Aber: Was gesundheitspolitisch gewünscht und sozialrechtlich zulässig ist, kann nicht strafbar sein, auch wenn ein Vorteil erzielt wird.
- deshalb grds. nicht strafbar, solange dem Arzt die Möglichkeit bleibt, aus medizinischen Gründen eine andere Entscheidung zu treffen (§ 32 Abs. 1 Satz 2 MBO)
- Zu diskutieren: Sind z.B. IV-Verträge kraft Gesetzes sakrosankt oder können sie u.U. ebenfalls als Umgehungstatbestände strafbar sein?

Verträge zwischen Ärzten und Anbietern sonstiger Gesundheitsleistungen II

2. Beteiligung von Ärzten an Unternehmen der Gesundheitswirtschaft:

- Vgl. bisherige berufs- und wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung:
- Höhe der Gewinnbeteiligung oder Maß sonstiger Vorteile dürfen nicht unmittelbar von ärztlicher Zuweisung abhängen (→ ← zur Gewinnbeteiligung bei der Teil-BAG!)
- Grenze: Arzt kann durch Betriebsergebnis nicht spürbar beeinflussen, wie z.B. beim Halten von Aktien von Pharma-Konzernen

3. Teilnahme an vergüteten Anwendungsbeobachtungen:

- Indiz für eine Unrechtsvereinbarung z.B.
- erkennbar reines Marketing oder
- Entschädigung gemessen am tatsächlichen Aufwand deutlich überhöht

Abschließend:

- „Angemessenheit der Vergütung“ → relevant, aber nicht allein entscheidend für Unrechtsvereinbarung
- Auch - bezogen auf Arbeitsaufwand - angemessene Vergütung kann Unrechtsvereinbarung beinhalten, wenn ein Nutzen für den Vertragspartner objektiv nicht erkennbar ist, und zwar
 - entweder schon grds. nicht
 - oder nicht in der Person des Arztes

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!