



Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen

Bundesärztekammer

**Der neue Straftatbestand des § 299a StGB –
Strafbarkeits- und Strafverfolgungsrisiken für
Ärztinnen und Ärzte aus Sicht der Staatsanwaltschaft**

Berlin, 12. November 2016

Referent: Oberstaatsanwalt Alexander Badle

- **Eingangsthesen**
- **§§ 299a, 299b StGB – grundsätzliche Überlegungen**
- **Unrechtsvereinbarung / Angemessenheit der Vergütung**
- **Praxisbeispiele für eine Unrechtsvereinbarung**
- **Indikatoren zur Bestimmung des Strafverfolgungsrisikos**
- **Faktische Folgen eines Ermittlungsverfahrens**

- Laut dem Institut für Demoskopie Allensbach Arzt der Beruf mit dem höchsten Ansehen in Deutschland
Seit 1966 führt der Arztberuf die Liste der am meisten geachteten Berufe an.
Für 82 Prozent der Deutschen zählen Mediziner zu den Berufen, die sie am meisten schätzen
- Auch die Vergütungssysteme in der GKV basieren ganz maßgeblich auf dem Vertrauen in die Lauterkeit des Arztes bei der Abrechnung seiner Leistungen
- Ärzte sind zudem ein wichtiger „Gatekeeper“ des Umsatzes im Gesundheitsmarkt
- Ein Großteil des Umsatzes der Anbieter im Gesundheitsmarkt muss durch das „Nadelöhr“ der ärztlichen Verordnung
- Die Schlüsselrolle des (Vertrags-)Arztes im Gesundheitssystem bietet einen starken Anreiz für Einflussnahmen auf das Verordnungsverhalten des Arztes - z.B. durch die Pharmaindustrie oder sonstige Anbieter im Gesundheitsmarkt

- Pharmaunternehmen und andere Marktteilnehmer haben in der Vergangenheit niedergelassenen Ärzten umsatzabhängige materielle Zuwendungen mit dem Ziel gewährt, die Verordnungsentscheidung der Ärzte zu beeinflussen (Stichwort Ratiopharm; Zuweiserprämien; Kopfpauschalen)
- Die Zuwendungen sind oft durch fingierte Leistungsbeziehungen verschleiert worden (z.B. Vortragstätigkeit, Beraterverträge, Mietverträge, Anwendungsbeobachtungen, Übernahme von Kosten für PKW, Personal, Raumkosten, etc.)
- Als Reaktion! hierauf hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 30. Mai 2016 (verkündet am 03.06.2016 - BGBl. I S. 1254, Nr. 25) die neuen Straftatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen - §§ 299a, 299b StGB geschaffen
- Die Strafvorschriften der §§ 299a, 299b StGB hat Herr Professor Gaede in seinem Vortrag bereits vorgestellt

Der neu zu schaffende Straftatbestand verfolgt

- **die Sicherung eines fairen Wettbewerbs im Gesundheitswesen**
- den Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen (nach Streichung der sog. „Berufsrechtsalternative“ fraglich...)
- mittelbar auch den Schutz der Vermögensinteressen der Wettbewerber im Gesundheitswesen sowie der Patienten und der GKV
- Die Straftatbestände der §§ 299a, 299b StGB enthalten keine neuen Verbote, sie normieren lediglich eine strafrechtliche Sanktion für bereits verbotenes Verhalten!
- Das bedeutet auch, dass sämtliche bislang zulässigen Leistungsbeziehungen /Kooperationen auch nach Inkrafttreten der §§ 299a, 299b StGB uneingeschränkt zulässig bleiben.
- Sie sollten aber auf etwaige strafrechtliche Risiken hin überprüft werden. Das gilt auch für Altverträge, da Unrechtsvereinbarungen oft einen sog. „open-end“ Charakter aufweisen und durch turnusmäßige Vorteilsgewährung konkludent bestätigt werden (Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 7 EMRK greift dann nicht!)

§§ 299a, 299b StGB / **Entsprechung in der Berufsordnung**

(Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte

§ 31 Unerlaubte Zuweisung

(1) Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, für die Zuweisung von Patientinnen und Patienten oder Untersuchungsmaterial oder für die Verordnung oder den Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.

(2) Sie dürfen ihren Patientinnen und Patienten nicht ohne hinreichenden Grund bestimmte Ärztinnen oder Ärzten, Apotheken, Heil- und Hilfsmittelerbringer oder sonstige Anbieter gesundheitlicher Leistungen empfehlen oder an diese verweisen.

Weitere relevante Vorschriften:

§ 32 Unerlaubte Zuwendung

§ 33 Zuwendungen bei vertraglicher Zusammenarbeit

§ 18 Berufliche Kooperationen

§§ 299a, 299b StGB / Kerntatbestandsmerkmale

- Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder Annehmen eines Vorteils
 - als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung im inländischen oder ausländischen Wettbewerb
 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 seinen Berufshelfer bestimmt sind, oder
 3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial
- = sog. Unrechtsvereinbarung**

Unrechtsvereinbarung / Angemessenheit der Vergütung

- Eine Bevorzugung ist unlauter, wenn sie geeignet ist, Mitbewerber durch die Umgehung der Regelungen des Wettbewerbs und durch Ausschaltung der Konkurrenz zu schädigen
- Maßgeblich sind jeweils die konkreten Umstände des Einzelfalls
- Für die Beurteilung der Lauterkeit sind die wettbewerbsrechtlichen und sozialrechtlichen Vorschriften und die hierzu ergangene Rechtsprechung maßgeblich, aber auch die Regelungen in den einschlägigen Berufsordnungen und Branchenkodizes
- Die Strafverfolgungsbehörden benötigen eine profunde Fachexpertise, um eine sachgerechte Beurteilung vornehmen zu können

Unrechtsvereinbarung / Angemessenheit der Vergütung

- Das Tatbestandsmerkmal der **Unrechtsvereinbarung** i.S.d. §§ 299a, 299b StGB darf **nicht** mit der **Angemessenheit der Vergütung** gleichgesetzt werden
- Eine unangemessen hohe Vergütung allein begründet keine Strafbarkeit nach §§ 299a, 299b StGB
- Sie wird aber bei einem Arzt mit „Zuweisungsmacht“ regelmäßig den Verdacht eines Verstoßes gegen das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt (§ 73 Abs. 7 SGB V und § 31 MBO-Ä) begründen, als Anknüpfungspunkt für eine Unrechtsvereinbarung (Stichwort verdeckte „Zuweiserprämie“)
- Die Angemessenheit der Vergütung sollte deshalb bei sämtlichen Leistungsbeziehungen/Kooperationen (auch Altverträge – siehe Folie 5) eingehend geprüft werden.

Unrechtsvereinbarung / Angemessenheit der Vergütung

- Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Vergütung bedarf es einer differenzierten Einzelfallbetrachtung, z.B. nach der von Professor Schneider entwickelten „Zweistufentheorie“ (Schneider medstra 2016, 195, 197)
 1. Stufe: Angemessenheit der Vergütung im weiteren Sinne =
Bewertung des Nutzens, den die Leistung für den Auftraggeber hat. Der **manifeste ökonomische Nutzen** und der **latente Nutzen** („hinter der Kulisse“) werden im Einzelfall geprüft
 2. Stufe: Angemessenheit der Vergütung im engeren Sinne =
Bei konkreten Indizien für die Mitvergütung des latenten Nutzens wird die Proportionalität zwischen der eingesetzten Arbeitskraft des Arztes und gezahltem Entgelt anhand der einschlägigen Gebührenmodelle geprüft
- Der Vorteil der „Zweistufentheorie“ besteht in der Berücksichtigung individueller Faktoren, z.B. der Schwierigkeit der Leistung, der Qualifikation des Arztes oder eines Personalengpasses in der Klinik.
- Sie schützt zudem vor der „**trügerischen Sicherheit**“, die bei einer rein gebührenrechtlichen Betrachtung regelmäßig droht.

Unrechtsvereinbarung / Angemessenheit der Vergütung

- Eine Unrechtsvereinbarung liegt immer dann vor, wenn bei einer Kooperation kein manifester ökonomischer Nutzen besteht, sondern lediglich ein latenter Nutzen in Form einer **„Zuweiserbindung“**

Beispiele:

- Bei einer Kooperation zwischen einer Klinik und einem niedergelassenen Honorararzt kann der Arzt die vertraglich übernommene Tätigkeit tatsächlich nicht ausführen (assistiert lediglich am OP Tisch, erhält aber den vollen InEK – Arztanteil)
- Das Klinikum hält ausreichend eigenes Personal vor, um die Operationsleistung zu erbringen und es bestehen auch sonst keine sachlichen Gründe für die Einbindung eines Honorararztes
 - = Indiz dafür, dass die Kooperation zwischen Klinik und Vertragsarzt abgeschlossen worden ist, damit der Vertragsarzt seine Patientenströme in die Kooperationsklinik lenkt. Solche Steuerungseffekte lassen sich auch nach Jahren lückenlos rekonstruieren!
- Die Prüfung der Angemessenheit der Vergütung (im engeren Sinne) würde hier zu einer trügerischen Sicherheit führen, da die entscheidenden Kriterien nicht berücksichtigt werden

- Umgekehrt kann auch bei einer unangemessenen Vergütung (im engeren Sinne) die Indizwirkung für eine Unrechtsvereinbarung entfallen

Beispiele:

- Der Arzt hat keine Vertragsarztzulassung und übt auch sonst keine „Zuweisungsmacht“ aus
- Die Leistung eines ausgewiesenen Spezialisten wird zugekauft.
- Das Klinikum hat einen Personalengpass oder keinen Arzt, der die Operationsleistung erbringen kann.

= Indiz dafür, dass für die Klinik ein manifester Nutzen besteht, der die Vergütung rechtfertigt

Unrechtsvereinbarung / Angemessenheit der Vergütung

- Die Frage der Angemessenheit der Vergütung muss nach Maßgabe des konkreten Einzelfalls beurteilt werden
- Gefordert sind maßgeschneiderte Lösungen, keine pauschalen Ratschläge
- Medizinrechtliche Beratungsergebnisse sollten m.E. stets durch ein „Konsil“ mit einem versierten Medizinstrafrechtler auf ihre Vereinbarkeit mit §§ 299a, 299b StGB hin überprüft werden. Hierdurch kann das Strafverfolgungsrisiko verlässlich reduziert werden.



Praxisbeispiele für eine Unrechtsvereinbarung

Ein Krankenhaus schließt mit einer Gemeinschaftspraxis (GP) mit Schwerpunkt Dialyse einen „Kooperationsvertrag“. In dem Vertrag ist unter anderem geregelt, dass die Klinik der GP unentgeltlich Räume zur Verfügung stellt. Die Ärzte der Gemeinschaftspraxis verpflichten sich im Gegenzug, Dialysepatienten teilstationär in die Klinik einzuweisen. Die (teilstationären)Behandlungen erfolgen in den von der Klinik überlassenen Räumen. Der Vertrag enthält u.a. folgende Vereinbarung:

„§ 2 Leistungen

„Die Gemeinschaftspraxis garantiert dem Krankenhaus eine Leistungsmenge von mindestens 5.000 teilstationären Dialysen. Die Vertragsparteien sind sich darüber einig, dass sollte die vertraglich garantierte Mindestmenge von 5000 teilstationären Dialysen durch die Gemeinschaftspraxis nicht erfüllt werden, die Gemeinschaftspraxis verpflichtet ist bis zur Höhe der garantierten teilstationären Dialysen dem Krankenhaus eine Entschädigung zu zahlen. Die Entschädigung errechnet sich gemäß Anlage 1 und beträgt € 48,08 pro Dialyse.“

Ausgelöste Effekte:

Die medizinische Entscheidung der Ärzte wird durch wirtschaftliche Interessen überlagert. Folge ist eine Mengenausweitung bei den teilstationären Dialysen. Die Zielvorgabe 5000 teilstationäre Dialysen pro Jahr wird immer erreicht...

Praxisbeispiele für eine Unrechtsvereinbarung

- Zwei niedergelassene Fachärzte für Orthopädie sind mit jeweils 50 % Gesellschaftsanteil an einer Physiotherapiepraxis (GmbH) beteiligt. Die Physiotherapiepraxis befindet sich in räumlicher Nähe zu dem beiden Orthopädiepraxen. Eine Überprüfung der über die Physiotherapiepraxis abgerechneten Leistungen ergibt, dass ca. 90 % der Patienten bei einem der beiden (Gesellschafter-)Orthopäden in Behandlung sind. Dies begründet den Verdacht, dass die Orthopäden ihre Patientenströme gezielt in die Physiotherapiepraxis lenken, um hierdurch die Höhe der Erlöse aus ihrer Gewinnbeteiligung an der Physiotherapiepraxis zu beeinflussen.
- *„Vereinbarungen, nach denen die Gewinnbeteiligung oder sonstige Vorteile des Arztes unmittelbar von der Zahl seiner Verweisungen oder dem damit erzielten Umsatz abhängen, sind 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“* (aus der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung; BR Drucksache 360/15, Seite 16)
- Wo beginnt die „Spürbarkeit“ und das damit verbundene Strafbarkeitsrisiko?

Indikatoren zur Bestimmung des Strafverfolgungsrisikos

- Es besteht eine erhöhte Gefahr der Erstattung von Strafanzeigen, z.B. durch Konkurrenten oder (ggf. ehemalige) Mitarbeiter des eigenen Unternehmens
- Die Intention der Anzeigersteller wird sehr unterschiedlich und für die Strafverfolgungsbehörden zu Beginn des Ermittlungsverfahrens nicht immer erkennbar sein
- die Anforderungen an die Begründung eines Anfangsverdachts i.S.v. § 152 Abs. 2 StPO sind gering
- Die Befassung mit einer neuen Rechtsmaterie löst bei den Strafverfolgungsbehörden unterschiedliche Reaktionen aus

Beispiel: Bearbeitung Ermittlungskomplex Ratiopharm

Hessen: sämtliche Ermittlungsverfahren gegen Ärzte und Vertriebsmitarbeiter sind gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden

Hamburg: zunächst Verurteilung niedergelassener Arzt durch das LG Hamburg wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nach § 299 Abs. 1 StGB zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen

Faktische Folgen eines Ermittlungsverfahrens

- Bereits die Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens und die Vornahme von Ermittlungshandlungen (Durchsuchungen, Festnahmen, Vernehmungen) können für die Beschuldigten / das Unternehmen erhebliche negative Auswirkungen haben (z.B. Verlust von Patienten, Kunden, good will des Unternehmens)
- Die negativen Auswirkungen infolge einer Berichterstattung in den Medien dürfen nicht unterschätzt werden
- Die Feststellung der Rechtmäßigkeit eines Verhaltens am Ende eines Ermittlungsverfahrens ist für die Beschuldigten / das Unternehmen insoweit unbefriedigend, als die bereits entstandenen faktischen Schäden meist irreversibel sind
- Umso wichtiger ist es, dass die Strafverfolgungsbehörden die neuen Straftatbestände mit Augenmaß anwenden
und!
sich alle Marktteilnehmer rechtstreu verhalten...

Der falsche Weg - Ein ehrliches statement aus der Branche...



Zuwendungen

... sind wie Wasser,

sie finden immer ihren Weg.



Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit und stehe Ihnen für Fragen zur Verfügung.

Oberstaatsanwalt Alexander Badle

Telefon: +49 (0)69 13678958

Email: alexander.badle@gsta.justiz.hessen.de