

§ 299a StGB – Antikorruption im Gesundheitswesen

von RA, FA für Medizin R Dr. Andreas Meschke, Düsseldorf, www.moellerpartner.de

Was Ärzte und ihre Berater über die Neuregelung des § 299a Strafgesetzbuch (StGB) von Juni 2016 wissen sollten und vor allem, welche Situationen in Bezug auf den Korruptionsverdacht besonders gefährlich sind, zeigen zahlreiche Beispiele.

1. Hintergründe und Überblick

Zuweisung gegen Entgelt war schon immer verboten! Es gibt hiergegen eine Regelung in § 31 jeder Berufsordnung auf Ebene der (Landes-)Ärzttekammern. Im Vertragsarztrecht gilt das Verbot gemäß § 73 Abs. 7 Sozialgesetzbuch (SGB) V (mit der Möglichkeit zur Sanktionierung bis hin zur Zulassungsentziehung). Und in bestimmten Zusammenhängen stuft § 7 Heilmittelwerbegesetz (HWG) das Verhalten als Ordnungswidrigkeit ein.

Die Strafbarkeit war aber umstritten. Der Große Senat des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 29.03.2012, Az. GSSt 2/11) hatte dann einen Schlusspunkt gesetzt: Niedergelassene Vertragsärzte handeln bei Wahrnehmung ihrer Aufgaben im GKV-System weder als Amtsträger noch als Beauftragte der Krankenkassen, sodass die Korruptionstatbestände des Strafgesetzbuchs für sie grundsätzlich nicht anwendbar sind. Gleichzeitig forderte der BGH den Gesetzgeber auf, diese strafpolitische Lücke zu schließen.

1.1 Straftatbestände

Der Gesetzgeber lieferte dann auch, nach diversen Entwürfen:

Auszug aus dem Strafgesetzbuch

§ 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. 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

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.

Hinweis: Außerdem droht stets der sog. erweiterte Verfall nach § 73d StGB (gem. § 302 StGB): Vorteile, die der Bestochene erhalten hat oder die der Bestechende im Gegenzug erhalten hat, werden zugunsten der Staatskasse oder des Geschädigten konfisziert.

1.2 Besonders schwere Fälle

Besonders gefährlich sind Konstellationen, die einen besonders schweren Fall begründen. Schon die „normale“ Bestechlichkeit/Bestechung wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Der besonders schwere Fall sieht allerdings eine (Mindest-) Freiheitsstrafe von drei Monaten bis drei Jahren vor. Es geht hier um Vorteile großen Ausmaßes (= mehrere tausend Euro, wobei es keine generelle „Faustformel“ zur Mindesthöhe gibt), gewerbsmäßiges (= Erzielung regelmäßiger Einkünfte) oder bandenmäßiges (= mindestens drei Beteiligte) Handeln.

PRAXISHINWEIS | Jede Form der neuen Strafbarkeit bedroht die berufliche Existenz! Denn der Widerruf der Vertragsarztzulassung sowie der Approbation können stets mögliche weitere Folgen sein. Laut verwaltungsinterner Regelungen der Staatsanwaltschaft sind bei Anklagen gegen Freiberufler, also auch Ärzte, immer deren Aufsichtsbehörden zu informieren.

1.3 Täterkreise

Als Täter im Sinne von § 299a bzw. 299b StGB kommen insbesondere folgende Personen in Betracht:

Täterkreise	
§ 299a StGB	§ 299b StGB
<ul style="list-style-type: none"> • Niedergelassene (Zahn-) Ärzte sowie Tierärzte • psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichen-Psychotherapeuten • Gesundheits- und Krankenpfleger • Ergotherapeuten, Logopäden, Physiotherapeuten 	<ul style="list-style-type: none"> • Angestellte („Vertriebler“) von Pharmaunternehmen • Krankenhausangestellte wie z. B. Geschäftsführer, Prokuristen, Chef- und Oberärzte • Angestellte von Arztpraxen und medizinischen Versorgungszentren wie z. B. Geschäftsführer, Prokuristen, ärztliche Leiter • Sanitätshausbetreiber, Apotheker, Physiotherapeuten, Hörgeräteakustiker, sonstige Heil- oder Hilfsmittelerbringer • Alle Täter gemäß § 299a StGB, wenn sie auf Zuweisungs-Empfänger-Seite stehen, was zwangsläufig bestimmte Arztgruppen in den Vordergrund rückt (Laborärzte, Pathologen, Radiologen, aber auch operative Augenärzte und Gynäkologen) sowie die nichtärztlichen Gesundheitsberufe

1.4 Abgrenzung

Abzugrenzen sind die §§ 299a ff. StGB von den schon immer strafbaren Betrugsfällen (§ 263 StGB):

Beispiele
<p>(1) Kick-Back-Zahlungen bei abrechenbaren Sachleistungen</p> <p>Das Unternehmen A verkauft an Arzt B Medizinprodukte, die dieser gemäß § 10 GOÄ gegenüber seinen Patienten abrechnet. Tatsächlich erhält B zwei Rechnungen von A, eine über den Listenpreis und eine über den gleichen Betrag abzüglich 10 %, unabhängig von frühzeitigen Zahlungen o. Ä. B fügt seinen Liquidationen nur die Rechnung über den Listenpreis bei.</p> <p>Abwandlung: Wie vor. B erhält aber keine zwei Rechnungen, sondern nur eine über den Listenpreis. B zahlt aber von zehn Rechnungen nur acht; die zwei offenen Rechnungen werden von A nicht verfolgt, sodass B zwei Produkte ohne -Gegenleistung erhält, die er seinen Patienten aber in Rechnung stellt.</p> <p>Hinweis: Im GKV-Bereich gilt die Weitergabeverpflichtung von Rückvergütungen und rückvergütungsgleichen Gewinnbeteiligungen – abgesehen von Barzahlungsrabatten bis 3 % – gemäß § 44 Abs. 6 S. 7 BMV-Ä.</p>

(2) Abrechnung von Entgelten mit dem Makel der Zuweisung gegen Entgelt

Dieser Fall war zwar noch vor keinem Strafgericht. Das LSG Niedersachsen/Bremen (8.6.16, L 3 KA 6/13) hat jedoch bereits entschieden: Die Abrechnung von Laborleistungen auf Überweisung eines Vertragsarztes, dem der Laborarzt hierfür eine Gegenleistung versprochen hat, ist rechtswidrig und nach § 106a Abs. 2 SGB V zu korrigieren. Rechtswidrig deshalb, weil das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt gemäß § 31 MBO-Ä auch schon vor den § 73 Abs. 7, § 128, Abs. 2 SGB V für (Vertrags-)Ärzte allgemeingültig war.

Hinweis: Bei jeder rechtswidrigen Abrechnung besteht die Gefahr des Abrechnungsbetrugs gemäß § 263 StGB, was dann regelmäßig nur vom Vorsatz abhängt.

1.5 Informationsaustausch

Nach §§ 81a SGB V richten KVen und KBV Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten (Unregelmäßigkeiten oder rechtswidrige oder zweckwidrige Nutzung von Finanzmitteln) ein (analog gilt § 197a SGB V im Krankenkassenbereich). Diese Stellen gehen glaubhaften Hinweisen nach. KVen und KBV haben untereinander und mit den Krankenkassen und deren Verbänden zusammenzuarbeiten. Die KBV organisiert einen regelmäßigen Erfahrungsaustausch mit den Stellen, den Kammern und der Staatsanwaltschaft. Über die Ergebnisse des Erfahrungsaustauschs sind die Aufsichtsbehörden zu informieren. Ein Datenaustausch ist möglich.

Es besteht eine Informationsverpflichtung bei den Staatsanwaltschaften für KVen/KBV bei Anfangsverdacht auf strafbare Handlungen mit nicht nur geringfügiger Bedeutung für die GKV. Der KV-Vorstand muss der Vertreterversammlung alle zwei Jahre über die Arbeit und Ergebnisse berichten (mit Statistiken); wiederholt aufgetretene Fälle sowie sonstige geeignete Fälle sind als anonymisierte Fallbeispiele zu beschreiben. Die Berichte sind der zuständigen Aufsichtsbehörde zuzuleiten; die Berichte der KVen sind auch den KBV zuzuleiten.

PRAXISHINWEIS | Im Zusammenhang mit dem Informationsaustausch darf auch § 4 Abs. 5 Nr. 10 S. 3 Einkommensteuergesetz (EStG) nicht unerwähnt bleiben. Danach teilt die Finanzbehörde Tatsachen, die den Verdacht einer Straftat i. S. d. Satzes 1 (rechtswidrige Vorteile und damit zusammenhängende Aufwendungen) begründen, der Staatsanwaltschaft mit.

2. Der Straftatbestand in Beispielen

Kern der Strafbarkeitsfeststellung ist der „Vorteil“. Das kann praktisch alles sein, auf das kein Anspruch besteht, vom echten geldwerten Vorteil bis zur immateriellen Verbesserung. Außerdem muss eine sachliche Verbindung zwischen der Vorteilsvereinbarung und der Art und Weise der Berufsausübung bestehen („im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs“). Auszuscheiden sind hier vor allem rein private Tätigkeiten.

Entscheidendes Tatbestandsmerkmal ist die Unrechtsvereinbarung. Sie verbindet eine Handlung (Bezug, Verordnung, Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder der Zuführung von Patienten/Untersuchungsmaterial) mit einer „unlauteren Weise“. Die Unrechtsvereinbarung ergibt sich damit nicht aus dem Strafrecht, sondern aus anderen Normen. Für die Unlauterkeit im (vertrags-)ärztlichen Bereich von besonderer Bedeutung ist § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V.

§ 128 Abs. 2 S. 3 SGB V

Unzulässige Zuwendungen (...) sind auch die unentgeltliche und 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 Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen.

Abzugsgrenzen ist das unlautere von einem evtl. sozialadäquaten Verhalten, was eine Herausforderungen z. B. bei den sog. Honorararztkonstellationen (niedergelassene Ärzte operieren im Krankenhaus die von ihnen dort eingewiesenen Patienten) darstellt.

PRAXISHINWEIS | Allgemeine Kriterien zur Vermeidung einer Unrechtsvereinbarung sind:

- Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung
- Transparenz (keine verdeckten Geschäfte)
- Dokumentation

Größte Vorsicht ist geboten, wenn man sich im Zusammenhang mit Patientenüberweisungen, Arzneimittel- und/oder Medizinprodukteverordnungen sowie Heil- und/oder Hilfsmittelverordnungen in folgenden abstrakten Konstellationen konkret bewegt.

Beispiele

(1) Geldzahlungen ohne Gegenleistung, für sinnlose/unangemessene Leistungen

- Gesondertes „Service-Unternehmen“ des Arztes A vergütet Statistikleistungen des Arztes B, der Zuweiser von As Praxis ist, ohne dass das Service-Unternehmen diese Statistikleistungen benötigt.
- Arzt A vergütet seinen Zuweiser, Arzt B, für Beratungsdienstleistungen, die nicht erbracht werden oder die für A ohne Bedeutung sind, z. B. weil er die damit verknüpften Erkenntnisse selbst schon hat.
- Hörgeräteakustiker/Augenoptiker A mietet in den Praxisräumen des HNO-Arztes B einen Lagerraum (10 m²) für 1.000 Euro, wenn die Miete des B für die Gesamträume (180 m²) 2.000 Euro beträgt.

(2) Geldzahlungen für abstrakt benötigte, aber konkret unnötige Leistungen

- Arzt A zieht für seine eigenen, typischerweise vollständig zum Fachgebiet von A gehörenden Diagnostikleistungen seinen Zuweiser, Arzt B, hinzu und vergütet ihn, allerdings nur bei Patienten, die B ihm zugewiesen hat.
- Das Krankenhaus beschäftigt Arzt B für Operationen, die auch die angestellten Krankenhausärzte durchführen, obwohl keine ärztliche Personalunterdeckung besteht. B führt die Operationen praktisch ausschließlich an solchen Patienten aus, für die er die Krankenhauseinweisung ausgestellt hat. B erhält zudem für seine Tätigkeit an anderthalb bis zwei Tagen/Woche ein volles Oberarztgehalt einschließlich Vergütung für „Dienste“ (120.000 Euro).

(3) Übernahme von finanziellen Aufwendungen, die sonst ein anderer trägt

- Apotheker A ist Eigentümer des Hauses, in dem er seine Apotheke betreibt und Räume des Hauses dem Arzt B als Praxis vermietet. Die Miete ist geringer als die ortsübliche Miete (marktuntypisch).
- Apotheker/Optiker A zahlt seinem Vermieter B unabhängig von der laufenden Miete einen einmaligen Geldbetrag im Zusammenhang mit der Vermietung von Räumen an den Arzt C, an den der Vermieter einen Umzugskostenzuschuss, Umbaukostenzuschuss o. Ä. leistet oder dem der Vermieter für x Monate mietfreie Zeit gewährleistet.
- Arzt A und Arzt B gründen eine Apparategemeinschaft für den Betrieb eines Gerätes, das allerdings nur der B, der Zuweiser von A ist, nutzt. Dabei leistet nur A eine Bareinlage für den Gerätekauf oder übernimmt den Großteil der Kaufsumme und/oder (nur) A beteiligt sich an den laufenden Kosten. Arzt A schließt einen Leasingvertrag über ein Gerät ab, das dann in der Praxis des Arztes B, der Zuweiser von A ist, aufgestellt wird.
- Das Sanitätshaus/Optikergeschäft A übernimmt für den Arzt B Kosten im Zusammenhang mit Personalschulungen, Fortbildungen u. Ä.
- Arzt A stellt dem Arzt B, der Zuweiser von A ist, sein Ferienhaus kostenfrei oder gegen eine unüblich geringe Miete zur Verfügung.

(4) Ungerechtfertigte und/oder unverhältnismäßige Unternehmensbeteiligungen

- Physiotherapeut/Optiker P führt seine Praxis mit diversen Angestellten als GmbH. Mitgeschafter ist der Orthopäde/Augenarzt A, der 10 Prozent der GmbH-Anteile hält, gleichwohl aber zu 50 Prozent am Gewinn beteiligt ist, und im Übrigen seine Praxisräume in unmittelbarer Nähe zur GmbH unterhält, sodass seine Patienten „automatisch“ deren Physio-Praxis/Optikergeschäft aufsuchen.
- Die im Bereich Heil- und/oder Hilfsmitteln tätige X GmbH & Co. KG gewährt nur Ärzten, deren Patienten regelmäßig die Geschäfte der KG aufsuchen und/oder deren Leistungen in Anspruch nehmen, Kommanditbeteiligungen

(5) Verrechnung von virtuellen Guthaben mit realen Forderungen

- Das Unternehmen A vertreibt Medizinprodukte, die als Sprechstundenbedarf vom Arzt B zulasten der GKV verordnet werden. A hinterlegt für je von B verordnetem Sprechstundenbedarfsumsatz in Höhe von 1.000 Euro ein virtuelles Guthaben für B im Umfang von 50 Euro. Am Ende des Jahres kann B sich für sein angesammeltes Guthaben auf Kosten von A bei einem anderen Unternehmen sonstige Praxismaterialien bestellen, privat benötigte Güter ordern und/oder eine Auszahlung vornehmen lassen.

(6) Umgehungskonstruktion über „Mittelsmänner“

- Physiotherapeut P und E, die Ehefrau des Orthopäden A und gelernte Bürokauffrau, gründen eine GmbH, die in unmittelbarer Nähe der Praxis des A eine Physiotherapiepraxis betreibt. P und E sind zu 50 Prozent an der GmbH beteiligt und formal auch deren Geschäftsführer. Allein P übernimmt allerdings die Organisation der Physiotherapiepraxis; E sieht P praktisch nie, erhält aber – wie P – ein fixes Geschäftsführergehalt (P: 60.000 Euro pro Jahr; E: 40.000 Euro pro Jahr); die Restgewinnverteilung erfolgt gleich.
- **Hinweis:** Gezielte Umgehungen ohne eine Sozialadäquanz des Handelns des Dritten ändern an der Unzulässigkeit bzw. jedenfalls Risikohaftigkeit nichts.

(7) Kooperationssituationen von Zuweisern und Zuweisungsempfängern

- **Fall 1:** Die Ärzte A und B (Radiologen) wollen ihre BAG (GbR) in ein MVZ (GbR oder GmbH) „umwandeln“. Dann sollen drei Orthopäden, die Zuweiser von A und B sind, an der MVZ-Gesellschaft „als Investoren“ beteiligt werden. „Wenn es denn sein muss“, auch gegen Zahlung eines angemessenen Kaufpreises.
- **Alternative:** Die Orthopäden könnten auch an der MVZ-Trägersgesellschaft beteiligt werden, welche die Orthopädenpraxis auch als MVZ betreibt.
- **Fall 2:** Die drei Orthopäden gründen eine GmbH, um die Praxis der Radiologen A und B zu kaufen und sodann als MVZ mit A und B als Angestellten zu betreiben und auch an dieses MVZ zuzuweisen.

Problem bei Fall 1 und Fall 2: § 128 Abs. 2 S. 2 SGB V regelt, dass „unzulässige Zuwendungen im Sinne des Satzes 1 ... auch (sind) ... Einkünfte aus Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen.“ Ungeklärt ist – so bei Fall 2 – wie es sich verhält, wenn Ärzte transparent nicht an anderen Unternehmen mitbeteiligt sind, sondern ihnen das ganze Unternehmen gehört.

Ergänzend sei an dieser Stelle auf drei Aspekte der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteile vom 25.03.2015, Az. B 6 KA 21/14 R und Az. B 6 KA 24/14) hingewiesen:

- Die Teil-BAG muss sich auf gemeinsame Erbringung einzelner Leistungen beziehen. Wenn z. B. bei drei Ärzten einer sein volles Tätigkeitsspektrum ausübt, liegt keine Teil-BAG vor.
- Ist die Ausgangsposition der Gesellschafter grundsätzlich ein Zuweiser-Zuweisungsempfänger-Verhältnis, bei dem Zuweisung gegen Entgelt (vgl. § 31 MBO-Ä, § 73

Abs. 7, § 128 Abs. 2 SGB V, § 299a, § 299b StGB) möglich sein kann, dann muss die Gewinn- und Verlustverteilung in besonderem Maße klar und nachvollziehbar gestaltet und Zuweisung gegen Entgelt ausgeschlossen sein.

- Besonders für den Fall einer Teil-BAG zwischen Zuweisern und Operateuren – aber auch darüber hinaus, mithin ausdrücklich für jede (!) konservativ und operativ tätige BAG, gilt, dass sichergestellt sein muss, dass die nicht-operativ tätigen Ärzte am Gesamtergebnis (nur) in dem Verhältnis beteiligt werden, in welchem der Wert der von ihnen erbrachten Leistungen zum Wert der Gesamtleistungen steht. Verzichten die von der Zuweisung profitierenden Ärzte ohne sachlichen Grund auf Gewinn, erhöht sich hierdurch – unzulässigerweise – der Gewinnanteil der zuweisenden Gesellschafter.

3. Fazit

Hat ein Arzt Zweifel, ob das eigene Verhalten rechtmäßig ist, sollte er unbedingt einen Rechtsanwalt oder die für ihn zuständige Ärztekammer konsultieren. Das mag dann im Einzelfall dazu führen, dass eine „liebgewonnene Gewohnheit“ aufgegeben werden muss oder eine attraktive Kooperation erst gar nicht eingegangen wird. Die Gefahr der Strafverfolgung kann aber mit ihren einschneidenden Konsequenzen keine echte Alternative dazu sein.

Weiterführende Hinweise

- Korruption im Gesundheitswesen – Die neuen Tatbestände §§ 299a und 299b StGB (Damas, „Praxis Freiberuflerberatung“ [PFB] 12/2015, 327)
- Antikorruptionsgesetzgebung – Kabinett beschließt den Gesetzentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen (Derlath, PFB-Nachricht vom 31.07.2015)
- Strafrecht – Keine Strafbarkeit von Kassenärzten wegen Bestechlichkeit (zu BGH, Urteil vom 29.3.12, Az. GSSt 2/11; „Praxis Freiberuflerberatung“ [PFB] 8/2012, 200)

Wichtiger Hinweis: Der Inhalt ist nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt worden. Die Redaktion prüft ihn regelmäßig und passt ihn gegebenenfalls an. Gleichwohl schließen wir Haftung und Gewähr aus, da die Materie komplex ist und sich ständig wandelt. Muster dienen als Vorlage und sind individuell anzupassen.

Haben Sie noch Fragen? Schreiben Sie uns: kontakt@iww.de