

# Kooperationen als Vorteil und Unrechtsvereinbarung im Sinne der §§ 299a/b StGB ?

## Dorn Medizinrecht

Am Winterhafen 4 \_ 55131 Mainz  
T 06131 494822-0 \_ F 06131 494822-22  
kanzlei@dorn-medizinrecht.de\_www.dorn-medizinrecht.de



# Vorbemerkung



Die Einführung der §§ 299a, 299b in das Strafgesetzbuch hat zu einer **erheblichen Verunsicherung** geführt.

Die Marktteilnehmer fragen sich zu Recht, was in Zukunft in diesem Bereich **noch möglich sein wird**, ohne dass sich die Kooperierenden – und ggf. ihre Berater – dem Vorwurf **strafbaren Handelns** ausgesetzt sehen.

Für die Berater könnten insoweit zudem **nicht unerhebliche Haftungsrisiken** drohen.

## Dorn Medizinrecht

*„In Zukunft geht nur noch Einzelpraxis oder Bargeld“.*

Gründe für die Unsicherheit:

- Sehr **weit gefasster Tatbestand** ohne die Schaffung „*sicherer Räume*“ oder einer **Geringfügigkeitsgrenze**
- Eine **Gesetzesbegründung**, die **Anforderungen** und **Einschränkungen** definiert, die sich im Gesetzestext nicht finden
- Eine **interessengesteuerte öffentliche Debatte**, insbesondere zur so genannten „*Angemessenheit ärztlicher Vergütung*“

## Dorn Medizinrecht

Vor diesem Hintergrund möchte ich folgende **Thesen** formulieren:

Zu den **Hauptzwecken**, die durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen verfolgt werden, gehört offenbar eine weitgehende **Verunsicherung der Marktteilnehmer**.

Nach dem Diktum eines prominenten Staatsanwalts soll es in Zukunft im Bereich ärztlicher Kooperationen keine „**risikofreie Zone**“ mehr geben.

## Dorn Medizinrecht

Die Debatte um die Frage der so genannten „*Angemessenheit der Vergütung*“ nimmt derzeit einen allzu breiten Raum ein.

Hintergrund dieser Fokussierung kann nur die Absicht sein, **ärztliche Verdienstmöglichkeiten einzudämmen**.

Dies wird vor allem anderen diejenigen treffen, die sich durch **Engagement** und **Leistungswillen** und ihre **Kooperationsbereitschaft** von den übrigen Marktteilnehmern abheben.



Bislang war nur der Bereich der **Abrechnung ärztlicher Leistungen** und der entsprechenden **vertragsärztlichen Prüfverfahren** unter die – jedenfalls teilweise – **Herrschaft des Strafrechts** gestellt.

In Zukunft könnte dies auch für den Bereich der **Kooperationen und des Zulassungsrechts** gelten.

# Rechtliche Voraussetzungen



## Inhalt der neuen Regelungen

### § 299a 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 Bestechung im Gesundheitswesen

[Entsprechend § 299a StGB]

## Kooperation

Kooperation wird als die **horizontale oder vertikale Zusammenarbeit** rechtlich und wirtschaftlich **selbstständiger Rechtsträger** zur Bündelung quantitativer oder fachlicher Ressourcen definiert.

## Vorteil

Vorteil im Sinne der Regelung soll jede **Verbesserung der wirtschaftlichen, rechtlichen oder persönlichen Lage** sein, auf die **kein Rechtsanspruch** besteht, wobei sowohl materielle wie immaterielle Vorteile umfasst sind.

Insbesondere kann auch der Abschluss eines **Vertrages mit gegenseitigen Leistungspflichten** als Vorteil anzusehen sein, und zwar auch dann, wenn die vereinbarte Vergütung als **angemessen** anzusehen sind.

## Unlautere Bevorzugung im Wettbewerb

Eine Einschränkung erfährt dieser weite Vorteilsbegriff unter anderem dadurch, dass der Vorteil der einen Seite durch eine „**unlautere Bevorzugung des Bestechenden im Wettbewerb**“, auf der anderen Seite „**erkauft**“ sein muss.

**Unlauterkeit** sei jedenfalls dann gegeben, wenn die Entscheidung zwischen den Wettbewerbern auf sachfremden Erwägungen beruhe, was insbesondere wiederum dann nicht der Fall sei, wenn die Bevorzugung **berufsrechtlich zulässig** sei.

In der **Gesetzesbegründung** wird in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass eine Zusammenarbeit im Gesundheitsmarkt politisch durchaus gewollt sei. So könne ohne Hinzutreten weiterer Umstände die Honorierung heilberuflicher Leistungen **im Rahmen zulässiger beruflicher Zusammenarbeit** grundsätzlich nicht den Verdacht begründen, dass die Einräumung der zugrunde liegenden Verdienstmöglichkeiten als Gegenleistung für die Zuweisung des Patienten erfolgen soll und also eine Unrechtsvereinbarung vorliege.



## Unrechtsvereinbarung

Alle strafbaren Tathandlungen müssen sich in diesem Sinne auf eine solche „*missbilligte Unrechtsvereinbarung*“ beziehen.

Die Unrechtsvereinbarung muss sich schließlich ihrerseits auf die in den **Nummern 1 bis 3 genannten Fälle tatbestandlichen Marktverhaltens** beziehen, also die dort genannten Formen qualifizierter Verordnung, des Bezugs oder der Zuführung. Dabei muss eine inhaltliche Verknüpfung zwischen Vorteilszuwendung und Heilberufsentscheidung bestehen.

### **in Ausübung des Berufs**

Die Unrechtsvereinbarung muss sich zudem auf solche Handlungen beziehen, die im Zusammenhang mit der Ausübung des (hier: **ärztlichen**) Berufs stehen.

Fall 1

Kooperation in  
Gesellschaften



**Zwei Ärzte** eines Faches, ein konservativer (Dr. K) und ein operierender (Dr. O), **kooperieren:**

- Dr. K schickt Dr. O seine Patienten und erhält pro Fall einen vorher vereinbarten **Geldbetrag**.
- Dr. K und Dr. O gründen eine **überörtliche Berufsausübungsgemeinschaft**, wobei sie die Gewinnverteilung wie folgt regeln:

Dr. K und Dr. O teilen **50:50**, wobei Dr. K etwa 1/3 und Dr. O etwa 2/3 des Gesamtumsatzes erwirtschaften.

Dr. K und Dr. O erhalten jeweils dasjenige als **Gewinn**, was am **jeweiligen Standort** erwirtschaftet wurde. Zudem erhält Dr. K für jeden Patienten, der sich zuerst an seinem Standort vorstellt und später operiert wird, **10 % von der jeweiligen Operationsziffer**.

## Bewertung

Im Ergebnis lässt sich also formulieren, dass bei ärztlichen Berufsausübungsgemeinschaften, die **im Einklang mit den einschlägigen Regelungen** des Zivilrechts, des Berufsrechts und gegebenenfalls auch des vertragsärztlichen Zulassungsrechts betrieben werden, unter dem Gesichtspunkt der Zuführung von Patienten innerhalb der Gesellschaft ein strafbares Handeln der Beteiligten im Sinne des § 299a StGB nicht vorliegen kann, denn **weder wird insoweit der Wettbewerb beeinträchtigt** noch kann ein solches Handeln als „*unlauter*“ gelten.

Fall 2

Kooperationen  
mit Anderen



## Variante 1:

Der Operateur O betreibt eine **Praxis mit angeschlossenen OP-Räumlichkeiten**.

Da er den OP **besser auslasten** möchte, beabsichtigt er, diesen auch **anderen operativ tätigen Ärzten** gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen.

Sein Steuerberater empfiehlt ihm, um eine mögliche **Infektion** seiner Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit zu vermeiden, eine **GmbH** zu gründen, die den OP sowohl an ihn als auch an andere Ärzte vermietet.

### Bewertung

Grundsätzlich wird man hier davon auszugehen haben, dass der entsprechende **Behandlungsvertrag** nicht mit der alleine die Räumlichkeiten zur Verfügung stellenden OP-GmbH zustande kommt, sondern in jedem Falle mit dem Operateur selbst.

Zweifelhaft ist also schon, ob der Arzt insoweit überhaupt „***in Ausübung seines Berufs***“ tätig wird, denn das – wenn auch zeitlich begrenzte – Anmieten von OP-Räumen unterscheidet sich insoweit nicht von der Anmietung von Praxisräumen oder dem Leasing einer MRT-Einheit.



### Bewertung

Zudem kann es in diesem Zusammenhang nicht darauf ankommen, welcher **Rechtsform** der Operateur sich bedient, um seinen OP zu betreiben, etwa als Einzelunternehmen oder durch eine Kapitalgesellschaft.

Vor diesem Hintergrund wäre eine strafbare Handlung wiederum zu verneinen, denn die Bevorzugung muss „*einem anderen*“ zu Gute kommen.

## Variante 2:

O operiert seine Patienten in einer **Tagesklinik**, die von **Anästhesisten** betrieben wird.

Er erhält dort bei der Anmietung von OP-Kapazitäten einen „**Rabatt**“, wenn die Anästhesisten als Behandler selbst an der OP beteiligt werden.

## Bewertung

Hier ist durchaus von einem Zuweisungsverhältnis im Sinne des **§ 31 BO** auszugehen und ein **erhebliches strafrechtliches Risiko** mit Blick auf **§ 299a StGB** kann nicht verneint werden.

In der Tat ist festzustellen, dass durch eine entsprechende Preisgestaltung der Wettbewerb durchaus auch beeinflusst wird, denn Anästhesisten ohne eigenes OP-Zentrum werden auf diese Weise **aus dem Markt gedrängt**.

### Bewertung

Immer dann, wenn durch Empfehlungen, Zuweisungen oder andere Formen der Zuführung von Patienten an Dritte ein **neues Behandlungsverhältnis** – wenn man so will – **gestiftet** wird, setzt der Empfehlender sich jedenfalls dann **strafrechtlichen Risiken** aus, wenn er hierdurch **profitiert**.

Bezieht sich die Kooperation hingegen auf **Unterstützungsleistungen** im Rahmen der Erfüllung der vereinbarten ärztlichen Leistungen aus dem **eigenen Behandlungsvertrag**, sollten entsprechende Risiken im Bereich der §§ 299a/b StGB nicht bestehen.

Fall 3

Kooperation mit  
Krankenhäusern



Der Orthopäde O ist **niedergelassener Vertragsarzt** mit einem halben Versorgungsauftrag und **spezialisiert auf Eingriffe an der Wirbelsäule**.

Er ist in einem nahegelegenen Krankenhaus mit 26 Wochenstunden angestellt und führt dort Operationen im Wesentlichen an Patienten durch, die er **zuvor in seiner Praxis behandelt** und für die Operation in das Krankenhaus **eingewiesen** hat.

Für seine Tätigkeit erhält er von dem Krankenhaus eine **Beteiligung an der DRG** in Höhe von 25%.

## Bewertung

Derartige Fälle werden derzeit vor allem unter dem Gesichtspunkt der „*Angemessenheit der Vergütung*“ diskutiert.

Werde nämlich festgestellt, dass das vereinbarte Entgelt nicht entsprechend dem **Wert der erbrachten heilberuflichen Leistungen** in wirtschaftlich angemessener Höhe nachvollziehbar festgelegt worden ist, müsse man davon ausgehen, dass eine **verdeckte Zuweisungsprämie** enthalten sei.

Zu der Frage, was angemessen sein soll, werden dabei die **unterschiedlichsten Auffassungen** vertreten.

## Bewertung

Dieser Ansatz verkennt Folgendes:

- **BGH: Vereinbarungen zwischen Krankenhausträgern und niedergelassenen Ärzten** über deren Zuziehung im Rahmen allgemeiner Krankenhausleistungen **unterliegen nicht den Vorschriften der Gebührenordnung für Ärzte.**
- Auch eine „*Zuweisung gegen angemessenes Entgelt*“ ist berufsrechtswidrig und müsste damit auch „*unlauter*“ im Sinne der §§ 299a/b StGB sein.
- Auch für die **Beeinträchtigung des Wettbewerbs** macht es keinen Unterschied, ob der Mitbewerber **wegen eines angemessenen oder eines unangemessenen Entgelts** ausgebootet wurde.



## Bewertung

Die Frage, die sich bei sachgerechter Betrachtung vielmehr stellt, ist, ob im Einzelfall tatsächlich eine „*unlautere Beeinträchtigung des Wettbewerbs*“ vorliegt.

Für den vorliegenden Fall könnten dabei beispielsweise folgende Überlegungen **von Relevanz** sein:

## Bewertung

Regelmäßig ist es so, dass sich die fraglichen Patienten in der Praxis ihrer späteren Operateure vorstellen, **nach Indikationsstellung zur OP** und mit dem **ausdrücklichen Wunsch, durch die Ärzte operiert zu werden.**

Dabei ist dem **Patienten oft schon bekannt**, dass der Eingriff stationär in einem bestimmten Krankenhaus erfolgen wird.

Einer – wie auch immer gearteten – „**Zuführung**“ bedarf es nicht mehr.

## Bewertung

Auch ...

- das **Fehlen einer Konkurrenzschutzklausel** in dem Vertrag mit dem Krankenhaus,
- der Umstand, dass gegebenenfalls an **mehreren Häusern** operiert wird sowie
- eine **umfassende Aufklärung** der Patienten über **alternative Möglichkeiten**

könnten gegen einen „*unlauteren Wettbewerbsverstoß*“ sprechen.

## Bewertung

Der Fall ist zudem **vergleichbar** mit:

- Dem **Chefarzt**, der in seiner Ambulanz die Indikation zur stationären Aufnahme stellt und später deswegen von einer **Wahlleistungsvereinbarung** profitiert.
- Dem **Krankenhaus-MVZ**, dessen Ärzte die Indikation zur stationären Aufnahme stellen, und das hierfür **Subventionen vom Mutterhaus** erhält.

# Fazit



## Fazit

- Es entsteht der Eindruck, als habe sich der **Diskurs** über die §§ 299a/b StGB etwas **vom Tatbestand** gelöst.
- Für die Praxis erforderlich erscheint eine die **Strafbarkeit begrenzende Auslegung**, die insbesondere **medizinrechtliche Inhalte** berücksichtigen muss.
- Im jedem Falle ist es ratsam, den **Entstehungsprozess** und insbesondere die **Motive der Beteiligten** im Zusammenhang mit der Entstehung von Kooperationsverträgen künftig **zu dokumentieren**.

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

**Dr. jur. Alexander Dorn**  
Fachanwalt für Medizinrecht  
Fachanwalt für Strafrecht

Am Winterhafen 4 \_ 55131 Mainz  
T 06131 494822-0 \_ F 06131 494822-22  
kanzlei@dorn-medizinrecht.de \_ [www.dorn-medizinrecht.de](http://www.dorn-medizinrecht.de)

## Inhalt der neuen Regelungen

### § 299a 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 Bestechung im Gesundheitswesen

[Entsprechend § 299a StGB]