

„Röntgenkontrastmittel“

**Besprechung von BGH v. 25.7.2017 - 5 StR 46/17 -
Weiterungen bei Beteiligung dem Arzt
nahestehender Personen**

Richter am Bundesgerichtshof

Prof. Dr. Andreas Mosbacher

5. (Leipziger) Strafsenat

Sachverhalt von BGH 5 StR 46/17 (Auszug)

1. Radiologe R = Gesellschafter und GF von MVZs, zugelassen zur vertragsärztlichen Versorgung, Als-Ob-Konzern

2. Umfangreiche Verschreibung von Röntgenkontrastmitteln = Sprechstundenbedarf

3. Pharmagroßhändler/Apotheker S erhält mit seiner P-GmbH beim Hersteller 60 % Rabatt auf Herstellerabgabepreis; Rabatt soll geteilt werden, Radiologe vereinbart stille Beteiligung

4. Provisionsteil des Radiologen (95 % des Gewinns) fließt an eine von Mittelsmann H neu gegründete B-GmbH, die Gewinne an Konzern des Radiologen abführt

5. S reicht Verschreibungen bei KK zum Herstellerabgabepreis ein, in 14 Monaten über 35 Mio. Euro, erhebliche Überbestellungen

Rechtliche Würdigung

Betrug durch S bei Verordnungen des R

Untreue R bei Verordnung von Kontrastmitteln, auch durch gutgläubige Ärzte

Beihilfe zu Betrug und Untreue durch H

Spezifische Probleme aus Sicht BGH

Betrug = Täuschung/Irrtum/Vermögensverfügung/Vermögensschaden

- **1. Täuschung** = konkludente Erklärung, dass der eingereichten Verordnung keine unzulässige Kick-Back-Vereinbarung mit verordnendem Arzt zu Grunde liegt (vgl. auch BGH v. 19.8.2020 – 5 StR 558/19 = BGHSt 65, 110 zu MVZ-Statusschwindel); Erklärung war falsch = unzulässige Zuwendung iSv § 128 Abs. 2 SGB V; betrifft alle Verordnungen, nicht nur durch R selbst, sondern auch von ihm als Leiter der MVZs bei seinen angestellten Ärzten veranlasst
- **2. Irrtum** = sachgedankliches Mitbewusstsein „alles ist in Ordnung“

Spezifische Probleme aus Sicht BGH

- **3. Vermögensverfügung** = Zahlung KK an S
- **4. Vermögensschaden** = voller Rechnungsbetrag in jedem Fall, nicht nur bei Bestellung von Übermengen
- streng sozialrechtsakzessorische Betrachtung = Vergütungsanspruch entfällt vollständig, selbst wenn Leistung lege artis erbracht wird, soweit im Rahmen kassenärztlicher Versorgung gegen relevante Abrechnungsvoraussetzungen verstoßen wird (vgl. auch BGH v. 19.8.2020 – 5 StR 558/19 = BGHSt 65, 110, MVZ-Gründungsschwindel)

Spezifische Probleme aus Sicht BGH

➤ **BVerfG** v. 5.5.2021 – 2 BvR 2023 und 2041/21 = Verfassungsbeschwerde gegen BGH v. 19.8.2020 – 5 StR 558/19 (MVZ)

„Dass für die wirtschaftliche Bewertung eines Zahlungsvorganges auch die sozial- und zivilrechtlichen Rahmenbedingungen maßgeblich sind, stellt kein Spezifikum der kassenärztlichen Abrechnung dar, sondern spiegelt lediglich wieder, dass erst die Anerkennung einer Forderung durch die Rechtsordnung dieser in einem Rechtsstaat wirtschaftlichen Wert verleiht.“

Unzulässige Zuwendungen nach § 128 Abs. 2 SGB V

Satz 1: 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**.

Satz 3: **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 Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen**.

Unzulässige Zuwendungen nach § 128 SGB V

Absatz 5b: Die Absätze 2, 3, 5 und 5a gelten für die Versorgung mit **Heilmitteln** entsprechend.

Absatz 6 Satz 1: Ist gesetzlich nichts anderes bestimmt, gelten bei der Erbringung von Leistungen nach den §§ 31 und 116b Absatz 7 die Absätze 1 bis 3 sowohl zwischen **pharmazeutischen Unternehmen, Apotheken, pharmazeutischen Großhändlern und sonstigen Anbietern von Gesundheitsleistungen** als auch jeweils gegenüber Vertragsärzten, Ärzten in Krankenhäusern und Krankenhausträgern entsprechend.

➤ § 31 SGB V = **Arznei- und Verbandmittel**

Musterberufsordnung für Ärzte (MBO-Ä)

§ 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.

Musterberufsordnung für Ärzte (MBO-Ä)

§ 32 Unerlaubte Zuwendungen

(1) Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, von Patientinnen und Patienten oder Anderen Geschenke oder andere **Vorteile für sich oder Dritte** zu fordern oder sich oder Dritten versprechen zu lassen oder **anzunehmen**, wenn hierdurch der **Eindruck** erweckt wird, dass die **Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst** wird.

Bestechlichkeit im Gesundheitswesen (§ 299a StGB)

Wer als Angehöriger eines Heilberufs... 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 **bevorzugen**, wird... bestraft.

Bestechlichkeit im Gesundheitswesen (§ 299a StGB)

- Unrechtsvereinbarung (zumindest konkludent) erforderlich
- In Kraft seit 4.6.2016
- Betrifft alle seitdem begangenen Fälle
- Eine Tat ist zu der Zeit begangen, zu welcher der Täter oder der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen. Wann der Erfolg eintritt, ist nicht maßgebend (§ 8 StGB)
- Bestechung im Gesundheitswesen spiegelbildlich nach § 299b StGB
- Besonders schwere Fälle nach § 300 StGB bei großem Ausmaß (Schaden ab 50.000 Euro oder bereits Bestechungsgeld ab 10.000 Euro?) und gewerbs- oder bandenmäßiger Begehung

Unzulässige Zuwendungen?

1. Vertragsarzt selbst erhält Zuwendung von Pharmazeutischem Großhändler/ Hersteller für Verordnung (direkter Kick-Back)

3. Vertragsarzt ist an Pharmazeutischem Großhändler/ Hersteller beteiligt, der von Verordnungsverhalten direkt profitiert

2. Vertragsarzt profitiert von Verordnungen mittelbar durch Zuwendungen an jur. Person, an der er beteiligt ist (= Fall BGH 5 StR 46/17)

4. Verwandte des Vertragsarztes erhalten im Zusammenhang mit Verordnung Zuwendungen (selbst oder über eine dazwischen geschaltete jur. Person)

5. Verwandte des Vertragsarztes sind an jur. Person beteiligt, die von seinem Verordnungsverhalten profitiert (Gesellschafter einer GmbH, Aktionäre einer AG)

Unzulässige Zuwendungen?

1. Unzulässig, Arzt = § 266 StGB, Großhändler = § 263 StGB, regelmäßig auch § 299a StGB bei Wettbewerbsverstoß

2. Unzulässig, Arzt = § 266 StGB, Großhändler = § 263 StGB, regelmäßig auch § 299a StGB bei Wettbewerbsverstoß

3. a) Wird Beteiligung als Vorteil eingeräumt zur Wettbewerbsbevorzugung = § 299a StGB
b) Sonst = Umfang der Beteiligung/des Einflusses auf Ausschüttungsergebnis entscheidend?

4. Bei Unrechtsvereinbarung zwecks Wettbewerbsverstoßes § 299a StGB, sonst § 266 StGB/§ 263 StGB, wenn Kick-Back mittelbar zu Eigen-Vorteilen bei Arzt führt

5. a) bei Strohmannschaften (= Verwandte reichen Vorteil weiter, häufig) = wie 3

b) Vertragsarzt profitiert mittelbar (eigene Vorteile) = wie 3

c) Beteiligung wird als Vorteil zwecks Wettbewerbsbevorzugung eingeräumt = § 299a StGB

Problematische Konstellationen

1. Beteiligung des Arztes an pharmazeut. Großhändler/Hersteller:

Gesetzesmaterialien zu § 128 Abs. 2 Satz 3 SGB V:

„Mit der Änderung soll verhindert werden, dass Vertragsärztinnen und -ärzte das **Zuwendungsverbot** durch Beteiligung an Unternehmen von Leistungserbringern im Hilfsmittelbereich **umgehen**. Unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird **klargestellt**, dass auch Einkünfte aus solchen Beteiligungen unzulässige Zuwendungen sind, wenn deren Höhe durch das Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten von den Vertragsärztinnen und -ärzten selbst maßgeblich beeinflusst werden kann.“ (BT-Drs. 17/6906 S. 85)

„Mit der Streichung des Worts ‚können‘ wird klargestellt, dass das Zuwendungsverbot auf eine **tatsächliche Beeinflussung** des Verordnungs- oder Zuweisungsverhaltens von Vertragsärztinnen und -ärzten abstellt. Dies trägt zur Rechtssicherheit bei.“ (BT-Drs. 17/8005 S. 119)

Problematische Konstellationen

BGH 13.1.2011 – I ZR 111/08 = Hörgeräteversorgung II

„**Vorteile** im Sinne von § 31 NdsBOÄ können auch Gewinne oder sonstige **Einnahmen** aus einer gesellschaftsrechtlichen **Beteiligung** sein. Ob ein gesellschaftsrechtlich an einem Hilfsmittellieferanten beteiligter Arzt gegen § 31 NdsBOÄ verstößt, wenn er Patienten an diesen Anbieter verweist, bestimmt sich danach, ob die **Verweisung kausal für** einen dem Arzt zufließenden **Vorteil** ist. Das dürfte jedenfalls der Fall sein, wenn die Gewinnbeteiligung oder sonstige Vorteile des Arztes unmittelbar von der Zahl seiner Verweisungen oder dem damit erzielten Umsatz abhängen.“

Problematische Konstellationen

„**Differenzierter** zu beurteilen sind Fälle, in denen der Arzt nur **mittelbar**, insbesondere über **allgemeine Gewinnausschüttungen**, am Erfolg eines Unternehmens beteiligt ist. § 31 NdsBOÄ wird einer Beteiligung des Arztes etwa an einem **größeren pharmazeutischen Unternehmen** nicht entgegenstehen, wenn bei **objektiver Betrachtung** ein **spürbarer Einfluss** der Patientenzuführungen des einzelnen Arztes **auf seinen Ertrag** aus der Beteiligung **ausgeschlossen** erscheint.

Ob dies der Fall ist, hängt grundsätzlich vom **Gesamtumsatz** des Unternehmens, dem **Anteil** der Verweisungen des Arztes an diesem und der **Höhe** seiner Beteiligung ab. Die Unzulässigkeit der Beteiligung wird sich aber auch schon aus der **Gesamthöhe** der dem Arzt aus ihr zufließenden **Vorteile** ergeben können, sofern diese **in spürbarer Weise** von seinem eigenen **Verweisungsverhalten** beeinflusst wird

Problematische Konstellationen

- „**Maßgeblicher**“ Einfluss mehr als „**spürbarer**“ Einfluss?
- Gesetzgeber wollte aber nur BGH-Rspr. umsetzen und Vorteilsbegriff lediglich gegen einschränkende Interpretationen „klarstellen“, nicht einschränken
- Maßgeblicher Einfluss = anzusetzen bei ca. **20 % Einfluss des Verordnungsverhaltens auf Gewinnanteil** entsprechend § 311 Abs. 1 Satz 2 HGB? „Ein maßgeblicher Einfluss wird vermutet, wenn ein Unternehmen bei einem anderen Unternehmen mindestens den fünften Teil der Stimmrechte der Gesellschafter innehat.“

Problematische Konstellationen

Ergebnis zu 1:

Nicht Umfang der **Beteiligung** entscheidend, **sondern** tatsächlicher **Einfluss** aufs **Ausschüttungsergebnis**; Bsp.: Stille Beteiligung am Gewinn aus eigenen Verordnungen = das sind Einkünfte, deren Höhe durch das Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten von den Vertragsärzten selbst maßgeblich beeinflusst wird

- stets bei prozentualer Beteiligung an Umsatz/Gewinn, soweit Höhe maßgeblich (mehr als 20 %) durch eigenes Verhalten beeinflusst wird
- Stets bei Alleininhaberschaft/-gesellschafter/-aktionär des Vertragsarztes = jede dort „eingelöste“ Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln wirkt sich auf Einkünfte aus Beteiligung aus

Problematische Konstellationen

2. Beteiligung von Verwandten am pharm. Großhändler/Hersteller

- Beteiligung/Zuwendung = Vertragsarzt muss Vorteil erhalten
- Bloße Drittvorteile werden nicht von § 128 Abs. 2 SGB V, sondern nur von §§ 299a, 299b StGB und § 31 MBO-Ä erfasst; reicht Verstoß MBO-Ä?
- Alte Rspr./Lit. zu Drittvorteilen als eigenen bei Bestechung (bis 1997):
 - Jede Form des Vorteils für den Vertragsarzt wird erfasst, soweit dieser einen objektiv messbaren Inhalt aufweist und den Arzt in irgendeiner Weise besser stellt = jede Form der häufigen Weitergabe von Vorteilen, zudem:
Zugewinnausgleich bei Ehegatten (§§ 1363 ff. BGB)? Einsparen von Unterhaltskosten? Genuss gemeinsamen Hausrats, Reisen, Autos etc.?
Gemeinsamer Erwerb bei vom Ehegatten finanzierten Luxus? Gemeinsam erworbenes Haus auch bei Miteigentum? Gemeinsames Konto?
- Reicht bloße Beteiligung des Ehegatten/Verwandten aus?

