

DR. KOCH

Rechtsanwalt

MANDANTENINFORMATION

Gesundheitswesen/2013
Der Honorararzt und der Laborarzt im Gesundheitswesen

DER HONORARARZT IM KRANKENHAUS

In Operationssälen einiger Krankenhäuser geht es mitunter durchaus farbenfroh zu. So ist der operierende Chirurg z. B. manchmal Belegarzt, der Assistent wird durch Drittmittel finanziert, also ggf. zwar mit einem Vertrag zum Krankenhaus versehen, die entsprechenden Haushaltsmittel jedoch stammen nicht vom Krankenhaus selbst sondern z. B. im Rahmen eines Forschungsprojekts von der Pharmaindustrie, und der Anästhesist arbeitet nur für wenige Wochen als Honorararzt in der jeweiligen Klinik. Nur die an der Operation weiter teilnehmenden Krankenpflegekräfte sind auch aus den Mitteln des Krankenhauses finanzierte Arbeitnehmer des jeweiligen Klinikbetriebes.

I. AUSGANGSPOSITION

In nennenswerten Dimensionen werden Honorarärzte in Deutschland seit ca. 2006/2007 eingesetzt, wobei es verlässliche Angaben zum Ausmaß des Einsatzes von Honorarärzten nicht gibt. Schätzungen sprechen zum Stand 2010 von etwa 2.000 bis 5.000 honorarärztlich tätigen Ärzten, wobei die Tendenz steigend ist. Häufig werden Honorarärzte von entsprechend spezialisierten Fachagenturen vermittelt. Teilweise erfolgt der Einsatz von Honorarärzten im Bereich der Hauptabteilung durch Kooperationsverträge mit z. B. niedergelassenen Vertragsärzten oder medizinischen Versorgungszentren, wobei im Rahmen dieser Verträge der betreffende Arzt dann ärztliche Leistung gegenüber dem Patienten bis einschließlich zur Operation erbringt. Eine weitere Erschwerung in der Praxis ist, dass neben solchen honorar-/konsolärztlichen Leistungen die betreffenden Ärzte häufig auch noch zusätzlich als Belegarzt tätig sind oder den Patienten selbst als Vertragsarzt in die Klinik einweisen haben. Selbst bei Leistungen innerhalb der Hauptabteilung lassen sich bei ärztlichen Wahlleistungen häufig unterschiedliche Minderungen, die zwischen 15% und 25 % liegen, feststellen.

Häufig ist bei der Diskussion mit Mandanten über die Vertragsgestaltung von sogenannten Honorarärzten festzustellen, dass diese das Problem als gelöst ansehen. Sie seien über entsprechende Informationsbroschüren der Landeskrankenhausesellschaften oder medizinrechtlich tätige Anwaltskanzleien darüber informiert worden, dass im Zusammenhang mit der Neuregelung des Krankenhausentgeltgesetzes durch das sogenannte PSyCh-EntgG vom 21.07.2012 doch nunmehr der Einsatz von Honorarärzten umfassend legalisiert worden sei und dementsprechend rechtlich unproblematisch wäre. Da sich diese häufig anzutreffende Meinung bei genauerer Überprüfung auch der gesetzlichen Neuregelung als in dieser Form wohl eher nicht zutreffend darstellt, soll nachfolgend der Problembereich des Einsatzes von Honorarärzten näher diskutiert und erläutert werden.

II. PROBLEMFELDER

Beim Einsatz von honorarärztlichen Kräften in der Hauptabteilung eines Krankenhauses, stellen sich unterschiedliche und von den Gerichten teilweise auch unterschiedlich beantwortete rechtliche Problemstellungen, nämlich

- **steuerlich**, ob die honorarärztlichen Leistungen ggf. umsatzsteuerpflichtig sind;
- **sozialversicherungsrechtlich**, ob die eingesetzten Honorarärzte ggf. doch als Arbeitnehmer zu klassifizieren und dementsprechend durch das jeweilige Krankenhaus Sozialversicherungsbeiträge, insbesondere Rentenversicherungsbeiträge, direkt abzuführen sind – gerade in aktueller Zeit sind eine Vielzahl von entsprechenden Statusverfahren bei im Krankenhaus eingesetzten Honorarkräften festzustellen;
- bei der **Abrechnung von Privatpatienten**, ob die eingesetzten Honorarärzte berechtigt sind, im Rahmen von Wahlleistungsvereinbarungen gegenüber dem Patienten privat zu liquidieren und falls ja, mit welchem Minderungssatz;
- bei der **Abrechnung von GKV-Patienten** und bei der **Abrechnung von Privatpatienten** durch das Krankenhaus, ob dieses berechtigt ist, die Hauptabteilungs-DRG gegenüber der jeweiligen Krankenkasse abzurechnen, obwohl die Hauptleistung (Operation) nicht von angestellten Ärzten erbracht wird.

III. SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE BEHANDLUNG

Bei der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung ist sicherlich entscheidend danach zu differenzieren, ob der jeweilige eingesetzte Arzt tatsächlich selbstständiger Unternehmer ist, der weisungsfrei seine Arbeitszeit einteilen kann (könnte), da die betreffenden Honorarärzte zumeist tatsächlich in den Klinikbetrieb integriert sind. Ist der jeweilige Arzt zugleich Vertragsarzt und in eigener Praxis niedergelassen, wird er im Normalfall nicht zugleich Klinikarbeitsnehmer sein. Selbst die Einteilung zu Diensten steht dem nicht entgegen, sofern dem jeweiligen Arzt die Möglichkeit eingeräumt wird, bei einer Verhinderung einen Vertreter zu schicken bzw. ihm die Regelung seiner Vertretung obliegt (vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 03.05.2010 – 11 Ta 163/09). Auch wenn der betreffende Honorararzt im Rahmen einer Vermittlungsfirma tätig wird und im regelmäßigen Wechsel für unterschiedlicher Klinikträger eingesetzt wird, mag dies als Indiz für eine freie unternehmerische Tätigkeit des Arztes zu werten sein.

Allerdings wird hierzu häufig eingewandt, dass es stärker drauf ankomme, über welchen Zeitraum der jeweilige Arzt in einer Klinik eingesetzt werde und in welcher Form er in die Klinikorganisation eingebunden sei.

Wird ein Honorararzt als Arbeitnehmer eingestuft, führt dies dazu, dass das jeweilige Krankenhaus bei Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern haftet. Dabei geht das Sozialversicherungsrecht von einem fiktiven Nettolohn aus. Das Bayerische Landessozialgericht zum Aktenzeichen L 5 R 210/09 sowie das Sozialgericht Regensburg zum Aktenzeichen S 14 R 8040/08 haben in einem solchen Fall den Arbeitgeber verurteilt, die Sozialversicherungsbeiträge nach Steuerklasse VI abzuführen und zwar für bis zu vier Jahre rückwirkend (bei Vorsatz 30 Jahre), wobei dies auch für Rentenbeiträge gelten soll, da auch ein bei einem Versorgungswerk bereits versicherter Arzt innerhalb von drei Monaten nach Tätigkeitsaufnahme sich bei der Deutschen Rentenversicherung für eine Tätigkeit hätte befreien lassen müssen. Das insoweit beim Bundessozialgericht anhängige Verfahren zum Aktenzeichen B 12 R 38/09 R ist durch Rücknahme der Beschwerde erledigt worden (so BSG, Beschluss vom 05.03.2010, B 12 R 38/09 B).

IV. STEUERLICHE BEHANDLUNG VON HONORARÄRZTEN

Tatsächlich als geklärt anzusehen sein dürfte die Frage der Besteuerung von Honorarärzten. In einem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 18.08.2011 – V R 27/10 – hat dieses festgestellt, dass infektionshygienische Leistungen eines Arztes, die dieser für andere Ärzte oder Kliniken erbringt, immer dann als steuerfreie Heilbehandlungsleistungen im Sinne von § 4 Nr. 14 Umsatzsteuergesetz (UStG) gelten, wenn die jeweilige Klinik oder der andere Arzt damit ihre gegenüber dem Patienten geschuldete Heilbehandlungsleistung ordnungsgemäß erbringen kann. Dementsprechend hat der Bundesfinanzhof in dieser Entscheidung der Auffassung, dass in solchen Konstellationen der behandelnde Arzt aufgrund der Vertragsgestaltung seine Leistung gegenüber dem Krankenhaus und nicht dem Patienten erbringe, eine klare Absage erteilt.

V. PROBLEMBEREICH ABRECHNUNG

In der Praxis zeigt sich, dass häufig, insbesondere im Bereich der Behandlung von Privatpatienten, die jeweiligen Krankenkassen jedenfalls die von dem Honorararzt aufgrund entsprechender Wahlleistungsvereinbarung des Patienten in Rechnung gestellten ärztlichen Leistungen mit unterschiedlichen Argumentationen ablehnen. Teilweise wird argumentiert, dass es sich bei den erbrachten Leistungen um Leistungen des Krankenhauses handeln würde und dementsprechend diese Leistung mit der Vergütung der Hauptabteilungs-DRG bereits abgegolten sei. Andere Krankenkassen wenden hingegen ein, dass es sich bei dem Honorararzt nicht um

einen Arzt des Krankenhauses handeln würde und dementsprechend er nicht in den Rechtskreis der Wahlleistungsvereinbarung einbezogen sei. In einem Fall hat das Landgericht Mannheim in einem Urteil vom 08.07.2009 – 9 O 92/09 – entschieden, dass keine Vergütungspflicht der ärztlichen Leistungen bei einem Honorararzt bestünde, da die Wahlleistungsvereinbarung nichtig sei. Auch komme eine Zahlungspflicht weder aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gem. § 242 BGB, noch unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung gem. § 812 BGB in Betracht, weshalb ein Vergütungsanspruch sowohl des Krankenhauses, welches die Leistungen mit eigenem Personal hätte erbringen müssen, als auch des Wahlarztes nicht in Betracht komme.

Im Übrigen lassen sich jedoch hier zwei unterschiedliche Auffassungen der Zivilgerichtsbarkeit und der Sozialgerichtsbarkeit feststellen. Der BGH hat bereits in seiner Grundsatzentscheidung vom 19.02.1998 – III ZR 169/97 – die Auffassung vertreten, dass aufgrund der Regelung im damaligen § 17 KHG es wie in der heutigen Gesetzeslage auch in § 17 Abs. 3 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntG) sowie § 2 Abs. 2 Nr. 2 Krankenhausentgeltgesetz vorgesehen, es auch möglich sei, veranlasste Leistungen Dritter gegenüber einem Patienten abzurechnen. Diesen Umstand folgend hat das Amtsgericht Nürnberg in einer Entscheidung vom 13.10.2011 zum Aktenzeichen – 37 C 3295/11 – gefolgert, dass „Ärzte eines Klinikums“ im Sinne einer Wahlleistungsvereinbarung aufgrund des § 17 Abs. 3 S. 1 Krankenhausentgeltgesetz nicht so verstanden werden könne, dass es sich nur um beamtete oder angestellte Ärzte des Klinikums handeln könne. Diesem folgend hat in der Berufungsentscheidung das Landgerichts Nürnberg/Fürth vom 05.03.2012 – 11 S 9701/11 – ausgeführt, dass auch Leistungen von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses von § 17 Abs. 3 Krankenhausentgeltgesetz umfasst seien und es keinerlei Unterschied mache, ob Ärzte von außerhalb herangezogen würden oder das Krankenhaus die Leistungen durch angestelltes Personal erbringe.

Hierzu stehen allerdings zwei grundsätzliche Entscheidungen des Bundessozialgerichts in diametralem Gegensatz. So hat das BSG in einer Entscheidung vom 28.02.2007 – B 3 KR 17/06 – ausgeführt, dass bei einer Hinzuziehung von Dritten durch das Krankenhaus, diese rechtlich gesehen, ihre Leistungen nicht gegenüber dem Patienten, sondern gegenüber dem Krankenhaus erbringen würden, so dass ein Vergütungsanspruch des Dritten nur gegen das Krankenhaus und nicht gegen den Patienten oder dessen Kostenträger entstünde. Auch sei das Krankenhaus verpflichtet, einen Dritten nur bei solchen Leistungen einzubeziehen, bei denen es sich im Verhältnis zu der vom Krankenhaus zu erbringenden Hauptbehandlungsleistungen lediglich um ergänzende oder unterstützende Funktionen handle. Trotz der Neuregelung im § 20 Abs. 1 S. 1 Ärzte-ZV, welche die Möglichkeiten des Einsatzes von Vertragsärzten in Krankenhäusern, insbesondere

auch nach Maßgabe der Gesetzesbegründung des Referentenentwurfes zum Vertragsarztänderungsgesetz, erweitern sollte, hat das BSG in einer Entscheidung vom 23.03.2011 – B 6 KA 11/10 R – festgelegt, dass es dem gesetzlichen Regelfall entspreche, dass Krankenhäuser mit eigenem Personal arbeiten und Ausnahmen hierfür nur in Sonderfällen möglich seien. Auch könne aus § 20 Abs. 2 Zulassungsverordnung für Vertragsärzte nicht allgemein die Zulässigkeit der Gestaltung aller denkbaren Kooperationsformen zwischen Vertragsärzten und Krankenhäusern abgeleitet werden. Dies gelte auch für die Regelung des § 121 Abs. 5 SGB V, da die These mit dieser Regelung sei den Krankenhäusern ermöglicht worden, jeden Vertragsarzt auf der Grundlage eines Honorararztvertrages zur Leistung heranzuziehen, weder mit dem klaren Wortlaut der Regelung – diese nimmt ausdrücklich sprachlich nur auf Belegärzte Bezug – noch mit der systematischen Verordnung des Abs. 5 innerhalb des § 121 SGB V vereinbar sei.

Folgerichtig ist festzustellen, dass alle bisherigen Anpassungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen nach der Grundsatzentscheidung des Bundessozialgerichts aus dem Kalenderjahr 2007 nicht zu einer Korrektur der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts geführt haben. Vielmehr hat das Bundessozialgericht jeweils seine Rechtsprechung lediglich geringfügig modifiziert, an seiner Grundhaltung, dass ein Krankenhaus seine Hauptleistung im Regelfall mit eigenem Personal erbringen müsse, jedoch nicht geändert.

VI. WAS IST EIN HONORARARZT?

In der Literatur wird teilweise bei den ärztlichen Leistungen Dritter zwischen dem sogenannten Honorararzt einerseits sowie dem Konsiliararzt bzw. konsilärlichen Leistungen andererseits differenziert. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Begrifflichkeit des sogenannten Honorararztes sprachlich lediglich an den entsprechenden Erwähnungen von Honorarverträgen in § 121 Abs. 5 SGB V sowie § 18 Abs. 3 Krankenhausentgeltgesetz anknüpft, die jedoch jeweils in der Formulierung der Gesetze im Zusammenhang mit dem Wort „Belegärzten“ zu sehen ist, ist diese Begriffsunterscheidung nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Daher wird zu Recht eher zwischen dem sogenannten Belegarztwesen einerseits sowie dem Konsiliararztwesen andererseits bei den Kooperationen zwischen Krankenhäusern und Ärzten differenziert. Dabei wird als sogenannter echter Konsiliararzt derjenige Arzt bezeichnet, der einen Krankenhausarzt berät und nach vorangegangener Untersuchung bei der Diagnosestellung oder der Festlegung eines Heilplans **unterstützt** (sogenanntes echtes Konsilium, vgl. Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 15, Rn. 100). Hiervon unterschieden wird derjenige Arzt, der konsilärliche Leistungen erbringt, der das Leistungsangebot des Krankenhauses **personell** bis hin zur Durchführung von Operationen **ergänzt** und fachlich innerhalb des Versorgungsvertrages **erweitert**, weshalb er auch als sogenannter syste-

matischer Konsiliararzt bezeichnet wird (vgl. Quaas, Gesundheitsrecht 2009, S. 459 (S. 462)). Der Fall, in dem konsiliarische Leistungen außerhalb des Versorgungsauftrages seines Krankenhauses erbringt (z. B. der Neurochirurg, der neurochirurgische Leistungen in einem Krankenhaus mit nur chirurgischen Planbetten erbringt) ist in diesem Bereich ohne Bedeutung, zumal mangels entsprechendem Versorgungsvertrag dort eine Abrechnung sowieso ausscheidet. Die Tätigkeit eines Konsiliararztes ist für ein Krankenhaus insbesondere dann interessant, wenn es hierdurch die Abrechnungsmöglichkeit einer Hauptabteilungs-DRG erhält, da hier erhebliche Vergütungserweiterungen zugunsten des Krankenhauses zu erreichen sind. Die Problemstellung des Konsiliararztes bestehen in zwei Bereichen, nämlich, sofern er Inhaber eines vollen Vertragsarztesitzes ist, der zeitlichen Beschränkung auf 13 Stunden (vgl. BSG, Urteil vom 30.01.2002, BSGE 89, S. 134) einerseits und das die Minderungspflicht gem. § 6a Abs. 1 GOÄ statt wie bei einem Belegarzt nur 15% wegen der Gleichbehandlung mit bei der Klinik angestellten liquidationsberechtigten Ärzten 25% beträgt.

VII. NEUREGELUNG DES PSYCH-ENTGG VOM 21.07.2012

Durch das Psych-EntgG vom 21.07.2012 ist der § 2 Abs. 2 S. 1 wie folgt geändert worden:

„Auch durch **nicht fest angestellte** Ärzte und Ärztinnen“.

Nicht geändert worden ist hingegen die Regelung des § 17 Krankenhausentgeltgesetz im Abs. 3. In der Gesetzesbegründung zur verabschiedeten Fassung des § 2 Krankenhausentgeltgesetz heißt es (BT-Drucks 17/9992) wörtlich:

„Mit der Regelung wird ausdrücklich gesetzlich verankert, dass Krankenhäuser ihre allgemeinen Krankenhausleistungen auch durch **nicht fest im Krankenhaus angestellte** Ärztinnen und Ärzte erbringen können. Die durch das Vertragsarztänderungsgesetz eingeführte Regelung in § 20 Abs. 2 Ärzte-ZV hat zu unterschiedlichen Auffassungen in der Rechtsprechung darüber geführt, ob das Krankenhaus die ärztliche Behandlung im Rahmen der allgemeinen Krankenhausleistung nur durch im Krankenhaus angestellte Ärztinnen und Ärzte erbringen kann oder ob hierzu auch nicht fest angestellte Ärztinnen und Ärzte, wie z. B. niedergelassene Ärztinnen und Ärzte eingebunden werden könne. **Die Erbringung und Vergütung von allgemeinen Krankenhausleistungen können nicht vom Status des ärztlichen Personals im Krankenhaus (Beamten- oder Angestelltenverhältnis oder sonstige Vertragsbeziehungen) abhängen.** Die Vorgaben für Krankenhäuser nach § 107 Abs. 1 Nr. 3 SGB V jederzeit verfügbares ärztliches Personal vorzuhalten sind im Übrigen statusneutral. Es ist deshalb auch nicht geboten, die Tätigkeit z. B. von niedergelassenen Ärzten

und Krankenhäusern nur über ein Anstellungsverhältnis zu gestatten. Hinzu kommt, dass die Versorgungsrealität insbesondere in strukturell benachteiligten Räumen von Flächenländern flexible Möglichkeiten der Zusammenarbeit von Krankenhäusern mit niedergelassenen Ärztinnen und Ärzten erfordert, um eine ordnungsgemäße Patientenversorgung sicherzustellen. Zudem entspricht der Einsatz von im Krankenhaus nicht fest angestellten Honorarärzten bei der Erbringung allgemeiner Krankenhausleistungen einer bereits weit verbreiteten Praxis. Hierzu bewirkt die gesetzliche Regelung mehr Rechtssicherheit.“

In den nicht veränderten Regelungen des § 17 Abs. 3 Krankenhausentgeltgesetz heißt es demgegenüber unverändert

„... einschließlich der von Ärzten veranlassten Leistungen von Ärzten und ärztlichen Einrichtungen außerhalb des Krankenhauses; ...“

Aus der Gesetzesbegründung wird zumeist in der Literatur deshalb auch gefolgert, dass der Einsatz von Honorar-/Konsiliarärzten nunmehr unproblematisch möglich sei. Jedoch sind die Anforderungen in der Regelung des § 17 Abs. 3 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) zur Wahlleistungskette unverändert gegeben. Dies bedeutet nach hiesiger Einschätzung folgende Bewertung der rechtlichen Problemstellungen:

- grundsätzlich wird die Leistungserbringung auch von Leistungen eines Honorararztes nunmehr legalisiert.
- da die Regelung des § 17 Abs. 3 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) nicht entsprechend angepasst worden ist, lässt sich bedauerlicherweise derzeit nicht beurteilen, ob es sich hierbei um ein Redaktionsversehen handelt und ob das BSG seine jüngst noch im Jahr 2011 bestätigte Auffassung, dass die Hauptleistung eines Krankenhauses nur durch angestellte Ärzte erbracht werden können, unverändert negiert oder nunmehr seine bisherige Rechtsauffassung aufgibt.
- außerdem ist die Anforderung einer Wahlleistungskette, wie sie sich aus § 17 Abs. 3 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) ergibt, unverändert im Gesetz verankert, so dass auf deren Einhaltung unbedingt zu achten ist.

Folgerichtig müssen Konsil-/Honorarärzte gerade vor dem Hintergrund des § 2 Abs. 3 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) unbedingt in die Hierarchie des Krankenhauses eingegliedert werden und zwar entweder durch Integration in den Bereich der Hauptabteilung oder aber, durch eine Anstellung als Chefarzt in Nebentätigkeit. Das Sozialgericht Schwerin hatte nämlich in einer Entscheidung vom 01.07.2009 – S KA 31/08 – ausdrücklich festgestellt, dass eine Vollzeitvertragsarztstätigkeit mit der Tätigkeit als Chefarzt in einem Umfang von

13 Stunden vereinbar sei und sich für die Tätigkeit als Vertragsarzt aus der Stellung als Chefarzt an sich nicht eine qualitative Unvereinbarkeit für die Vertragsarztstätigkeit gäbe. Die Notwendigkeit der Einhaltung einer Wahlleistungskette wiederum bedingt, dass folgendes bei der Behandlung von Privatpatienten einzuhalten ist:

- Aufnahme der Konsil-/Honorarärzte in die Liste der liquidationsberechtigten Ärzte, welche dem Patienten vor Vertragsabschluss, ebenso wie die Aufklärung über die mutmaßlichen Kosten der Wahlleistung zu übergeben ist;
- vorsorgliche Vorstellung des jeweiligen Patienten nach Aufnahme im Krankenhaus bei einem liquidationsberechtigten (angestellten!) Arzt des Krankenhauses;
- dieser Arzt stellt einen Konsilschein über die Maßnahme und zugunsten des jeweiligen Arztes aus der die weitergehende Krankenhausbehandlung durchführt. Der entsprechende Konsilschein ist in die Patientenakte aufzunehmen;
- vor Durchführung der Maßnahme ist das Vorliegen des entsprechenden Konsilscheins zu überprüfen.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass zwar mit der Ergänzung des § 2 Abs. 2 S. 1 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) eine grundsätzliche Legalisierung der Einbindung ärztlicher Dritter bei der Erbringung von Krankenhaushauptleistungen wohl nunmehr erfolgt ist, jedoch zur Sicherstellung der Abrechnung erbrachter Leistungen unbedingt die vorstehenden Maßgaben zur Einhaltung der Wahlleistungskette einzuhalten sind. Andernfalls besteht unter Berücksichtigung der Entscheidung des Landgerichts Mannheim die Gefahr, dass sowohl der Vergütungsanspruch des Krankenhauses als auch der des Wahlarztes unter allen rechtlichen Gesichtspunkten entfällt. Außerdem ist bei der Rechnungslegung durch den Honorar-/Konsilarzt zu beachten, dass eine Minderung um 25% erfolgt ist.

ABRECHNUNGSBETRUG DRUCH UND STRAFBARKEIT VON VERTRAGSÄRZTEN

Zwei Grundsatzentscheidungen des BGH, einerseits vom 25.01.2012 – 1 StR 45/11 – und des Großen Senats für Strafsachen vom 29.03.2012 – GS St 2/11 – haben sich mit dem Vorliegen eines Abrechnungsbetruges einerseits sowie der Bestechlichkeit eines Vertragsarztes andererseits im Kalenderjahr 2012 auseinandergesetzt und für erhebliches Aufsehen gesorgt.

I. ABRECHNUNGSBETRUG BEI LABORÄRZTLICHEN LEISTUNGEN

1. Ausgangsposition

Ausweislich der Feststellung des BGH in seinem Urteil vom 25.01.2012 – 1 StR 45/11 – bezog ein niedergelassener Facharzt Speziallaborleistungen in der Kategorie MIII/IV von einer Laborgruppe mit Sitz in Augsburg auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung. Dabei profitierte er von der durch die Laborgruppe des in Augsburg ansässigen Labors „seit vielen Jahren vielen Tausend interessierten Ärzten im Bundesgebiet“ angebotenen besonderen Kooperationsform. Der niedergelassene Arzt rechnete die Laboruntersuchung gegenüber dem Patienten mit dem Steigerungsfaktor 1,15 und bezogene Laborleistung der Kategorie MII mit dem 1,3-fachen Steigerungssatz ab. Dem Labor selbst zahlte er ein Honorar mit dem 0,32-fachen (Rabattstufe „gute Kunden“) bis 1,0-fachen Steigerungssatz. Eine Information der Patienten darüber, dass der Arzt die Leistungen nicht selbst erbrachte erfolgte nicht. Darüber hinaus setzte der Arzt nicht zugelassene/approbierte Therapeuten ein, die für ihn Osteopathie- und Akkupunkturleistungen erbrachten, zu denen er mangels eigener Qualifikation weder anweisen, anleiten, noch diese überwachen konnte. In allen diesen Fällen erfolgte keine höchstpersönliche Leistungserbringung durch den Facharzt. Auch die Speziallaborleistungen der Kategorie MIII/IV konnte der Arzt mangels entsprechender Facharztanerkennung als Laborarzt die Leistungen weder selber erbringen, noch persönlich überwachen.

Die Abrechnungsvorschrift in § 4 Abs. 2 GOÄ formuliert insoweit wörtlich:

*„Der Arzt kann Gebühren nur für **selbstständige ärztliche Leistungen berechnen, die er selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden (eigene Leistungen).**“*

2. Die Entscheidung des BGH vom 25.01.2012 – 1 StR 45/11 –

Der BGH hat in der vorzitierten Entscheidung das Abrechnungsverhalten des Facharztes zusammenfassend dahingehend bewertet, dass er keinerlei eigene Leistung erbracht habe und auch keine Forderung des Laborarztes geltend machen könne. Im Einzelnen führte der BGH hierzu wörtlich aus:

*„Eine im Verfahren vom Angeklagten behauptete Abtretung einer solchen Forderung im Rahmen eines Factoring-Geschäftes sei mangels ausdrücklicher Einwilligung des Patienten nichtig, im Übrigen und **„ersichtlich vorgeschoben“**...; in Wahrheit handele es sich um eine **gegen Art. 31 Musterberufsordnung für Ärzte verstoßende Zuwendung.**“*

Der BGH hat festgestellt, dass der abrechnende Arzt ausdrücklich eine Täuschungshandlung begangen habe, wenn er Leistungen in Rechnung stelle, die er tatsächlich nicht selbst erbracht habe. Auch scheidet die Geltendmachung eines erhöhten Steigerungsfaktors aus, wenn er in Wahrheit nie eine eigene Befundung durchgeführt habe. Auch die in Rechnung gestellten Laborleistungen der Klassen MIII und MIV (Speziallaborleistungen) könne er nicht in Rechnung stellen. Insgesamt habe es sich bei den streitgegenständlichen abgerechneten Leistungen um ein gegen § 31 BayBOÄ verstoßendes Koppelungsgeschäft gehandelt, die nichts anderes als die Vereinbarung einer umsatzabhängigen „Kick-back“-Zahlung darstelle.

Es habe sich insoweit um gesetzeswidrige Handlungen gehandelt, denen kein Vermögenswert zuerkannt werden könne, da sich andernfalls das Strafrecht in Widerspruch zur übrigen Rechtsordnung setzen würde. Generell solle in verbotenes Investiertes unwiederbringlich verloren sein. Nach den abschließenden Regelungen der GOÄ könnten hieraus keinerlei Zahlungsansprüche gegen den Patienten erwachsen, sondern der Angeklagte müsse so gestellt werden, als habe er eine mit anderen Gebührensätzen bereits abgeholte Leistung erbracht.

3. Konsequenzen

Die Vorinstanz zum BGH hatte den angeklagten Facharzt wegen Betruges in 129 Fällen zu drei Jahren und drei Monaten Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt und ihm darüber hinaus verboten, für die Dauer von drei Jahren als liquidationsberechtigter Arzt oder als angestellter Arzt mit eigenem Abrechnungsrecht tätig zu werden.

In der Konsequenz des vorzitierten Verfahrens überprüfen nunmehr auch einige Staatsanwaltschaften, ob Ärzte z. B. berechtigt sind, das Wegegeld bei einer konsiliarischen Behandlung von Krankenhauspatienten abzurechnen, wenn sie mit dem Krankenhaus ein Rahmenkonsiliarvertrag geschlossen haben. In diesem Fall gilt nämlich die jeweilige Klinik, nach Auffassung der Staatsanwaltschaft, als Betriebsstätte des Arztes, was eine Abrechnung von Wegegeld ausschließen würden.

II. BESTECHLICHKEIT EINES VERTRAGSARZTES

1. Ausgangsposition

Nach den Feststellungen des Großen Senats des BGH in seinem Urteil vom 29.03.2012 – GS St 2/11 – praktizierte die Pharmafirma R. seit spätestens 1997 unter der Bezeichnung „Verordnungsmanagement“ ein Prämiensystem für die ärztliche Verordnung von Medikamenten aus ihrem Vertrieb. Dabei erhielt der verschreibende Arzt 5% des Herstellerabgabepreises als Prämie dafür, dass er Arzneimittel des jeweiligen Unternehmens verordnete. Die entsprechenden Prämien wurden als Honorar für fiktive wissenschaftliche Vorträge ausgewiesen.

Auf der Grundlage dieses Prämiensystems übergab die gleichfalls angeklagte Pharmareferentin in insgesamt 16 Fällen verschiedenen Vertragsärzten Schecks über einen Gesamtbetrag von etwa EUR 18.000,00. Das Landgericht als Vorinstanz (GesR 2011, S. 194) hatte das Verhalten der Pharmareferentin als Bestechung im geschäftlichen Verkehr im Sinne von § 299 Abs. 2 StGB bewertet, wobei es hinsichtlich jeder einzelnen Scheckzahlung von jeweils einer Bestechungstat im materiellen Sinne ausgegangen war. Hingegen hatte es eine Strafbarkeit des Vertragsarztes nach § 343 StGB verneint, weil die Vertragsärzte nicht als Amtsträger angesehen werden könnten.

Eine zu dem Prämiensystem des Pharmaunternehmens identischen Fallgestaltung ist bzgl. von Hilfsmitteln ebenfalls beim Großen Senat des BGH anhängig.

2. Urteil des BGH vom 29.03.2012 – GS St 2/11 –

Der Große Senat des BGH hat sowohl die Pharmareferentin als auch den Vertragsarzt von den Vorwürfen der Bestechlichkeit bzw. Bestechung freigesprochen. Zusammengefasst führte er dabei folgendes aus:

Der niedergelassene und für die vertragsärztliche Versorgung zugelassene Arzt sei kein mit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bestellter Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB. Vielmehr würden die Vertragsärzte ihren Beruf in freiberuflicher Tätigkeit ausüben. Er unterscheide sich entscheidend von dem in einem öffentlichen Krankenhaus angestellten Arzt. Auch sei er im Rahmen seiner Behandlung einem bestimmenden

Einfluss der Krankenkasse entzogen. Die Verordnung von Pharmaprodukten sei untrennbarer Bestandteil der ärztlichen Behandlung und vollziehe sich deshalb innerhalb des personalgeprägten Vertrauensverhältnis zwischen der versicherten Person und dem von ihr gewählten Vertragsarzt. Auch sei durch das Arzneimittelausgabebegrenzungs-gesetz vom 15.02.2002, die dem Apotheker die Abgabe eines wirkstoffgleichen aber preisgünstigeren Medikamentes ermögliche, dies zum Regelfall geworden, den der Arzt aktiv ausschließen und ggf. gesondert begründen müsse, so dass der Arzt keine bestimmende Einflussnahme auf das vom Patienten tatsächlich erhaltene Medikament mehr habe.

Allerdings sei es vor dem Hintergrund der seit längerem im strafrechtlichen Schrifttum geführten Diskussion durchaus zu erkennen, dass eine grundsätzliche Berechtigung des Anliegens der Bekämpfung von Missständen und korruptiven Verhaltens im Gesundheitswesens gebe, weshalb es auch anerkennenswert sei, diesen mit Mittel des Strafrechts effektiv entgegenzutreten, was jedoch zunächst dem Gesetzgeber obliege.

III. BEWERTUNG

Hinsichtlich der derzeit jedenfalls bei Vertragsärzten fehlenden gesetzlichen Grundlage zur Verurteilung wegen Bestechung bzw. Bestechlichkeit ist zu erwarten, dass aufgrund der klaren Aussage des Großen Senats des BGH hier zeitnah eine gesetzgeberische Initiative erfolgen wird. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Heilberufekammergesetz (HKaG) zwar ein standesrechtliches disziplinarverfahrensartiges Überprüfungsverfahren kennt, jedoch in der Aufklärung von Sachverhalten annähernd zwangsläufig mangels entsprechender polizeilicher und staatsanwaltschaftlicher Befugnisse, auf die Erkenntnisse von Ermittlungs- und Strafverfahren angewiesen ist.

Bei der Abrechnung von Laborleistungen ist wie bei überhaupt der privatärztlichen Liquidation an sich stets darauf zu achten, dass nur höchstpersönlich erbrachte Leistungen nach den Vorschriften der GOÄ in Rechnung gestellt werden dürfen. Insoweit hilft auch die Regelung unter Weisung und Beaufsichtigung nicht weiter, da diese gleichfalls eine entsprechende fachliche Qualifikation des Arztes zur Beaufsichtigung voraussetzt. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben und erfolgt gleichwohl eine Abrechnung, besteht generell die Gefahr eines strafbaren Verhaltens des abrechnenden Arztes.

IHRE ANSPRECHPARTNER

Verantwortlich für die Erstellung und die Bereiche Datenschutzrecht, Arbeitsrecht und Medizinrecht

Dr. Franz-Michael Koch

franz-michael.koch@t-online.de

0172/7353704

Meine weiteren spezialisierten Kooperationspartner

Sanierungsberatung - Stefan Begemann

Begemann Healthcare Management GmbH

Kontakt: Begemann@begemann-healthcare.de

Transferkonzepte - Volker Podzimek

fqq Transfer Gesellschaft

Kontakt: podzimek@fqq-online.de

Krisenkommunikation - Dr. Ingolf Neunübel

Business Network Marketing u. Verlagsgesellschaft mbH

Kontakt: IN@businessnetwork-berlin.com

Datenschutz - Stephan Walder

Haile Management & Beratung

Kontakt: walder@beratung-management.com