

Autor: Prof. Dr. Ralf Kölbel
Dokumenttyp: Aufsatz
Literaturnachweis: wistra 2009, 129-133 

Quelle: 
Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, München

Fundstelle: wistra 2009, 129-133
Zitiervorschlag: Kölbel, wistra 2009, 129-133

Die Einweisungsvergütung - eine neue Form von Unternehmensdelinquenz im Gesundheitssystem?

Professor Dr. Ralf Kölbel, Universität Bielefeld

Medizinische Leistungsbringer haben eine neue „Kick-back“-Variante entwickelt - eine spezielle Vergütung, mit der ein Krankenhaus in offener oder kaum bemäntelter Form die Einweisung eines Patienten honoriert. Diese Praxis ist rechtswidrig. Wegen der besonderen Bedingungen im Gesundheitssystem verstößt sie nach Auffassung des Verfassers aber trotz ihrer Korruptions- und Untreuenähe in aller Regel nicht gegen eine Strafnorm. Der Beitrag votiert deshalb für andersartige Interventionen.

I. Berufsrecht und Prämien

Im Zuge der normativen und wirtschaftlichen Umstellungen im Gesundheitssystem bilden sich einige neue Formen delinquenten Wirtschaftsverhaltens heraus. Hierzu zählen auch jene Kooperationsformen, die man als eine medizinische „Kopfgeld“-Praxis beschreibt¹. Damit sind diverse Vereinbarungen gemeint, die etliche Krankenhäuser mit regionalen Ärztegruppen abschließen, um den niedergelassenen Kollegen bestimmte (vor-/nach-)stationäre Behandlungsteile gegen ein meist pauschaliertes Entgelt zu übertragen. Um ein echtes Outsourcing von Leistungen geht es dort oft allerdings nur am Rande. Vielmehr wird von den Kliniken mit solchen Abreden vor allem eines bezweckt: die Ärzte in ihrer Funktion als „Einweiser“ an sich zu binden und sich von ihnen möglichst viele (geeignete) Patienten zuleiten zu lassen. Bisweilen rückt die Fallakquise hierbei so weit in den Vordergrund, dass man die Vergütung lediglich von Bagatelleleistungen abhängig macht und mitunter gar ohne deren Nachweis erbringt. Faktisch wird dann vom Krankenhaus allein die ärztliche Einweisung bezahlt.

In der bisherigen juristischen Diskussion wurden solche Praktiken lediglich unter berufsrechtlichen Vorzeichen erörtert: Entsprechend § 31 MBO-Ä sei dem Arzt durch die jeweilige LandesBO untersagt, sich irgendeinen Vorteil für die Zuweisung von Patienten versprechen/gewähren zu lassen. Wer die erwähnten Gelder von einer Klinik annehme, ohne hierfür tatsächlich eine äquivalente Leistung erbracht zu haben², verhalte sich folglich (unter Beteiligung des Krankenhauses³) standesrechtswidrig⁴. Es handele sich um eine verdeckte Einweiserprämie, für die das Gleiche gelte wie für die ähnlich organisierten Überweisungsentgelte im ambulanten Bereich (also wie z.B. für Teilgemeinschaftspraxen, die allein dem Austausch von Zuweisungen und Provisionszahlungen dienen⁵). Ein solcher Ansatz erscheint bei Lichte besehen freilich etwas verkürzt. So ist er allein auf die vertragsärztliche Seite fokussiert. Nicht angesprochen werden dagegen die Mitwirkungsanteile des Krankenhauses, das medizinische Nicht- oder Scheinleistungen vergütet, um bei der Patienteneinweisung bevorzugt zu werden. In

dieser Hinsicht nimmt man bestenfalls die zivilrechtlichen Folgen wahr (Nichtigkeit der fraglichen Verträge nach § 134 BGB⁶; wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit⁷), nicht aber die strafrechtliche Ebene. Gerade diesen Aspekt zu analysieren, scheint aber schon deshalb

- 129 -

Kölbel, wistra 2009, 129-133

- 130 -

vonnöten, weil man sich - zumindest was die Delinquenz im Gesundheitsbereich anlangt - in den polizeilich-justiziellen Institutionen wie im kriminologisch-strafrechtlichen Schrifttum generell auf die Individualakteure konzentriert, kaum aber die besonderen Probleme von Corporate Crime thematisiert⁸.

II.Ökonomisierung und Kriminalisierung

Oftmals ist es von medizinischem Nutzen, dass eine Klinik die Zusammenarbeit mit den ärztlichen Einweisern sucht. So können die stationären und ambulanten Behandlungsphasen abgestimmt und die Patienten der jeweils bestgeeigneten Einrichtung zugeführt werden (z.B. bei diagnoseeinschlägiger Spezialisierung). Unter den Bedingungen der gesetzlichen Krankenversicherung bietet diese Kooperation daneben aber auch wirtschaftlichen Gewinn. Den niedergelassenen Ärzten ist es möglich, ihre Einkünfte außerhalb der Gesamtvergütung (also nicht budgetiert) zu steigern, während für das Krankenhaus ein strategischer Wettbewerbsvorteil entsteht. Dessen Fallmanagement lässt sich durch die organisierte Einweiserbindung nämlich so weit optimieren, dass dies deren Kosten allemal überwiegt (z.B. durch verbesserte Bettenauslastung)⁹. Anstößig ist dies nur, wenn der einseitig ökonomische Zweck dominiert. In den eingangs beschriebenen Konstellationen ist dies indes ganz klar gegeben, denn so, wie man die Prämien- und Provisionsabreden dort gestaltet und handhabt, geht daraus - objektiv und nach dem Beteiligtenwillen - allein ein System strategischer Fallbeschaffung hervor.

Freilich kann es schwerlich verwundern, dass die Krankenhäuser solche Methoden entwickeln. Nicht umsonst wird im Gesundheitssystem auch „ex officio“ immer öfter versucht, mit vergleichbaren Anreizverfahren einen gewissen Einfluss auf das ärztliche Behandlungsverhalten zu nehmen (z.B. mit den Boni der Kassen für preisgünstig verordnende Ärzte)¹⁰. Überhaupt geht mit der derzeitigen Ökonomisierung des medizinischen Sektors eine veränderte Handlungslogik einher¹¹. Wenn man von sämtlichen korporativen und individuellen Akteuren verlangt, sich als Wettbewerber zu sehen (d.h., das Berufsverhalten einer gewerblichen Tätigkeit anzunähern und sich unternehmerische Maßgaben zu eigen zu machen), liegen die hier interessierenden Kooperationsformen überaus nahe. Im Wirtschaftssystem ist ein provisionsgetragenes Marketing schließlich auch gang und gäbe. Das Geschäftskalkül, das Einzug in den Gesundheitsbereich halten sollte, wird bei den Einweisungsprämien also lediglich zu Ende gedacht¹². Die hiergegen errichteten professions- und zivilrechtlichen Barrieren - mit denen man die medizinische Autonomie der Behandlungsentscheidung und das Vertrauen der Patienten in die ärztliche Unabhängigkeit wahren will¹³ - nehmen sich in diesem ökonomisierten Handlungsfeld dagegen eher als Fremdkörper aus¹⁴.

Dieser Zusammenhang ist aus den Vereinigten Staaten bestens bekannt. Da deren (öffentliches) Gesundheitssystem seit jeher auf besonders kompromisslosen Marktstrukturen basiert, sind die fraglichen Kooperationsformen dort schon lange verbreitet. Von den For-Profit-Dienstleistern wurde insofern eine beträchtliche Vielfalt an Modellen erdacht¹⁵. Im Zuge einer ethischen Skandalisierung hat der US-amerikanische Staat auf diese Entwicklung allerdings mit Kriminalisierung reagiert. Seit eini-

gen Jahrzehnten sind Zahlungen der hier thematischen Art (neben ähnlichen Honoraren, Provisionen und Rückvergütungen) somit unter Strafe gestellt (42 U.S. C. § 1320a-7b(b), sog. „Medicaid Anti-Kickback Statute“¹⁶). Da eine derartige Koinzidenz von Liberalisierung und Strafrecht für westliche Wirtschaftssysteme aber keineswegs untypisch ist¹⁷, ergibt sich auch von daher die Frage, ob es sich hierzulande ähnlich verhält.

III. Kooperation und Strafrecht

1. Kickback - die einschlägigen Normen

Eine erste Problemannäherung bietet die Diskussion jener arztstrafrechtlichen Fälle, in denen ein Auftragnehmer (Produzent) seine bevorzugte Inanspruchnahme durch einen medizinischen Auftraggeber mittels ähnlicher Rückvergütungs- und Provisionsmethoden sicherstellt (Kickback i.w.S.)¹⁸. Bei der ersten Konstellation geht es um Leistungserbringer, die einen Teil der von ihnen erbrachten Behandlungsmaßnahmen von Drittanbietern beziehen (z.B. Laboruntersuchungen oder Heil- und Hilfsmittel). Einen Nachlass (oder Bonus), den sie hierbei womöglich bekommen, dürfen sie dem Kostenträger nicht vorenthalten (§ 44 V S. 4 BMV-Ä)¹⁹. Machen sie in ihrer Abrechnung jedoch den vollen Preis geltend und täuschen sie so über ihre (rabattierten) Realkosten hinweg, begehen sie zu Lasten der Kasse einen Abrechnungsbetrug (§ 263 StGB)²⁰. Die zweite Fallgruppe ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Vertragsarzt seinen Patienten wiederkehrend gewisse Medikamente verschreibt, die von den Apotheken beschafft und bei den Kostenträgern abgerechnet werden. Erhält er dafür von den jeweiligen Herstellern eine umsatzabhängige Vergütung (finanzieller oder sonstiger Art), macht er sich nach Auffassung der Rspr. der Untreue strafbar (§ 266 StGB). Die Kassen, denen gegenüber er kraft seiner sozialrechtlichen Stellung vermögensbetreuungspflichtig sei, würden durch ihn nämlich geschädigt, weil sie für die Medikation

- 130 -

Kölbel, wistra 2009, 129-133

- 131 -

den Regelpreis zahlen, der in Höhe des Bonusbetrags als übersetzt gelten müsse²¹. Bei der dritten, vergleichbar gelagerten Variante gibt der Pharma- oder Medizinprodukte-Hersteller einen eher unspezifischen Anreiz für ein markentreues Verschreibungsverhalten und gewährt den Ärzten diverse „kundenpflegerische“ Zuwendungen (Geschenke, Einladungen usw.)²². Wegen des hierin liegenden Wettbewerbsschadens grenzen sogar diese gängigen Marketingmaßnahmen an Korruption (§§ 299, 331 ff. StGB)²³.

2. Tatbestandswertigkeit von Einweisungsprämien?

a) Auch die Einweisungsvergütung muss i.w.S. als ein Kickback-Modell gelten, doch weicht es von den bisher diskutierten Konstellationen so weit ab, dass die dort vorhandenen Strafrechtsansätze nur bedingt übertragbar sind. Immerhin deutet sich an, welcher Strafnormbereich im hiesigen Kontext prüfungswürdig erscheint. Bei §§ 263, 266 StGB steht dabei aber von vornherein nur eine stark eingeschränkte Relevanz zur Debatte. Selbst wenn mit der Vereinbarung und Umsetzung der „Kopfgeld“-Abrede eine Verpflichtung gegenüber den Kassen verletzt (Untreue) und/oder die Prämienzahlung in der Kassenabrechnung verschleiert würde (Betrug), ginge damit in aller Regel nämlich keine tatbestandliche Folge (Vermögensschaden beim Kostenträger) einher: Soweit der Patient der stationären Behandlung bedurfte und von der Klinik daher zu Recht aufgenommen wurde, muss die Kasse dafür

einstehen (§ 109 IV 2, 3 SGB V). Die Höhe der Vergütung ist dann primär erkrankungsabhängig, steht insofern aber prinzipiell fest (§ 17b KHG i.V.m. dem KHEntgG). Dass die Einweisung kollusiv organisiert worden war, wirkt sich auf das Entgelt für die ansonsten regulär erfolgte Behandlung nicht aus. Jedenfalls entfällt der Vergütungsanspruch der Klinik nicht wegen des Prämiensprechens. Die auf der vorhandenen Diagnose beruhende Zahlung deckt sich folglich mit dem, was dem Krankenhaus zu steht²⁴. Die Kasse leistet dabei i.Ü. auch nicht etwa deshalb zu viel, weil ihr eine Ersparnis in Höhe der Prämie (i. S. einer gesicherten Vorteilsaussicht) entginge²⁵. Vielmehr dürfte die Klinik das Entgelt gar nicht reduzieren. Angesichts der sozialrechtlichen Preisbindung, der die Behandlungspauschale unterliegt, ist die Möglichkeit, dass dem Kostenträger die betreffenden (zu Provisionszwecken verwendeten) Mittel gutgebracht werden, also schon juristisch verschlossen²⁶.

Unabhängig davon, ob das Vereinbaren/Zahlen eines Einweiserentgeltes ein Untreueakt ist und/oder bei der Abrechnung der fraglichen Krankenhausfälle über deren Zustandekommen getäuscht wird, ist es demnach ausgeschlossen, dass die Krankenkasse hierdurch einen Schaden erleidet. Die von ihr geleistete Regelpauschale ist genau das, was ihr für den Patienten zu leisten obliegt. Dass die Einweiserabrede keinen Vermögensnachteil erzeugt, erklärt sich letztlich dadurch, dass sie primär im „Innenverhältnis“ wirkt, wo das Krankenhaus einen Teil seines Erlöses - pro forma als Gegenleistung für ausgelagerte Behandlungselemente - an den Vertragsarzt weitergibt. Im „Außenverhältnis“ macht sich dies kaum bemerkbar. Beeinflusst wird hier allein, welches Krankenhaus den Behandlungsauftrag nebst der Vergütung erhält (was aus strafrechtlicher Warte ohne relevanten Vermögens effekt bleibt²⁷). Eine Mehrbelastung der Kasse tritt deshalb nur ein, wenn sich ein Arzt durch die Prämiensaussicht dazu bewegen lässt, Patienten auch ohne medizinische Notwendigkeit einzuweisen. Falls das Krankenhaus eine solche sog. Fehlbelegung nicht nur aufnimmt, sondern bei der Abrechnung als reguläre (und regulär zu vergütende) Versorgung ausgibt, erwirkt es bei den Kostenträgern eine überhöhte Zahlung²⁸. In derartigen Schadens-Konstellationen sind Betrug und Untreue denkbar. So wird § 263 StGB insbesondere dadurch verwirklicht, dass das Krankenhaus gegenüber der Kasse den Fehlbelegungscharakter des fraglichen Falles kaschiert - dass es m.a.W. den unberechtigten Erlös durch eine täuschungswertige Falschabrechnung bewirkt²⁹. Hinsichtlich der Kickback-Vereinbarung stellt dies aber lediglich ein Randphänomen dar, da es sich hier nicht um die normale Realisierung der Einweisungsvereinbarung handelt (bezahlte Zuführung/Abrechnung begründeter Behandlungsfälle), sondern um ein atypisches Kollusionsverhalten (bezahlte Zuführung/Abrechnung unbegründeter Behandlungsfälle). Für die strafrechtliche Bewertung der hier eigentlich interessierenden Einweisungskoope ration besagt dies also wenig³⁰.

So gesehen ist es auch nur am Rande bedeutsam, dass eine Untreue-Strafbarkeit - begangen vom einweisenden Arzt als Täter und der zahlenden Klinik als Anstifter - nicht einmal in diesen „Exzess“- Fällen vorliegt. Der Vergütungsschaden, den die Kasse dort durch die Finanzierung der unnötigen Behandlung erleidet, müsste dafür nämlich darauf beruhen, dass der niedergelassene Mediziner die Vermögensinteressen des Kostenträgers zu wahren hat und sich ihm gegenüber gleichwohl pflichtwidrig verhält (sei es durch Missbrauch von Vertretungsmacht oder in sonstiger Weise). Ein solcher Verlauf, den die Rechtsprechung bei der Arzneimittelverschreibung glaubt ausmachen zu kön

nen³¹, liegt bei stationären Maßnahmen, deren Veranlassung und Vergütung anders verläuft, grundsätzlich fern: Zwar bildet die abgesprochene Einweisung eine Schadensursache, doch mangels Vermögensbetreuungspflicht kommt sie als Tathandlung nicht in Betracht. Obwohl der Vertragsarzt die Krankenhauswahl seiner Patienten oftmals beeinflusst und obwohl eine Einweisung sogar notwendig ist, um eine stationäre Behandlung zu initiieren³², wird für die Entstehung eines Vergütungsfalles hiermit nämlich noch nichts präjudiziert. Für die Vergütung eines Krankenhausfalls ist erst die anschließende Entscheidung des aufnehmenden Arztes juristisch maßgeblich. Allein dieses Votum fixiert das Ob und Wo der stationären Behandlung, für die die Krankenkasse finanziell eintreten muss (§ 39 I SGB V)³³. Der Einweiser trägt für einen (unnötigen) Krankenhausfall also keine Verantwortung, sondern steuert mit seiner (ursächlichen) Mitwirkung nur ein untergeordnetes Vorfeldereignis bei. Angesichts ihrer Unverbindlichkeit entwickelt die Einweisung demnach weder eine Vertretungswirkung i. S. § 266 I Var. 1 StGB noch ist sie für die Arzt-Kassen-Beziehung hinreichend bedeutsam, um (v.a. im Hinblick auf den Treubruchtatbestand, § 266 I Var. 2 StGB) eine Vermögensbetreuungspflicht annehmen zu lassen³⁴.

b) Mithin läuft offenbar alles auf die Korruptionsdelikte (i.e.S.) hinaus. Für jene Tatbestände, von denen kein wirtschaftlicher Schadenseintritt vorausgesetzt wird, ist es unerheblich, dass Einweisungsprämien die Kostenträger finanziell nicht tangieren. Das stattdessen vertyppte Unrechtsereignis - die geschäftliche Bevorzugung eines dafür zahlenden Dritten durch einen Repräsentanten des Geschäftsherrn - scheint hier denn auch direkt gegeben. Immerhin begünstigt der Vertragsarzt, dessen Bestechlichkeit (bzw. Bestechung) in Frage steht, im Rahmen seiner Möglichkeiten (d.h. mit seinem äußerrechtlich wirksamen Einweisungsverhalten) eine Klinik, von der er im Gegenzug eine Prämie bezieht. Allerdings müsste er hierbei in einem spezifischen Verhältnis zum Kostenträger stehen und als „Beauftragter“ (dann: § 299 StGB)³⁵ oder als „Amtsträger“ (dann: §§ 331 ff. StGB) fungieren. Tatsächlich wird die Eigenschaft, Beauftragter des Geschäftsbetriebs der Kassen zu sein³⁶, bei der Arzneimittelverschreibung bisweilen darin gesehen, dass der Arzt kraft eines personalen Ernennungsaktes („Kassenzulassung“) bevollmächtigt ist, sich innerhalb des sozialrechtlichen und kollektivvertraglichen Rahmens zu bewegen und bzgl. der Medikation den individuellen Behandlungsanspruch der Patienten verbindlich zu konkretisieren (d.h. diesbzgl. die Kassen im für § 299 StGB erforderlichen Maße rechtswirksam zu binden)³⁷. Da er bei der stationären Behandlung indes, wie eben gezeigt, mit der Einweisung nur einen (normativ gesehen) untergeordneten Beitrag leistet und gerade nicht über die (für § 299 StGB erforderliche) Rechtsmacht verfügt, ist die Beauftragungskonstruktion wenigstens in diesem Bereich definitiv ohne Basis. Aus dem gleichen Grund entfällt hier folglich auch das Amtsträgermerkmal. Die insofern allein in Betracht kommende dritte Variante des § 11 I Nr. 2 lit. c StGB setzt eine Bestellung (i. S. einer organisatorischen Eingliederung) sowie einen materiell zur öffentlichen Eingriffs- oder Leistungsverwaltung zählenden Aufgabenbereich voraus³⁸ - wobei allerdings die betreffende Position (i. S. einer Mindestbedingung) mit Entscheidungsmacht ausgestattet sein muss³⁹. In dieser Hinsicht verbietet sich eine Einordnung des Kassenarztes - und zwar abermals deshalb, weil er bei einer stationären Behandlung lediglich als vorselektierende Instanz amtiert und über keine Gestaltungs Kompetenzen verfügt.

IV. Ertrag und Folgerung

Nach allem machen sich die Klinikrepräsentanten durch die Vereinbarung und Umsetzung von Einweisungsverträgen hierzulande nicht strafbar (abgesehen von Folgeaktivitäten mit eigenständiger Deliktswertigkeit)⁴⁰. Dennoch ist dies kein Anlass, nach dem Vorbild der Vereinigten Staaten mit einer strafgesetzgeberischen Lückenschließung für Abhilfe sorgen zu wollen. Gäbe es eine speziell zuständige Strafnorm, wäre deren Implementierung nämlich höchst defizitär. Bezeichnenderweise greifen die US-

amerikanischen Strafverfolgungsbehörden auf das Medicaid Anti-Kickback Statute - trotz breiter Verbotsfassung -

- 132 -

Kölbel, wistra 2009, 129-133

- 133 -

selten zurück. Da ihnen die Strafnorm als marktschädlich gilt, neigen sie eher dazu, die Verbotsausnahmen („safe harbours“) weit zu interpretieren und nur selten ein Anklagebedürfnis anzunehmen⁴¹. Doch ganz unabhängig von solchen politisch-administrativen Enforcement-Barrieren würde die Normdurchsetzung bereits durch faktische Schwierigkeiten sichtlich erschwert (lückenhafte Kontrolle, Nachweisprobleme, fehlendes Anzeigebereitschaft, Hürden der innerkorporativen Zurechnung usw.). Anhand der Verfolgungswirklichkeit bei wirtschaftsdeliktischen Aktivitäten ähnlicher Art (z.B. Abrechnungsverstöße), wegen deren Begehung der Krankenhausstab de lege lata eigentlich belangt werden könnte, kann man das sehr gut erkennen⁴². Gäbe es hierzulande ein ärztliches Anti-Kickback-Verbot, blieben die Verstöße also weitgehend unsanktioniert.

Dass sich das Strafrecht folglich als wenig geeignet erweist, die Kliniken an kollusiven Kooperationen mit anderen Leistungserbringern zu hindern, bedeutet nicht, dass sich keine anderen Optionen ergäben. So sind bspw. eine Reihe berufs- und u.U. auch vertragsarztrechtlicher Instrumente durchaus vorhanden (wenngleich dies vorwiegend auf die Seite der niedergelassenen Mediziner abzielt⁴³). Und falls die Dinge wirklich im Argen liegen - d.h. falls eine empirische Bestandsaufnahme wirklich ergäbe, dass das Profitkalkül die Übergänge von der ambulanten in die stationäre Behandlung trotz der vorhandenen rechtlichen Mittel allzu sehr dominiert -, stünden zudem auch anderweitige Maßnahmen im Raum. Eine Regulierung i.R. der Selbstverwaltung ist hierfür vermutlich am besten geeignet. Dabei würden sich womöglich auch jene Modelle als zielführend erweisen, die man der Korruptionsintervention von ökonomisch-kriminologischer Seite empfiehlt. Solchen Konzeptionen zufolge muss man einen der beiden Korruptionsbeteiligten abermals korrumpieren - d.h. ihm für die Enthüllung der Abreden eine hinreichend attraktive Amnestieleistung (auf Kosten des anderen) bieten. Danach würden alle Akteure begründetermaßen den Verrat ihrer Kollusionspartner fürchten und wären ohne das kooperationsnotwendige Vertrauen seltener zu einer entsprechenden Vereinbarung bereit⁴⁴. Im hiesigen Zusammenhang ließen sich korruptionswillige Krankenhäuser bspw. nachhaltig verunsichern, würde man jene Vertragsärzte, die einen unzulässigen Einweisungsvertrag aufdecken, standesrechtlich sanktionsfrei stellen und ihnen für jeden preisgegebenen Kollusions-Fall ein Mehrfaches der ihnen versprochenen Prämie zuzuweisen - und zwar aus der jeweiligen Fallvergütung der Klinik. Sicher weckt eine solche berufs- und abrechnungsrechtliche Gratifizierung manche Bedenken (z.B. wegen des Missbrauchsproblems und ethischer Aspekte), doch sollten solche Optionen wenigstens zur Diskussion gestellt werden.

Fußnoten

1) Vgl. das Positionspapier der Deutschen Krankenhausgesellschaft v. 22.3.2007 (unter www.dkgev.de/dkg.php/cat/74/aid/3704/start/30/title/Kooperationen_zwischen_niedergelassenen_Aerzten_und_Krankenhausern) sowie die Berichterstattung z.B. in SPIEGEL v. 5.11.2007 („Kopfgeld für Kranke“); Financial Times Deutschland v. 16.6.2007 („König Einweiser“); Tagespiegel v. 17.6.2007 („Vertraglich gebunden“).

2)

Ob Leistung und Prämie in einem angemessenen Verhältnis stehen, ist (u.B. eines unvermeidlichen Unschärfebereichs) im Einzelfall zu klären.

- 3) Klarstellend: Wenn hier in Fragen der (straf-)rechtlichen Haftung vom „Krankenhaus“ die Rede ist, meint dies die Verantwortlichkeit des jeweils handelnden Mitarbeiters. Probleme der „Unternehmensstrafe“ werden ausgeklammert.
- 4) Vgl. *Wienke/Janke*, Hess. Ärztebl. 2007, 105, 106 f.; *Altendorfer*, Orthopädie & Rheuma 2007, 14 f.; ebenso aus der Judikatur OLG Schleswig NJW 2004, 1745; OLG Koblenz MedR 2003, 580; prinzipiell auch OLG Düsseldorf, MedR 2005, 169.
- 5) Speziell zu diesem Problem bspw. *Bäune/Meschke/Rothfuß*, Komm. z. ZulassungsVO Vertragsärzte u. Vertragszahnärzte, 2008, § 33/56 f.; *Ratzel/Möller/Michels*, MedR 2006, 377, 381 f.; *Wigge*, NZS 2007, 393 ff.; *Fiedler/Fürstenberg*, NZS 2007, 184, 189 f.; zur Unzulässigkeit sonstiger Zuweiservergütungsmodelle vgl. *Kalb*, ZMGR 2005, S. 291 ff.
- 6) Dazu *Ratzel/Luxenburger*, in: dies. (Hrsg.): Hdb. MedizinR, 2008, 19/19 ff.; vgl. auch BGH NJW 1986, 2360; MedR 2003, 459.
- 7) Hierzu z.B. OLG Schleswig NJW 2004, 1745, 1746 f.; OLG Koblenz MedR 2003, 580; *Spickhoff*, NJW 2004, 1710, 1712; vgl. ebenfalls BGH NJW 2005, 3718; aber auch BGH MedR 2004, 325.
- 8) Dazu näher *Kölbel*, NSTZ 2009 (i.E.).
- 9) Außerdem verkürzen sich die Liegezeiten, wenn man einen Teil der stationären Maßnahmen extern delegiert. Dadurch sinken die realen Fallkosten z.T. so weit unter die abrechenbare Fall-Pauschale (deren Höhe von der reduzierten Behandlungsdauer weitgehend unabhängig ist), dass die Gewinnspanne über den „outsourcing-Kosten“ liegt (vgl. auch *Saßen*, Hrsg.: Zuweisungsmarketing, 2007).
- 10) Hierzu aus standesrechtlicher Sicht die *Bundesärztekammer*, Dtsch Ärztebl 2007, A-1607.
- 11) Zur Ökonomisierung des Gesundheitssystems *Bauer*, APuZ 8 -9/2006, 17 ff.; speziell für den stationären Bereich *Klaue*, in: *Bruckenberg/Klaue/Schwintowski* (Hrsg.): Krankenhausmärkte zwischen Regulierung und Wettbewerb, 2006, S. 1 ff.
- 12) Letztlich im Hinblick auf die Wettbewerbszwänge der Kliniken ebenso *Dahm*, MedR 2003, 580 f.
- 13) Vgl. BGH MedR 2003, 459: Verhinderung von Behandlungsformen, deren Wahl vom ärztlichen Eigeninteresse diktiert ist; außerdem solle der Wettbewerb zwischen den Zuweisungsempfängern (hier den Kliniken) manipulationsfrei verlaufen.
- 14) Überlegungen hierzu bei *Blumstein*, Health Affairs 15 (1996), 118 ff.; *Hyman*, J. of Legal Studies 30 (2001), 531, 549 f.
- 15) Vgl. die in den „Annual Reports“ des Health Care Fraud and Abuse Control Programs (zuletzt für das „Fiscal Year 2005“) geschilderten Bspe. (www.gov/dag/pubdoc.html).
- 16) Erfasst ist - ebenso wie in Regelungen der meisten Bundesstaaten - das Empfangen/Erbringen irgendeiner Vergünstigung als Gegenleistung für das Verschreiben/Erwerben/Empfehlen einer von den staatlichen Krankenversicherungen finanzierten medizinischen Leistung (vgl. den Überblick bei *McGuire/Schneider*, American Criminal Law Rev. 44, 2007, 633, 642 ff.; eingehend z.B. *Jost/Davis*, Medicare and Medicaid Fraud and Abuse, 1998, S. 81 ff.; *Matyas/Vali-*

- ant*, Legal Issues in Healthcare Fraud and Abuse, 3. Aufl. 2006, S. 17 ff.). Rechtspraktisch bedeutsamer sind indes die parallel drohenden Zivilstrafen nach dem False Claims Act (31 U.S. C. §§ 3729-3733; dazu *Krause*, *Cardozo Law Rev.* 23 (2002), 1363, 1392 ff.).
- 17) Dazu m.w.N. *Kölbel*, *MschKrim* 91 (2008), 22, 25 ff.
 - 18) Beim Kickback i.e.S. erhält ein Mitarbeiter einer Vertragspartei von deren Geschäftspartner i.Z.m. einem Vertragsschluss einen wirtschaftlichen Vorteil, der aus den Vertragsleistungen seines Prinzipals herrührt. Gemäß der allg. Rspr.-Linie (vgl. z.B. BGHSt 49, 317) wird dies auch im Gesundheitssystem als Untreue gewertet (so bei Beschaffungsvorgängen im Klinikbereich etwa BGHSt 47, 295; NStZ 2000, 90; NStE Nr. 49 zu § 52 StGB).
 - 19) Vgl. auch *Dahm*, *MedR* 2003, 460. Diese Pflicht ist eine Konsequenz des im SGB V festgelegten Wirtschaftlichkeitsgebotes (zum Problem *Ulsenheimer*, *ArztstrafR* in der Praxis, 4. Aufl. 2007, 14/29 f.).
 - 20) Vgl. BGH NStZ 2004, 568, 569; 2007, 269; *Herffs/Hellmann*, *Der ärztliche Abrechnungsbetrug*, 2006, S. 104 ff.
 - 21) Vgl. BGH NStZ 2004, 568, 569 f.; 2007, 213, 216; OLG Hamm *MedR* 2005, 236; *Schroth*, in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), *Hdb. d. MedizinstrafR*, 3. Aufl. 2007, S. 139 f.; krit. z.B. *Bernsmann/Schoß*, *GesR* 2005, 193 ff.
 - 22) Zu deren Üblichkeit vgl. *Campbell u.a.*, *NEJM* 356 (2007), 1742 ff.; zum Einfluss auf das Verschreibungsverhalten vgl. *Steinman u.a.*, *PLoS Med* 4 (4) 2007, e134.
 - 23) Zusammenfassend zur kontroversen Disk. *Badle*, *NJW* 2008, 1028, 1033.
 - 24) Mangels Rechtsgrundlage fällt die Pauschale nicht weg, ist also von der Kasse zu tragen. Dadurch wird diese mit ihrer Zahlung von einer Verpflichtung frei, was ihre Einbußen schadensausschließend kompensiert. In dieser Situation kann es somit auf sich beruhen, ob die Kasse durch ihre Leistung immer schon dort geschädigt ist, wo sie die Vergütung formal ablehnen könnte (so BGH NStZ 1995, 85; OLG Koblenz *MDR* 2001, 144) oder ob dies (sofern die erfolgte Behandlung materiell ihr Geld wert ist) vom jeweiligen Ablehnungsgrund abhängt (so z.B. *Volk*, *NJW* 2000, 3385; *Stein*, *MDR* 2001, 124 ff.).
 - 25) Beim herkömmlichen Kickback (Fn. 18) sieht die Rspr. (vgl. z.B. BGHSt 50, 299, 314) den Vermögensschaden darin, dass dem Prinzipal mit einiger Gewissheit ein Preisnachlass entgehe, für den der Vertragspartner die Provisionsmittel sonst verwenden würde (Verlust einer „Rabatt-Anwartschaft“; vgl. auch *Lackner/Kühl*, *StGB*, 26. Aufl. 2007, § 266/15; *Rönnau*, in: *FS Kohlmann*, 2003, S. 239, 257 ff.; *Schünemann*, *NStZ* 2006, 196, 200; kritisch *Bernsmann*, *StV* 2005, 576, 577; *ders.*, *GA* 2007, 219, 233 ff.).
 - 26) Ebenso für strukturähnliche Fälle LG Magdeburg, *wistra* 2002, 156, 157; *Rönnau* (Fn. 25), S. 259; *Bernsmann/Schoß*, *GesR* 2005, 193, 194.
 - 27) Allerdings errechnet sich die Vergütung nicht nur aus der invariablen Behandlungspauschale, sondern auch dem sog. Basisfallwert. Solange diese Größe noch krankenhaushängig ist (§ 4 VII KHEntgG), kann die Kasse u.U. doch mehrbelastet werden, wenn der Arzt den Patienten in eine Klinik einweist, deren Basisfallwert über dem der anderen verfügbaren Häuser liegt. Preisdifferenzen, die allein aus Basisfallwerten resultieren, sind normativ gesehen aber unbeachtlich. Dies folgt aus der ärztlichen Wahlfreiheit. In den Grenzen der Notwendigkeit und Wirt-

schaftlichkeit haben die Kassen danach die Kosten genau jener Klinik zu tragen, die der Patient aufgrund persönlicher Entscheidung oder auf Rat des einweisenden Arztes aufsucht - und abhängig davon, ob es ein teures oder günstiges Haus ist. Deshalb ist es auch i.S.d. Strafrechts kein Schaden, wenn die Fälle durch Einweisungsprämien auf eine kostspieligere Einrichtung umgelenkt werden.

- 28) Die Klinik hat nur Anspruch auf Vergütung der notwendigen Maßnahme, hier also auf das Entgelt der preisgünstigeren ambulanten Behandlung (näher *Ossege*, Fehlbelegungsprüfungen von Maßnahmen (usw.), 2007, S. 190 ff.).
- 29) Näher *Kölbel*, NStZ 2009 (i.E.). Den Straftaten zu Lasten des Patienten, der einem überflüssigen Behandlungseingriff erleidet, kann hier nicht nachgegangen werden.
- 30) Ein weiteres atypisches Exzess-Bsp. wäre ein Abrechnungsbetrug, bei dem die Klinik die (ausgelagerte) prä-/poststationäre Maßnahme geltend macht, ohne dass die Anforderungen gemäß § 8 II 2 Nr. 4 KHG i.V.m. § 115a SGB V gewahrt wären (zu den Voraussetzungen der Abrechenbarkeit vgl. *Wigge/Harney*, Krankenhaus 2007, 958 ff., 1118 ff.; *Wienke/Janke*, Hess. Ärztebl. 2007, 105, 106).
- 31) Vgl. oben Fn. 21 sowie BGHSt 49, 17: Der verschreibende Arzt konkretisiere den rahmenartigen Behandlungsanspruch des Patienten hin auf eine individuelle Medikation (dazu m.w.N. *Schwerdtfeger*, NZS 1998, 97, 101; *Pilz*, NZS 2003, 350, 353) und fungiere daher als vermögensbetreuungspflichtiger Vertreter der Kasse, für die er mit der Apotheke einen Kaufvertrag abschließe, der sie bei fehlender Notwendigkeit des Arzneimittels wirtschaftlich schädige (zust. *Lackner/Kühl*, § 266/12; *Taschke*, StV 2005, 406, 408; zur Kritik vgl. stellvertretend *Klötzer*, NStZ 2008, 12, 15).
- 32) Die Verträge gem. § 112 SGB V sehen als Voraussetzung einer stationären Behandlung meist eine vertragsärztliche Einweisung vor (mit Ausnahme von Notfällen). Dies dient aber nur der ersten Fallselektion.
- 33) Näher BSGE 86, 166; 89, 104; SozR 3-2500 § 39 Nr. 4. Genau genommen ist nicht einmal die Aufnahmeentscheidung endgültig bindend. Für die Kostentragungspflicht der Kassen erzeugt sie nur einen Anscheinsbeweis (dazu *Biernert*, SGB 2004, 160 ff.); eine vollständige Überprüfung und Einwendungen sind weiterhin möglich (vgl. BSGE 89, 104, 108 ff.; NJW 2008, 1980; *Pilz*, NZS 2003, 350, 354 ff.).
- 34) Obwohl der Vertragsarzt bei seinem Einweisungsverhalten die Vermögensinteressen der Kassen durchaus beachten muss, ist dies nicht der Hauptaspekt des beiseitigen Verhältnisses (zu diesem Erfordernis bereits BGHSt 1, 186, 189; Überblick bei *Küper*, StrafR BT, 7. Aufl. 2008, S. 372 ff.; im vorliegenden Zusammenhang *Ulsenheimer*, MedR 2005, 622, 625). Der einweisende Arzt hat wegen der Folgekontrollen (oben in und bei Fn. 33) für die Zahlung der Kassen nur mittelbare Bedeutung (und i.U. zur Arzneimittelverordnung keine „Schlüsselstellung“ inne). Seine Entscheidung ist daher weder kennzeichnend noch essentiell für seine Beziehung zur Kasse. - Statt seiner Person dann wenigstens das aufnehmende und abrechnende Klinikpersonal für (gegenüber der Kasse) vermögensbetreuungspflichtig zu halten, verbietet sich i.Ü. schon deshalb, weil deren Aktivitäten angesichts des kassenseitigen Prüfvorbehaltes (Fn. 33) ebenfalls nicht bedeutsam genug sind, um Anlass für die Annahme einer solchen Verpflichtung zu geben.
- 35) Der „Angestellten“-Status kommt ersichtlich nicht in Betracht.

- 36) Als Beauftragter gilt seit BGHSt 2, 396, 401, „wer befugtermaßen für den Geschäftsbetrieb tätig werden kann, ohne Angestellter zu sein“ (BGH NJW 2006, 3290, 3298). Hierzu muss er vom Geschäftsherrn berufen worden sein (dazu m.w.N. *Geis*, *wistra* 2005, 369, 370).
- 37) So die geforderte Entscheidungsmacht (dazu etwa *Tröndle/Fischer*, StGB, 55. Aufl. 2008, § 299/10; *Momsen*, in: BeckOK StGB § 299/11) in Adaption von BGHSt 49, 17 begründend v.a. *Tröndle/Fischer*, § 299/10a; *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10, 12 ff.; vgl. auch *Pragal*, NStZ 2005, 133 ff.; mit den besseren Gründen abl. aber *Taschke*, StV 2005, 406, 410 f.; *ders.*, in: Dieners (Hrsg.): Zusammenarbeit der Pharmaindustrie mit den Ärzten, 2007, 2/9; *Bernsmann/Schoß*, GesR 2005, 193, 195 f.; *Geis*, *wistra* 2005, 369, 370; *ders.*, *wistra* 2007, 361, 362; *Sahan*, ZIS 2007, 69, 71 ff.; *Klötzer*, NStZ 2008, 12, 13 ff.
- 38) Zu diesen Elementen des Amtsträgerbegriffs (speziell auch mit Blick auf die „Bestellung“ von Freiberuflern bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben) etwa BGHSt 42, 230; 43, 96; 43, 370; NJW 1998, 2373; MüKo/Radtke, § 11/34 ff., 57 ff.; für eine Übertragbarkeit auf Vertragsärzte bei der Arzneimittelverordnung *Neupert*, NJW 2006, 2811, 2812 ff.; *Pragal/Apfel*, A&R 2007, 10, 16 ff.; berechtigterweise anders aber *Trüg*, in: BeckOK StGB § 11/27.1; *Taschke*, StV 2005, 406, 409 f.; *Geis*, *wistra* 2007, 361, 363 ff.; *Klötzer*, NStZ 2008, 12, 16; *Erlinger*, in: Wienke/Dierks (Hrsg.): Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin, 2008, S. 55 f.
- 39) Andernfalls fungiert die Person nicht als Repräsentant des Staates und kann diesen auch nicht diskreditieren (vgl. *Lackner/Kühl*, § 11/6; *Schramm*, JuS 1999, 333, 337; *Knauer/Kaspar*, GA 2005, 385, 389; vgl. auch MüKo/Radtke, § 11/51).
- 40) Es ist auch keine Ordnungswidrigkeit gegeben. § 15 I Nr. 4 i.V.m. § 7 HWG als einzige, bei Bonuszahlungen im Medizinmarketing einschlägige Vorschrift verlangt, dass eine Zuwendung i.Z.m. mit dem Werben für ein konkretes Medikament, Heilmittel oder eine Behandlung gewährt wird. „Werben“ i.S.d. HWG setzt voraus, dass man auf den Adressaten durch Aussagen über das Werbeobjekt (hier genauer: durch informationsvermittelnde und meinungsbildende Angaben zu einer konkreten Behandlung) einwirkt (vgl. *Greiff*, in: Ratzel/Luxenburger, Fn. 6, 33/16). Vorliegend dient die Klinik aber mit der Prämie nur ganz unspezifisch ihr Leistungspotenzial an - ohne über Behandlungen zu informieren und ohne diese anzupreisen.
- 41) Vgl. zum Ganzen *Hyman*, J. of Legal Studies 30 (2001), 531, 535, 550.
- 42) Dazu näher *Kölbel*, NStZ 2009 (i.E.).
- 43) Zu Sanktionsmöglichkeiten bspw. §§ 81 V, 95 VI SGB V, §§ 5 f. BundesärzteO und die HeilberG (vgl. auch oben Fn. 6 f.).
- 44) Vgl. etwa *Cooter/Garoupa*, Berkeley Law & Economics Working Papers 2000, Article 13 (unter www.bepress.com/blewp).

Der Zeitschriftenbeitrag wird von folgenden Dokumenten zitiert

Rechtsprechung

BGH Großer Senat für Strafsachen, 29. März 2012, GSSt 2/11

BGH 3. Strafsenat, 5. Mai 2011, 3 StR 458/10

Kommentare

Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht

- Saliger, § 263 STGB Betrug; Literatur

- Saliger, § 263 STGB Betrug; B. Tatbestand (Absatz 1); I. Tathandlung: Täuschung über Tatsachen; 3. Täuschung; d) Täuschung durch Unterlassen; bb) Garantienpflichten aus Gesetz
- Saliger, § 263 STGB Betrug; B. Tatbestand ...; IV. Vermögenss...; 3. Einzelne, w...; a) Ärztlicher ...; bb) Unproblematische Betrugsformen (Luftleistungen, Falschdeklarationen) und Anforderungen an die Fests
- Rübenstahl/Teubner, § 299 STGB Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr; Literatur
- Rübenstahl/Teubner, § 299 STGB Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr; C. Bestechlichkeit gem. Absatz 1; I. Objektive Tatbestandsmerkmale; 1. Taugliche Täter
... mehr

Sonstiges

Giring, Vorteilsannahme/Bestechlichkeit; e) Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 Abs. 1 StGB)

Pfohl, Lebensmittel- und Gesundheitswesen; B. Gesundheitswesen; VII. Betrug, Untreue und Korruption

Ulsenheimer/Gaede, Abrechnungsbetrug; III. Rechtliche Würdigung insbesondere anhand der GKV; 2. Merkmale des objektiven Tatbestandes; b) Täuschung durch Unterlassen

Ulsenheimer/Gaede, Abrechnungsbetrug; III. Rechtliche Würdigung insbe...; 2. Merkmale des objektiven Tatb...; e) Täuschungsbedingter Vermögen...; bb) Streng formale Betrachtungsweise im Sozialrecht und beg

Rönnau, 2. Kapitel Wirtschaftskorruption
... mehr