

NEWSLETTER MAI 2016

Inhaltsverzeichnis

Antikorruptionsgesetz für das Gesundheitswesen verabschiedet § 299 a, § 299 b, § 300 StGB	2
Gesellschaftsvertrag mit Schiedsvertragsregelung – gerichtliche Überprüfbarkeit des Schiedsspruchs nur im Ausnahmefall.....	4
Delegation persönlich zu erbringender Leistungen durch den ermächtigten Krankenhausarzt	6
Operationsänderung ohne Einwilligung des Patienten.....	8
Direktlieferung von üblichen Applikationsarzneimitteln in die Arztpraxis - generelle Absprache grundsätzlich unzulässig!	10
Auskunftsanspruch gegen DIMDI und das Kuratorium für Klassifikationsfragen im Gesundheitswesen zu OPS-Schlüsseln	12

MESSNER MARCUS

RECHTSANWÄLTE PARTNERSCHAFTSGESELLSCHAFT

JEAN-PIERRE-JUNGELS-STR. 6, 55126 MAINZ

TEL.: 0 61 31 – 96 05 70, FAX: 0 61 31 – 9 60 57 62

BRÜDER-GRIMM-STR. 13, 60314 FRANKFURT/MAIN

TEL.: 0 69 – 48 98 69 61-0, FAX: 0 69 – 48 98 69 61-9

INFO@MESSNER-MARCUS.DE

WWW.MESSNER-MARCUS.DE

REGISTERGERICHT KOBLENZ

REGISTER-NR.: PR 20150

Antikorruptionsgesetz für das Gesundheitswesen verabschiedet
§ 299 a, § 299 b, § 300 StGB

Henriette Marcus, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht



Das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen mit den Strafvorschriften der §§ 299a und 299b StGB, wurde am 14.04.2016 durch den Bundestag verabschiedet; der Bundesrat hat dem Gesetz nicht gesondert zuzustimmen. Die letztlich verabschiedete Regelung sieht nun - in Abwandlung zu den bisherigen Gesetzentwürfen - keine Bezugnahme mehr auf die berufsrechtlichen Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit vor. Die neue Regelung im Strafgesetzbuch zu § 299a StGB lautet künftig:

„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*

ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Entsprechend lautet die parallele Regelung in § 299b StGB auf Seiten des die Bestechung Anbietenden. Bei einer gewerbsmäßigen oder bandenmäßigen Begehung liegt das Strafmaß bei 3 Monaten – 5 Jahren, § 300 StGB. Nach der verabschiedeten Version besteht Erfordernis eines Strafantrags zur Strafverfolgung - das Delikt wird im Verdachtsfall durch die Staatsanwaltschaft von Amts wegen verfolgt. Ziel des Gesetzes ist es die Strafbarkeit für niedergelassene Heilberufe dort einzuführen wo im Anstellungsverhältnis für den gleichen Berufsträger bei gleicher Vorteilsnahme bisher bereits eine Strafbarkeit bestand. Als „Angehörige eines

www.messner-marcus.de

Heilberufs mit staatlicher Ausbildung“ gelten alle staatlich geregelten Ausbildungsberufe im Gesundheitswesen mit Ausnahme des Heilpraktikers. Das Gesetz tritt mit Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft.

Empfehlung:

Sie haben Fragen und/oder Beratungsbedarf im Zusammenhang mit dem neu verabschiedeten Gesetz? Sprechen oder rufen Sie uns an – wir prüfen und klären Ihre Fragen oder Überlegungen gerne!

Quelle: *BT-Drs. 18/8106 vom 13.04.2016, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) zu BT-Drs. 18/6446 (Gesetzentwurf) und BR-Drs. 360/15 (Gesetzentwurf);*

Gesellschaftsvertrag mit Schiedsvertragsregelung – gerichtliche Überprüfbarkeit des Schiedsspruchs nur im Ausnahmefall

Henriette Marcus, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht



Wird ein Gesellschaftsvertrag mit Schiedsabrede abgeschlossen, kann der im Streitfall ergehende Schiedsspruch nur in seltenen Ausnahmefällen gerichtlich überprüft und ggf. korrigiert werden, so der Bundesgerichtshof.

Der Bundesgerichtshof (BGH) bestätigte mit Beschluss vom 14.01.2016, Az. I ZB 8/15, die vorinstanzlichen Entscheidungen, wonach die Überprüfung der Entscheidung eines Schiedsgerichts durch Rechtsbeschwerde nur in seltenen Ausnahmefällen möglich ist. Im beurteilten Fall machte der Gesellschafter einer radiologischen Gemeinschaftspraxis, in der sich Vertragsärzte mit Ärzten ohne Zulassung zusammengeschlossen hatten (sog. gemischte Berufsausübungsgemeinschaft) geltend, dass die Jahresabschlüsse 2006 – 2010 über 4 Jahre hinweg gegen die Regeln des Gesellschaftsvertrages verstießen, da sie nicht zwischen privat- und vertragsärztlichen Umsätzen differenzierten. Dies gebietet jedoch der seit 2012 geltende § 73 Abs.7 SGB V in Verbindung mit § 33 Abs.2 und 3 Ärzte-ZV. Das Schiedsgericht wies die Schiedsklage durch Schiedsspruch ab; dagegen erhob der Kläger Rechtsbeschwerde beim OLG.

Der BGH stellte fest, dass nur wenn der Schiedsspruch elementare Grundlagen der Rechtsordnung des deutschen Rechts und damit die öffentliche Ordnung (ordre public) verletzt, der Schiedsspruch eines außergerichtlichen Schiedsgerichts in einem Gerichtsverfahren erfolgreich angegriffen werden kann. Die Zulassungsverordnung-Ärzte als untergesetzliche Rechtsgrundlage, reicht dazu nicht aus, da sie keinen wesentlichen Grundsatz des deutschen Rechts beinhaltet. Zudem beinhaltete die Regelung des § 73 Abs.7 SGB V in Verbindung mit § 33 Ärzte-ZV in dem zu beurteilenden Zeitraum bis 2010 noch keine Verbotsnorm für die Gewinnverteilungsregelung im Vertragsarztrecht, so der BGH.

www.messner-marcus.de

Empfehlung:

Bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen sollte gut bedacht werden, ob und welche Sachverhalte im Gesellschafterstreit einem Schiedsverfahren unterstellt werden sollen.

Quelle: *Bundesgerichtshof, Beschluss vom 14.01.2016, Az. I ZB 8/15;*

Delegation persönlich zu erbringender Leistungen durch den ermächtigten Krankenhausarzt

Henriette Marcus, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht



Die vertragsärztliche Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung besteht auch für den ermächtigten Krankenhausarzt. Werden Tätigkeiten, die persönlich zu erbringende Leistungen betreffen, an nachgeordnete Krankenhausärzte delegiert und vom ermächtigten (Chef-) Arzt als eigene Leistungen über die Quartalsabrechnung abgerechnet, stellt dies grundsätzlich einen Abrechnungsbetrug nach § 263 StGB dar.

Die Große Strafkammer beim Landgericht Berlin hatte am 19.01.2015 über die Strafbarkeit von zwei Chefärzten eines Krankenhauses zu entscheiden, die als Institutsleiter auch zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung in ihren Spezialgebieten der Hämostaseologie und Transfusionsmedizin jeweils persönlich ermächtigt waren. Überprüft wurde der Abrechnungszeitraum 1/2009 – 4/2012. Mit den Quartalsabrechnungen an die KV Berlin lagen die Sammelerklärungen vor, wonach die abrechnenden Ärzte ihre Leistungen höchstpersönlich erbracht hätten. Die KV Berlin hatte Strafanzeige wegen des Verdachts des gewerbsmäßigen Abrechnungsbetrugs gestellt. Die Abrechnungspraxis der betroffenen Ärzte wurde mittels Interviews, Stichproben der Leistungsdokumentation und risikoorientierten Stichproben sowohl durch die extern beauftragte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft KPMG, als auch zusätzlich hausintern durch den Leiter Compliance des Krankenhauses überprüft wurde. Es wurden insbesondere Fälle überprüft, in denen sich auf den Arztbriefen die Unterschriften jeweils eines Beschuldigten und eines weiteren, nachgeordneten Arztes befanden (Doppelunterschriften), Fälle der Vertretung wegen Abwesenheit und Fälle der Abrechnung ohne Nachweis der Beteiligung an der Leistung der beschuldigten Ärzte.

Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass in Fällen von Doppelunterschriften des ermächtigten Arztes und eines weiteren Arztes dem Vortrag der Ermächtigten zu folgen war, wonach die Befundungen regelmäßig persönlich validiert und danach unterzeichnet wurden. In Fällen, bei denen zu dokumentierten Diagnosestellungen die Befunde nicht schriftlich dokumentiert waren, konnte daraus nicht gefolgert werden, dass durch den Arzt zuvor gar keine Befunderhebung stattgefunden hat, so das Landgericht.

Da die Verdachtsgründe nur auf vagen Anhaltspunkten und bloßen Vermutungen fußten, wurden die stattgefundenen Durchsuchungen am Arbeitsplatz und in den Privatwohnungen beider Ärzte durch das Gericht als unverhältnismäßig bewertet. Nicht jede Abrechnungsunregelmäßigkeit stellt einen hinreichenden Tatverdacht für eine Durchsuchungsanordnung dar, so die Strafkammer.

Quelle: *Landgericht Berlin, Beschluss vom 19.01.2015, Az. 538 Qs 155 – 157/14, 538 Qs 155/14, 538 Qs 156/14, 538 Qs 156/14;*

Operationsänderung ohne Einwilligung des Patienten

Henriette Marcus, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht



Führt der Operateur die Operation anders als geplant durch und wurde der Patient zuvor über diese Änderung nicht aufgeklärt, so dass die Einwilligung des Patienten in den konkreten Eingriff fehlt, muss der Arzt einen nicht eilbedürftigen oder nicht mit erheblichen Risiken verbundenen Eingriff abbrechen und erneut aufklären, um sich nicht strafbar zu machen. Dies gilt auch, wenn der Patient bereits narkotisiert ist und der Operateur angibt, diesem die Risiken einer zweiten Anästhesie bei Folgeoperation ersparen zu wollen.

Das Amtsgericht (AG) Moers hatte mit Urteil vom 22.10.2015, Az. 601 Ds 44/15, 601 Ds – 103 Js 80/14 – 44/15, über die Strafbarkeit eines operativen Eingriffs eines leitenden Oberarztes für Gynäkologie wegen vorsätzlicher Körperverletzung zu entscheiden. Nach Voruntersuchung und Aufklärung der Patientin durch den Chefarzt über die Entfernung einer Zyste links hatte der Beschuldigte als operierender Arzt die Operation am Folgetag durchzuführen. Bei der Untersuchung der bereits narkotisierten Patientin stellte der Operateur morgens zusammen mit einem weiteren hinzugezogenen Oberarzt fest, dass vielmehr wegen eines rechtsseitigen Tastbefundes die Entfernung von auffälligem Gewebe medizinisch indiziert sei. Der Operateur entschloss sich die Operation nicht abzubrechen und durchzuführen, die erfolgreich verlief und medizinisch korrekt indiziert war bei bestätigtem histologischem Ergebnis.

Das AG verurteilte den Arzt trotz der erfolgreichen Operation wegen vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Geldstrafe in Höhe von 3.000,00 Euro, da er einen Eingriff ohne Einwilligung der Patientin zu einem gänzlich anderen Befund, als der geplanten und aufgeklärten Maßnahme durchgeführt hatte. Die vorhandene schriftliche Einwilligungserklärung der operierten Patientin erfasste zwar auch eine intraoperative Operationsänderung oder –Erweiterung. Sie bezog sich jedoch nicht auf diese, gänzlich andere Operation, so das Gericht. Auch eine sog. mutmaßliche Einwilligung der Patientin konnte die ärztliche Maßnahme nicht rechtfertigen.

www.messner-marcus.de

Eine mutmaßliche Einwilligung setzt voraus, dass die Einwilligung des Patienten nicht eingeholt werden kann, weil die Verzögerung des Eingriffs durch den Operationsabbruch mit akuter Lebensgefahr oder mit erheblichen Risiken für die Gesundheit des Patienten verbunden wäre. Beides war nicht der Fall. Die im Zivilrecht bestehende Rechtsfigur der sog. hypothetischen Einwilligung findet im Strafrecht keine Anwendung: anderenfalls könnte ein Arzt – so das Gericht – seinen Patienten jeden Eingriff aufzwingen, der medizinisch indiziert und sinnvoll ist und zu dem sich der Patient bei ordentlicher Aufklärung und Ausführung retrospektiv „wohl entschieden“ hätte. Von der medizinischen Indikation dürfe gerade nicht - auch nicht wohlmeinend und im Sinne der Patientin - auf die Einwilligung geschlossen werden, so das AG Mörs.

Quelle: *Amtsgericht Moers, Urteil vom 22.10.2015, Az. 601 Ds 44/15, 601 Ds – 103 Js 80/14 – 44/15*

Direktlieferung von üblichen Applikationsarzneimitteln in die Arztpraxis - generelle Absprache grundsätzlich unzulässig!

Henriette Marcus, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht



Absprachen zwischen Arzt und Apotheker, wonach übliche Applikationsarzneimittel zur Ersteinstellung und Ersteinweisung von Patienten unmittelbar zur Anwendung und Behandlung in die Arztpraxis geliefert werden ohne dass der Patient diese in der Apotheke seiner Wahl bezieht, ist grundsätzlich unzulässig, so der Bundesgerichtshof.

Der Bundesgerichtshof (BGH) bestätigte mit Urteil vom 18.06.2015, Az. I ZR 26/14 die Klage eines konkurrierenden Apothekers, wonach der unmittelbare Bezug von Arzneimitteln - auch üblichen Applikationsarzneimitteln zur unmittelbaren Anwendung in der Arztpraxis – durch Direktlieferung eines Apothekers in die Praxis nach § 11 Abs.1 S.1 ApoG unzulässig ist. - Dies betrifft Applikationsmittel, die keine Zytostatika sind oder zur Behandlung gefährlicher Infektionskrankheiten dienen (§ 11 Abs.2 ApoG bzw. §§ 47, 21 AMG). In dem entschiedenen Fall wurden Rezepte über Fertigspritzen zur Hepatitis-C-Impfung der Patienten von der Praxis an eine Apotheke direkt zugeleitet und von dieser unmittelbar an die Arztpraxis kurz vor dem Behandlungstermin direkt ausgeliefert, ohne dass die Patienten involviert waren.

Der BGH bestätigte, dass nur wenn im Einzelfall triftige Gründe vorliegen im Einzelfall eine Ausnahme gemacht werden darf. Dies kann der Fall sein, so der BGH, wenn der zu behandelnde Patient hilfebedürftig oder unzuverlässig ist und die Gefahr besteht, dass die rechtzeitige oder qualitätswahrende Beschaffung des Applikationsarzneimittels nicht gewährleistet werden kann und nicht sicher wäre, ob bzw. dass dieses an dem vereinbarten Behandlungstermin in der Arztpraxis vollständig und in der richtigen Verabreichungsform zur Verfügung steht. Im Regelfall ist jedoch die Apothekenwahlfreiheit des Patienten zu gewährleisten. Es darf keine Vorauswahl des Arztes über den sog. verkürzten Versorgungsweg durch Direktbeschaffung in einer Apotheke und ohne Einschaltung des Patienten erfolgen, auch nicht bei

www.messner-marcus.de

üblichen Applikationsarzneimitteln. Für Arztpraxen gilt auch nicht die besondere Regelung für Krankenhäuser, die mit sog. „Kooperationsapotheken“ nach § 39 Abs.1 S.4 SGB V im Rahmen des Entlassmanagements zusammenarbeiten können, so ausdrücklich der BGH.

Quelle: *Bundesgerichtshof, Urteil vom 18.06.2015, Az. I ZR 26/14;*

Auskunftsanspruch gegen DIMDI und das Kuratorium für Klassifikationsfragen im Gesundheitswesen zu OPS-Schlüsseln

Henriette Marcus, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht



Liegen die Voraussetzungen des Informationsfreiheitsgesetzes (IFG) vor, besteht für jedermann ein Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen der Behörden des Bundes. Das DIMDI als Bundesanstalt ist vom Gesundheitsministerium zur Klassifikation und Herausgabe der Operationen- und Prozedurenschlüssel (OPS) im stationären Bereich beauftragt und ist daher als Bundeseinrichtung grundsätzlich nach IFG auch auskunftsverpflichtet.

Das Verwaltungsgericht (VG) Köln hatte mit Urteil vom 05.11.2015, Az. 13 K 3206/14, darüber zu entscheiden, ob das DIMDI (Deutsches Institut für medizinische Dokumentation und Information) und dieses unterstützende Kuratorium für Klassifikationen im Gesundheitswesen nach §1 IFG gegenüber der klagenden privaten Stiftung für wissenschaftliche Forschungsprojekte, insbesondere medizinischen Dokumentation, zur Auskunft verpflichtet war. Angefordert waren Sitzungsprotokolle, Schriftwechsel, Unterlagen und Dateien im Zeitraum 2000-2011 zu den jährlich neu erscheinenden Klassifikationen OPS 1.1 - 2.0, zu denen Teile (Ergebnisse der Beratungen und Empfehlungen und beschlossene Begründungen) herausgegeben wurden, nicht jedoch Schriftwechsel und Sitzungsprotokolle mit Beratungsinhalt und –verlauf der nicht-öffentlichen Sitzungen des beratenden Kuratoriums.

Das VG Köln stellte fest, dass das DIMDI zusammen mit dem zur Beratung dauerhaft beauftragten Kuratorium öffentliche Verwaltungsaufgaben nach § 301 Abs.7 SGB V im Auftrag des Ministeriums für das BMG wahrnimmt. Die im Statut des Kuratoriums in Abstimmung mit dem BMG frei festgelegte Geheimhaltungspflicht über Ablauf und Inhalt der Beratungen könne dem bundesgesetzlichen Auskunftsanspruch nicht entgegen stehen. Die Inhalte seien auch nicht materiell geheimhaltungsbedürftig, so das VG Köln. Dem Argument des DIMDI, dass die Offenlegung der Sitzungsprotokolle Druck auf die beratenden Kuratoriumsmitglieder und sachge-

www.messner-marcus.de

rechte Diskussionen in künftigen Sitzungen verhindere, widersprach das Gericht mit dem Hinweis, dass dem abstrakten Argument kein konkreter Vortrag der Behörde gegenüber stehe. Das vorgetragene besondere öffentliche Interesse an der Kostenentwicklung im Gesundheitswesen und den gegenläufigen Interessen der Kuratoriumsmitglieder an der Abrechnungspraxis sei deshalb nicht einschlägig, weil die wirtschaftliche Bewertung und Festlegung in Euro und Cent wiederum dem InEK (Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus) obliege, so das VG Köln.

Empfehlung:

Sind für sachgerechte Antragstellung oder Prozessführung Unterlagen einer Bundesbehörde oder Landesbehörde im Geltungsbereich des IFG erforderlich oder hilfreich, können Einsichts- und Auskunftsansprüche nach IFG ggf. geltend gemacht werden. Dies gilt auch gegenüber Einrichtungen und Instituten, die den Behörden oder Ministerien zuarbeiten oder von diesen beauftragt sind.

Quelle: *Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 05.11.2015, Az. 13 K 3206/14; www.dimdi.de;*