

RECHT **RdM** DER MEDIZIN

Schriftleitung Christian Kopetzki

Redaktion Gerhard Aigner, Erwin Bernat, Daniel Ennöckl, Meinhild Hausreither,
Thomas Holzgruber, Dietmar Jahnel, Matthias Neumayr, Magdalena Pöschl,
Reinhard Resch, Hannes Schütz, Lukas Stärker, Karl Stöger,
Felix Wallner, Johannes Zahrl

Februar 2021

01

1 – 44

Beiträge

Provisionsverbote und Kooperationen der Heilberufe *Jakob Dietrich* ↻ 4

KA-AZG-Vorgaben für außergewöhnliche Fälle *Lukas Stärker* ↻ 12

Pharma-Forschung: Wieder schlug der EuGH zu
Franz W. Urlesberger ↻ 15

Gesetzgebung und Verwaltung

COVID-19, Rachen- und Nasenabstriche durch Turnusärzte,
Absolventen der Humanmedizin sowie Medizinstudierende ↻ 19

Aktualisierte Information über die Berufsrechte der Gesundheitsberufe
iZm COVID-19-Testungen ↻ 20

Schigebiete ↻ 21

Rechtsprechung

Gerichtliche Überprüfung von Freiheitsbeschränkungen
gem § 7 Abs 1a EpiG verfassungswidrig? *Christian Kopetzki* ↻ 29

Psychiatrische Unterbringung – Amtshaftung bei Absehen von
der Unterbringung *Gerhard W. Huber und Jakob Dietrich* ↻ 34

Leitsätze

Willensbildung im Disziplinarverfahren *Markus Lechner* ↻ 40

Wr Contact-Tracing V keine Rechtsgrundlage für verpflichtende
Erhebung von Kontaktdaten in der Gastronomie *Claudia Gabauer* ↻ 41

Provisionsverbote und Kooperationen der Heilberufe

RdM 2021/2

§ 53 Abs 2
ÄrzteG;
§ 35 Abs 3 ZÄG;
§ 33 Abs 2
MuthG;
§ 38 Abs 2
PsychologenG
2013;
§ 16 Abs 3
PsychotherapieG;
§ 32 Abs 2
MMHmG

Provisionsverbot;
Korruption im
Gesundheits-
wesen;
Patientenkauf;
Unrechts-
vereinbarung

Einige Berufsrechte der Heilberufe, insb das der Ärzte, enthalten Provisionsverbote, die eine Zuweisung von Patienten gegen Entgelt verbieten. Ihre Auswirkungen auf Kooperationen der Heilberufe wurden von der heimischen Rsp¹⁾ und Lehre bislang kaum behandelt, obwohl es in der Praxis durchaus Verwendung für sie geben dürfte. Der Beitrag soll hier das Problembewusstsein schärfen und tritt gleichzeitig für eine sachgerechte Anwendung der Provisionsverbote ein.

Von Jakob Dietrich

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Gemeinsamkeiten der Provisionsverbote
- C. Entstehungsgeschichte des ärztlichen Provisionsverbots
- D. Wesentliche Schutzzwecke der Provisionsverbote
 1. Schutz des Patientenwohls
 2. Schutz der Lauterkeit heilberuflichen Handelns
 3. Schutz der Berufskollegen vor ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteilen
- E. Vergütung für die Zuweisung von Patienten
- F. Unrechtsvereinbarung bei Vergütungsformen und Kooperationen
 1. Angemessene Vergütung einer heilberuflichen Tätigkeit
 2. Notwendige Werthaltigkeit der Leistung
 3. Keine Unrechtsvereinbarung, wenn die Zahlung ihren Grund in der Behandlung des Patienten selbst hat
 4. Unrechtsvereinbarung bei zusätzlicher Verdienstmöglichkeit?
- G. Abschließende Bemerkungen und Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Einleitung

Die Heilberufe leisten der Allgemeinheit einen wesentlichen Dienst, indem sie Kranke behandeln und Gesunde schützen. Schon lange kennt man aber die Gefahr, dass dabei nicht immer das Interesse an deren Gesundheit, sondern der eigene Nutzen im Vordergrund steht. Nicht umsonst heißt es bereits im Eid des Hippokrates auszugsweise: „In welches Haus ich auch immer kommen mag, betreten will ich es zum Nutzen der Leidenden und mich enthalten jedes vorsätzlichen Vergehens und jeder schädigenden Tat.“²⁾

Im modernen Rechtsbestand finden sich im Gesetzesrang³⁾ sog Provisionsverbote, die einen „Verkauf“ von Patienten aus wirtschaftlichem Eigeninteresse der Behandler verhindern wollen, für folgende Heilberufe: Ärzte (§ 53 Abs 2 ÄrzteG 1998); Zahnärzte (§ 35 Abs 3 ZÄG); Dentisten (§ 35 Abs 3 iVm § 57 ZÄG); Musiktherapeuten (§ 33 Abs 2 MuthG); Psychologen (§ 38 Abs 2 PsychologenG 2013); Psychotherapeuten (§ 16 Abs 3 PsychotherapieG) und Heilmasseur (§ 32 Abs 2 MMHmG).⁴⁾

Ebenfalls im Gesetzesrang, aber nicht auf bestimmte Berufsgruppen beschränkt, gibt es mit § 55a ArzneimittelG und § 108 MedizinprodukteG Bestimmungen, die für Patienten nachteilige Zuweisungen beim Vertrieb (Verschreibungen usw) von Arzneimitteln und Medizinprodukten verbieten. Sie werden in diesem Beitrag aber nicht behandelt.

In der Folge wird auf die Gemeinsamkeiten und Entstehungsgeschichte der Provisionsverbote, ihre Schutzzwecke und auf ihren Kern eingegangen, nämlich die Verknüpfung zwischen Vergütung und Zuweisung. Aufgrund der systematischen Ähnlichkeit zu den strafrechtlichen Korruptionsbestimmungen und weil es kaum heimische Lehre und Rsp zu den berufsrechtlichen Provisionsverboten gibt, wird hier auf den Meinungsstand zum österr (§§ 304 ff StGB) und deutschen Korruptionsstrafrecht (insb §§ 299 a ff dStGB, die Korruption im Gesundheitswesen zum Gegenstand haben) sowie zum deutschen ärztlichen Provisionsverbot (§ 31 der Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärzte)⁵⁾ zurückgegriffen. Anschließend werden praxisrelevante Kooperationsformen auf ihre Vereinbarkeit mit den Provisionsverboten untersucht.

B. Gemeinsamkeiten der Provisionsverbote

Das älteste Provisionsverbot hat der Berufsstand der Ärzte. Im Wesentlichen unverändert heißt es in § 53 Abs 2 ÄrzteG seit Einführung der Bestimmung mit BGI 1949/18: „Der Arzt darf keine Vergütungen für die Zuweisung von Kranken an ihn oder durch ihn sich

1) Soweit ersichtlich, gibt es nur zum ärztlichen Provisionsverbot folgende oberstgerichtliche E: OGH 10. 7. 1979, 4 Ob 10/79; 9. 3. 1999, 4 Ob 21/99p sowie 4 Ob 16/99p und 3. 7. 2003, 4 Ob 112/03d.

2) Abgedruckt in *Strobl, Ärztegesetz mit Kommentar* (1971) Anh 8, 198; s auch *Kodex Ärzterecht*¹⁶ 2020 (Stand 1. 11. 2019) 406.

3) Provisionsverbote gibt es auch in diversen (derzeit gem § 718 Abs 6 ASVG noch in Kraft stehenden) Gesamtverträgen (zB Primärversorgungs-Gesamtvertrag sowie Ärzte-Gesamtverträge für Oberösterreich und Wien) oder Standesrichtlinien.

4) Siehe auch *Schneider* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht* Kap. IV.2.2.2.1. (Stand 1. 3. 2015, rdb.at).

5) „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.“

oder einem anderen versprechen, geben, nehmen oder zusichern lassen.“⁶⁾

Die Provisionsverbote der Musiktherapeuten, Zahnärzte und Dentisten haben denselben Wortlaut wie § 53 Abs 2 ÄrzteG. In den anderen Bestimmungen ist statt von „Kranken“⁷⁾ von „Personen“ die Rede und zusätzlich zur „Zuweisung“ auch die „Empfehlung“ verboten. Die Materialien⁸⁾ dazu sind unergiebig und verweisen bei der Erlassung des einen Provisionsverbots nur auf bereits in Kraft stehende andere Provisionsverbote (beginnend bei den Ärzten) und damit verwandte Werbebeschränkungen, die den Patienten ein sachliches Informationsangebot vermitteln sollen. Es ist somit davon auszugehen, dass bei jenen Provisionsverboten, die dem Provisionsverbot des ÄrzteG folgten, schlicht der schon woanders bestehende Rechtsbestand übernommen wurde. Aus diesem Grund lassen sich die Überlegungen zum ärztlichen Provisionsverbot auf die anderen Provisionsverbote übertragen.

C. Entstehungsgeschichte des ärztlichen Provisionsverbots

Auch die Materialien zum ÄrzteG nehmen kaum auf sein Provisionsverbot Bezug. Es ist allerdings davon auszugehen, dass das Provisionsverbot aus der „Kernbestimmung“⁹⁾ des ÄrzteG, nämlich der Verpflichtung des Arztes, jeden Gesunden und Kranken gewissenhaft zu betreuen und dabei das Wohl der Kranken und den Schutz der Gesunden zu wahren (heute § 49 ÄrzteG), herausgelöst wurde: Bevor das Provisionsverbot und andere die ärztliche Behandlung regelnde Bestimmungen mit BGBl 1949/92 Eingang in das ÄrzteG fanden, enthielt die davor (wenn auch nur kurz)¹⁰⁾ geltende ÄrzteO 1937 nur die Verpflichtung zur Wahrung des Interesses der Kranken und des Schutzes der Gesunden (damals § 10).¹¹⁾ Aufgrund ihrer allgemeinen Formulierung ließ sich die Bestimmung jedoch nur schwer vollziehen, was zur Schaffung eines eigenen Werbe- und Provisionsverbots (§ 9 ÄrzteG 1949) neben anderen konkreten Berufspflichten führte. Die gewählte Formulierung „dem Arzt ist es verboten [...]“ mit konkreter Auflistung der zu sanktionierenden Tätigkeiten erleichterte die Vollziehung. Die Materialien¹²⁾ zum ÄrzteG 1949 weisen auf dieses Ziel hin, wenn es dort heißt, dass insb die Pflicht des Arztes, Menschen ohne Unterschied zu behandeln (Anm: und hierbei das Wohl der Kranken und den Schutz der Gesunden zu wahren, s § 7 Abs 1 idF BGBl 1949/92) wohl in dem von jedem Doktor der Medizin bei der Promotion zu leistenden hippokratischen Eide übernommen worden ist, doch die Aufnahme der Bestimmungen der §§ 6 bis 9 deshalb erforderlich erschien, um sie unter Strafsanktion stellen zu können.

D. Wesentliche Schutzzwecke der Provisionsverbote

1. Schutz des Patientenwohls

Für die Anwendung und Auslegung der Provisionsverbote zeigt die eben dargestellte Entstehungsgeschichte,

dass hinter ihnen in erster Linie das Rechtsgut der Gesundheit der Patienten steht und sie das Patientenwohl vor monetär beeinflussten Zuweisungen schützen wollen. Diesen Schutzzweck anerkennt auch der OGH¹³⁾ zum thematisch ähnlichen § 108 MPG,¹⁴⁾ wenn er ausführt, dass die durch die Bestimmung bewirkte Einschränkung der Erwerbsmöglichkeiten aller von § 108 MPG erfassten Personen dem Schutz der Gesundheit und damit einem grundsätzlich höherwertigen Rechtsgut dient.¹⁵⁾

Ohne die Bestimmung wäre zu befürchten, dass die Behandler und Zuweiser aufgrund materieller Vorteile auch weniger geeignete Nachbehandlungen ihrer Patienten in Kauf nehmen würden, die ihnen im schlimmsten Fall sogar körperlich schaden könnten.¹⁶⁾ Zudem würde bei einem zulässigen Patientenkauf die Gefahr bestehen, dass die Qualität der ärztlichen Leistung insgesamt sinkt, weil nicht mehr fachliche, sondern finanzielle Gesichtspunkte bei der Zuweisungsentscheidung den Ausschlag geben.¹⁷⁾ →

6) § 53 Abs 2 Satz 2 und 3 ÄrzteG lauten: „Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind nichtig. Leistungen aus solchen Rechtsgeschäften können zurückgefordert werden.“ Die zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen die verschiedenen Provisionsverbote sind nicht Gegenstand dieses Beitrags.

7) Dort wo nur von „Kranken“ die Rede ist, führt das verwaltungsstrafrechtliche Analogieverbot (zB VwGH 7. 7. 2017, Ra 2016/03/0099) dazu, dass eine Zuweisung von gesunden Patienten (etwa Schwangere, Schönheitsoperationen) jedenfalls verwaltungsstrafrechtlich nicht verfolgt werden darf; disziplinar- und wettbewerbsrechtliche Konsequenzen könnte es aber auch hier geben.

8) RV 1087 BlgNR 22. GP 8 (ZÄG); RV 552 BlgNR 23. GP 19 (MuthG); RV 1257 BlgNR 17. GP 14 und RV 2572 BlgNR 24. GP 5 (Psychologeng 1990 und 2013); RV 1256 BlgNR 17. GP 18 (PsychotherapieG); RV 1140 BlgNR 21. GP 61 (MMHmG).

9) Strobl, Ärztesgesetz § 7 Anm 1.

10) Sie wurde kurz nach Inkrafttreten mit dRdGBI 1939 I S 1048 durch die Reichsärzteordnung ersetzt.

11) „Der Arzt ist verpflichtet, die von ihm in ärztliche Behandlung übernommenen Kranken gewissenhaft zu behandeln; er hat hiebei nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung unter Einhaltung der bestehenden Vorschriften das Interesse der Kranken und den Schutz der Gesunden zu wahren.“

12) ErläutRV 784 BlgNR 5. GP 17.

13) OGH 21. 10. 2003, 4 Ob 104/03b; OGH 21. 10. 2003, 4 Ob 156/03z.

14) „Im Rahmen der Verkaufsförderung für Medizinprodukte bei den Personen, denen im Rahmen der Verschreibung, Abgabe, Beschaffung für Einrichtungen des Gesundheitswesens, Errichtung, Inbetriebnahme oder Anwendung Aufgaben zukommen, ist es verboten, diesen eine Prämie, finanzielle oder materielle Vorteile zu gewähren, anzubieten oder zu versprechen [...]“

15) Siehe zu diesem Schutzzweck auch Graml, Das ärztliche Verbot der Zuweisung gegen Entgelt (2012) 120; Schmidt, Grenzen finanzieller Einflussnahme auf ärztliche Entscheidungen bei der Kooperation von Ärzten mit anderen Leistungserbringern in der Gesundheitswirtschaft (2014) 114f.

16) Schmidt, Grenzen 116, 118.

17) Siehe zu den ähnlichen Auswirkungen unzulässiger Preiswerbung VfGH 1. 10. 2001, V 56/00 ua; ähnlich BVerfG 11. 2. 1992, 1 BvR 1531/90 Rz 56: „Das Werbeverbot [...] soll eine Verfälschung des ärztlichen Berufsbildes verhindern, die einträte, wenn der Arzt Werbemethoden verwendete, wie sie in der gewerblichen Wirtschaft üblich sind [...]. Hinter diesem Zweck steht wiederum das Rechtsgut der Gesundheit der Bevölkerung [...]. Die ärztliche Berufsausübung soll sich nicht an ökonomischen Erfolgskriterien, sondern an medizinischen Notwendigkeiten orientieren. Das Werbeverbot beugt einer gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufs vor.“; ebenso BT-Drs 18/6446 zu §§ 299 a f dStGB, 12 sowie Kiesl in (IN)TRANSPARENZ Ein-Blick in das Gesundheitswesen, Abstract – Sammlung des Linzer Forum 09 am 29. 10. 2009, Intransparenz und Korruption – Betroffenheit der sozialen Krankenversicherung 14.

2. Schutz der Lauterkeit heilberuflichen Handelns

So wie die thematisch ähnlichen strafrechtlichen Korruptionstatbestände die Lauterkeit der Amtsführung schützen,¹⁸⁾ schützen die Provisionsverbote die Lauterkeit des heilberuflichen Handelns. Im Bereich des ärztlichen Berufs- und Standesrechts bedeutet Lauterkeit ein von finanziellen Interessen unabhängiges und von sachlichen (medizinischen) Erwägungen geleitetes Handeln.¹⁹⁾ Zum deutschen ärztlichen Provisionsverbot (§ 31 MBO) wird einhellig vertreten, dass es verhindern will, dass sich der Behandler in seiner Entscheidung, welchem anderen Leistungserbringer er Patienten zuweist, nicht von vornherein gegen Entgelt bindet, sondern diese Entscheidung allein aufgrund medizinischer Erwägungen im Interesse des Patienten trifft.²⁰⁾ Negativ formuliert soll sichergestellt werden, dass sich der jeweilige Arzt/Heilberufler bei Zuweisungen nicht von sachfremden Motiven – insb. finanziellem Interesse – leiten lässt.²¹⁾ Freilich dient dieser Schutzzweck letztendlich wieder dem gesundheitlichen Wohl der Patienten.

3. Schutz der Berufskollegen vor ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteilen

Die durch die Provisionsverbote geschützte Lauterkeit des heilberuflichen Handelns dient auch dem Schutz der Berufskollegen vor ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteilen. Provisionszahlungen beeinträchtigen den Wettbewerb, weil durch sie die Gefahr besteht, dass nicht jener Arzt/Heilberufler in Anspruch genommen wird, der sich durch fachliches Können hervorrot, sondern jener, der (am meisten) zahlt. Auf diese Weise kann eine Verdrängung jener Anbieter stattfinden, welche lauter agieren und nicht die finanziellen Mittel aufwenden (können), um auf die Zuweisungsentscheidung eines Arztes/Heilberuflers Einfluss zu nehmen.²²⁾

Zur Parallelbestimmung im deutschen ärztlichen Berufsrecht (§ 31 MBO) heißt es übereinstimmend, dass die Norm (auch) dazu bestimmt ist, zu verhindern, dass sich Ärzte durch Vorteilsgewährungen ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile gegenüber ihren Berufskollegen verschaffen.²³⁾ Dieser Schutzzweck lässt sich auf die österr. Provisionsverbote aufgrund ihrer Ähnlichkeit mit § 31 MBO zwanglos übertragen und ergibt sich auch aus dem hinter den Provisionsverboten stehenden Rechtsgut, der Lauterkeit und Unabhängigkeit des heilberuflichen Handelns (D.2.).

E. Vergütung für die Zuweisung von Patienten

Damit der Tatbestand der Provisionsverbote erfüllt ist, muss eine Verknüpfung zwischen Vergütung und Zuweisung bestehen, die durch das Tatbestandsmerkmal „für“ zum Ausdruck kommt. Das Tatbestandsmerkmal ist Kern²⁴⁾ der Provisionsverbote, weil in ihm das für Korruptionshandlungen charakteristische „do ut des“-Prinzip zum Ausdruck kommt.

Der in Österreich in diesem Zusammenhang gängige Begriff „Motivationszusammenhang“²⁵⁾ macht deutlich,

dass im Rahmen der Prüfung des Tatbestandsmerkmals „für“ zu ergründen ist, was die Ursache für das Fordern, Annehmen oder Sich-Versprechen-Lassen des Vorteils (der Vergütung) ist.²⁶⁾ In der in Deutschland gebräuchlichen „Unrechtsvereinbarung“, kommen plastisch die wesentlichen Merkmale von Korruption zum Ausdruck, nämlich der Regelverstoß (Unrecht), und der Austausch von Vorteilen/Leistungen (Vereinbarung).²⁷⁾ Deshalb genügt nicht bereits der bloße Austausch von Vorteilen, sondern es ist das Einvernehmen der Parteien über die Regelwidrigkeit des Abkommens erforderlich.²⁸⁾ Was das für ärztliche Kooperationen heißt, zeigen die folgenden Konstellationen.

F. Unrechtsvereinbarung bei Vergütungsformen und Kooperationen

1. Angemessene Vergütung einer heilberuflichen Tätigkeit

Besonders solche Zuwendungen stehen unter Korruptionsverdacht, die einem zuweisenden Arzt (oder sonstigen Heilberuf) in vermeintlicher Verschleierungsab-

18) Siehe nur RIS-Justiz RS0095948 „Reinheit, Sauberkeit und Unverkäuflichkeit der Amtsführung“.

19) Siehe OGH 9. 3. 1999, 4 Ob 21/99p sowie *Blum*, Werbung im Zusammenhang mit der ärztlichen Berufsausübung, Wiener rechtswissenschaftliche Dissertation 2017, 99.

20) Zur beinahe wortgleichen Bestimmung der Berufsordnung für deutsche Ärzte BGH 22. 1. 1986, VIII ZR 10/85; 20. 3. 2003, III ZR 135/02; 23. 2. 2012, I ZR 231/10; OLG Düsseldorf 1. 9. 2009, I-20 U 121/08; *Ratzel* in *R. Ratzel/H.-D. Lippert*, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO) § 31 Rz 3; *Ratzel/Knüpfer* in *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht³ (2015) 130; *Wigge* in *Schnapp/Wigge*, Handbuch des Vertragsarztrechts³ (2017) § 2 Die Rechtsstellung des Vertragsarztes Rz 44; *Schütze*, Die Sachwalterstellung der Vertragsärzte – Grenze für Boni, Fangprämien und andere Interessenverquickungen, in FS Renate Jaeger (2011) 539 (547): „Patienten sollen nicht zum Objekt fremder wirtschaftlicher Interessenverfolgung werden.“; *Scholz* in *Spickhoff*, Medizinrecht² (2014) § 31 MBO Rz 2.

21) Siehe auch OGH 30. 8. 2016, 4 Ob 133/16m; in dieser E ging es zwar um das Werbeverbot in § 3 der Verordnung Arzt und Öffentlichkeit 2014; da das ärztliche Provisionsverbot aufgrund der Systematik des § 53 ÄrzteG als Ergänzung der dort geregelten Werbebeschränkung anzusehen ist, lassen sich die zur Werbebeschränkung aufgestellten Grundsätze weitgehend übertragen; zum thematisch ähnlichen § 108 MPG siehe OGH 21. 10. 2003, 4 Ob 104/03b; ebenso *Wallner* in *Resch/Wallner*, Medizinrecht² (2015) Kap XXI Rz 293; so auch *Schütze*, Sachwalterstellung der Vertragsärzte 547.

22) *Schick*, Unerlaubte Provisionen, Zuwendungen und Vorteile in strafrechtlicher Sicht, in *Krejci/Ruppe/Schick*, Unerlaubte Provisionen, Zuwendungen und Vorteile im Straf-, Privat- und Steuerrecht (1982) 11 (20); BT-Drs 18/664, 12.

23) Zur deutschen Rechtslage etwa BGH 20. 3. 2003, III ZR 135/02; OLG Hamm 22. 10. 1984, 2 U 172/83; OLG Stuttgart 10. 5. 2007, 2 U 176/06; LG Hamburg 27. 8. 2013, 312 O 484/12; diese alle in Anlehnung an (nunmehr) *Ratzel*, MBO-Komm § 31 MBO Rz 3; *Ratzel/Knüpfer* in Handbuch Medizinrecht³ 131; s auch *Scholz*, Medizinrecht² § 31 MBO Rz 1; *Schmidt*, Grenzen 124f; *Graml*, Zuweisung gegen Entgelt 123.

24) BGH 14. 10. 2008, 1 StR 260/08: Unrechtsvereinbarung als „Kernstück aller Bestechungsdelikte“; s auch *Nordmeyer/Stricker* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 304 Rz 58 (Stand 1. 8. 2018, rdb.at).

25) *Hauss/Komenda* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (30. Lfg 2014) § 304 StGB Rz 89, 120f.

26) Siehe *Hauss/Komenda*, SbgKomm § 304 StGB Rz 120; iZM § 53 Abs 2 ÄrzteG freilich mit der Einschränkung, dass „Fordern“ einer Vergütung nicht Teil des Tatbestands ist.

27) *Medigovic*, Geht das neue Korruptionsstrafrecht für Amtsträger zu weit? ÖJZ 2009, 149 (155).

28) Zuletzt OGH 6. 6. 2016, 17 Os 8/16d („spezifische Verknüpfung von Vorteil und Amtsgeschäft“); *Aichinger* in *Leukauf/Steininger*, StGB⁴ § 304 Rz 14; *Hauss/Komenda*, SbgKomm § 304 StGB Rz 89.

sicht für eine Tätigkeit im zeitlichen Nahebereich zu einer getätigten Zuweisung gegeben werden (es soll dadurch womöglich nicht die Zuweisung vergütet werden, sondern die zusätzlich erbrachte Leistung des Zuweisers). Die strafrechtliche Literatur nennt in diesem Zusammenhang insb Nebenaktivitäten wie Gutachter-, Berater- und Vortragstätigkeiten oder die Teilnahme an Anwendungsbeobachtungen.²⁹⁾ Darunter können aber auch Leistungen fallen, die ein zuweisender Arzt im Anschluss an die Zuweisung für den Zuweisungsempfänger an Patienten erbringt (zB Aufklärung vor einer Operation oder postoperative Nachsorge) und welche vom Zuweisungsempfänger entlohnt werden (s zu dieser besonders praxisrelevanten Konstellation Pkt F.4.).

Werden angemessene Honorare gezahlt, ist davon auszugehen, dass sie tatsächlich nur für die zusätzliche (zusätzlichen Arbeitseinsatz erfordernde) Tätigkeit und nicht für eine Zuweisung geleistet werden, daher eine Unrechtsvereinbarung nicht vorliegt.³⁰⁾ Umgekehrt kann eine unangemessen hohe Vergütung ein starkes Indiz für eine Unrechtsvereinbarung sein.³¹⁾

Was aber angemessen für verschiedene Gesundheitsleistungen ist, ist gesetzlich nicht festgelegt. Im kassenärztlichen Bereich wird man dafür als Untergrenze jedenfalls die Ansätze der Honorarordnungen heranziehen können. In stRsp hält sie der VfGH nämlich für angemessen, weil sie als Teil des Gesamtvertrags das Ergebnis von Verhandlungen zwischen Interessenvertretungen (Ärztelkammer und Hauptverband) sind und den zwischen den gegenbeteiligten Interessen erzielten Interessenausgleich zum Ausdruck bringen.³²⁾ Auch der BGH³³⁾ war in einem Streit um die Honorierung von Leistungen, welche eine radiologische Gemeinschaftspraxis gegenüber einem Krankenhaus erbracht hatte, der Ansicht, dass sich die „jeweiligen Vertragsparteien [...] am ärztlichen Gebührenrecht orientieren können“.³⁴⁾

Wenn es um die Erstellung von Gutachten geht, wird man die Honorarordnung der Österreichischen Ärztekammer für gutachterliche Tätigkeiten heranziehen können. Hinsichtlich der Teilnahme an Anwendungsbeobachtungen und anderen Dokumentationsleistungen, bei denen Fragebögen über durchgeführte Behandlungen ausgefüllt, retourniert und vergütet werden (und so eine zusätzliche Einkommensquelle für den zuweisenden Arzt geschaffen wird), sind bei der Angemessenheit folgende Aspekte zu beachten: Es geht um den Arbeits- und Verwaltungsaufwand des Arztes, der für die Zurkenntnisnahme des Formulars, die Überprüfung der Patientenbefunde und die Zurücksendung der Ergebnisse erforderlich ist. Weitere Faktoren sind die Qualifikation des Arztes und die Qualität bzw der Wert der erteilten Informationen.³⁵⁾ Eine Vergütung, die dem Rechnung trägt, spricht idR gegen das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung. IZm Unternehmensbeteiligungen von Ärzten schlägt *Ratzel*³⁶⁾ für die Beurteilung der (Un-)Angemessenheit einer Kapitalrendite einen Fremdvergleich vor, wobei geprüft wird, welchen Gewinn ein nichtärztlicher Gesellschafter in einem vergleichbaren Unternehmen ohne die Steuerung über die eigene Verordnung erzielen könnte.

Zur angemessenen Entlohnung von Leistungen, die Ärzte erbringen, verweist *Birklbauer*³⁷⁾ auf den Markt-

Werbewert von Vortragenden und Gutachtern, der bei deren Entlohnung zu beachten sei und der eine gewisse Bandbreite zulasse. Bei Marketingveranstaltungen, wo über Produkte informiert wird, sei der objektivierbare Werbewert der Vortragenden zu berücksichtigen und hier der Bezahlung hoher Honorare, um letztlich den Wert einer Veranstaltung zu steigern, kaum Grenzen gesetzt. Bei extern gesponserten Weihnachts- und Betriebsfeiern, bei denen auch über Produkte wie zB Medizinprodukte informiert wird und denen ein objektivierbarer Werbewert zukommt, erbringen seiner Ansicht nach die Teilnehmer eine adäquate Gegenleistung, indem sie entweder ihrer Repräsentationsaufgabe nachkommen oder bestimmte Produktwerbungen im Rahmen dieser Veranstaltung gleichsam „über sich ergehen lassen“.

Gerade der eher liberalen³⁸⁾ Ansicht *Birklbauers* ist unter folgenden Aspekten auch in jenen Fällen zu folgen, wo Zuweiser im Rahmen der Behandlung der Patienten Aufgaben des Zuweisungsempfängers übernehmen, die ihnen dieser auch (angemessen) entlohnt. Wie unter Pkt D. ausgeführt, wollen die Provisionsverbote in erster Linie das gesundheitliche Wohl der Patienten schützen. Auch der Schutzzweck der Lauterkeit heilberuflichen Handelns dient letztendlich dem Patientenwohl. Wenn also neben einer Zuweisung vom Zuweiser Leistungen erbracht werden, die für die Patienten eindeutig vorteilhaft sind, ist bei der Angemessenheit der dafür erhaltenen Vergütung ein großzügigerer Maßstab anzulegen. An einem Beispiel: Nach der Rsp³⁹⁾ hat die ärztliche Aufklärung grundsätzlich so rechtzeitig zu erfolgen, dass dem Patienten noch eine angemessene Überlegungsfrist offenbleibt. IdR sind Ärzte daher auf der sicheren Seite, wenn die Aufklärung nicht am Operationstag erfolgt, was vor allem bei tagesstationären Eingriffen (zB am Auge oder im

29) *Birklbauer* in *Resch/Wallner*, Medizinrecht² Kap X Rz 184; *Heine/Eisele* in *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch²⁹ (2014) § 331 Rz 16; *Dannecker/Schröder* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch⁵ § 299 a Rz 124; BT-Drs 18/6646, 18.

30) Siehe *Von Heintschel-Heinegg* in *BeckOK StGB* § 331 Rz 19; zu § 31 MBO BGH 20. 3. 2003, III ZR 135/02; *Scholz*, Medizinrecht² § 31 MBO Rz 9 und *Krafczyk/Lietz*, Fangprämien, Kopfpauschalen und Kick-Backs – Das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt auf dem Prüfstand, ZMGR 2010, 24 ff; so auch *Bertel* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 304 Rz 11 (Stand 1. 5. 2010, rdb.at) und *Birklbauer* in *Resch/Wallner*, Medizinrecht² Kap X Rz 184.

31) *Eufinger*, Strafbarkeitsrisiken des Honorararztmodells in Krankenhäusern, MedR 2017, 296 (300); s auch *Ries/Schnieder/Papendorf/Großbötting/Berg*, Arztrecht Praxishandbuch für Mediziner⁴ (2017) 208.

32) VfGH 24. 9. 2002, B 1658/01; ebenso *Kletter*, Die Honorierung im Vertragsarztrecht, DRdA 2011, 18.

33) BGH 12. 11. 2009, III ZR 110/09.

34) Siehe auch *Ries/Schnieder/Papendorf/Großbötting/Berg*, Arztrecht⁴ 208.

35) Siehe *Bonvie*, Vergütung für ärztliche Dienstleistungen oder verbotene Provision? MedR 1999, 64 (65); *Dannecker/Schröder* in *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch⁵ § 299 a Rz 175; BT-Drs 18/6646, 19.

36) *Ratzel*, MBO-Komm § 31 MBO Rz 33.

37) *Birklbauer*, Die Anwendbarkeit der Korruptionsbestimmungen auf Ärzte, RdM 2013, 223 (225).

38) Siehe zur liberalen Auslegung des Vorteilsbegriffs (kein „Vorteil“ bei der Erfüllung eines zivilrechtlich gültigen Vertrags) OGH 6. 6. 2016, 17 Os 8/16 d, der sich hier im Ergebnis den Ausführungen *Birklbauers* angeschlossen hat, bzw sogar noch darüber hinausgegangen ist; zu den Schlussfolgerungen dieser E für den Gesundheitsbereich *Birklbauer*, Nicht alles ist Korruption – Schlussfolgerungen aus OGH 17 Os 8/16 d für den Gesundheitsbereich, JMG 2016, 6.

39) RIS-Justiz RS0118651.

Kiefer) zur Folge hat, dass die Patienten eigens für das Aufklärungsgespräch an einem separaten Tag in die Klinik kommen müssen. Wenn aber der zur Operation zuweisende Arzt bereits das Aufklärungsgespräch vornimmt, bleibt den Patienten dieser zusätzliche Weg erspart, was gerade im ländlichen Bereich (größere Distanz vom Wohnort zur Klinik) und bei älteren Patienten eine erhebliche Erleichterung darstellt. Zieht man zudem jene Behandlungen heran, die in einer Privatordination erbracht werden und/oder teilweise nicht erstattungsfähig sind (zB Schönheitsoperationen), besteht bei der Gestaltung des Behandlungshonorars, gemessen an der Marktüblichkeit,⁴⁰⁾ ein größerer Ermessensspielraum.

Im Ergebnis ist somit zum Kriterium der Angemessenheit festzuhalten, dass, je sinnvoller und werthaltiger die vom Zuweiser zusätzlich erbrachte Leistung (insb für den Patienten) ist, die Angemessenheit der Gegenleistung großzügiger beurteilt werden kann.⁴¹⁾ Hält man sich nämlich vor Augen, dass für eine Unrechtsvereinbarung das Einvernehmen der Beteiligten über die *Regelwidrigkeit* des Abkommens erforderlich ist (s die Einleitung zu Pkt E.), entspricht eine sinnvolle Leistung der Regelwidrigkeit bereits begrifflich nicht, sodass ohne weitere Anhaltspunkte keine Unrechtsvereinbarung anzunehmen ist.

2. Notwendige Werthaltigkeit der Leistung

Trotz angemessener Vergütung von Leistungen der Heilberufe ist von einer Unrechtsvereinbarung auszugehen, wenn die neben einer Zuweisung erbrachten Leistungen für denjenigen, dem sie erbracht werden und der die Vergütung gewährt, nicht sinnvoll sind, ihm also keinen Vorteil bringen.⁴²⁾ Angesprochen wird hier die „Werthaltigkeit“⁴³⁾ einer vergüteten Leistung. „Werthaltig“ ist eine Leistung zB dann nicht, wenn sich ein aufgrund eigener Weiterbildung fachkundiger Laborarzt oder Radiologe durch die zuweisenden Ärzte im Rahmen einer Konsiliarvereinbarung gegen Entgeltzahlung beraten lassen will. Dasselbe gilt für eine Vergütung der zu seinen Aufgaben zählenden Befundbewertung durch einen Laborarzt, oder wenn Evaluierungsbögen angefertigt werden, die später nicht ausgewertet werden, bzw wenn Anwendungsbeobachtungen (zB von Medikamenten) ohne wissenschaftlichen Wert durchgeführt werden. In solchen Fällen wird die Vergütung nicht für die ärztliche Leistung, sondern für die damit verknüpfte Patientenvermittlung gewährt.⁴⁴⁾

3. Keine Unrechtsvereinbarung, wenn die Zahlung ihren Grund in der Behandlung des Patienten selbst hat

Der eben dargestellte Grundsatz, dass keine Unrechtsvereinbarung bei angemessener Vergütung einer werthaltigen Leistung anzunehmen ist, entspricht der zum deutschen Provisionsverbot herrschenden Auffassung, dass eine Zahlung, die ihren Grund in der ärztlichen Behandlung des Patienten selbst findet und als pauschaler Aufwendersatz sachlich gerechtfertigt (angemessen) ist, den Tatbestand mangels Unrechtsvereinbarung nicht erfüllt.⁴⁵⁾

Diese Konstellation ist vor allem für Belegärzte relevant. Es geht hier bspw – wie vom BGH⁴⁶⁾ bereits beurteilt – um die Hinzuziehung eines Anästhesisten zu einem tagesklinischen gynäkologischen Eingriff durch den operierenden Gynäkologen, der auch Betreiber der Klinik ist. Der Gynäkologe stellt den Operationsraum mit dem erforderlichen Personal bereit, während der Anästhesist die für die Anästhesie notwendigen Geräte, Materialien und Medikamente mitbringt. Als Kostenbeitrag verlangt der Gynäkologe vom Anästhesisten eine Pauschale je Operation.

Hier scheiterte der Tatbestand des (deutschen) Provisionsverbots bereits daran, dass in dieser Konstellation die Kostenbeteiligung der Anästhesisten, jedenfalls solange sie nicht über eine anteilige Belastung hinausgeht und nicht zu einem Gewinn des Operateurs (verdeckte Provision) führt, bei einem an Sinn und Zweck der Regelung orientierten Verständnis kein diesem gewährtes „Entgelt“ oder ein ihm versprochenes „anderer Vorteil“ ist.⁴⁷⁾ Wie bereits unter 1. ausgeführt, wäre daher umso weniger eine Unrechtsvereinbarung anzunehmen gewesen.

Hätte umgekehrt das ambulante Operationszentrum dem Anästhesisten gehört, hätte er gegen das Provisionsverbot verstoßen, wenn er von den bei ihm operierenden Ärzten, die gleichzeitig ihre Privatpatienten zuweisen, keinen oder einen unangemessen niedrigen Infrastrukturbetrag verlangt hätte. Im (teilweise) kostenlosen Bereitstellen der Infrastruktur wäre nämlich ein für die Zuweisung der Patienten gewährtes Entgelt zu sehen.⁴⁸⁾

4. Unrechtsvereinbarung bei zusätzlicher Verdienstmöglichkeit?

Die für die Praxis wohl bedeutendste Konstellation betrifft besonders dauerhafte Kooperationen wie Konzepte der integrierten Versorgung zur Behandlung chronischer Erkrankungen, Gruppenpraxen und Primärversorgungseinheiten. Diese Modelle haben gemein, dass Patienten von einem multiprofessionellen Behandlungsteam bestmöglich versorgt werden sollen, was naturgemäß und sinnvollerweise gegenseitige Zuweisungen und Empfehlungen zur Folge hat. Natürlich entsteht dabei für teilnehmende Gesundheitsdienstleister der positive Nebeneffekt vermehrter Behandlungsaufträge.

In diesem Zusammenhang ist zu untersuchen, ob an einen (potentiellen) Zuweiser geleistete Zahlungen

40) Siehe zur Marktüblichkeit als Indiz gegen die Annahme eines vorteilhaften Scheingeschäfts *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch¹⁰ 83.

41) In diesem Fall ist auch aus Wettbewerbsgesichtspunkten nichts gegen solche Kooperationen einzuwenden, weil damit ohnehin nur jene profitieren, die sich durch ihre (sinnvollen) Leistungen behaupten, was gerade das Wesen lauterer Wettbewerbs ist.

42) *Makoski*, Zusammenarbeit zwischen Krankenhäusern und Vertragsärzten, MedR 2009, 376 (378); *Bonvie*, MedR 1999, 65.

43) *Scholz*, Medizinrecht² § 31 MBO Rz 10.

44) *Scholz*, Medizinrecht² § 31 MBO Rz 10; s auch *Schmidt*, Grenzen 160 und *Schuhr*, Medizinrecht² § 338 dStGB Rz 64.

45) BGH 20. 3. 2003, III ZR 135/02; *Scholz*, Medizinrecht² § 31 MBO Rz 8; *Schmidt*, Grenzen 158 f; BT-Drs 18/6646, 18; *Makoski*, MedR 2009, 378.

46) BGH 20. 3. 2003, III ZR 135/02.

47) BGH 20. 3. 2003, III ZR 135/02.

48) Siehe *Scholz*, Medizinrecht² § 31 MBO Rz 9.

zulässig sind, die zwar ihren Grund in der Behandlung von Patienten haben, aber durch den Zuweisungsempfänger nicht als Aufwandsersatz (etwa für die Bereitstellung von Infrastruktur des Zuweisers), sondern als Entgelt für durch den Zuweiser erbrachte Arbeit geleistet werden. Geht man davon aus, dass bereits die Möglichkeit zum Vertragsabschluss eine „Vergütung“ iS der Provisionsverbote ist,⁴⁹⁾ stellt sich die Frage, ob Behandlungsaufträge an zuweisende Ärzte oder andere Heilberufe als zusätzliche Verdienstmöglichkeit eine Unrechtsvereinbarung nahelegen.

Da sich die deutsche Rsp (anders als die heimische) in den vergangenen Jahren vermehrt mit dieser Frage auseinandersetzen hatte, wird sie in der Folge kurz skizziert und ihre Vereinbarkeit mit der österr Rechtslage überprüft. Die deutschen Gerichte hatten hier Kooperationen zu beurteilen, bei denen Zuweiser (HNO-Ärzte) durch die Zuweisungsempfänger (Hersteller von Hörgeräten) mit der Mitwirkung an der Anpassung von Hörgeräten beauftragt und entlohnt wurden („verkürzter Versorgungsweg“).⁵⁰⁾ Ein weiteres Modell waren sog prä- bzw postoperative Leistungen, wo niedergelassene Ärzte mit Krankenhäusern vereinbarten, dass sie bei Einweisung ihrer Patienten mit den nichtstationären Behandlungen rund um den Krankenhausaufenthalt beauftragt werden, darunter etwa die präoperative Aufklärung oder Nachbehandlung; dafür erhielten sie pro Patient eine Pauschale.

a) Verkürzter Versorgungsweg

Gegen Hörgerätekooperationen hatte der BGH in zwei E nichts auszusetzen. In BGH 26. 6. 2000, I ZR 59/98 verneinte er eine Unrechtsvereinbarung damit, dass „die Vergütung [...] nicht als Provision für die Verordnung des Hörgeräts entrichtet wird, sondern als Pauschalbetrag für alle zusätzlichen Leistungen, die der HNO-Arzt bei einer Zusammenarbeit mit der Beklagten statt – wie herkömmlich – der Hörgeräteakustiker für den Patienten erbringt. [...] ist es auch unbedenklich, daß die Ärzte durch die Zusammenarbeit mit der Beklagten eine zusätzliche Verdienstmöglichkeit erhalten. In der Möglichkeit, aus erlaubter, sohin nicht unlauterer eigener ärztlicher Tätigkeit ein angemessenes Entgelt zu erzielen, liegt keine berufsordnungswidrige Vergünstigung.“

In BGH 15. 11. 2001, I ZR 275/99 führte der BGH, nachdem er eine verbotene Zuweisung gegen Entgelt verneint hatte, zur darüber hinaus behaupteten wettbewerbswidrigen Ausnützung des ärztlichen Vertrauensverhältnisses⁵¹⁾ durch die beklagte HNO-Ärztin weitere Argumente ins Treffen, die gegen eine Unrechtsvereinbarung sprachen. Die Anpassung eines Hörgeräts direkt in der HNO-Ordination komme demnach insb gehbehinderten Patienten (oder allgemein in ihrer MOBilität eher eingeschränkten älteren Patienten, die die Hauptzielgruppe darstellen) zu Gute, weil sie sich den zusätzlichen Weg zum Hörgeräteakustiker sparen, und auch ein möglicherweise fachlich oder wirtschaftlich überlegenes Angebot des mit dem HNO-Arzt kooperierenden Hörgeräteherstellers könne für die Zuweisung sprechen. Auch das zum Patienten bestehende Vertrauensverhältnis werde nicht ausgenutzt, weil ihm klar sei, dass zusätzlich vom HNO-Arzt erbrachte Leistungen

(Anpassen des Hörgeräts) selbstverständlich zu einer zusätzlichen Entlohnung an den Arzt führen.

Wie der BGH zutreffend ausführt, kann, wie bereits unter Pkt 1. ausgeführt, bei einem für Patienten klar vorteilhaften Konzept davon ausgegangen werden, dass die Zuweisung aus sachlichen/medizinischen Gründen und daher ungeachtet dessen erfolgt, ob sich mit ihr eine zusätzliche – zusätzlichen Arbeitsaufwand erfordernde – Verdienstmöglichkeit ergibt. Mit anderen Worten: Je vorteilhafter ein Konzept für den Patienten ist, umso weniger ist davon auszugehen, dass ein im Rahmen dieses Konzepts angemessen entlohnter Gesundheitsdienstleister die Zuweisung aus eigennützigen (unrechten) Motiven tätigt und daher eine Unrechtsvereinbarung – oder im vorliegenden Zusammenhang besser: Motivationszusammenhang – besteht. Die Zuweisung erfolgt dann nicht wegen („für“) der Verdienstmöglichkeit, sondern wegen der Vorteilhaftigkeit für den Patienten in Beachtung der ärztlichen Pflicht, das Wohl der Kranken bestmöglich zu wahren (§ 3 Abs 2, § 49 Abs 1 ÄrzteG; s auch § 16 ZÄG; § 27 MuthG; § 32 PsychologenG 2013; § 14 PsychotherapieG; § 2 MMHmG).⁵²⁾ Es fehlt unter diesen Gesichtspunkten daher der für eine Unrechtsvereinbarung erforderliche Leistungsaustausch unter *Regelverstoß*.

b) Prä- und poststationäre Leistungen

Zu den prä- und poststationären Leistungen gibt es mehrere, teils ambivalente E verschiedener deutscher Oberlandesgerichte. Drei E bejahen einen Verstoß gegen das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt und begründen dies teilweise mit dem Argument, dass die von den niedergelassenen Ärzten erbrachten Leistungen gar nicht werthaltig waren.⁵³⁾ Zusätzlich wurde argumentiert, dass durch das Versprechen eines Honorars für die Durchführung der postoperativen Betreuung ein Anreiz geschaffen werde, in Zukunft vermehrt Pa-

49) Die „Vergütung“ der Provisionsverbote meint jede Art von (materieller) Gegenleistung. Auch dann, wenn die vom Arzt im Rahmen eines als „Vergütung“ abgeschlossenen Vertrags verrichtete Tätigkeit den Wert des gebotenen Entgelts durchaus erreicht, also keine überhöhten Zahlungen erfolgen, liegt allein in der Chance, einen lukrativen Nebenerwerb überhaupt erhalten zu haben, ein respektabler Vermögensvorteil; s *Krejci*, Unerlaubte Provisionen, Zuwendungen und Vorteile in strafrechtlicher Sicht, in *Krejci/Ruppe/Schick*, Unerlaubte Provisionen, Zuwendungen und Vorteile im Straf-, Privat- und Steuerrecht (1982) 41 (46).

50) Ein derartiges Problem dürfte es auch in Österreich vor einigen Jahren gegeben haben, wie der Hörgeräte-Gesamtvertrag aus 2010 in § 9 zeigt; dort heißt es, dass „im Zusammenhang mit der Verordnung von Hörgeräten [...] keinerlei Provisionen in Form von Geld oder Sachwerten in vergleichbarer Höhe an die verordnenden Ärzte bzw an deren Personal versprochen oder geleistet werden (dürfen).“; s auch <https://www.profil.at/home/hoergeraete-hersteller-provisionen-216748> (zuletzt abgerufen am 20. 5. 2020).

51) Dieses wird ebenfalls von den Provisionsverboten geschützt, was sich insb daraus ergibt, dass Ärzte und andere Heilberufe Vertrauensberufe ausüben (*Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe [1991] 53), und bereits die *Möglichkeit*, dass bei einer Behandlung von Patienten unzulässige wirtschaftliche Erwägungen über das Wohl der Patienten gestellt werden, kann dazu führen, dass medizinisch notwendige Behandlungen nicht wahrgenommen werden (zu § 299 a dStGB BT-Drs 18/6446, 12).

52) Ungeachtet der beiden angeführten E führte das Missbrauchspotential des verkürzten Versorgungswegs dazu, dass der deutsche Gesetzgeber dafür eigene Bestimmungen im SGB V (§ 128) erließ, die den verkürzten Versorgungsweg nur aufgrund eines Kassenvertrags zulassen.

53) OLG Koblenz 20. 5. 2003, 4 U 1532/02; OLG Schleswig 3. 11. 2003, 6 U 17/03.

tienten an die Klinik zu verweisen, weil auf diese Weise gewährleistet sei, dass der überweisende Augenarzt durch die übliche Rücküberweisung des Patienten an ihn das versprochene Honorar erhalte. Die Vereinbarung sei daher geeignet, die durch sie gebundenen Ärzte zu veranlassen, aus finanziellen Gründen Patienten an die Klinik zuzuweisen.⁵⁴⁾ Außerdem könne die Verpflichtung des Vertragsarztes zur Empfehlung des Krankenhauses dazu führen, dass auf die Patienten ein Druck ausgeübt werde, dem sie sich nur schwer entziehen können. Ein solcher Druck sei nur dann angemessen, wenn die Empfehlung *allein* auf ärztlichen Erwägungen im Hinblick auf die Bedürfnisse des konkret beratenen Patienten ausgesprochen werde (s oben D.2.). Eine wie auch immer geartete Verpflichtung des Arztes zur Empfehlung eines bestimmten Hauses lasse aber immer einen Druck befürchten, der unangemessen sei.⁵⁵⁾

Die beiden letztgenannten Positionen müssen angesichts der in den letzten Jahren im heimischen Gesundheitsbereich aufgekommenen Modelle der integrierten bzw sektorenübergreifenden Versorgung kritisch hinterfragt werden. Die von den Oberlandesgerichten beurteilten Kooperationen zwischen Klinik und niedergelassenen Ärzten im poststationären Bereich können nämlich als eine Form der sektorenübergreifenden Versorgung angesehen werden, die Gegenstand mehrerer Art 15a B-VG-Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern war und ist.⁵⁶⁾

Im Jahr 2012 wurde das System der partnerschaftlichen Zielsteuerung Gesundheit geschaffen. Es handelte sich dabei um eine für die Jahre 2013 bis 2017 abgeschlossene Vereinbarung nach Art 15a B-VG,⁵⁷⁾ in welcher der Bund und die Länder (und die Sozialversicherung)⁵⁸⁾ übereinkamen, „ein partnerschaftliches Zielsteuerungssystem zur Steuerung von Struktur, Organisation und Finanzierung der österreichischen Gesundheitsversorgung einzurichten“.⁵⁹⁾ Der Vereinbarung lagen die politischen Festlegungen zugrunde, für Patienten den niederschweligen Zugang zur bedarfsgerechten Gesundheitsversorgung und deren hohe Qualität langfristig zu sichern und auszubauen sowie iS der Verantwortung für den Einsatz der von der Bevölkerung bereitgestellten Steuern und Beiträge Instrumente zur Steigerung der Effektivität und Effizienz der Gesundheitsversorgung zu schaffen.⁶⁰⁾

Mit dem Finanzausgleich 2017 wurde eine neue Art 15a-Vereinbarung Zielsteuerung-Gesundheit⁶¹⁾ abgeschlossen.⁶²⁾ Sie führt ihre Vorgängervereinbarung im Wesentlichen inhaltsgleich fort⁶³⁾ und legt insb folgende Ziele fest, die im Rahmen der Zielsteuerung-Gesundheit umgesetzt werden sollen:

- Auf allen Versorgungsebenen ist der Einrichtung von multiprofessionellen und integrativen Versorgungsformen⁶⁴⁾ Vorrang gegenüber Einzelleistungserbringern zu geben (Art 5 Abs 2 Z 5);
- der Zugang zu und die Verfügbarkeit von allen notwendigen Leistungen soll bei Ausbau der ambulanten Versorgung verbessert werden (Art 6 Abs 1 Z 2);
- es soll eine hohe Behandlungsqualität sichergestellt und transparenter gemacht werden (Art 6 Abs 1 Z 4);
- das Leistungsangebot soll in allen Sektoren⁶⁵⁾ aufeinander abgestimmt, patienten- und bedarfsorien-

tiert gestaltet und dabei ineffiziente Parallelstrukturen (va ambulante Facharztversorgung im niedergelassenen und spitalsambulanten Bereich) verhindert bzw abgebaut werden (Art 6 Abs 2 Z 1);

- zur Verbesserung der integrierten Versorgung, insb bei chronischen Erkrankungen, sind interdisziplinäre und multiprofessionelle sowie intersektorale Zusammenarbeitsformen⁶⁶⁾ auszubauen sowie Behandlungsprozesse und Versorgungsstandards zu definieren (Art 6 Abs 2 Z 3).⁶⁷⁾

Die angeführten Bestimmungen sind im Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz, mit welchem die Art 15a-Vereinbarung Zielsteuerung-Gesundheit umgesetzt wurde,⁶⁸⁾ großteils wortgleich wiedergegeben (s §§ 5, 6 Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz) und führten nicht zuletzt zur Erlassung des Primärversorgungsgesetzes und den darauf beruhenden Primärversorgungszentren.⁶⁹⁾

Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang zudem auf den Bundes-Zielsteuerungsvertrag, welcher auf den angeführten Art 15a-Vereinbarungen und dem G-ZG beruht und zwischen dem Bund, dem Hauptverband und den Bundesländern abgeschlossen wurde.⁷⁰⁾ Er legt

54) OLG Schleswig 3. 11. 2003, 6 U 17/03.

55) OLG Düsseldorf 1. 9. 2009, I-20 U 121/08.

56) Siehe zusätzlich zu den im Folgenden genannten Vereinbarungen die Art 15a-Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens idF BGBl I 2008/105, BGBl I 2013/199 sowie die Art 15a-Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens idF BGBl I 2017/98.

57) Vereinbarung gem Art 15a B-VG Zielsteuerung-Gesundheit idF BGBl I 2013/81.

58) Dies steht zwar so in der Präambel, rechtlich wurde die Vereinbarung aber nur zwischen Bund und Ländern abgeschlossen; die Sozialversicherung ist in Art 15a B-VG nicht vorgesehen, sie nimmt aber in dieser Vereinbarung als „dritte wesentliche Säule auf dem Gebiet der Gesundheitsversorgung“ eine wesentliche Rolle ein, *Aigner/Windischhofer*, PrimVG 2017 (2017) § 1 Anm 1.

59) ErläutRV 2140 BlgNR 24. GP 5.

60) Präambel Vereinbarung gem Art 15a B-VG Zielsteuerung-Gesundheit idF BGBl I 2013/81.

61) Vereinbarung gem Art 15a B-VG Zielsteuerung-Gesundheit idF BGBl I 2017/97.

62) Siehe die Problemanalyse in den Materialien zum Vereinbarungs-umsetzungsgesetz 2017, ErläutRV 1333 BlgNR 25. GP 3.

63) Präambel der Vereinbarung, Art 1 Abs 1: „Die Vertragsparteien kommen überein, die bereits eingerichtete integrative partnerschaftliche Zielsteuerung-Gesundheit für die Struktur und Organisation der österreichischen Gesundheitsversorgung unter Einbeziehung der Sozialversicherung als gleichberechtigter Partner gemeinsam fortzuführen und weiterzuentwickeln.“; s auch *Cerha in Cerha/Resch/Wallner*, PrimVG § 4–9 G-ZG Rz 4.

64) Art 3 Z 5 definiert „integrierte Versorgung“ als „die patientenorientierte gemeinsame und abgestimmte sektorenübergreifende Gesundheitsversorgung samt angrenzender Bereiche (akutstationäre Versorgung, ambulante Versorgung, Rehabilitation, Nahtstellen zum Pflegebereich). Sie umfasst Prozess- und Organisationsintegration“.

65) Insb zwischen niedergelassenem Versorgungsbereich und den Krankenanstalten; s ErläutRV 2140 BlgNR 24. GP 3 zum inhaltsgleichen Art 5 Abs 2 der Vereinbarung Zielsteuerung-Gesundheit idF BGBl I 2013/81.

66) § 3 Z 8: „Zusammenarbeit von Ärztinnen/Ärzten unterschiedlicher Fachbereiche (Allgemeinmedizin, Innere Medizin, Gynäkologie, Labor, Radiologie etc) sowie von nicht-ärztlichen Gesundheitsdiensteanbietern (diplomiertes Pflegepersonal, Physiotherapeutinnen/Physiotherapeuten, etc) in Gruppenpraxen oder selbstständigen Ambulatorien sowie ggf in weiter zu entwickelnden Organisationsformen“.

67) Siehe zu den verschiedenen Zielen des § 5 G-ZG *Stärker* in Gmund-Komm §§ 4–7 G-ZG Rz 11.

68) ErläutRV 1333 BlgNR 25. GP 3.

69) Siehe *Bukor/Cede-Lugstein/Dujmovits in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht Kap. IV.9.1.2.f. (Stand 1. 5. 2019, rdb.at).

70) Abrufbar unter: [https://www.sozialministerium.at/Themen/Gesundheit/Gesundheitssystem/Gesundheitsreform-\(Zielsteuerung-](https://www.sozialministerium.at/Themen/Gesundheit/Gesundheitssystem/Gesundheitsreform-(Zielsteuerung-)

politische Ziele in den Bereichen Versorgungsstrukturen, Versorgungsprozesse und Ergebnisorientierung fest und will das Gesundheitssystem weiterentwickeln (s Art 1 des Vertrags). Beabsichtigt ist insb wiederum die Erhöhung der Anzahl multiprofessioneller und/oder interdisziplinärer Versorgungsformen im ambulanten Fachbereich mit Versorgungsauftrag (Art 5, 6).

Anerkennt man die eben aufgezählten Ziele, vor allem die Verbesserung der Behandlungsqualität, die aufeinander abgestimmte Zusammenarbeit verschiedener Sektoren im Gesundheitsbereich und die Entlastung des stationären Bereichs, kann eine diese Ziele berücksichtigende Kooperation nicht deshalb zur Annahme einer Unrechtsvereinbarung führen, weil sich die daran teilnehmenden Ärzte eine zusätzliche Verdienstmöglichkeit sichern.⁷¹⁾ Vielmehr sind auch hier die Vorteile für den Patienten (und das gesamte Gesundheitssystem) beim Nachvollziehen einer Zuweisungsentscheidung hinreichend zu würdigen. Der durch eine Teilnahme für den Arzt entstehende zusätzliche Verdienst sollte daher – sofern er angemessen ist – nicht überbewertet werden.

Ganz in diesem Sinn heißt es in den Materialien⁷²⁾ zu §§ 299 a f StGB (eine Bestimmung, die Korruption im Gesundheitssektor bestraft):

„Soweit Verdienstmöglichkeiten im Rahmen der beruflichen Zusammenarbeit eingeräumt werden, ist zu berücksichtigen, dass die berufliche Zusammenarbeit gesundheitspolitisch grundsätzlich gewollt ist und auch im Interesse des Patienten liegt [...]. Die Gewährung angemessener Entgelte für die in diesem Rahmen erbrachten heilberuflichen Leistungen und dementsprechend die Verschaffung entsprechender Verdienstmöglichkeiten sind zulässig.“

Es ist daher mit gutem Grund davon auszugehen, dass Kooperationen, die dem Zuweiser weitere Behandlungen der zugewiesenen Patienten sichern, dann zulässig, weil von den angeführten Bestimmungen gewollt, sind, wenn sie dem Patienten überzeugende Vorteile bieten. Der Schutzzweck des Provisionsverbots, eine *allein* nach ärztlichen Gesichtspunkten zu treffende Zuweisungsentscheidung sicherzustellen (s D.2.), ist im gegebenen Zusammenhang dahingehend zu relativieren, dass dann, wenn die finanzielle Besserstellung durch eine zusätzliche Verdienstmöglichkeit bloß Reflex einer medizinisch begründeten und für den Patienten vorteilhaften Entscheidung ist, von einer Unrechtsvereinbarung nicht auszugehen ist. MaW: Eine mögliche (angemessene) Verdienstmöglichkeit soll nicht dazu führen, dass andere Motive, wie zB verbesserte Koordination der Versorgung von Patienten, verbesserte Kommunikation der beteiligten Leistungserbringer untereinander und dadurch bewirkte Vermeidung von Mehrfachuntersuchungen und Reduktion von Medikationsfehlern,⁷³⁾ bei der Bewertung der Zuweisungsentscheidung völlig in den Hintergrund treten. Bei hinreichenden medizinischen Gründen darf auch die Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils für den Arzt nicht gegen die verwaltungsstraf-, lauterkeits- und standesrechtliche Zulässigkeit seines Verhaltens sprechen.⁷⁴⁾ Auch der wettbewerbsrechtliche Berufsschutz der Kollegen steht patientenorientierten Kooperationsmodellen nicht entgegen.

G. Abschließende Bemerkungen und Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Provisionsverbote der Heilberufe haben den Zweck, die Patienten vor einem Verkauf und nachteiligen, möglicherweise gesundheitsschädlichen Zuweisungen zu schützen. Gleichzeitig schützen sie Berufskollegen vor ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteilen, die durch erkaufte Patienten und damit lukriertes Behandlungshonorar entstehen würden.

Die Verknüpfung von Zuweisung und Vergütung mit einer Unrechtsvereinbarung bildet den Kern der Provisionsverbote. Bei der sich meist nur auf Indizien stützenden⁷⁵⁾ Ermittlung der zwischen den Beteiligten geschlossenen Unrechtsvereinbarung ist jedes mögliche Motiv zu beachten. Wenn für erhöhten Aufwand (zB Aufklärung, Voruntersuchung) ein angemessenes Honorar gezahlt wird, reicht dies ohne weitere Anhaltspunkte nicht aus, um von einer Beeinflussung der Zuweisungsentscheidung auszugehen und einen Verstoß gegen das Provisionsverbot anzunehmen. Sachgerechter ist es, worauf in der Literatur iZm den §§ 304 ff StGB hingewiesen wird, einen ursächlichen Zusammenhang erst dann anzunehmen, wenn jegliche andere Motivation für das Versprechen, Annehmen usw fehlt.⁷⁶⁾

Eine allzu strenge Anwendung des seit dem ÄrzteG 1949 idF BGBl 1949/92 bestehenden Provisionsverbots und der darauf beruhenden weiteren Provisionsverbote würde den jüngeren Entwicklungen im Gesundheitsbereich gerade bei multiprofessionellen Kooperationen nicht Rechnung tragen. Die Bestimmungen, die auf der Zielsteuerung Gesundheit beruhen und eine Koordination von Behandlungsabläufen und Überwindung der Sektorengrenzen fördern, sind bei der Auslegung des Provisionsverbots besonders zu beachten. Das bedeutet, dass eine Abwägung des Inhalts solcher sog Erlaubnisnormen mit dem Inhalt der Verbotsnorm (zB § 53 Abs 2 ÄrzteG) und umgekehrt zu erfolgen hat. In soweit ist die Grenze des Provisionsverbots nicht starr, sondern im Lichte der Erlaubnisnormen zu sehen.⁷⁷⁾ Dies wird durch eine jüngere E des BGH⁷⁸⁾ unterstri-

Gesundheit)/Zielsteuerungsvertrag-2017-bis-2021.html (zuletzt abgerufen am 20. 5. 2020).

71) Siehe auch *Halbe*, Moderne Versorgungsstrukturen: Kooperation oder Korruption? MedR 2015, 168 (175): „[...] müssen die sozialrechtlich zulässigen Kooperationen grundsätzlich tatbestandsausschließend wirken, denn was sozialrechtlich gewollt ist, kann nicht strafrechtlich sanktioniert werden“.

72) BT-Drs 18/6446, 18f.

73) *Geiger*, Ärzte-Korruption – Wie viel Strafrecht braucht das Gesundheitswesen? NK 2013, 136 (142).

74) Siehe auch *Stumpf/Voigts*, Gesundheitsmarkt zwischen Kooperation und Korruption, MedR 2009, 205 (208); ähnlich *Bonvie*, MedR 1999, 65 sowie *Halbe*, MedR 2015, 172.

75) In den seltensten Fällen werden die Beteiligten die Verknüpfung von Zuweisung und Vergütung zugeben, bzw wird eine schriftliche Unrechtsvereinbarung vorliegen, s *Graml*, Zuweisung gegen Entgelt 197; *Hauss/Komenda*, SbgKomm § 304 StGB Rz 124.

76) *Marek/Jerabek*, Korruption und Amtsmissbrauch¹⁰ 89; *Hauss/Komenda*, SbgKomm § 304 StGB Rz 124; *Nordmeyer/Stricker* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 304 Rz 67 (Stand 1. 8. 2018, rdb.at); s auch BT-Drs 18/6446, 18f: „[...] Ohne Hinzutreten weiterer Umstände kann die Honorierung heilberuflicher Leistungen im Rahmen zulässiger beruflicher Zusammenarbeit grundsätzlich nicht den Verdacht begründen, dass die Einräumung der zugrundeliegenden Verdienstmöglichkeit als Gegenleistung für die Zuweisung des Patienten erfolgen soll und eine Unrechtsvereinbarung vorliegt.“

77) Siehe *Halbe*, MedR 2015, 172.

78) BGH 13. 4. 2014, I ZR 120/13.

chen, wo er zum apothekenrechtlichen Provisionsverbot (§ 11 Abs 1 Satz 1 Fall 3 des deutschen Apothekengesetzes) ausführte, dass den jüngeren Bestimmungen, die gewisse patientenfreundliche Kooperationen zulassen, als speziellere Regelungen Vorrang vor den Verbotsnormen zukommt.

Ein Verstoß gegen die Provisionsverbote wird zusammengefasst insb dann nicht anzunehmen sein, wenn:

→ die vom Zuweiser zusätzlich erbrachte Leistung *angemessen* entlohnt wird. Hier kommt es auf die Marktüblichkeit an, was bedeutet, dass im Kassensbereich geringere Vergütungen als bei Privatbe-

handlungen und nicht erstattungsfähigen Leistungen zulässig sind. Je sinnvoller eine zusätzlich vergütete Leistung, umso weniger ist von einer Unrechtsvereinbarung auszugehen; dies auch bei Bezahlung höherer Honorare (F.1.);

- es sich um eine *werthaltige* Leistung handelt, was sich aber aus der Angemessenheit ergibt (F.2.);
- die Vergütung als Aufwandsersatz zB für bereitgestellte Infrastruktur geleistet wird (F.3.);
- die Kooperation, die einem Zuweiser zusätzliche Verdienstmöglichkeiten gibt, die sektorenübergreifende Zusammenarbeit zwischen Heilberufen stärkt und damit auch den Patienten Vorteile bietet (F.4.).



→ In Kürze

Die Provisionsverbote der Heilberufe sind bei Kooperationen stets zu beachten, um einen Patientenverkauf zu verhindern. Damit ein solcher vorliegt, müssen aber Zuweisung und Vergütung durch eine Unrechtsvereinbarung miteinander verknüpft sein, die bei patientenorientierten Konzepten nicht ohne Weiteres anzunehmen ist.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Jakob Dietrich ist Rechtsanwaltsanwärter in der auf Medizinrecht spezialisierten Kanzlei von Dr. Gerhard W. Huber, LL. M.

Kontaktadresse: Kanzlei Dr. Gerhard W. Huber, LL. M., Rudolfstraße 4, 4040 Linz
Internet: www.medizinrecht.at