

geschehen. Liegen dann – wie häufig – immer noch mehrere gutachterliche Äußerungen vor, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, kann sich das Gericht in freier Beweiswürdigung einem der Sachverständigen anschließen, wenn dessen Gutachten überzeugend und in sich widerspruchsfrei ist¹⁴⁰. Oder aber das Gericht holt ein neues Gutachten nach § 412 ZPO ein („Obergutachten“)¹⁴¹. Dabei kommt ein solches neues Gutachten unter den folgenden Voraussetzungen in Betracht:

- die bisherige Begutachtung weist grobe Mängel auf,
- das Gutachten enthält Widersprüche,
- es handelt sich um besonders schwierige Fragen,
- das Gutachten geht von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen aus (jedoch muss dann nicht stets ein neuer Sachverständiger bestellt werden),
- die Sachkunde des bisherigen Gutachters ist zweifelhaft oder
- ein neuer Gutachter verfügt über überlegene Forschungsmittel als der bisherige Sachverständige.

Bei dem letztgenannten Punkt (überlegene Forschungsmittel) ist ein neuer Sachverständiger aber nur dann zu beauftragen, wenn das bisherige Gutachten trotz Ergänzung und Anhörung des bisherigen Sachverständigen noch keine sichere Überzeugung zu vermitteln vermag¹⁴².

Bei verbleibenden Widersprüchen verschiedener Gutachter muss die Beweiswürdigung erkennen lassen, dass die einander widersprechenden Ansichten der Sachverständigen gegeneinander abgewogen worden sind und dass sich nach Herausarbeitung der abweichenden Standpunkte keine weiteren Aufklärungsmöglichkeiten ergeben haben¹⁴³.

14. Es wird den Parteien nach der mündlichen Anhörung des Sachverständigen kein rechtliches Gehör mehr gewährt

Wenn der Sachverständige in seiner mündlichen Gutachtererstattung neue und ausführliche Beurteilungen gegenüber dem schriftlichen Gutachten abgegeben hat bzw. zuvor ein gründliches schriftliches Gutachten noch nicht vorgelegen hatte oder überhaupt, wenn von einer Partei noch in der mündlichen Verhandlung eine umfassende sofortige

Stellungnahme nicht erwartet werden kann, muss der nicht sachkundigen Partei, aber auch einer sachkundigen Partei¹⁴⁴ nach der Erörterung des Beweisergebnisses (§§ 279 Abs. 3, 285 Abs. 1 ZPO) Gelegenheit zur schriftsätzlichen Stellungnahme gegeben werden, selbst wenn sie die Einräumung einer Schriftsatzfrist nicht beantragt; ansonsten wäre der Anspruch dieser Partei auf rechtliches Gehör verletzt¹⁴⁵.

15. Zusammenfassung:

Der Beweisaufnahme mittels Sachverständigem kommt im Arzthaftungsprozess ein besonderes Gewicht zu. Prozessbevollmächtigte und Tatrichter sind gleichermaßen gefordert, um vermeidbare Fehlerquellen zu beherrschen und sich mit komplexen Fragestellungen auseinanderzusetzen. Das Gericht darf sich nicht eigene Sachkunde anmaßen, indem es auf ein Sachverständigengutachten verzichtet. Es hat im Beweisbeschluss die Fragen präzise zu stellen und darauf zu achten, dass der Sachverständige das Gutachten persönlich und zeitnah erstattet. Bei der Bestellung des Sachverständigen muss es die Fachgleichheit beachten, hierbei und auch nach dem Vorliegen des Gutachtens Anhörungsrechte der Parteien berücksichtigen. Der Tatrichter sollte privatgutachterliche Fragen und Äußerungen in der mündlichen Verhandlung zulassen und muss Widersprüche zwischen den gutachterlichen Ausführungen klären und ggf. noch ein „Obergutachten“ einholen. Den Prozessbevollmächtigten obliegt es, ihre Fragerechte auszuüben und die Begutachtung aufmerksam zu begleiten. Wenn alle Beteiligten einschließlich des medizinischen Sachverständigen ihre jeweiligen Rollen gewissenhaft ausfüllen, klappt es auch mit der gebotenen Sachverhaltsaufklärung und Wahrheitsfindung.

140) Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 414.

141) BGH, VersR 2009, 499: Einwendungen des beklagten Arztes.

142) KG, VersR 2004, 350, 351.

143) BGH, VersR 2009, 518.

144) BGH, VersR 2001, 722 = MedR 2001, 364 (Leitsatz).

145) BGH, NJW 2018, 2723; BGH, VersR 2009, 1137; BGH, NJW 2001, 2796; Katzenmeier, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 10. Aufl. 2018, § 411, Rdnr. 5.

<https://doi.org/10.1007/s00350-019-5149-3>

Labor und Krankenhaus – Abrechnungs- und Compliancefragen insbesondere beim Laboroutsourcing (Teil 2)

Reimar Buchner und Jan-Peter Spiegel

D. Compliance-relevante Aspekte bei der Zusammenarbeit zwischen Krankenhaus und externem Labor

Bei der Ausgestaltung der Kooperation zwischen Krankenhaus und externem Facharztlabor beim Laboroutsourcing stellen sich nicht nur Abrechnungs-, sondern auch

Compliance-Fragen, insbesondere betreffend die Quersubventionierung der Preise der Laborleistungen für Regelleistungspatienten des Krankenhauses mit Erträgen der Laborleistungen für Wahlleistungspatienten und deren Vereinbarkeit mit dem UWG sowie dem Verbot der Zuweisung gegen Entgelt. Unter Compliance-Gesichtspunkten besonders relevant ist auch im Falle des Outsourcings zudem die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung.

Dr. iur. Reimar Buchner,
Fachanwalt für Medizin- und für Verwaltungsrecht, Partner,
Dr. iur. Jan-Peter Spiegel,
Fachanwalt für Medizinrecht, Counsel,
beide Gleiss Lutz Rechtsanwälte,
Friedrichstraße 71, 10117 Berlin, Deutschland

I. Wettbewerbswidrigkeit der Quersubventionierung bei Unterschreitung der Selbstkosten

Praktisch häufig ist beim Laboroutsourcing eine Gestaltung, bei der – sei es auf entsprechende Forderungen des Krankenhauses oder eines von ihm eingeschalteten „La-

borberaters“ in den Verhandlungen hin oder aufgrund der Maßgeblichkeit des Preises im Falle einer öffentlichen Ausschreibung – die Preise des Fachlabors für die Laborversorgung der Regelleistungspatienten des Krankenhauses aus den Erträgen der erbrachten Laborleistungen für die Wahlleistungspatienten des Krankenhauses, die beim gleichen externen Labor anfallen, quersubventioniert und dadurch im Ergebnis abgesenkt werden. Wiewohl grundsätzlich in dem Vertragsverhältnis zwischen Krankenhaus und externem Labor die Preise für die Versorgung der Regelleistungspatienten frei vereinbart werden können (dazu 1.), hat der BGH in einer ähnlichen Dreieckskonstellation die Quersubventionierung für den Fall der Unterschreitung der Selbstkosten des Labors als wettbewerbswidrig qualifiziert (dazu 2.). Diese wettbewerbsrechtliche Würdigung ist auf die Quersubventionierung von Laborleistungen für Regelleistungspatienten des Krankenhauses bei Unterschreitung der Selbstkosten des Labors übertragbar, sodass eine Quersubventionierung unter diesen Voraussetzungen ebenfalls als wettbewerbswidrig zu qualifizieren ist (dazu 3.):

1. Höhe der Vergütung des Labors für Leistungen für Regelleistungspatienten grundsätzlich frei vereinbar

Im Falle des Laboroutsourcings müssen die Kooperationspartner die Vergütung für die Leistungen des Labors vertraglich vereinbaren. Wie bereits erwähnt, findet nach der Rechtsprechung des BGH¹ im Verhältnis zwischen Krankenhausträger und niedergelassenem Arzt die GOÄ ebenso wenig wie andere Gebührenordnungen Anwendung. Die Vergütung für als allgemeine Krankenhausleistungen für Regelleistungspatienten erbrachte Laborleistungen kann daher grundsätzlich frei vereinbart werden.

2. Wettbewerbsrechtliche Grenzen der Preisvereinbarung in Dreieckskonstellationen – Verbot der Quersubventionierung

Die Nichtgeltung der GOÄ oder anderer Preisvorschriften bedeutet nicht, dass jede Vergütung für die vom Facharztlaboratorium bezogenen Leistungen zulässig wäre. Nach der Rechtsprechung des BGH zu Laborgemeinschaften und ihrer Quersubventionierung durch kooperierende Fachlabore ist das Anbieten von Leistungen des Allgemeinlabors unter Selbstkosten mit dem Ziel, dass die davon profitierenden Ärzte zugleich Speziallaborleistungen bei dem Fachlabor in Auftrag geben, wettbewerbsrechtlich nach § 4 Nr. 1 UWG a. F. unzulässig².

Die Laborleistungen der Laborgemeinschaft, die die Laborgemeinschaftsmitglieder selbst abrechnen – sodass sie aus der Differenz zwischen den Kosten der Laborgemeinschaft für die bezogenen Laboranalysen und der Abrechnung gegenüber dem Patienten einen Gewinn erzielen können –, dürfen nach der Rechtsprechung des BGH vom Fachlabor nicht durch die Erbringung von Laborleistungen für die Laborgemeinschaft unter den Selbstkosten quersubventioniert werden, wenn diese Quersubventionierung dazu geeignet ist, die Überweisung von Speziallaborleistungen durch die Laborgemeinschaftsmitglieder an das Fachlabor zu beeinflussen. Diese Speziallaborleistungen rechnet das kooperierende Fachlabor selbst gegenüber den Patienten ab und erzielt hierdurch zusätzliche Erlöse.

Durch das Angebot der allgemeinen Laborleistungen unterhalb des Selbstkostenpreises liegt es nach Auffassung des BGH nahe, dass viele hiervon profitierende Ärzte zugleich Untersuchungen des Speziallabors durch dieses Labor ausführen ließen, ohne weitere Angebote für solche Leistungen zu prüfen. Wenngleich die Vergütung des „Gesamtpakets“ aus Allgemein- und Speziallaborleistungen für das an diesem Verfahren beteiligte Facharztlabor wirtschaftlich gewesen sein dürfte, hat der BGH keine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung angestellt. Es hat viel mehr die Preisgestaltung bei den Allgemeinlaborleistungen unabhängig von den für

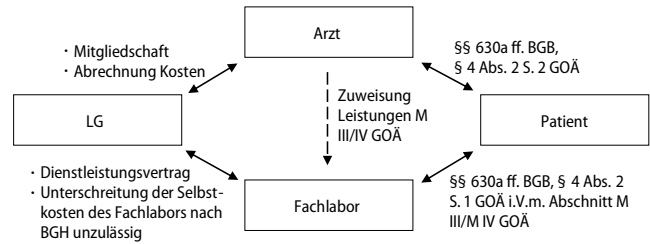


Abb. 1 Unzulässige Quersubventionierung der Laborgemeinschaft

Speziallaborleistungen erwarteten Umsätzen des Labors betrachtet. Diese getrennte Betrachtungsweise entspricht der in der Dreieckskonstellation abweichenden Vertragsbeziehungen zwischen Laborgemeinschaft und Fachlabor einerseits und Privatpatienten und Fachlabor andererseits.

Wettbewerbswidrig ist die Unterschreitung der Selbstkosten selbst dann, wenn keine rechtliche Koppelung nachweisbar ist, welche für die Verletzung des Verbots der Zuweisung gegen Entgelt im Sinne von § 31 Abs. 1 MBO-Ä Voraussetzung ist³.

Ob das Verbot der Quersubventionierung bei Unterschreitung der Selbstkosten nach der geltenden Fassung des UWG der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG zuzuordnen, oder aber unter § 4a Abs. 1 UWG zu subsummieren ist, ist für die Wettbewerbswidrigkeit auch nach der geltenden Fassung des UWG irrelevant⁴.

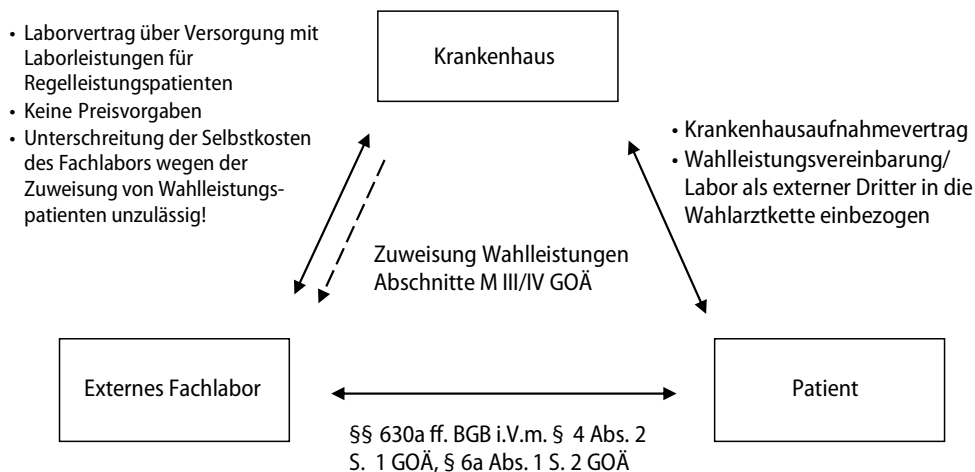
3. Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur unzulässigen Quersubventionierung von Laborgemeinschaften auf die Dreieckskonstellation zwischen Krankenhaus, extern versorgendem Fachlabor und Wahlleistungspatienten

Die der Rechtsprechung des BGH zur unzulässigen Quersubventionierung von Laborgemeinschaften durch Facharztlaboratorien zugrundeliegende Fallkonstellation entspricht derjenigen, die bei der externen Versorgung eines Krankenhauses mit bezieharen Laborleistungen für Regelleistungspatienten unter Selbstkosten in der Erwartung der Veranlassung von Laborleistungen für Wahlleistungspatienten besteht (s. Abb. 2).

Wird ein Krankenhaus mit Laborleistungen für seine Regelleistungspatienten extern versorgt, erzielt es einen wirtschaftlichen Vorteil, wenn die Laborleistungen von dem extern kooperierenden Labor unter seinen Selbstkosten angeboten werden. Denn es rechnet seine Leistungen mit Fallpauschalen, in die die Laborkosten einkalkuliert sind, gegenüber den Patienten bzw. deren Krankenversicherung ab. Damit subventioniert das externe Labor diese Laborleistungen für das Krankenhaus quer, indem es diese unter den eigenen Selbstkosten erbringt. Geschieht dies in der Erwartung, dass die veranlassten Laborleistungen für Wahlleistungspatienten ihm zugewiesen und dann von dem externen Labor gegenüber dem Patienten nach der GOÄ abgerechnet werden können, wodurch höhere Erlöse zu erzielen sind, ist

- 1) BGH, Urt. v. 12. 11. 2009, – III ZR 110/09 –, BGHZ 183, 143 ff.
- 2) BGH, Urt. v. 21. 4. 2005, – I ZR 201/02 –, NJW 2005, 3718, 3720 (Quersubventionierung von Laborgemeinschaften I); BGH, Urt. v. 17. 9. 2009, – I ZR 103/07 –, NJW-RR 2010, 1059, 1060 (Quersubventionierung von Laborgemeinschaften II); § 4 UWG a. F. entspricht in der geltenden Fassung § 3 Nr. 1 UWG oder § 4a Abs. 1 UWG.
- 3) BGH, Urt. v. 21. 4. 2005, – I ZR 201/02 –, NJW 2005, 3718, 3719 f. (Quersubventionierung von Laborgemeinschaften I); BGH, Urt. v. 17. 9. 2009, – I ZR 103/07 –, NJW-RR 2010, 1059, 1060 (Quersubventionierung von Laborgemeinschaften II).
- 4) S. zum Meinungsstand *Fritsche*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, UWG, § 4a, Rdnr. 3a m. w. N.

Abb. 2 Quersubventionierung beim Krankenhauslabor-Outsourcing



die Sach- und Interessenlage identisch mit derjenigen bei der Quersubventionierung von Laborgemeinschaften.

Auch bei der Quersubventionierung von Krankenhäusern liegt eine Dreieckskonstellation mit abweichenden Vertragsbeziehungen zwischen Krankenhaus und Fachlabor einerseits und Privatpatienten und Fachlabor andererseits, entsprechenden Kostentragungspflichten und abweichenden Gebührenregelungen vor. Deshalb ist die Auskömmlichkeit der Vergütung des Laborkooperationspartners des Krankenhausträgers nicht im Wege einer Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung der Erlöse des Facharztlaboratoriums für Wahlleistungspatienten zu prüfen, sondern isoliert für die Vergütung, die das Labor vom Krankenhausträger erhält. Die Vergütung für die Erbringung derjenigen Laborleistungen, die das Krankenhaus nach den Vorgaben des KHEntgG als eigene Leistungen abrechnen kann, muss für sich betrachtet mindestens den Selbstkosten des externen Fachlabors entsprechen.

Den Begriff der Selbstkosten verwendet der BGH in seinen beiden Entscheidungen zur Quersubventionierung von Laborleistungen ausdrücklich. Betriebswirtschaftlich handelt es sich hierbei um die Summe aller durch den betrieblichen Leistungsprozess entstandenen Kosten. Diese setzen sich aus den Kosten des Material-, Fertigungs-, Entwicklungs- und Entwurfs-, Verwaltungs- und Vertriebsbereichs zusammen⁵. Selbstkosten sind grundsätzlich mit den Vollkosten des Unternehmens gleichzusetzen. Maßgeblich für ihre Ermittlung bei der Kalkulation der Preise für die für das Krankenhaus erbrachten Leistungen sind somit die Vollkosten der Leistungserbringung mit Ausnahme derjenigen Kosten des Labors, die bei der Versorgung des Krankenhauses nicht anfallen, für die Kooperation keine Rolle spielen und deshalb auch nicht anteilig der Zusammenarbeit zugeordnet werden müssen. Eine Teilkosten- oder Grenzkostenrechnung ist dagegen nicht zulässig. Für die Kalkulation der Selbstkosten der einzelnen Laborparameter, die für das Krankenhaus erbracht werden, ist die Gesamtmenge der für unterschiedlichen Kostenträger bzw. für unterschiedliche Zuweiser in dem Fachlabor erbrachten Leistungen zu berücksichtigen. Die aufgrund unterschiedlicher Gebühren und Preisregelungen erzielten Erlöse spielen dagegen für die Kalkulation der Kosten keine Rolle. Eine Unterschreitung der so bestimmten Selbstkosten aufgrund der Einbeziehung der Erlöse, die das Facharztlaboratorium mit der Erbringung von Laboratoriumsleistungen für Wahlleistungspatienten erwartet, im Sinne einer Mischbetrachtung, darf nicht erfolgen. Damit würden die Regelleistungen für das Krankenhaus in der Erwartung quersubventioniert, dass die Wahlleistungen für Privatpatienten zugewiesen werden. Da sich die Kosten der Laboratorien voneinander unterscheiden, wird auch die Höhe der Selbstkosten variieren. Insoweit gibt es weiterhin einen zulässigen Preiswettbewerb um Krankenhäuser als Kooperationspartner.

Oftmals beschränken sich die vom Facharztlaboratorium für das Krankenhaus im Falle des echten Outsourcings zu erbringenden Leistungen nicht in der Durchführung von Laboruntersuchungen. Zusätzliche Aufgaben nach den Kooperationsverträgen sind etwa die Durchführung von Schulungen des Personals des Krankenhauses sowie die Mitarbeit des Facharztlaboratoriums bei der Organisation der Blutbankdepots des Krankenhauses⁶. Für diese nicht die Erbringung von Laboratoriumsleistungen betreffenden Aufgaben können die Vertragsparteien eine gesonderte Vergütung vereinbaren. Ebenso ist es zulässig, eine Vergütungspauschale festzulegen und damit sämtliche Leistungen des Facharztlaboratoriums für das Krankenhaus abzugelten. Es muss aber sichergestellt sein, dass bei der Ermittlung der Höhe der Pauschalvergütung sämtliche Dienstleistungen des Facharztlabors angemessen berücksichtigt werden.

4. Quersubventionierung und Verbot der Zuweisungen von Untersuchungsmaterial gegen Entgelt

Es stellt sich die Frage, ob unter Heranziehung der Rechtsprechung des BGH zur wettbewerbswidrigen Quersubventionierung von Laborgemeinschaften die Berücksichtigung der zu erwartenden Erlöse für Wahlleistungspatienten bei der Vereinbarung der Höhe der Vergütung für die Erbringung allgemeiner Krankenhausleistungen zugleich eine unzulässige Zuweisung von Untersuchungsmaterial der Wahlleistungspatienten im Gegenzug für die Gewährung eines Vorteils sein kann.

Die maßgebliche Vorschrift des ärztlichen Berufsrechts, die das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt enthält, ist § 31 Abs. 1 MBO-Ä. In Nordrhein-Westfalen hat das Zuweisungsverbot mit § 31a Eingang in das Krankenhausgestaltungsgesetz (KHGG NRW) gefunden. § 16 Abs. 2 KHGG NRW sieht als Rechtsfolge eines besonders schweren Falles der Zuweisung gegen Entgelt die Möglichkeit vor, das Krankenhaus ganz oder teilweise aus dem Krankenhausplan herauszunehmen. § 32 BremKrhG enthält für Bremen eine vergleichbare Bestimmung mit entsprechenden Sanktionsmöglichkeiten. Daneben ist seit Juni 2016 das Verbot der Zuweisung von Untersuchungsmaterial gegen Entgelt durch die §§ 299a, 299b StGB strafbewehrt. Die Regelungen zeichnen sich sämtlich dadurch aus, dass sie verbieten, für die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.

5) *Gabler Wirtschaftslexikon*, 16. Aufl. 2013, „Selbstkosten“.

6) Hierzu *Halbe/Keller*, in: *ders./Schirmer*, Handbuch Kooperationen im Gesundheitswesen, 2007, C 1800, Rdnrn. 146 f.

4.1 Gewährung eines Vorteils

Auf Grundlage dieser Regelungen ist zu prüfen, ob die Vereinbarung von Preisen unterhalb der Selbstkosten des Labors für die im Rahmen der Krankenhausleistung erbrachten Laboruntersuchungen und sonstigen Dienstleistungen wegen der erwarteten Erlöse für die Liquidation von Leistungen für Wahlleistungspatienten ein Vorteil für die Zuweisung von Untersuchungsmaterial ist. Unter einem Vorteil i. S. dieser Vorschriften versteht man jede entgeltliche Leistung materieller oder immaterieller Art, auf die der Empfänger keinen durch eine Gegenleistung gedeckten Anspruch hat und die ihn materiell oder immateriell in seiner wirtschaftlichen Lage objektiv besserstellt⁷.

Dass die Vereinbarung von Preisen für die Versorgung von Regelleistungspatienten des Krankenhauses, die die Selbstkosten des externen Labors unterschreiten, für das Krankenhaus einen Vorteil darstellt, ist auf der Basis der Rechtsprechung des BGH zur unzulässigen Quersubventionierung von Laborgemeinschaften nicht zu bezweifeln. Für dieses Ergebnis spricht auch folgende Überlegung: Würde das externe Labor die beziehbaren Allgemeinlaborleistungen im Rahmen der Behandlung von Regelleistungspatienten nicht unterhalb der Selbstkosten anbieten, den Krankenhausträger oder einzelne Ärzte aber an den Erlösen für Wahlleistungspatienten beteiligen, wäre die Gewährung eines Vorteils offensichtlich. Das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt umfasst aber auch Umgehungsgestaltungen⁸. Wenn anstelle einer Gewinn- oder Umsatzbeteiligung an den für Wahlleistungspatienten erbrachten Laborleistungen des externen Kooperationspartners eine nicht auskömmliche Vergütungshöhe für die erbrachten allgemeinen Krankenhausleistungen – die der Krankenhausträger von diesem Labor bezieht – tritt, ist das Ergebnis wirtschaftlich vergleichbar. Dies spricht für die Bejahung eines Vorteils.

4.2 Zuweisung von Untersuchungsmaterial

Neben der Gewährung eines Vorteils muss eine Zuweisung vorliegen. Dieser Begriff umfasst zunächst Überweisungen im Sinne von § 24 BMV-Ä⁹. Nach der Rechtsprechung des BGH¹⁰ ist der Begriff aber weiter zu verstehen. Er schließt sämtliche Fälle von Verweisungen und Empfehlungen von Patienten an andere Ärzte, Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen ein.

Die Einbindung des externen Laborkooperationspartners in die Erbringung allgemeiner Krankenhausleistungen und die Überlassung des Untersuchungsmaterials hierfür ist keine Zuweisung im Sinne dieser Vorschriften. Die Leistung wird vom Krankenhausträger als eigene Leistung erbracht. Der Bezug von Teilbereichen der pauschal vergüteten Leistung von externen Dritten ist zulässig. Das Facharztlaboratorium tritt als Erfüllungshelfer des Krankenhausträgers nach § 278 BGB auf¹¹.

Bei den vom Kooperationspartner durchgeführten Laboratoriumsuntersuchungen für Wahlleistungspatienten ist es zwar nicht ganz eindeutig, ob es sich hierbei um eine Zuweisung von Untersuchungsmaterial durch den Krankenhausträger bzw. die dort beschäftigten Ärzte handelt. Im Rahmen des Laboroutsourcings haben die Vertragsparteien vereinbart, dass das Facharztlaboratorium insgesamt den Laborbetrieb des Krankenhausträgers übernimmt. Die Gestaltung des Outsourcings des gesamten Krankenhauslabors als einheitlicher Lebenssachverhalt könnte gegen das Vorliegen einer Zuweisung von Untersuchungsmaterial von Wahlleistungspatienten sprechen. Allerdings bestimmt § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG, dass externe Dritte in die Wahlleistungskette einbezogen sind, wenn deren Leistungen von den Krankenhausärzten „veranlasst“ werden. Da das Fachlabor als Kooperationspartner nicht nur die veranlassten Laborleistungen erbringt, sondern diese gesondert als eigene Leistungen gegenüber dem Wahlleistungspatienten abrechnet,

spricht vieles dafür, dass bei der Veranlassung von Laborleistungen für Wahlleistungspatienten eine Zuweisung von Untersuchungsmaterial i. S. d. § 31 Abs. 1 MBO-Ä erfolgt.

4.3 Unrechtsvereinbarung/Koppelungsgeschäft

Als Folge der in § 31 Abs. 1 MBO-Ä enthaltenen Formulierung „für“ bzw. „als Gegenleistung dafür“ in §§ 299a, 299b StGB muss zwischen der Zuweisung und dem zuffließenden Vorteil Kausalität bestehen¹². Dies bedeutet, dass die Zuwendung als Koppelungsgeschäft von der Patientenzuweisung im Sinne eines Gegenseitigkeitsverhältnisses abhängig gemacht werden muss¹³. Erforderlich ist ein direkter Zusammenhang zwischen der Zuweisung und der Vorteilsgewährung, sodass der ausdrückliche oder konkludente Abschluss einer Unrechtsvereinbarung notwendig ist.

Auf den ersten Blick könnte man annehmen, dass das Krankenhaus nicht dazu verpflichtet ist, sämtliche Laborleistungen für Wahlleistungspatienten von dem kooperierenden Laboratorium durchführen zu lassen¹⁴. Außerdem umfasst die Kooperationsvereinbarung sämtliche laboratoriumsmedizinische Leistungen für die Patienten des Krankenhauses. Die vollständige Ausgliederung des Laborbetriebs an einen Dritten ist ein einheitlicher Lebensvorgang. Bei einer ganzheitlichen Betrachtung könnte man möglicherweise der Ansicht sein, dass der Kooperationspartner keine laboratoriumsmedizinischen Untersuchungen für Wahlleistungspatienten als Gegenleistung für die Erbringung von Laborleistungen für Regelleistungspatienten zugewiesen erhält, sondern das Labor schlichtweg sämtliche Laboruntersuchungen durchführt, die für Patienten des Krankenhausträgers erforderlich sind.

Faktisch wird der Laborkooperationspartner des Krankenhauses zur Durchführung sämtlicher Laboruntersuchungen für Wahlleistungspatienten als externe ärztliche Einrichtung ausgewählt. Das Facharztlaboratorium kann sicher damit rechnen, im Falle des Laboroutsourcings nahezu den gesamten Laborumsatz für Wahlleistungspatienten des Krankenhauses generieren zu können. Hiervon wird auch der Krankenhausträger ausgehen. Mit Blick auf die den gesamten Laborbetrieb umfassende Ausgliederung trifft es zwar zu, dass dies ein einheitlicher Lebenssachverhalt ist. Dies ändert aber nichts daran, dass das externe Labor vom Krankenhausträger als Kooperationspartner ausgewählt worden ist, weil es die vertraglich vereinbarten Konditionen anbietet. Das Facharztlaboratorium würde den Auftrag bei lebensnaher wirtschaftlicher Betrachtung nicht erhalten, wenn es die vereinbarte Vergütungshöhe für Regelleistungen gegenüber dem Krankenhausträger nicht akzeptiert hätte. Denn ein Teiloutsourcing ist für den Krankenhausträger nicht attraktiv. Deshalb ist zwischen der (unterstellt unterhalb des Selbstkostenpreises des externen Labors liegenden) Vergütung für Laborleistungen für Regelleistungspatienten und der Beauftragung dieses Labors mit nahezu sämtlichen

- 7) BGHSt 31, 264, 279; so ausdrücklich a. die Gesetzesbegründung zum Antikorruptionsgesetz, BT-Dr. 18/6446, S. 17; *Harnett*, MedR 2017, 688, 692; *Braun/Püschel*, MedR 2013, 655, 656; *Scholz*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 31 MBO-Ä, Rdnr. 5.
- 8) S. etwa OLG Stuttgart, Urt. v. 10.5.2007, – 2 U 176/06 –, MedR 2007, 543 ff.
- 9) *Adolf*, in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 73, Rdnr. 154.
- 10) BGH, Urt. v. 13.1.2011, – I ZR 111/08 –, MedR 2011, 500, 506.
- 11) *Bäume*, MedR 2014, 76, 80f.
- 12) BGH, Urt. v. 13.1.2011, – I ZR 111/08 –, MedR 2011, 500, 506.
- 13) BGH, Beschl. v. 25.1.2012, – 1 StR 45/11 –, MedR 2012, 388, 391; BGH, Urt. v. 21.4.2005, – I ZR 201/02 –, NJW 2005, 3718, 3720 (Quersubventionierung von Laborgemeinschaften I).
- 14) Eine solche verpflichtende vertragliche Regelung wäre wegen des Rechts auf freie Arztwahl gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 MBO-Ä bedenklich.

Laboruntersuchungen für Wahlleistungspatienten des Krankenhauses ein Gegenseitigkeitsverhältnis anzunehmen.

In wettbewerbsrechtlicher Hinsicht kommt hinzu, dass der BGH in den beiden Entscheidungen zur Quersubventionierung von Laboruntersuchungen aus den Jahren 2005 und 2010¹⁵ ausdrücklich entschieden hat, dass eine rechtliche Koppelung zwischen Leistung und Gegenleistung zur Bejahung eines Wettbewerbsverstößes nicht nachgewiesen werden muss. Es reicht aus, wenn die Vergütungshöhe nahelegt, dass sie die Zuweisungsentscheidung von Speziallaborleistungen beeinflusst hat. Nachteilige wettbewerbsrechtliche Konsequenzen lassen sich deshalb über die Verneinung eines Koppelungsgeschäfts nicht ausschließen.

4.4 Bedeutung der Einbeziehung der Krankenhausärzte für die strafrechtliche Beurteilung

Gewähren Ärzte des externen Facharztlabors über die Unterschreitung der Selbstkosten im Krankenhaus Vorteile, um die Laborleistungen der Wahlleistungspatienten des Krankenhauses zugewiesen zu erhalten, liegt ein Verstoß gegen § 31 Abs. 1 MBO durch die Ärzte des Facharztlabors vor.

Für die Frage, ob zugleich auch das Risiko der Begehung einer Straftat nach den §§ 299a, 299b StGB besteht, kommt es dagegen maßgeblich darauf an, ob die Krankenhausärzte in die Verknüpfung von Vorteil und Zuweisung von Untersuchungsmaterial einbezogen sind. Denn der Tatbestand der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen nach § 299a StGB setzt voraus, dass der Vorteilsempfänger Angehöriger eines Heilberufs ist. Wird die Quersubventionierung durch Unterschreitung der Selbstkosten des extern beauftragten Labors mit dem Geschäftsführer eines Krankenhauses vereinbart, der selbst nicht Angehöriger eines Heilberufs ist, ohne dass die Krankenhausärzte davon Kenntnis haben, scheidet ein Verstoß gegen § 299a StGB an den fehlenden Empfängerqualifikationen des Krankenhausgeschäftsführers. In dieser Fallkonstellation verwirklicht dann auch ein Arzt des externen Fachlabors, der die die Selbstkosten unterschreitende Vergütung vereinbart, nicht den Tatbestand des § 299b StGB, weil der in der Selbstkostenunterschreitung liegende Vorteil nicht einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a StGB gewährt wird.

In dieser Sachverhaltskonstellation wird auch nicht gegen die teilweise in den Landeskrankenhausgesetzen enthaltenen Verbotsnormen wie § 31a KHGG NRW und § 32 BremKrhG verstoßen. Diese greifen nicht ein, weil sie nur die Zuweisung von Patienten ins Krankenhaus verbieten, jedoch nicht die Zuweisung von Patienten und Untersuchungsmaterial durch Krankenhäuser an externe Leistungserbringer im Gegenzug gegen die Gewährung nicht kostendeckender Preise für andere Leistungen.

Nachdem allerdings die Krankenhausverwaltung die Veranlassung der Laborleistungen für die Wahlleistungspatienten beim externen Labor organisieren muss, dürfte eine Einbeziehung der Ärzte des Krankenhauses in das Koppelungsgeschäft bei lebensnaher Betrachtung nicht fernliegen. In diesem Fall besteht auch ein erhebliches Risiko des Verstoßes gegen die §§ 299a, 299b StGB, weil ein Drittverstoß für das Krankenhaus bei Verstoß der Krankenhausärzte gegen das Zuweisungsverbot ausreichend ist, um den Tatbestand des § 299a StGB zu verwirklichen.

4.5 Ergebnis

Um die im Falle einer Verletzung des Verbots der Zuweisung gegen Entgelt drohenden negativen Konsequenzen zu vermeiden, darf die Vergütungshöhe für von einem externen Labor erbrachten Laborleistungen als allgemeine Krankenhausleistungen und für sonstige Tätigkeiten bei notwendiger isolierter Betrachtung der Leistungserbringung zwischen Krankenhaus und Facharztlabor nicht unterhalb des Selbstkostenpreises auf Vollkostenbasis angeboten werden. Die als Folge des Laboroutsourcings erwarteten Umsät-

ze mit Wahlleistungspatienten sind bei der Kalkulation der Auskömmlichkeit des Angebots nicht zu berücksichtigen.

5. Keine Beteiligung des Krankenhausträgers oder einzelner Krankenhausärzte am Liquidationserlös der Labors und keine Gewährung sonstiger Vorteile durch das externe Labor

Wegen des Verbots der Zuweisung gegen Entgelt darf – wie soeben erwähnt – weder der Krankenhausträger noch dürfen einzelne liquidationsberechtigte Ärzte des Krankenhauses an den Erlösen beteiligt werden, die das externe Labor mit für Wahlleistungspatienten erbrachten Leistungen erzielt. Mit Blick auf die Einbindung des Labors in die externe Wahlarztkette gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG durch Veranlassung der Leistungen durch den Krankenhausträger oder dessen liquidationsberechtigte Ärzte wäre die Einräumung einer Umsatz- oder Gewinnbeteiligung als unzulässige Zuweiserprämie für die Veranlassung von Laborleistungen für Wahlleistungspatienten beim Laborkooperationspartner anzusehen.

Entsprechendes gilt für den Fall, dass der Laborbereich des Krankenhauses nicht vollständig ausgegliedert wird, sondern das Präsenzlabor im Krankenhaus verbleibt, weiterhin von nicht liquidationsberechtigten Krankenhausärzten geleitet wird und sich der Beitrag des externen Laborkooperationspartners insoweit auf die Bereitstellung der Laborausstattung sowie die Übernahme technischer und organisatorischer Dienstleistungen beschränkt. Zum einen muss das externe Labor hierfür eine angemessene Vergütung erhalten. Zum anderen darf es die nicht liquidationsberechtigten Ärzte, die im Präsenzlabor arbeiten, nicht mit der Erbringung von für die Patienten des Krankenhauses erforderlichen Basislaborleistungen beauftragen und diese Ärzte für ihre Tätigkeit im Präsenzlabor vergüten, wenn die Leistungen des Präsenzlabor vom Krankenhaus bzw. liquidationsberechtigten Krankenhausarzt nach § 4 Abs. 2 S. 2 Alternative 2 GOÄ abgerechnet werden. Dies kann ebenfalls eine verdeckte Vorteilsgewährung für die Zuweisung von Untersuchungsmaterial von Wahlleistungspatienten sein. Denn das externe Labor leitet das Präsenzlabor nicht. Die dort durchgeführten Leistungen werden für das Krankenhaus erbracht, nicht für dessen Laborkooperationspartner. Es besteht daher bei objektiver Betrachtung keine Veranlassung für das externe Labor, sich an der Vergütung der nicht liquidationsberechtigten Ärzte in diesem Präsenzlabor des Krankenhauses zu beteiligen.

II. Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung

Bei der Erbringung von Laborleistungen für Wahlleistungspatienten gilt § 4 Abs. 2 GOÄ. Bei Speziallaborleistungen ist die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung durch das Facharztlabor bzw. die dort tätigen Ärzte uneingeschränkt zu beachten. Bei Basislaborleistungen ist diese Pflicht nach § 4 Abs. 2 S. 2 GOÄ durchbrochen. Eine Verletzung der Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung nach § 4 Abs. 2 GOÄ ist strafrechtlich unter dem Blickwinkel des Abrechnungsbetrugs nach § 263 Abs. 1 StGB relevant¹⁶. Der BGH hat entschieden, dass ein Arzt, der ärztliche Leistungen als eigene abrechnet, nicht nur behauptet, zur Abrechnung berechtigt zu sein, sondern jedenfalls konkludent auch, dass die Voraussetzungen der den Abrechnungen zugrundeliegenden Rechtsvorschriften eingehalten sind. Diese zum Abrechnungsbetrag bei Vertragsärzten entwickelten Grundsätze gelten auch für privatliquidierende Ärzte.

15) BGH, Urt. v. 21.4.2005, – I ZR 201/02 –, NJW 2005, 3718, 3720 (Quersubventionierung von Laborgemeinschaften I); BGH, Urt. v. 17.9.2009, – I ZR 103/07 –, NJW-RR 2010, 1059, 1060 (Quersubventionierung von Laborgemeinschaften II).

16) BGH, Beschl. v. 25.1.2012, – 1 StR 45/11 –, juris.

E. Zusammenfassung

I. Bei der Abrechnung von im Zentrallabor eines Krankenhauses von Krankenhausärzten erbrachten Laborleistungen kommt es maßgeblich darauf an, ob es sich um Leistungen für Regel- oder Wahlleistungspatienten handelt, ob es in diesem Krankenhaus liquidationsberechtigte leitende Ärzte gibt und ob es sich um Leistungen des Basis- oder des Speziallabors handelt. Dienste für Regelleistungspatienten sind allgemeine Krankenhausleistungen, die der Träger über die Vergütungspauschalen abrechnet. Hat ein Krankenhaus keine liquidationsberechtigten Ärzte und besteht zwischen dem Träger und dem Patienten ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag ohne Arztzusatzvertrag, ist davon auszugehen, dass der Krankenhausträger die für Wahlleistungspatienten erbrachten Leistungen als Institutsleistung selbst abrechnen kann.

II. Ist der Laborbetrieb an ein externes Fachlabor fremdvergeben worden, hat das im Anwendungsbereich des KHEntgG keine Auswirkungen auf die Abrechnung der Leistungen für Regelleistungspatienten. Diese werden als integraler Bestandteil der Vergütungspauschalen vom Krankenhaus gegenüber dem zuständigen Kostenträger als allgemeine Krankenhausleistungen abgerechnet. Die Laborleistungen für Wahlleistungspatienten liquidiert dagegen grundsätzlich der externe Kooperationspartner. Bei im Präsenzlabor erbrachten Leistungen kommt es jedoch darauf an, ob dieses ebenfalls von dem Kooperationspartner übernommen wurde oder – was oftmals der Fall ist – ob dieses weiterhin von Krankenhaus als eigene Einrichtung betrieben wird.

III. Der Laborkooperationspartner des Krankenhauses ist nach § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG im Falle der Beauftragung im Einzelfall als ärztlich geleitete ärztliche Einrichtung in die Wahlleistungskette einbezogen. Für die Wirksamkeit der Einbeziehung ist es unerheblich, ob das externe Labor durch einen privatliquidationsberechtigten Arzt oder durch nachgeordnete Ärzte des Krankenhauses beauftragt wird. Es ist höchstrichterlich bislang nicht geklärt, ob im Falle der Abrechnung von Wahlleistungen durch den Kranken-

hausträger als Institutsleistung ohne liquidationsberechtigte Krankenhausärzte externe Dritte in die Wahlleistungskette einbezogen sind, die ihre Leistungen dann gegenüber dem Patienten abrechnen. Es ist jedoch insbesondere unter Einbeziehung von Art. 12 Abs. 1 GG davon auszugehen, dass dies zulässig und der Krankenhausträger mit seinen Ärzten bei der Veranlassung der Laborleistungen als Vertreter des Wahlleistungspatienten handelt.

IV. Bei der Kooperation zwischen einem Krankenhaus und einem externen Facharzlabor sind unter Compliance-Aspekten vor allem das UWG sowie das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt zu beachten. Ein echtes Laboroutsourcing schließt faktisch den gesamten Laborbetrieb der Klinik (ggf. mit Ausnahme des Präsenzlabor) ein. Das externe Labor wird nicht nur die beziehbaren Laboruntersuchungen für Regelleistungspatienten durchführen, sondern auch sämtliche Laborleistungen für Wahlleistungspatienten von den Ärzten des Krankenhauses zugewiesen bekommen. Dieser Umstand darf trotz fehlender Bindung an die GOÄ oder sonstige Gebührenordnungen im Verhältnis zwischen Krankenhaus und Facharzlabor nicht dazu führen, dass die Parteien für die beziehbaren Laborleistungen eine Vergütung vereinbaren, die bei isolierter Betrachtung auf Vollkostenbasis unterhalb der Laborselbstkosten liegen. Denn damit würden die im Dreiecksverhältnis Krankenhaus und Fachlabor sowie Krankenhaus-Patienten und Patienten zum Fachlabor zu unterscheidenden Vertragsbeziehungen und Kostentragungspflichten vermengt. Die Vereinbarung einer nicht auskömmlichen Vergütung für allgemeine Krankenhausleistungen ist als Verstoß gegen § 3 Abs. 1 UWG sowie als Gewährung eines Vorteils für die Zuweisung von Untersuchungsmaterial von Wahlleistungspatienten zu qualifizieren. Insoweit ist die vorliegende Konstellation mit der Quersubventionierung der von für eine Laborgemeinschaft erbrachten Leistungen mit dem Ziel, zugleich Speziallaborleistungen zugewiesen zu bekommen, vergleichbar. Zur Quersubventionierung hat der BGH bereits entschieden, dass das Anbieten von Laborleistungen unterhalb des Selbstkostenpreises unzulässig ist.

Bei Risiken und Nebenwirkungen – zum Amtsanwalt?

Sebastian T. Vogel

Die Aktenberge auf den Tischen (nicht nur) der Staatsanwälte häufen sich; guter Nachwuchs für die Justiz ist nicht immer leicht zu finden; PEBB§Y¹ tut sein Übriges. Regelmäßig kommen für die Bagatell- und Massenkriminalität deshalb Amtsanwälte zum Einsatz². In Berlin und Frankfurt a.M. gibt es neben der Staatsanwaltschaft sogar eine eigene Behörde. Nachfolgender Beitrag nimmt das Institut der Amtsanwaltschaft nicht pauschal inmitten kritischer Betrachtung. Plädiert wird jedoch dafür, Augenmaß walten zu lassen bei der Kompetenzzuschreibung. Denn eine fahrlässige Körperverletzung etwa hat nicht per se

Bagatell- und/oder Massenkriminalitätscharakter – namentlich arztstrafrechtliche Sachverhalte überfordern Amtsanwälte (unverschuldet) ständig und sind nicht geeignet, durch Nichtjuristen erledigt zu werden. Wo es bereits entsprechende Regelungen gibt, wird dafür plädiert, diese einzuhalten.

1. Ausbildung und Aufgaben der Amtsanwälte

Amtsanwälte sind Beamte des gehobenen Justizdienstes, müssen aber nicht die Befähigung zum Richteramt haben. In der Regel handelt es sich um Rechtspfleger mit einer zumeist

Rechtsanwalt Dr. Sebastian T. Vogel,
Fachanwalt für Strafrecht in der Kanzlei FS-PP Berlin Part mbB,
Potsdamer Platz 8, 10117 Berlin, Deutschland,
und Lehrbeauftragter für Arztstrafrecht an der
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Rahmen
des Master-Studiengangs Medizin-Ethik-Recht,
Universitätsplatz 5, 06108 Halle (Saale), Deutschland

1) Personalbedarfsberechnungssystem.
2) MüKo-StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 142 GVG, Rdnr. 9.
3) MüKo-StPO/Brocke, 1. Aufl. 2018, § 142 GVG, Rdnr. 9; HK-GS/
Duttge/Kangarani, 4. Aufl. 2017, § 142 GVG, Rdnr. 5; SK-StPO/
Wohlers, 5. Aufl. 2016, § 142 GVG, Rdnr. 12; KK-StPO/Mayer,
7. Aufl. 2013, § 142 GVG, Rdnr. 13.