



Vorsicht bei Laborbeteiligungen

Erste Erfahrungen nach dem Antikorruptionsgesetz

Sehr geehrte Damen und Herren,

das Antikorruptionsgesetz ist ein Dreivierteljahr alt. Zeit, eine erste Bilanz zu ziehen und die Frage zu stellen: Welche Tendenzen zeichnen sich in der praktischen Anwendung der neuen Straftatbestände ab? Der Fokus dieser Sonderausgabe liegt dabei auf einer Fallgestaltung, die große Praxisrelevanz aufweist: Die Beteiligung von Zahnärzten an gewerblichen Laboren. Hierzu gibt es erste belastbare Aussagen aus dem Kreise der beteiligten Behörden, durch die eine klare Tendenz auszumachen ist. Fest steht dabei bereits jetzt, dass in vielen Fällen Handlungsbedarf besteht.

Gerade im Strafrecht gilt es, ganz genau hinzuschauen. Bei jedweden Rückfragen stehen wir Ihnen dabei wie immer jederzeit mit Rat und Tat zur Seite.

Mit den besten Grüßen

Hans Peter Ries - Dr. Karl-Heinz Schnieder - Dr. Ralf Großbölting - Björn Papendorf, LL.M. - Prof. Dr. Christoff Jenschke - Dr. Sebastian Berg

Vorsicht bei Laborbeteiligungen

Erste Erfahrungen nach dem Antikorruptionsgesetz



Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen am 04.06.2016 (vgl. der paragraph 2/2016) hat eine nicht unerhebliche Verunsicherung im gesamten Gesundheitsmarkt Einzug gehalten:

Was ist (noch) erlaubte Kooperation, was ist strafbewehrte Korruption? Nachdem das „Antikorruptionsgesetz“ nunmehr über ein halbes Jahr in Kraft ist, verfestigen sich bereits erste Tendenzen in der Handhabung und Auslegung der neuen Straftatbestände der Bestechung und Bestechlichkeit gemäß §§ 299a, 299b StGB. Bei einer dieser Tendenzen steht das Verhältnis von Zahnärzten und Dentallaboren im Fokus.

Welches Problem besteht?

Ist ein Zahnarzt an einem gewerblichen Labor gesellschaftsrechtlich beteiligt und beauftragt dieser Zahnarzt das Labor beispielsweise mit zahntechnischen Arbeiten, so kann ein korruptionsspezifischer Vorteil in den Gewinnausschüttungen des Labors liegen, die anteilig an den Zahnarzt zurückfließen. Damit kommt - je nach konkreter Fallgestaltung - für den Zahnarzt eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit im Gesundheitswesen gemäß § 299a StGB in Betracht.

Bei der Auftragsvergabe von Zahnärzten an das Labor handelt es sich um den Bezug von Medizinprodukten, die zur unmittelbaren Anwendung durch den Zahnarzt beim Patienten bestimmt sind. Eine Tathandlung im Sinne des § 299a Nr. 2 StGB ist damit gegeben.

Gleichzeitig erhalten die Zahnärzte ihre Gewinnausschüttung je nach Beteiligungsumfang ausgekehrt. Das ist zwar grundsätzlich in Anbetracht der durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierten Berufsfreiheit nicht per se problematisch. Der Vorteilsbegriff der korruptionsrechtlichen Vorschriften ist allerdings von gesetzgeberischer Seite bewusst sehr weit gestaltet worden und umfasst alles, was die Position des Empfängers objektiv verbessert.

Allein der Bezug von Zahnersatzmaterial bei einem Labor durch einen Zahnarzt und der gleichzeitige Empfang von Vorteilen reichen aber noch nicht für die Annahme eines Rechtsverstößes aus. Vielmehr bedarf es einer besonderen Verknüpfung dieser beiden Elemente, damit das Verhalten rechtswidrig ist.

Diese Verknüpfung wird gemeinhin als Unrechtsvereinbarung bezeichnet, wobei die Voraussetzungen an diese Unrechtsvereinbarung zwischen verschiedenen Vorschriften unterschiedlich hoch sein können. Gefordert wird im Wettbewerbsstrafrecht – und darum handelt es sich bei den neuen Antikorruptionsstrafatbeständen – eine handlungsbezogene, unlautere Bevorteilung.

Der Begriff der Unlauterkeit ist dabei dem Wettbewerbsrecht entlehnt. Der wettbewerbsrechtlich ausgerichtete erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) hat insoweit entschieden, dass die Beteiligung von Heilberufsangehörigen an Gesundheitsunternehmen auch berufsrechtlich solange gestattet ist, wie gewährleistet ist, dass der Zahnarzt sich bei seinen heilberuflichen Entscheidungen in hinreichendem Umfang vom Patienteninteresse an der bestmöglichen Versorgung leiten lässt. Diese gewünschte Freiheit der zahnmedizinischen Entscheidung wäre nicht gewährleistet, wenn ökonomische Motive den Ausschlag zu einer bestimmten Zuweisungs- oder Bezugsentscheidung geben würden. Genau diese Gefahr – die Überlagerung von Qualitätserwägungen durch ökonomische Motive – soll durch das neue Antikorruptionsstrafrecht eingedämmt werden.

Warum ist dies jetzt zunehmend relevant?

Die soeben ausgeführte Problematik der Gleichzeitigkeit von Beteiligung und Auftragsvergabe an gewerbliche Labore gerät aktuell verstärkt in den Fokus der Behörden. Dies zeigen bereits verschiedene schriftliche Stellungnahmen aus dem Bereich der Selbstverwaltungsgremien. So bedienen sich Bundeszahnärztekammer und Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung in einer gemeinsamen Stellungnahme einer vergleichsweise strengen Auslegung der neuen Tatbestände. Sowohl bei direkt umsatzabhängigen Gewinnbeteiligungen eines Zahnarztes an einem gewerblichen Labor als auch bei mittelbaren Gewinnbeteiligungen mahnen die Gremien zu großer Vorsicht. Es heißt dort konkret:

„Soweit ein Vertragszahnarzt von einem gewerblichen Labor, an dem er selber beteiligt ist, in nicht ganz unerheblichem Umfang auch selbst zahntechnische Leistungen bezieht, sind damit erhebliche, nunmehr auch strafrechtliche Risiken verbunden.“

(BZÄK und KZBV, Rechtsgrundlagen und Hinweise für die Zahnarztpraxis - Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen, 1. Auflage 2016, S. 18)

Auch die Zahnärztekammer Westfalen-Lippe sensibilisiert ihre Mitglie-

der für die hiesige Thematik und bezeichnet die Beteiligung am gewerblichen Labor als „Sonderproblem“. Die Kammer weist unter Bezugnahme auf die Strafschärfungsvorschrift des § 300 StGB - „Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen“ - auch darauf hin, wie schnell bei der Beteiligung mehrerer Personen an den unlauteren Absprachen eine erhebliche Vertiefung des Strafbarkeitsrisikos vorliegen kann:

„Ein besonders schwerer Fall der Bestechung / Bestechlichkeit liegt u. a. bei bandenmäßiger oder gewerbsmäßiger Begehung vor (...). Wenn also nur drei (oder mehr) Zahnärzte gemeinsam ein gewerbliches Dentallabor betreiben und die eigenen Praxisaufträge jeweils an dieses Labor vergeben, könnte bereits von bandenmäßigem Handeln und damit von einem „besonders schweren Fall“ der Bestechung / Bestechlichkeit ausgegangen werden. Ebenso könnte, soweit der Betrieb des Labors auf Dauer angelegt ist und es einige Gewinne abwirft, ein gewerbsmäßiges Handeln vorliegen und je nach Höhe der Gewinnausschüttungen auch ein Vorteil großen Ausmaßes. In allen Fällen drohte eine Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten - eine Geldstrafe ist hier nicht mehr vorgesehen.“ (Zahnärztekammer Westfalen-Lippe, Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, Broschüre, 2016)

Die Sensibilisierung der berufsständischen Vertretungen für die Gesamtsituation der Laborbeteiligungen gewinnt nochmals an zusätzlicher Schärfe, wenn man sich vergegenwärtigt, dass mit dem Antikorruptionsgesetz auch gemäß § 81a Abs. 3 Satz 2 SGB V ein regelmäßiger Erfahrungsaustausch zwischen Kassenzahnärztlichen Vereinigungen, der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung, den Zahnärztekammern und den Staatsanwaltschaften institutionalisiert wurde.

Mit anderen Worten: Die Kontrollbefugnisse und der Informationsfluss zwischen allen beteiligten Behörden und Selbstverwaltungskörperschaften wurden verstärkt. Umso mehr gilt es, die eigenen Kooperationen im Rahmen seiner zahnärztlichen Tätigkeit kritisch zu hinterfragen.

Welche Konstellationen sind betroffen?

Die möglichen Konstellationen für Beteiligungsstrukturen, die nach dem Antikorruptionsgesetz nunmehr als problematisch eingestuft werden müssen, sind vielgestaltig:

1. Der am Labor beteiligte Zahnarzt erhält jeweils pro Auftrag an das Labor eine geringe Summe direkt ausgekehrt. Diese Konstellation ist ohne Weiteres als strafbar einzustufen. Denn hier erhält der Zahnarzt direkt für jede rein zahnheilkundliche Entscheidung - nämlich, ob und wenn ja welcher Zahnersatz bei dem konkreten Patienten notwendig ist – für die Beauftragung des „eigenen“ gewerblichen Labors einen unmittelbaren Rückfluss (sogeannter „kick-back“).
2. Mittelbare Ausschüttungen über Gewinnanteile. Hier steht und fällt die Frage der Strafbarkeit mit der Frage, ob der Bezug von Medizinprodukten durch den Zahnarzt bei dem gewerblichen Labor, an dem er beteiligt ist, in unlauterer Weise geschieht, wie es das Gesetz für eine Strafbarkeit vorsieht. Hier können bereits ähnliche ältere Urteile aus dem Wettbewerbsrecht herangezogen werden (sogeannte Rechtsprechungen zur „Hörgeräteversorgung“). Der BGH urteilt hier,

dass die Gewinnausschüttungen aus der eigenen Beteiligung am Labor dann unlauter sind, wenn durch die Auftragsvergabe an das eigene Labor ein spürbarer Einfluss auf die späteren Gewinnrückflüsse genommen werden konnte. Kriterien hierfür sind die Anzahl der Bezugsaufträge bei dem „eigenen“ Labor im Verhältnis zu Aufträgen an andere Labore oder die Höhe der Rückflüsse aus dem eigenen Labor im Verhältnis zu dem Gesamteinkommen des Zahnarztes. In einer Publikation aus dem Jahre 2015 benannten BZÄK und KZBV als Richtwert für eine solche spürbare Beeinflussung des Labors einen Umsatzanteil von mindestens 10%.

Im Zweifel muss hier jedoch gelten: Man sollte es auf ein Ermittlungsverfahren gar nicht erst ankommen lassen. Bei vergleichsweise kleineren Unternehmen wie einem Dentallabor (beispielsweise im Vergleich zu einem börsennotierten Pharma- oder Medizinproduktekonzern) ist ein spürbarer Einfluss auf die Gewinne des Labors durch das eigene Bezugsverhalten relativ leicht möglich. Wie oben gezeigt, gehen auch die Warnungen von BZÄK, KZBV und ZÄK WL in diese Richtung.

3. Anstellung des Zahnarztes im Labor, beispielsweise als Geschäftsführer, ohne beteiligt zu sein. Echte Tätigkeiten entfaltet der „Geschäftsführer“ jedoch nicht, bezieht aber ein Gehalt. Auch diese Konstellation ist hochproblematisch und strafbar - denn: hier findet sich ein klassischer Verstoß gegen das korruptionsrechtliche Äquivalenzprinzip. Der Zahnarzt erhält für die Beauftragung des Labors mit zahnärztlichen Tätigkeiten einen Vorteil (sein Gehalt), ohne dafür eine Gegenleistung zu erbringen (Tätigkeiten als Geschäftsführer entfaltet er nicht).
4. Beteiligung des Ehepartners des Zahnarztes (oder der Zahnärztin) an dem gewerblichen Labor. Hierbei wird es sich in aller Regel - zumindest für die Außenperspektive des Staatsanwalts - um ein klassisches Strohmangengeschäft handeln. Da der gesetzliche Güterstand bei Eheleuten die sogenannte Zugewinnngemeinschaft ist, wonach das jeweils während der Ehe erworbene Vermögen im Falle einer Scheidung aufgeteilt wird und also keine ganz klare Gütertrennung vorliegt, fließen allein deshalb abstrakt etwaige Gewinne aus der Laborbeteiligung des Ehepartners auch dem Zahnarzt, der das Labor mit zahntechnischen Arbeiten beauftragt, zu.

Erschwerend kommt hier ferner hinzu, dass sich unter Umständen auch der Ehepartner oder die Ehepartnerin gemäß § 299b StGB wegen Bestechung im Gesundheitswesen strafbar macht.

Im Ergebnis gilt daher als Faustformel:

Zahnärzte können von einem gewerblichen Labor Zahnersatz und sonstige zahntechnische Arbeiten beziehen, Zahnärzte können an einem gewerblichen Labor auch beteiligt sein - im Zweifel aber nicht beides gleichzeitig.

Welche Lösungen gibt es?

Konfrontiert mit den obigen Problemfeldern, ist die erste Reaktion vieler betroffener Zahnärzte zunächst, das gewerbliche Labor, an dem sie beteiligt sind, in ein Eigenlabor oder eine Praxislaborgemeinschaft umzuwandeln. Dies ist in vielen Fällen jedoch nicht zu empfehlen, vor allem nicht bei größeren Laboren mit mehreren beteiligten Zahnärzten. Hier besteht nicht nur ein erheblicher Verwaltungsaufwand, sondern es tre-

ten auch noch weitere organisatorische Probleme hinzu, wie beispielsweise der Umstand, dass die Zahntechniker jeweils bei einem der beteiligten Zahnärzte anzustellen sind. Ohnehin ist im dentalen Markt die Tendenz auszumachen, dass Praxislabore bzw. Praxislaborgemeinschaften – auch jenseits des Antikorruptionsgesetzes – unter verstärkter Zulässigkeitsbeobachtung stehen. Dabei wird zum Teil die rechtliche Zulässigkeit eines Praxislabors in seiner heute üblichen Form insgesamt in Frage gestellt.

Liegt eine der obigen Problemlagen vor, so wird man in der Konsequenz entweder die Anteile an dem gewerblichen Labor aufgeben oder aber bei Beibehaltung der Beteiligung das Bezugsverhalten von dem Labor einstellen müssen. Auch Mischformen sind denkbar, müssen jedoch vertraglich im Einzelnen präzise abgesichert werden.

Vor allem der Bereich des Verkaufs der Anteile - der gelegentlich auch im Wege des Verkaufs des gesamten Labors an ein größeres Labor oder eine Laborgruppe ausgestaltet werden kann - wirft viele Folge-Rechtsfragen auf, die fachkundiger Beratung bedürfen. Laboren, die aufgrund des neuen Gesetzes Beteiligungen von Zahnärzten einbüßen werden, ist in aller Regel zu raten, ihr Geschäft mit alternativen Absatzbereichen, wie beispielsweise dem Consulting im Dentalmarkt aufzuwerten. Dazu gehört das Angebot unterstützender Dienstleistungen für die Laborkunden wie beispielsweise Marketing oder Vernetzung.

Fazit

Bei der Gleichzeitigkeit einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an einem gewerblichen Dentallabor und dem Bezug von Medizinprodukten (Zahnersatz) von dem Labor bestehen nach dem Antikorruptionsgesetz erhebliche Strafbarkeitsrisiken. Es ist wichtig, hierfür eine Sensibilisierung zu schaffen und die Compliance der eigenen Praxis zu stärken, um empfindliche Konsequenzen wie ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren von vornherein zu verhindern.

Wir weisen darauf hin, dass die Zahnärztekammern und die Kassenzahnärztlichen Vereinigungen nicht als sogenannte Clearingstellen fungieren, die bestehende gesellschaftsrechtliche Konstrukte überprüfen und unter Umständen ein strafrechtliches Placet erteilen.

Seien Sie daher vorsichtig, was Sie an Ihre Kammer bzw. KZV schicken! Wie ausgeführt, sind diese Behörden im Rahmen eines Informationsaustauschs zur Weitergabe der problematischen Mitteilungen auch an die Staatsanwaltschaft verpflichtet.

Haben Sie Zweifel an der vollen Rechtmäßigkeit Ihrer Beteiligungsstrukturen, so lassen Sie sich vom spezialisierten Rechtsanwalt fachkundig beraten.

Auf einen Blick:

- Es zeigt sich, dass die Beteiligung von Zahnärzten an gewerblichen Dentallaboren zunehmend kritisch zu hinterfragen ist, sofern die Zahnärzte diese Labore auch mit zahntechnischen Arbeiten beauftragen
- Das strafrechtliche Problem liegt darin, dass aufgrund der Gewinnbeteiligung Anreize zu zahnmedizinisch nicht indizierten zahntechnischen Aufträgen geschaffen werden
- Probleme ergeben sich sowohl bei umsatzbezogenen Gewinnbeteiligungen als auch bei mittelbaren Rückflüssen
- Die Inhaberschaft bzw. Beteiligung der Ehefrau oder ähnlich naher Verwandter / Bekannter dürfte als Strohmangengeschäft angesehen werden
- Lösungswege sind u.a. Verkauf der eigenen Anteile oder Trennung von Beteiligung und Auftragsvergabe; Labore müssen neue Absatzmärkte finden wie das Consulting im Dentalmarkt
- Alle Beteiligungsmodelle sollten in jedem Fall fachkundig überprüft werden

Dr. Karl-Heinz Schnieder / Dr. Tobias Witte



rechtsanwälte
kanzlei für wirtschaft und medizin

Hans Peter Ries

Lehrbeauftragter an der SRH Fachhochschule Hamm

Dr. Karl-Heinz Schnieder

Fachanwalt für Medizinrecht
Lehrbeauftragter an der Universität Münster
Lehrbeauftragter an der SRH Fachhochschule Hamm
Mediator

Dr. Ralf Großbölting

Fachanwalt für Medizinrecht

Björn Papendorf, LL.M.

Master of Laws (Medizinrecht)
Fachanwalt für Medizinrecht

Dr. Sebastian Berg

Fachanwalt für Medizinrecht

Dr. Daniela Kasih

Fachanwältin für Medizinrecht

Prof. Dr. Christoff Jenschke, LL.M.

Fachanwalt für Medizinrecht
Lehrbeauftragter an der Steinbeis-Hochschule

Thomas Vaczi

Fachanwalt für Medizinrecht

Björn Stäwen

Dr. Franziska Neumann

Christine Wilken

Dr. Tobias Witte

Dominik Neumaier

Münster

PortAl 10 · Albersloher Weg 10 c
48155 Münster
Telefon 0251/5 35 99-0
Telefax 0251/5 35 99-10
muenster@kwm-rechtsanwaelte.de

Berlin

Unter den Linden 24 /
Friedrichstraße 155-156
10117 Berlin
Telefon 030/20 61 43-3
Telefax 030/20 61 43-40
berlin@kwm-rechtsanwaelte.de

Weitere Büros:

Hamburg

Ballindamm 8
20095 Hamburg
Telefon 040/20 94 49-0

Bielefeld

Am Bach 18
33602 Bielefeld
Telefon 0521/9 67 47 21

Hannover

Hinüberstraße 4 A
30175 Hannover
Telefon 0511/3 48 46-64

Essen

Emmastraße 38
45130 Essen
Telefon 0201/95 97 48-84

kwm · rechtsanwälte
kanzlei für wirtschaft und medizin

Ries · Dr. Schnieder · Dr. Großbölting ·
Papendorf · Dr. Berg · Prof. Dr. Jenschke

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Sitz: Münster,
Niederlassung in überörtlicher
Partnerschaft: Berlin

PR 1820, AG Essen

www.kwm-rechtsanwaelte.de