



## Antikorruptionsgesetz vom Bundestag verabschiedet

Was (nicht) tun?

## Sehr geehrte Damen und Herren,

der Bundestag hat am 14.04.2016 das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen endgültig verabschiedet. Damit ist der Weg für dessen Inkrafttreten nach Mitwirkung des Bundesrates, anschließender Ausfertigung durch den Bundespräsidenten und Verkündung im Bundesgesetzblatt frei. Es ist nach den längeren Beratungen im Vorfeld des Gesetzes mit einer schnellen Umsetzung des weiteren Verfahrens zu rechnen, so dass sich der genaue Blick in das nun konkrete Gesetz lohnt.

Wir möchten diese Ausgabe vollumfänglich dem Antikorruptionsgesetz widmen und stehen Ihnen für Rückfragen wie gewohnt jederzeit zur Verfügung.

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

## Antikorruptionsgesetz vom Bundestag verabschiedet

### Was (nicht) tun?

**S** Das Gesetzgebungsverfahren geht auf die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofes vom 29.03.2012 zurück, in der der Große Senat festgestellt hat, dass niedergelassene Vertrags(zahn)ärzte weder als Amtsträger noch als Beauftragte der gesetzlichen Krankenkassen anzusehen sind und eine damit verbundene Strafbarkeit korruptiven Verhaltens abgelehnt hat. Mit dieser Entscheidung hat der Große Senat Rechtsklarheit für die Freiberuflichkeit der Vertrags(zahn)ärzte geschaffen, zugleich aber auch nach Auffassung der rechtswissenschaftlichen Bewertung eine Regelungslücke im Hinblick auf eine mögliche Korruptionsbekämpfung hinterlassen. Diese Regelungslücke hat der Gesetzgeber durch Einführung der §§ 299a ff. StGB nun geschlossen.

### Gesetzeswortlaut

Zentrale Vorschrift ist § 299a StGB, der die Bestechlichkeit im Gesundheitswesen regelt und wie folgt lautet:

„Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er

1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,
2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder
3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

### Änderungen

Wer die Diskussion um die Einführung des Tatbestandes verfolgt hat, erkennt, dass es - wie auch schon zwischen Referenten- und Regierungsentwurf - wiederum zu Änderungen gekommen ist. Hierzu zählen insbesondere der Wegfall der umstrittenen zweiten Tatbestandsalternative

(Verstoß gegen die berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit) sowie das Tatbestandsmerkmal der Abgabe von Arzneimitteln. Während letzteres insbesondere Apotheker privilegiert und seitens der Krankenkassen bereits als Lücke im Korruptionsschutz bemängelt worden ist, greift der Wegfall der zweiten Tatbestandsalternative eine durchgehende Kritik im Gesetzgebungsverfahren auf. So ist die Befürchtung geäußert worden, dass der Rückgriff auf das Berufsrecht zu unterschiedlichen Strafbarkeitsmaßstäben im Bundesgebiet hätte führen können. Der Gesetzgeber hat sich daher unter Verweis auf den weiten Anwendungsbereich der bisherigen ersten Tatbestandsalternative zu einer Streichung entschlossen. Da indes auch dieser Tatbestand auf eine so genannte „unlautere Bevorzugung“ abstellt und der Gesetzgeber in der Begründung des Regierungsentwurfs klargestellt hat, hieran fehle es insbesondere dann, „wenn die Bevorzugung berufsrechtlich zulässig ist,“ wird auch zukünftig ein Rückgriff auf die Vorgaben des Berufs- und Sozialrechts unvermeidbar zur Auslegung des Straftatbestandes sein.

Daneben hat der Gesetzgeber das Strafantragserfordernis gestrichen und die Vorschriften als Offizialdelikt ausgestaltet. Die Staatsanwaltschaft kann nun von sich aus tätig werden, wenn ein Anfangsverdacht vorliegt. Dies setzt aufgrund zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte die nach kriminalistischer Erfahrung (wenn auch geringe) Wahrscheinlichkeit voraus, dass eine verfolgbare Straftat begangen worden ist. Diese niedrige Beurteilungsschwelle dürfte Ermittlungsmaßnahmen in Zukunft wahrscheinlich werden lassen.

### Tatbestand im Einzelnen

Vor diesem Hintergrund bietet sich im Folgenden ein Überblick über die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 299a StGB an. Dies kann selbstverständlich nur eine vereinfachte Darstellung sein, um den Zugang zur Norm zu ermöglichen.

Der (Zahn-)Arzt muss zunächst in Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten erhalten. Private Handlungen ohne Berufsbezug sind damit außen vor. Es muss sich vielmehr um heilberufliche Verwaltungs-, Bezugs- oder Zuführungsentscheidungen handeln. Diese sollen frei von unzulässiger Einflussnahme getroffen werden. Der neu geschaffene Begriff der Zuführung entspricht dem sozial- und berufsrechtlichen Zuweisungsbegriff. Er bildet jede Art der Einwirkung auf den Patienten ab, unabhängig von ihrer Form, und umfasst auch unverbindliche Empfehlungen sowie mit der Zuführung von Untersuchungsmaterial die Weiterleitung von Proben zu Laboruntersuchungen.

Erwachsen dem (Zahn-)Arzt oder einem Dritten, also insbesondere auch dem im Alltag häufig als Stellvertreter eingesetzten Ehegatten, hieraus ein Vorteil, ist dessen Annahme zu hinterfragen. Der Vorteilsbegriff wird hierbei weit verstanden und umfasst neben materiellen Vorteilen auch ideelle Vorteile wie Ehrungen und Ehrenämter sowie bereits den Abschluss eines Vertrages an sich, auch wenn die daraus folgende Vergütung eine adäquate Gegenleistung für die (zahn-)ärztliche Tätigkeit abbildet.

Das bloße Annehmen eines Vorteils reicht indes nicht zur Tatbestandsverwirklichung. Der (Zahn-)Arzt muss den Vorteil vielmehr als Gegenleistung für eine zumindest intendierte unlautere Bevorzugung im Wettbewerb fordern oder annehmen. Diese Verknüpfung von Vorteil und Gegenleistung wird als Unrechtsvereinbarung bezeichnet und gibt der Handlung ihr korruptives Gepräge.

Ob eine beabsichtigte Bevorzugung einzelner Wettbewerber letztlich unlauter ist, muss am Maßstab des Berufs- und Sozialrechts gemessen werden. Der Regierungsentwurf betont ausdrücklich, dass Verdienstmöglichkeiten im Rahmen der beruflichen Zusammenarbeit durchaus gesundheitspolitisch gewollt und damit zulässig sind. Geprüfte und genehmigte Kooperationen sollen also nicht strafbar sein. Die Grenze zwischen gewollter Kooperation und strafbarer Korruption wird zukünftig jedoch sicherlich neu – nun durch Strafgerichte – ausgelotet, so dass sich hier Verschiebungen ergeben können. Laut Gesetzesbegründung kann jedoch ohne Hinzutreten weiterer Umstände die Honorierung heilberuflicher Leistungen im Rahmen zulässiger beruflicher Zusammenarbeit grundsätzlich nicht den Verdacht einer Unrechtsvereinbarung begründen.

### Was (nicht) tun?

Bereits in den letzten Monaten zeitigte der diskutierte Gesetzesentwurf umfassende Auswirkungen: Vorträge wurden gehalten, Pläne (um)geschmiedet, Beteiligungsmodelle wurden beendet oder umgewidmet, ganze Geschäftsmodelle, unter Verweis auf das Gesetz in Frage gestellt. Berechtigte Sorgen einerseits sowie Angst- oder Geschäftemacherei andererseits waren und sind in diesem Bereich ebenso schwer zu unterscheiden wie die erlaubte Kooperation von der unerlaubten Korruption. Da nicht nur über § 299a StGB die ((zahn-)ärztliche) Nehmerseite, sondern nach § 299b StGB auch die (nichtmedizinische) Vorteilsgeberseite bestraft wird, ist es in jedem Fall ratsam, Geschäftsfelder zu überdenken und kritisch zu prüfen bzw. prüfen zu lassen. Das eigene „Rechtsgefühl“ sollte sich immer von dem Grundsatz der unabhängigen Auswahlentscheidung leiten lassen.

Diese Grundsätze gelten erst recht vor dem Hintergrund der Strafschärfung in § 300 StGB. Danach liegt in der Regel ein besonders schwerer Fall vor, wenn der Täter gewerbsmäßig handelt oder als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat. Eine Bande setzt u.a. einen Zusammenschluss von wenigstens drei Personen voraus, mithin eine Konstellation die gerade bei Kooperationen schnell erreicht ist und im Fall eines Verstoßes gegen §§ 299a ff. StGB den erhöhten Strafrahmen einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren auslösen kann. Das Tatbestandsmerkmal „gewerbsmäßig“ wird erfüllt, wenn zur dauerhaften Sicherung einer Einkommensquelle über den Einzelfall hinaus ein System aufgebaut worden ist.

Im Fokus steht jede Art von „Zuweisung gegen Entgelt“ oder - strafrechtlich formuliert - von „Zuführung gegen Vorteil“.

### Beispiele für Ärzte

Darunter können z.B. die Themen „Arzt und Physiotherapie“, „Vergütung von Hintergrunddiensten durch das Krankenhaus, in dem der Arzt operiert“, „Abrechnung des Aufwaches durch den Operateur, obwohl der Anästhesist die Arbeit übernimmt“, „kostenfreie Gestellung von OP-Material bei Implantaten“, „Ausfüllen von QM-Bögen gegen Entgelt durch den Zuweiser“, „hohe Untermiete des Sanitätshauses“, etc. fallen.

### Beispiele für Zahnärzte

Im Bereich der zahnärztlichen, insbesondere der prothetischen Versorgung sind im Rahmen der Rechtsbeziehung zwischen der Zahnarztpraxis und dem gewerblichen zahntechnischen Labor weitergehend folgende Konstellationen denkbar: unzulässige Beteiligungen am Honorar für Material- und Laborkosten ohne Weitergabe an die Kassen oder den Patienten; kostenfreie Gestellung von Geräten, Räumlichkeiten, Personal, etc.; Beteiligungen von Zahnärzten an gewerblichen Laboratorien bei umsatzbezogenen Gewinnbeteiligungen oder bei maßgeblicher Einflussnahme auf die Laborgesellschaft; unzulässige Rabattierungen oder Gewährung von Rückvergütungen.

### Prognosemöglichkeiten?

Zum jetzigen Zeitpunkt ist eine zuverlässige Prognose für jeden denkbaren Einzelfall kaum denkbar. Zentral ist jedoch sicherlich der Gedanke des Gesetzgebers, wonach berufs- oder sozialrechtlich gewünschtes Verhalten nicht strafbar sein kann. Ob indes auch im Strafrecht sämtliche bisherigen Entscheidungen aus dem zivilrechtlichen Wettbewerbsrecht ohne Anpassung der den Entscheidungen zugrundeliegenden Maßstäbe übertragen werden können, ist offen. Während hieran erste Zweifel geäußert werden, verweist der Regierungsentwurf jedenfalls zur Auslegung mehrfach auf die dort ergangenen Entscheidungen. Da hieraus letztlich wenigstens das Risiko eines Anfangsverdachts erwächst, der Ermittlungsmaßnahmen und somit erhebliche Imageschäden sowie zeitliche, finanzielle und persönliche Belastungen nach sich ziehen kann, ist besondere Sorgfalt geboten.

Auf (Zahn-)Arztseite sollte daher - soweit möglich - grundsätzlich jegliche Zuführung von Patienten an andere Leistungserbringer vermieden werden, um so bereits einem entsprechenden Anfangsverdacht zu begegnen. Der (Zahn-)Arzt ist in diesem Bereich auch berufsrechtlich gut beraten, alles zu unternehmen, um den Patienten und dessen Ausübung eines freien Wahlrechts - sei es bezogen auf Behandler, Hilfsmittelanbieter oder sonstigem Leistungserbringer - zu sichern. Es sollte also keine Einflussnahme auf den Patienten ohne dessen ausdrücklichen Wunsch stattfinden, vorbehaltlich zwingender Ausnahmen aus Gründen des Patientenwohls wegen einer medizinischen Notwendigkeit im Einzelfall.

Beteiligungen an Unternehmen von Leistungserbringern, für Zahnärzte: insbesondere an Fremdlaboren, beinhalten gleichfalls ein erhebliches Risiko und sollten hinterfragt werden. Der Gesetzgeber sieht Vereinbarungen, nach denen die Gewinnbeteiligung eines (Zahn-)Arztes unmittelbar von der Zahl seiner Verweisungen oder dem damit erzielten Umsatz

abhängt, stets als unzulässig an. Für die Zulässigkeit mittelbarer Beteiligungen, z.B. bei fixen prozentualen Anteilen, kommt es darauf an, ob der (Zahn-)Arzt durch sein Zuführungsverhalten einen spürbaren Einfluss auf den Ertrag aus seiner Beteiligung nehmen kann.

Nimmt ein (Zahn-)Arzt an Anwendungsbeobachtungen und Studien teil, darf er sich den hiermit verbundenen Aufwand vergüten lassen. Diese Vergütung sollte jedoch üblich sein und tatsächlich belastbare Ergebnisse zeitigen. Studien, deren Ergebnisse wissenschaftlich nicht verwertbar sind und damit keinen Zweck erfüllen, außer eine Zahlung an den (Zahn-)Arzt zu rechtfertigen sind ebenso unzulässig, wie Anwendungsbeobachtungen, die Anreize für die bevorzugte Verordnung bestimmter Präparate und damit für eine unlautere Bevorzugung bestimmter Hersteller setzen. Um einen derartigen Anschein zu vermeiden, bietet es sich an, transparent mit der Studie an sich sowie deren Ergebnissen umzugehen und die Ergebnisse zu veröffentlichen.

Insgesamt dürfte dem Gedanken der Transparenz in diesem Zusammenhang ein nicht unerhebliches Gewicht beizumessen sein, um insbesondere Kooperationen und Vereinbarungen, deren Zulässigkeit bislang ungeklärt ist oder eine Wertung im Einzelfall erfordern, abzusichern. Solche Abreden sollten im Vorfeld der zuständigen Kammer unter genauer Erläuterung der vertraglichen Ziele und Abläufe vorgelegt und um Stellungnahme gebeten werden. Ebenso bietet sich eine Stellungnahme fachlich spezialisierter Medizin- und Strafrechtler an. Letztere dürfen jedoch keine Eigeninteresse am Ergebnis dieser Stellungnahme haben, insbesondere das zu prüfende Kooperationsmodell also nicht mitentwickelt haben.

### Fazit

Im Ergebnis ist festzustellen, dass auch in der nunmehr von der Bundesregierung beschlossenen Form, das Antikorruptionsgesetz eine nicht unerhebliche Gefahr für alle Beteiligten des Gesundheitsmarktes darstellt. Je nach Wertungshorizont wird künftig manche Form einer seit Jahren geübten Form der Lieferbeziehung oder der Zusammenarbeit als Verstoß gegen die Regelungen der neuen Strafrechtsnormen angesehen werden. Es droht durchaus die Kriminalisierung ganzer Teile des Gesundheitsmarktes. Staatsanwälte befürchten aufgrund der generalklauselartigen Gesetzesformulierungen Fluten von Anzeigen, sei es in direkter oder anonymer Form.

Es empfiehlt sich jedenfalls aufgrund der oben dargestellten Auswirkungen eines Ermittlungsverfahrens bereits die präventive Beratung. Sollte es zu einem Ermittlungsverfahren kommen, bietet sich ein enges Zusammenwirken von Fachanwälten für Medizinrecht und solche für Strafrecht an, um Auslegungsfragen in den

Schnittmengen beider Rechtsgebiete sorgfältig zu begutachten und gerade auch zur Wahrung des Strafrechts als ultima ratio des Rechtsstaates darauf hinzuwirken, dass in gesundheitsrechtlich nicht abschließend geklärten Bereichen eine Strafbarkeit nur dann in Betracht gezogen wird, wenn sich das in Verdacht stehende Verhalten als schlichtweg unververtretbar und damit strafwürdig erweist. Will man nicht jegliche Form innovativer Kooperationen im Gesundheitswesen im Keim ersticken, muss dem scharfen Schwert des Strafrechts im Zweifel Einhalt geboten werden.

### Auf einen Blick:

- Bundestag hat Antikorruptionsgesetz verabschiedet
- § 299a StGB regelt die Bestechlichkeit im Gesundheitswesen
- Staatsanwalt kann von sich aus ermitteln
- Hoher Strafraum bei Bande oder Gewerblichkeit
- Keine Zuweisungen gegen Entgelt vornehmen
- Beteiligungsmodelle kritisch hinterfragen
- Ehegatte als „Strohmann/frau“ ist keine Lösung
- Orientierung an Berufs- und Sozialrecht
- Kompetente Beratung zwingend erforderlich

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



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](http://www.kwm-rechtsanwaelte.de)