



Foto: Bits and Splits - Fotolia.com

Schmaler Grat zwischen Recht und Unrecht

Das neue Antikorruptionsgesetz im Spannungsfeld von Zahnärzten und der Dentalwirtschaft

Autor: Rechtsanwalt Lic. iur. can. Urs Fabian Frigger

Mittlerweile ist ein halbes Jahr vergangen, seit am 04. Juni 2016 das Antikorruptionsgesetz im Gesundheitswesen in Kraft getreten ist. Bisher gibt es noch wenige Ermittlungsverfahren und naturgemäß noch keine strafgerichtlichen Entscheidungen. Gleichwohl bedeutet dies nicht, wie mancher Vertreter in der Gesundheitswirtschaft bereits äußert, dass die neuen Vorschriften offenbar nicht die befürchtete Durchschlagskraft besitzen. Vielmehr braucht es die Schulung der entsprechenden Ermittlungsbehörden.

Zudem benötigt man die entsprechenden Hinweise zur Einleitung von Ermittlungsverfahren, die wiederum selbst eine erhebliche Zeit bis zu einer möglichen Anklage einnehmen.

Strafrechtliche Ausgangssituation

Das Antikorruptionsgesetz steht dabei nicht als Gesetz „für sich“, sondern fügte im Wesentlichen die §§ 299a ff. in

das Strafgesetzbuch (StGB) ein. § 299a StGB, nimmt dabei Bezug auf Heilberufler, zu denen auch Zahnärztinnen und Zahnärzte zählen.

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

Korrespondierend entstand § 299b StGB, der insbesondere seinen Blick auf Industrie, Handel und Dentallabore richtet:

Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, 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
- in oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Der besonders schwere Fall des § 300 StGB droht sogar mit Haftstrafen bis zu fünf Jahren, insbesondere, wenn die Tat banden- oder gewerbsmäßig begangen wird. Da es sich immer um die berufliche Sphäre handelt und eine Bande schon beim Zusammenschluss von drei Personen angenommen wird, dürfte damit der „besonders schwere Fall“ zum Normalfall der Strafbarkeit werden.

Durch das Antikorruptionsgesetz werden dabei weitgehend bereits wettbewerbs-, berufs- und sozialrechtlich untersagte Verhaltensweisen nun auch strafrechtlich sanktioniert. Jedoch haben die Staatsanwaltschaften erheblich umfangreichere

Durchgriffsbefugnisse als z.B. Zahnärztekammern und er kassenzahnärztliche Vereinigungen. Zudem sind die § 299a ff. StGB als sog. Officialdelikte ausgestaltet, d.h. die Staatsanwaltschaften können und müssen auch ohne einen Strafantrag bereits bei Kenntnis ermitteln. Zudem gibt es keinen Versuch, von dem strafbefreit zurückgetreten werden kann. Schon das Anbieten und Fordern verwirklichen den vollen Tatbestand.

Die vorliegende Darstellung setzt bei ihren Schwerpunkt auf das Verhältnis zwischen Industrie und Handel auf der einen, Zahnärztinnen und Zahnärzten auf der anderen Seite und zwar insbesondere in der im Dentalsektor praxisrelevanten Variante des Bezugs von Medizinprodukten und versucht – ohne Gewähr – mögliche Lösungen aufzuzeigen.

Erfasste Produkte

Hinsichtlich der Zahnärzte richtet sich das Antikorruptionsgesetz auf alle Medizinprodukte die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Zahnarzt oder einen seiner Berufshelfer (d. h. die Assistentinnen und Assistenten) bestimmt sind. Diese etwas missglückte Formulierung, die erst durch den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages eingefügt wurde, beschäftigt momentan die juristische Diskussion. Einige Juristen versuchen hierbei eine Anlehnung an § 2 Abs. 7 der Musterberufsordnung der Bundeszahnärztekammer (MBO-Z) den Anwendungsbereich auf solche Medizinprodukte zu beschränken, die für Patienten bezogen werden wie z.B. Prothesen oder Implantate. Dagegen spricht jedoch der Wortlaut des Gesetzes: Dieses bezieht sich ausdrücklich auf die unmittelbare Anwendung, also eine erkennbar weitgehendere Formulierung, als diejenige, die in § 2 Abs. 7 MBO-Z gebraucht wurde. Daher muss man zumindest vorläufig von der strengen Wortlautauslegung ausgehen werden, dass alle Produkte, beispielsweise Füllungsmaterialien, Air Brush oder Bohrer, aber durchaus auch eine Behandlungseinheit mit angebrachten Instrumenten ebenfalls in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Von dieser Auslegung gehen offenbar die Bundeszahnärztekammer und die Kas-

senzahnärztliche Bundesvereinigung aus, die dies in ihrer Veröffentlichung „Rechtsgrundlagen und Hinweise für die Zahnarztpraxis – Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen“ ebenso vertreten. Es dürfte naheliegen, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte die Äußerungen dieser zahnärztlichen Vertretungskörperschaften zur Auslegung der Vorschriften heranziehen.

Vorteil

Die Vorschriften betreffen jeden materiellen oder immateriellen Vorteil (z.B. Vorstandsamt in einem Verein). Wo genau die Grenze der auch in der Gesetzesbegründung erwähnten Sozialadäquanz verläuft ist bislang unklar. Angesichts dieser Weite des Vorteilsbegriffs sind die entscheidenden Gesichtspunkte das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung und die unlautere Beeinflussung des inländischen und ausländischen Wettbewerbes.

Unrechtsvereinbarung und unlautere Beeinflussung des Wettbewerbes

Unrechtsvereinbarung bedeutet, dass der Vorteil in einer Verknüpfung mit einer konkreten unrechtmäßigen Gegenleistung steht. Das Tatbestandsmerkmal der unlauteren Beeinflussung des Wettbewerbes bedeutet in Kürze, dass gegen eine sog. „Marktverhaltensvorschrift“ verstoßen wird. Zu diesen Marktverhaltensvorschriften zählen insbesondere die Berufsordnungen sowie das Heilmittelwerbegesetz (HWG). Diese beiden Tatbestandsmerkmale korrespondieren eng miteinander.

Gleichwohl ist es möglich, gegen das HWG oder das Berufsrecht zu verstoßen, ohne dass im gleichen Zug eine Strafbarkeit entsteht, weil keine Unrechtsvereinbarung vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn eine verbotene Produktabsatzwerbung durchgeführt wird (z.B. Werbebesenke) ohne dass diese auf Seiten des Zahnarztes mit Verordnungs- und Bezugsentscheidungen verknüpft ist. Konsequenz bleibt jedoch eine Wettbewerbsrechtswidrigkeit, die zu einer staatlichen Geldbuße sowie zu einer zivilrechtlichen Abmahnung führen kann.

Das Antikorruptionsgesetz richtet sich auf alle Medizinprodukte, die zur unmittelbaren Anwendung durch den Zahnarzt oder seine Berufshelfer bestimmt sind

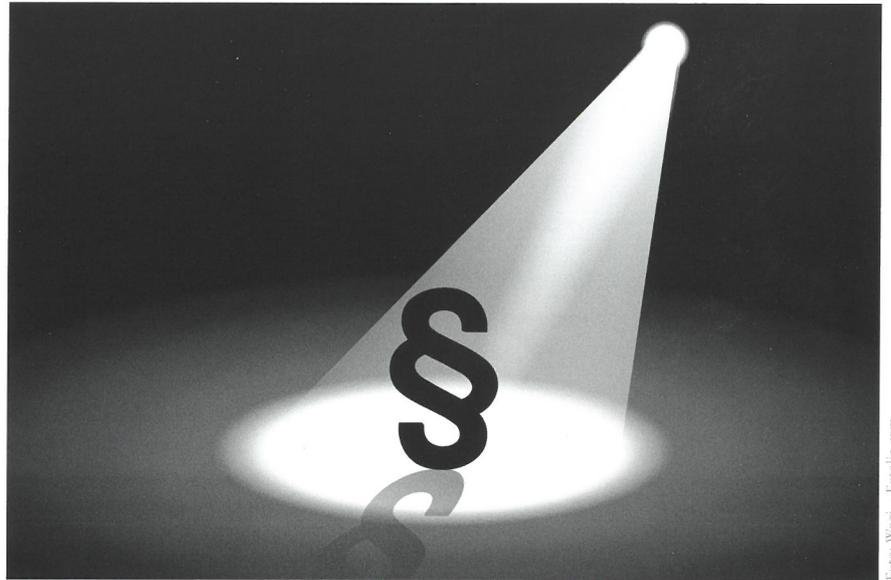


Foto: Wögl - Fotolia.com

Jedoch sollte auf beiden Seiten gleichwohl höchst vorsichtig vorgegangen werden. Die Beurteilung, ob nicht doch eine Verknüpfung und damit eine Unrechtsvereinbarung vorliegt, kann in einzelnen Vertriebssituationen juristisch sehr schwierig sein. Zudem wird in der Praxis deutlich, dass die Marktteilnehmer durch das Antikorruptionsgesetz zunehmend auf Fragen des HWG sensibilisiert wurden und die Abmahnbereitschaft steigt.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass bei einer nach Wettbewerbsrecht erlaubten Gestaltung im Regelfall kein Strafbarkeitsrisiko besteht.

Zuwendungen beim Produktbezug

Wie oben bereits beschrieben, kann eine Korruptionsproblematik insbesondere bei Zuwendungsproblematiken auftreten. Neben § 2 Abs. 7 MBO-Z ist § 7 Abs. 1 HWG, der die unzulässigen Zuwendungen verbietet, eine zentrale Vorschrift.

Nicht in den Anwendungsbereich von § 7 Abs. 1 HWG fällt sog. „Imagewerbung“ (z.B. Sponsoring von T-Shirts für Tombohlen etc.). Imagewerbung bedeutet, dass kein Bezug zum Produktabsatz besteht. Die Rechtsprechung nimmt die Abgrenzung Imagewerbung – Produktabsatz jedoch sehr einzelfallorientiert vor. Von Produktabsatzwerbung ist in jedem Fall zu sprechen, wenn in der entsprechenden Situation irgendwelche Produkte im Vordergrund stehen oder über diese gesprochen wird. Ob eine Produkt- oder eine Imagewerbung

vorliegt, wenn gleichsam die gesamte Produktpalette eines Unternehmens „beworben“ wird, wird juristisch unterschiedlich beurteilt. Somit ist durchaus eine vorsichtige Herangehensweise geboten.

Jedoch eröffnet § 7 Abs. 1 S. 1 HWG zahlreiche Ausnahmen: Nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HWG findet das Zuwendungsverbot dann keine Anwendung, wenn es sich bei den Zuwendungen oder Werbegaben um Gegenstände von geringem Wert, die durch eine dauerhafte und deutlich sichtbare Bezeichnung des Werbenden oder des beworbenen Produktes oder beider gekennzeichnet sind, oder um geringwertige Kleinigkeiten handelt. Das bedeutet in der Praxis, dass Zuwendungen (z.B. „Giveaways“) ohne deutlich sichtbaren Werbeaufdruck auf einen Wert von (kumuliert) einen Euro begrenzt sind. Zuwendungen mit deutlich sichtbarem Werbeaufdruck oder Herstellerbezeichnung dürfen nach der aktuellen Rechtsprechung allenfalls einen Wert von fünf Euro aufweisen.

Praktisch bedeutsam sind zudem die Ausnahmeregelungen für die Gewährung bestimmter Rabatte in § 7 Abs. 1 Nr. 2 HWG:

Bei einem sogenannte Barrabatt gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2a) HWG wird ein Produkt so rabattiert, dass ein fixer Preis oder zumindest eine Berechnungsweise (in der Regel prozentual) erkennbar ist. Hier sollte der frühere Preis allerdings im Sinne einer transparenten Gestaltung genannt werden. Als zulässiger Naturalrabatt gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2b) HWG wird die Zugabe eines Produktes der gleichen Art bezeichnet. Nicht möglich sind allerdings

Angebote wie „Ein Bohrer als Zugabe zu einem Winkelstück“.

Ein Ausweg aus dieser engen Begrenzung kann ein aus verschiedenen Bestandteilen gebildeter „Paketpreis“ sein. Dies muss jedoch im Einzelfall, nämlich in der Gestaltung und insbesondere der Preisbildung exakt geprüft werden.

Schließlich ist noch an das sogenannte handelsübliche Zubehör bzw. an die handelsüblichen Nebenleistungen gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3 HWG als bedeutsame Ausnahme zum Zuwendungsverbot zu denken. Als handelsüblich gilt, was sich nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Verkehrskreise im Rahmen vernünftiger kaufmännischer Gepflogenheiten hält. In diesem Zusammenhang wurde seitens der Rechtsprechung die Erstattung von Kosten für Verkehrsmittel des ÖPNV in Höhe von 7,5 Prozent des Einkaufswertes als möglich erachtet. Jedoch ist Vorsicht geboten: Die Rechtsprechung hat dies bzgl. kleiner oder normaler Artikel bzw. verhältnismäßig geringer ÖPNV-Kosten entschieden. Auf Großhandelsmengen sollte diese Rechtsprechung nicht unbesehen übertragen werden zumal es sich um echtes Zubehör handeln muss.

Wichtig ist zudem: Die Strafbarkeit entfällt nach dem Willen des Gesetzgebers, wenn gewährte Rabatte an Patienten weitergegeben werden. Diese Weitergabe ist jedoch nicht bei allen problematischen Produkten möglich. Aus diesem Grund stellen Bonusprogramme eine besondere und nicht einfach zu überwindende Schwierigkeit dar. Hier ist eine juristische Einzelfallprüfung notwendig.

Durchführung von Veranstaltungen

Eine besondere Problematik stellt sich bei der Organisation und Durchführung von Veranstaltungen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der (zahn-)medizinische Sektor seit vielen Jahren von der Ausrichtung kostenfreier Veranstaltungen geprägt ist. Dies war und ist keineswegs immer unzulässig. Aufgrund einer gerade im zahnmedizinischen Bereich lückenhaften Regelung bestehen jedoch weiterhin erhebliche Rechtsunsicherheiten. Daher soll im Folgenden aufgezeigt werden, wie man möglicherweise zu Lösungen kommt. Grundsätzlich stellt jede kostenfreie Fortbildungsveranstaltung einen Vorteil im Sinne der Antikorruptionsvorschriften der § 299a ff. StGB dar. Dies allein führt jedoch, wie oben ausgeführt, nicht zur Strafbarkeit. Vielmehr sollten insbesondere die Berufsordnungen in den Blick genommen werden. Dahingehend sind die Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO-Ä) und die Musterberufsordnung der Bundeszahnärztekammer (MBO-Z) unterschiedlich ausgestaltet. Während, wie oben bereits geschildert, § 2 Abs. 7 MBO-Z ein schlichtes Zuwendungsverbot bzgl. Bezugs- und Verordnungsentscheidungen normiert ist, enthält die MBO-Ä in § 32 MBO-Ä ein differenziertes Regelungssystem. In der ärztlichen Berufsordnung genügt jedoch für eine berufsrechtliche Unzulässigkeit nach § 32 Abs. 1 MBO-Ä bereits der Eindruck einer Beeinflussung. Dies gilt jedoch unter bestimmten Bedingungen gemäß § 32 Abs. 2, 3 MBO-Ä nicht für die Übernahme von Teilnahme und Reisekosten der Teilnehmer an berufsbezogenen Fortbildungen sowie für das Sponsoring derartiger Veranstaltungen. An dieser Regelung der MBO-Ä orientiert sich auch der „Kodex Medizinprodukte“ des Bundesverbandes Medizintechnik (BV-Med), der als Branchenkodex nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei der Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit zwar nur, aber immerhin indizielle Bedeutung hat und auch von Staatsanwaltschaften herangezogen wird. Die Berücksichtigung der Ausnahmeregelungen der § 32 Abs. 2, 3 MBO-Ä, die zwar im Rahmen eines deutlich stren-

geren berufsrechtlichen Sanktionsregimes geschaffen wurden, erscheint auch im zahnärztlichen Bereich sachgerecht, um möglichen Vorwürfen von Anfang an entgegenzutreten.

Reine Imagewerbeveranstaltungen von Unternehmen, bei der die Zahnärzte keinerlei Zugaben erhalten, sind erlaubt. Der Zahnarzt darf jedoch im Kontext dieser Veranstaltungen keine Teilnahmegebühren oder Reisekosten oder ähnliches erstattet bekommen.

Kostenlose echte Fortbildungsveranstaltungen sind dagegen möglich, so lange sich die Unterstützung auf Reise- und Übernachtungs- sowie Teilnahmekosten beschränkt. Umstritten ist dabei, inwieweit Reisekosten erstattungsfähig sind. Dabei wird die 1. Klasse im Bahnverkehr allgemein für zulässig erachtet. Hotelübernachtungen im Bereich der gehobenen Mittelklasse dürften ebenfalls keine Probleme bereiten. Bei Flugreisen sollte zumindest im europäischen Bereich die Economy-Klasse ausreichend sein. Es sei jedoch darauf hinzuweisen, dass § 8 Abs. 5 des „Kodex Medizinprodukte“ Auslandsveranstaltungen grundsätzlich kritisch sieht. Die Übernahme der Referentenkosten ist möglich. Sie muss aber üblich und angemessen sein und darf keine versteckten Kickback-Anteile enthalten.

Das Sponsoring des wissenschaftlichen Programms von Veranstaltungen gemäß § 32 Abs. 3 MBO-Ä sollte in der Einladung und der Durchführung im Umfang (auch betragsmäßig) offengelegt werden. Bei der pharmazeutischen Industrie ist dies im Rahmen des FSA-Kodex auch bereits seit Jahren üblich.

Gesellige Veranstaltungen sollten ausschließlich nach besonders kritischer Prüfung durchgeführt werden und wenn kein Bezug zu Verordnungs- und Bezugsentscheidungen existiert. Das wird besonders schwierig bei hochpreisigen Veranstaltungen, die einem exklusiven Teilnehmerkreis vorbehalten sind (Opernbesuch, Sportveranstaltungen etc.). Gerade im ärztlichen Bereich droht dann jedoch immer noch eine berufsrechtliche Sanktionierung. Auf diesen Veranstaltungen darf keinesfalls für Produkte geworben oder darauf Bezug genommen werden. Vorsicht ist auch bei grundsätzlich zulässigen „nachträglichen“ Einladungen geboten, da diese – insbesondere wenn dies bereits aus der Vergangenheit bekannt war – auch als strafrechtlich relevantes Belohnungssystem durchgehen könnten.

Fazit

Die Schwierigkeit der anwaltlichen Beratung ist die Einzelfallbezogenheit und insbesondere die Frage nach dem Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung. Deswegen verbieten sich schematische Lösungen. Beispielsweise kann sich eine an sich erlaubte Veranstaltung oder Verkaufssituation nur durch geringe Veränderung der Modalitäten zur Korruption entwickeln. Gerade bis zu ersten Entscheidungen der Rechtsprechung sollte daher mit höchster Vorsicht vorgegangen werden. Selbst im Falle eines Einspruchs oder einer Einstellung sind Ermittlungsverfahren für alle Beteiligten mit hohen Belastungen verbunden.



Foto: Urs Fabian Frigger

Rechtsanwalt Lic. iur. can. Urs Fabian Frigger

ist als Rechtsanwalt in zahlreichen Bereichen des Medizinrechts tätig. Die Schwerpunkte seiner Beratungspraxis bilden das Medizinprodukterecht, wettbewerbs-, marken- und werberechtliche Fragen sowie die Unterstützung von (Zahn-)arztpraxen in Fragen von Prüfungen oder Gesellschaftsangelegenheiten. Besonders engagiert ist er zudem bei den Themen E-Health und Datenschutz in der Medizin. Er vertritt seine Mandanten sowohl gegenüber Wettbewerbern und Behörden, als auch vor Gericht.

Über mehrere Jahre war er in den Gremien regionaler und überregionaler Krankenhausträger tätig. Regelmäßig hält er Vorträge und publiziert in Fachzeitschriften. Er kommentiert die „Wirtschaftlichkeitsprüfung“ im vertrags(zahn)ärztlichen Bereich in einem medizinrechtswissenschaftlichen Fachkommentar. Er ist für die Kanzlei Lyck + Pätzold in Bad Homburg tätig.

✉ kanzlei@medizinanwaelte.de