

Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen – Verschärfung des Korruptionsstrafrechts in Bezug auf Heilberufsangehörige

Am 4. Juni 2016 ist das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen in Kraft getreten. Durch dieses sind die Tatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen als § 299a und § 299b in das Strafgesetzbuch aufgenommen worden. Das Gesetz dient der Schließung der vom Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 29. März 2012 (GSSt 2/11) festgestellten Strafbarkeitslücke in Bezug auf Vertragsärzte, die bisher keine tauglichen Täter eines Korruptionsdelikts sein konnten. Vertragsärzte sind weder Amtsträger noch Beauftragte, so dass die Tatbestände der §§ 331 ff. StGB (insbesondere Vorteilsgewährung gegenüber und Bestechung von Amtsträgern) und des § 299 StGB (Bestechung im geschäftlichen Verkehr) nicht zur Anwendung kommen konnten.

Die neuen Tatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

Die neuen Tatbestände weisen einen wesentlich engeren Anwendungsbereich auf, als er noch im Regierungsentwurf vorgesehen war. Dies ist maßgeblich auf die Streichung des "Berufsrechtsmodells", die Streichung der Abgabevariante im "Wettbewerbsmodell" sowie die Aufnahme einer geänderten Bezugsvariante in das "Wettbewerbsmodell" und der damit verbundenen Herausnahme des Apothekers als möglichen Vorteilsnehmer aus den Tatbeständen zurückzuführen.

Nach § 299b StGB (Bestechung im Gesundheitswesen) ist nunmehr strafbar, wer einem Angehörigen eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbe-

zeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, 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

ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugt. Spiegelbildlich zu § 299b StGB (Bestechung im Gesundheitswesen) sieht

§ 299a StGB die Strafbarkeit der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen vor und stellt damit das Handeln des einzelnen Heilberufsangehörigen unter Strafe. Der Strafrahmen der neuen Tatbestände reicht von einer Geldstrafe bis hin zu einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren; in besonders schweren Fällen ist eine Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren möglich.

Als taugliche Vorteilsempfänger kommen neben den Angehörigen akademischer Heilberufe (insbesondere Ärzte) auch Angehörige der Gesundheitsfachberufe, deren Ausbildung gesetzlich geregelt ist (beispielsweise Krankenpfleger) in Betracht. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um selbstständige oder angestellte Heilberufsangehörige handelt.

Der Vorteilsbegriff ist an den des § 299 StGB angelehnt. Danach sind Vorteile Zuwendungen, auf die der Empfänger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage verbessern. Auch die Ausgestaltung der Unrechtsvereinbarung (Vorteil als Gegenleistung für eine Bevorzugung im Wettbewerb bei der Verordnung, dem Bezug oder der Zuweisung) orientiert sich an § 299 StGB, so dass auf die hierzu bekannten Kriterien zurückgegriffen werden kann. Insbesondere werden Zuwendungen zur Erzielung eines allgemeinen Wohlwollens – anders als bei der Vorteilsannahme von und der Vorteilsgewährung gegenüber Amtsträgern (§§ 331, 333 StGB) – nicht von § 299b StGB erfasst. Ebenso wenig fallen Zuwendungen für in der Vergangenheit liegende Bevorzugungen unter den Tatbestand, wie es bei der Bestechlichkeit und Bestechung von Amtsträgern (§§ 332, 334 StGB) der Fall ist.

Verordnung meint die Verschreibung von Arzneimitteln, Heil- und Hilfsmitteln und Medizinprodukten unabhängig vom Bestehen einer Verschreibungspflicht. Unter Bezug versteht man jede Form des Sich-Verschaffens, sei es auf eigene oder fremde Rechnung. Der Begriff der Zuführung entspricht inhaltlich dem sozial- und berufsrechtlichen Zuweisungs-begriff (§ 73 Abs. 7 SGB-V, § 31 MBO). Tatbestandsmäßig ist daher jede Einwirkung auf den Patienten mit der Absicht, dessen Auswahl eines Arztes oder eines anderen Leistungserbringers zu beeinflussen wie Zuweisungen, Überweisungen, Verweisungen und Empfehlungen.

Bei der Bezugsvariante besteht die Besonderheit, dass sie lediglich den Bezug solcher Arznei- oder Hilfsmittel sowie Medizinprodukte erfasst, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, beispielsweise Implantate oder von dem Arzt zu injizierende Arzneimittel. Unklar bleibt jedoch, ob Medizinprodukte wie Röntgengeräte oder Bohrer auch unter die Bezugsvariante fallen. Dies wäre

dann der Fall, wenn deren Benutzung als unmittelbare Anwendung am Patienten angesehen werden würde. Von der zunächst im Regierungsentwurf vorgesehenen Bezugsvariante waren derartige Medizinprodukte ausgenommen, da diese noch voraussetzte, dass die zu beziehenden Arzneimittel und Medizinprodukte zur Abgabe an den Patienten bestimmt sein müssen und damit Geräte zur Praxisausstattung den neuen Tatbeständen nicht unterfallen sollten.

Ebenso wie bei der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) kann das Vorliegen einer Dienstherrengenehmigung bei Klinikärzten die Strafbarkeit zwar nicht ausschließen, sie kann allerdings im Rahmen der freien Beweiswürdigung als Indiz gegen das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung gewertet werden. Damit ist ihre Einholung auch in Bezug auf die neuen Tatbestände von großer Bedeutung.

Sofern ein Anfangsverdacht vorliegt, hat die Strafverfolgung von Amts wegen zu erfolgen.

Die Stellung eines Strafantrags ist – anders als noch im Regierungsentwurf vorgesehen – nicht mehr erforderlich. Dennoch bleibt es dem Einzelnen unbenommen, durch Erstattung einer Strafanzeige den Strafverfolgungsbehörden einen Sachverhalt zur Kenntnis oder durch Stellung eines Strafantrags das Interesse an der Strafverfolgung gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zum Ausdruck zu bringen.

Abweichungen gegenüber den ursprünglich geplanten Vorschriften

Aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken (Unbestimmtheit, regional unterschiedliche Berufspflichten) sehen die neuen Tatbestände nur noch das "Wettbewerbsmodell" (Vorteil als Gegenleistung für eine zumindest intendierte unlautere Bevorzugung im Wettbewerb) vor. Das umstritte-

Die Neuregelung auf einen Blick

- Bestechung selbstständiger Heilberufsangehöriger erstmalig unter Strafe gestellt
- Selbstständige und angestellte Heilberufsangehörige erfasst
- Tatbestand angelehnt an die Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB)
- Dienstherrengenehmigung kann Strafbarkeit nicht verhindern, trägt jedoch zur Risikominimierung bei

ne "Berufsrechtsmodell" (Vorteil als Gegenleistung für eine zumindest intendierte Verletzung von Berufspflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit) wurde ersatzlos gestrichen.

Außerdem hat der Gesetzgeber die Abgabevariante aufgegeben und – wie oben bereits dargestellt – eine abgeänderte Bezugsvariante in das "Wettbewerbsmodell" aufgenommen. Nach Ansicht des Bundestagsrechtsausschusses wäre die Abgabevariante nur von geringer Relevanz gewesen,

Abweichungen gegenüber dem Regierungsentwurf

- Streichung des "Berufsrechtsmodells"
- Streichung der Abgabevariante im "Wettbewerbsmodell"
- Aufnahme einer modifizierten Bezugsvariante in das "Wettbewerbsmodell"
- Strafverfolgung von Amts wegen

den, da Zuwendungen in der Praxis eher für die Verordnung oder den Bezug von Arznei- und Hilfsmitteln sowie Medizinprodukten erfolgen dürften. Nach der neu gefassten Bezugsvariante muss der Vorteil für den Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln sowie Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, angeboten, versprochen oder gewährt werden. Spiegelbildlich dazu ist es Voraussetzung für eine Strafbarkeit der Heilberufsangehörigen, dass diese solche Vorteile fordern, sich versprechen lassen oder annehmen. Dagegen kam es nach dem Wortlaut des Regierungsentwurfs noch darauf an, dass es sich um Arznei-, Heil- oder Hilfsmittel sowie Medizinprodukte handelt, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind. Letztlich haben die Streichung der Abgabevariante und die Aufnahme der neu gefassten Bezugsvariante dazu geführt, dass Apotheker als Vorteilsnehmer nicht mehr von den Straftatbeständen erfasst werden. Es ist bei einem Apotheker nicht denkbar, dass er das bezogene Produkt selbst am Patienten anwendet oder durch einen seiner Berufshelfer anwenden lässt. Vielmehr gibt er Produkte an den Patienten ab. Allerdings kann der Apotheker als "Vorteilsgeber" – wie jedermann – weiterhin den Straftatbestand des § 299b StGB (Bestechung im Gesundheitswesen) erfüllen.

Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis

Die Einführung der Tatbestände dürfte erhebliche Auswirkungen auf die Unternehmenspraxis mit sich bringen, da insbesondere die Bestechung von selbstständigen Heilberufsangehörigen wie etwa niedergelassenen Ärzten nun erstmalig von einem strafrechtlichen Korruptionstatbestand erfasst wird und auch die vorteilsbedingte (intendierte) Bevorzugung im Wettbewerb bei der Verordnung und nicht nur beim Bezug erfasst wird.

Höheres Verfolgungs- und Verurteilungsrisiko

Zudem dürfte insgesamt ein höheres Verfolgungs- und Verurteilungsrisiko (als bei Anwendung der §§ 331 ff. StGB und § 299 StGB) bestehen, da beispielsweise Transparenzmöglichkeiten, die im Rahmen der freien Beweiswürdigung als Indizien gegen das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung gewertet werden können, für den selbstständigen Heilberufsangehörigen wegfallen, wie beispielsweise mangels Dienstherrn bei niedergelassenen Ärzten die Einholung einer Dienstherrngenehmigung oder die Möglichkeit, der medizinischen Einrichtung als Vertragspartnerin finanzielle Mittel für die Fortbildungsteilnahme des Arztes zur Verfügung zu stellen.

Maßnahmen zur Risikominimierung

Um das Risiko der Einleitung von Ermittlungsmaßnahmen zu minimieren, ist es für Unternehmen der Pharma- und Medizinprodukteindustrie insbesondere empfehlenswert,

- dass Unternehmensmitarbeiter Ärzte und andere Heilberufsangehörige nicht zur Verletzung ihrer Berufspflichten verleiten und die Vorgaben des Heilmittelwerbegesetzes (insbesondere aus § 7 HWG) einhalten, da eine Verletzung der Vorschriften, sofern sie zugleich Marktverhaltensregeln sind, i.V.m. mit § 3a UWG unlautere geschäftliche Handlungen darstellen und damit eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb indizieren können;
- die Vorschriften des FSA-Kodex Fachkreise, des FSA-Transparenzkodex und des Kodex-Medizinprodukte des BVMed sowie anderer einschlägiger Industriekodizes und das dort statuierte Trennungsprinzip einzuhalten, um jeden Anschein einer Unrechtsvereinbarung zu vermeiden. Schon bisher beruhen die genannten Kodizes auf dem Grundsatz, einheitliche Compliance-Vorgaben für die niedergelassenen Ärzte und den Klinikbereich zu schaffen;

- die aufgrund des nicht vorhandenen Dienstherrn bei selbstständigen Heilberufsangehörigen nicht existierende Transparenzmöglichkeit der Dienstherrengenehmigung durch andere Transparenzmaßnahmen zu ersetzen (etwa mittels gewissenhafter Dokumentation oder durch Maßnahmen unter dem FSA-Transparenzkodex);
- "Alt-Vereinbarungen", die bereits vor Einführung der neuen Tatbestände galten und weiter fortgelten, auf ihre Vereinbarkeit mit den neuen Tatbeständen zu überprüfen;
- sämtliche relevanten betriebsinternen Richtlinien den neuen Tatbeständen anzupassen, beispielsweise durch Aufnahme von Kriterien zur Bestimmung des *fair market value* oder zur Auswahl von Teilnehmern hinsichtlich der Einladung zu Kongressen;
- die relevanten Mitarbeiter zu schulen.

Kontakt



Dr. Peter Dieners

Partner, Düsseldorf

E: peter.dieners@cliffordchance.com

T: +49 211 43 55-5469



Dr. Ulrich Reese

Partner, Düsseldorf

E: ulrich.reese@cliffordchance.com

T: +49 211 43 55-5481



**Ann-Kristin Cahnbley,
LL.M. (Wellington)**

Senior Associate,
Düsseldorf

E: ann-kristin.cahnbley@cliffordchance.com

T: +49 211 43 55-5451



Jan Szemjonneck

Associate, Düsseldorf

E: jan.szemjonneck@cliffordchance.com

T: +49 211 43 55-5829

Diese Publikation dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

Clifford Chance, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf

© Clifford Chance 2016

Clifford Chance Deutschland LLP ist eine Limited Liability Partnership mit Sitz in 10 Upper Bank Street, London E14 5JJ, registriert in England und Wales unter OC393460. Die Gesellschaft ist mit einer Zweigniederlassung im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt am Main unter PR 2189 eingetragen.

Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen finden Sie unter: www.cliffordchance.com/deuregulatory

www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.