

damit, dass dieser unionsrechtswidrige Zustand für die Zukunft durch den italienischen Gesetzgeber abgestellt wird, während bereits begangene Steuerstraftaten noch nach dem alten Recht behandelt werden können. Dass der rechtsdogmatische Weg, auf dem der EuGH dieses Ergebnis erzielt hat, sich aus der Urteilsbegründung nicht eindeutig ergibt, ist aus rechtswissenschaftlicher Perspektive misslich, mag aber mit der politisch-diplomatischen Dimension des Verfahrens zu tun haben. In jedem Fall bestehen aus meiner Sicht mehrere Möglichkeiten, den Ausgang von „M.A.S. und M.B.“ dogmatisch zu rekonstruieren, ohne dabei die bestehenden Grundsätze über den Anwendungsvorrang des Unionsrecht in Frage zu stellen. Wünschenswert wäre es insofern gewesen, der EuGH hätte eine im Vergleich zu „Taricco“ gesteigerte Grundrechtssensibilität an den Tag gelegt und sein Ergebnis darauf gestützt, dass schon das Schutzniveau der Grundrechtcharta es verbietet, aus Art. 325 Abs. 1, Abs. 2 AEUV eine Pflicht der Mitgliedstaaten abzuleiten, nationales Verjährungsrecht in bestimmten Situationen rückwirkend

und/oder ohne gesetzliche Grundlage zu verändern. Für einen derartigen Impuls zur Konturierung der Art. 47–49 GRCh finden sich in der Entscheidungsbegründung zu „M.A.S. und M.B.“ aber leider nur unzureichende Hinweise. Die plausibelste dogmatische Rekonstruktion des Urteils scheint vielmehr darin zu liegen, dass das verfassungsrechtliche Verständnis des Rückwirkungsverbots in Italien durch den von Art. 325 Abs. 1, Abs. 2 AEUV eröffneten nationalen Gestaltungsspielraum zur Bekämpfung von Mehrwertsteuerbetrug abgedeckt ist und bei genauer Betrachtung folglich keine Kollisionslage zwischen Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht besteht. Im Ergebnis hat der EuGH die zur Kooperation ausgestreckte Hand des *corte costituzionale* also angenommen, ohne dafür aus Sicht des Unionsrechts ein wirkliches „Opfer“ erbringen zu müssen. Dies sollte – trotz der Mängel der Entscheidung – in Zeiten grassierenden anti-europäischen Ressentiments als Ausdruck politischen Geschicks und richterlicher Ausgleichsfähigkeit gewürdigt werden.

Rezensionen

Beate Bahner, Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen – Das Praxishandbuch, 1. Auflage 2017, MedizinRechtVerlag Heidelberg, 374 S., EUR 49,95

1. Immer dann, wenn ein neues Gesetz erlassen wird, stellt sich die Frage: Warum und warum jetzt? Oder aber: Warum erst jetzt? Im Falle der neuen Paragraphen, die seit dem 4.6.2016 die Korruptionsvorschriften des Strafgesetzbuches ergänzen (§§ 299a, 299b), gibt das neue Buch der Heidelberger Medizinrechtlerin *Beate Bahner*, Autorin einiger Standardwerke zum Gesundheitsrecht, eine interessante Antwort: „Der Gesetzgeber will mit diesem Gesetz Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen wirksam bekämpfen, um die schädlichen Auswirkungen von Korruption im Gesundheitswesen zu unterbinden“, schreibt die Autorin im Vorwort.

Diese Feststellung überzeugt zunächst wenig, denn: Warum hat es so lange gedauert? Warum hat die Politik auch dann noch mit den Schultern gezuckt, als die Auswüchse des Wachstumsmarktes schon überdeutlich sichtbar waren und zu Themen der Tagespresse wurden? „Zuweisungs- oder Kopfpauschalen“, „Kick-Backs“, „Zuwendungen“ ohne Gegenleistung, „Anwendungsbeobachtungen“ und „Befundstudien“ – die Praktiken hatten sogar eigene Namen. Bekannt waren auch die Akteure: Ärzte, die sich von Pharmafirmen ihr Verschreibungsverhalten und ihre Fortbildungen bezahlen ließen; Orthopäden, die vom Orthopädieschuhmacher dafür entlohnt wurden, dass sie ihre Patienten zu ihm schickten; die gleiche Praxis zwischen Augenärzten und Optikern, Urologen und Sanitätshäusern, HNO-Ärzten und Hörgeräteakustikern. In den einschlägigen Kreisen war dies alles lange bekannt. Nur der Patient, der blieb als subtil entmündigter Käufer und Kunde ahnungslos und die Solidargemeinschaft zahlte das Ganze: Die steigenden Versicherungsbeiträge und die dank verhindertem Wettbewerb mindere Qualität der Produkte.

Nachdem die ersten Gerichte damit begannen, die klandestinen Vorgänge zwischen Ärzten und den von ihnen wirtschaftlich abhängigen „Gesundheitsdienstleistern“ strafjuristisch zu fassen, und dies ausdrücklich unter dem Rubrum „Korruption“ (s. nur LG Stade vom 4.8.2010 – 12 KLS 170 Js 18207/09; LG Hamburg vom 9.10.2010 – 618 KLS 10/09; Amtsgericht Ulm vom 26.10.2010 – 3 Cs 37 Js 9933/07 jeweils m.w.N.), war klar, dass auch gesetzgeberisch gehandelt werden musste. Doch erst die Entscheidung des Großen Senats des BGH vom 29.3.2012 – GSSt 2/11, wistra 2012, 341, hat Bewegung in die Legislative gebracht.

Wird das neue Gesetz nun Licht in dieses Dunkelfeld bringen und die Krake „Korruption“ aufschrecken oder gar „wirksam bekämpfen“, wie die Autorin meint? Wohl kaum. Denn was sich so lange ungestört als einträglich *win-win*-Konstellation eingeübt hat, wird sich nicht über Nacht beseitigen lassen – schon gar nicht von diesen gesetzlichen Normen, denen im langwierigen und von (aus interessierten Kreisen absichtsvoll geschürter) Hysterie begleiteten Gesetzgebungsprozess ohnehin die schärfsten Zähne gezogen wurden. Sieht man sich nämlich die Vorschriften an, so drängt sich der Eindruck auf, dass mit ihnen vor allem eines geschützt werden soll: Der Wettbewerb. Der Patient mit seinem berechtigten Interesse an einer von pekuniären Interessen weitgehend unabhängigen Heilbehandlung sowie an im fairen Entwicklungswettbewerb entstandenen Produkten oder optimalen Gesundheitsdienstleistungen steht jedenfalls nicht im Fokus dieser Normen.

2. Der Gesundheitsmarkt ist nun einmal eine Goldgrube: Mehr als 300 Mrd. € Gesamtausgaben – davon tragen die Gesetzlichen Krankenversicherungen fast 60 % – und so viele Berufsträger, Firmen, Institute, die alle davon leben, dass es so bleibt, wie es ist. Was fehlt, das sind die spektakulären Prozesse, die – wie die Skandale um manipulierte Transplantationslisten oder bevorzugte Patienten aus dem Nahen Osten – für alle sichtbar machen, dass die Toleranz

ein Ende hat. Ohne die allfällige Kasuistik erscheint es entlarvend, wenn ein Strafverfolger, der sich seit langem auf dem Gebiet der Korruptionsstraftaten hervorgetan hat, von sich „abschbar häufenden“ Strafverfahren spricht, dabei aber zugleich den Behörden mangelnde Expertise in diesem sehr speziellen Bereich attestiert.

Herzklappenskandal hin, Transplantationsdrama her – die breite Öffentlichkeit nimmt die möglicherweise endemischen „Unrechtsvereinbarungen“ zwischen dem als Heilsbringer verehrten Arzt und den als Nebenakteure erlebten Versorgern und Dienstleistern des Gesundheitssystems überhaupt nicht wahr. Die Erwartung, dass aufmerksame Patienten die Krankenkassen (etwa bei den „Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen“ gemäß §§ 197a SGB V, 47a SGB XI) über dubiose Praktiken in Kenntnis setzen, ist nur ein Hoffnungswert. Eher werden es Marktteilnehmer sein, die sich gegen unzulässig agierende Mitbewerber wenden, oder – wie in den bereits vor Gericht verhandelten Fällen (etwa OLG Braunschweig vom 23.2.2010 – Ws 17/1) – die Beamten der Finanzverwaltung, die auf als Betriebsausgaben verbuchte korruptive Zahlungen stoßen oder auf einen Arzt, der – dumm, aber ehrlich – die erhaltenen Zuwendungen vom Pharmavertreter als Einnahmen versteuert.

Ob jeder Betriebsprüfer die vom Bundesrechnungshof (Jahresbericht vom 10.12.2013) geforderte „branchenspezifische“ Aufmerksamkeit besitzt, ist eine andere Frage. Hier steckt noch viel Potential für den Fiskus, was auch die Autorin verkennet: Zwar weist sie den Arzt auf die fehlende Abzugsfähigkeit von „Schmiergeldern“ hin (§ 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 1 EStG) und erwähnt den gewerbsteuerlichen „Abfärb“-Effekt auf die freiberuflichen Einnahmen aus Provisionen. Sie versäumt indes in diesem Zusammenhang die viel dringlichere Warnung vor den umsatzsteuerlichen Folgen aus solchen Zuwendungen, die im Zweifel eben nicht als Einkünfte aus ärztlicher Tätigkeit und damit nicht gemäß § 4 Nr. 14 a UStG steuerfrei sind: Es fehlt hier regelmäßig an der medizinischen Indikation und damit am therapeutischen Ziel (vgl. nur BFH vom 4.12.2014 – V R 16/12 und vom 28.9.2007 – V B 7/06; EuGH vom 21.3.2013 – C-91/12).

Mit dem vorliegenden Buch von *Beate Bahner* kann jedenfalls niemand mehr sagen, er sei nicht gewarnt worden: Es richtet sich ausdrücklich nicht nur an die Juristen – ob in der Anwaltschaft oder in der Justiz –, sondern auch an Krankenhäuser, niedergelassene Ärzte, Pharmafirmen, Gesundheitsdienstleister und -handwerker. Die Apotheker haben eine erfolgreiche Lobbyarbeit geleistet, so dass sie von § 299a StGB nicht und von § 299b StGB kaum erfasst werden. Die Autorin spart nicht mit Kritik an dieser gesetzgeberischen Entscheidung von Bundestag und Bundesrat, deren Ablauf in einem Anhang in dankenswerter Klarheit sichtbar gemacht wird.

Auch der „Industrie“ widmet die Autorin eigene Kapitel, und die Überschriften offenbaren schon, dass hier die Türen zur unlauteren Abrede weit offen sind: „Grundsätze und Formen der Zusammenarbeit mit der Industrie“, gefolgt von „Weitere Zuwendungen durch die Industrie“; es fallen Begriffe wie „Sponsoring“, „Rabatte“, „Preisgestaltungen und Zugaben“. Der Leser fragt sich: Warum gibt es diese schillernden „Kooperationen“ – etwa zwischen Ärzten und Pharmafirmen – überhaupt? Die Antwort freilich findet sich auch in diesem Buch: Weil es kaum irgendetwas im deutschen Gesundheitssystem gibt, das nicht von Einflussnahme, Interessen und Gewinnorientierung gesteuert wird. *Do ut des* scheint der interdisziplinäre Standard der Geschäftsbezie-

hungen zu sein, und *Cui bono?* lautet die Frage, die Kritiker des Systems immer als erstes stellen.

Das verschweigt die Autorin nicht, und sie hat ein deutlich abgestecktes Ziel: Transparenz heißt ihr Zauberwort. Alles muss offen und zugänglich sein, alle Verträge, Kooperationen, Beteiligungen müssen auf Unredlichkeiten abgeklopft und juristisch einwandfrei formuliert sein, keine Absicht im Dunkeln bleiben, alle Verbindungen zwischen den Akteuren offengelegt werden. Auch das soll dieses Buch leisten: Ein Kompendium und Ratgeber sein für diejenigen, die gemeinsame Interessen haben und „synergetisch“ zusammenarbeiten wollen – was von der Gesundheitspolitik ja ausdrücklich gefordert und gefördert wird, Stichwort MVZ. Um größtmögliche Integrität und Belastbarkeit der Beziehungen zwischen den *Playern* der Gesundheitsbranche zu gewährleisten, wird das gesamte Spektrum der medizinischen Kooperationen aufgefächert, bis hin zu „Strategien“ zur Vermeidung eines „Strafbarkeitsvorwurfs“.

3. Dieses mit wissenschaftlichem Anspruch verfasste, engagiert geschriebene, durchweg griffig formulierte und mittels einer durchdachten Optik außerordentlich leserfreundlich edierte Buch wird seinem Anspruch, ein „Praxishandbuch“ zu sein, gerecht. Die Autorin liefert eine enorme Fleißarbeit ab: Kein Aspekt bleibt unerwähnt, keine Finte unentdeckt, kein Problem unterbelichtet. Es ist alles da, und dank des äußerst detaillierten Inhaltsverzeichnisses ist alles auch schnell zu finden.

Wie die Autorin in erfreulicher Klarheit hervorhebt, geht es bei der Sichtbarmachung und der – auch strafrechtlichen – Verfolgung von Korruption im Gesundheitswesen um den Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen. Die Forderung nach Unabhängigkeit vor allem der Ärzte wird immer wieder erhoben und mit unabwiesbaren Argumenten unterfüttert, und deshalb bleibt es völlig unverständlich: Warum ist es für einen in langen Jahren akademisch ausgebildeten Mediziner überhaupt so schwer, unabhängig zu sein, oder anders gesagt: sauber zu bleiben? Warum fällt es gerade den „Vertrauensberufen“, wie die Autorin die Heilberufe nennt, so schwer, dem klaren Kompass zu folgen, den die einzelnen Berufsordnungen, die Sozialgesetze und nun auch noch das Strafrecht vorgeben? Und gibt es da nicht auch noch das eigene Gewissen, das einem Arzt in Gestalt des – gleich zu Beginn des Buches zitierten – *Hippokratischen Eides* Leitschnur sein sollte?

Am Ende der Lektüre ist das Thema „Korruption“ grell beleuchtet, alle sozialgesetzlichen, strafrechtlichen, berufsständischen Normen sind genannt, die Kodizes, Compliance-Regeln und Empfehlungen zur freiwilligen Selbstkontrolle der Industrie zitiert, die bedrohlichen Rechtsfolgen und Sanktionsmöglichkeiten bis hin zum Widerruf der Approbation dargestellt und alle weiteren zivilrechtlichen, wettbewerbsrechtlichen und honorarrechtlichen Konsequenzen warnend beschrieben – allein, es bleibt die Frage: Wie steht es um unser Gesundheitssystem, wenn das alles nötig ist, um den Heilberufsträgern den Weg zwischen Ethos und Mammon zu weisen?

Ihre Reputation in der Gesellschaft gründet sich auf den Mythos vom Heilenden und Schützenden, ihnen werden menschliche Unanfechtbarkeit und persönliche Redlichkeit, Opferbereitschaft und Empathie zugeschrieben. Diese Projektion ist auch eine Verpflichtung. Ärzte sollten dieses Buch überflüssig finden.

*Rechtsanwältin Elisabeth v. Dorrien, Andernach
(Lehrbeauftragte an der Universität Koblenz)*