

Korruption im Gesundheitswesen

Vortrag vor dem Arbeitskreis „Ärzte und Juristen“ der AWMF
am 13. November 2015 in Düsseldorf

Prof. Dr. Michael Lindemann

Universität Bielefeld
Fakultät für Rechtswissenschaft



Gliederung

I. Die Ausgangssituation:

Der Beschluss des Großen Senates für Strafsachen vom 29. März 2012

II. Die Lösung des Gesetzgebers:

Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen

III. Kritische Würdigung:

Dogmatische Schwachpunkte und Implikationen für die heilberufliche Praxis

IV. Fazit und offene Fragen

Die Ausgangssituation: Der Beschluss des Großen Senates für Strafsachen vom 29. März 2012

Sachverhalt:

- In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Ausgangsverfahren war eine **Pharmareferentin**, die Vertragsärzten Schecks über einen Gesamtbetrag von etwa 18.000 € übergeben hatte, wegen **Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 II StGB)** zu einer Geldstrafe verurteilt worden.
- Der Übergabe des Schecks hatte ein als „**Verordnungsmanagement**“ bezeichnetes **Prämiensystem** des Pharmaunternehmens zugrunde gelegen.
- Dieses sah vor, dass Ärzte als Prämie für die Verordnung von Arzneimitteln des betreffenden Unternehmens **5 % des Herstellerabgabepreises als Prämie** erhalten sollten.



- Bestätigung der Strafbarkeit gemäß § 299 II StGB oder gar Strafbarkeit der Pharmareferentin wegen (Amts-)trägerbestechung gemäß § 334 I StGB?
- **Beauftragten-/Amtsträgereigenschaft des Vertragsarztes?**

§ 299 StGB – Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr

(2) Ebenso (d.h. mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe, ML) wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder **Beauftragten** eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er ihn oder einen anderen **bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge**.

Zukünftige Fassung:

(2) Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr einem Angestellten oder **Beauftragten** eines Unternehmens

1. einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er **bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen** ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb **in unlauterer Weise bevorzuge**, oder
2. **ohne Einwilligung des Unternehmens** einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er **bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen** eine Handlung vornehme oder unterlasse **und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze**.

§ 334 StGB – Bestechung

(1) Wer einem **Amtsträger** (...) einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe.

§ 11 StGB – Personen- und Sachbegriffe

(1) Im Sinne dieses Gesetzes ist (...)

2. **Amtsträger**: wer nach deutschem Recht

- a) Beamter oder Richter ist,
- b) in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht oder
- c) **sonst dazu bestellt ist**, bei einer Behörde oder bei einer **sonstigen Stelle** oder in deren Auftrag **Aufgaben der öffentlichen Verwaltung** unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform **wahrzunehmen**; (...)

GKV als „sonstige Stelle“ i.S.d. § 11 I Nr. 2c StGB

Die Ausgangssituation: Der Beschluss des Großen Senates für Strafsachen vom 29. März 2012

Leitsatz: Ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt handelt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (hier: Verordnung von Arzneimitteln) weder als **Amtsträger** i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB noch als **Beauftragter** der gesetzlichen Krankenkassen i.S.d. § 299 StGB.

Verneinung der Amtsträgereigenschaft:

- Vertragsarzt werde aufgrund der **freien Auswahl** durch den Versicherten tätig; **Beziehung zum Patienten** sei geprägt durch **persönliches**, der Bestimmung durch die Krankenkassen weitgehend entzogenes **Vertrauensverhältnis**

Verneinung der Beauftragtenstellung:

- Verhältnis zwischen Ärzten und Krankenkassen sei von **gleichgeordneter Kooperation** geprägt
- Vertragsarzt werde vornehmlich **im Interesse seines Patienten** tätig und agiere auch bei der Verordnung von Medikamenten **nicht als Vertreter der Krankenkassen**

Die Ausgangssituation: Der Beschluss des Großen Senates für Strafsachen vom 29. März 2012

Anregung des GSSt an den Gesetzgeber, eine Regelung zu treffen:

„Vor dem Hintergrund der seit längerem im strafrechtlichen Schrifttum geführten Diskussion sowie im Hinblick auf gesetzgeberische Initiativen (vgl. dazu etwa BTDrucks. 17/3685) zur Bekämpfung korruptiven Verhaltens im Gesundheitswesen **verkennt der Große Senat für Strafsachen nicht die grundsätzliche Berechtigung des Anliegens, Missständen**, die – allem Anschein nach – gravierende finanzielle Belastungen des Gesundheitssystems zur Folge haben, **mit Mitteln des Strafrechts effektiv entgegenzutreten**. Die Anwendung bestehender Strafvorschriften, deren Tatbestandsstruktur und Wertungen der Erfassung bestimmter Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Erbringung von Gesundheitsleistungen nach den Vorschriften der gesetzlichen Krankenversicherung als strafrechtlich relevant entgegenstehen, auf der Grundlage **allein dem Gesetzgeber vorbehaltener Strafwürdigkeitserwägungen** ist der Rechtsprechung jedoch versagt.“

Die Lösung des Gesetzgebers: Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen

BR-Drs. 360/15 vom 14.08.2015

- Umsetzung einer Ankündigung aus dem Koalitionsvertrag
- Hervorhebung der großen wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung des Gesundheitswesens
- Zum Regelungsbedarf:

„Korruption im Gesundheitswesen beeinträchtigt den Wettbewerb, verteuert medizinische Leistungen und untergräbt das Vertrauen von Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen.“

➔ Berufs-/sozialrechtliche Sanktionsmöglichkeiten reichten nicht aus

- Konzept eines doppelten Rechtsgüterschutzes:

Sicherung des fairen Wettbewerbs
im Gesundheitswesen

+

Schutz des Vertrauens der
Patienten in die Integrität
heilberuflicher Entscheidungen

Die Lösung des Gesetzgebers: Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen

§ 299a StGB-E – Bestechlichkeit im Gesundheitswesen

- (1) 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 bei der **Verordnung** oder der **Abgabe** von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der **Zuführung** von Patienten oder Untersuchungsmaterial
1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb **in unlauterer Weise bevorzuge** oder
 2. seine **berufsrechtliche Pflicht** zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit **verletze**,
- wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.



Spiegelbildlich:

§ 299b Abs. 1 StGB-E – Bestechung im Gesundheitswesen

Die Lösung des Gesetzgebers: Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen

- **Täterkreis:**
Einbeziehung aller **Heilberufe**, die für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine **staatlich geregelte Ausbildung** erfordern
- **Sachlicher Anwendungsbereich:**
Geltung für Sachverhalte sowohl **innerhalb** als auch **außerhalb** des Bereichs der GKV
- **Tathandlungen:**
Fordern, Sichversprechenlassen und Annehmen werden in Anlehnung an die zu § 299 I StGB entwickelten Grundsätze ausgelegt (also z.B. Fordern auch erfüllt, wenn das damit verbundene Ansinnen erfolglos bleibt)
- **Vorteil**
= jede Zuwendung, auf die der Täter keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage objektiv verbessert (**auch:** Gelegenheit zum Vertragsschluss; Dritt Vorteile); anders als bei §§ 31, 32 MBO-Ä werden **auch immaterielle Vorteile** (Ehrungen, Ehrenämter) erfasst

Die Lösung des Gesetzgebers: Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen

- **Sozialadäquate Zuwendungen**,
= solche, die nicht geeignet erscheinen, konkrete heilberufliche Entscheidungen zu beeinflussen, sollen **nicht erfasst** werden
- **Unrechtsvereinbarung**
= inhaltliche Verknüpfung von Vorteil und Gegenleistung (**keine Lockerung wie bei §§ 331, 333 StGB** – Absicht, abstraktes „Wohlwollen“ zu erwerben, reicht nicht aus)
- **Handeln im Zusammenhang mit der Berufsausübung**
= keine **rein privaten Handlungen** (☞ praktische Relevanz?)
- **Unlautere Bevorzugung i.S.d. Nr. 1**
= **sachfremde Entscheidung** zwischen mind. zwei Wettbewerbern
- **Verletzung berufsrechtlicher Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit i.S.d. Nr. 2**
soll zur Anwendung kommen, wenn es wegen eines Monopols **an einer Wettbewerbslage fehlt** (nicht erfüllt bei Vorteilszuwendungen des Patienten selbst, dessen Schutz die Vorschrift dient)

Die Lösung des Gesetzgebers: Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen

(2) Ebenso wird bestraft, wer als **Angehöriger eines Heilberufs** im Sinne des Absatzes 1 einen **Vorteil** dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem **Bezug** von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die **zur Abgabe an den Patienten bestimmt** sind, seine **berufsrechtliche Pflicht** zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit **verletze**.



Spiegelbildlich:

§ 299b Abs. 1 StGB-E – Bestechung im Gesundheitswesen

- + Strafschärfung für besonders schwere Fälle (§ 300 StGB-E)
- + Ausgestaltung als relatives Antragsdelikt (§ 301 StGB-E)
- + Erweiterter Verfall (§ 302 StGB-E)

Aufnahme in den die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammern begründenden Straftatenkatalog (§ 74c Abs. 1 Nr. 5a GVG)

Die Lösung des Gesetzgebers: Der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen

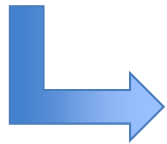
- **Bezug**
= jegliche Form des Sichverschaffens, sei es auf **eigene** oder **fremde Rechnung**
- **Erfassung sei geboten**, da eine durch Vorteile beeinflusste Bezugsentscheidung bei der späteren Entscheidung insbesondere über die Abgabe des Mittels **fortwirken könne**
- **Nicht erfasst** sei der Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die nicht zur Abgabe an den Patienten bestimmt seien (z.B. der Behandlungstuhl)
- Anknüpfung ausschließlich an **Verletzung berufsrechtlicher Pflicht** (vgl. § 31 I MBO-Ä) und nicht an **unlautere Bevorzugung im Wettbewerb**
- **Erfasst seien auch Drittvorteile** (Wortlaut?), allerdings nicht solche zugunsten des **Patienten**, dessen Schutz ja gerade bezweckt sei; bei **branchenüblichen Rabatten und Skonti** könne es bereits an einer Unrechtsvereinbarung fehlen, da diese ggü. Jedermann angeboten würden

Kritische Würdigung

Positiv: Verbesserungen gegenüber dem Referentenentwurf

Schlüssige Differenzierung der Tatvarianten

- Unterscheidung zwischen Verordnung/Abgabe/Zuführung (Abs. 1) und Bezug (Abs. 2)



Straffreistellung des Handelns auf eigene Rechnung (z.B. beim Erwerb von Praxisausstattung)

- Unterscheidung in § 299a I zwischen einer (primär) wettbewerbsschützenden (Nr. 1) und einer integritätsschützenden (Nr. 2) Variante

Konkretisierung des Merkmals der Verletzung von Berufsausübungspflichten

- Beschränkung auf solche Pflichten, die der **Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit** dienen
- Verletzte Berufspflicht muss unmittelbar der unabhängigen, **allein am Patientenwohl orientierten Behandlung** dienen

Kritische Würdigung

Negativ: Weiter Kreis möglicher Täter

Orientierung an § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB:

Neben **akademischen Heilberufen** (Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, Apotheker) auch sog. **Gesundheitsfachberufe** (z.B. Gesundheits- und Krankenpfleger, Ergotherapeuten, Logopäden, Physiotherapeuten) erfasst

Kritik:

- **Beispiele** für korruptive Praktiken in der Entwurfsbegründung entstammen weiterhin überwiegend dem **ärztlichen Bereich**
- Angehörige **nichtärztlicher Heilberufe** werden sich eher auf der Geber- als auf der Nehmerseite finden
- **Praktische Bedeutung** der in Bezug genommenen Regelung gem. **§ 63 IIIc SGB V** (Modellversuche zur Übertragung ärztlicher Tätigkeiten auf Pflegepersonen) fraglich
- Vorzugswürdig Beschränkung auf **akademische Heilberufe** (➡ Bayern)

Kritische Würdigung

Negativ: Konkretisierung der Berufsausübungspflichten durch LÄKen

„Niedersächsischer Sonderweg“: Keine Umsetzung des § 32 II MBO-Ä

„Die Annahme von geldwerten Vorteilen in angemessener Höhe ist *nicht berufswidrig*, sofern diese *ausschließlich für berufsbezogene Fortbildung verwendet* werden. Der für die Teilnahme an einer wissenschaftlichen Fortbildungsveranstaltung gewährte Vorteil ist unangemessen, wenn er über die notwendigen Reisekosten und Tagungsgebühren hinausgeht.“



Strafbarkeitsrisiko bei passiver Teilnahme niedersächsischer Ärzte an Fortbildungsveranstaltungen?

Kritik:

Unzulässige (da vom Normzweck nicht gebotene) Rechtszersplitterung;
Vorzugswürdig Beschränkung auf Pflichten, die bundesweit die heilberufliche Unabhängigkeit prägen

Kritische Würdigung

Negativ: Gefahr eines Anfangsverdachts auch bei erwünschten Kooperationen

Gesundheitspolitisch erwünschte Kooperationsvereinbarungen über

- die Durchführung vor- und nachstationärer Behandlungen (§ 115a SGB V),
- die Durchführung ambulanter Behandlungen (§ 115b SGB V),
- die Durchführung ambulanter spezialfachärztlicher Versorgung (§ 116b SGB V) sowie
- sektorenübergreifende Versorgungsformen (§ § 140a SGB V ff.)

würden nicht bereits **als solche** erfasst; vielmehr bedürfe es des **Hinzutretens weiterer Umstände**

Gleiches gelte für die bloße **Teilnahme an vergüteten Anwendungsbeobachtungen**; als **Bewertungsmaßstab** könne **§ 67 VI 3 SGB V** dienen:

*„Entschädigungen, die an Ärzte für ihre Beteiligung an Untersuchungen nach Satz 1 geleistet werden, sind nach ihrer Art und Höhe so zu bemessen, dass **kein Anreiz für eine bevorzugte Verschreibung oder Empfehlung bestimmter Arzneimittel entsteht.**“*

Kritische Würdigung

Gefahr eines Anfangsverdachts auch bei erwünschten Kooperationsformen

Kritik:

Über das Nichtvorliegen einer Unrechtsvereinbarung wird häufig erst nach **aufwändigen (und potentiell rufschädigenden) Ermittlungen** Konsens bestehen

Beispiele aus der Gesetzesbegründung:

- Frage, ob das im Rahmen eines Kooperationsmodells gezahlte Entgelt „nicht entsprechend dem Wert der erbrachten heilberuflichen Leistung **in wirtschaftlich angemessener Höhe nachvollziehbar festgelegt worden** ist“
- Frage, ob die für die Teilnahme an einer Anwendungsbeobachtung gezahlte „Entschädigung **den geleisteten Aufwand deutlich übersteigt**“
- Frage, ob ein Arzt, der über allgemeine Gewinnausschüttungen am Erfolg eines Unternehmens im Gesundheitswesen beteiligt ist, „bei objektiver Betrachtung durch seine Patientenzuführung **einen spürbaren Einfluss auf den Ertrag aus seiner Beteiligung nehmen** kann“

Fazit

- 1) Konkretisierung des straffreien Bereichs durch (weitere) Beispiele stellt Fortschritt ggü. dem Referentenentwurf dar
- 2) Praxis wird gehalten sein, sich an den Prinzipien der Transparenz, Dokumentation und Trennung zu orientieren und die Vereinbarkeit bestehender Kooperationen mit den Vorgaben des Berufs- und Sozialrechts zu prüfen
- 3) Annahme der Entwurfsbegründung, es entstehe kein Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger sowie die Wirtschaft, erscheint fragwürdig
- 4) Wünschenswert (aber wohl ohne Aussicht auf Realisierung) wäre Schaffung eines „safe harbor“ für Auslegungsfragen nach dem Vorbild gesellschaftsrechtlicher Business Judgment Rule

Vgl. Gaede/Lindemann/Tsambikakis medstra 2015, 152 f.:

„Eine Bevorzugung im Wettbewerb ist nicht als unlauter anzusehen, wenn sie auf einer Kooperationsvereinbarung beruht, der eine vertretbare Auslegung von Vorschriften des Gesundheitsrechts zugrunde liegt, die ein Wettbewerbsverhalten gestatten.“
(➔ Ausnahme: gerichtliche Klärung)

Offene Fragen

Konkurrenzen –

Vorschriften über die Korruption im Gesundheitswesen als *leges speciales* zu §§ 299, 331 ff. StGB?

Plausibilität der Grundannahme des Gesetzgebers, im Gesundheitswesen existiere (schützenswerter) Wettbewerb –

Vorzugswürdigkeit einer (ausschließlich) an der Patientensicherheit und/oder an Wirtschaftlichkeitserwägungen orientierten Konstruktion?

Nichterfassung „mittelbarer Korruption“ –

Strafwürdigkeit der Einflussnahme auf Fachgesellschaften und Selbsthilfegruppen?

Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!



Prof. Dr. Michael Lindemann

*Universität Bielefeld
Fakultät für Rechtswissenschaft
Universitätsstraße 25
33615 Bielefeld*



0521 106 – 4721



mail@mindemann.de



www.mindemann.de