

Daniel Geiger

Ärzte-Korruption – Wie viel Strafrecht braucht das Gesundheitswesen?

I. Einleitung

Mit Beschluss vom 29. März 2012 hat der Große Senat für Strafsachen am BGH entschieden, dass niedergelassene Vertragsärzte bei der Wahrnehmung der ihnen im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung übertragenen Aufgaben weder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB noch als Beauftragte der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB handeln und damit keine tauglichen Täter der Korruptionsdelikte des Strafgesetzbuches sind.¹ Die Entscheidung stieß in der Öffentlichkeit auf breite Kritik,² die sich vor allem in der Sorge artikulierte, korruptiven Praktiken der Pharma- und Medizinprodukteindustrie sei durch den Beschluss Tür und Tor geöffnet. Aber auch aus den Entscheidungsgründen³ und der die Beschlussveröffentlichung begleitenden Pressemitteilung vom 22.06.2012⁴ ließ sich herauslesen, dass der Große Strafsenat selbst das von ihm gefundene Ergebnis als unbefriedigend zu empfinden schien. Ausdrücklich (und zu Recht) bezeichnete er das seiner Entscheidung zugrunde liegende Verhalten, das in einer finanziellen Bonifizierung ärztlichen Ordnungsverhaltens bestand, als „korruptives Verhalten“.⁵ Nach geltendem Recht, so der erkennende Senat, sei dieses Verhalten

- 1 BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GStSt 2/11 (= MedR 2012, 656 ff. m. Anm. Szesny/ Remplik). S. hierzu auch *Klümper* 2012, 147 ff.; *Brand/Hotz* in PharmR 2012, 317 ff.; *Walter* in CCZ 2012, 199 f.; *Geiger* in CCZ 2012, 172 ff.; *ders.* in *Pharma Relations* 09/12, 32 f.; *ders.* <http://www.compliance-manager.net/news/aktuelles-zur-antikorruption-im-gesundheitswesen> (Abruf am 06.03.2013).
- 2 Vgl. „Ärzte dürfen Geschenke von Pharmafirmen annehmen“, Spiegel Online (<http://www.spiegel.de/wissenschaft/medizin/bgh-aerzte-duerfen-geschenke-der-pharmaindustrie-annehmen-a-840406.html> ; Abruf am 06.03.2013); „Normal korrupt“, Spiegel 26/2012, S. 74, abrufbar über <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-86570550.html> (Abruf am 06.03.2013); „Bestechende Aussichten für Mediziner“, Berliner Zeitung vom 17.07.2012 (<http://www.berliner-zeitung.de/wirtschaft/korruption-unter-aerzten-bestechende-aussichten-fuer-mediziner,10808230,16637350.html> ; Abruf am 06.03.2013); „Richter können nichts machen - Ärzte-Bestechung ist völlig legal“, n-tv online (<http://www.n-tv.de/politik/Aerzte-Bestechung-ist-voellig-legal-article6562536.html> ; Abruf am 06.03.2013).
- 3 S. hierzu in BGH, aaO (Fn. 1), Rn. 46.
- 4 Mitteilung der Pressestelle des Bundesgerichtshofes Nr. 097/2012 vom 22.06.2012 (abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=66cf22b60945324329d43532465d7c44&nr=60678&linked=pm&Blank=1> ; Abruf am 06.03.2013).
- 5 Pressemitteilung des BGH Nr. 097/2012 vom 22.06.2012 (Fn. 4).

TITEL

jedoch nicht strafbar. Es sei eine Entscheidung des Gesetzgebers, darüber zu befinden, ob Korruption im Gesundheitswesen strafwürdig sei und durch Schaffung entsprechender Straftatbestände eine effektive strafrechtliche Ahndung ermöglicht werden solle.⁶ Dem Duktus nach lag hierin nicht lediglich eine „Verweisung“ der Thematik an den Gesetzgeber, sondern vielmehr ein „Appell“, sich dieser Fragestellung anzunehmen.

In der Folge kam es, nur sechs Tage nach Veröffentlichung des Beschlusses, am 28.06.2012 zu einer „Aktuellen Stunde“ im Bundestag, in der der Handlungsbedarf kontrovers diskutiert wurde.⁷ Von der Fraktion der LINKEN wurde die Bundesregierung zudem am 08.08.2012 mit einer 51 Fragen umfassenden „Kleinen Anfrage“⁸ konfrontiert und der Gesundheitsausschuss des Bundestages lud für den 24.10.2012 zu einem Expertengespräch über Konsequenzen aus besagtem BGH-Beschluss, zu dem insbesondere der GKV-Spitzenverband ein Positionspapier mit einem konkreten Vorschlag zur Einführung eines Straftatbestandes in § 308 SGB V veröffentlichte.⁹

Während sich die Regierungskoalition in der Debatte anfänglich eher zurückhaltend positionierte, fand der gesundheitspolitische Sprecher der CDU-Fraktion im Bundestag zu Jahresbeginn überraschend deutliche Worte und drohte mit einer Verschärfung des Strafrechts, wenn die ärztliche Selbstverwaltung nicht „endlich eigenständig“ beginne, „die Dinge klar beim Namen zu nennen und aktiv zu bekämpfen“.¹⁰ Nur einen Tag später stieß Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (FDP) in das gleiche Horn.¹¹ Und auch namhafte Repräsentanten der Ärzteschaft belebten die neu entfachte Diskussion um eine Expansion des Strafrechts im Gesundheitswesen und räumten ein, dass man über ein Gesetz, das Bestechlichkeit bei niedergelassenen Ärzten unter Strafe stellt, „sicher nachdenken“ könne.¹²

Der Präsident der Bundesärztekammer forderte von der Politik, den Ärztekammern mehr Ermittlungsmöglichkeiten zur Durchsetzung des Berufsrechts an die Hand zu ge-

6 Pressemitteilung des BGH Nr. 097/2012 vom 22.06.2012 (Fn. 4).

7 BT-Plenarprotokoll 17/187, S. 22360 ff.

8 BT-Drs. 17/10440.

9 Positionspapier des GKV Spitzenverbandes zu dem Expertengespräch über Konsequenzen aus dem BGH-Beschluss zur Strafbarkeit von Kassenärzten wegen Bestechlichkeit am 24.10.2012 Ausschussdrucksache 17(14)0339 vom 17.10.2012 http://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/presse/pressemitteilungen/2013/Position_G-KV_BGH-Urteil_zu_Korruption.pdf (Abruf am 06.03.2013).

10 S. hierzu den Artikel „Union droht korrupten Ärzten mit dem Strafrecht“ in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 2.01.2013, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/gegen-kungelei-union-droht-korrupten-aerzten-mit-dem-strafrecht-12011165.html> (Abruf am 06.03.2013).

11 S. hierzu die Meldung „Leutheusser erwägt Gesetz gegen Korruption bei Ärzten“ in der „Passauer Neuen Presse“ vom 3.01.2013, abrufbar unter http://www.pnp.de/nachrichten/deutschland_und_welt/623689_Leutheusser-erwaegt-Gesetz-gegen-Korruption-bei-Aerzten.html (Abruf am 06.03.2013).

12 So wird etwa der Vorsitzende des Ärzteverbandes Hartmannbundes, Klaus Reinhardt, in der Frankfurter Rundschau vom 02.01.2013 zitiert („Ärzte wehren sich gegen Generalverdacht“, Frankfurter Rundschau vom 02.01.2013, abrufbar unter <http://www.fr-online.de/politik/aerzte-korruption-aerzte-wehren-sich-gegen-generalverdacht,1472596,21375624.html> [Abruf am 06.03.2013]).

ben.¹³ Hierauf reagierte die Politik prompt und ermöglichte zum Zwecke einer forcierten Korruptionsbekämpfung durch Einführung eines neu gefassten Abs. 3a in § 285 SGB V n. F. im Rahmen des „Krebsfrüherkennungs- und -registergesetzes (KFRG)“¹⁴ die bislang gem. § 67d Abs. 1 SGB X unzulässige Übermittlung personenbezogener Daten von Ärzten durch die Kassenärztlichen Vereinigungen an Approbationsbehörden und Heilberufskammern (LÄKn).¹⁵ Das KFRG, das vor dem Hintergrund jüngerer Organspendeskandale darüber hinaus auch Regelungen zur Vermeidung finanzieller Fehlanreize in Zielvereinbarungen für leitende Ärztinnen und Ärzte im Krankenhaus enthält,¹⁶ wurde am 01.03.2013 vom Bundesrat gebilligt.

Da diese Maßnahme einigen „Normbenefiziaren“¹⁷ jedoch zu kurz greift, stellte die SPD-Fraktion am 30.01.2013 den Antrag, dass der Bundestag die Bundesregierung auffordern möge, „endlich einen Gesetzentwurf vorzulegen, mit dem Korruption im Gesundheitswesen generell unter Strafe gestellt wird.“¹⁸

Zwischenzeitlich haben die Fraktionen der CDU/CSU und der FDP Entwürfe zu Änderungsanträgen vorgelegt, mit denen durch Ergänzung eines Abs. 3 in § 70 SGB V sowie in einem neu einzuführenden § 307c SGB V die Annahme oder Gewährung „nicht nur geringfügiger wirtschaftlicher Vorteile“ – wie auch immer die „Geringfügigkeit“ zu definieren sein mag – „als Gegenleistung“ für die „Begünstigung“ oder „Bevorzugung“ anderer Leistungserbringer oder Dritter unter Strafe gestellt werden sollen.

Diese Entwicklungen aufgreifend soll der vorliegende Beitrag der Frage nachgehen, inwieweit ein Tätigwerden des (Straf-)Gesetzgebers im Gesundheitswesen angezeigt erscheint.¹⁹

II. Bestehen einer Strafbarkeitslücke?

Betrachtet man die Resonanz in den Medien zu besagtem Beschluss des Großen Senates für Strafsachen am BGH, die teilweise mit reißerischen Titeln wie „Bestechende Aussichten für Mediziner“²⁰ oder „Richter können nichts machen – Ärzte-Bestechung ist völlig legal“²¹ um die Aufmerksamkeit der Leser buhlten, so ist zunächst eines in aller

13 S. hierzu „Annäherung im Streit um Korruption“ in der Ärzte Zeitung vom 07.01.2013, S. 1.

14 Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Krebsfrüherkennung und zur Qualitätssicherung durch klinische Krebsregister (Krebsfrüherkennungs- und -registergesetz – KFRG), BT-Drs. 17/11267.

15 § 285 Abs. 3a SGB V n. F.

16 § 136a SGB V n. F. S. hierzu auch die ebenfalls mit dem KFRG neu eingeführte Rechenschaftspflicht der Krankenhäuser im Qualitätsbericht nach § 137 Abs. 3 Nr. 4 SGB V n. F.

17 *Schneider* in NK 2012, 30, 33 ff.

18 BT-Drs. 17/12213, S. 3 Ziffer II.

19 Aufgrund der erst kurzfristig vor Manuskripteinreichung bekannt gewordenen und bis dato lediglich in Entwurfsform vorliegenden Änderungsanträge der Regierungskoalition, kann auf diese nur am Rande eingegangen werden. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit den entsprechenden Vorschriften muss – mutatis mutandis – einem gesonderten Beitrag vorbehalten bleiben.

20 S. Fn. 2.

21 S. Fn. 2.

Deutlichkeit festzustellen: Ärzte-Bestechung ist keineswegs legal – schon gar nicht „völlig legal“. Daran hat auch der zitierte Beschluss des Großen Senates für Strafsachen am BGH vom 29. März 2012 nichts geändert. Zahlreiche Normen im Heilmittelwerberecht,²² im ärztlichen Berufsrecht,²³ im Sozialversicherungsrecht²⁴ sowie im Wettbewerbsrecht²⁵ verbieten die Zuwendung von Vorteilen an Ärzte zur Beeinflussung von Therapie- und Verordnungsentscheidungen auch gegenüber niedergelassenen (Vertrags-)Ärzten. Die genannten Normen sind auch sämtlich sanktionsbewehrt. § 7 HWG ist gem. § 15 Abs. 1 Nrn. 4 und 4a HWG auf Geber- und Nehmerseite bußgeldbewehrt und als Ordnungswidrigkeit ahndbar. Im Übrigen stehen berufsrechtliche und/ oder vertragsarztrechtliche Disziplinarmaßnahmen zur Ahndung von Verstößen zur Verfügung, die von der Verwarnung über Geldbußen bis hin zum Entzug der vertragsärztlichen Zulassung oder – bei Feststellung der Unzuverlässigkeit und Berufsunwürdigkeit²⁶ – gar der Approbation reichen. Darüber hinaus kontrollieren in der pharmazeutischen Industrie zwei Verbände (FSA, AKG)²⁷ das Verhalten ihrer Mitglieder, die sich im Wege der Selbstverpflichtung – ebenfalls sanktionsbewehrten – Verhaltenskodizes²⁸ unterworfen haben.²⁹

Allerdings ist einzuräumen, dass die genannten Zuwendungsverbote teilweise über einen eingeschränkten Anwendungsbereich (§ 7 HWG),³⁰ ein Vollzugsdefizit (§§ 30 ff. BO-Ä) sowie Defizite in den Sanktions- (§ 128 SGB V) und/ oder Ermittlungsmöglichkeiten der jeweils zuständigen Stellen (Ärztekammern, Fehlverhaltenstellen nach § 81a, 197a SGB V) verfügen und sich auch das Datenschutzrecht – wie auch bei unternehmensinternen Compliance-Maßnahmen – nicht selten als Hemmschuh der Überwachung erweist. Letzteres dürfte durch die Ermöglichung des Datenaustausches zwischen Kassenärztlichen Vereinigungen und Landesärztekammern mit Einführung des § 285 Abs. 3a SGB V n. F. im Rahmen des KFRG³¹ indes ein Stück weit entschärft worden sein.

22 § 7 des Gesetzes über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens – Heilmittelwerbegesetz (HWG).

23 §§ 31, 32 (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (Stand 2011), MBO-Ä, die gegenüber den Ärzten zwar nicht unmittelbar verbindlich ist, wohl aber deren Umsetzung in den Berufsordnungen der Ärztekammern auf Landesebene, die zumeist gleichlautende Regelungen enthalten.

24 §§ 128 und 73 VII SGB V.

25 §§ 3, 4 Nr. 1 UWG.

26 § 3 Abs. 1 Nr. 2 BÄO.

27 S. zum *Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzenimittelindustrie e. V. (FSA)*: www.fs-arzneimittelindustrie.de (Abruf am 06.03.2013) und zum *Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen e. V. (AKG)*: www.ak-gesundheitswesen.de (Abruf am 06.03.2013).

28 Bei beiden in Fn. 27 genannten Selbstkontrollgremien existieren Kodizes zum Umgang mit Fachkreisen und mit Patientenorganisationen, die sehr detaillierte Vorschriften zu vertraglichen Kooperationsbeziehungen, Geschenken, Bewirtungen, zur Durchführung von Fortbildungsveranstaltungen und sog. nichtinterventionellen Studien sowie zu Spenden und Sponsoring enthalten. Die Kodizes sind abrufbar über die in Fn. 27 abgedruckten URLs.

29 S. hierzu auch Geiger aaO (Fn. 1).

30 § 7 HWG findet nur bei Vorliegen einer produktbezogenen Absatzwerbung Anwendung, vgl. § 1 HWG.

31 Hierzu oben Fn. 14.

Mit den Mitteln des Strafrechts ist keine der genannten Normen sanktionierbar. Über die §§ 331 StGB ff. ist aber seit jeher die Korruption von als „Amtsträger“ zu qualifizierenden Ärzten, also in der Regel von Ärzten an Krankenhäusern oder Medizinischen Versorgungszentren (MVZ) in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft, sowie über §§ 299 StGB f. von angestellten Ärzten in Arztpraxen sowie Krankenhäusern und MVZ in privater Trägerschaft strafrechtlich verfolgbar. Darüber hinaus waren nach der sog. „Kick-Back-Rechtsprechung“ des 1. Strafsenates des BGH³² – jedenfalls bisher – auch umsatzabhängige Rückvergütungen der Pharma- und Medizinprodukteindustrie an niedergelassene Ärzte nach § 266 StGB strafrechtlich sanktionierbar. Nachdem der Große Senat für Strafsachen am BGH in seinem Beschluss vom 29.03.2012 die Beauftragteneigenschaft des Vertragsarztes im Sinne von § 299 StGB unter anderem aber auch mit dem Argument ablehnte, dass der Vertragsarzt auf Basis der gewandelten Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes³³ nicht (mehr) als „Vertreter“ der Krankenkassen im Rahmen des Arzneimittelkaufs handle,³⁴ dürfte die Ahndung von „Kick-Back-Zahlungen“ über § 266 StGB angesichts der damit erfolgten strafrechtlichen Rezeption der neueren bundessozialgerichtlichen Rechtsprechung höchst fraglich geworden sein.³⁵ Dies umso mehr als der Große Strafsenat auch die Bindung des Vertragsarztes an das sozialversicherungsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot als Argument für dessen „Beauftragteneigenschaft“ zurückgewiesen hat.³⁶

Im Ergebnis ist demnach für den Bereich niedergelassener Ärzte in der Tat eine Strafbarkeitslücke festzustellen.

III. „Unerwünschtheit“ der Strafbarkeitslücke?

Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass diese Strafbarkeitslücke sogleich auch „unerwünscht“ ist, wie sie insbesondere in der Medienberichterstattung aber nahezu reflexartig attribuiert wird. Vielmehr stellt ein solcher Reflex das Wesen unseres Strafrechts auf den Kopf, denn Strafbarkeitslücken liegen in der Natur eines fragmentarisch – also: „lückenhaft“ – ausgestalteten Strafrechts, dem die Funktion einer *ultima ratio* zugewiesen ist. Von dieser Ultima-Ratio-Funktion haben sich Überlegungen zu einer Expansion des Strafrechts leiten zu lassen. Zu fragen ist, worin das zu schützende „ethische Minimum“ besteht, denn nur dessen Gewährleistung ist Aufgabe des Strafrechts.

Es dürfte kaum ernsthaft zu bestreiten sein, dass umsatzbezogene Rückvergütungen an Ärzte, wie sie auch der eingangs zitierten Entscheidung des BGH zugrunde lagen,

32 BGH, Beschluss vom 27.04.2004, Az.: 1 StR 165/03.

33 S. hierzu BSG, 3. Senat, 17.12.2009 - B 3 KR 13/08 R – Rn. 15 (juris).

34 In der sog. „Vertreterrechtsprechung“ ging das BSG davon aus, dass beim Erwerb eines Arzneimittels ein Kaufvertrag zwischen der Apotheke und der Krankenkasse des jeweiligen Patienten zustande kommt, wobei der das Arzneimittel verordnende Arzt das Angebot zum Abschluss des Kaufvertrages gegenüber der Apotheke als „Vertreter“ der Krankenkasse abgibt. S. hierzu BSG [4. Senat] NZS 1994, 507 (510); BSG [3. Senat], NZS 2006, 29 (30).

35 S. hierzu auch Geiger in CCZ 2012, 172, 176.

36 BGH, Beschluss vom 29.03.2012, Az.: GSSt 2/11, Rnrrn. 41 ff. (juris).

strafwürdiges Unrecht darstellen. Gleichwohl geht es in der aktuell geführten Debatte um „Korruption im Gesundheitswesen“ um sehr viel subtilere und komplexere Problemstellungen, die nachfolgend anhand einiger aktuell kontrovers diskutierter Beispielfälle veranschaulicht werden sollen:

▪ *Beispiel: Anwendungsbeobachtungen*

Bei Anwendungsbeobachtungen handelt es sich um eine Form der nicht-interventionellen Studie, bei der Erkenntnisse zur Routineanwendung von zugelassenen Fertigarzneimitteln gewonnen werden sollen. Die Arzneimittel werden im Rahmen solcher Studien zu Lasten der Kostenträger verordnet. Da Ärzte ihren Dokumentationsaufwand von der Industrie vergütet bekommen, wird in dieser Vergütung häufig ein unzulässiger Ordnungsanreiz gesehen. Aus diesem Grund ist etwa *Transparency International* der Ansicht, dass Anwendungsbeobachtungen „legalisierte Korruption“ darstellen und fordert deshalb ein generelles Verbot von Anwendungsbeobachtungen.³⁷

Richtig ist, dass Anwendungsbeobachtungen korruptiv missbraucht werden können. Das bedeutet jedoch nicht, dass Anwendungsbeobachtungen *per se* missbräuchlich sind. Richtig ist nämlich auch, dass nicht-interventionelle Studien wichtige Erkenntnisse zur Routineanwendung und zum Sicherheitsprofil von Arzneimitteln im Rahmen der Marktbeobachtung liefern können.³⁸ Insbesondere bei neu zugelassenen Arzneimitteln, deren Wirkweise und Nebenwirkungsprofil zuvor nur im „artificialen Setting“ einer klinischen Prüfung an einer nach bestimmten Ein- und Ausschlusskriterien selektierten Patientenpopulation untersucht wurden, können nicht-interventionelle Studien (und damit auch Anwendungsbeobachtungen) einen Beitrag zur Arzneimittelsicherheit leisten, indem die Anwendung des betroffenen Arzneimittels auch in der ärztlichen Routine untersucht wird, also z. B. an – in klinischen Prüfungen meist ausgeschlossenen – multi- oder ko-morbiden Patienten sowie im Hinblick auf Wechselwirkungen mit anderen Arzneimitteln. Auch ist die Patienten-Compliance (also die Therapietreue der Patienten) in der Behandlungsroutine in der Regel schwächer als in streng monitorierten (interventionellen) Arzneimittelprüfungen, woraus sich u. U. eine veränderte Wirkweise ergeben kann. Über solche Fragestellungen der Behandlungsroutine können Anwendungsbeobachtungen Aufschluss geben.

Anwendungsbeobachtungen sind überdies in § 67 Abs. 6 AMG gesetzlich anerkannt und ihre Durchführung u. a. an die zuständige Bundesoberbehörde und den GKV-Spitzenverband zu melden. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber die nicht-interventionellen Studien durch Einführung der §§ 63f und 63g AMG mit der sog. „16. AMG Novelle“ gerade erst aufgewertet.³⁹

37 Positionspapier von *Transparency International*, abrufbar unter http://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Gesundheitswesen/Positionspapier_Anwendungsbeobachtungen_10-11-03.pdf (Abruf am 06.03.2013).

38 So auch *Schneider/ Strauß* in HRRS 2011, 333, 335.

39 Zweites Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften, Gesetz vom 19.10.2012 - BGBl I S. 2192 (Nr. 50).

Der tatsächliche Wert einer Anwendungsbeobachtung kann immer nur in Ansehung des konkreten Projektes bestimmt werden.⁴⁰ Die Forderung eines generellen Verbotes von Anwendungsbeobachtungen unter Verweis auf deren Missbrauchspotenzial gleicht daher der Forderung nach einem generellen Verbot des Immobilienhandles unter Verweis auf die Fälle des Betrugtes mit „Schrottimmobilien“.

▪ *Beispiel: Integrierte Versorgung*

Gemäß § 140a SGB V können Krankenkassen Verträge über eine verschiedene Leistungssektoren übergreifende oder eine interdisziplinär-fachübergreifende Versorgung der Versicherten mit den in § 140b Abs. 1 SGB V genannten Vertragspartnern abschließen. Die erst jüngst durch das Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz (AMNOG)⁴¹ in § 140b Abs. 1 Nrn. 8 und 9 SGB V aufgenommenen Beteiligungsmöglichkeiten für die Pharma- und Medizinprodukteindustrie an der integrierten Versorgung bezeichnete ein namhafter Gesundheitspolitiker als „legalisierte Korruption“.⁴²

Richtig ist, dass der auch der integrierten Versorgung zugrunde liegende „Managed-Care“-Ansatz zu einer Verstärkung der Ökonomisierung der Medizin und damit unter ethischen Gesichtspunkten zu Spannungsverhältnissen führen kann. Richtig ist aber auch, dass durch die mit der integrierten Versorgung angestrebte verbesserte Koordination der Versorgung von Patienten über die Sektoren bzw. Fachgrenzen hinweg sowie durch eine verbesserte Kommunikation der beteiligten Leistungserbringer untereinander u. a. die zwischen den verschiedenen Versorgungsbereichen existierenden Schwellen abgebaut, Doppel- und Mehrfachuntersuchungen entgegengewirkt und Medikationsfehler reduziert werden sollen. Abgesehen davon, dass pharmazeutische Unternehmer über sog. Managementgesellschaften nach § 140b Abs. 1 Nr. 4 SGB V auch bereits vor Inkrafttreten des AMNOG an der integrierten Versorgung beteiligungsfähig waren, gilt auch hier: Ohne Ansehung der konkreten Vertragsbeziehung dient die pauschale Diskreditierung der Beteiligungsmöglichkeit von Industrieunternehmen an der integrierten Versorgung als „legalisierte Korruption“ eher der politischen Stimmungsmache als einer Versachlichung der Diskussion.

▪ *Beispiel: Finanzielle Anreize nationaler Gesundheitsbehörden*

In seinem Urteil vom 22.04.2010 sah der EuGH finanzielle Anreize nationaler Gesundheitsbehörden, die der Ein- und Umstellung von Patienten auf preisgünstigere, dabei aber nicht unbedingt therapeutisch bessere Arzneimittel dienen, nicht als (heilmittelwerbe-)rechtswidrig an.⁴³

Als unumgänglich wird man wohl akzeptieren müssen, dass Solidarsysteme um ein Minimum an Verordnungssteuerung zur Kostenkontrolle nicht umhin kommen. Un-

40 S. hierzu auch *Schneider/Strauß* in HRRS 2011, 333, 336.

41 Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz - AMNOG) v. 22.12.2010 – BGBl I S. 2262 (Nr. 67).

42 S. hierzu die Meldung „Hersteller werden Vertragspartner“ in apotheker adhoc, abrufbar über <http://www.apotheker-adhoc.de/nachrichten/nachricht-detail/hersteller-werden-vertrags-partner/?L=0%3Ft%3Ft?t=1> (Abruf am 06.03.2013).

43 EuGH, Urteil vom 22.04.2010 – Az.: C-62/09 „ABPI“.

umgänglich ist aber auch der Befund, dass der EuGH mit dieser Entscheidung Vorteilszuwendungen als legalen Verordnungsanreiz gutheißt, die aus den Händen der Pharma- und Medizinprodukteindustrie als Korruption „reinsten Wassers“ disqualifiziert würden.⁴⁴ Entsprechendes gilt für das von einzelnen Krankenkassen nach Einführung des morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleichs (Morbi-RSA) betriebene sog. „Upcoding“, in dessen Rahmen Krankenkassen Ärzte mittels finanzieller Verordnungsanreize zu einem Umcodieren ärztlicher Diagnosen zu bewegen versuchten, um auf Basis des Morbi-RSA erhöhte Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds zu erhalten. Dass ein solches Verhalten zu einer Beanstandung des Bundesversicherungsamtes führt,⁴⁵ ist wenig verwunderlich; dass es – jedenfalls soweit ersichtlich – nicht zu staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren führt, ist insbesondere aus Sicht von Krankenhäusern, die bei einem „Upcoding“ von Fallpauschalen (DRG) stets den Staatsanwalt fürchten müssen, sehr wohl verwunderlich.

▪ *Beispiel: Sektorenübergreifender Versorgungsvertrag*

Gemäß §§ 115, 115a SGB V kann ein Krankenhaus die vor- oder nachstationäre Behandlung durch niedergelassene Vertragsärzte erbringen.⁴⁶ Das OLG Düsseldorf sah in einem auf dieser Grundlage geschlossenen sektorenübergreifenden Versorgungsvertrag, in dem die niedergelassenen Ärzte für ihre Leistungen entsprechend der amtlichen Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) vergütet wurden, u. a. deshalb einen Wettbewerbsverstoß, weil die Vergütung nach der GOÄ im Verhältnis zu der im vertragsärztlichen Regime erzielbaren Vergütung „attraktiv“⁴⁷ und damit „ohne weiteres damit zu rechnen“ sei, dass dies zumindest einen erheblichen Teil der unter Vertrag genommenen Ärzte in unsachlicher Weise beeinflusse.⁴⁸

Richtig ist, dass Vereinbarungen zwischen Krankenhausträgern und niedergelassenen Ärzten über deren Zuziehung im Rahmen allgemeiner Krankenhausleistungen nach der Rechtsprechung des BGH⁴⁹ nicht (zwingend) den Vorschriften der Gebührenordnung für Ärzte unterliegen. Richtig ist aber auch, dass solche Vereinbarungen eben so wenig (zwingend) dem vertragsärztlichen Vergütungsregime unterfallen. Indem das OLG Düsseldorf mit seiner Entscheidung eine anhand einer – wohlgermerkt: amtlichen – Vergütungsordnung ermittelten Vergütung allein deshalb als unsachliche Einflussnahme und daher wettbewerbswidrig einstuft, weil diese „attraktiv“ ist, statuiert das Gericht im Ergebnis ein Gebot der „Meistbenachteiligung“, das den Rechtsanwender vermeintlich objektiver Anhaltspunkte aus einer ministeriellen Verordnung (!) verlustig gehen lässt.

44 S. hierzu auch Geiger in CCZ 2012, 172, 178.

45 S. hierzu auch <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.2.23.7184.7342.7433.7434> (Abruf am 10.01.2013).

46 Zu einer strafrechtlichen Betrachtung solcher sog. „Prä-/ Post-Vereinbarungen“ s. auch Schneider in HRRS 2009, 484 ff.

47 So OLG Düsseldorf, Urteil vom 1.09.2009, Az.: I-20 U 121/08, 20 U 121/08, Rn. 55 (juris).

48 OLG Düsseldorf aaO (Fn. 47).

49 BGH, Urteil vom 12.11.2009, Az.: III ZR 110/09.

Es soll die Aufzählung der (widersprüchlichen) Beispielsfälle nicht weiter fortgeführt werden. Sie soll ausreichen, um deutlich zu machen, mit welcher Beliebigkeit der Korruptionsbegriff im Gesundheitswesen gehandhabt wird. Wo sich Rechtsanwender nicht mehr auf gesetzlich ausdrücklich erlaubte und in Übereinstimmung mit (unter-) gesetzlichen Vorgaben ausgestaltete Kooperationsverhältnisse einlassen können, ohne sich dem Vorwurf einer unsachlichen Einflussnahme oder gar der Korruption ausgesetzt zu sehen, wo Gerichte Vorteilszuwendungen an Ärzte abhängig von der Identität der Geberseite einmal als legalen Verordnungsanreiz und einmal als „Schmiergeld“ qualifizieren, da ist kein Raum für das Strafrecht, das, so verlangt es Art. 103 Abs. 2 unserer Verfassung, bestimmt und damit vorhersehbar zu sein hat.⁵⁰ Es soll damit nicht bestritten werden, dass auch legale Instrumente für korruptive Machenschaften missbraucht werden können, aber gerade in Bereichen, in denen die Grenzen zwischen erlaubter Kooperation und verbotener Korruption so fließend sind wie im Gesundheitswesen, darf Strafrecht nur dort eingesetzt werden, wo der Gesetzgeber klare und eindeutige Grenzen gesetzt hat. Das ist im Gesundheitswesen, wie die oben angeführten Beispielsfälle illustrieren, oftmals gerade nicht der Fall.

Es kommt hinzu, dass die aktuell geführte Debatte die Architektur des Gesundheitswesens nicht ausreichend berücksichtigt, die vor allem dadurch gekennzeichnet ist, dass der Gesetzgeber den Arzt durch die Statuierung von Arztvorbehalt (§ 15 SGB V) und Verschreibungspflicht (§ 48 AMG) für zahlreiche andere Akteure zum „Gatekeeper“ des Absatzmarktes Gesundheitswesen gemacht hat. Dass die Anbieterseite, deren wirtschaftliches Wohl und Wehe gleichsam „am Tropf“ der ärztlichen Therapie- und Verordnungsentscheidung hängt, angesichts einer solchen Schlüsselfunktion ein positives Verhältnis zur Ärzteschaft anstrebt, ist wenig überraschend und gewissermaßen eine – in der Diskussion um die Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen allzu häufig ignorierte – „compliance-relevante Systemschuld“. Diese „Systemschuld“ trifft dabei auf die konturenlosen Korruptionsdelikte der Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung (§§ 331, 333 StGB), die nach dem Willen des Gesetzgebers des Korruptionsbekämpfungsgesetzes von 1997 auch das Sichern des „allgemeinen Wohlwollens“⁵¹ und der „Geneigtheit“⁵² des Amtsträgers erfassen sollen. Dieser Wille des Gesetzgebers, der sich naturgemäß auch in der Rechtsprechung widerspiegelt,⁵³ entpuppt sich indes dort als höchst problematisch, wo der Gesetzgeber Amtsträger zu Nachfragedisponenten von absatzorientierten Wirtschaftsunternehmen, wie es auch Unternehmen der Pharma- und Medizinprodukteindustrie nun einmal sind, einsetzt. Diesen Wirtschaftsunternehmen in einem solchermaßen durch den Gesetzgeber ausgestalteten System vorzuwerfen, dass ihre Bemühungen „auf ein generelles Wohlwollen bezogen auf künftige Fachentscheidungen“⁵⁴ der vom Gesetzgeber selbst eingesetzten Nachfragedisponenten gerichtet ist, läuft im Ergebnis – wirtschaftlich betrachtet: groteskerweise – darauf hinaus, ihnen vorzu-

50 Ausführlich hierzu *Schneider* in NK 2012, 30 ff.

51 BT-Drs. 13/8079 S. 15.

52 BT-Drs. 13/8079 S. 15.

53 S. hierzu nur BGH, Urteil vom 14.10.2008, Az.: 1 StR 260/08 – „EnBW“, Rnrn. 27 ff. (juris).

54 BGH aaO (Fn. 53), Rn. 30 (juris).

werfen, für die Vermarktung ihrer Produkte ein günstiges Klima schaffen zu wollen. Dieses gesetzgeberisch veranlasste Dilemma darf der *strafrechtlichen* Kontrolle erst dort unterworfen werden, wo die Grenze von der Unlauterkeit zur Strafwürdigkeit *eindeutig* überschritten wird.⁵⁵ Das ist der Fall bei den oben bereits erwähnten Formen von Bestechung über „Kick-Back-Zahlungen“ in Form von umsatzbezogenen Rückvergütungen. Maßnahmen unterhalb dieser Schwelle sollten dem Regulativ des ärztlichen Berufsrechts, des vertragsärztlichen Disziplinarrechts und der pharmazeutischen Selbstkontrolle vorbehalten bleiben.⁵⁶

Hierdurch ergibt sich auch kein Wertungswiderspruch zu den als „Amtsträger“ zu qualifizierenden Ärzten, die sich in Fällen von Korruption gem. §§ 331 ff. StGB strafbar machen können, denn es ist eben gerade Ausdruck der besonderen Pflichtenstellung von Amtsträgern, wenn an diese andere Verhaltensanforderungen gestellt werden als an Nicht-Amtsträger. Zudem steht im Bereich von Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung das Instrument der Dienstherrengenehmigung nach §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB zur Verfügung, die eine deutliche strafrechtliche Risikoreduktion ermöglichen. Es ist – auch de lege ferenda – nicht ersichtlich, wer bei niedergelassenen Ärzten eine solche Genehmigung erteilen sollte, um eine entsprechende Reduzierung strafrechtlicher Risiken im niedergelassenen Bereich zu erreichen. Auch ist der vom GKV-Spitzenverband bemängelte Wertungswiderspruch zu den als „Angestellten“ in einer privat-rechtlich getragenen Institution tätigen Ärzten, die sich ggf. nach § 299 StGB strafbar machen können,⁵⁷ so im Strafgesetzbuch angelegt. Dieses sieht nun einmal den Inhaber eines geschäftlichen Betriebes selbst nicht als tauglichen Täter des § 299 StGB an,⁵⁸ was maßgeblich mit der Natur von § 299 StGB als Wettbewerbsdelikt und dessen Schutzzweck⁵⁹ begründet wird.⁶⁰

Soweit die Befürworter der Einführung eines Straftatbestandes die o. g. Regelungskreise aufgrund fehlender Ermittlungsmöglichkeiten der zur Überwachung berufenen

55 Treffend sieht *Schneider* in NK 2012, 30, 33 daher „die Grenzen zwischen amoralischem und strafbarem Verhalten“ durch einen „diffusen Korruptionsbegriff“ verschwinden.

56 Vor diesem Hintergrund ist sowohl zu dem Vorschlag des GKV-Spitzenverbandes in seinem Positionspapier (Fn. 9) als auch zu den zum Zeitpunkt der Manuskripteinreichung bekannten Änderungsanträgen der Regierungskoalition (s. o. bei Fn. 19) positiv festzustellen, dass beide Vorschläge lediglich eine „konkrete“ (nicht bereits eine „geloockerte“) Unrechtsvereinbarung unter Strafe stellen wollen, in denen Vorteile „als Gegenleistung“ für bestimmte Verhaltensweisen gewährt bzw. angenommen werden.

57 Positionspapier des GKV-Spitzenverbandes (Fn. 9), S. 3 f.

58 S. hierzu *Dannecker* in Kindhäuser/Neumann/Paefgen § 299, Rn. 27.

59 Zum Schutzzweck von § 299 StGB s. *Dannecker*, aaO (Fn. 58), Rn. 4 ff.

60 Insoweit weisen die zum Zeitpunkt der Manuskripteinreichung bekannten Änderungsanträge der Regierungskoalition (s. o. bei Fn. 19) indes sehr wohl Wertungswidersprüche auf, wenn diese – obwohl sie neben dem Schutzgut des Vermögens der gesetzlichen Krankenkassen auch das Vertrauen der Versicherten in die wirtschaftliche Neutralität der ärztlichen Verordnungsentscheidung und die Lauterkeit des Wettbewerbs im Bereich medizinischer Leistungen als geschützte Rechtsgüter benennen – nur solche Leistungen vom Verbotsbereich der §§ 70 Abs. 3, 307c SGB V-E als erfasst ansehen, die zu den GKV-Leistungen zählen. In sich konsistenter erscheint unter diesem Aspekt daher der Vorschlag des GKV-Spitzenverbandes in seinem Positionspapier (Fn. 9).

Institutionen (Landesärztekammern, Fehlverhaltensstellen nach §§ 81a, 197a SGB V) als nicht ausreichend zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen kritisieren,⁶¹ ist die naheliegende Antwort hierauf eine Korrektur der bemängelten Defizite, nicht eine Expansion bereits ohnehin konturenloser Straftatbestände.

Der Gesetzgeber sollte bei solchen Korrekturmaßnahmen aber nicht nur die Bereinigung von Defiziten zu Lasten der Überwachungsbehörden, sondern auch von solchen zu Lasten der Rechtsanwender in Angriff nehmen, denn auch hier besteht erheblicher Korrektur- und Harmonisierungsbedarf, was sich beispielsweise an der Regelung des § 128 Abs. 6 SGB V zeigt: In einem „Schnellschuss“ hat der Gesetzgeber mit dem im Rahmen der sog. „15. AMG-Novelle“⁶² eingeführten § 128 Abs. 6 SGB V das ursprünglich auf den Hilfsmittelbereich beschränkte und dort auch in sich stimmige Depot-, Beteiligungs- und Zuwendungsverbot des § 128 SGB V systemwidrig auf die pharmazeutischen Unternehmer erstreckt. Abgesehen davon, dass für das Depot- und Beteiligungsverbot in § 128 Abs. 1 und 2 1. Alt. SGB V im Arzneimittelbereich mit Blick auf die – überdies strafbewehrten⁶³ bzw. als Ordnungswidrigkeit ahndbaren⁶⁴ – arzneimittelrechtlichen Regelungen zu Apothekenpflicht (§ 43 AMG) und Vertriebsweg (§ 47 AMG) von vornherein weder Bedürfnis noch Anwendungsbereich bestehen, läuft auch das Zuwendungsverbot in § 128 Abs. 2 2. Alt. SGB V in den meisten der in § 128 Abs. 6 SGB V genannten Konstellationen leer. Dies schon deshalb, weil die meisten in § 128 Abs. 6 genannten Akteure – z. B. Apotheken, pharmazeutische Großhändler, Krankenhausträger etc. – überhaupt keine Arzneimittel verordnen (dürfen), so dass es zu einer unlauteren Beeinflussung des Ordnungsverhaltens überhaupt nicht kommen kann.

Die Aufzählung von Friktionen und Disharmonien in existierenden Verbotsnormen ließe sich fortsetzen.⁶⁵ Sie soll ausreichen, um zu verdeutlichen, dass auch hier erheblicher Korrektur- und Harmonisierungsbedarf besteht, vor allem aber, dass der Gesetzgeber nicht gut beraten ist, Verbotsnormen „mit heißer Nadel zu stricken“.

IV. Fazit

Die Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen sollte vordringliches Anliegen aller Akteure im Gesundheitssektor sein. Allerdings dürfen dabei die Besonderheiten der Architektur des Gesundheitswesens, in der der Gesetzgeber die Ärzteschaft zum Nachfragedisponenten für Wirtschaftsunternehmen eingesetzt hat, sowie dessen komplexe Zusammenhänge und Kooperationsstrukturen nicht unberücksichtigt bleiben. Disparate Signale und Botschaften aus Politik, Gesetzgebung und Rechtsprechung erschweren es

61 So etwa der GKV-Spitzenverband in seinem Positionspapier (Fn. 9).

62 Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom v. 17.07.2009 BGBl I S. 1990 (Nr. 43), berichtigt durch BGBl I 2009 S. 3578 (Nr. 69).

63 § 95 Abs. 1 Nr. 4, 5 AMG.

64 § 97 Abs. 2 Nr. 10, 12 AMG.

65 Dies auch mit Blick auf die zum Zeitpunkt der Manuskripteinreichung bekannten Änderungsanträge der Regierungskoalition (s. o. bei Fn. 19). Es bleibt abzuwarten, ob die insoweit festzustellenden „Webfehler“ der ersten Entwürfe im weiteren Verfahren ausgemerzt werden.

den Rechtsanwendern zunehmend, die teilweise fließend verlaufenden Grenzen zwischen erlaubter Kooperation und verbotener Korruption zu bestimmen.

Die Selbstkontrolle der pharmazeutischen Industrie (z.B. AKG und FSA) hat für den Bereich des Pharmamarketings durch ihre Kodizes bereits einen begrüßenswerten Beitrag zur Aufklärung und zur Definition von „Leitplanken“ in gesetzlich diffus ausgestalteten Bereichen geleistet. Durch die Sanktionierung von Verstößen hat sie darüber hinaus auch klare Zeichen gesetzt.

Nun ist es insbesondere auch an der, von der Gesundheitspolitik derzeit vornehmlich adressierten, ärztlichen Selbstverwaltung, das Berufsrecht mit weiter intensivierten Anstrengungen durchzusetzen. Der Fokus sollte dabei nicht nur auf der Sanktion, sondern auch auf der Prävention durch Aufklärung der Berufsträger liegen. Die jüngst an die Mitglieder der kassenärztlichen Vereinigungen versandte Broschüre „Richtig Kooperieren“ der Kassenärztlichen Bundesvereinigung⁶⁶ ist hierfür ein gutes Beispiel.

Die Gesundheitspolitik ihrerseits ist aufgefordert, ihre Verhaltenserwartungen an die Akteure im Gesundheitswesen klarer zu formulieren, zu definieren und dort wo nötig zu harmonisieren. Insbesondere im Bereich des nach anfänglicher Zurückhaltung zwischenzeitlich nunmehr auch von der Regierungskoalition verfolgten Ansatzes einer Expansion des Strafrechts sind Weitsicht und Augenmaß gefragt. Nicht die Demonstration politischen Eifers und das Vorschützen von Aktionismus, für die sich die in diesem Jahr anstehenden Bundestagswahlen schnell zum „Brandbeschleuniger“ entwickeln können, sollten bei der Schaffung entsprechender Strafnormen die prästierenden Motive sein, sondern das Ziel einer ausgewogenen, den Besonderheiten des Gesundheitswesens Rechnung tragenden und dem Rechtsanwender Rechtssicherheit vermittelnden Regelung. Hierzu ist es ratsam, „Expertengespräche“ auch auf solche Akteure zu erstrecken, denen man das Gehör in der Debatte bislang verweigert hat – nicht um Lobbyismus zu begünstigen, sondern um die Informationshaushalte der Debatte zu erweitern, Perspektiven zu pluralisieren und in der Konsequenz die Akzeptanz gesetzlicher Regelungen zu steigern.

Literatur

Brand/Hotz (2012) Das „vertragsärztliche Wirtschaftsstrafrecht“ nach BGH, Beschl. V. 29.03.2012, GSSt 2/11, in: PharmR 08/12, 317

Geiger (2011) High Noon im Gesundheitswesen: Niedergelassene Vertragsärzte sind keine tauglichen Täter der Korruptionsdelikte - Besprechung des Beschlusses des Großen Senates für Strafsachen am BGH vom 29. 3. 2012 – GSSt 2/11, in: CCZ 5/2012, 172

Geiger (2012) Kein Freifahrtsschein für Korruption, in: Pharma Relations 09/12, 32

66 Abrufbar über <http://www.kbv.de/42541.html> (Abruf am 06.03.2013).

Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.) (2010), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Auflage, Band 2

Klümper (2012) Niedergelassene Ärzte fallen nicht unter die Korruptionsdelikte, in: *Arzneimittel & Recht* 04/12, 147

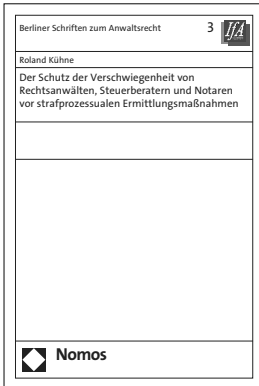
Schneider (2012) Wachstumsbremse Wirtschaftsstrafrecht, in: *NK* 1/2012, 30

Schneider (2009) Getarnte „Kopfprämien“, in: *HRRS* 11/2009, 484

Schneider/Strauß (2011) Die Zukunft der Anwendungsbeobachtungen, in: *HRRS* 08/2011, 333

Walter (2012) Ärzte sind keine Amtsträger oder Beauftragte der gesetzlichen Krankenkassen, in: *CCZ* 5/2012, 199

Dr. Daniel Geiger
Dierks + Bohle Rechtsanwälte
Walter-Benjamin-Platz 6
D-10629 Berlin



Der Schutz der Verschwiegenheit von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Notaren vor strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen

Von Dr. Roland Kühne

2013, 264 S., brosch., 68,- €

ISBN 978-3-8487-0439-2

(*Berliner Schriften zum Anwaltsrecht*, Bd. 3)

Der Autor untersucht die Grundlagen der beruflichen Verschwiegenheit und ihren Schutz durch § 160a StPO. Dieser wirft in seiner Ausgestaltung zahlreiche Fragen auf. Dabei wird insbesondere die

Ungleichbehandlung der Zeugnisverweigerungsberechtigten am Beispiel der drei rechtsberatenden Berufe kritisch aufgezeigt und eine Überarbeitung der Norm vorgeschlagen.

Bestellen Sie jetzt telefonisch unter 07221/2104-37
Portofreie Buch-Bestellungen unter
www.nomos-shop.de/20822



Nomos