



Tobias Hagen (Herausgeber)
Andrea Ruppert (Herausgeber)
Matthias Schabel (Herausgeber)

Symposium „Wissenschaft und Praxis im Austausch über aktuelle Herausforderungen 2016“



**Symposium „Wissenschaft und
Praxis im Austausch über aktuelle
Herausforderungen 2016“**



Cuvillier Verlag Göttingen
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag

<https://cuvillier.de/de/shop/publications/7310>

Copyright:

Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen,
Germany

Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: info@cuvillier.de, Website: <https://cuvillier.de>



Hilko J. Meyer*

Das neue Antikorruptionsgesetz *Was muss sich im Gesundheitswesen ändern?*

Am 13. April 2016 hat der Deutsche Bundestag das „Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ beschlossen.¹ Es führt die neuen Straftatbestände Bestechlichkeit² und Bestechung³ im Gesundheitswesen in das Strafgesetzbuch ein und trifft ergänzende Regelungen.⁴

1 Der Ausgangsfall

Den letzten Anstoß für die Änderung des Strafgesetzbuchs gab die höchstgerichtliche Entscheidung über den folgenden Sachverhalt: Eine bei dem Arzneimittelunternehmen Ratiopharm angestellte Pharmareferentin übergab in insgesamt 16 Fällen verschiedenen Vertragsärzten Schecks über einen Gesamtbetrag von etwa 18.000 Euro. Grundlage der Zahlungen war das sogenannte „Verordnungsmanagement“, ein Prämiensystem für die ärztliche Verordnung von Medikamenten aus dem eigenen Vertrieb, das das Unternehmen seit spätestens 1997 praktizierte. Danach erhielten verschreibende Ärzte 5 % der Herstellerabgabepreise als Prämie dafür erhalten, dass sie Arzneimittel des Unternehmens verordneten. Die „Kick-Back-Zahlungen“ wurden als Honorar für fiktive wissenschaftliche Vorträge ausgewiesen.

Ratiopharm ist der größte deutsche Anbieter von Generika, also patentfreien Fertigarzneimitteln, und steht damit im unmittelbaren Wettbewerb zu anderen Vertreibern wirkstoffgleicher Medikamente. Verordnet der Vertragsarzt das Arzneimittel unter der Markenbezeichnung des pharmazeutischen Unternehmers oder Arzneimittels und schließt die Ersetzung mit einem preisgünstigeren wirkstoffgleichen Arzneimittel durch den Apotheker durch Ankreuzen des „Autidem-Kästchens“ auf dem Verordnungsvordruck aus, so verstößt er gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot.⁵ Danach dürfen die Leistungserbringer keine nicht notwendigen oder unwirtschaftlichen Leistungen erbringen und Ärzte⁶ und Apo-

* Der Verfasser ist Professor für Recht am Fachbereich 3 – Wirtschaft und Recht

¹ Das Gesetz ist am 4. Juni 2016 in Kraft getreten (BGBl. I S. 1254).

² § 299a StGB.

³ § 299b StGB.

⁴ Die ergänzenden Regelungen sind nicht Gegenstand dieses Kurzbeitrags.

⁵ § 12 Abs. 1 SGB V.

⁶ §§ 70 Abs. 1 Satz 2, 72 Abs. 2 SGB V.



thecker⁷ mit ihren Leistungen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Unmittelbar Geschädigter dieses erkaufte ärztlichen Fehlverhaltens ist die gesetzliche Krankenkasse, und zwar in wirtschaftlicher Hinsicht, da ein preisgünstigeres wirkstoffgleiches Arzneimittel vorgelegen hätte, nicht jedoch der Versicherte in gesundheitlicher Hinsicht, da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der falsche Wirkstoff verordnet wurde.

2 Die Entscheidung

Am 29. März 2012 entschied der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs, dass niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung der GKV-Versicherten zugelassener Arzt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben⁸ weder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB handelt. Auf der Grundlage dieses Grundsatzbeschlusses sprach der 5. Strafsenat des BGH am 11. Oktober 2012 die Angeklagte im Ausgangsfall frei, weil danach weder die Bestechung eines Amtsträgers, noch die Bestechung im geschäftlichen Verkehr in Betracht komme. Dies stehe auch einer Aburteilung wegen Betrugs oder Untreue entgegen, die in Tatidentität zu den Anklagevorwürfen stünden. Dies gelte auch für eine mögliche Strafbarkeit wegen Betrugs zulasten der Privatpatienten bzw. ihrer Versicherungen durch Verschweigen der Kick-Back-Zahlungen.

Mit dem anschließenden Freispruch zweier Ärzte vom Vorwurf der Bestechlichkeit durch das Landgericht Ulm und der Einstellung der Ermittlungsverfahren gegen die Firmenspitze und Außendienstmitarbeiter wegen Anstiftung und Beihilfe „mangels strafrechtlich verfolgbareren Verhaltens“ durch die Staatsanwaltschaft Ulm endete 2013 ein aufsehenerregendes Mammutverfahren, bei dem zeitweilig gegen Tausende Ärzte und Ratiopharm-Mitarbeiter im gesamten Bundesgebiet ermittelt worden war.⁹ Die Öffentlichkeit rieb sich die Augen und den Medien titelten: „Richter können nichts machen: Ärztebestechung völlig legal.“¹⁰

⁷ § 129 Abs. 1 SGB V.

⁸ § 73 Abs. 2 SGB V; hier: Verordnung von Arzneimitteln.

⁹ Augsburger Allgemeine, 22. Mai 2013, URL: <http://www.augsburger-allgemeine.de/neu-ulm/Nach-acht-Jahren-Die-Akte-Ratiopharm-ist-geschlossen-id25350651.html>.

¹⁰ NTV, 22. Juni 2012, URL: <http://www.n-tv.de/politik/Aerzte-Bestechung-ist-voellig-legal-article6562536.html>.

3 Die selbstverschuldete Gerechtigkeitslücke

Mit diesem Eindruck lagen Öffentlichkeit und Medien genau auf der Linie des Bundesgerichtshofs. In einem ungewöhnlichen Akt der politischen Einflussnahme hatten die Richter des großen Senats für Strafsachen nämlich ihren Grundsatzbeschluss mit einem indirekten Appell an den Gesetzgeber beendet, die notwendigen Straftatbestände zur Bekämpfung korruptiven Verhaltens im Gesundheitswesen zu schaffen. Mit seinem Freispruch verkenne der Große Senat 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“. Als rechtsprechende Gewalt seien ihm jedoch die Hände gebunden, da die Tatbestandsstruktur und Wertungen bestehender Straftatbestände keine strafrechtliche Verurteilung ermöglichen. Eine Verurteilung „auf der Grundlage allein dem Gesetzgeber vorbehaltener Strafwürdigkeitserwägungen ist der Rechtsprechung jedoch versagt.“ Damit beziehen sich die Richter auf den rechtsstaatlichen Grundsatz: „Nulla crimen sine lege.“

Dennoch ist die Pressemeldung „Ärztebestechung legal“ irreführend, denn die Vereinbarung von Kick-Back-Zahlungen zwischen Pharmafirmen und Ärzten war schon vor der Reform keineswegs erlaubt. So ist es nach § 31 Abs. 1 der Musterberufsordnung der Ärzte¹¹, die von den Berufsordnungen der Landesärztekammern übernommen wurde¹², Ärztinnen und Ärzten nicht gestattet, für die Verordnung von Arzneimitteln ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren. Verstöße von Kammerangehörigen gegen ihre Berufspflichten werden im berufsgerichtlichen Verfahren geahndet.¹³ Im berufsgerichtlichen Verfahren kann unter anderem auf Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro und auf Feststellung erkannt werden, dass eine Ärztin oder Arzt unwürdig ist, den Beruf auszuüben. Zuständig für die Ermittlungen und die Einleitung des berufsgerichtlichen Verfahrens ist der Vorstand der jeweiligen Landesärztekammer.

¹¹ (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 – in der Fassung des Beschlusses des 118. Deutschen Ärztetages 2015 in Frankfurt am Main, Deutsches Ärzteblatt, DOI: 10.3238/arztebl.2015.mbo_daet2015.

¹² Vgl. nur § 31 Berufsordnung für die Ärztinnen und Ärzte in Hessen vom 2. September 1998, zuletzt geändert am 7. Oktober 2015, HÄBL 11/2015, S. 654.

¹³ § 49 Abs. 1 Gesetz über die Berufsvertretungen, die Berufsausübung, die Weiterbildung und die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Psychologischen Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten (Heilberufsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. Februar 2003, GVBl. I S. 66, 242, zuletzt geändert durch Gesetz vom 5. Februar 2016, GVBl. I S. 30, 34.

Diese Selbstkontrolle hat jedoch – nicht nur nach dem Eindruck der obersten Strafrichter¹⁴ – ebenso wenig funktioniert, wie die wettbewerbsrechtliche Selbstkontrolle auf der Grundlage des § 7 Heilmittelwerbegesetz, des § 3a UWG und der Verhaltenskodizes der pharmazeutischen Industrie für ihre Zusammenarbeit mit den Angehörigen medizinischer Fachkreise¹⁵. Auch die mögliche Ahndung des gleichgerichteten sozialrechtlichen Verbots der entgeltlichen Zusammenarbeit nach § 128 Abs. 1, 6 SGB V durch die gesetzlichen Krankenkassen, die immerhin den Ausschluss der betreffenden Ärzte von der Versorgung der Versicherten für die Dauer von bis zu zwei Jahren umfasst¹⁶, hat offenbar nicht ausreichend gefruchtet. Letztlich war es die Ärzteschaft selbst, die eine deutliche Nachbesserung der strafrechtlichen Bestimmungen gegen korruptives Verhalten im Zusammenhang mit ärztlichem Handeln in allen medizinischen Bereichen forderte.¹⁷

4 Die neu entdeckte Tatbestandslücke

Die bisherigen Korruptionsstraftatbestände setzen voraus, dass der Bestochene entweder Amtsträger¹⁸ oder geschäftlich Beauftragter¹⁹ ist. Die Bestechung des Geschäftsinhabers wurde vom Gesetzgeber bewusst weder als aktive noch als passive Straftat ins Strafgesetzbuch aufgenommen. Soweit Ärzte nicht im öffentlichen Dienst tätig sind, wie zum Beispiel Ärzte an Universitätskliniken, sondern als Vertragsarzt der gesetzlichen Krankenkassen in eigener Praxis, hing die Anwendbarkeit der Korruptionstatbestände daher davon ab, ob die Einbindung in die vertragsärztliche Versorgung den Vertragsarzt zu einem Amtsträger oder geschäftlich Beauftragten der Krankenkassen macht.

Beides lehnte der Gemeinsame Senat in seiner Grundsatzentscheidung ab und verwies zur Begründung auf das besondere Vertrauensverhältnis, das der freiberufliche Arzt auf Grundlage des vom Patienten in freier Arztwahl abgeschlossenen Behandlungsvertrags gem. § 630a BGB zu diesem eingeht. Die Einbindung des Kassenarztes in das System öffentlich gelenkter Daseinsfürsorge verleihe der ärztlichen Tätigkeit nicht den Charakter hoheitlich gesteuerter Verwaltungs-

¹⁴ „Es scheint, als hätten die ‚Selbstreinigungskräfte‘ der Kammern und Kassenärztlichen Vereinigungen (KVen) nicht ausgereicht.“ Antrag I-30, 116. Deutscher Ärztetag, 28. bis 31. Mai 2013, Beschlussprotokoll, S. 49.

¹⁵ Vgl. z.B. Kodex des Vereins Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V. zur Zusammenarbeit mit Fachkreisen (FSA-Kodex Fachkreise) vom 16. Februar 2004, zuletzt geändert am 04. Dezember 2014, BAnz AT, 13. Mai 2015, S. B6.

¹⁶ § 128 Abs. 3 SGB V.

¹⁷ Antrag I-18, 116. Deutscher Ärztetag, 28. bis 31. Mai 2013, Beschlussprotokoll, S. 46.

¹⁸ § 332 StGB.

¹⁹ § 299 StGB.

ausübung, so dass eine Amtsträgereigenschaft des Arztes ausscheide. Auch dass der Vertragsarzt bei der Verordnung von Medikamenten auch auf die wirtschaftlichen Belange der Krankenkassen Bedacht zu nehmen hab, ändere nichts daran, dass die ärztliche Behandlung, in die sich die Verordnung von Arzneimitteln einfügt, in erster Linie im Interesse des Patienten und in seinem Auftrag erfolgt und daher nicht bewirken könne, dass der Arzt aus dem Auftragsverhältnis zu dem Patienten gleichsam herausgebrochen und zum Beauftragten der Krankenkasse wird. Der freiberufliche Vertragsarzt unterlag damit – wie jeder sonstige Geschäftsinhaber – nach der bisherigen Rechtslage nicht dem Korruptionsstrafrecht.

5 Die Gesetzentwürfe

Nach Vorliegen der Entscheidung des Gemeinsamen Senats gab es drei hervorstechende Phasen des Gesetzgebungsverfahrens. Ein erster Entwurf, der im Juni 2013 durch Bundesgesundheitsminister *Daniel Bahr* (FDP) über den Gesundheitsausschuss des Bundestages in das Gesetzgebungsverfahren zum Präventionsgesetz eingebracht wurde, sah die Verankerung eines Verbots für Leistungserbringer und ihre Angestellten oder Beauftragten in § 70 SGB V vor, Entgelte oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteile für sich oder Dritte als Gegenleistung dafür zu fordern, sich versprechen zu lassen oder anzunehmen, dass sie andere Leistungserbringer oder Dritte bei der Verordnung von Leistungen, der Zuweisung an Leistungserbringer, der Abgabe von Mitteln oder der sonstigen Veranlassung von Leistungen für die Untersuchung oder Behandlung von Versicherten nach diesem Buch in unangemessener unsachlicher Weise begünstigen oder bevorzugen.²⁰ Durch einen neuen Straftatbestand in § 307c SGB V sollte der Verstoß dagegen strafrechtlich sanktioniert werden. Der Bundesrat, der am 5. Juli 2013 einen eigenen Gesetzentwurf in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht hatte und darin eine Verankerung im Strafgesetzbuch und eine Ausdehnung auf alle akademischen Heilberufe forderte²¹, versagte dem Präventionsgesetz seine Zustimmung, sodass mit Ablauf der 17. Legislaturperiode am 22. Oktober 2013 beide Entwürfe der parlamentarischen Diskontinuität verfielen.

Nachdem sich die Große Koalition im Koalitionsvertrag darauf festgelegt hatte, einen neuen Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen im Strafgesetzbuch zu schaffen²², legte die Bundesregierung am 21. Oktober 2015 den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im

²⁰ BT-Drs. 17/14184, S. 14.

²¹ BT-Drs. 17/14575, S. 7 ff.

²² Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag vom 16. Dezember 2013 zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 77.