

**Stellungnahme
zum Gesetzentwurf der Bundesregierung
eines Gesetzes
zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen
(BT-Drs. 18/6446)**

- hier: erste Lesung im Deutschen Bundestag am 13. November 2015 -

Gliederung

A. Ausgangslage

1. Schließung einer Regelungslücke
2. Kriminalpolitische Notwendigkeit von § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E?
3. Strafverfolgungsrisiko vs. Strafverurteilungsrisiko

B. Praktische Fallkonstellationen

1. Der Fall Niedersachsen
2. Bagatellfälle im Strafrecht
3. OTC-Rabatte (noch) zulässig?

C. Alternativvorschlag

D. Ergebnis

A. Ausgangslage

Das Bundeskabinett hat am 29. Juli 2015 den **Gesetzentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen** beschlossen (BR-360/15). Mit diesem Gesetzentwurf soll insbesondere eine Strafbarkeitslücke im Korruptionsstrafrecht im **niedergelassenen Vertragsärzterbereich** geschlossen werden. Weiterhin soll das Vertrauen der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen gestärkt werden. Dieser Gesetzentwurf soll am 13. November 2015 in erster Lesung in den Deutschen Bundestag eingebracht werden (BT-Drs. 18/6446). Im Rahmen der **aktuellen parlamentarischen Beratungen** bitten wir Sie, folgende Erwägungen zu berücksichtigen:

1. Schließung einer Regelungslücke

Wir begrüßen grundsätzlich den Gesetzentwurf und vor allem die Absicht des Gesetzgebers, **Rechtssicherheit** - im Hinblick auf die fehlende Anwendung der sogenannten Korruptionsdelikte (§§ 299, 331 ff. StGB) auf niedergelassene Vertragsärzte - herbeiführen zu wollen. Hiermit würde eine seit langem bestehende Rechtsunsicherheit im Bereich des Korruptionsstrafrechts beseitigt. Dies ist für sämtliche Stakeholder im Gesundheitsbereich von nicht zu vernachlässigender Bedeutung.

2. Kriminalpolitische Notwendigkeit von § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E?

Gleichwohl möchten wir auf einen zentralen Komplex im Gesetzentwurf hinweisen, durch den unseres Erachtens das Ziel, Rechtssicherheit herbeiführen zu wollen, konterkariert würde:

Mit der Regelung in § 299a Abs. 1 **Nr. 2** StGB-E (entsprechend § 299b Abs. 1 Nr. 2 StGB-E) wird eine Blankettverweisung intendiert, die zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen wird. Auch wenn diese Alternative im Vergleich zum Referentenentwurf sprachlich präzisiert wurde, ist mit dieser Formulierung noch immer **keine rechtssichere Anwendung** der Vorschrift möglich. Entscheidend bleibt die Bezugnahme auf unterschiedliche Berufsordnungen, die mit einer Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen „gespickt“ sind.

§ 299a Abs.1 StGB-E lautet:

§ 299a
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 bevorzugen oder

2. seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzen.

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Es ist nicht erkennbar, warum der Gesetzgeber eine kriminalpolitische Notwendigkeit der zweiten Alternative annimmt. In der Gesetzesbegründung wird darauf verwiesen, dass „*diese Vorschrift zu Anwendung kommen soll, wenn es wegen eines Monopols an einer Wettbewerbssituation fehlt und soweit etwa bei Bestechungszahlungen für medizinisch nicht indizierte Verordnungen nicht von einer Bevorzugung im Sinne einer Entscheidung zwischen mehreren Wettbewerbern, sondern von einem außerhalb des Wettbewerbs liegenden rechtswidrigen Handeln auszugehen sein sollte ...*“ (vgl. BT-Drs. 18/6446, Seite 20).

An welche Konstellationen hat der Gesetzgeber hier gedacht? Zunächst ist es schwer vorstellbar, dass bei einer *etwaigen* Monopolsituation überhaupt ein Korruptionsrisiko besteht. Aus welchem Grund sollte z. B. ein Arzt zu einer Gegenleistung veranlasst werden, wenn ausschließlich ein Arzneimittel zur Anwendung beim Patienten zur Verfügung steht? Ferner gilt bei der Ordnungsentscheidung eines niedergelassenen Vertragsarztes oder der Abgabeentscheidung des Apothekers von Arzneimitteln eine Vielzahl von Beschränkungen für die Angehörigen der Heilberufe. Nur beispielhaft möchten wir die Aut-idem Regelung (§ 129 Abs. 1 SGB V) und die Rabattverträge (§ 130a Abs. 8 SGB V) nennen. Ein Entscheidungsspielraum aus dem sich ein Korruptionsrisiko ergeben würde, kann schlicht nicht angenommen werden.

Es ist vor allem unter **kriminalpolitischen Gesichtspunkten** bedenklich, dass ergänzend zum unlauteren Verhalten im Wettbewerb eine Blankettverweisung **ohne weitere Einschränkungen** „auf die berufsrechtlichen Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ eingefügt wird.

Denn neben der Einführung des Geschäftsherrenmodells durch den reformierten § 299 StGB (vgl. BT-Drs. 18/4350, 18/6389) und dem bestehenden Modell der Wettbewerbsbeeinträchtigung wird mit der Berufspflichtverletzung ein drittes Modell in die Struktur der Korruptionsdelikte implementiert, für das es keinen Regelungsbedarf gibt, weil strafrechtlicher Schutz bereits über die Anwendung anderer Straftatbestände erzielt werden kann. So ist z.B.

die nicht indizierte Verschreibung von Arzneimitteln ein Unterfall der **aufgezwungenen Heilbehandlung**, die unter die Körperverletzungsdelikte fällt. Die Einwilligung des Patienten in die Einnahme oder Verabreichung der Arzneimittel wäre hier nicht wirksam, weil die ärztliche Aufklärung in diesen Fallgruppen den Umstand verschwiegen hätte, dass das Medikament zur Behandlung der Erkrankung des Patienten nicht indiziert ist. In anderen Fällen, insbesondere dem Vorliegen einer vermeintlichen Monopolstellung wird regelmäßig auf § **266 StGB** und die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht des Arztes gegenüber der GKV zurückzugreifen sein.

3. Strafverfolgungsrisiko vs. Strafverurteilungsrisiko

Es ist vielmehr (sehr) wahrscheinlich, dass die zweite Alternative in der **Praxis durch die Staatsanwaltschaften** ohne Prüfung, ob eine Wettbewerbslage vorliegen würde, angewendet wird und demzufolge die Vielzahl der Berufsordnungen der Angehörigen der Heilberufe, die in der Regel länderspezifische Unterschiede aufweisen, als Prüfungsmaßstab eines **Anfangsverdachts** gemäß § 152 Abs. 2 StPO relevant sind. Dies kann für die Beteiligten im Gesundheitswesen erhebliche Kollateralschäden nach sich ziehen, die zu einem späteren Zeitpunkt kaum „retuschiert“ werden könnten. Das **Strafverfolgungsrisiko** würde sich bei einer unveränderten Fassung der §§ 299a, 299b StGB-E um ein Vielfaches erhöhen. Es werden demzufolge materiell-rechtliche Anwendungsschwierigkeiten in das Strafprozessrecht verlagert. Deswegen sollten unserer Ansicht nach die Formulierungen §§ 299a, 299b StGB-E unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten noch einmal überdacht werden.

Beispielhaft möchten wir verdeutlichen, welche Prüfungsvariante in der Praxis sich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit abzeichnen wird: In der Gesetzesbegründung werden die §§ 31, 32 MBO-Ä mehrfach zitiert. Um im Rahmen der Prüfung eines Anfangsverdachts gemäß § 152 Abs. 2 StPO – z. B. im Rahmen einer ärztlichen Fortbildungsveranstaltung - „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ anzunehmen zu können, würde die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens im Kern davon abhängen, ob aus Sicht des zuständigen Staatsanwalts geldwerte Vorteile in **angemessener Höhe** oder **notwendige Reiskosten und Tagungsgebühren** übernommen worden sind.

§ 32 MBO-Ä lautet:

*(1) Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, von Patientinnen und Patienten oder Anderen Geschenke oder andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern oder sich oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn **hierdurch der Eindruck erweckt** wird, dass die **Unabhängigkeit** der ärztlichen Entscheidung **beeinflusst** wird. ...*

*(2) 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 un-*

angemessen, wenn er über die notwendigen Reisekosten und Tagungsgebühren hinausgeht.

*(3) Die Annahme von Beiträgen Dritter zur Durchführung von Veranstaltungen (Sponsoring) ist ausschließlich für die **Finanzierung** des wissenschaftlichen Programms ärztlicher Fortbildungsveranstaltungen und nur in **angemessenem Umfang** erlaubt. Das Sponsoring, dessen Bedingungen und Umfang sind bei der Ankündigung und Durchführung der Veranstaltung offen zu legen.*

B. Praktische Fallkonstellationen

Wir möchten daher den Gesetzgeber bitten, die Formulierungen in §§ 299a, 299b StGB-E noch einmal zu überdenken und möchten den Veränderungsbedarf anhand von folgenden Fallkonstellationen aufzeigen:

1. Der Fall Niedersachsen

Mit der Blankettverweisung z. B. auf die ärztlichen Berufsordnungen wäre es denkbar, dass die landesrechtlich organisierten Ärztekammern unterschiedliche Maßstäbe entwickeln könnten. Dies würde zu einer „**Zersplitterung des Strafrechts**“ führen. Dass dies nicht nur theoretischer Natur ist, beweist der „**Fall Niedersachsen**“ (Anlage), der vor einiger Zeit intensiv diskutiert worden ist. Hiernach war die Landesärztekammer Niedersachsen der Ansicht, dass die Teilnahme von „ihren Ärzten“ an sog. externen Fortbildungsveranstaltungen gegen die landesrechtliche Berufsordnung verstoßen würde. Alle anderen Landesärztekammern – wie auch die Bundesärztekammer – waren nicht dieser Meinung. Mit der vorliegenden Nr. 2 in § 299a Abs. 1 StGB würde nunmehr dieser Rechtsstreit in das Strafrecht verlagert, d.h. es könnte bei Vorliegen derselben Voraussetzungen sich ein Arzt aus Niedersachsen bei der Teilnahme an einer Fortbildungsveranstaltung, sofern z. B. die notwendigen Reisekosten übernommen werden, strafbar machen, ein Arzt z. B. aus dem Bezirk der Ärztekammer Nordrhein jedoch nicht.

2. Bagatellfälle im Strafrecht

Das Risiko einer „Zersplitterung des Strafrechts“ besteht auch in anderer Hinsicht. Die Bewertung durch Staatsanwälte, was z. B. im Rahmen der Durchführung von wissenschaftlichen Kongressen und Fortbildungsveranstaltungen unter einer angemessenen Bewirtung zu verstehen ist, kann sehr unterschiedlich ausfallen. Will der Gesetzgeber wirklich, dass in einem Landgerichtsbezirk ein Staatsanwalt zu der Bewertung kommt, dass „**frisch gepresster Orangensaft**“ auf einem Ärztekongress nicht als angemessene Bewirtung im Sinne der be-

rufsrechtlichen Vorschriften zu werten wäre? Sollen derartige Fragestellungen zukünftig in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren eine Rolle spielen?

Diesbezüglich ergeben sich gewichtige, in der Entwurfsbegründung nicht reflektierte, **Rechtsunsicherheiten**, die zu einer offensichtlich unbedachten Erweiterung der Strafbarkeitsrisiken führen: Der Entwurf will Einladungen zu Kongressen und die Übernahme der Kosten von Fortbildungsveranstaltungen nicht grundsätzlich für strafbar erklären und bezieht sich insoweit auf das Erfordernis der Unrechtsvereinbarung. Für die Verwirklichung des § 299a StGB-E genüge die „gelockerte Unrechtsvereinbarung“ (§ 331 StGB) nicht, vielmehr seien die Grundsätze des § 299 StGB heranzuziehen (BT-Drs. 18/ 6446, Seite 17).

Dabei wird allerdings übersehen, dass über den Bezug **auf die berufsrechtlichen Regelungen der Sache nach doch auf die „gelockerte Unrechtsvereinbarung“ abgestellt** wird. Denn § 32 MBO-Ä sieht insofern keine klaren und verlässlichen Grenzen vor, sondern arbeitet mit Rechtsbegriffen, die breite Auslegungsspielräume eröffnen. So kommt es darauf an, ob der „Anschein der Käuflichkeit erweckt wird“, weil der geldwerte Vorteil „unangemessen“ ist oder über die Erstattung der „notwendigen“ Reisekosten und Tagungsgebühren hinausgeht. Bekanntlich können die Vorstellungen über die Frage der Angemessenheit und Notwendigkeit bestimmter Reisemittel, Unterkünfte und Ziele weit auseinanderfallen.

Wie die Spruchpraxis des Vereins „Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e. V.“ (FSA) zeigt, müssten sich die zuständigen Staatsanwaltschaften folglich mit der Frage auseinandersetzen, ob Kleingebäck, Handobst, Nüsse, kleine Laugenbrezeln oder Käsewürfel, Blechkuchen, Waffeln, „Nürnberger Semmeln“ noch zu der angemessenen Bewirtung im Rahmen der Erstattung notweniger Reiskosten gehören.

Es stellt sich die Frage, ob dies im Zusammenhang mit § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E zu den vom Gesetzgeber gewünschten Folgen zählt. Über die Anbindung an das ärztliche Berufsrecht ist eine Subsumtion derartiger Sachverhalte ohne weiteres möglich. Da der römisch rechtlich Grundsatz „de minimis non curat praetor“ (d.h. das strafrechtliche Bagatellprinzip) gem. Entwurfsbegründung (BT-Drs. 18/6446, Seite 17: *„Eine Geringwertigkeits- oder Bagatellgrenze soll ebenso wenig wie bei § 299 StGB und den §§ 331ff. StGB vorgesehen werden.“*), nicht einschlägig ist, wäre unter dem Blickwinkel des gegebenen Verfolgungszwangs zumindest mit der Einleitung von Ermittlungsverfahren gegen die Repräsentanten der Sponsoren und die 7.000-8.000 Teilnehmer des Kongresses, auf den sich obiges Fallbeispiel bezieht, zu erwarten.

Sobald das Strafrecht einschlägig sein kann, sind die gegebenen Rechtsunsicherheiten für die Akteure aber nicht hinnehmbar und werden sich langfristig auch negativ auf die Kultur der medizinisch essentiellen Zusammenarbeit zwischen Industrie und Ärzteschaft auswirken.

3. OTC-Rabatte (noch) zulässig?

Ferner schafft die neue Akzentuierung der Trennung der Bezugsentscheidungen der Angehörigen der Heilberufe von der Abgabe- oder Verordnungsentscheidung – im Vergleich zum Referentenentwurf – in **§ 299a Abs. 2 StGB-E** (entsprechend § 299b Abs. 2 StGB-E) weitere Anwendungsschwierigkeiten.

§ 299a Abs.2 StGB-E lautet:

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.

Die Gewährung von Preisnachlässen und Rabatten z. B. bei dem Erwerb von apothekenpflichtigen, aber nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (sog. OTC) ist ein erwünschtes Mittel eines freien Preiswettbewerbs und stellt damit ein erlaubtes Instrument dar. Seit dem **GKV-Modernisierungsgesetz im Jahr 2004 (BGBl. I S. 2190)** werden die Kosten für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel grundsätzlich nicht mehr von der gesetzlichen Krankenversicherung übernommen. Deshalb sollen Preisnachlässe, die anlässlich des Bezugs von Arzneimitteln, die nicht der Verschreibungspflicht unterliegen, oder Medizinprodukten gewährt werden, nach den ausdrücklichen Vorstellungen der Gesetzgebers dem Straftatbestand des § 299a StGB „grundsätzlich“ entzogen bleiben (vgl. BT-Drs. 18/6446, Seite 22). Vielmehr sollen *„da sich bei Bezugsentscheidungen die Unlauterkeit einer Bevorzugung auch aus Verstößen gegen Preis- und Rabattvorschriften ergeben kann, bei denen es an einem korruptionsspezifischen Unrechtsgehalt sowie an der Beeinträchtigung des Vertrauens in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen fehlt.“* (aaO), die Alternative 1 keine Anwendung finden.

Zunächst ist diese Einschränkung zu begrüßen, denn Fragen der Lauterkeit von Preisnachlässen und Rabatten sollten dem Ordnungswidrigkeitenrecht vorbehalten bleiben. Es wird aber übersehen, dass beispielsweise die Bezugsentscheidung von Arzneimitteln eines Apothekers nicht vollständig von der Abgabeentscheidung an den Patienten zu trennen ist. Der Apotheker soll bei der Bezugsentscheidung von OTC wirtschaftlich agieren dürfen, bei der Abgabeentscheidung soll er aber seiner Neutralitätsverpflichtung nachkommen.

§ 10 Apothekengesetz lautet:

Der Erlaubnisinhaber darf sich nicht verpflichten, bestimmte Arzneimittel ausschließlich oder bevorzugt anzubieten oder abzugeben oder anderweitig die Auswahl der von ihm abzugebenden Arzneimittel auf das Angebot bestimmter Hersteller oder Händler oder von Gruppen von solchen zu beschränken.

Wie passt das zusammen?

C. Alternativvorschlag

Wir schlagen daher vor, die **Gesetzesformulierungen kongruent mit der Gesetzesbegründung** zu gestalten. Die §§ 299a, 299b StGB könnten entsprechend lauten:

§ 299a

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. **in anderen Fällen** seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze,*

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

*(2) Ebenso wird **abweichend von Absatz 1** 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.*

§ 299b

Bestechung im Gesundheitswesen

(1) Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a Absatz 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, 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. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder

2. in anderen Fällen seine berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

- (2) Ebenso wird abweichend von Absatz 1 bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatz 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, 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.

D. Ergebnis

Der Einschub „in anderen Fällen“ stellt die §§ 299a Abs.1 Nr. 2, 299b Abs. 1 Nr. 2 StGB-E unter formelle Subsidiarität. Denn andere Fälle im Sinne der Nr. 2 sind nur solche, die nicht den inländischen oder ausländischen Wettbewerb betreffen. Hierdurch werden die oben dargestellten problematischen Fallkonstellationen vom Tatbestand nicht erfasst. Mit den vorgeschlagenen Ergänzungen in §§ 299a, 299b StGB-E würde zum einen **Kongruenz zwischen dem Tatbestand und der Gesetzesbegründung** hergestellt und zum anderen blieben die Schutzziele des Gesetzgebers unberührt, insbesondere das Rechtsgut der „Integrität heilberuflicher Entscheidungen“.