

Niedergelassene Vertragsärzte sind keine „tauglichen Täter“ der Korruptionsdelikte

Kein „Freifahrschein“ für Korruption

Am 22.06.2012 veröffentlichte der Große Senat für Strafsachen am BGH seinen seit nahezu einem Jahr erwarteten Beschluss vom 29.03.2012 (GSSt 2/11), mit dem er auf einen Vorlagebeschluss des 5. Strafsenates am BGH vom 20 Juli 2011 (Az.: 5 StR 115/11) antwortete. Der 5. Senat hatte im Anschluss einen Vorlagebeschluss des 3. Strafsenates (Az.: 3 StR 458/10), der sich auf die Hilfsmittelversorgung bezog, dem Großen Senat für Strafsachen die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben, konkret: bei der Verordnung von Arzneimitteln, als Amtsträger oder als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen handle und damit unter die Korruptionsdelikte des Strafgesetzbuches falle. Diese Frage verneinte der Große Strafsenat, was in Öffentlichkeit und Politik gemischte Reaktionen hervorrief: Die einen feierten die Entscheidung als Sieg der Freiberuflichkeit über eine unerwünschte Staatsmedizin, andere verdamnten den Beschluss als „Carte Blanche“ für korruptive Machenschaften im Gesundheitswesen. Die Wahrheit dürfte – wie so oft – dazwischen liegen.

>> Im Gesundheitswesen wurden in Deutschland im Jahr 2010 287,3 Mrd. Euro umgesetzt. Das entspricht 11,6 % des Bruttoinlandsproduktes. Für die gesetzlichen Krankenkassen, auf die ein Finanzvolumen von etwa 7 % des Bruttoinlandsproduktes entfällt, sind nach dem GKV-Schätzerkreis im Jahr 2012 Ausgaben in Höhe von ca. 185 Mrd. Euro zu erwarten. Dabei handelt es sich wohlgerne um Gelder der Solidargemeinschaft, die von den Krankenkassen treuhänderisch verwaltet werden.

Damit wären bereits die zwei wesentlichen Kernursachen genannt, die das Gesundheitswesen missbrauchsanfällig machen: Dies sind zum einen das finanzielle Volumen des Gesundheitsmarktes und zum anderen dessen Architektur, in dem Ärzte Arznei-, Heil- oder Hilfsmittel verordnen, an denen Pharma- und Medizinprodukteunternehmen, Heil- und Hilfsmittelerbringer, Apotheker und andere Anbieter von Gesundheitsleistungen – und das sei vollkommen wertfrei festgestellt – verdienen, die die Krankenkassen bezahlen und deren Nutzen, aber auch Risiken, den Patienten treffen. Diese Mechanik korrespondiert mit der enormen Tragweite, die der ärztlichen Entscheidung zukommt. Dass an deren Integrität

daher besonders hohe Erwartungen gestellt werden und das Bedürfnis einer strafrechtlichen Sanktionierung bei Enttäuschung dieser Erwartungen daher besonders prononciert artikuliert wird, überrascht nicht.

Erlaubte Kooperation versus verbotene Korruption

Und dennoch: Aus rechtsdogmatischer Sicht ist die Entscheidung des Großen Senates für Strafsachen am BGH zu begrüßen, mag sie auch von Einigen als politisch inopportun empfunden werden. Gerade darin liegt ein besonderer Wert der Entscheidung: Der Große Strafsenat hat sich in zu begrüßender Weise gegen eine beträchtliche „politische Erwartungshaltung“ behauptet und sowohl der Strafrechtsdogmatik wie auch dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot Tribut gezollt. Er hat damit einer bedenklichen Expansion des ohnehin diffusen Korruptionsstrafrechts entgegengewirkt und den Ball dem Gesetzgeber zugespielt, der das Dilemma, das den ethisch und rechtlich problematischen Kern industriell-ärztlicher Kooperationsverhältnisse bildet, sehr viel besser lösen kann als ein in

seinem Aktionsradius beschränktes Gericht. Denn eines werden auch Kritiker der Entscheidung nicht ernsthaft bestreiten können: industrielles Engagement ist im Gesundheitswesen unverzichtbar und erwünscht. Klar ist gleichzeitig aber auch, dass dieses Engagement die unbeeinflusste ärztliche Entscheidung nicht in Frage stellen darf. Zweifellos fördert dieses Dilemma schwierige Fragen der Grenzziehung zwischen erlaubter Kooperation und verbotener Korruption zu Tage, aber gerade deshalb ist eine Befassung mit dieser Thematik, die eine ganzheitliche Betrachtung und einen wohl abgewogenen Interessenausgleich erfordert, bei einem „mehrdimensionalen“ demokratischen Gestaltungsgremium, dem Parlament, sehr viel besser aufgehoben als bei einem – qua natura – auf eine digitale Entscheidung angelegten Gericht.

Vor diesem Hintergrund ist auch der „Fingerzeig“ in Richtung Gesetzgeber zu sehen, mit dem der Große Senat für Strafsachen am BGH nicht nur seine Entscheidungsgründe abgeschlossen hat, sondern den er auch in die die Veröffentlichung des Beschlusses begleitende Pressemitteilung vom 22.06.2012 aufgenommen hat, indem er klarstellte, dass

er nur zu entscheiden hatte, ob korruptives Verhalten von Kassenärzten und Mitarbeitern von Pharmaunternehmen nach dem geltenden Strafrecht strafbar ist und er nicht darüber zu befinden hatte, ob Korruption im Gesundheitswesen strafwürdig sei und durch Schaffung entsprechender Straftatbestände eine effektive strafrechtliche Ahndung ermöglicht werden sollte. Dies sei Aufgabe des Gesetzgebers.

Ein sozialetisches Unwerturteil

Damit brandmarkte der Große Strafsenat das seinem Beschluss zugrundeliegende (Fehl-)Verhalten – zu Recht – ausdrücklich als „korruptives Verhalten“ und fällte ein, wenn auch nicht strafrechtlich sanktioniertes, so aber doch „politisch“ bemerkenswertes und – wie sich an den Debatten in einer „Aktuellen Stunde“ im Bundestag am 28.06.2012 (Plenarprotokoll 17/187, S. 22360 ff.) zeigte – durchaus auch bemerktes sozialetisches Unwerturteil über solche Verhaltensweisen.

Ob der Gesetzgeber Anlass zum Tätigwerden sieht, bleibt abzuwarten. Die Bundestagfraktion der SPD hat sich mit einem entsprechenden Antrag auf ein Ein

schreiten des Gesetzgebers unter dem Titel „Korruption im Gesundheitswesen wirksam bekämpfen“ (BT-Drs. 17/3685) bereits im November 2010 positioniert. Hierzu fand am 28.03.2012 eine Anhörung im Bundestag statt, in der die Sichtweisen der unterschiedlichen Beteiligten – wie nicht anders zu erwarten – äußerst kontrovers diskutiert wurden. In der bereits angesprochenen „Aktuellen Stunde“ im Bundestag am 28.06.2012 hat sich die Regierungskoalition zu einer gesetzgeberischen Intervention zurückhaltend geäußert, jedoch zugesagt, die Erforderlichkeit einer solchen zu prüfen.

Fehlverhalten ist bereits untersagt und strafbar

Bei der Frage, ob ein gesetzgeberisches Tätigwerden angezeigt ist, ist zu berücksichtigen, dass das der Entscheidung zugrunde liegende Fehlverhalten bereits nach geltendem Recht durch zahlreiche Normen untersagt und auch strafrechtlich verfolgbar ist. Unter der Voraussetzung des Eintritts eines Vermögensnachteils auf Seiten der Krankenkassen sind nach der sog. „Kick-Back“-Rechtsprechung des 1. Strafsenates am BGH aus dem Jahr 2004 (BGH, Beschluss vom 27.04.2004, Az.: 1 StR 165/03) von Pharmaunternehmen an niedergelassene Ärzte gezahlte umsatzabhängige Rückvergütungen als Untreue zu Lasten der Krankenkassen nach § 266 StGB strafbar. Darüber hinaus untersagen §§ 128 Abs. 6 iVm 2 SGB V und 31 Abs. 1 der Musterberufsordnung der Ärztinnen und Ärzte das der Entscheidung zugrunde liegende Fehlverhalten ausdrücklich. Wäre nach den konkreten Umständen des Einzelfalles ein Produktbezug feststellbar gewesen (was den Sachverhaltsangaben im Beschluss des Großen Strafsenates nicht eindeutig zu entnehmen ist), wäre das Verhalten darüber hinaus auch nach § 15 Abs. 1 Nrn. 4, 4a HWG als Ordnungswidrigkeit ahndbar. Ferner wäre aufgrund der nach-

weisbar vorhandenen unmittelbaren Umsatzkopplung auch eine „unsachliche Einflussnahme“ auf die ärztliche Nachfrageentscheidung nach § 4 Nr. 1 UWG nicht von der Hand zu weisen. Und schließlich untersagen die Kodizes der pharmazeutischen Selbstkontrolle (FSA, AKG) ein solches Verhalten ausdrücklich und stellen es unter Strafe.

Soweit Kritiker einwenden, dass die sozialversicherungsrechtlichen Normen mit Blick auf die Arzneimittelversorgung weitgehend sanktionslos sind und das ärztliche Berufsrecht an einem Vollzugsmangel leide, ist dem zwar in gewisser Hinsicht zuzustimmen, allerdings darf dabei nicht außer Acht gelassen werden, dass unser Strafrecht fragmentarischen Charakter hat und ihm ultima-ratio-Funktion zukommt.

Therapiefreiheit wird tagtäglich geopfert

Soweit ein Tätigwerden des Gesetzgebers unter Verweis auf die – ohne Frage wünschenswerte – Unabhängigkeit der ärztlichen Therapieentscheidung gefordert wird, sei indes mehr Ehrlichkeit angemahnt, denn es ist nicht zu übersehen, dass die ärztliche Therapiefreiheit tagtäglich auf dem Altar der finanziellen Interessen der Krankenkassen geopfert wird. In diesem Zusammenhang kann auch eine Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2010 (EuGH, Urteil vom 22.04.2010 – Az.: C-62/09) nur verwundern, wenn das Gericht dort entschied, dass das heilmittelwerbende Verbot des Art. 94 der Richtlinie 2001/83EG (sog. Gemeinschaftskodex für Humanarzneimittel) finanziellen Anreizen nicht entgegensteht, die von den nationalen Gesundheitsbehörden eingesetzt werden, um ihre Ausgaben im Bereich der staatlichen Gesundheitsversorgung zu senken – „Honi soït qui mal y pense“.

Ehrlichkeit und Stringenz in der Forderung nach strafrechtlicher Pönalisierung finanziell motivier-

ter Einflussnahmen auf ärztliche Therapieentscheidungen sind ein Gebot der Glaubwürdigkeit. Und wie man aus der Sozialpsychologie weiß, werden Ergebnisse von Entscheidungsprozessen immer nur als so „gerecht“ empfunden, wie der Entscheidungsprozess selbst den Kriterien der „Gerechtigkeit“ genügt. Insofern sind Ehrlichkeit und Stringenz nicht nur der Glaubwürdigkeit geschuldet, sondern liegen auch im Interesse der optimierten Akzeptanz einer eventuellen gesetzlichen Regelung.

Fazit

Wer die Entscheidung des Großen Senates für Strafsachen am BGH als „Freifahrtschein“ für Korruption im Gesundheitswesen fehlinterpretiert, ignoriert nicht nur die bereits existierenden strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten bei umsatzbezogenen Rückvergütungen von Pharmaunternehmen an niedergelassene Ärzte sowie zahlreiche außerstrafrechtliche gesetzliche (Korruptions-)Verbote, sondern auch

eine ganz wesentliche Botschaft des Großen Strafsenates, der das seinem Beschluss zugrunde liegende Fehlverhalten ausdrücklich als „korruptives Verhalten“ brandmarkte, aus guten Gründen aber eine politisch motivierte Entscheidung unter verfassungswidriger Überdehnung existierender Straftatbestände vermied.

Wenn der Gesetzgeber trotz der zahlreich existierenden Verbotsnormen Handlungsbedarf sieht und sich der „Herkulesaufgabe“ einer Grenzziehung zwischen erwünschter Kooperation und finanzieller Unterstützung einerseits und strafwürdiger Korruption im Gesundheitswesen andererseits stellt, sollte er sich dabei nicht nur von dem Petikum leiten lassen, die ärztliche Verordnungsentcheidung von finanziellen Interessen aller Akteure im Gesundheitswesen, also auch denen der Krankenkassen, freizuhalten, sondern für die Rechtsanwender das wiederherstellen, was über Zeit und Strecke – von der Politik scheinbar unbemerkt – verloren ging: die Vorhersehbarkeit des Strafrechts. <<

Autor



Dr. Daniel Geiger ist Rechtsanwalt und Mediator bei der ausschließlich auf das Medizin- und Gesundheitsrecht spezialisierten Kanzlei Dierks + Bohle Rechtsanwälte in Berlin. Er begann seine berufliche Laufbahn 2006 als Rechtsanwalt im medizin- und gesundheitsrechtlichen Referat einer internationalen Sozietät am Standort Hamburg, von wo aus er im Jahre 2007 in die Rechtsabteilung der Roche Pharma AG wechselte. Dort war Geiger zuletzt als Senior Legal Counsel, Head

of Governance Risk & Compliance und Compliance Officer tätig. Von 2008 bis 2011 war er Mitglied des Rechtsausschusses und des Unterausschusses SGB V des Verbandes forschender Arzneimittelhersteller (vfa) sowie von 2009 bis 2011 Mitglied des Vorstandes des Freiwillige Selbstkontrolle der Arzneimittelindustrie e. V. (FSA). Geiger ist Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen im Bereich des Pharmarechts und der Healthcare-Compliance.
Kontakt: Geiger@db-law.de