

Rechtsanwalt Dr. Daniel Geiger über die aktuellen Gesetzentwürfe zur Korruption im niedergelassenen Bereich

„Was soll eigentlich geschützt werden?“

Am 29. März 2012 hatte der Große Strafsenat am Bundesgerichtshof im sogenannten „Ratiopharm-Urteil“ entschieden, dass ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt weder Amtsträger sei noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkasse handele und sich somit nicht wegen Vorteilsannahme oder Bestechlichkeit strafbar machen könne. Ein „Persilschein“ für freiberuflich tätige Ärzte war dieses Urteil aber nicht, denn der BGH hat in seiner Entscheidung klargestellt, dass es Sache des Gesetzgebers sei, entsprechende Straftatbestände zu schaffen. „Pharma Relations“ sprach mit dem auf Medizinstrafrecht spezialisierten Rechtsanwalt Dr. Daniel Geiger von der Berliner Kanzlei Dierks + Bohle über die entsprechenden Gesetzentwürfe, die zurzeit diskutiert werden.

>> Herr Dr. Geiger, wie weit ist der Gesetzgeber bereits damit gekommen, die Strafbarkeitslücke in Bezug auf Korruption bei niedergelassenen Ärzten zu schließen?

Aktuell kursieren zwei Gesetzentwürfe: Ein Referentenentwurf aus dem Bundesjustizministerium, der den in Frage kommenden Verbänden bereits zur Stellungnahme zugeleitet wurde, und ein Gesetzentwurf, der vom Freistaat Bayern in den Bundesrat eingebracht wurde.

Beide Entwürfe basieren auf einer Bundesratsinitiative aus der letzten Legislaturperiode, die aber dann durch die Wahlen der sogenannten Diskontinuität des Bundestags zum Opfer gefallen ist. Daher sind sich die beiden aktuellen Entwürfe, was die Formulierung des Gesetzestextes angeht, sehr ähnlich. Ein wesentlicher Unterschied besteht aber darin, wer auf der Nehmerseite eines Korruptionsdeliktes Täter sein kann. Während nach dem bayerischen Entwurf nur Angehörige eines verkammerten Heilberufs, also der akademischen Gesundheitsberufe wie Ärzte, Apotheker, Tierärzte und Psychotherapeuten, als Täter in Betracht kommen, geht der Entwurf des BMJV weiter und bezieht alle Heilberufler ein, die zur Berufsausübung oder zum Führen der Berufsbezeichnung einer staatlich anerkannten Ausbildung bedürfen. Darunter fallen dann auch die Gesundheitsfachberufe wie zum Beispiel Physiotherapeuten, Ergotherapeuten oder auch Pflegekräfte.

Was genau verstehen Juristen unter Korruption?

Korruption ist ein Begriff, den das Strafgesetzbuch selbst gar nicht kennt. Dort finden sich die Tatbestände der Bestechung und Bestechlichkeit sowie der Vorteilsgewährung und Vorteilsannahme. Diese Tatbestände werden in der Regel unter dem Begriff Korruption zusammengefasst. In beiden Fällen geht es immer um eine Unrechtsvereinbarung, also gewissermaßen um die Gewährung von Vorteilen für bestimmte Fachentscheidungen, im Gesundheitswesen also z. B. für Zuweisungs- oder Verwaltungsentscheidungen.

Bei Vorteilsgewährung und Vorteilsannahme ist diese Unrechtsvereinbarung, wie wir Juristen sagen, gelockert, bei der Bestechung und Bestechlichkeit ist sie konkret oder manifest. Zudem muss die beeinflusste Entscheidung im Falle der Bestechung und Bestechlichkeit rechtswidrig



sein. Lassen Sie mich das an einem Beispiel verdeutlichen: Der Bauträger, der einem zuständigen Beamten im Bauamt ein „Schmiergeld“ dafür gewährt, eine Baugenehmigung für sein Bauvorhaben zu erlangen, beeinflusst eine ganz konkrete Diensthandlung. Ist die Baugenehmigung darüber hinaus rechtswidrig, weil sie nach den einschlägigen Vorschriften nicht hätte erteilt werden dürfen, wäre dies ein Fall von Bestechung und Bestechlichkeit. Würde der Beamte durch die Zuwendung von Vorteilen dagegen nur dahingehend beeinflusst, seine an sich rechtmäßige Genehmigungspraxis bevorzugt oder beschleunigt an den Interessen des Bauträgers auszurichten, würden wir das unter Vorteilsnahme und Vorteilsgewährung fassen.

Wie sähe das übertragen auf den Arzneimittelmarkt aus?

Im Arzneimittelmarkt müsste man insoweit wohl auf die Rechtmäßigkeit der jeweiligen Verordnung abstellen. Danach aber unterscheiden die aktuellen Entwürfe nicht. Vielmehr geht es in beiden Gesetzentwürfen darum, ob Verordnungs- oder Zuweisungsentscheidungen überhaupt gekauft oder z. B. durch Kick-back-Zahlungen honoriert werden. Darauf, ob der Arzt das Produkt möglicherweise auch ohne den Anreiz hätte rechtmäßig verordnen können, kommt es nicht an, sondern nur darauf, dass ein sachfremder, weil monetärer und nicht medizinischer Anreiz gesetzt wurde.

Können die beiden vorliegenden Gesetzentwürfe Ihrer Meinung nach diesen Zweck erfüllen?

Die Strafbarkeitslücke im niedergelassenen Bereich, die 2012 vom BGH festgestellt wurde, können beide Gesetzentwürfe ausfüllen. Wenn das Ziel also ist, korruptive Sachverhalte bei niedergelassenen Ärzten strafrechtlich kontrollieren und sanktionieren zu können, dann sind beide Entwürfe in der Lage, dieses Ziel zu erreichen. Geht es dagegen darum, die strafrechtliche Ungleichbehandlung zwischen Krankenhausärzten und niedergelassenen Ärzten einzuebnen, dann scheitern beide Entwürfe, denn sie verschieben die Ungleichbehandlung nur. Denn gegenwärtig geht jedenfalls der Entwurf aus dem BMJV davon aus, dass der neue Straftatbestand des § 299a StGB neben den bereits existenten und auf Krankenhausärzte ja bereits anwendbaren Korruptionstatbeständen zum



Zuge kommen kann. Demnach würden sich die Strafbarkeitsrisiken bei den Krankenhausärzten künftig kumulieren.

Im Übrigen ist natürlich von vornherein klar, dass sich allein mit der Schaffung einer Strafnorm des Problems der Korruption im Gesundheitswesen nicht Herr werden lässt. Es gibt ja auch einen Straftatbestand gegen Diebstahl und trotzdem wird täglich geklaut. Das verspricht sich aber auch niemand ernsthaft von dem neuen Gesetz. Es geht vielmehr darum, durch eine strafrechtliche Sanktionierung deutlich zu machen, dass gewisse Verhaltensformen durch die Gesellschaft nicht toleriert werden.

Aus juristischer Sicht gibt es also nichts auszusetzen?

Doch eine ganze Menge. Die Gesetzentwürfe verfolgen einen richtigen Ansatz, sind aber handwerklich nicht gut gemacht und drohen deshalb, über das Ziel hinauszuschießen. Wenn das Gesetz die Frage der Strafbarkeit zum Beispiel an eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb knüpft, dann stellt sich die Frage, wo die Unlauterkeit einer Bevorzugung beginnt? Diese Frage wird durch die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung im Gesundheitswesen sehr viel strenger beurteilt als in anderen Waren- und Dienstleistungssektoren. Hier hat sich der Arzt nach der Rechtsprechung zum Lauterkeitsrecht allein, also ausschließlich am Patientenwohl zu orientieren. Wenn wir das konsequent zu Ende denken, hätte das zur Folge, dass beispielsweise die Beschaffung eines Ultraschallgerätes durch einen Arzt, bei der er sich aufgrund eines Rabattes für einen bestimmten Anbieter entscheidet und diesen gerade wegen der eingeräumten Vergünstigung einem anderen Anbieter vorzieht, strafbar machen könnte, weil er sich bei seiner Beschaffungsentscheidung nicht mehr ausschließlich vom Patientenwohl, sondern auch von ökonomischen Motiven leiten ließe. Ein solcher Rabatt kann aber ja sicher keine unlautere Bevorzugung und schon gar nicht ein strafrechtsrelevantes Verhalten darstellen. Unter die Buchstaben des Gesetzes in den derzeitigen Entwürfen ließe sich das aber subsumieren. Das will zwar natürlich niemand, in den Gesetzen kommt das aber nicht zum Ausdruck und sie sind dann eben schlecht gemacht.

Dieses Beispiel ist zugegebenermaßen stilisiert, in der Praxis werden wir wegen der unbestimmten und teilweise offensichtlich auch unbedachten Gesetzesformulierungen aber trotzdem auf zahlreiche Fallgestaltungen treffen, in denen wir eigentlich erwünschte Kooperationsformen künftig auch auf den Prüfstand des Korruptionsstrafrechts stellen werden müssen. Das ist die Krux an den aktuellen Entwürfen.

Können solche Schwachstellen nicht durch die Rechtsprechung ausgemerzt werden?

Doch, das geht theoretisch schon und in der Tat wird sich auch gerade von politischer Seite auf diesen Standpunkt gestellt. Das aber bedeutet im Ergebnis natürlich Lernen durch Schmerz, und man braucht einen abenteuerlustigen und sehr robusten Arzt, der sich im Interesse der Rechtsfortbildung zur Verfügung stellt, ein langwieriges und belastendes Strafverfahren bis zum – möglicherweise bitteren – Ende durchzuhalten. Der Sache nach geht es dabei um nichts Anderes als das Kaschieren eines legislativen Versagens: Gesetze von vornherein mit handwerklichen Mängeln auf den Weg zu bringen und es der Rechtsprechung zu überlassen, die Mängel auszumerzen, kann nicht der Anspruch unseres Gesetzgebers sein. Schon gar nicht im Strafrecht.

Die Entwürfe sind also nicht präzise genug formuliert?

So ist es. Was die Weite der Straftatbestände betrifft, sind sie handwerklich noch zu unausgegoren, als dass sie wirklich so ins Gesetz geschrieben werden sollten. Neben dem eben schon angesprochenen Thema der unlauteren Bevorzugung gibt es eine weitere Tatbestandsalternative

in den Entwürfen, die an die Verletzung von Berufsausübungspflichten anknüpft. Darunter sollen nach den kursierenden Gesetzesvorschlägen auch die Berufsordnungen, die von den Landesärztekammern als Satzungen erlassen werden, fallen. Aber sollen denn nun wirklich berufsständische Kammern künftig zum kleinen Strafgesetzgeber werden? Das wäre auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht alles anderes als unproblematisch. Darüber hinaus: Für Vertragsärzte gelten andere Berufsausübungspflichten als für sogenannte Privatärzte. Denken Sie nur an das SGB V, das nur für die Behandlung von GKV-Patienten gilt. Wenn die kursierenden Entwürfe also so verabschiedet würden, stellte unser Gesetz wieder unterschiedliche strafrechtliche Verhaltenserwartungen an Vertragsärzte und Privatärzte. Ungleichbehandlungen verschiedener Ärzteguppen sollte der neue Straftatbestand aber doch gerade ausschalten.

Bei Strafnormen geht es ja immer auch darum, dass etwas geschützt werden soll. Was ist dieses sogenannte Schutzgut in den vorliegenden Gesetzentwürfen?

Auch darüber hat man sich meines Erachtens nicht ausreichend Gedanken gemacht. In den Gesetzentwürfen findet sich ein bunter Strauß an Rechtsgütern: Die Lauterkeit des Wettbewerbs, die Integrität und Neutralität der ärztlichen Entscheidung und damit korrespondierend das Vertrauen der Allgemeinheit bzw. der Patienten in diese Neutralität, die Vermögensinteressen der Wettbewerber und die der Solidargemeinschaft, also beispielsweise der Krankenkassen.

Es ist keineswegs nur eine akademische Frage, was geschützt werden soll, sondern das Schutzgut, das der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung definiert, hat durchaus Auswirkungen auf die Frage, wie gewisse Straftatbestände ausgelegt werden. Lassen Sie mich auch das an einem Beispiel deutlich machen: Die Krankenkassen steuern in nennenswertem Umfang ärztliches Ordnungsverhalten, auch durch finanzielle Anreize. Wenn nun Schutzgut der neuen Straftatbestände das Vermögen der Krankenkassen sein soll, dann wird man eine am Wirtschaftlichkeitsgebot orientierte Ordnungssteuerung durch die Krankenkassen hinnehmen können. Soll aber im Interesse des Patienten die neutrale ärztliche Entscheidung geschützt werden, dann ist es dem Patienten doch egal, wer diese Neutralität der ärztlichen Entscheidung stört – eine Krankenkasse, ein Pharmaunternehmen oder sonst jemand. Zudem: Das Vermögen der Krankenkassen wird durch die existenten Straftatbestände der Untreue und des Betruges bereits weitestgehend geschützt und Korruptionsdelikte sind eigentlich gar keine Vermögensschutzdelikte. Weder die existenten noch die geplanten Korruptionsdelikte erfordern tatbestandlich einen Vermögensschaden – bei wem auch immer. Also muss sich der Gesetzgeber auch im Interesse der Bestimmtheit und der Auslegung der neuen Normen entscheiden, was er eigentlich genau schützen will.

Glauben Sie denn, dass diese Ungereimtheiten im Gesetzgebungsverfahren noch beseitigt werden?

Die Genese der beiden Entwürfe lässt vermuten, dass am großen Ganzen nichts Substantielles mehr geändert wird. Die Entwürfe sind sich zudem so ähnlich, dass vor allem die eingangs angesprochene Frage fokussiert werden wird, wer tauglicher Täter auf der Nehmerseite sein soll. Es werden vielleicht bei manchen Formulierungen noch Stellschrauben feinjustiert, aber die Konzeption an sich wird vermutlich nicht mehr geändert werden. Vieles wird dann durch die Rechtsprechung präzisiert werden müssen, was im Ergebnis dann eben doch auf Lernen durch Schmerz hinausläuft.

Herr Dr. Geiger, vielen Dank für das Gespräch. <<