

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafrechtstheorie
und Strafrechtsvergleichung

KÖLNER PAPIERE ZUR KRIMINALPOLITIK – COLOGNE PAPERS ON CRIMINAL LAW POLICY

Michael Kubiciel (Hrsg.)

BEKÄMPFUNG DER KORRUPTION IM GESUNDHEITSWESEN

- ZIEL, TRAGWEITE UND WIRKUNGEN DES REFERENTENTWURFES -

Michael Kubiciel

Köln 1/2015

Prof. Dr. Michael Kubiciel
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafrechtstheorie und Strafrechtsvergleichung
Universität zu Köln
Albertus-Magnus Platz
50923 Köln
m.kubiciel@uni-koeln.de
kubiciel.jura.uni-koeln.de

Dieses Dokument steht unter dem Schutz des deutschen Urheberrechts. Anfragen zur Nutzung richten Sie bitte an die o.g. Adressen.

A. Einleitung

Die Bundesregierung setzt seit letztem Jahr ein ambitioniertes Gesetzgebungsprogramm zur Bekämpfung der Korruption um. Dazu zählen u.a. die Verschärfung des Tatbestandes der Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern (§ 108e n.F. StGB), die Einführung einer gesetzlichen Karenzzeit für Minister und Staatssekretäre sowie die Ausweitung der Verbote von Auslandsbestechung (§ 335a StGB-E) und Korruption im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB-E). Auch dem als besonders korruptionsaffin geltenden Gesundheitswesen gilt die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers. Dies zu Recht: Anhaltender ökonomischer Druck auf Krankenkassen, Krankenhäuser und Ärzte; eine Gesundheitspolitik, die wirtschaftliche Anreize für eine Kooperation zwischen den Marktakteuren schafft; ein Gesundheitswesen, das Entscheidungsbefugnisse auf „Gate-keeper“-Gruppen konzentriert; schwer durchschaubare gesundheitsrechtliche Normen und ein Strafrecht, das Bestechung und Bestechlichkeit nur ausschnittsweise kriminalisiert: All das sind perfekte Ingredienzen für die von vielen als besorgniserregend empfundene Korruption im Gesundheitswesen.¹

Da die Behebung der strukturellen Probleme des Gesundheitswesens auf erhebliche sachliche Schwierigkeiten und politische Widerstände stößt, ist es nachvollziehbar, dass sich der Blick der Regierungskoalition auf den zuletzt genannten Faktor konzentriert: das Strafrecht. Dieses kann die genannten strukturellen Probleme zwar nicht beheben;² vielmehr setzt eine *wirksame*

· Eine kürzere Fassung ist erschienen in Juris Praxis Report Compliance 1/2015.

¹ Pars pro toto *Fischer*, medstra 2015, 1 f. Aus kriminologischer Warte Kölbel, Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen, 2013, S. 88 ff. Ausf. zu den strukturellen Besonderheiten *Krüger*, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, 2015, § 20 Rn. 4, 6; *Lindemann* in: ders./Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 9 ff.

² Grundlegend *Hassemer*, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Die Handlungsfreiheit des Unternehmers, 2009, S. 29, 37 ff., 41.

Korruptionsbekämpfung Änderungen im Normumfeld des Strafrechts voraus.³ Jedoch ist es legitim, die Geltung des Korruptionsverbots in dem für die Gesellschaft so wichtigen Gesundheitssektor mit dem denkbar stärksten Symbol – einem eigenen Straftatbestand – hervorzuheben. Seitdem der BGH vor rund drei Jahren die Anwendbarkeit der §§ 299, 331 ff. StGB auf niedergelassene Ärzte verneint hat,⁴ wird intensiv um einen solchen Spezialtatbestand gerungen. Diese Debatte befindet sich nunmehr auf der Zielgeraden: Zusätzlich motiviert durch den von Bayern in den Bundesrat eingebrachten Konkurrenzentwurf⁵ und durch Mahnungen der EU⁶ hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) im Februar 2015 einen Referentenentwurf vorgestellt. Dieser sieht vor, das Strafgesetzbuch um einen § 299a StGB zu ergänzen. Die von der Vorgängerregierung verfolgte Strategie, einen Straftatbestand im 5. Buch des Sozialgesetzbuches einzuführen,⁷ wird mit Recht aufgegeben.

Für die Rechtspraxis stellen sich damit mehrere Fragen. Von verfassungsrechtlicher Relevanz ist der Vorwurf, § 299a StGB stelle ein Sondertatbestand dar, der ohne Grund die Angehörige einzelner Berufsgruppen einem Strafbarkeitsrisiko aussetze. Andere bemängeln, § 299a sei kein Korruptionsdelikt, sondern ein „Professionsdelikt“, das die Strafbarkeit auch auf die Verletzung von Patienteninteressen erstreckt, etwa eine mit Geld erkaufte, Arztleistungen, die den Kunstregeln widerspricht.⁸

³ *Duttge*, in: ders. (Hrsg.) *Tatort Gesundheitsmarkt*, 2011, S. 3, 10 f.; *Murmann*, ebd., S. 109, 110 f.

⁴ BGHSt 57, 202, 217 f. mit Anm. *Kölbel*, StV 2012, 592 ff.

⁵ BR-Drs. 16/15. Dazu *Kubiciel*, KPzK 5/2014.

⁶ Vgl. Annex Germany to the Report from the Commission to the Council and the European Parliament – EU Anti-Corruption Report, Brüssel, 3.2.2014, COM(2014) 38final, Annex S. 6 f. Dazu *Kubiciel*, HRRS 2013, 213 ff.

⁷ Zur Kritik *Kubiciel/Tsambikakis*, *medstra* 2015, 11, 13.

B. Zielsetzung und Tragweite des Referentenentwurfes

1. Relevant ist der geplante Tatbestand „Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen“ keineswegs nur für jene niedergelassenen Vertragsärzte, die im Zentrum der rechtspolitischen Debatte standen.⁹ Vielmehr erstreckt sich der personelle Anwendungsbereich auf sämtliche Angehörige eines Heilberufes, dessen Ausübung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert. Anders als der bayerische Entwurf¹⁰ erfasst der Referentenentwurf damit auch Personen, die einen Gesundheitsfachberuf ausüben, namentlich Gesundheits- und Krankenpfleger, Logopäden und Ergotherapeuten.¹¹ Dies zu Recht: Denn § 299a StGB schützt nicht das Vermögen der Patienten, der Solidargemeinschaft oder der Wettbewerber. Der Tatbestand schützt den Gesundheitsmarkt mit seinem spezifischen Steuerungs-, Verteilungs- und Ordnungsmechanismus sowie das Vertrauen der Bevölkerung in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen.¹² Wer gegen die auf dem Gesundheitsmarkt geltenden Ordnungsregeln verstößt, schädigt also nicht lediglich ein Vermögen; er unterminiert eine Institution, die für die Bürger buchstäblich lebenswichtig ist.¹³ Das Gesundheitssystem verdient daher auch Schutz gegenüber korruptiven Handlungen von Personen, die in geringerem Umfang Gesundheitsleistungen abnehmen bzw. verordnen und die daher ein geringeres Potenzial zur Verursachung von Vermögensschäden haben als bspw. Ärzte oder Apotheker.¹⁴

2. Straftbar machen sich Angehörige solcher Heilberufe, wenn sie für sich oder einen Dritten einen Vorteil als Gegenleistung dafür fordern, sich versprechen

⁸ Saliger, FS Kargl, 2015, S. 493, 503.

⁹ Zur Debatte zuletzt Kubiciel/Tsambikakis, medstra 2015, 11 f. (m.w.N.).

¹⁰ BR-Drs. 16/15, S. 17. S. auch Bausback, Bundesrat, Plenarprotokoll, 930. Sitzung, 6. Februar 2015, S. 23, 24.

¹¹ Ramb/Reich, CB 2015, 72, 74.

¹² Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen (im Folgenden Entwurf), S. 1, 10 f. Weiterführend Kubiciel, KPzK 5/2014, S. 7 f.

¹³ Eindringlich Fischer, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Unternehmenskultur und Wirtschaftsstrafrecht, 2015, S. 163, 167 ff.

¹⁴ Entwurf, S. 16; Kubiciel, KPzK 5/2014, S. 11 f.

lassen oder entgegen nehmen, dass sie bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugen (§ 299a Abs. 1 Nr. 1) oder in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletzen (§ 299a Abs. 1 Nr. 2). Spiegelbildlich machen sich all jene strafbar, die solchen Personen oder Dritten Vorteile als Gegenleistung für die erwähnten korruptiven Handlungen anbieten, versprechen oder gewähren.

3. Wie in anderen Korruptionsvorschriften auch ist der Vorteilsbegriff ausgesprochen weit zu verstehen, umfasst also neben Geld und geldwerten Leistungen wie Kongresseinladungen oder die Übernahme von Fortbildungskosten auch immaterielle Zuwendungen, auf die der Empfänger keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage objektiv verbessern, also auch Ämter, Ehrungen und dergleichen.¹⁵ Die Geringwertigkeit eines Vorteils schließt den Tatbestand folglich ebenso wenig aus wie die tatsächliche Verbreitung des fraglichen Verhaltens („Das tun doch alle.“). Von besonderer praktischer Bedeutung ist der Hinweis in den Gesetzesmotiven, schon im Abschluss eines Vertrages, der eine vergütete Tätigkeit zum Inhalt hat, könne ein Vorteil liegen und zwar auch dann, wenn das Entgelt in einem angemessenen Verhältnis zur erbrachten Leistung steht. Dahinter steckt der Gedanke, dass bereits die Eröffnung einer Nebentätigkeitsmöglichkeit durch ein Pharmaunternehmen dazu führen kann, dass sich der so Bevorteilte mit einer Bevorzugung der Produkte dieses Unternehmens revanchiert. Daher kann insbesondere auch die Teilnahme an vergüteten Anwendungsbeobachtungen ein inkriminierter Vorteil sein.¹⁶

4. Ausgeglichen wird die Weite des Vorteilsbegriffs dadurch, dass nur solche Vorteilsgewährungen tatbestandsmäßig sein sollen, die als Gegenleistung für eine zumindest intendierte unlautere Bevorzugung im Wettbewerb oder eine

¹⁵ Entwurf, S. 16 f.

¹⁶ Entwurf, S. 17.

Verletzung von Berufsausübungspflichten gefordert, versprochen, angenommen oder gewährt werden. Der Tatbestand verlangt mithin – anders als §§ 331, 333 StGB – den Nachweis einer Unrechtsvereinbarung.

5. Das Erfordernis einer strengen Unrechtsvereinbarung hat weitreichende Folgen. So kann geringwertigen und allgemein üblichen Werbegeschenken die Eignung abgesprochen werden, als Gegenleistung eine unlautere oder pflichtwidrige heilberufliche Entscheidung des Vorteilsempfängers zu motivieren. Doch ist hier Vorsicht geboten. Auch mit geringwertigen, aber regelmäßigen Zuwendungen lassen sich konkrete Gegenleistungen erkaufen: Wird das Werbegeschenk des Pharmavertreters vom guten Kunden regelmäßig und gern entgegengenommen, kann die Staatsanwalt darin mehr sehen, als das – nicht tatbestandsmäßige¹⁷ – Erkaufen allgemeinen Wohlwollens. Auch der Abschluss eines Vertrages über bezahlte Anwendungsbeobachtung ist nicht tatbestandsmäßig, wenn er nicht als Gegenleistung für eine Bevorzugung erscheint. Ein nicht-korruptives Forschungsinstrument sind derartige Anwendungsbeobachtung indes nur, wenn die Ergebnisse öffentlich zugänglich gemacht werden und die Entschädigungen in ihrer Art und Höhe so bemessen werden, dass kein Anreiz für eine bevorzugte Verschreibung oder Empfehlung bestimmter Heilmittel entsteht.

6. Die durch den Vorteil intendierte oder erkaufte Gegenleistung muss in einer unlauteren Bevorzugung im ausländischen oder inländischen Wettbewerb oder einer Verletzung von Berufsausübungspflichten bestehen. Während für die Auslegung des erst genannten Merkmals auf die Rechtsprechung zum entsprechenden Tatbestandsmerkmal in § 299 StGB zurückgegriffen werden kann, fragt sich, welche Berufsausübungspflichten § 299a StGB in Bezug nimmt.¹⁸ Die Gesetzesbegründung verweist hier „insbesondere“ auf die für die

¹⁷ Entwurf, S. 17.

¹⁸ *Bittmann/Brockhaus/Rübenstahl/Schröder/Tsambikakis*, Stellungnahme wistev zum Referentenentwurf, S. 23.

jeweilige Berufsgruppe geltenden Spezialgesetze.¹⁹ Zudem wird betont, dass sich die Pflichtwidrigkeit auf den Bezug, Verordnung etc. von Arzneimitteln und dergleichen beziehen muss. Gleichwohl bleibt unklar, ob der Tatbestand bspw. Verstöße gegen berufsgruppenspezifische Heilkunstregeln bei der Verordnung von Medikamenten erfasst. Dies verstieße gegen eine patientenschützende Berufsausübungspflicht, nicht aber gegen eine Pflicht, die dem Schutz des Wettbewerbs auf dem Gesundheitsmarkt dient. Gegen eine derart weite Auslegung spricht der Standort des § 299a StGB im Abschnitt über Wettbewerbsstraftaten sowie der vom Gesetzentwurf primär intendierte Schutz der Institution Gesundheitsmarkt; Patienteninteressen sollen hingegen nur insoweit geschützt werden, als ihr Interesse an der Integrität heilberuflicher Entscheidungen betroffen ist. Den Schutz ihrer (sonstigen) individuellen Rechte – namentlich der körperlichen Unversehrtheit – gewährleisten Strafvorschriften wie die §§ 223 ff. (in Verbindung mit §§ 25-27 StGB) in ausreichender Weise. Tatbestandlich kann nach hiesiger Auffassung nur die Verletzung gesundheitsmarktbezogener Pflichten sein.²⁰

7. Die Weite des Tatbestandes hat die Sorge aufkommen lassen, dass fortan nicht nur eindeutig korruptive Kooperationen in den Blick der Staatsanwaltschaft geraten können, sondern auch medizinökonomisch sinnvolle und sogar sozialrechtlich erlaubte Formen der Zusammenarbeit.²¹ Dass nicht strafbar ist, was im Sozialrecht erlaubt und erwünscht ist,²² gewährleistet § 299a StGB nicht mit Hilfe ausdrücklicher „Bereichsausnahmen“ wie der neu gestaltete § 108e StGB. Anders als ein früherer Entwurf²³ sieht § 299a StGB in seiner vom BMJV vorgeschlagenen Fassung auch nicht ausdrücklich vor, dass die Einhaltung gesetzlicher Verfahrens- und Offenbarungspflichten einer Strafbarkeit entgegen steht (vgl. auch §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB). Schließlich kann auch der

¹⁹ Dazu und zum Folgenden Entwurf, S. 21.

²⁰ Näher dazu *Kubiciel*, KPzK 5/2014, S. 9 ff. Dem in der Sache folgend BR-Drs. 16/15, S. 22; *Ramb/Reich*, CB 2015, 72, 76.

²¹ *Kölbel*, in: Frister (Hrsg.), Tagungsband zum 5. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstagung, im Erscheinen; *Ramb/Reich*, CB 2015, 72, 75.

²² *Schneider/Ebermann*, HRRS 2013, 219, 224.

²³ BT-Drs. 17/14575, S. 13.

pauschale Hinweis auf die Sozialadäquanz nicht zu einem Tatbestandsausschluss führen (s. oben B. 3). Gleichwohl lässt sich eine sozial- bzw. gesundheitsrechtliche Akzessorietät mit Wirkung für den Straftatbestand und damit die Weite der Kriminalisierung herstellen. Denn der Tatbestand verlangt entweder eine „unlautere“ Bevorzugung oder die Verletzung einer „Berufsausübungspflicht“ und weist somit (mindestens) zwei Tatbestandsmerkmale auf, mittels derer gesundheits- und sozialrechtliche Normen inkorporiert werden können. Zudem ist der Begriff „unlauter“ – auch von seinem Wortlaut her – offen für eine Einbeziehung von informellen Regeln, etwa anerkannten Compliance-Standards oder Best-Practices der Verbände, jedenfalls dort, wo es an formellen Primärnormen im Gesundheits- und Sozialrecht fehlt oder diese konkretisierungsbedürftig sind. Dass die Auslegung eines Straftatbestandes dadurch vom Inhalt informeller Primärnormen abhängt, ist kein Spezifikum des § 299a StGB.²⁴ Jedoch hält diese Abhängigkeit des Straftatbestandes von formellen und informellen Primärnormen zu deren Präzisierung an (s. unter C. 3.).

8. Nach dem Willen des BMJV soll § 299a StGB kein Official-, sondern ein Antragsdelikt sein. Die Strafverfolgung setzt daher einen Strafantrag oder das Bestehen eines besonderen öffentlichen Interesses voraus. Dies entspricht zwar dem für die Parallelnorm § 299 StGB geltenden Verfahren, verringert aber die Möglichkeit, Ermittlungen in dem häufig undurchsichtigen Gesundheitsmarkt einzuleiten. Strafverfolgungsfreundlicher und korruptionsfeindlicher ist daher die vom bayerischen „Gegenentwurf“ vorgeschlagene Ausgestaltung als Officialdelikt. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Entwurf Bayerns einen engeren personellen Anwendungsbereich hat (s.o. B. 1), also den kriminalpolitischen Ansatz verfolgt, einerseits die Kriminalisierung auf einen kleineren Kreis besonders schadensträchtiger Korruptionstaten zu konzentrieren, diese aber andererseits konsequent zu verfolgen, d.h. im Regelfall bei Bestehen tatsächlichen zureichender Anhaltspunkte. Jedoch

²⁴ Am Beispiel des § 108e StGB *Kubiciel/Hoven*, NK 2014, 393, 343 f. Ferner T. Zimmermann, ZStW 124 (2012), 1023 ff. Tatbestandsübergreifend *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom

lassen sich auch der weite Anwendungsbereich des Referentenentwurfes mit der Geltung der *Offizialmaxime* kombinieren, ohne die Ressourcen der Staatsanwaltschaften übermäßig zu belasten. Denn zum einen können Ermittlungen in Fällen geringerer Bedeutung auch gegen Auflagen eingestellt werden. Zum anderen ist davon auszugehen, dass die Akteure auf dem Gesundheitsmarkt – mit Unterstützung der Verbände und ggfs. des Gesetzgebers (s. unten C. 3.) – im Regelfall zu Kooperationsformen finden werden, die den Tatbestand des § 299a StGB nicht berühren.

C. Einordnung und Bewertung

1. Der Gesetzentwurf setzt eine im Koalitionsvertrag enthaltene Selbstverpflichtung der Bundesregierung um und reagiert auf die anhaltende Kritik im Inland und von Seiten der EU an der weitgehenden Straflosigkeit der Korruption im Gesundheitssektor. Das Gesetzesvorhaben steht im Zusammenhang mit zahlreichen (abgeschlossenen oder in Vorbereitung befindlichen) Gesetzesprojekten zur Korruptionsbekämpfung. Politik und Ministerien messen diesen Projekten eine hohe Priorität bei. Es ist daher sehr wahrscheinlich, dass der Referentenentwurf bald Gesetz werden wird. Bund und Länder debattieren – wie die Beratungen im Bundesrat gezeigt haben²⁵ – jedenfalls keine Grundsatzfragen mehr, sondern nur noch vergleichsweise kleinteilige Ausgestaltungsmodalitäten.

2. In dieser weiten Fassung avanciert § 299a StGB zu *der* zentralen Strafvorschrift, an welcher sich sämtliche Formen von Kooperationen zwischen den verschiedenen Akteuren auf dem Gesundheitsmarkt messen lassen müssen. Zugleich verschärft der Straftatbestand über die Bußgeld- und Verfallsvorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts (§§ 29a, 30, 130 OWiG) das Haftungsregime für Krankenhaus- bzw. Pharmakonzerne und andere auf dem Gesundheitsmarkt agierende Verbände. Nimmt man all dies zusammen,

Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 78 ff., 267 ff. S. ferner *Ibold*, RW 2015, 104, 107 f.

übertrifft § 299a StGB sämtliche anderen Projekte des Kriminalgesetzgebers an rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung bei weitem. Der neue Straftatbestand wird daher erhebliche Auswirkungen auf die Praxis haben.

3. Unternehmen und Krankenhauskonzernen sollten daher ihre nicht selten verbesserungsbedürftigen²⁶ Compliance-Maßnahmen überprüfen und ggfs. anpassen. Berufsverbänden obliegt es, in verstärktem Maße Best-Practices für nicht-korrumpive Kooperationen, Marketingmodelle und dergleichen zu erarbeiten. Ferner sollten sie den Gesetzgeber auf unklare Normen des Gesundheitsrechts hinweisen, um zu verhindern, dass Handlungsweisen in einem gesetzlichen Graubereich unerwartet Gegenstand staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen werden. Kommen alle, die es angeht, diesen Aufgaben nach, bestehen gute Chancen für jenen Bewusstseinswandel, ohne den keine Strategie zur Bekämpfung der Korruption erfolgreich sein kann. Korruptive Beziehungen dürfen von den Akteuren nicht mehr länger „entproblematisiert, normalisiert oder gerechtfertigt“ werden,²⁷ sie müssen als sozial geächtet empfunden werden. Für ein solches „awareness-raising“ ist ein – konsequent durchgesetztes – Strafrecht ein geeignetes Mittel. Umgekehrt leistete ein fortdauernder Zustand der Straflosigkeit von Korruption einem „moral hazard“ im Gesundheitswesen weiter Vorschub. Da Impunität und Normerosion auch eine finanziell sehr gut ausgestattete Institution wie das Gesundheitswesen unterminieren können, liegt es im wohlverstandenen Interesse sämtlicher in die Institution Gesundheitswesen eingebundenen Personen, einem moral hazard Einhalt zu gebieten. Dazu leistet § 299a StGB einen wichtigen Beitrag, auch wenn er die eingangs skizzierten strukturellen Probleme des (über-)komplexen Gesundheitswesens selbstredend nicht lösen können. Das Strafrecht kann zwar bestimmte – hier: korruptive – Ursachen einer Fehlallokation von Ressourcen verhindern, nicht aber (positiv)

²⁵ Bundesrat, Plenarprotokoll, 930. Sitzung, 6. Februar 2015, I, S. 23-26.

²⁶ *Bussmann/Burkhart/Salvenmoser, Wirtschaftskriminalität – Pharmaindustrie*, 2013, S. 16 ff.

²⁷ So treffend (mit zahlreichen Nachweisen aus empirischen Studien) *Kölbel*, in: Frister (Hrsg.), a.a.O.

für einen medizinisch bzw. medizinökonomisch sinnvollen Einsatz der Ressourcen sorgen.