



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Korruption im Rahmen der Verordnungstätigkeit
niedergelassener Vertragsärzte
Rechtfertigung und Ausgestaltung der
Straftatbestände „Bestechlichkeit und Bestechung
im Gesundheitswesen“ (§§ 299a, 299b StGB)“**

Dissertation vorgelegt von Simone Miriam Lorenz

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker

Zweitgutachter: Prof. Dr. Jan Schuhr

Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und
Strafprozessrecht

Korruption im Rahmen der Verordnungstätigkeit niedergelassener Vertragsärzte

Rechtfertigung und Ausgestaltung der Straftatbestände „Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen“ (§§ 299a, 299b StGB)

Der Große Senat für Strafsachen hat in seiner Entscheidung vom 29.03.2012 die Strafbarkeit vertragsärztlich zugelassener Ärzte bei der Wahrnehmung der ihnen im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung übertragenen Aufgaben nach § 73 Abs. 2 SGB V, hier explizit bei der Verordnung von Arzneimitteln, nach § 299 StGB wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr ebenso abgelehnt wie die Einordnung des Vertragsarztes nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB als Amtsträger und damit eine Strafbarkeit nach §§ 331 ff. StGB. Diese Entscheidung wurde teils stark kritisiert und auch der Gesetzgeber sah sich hierdurch zum Handeln veranlasst, um die aufgetretenen Strafbarkeitslücken im Zusammenhang mit der Bekämpfung korruptiver Praktiken im Gesundheitswesen zu schließen und erließ nach einem langen Gesetzgebungsverfahren im Jahre 2016 das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen.

Die Arbeit befasst sich mit den zum 04. Juni 2016 zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen in Kraft getretenen Straftatbeständen „Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen“ (§§ 299a, 299b StGB). Es erfolgt eine umfassende Darstellung der Entwicklung dieser Straftatbestände. Die Arbeit setzt sich hierbei auch mit den korruptionsbegünstigenden Faktoren des deutschen Gesundheitsmarktes und insbesondere des Vertragsarztwesens auseinander. Es erfolgt eine Diskussion der kriminalpolitischen und verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der neuen Korruptionstatbestände. Mittels einer Darstellung der Rechtslage vor der Einführung der Tatbestände wird hierbei aufgezeigt, ob und inwieweit das vor der Einführung der neuen Tatbestände vorhandene Korruptions- und Vermögensstrafrecht strafwürdige korruptive Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der vertragsärztlichen Verordnungstätigkeit zu erfassen vermochte. Die Arbeit setzt sich außerdem mit der konkreten Ausgestaltung der Tatbestände, deren Schwächen und Stärken sowie mit alternativen Ausgestaltungsmöglichkeiten auseinander. Hierbei findet der Vertrauensschutz der Patienten in die Integrität und Sachgerechtigkeit der heilberuflichen Entscheidung eine besondere Berücksichtigung.

I.

Der Gesetzgeber verfolgte bei der Schaffung der Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB entsprechend der Gesetzesbegründung das Ziel, Tatbestände zur Erfassung von Korruption im Gesundheitswesen zu schaffen. Die mit der Entscheidung des BGH vom 29.03.2012 aufgetretenen Strafbarkeitslücken sollten geschlossen werden. Die Arbeit befasst sich daher im ersten Kapitel zunächst einmal mit der Frage, was unter Korruption im kriminologischen Sinne zu verstehen ist und inwieweit die als Korruption deklarierten Verhaltensweisen insbesondere im Zusammenhang mit der Verordnungstätigkeit des Vertragsarztes auch tatsächlich als Korruption im Sinne der gewonnenen Definition einzuordnen sind.

Kernaussage der Analyse des Begriffes der Korruption ist, dass keine allgemein verbindliche Definition besteht. Die Arbeit gelangt daher zu einer eigenständigen Definition von Korruption aufgrund der in der Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse. Die im Anschluss daran dargestellten korruptiven Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Beeinflussung von Vertragsärzten lassen sich unter die in der Arbeit herausgearbeitete Korruptionsdefinition

subsumieren und somit ist das Vorliegen von Korruption im kriminologischen Sinne in Bezug auf diese Praktiken bejahen.

Im zweiten Teil des ersten Kapitels erfolgt eine Analyse der den Gesundheitsmarkt prägenden korruptionsbegünstigenden Faktoren, die zur Rechtfertigung der Einführung der Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB beigetragen haben. Eine wesentliche Rolle spielt hierbei die Stellung des Vertragsarztes im deutschen Gesundheitssystem, insbesondere im Rahmen der Vornahme von Verordnungen. Das Gesundheitssystem und die vertragsärztliche Versorgung sowie die Verordnungstätigkeit werden in ihren Grundzügen dargestellt.

Im Rahmen der Darstellung der korruptionsbegünstigenden Faktoren werden im Wesentlichen die gewaltige Finanzkraft des Gesundheitsmarktes, die Intransparenz des Gesundheitssystems in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, die Informationsasymmetrie zwischen Patient und Arzt, das „Moral Hazard“-Problem, unzureichende Kontrollen, die mangelnde Erfassung korruptiver Sachverhalte durch das Berufs- und Sozialrecht sowie die besondere Stellung des Vertragsarztes im Gesundheitssystem erörtert. Es wird aufgezeigt, dass den Vertragsärzten im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung, insbesondere bei der Vornahme von Verordnungen, eine „Schlüsselstellung“ zukommt und hierdurch ein besonderer Anreiz für andere Marktteilnehmer, wie beispielsweise Pharmaunternehmen oder andere Leistungserbringer besteht, auf den Vertragsarzt in unzulässiger Weise einzuwirken. Der Gesundheitsmarkt ist im Ergebnis aufgrund seiner strukturellen Besonderheiten ein Markt, der wesentliche Anreize für korruptive Verhaltensweisen schafft und diese begünstigt. Der Vertragsarzt hat auf diesem Markt eine Stellung inne, die ihn aufgrund seiner Machtposition, insbesondere im Zusammenhang mit Verordnungen, besonders in den Mittelpunkt korruptiver Beeinflussungen rückt. Diese kriminogenen Faktoren leisten einen Beitrag zur Rechtfertigung der Entscheidung des Gesetzgebers die Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB einzuführen.

II.

Im zweiten Kapitel der Arbeit erfolgt eine Analyse, ob und warum die Einführung der §§ 299a, 299b StGB zur Erfassung korruptiver Praktiken im Gesundheitswesen in Bezug auf die vertragsärztliche Verordnungstätigkeit verfassungsrechtlich und rechtspolitisch erforderlich war.

Es erfolgt zunächst eine Darstellung des vor der Entscheidung des BGH vom 29.03.2012 bestehenden Meinungsstandes in Bezug auf die Erfassung korruptiver Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Verordnungstätigkeit von Vertragsärzten durch die §§ 299 a.F., 331 ff. StGB. Hierbei wird der Meinungsstand in Schrifttum und Judikatur umfassend dargestellt und die wesentlichen Streitpunkte der Diskussion erörtert und bewertet.

Es erfolgt sodann eine ausführliche Darstellung der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 29.03.2012, mit der der BGH entschieden hat, dass korruptive Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Verordnungstätigkeit niedergelassener Vertragsärzte nicht unter die damals bestehenden Korruptionstatbestände der § 299 StGB a. F. und der §§ 331 ff. StGB subsumiert werden können, und den mit dieser Entscheidung verbundenen Auswirkungen.

Die Arbeit gelangt zu dem Ergebnis, dass eine Anwendbarkeit des § 299 StGB a.F. auf korruptive Sachverhalte im Zusammenhang mit der Verordnungstätigkeit der Vertragsärzte ebenso abzulehnen ist wie eine Anwendbarkeit der §§ 331 ff. StGB. Die Entscheidung des BGH vom 29.03.2012 war daher im Ergebnis zu begrüßen – auch wenn die Entscheidung

dahingehend zu kritisieren ist, dass der BGH eine hinreichende Auseinandersetzung mit den verschiedenen Diskussionspunkten und Argumenten des damals bestehenden Meinungsstreites über die Anwendbarkeit der §§ 299 StGB a.F., 331 ff. StGB nicht vorgenommen hat. Es ist zudem festzuhalten, dass die Entscheidung nicht nur Auswirkungen explizit auf die vom Großen Senat entschiedene Fallkonstellation, namentlich die Verordnung von Arzneimitteln, hat, sondern darüber hinaus auch auf andere korruptive Praktiken des Vertragsarztes wie die Zuweisung gegen Entgelt oder die Verordnung von Heilmitteln übertragbar ist.

Im zweiten Teil dieses Kapitels wird erörtert, warum eine hinreichende Erfassung der korruptiven Verhaltensweisen der Vertragsärzte im Zusammenhang mit ihrer Verordnungstätigkeit und von deren Unwert sowohl durch weitere damals existierende Straftatbestände im StGB als auch durch außerstrafrechtliche Normen und Verordnungen sowie Selbstregulierungsmaßnahmen der Healthcare-Industrie nicht gegeben war und weshalb auch im Übrigen die Einführung der Straftatbestände in verfassungsrechtlicher und auch kriminalpolitischer Hinsicht gerechtfertigt erscheint.

Im Einzelnen erfolgt eine Analyse der Anwendbarkeit der Vermögenstatbestände der §§ 263, 266 StGB auf mittels unzulässiger Beeinflussungen herbeigeführter Entscheidungen des Vertragsarztes im Zusammenhang mit dessen Verordnungstätigkeit. Hierbei wird insbesondere untersucht, ob sich die Änderung der Rechtsprechung des BSG von der Aufgabe der Vertretertheorie hin zu der Auffassung, der Vergütungsanspruch der Apotheker gegen die Krankenkassen ergebe sich aus dem öffentlichen Recht, auf die Strafbarkeit auswirkt. Eine besondere Berücksichtigung findet zudem die Frage, inwieweit sich die Entscheidung des Großen Senats und seine Entscheidungsgründe auf eine mögliche Strafbarkeit auswirken. Hierbei wird auch die wesentliche Rechtsprechung, die nach der Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2012 hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 266 StGB ergangen ist, berücksichtigt und dargestellt. Im Rahmen der Diskussion bzgl. der Anwendbarkeit des § 266 StGB erfolgt eine umfassende Auseinandersetzung mit den Argumenten, die in der Literatur regelmäßig für die Ablehnung einer Vermögensbetreuungspflicht von Vertragsärzten in Bezug auf das Vermögen der Krankenkassen herangezogen werden.

Die vorgenommene Analyse gelangt hierbei zu der Erkenntnis, dass sich die Aufgabe der Vertretertheorie im Ergebnis nicht auf die Anwendbarkeit der §§ 263, 266 StGB auswirkt. Auch hat die Entscheidung des Großen Senats aus dem Jahre 2012 keinen Einfluss auf die Strafbarkeit nach den Vermögenstatbeständen. Die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB ist trotz Aufgabe der Vertretertheorie und der Entscheidung des Großen Senats und entgegen der von der in der Literatur aufgeführten Argumente, mit der eine Vermögensbetreuungspflicht abgelehnt wird, als gerechtfertigt anzusehen. Der Vertragsarzt nimmt mit seinen Entscheidungen einen wesentlichen Einfluss auf das Vermögen der gesetzlichen Krankenkassen. Im Ergebnis vermögen aber weder § 266 StGB noch § 263 StGB die wesentlichen korruptiven Sachverhalte im Zusammenhang mit der Verordnungstätigkeit des Vertragsarztes hinreichend zu erfassen. Diese Vermögenstatbestände können das korruptive Unrecht außerdem bereits aufgrund ihrer Schutzrichtung nicht hinreichend erfassen, da sie insbesondere immer einen Vermögensschaden verlangen, der jedoch keine Voraussetzung für die Annahme von korruptivem Verhalten darstellt.

Im weiteren Verlauf wird untersucht, ob die Einführung auch im Übrigen verhältnismäßig und anhand der weiteren bestehenden strafrechtlichen Maßstäbe gerechtfertigt ist. Es wird hierbei insbesondere hinterfragt, ob die Einführung auch unter Berücksichtigung der existierenden außerstrafrechtlichen Regelungen, insbesondere der Vorschriften im Berufs- und Sozialrecht,

sowie der Initiativen zur Selbstregulierung der Gesundheitsbranche gerechtfertigt war und auch im Übrigen den verfassungsrechtlichen Anforderungen standhält. Eingegangen wird hierbei auch auf eine mögliche Ungleichbehandlung von Ärzten gegenüber anderen freien Berufen. Es wird auf weitere kriminalpolitische Aspekte hinsichtlich der Einführung der Tatbestände unter der besonderen Berücksichtigung der Bedeutung des Gesundheitswesens und negativer Folgen korruptiven Verhaltens im Gesundheitswesen eingegangen. Auch der Aspekt der Einführung der Tatbestände gemessen an der existierenden Kritik an der zunehmenden Erweiterung des Korruptionsstrafrechtes wird behandelt.

Die Analyse kommt zu dem Ergebnis, dass die grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers zur Einführung von neuen Tatbeständen in das StGB im Ergebnis Zustimmung verdient. Die Einführung der Tatbestände war sowohl in verfassungsrechtlicher als auch in kriminalpolitischer Hinsicht gerechtfertigt. Die außerstrafrechtlichen Regelungen und die Initiativen zur Selbstregulierung der Gesundheitsbranche vermögen die korruptiven Sachverhalte nicht mit der erforderlichen Effektivität zu bekämpfen und auch deren Unrechtsgehalt nicht hinreichend zu erfassen. Insbesondere die besondere Bedeutung des Gesundheitswesens und die möglichen erheblichen negativen Auswirkungen korruptiven Verhaltens rechtfertigen die Entscheidung auch in kriminapolitischer Hinsicht. Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung im Verhältnis zu anderen freien Berufen ist nicht gegeben.

Im dritten Teil des zweiten Kapitels werden die wesentlichen Gesetzesentwürfe zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen ab dem Jahre 2013 dargestellt. Insbesondere der Referentenentwurf und der Regierungsentwurf, die im wesentlichen zur Entstehung der in Kraft getretenen §§ 299a, 299b StGB geführt haben, werden erörtert und einer kritischen Betrachtung unterzogen. Die im Gesetzesentwurf noch vorgesehene Vertrauensbruchvariante wird in verfassungsrechtlicher Hinsicht untersucht. Hierbei wird festgestellt, dass die Vertrauensbruchvariante sowohl gegen das Gesetzlichkeitsprinzip als auch gegen das Bestimmtheitsgebot verstoßen hat.

Es wird zudem herausgearbeitet, inwieweit die in Kraft getretenen Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB auf den einzelnen Entwürfen basieren. Es erfolgt eine Darstellung der Gesetz gewordenen Fassung und eine kritische Analyse der Änderungen, die gegenüber dem Gesetzesentwurf (BT-Drucks. 18/6446) im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens noch vorgenommen wurden und zur heutigen Ausgestaltung der §§ 299a, 299b StGB geführt haben. Der weitgehende Ausschluss der Apotheker aus dem Anwendungsbereich des § 299a StGB ist hierbei zu kritisieren, da mit ihm eine wesentliche Strafbarkeitslücke einhergeht. Die Ausgestaltung als Officialdelikt ist vor allem auch im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm dagegen ebenso zu begrüßen wie die grundsätzliche Entscheidung zur Streichung der Vertrauensbruchvariante in ihrer damals bestehenden Fassung, da diese gegen verfassungsrechtliche Grundsätze verstoßen hat.

III.

Das dritte Kapitel der Arbeit befasst sich mit grundsätzlichen Fragen der in Kraft getretenen §§ 299a, 299b StGB, ihrer konkreten Ausgestaltung und der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale sowie speziellen Einzelfragen des nunmehr geltenden Rechts.

Es erfolgt eine Analyse der von den Tatbeständen der §§ 299a, 299b StGB geschützten Rechtsgüter. Hierbei wird insbesondere untersucht, ob und warum der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient ein legitimes und wesentliches Ziel des

Gesetzgebers bildet und ob das Vertrauensverhältnis ein schutzwürdiges Rechtsgut darstellt. Zu diesem Zwecke wird zunächst erörtert, inwieweit das Vertrauensverhältnis in Verordnungen, Gesetzen und der Berufsmoral zum Ausdruck kommt und von welcher Bedeutung dieses für den Patienten ist. Es erfolgt eine Auseinandersetzung mit denjenigen Stimmen, die den Schutz des Vertrauens als Rechtsgut ablehnen. Es wird hierbei auch auf die Problematik im Zusammenhang mit der Legitimität von Kollektiv- und Zwischenrechtsgütern eingegangen.

Die Arbeit gelangt zu dem Ergebnis, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient aufgrund seiner elementaren Bedeutung für die Behandlung ein zu schützendes Rechtsgut darstellt. Der Vertrauensschutz kommt in vielen Regelungen, Berufspflichten des Arztes, ethischen beruflichen Grundsätzen sowie im Berufsrecht zum Ausdruck und stellt die Basis des Behandlungsverhältnisses dar. Es ist somit von enormer Relevanz für den Schutz der Gesundheit. Die gewonnenen Erkenntnisse und die Stellungnahme in Bezug auf die Frage, ob das Vertrauen selbst unmittelbar zu schützen ist oder besser die Integrität der Berufsausübung, lassen den Schluss zu, dass der Schutz dieses Vertrauens am sinnvollsten über den Schutz der sachgerechten Wahrnehmung der Berufsausübung durch die Heilberufsangehörigen erreicht wird. Die Arbeit gelangt zudem zu der Erkenntnis, dass trotz Streichung der Vertrauensbruchvariante weiterhin von seinem doppelten Rechtsgüterschutz auszugehen ist und damit der Wettbewerb und die Sachgerechtigkeit zu schützen sind.

Es wird des Weiteren hinterfragt, ob und inwieweit es dem Gesetzgeber im Endeffekt tatsächlich gelungen ist, sein Ziel – die Schaffung von Tatbeständen zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen – umzusetzen. Es erfolgt eine Prüfung, ob es sich insbesondere aufgrund der Ausgestaltung der Tatbestände und der hiermit verbundenen Einschränkungen bei der Erfassung korruptiver Verhaltensweisen nicht doch vielmehr um Wettbewerbsdelikte handelt. Hierzu werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale, insbesondere die problematischen, näher analysiert.

Als Kernaussage lässt sich festhalten, dass sich der Gesetzgeber insbesondere durch die ersatzlose Streichung der Vertrauensbruchvariante am Ende des Gesetzgebungsverfahrens von seinem ursprünglichen Ziel, einen Tatbestand zur Bekämpfung von Korruption zu schaffen, entfernt hat. Durch die alleinige Aufnahme der Wettbewerbsvariante in den Tatbestand kommt auch der Schutz des Patientenvertrauens, der nach der in der Arbeit vertretenen Auffassung am besten über den Schutz der Sachgerechtigkeit der Berufsausübung erzielt wird, nicht mehr hinreichend zum Ausdruck. Nachdem aufgrund dieser Ausgestaltung der Gesetze nunmehr immer ein Verhalten im Wettbewerb gegeben sein muss, können durchaus Schutzlücken bei unzulässigen Beeinflussungen außerhalb des Wettbewerbs entstehen. Die Tatbestände sind darüber hinaus aber auch kritikwürdig, da sie faktisch die Berufsgruppe der Apotheker aus dem Anwendungsbereich des § 299a StGB ausschließen. Zudem ist im Endeffekt festzustellen, dass die Streichung der Vertrauensbruchvariante gerade nicht den bezweckten Mehrwert mit sich gebracht hat. Das Primärrecht des Gesundheitswesens spielt weiterhin eine wesentliche Rolle bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Unlauterkeit und ist entsprechend immer noch von enormer Relevanz zur Feststellung strafbaren Verhaltens. Die im Rahmen der Vertrauensbruchvariante kritisierten Punkte des je nach Berufsgruppe und Bundesland unterschiedlich ausgestalteten Berufsrechts sowie des nicht vorhandenen Berufsrechts für manche Berufsgruppen und die Unklarheit, welche Regelungen zur Beurteilung der Strafbarkeit heranzuziehen sind, sind bestehen geblieben.

Aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse wird festgestellt, dass ein Tatbestand in Form eines § 356a StGB dem Ziel des Gesetzgebers besser gerecht geworden wäre und der Schutz des

Gesundheitswesen vor korruptivem Verhalten sowie der Schutz des Vertrauens besser hätten umgesetzt werden können.

Im Ergebnis hält die Untersuchung aber auch fest, dass es dem Gesetzgeber zumindest gelungen ist, Tatbestände zu schaffen, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werden und die die wesentlichen Tatbestandsmerkmale im Gesetzestext selbst wiedergeben und den Normadressaten so erkennen lassen, wann er den straffreien Raum mit seinem Verhalten verlässt. Die Vornahme etwaiger weiterer erforderlicher Präzisierungen obliegt nunmehr den Gerichten, die den Tatbeständen durch ihre Rechtsprechung die erforderlichen Konturen zu verleihen haben.