

Stellungnahme

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
17(14)0424(9)

gel. VB zur öAnhörung am 15.05.
13_Prävention/Korruption
14.05.2013

des Bundesverbandes der Pharmazeutischen Industrie e.V. (BPI)

zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP
Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Prävention (BT-Drs. 17/13080)

und

**zum Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und FDP
„Regelungen zur Bekämpfung von Korruption im
Gesundheitswesen“ (A-Drs. 17(14)0416)**

und

**zum Änderungsantrag der Fraktion der SPD „Korruption“
(A-Drs. 17(14)0420) u.a.**

**anlässlich der Anhörung im Ausschuss für Gesundheit
des Deutschen Bundestages
am 15. Mai 2013**

(Stand: 14. Mai 2013)

Stellungnahme

Seite 2 von 15

- Änderungsantrag „Regelungen zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“ der Fraktionen der CDU/CSU und FDP

I. Allgemeines

II. Wird der Bestimmtheitsgrundsatz beachtet?

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

- Der „wirtschaftliche Vorteil großen Ausmaßes“ oder „nicht nur geringfügiger wirtschaftlicher Vorteil“ – wesentlicher Unterschied?
- Regelbeispiel ist kein Tatbestandsmerkmal
- Parallele zu § 370a AO
- Keine Kompensation durch Austausch der Formulierungen

2. Verletzung des Grundsatzes der Allgemeinheit des Gesetzes und des Prinzips der Gleichheit vor dem Gesetz

- Sachliches Differenzierungskriterium für „Leistungserbringer“?

III. Ist die „Sperrwirkung der Privilegierung“ beachtet worden?

- Auslegung der strafrechtlichen Konkurrenzlehre ist zweifelhaft

IV. Weitere Aspekte der Struktur des § 307c SGB V

- Vorteilsbegriff
- Warum sind nicht nur pflichtwidrige Begünstigungen erfasst?
- Unklarheit der Wertgrenzen

V. Auswirkungen auf Kooperationen im SGB V

- Sektorübergreifende Versorgung
- Auswirkungen für Ärztenetze

VI. Fazit

Stellungnahme

Seite 3 von 15

I. Allgemeines

Der Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie e. V. (BPI) unterstützt das Ziel der Fraktionen von CDU/CSU und FDP „Korruption im Gesundheitswesen“ effektiv entgegen wirken zu wollen. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass es in der Vergangenheit aufgrund bestehender Inkonsistenzen im Strafrecht insbesondere im Hinblick auf die Strafbarkeit von freiberuflich tätigen Personen zu sogenannten „Regelungslücken“ gekommen ist, weil beispielsweise niedergelassene Vertragsärzte bei der vertragsärztlichen Versorgung sich nicht wegen der im Strafgesetzbuch verankerten Bestechungsdelikte (§§ 299, 331 Strafgesetzbuch - StGB) strafbar machen konnten. Der Große Senat des Bundesgerichtshofs hat in seiner Entscheidung vom 29. März 2012 (BGH, Beschluss vom 29.3.2012, GSSt 2/11) denn auch zu erkennen gegeben, dass der *Gesetzgeber* berufen sei, etwaige Wertungswidersprüche zu beseitigen.

Gleichwohl ist der BPI der Auffassung, dass der mit dem vorliegenden Änderungsantrag eingeschlagene Weg nicht der richtige ist, da neben Bedenken, ob die Verankerung von Strafvorschriften im Sozialgesetzbuch Fünf (SGB V) - statt im Strafgesetzbuch – die Wertungswidersprüche beseitigen kann, weitere gewichtige Aspekte gegen die vorliegenden „Regelungen zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ sprechen.

Es sprechen nicht

- **hinwegzudenkende verfassungsrechtliche Gesichtspunkte,**
- **gewichtige grundsätzliche strafrechtliche Erwägungen**
- **sowie strafrechtliche Risiken für gewollte Kooperationsformen im SGB V**

gegen die vorliegenden Vorschriften der §§ 70 Abs. 3, 307c SGB V (neu).

Es besteht das gesetzgeberische Risiko und vor allem das strafrechtliche Risiko für die Rechtsunterworfenen, dass die geplanten §§ 70 Abs. 3, 307c SGB V weitere Rechtsunsicherheit produzieren, statt Rechtssicherheit zu schaffen.

Stellungnahme

Seite 4 von 15

Nach Auffassung des BPI enthält der Änderungsantrag erhebliche Regelungsdefizite. Die Bestimmungen werden in der vorgeschlagenen Fassung aller Voraussicht nach einer **verfassungsrechtlichen Kontrolle nicht standhalten** können. Zudem durchbrechen die §§ 70 Abs. 3, 307c Abs. 1 SGB V die bisherige Systematik der Korruptionsdelikte des StGB, was zu unbedachten und unerwünschten Nebenfolgen hinsichtlich der Strafbarkeit von Ärzten führt, die z. B. einen Amtsträgerstatus inne haben: Aufgrund der „**Sperrwirkung der Privilegierung**“ würde der Entwurf das „Strafbarkeitsniveau“ daher für Hochschulmediziner und angestellte Krankenhausärzte sogar absenken, was sich mit der ursprünglichen Intention des Entwurfs kaum vereinbaren lässt (siehe II. - IV.).

Die vorliegenden Regelungen stellen überdies nahezu **sämtliche Kooperationen im Gesundheitswesen** selbst dann unter strafrechtlichen Verdacht, wenn diese durch den Gesetzgeber vorgesehen werden. Es werden somit gesetzlich geforderte Kooperationen mit strafrechtlichen Risiken belastet, was für das Versorgungsgeschehen im System des SGB V nicht gewollte Folgen haben könnte (siehe V.).

Der BPI schlägt demzufolge vor, die bestehenden „Regelungslücken“ im Rahmen einer **grundlegenden Reform der Bestechungsdelikte** zu schließen und insbesondere eine tatbestandliche Erweiterung des § 299 StGB vorzusehen. Zudem ist es unserer Auffassung nach der Bedeutung der Thematik nicht angemessen, wenn die vorhandenen Probleme durch ein selektives „Sonderstrafrecht“, das in einem laufenden Gesetzgebungsverfahren („Omnibus“) implementiert wird, gelöst werden sollen, das darüber hinaus erheblichen Bedenken mit höherrangigem Recht unterliegt.

Auch der **Änderungsantrag der SPD-Fraktion** führt nicht zu einer grundlegenden Reform der Bestechungsdelikte, da **auch hier ein Sonderstrafrecht** für „*Angehörige der Heilberufe*“ - im Strafgesetzbuch - geschaffen werden soll (vgl. § 299a StGB „Bestechlichkeit und Bestechung im *Gesundheitswesen*“).

Nicht zuletzt sollten auch die wirksamen **Selbstregulierungsmechanismen der Transparenz und Selbstkontrolle der pharmazeutischen Industrie** namentlich durch den AKG e. V. (Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen e.V.) und den FSA

Stellungnahme

Seite 5 von 15

(Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V.) bei der Umsetzung einer grundlegenden Reform beachtet werden.

II. Wird der Bestimmtheitsgrundsatz beachtet?

1. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) fordert **Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz** (GG), das die Strafbarkeit eines Verhaltens "gesetzlich bestimmt" ist. Der Einzelne soll nicht nur von vornherein wissen können, was strafrechtlich verboten ist, sondern auch, **welche Strafe ihm für den Fall eines Verstoßes gegen jenes Verbot droht** (vgl. etwa BVerfG, Urteil vom 20.03.2002, 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 154, Rn. 67).

Obwohl sich das Bestimmtheitsgebot sowohl auf die Tatbestands- als auch auf die Rechtsfolgenseite des Strafgesetzes bezieht, ist anerkannt, dass das Maß an zulässiger Unbestimmtheit auf der Rechtsfolgenseite der Norm größer ist, als bei den Voraussetzungen der Strafbarkeit (Tatbestandsseite). Vor diesem Hintergrund ist bei der Prüfung einer Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG zwischen gesetzlichen Straftatbeständen andererseits und Strafzumessungsregeln, zu denen auch die so genannten Regelbeispiele gehören, zu unterscheiden. Da Regelbeispiele die Strafzumessungsseite betreffen, ist die „strenge Bindung der strafenden Staatsgewalt an das Gesetz“ gelockert, das Bestimmtheitsgebot gilt hier „in etwas abgeschwächter Form“ (Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Auflage 2013, § 243, Rn. 4; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 5 Rn. 82).

- **Der „wirtschaftliche Vorteil großen Ausmaßes“ als Tatbestandsvoraussetzung in § 307c Abs. 1 SGB V – ursprüngliche Entwurfsfassung – unzureichende Kompensation der Bestimmtheitsdefizite in der Antragsfassung vom 7. Mai 2013 (A.-Drs. 17/(14)0416)**

Stellungnahme

Seite 6 von 15

Hieraus ergeben sich - wegen des Verstoßes gegen § 103 Abs. 2 GG - erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die geplante Regelung der §§ 70 Abs. 3, 307c Abs. 1 SGB V. Nach der Strafvorschrift des § 307c Abs. 1 SGB V in der ursprünglichen Fassung (Mitte April 2013) war vorgesehen, dass nicht jede Vorteilsannahme im Sinne des § 70 Abs. 3 SGB V tatbestandsmäßig sein sollte, sondern nur dann, wenn sie sich auf einen „wirtschaftlichen Vorteil großen Ausmaßes“ bezieht. Der Begriff des großen Ausmaßes hatte daher bei § 307c Abs. 1 SGB V die Funktion eines Tatbestandsmerkmals und gehörte zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit, für die Art. 103 Abs. 2 GG ohne jede Einschränkung gilt.

Die Begrenzung des Tatbestands über den Begriff des „großen Ausmaßes“ zeigte erstens, dass die Autoren des ursprünglichen Entwurfs die Bestechung des Leistungserbringers als weniger schwerwiegend erachten, als die der Angestellten im Sinne des § 299 StGB und daher eine weder bei § 299f. StGB, noch bei § 331ff. StGB vorgesehene Erheblichkeitsschwelle implementieren wollten. Die Vorteilsannahme der „Leistungserbringer“ wird demnach offenbar **kriminalpolitisch nur eingeschränkt als strafwürdig und strafbedürftig** angesehen.

Zweitens ist der **Begriff** des „großen Ausmaßes“, wie der Bundesgerichtshof (BGH) in mehreren Entscheidungen hervorgehoben hat, **„für sich gesehen ein unbestimmter“** (BGH, Urteil vom 07.10.2003, 1 StR 274/03, NJW 2004, zu § 263 Abs. 3 2 Nr. 2 Alt. 1 (Vermögensverlust großen Ausmaßes bei § 263 StGB) sowie BGH, Urteil vom 07.10.2003, 1 StR 212/03, NJW 2203, 3717 (zum Vermögensverlusts großen Ausmaßes bei der Untreue, §§ 263 Abs. 3, 2 Nr. 2 Alt 1 i.V.m. § 266 Abs. 2 StGB). Der BGH hat die genannten Normen nur deshalb als mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar angesehen, weil es sich um die Strafzumessung betreffende Regelbeispiele handelt, die durch Gesamtumstände widerlegbar sind. **Offensichtlich wurde daher bei dem Entwurf der §§ 70 Abs. 3, 307c Abs. 1 SGB V übersehen, dass eine etablierte Formulierung im Rahmen von Regelbeispielen zu einem Tatbestandsmerkmal „hoch gestuft“ wurde.**

Stellungnahme

Seite 7 von 15

➤ Regelbeispiel ist kein Tatbestandsmerkmal

Der Begriff des „großen Ausmaßes“, der sich im Strafgesetzbuch und in strafrechtlichen Nebengesetzen z. B. im Zusammenhang mit der Verursachung von Vermögensschäden findet, ist stets **Regelbeispiel und kein Tatbestandsmerkmal**. Dies gilt zum Beispiel für den besonders schweren Fall des Betruges, § 263 Abs. 3, 2 Nr. 2 StGB, den besonders schweren Fall des Subventionsbetruges, § 264 Abs. 2, 2 Nr. 1 StGB, den besonders schweren Fall der Untreue, § 266 Abs. 2, § 263 Abs. 3 StGB, den besonders schweren Fall des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt, § 266a Abs. 4, 2 Nr. 1 StGB, den besonders schweren Fall der Urkundenfälschung, § 267 Abs. 3, 2 Nr. 2 StGB, den besonders schweren Fall der Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, § 300, 2, Nr. 1 StGB, den besonders schweren Fall der Bestechung und Bestechlichkeit, § 335 Abs. 2 Nr. 1 StGB sowie den besonders schweren Fall der Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 3 2, Nr. 1 Abgabenordnung (AO).

➤ Parallele zu § 370a AO

Insbesondere im Hinblick auf das zuletzt genannte Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 AO ist hier in Erinnerung zu rufen, dass der zwischenzeitlich aufgehobene § 370a AO ein **Tatbestandsmerkmal der Verkürzung von Steuern „in großen Ausmaß“** kannte (eingefügt durch das Steuerbeamtenausbildungsgesetzes (StBAG, BGBl. I 2002 S. 2715).

Die damalige Vorsitzende des für Steuerstrafrecht zuständigen 5. Strafsenat und spätere Generalbundesanwältin Monica Harms hatte der Norm bereits kurz nach dem Inkrafttreten keine lange Lebenszeit prophezeit, weil sie gegen das Bestimmtheitsgebot verstoße (*Harms, § 370a AO – Optimierung des steuerstrafrechtlichen Sanktionensystems oder gesetzgeberischer Fehlgriff?, in: Hirsch u.a., Hrsg.: Festschrift für Kohlmann 2003, S. 413ff., 423ff, 426: „völlig konturenlos“*). Ein Jahr später wurde dieser Standpunkt auch in einer Entscheidung des BGH (*Beschluss vom 22.07.2004, 5 StR 85/04*) eingenommen. Bereits im Orientierungssatz der Entscheidung heißt es:

„Das in dem Straftatbestand der gewerbsmäßigen und bandenmäßigen Steuerhinterziehung gemäß § 370a StGB entscheidende Verbrechenmerkmal der

Stellungnahme

Seite 8 von 15

Steuerverkürzung "in großem Ausmaß" erscheint unter Bedacht auf Art. 103 Abs.2 GG nicht ausreichend bestimmt. Es lässt sich nicht erkennen, unter welchen Voraussetzungen dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, welche Anknüpfungspunkte maßgeblich sein sollen und ob es auf den jeweiligen Einzelfall ankommt oder ob bei einer Vielzahl von Hinterziehungstaten eine Gesamtbetrachtung des Tatbildes-entscheidend sein soll.“

Um einer Aufhebung der Norm durch das Bundesverfassungsgericht zuvorzukommen, hat der Gesetzgeber den Tatbestand sodann aufgehoben und die Verkürzung in „großen Ausmaß“ zum Regelbeispiel herabgestuft.

- **Keine Kompensation durch die Fassung im Änderungsantrag vom 07.05.2013 „nicht nur geringfügigen wirtschaftlichen Vorteil“**

Offensichtlich ist die oben ausgeführte verfassungsrechtliche Problematik dennoch erkannt worden. Im aktuellen Änderungsantrag vom 07.05.2013 findet sich die Einschränkung hinsichtlich des Vermögensvorteils großen Ausmaßes nicht mehr. Stattdessen wird dem Anliegen der Begrenzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nunmehr dadurch Rechnung getragen, dass der „**wirtschaftliche Vorteil**“ „**nicht nur geringfügig**“ sein darf. Insofern wird aber nach dem Dafürhalten des BPI lediglich ein unbestimmter Begriff „großen Ausmaßes“ durch einen anderen unbestimmten Begriff „nicht nur geringfügig“ ersetzt. Die Aufnahme des Begriffes der Geringfügigkeit in den gesetzlichen Straftatbestand zeigt, dass es sich insoweit nicht nur um die allgemeine ungeschriebene Grenze der Sozialadäquanz handelt. Denn ansonsten wäre Integration in den Tatbestand entbehrlich gewesen. Vielmehr soll offensichtlich – und dies bestätigt die Entwurfsbegründung - eine **darüber hinausgehende Erheblichkeitsschwelle konstituiert werden**, die für den Normadressaten allerdings ebenso unklar ist, wie der Vorteil großen Ausmaßes. Insbesondere ist nicht voraussehbar, wann die „Kleinigkeit“ (vgl. die Entwurfsbegründung auf Seite 8) aufhört und der Tatbestand beginnt, unter welchen Prämissen eine tatbestandsmäßige „sachwidrige Beeinflussung des Leistungserbringers“ anzunehmen und wann, bzw. bei wie vielen Einzelzuwendungen von „Kleinigkeiten“ auszugehen ist. Zusammenfassend liegt auch bei der neuen Formulierung ein eklatantes Bestimmtheitsdefizit vor, so dass die Norm vor dem

Stellungnahme

Seite 9 von 15

Bundesverfassungsgericht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keinen Bestand haben wird.

2. Verletzung des Grundsatzes der Allgemeinheit des Gesetzes und des Prinzips der Gleichheit vor dem Gesetz

Ferner will der BPI darauf verweisen, dass die **selektive Kriminalisierung** einer (ebenfalls nicht ausreichend bestimmt abgegrenzten) **Berufsgruppe der „Leistungserbringer“** im SGB V verfassungsrechtlich ebenfalls nicht zu rechtfertigen ist.

Grundrechtsbegrenzende Gesetze, d.h. insbesondere Strafgesetze, müssen gem. Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG allgemein und nicht lediglich für bestimmte Einzelfälle gelten. Soweit sie sich im Sinne von „**echten Sonderdelikten**“ (*Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 10, Rn. 130*) auf bestimmte Tätermerkmale beziehen, kommt es aufgrund der in Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip verwurzelten Idee der Gleichheit vor dem Gesetz für die Verfassungskonformität des Gesetzes darauf an, ob für die Abgrenzung des Personenkreises in §§ 70 Abs. 3. 307c Abs. 1 SGB V ein **sachliches Differenzierungskriterium** ersichtlich ist (*Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, Tübingen 2009, S. 335ff.*).

Ein derartiges Kriterium ist vorliegend aber nicht ersichtlich. Die Kriminalisierung der Leistungserbringer (und ihrer Vertragspartner) erscheint unserer Ansicht nach willkürlich. Ohne jede rechtfertigende Grundlage ist in diesem Zusammenhang zunächst die Ausklammerung der Ärzte, die lediglich im Rahmen der privatärztlichen Versorgung tätig werden, und die nach dem Wortlaut des §§ 70 Abs. 3. 307c Abs. 1 SGB V und dem Regelungszusammenhang im SGB V nicht unter dessen Voraussetzungen subsumiert werden können. Weiterhin stellt sich die geplante Regelung als **eine ebenfalls der Sache nach nicht zu rechtfertigende Benachteiligung einer bestimmten Berufsgruppe unter den Freiberuflern** dar. Willkürlich erstreckt sich die Kriminalisierung auf „Leistungserbringer“ im Gesundheitswesen, willkürlich klammert sie andere Freiberufler, beispielsweise Rechtsanwälte oder Architekten, von der Strafbarkeit aus. Letztere können sich demnach

Stellungnahme

straflos bestechen lassen, sofern sie im Auftrag einer Privatperson handeln. Nur Leistungserbringer im Gesundheitswesen sollen sich strafbar machen können.

Alleine dieses Beispiel zeigt, dass den verfassungsrechtlichen Anforderungen des vom Großen Senat des BGH in der Entscheidung vom 29. März 2012 – GSSt 2/11 postulierten Anliegens der „Lückenschließung“ nur dann nachgekommen werden kann, wenn dies im Rahmen eines **allgemeinen Gesetzes**, wie beispielsweise § 299 StGB, erfolgt. Entsprechende Reformvorschläge werden im strafrechtswissenschaftlichen Schrifttum seit längerem diskutiert (*vgl. etwa Pragal, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299, Köln u.a. 2006, S. 194ff.*).

III. Unbedachte Nebenfolgen: Die Sperrwirkung der Privilegierung

Wie die Begründung des Änderungsantrages zeigt, ist davon auszugehen, dass Leistungserbringer oder Angestellte von Leistungserbringern, die zugleich Angestellte eines geschäftlichen Betriebes oder Amtsträger sind, neben §§ 70 Abs. 3, 307c Abs. 1 SGB V auch nach §§ 299, 331 StGB strafbar sein können. **Diese Auslegung verkennt jedoch grundlegende Prinzipien der strafrechtlichen Konkurrenzlehre und führt zu unbedachten Nebenfolgen der beabsichtigten gesetzlichen Regelung.**

Nach Auffassung des BGH (*Urteil vom 10.02.1994, 1 StR 792/93, NStZ 1994, 277; Urteil vom 15.05.1997, 1 StR 233/96*) und eines Teils des strafrechtlichen Schrifttums (*z.B. Fischer, StGB, § 332, Rn. 40*) ist der Tatbestand der Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) eine **Auffangvorschrift**, die nur hilfsweise gilt, sofern nicht speziellere Vorschriften (§§ 331ff. StGB) einschlägig sind.

Legt man diese Position zugrunde, käme im Gegensatz zu der Auffassung der Autoren des Änderungsantrages keine Tateinheit zwischen §§ 70 Abs. 3, 307c Abs. 1 SGB V mit §§ 331ff., 299f. StGB in Betracht, sondern die speziellere Regelung für Leistungserbringer und ihre Angestellten (§§ 70 Abs. 3, 307c Abs. 1 SGB V) ginge den strafrechtlichen Regelungen mit der Folge vor, dass sie im Rahmen der Gesetzeskonkurrenz verdrängt werden würden („*lex specialis derogat legi generali*“).

Stellungnahme

Stellt man überdies in Rechnung, dass §§ 70 Abs. 3. 307c Abs. 1 SGB V mit Blick auf die besondere Erheblichkeitsschwelle des Vorteils großen Ausmaßes und der gegebenen Einschränkung im tatbestandsmäßigen Verhalten (Beschränkung auf die Tathandlungen des Annehmens und Gewährs, Ausklammerung der Tathandlungen des Forderns, Anbietens, Sich versprechen Lassens und Versprechens) gegenüber den §§ 299, 331ff. StGB das mildere Gesetz darstellt, wäre zudem die **„Sperrwirkung der Privilegierung“** (Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 4, Rn. 113) zu berücksichtigen. Treffen erschwerende Umstände (zum Beispiel die Amtsträgerstellung) mit privilegierenden Umständen (Leistungserbringer/Angestellter des Leistungserbringers) zusammen, **sperrt die Privilegierung die Qualifikation**. Praktisch hätte dies zur Folge, dass bei der Bestechung eines Hochschulmediziners nicht mehr auf §§ 331ff. StGB, sondern (nur) auf §§ 70 Abs. 3. 307c Abs. 1 SGB V abgestellt werden könnte.

Dieser Gesichtspunkt wird offensichtlich nicht berücksichtigt. Dies führt nicht nur zu einer „weitreichenden Entkriminalisierung der Korruption im Gesundheitswesen“, weil Fälle unterhalb der Schwelle des Vorteils großen Ausmaßes nicht mehr erfasst werden, sondern dies berührt auch die gesamte „Statik“ des bisherigen gesetzlichen Regelungswerks. Insbesondere die durch höchstrichterliche Entscheidungen zum Beispiel im Bereich des Drittmittelrechts gezogenen Grenzen oder die Rechtssicherheit, die durch eine „Dienstherrengenehmigung“ erzielt werden kann, stünden zur Disposition.

IV. Weitere Aspekte der Struktur des § 307c StGB

Neben den oben genannten grundsätzlichen Bedenken gegen die geplanten Vorschriften sind ferner folgende Aspekte zu berücksichtigen.

➤ **Vorteilsbegriff**

Es ist unklar, welcher Vorteilsbegriff in § 70 Abs. 3 Satz 2 SGB V zugrunde gelegt werden soll. Der Vorteilsbegriff in § 331 Abs. 1 StGB erfasst jede Leistung, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage

Stellungnahme

objektiv verbessert (vgl. BGH, Urteil vom 23. Mai 2001 - I STR 372/01- Juris Rn. 38). Hiernach wäre schon der Abschluss eines Vertrages mit angemessener Leistung und Gegenleistung ein Vorteil, wenn der Arzt keinen Rechtsanspruch auf den Abschluss eines entsprechenden Vertrages hat.

Diese Auslegung könnte laut der Gesetzesbegründung auch für die geplante Regelung (§ 70 Abs. 3 Satz 2 SGB V) angewandt werden, wonach „auf den Abschluss wirtschaftlich günstiger Verträge“ abgestellt werden soll. Danach würden aller Voraussicht nach auch Verträge mit angemessener Gegenleistung dem Grunde nach vom Verbotstatbestand erfasst. Dennoch ist nicht klar erkennbar, von welchem Vorteilsbegriff der Gesetzgeber ausgeht.

➤ Zusammenhang zwischen Vorteil und Bevorzugung

Nach dem Wortlaut des § 70 Abs. 3 Satz 2 SGB V muss der Vorteil „als Gegenleistung“ für die Bevorzugung angenommen bzw. gewährt werden. Dies kann man im Sinne einer strikten Kausalität oder aber auch – worauf die Gesetzesbegründung hindeutet – als **Unrechtsvereinbarung** verstehen.

In der Gesetzesbegründung wird zwar mehrfach auf die „Bestechlichkeit“ Bezug genommen, die sich im Strafrecht dadurch auszeichnet, dass der Amtsträger zu einem pflichtwidrigen Tun veranlasst worden sein muss. Überträgt man dies auf die „Ärztebestechung“, müsste es sich hier also um eine **pflichtwidrige Bevorzugung** oder Begünstigung handeln. Diese Beschränkung wird aber im Wortlaut der Vorschriften an keiner Stelle zum Ausdruck gebracht. Der wesentliche Unterschied zeigt sich insbesondere durch einen **Vergleich mit § 299 StGB**. Auch diese Vorschrift zielt auf unzulässige Kooperationen. Unter Strafe gestellt wird aber nur die „**unlautere**“ Bevorzugung. Ein vergleichbarer Vorbehalt fehlt im Wortlaut des § 70 Abs. 3 Satz 2 SGB V bzw. in § 307 c SGB V.

Demnach müsste der Gesetzgeber hier wenigstens eine dem § 299 StGB vergleichbare Formulierung der **unlauteren Beeinflussung** einfügen, damit nur pflichtwidrige Begünstigungen erfasst werden.

Stellungnahme

➤ Unklarheit der Wertgrenzen

§ 307 c Abs. 1 SGB V will die Strafbarkeit beschränken, indem die Vorteilsgewährung nicht nur geringfügige wirtschaftliche Vorteile betreffen soll. Der Hinweis in der Gesetzesbegründung auf die Strafwürdigkeit der fortgesetzten Annahme „**mehrerer kleinerer Vorteile**“ lässt aber vermuten, dass die Grenze schnell erreicht sein könnte.

So ist Ärzten nach § 32 Abs. 1 Satz 1 Musterberufsordnung der Ärzte (MBO-Ä) die Annahme von Vorteilen nicht gestattet, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird. Auch diese Perspektive findet sich in der Begründung zu § 307 c SGB V wieder, wenn es dort heißt, dass die Vorteile nicht erfasst werden sollen, die für die wirtschaftliche Situation des Begünstigten nicht ins Gewicht fallen, so dass hiervon keiner oder nur ein geringer Einfluss auf die Diagnose- oder Therapieentscheidung ausgehen kann.

Jedoch ist hier von einer **Unklarheit der Wertgrenzen** und einer **Unklarheit im Hinblick auf die Perspektive der Beurteilung** auszugehen, weil die Gesetzesformulierung zu unpräzise ist.

V. Auswirkungen auf Kooperationen im SGB V

➤ Sektorübergreifende Versorgung

Der Sachverständigenrat hat in der Vergangenheit die Fehl-, Unter- und Überversorgung im Gesundheitssystem kritisiert und diese insbesondere auf die starren Sektorengrenzen zurückgeführt. Der Gesetzgeber hat daher in mehreren Gesundheitsreformen die **sektorübergreifende Versorgung** fördern wollen und zu diesem Zwecke Kooperationen vorgesehen. Gesetzliche Beispiele hierfür sind §§ 11 Abs. 4 Satz 2, 39 Abs. 1 Satz 4, 39 a Abs. 2 Satz 2, 116 b Abs. 4 Satz 9-11 SGB V.

Diese Kooperationsformen setzen zwingend eine Steuerung für die **Versorgungsüberleitung an andere Leistungserbringer** voraus. Der Leistungserbringer,

Stellungnahme

der in Ausübung dieser Versorgungsmanagementleistungen eine Zuweisung empfängt, eröffnet sich eine **Behandlungs- und damit eine Abrechnungsmöglichkeit**. Diese ist zwar notwendige Folge der wahrgenommenen Überleitungsverantwortung und der die Zuweisung empfangene Leistungserbringer erhält nur eine angemessene Vergütung für die von ihm erbrachte Versorgungsleistung. Aber auch diese sollen unter den Vorteilsbegriff des § 70 Abs. 3 Satz 2 SGB V fallen.

Erhält dann der Zuweisende ebenfalls Vorteile, z. B. über eine „Rücküberweisung“ würde der Straftatbestand – je nach Auslegung – erfüllt sein. Man wird die gesetzlichen Vorschriften zu den erlaubten Kooperationen allenfalls als „Rechtfertigungsgründe“ ansehen können. Dennoch müsste die Einschränkung auf Tatbestandsebene und nicht erst auf Rechtfertigungs- oder Schuldebene erfolgen.

➤ **Ärztetze**

Ein kooperatives Zusammenwirken mit wechselnden Zuweisungen ist auch für **Ärztetze** typisch. Der Gesetzgeber hat in § 87 Abs. 2 c SGB V vorgesehen, dass die Mitgliedschaft in solchen Kooperationen für den Arzt **vergütungserhöhend** wirken kann. Zuweisungsbeziehungen sieht auch § 11 Abs. 2 Apothekengesetz für die Zytostatika-Versorgung zwischen Arzt und Apotheke vor. Das Gleiche gilt nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Apothekengesetz für die Arzneimittelversorgung von integrierten Versorgungsverträgen.

Diese gesetzlich vorgesehenen Kooperationen dienen der **Verbesserung der Qualität und/oder Wirtschaftlichkeit der Versorgung**. Sie sind zum Teil auch durch § 128 Abs. 4 a SGB V gerechtfertigt. Diese Kooperationen funktionieren nicht nur in eine Richtung. Der Apotheker erhält beispielsweise im Rahmen des § 11 Abs. 2 Apothekengesetz (ApoG) Rezepte über Zytostatika-Zubereitungen, die er dann unmittelbar (kostenfrei) an einen Arzt ausliefert und ihm dadurch einen Vorteil verschafft. Gleiches gilt für die Beschränkung der Arzneimittelversorgung in integrierten Versorgungsmodellen auf eine einzige Apotheke, wenn diese dann dafür andere Leistungen erbringt (z. B. Beratungsleistungen oder Rabatte, die mittelbar der Bonifizierung der Ärzte dienen).

Stellungnahme

Seite 15 von 15

Demnach würde der Gesetzgeber die von ihm selbst gewollten Kooperationsformen im SGB V unter strafrechtlichen Generalverdacht stellen. Dies erscheint weder nachvollziehbar noch schafft es Rechtsicherheit.

VI. Fazit

Der BPI schlägt vor, die bestehenden „Regelungslücken“ im Rahmen einer **grundlegenden Reform der Bestechungsdelikte** umzusetzen. Sofern der Gesetzgeber dennoch an dem eingeschlagenen Weg festhalten will, müssen wenigstens die strafrechtlichen Vorschriften zielgenau und präzise gefasst werden, damit die Rechtsunterworfenen klar erkennen können, wann eine Strafbarkeit gegeben wäre und wann nicht.