



Spitzenverband

Deutscher Bundestag

Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache

17(14)0339

Zum Exp.Gespräch 24.10.12_BGH-
Urteil

17.10.2012

Positionen des GKV-Spitzenverbandes

zu dem Expertengespräch
über Konsequenzen aus dem BGH-Beschluss zur
Strafbarkeit von Kassenärzten wegen Bestechlichkeit
am 24.10.2012

GKV-Spitzenverband
Mittelstraße 51, 10117 Berlin
Telefon +49 (0) 30 206 288-0
Fax +49 (0) 30 206 288-88
politik@gkv-spitzenverband.de

www.gkv-spitzenverband.de



Vorbemerkung

Der GKV-Spitzenverband hat im Rahmen seiner Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (BT-Drucksache 17/10488) einen Regelungsvorschlag zur Bekämpfung von Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen erarbeitet und als Auszug auf den folgenden Seiten beigefügt.



Neu: § 308 SGB V

Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

A) Vorgeschlagene Regelung

Der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofes (BGH) hat in einer Grundsatzentscheidung vom 29.03.2012 (GSSt 2/11) zum sog. „ratiopharm-Komplex“ beschlossen, dass ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben (§ 73 Abs. 2 SGB V, hier: Verordnung von Arzneimitteln) weder als Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen im Sinne des § 299 StGB handelt.

Der BGH hatte nur zu entscheiden, ob „korruptives Verhalten“ niedergelassener Vertragsärzte, die von einem Pharma-Unternehmen Vorteile als Gegenleistung für die Verordnung von Arzneimitteln dieses Unternehmens entgegennehmen, nach dem geltenden Strafrecht strafbar ist. Darüber zu befinden, ob Korruption im Gesundheitswesen strafwürdig ist und durch Schaffung entsprechender Straftatbestände zukünftig eine effektive strafrechtliche Ahndung ermöglicht werden soll, sei Aufgabe des Gesetzgebers. Der BGH unterstreicht „die grundsätzliche Berechtigung des Anliegens, Missständen, die – allem Anschein nach – gravierende finanzielle Belastungen des Gesundheitssystems zur Folge haben, mit Mitteln des Strafrechts effektiv entgegenzutreten“.

Da insbesondere korruptives Verhalten niedergelassener Vertragsärzte nach dem geltenden Strafrecht nicht strafbar ist, wird zur Schließung dieser Strafbarkeitslücke die Schaffung einer neuen „Strafvorschrift“ im Elften Kapitel des SGB V vorgeschlagen, um zukünftig eine effektive Verfolgung und wirksame Ahndung von Verstößen gegen die hier einschlägigen sozialgesetzlichen und berufsrechtlichen Verbote zu ermöglichen.

Die neue Strafvorschrift dient dem Patientenschutz. Primäres Rechtsgut der Vorschrift ist, dass insbesondere niedergelassene Vertragsärzte bei einer Verordnung unbeeinflusst von eigenen wirtschaftlichen Interessen bleiben und so die Wahlfreiheit der gesetzlich Versicherten wahren. Damit wird die Konfliktsituation verhindert, in der ein einzelner Vertragsarzt seine Verordnungsentscheidung nicht auf Grund medizinischer Erwägungen im Interesse des Patienten trifft, sondern z.B. durch „unzulässige Zuwendungen“ im Sinne des § 128 Abs. 2 SGB V davon profitiert. Geschützt wird damit auch das Vertrauen in die Lauterkeit (vertrags)ärztlicher Entscheidungen.

B) Stellungnahme

Durch die vorgeschlagene Gesetzesänderung wird der mit der Grundsatzentscheidung des BGH offen zu Tage getretene Wertungswiderspruch beseitigt, wonach der in einem MVZ oder in einer



Berufsausübungsgemeinschaft angestellter Arzt bei der Verordnung von Arznei- oder Hilfsmitteln als „Angestellter“ den geltenden Straftatbestand des § 299 Abs. 1 StGB erfüllen kann, während ein im gleichen MVZ oder in der gleichen Berufsausübungsgemeinschaft niedergelassener Vertragsarzt nicht als „Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen“ im Sinne des § 299 StGB handelt.¹

Die bestehenden sozialgesetzlichen oder berufsrechtlichen Verbote können korruptives Verhalten im Gesundheitswesen in der Praxis ganz offensichtlich nicht wirksam verhindern und bekämpfen. Das gilt insbesondere für die sozialgesetzliche Regelung des § 128 SGB V.

Nach § 128 Abs. 3 SGB V haben die Krankenkassen vertraglich sicherzustellen, dass Verstöße gegen das hier einschlägige Zuwendungsverbot angemessen geahndet werden. Für den Fall schwerwiegender und wiederholter Verstöße ist in den Verträgen vorzusehen, dass Leistungserbringer für die Dauer von bis zu zwei Jahren von der Versorgung der Versicherten ausgeschlossen werden können. Die gesetzliche Verpflichtung angemessene Vertragsstrafen zu verhängen, umfasst gem. § 128 Abs. 3 Satz 2 SGB V allerdings ausschließlich nicht-ärztliche Leistungserbringer, nicht dagegen niedergelassene Vertragsärzte.

Schwerwiegende und wiederholte Verstöße gegen das Zuwendungsverbot (§ 128 Abs. 2 SGB V) können von den insoweit zuständigen Krankenkassen außerdem nicht wirksam geahndet werden. Ein schwerwiegender Verstoß soll nach der Gesetzesbegründung „insbesondere dann vorliegen, wenn Zuwendungen in erheblicher Höhe oder über einen längeren Zeitraum gewährt worden sind“ (vgl. BT-Drs. 16/10609, S. 58).

Dieser Beweis, dass „Zuwendungen in erheblicher Höhe oder über einen längeren Zeitraum gewährt worden sind“ ist den Krankenkassen aber gar nicht möglich. Um insoweit verwertbare Beweismittel aufzudecken, reichen die anhand der Abrechnungsunterlagen festgestellten Verordnungsströme von einem niedergelassenen Vertragsarzt zu einem bestimmten nicht-ärztlichen Leistungserbringer jedenfalls nicht aus. Vielmehr bedarf es dazu regelmäßig des Tätigwerdens der zuständigen Ermittlungsbehörden, die entsprechende Durchsuchungsmaßnahmen in den Geschäftsräumen veranlassen müssen, um die notwendigen Beweismittel auffinden und sicherstellen zu können.

¹ Vgl. in diesem Sinne bereits die Stellungnahme des GKV-Spitzenverbandes zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit am 28.03.2012 zum Antrag „Korruption im Gesundheitswesen wirksam bekämpfen“ (BT-Drs. 17/3685), Ausschussdrucks. 17(14)248(7).



Damit die Ermittlungsbehörden entsprechend unterrichtet werden können, muss von den gesetzlichen Krankenkassen aber stets der Anfangsverdacht einer strafbaren Handlung begründet werden, vgl. § 197 a Abs. 4 SGB V.

Beim Sachverhalt der unzulässigen Zusammenarbeit zwischen Vertragsärzten und nicht-ärztlichen Leistungserbringern nach § 128 SGB V konnte mit der früheren BGH-Rechtsprechung² davon ausgegangen werden, dass insoweit stets auch der Anfangsverdacht einer Korruptionsstraftat gem. §§ 331 ff. StGB bzw. gem. § 299 StGB bestehen könnte (vgl. ausdrücklich Flasbarth, in: Orłowski u.a. (Hrsg.), GKV-Kommentar SGB V, 2012, § 128, Rn 96).

Der Große Strafsenat des BGH hat diese umstrittene Rechtsfrage aber nunmehr abschließend dahingehend beantwortet, dass sich niedergelassene Vertragsärzte bei der Verordnung von Arzneimitteln nach dem geltenden Strafrecht nicht strafbar machen.

Nach Ansicht des GKV-Spitzenverbandes kommt es hier allein darauf an, dass das Zuwendungsverbot des § 128 Abs. 2 SGB V nach der Gesetzesbegründung gerade deshalb eingeführt wurde, „weil allein die straf-, berufs- und wettbewerbsrechtlichen Vorschriften in der Praxis fragwürdige Formen der Zusammenarbeit offenbar nicht wirksam verhindern konnten“. Bereits die Gesetzesbegründung zu § 128 Abs. 3 SGB V stellte in Richtung der insoweit verpflichteten Krankenkassen explizit klar: „Zuwiderhandlungen gegen die Verbote nach den Absätzen 1 und 2 müssen wirksam geahndet werden können“ (vgl. BT-Drs. 16/10609, S. 58).

In der täglichen Ermittlungspraxis der insoweit gem. § 197 a SGB V zuständigen Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen der Mitgliedskassen des GKV-Spitzenverbandes läuft die vom Gesetzgeber beabsichtigte eigenständige sozialrechtliche Ahndung von Verstößen gegen das Zuwendungsverbot gem. § 128 Abs. 2 SGB V völlig ins Leere.³ Die Regelung des § 128 Abs. 3 SGB V ermöglicht in der gegenwärtigen Ausgestaltung weder empfindliche Sanktionen, noch eine „wirksame Abschreckung“.

² BGH, Beschl. v. 05.05.2011 – 3 StR 458/10; BGH, Beschl. v. 20.07.2011 – 5 StR 115/11.

³ Vgl. in diesem Sinne bereits die Stellungnahme des GKV-Spitzenverbandes zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit am 19.10.2011 zum GKV-Versorgungsstrukturgesetz (BT-Drs. 17/6906), Ausschussdrucks. 17(14)0188(59).1.



Darüber hinaus können auch die bereits seit langem bestehenden berufsrechtlichen Verbote, z.B. das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt gem. § 31 MBO-Ä, korruptives Verhalten niedergelassener Vertragsärzte in der Praxis ganz offensichtlich nicht wirksam bekämpfen. Berufsrechtliche Sanktionen der zuständigen Landesärztekammern sind nach der im Standard-Kommentar zur Musterberufsordnung-Ärzte vertretenen Rechtsauffassung „selten genug“ (vgl. nur Ratzel/Lippert, Kommentar zu § 31 MBO-Ä, 5. Aufl. 2010, Rn. 1).

Diese Rechtsauffassung wird durch die Ergebnisse einer aktuellen empirischen Studie der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg eindrucksvoll bestätigt. Ein erschreckend hoher Anteil (19 %) der befragten niedergelassenen Ärzte räumte ein, das berufsrechtliche Verbot der Zuweisung gegen Entgelt (§ 31 MBO-Ä) entweder gar nicht zu kennen oder sich nie dafür interessiert zu haben. Des Weiteren war sich über die Hälfte befragten niedergelassenen Ärzte (52 %) der mangelnden Kontrollen und Sanktionen durch die zuständigen Landesärztekammern bewusst. Durch die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des BGH werden sich die Kontrolldefizite vielmehr noch weiter verstärken. Zum einen entfällt nunmehr das Risiko einer Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit. Zum anderen verfügen auch die Landesärztekammern nicht über die Ermittlungskompetenzen einer Staatsanwaltschaft. Die Strafbarkeitslücken sollten deshalb geschlossen werden (vgl. Bussmann, Unzulässige Zusammenarbeit im Gesundheitswesen durch „Zuweisung gegen Entgelt“, 2012, im Erscheinen).

Die am Beispiel der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen der gesetzlichen Krankenkassen erläuterten Beweisschwierigkeiten, dass „verdeckte“ unzulässige Zuwendungen als Gegenleistung für die Verordnung von Hilfs-, Arznei- oder Heilmitteln gewährt werden, stellen sich gleichermaßen auch für die (paritätisch mit Vertretern der Kassenärztlichen Vereinigungen und der gesetzlichen Krankenkassen besetzten) Zulassungsausschüsse.

Eine Entziehung der vertragsärztlichen Zulassung erfolgt in der Verwaltungspraxis nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur in Ausnahmefällen, da diese Sanktion die Berufsfreiheit in dem Maße einschränkt, dass sie in ihrer Wirkung einer Beschränkung der Berufswahl nach Art. 12 GG nahe kommt. Die Entziehung der Zulassung setzt dabei voraus, dass der Vertragsarzt seine vertragsärztlichen Pflichten gröblich verletzt hat (§ 95 Abs. 6 Satz 1 SGB V, § 27 Ärzte-ZV). Eine gröbliche Pflichtverletzung liegt aber erst vor, wenn durch sie das Vertrauen der Kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassen insbesondere in die ordnungsgemäße Behandlung der Versicherten und/oder in die Rechtmäßigkeit des Abrechnungsverhaltens derart gestört ist, dass diesen eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zugemutet werden kann (ständige Rechtsprechung, vgl. BSG, Urt. v. 20.10.2004 - B 6 KA 67/03 R).

Grundsätzlich dürfen der Entziehungsentscheidung des zuständigen Zulassungsausschusses aber nur eigene Ermittlungen oder rechtskräftige Feststellungen Dritter (z.B. eines Strafgerichts) zu-



grunde gelegt werden. In der sozialgerichtlichen Rechtsprechung wird dafür zumindest ein rechtskräftiger Strafbefehl für erforderlich gehalten (vgl. nur Großbölting/Jaklin, NZS 2002, 525, 528). Nach dem oben Gesagten ist aber letztlich auch den Zulassungsausschüssen in der Regel kein eigenständiger Nachweis möglich, dass Zuwendungen in erheblicher Höhe oder über einen längeren Zeitraum gewährt worden sind.

Wenn sich aber bei korruptivem Verhalten niedergelassener Vertragsärzte nunmehr gar kein Anfangsverdacht einer strafbaren Handlung begründen lässt und damit zukünftig gar keine Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaften mehr eingeleitet werden können, wird letztlich erst recht keine Entziehung der vertragsärztlichen Zulassung wirksam durchgesetzt werden können.

Da die derzeitige Rechtslage zur Verhinderung und Bekämpfung von „korruptivem Verhalten“ insbesondere niedergelassener Vertragsärzte nicht länger als ausreichend angesehen werden kann, besteht dringender gesetzlicher Regelungsbedarf. Gerade aus kriminalpolitischen Gründen ist es angezeigt, den (beinahe unstreitig) in erheblichem Umfang zu Lasten des Gesundheitssystems bestehenden korruptiven Strukturen auch strafrechtlich entgegenzutreten (vgl. dazu nur Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Aufl. 2012, § 299 StGB, Rn 10 f).

C) Änderungsvorschlag

Der gegenwärtig weggefallene § 308 SGB V wird aus dem Zwölften Kapitel in das Elfte Kapitel (Straf- und Bußgeldvorschriften) verschoben und wie folgt neu gefasst:

§ 308 - Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

(1) Wer als angestellter Arzt⁴, Vertragsarzt oder Leistungserbringer⁵ im Gesundheitswesen einen Vorteil⁶ für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder

⁴ Abzustellen ist auf angestellte Ärzte gem. § 95 Abs. 1 Satz 2 bzw. Abs. 9 SGB V. Der neue § 308 SGB V ist damit *lex specialis* zu § 299 StGB.

⁵ In Anlehnung an § 128 SGB V ist konsequent zwischen Vertragsärzten und (nicht-ärztlichen) Leistungserbringern zu unterscheiden.



annimmt, dass er bei der Wahrnehmung der ihm übertragenen gesetzlichen Aufgaben⁷ eine Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Pflichten⁸ verletzt hat oder verletzen würde, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.⁹

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem angestellten Arzt, Vertragsarzt oder Leistungserbringer im Gesundheitswesen einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei der Wahrnehmung der ihm übertragenen gesetzlichen Aufgaben eine Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehme und dadurch seine Pflichten verletzt hat oder verletzen würde.

⁶ Das objektive Tatbestandsmerkmal „Vorteil“ orientiert sich vom Wortlaut an §§ 299 und 332 StGB. Erfasst werden deshalb sowohl „Entgelt oder sonstige wirtschaftliche Vorteile“ gem. § 73 Abs. 7 SGB V, als auch „unzulässige Zuwendungen“ gem. § 128 Abs. 2 Satz 1, 3 SGB V.

⁷ Abzustellen ist dabei für angestellte Ärzte und Vertragsärzte auf § 73 Abs. 2 SGB V.

⁸ Abzustellen ist dabei für angestellte Ärzte und Vertragsärzte auf die „vertragsärztlichen Pflichten“, hier das sozialgesetzliche Verbot der Zuweisung gegen Entgelt gem. §§ 73 Abs. 7, 128 Abs. 5a SGB V bzw. das sozialgesetzliche Zuwendungsverbot gem. § 128 Abs. 2 SGB V.

⁹ Der hier vorgeschlagene Strafrahmen entspricht dem § 299 StGB, der bereits heute „angestellte Ärzte“ erfasst bzw. dem minder schweren Fall der Bestechlichkeit gem. § 332 Abs. 1 Satz 2 StGB, der Ärzte als „Amtsträger“ erfasst.

