

Stellungnahme

**des Bundesverbands der Arzneimittelhersteller e.V.
zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für
Verbraucherschutz
Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der
Korruption im Gesundheitswesen
Bearbeitungsstand: 04.02.2015**

Der Bundesverband der Arzneimittel-Hersteller e.V. (BAH) vertritt die Interessen der Arzneimittelindustrie gegenüber der Bundesregierung, dem Bundestag und dem Bundesrat. Mit seinen 467 Mitgliedsunternehmen, darunter 323 Arzneimittel-Hersteller, ist er der mitgliederstärkste Verband im Arzneimittelbereich. Die politische Interessenvertretung und die Betreuung der Mitglieder erstreckt sich zum einen auf den Bereich der Selbstmedikation, zum anderen auf das Gebiet der rezeptpflichtigen Arzneimittel.

Der BAH bedankt sich für die Möglichkeit, zu diesem Referentenentwurf Stellung zu nehmen und kommt der Bitte hiermit gerne nach.

Vorbemerkung:

Einer möglichen Korruption im Allgemeinen und im Gesundheitswesen im Besonderen ist strikt vorzubeugen. Voraussetzung für eine wirksame Korruptionsbekämpfung sind in erster Linie klare rechtliche Regelungen und Vorgaben für die handelnden Personen und ein entsprechendes Bewusstsein dafür, dass Entscheidungen im Zusammenhang mit der Gesundheitsversorgung, der Therapie, Versorgung und Beschaffung unbeeinflusst erfolgen müssen.

Der BAH hat sich stets dafür eingesetzt und wird sich auch in Zukunft weiterhin dafür einsetzen, dass die Zusammenarbeit zwischen den Beteiligten im Gesundheitswesen in den rechtlichen Grenzen und damit korruptionsfrei erfolgt.

Der BAH begrüßt, dass der Gesetzgeber für Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sorgen möchte. Es ist folgerichtig, dass der Gesetzgeber der Aufforderung des Großen Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 29. März 2012 nachkommt, Korruption im Gesundheitswesen strafrechtlich zu verfolgen. Die Normsetzung im Strafgesetzbuch sorgt zudem für Anwendungssicherheit und führt im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zur Kanalisierung von Zuständigkeiten, Strafverfolgungsmaßnahmen und der Anwendung von strafrechtlichen Grundsätzen. In diesem Zusammenhang hält der BAH es für sinnvoll/geboten, dass die Staatsanwaltschaft in den Erfahrungsaustausch mit der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, den Kammern und sonstigen Betroffenen integriert wird. Dabei möchte der BAH auch an die Strafverfolgungsbehörden appellieren und nachdrücklich darauf hinweisen, dass das Vertrauensverhältnis zwischen der Angehörigen der Heilberufe und dem Patienten nicht gestört werden. Es ist hier ein hohes Maß an Sensibilität gefragt. Nichtsdestotrotz ist es notwendig, dass mögliche strafbare Verhaltensweisen geahndet werden, damit das

angesprochene individuelle Vertrauensverhältnis und die Sicherung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Integrität der heilberuflichen Entscheidungen nicht verloren gehen.

Die Gesetzesbegründung weist ausdrücklich darauf hin, dass Kooperationen, die forschungs- und gesundheitspolitisch wünschenswert sind, nicht in den Verdacht der Bestechlichkeit und Bestechung geraten sollen. Der vorliegende Referentenentwurf birgt jedoch durchaus die Gefahr, Rechtsunsicherheit nicht zu beseitigen, sondern zu verstärken. Dies könnte dazu führen, dass Kooperationen zumindest unter einen Anfangsverdacht gestellt werden können. Damit würde nicht nur leichtfertig das Vertrauensverhältnis des Patienten gestört, sondern auch die Zusammenarbeit zwischen den Angehörigen der Heilberufe und Dritten, die – wie bereits erwähnt – wünschenswert und sinnvoll ist, verhindert werden. Der BAH appelliert daher an den Gesetzgeber, die folgenden Anmerkungen aufzunehmen und insbesondere den Wortlaut des § 299a StGB im Sinne des Bestimmtheitsgebots zu modifizieren bzw. zu optimieren.

Es ist begrüßenswert, dass die Vorschrift des § 299a StGB im Strafgesetzbuch verortet wurde.

I. Artikel 1 - Änderung des Strafgesetzbuches

Zu § 299a *Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen*:

1. Vorteilsbegriff

Der Entwurf sieht bislang vor, dass sowohl materielle als auch immaterielle Vorteile unter den Vorteilsbegriff fallen sollen. Außerdem soll es keine Geringwertigkeits- oder Bagatellgrenzen geben. Wie es aber bereits bei geringfügigen und allgemein üblichen Werbegeschenken oder bei kleineren Präsenten von Patienten an einer objektiven Eignung fehlt, konkrete heilberufliche Entscheidungen zu beeinflussen, so sollte auch bei geringfügigen Werbegeschenken durch Pharmaunternehmen von einer sozialadäquaten Zuwendung ausgegangen werden, die den Tatbestand der Vorschrift nicht erfüllt.

Der BAH bewertet den Vorteilsbegriff des Referentenentwurfs als zu weit. Aufgrund der sehr weiten Begriffsbestimmung werden Einladungen zu Kongressen, vergütete Anwendungsbeobachtungen und weitere branchenübliche Verhaltensweisen schnell unter den Vorteilsbegriff des § 299a StGB subsumiert. Dabei sind Fortbildungsveranstaltungen und Kongresse für den wissenschaftlichen Austausch unerlässlich. Je nach Heilberufsgruppe haben diese Veranstaltungen jahrzehntelange Tradition und sind forschungs- und gesundheitspolitisch von großer Bedeutung - wie in der Gesetzesbegründung aus ausgeführt.

Das Fehlen einer Geringwertigkeitsgrenze führt zu einem ausufernden, kaum abgrenzbarem Tatbestandsmerkmal. Der BAH schlägt daher – auch unter Berücksichtigung der bereits bestehenden gesetzlichen Regelungen des § 7 HWG, die andernfalls überflüssig würde – vor, dass der Vorteil, der eine Strafbarkeit begründen soll, eingeschränkt werden soll auf das Maß „nicht nur geringer wirtschaftlicher“ Vorteil.

Anderenfalls gerät jegliche legitime Zuwendung oder sogar ein Geschenk in Verdacht, die Grenzen des Erlaubten zu überschreiten. Auch der Maßstab der Sozialadäquanz hilft bei der Eingrenzung der „Wertigkeit“ des Vorteils nicht. Bereits die Definition von Sozialadäquanz ist schwer greifbar. Die Vergütung eines Arztes, der in einem bestimmten medizinischen Forschungsfeld spezialisiert ist, fällt sicherlich anders aus, als bei einem Arzt, der lediglich bei einem Forschungsprojekt teilnimmt und noch nicht die Expertise zugesprochen bekommt wie sein Kollege. Das bedeutet in der Konsequenz jedoch noch nicht, dass die höhere Vergütung den Eindruck der Bestechlichkeit bzw. Bestechung erweckt. Welche Perspektive ist maßgeblich, ob der aufgewendete Geldbetrag den Eindruck erweckt, die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflussen zu können? Die Referenzierung auf § 32 der Musterberufsordnung für Ärzte (MBO) ist für die Einordnung in die Kategorie „sozialadäquat“ und „nicht sozialadäquat“ nicht hilfreich. Zum einen ist dies lediglich eine Musterberufsordnung. Berufsordnungen der einzelnen Bundesländer können im gleichen Regelungsbereich unterschiedlich ausfallen. Zum anderen kann die zitierte MBO nicht auf alle Heilberufe angewendet werden. In der Konsequenz würde dies zu einer unterschiedlichen Beurteilung der Zuwendung führen, die für die eine Heilberufsguppe sozialadäquat wäre und für die andere nicht.

Eine Ergänzung des Wortlauts des § 299a StGB um einen nicht nur geringen wirtschaftlichen Vorteil führt zu mehr Rechtssicherheit und einer praktikablen Eingrenzung der Zuwendungsgrenzen.

Der BAH schlägt daher vor § 299a StGB wie folgt zu ändern:

In Abs. 1 werden nach „im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs“ die Worte

„einen nicht nur geringen wirtschaftlichen Vorteil“

ergänzt.

2. „in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze“

Die Tatbestandsalternative Nr. 2 ist nach Ansicht des BAH in mehrfacher Hinsicht bedenklich.

a) Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot gem. Art. 103 Abs. 2 GG i.V.m Art. 20 Abs. 3, 29 Abs. 2 GG

§ 299a StGB Nr. 2 genügt den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes gem. Art. 103 Abs. 2 GG i.V.m Art. 20 Abs. 3, 29 Abs. 2 GG nicht, denn anhand des Gesetzeswortlauts ist nicht erkennbar und vorhersehbar, welche Tathandlung strafrechtlich sanktioniert wird. Dies folgt dem Umstand, dass bundesweit unterschiedliche Berufsordnungen existieren, die sowohl je Berufsstand (Arzt, Apotheker, etc.) aber auch innerhalb des Berufsstandes (Ärztekammer Nordrhein, Ärztekammer Niedersachsen) und zudem regional unterschiedliche Rechte, Pflichten und Obliegenheiten statuieren. Dies würde bedeuten, dass ein Tatbestand aufgrund der Verortung in Niedersachsen oder in Bayern zu einer unterschiedlichen Bewertung der Strafbarkeit

führen könnte. Damit würde auch die maßgebliche Berufsordnung entscheiden, ob ein Handeln strafbar ist oder nicht. In der Konsequenz würde derselbe Tatbestand in einem Fall ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren in Gang setzen, im anderen Fall nicht. Im Ergebnis wird in einem Bundesgesetz ein strafrechtlicher Flickenteppich geschaffen, der kaum zu kontrollieren ist. Dies würde ebenfalls zu einer Verletzung des Bestimmtheitsgebots führen.

b) Berufsstände schaffen Strafbarkeitstatbestände durch untergesetzliche Normen

Rechtsunsicherheit birgt zudem der Umstand, dass Berufsausübungspflichten dynamische Regelwerke sind, die einer ständigen Anpassung und Modifizierung unterliegen und von Selbstverwaltungsgremien geschaffen werden. Die Regelwerke bilden untergesetzliche Normen, die nun darüber entscheiden sollen, ob eine Strafbarkeit angenommen wird oder nicht. Damit würden Interessenvertreter der Heilberufe im Rahmen ihrer Selbstverwaltung darüber entscheiden, ob und in welcher Form die Zusammenarbeit zwischen Angehörigen der Heilberufe und Dritten strafbar ist oder nicht. Dies ist verfassungsrechtlich bedenklich, da Strafrecht an das Berufsrecht gekoppelt wird und damit die Normsetzung durch Selbstverwaltungsgremien entscheidend auf die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB Einfluss nehmen.

c) Dynamische Verweisung sorgt für Rechtsunsicherheit

Die Berufsausübungspflichten sind nicht abschließend in den berufsständischen Regelwerken niedergelegt. Auch andere gesetzliche Regelungen wie das HWG, UWG, SGB V, die AMPPreisV etc. führen Berufspflichten auf. Es ist kaum zu durchschauen, welche Berufsausübungspflichten nun in § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB mitinbegriffen sind und welche noch hinein gelesen werden können. Dies bedeutet vor allem eine Rechtsunsicherheit auf Seiten des Rechtsanwenders. Vor allem gilt dies für Berufsgruppen, die keine verschriftlichte Berufsordnung haben.

d) Praktikabilität

§ 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB fehlt die tatbestandliche Eingrenzung durch einen Rechtszusammenhang bzw. eine Unrechtsvereinbarung. Folglich würde jeder Verstoß gegen die Berufsausübungspflichten, auch der Verstoß gegen Hygienevorschriften oder Geheimhaltungspflichten, zu einer Strafbarkeit führen. Die in der Praxis vorliegenden Fälle, in denen diese Tatbestandsalternative vom Vorteilsgeber oder -nehmer im Rahmen einer Bestechung beabsichtigt wird, ist nicht nachvollziehbar und kann auch vom Sinn und Zweck der Norm und ihrer Schutzrichtung nicht umfasst sein.

Regelmäßig beinhalten Bestechungshandlungen die Bevorzugung des Vorteilsgebers gegenüber einem Anderen. Damit führt die Tathandlung zu einem unlauteren Verhalten, das Teil der Unrechtsvereinbarung ist. Die Tatbestandsalternative des § 299a Abs. 1 Nr. 1 StGB beinhaltet alle Sachverhalte, die neben dem unlauteren Verhalten mit einer Verletzung einer Berufsausübungspflicht einhergehen. Denn eines ist für Nr. 1 und Nr. 2 gleich: die Tat muss in Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs erfolgen. Es könnte daher auch der Umkehrschluss gezogen werden, dass alle Fälle, die Nr. 2 erfassen will, bereits von Nr. 1 berücksichtigt wurden.

Daher schlägt der BAH folgende Änderung vor:

„§ 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB wird gestrichen“

Hilfsweise wird vorgeschlagen:

§ 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB wird wie folgt gefasst:

„in sonstiger Weise gesetzliche Berufsausübungspflichten verletzt und dabei die Gesundheit des Patienten dadurch konkret gefährdet, dass die medizinisch nicht indizierte Verordnung oder Abgabe des Arznei-, Heil- oder Hilfsmittels oder Medizinprodukts gefördert wird.“

Der hilfsweise vorgetragene Vorschlag trägt der Gesetzesbegründung Rechnung. Allerdings ist der BAH der Auffassung, dass die Problematik einer Monopolstellung praktisch nicht gegeben ist, weil es immer Alternativen, ggf. in einer anderen Behandlung, geben wird. I.Ü. wäre diese Fallgestaltung auch von der hier nun hilfsweise vorgeschlagenen Formulierung erfasst. Es ist ferner erforderlich hier ein konkretes Gefährdungsdelikt zu schaffen. Eine „nicht indizierte Verordnung“ ist für sich genommen zu unbestimmt und birgt die Gefahr, dass bereits Diskussionen über die richtige Behandlung zu einer möglichen Strafbarkeit führen könnten. Insofern ist im Hinblick auf einen hinreichenden Patientenschutz auf eine konkrete Gesundheitsgefährdung abzustellen.

II. Artikel 3 – Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch

Zu § 197a Abs. 3 SGB V Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen:

Der BAH begrüßt die Einrichtung eines Erfahrungsaustauschs zwischen den Berufsverbänden, Kammern und der Staatsanwaltschaft. Um zu gewährleisten, dass Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte von Wettbewerbern, die im Rahmen einer Straftat nach § 299a Abs. 1 Nr. 1 StGB verletzt wurden, geschützt werden, setzt sich der BAH dafür ein, dass ein Anhörungsrecht implementiert wird. Abgestellt wird dabei auf die Berufsverbände, die gemäß § 301 Abs. 2 Nr.2b das Recht, einen Strafantrag zu stellen, zugesprochen wird. Auf diese Weise können die maßgeblichen Verbände, die die Interessen der im Wettbewerb verletzten Unternehmen vertreten, am Erfahrungsaustausch teilnehmen und daran mitwirken, dass Straftaten frühzeitig verhindert werden.

Daher schlägt der BAH folgende Änderung vor:

In Absatz 3 wird folgender Satz hinzugefügt:

„Jeder rechtsfähige Berufsverband, der die Interessen von Verletzten im Wettbewerb vertritt, wird ein Anhörungsrecht eingeräumt“