

Stellungnahme der

ABDA – Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände

vom

25. November 2015

zum

Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen

Bundestag Drucksache 18/6446

A. ALLGEMEINE ANMERKUNGEN:

Wir begrüßen das Ziel des Gesetzgebers, Lücken bei der strafrechtlichen Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen zu schließen. Die vorgesehenen Regelungen erscheinen uns grundsätzlich als geeignet, dieses Ziel zu erreichen.

Neben den bestehenden wettbewerbs-, sozial- und berufsrechtlichen Regelungen zur Ahndung korruptiven Verhaltens im Gesundheitswesen kann eine strafrechtliche Sanktionierung in den Fällen geboten sein, in denen die genannten Regelungen bislang nicht zur einer adäquaten Abbildung der Verwerflichkeit der Tat führen. Diese schweren Fälle zukünftig mit den Mitteln des Strafrechts bekämpfen zu können, ist Grund für die vorgesehene Neuregelung der §§ 299a und 299b StGB-RegE. Um dieses Ziel zu erreichen, ist es unabdingbar, dass die Rechtsunterworfenen anhand des Wortlautes der Strafnormen erkennen können, welches Verhalten strafrechtlich sanktioniert werden soll. Insoweit bestehen Bedenken, ob die Formulierungen in den §§ 299a Absatz 1 Nummer 2 und Absatz 2 StGB-RegE sowie 299b Absatz 1 Nummer 2 und Absatz 2 StGB-RegE hinreichend bestimmt sind.

Im Gegensatz zum Referentenentwurf, der als strafwürdige Gegenleistung des Vorteilsnehmers die Verletzung einer Berufsausübungspflicht ahnden wollte, stellt der Gesetzesentwurf der Bundesregierung auf die Verletzung einer berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit ab (§ 299a Absatz 1 Nummer 2, Absatz 2 StGB-RegE, § 299b Absatz 1 Nummer 2, Absatz 2 StGB-RegE). Mit dieser Änderung wurde den vorgetragenen Bedenken gegen die Weite des Tatbestandes bereits teilweise Rechnung getragen. Klargestellt ist nunmehr, dass Verstöße gegen berufsrechtliche Verbote der Vorteilsannahme nur dann eine Strafbarkeit begründen, wenn gleichzeitig die von der Norm ebenfalls geschützte Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzt wird. Der Begriff der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit ist jedoch weder im Strafgesetzbuch selbst noch in einem anderen Gesetz oder einer Verordnung definiert bzw. normiert. Dies sehen wir im Hinblick auf das aus Artikel 103 Absatz 2 Grundgesetz folgende Bestimmtheitsanfordernis weiterhin als problematisch an.

Auch wenn der Gesetzgeber nicht gehalten ist, „alle Einzelheiten im förmlichen Gesetz selbst zu regeln; er könne seine Vorgaben vielmehr abstrakt umreißen und hierbei auch auf unbestimmte Gesetzesbegriffe zurückgreifen, wenn sie der näheren Deutung im Wege der Auslegung zugänglich seien“ (BVerfGE 75, 329 [341]), garantiert Artikel 103 Absatz 2 Grundgesetz jedoch, den Rechtsunterworfenen in die Lage zu versetzen, grundsätzlich ohne spezielle Kenntnisse die in Bezug genommenen Rechtssätze und deren Inhalt feststellen zu können (BVerfG, NJW 1956, S. 1025).

Für Sonderdelikte, wie den vorgesehenen § 299a StGB-RegE, bei denen der Täterkreis an eine bestimmte berufliche Eigenschaft anknüpft, hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe unter dem Gesichtspunkt des Artikel 103 Absatz 2 Grundgesetz unbedenklich sei, wenn allgemein davon ausgegangen werden könne, dass der Adressat auf Grund seines Fachwissens imstande ist, den Regelungsinhalt solcher Begriffe zu verstehen und ihnen konkrete Verhaltensanweisungen zu entnehmen (BVerfG, NJW 2003, S. 1030). Dies soll jedenfalls dann der Fall sein, wenn die Täterschaft voraussetzt, dass es sich bei dem Täter um eine Person handelt, die aufgrund ihrer Ausbildung oder bestimmter Fachkenntnisse handelt oder sich die Tatbestände auf solche Kenntnisse zu beziehen pflegen. Dem Bestimmtheitsanfordernis würden die Tatmodalitäten der §§ 299a Absatz 1 Nummer 2, Absatz 2 und 299b Absatz 1 Nummer 2, Absatz 2 StGB-RegE folglich gerecht,

wenn ein durchschnittlicher Heilberufsangehöriger berufsbedingt Kenntnis davon hat, welche Handlungsweisen seine Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit ausmachen und es für ihn vorhersehbar ist, welche Verhaltensweisen gegen diese Pflicht verstoßen. Dies sehen wir jedoch nicht ohne weiteres als gegeben an. Fragmentarisch wird im Gesetzesentwurf darauf verwiesen, berufsrechtliche Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit ergäben sich aus den verbindlichen Berufsordnungen der Heilberufskammern (Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 14. August 2015, BR-Drs. 360/15, S. 19). Anstelle einer Definition des Begriffs wird ausgeführt, dass etwa der Apotheker bei der Abgabe von Arzneimitteln und der Zuführung von Patienten, unabhängig vom Bestehen einer Wettbewerbslage, berufsrechtlich gegenüber Patienten zur heilberuflichen Unabhängigkeit verpflichtet sei. Beispielhaft komme diese Pflicht in § 7 Absatz 1 der Berufsordnung der Apothekerkammer Berlin zum Ausdruck, wonach die Beratung und Abgabe nicht von gewährten Vorteilen abhängig gemacht werden dürfe. Zutreffend ist dabei, dass der Apotheker zur herstellerunabhängigen Beratung verpflichtet ist, was sich im Übrigen auch aus § 10 Apothekengesetz ergibt. Eine notwendige gesetzgeberische Konkretisierung ist in der Nennung des Beispiels indes nicht zu sehen. Durch den Verweis auf die Berufsordnungen der Länder wird zum Ausdruck gebracht, dass der Begriff der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit ein außerstrafrechtlicher Begriff ist. Ein Bezug auf außerstrafrechtliche Begriffe ist dem Strafrecht grundsätzlich nicht fremd und wird vornehmlich angewandt, um Wertungswidersprüche innerhalb der Rechtsgebiete zu verhindern (*Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Stand: 73. Ergänzungslieferung 2014, Art. 103, Rn. 188). Der Gesetzgeber hat dabei zum einen die Möglichkeit, den Tatbestand als sog. (Teil)Blanketttatbestand auszugestalten, deren Tatbestand nur mit einer Ausfüllungsnorm ein konkretes Verhaltensge- oder verbot aufstellt oder ihn als sog. normatives Tatbestandsmerkmal zu fassen, bei dem die Auslegung eine (außerstraf)rechtliche Wertung voraussetzt (*Sternberg-Lieben/Schuster* in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2015, § 13, Rn. 19, 99, 103). Beides ist beim Begriff der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit jedoch fraglich.

Da die §§ 299a/299b Absatz 1 Nummer 2 und Absatz 2 StGB-RegE keinen ausdrücklichen Verweis auf eine außerstrafrechtliche Rechtsvorschrift enthalten, wäre die Norm verfassungsrechtlich problematisch, sollte sie einen (Teil)Blanketttatbestand darstellen. Naheliegender ist, dass der Regierungsentwurf davon ausgeht, dass die Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit ein sog. normatives Tatbestandsmerkmal sei. Dies setzt aber voraus, dass es sich bei dem Begriff der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit um einen der rechtlichen Wertung zugänglichen Begriff handelt. Eine berufsrechtsakzessorische Auslegung ist – entgegen der Vorstellung des Regierungsentwurfs – nicht möglich, da der Begriff der heilberuflichen Unabhängigkeit in den Berufsordnungen nicht erwähnt, sondern vielmehr dort eine spezifische Handlung untersagt wird. Gleiches gilt für eine sozialrechtsakzessorische Auslegung. Auch eine strafrechtsimmanente Definition enthält der Regierungsentwurf nicht. Es ist daher weder allgemein noch mit speziell berufsrechtlichen Kenntnissen möglich, abschließend zu definieren, was von der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit umfasst ist. Damit erscheint uns der Rahmen der im Strafrecht zulässigen normativen Tatbestandsmerkmale überschritten.

Selbst wenn der Begriff der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit mit Hilfe der Berufsordnungen ausgelegt werden könnte, bleiben Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit der Norm. Das Schutzbedürfnis des Normadressaten an eine vorhersehbare Norm und damit die Anforderungen an die Bestimmtheit dieser sind von der Art des konkretisierungsbefugten Organs abhängig (*Schmidt-Aßmann*, a.a.O., Art. 103, Rn. 188). Soweit eine Bezugnahme auf ein förmliches Bundesgesetz erfolgt, ist die Schutzbedürftigkeit und damit die Anforderungen an

die Präzession der Norm geringer als wenn der Verweis auf einen administrativen Rechtsakt wie eine Verordnung oder Satzung erfolgt. Sollte die Auslegung des Begriffes von den Berufsordnungen abhängen, die sich die Heilberufskammern regional selbst geben, bestünde ein hohes Präzisionsniveau innerhalb der strafrechtlichen Norm. Dem wird der Begriff der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit möglicher Weise nicht gerecht.

Wir halten es auf Grund der vorgenannten Bedenken aus Sicht der betroffenen Heilberufe für problematisch, eine Präzisierung des Begriffs der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit erst auf der Ebene der Gesetzesanwendung durch die Strafgerichte herbeizuführen.

B. ZU DEN REGELUNGEN IM EINZELNEN:

I. Zu Artikel 1 – Änderung des Strafgesetzbuches:

1. § 299a StGB-RegE - Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

- a) In Anlehnung an § 203 Absatz 1 Nummer 1 StGB regen wir eine beispielhafte Aufzählung des Normadressatenkreises in § 299a Absatz 1 StGB-RegE an.
- b) § 299a Absatz 2 StGB-RegE setzt tatbestandlich voraus, dass bei Bezugsentscheidungen eine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzt wird. U.E. kommt in dieser Tatbestandsvariante die Unbestimmtheit des Begriffs der berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit in besonderer Weise zum Tragen. Es stellt sich beispielsweise die Frage, ob auch Bestimmungen außerhalb der Berufsordnungen, wie etwa § 7 Heilmittelwerbegesetz, als eine tatbestandsmäßige Norm anzusehen sind. Dies kann insbesondere für Apotheker weitgehende Konsequenzen haben, da sie in der Doppelfunktion als Heilberufler und Kaufmann neben heilberuflichen Pflichten auch kaufmännischen Erfordernissen unterworfen sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Vorliegen der strafbegründenden Unrechtsvereinbarung in der Praxis häufig aus Indizien hergeleitet wird. Einkaufsvorteile größeren Ausmaßes beispielsweise im Segment der verschreibungsfreien Arzneimittel könnten durch die Staatsanwaltschaften als ausreichendes Verdachtsmoment für die Einleitung von Ermittlungsmaßnahmen aufgegriffen werden, obwohl diese rechtlich im Grundsatz nicht zu beanstanden sind. Insoweit regen wir an, in geeigneter Weise klarzustellen, dass das Bekanntwerden bestimmter Einkaufskonditionen allein kein ausreichendes Indiz für das Vorliegen einer Straftat im Sinne der §§ 299a und b StGB-RegE ist, soweit nicht Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass diese für die Verletzung einer bestimmten berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit gefordert oder gewährt werden. Die bislang in der Gesetzesbegründung (Seite 22) enthaltene Aussage, bei branchenüblichen und allgemein gewährten Rabatten könne es bereits an der Unrechtsvereinbarung fehlen, da diese nicht als Gegenleistung für eine konkrete Bevorzugungsentscheidung gewährt, sondern allgemein gegenüber jedermann geboten werden, ist aus unserer Sicht wenig aussagekräftig. Dies insbesondere auch deswegen, weil zum einen die Bezugnahme auf die (veraltete) Kommentierung zu § 33 MBO nach der Novellierung der Vorschrift im Jahr 2011 ins Leere führt. Zum anderen

aber vor allem, weil der zitierte Kommentar (zu § 31 MBO) wesentlich auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (8 C 1.09) Bezug nimmt, die einen Sonderfall bei der Abrechnung von Zahnarztleistungen zum Gegenstand hatte und bereits aus diesem Grund nicht ohne weiteres auf andere Heilberufsgruppen und die dort geltenden Normen übertragbar ist.

2. § 300 StGB-RegE - Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen

Bezüglich der Regelung des § 300 Satz 2 Nummer 2 StGB-RegE zur Strafverschärfung bei einem gewerbsmäßigen Handeln weisen wir darauf hin, dass auch geringfügige Pflichtverletzungen, die durch Heilberufsangehörige im Rahmen einer fortbestehenden Geschäftsbeziehung begangen werden, zwangsläufig zur Erfüllung des Regelmerkmals und damit zur erhöhten Strafandrohung führen können. Hiervon sind Apothekerin besonderer Weise betroffen, weil sie sich zur Ausübung ihres Heilberufs notwendigerweise eines Gewerbebetriebs bedienen und gewerbliche Geschäftsbeziehungen unterhalten.

3. § 301 StGB-RegE - Strafantrag

Wir begrüßen die Regelungen in § 301 Absatz 2 Nummer 2 lit. a) und b) StGB-RegE, die den berufsständischen Kammern und Verbänden ein Strafantragsrecht einräumen. Auch die Möglichkeit des Einschreitens der Ermittlungsbehörden bei Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses halten wir für angezeigt.

II. Zu Artikel 3 – Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch:

§§ 81a und 197 SGB V-RegE – Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen

Die vorgesehenen Änderungen in §§ 81a Absatz 3 und 197a Absatz 3 SGB V-RegE für eine engere Zusammenarbeit und Erweiterung der bestehenden Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen durch eine Einbeziehung der berufsständischen Kammern und der Staatsanwaltschaft begrüßen wir. Wir regen jedoch an, klarstellend aufzunehmen, in welcher Form sich die 17 berufsständischen Apothekerkammern der Länder an dem regelmäßigen Erfahrungsaustausch beteiligen können. Darüber hinaus halten wir es für erforderlich, Regelungen vorzusehen, die eine Einbeziehung einer Apothekerorganisation auf Bundesebene in den Erfahrungs- und Informationsaustausch zwischen den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen der Ärzte und Zahnärzte, dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und den übrigen Beteiligten vorsehen.