



Prof. Dr. Stefan Kühl, Bielefeld/Prof. Dr. Astrid Wallrabenstein, Frankfurt/M.

Zum Surfen in rechtlichen Grauzonen

Der vor gut einem Jahr in das Strafgesetzbuch eingeführte § 299a StGB sanktioniert – so der Wortlaut der Norm – die unlautere Bevorzugung eines Anbieters näher genannter Leistungen aus dem Spektrum der gesetzlichen Krankenversicherung durch Angehörige eines Heilberufs mit staatlich geregelter Ausbildung aus Motiven, die sich unscharf als eigen- oder drittnützig umschreiben lassen. Einfacher formuliert sollen vor allem Ärzte bestraft werden können, wenn sie Leistungen zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung verordnen und sich dabei durch unlautere Bevorzugung Vorteile für sich selbst versprechen. Die Vorgeschichte¹ dieses neuen Straftatbestandes besteht in dem gescheiterten Versuch, eine organisationale Pflichtenbeziehung zwischen Vertragsärzten und Krankenkassen so zu konstruieren, dass Verhalten von Vertragsärzten, das Ordnungsvorstellungen für das Versorgungsgeschehen der GKV widerspricht, strafrechtlich geahndet wird.² Zu diesen Ordnungsvorstellungen gehört nun auch, dass ein Wettbewerb zwischen Leistungserbringern besteht.³ Die Steuerungsmacht von Ärzten und ihre Manipulierbarkeit werden als Risiko für diesen Wettbewerb eingestuft. Anders ausgedrückt bestehen bestimmte Erwartungen an Ärzte, dass ihr Ordnungs- oder Empfehlungsverhalten Regeln folgt, die Wettbewerb realisieren. Die Strafnorm macht einerseits diese Erwartung – mehr oder weniger – explizit; andererseits erhöht sie die Kosten für ein Abweichen von den gesetzten Regeln.

Es wäre naiv zu glauben, damit sei nun alles klar. Beispiele aus anderen Wirtschafts- und Lebensbereichen machen deutlich, wie viel komplexer der Umgang mit solchen Verhaltenserwartungen tatsächlich ist.

Angesichts des Skandals um die Manipulation von Abgaswerten und die Kartellbildung der großen deutschen Autokonzerne – klaren Verstößen gegen Regeln und Verhaltenserwartungen – ist etwa die allgemeine Empörung groß. Selbst der Verband der Automobilindustrie zeigt „Betroffenheit“ angesichts der Vorwürfe und erklärt, der Sache müsse konsequent nachgegangen werden. „Illegale Absprachen“ und das „Surfen in rechtlichen Grauzonen“ seien inakzeptabel. Nun gehören das Bekenntnis zu Gesetzestreue und die Lobpreisung von Regeleinhalten sicherlich zur verbalen Routine fast jeder Organisation. Es würde jedenfalls Irritation auslösen, wenn der Vorstand eines Unternehmens oder die Spitze eines Ministeriums öffentlich erklären würde, dass man es mit der Einhaltung der Gesetze nicht so genau nehme. Aber im Schatten dieser Schauseite sieht die Praxis von Organisationen – aus nachvollziehbaren Gründen – anders aus. Statt sich sklavisch an Gesetze zu halten, macht es für Organisationen in den meisten Fällen mehr Sinn, einen pragmatischen Umgang mit Gesetzen auszubilden. Dabei lassen sich verschiedene Strategien beobachten.

Eine erste Strategie besteht in der Nutzung der existierenden rechtlichen Grauzonen. Automatisch scannen Organisationen die Möglichkeiten, die Gesetze, Verordnungen und Richtlinien gerade eben noch lassen. Insofern ist es rational, dass die Autokonzerne die Regelungslücke in der europäischen Abgasverordnung nutzten. Während in den USA die Abschaltung der Abgasreinigung bei Dieselfahrzeugen strikt verboten war, erlaubte in der EU ein durch die Autolobby durchgesetzter Passus die Abschaltung zur Schonung der Motoren. Die Suggestion war, dass die Abschaltung bei in Europa eher seltenen Temperaturen von unter 10 Grad einsetzen sollte. Weil die Verordnung aber Interpretationsspielraum ließ, war es erwartbar, dass die Autokonzerne auch schon an einen normalen deutschen Frühlingstag mit 15 Grad die Abgasreinigung ausschalten ließen. Sicherlich – die Nutzung dieser Grauzone ist mit dafür verantwortlich, dass aufgrund der Stickoxidbelastung in deutschen Großstädten jährlich Tausende von Menschen vorzeitig an Asth-

▷ Prof. Dr. Stefan Kühl ist Professor für Soziologie an der Universität Bielefeld. Er arbeitet als Organisationsberater für Unternehmen, Verwaltungen und Ministerien. Prof. Dr. Astrid Wallrabenstein ist Professorin für öffentliches Recht an der Goethe-Universität Frankfurt und geschäftsführende Direktorin des Instituts für europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht (ineges). Dieser und die folgenden Aufsatz-Beiträge in diesem Heft gehen auf die ineges-Tagung zu Compliance im Gesundheitswesen am 12.9.2017 in Frankfurt zurück.

1 Vgl. hierzu auch die Begründung des Gesetzentwurfs BT-Drucks. 18/6446, 7, zum Beratungsprozess vgl. auch etwa *Dann/Scholz*, NJW 2016, 2077.

2 BGH, Beschl. v. 29.3.2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202 = *GesR* 2012, 479; hierzu etwa *Szesny/Reemplik*, *MedR* 2012, 662; vgl. auch etwa *Kölbel*, *wistra* 2009, 129.

3 Zum Schutzgut der Strafnorm vgl. etwa *Momsen/Laudien*, *Beck-OK StGB*, 36. Edition, Stand 1.11.2017, Rz. 5; deutlicher noch *Kölbel*, *medstra* 2016, 193.

Zum Surfen in rechtlichen Grauzonen

ma, Schlaganfällen und Herzinfarkten sterben; aber ökonomisch wäre es für einen Autokonzern unklug, nur deswegen die rechtliche Grauzone ungenutzt zu lassen.

Die zweite Strategie besteht im Einkalkulieren mangelnden Verfolgungswillens. Für mangelnden Verfolgungswillen kann es unterschiedliche Gründe geben: Bei den Verstößen kann es sich um Bagatellen handeln, für deren Verfolgung kaum soziale Unterstützung mobilisiert werden kann; der Nachweis kann wegen eines komplizierten Regelwerkes sehr schwierig sein, oder der Aufwand des Nachweises einen Verstoßes ist so hoch, dass die dafür zuständigen Behörden davor zurückschrecken. Wenn allein der Software-Code für die Motorensteuerung Hunderttausende Zeilen umfasst, dann kann sich ein Automobilkonzern darauf verlassen, dass ein Kraftfahrtbundesamt, das sich im Selbstverständnis immer mehr zu einem Serviceleister der Automobilindustrie gewandelt hat, nicht detailliert nach illegalen Abschaltvorrichtungen sucht. Die in der Szene allgemein bekannten Absprachen der Automobilkonzerne bewegten sich so sehr in einem rechtlich diffizilen Raum zwischen legaler Standardisierung und illegaler Absprache, dass die Kartellbehörden vermutlich nicht tätig geworden wären, wenn nicht einer der Automobilkonzerne aus Panik eine Selbstanzeige abgegeben hätte.

Die dritte Strategie besteht in der bewussten Inkaufnahme der Konsequenzen von Regelüberschreitungen. Es ist für Organisationen rational, abzuwägen, in welchem Verhältnis der Nutzen einer Gesetzesüberschreitung zu den Kosten einer möglichen zivilrechtlichen oder auch strafrechtlichen Ahndung steht. Deshalb ist es nachvollziehbar, dass Autokonzern abzuwägen, ob die Inkaufnahme möglicher Strafzahlungen nicht kostengünstiger ist als die sklavische Einhaltung aller rechtlicher Vorgaben – genauso wie es im Fall des bayerischen Umweltministeriums rational ist, Strafzahlungen in Kauf zu nehmen, anstatt in einem politisch ungünstigen Moment die vom VG angeforderten Daten über Grenzwertüberschreitungen in Großstädten vorzulegen.

In Bezug auf Regelkonformität unterscheidet sich das Verhalten von Organisationen nicht grundlegend von dem Verhalten von Otto Normalverbraucher oder Eva Mustermann im Straßenverkehr. Öffentlich bekennt man sich zur Einhaltung von Verkehrsregeln, nutzt im Alltag aber systematisch die Möglichkeiten im Graubereich zwischen Legalität und Illegalität. Man fährt mit leicht überhöhter Geschwindigkeit, man parkt das Auto so, dass es mit sehr viel Phantasie nicht auf dem Fußgängerweg steht, und man nutzt als Fahrradfahrer je nach Bedarf die Grünphase der Fußgänger oder die der Autofahrer, darauf setzend, dass in dieser rechtlichen Grauzone keine Verfolgung stattfindet. Ganz selbstverständlich setzen Teilnehmer im Straßenverkehr darauf, dass es bei vielen Regelüberschreitungen keinen ausreichenden Verfolgungswillen gibt. So gehört es zum hilfreichen Wissen von Autofahrern zu wissen, bei welchen Tempoüberschreitungen oder gewagten Überholmanövern die Polizei sich nicht die Mühe macht, einen anzuhalten. Und Fahrradfahrer wissen sehr genau zu unterscheiden, in welchen Städten das Überfahren roter Ampeln von Polizisten aufgrund anderer Prioritäten eher geduldet wird (Hamburg) und in welchen eher nicht (München). Auch das Einkalkulieren von Sanktionen gehört für Teilnehmer im Straßenverkehr mit dazu. Die drohenden Sanktionen bei „etwas zu schnell gefahren“, „etwas zu viel getrunken“ oder „Überqueren von etwas zu roten Ampeln“ stehen relativ genau vor Augen und werden mit be-

dacht. Normalerweise funktioniert der Mensch nicht wie das von Rational Choice-Theoretikern ersonnene nutzenmaximierende Wesen; dafür ist die Welt mit ihren vielfältigen Verhaltenserwartungen zu komplex. Aber bei der Kalkulation von Sanktionen für Regelüberschreitungen kommt das reale Verhalten dem theoretischen Bild ziemlich nahe.

Daher ist es auch nicht überraschend, sondern nur konsequent, dass auch im Versorgungsgeschehen der GKV einerseits Ordnungsvorstellungen eines Wettbewerbs der Leistungserbringer hoch gehalten und die Befolgung seiner Regeln beteuert werden, andererseits aber systematisch die Graubereiche ausgelotet werden.

Im Sinne dieser ersten Strategie des Auslotens wird in der Pharmaindustrie bereits seit Jahren an Leitlinien dazu gearbeitet, welche Zuwendungen an Ärzte noch so sozialadäquat sind, dass sie unter der Schwelle der Bestechung durchgehen. Dass die Annahme darüber, was zu geringfügig ist, um einen Arzt beeinflussen zu können, immer weiter abgesenkt wurde – vor einem Jahrzehnt hätte jeder über die Vorstellung gelacht, ein Arzt könne sich etwas aus Kugelschreibern machen, heute sind aber auch sie auf den Radar der Compliance Debatte geraten – mag man wahlweise auf gestiegene Sensibilität für Korruption oder gesteigerte ökonomische Rationalität bei Ärzten deuten (vielleicht gibt es aber auch einfach bessere Marketingalternativen). Jedenfalls müssen sich durch die neue Strafbarkeit auch Ärzte und vor allem die sie beschäftigenden Organisationen – Krankenhäuser, MVZ – nun auch über diese Grenze Gedanken machen. Ein anderes Beispiel ist die aktuelle Debatte um das sog. Upcoding, dessen Grenze zum „richtigen“ und auch zum optimalen aber noch nicht regelwidrigen Codieren fließend ist.

Dass hierbei oder auch in anderen Bereichen der mangelnde Verfolgungswille einkalkuliert wird, ist nur plausibel. Die Fälle, in denen Abrechnungsbetrug verfolgt und erfolgreich ermittelt wird, sind entweder gravierende, oft über Jahre und nicht selten mehrere Personen betreffende Konstellationen. Die Ärzte, Apotheker und Patienten mit Luftrezepten z.B. nimmt man dann als schwarze Schafe unter den vielen weißen Kitteln wahr. Oder es geht darum, etablierte, oft allseits zumindest stillschweigend akzeptierte, aber doch normwidrige Praktiken zu beenden, wie beispielsweise die Fahrtkostenabrechnung von Hebammen. Da die Abrechnung im Sachleistungssystem zwangsläufig eine hochzentralisierte und zunehmend automatisierte Organisation großer Massengeschäfte darstellt, ist sie unvermeidbar manipulationsanfällig. Der vertragsarztrechtliche Grundsatz, dass das Vergütungssystem grundsätzlich auf Vertrauen basiere, bedeutet nichts anderes als dass eine Verfolgung von Verstößen ebenso grundsätzlich nicht zu erwarten ist.

Das Abrechnungsgeschehen ist schließlich auch ein gutes Anschauungsbeispiel für die dritte Strategie, das Einkalkulieren der Kosten von Regelverstößen. Für einen einzelnen Leistungserbringer, etwa eine Apotheker, mag die Retaxierung fehlerhafter Rezepte relativ rasch eine Dimension annehmen, die ihn zur besseren Beachtung der vorgegebenen Normen veranlasst. Allerdings wird hier auch irgendwann die umgekehrte Kalkulation plausibel. Wenn regelmäßig Retaxierungen zu erwarten sind, weil sich in einem streng standardisierten Verfahren nicht vermeiden lässt, dass immer wieder Rezepte den formalen Anforderungen nicht genügen, lässt sich dieser Verlust

 Unsichere Verantwortungszurechnungen

bereits einkalkulieren. Mehr Sorgfalt zahlt sich dann nicht aus. Dass die Kosten mangelnder Sorgfalt dabei auch von anderen zu tragen sind, nämlich den Krankenkassen in all den Fällen, in denen keine Retaxierung erfolgt, zeigt die Schwierigkeit, über die Kosten von Regelverstößen regelkonformes Verhalten steuern zu wollen. Bedeutender ist aber die Abwägung zwischen den Kosten durch Regelverstöße und ihrem Nutzen bzw. den Kosten für die Vermeidung solcher Verstöße in Organisationen. Krankenhäuser bilden hierfür das relevante Feld. Die aktuelle Entwicklung, umfassende und detaillierte Qualitätsanforderungen zur Voraussetzung der Leistungsvergütung zu machen, ist nichts anderes als die Erhöhung der wirtschaftlichen Kosten für Regelverstöße, in diesem Fall die Qualitätsregeln. Bevor hieraus eine höhere Normbefolgung folgt, dürften wohl zunächst die anderen Strategien des Auslotens der Grauzonen an Bedeutung gewinnen.

Dieses „Surfen in rechtlichen Grauzonen“ gehört also nicht nur zur Kompetenz jedes normalen Verkehrsteilnehmers, sondern auch zur Kompetenz jeder Organisa-

tion, in allen Bereichen, auch im Gesundheitswesen. Um festzustellen, was „eindeutig verboten“ oder „eindeutig erlaubt“ ist, braucht man auch in Organisationen keine Juristen. Dafür reicht der normale Menschenverstand aus. Aber um auszuloten, was „gerade eben noch geht“, macht es Sinn, dass Organisationen Juristen mit Prädikatsexamen beschäftigen und teure Anwaltskanzleien engagieren. Zu deren Arbeit gehört dann auch eine Einschätzung, was schlimmstenfalls passieren kann, wenn aufgrund „dummer Zufälle“ Strafverfolgungsbehörden anfangen genauer hinzusehen. Der Dieselskandal in der Automobilindustrie könnte darauf beruhen, dass die Konzerne, genauer ihre speziell hierfür engagierten „Surfexperten“, sich deutlich verkalkuliert haben. Viele Organisationen im Gesundheitswesen beginnen gerade erst, das Surfen in ihren Grauzonen zu professionalisieren. Ob ihnen dabei große Skandale erspart bleiben, muss die Zukunft zeigen. Jedenfalls aber wird das Ausloten der Grenzen immer wieder auch Grenzüberschreitungen produzieren. Wer surft landet auch immer wieder im Wasser – zu hoffen ist, dass dabei nicht zu viel Weiteres baden geht.

Dr. Sven Kette, Luzern

Unsichere Verantwortungszurechnungen

Dynamiken organisationalen Compliance Managements

Der Beitrag analysiert aus organisationssoziologischer Perspektive die mit dem Compliance Management verbundenen Organisationsdynamiken. Compliance Management wird dabei als eine Strukturform rekonstruiert, die nicht allein auf die Sicherstellung regelkonformen Verhaltens abzielt, sondern vor allem Unsicherheiten hinsichtlich der Zurechnung von Verantwortlichkeiten im Falle von Regelabweichungen bearbeiten soll. Insofern aber diese Zurechnungsunsicherheiten prinzipiell unüberwindbar sind, entstehen Blame-Game-Dynamiken, die aus Versuchen der Verantwortungsweiterreichung und aus Absicherungsstrategien bestehen. Hieraus resultieren wiederum Effekte, die das Prinzip der Arbeitsteilung und damit der organisationalen Leistungsfähigkeit schlechthin zu unterminieren drohen.

I. Einleitung

Verglichen mit anderen Gesellschaftsbereichen scheint die ‚Compliance-Frage‘ im Gesundheitswesen besonders viele Facetten aufzuweisen. Dies dürfte zum einen daran liegen, dass der ‚Compliance‘-Begriff hier auf ganz unterschiedliche Sachverhalte (von der Handhygiene des medizinischen Personals bis hin zur ‚Patienten-Compliance‘) Anwendung findet. Zum anderen – und für die weiteren Ausführungen noch bedeutsamer – weist das Ge-

sundheitswesen eine recht hohe Regulierungsdichte auf, was Fragen nach der Einhaltung von Regeln eine gewisse Prominenz verleiht.

Besondere Relevanz gewinnen solche Fragen der Regelerhaltung regelmäßig im Kontext von Organisationen, also z.B. in Krankenhäusern und Arztpraxen, bei Krankenkassen aber auch in Pharmaunternehmen oder Laboren für biomedizinische Analysen.¹ Schon diese unvollständige Aufzählung macht deutlich, dass Organisationen im Gesundheitswesen eine zentrale Rolle spielen und viele der zu findenden Leistungen überhaupt nur in organisierten Kontexten vorkommen. Damit verdoppelt sich das Problem der Regelerhaltung insofern, als konkrete Personen nicht allein *rechtliche* Regeln zu befolgen haben, sondern sie zusätzlich auch mit *organisationsinternen* Verhaltenserwartungen und Koordinationsnotwendigkeiten konfrontiert sind. Die Frage, durch welche organisationalen Verfahren und Strukturen die Einhaltung von Regeln sichergestellt werden kann, wird seit ca. 15 Jahren und mit stetig wachsender Bedeutung unter dem Stichwort ‚Compliance Management‘ diskutiert. Dabei geht es sowohl um die Konformität mit rechtlichen Regeln, wie auch mit organisationalen Vorschriften, Ethikkodizes oder Branchenstandards, zu denen sich die Organisationen freiwillig bekennen.

Wenngleich der Bezug zu rechtlichen Regeln einen zentralen Abstoßungspunkt darstellt, geht es im Weiteren doch weder um die Frage, inwiefern die bestehenden

▷ Dr. Sven Kette ist Oberassistent am Soziologischen Seminar der Universität Luzern, Schweiz. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 12.9.2017 im Rahmen der vom Institut für Europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht (inages) an der Goethe-Universität Frankfurt/M. veranstalteten Tagung „Compliance im Gesundheitswesen – Zur guten Ordnung des Behandlungsgeschehens“ gehalten hat.

1 Für eine leicht zugängliche Annäherung an das hier mitgeführte Verständnis von Organisationen s. S. Kübl, Organisationen. Eine sehr kurze Einführung, 2011. Für eine theoretische Vertiefung s. N. Lubmann, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 1964.