

Legitimation und Interpretation der §§ 299a, 299b StGB*

Michael Kubiciel

A. Hintergrund

I. Rechtspolitischer Hintergrund

Das deutsche Gesundheitswesen ist eines der teuersten der Welt und vergleichsweise wenig effektiv. Um die Effektivität zu erhöhen, hat der Gesetzgeber in den vergangenen Jahren ökonomische Anreize für Kooperationen zwischen den Akteuren auf dem Gesundheitsmarkt geschaffen. Die Unterscheidung von zulässigen und unzulässigen Kooperationen fällt nicht leicht. In rechtlichen Graubereichen florieren Kooperationsformen, die auf die Maximierung des persönlichen Vorteils abzielen und die Interessen der Patienten und der Solidargemeinschaft hintenanstellen. Der Schritt von legalen zu illegalen Kooperationen ist klein, die Korruptionsaffinität des Systems entsprechend hoch. Erschwerend kommt hinzu, dass der BGH vor rund vier Jahren die Anwendbarkeit der §§ 299, 331 ff. StGB auf niedergelassene Ärzte verneint hat¹. Diese konnten daher nicht einmal für eindeutig unzulässige Kooperationsformen bestraft werden. All dies hat dazu geführt, dass der Gesundheitssektor seit Jahren nicht aus den (schlechten) Schlagzeilen herausgekommen ist.

Da die Behebung der strukturellen Probleme des Gesundheitswesens auf erhebliche Schwierigkeiten und politische Widerstände stößt, richtete sich der Blick auf das Strafrecht. Dieses kann die genannten strukturellen Probleme zwar nicht beheben; vielmehr setzt eine *wirksame* Korruptionsbekämpfung Änderungen im Normumfeld des Strafrechts voraus². Jedoch ist es legitim, die Geltung des Korruptionsverbots in dem für die Gesell-

* Der Beitrag basiert auf einer ersten Einschätzung der Straftatbestände (in: jurisPR-StrafR 11/2016; ZMGR 2016, 289 ff.), geht aber inhaltlich über diese Beiträge hinaus.

1 BGHSt. 57, 202, 217 f. mit Anm. Kölbl, StV 2012, 592 ff.

2 Duttge, in: ders. (Hrsg.), Tatort Gesundheitsmarkt, 2011, S. 3, 10 f.; Murmann, ebd., S. 109, 110 f.

schaft so wichtigen Gesundheitssektor mit dem denkbar stärksten Symbol – eigenen Straftatbeständen – hervorzuheben. Die Debatte um diesen gesetzgeberischen Schritt war lang und windungsreich: Der Entwurf des Freistaates Bayern und der Referentenentwurf des BMJV unterscheiden sich voneinander, ebenso divergieren Referentenentwurf und Regierungsentwurf. Letzteren wiederum hat der Rechtsausschuss des Bundestages auf den letzten Metern des Gesetzgebungsverfahrens erheblich entschärft³. Dieser Entschärfung ist der Gesundheitsausschuss durch relativierende Formulierungen in den Gesetzesmotiven entgegengetreten (dazu C. I.). Anfang Mai 2016 kam die Debatte schließlich zu einem Ende. Der Bundesrat hatte zu erkennen gegeben, dass er trotz Bedenken an der Fassung der Tatbestände den Fortgang des Verfahrens nicht durch die Anrufung des Vermittlungsausschusses aufhalten würde⁴. Am 04.06.2016 sind die §§ 299a, 299b StGB schließlich in Kraft getreten.

II. Regelungszweck und verfassungsrechtlicher Hintergrund

Verfassungsrechtlich zulässig ist die Kriminalisierung von Handlungsweisen, die einen „wichtigen Gemeinschaftsbelang“⁵ schützen und diesbezüglich ein Unrecht „von erheblichem Gewicht“ erfassen⁶. Der Gesetzgeber nennt als Schutzobjekte den fairen Wettbewerb auf dem Gesundheitsmarkt und das Vertrauen der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen⁷. Angesichts der existenziellen Angewiesenheit jedes Einzelnen auf ein funktionierendes Gesundheitswesen und der sozialen und ökonomischen Bedeutung des Health-care-Sektors handelt es sich bei beiden Aspekten um Gemeinschaftsbelange, zu deren Schutz der Gesetzgeber nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist – durchaus auch mit dem Mittel des Strafrechts. Allerdings verspricht der Gesetzgeber mehr als er einhalten kann. Denn als sozialpsychologisches Faktum lässt sich das Ver-

3 Zum Entwurf des Freistaates Bayern *Kubiciel/Tsambikakis*, medstra 2015, 11; zum Referentenentwurf *Kubiciel*, KPzK 5/2014; zum Regierungsentwurf *ders.*, MedR 2016, 1, sowie *ders.*, WiJ 2016, 1 ff. (Stellungnahme für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages) jeweils m.w.N.

4 BR-Drucks. 181/1/16 S. 2.

5 BVerfGE 90, 145, 172 f., 184.

6 *Gärditz*, JZ 2016, 641, 644 f. m.w.N.

7 BT-Drucks. 18/6446 S. 12 f. Krit. *Geiger*, CCZ 2016, 172, 173; *Tsambikakis*, medstra 2016, 131, 132.

trauen der Patienten kaum schützen: Während manche Patienten Ärzte und Apotheker noch als von eigenen (ökonomischen) Interessen weitgehend freie Sachwalter des Patientenwohls wahrnehmen⁸, sehen andere Heilberufler als Gewerbetreibende, die bei ihrem Rat und ihren Entscheidungen (auch) ökonomische Interessen verfolgen. Angesichts dessen kann „das“ Vertrauen nicht empirisch, d.h. als sozial- oder individualpsychologisches Faktum verstanden werden. Gerade in einem Gesundheitssystem, das die Verfolgung wirtschaftlicher Interessen zulässt und damit das Entstehen von Interessenkonflikten sehenden Auges hinnimmt, ist das Vertrauen normativ zu bestimmen: Vertrauen können die Patienten nicht auf die Unabhängigkeit heilberuflicher Entscheidungen von ökonomischen Erwägungen; vertrauen dürfen sie nur auf die Einhaltung jener gesundheitsrechtlichen Regeln, welche die Ökonomisierung begrenzen⁹. Die neuen §§ 299a, 299b StGB stabilisieren lediglich ein schutzwürdiges Vertrauen, d.h. das nach den Vorwertungen des Gesundheitsrechts berechnete Vertrauen. Dabei nehmen die Tatbestände über das normative Tatbestandsmerkmal „unlauter“ nicht auf sämtliche Vorwertungen des Gesundheitsrechts Bezug. Denn die Tatbestände garantieren kein generelles Vertrauen in eine umfassende Integrität, sondern nur das spezifische Vertrauen, dass heilberufliche Entscheidungen nicht in unzulässiger Weise von ökonomischen Eigeninteressen dominiert werden. Demzufolge nimmt das Tatbestandsmerkmal „unlauter“ nur auf solche gesundheitsrechtlichen Normen Bezug, die mit dem Wettbewerb auf dem Gesundheitsmarkt zusammenhängen. Die Tatbestände dienen, anders formuliert, der Garantie gesundheitsmarktbezogener Pflichten Angehöriger von Heilberufen¹⁰. Insofern stehen die beiden Regelungsziele – Schutz des Wettbewerbs und des Vertrauens der Patienten – nicht beziehungslos nebeneinander, sondern sind aufeinander bezogen. Dies zeigt sich auch, wenn man die Frage aus dem entgegengesetzten Blickwinkel betrachtet: Die §§ 299a, 299b StGB schützen nicht „den“ Wettbewerb auf dem Gesundheitsmarkt, sondern nur den „fairen“ Wettbewerb. Was aber fairer Wettbewerb ist und was nicht, bestimmen nicht abstrakte Gerechtigkeitsprinzipien, sondern die Regeln des Gesundheitsrecht über die Voraussetzungen und Grenzen von Kooperationen zwischen Akteuren des Gesundheitswesens. Diese Konzeption bringt zum Ausdruck,

8 Vgl. zu dieser Freiheit von Interessenkonflikten *Kölbel*, medstra 2016, 193, 194.

9 *Kubiciel*, MedR 2016, 1, 3. Zustimmung *Brettel/Mand*, A&R 2016, 99, 102.

10 Vgl. dazu schon *Kubiciel*, KPzK 4/2014, S. 9 f.; *ders./Tsambikakis*, medstra 2015, 11, 14.

dass die §§ 299a, 299b StGB jene Normen und Verfahren schützen, welche zulässige von unzulässiger ökonomischer Beeinflussung heilberuflicher Entscheidungen abgrenzen. Dies ist ein verfassungsrechtlich legitimes Ziel.

Die Akzessorietät der Tatbestände führt jedoch auch zu erheblichen Auslegungsproblemen. Zudem enthalten die neuen Straftatbestände eine Vielzahl – teils neuer – auslegungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale. Dementsprechend schmal ist die Trennlinie, die zwischen zulässigem Handeln und unlauterer Beeinflussung verläuft¹¹. Prekär ist dies deswegen, weil sich die Strafe mit ihrem tadelnd-missbilligenden Zugriff auf die Persönlichkeit des Täters grundlegend von anderen Rechtsfolgen unterscheidet¹². Daher erfordert ihre Verhängung die Beachtung besonderer formeller Voraussetzungen, in deren Zentrum Art. 103 Abs. 2 GG steht. Das Gesetzlichkeitsprinzip soll gewährleisten, dass jedermann vorhersehen kann, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist¹³. Folglich steht dem Strafrechtsanwender „nicht der gesamte Methodenkanon der Rechtskonkretisierung zur Begründung oder Verschärfung der Strafbarkeit zur Verfügung“¹⁴. Vielmehr hat das BVerfG in seiner Untreue-Entscheidung hervorgehoben, dass die Rechtsprechung „in Fallkonstellationen, in denen der Normadressat nach dem gesetzlichen Tatbestand nur noch die Möglichkeit einer Bestrafung erkennen kann und in denen sich erst aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt, [...] eine besondere Verpflichtung [trifft], an der Erkennbarkeit der Voraussetzungen der Strafbarkeit mitzuwirken“¹⁵. Die Umsetzung dieses verfassungsrechtlichen Auftrages wird dadurch erschwert, dass – anders als bei § 266 StGB¹⁶ – noch keine Rechtsprechung existiert, welche die Auslegung der §§ 299a, 299b StGB anleiten und die Anwendung der Straftatbestände leichter vorhersehbar machen könnte. Auch der Rückgriff auf die Rechtsprechung zu vergleichbaren Tatbeständen (insbesondere § 299 StGB) hilft

11 *Dann/Scholz*, NJW 2016, 2077.

12 Dazu und zum Folgenden *Schmitt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 6, Art. 103 Rn. 165.

13 BVerfGE 126, 170, 195; 75, 329, 341.

14 *Schmitt-Aßmann* (Anm. 12), Rn. 226.

15 BVerfGE 126, 170, 198 f.

16 Auf die Existenz einer gefestigten konkretisierenden Rechtsprechung stellt BVerfGE 126, 170, 196 f., 199 f., 203 ff. entscheidend bei der verfassungsrechtlichen Prüfung des § 266 StGB ab.

nicht entscheidend weiter. Denn die tatbestandlichen Besonderheiten der §§ 299a, 299b StGB und vor allem der Bezug zu der komplexen Materie des Gesundheitsrechts stehen einer unbesehenen Übernahme der zu § 299 StGB ergangenen Rechtsprechung im Wege¹⁷.

Aus diesem Grund liegt es nahe, auch bei der Auslegung der §§ 299a, 299b StGB auf eine Auslegungsleitlinie zurückzugreifen, die zu § 266 StGB entwickelt worden ist. Mit Blick auf das für den Untreuetatbestand zentrale normative Merkmal der Pflichtwidrigkeit hat das BVerfG betont, dass die Ziele der Auslegung von Verfassungen wegen darin bestehen müssten, „die Anwendung des Untreuetatbestands auf Fälle klarer und deutlicher (evidenter) Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken, Wertungswidersprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen zu vermeiden und den Charakter des Untreuetatbestands als eines Vermögensdelikts zu bewahren“¹⁸. Dieser Satz lässt sich auf das für die §§ 299a, 299b StGB zentrale Merkmal der Unlauterkeit einer Bevorzugung übertragen. Auch bei der Auslegung dieses Merkmals gilt es, Wertungswidersprüche zu vermeiden und den gesundheitsmarktbezogenen Charakter der Tatbestände zu bewahren, um auf diese Weise die Strafbarkeit auf klare und evidente Fälle unlauteren Handelns beschränken zu können¹⁹.

B. Struktur und Inhalt der Tatbestände

I. Struktur

§ 299a StGB droht Ärzten und Angehörigen anderer Heilberufe bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe an, wenn diese sich einen Vorteil dafür versprechen lassen, dass sie bei der Verordnung von Arzneimitteln oder Medizinprodukten, bei dem zur unmittelbaren Abgabe bestimmten Bezug von Arzneimitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuweisung von Patienten einen anderen im Wettbewerb unlauter bevorzugen. Dasselbe gilt in spiegelbildlicher Weise für den aktiv Bestechenden, der den Vorteil zu dem genannten Zweck anbietet oder gewährt (§ 299b StGB). Während die akti-

17 Zu letzterem *Brettel/Mand*, A&R 2016, 99, 102.

18 BVerfGE 126, 170, 210.

19 So für § 266 StGB *Kubiciel*, NSTz 2005, 353, 360. Für die §§ 299a, 299b StGB *ders.*, WiJ 2016, 1, 7. Vgl. auch *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 932.

ve Bestechung von jedermann begangen werden kann, ist die passive Bestechung – wie § 299 Abs. 1 StGB – ein Sonderdelikt²⁰.

II. Personeller Anwendungsbereich

Obwohl niedergelassene Vertragsärzte den Anlass für die rechtspolitische Debatte gaben²¹, erfasst § 299a StGB alle Angehörigen eines Heilberufes, dessen Ausübung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert. Dazu zählen etwa Gesundheits- und Krankenpfleger, Logopäden und Ergotherapeuten²². Nicht durchgesetzt hat sich der Ansatz des Freistaates Bayern²³, die Tatbestände auf Angehörige sog. akademischer Heilberufe zu begrenzen. Zwar ist die Gefahr einer unlauteren Bevorzugung bei den nicht-akademischen Heilberufen aus Sicht des Gesetzgebers geringer, für den Patienten sind die Entscheidungen jedoch von ebenso großer Relevanz²⁴.

Ungeachtet ihrer Weite erfassen die Straftatbestände also nicht das Handeln sämtlicher Akteure auf dem Gesundheitsmarkt. Insbesondere Optiker, Betreiber eines Dentallabors und andere eher handwerklich als heilberuflich Tätige sind keine tauglichen Täter des Sonderdelikts (passive) Bestechlichkeit im Gesundheitswesen (§ 299a StGB), da ihnen die Täterqualität als Angehörige eines Heilberufs fehlt. Sehr wohl aber können sie den „Jedermann-Tatbestand“ der (aktiven) Bestechung im Gesundheitswesen erfüllen, wenn sie etwa Augen- oder Zahnärzten Vorteile (Kickbacks, Gewinnbeteiligungen etc.) im Tausch für eine Bevorzugung gewähren. Entscheidend ist dann jedoch, ob eine solche Bevorzugung auch als unlauter zu bewerten ist. Relevant für diese Entscheidung ist das Primärrecht bzw. dessen Eindeutigkeit (s. unten IV.).

III. Vorteil

Strafbar machen sich Angehörige von Heilberufen, wenn sie einen Vorteil gegen die unlautere Bevorzugung eines Dritten bei dem Bezug oder der

20 *Tsambikakis*, medstra 2016, 131, 133.

21 Zur Debatte *Kubiciel/Tsambikakis*, medstra 2015, 11 f.

22 *Ramb/Reich*, CB 2015, 72, 74.

23 BR-Drucks. 16/15 S. 17. S. dazu *Bausback*, in diesem Band.

24 BT-Drucks. 18/6446 S. 16.

Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten bzw. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial tauschen. Es muss allerdings nicht zu einer Einigung oder einem Vorteilsaustausch gekommen sein. Im Rahmen der passiven Bestechung führt neben der Annahme auch das Sich-versprechen-lassen und die einseitige Forderung zur Vollendung. Im Rahmen der aktiven Bestechung genügt das Anbieten, Inaussichtstellen oder Versprechen. Der Vorteilsbegriff ist weit zu verstehen und entspricht dem der §§ 299, 331 ff. StGB und §§ 31, 32 MBO²⁵. Er umfasst neben Geld und geldwerten Leistungen wie Kongresseinladungen oder die Übernahme von Fortbildungskosten auch immaterielle Zuwendungen, auf die der Empfänger keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage objektiv verbessern, also auch Ämter, Ehrungen und dergleichen²⁶. Daneben kann der Abschluss eines Vertrages, der eine vergütete Tätigkeit – etwa einer sog. Anwendungsbeobachtung – zum Inhalt hat, einen Vorteil darstellen²⁷. Vorteile im Sinne der §§ 299a, 299b StGB können mithin auch Zuwendungen aus zulässigen Kooperationen sein²⁸. Strafbar ist demnach beispielsweise die Nebentätigkeit für ein Pharmaunternehmen oder in einem Krankenhaus, wenn sich der Vorteilsnehmer, etwa ein Arzt, mit einer Bevorzugung der Medikamente des Pharmaunternehmens oder der Zuführung von Patienten an das Krankenhaus revanchiert. Auch einseitige Zuwendungen wie Einladungen zum Abendessen sowie die Übernahme von Übernachtungs-, Reise oder Fortbildungskosten sind mögliche tatbestandsrelevante Vorteile²⁹.

IV. Unrechtsvereinbarung

Die Weite des Vorteilsbegriffs wird in gewisser Weise durch das Erfordernis einer echten Unrechtsvereinbarung ausgeglichen. Tatbestandsmäßig

25 BT-Drucks. 18/6446 S. 16 f.; kritisch dazu *Wigge*, NZS 2015, 447, 449.

26 BT-Drucks. 18/6446 S. 16; *Passarge*, DStR 2016, 482, 483.

27 BT-Drucks. 18/6446 S. 17; *Tsambikakis*, medstra 2016, 131, 134. Näher *Broch*, PharmR 2016, 314, 317 f. (Anwendungsbeobachtungen).

28 BT-Drucks. 18/6446 S. 18. Zu Teilberufsausübungsgemeinschaften und Honorararztverträgen *Ratzel*, in: AG Medizinrecht (Hrsg.), Aktuelle Entscheidungen im Medizinstrafrecht, 2016, S. 53, 55 ff.

29 BT-Drucks. 18/6446 S. 17; *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, medstra 2015, 142, 149; *Tsambikakis*, medstra 2016, 131, 134.

sind nur solche Vorteilsgewährungen, die als Gegenleistung für eine zumindest intendierte unlautere Bevorzugung im Wettbewerb gefordert, versprochen, angenommen oder gewährt werden³⁰. Dass die §§ 299a, 299b StGB – wie § 299 StGB, aber anders als die §§ 331, 333 StGB – den Nachweis einer Unrechtsvereinbarung verlangen³¹, hat weitreichende Folgen. So ist der Aufbau des allgemeinen Wohlwollens durch die Gewährung von Vorteilen straflos³². Dies zu Recht: Denn anders als die ausschließlich dem Gemeinwohl verpflichteten und öffentlich besoldeten Beamten agieren Angehörige von Heilberufen in einem privatwirtschaftlichen Kontext, in dem das Austauschen von Vorteilen ein sozialadäquater Bestandteil der Geschäftsanbahnung ist. Die Grenze ist erst dort erreicht, wo die Gewährung des Vorteils mit einer konkreten Erwartung verbunden ist, welcher der Vorteilsnehmer nachzukommen gewillt ist. Der Nachweis einer solchen Unrechtsvereinbarung ist in der Praxis schwierig, aber durchaus möglich. Staatsanwaltschaften werden in beschlagnahmten Verträgen und Kontounterlagen den Nachweis zu führen versuchen, dass die (wiederholte) Gewährung eines Vorteils, etwa einer Nebentätigkeitsmöglichkeit für einen Arzt, nur als Gegenleistung für die Bevorzugung eines Pharmaunternehmens oder eines Krankenhauses ökonomischen Sinn ergibt. Gewährt beispielsweise ein Krankenhaus einem niedergelassenen Arzt für Heilbehandlungen in Krankenhausbetten einen Stundensatz, der deutlich über den Sätzen festangestellter Ärzte liegt, kann dies als Gewährung eines Vorteils für die regelmäßige Zuführung von Patienten angesehen werden.

V. Unlautere Bevorzugung im Wettbewerb

Die durch den Vorteil intendierte oder erkaufte Gegenleistung muss in eine unlautere Bevorzugung im ausländischen oder inländischen Wettbewerb münden. Dies gilt unabhängig davon, ob die Verordnung von Arznei-, Heil-, Hilfsmitteln oder Medizinprodukten nach Nr. 1, der Bezug selbiger nach Nr. 2 oder die Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial nach Nr. 3 einschlägig ist. Wie bei § 299 StGB soll die „Sachge-

30 *Tsambikakis*, medstra 2016, 131, 134.

31 BT-Drucks. 18/6446 S. 17.

32 Insofern kann auf die Rechtsprechung zu § 299 StGB zurückgegriffen werden *Kubiciel*, MedR 2016, 1, 3.

rechtigkeit³³ der (heilberuflichen) Entscheidung gesichert werden. Für die Auslegung des Begriffs der unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb kann daher bis zu einem gewissen Grad auf die Rechtsprechung zum entsprechenden Tatbestandsmerkmal in § 299 StGB zurückgegriffen werden³⁴. Eine Entscheidung ist dementsprechend unlauter, wenn sie auf sachfremden Erwägungen beruht. Was aber sachfremd ist, bestimmt sich maßgeblich nach den Normen des Gesundheitsrechts³⁵, die zulässige von unzulässigen Kooperationen abgrenzen. Den Normen des Sozial- und Berufsrechts kommt folglich bei der Konkretisierung der Unlauterkeit entscheidende Bedeutung zu, obwohl diese strafrechtliche Bezugnahme auf die Primärnormen des Gesundheitsrecht im Gesetzgebungsverfahren, wenn auch an anderer Stelle, scharf kritisiert worden sind (dazu im Folgenden C., D.).

VI. Kontexthandlung

Strafbar ist nicht die Vereinbarung jedweder unlauterer Bevorzugung im Wettbewerb, sondern nur eine Bevorzugung im Zusammenhang mit den in den §§ 299a, 299b StGB spezifizierten heilberuflichen Handlungen (Kontexthandlungen). Deren Aufzählung in drei Nummern soll zwar eine „bessere Übersichtlichkeit“ gewährleisten³⁶. Erreicht wird jedoch nur eine vornehmlich optische Übersichtlichkeit, da sich die verwendeten Begriffe und damit die in Bezug genommenen heilberuflichen Handlungen überschneiden. Dies führt zu nicht geringen Rechtsunsicherheiten, wie beispielsweise der einfach gelagerte Fall zeigt, in dem ein Arzt auf Wunsch des Patienten die Verschreibung von Medikamenten direkt einer Apotheke zuleitet, welche sodann die Medikamente an den Arzt zum therapeutischen Einsatz liefert. Dieser Fall kann unter den Wortlaut mehrerer Alternativen subsumiert werden.

33 *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2015, Rn. 1055.

34 BT-Drucks. 18/6446 S. 20; *Tsambikakis*, medstra 2016, 131, 137; anders *Brettel/Dutge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 933, die davon ausgehen, dass die Übernahme der Merkmale aus § 299 StGB „weitgehend leer“ laufen würde.

35 BT-Drucks. 18/6446 S. 20.

36 BT-Drucks. 18/8106 S. 14.

1. Bezug

So liegt es nahe, auf die Bezugsvariante als die am speziellsten zugeschnittene Handlungsalternative abzustellen, wenn der Arzt die Medikamente zur unmittelbaren Anwendung beim Patienten bezieht. Dafür spricht auch die Entwurfsbegründung, der zufolge der Bezug sämtliche Verhaltensweisen erfassen soll, durch die Heilberufler sich Arzneimittel verschaffen³⁷. Jedoch erfährt man aus einem (anderen) Teil der Gesetzesmotive, dass „in der Regel bereits an die vorgelagerte Verordnungsentscheidung“ angeknüpft werden kann, wenn der Bezug durch den Heilberufungsangehörigen aufgrund einer Verordnung erfolgt und er das Mittel anschließend unmittelbar anwendet³⁸.

2. Verordnung

Folgt man dieser (zweiten) Äußerung des Gesetzgebers, stellt sich die Frage, ob das fragliche Verhalten unter die in § 299b Abs. 1 Nr. 1 StGB enthaltene Wendung „Verordnung von Arzneimittel“ gefasst werden kann. Dies ist jedoch abzulehnen. Denn eine Verordnung meint nur das Verschreiben eines Medikaments zugunsten eines Patienten³⁹. Die Verordnung aber bleibt von der Beschaffungsmöglichkeit des Präparats über den Arzt unbeeinflusst. Der Arzt allein entscheidet, welches Medikament der Patient zu Therapiezwecken verwenden soll. Wünscht sich der Patient die für ihn angenehmere Beschaffung des Medikaments auf direktem Wege zwischen Apotheke und Arzt, wirkt sich dies nur auf den Beschaffungsweg, nicht aber nicht auf die Verordnung aus. Dessen ungeachtet deuten die Gesetzesmaterialien eine weitergehende Auslegungsmöglichkeit an: Danach soll die „Verordnungsentscheidung“, wie es in Abweichung vom Wortlaut des Gesetzes heißt, alle Tätigkeiten umfassen, die mit der Verordnung „in einem engen Zusammenhang stehen, wie beispielsweise die Übersendung der Verordnung an einen anderen Leistungserbringer“⁴⁰. Damit wird aber nicht nur die verfassungsrechtliche Pflicht zu einer präzisierenden Auslegung verletzt (A. I.), sondern auch die ebenfalls verfas-

37 BT-Drucks. 18/6446 S. 20.

38 BT-Drucks. 18/8106 S. 14.

39 *Tsambikakis*, medstra 2016, 131, 135.

40 BT-Drucks. 18/8106 S. 15. Ähnlich bereits BT-Drucks. 18/6446 S. 20.

sungsrechtlich relevante Wortlautgrenze überschritten. Denn das Gesetz bezeichnet die relevante Tätigkeit eindeutig als „Verordnung“ und nicht als „Treffen einer Verwaltungsentscheidung“ und spricht erst recht nicht von „sämtlichen Tätigkeiten, die im engen Zusammenhang mit einer Verordnung stehen“. So wie beispielsweise das „Führen eines Fahrzeugs im Straßenverkehr“ nicht sämtliche Tätigkeiten vor oder nach der Fahrt umfasst, kann auch der Begriff des „Verordnens“ nicht auf zeitlich vor- oder nachgelagerte Tätigkeiten erstreckt werden, ohne die Wortlautgrenze zu verletzen.

3. Zuführen

Mithin bleibt zur Erfassung des o.g. Falls lediglich die Tatvariante des „Zuführens von Patienten“. Auch hier gehen die Gesetzesverfasser von einem ausgesprochen weiten Begriffsverständnis aus, das jede Einwirkung auf den Patienten mit der Absicht, dessen Auswahl zu beeinflussen, einschließt⁴¹. Auf die Form solle es nicht ankommen, selbst unverbindliche Empfehlungen könnten, so die Gesetzesverfasser, tatbestandlich sein. Diese Wendungen sollen ersichtlich auf die Definition des sozial- und berufsrechtlichen *Zuweisungsbegriffs* zurückgreifen⁴². Dann fragt sich jedoch, weshalb der Gesetzgeber diesen Zuweisungsbegriff nicht auch im Gesetzeswortlaut verwendet, sondern stattdessen semantische Distanz – *Zuführung* – gewahrt hat.

Die Verwendung eines eigenständigen strafrechtlichen Begriffs eröffnet jedenfalls die Möglichkeit eines engeren Verständnisses, das etwa nach konkreten Anhaltspunkten dafür fragt, ob der Arzt gezielt auf seine Patienten eingewirkt hat, die Rezepte in einer konkreten Apotheke einzulösen⁴³. Dafür spricht zum einen das verfassungsrechtlich gebotene (und auch kriminalpolitisch sinnvolle) Ziel, den Anwendungsbereich der Tatbestände auf klare und evident strafwürdige Fälle zu beschränken. Zum anderen wird diese Auslegung des Straftatbestandsmerkmals „Zuführung“ auch im Rahmen des (apothekenrechtlichen) Begriffs der Zuführung i.S. des § 11 Abs. 1 ApoG diskutiert⁴⁴. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der BGH in

41 BT-Drucks. 18/6446 S. 20.

42 Krit. *Tsambikakis*, medstra 2016, 131, 135.

43 So OLG Braunschweig, NSTz 2010, 392, 393.

44 *Rixen*, in: ders./Krämer (Hrsg.), Apothekengesetz, 2014, § 11 Rn. 34.

seinem Urteil vom 18.06.2015 mehrere Fälle benannt hat, in denen *nicht* von einem Verstoß gegen § 11 ApoG auszugehen sei: Kein verbotswidriges Handeln liege danach vor, wenn der Arzt dem Patienten „neutral verschiedene Auswahlmöglichkeiten an die Hand gibt, etwa in Form der Aushängung des Rezepts an den Patienten oder in Form der Beauftragung des Arztes mit der Einlösung in einer vom Patienten bestimmten Apotheke oder in einer vom Arzt selbst ausgesuchten Apotheke (...)“⁴⁵. Danach fehlte es in diesen Fallkonstellationen an einer tatbestandlichen Kontexthandlung.

C. Strafbarkeitslücken und Vereinbarkeit mit überstaatlichem Recht

I. Monopollagen

Auf Druck der CDU sind jene Tatvarianten gestrichen worden, die den Tausch eines Vorteiles gegen die Verletzung der „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ bei der Abgabe bzw. Verordnung von Arznei- und Heilmitteln sowie der Zuführung von Patienten pönalisierte (§§ 299a Abs. 1 Nr. 2, 299b Abs. 1 Nr. 2 StGB-E). Anders als im Gesetzgebungsverfahren insinuiert wurde, hat diese Tatvariante erhebliche praktische Bedeutung⁴⁶. Zur Anwendung wäre sie immer dann gelangt, wenn keine unlautere Bevorzugung des Wettbewerbs festgestellt werden kann, weil das Medikament, das Medizinprodukt oder der Facharzt keiner Konkurrenz ausgesetzt ist. Ob Wettbewerb gegeben ist, wenn (faktische) Monopolstellungen vorliegen, wird uneinheitlich beantwortet⁴⁷. In der Begründung des Regierungsentwurfs hieß es, dass die Variante der Verletzung berufsrechtlicher Pflichten gerade erforderlich sei, um eine Strafbarkeit im Falle von Monopolen zu gewährleisten⁴⁸. Nachdem diese nicht in die endgültige Fassung des Tatbestandes aufgenommen wur-

45 BGH GRUR 2016, 213, 215, unter Verweis auf *Wesser*, in: Kieser/Wesser/Saalfrank, ApoG, 2015, § 11 Rn. 9. Zustimmend *Kieser*, A&R 2016, 37, 39: Stärkung der Patientenautonomie.

46 Dazu bereits *Kubiciel*, KPzK 2/2016; *ders.*, CB 2016 Editorial, Heft 6. A.A. *Geiger*, CCZ 2016, 172, 175.

47 *Tsambikakis*, medstra 2016, 131, 136.

48 BT-Drucks. 18/6446 S. 20.

de, liegt die Vermutung nahe, dass eine Strafbarkeitslücke sehenden Auges in Kauf genommen wurde⁴⁹.

Selten sind Fälle faktischer Monopolstellungen jedenfalls nicht⁵⁰. So fehlt im ländlichen Raum häufig eine zumutbare Alternative zu dem am Ort praktizierenden Facharzt. Ferner ist ein Arzneimittel im Bereich der individualisierten Medizin nicht schlechterdings durch ein anderes zu ersetzen. Auch neue Arzneimittel und herkömmlichen Produkten überlegene Medizinprodukte sind nicht ohne weiteres substituierbar; dies gilt zumal dann, wenn Patentschutz besteht⁵¹. Trotz (oder gerade wegen) ihrer Bedeutung ist die Tatvariante bei Interessenvertretern und Rechtsanwälten auf Ablehnung gestoßen⁵². Die Kritiker haben gegen diese zweite Tatvariante im Wesentlichen vorgebracht, dass sie nicht hinreichend bestimmt sei und dass sie auch auf lokal divergierendes Kammerrecht Bezug nehme⁵³. Dogmatischer Ausgangspunkt der Kritik ist die Einordnung des Tatbestandsmerkmals „Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ als Blankett⁵⁴. Der Regierungsentwurf treffe zwar eine Aussage darüber, welche Teile der berufsrechtlichen Vorschriften tatbestandsmäßig sein sollen, die Regelungen seien aber dennoch von eben diesen Vorschriften abhängig und nicht „aus sich selbst heraus verständlich“⁵⁵. Um ein Blankett handle es sich zudem, da die Zweckrichtung des Tatbestandsmerkmals und die der berufsrechtlichen Vorschriften, auf die es verweist, unterschiedlich seien⁵⁶. Dem kann nicht gefolgt werden. Denn die Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit garantiert die Unabhängigkeit einer heilberuflichen Entscheidung von unzulässig dominierenden ökonomischen Interessen. Damit ist der Pflichttyp in hinreichend präziser

49 *Tsambikakis*, medstra 2016, 131, 136 f.

50 So die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 18/8106 S. 16.

51 Siehe zur praktischen Relevanz von Monopolen auch *Pragal/Handel*, medstra 2015, 337, 342; *Aldenhoff/Valluet*, medstra 2015, 195, 198.

52 *Aldenhoff/Valluet*, medstra 2015, 195, 197; *Pragal/Handel*, medstra 2015, 337, 342; *Taschke/Zapf*, medstra 2015, 332, 336. Forschende Pharma-Unternehmen, Stellungnahme vom 21.11.2015, S. 6; BRAK, Stellungnahme 40/2015, S. 8.

53 *Aldenhoff/Valluet*, medstra 2015, 195, 196 ff.; *Bundesärztekammer*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJV, S. 7 ff.; *Kassenärztliche Bundesvereinigung*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJV.

54 *Schröder*, NZWiSt 2015, 321, 331 f.

55 *Schröder*, NZWiSt 2015, 321, 332.

56 *Schröder*, NZWiSt 2015, 321, 332 unter Verweis auf *Walter*, in: Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 969, 988 f.

Weise festgelegt. Zudem beschreiben die kritisierten Tatvarianten das verbotene Verhalten – die Unrechtsvereinbarung – selbst genau. Die „Pflicht zur Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit“ ist folglich kein Blankett; es handelt sich um ein komplexes normatives Tatbestandsmerkmal wie die Vermögensbetreuungspflicht des § 266 StGB⁵⁷.

Ein zweiter Gesichtspunkt kommt hinzu: Dass auf gesundheitsrechtliche Primärnormen Bezug genommen wird, die nicht in einem förmlichen Gesetz oder sonstigen staatlichen Rechtsakt positiviert worden sind, ist unter anderem bei der fahrlässigen Körperverletzung oder fahrlässigen Tötung nicht anders: Die ärztlichen Kunstregeln, welche den Anwendungsbereich der genannten Fahrlässigkeitstatbestände bestimmen, werden weder durch staatliches Recht noch durch Berufs- oder Kammerrecht kodifiziert. Auch der Umstand, dass die (gesundheitsrechtlichen) Primärnormen lokal unterschiedlich ausfallen bzw. interpretiert werden, ist bekannt: Bei den §§ 331 ff. StGB verhält es sich nicht anders. Dass für manche Berufe Berufskammern fehlen beziehungsweise in manchen Kammerbezirken Regelungslücken existieren, ist unschädlich: Denn in solchen Fällen werden Gerichte in der Lage sein, durch die Heranziehung der Regelungen von anderen Berufsgruppen oder Kammern die Unabhängigkeit der heilberuflichen Entscheidung von unzulässig dominierenden ökonomischen Interessen objektiv zu bestimmen. Schließlich lässt sich das Tatbestandsmerkmal in Grenzbereichen dadurch restriktiv auslegen, dass – wie bei der Untreue – nur eindeutig unvertretbare (heilberufliche) Entscheidungen kriminalisiert werden⁵⁸.

Obleich die an den Tatvarianten geübte Kritik aus rechtswissenschaftlicher Sicht also nicht überzeugt⁵⁹, empfahl der Rechtsausschuss die Streichung der Tatalternativen. Für die kleinere Regierungsfraktion war dabei der Umstand ausschlaggebend, dass sie die Tatbestände noch vor Beginn der Vorwahlkampfphase im Herbst 2016 verabschiedet wissen wollte. In buchstäblich letzter Minute erzwang der Gesundheitsausschuss immerhin einige Auslegungsempfehlungen. Bei unter Patentschutz stehenden Medikamenten seien Re- und Parallelimporte sowie Therapiealternativen zu berücksichtigen, die ggfs. eine Monopolstellung auflösen, heißt es in den

57 BVerfGE 126, 170, 204 f.

58 Kubiciel, WiJ 2016, 1, 6 f.

59 Kubiciel, KPzK 4/2015, S. 10 ff.; Scholz, in diesem Band.

Gesetzesmaterialien⁶⁰. Liege gleichwohl eine Monopolsituation vor, könnten Vorteilsgewährungen dennoch wettbewerbsrelevant sein, wenn sie dazu dienen, die Marktposition langfristig zu sichern. Eine Strafbarkeit sei somit nach wie vor möglich, da auch bei Monopolen Wettbewerb vorliegen könne. Dies gelte bereits im Rahmen des § 299 StGB, dessen Grundsätze übertragen werden könnten⁶¹. Insgesamt seien an den Wettbewerbsbegriff „keine zu strengen Maßstäbe“ anzulegen.

Ob die Rechtsprechung dem folgen wird, lässt sich bezweifeln. Richtig ist zwar, dass der BGH bei der Auslegung des § 299 StGB bisher einem weiten Wettbewerbsverständnis gefolgt ist⁶². Nach der Einführung einer wettbewerbsunabhängigen Tatvariante in § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB besteht in diesem Tatbestand allerdings keine Notwendigkeit mehr für eine extensive Interpretation des Wettbewerbsbegriffs. Es ist also davon auszugehen, dass die Rechtsprechung bei § 299 StGB schrittweise zu einem engeren Wettbewerbsverständnis gelangen wird. Dass die Rechtsprechung den Wettbewerbsbegriff aber spaltet und diesen in § 299 StGB enger als bisher, in den §§ 299a, 299b StGB hingegen weit interpretiert, ist wenig wahrscheinlich und es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung diesen Empfehlungen folgt⁶³. Es sei die Prognose gewagt, dass in absehbarer Zeit erste Strafbarkeitslücken bei Monopolanbietern sichtbar werden.

II. Apotheker

Offensichtlich ist schon jetzt eine andere Strafbarkeitslücke. Diese ist entstanden, weil der Rechtsausschuss jene Absätze gestrichen hat, welche den Tausch von Vorteil und Pflichtverletzung im Zusammenhang mit dem Bezug von Medikamenten und Medizinprodukten pönalisieren, die unmittelbar an Patienten abgegeben werden (§§ 299a Abs. 2, 299b Abs. 2 StGB-E). Infolgedessen können sich Apotheker und andere Verkäufer von Medizinprodukten beim Bezug ihrer Waren korruptiv beeinflussen lassen, ohne in

60 Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Änderungsantrag vom 12.04.2016, S. 13 f.

61 BT-Drucks. 18/8106 S. 16.

62 Siehe nur BGHSt. 10, 358, 367 f; BGH NJW 1991, 367, 370; BGHSt. 49, 214, 22.

63 Näher *Kubiciel*, KPzK 3/2016.

den Anwendungsbereich des § 299a StGB zu gelangen⁶⁴. Dementsprechend werden auch die Vorteilsgeber auf Seiten der Pharmaunternehmen und Medizinproduktehersteller nicht von § 299b StGB erfasst. Die Streichung erfolgte, weil die „Apotheker“-Variante ebenfalls auf die berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit abstellte. Da sich im Zusammenhang mit den Handlungsweisen außerhalb von Wettbewerbslagen (§§ 299a Abs. 1 Nr. 2, 299b Abs. 1 Nr. 2 StGB-E) die Auffassung durchsetzte, die Pflicht sei nicht hinreichend bestimmt, waren sämtliche Handlungsvarianten zu streichen, die auf diese Pflicht Bezug nahmen. Zudem sei, so die Begründung des Gesetzes, eine gesonderte Regelung nicht erforderlich, da eine korruptive Vereinbarung über die Abgabe die vorgelagerte und notwendige Bezugshandlung beinhalte⁶⁵. Richtig ist, dass das Unrecht einer wettbewerbswidrigen und unlauteren Bezugsentscheidung bei der Abgabe an den Patienten fortwirken kann⁶⁶; falsch ist jedoch der Schluss, die Abgabe habe keinen eigenständigen Anwendungsbereich⁶⁷. Dieser ist beispielsweise bei Apothekern gegeben, die Entscheidungen über die Abgabe von Arzneimitteln treffen, ohne über den Bezug des Medikaments entschieden zu haben. Die Pharmaindustrie könnte diesen Umstand nutzen und – anstelle von Ärzten – auf Apotheker einwirken, ohne dass dies Konsequenzen hätte⁶⁸. Auf diese Weise weitet sich eine überschaubare Strafbarkeitslücke (oben 3.) an anderer Stelle zu einer regelrechten „legal lacuna“ aus.

Allerdings sollten sich Apotheker und Pharmaunternehmen nicht zu früh freuen: Dass die §§ 299a, 299b StGB keine Anwendung finden, heißt nicht, dass die Bestechung beim Bezug von Medikamenten und Medizinprodukten gänzlich straflos sein muss. Vielmehr ist nach Wortlaut und Schutzzweck auch § 299 StGB auf die Bestechlichkeit und Bestechung im Zusammenhang mit dem Bezug von Medikamenten anwendbar, wenn nicht der Inhaber der Apotheke selbst, sondern ein Angestellter bestochen wird. Ausgeschlossen werden kann der Rückgriff auf § 299 StGB nur, wenn die §§ 299a, 299b StGB für jegliches korruptive Verhalten von Angehörigen eines Heilberufes beim Bezug von Medikamenten als abschlie-

64 Dazu krit. auch *Grzesiek/Sauerwein*, NZWiSt 2016, 369, 371; *Tsambikakis*, medstra 2016, 131, 132.

65 BT-Drucks. 18/8106 S. 16.

66 *Geiger*, medstra 2016, 9, 13; *Tsambikakis*, medstra 2016, 131, 132.

67 *Geiger*, medstra 2016, 9, 13.

68 *Pragal/Handel*, medstra 2016, 22, 26.

bende Sonderregel zu betrachten wären. In diesem Fall wäre ein Rückgriff auf den allgemeineren § 299 StGB systematisch ausgeschlossen. Die dünnen Formulierungen zu den Folgen der Streichung der §§ 299a Abs. 1, 299b Abs. 2 StGB-E lassen diesen Schluss nicht zu. Vielmehr scheint es so, als sei die Streichung keine bewusste kriminalpolitische Entscheidung für eine Privilegierung von Apothekern gewesen, sondern allein ein Kollateraleffekt der Streichung der Bezugnahme auf die berufsrechtlichen Pflichten.

III. Bewertung

In ihrer jetzigen Form stellen die §§ 299a, 299b StGB keine Tatbestände gegen die Korruption im Gesundheitswesen dar, sondern schützen den Wettbewerb auf dem Gesundheitsmarkt. Das ist nicht dasselbe. Während die neuen Straftatbestände lediglich den Tausch von Vorteil und unlauterer Bevorzugung im Wettbewerb unter Strafe stellen, verlangt Art. 7 des Strafrechtsübereinkommens des Europarates gegen Korruption die Kriminalisierung des Versprechens oder Gewährens eines ungerechtfertigten Vorteils als Gegenleistung dafür, dass eine Person in einem Unternehmen „unter Verletzung ihrer Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt“. Ganz ähnlich sind Art. 7 des VN-Übereinkommens gegen Korruption sowie der von Deutschland zwingend umzusetzende Art. 2 des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor gefasst. Nach der Streichung der Tatvarianten, die für Handlungen außerhalb von Wettbewerbslagen gelten sollten, verfehlen die §§ 299a, 299b StGB diese Vorgaben. Erst recht inkompatibel mit internationalem und europäischem Recht ist der Umstand, dass die §§ 299a, 299b StGB Apotheker und ihre Handelspartner nicht erfassen. Kurzum: Es ist eine Frage der Zeit, bis die Europäische Kommission und internationale Organisationen die lückenhafte Fassung der §§ 299a, 299b StGB kritisieren werden.

D. Strafverfolgung

Die §§ 299a, 299b StGB sind – anders als im Regierungsentwurf vorgesehen – keine relativen Antrags-, sondern Officialdelikte⁶⁹. Staatsanwaltschaften können daher auch ohne eine Strafantragstellung oder Bestehen eines besonderen öffentlichen Interesses ermitteln. Dies ist sachgerecht: Zum einen schützen die §§ 299a, 299b StGB mit dem Gesundheitswesen eine Institution von so großer überindividueller Bedeutung, dass deren Schutz grundsätzlich in der Hand der Staatsanwaltschaft liegen sollte. Zum anderen lassen sich die §§ 299a, 299b StGB nicht mit dem als Antragsdelikt ausgestalteten § 299 StGB vergleichen, da letzterer zwar primär den Wettbewerb schützt, aus rechtshistorischen Gründen aber dem Prinzipal-Agent-Modell folgt, das die Ausgestaltung als Antragsdelikt zumindest nahelegt. Auf die §§ 299a, 299b StGB kann dieses Modell nicht übertragen werden⁷⁰.

E. Rechtsfolgen

Demjenigen, der sich in dem Netz der §§ 299a, 299b StGB verfängt, drohen harsche Sanktionen: Neben den – schon mit einem Ermittlungsverfahren eintretenden – Reputationsschäden und berufsrechtlichen Sanktionen ist eine Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren zu verhängen, wenn gewerbsmäßig oder mit Hilfe eines Vorteils großen Ausmaßes gehandelt wird. Solche „besonders schweren Fälle“ im Sinne des § 300 StGB werden hierzulande die Regel sein. Denn zum einen können bereits 25.000 Euro einen Vorteil großen Ausmaßes darstellen⁷¹. Zum anderen ist im deutschen Gesundheitswesen das auf Dauer angelegte Zusammenwirken zwischen Ärzten untereinander bzw. Ärzten und anderen Akteuren weiter verbreitet als die in Süd- und Osteuropa anzutreffende „petty corruption“ in Form kleinerer Zahlungen des Patienten an den behandelnden Arzt.

69 *Tsambikakis*, medstra 2016, 131, 132.

70 *Kubiciel*, KPzK 4/2015, S. 22.

71 *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 300 Rn. 3.

F. Auswirkungen auf die Praxis

In der nun Gesetz gewordenen engen Fassung lassen die §§ 299a, 299b StGB erhebliche Strafbarkeitslücken. Sie sind mit den Vorgaben überstaatlichen Rechts kaum zu vereinbaren. Nach vier Jahren Diskussion um die Ausgestaltung zweier nicht übermäßig komplexer Straftatbestände ist das ein ernüchternder Befund, für den nicht die Gesetzesverfasser, sondern die Mehrheits- und Machtverhältnisse in der Regierungskoalition verantwortlich sind. Angesichts der Lückenhaftigkeit ist es gut möglich, dass schon bald Forderungen nach einer Verschärfung erhoben werden. Der Bundesrat hat die Bundesregierung jedenfalls gebeten zu beobachten, „ob zukünftig in der Praxis die vorbeschriebenen Strafbarkeitslücken in einem Umfang auftreten, der geeignet ist, das Vertrauen der Patienten in das Gesundheitssystem zu beeinträchtigen“. Sollte dies der Fall sein, müssten „die notwendigen gesetzlichen Änderungen“ vorgenommen werden⁷².

Für niedergelassene Ärzte sind die Tatbestände jedoch schon jetzt von zentraler Bedeutung. An ihnen werden sämtliche Formen von Kooperationen zwischen Ärzten, Laboren, Krankenhäusern und Pharmaunternehmen gemessen werden. Über die §§ 29a, 30, 130 OWiG verändern die §§ 299a, 299b StGB auch das Haftungsregime für Krankenhaus- bzw. Pharmakonzerne. Unternehmen werden die neuen Haftungsrisiken in ihren Kalkulationen berücksichtigen und tendenziell ihre Compliance-Systeme ausbauen⁷³. Multinationale Unternehmen dürften ihre Compliance-Regeln zwar schon längst dem schärferen ausländischen (namentlichen amerikanischen) Recht angepasst haben. In einer beträchtlichen Anzahl von deutschen Krankenhäusern existieren aber bislang keine (ausreichenden) Compliance-Management-Systeme⁷⁴, obwohl deren leitende Mitarbeiter (ebenfals) in den Anwendungsbereich des § 299b StGB gelangen können, wenn sie mit Ärzten Kooperationen vereinbaren. Auch für die Zusammenarbeit zwischen Ärzten untereinander bzw. Kooperationsvereinbarungen zwischen Ärzten, Apothekern und Laboren, haben sich die strafrechtlichen Spielregeln erheblich verändert. All diesen sei dringend geraten, Kooperationsformen – namentlich solche im „Graubereich“ – auf die Vereinbarkeit

72 BR-Drucks. 181/1/16 S. 3.

73 *Kölbel*, ZIS 2016, 452, 455.

74 *Schuster/Rupp*, in: *Schmola/Rapp* (Hrsg.), *Compliance, Governance und Risikomanagement im Krankenhaus*, 2016, S. 25 ff.; s. auch *Kölbel*, ZIS 2016, 452, 457.

mit den §§ 299a, 299b StGB überprüfen zu lassen; dasselbe gilt für Prämienmodelle und (umsatzbezogene) Rabatte⁷⁵.

Grundsätzlich sinkt die Wahrscheinlichkeit, mit einer Kooperation in den Anwendungsbereich der Tatbestände zu gelangen, in dem Maße, in dem sich deutlich machen lässt, dass die Zusammenarbeit nicht nur den ökonomischen Interessen der Partner dient, sondern auch für den Patienten und das Gesundheitssystem nützlich ist. Umgekehrt bedeutet dies: Formen der Zusammenarbeit, deren primäres Ziel in der Steigerung des Gewinns der beteiligten Kooperationspartner besteht, müssen kritisch hinterfragt und geprüft werden. Die Strafbarkeitsgrenze ist aus hiesiger Sicht erst dort erreicht, wo die Kooperation keinen relevanten „Systemgewinn“ oder Nutzen für den Patienten erbringt und gesundheitspolitisch eindeutig unvertretbar ist. Erst wenn diese Grenze überschritten ist, lässt sich davon sprechen, dass die §§ 299a, 299b StGB das Gesundheitswesen in vorhersehbarer Weise vor erheblichem Unrecht schützen.

75 Dazu *Rauer/Pfuhl*, PharmR 2016, 357, 361 f.