

31/10/12
21-0461-12

medstra

Zeitschrift für Medizinstrafrecht

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Karsten Gaede; Dr. Michael Tsambikakis; Alexander Badle; Prof. Dr. Thomas Clemens;
Prof. Dr. Gunnar Duttge; Prof. Dr. Thomas Fischer; Prof. Dr. Helmut Frister;
Prof. Dr. Wolfram Höfling; Prof. Dr. Michael Lindemann; Prof. Dr. Frank Ulrich Montgomery;
Prof. Dr. Dorothea Prütting; Dr. Rolf Raum; Prof. Dr. Henning Rosenau;
Prof. Dr. Frank Saliger; Dr. Gernot Steinhilper; Prof. Dr. Dr. Klaus Ulsenheimer

Redaktion:

Prof. Dr. Karsten Gaede; Prof. Dr. Michael Lindemann; Dr. Michael Tsambikakis

1. Jahrgang 2015



C.F. Müller

CFM

099

Von Professor Dr. Michael Kubiciel, Universität zu Köln /Rechtsanwalt Dr. Michael Tsambikakis, Köln*

Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (§ 299a StGB) - Stellungnahme zum Entwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz

Die Bundesregierung hat sich in ihrem Koalitionsvertrag darauf verständigt, das Strafgesetzbuch um einen Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen zu ergänzen. Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hat einen Diskussionsentwurf veröffentlicht, den die Justizministerkonferenz kürzlich als eine geeignete Grundlage für ein künftiges Gesetz bezeichnet hat. Die Schaffung eines Straftatbestandes ist zwar prinzipiell angemessen. Der bayerische Entwurf selbst ist jedoch kritisch zu sehen. Deshalb ist an dieser Stelle ein Regelungsvorschlag zu machen, der die Tathandlung präziser beschreibt.

Im März 2012 hat der Große Senat für Strafsachen des BGH entschieden, dass der Vertragsarzt weder Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB noch tauglicher Täter einer Bestechlichkeit nach § 299 Abs. 1 StGB ist.¹ Dabei hat der BGH zugleich die „grundsätzliche Berechtigung des Anliegens“ anerkannt, „Missständen, die – allem Anschein nach – gravierende finanzielle Belastungen des Gesundheitssystems zur Folge haben, mit Mitteln des Strafrechts effektiv entgegenzutreten.“ Dafür stehe der Gesetzgeber in der Pflicht. Alle Gesetzesinitiativen der damaligen Legislaturperiode sind jedoch der Diskontinuität anheim gefallen.² Im Koalitionsvertrag der jetzigen Bundesregierung heißt es indes unmissverständlich: „Wir werden einen neuen Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen im Strafgesetzbuch schaffen“.³ Der erste Diskussionsentwurf stammt aus dem Bayerischen Staatsministerium der Justiz. Er ist Gegenstand dieser Abhandlung.

I. Einführung

Im Gesundheitswesen lösen die Worte Korruption, Bestechung und Bestechlichkeit vielfältige Assoziationen und besonders große Emotionen aus. Das liegt nicht zuletzt darin begründet, dass es über Jahrzehnte nicht gelungen ist, anerkannte Grenzen zwischen erlaubten und unerlaubten Kooperationsformen zu finden oder zu ziehen. Dabei besteht Einigkeit, dass ein Kernbereich v.a. ärztlicher Entscheidungen existiert, der von wirtschaftlicher Stimulanz unbeeinflusst bleiben muss. Wie man dem Phänomen begegnet, ist Gegenstand einer aufgeregten rechtspolitischen Diskussion. Doch ist es angesichts der enormen ökonomischen und sozialen Bedeutung des Gesundheitssektors und der Vielfalt zweifelhafter Kooperationsformen kriminalpolitisch sachgerecht⁴ und verfassungsrechtlich unbedenklich,⁵ einen die Ungewissheiten beendenden Straftatbestand einzufordern.

Wichtige Akteure auf dem Gesundheitsmarkt befürworten denn auch die Einführung *strafrechtlicher* Regelungen. So spricht sich eine deutliche Mehrheit der Pharmaunternehmen (63%) für eine klare Strafvorschrift aus; jedes zweite Unternehmen versteht eine präzisierende Gesetzeslage zudem als wichtige Unterstützung der eigenen Antikorruptionsbemühungen.⁶ Dem Vernehmen nach begrüßen auch große Teile der Ärzteschaft und anderer Heilberufe eine spezifische Strafvorschrift: Der Präsident der Bundesärztekammer *Montgomery* fordert jedenfalls öffentlich, die Korruption von Heilber-

flern im Strafrecht zu verankern.⁷ Am 6. November 2014 hat schließlich die 85. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister die Bedeutung einer strafrechtlichen Regelung unterstrichen, die Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen umfassend pönalisiert; der Gesetzentwurf aus Hamburg bzw. Mecklenburg-Vorpommern sowie der bayerische Diskussionsvorschlag böten „geeignete Grundlagen“.

Dies alles spricht dafür, dass Angehörige von Heilberufen und ihre Geschäftspartner, insbesondere Pharmaunternehmen, der baldigen Einführung eines auf sie zugeschnittenen Straftatbestandes entgegen sehen. Überraschend ist diese Entwicklung nicht. Die Akteure im Gesundheitsmarkt – allen voran Ärzte und Pharmaunternehmen – haben in den letzten Jahren die Chance verpasst, Politik und Gesellschaft von ihren zweifellos vorhandenen Selbstheilungskräften zu überzeugen⁸ und den Gesundheitssektor aus jenen schlechten Schlagzeilen zu bringen, die ihm seit einiger Zeit gewidmet werden.⁹ Gründe für die Annahme, dass die Kontrollmechanismen des Gesundheitssektors in Zukunft deutlich besser funktionieren werden

* Der Autor Kubiciel ist geschäftsführender Direktor des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität zu Köln und of Counsel der auf das Wirtschaftsstrafrecht spezialisierten Kanzlei Tsambikakis & Partner, der Autor Tsambikakis ist dort Partner.

1 BGHSt 57, 202.

2 Gesetzentwurf des Bundesrates vom 5.7. 2013, „Entwurf eines ... Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen (... StrÄndG)“, BR-Drs. 451/13.

3 „Deutschlands Zukunft gestalten“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 14.12.2013, S. 55.

4 Zur Bedeutung vgl. *Kölbel* StV 2012, 592. Zu „strafbarkeitsnahen“ Kooperationsformen *ders.* NStZ 2011, 195 ff.

5 Eine ungerechtfertigte „Diskriminierung“ von Ärzten und Apothekern gegenüber Angehörigen anderer freier Berufe, für die §§ 299, 299a StGB nicht gelten (werden), liegt nicht vor (s. aber *H. Schneider* HRRS 2013, 473, 478). Denn Architekten oder Rechtsanwälte operieren nicht in vergleichbaren Strukturen mit einer derart großen sozialen Bedeutung und hohen Korruptionsanfälligkeit (zu letzterem *Cosack* ZIS 2013, 226, 229; *Duttge* in: *ders.* (Hrsg.) *Tatort Gesundheitsmarkt*, 2011, S. 3, 9, 11; *Murmann* in: *Duttge* (a.a.O.), S. 113). Letzteres – die besondere Korruptionsbelastung des Gesundheitssektors – lässt sich nicht pauschal in Abrede stellen (s. aber *H. Schneider* HRRS 2013, 473, 478, der die Validität der empirischen Befunde in Zweifel zieht). Vielmehr berichteten im Jahr 2013 17% der befragten Pharmaunternehmen über durchschnittlich drei Verdachtsfälle von Korruption seit 2011; 22% nahmen an, sie hätten mindestens eine Geschäftsmöglichkeit aufgrund der Bestechung durch einen Wettbewerber verloren (*Bussmann/Burkhart/Salvenmoser*, *Wirtschaftskriminalität – Pharmaindustrie*, 2013, S. 9, 11). Im geschäftlichen Verkehr mit Ärzten schätzten sogar 73% der Unternehmen das Korruptionsrisiko als mittel bis sehr hoch ein (Ebd. S. 12).

6 *Bussmann/Burkhart/Salvenmoser* (Fn. 5), 2013, S. 14.

7 *Medical Tribune* vom 26.2.2014; s.a. *Rheinische Post* vom 18.5.2013, die *Montgomery* zitiert: „Wir Ärzte wünschen uns einen klaren Katalog, aus dem hervorgeht, was unter Bestechung und Korruption fällt und was nicht“.

8 *Cosack* ZIS 2013, 226, 229, 231.

9 *Eindrucksvoll Duttge* (Fn. 5), 2011, S. 3 f.

als in der Vergangenheit, sind nicht ersichtlich.¹⁰ Die Verschärfung des nicht-staatlichen Regelungssystems ist daher kein funktionales Äquivalent für einen Straftatbestand und eine staatliche Rechtsdurchsetzung.¹¹

Auch die systemischen Voraussetzungen der Korruption im Gesundheitswesen sprechen nicht gegen den Ansatz, individuelle Regelverstöße strafrechtlich zuzurechnen. Es ist zwar richtig, dass die Korruptionsanfälligkeit von Strukturen mit deren Komplexität zunimmt. Daher ist der Gesetzgeber auch unter dem Gesichtspunkt der Korruptionsprävention gut beraten, für schlanke und transparente Verfahren im Gesundheitssystem zu sorgen¹² und ein gesundheitsrechtliches System von Primärnormen zu schaffen, das Korruptionsgelegenheiten minimiert.¹³ Jedoch bietet jedes System, in dem derart viel Kapital verteilt wird wie im Gesundheitswesen, einen Anreiz für korruptives Rent-Seeking durch die Verletzung von Regeln und Verzerrung von Verfahren. Ein Austausch der wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Konzeptionen, die den (verletzten) Regeln und (verzerrten) Verfahren zugrunde liegen, vermag diesen Anreiz nicht zu senken. Weniger Marktwirtschaft und mehr staatliche Lenkung im Gesundheitswesen führt daher nicht zu einer größeren Compliance,¹⁴ wie die Korruptionsbelastung der staatlichen Gesundheitssysteme in den Staaten Osteuropas vor (und nach) dem Fall des „Eisernen Vorhanges“ zeigt.

Entscheidende Faktoren für die Zurückdrängung der Korruption sind klare Normen, die effektive Durchführung der Regeln bei Verstößen sowie eine latente Normtreue der Adressaten.¹⁵ Diesen Zielen dient die strafrechtliche Flankierung gesundheitsrechtlicher Regeln, die von § 299a StGB angestrebt wird. Die Vorschrift schließt eine Regelungslücke, die der Große Senat für Strafsachen des BGH benannt hat,¹⁶ beendet die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Tragweite der Entscheidung¹⁷ und schafft mit einer klaren Regelung die Voraussetzungen für die Stärkung der Compliance-Bemühungen im Gesundheitswesen. Die Schaffung von (neuen) Ordnungswidrigkeitstatbeständen ist hingegen keine überzeugende Alternative zur Strafrechtssetzung.¹⁸ Es ist bereits fraglich, ob diese Sanktionsform dieselbe Lenkungs- und Normbestätigungswirkung entfaltet wie das Strafrecht. Vor allem aber ist es politisch nicht zu vermitteln, dass strafrechtliche Korruptionsvorschriften ausgerechnet im bestechungsanfälligen Gesundheitssektor keine Anwendung finden, während die Strafbarkeit für die Bestechlichkeit und Bestechung im (übrigen) geschäftlichen Verkehr ausgedehnt wird.¹⁹

Ein neuer Straftatbestand könnte sich auch als volkswirtschaftlich sinnvoll erweisen: Wenn die Pönalisierung ein Anstoß zur Verstärkung von bislang geringen²⁰ Compliance-Bemühungen in diesen Bereichen sein sollte,²¹ werden die bei den Marktakteuren selbst in Folge von Wettbewerbsverzerrungen entstehenden Schäden abnehmen. Zudem werden korruptionsbedingte Fehlallokationen von finanziellen Mitteln sowie die damit einhergehenden Folgeschäden vermindert, so dass insgesamt mehr Mittel regelkonform im Gesundheitssystem verteilt werden können.

Doch sprechen nicht nur intrinsische und gesundheitspolitische Gründe für eine zügige Einführung eines Tatbestandes zur Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen. Auch der Druck von außen hat in den letzten Monaten zugenommen. So nennt der im Februar 2014 vorgestellte (erste) EU Anti-Corruption Report ausdrücklich den Gesundheitsbereich als einen Ort, der gesetzgeberisches Handeln erfordert.²² Der Bericht ist deshalb von besonderer rechtlicher und politischer Bedeutung, weil Art. 83 AEUV der EU eine Kompetenz zur

Harmonisierung des Strafrechts verleiht.²³ Von dieser Kompetenz kann die EU Gebrauch machen, wenn sich die Mitgliedstaaten dauerhaft weigern sollten, die notwendigen Verbesserungen ihrer Antikorruptionsinstitutionen vorzunehmen. Insofern üben der Bericht und der sich an ihn anschließende Review-Mechanismus einen Handlungsdruck aus, der den Instrumentarien internationaler Organisationen (VN, OECD) und anderen Staatengruppen (GRECO) fehlt. Auch wenn eine europäische Harmonisierung gegenwärtig nicht geplant ist, behält sich die EU-Kommission eine Rechtssetzung im Bereich der Korruption ausdrücklich für einen späteren Zeitpunkt vor.

II. Umsetzung

Erscheint es in einem ersten Schritt rechtspolitisch sinnvoll – wenn nicht geboten – einen Straftatbestand zu schaffen, der strafwürdiges Verhalten sanktioniert, besteht die Kunst des zweiten Schrittes darin, eine sachgerechte Tatbestandsfassung zu erarbeiten. Das Bayerische Staatsministerium für Justiz (StMJ) hat diesen Schritt gewagt. Das Ergebnis ist ein Diskussionsentwurf, dessen Besonderheiten, Vorzüge und auch Schwächen in Abgrenzung zum Gesetzentwurf Hamburgs bzw. Mecklenburg-Vorpommerns herausgestellt werden.

- 10 Wie hier *Braun* MedR 2013, 277 ff.; *Kölbel* StV 2012, 592, 593; *ders.*, Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen, 2013, S. 85, 97 ff.; *Murmann* in: *Duttge* (Fn. 5), S. 109 f. Skeptisch beurteilt dies auch der Präsident der Bundesärztekammer, der davon ausgeht, die Mittel des Berufsrecht würden nicht ausreichen, um alle Fälle von vermuteter Korruption zu ermitteln: „Deswegen fordern wir eine klare, präzise und ausgewogene Regelung im Strafrecht“. Pressemitteilung der Bundesärztekammer vom 21.5.2013 sowie Rheinische Post vom 18.5.2013.
- 11 S. aber *Geiger* NK 2013, 136, 145 f.; *Krüger* StraFo 2012, 308, 316; *Lindemann* in: *ders./Ratzel* (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 9, 35; *Ulsenheimer* FS Steinhilper, 2013, S. 225, 236; *Steinhilper* MedR 2010, 499, 500. *Fischer* hält ihnen entgegen: „Die Lücken sind rechtspolitisch nicht legitimierbar. Sie privilegieren teilweise hochorganisiert funktionierende korruptive Systeme zu Lasten der Solidargemeinschaft und zum Schaden der Versicherten. Es ist nach allen kriminologischen Erfahrungen davon auszugehen, dass von den jährlich mehr als 250 Mrd. Euro, die im öffentlichen Gesundheitssystem verteilt werden, 3 bis 5% korruptiv „versickern“. Berufsrechtliche Sanktionsmöglichkeiten haben sich als gänzlich ineffektiv erwiesen. Eine strafrechtliche Erfassung ist dringend angezeigt ...“ (*Fischer*, StGB, 61. Aufl. (2014), § 299 Rn. 10e).
- 12 *Duttge* (Fn. 5), S. 11.
- 13 *Murmann* in: *Duttge* (Fn. 5), S. 110; zu dem Parallelproblem beim Abrechnungsbetrug vgl. *Steinhilper* GesR 2010, 398.
- 14 Vgl. aber *Kölbel*, Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen (Fn. 10), S. 107; *Lindemann* (Fn. 11), S. 9.
- 15 *Kubiciel* ZStW 120 (2008), 429, 435 ff.
- 16 BGHSt 57, 202, 204 ff., 217 f.
- 17 Vgl. dazu *Schuh* in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. (2014), § 302 Rn. 17.
- 18 Eine solche existiert mit Einschränkungen in § 15 Abs. 1 Nr. 4a Heilmittelwerbegesetz.
- 19 Zutreffend *Murmann* in: *Duttge* (Fn. 5), S. 114: Es sei mit Blick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz begründungsbedürftig, „wenn materiell rechtsverletzende Verhaltensweisen, die in anderen Lebensbereichen strafbewehrt sind, wegen der besonderen Ausgestaltung einer Primärnormenordnung tatbestandlich nicht erfasst werden.“
- 20 *Russmann/Burkhardt/Salvenmoser* (Fn. 5), S. 16 ff. S. ferner *Klümper/Walther* PharmaR 2010, 145, 148 f.
- 21 Zur Compliance im Gesundheitswesen *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, 2011, Rn. 372 ff.; *Krüger* in: *Rotsch*, Criminal Compliance, 2014, S. 669 ff.; *Taschke/Schoop* ebd. S. 699 ff.; *Taschke* in: *Saliger/Tsambikakis*, Strafrecht der Medizin, 2015, § 16.
- 22 Annex Germany to the Report from the Commission to the Council and the European Parliament – EU Anti-Corruption Report, Brüssel, 3.2.2014, COM(2014) 38final, Annex S. 6 f.
- 23 Dazu und zum Folgenden *Kubiciel* HRRS 2013, 213 ff.

Die Kernvorschrift des Entwurfs lautet:

§ 299a

Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

(1) Wer als Angehöriger eines Heilberufs, für den im Inland eine berufsständische Kammer eingerichtet ist, im Zusammenhang mit der Ausübung dieses Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung, der Empfehlung, der Verabreichung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder

2. in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung, der Empfehlung, der Verabreichung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder

2. in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze.

1. Zur Einordnung des Tatbestandes in den 29. Abschnitt des StGB

Was die konkrete Ausgestaltung des Diskussionsentwurfes betrifft, so ist zunächst zu begrüßen, dass eine Regelung innerhalb des Strafgesetzbuchs angestrebt wird. Der Tatbestand (§ 307c n.F. SGB V), den der Deutsche Bundestag 2013 verabschiedet hatte²⁴ und welcher der parlamentarischen Diskontinuität anheim fiel, befand sich im Sozialgesetzbuch V und damit am falschen Ort. Diese Regelung klammerte von vornherein sämtliche Sachverhalte aus, die sich auf die Behandlung privat versicherter Patienten beziehen.²⁵ Das wäre umso misslicher, weil das deutsche Korruptionsstrafrecht schon bislang die Ärzteschaft uneinheitlich erfasst: In den Universitätskliniken und kommunalen Krankenhäusern herrscht das strenge Regime der §§ 331 ff. StGB. In den Privatkliniken, den Medizinischen Versorgungszentren gilt § 299 StGB ebenso wie für Ärzte, die bei Niedergelassenen angestellt sind, während die Vertragsärzte und alle ausschließlich privatärztlich tätigen Praxisinhaber derzeit vom Strafrecht nicht erfasst werden.²⁶ Gegen die sozialrechtliche Lösung spricht zudem, dass Vertragsärzte meist neben ihrer Kassentätigkeit zugleich privatärztlich praktizieren und liquidieren. Es ist kaum begründbar, weshalb in diesem Fall unlauteres Verhalten bei der Verordnung von Arzneimitteln etc. in Bezug auf Kassen- und Privatpatienten unterschiedlich beurteilt werden soll, zumal sich diese Dichotomie bei den gesetzlich Versicherten verschärft, weil diese neben den Kassenleistungen auch privatärztliche Leistungen erhalten können.²⁷

Zudem wirkt eine Regelung außerhalb des Strafrechts kommunikativ suboptimal, wird Normadressaten und Gesellschaft doch signalisiert, dass das Unrecht dieser Formen von Korruption nicht für eine Aufnahme in das Strafgesetzbuch ausreicht. Eine Regelung im StGB setzt hingegen ein der Problematik angemessenes Signal.

Innerhalb des StGB bildet der 30. Abschnitt des StGB („Straftaten im Amt“) kein adäquates Umfeld. Niedergelassene, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassene Ärzte sind keine Amtsträger i.S. der §§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c), 331 ff.

StGB²⁸ und mit diesen auch nicht vergleichbar.²⁹ Angehörige von Heilberufen können das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Sachlichkeit und Unabhängigkeit des öffentlichen Dienstes sowie die Funktion des Öffentlichen Dienstes³⁰ nur dann beeinträchtigen, wenn diese in einem öffentlich-rechtlichen Dienst-, Amts- oder Beauftragungsverhältnis stehen und durch diese *besondere* Pflichtenübernahme für das Ansehen der staatlichen Verwaltung mitzuständig geworden sind. Angehörige von Heilberufen, die nicht in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis eingetreten sind, trifft die besondere Verantwortlichkeit für die Institution des öffentlichen Dienstes hingegen nicht. Sie sind lediglich für die Beachtung von Regeln und Verfahren verantwortlich, mittels derer Leistungen im Gesundheitswesen verordnet und ausgetauscht werden. Diese Regeln und Verfahren mischen zwar die Handlungslogik wettbewerblich ausgestalteter Wirtschaftsbereiche mit den Notwendigkeiten öffentlich-rechtlicher Gesundheitsvorsorge.³¹ Letzteres rechtfertigt es aber nicht, Personen, die in keinem öffentlich-rechtlichen Dienst-, Amts- oder Beauftragungsverhältnis stehen, eine – den Amtsträgern vergleichbare – Verantwortung für das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Lauterkeit der öffentlichen Gesundheitsversorgung zuzuweisen.³² Wenn der Staat eine Personengruppe im Hinblick auf das Ansehen staatlicher Institutionen besonders verpflichten will, muss er diese – im Tausch gegen besondere Rechte – in staatliche Institutionen einbinden und damit von anderen Akteuren des Wirtschaftslebens abheben. Bei niedergelassenen Ärzten und selbständigen Apothekern ist dies nicht der Fall. Unabhängig davon kann das Vertrauen der Öffentlichkeit strafrechtlich nur soweit garantiert werden, wie die einschlägigen Primärnormen des Gesundheitsrechts Vertrauenstatbestände schaffen. Die Uneigennützigkeit der Berufsausübung garantiert das Gesundheitsrecht – anders als das öffentliche Dienstrecht der Amtsträger – gerade nicht.

Es ist daher vorzugswürdig, den gesundheitsrechtlichen Steuerungs-, Verteilungs- und Ordnungsmechanismus gegen korruptives Rent-Seeking in ähnlicher Weise zu schützen wie die Wettbewerbsordnung durch § 299 StGB.³³ Die vom StMJ geplante Einführung eines Straftatbestandes im legislativen Umfeld von § 299 StGB ist mithin sinnvoll.³⁴ Als Tat-

24 Dazu etwa Kraatz Arztstrafrecht, 2013, Rn. 324.

25 Vgl. H. Schneider HRRS 2013, 473, 476.

26 Zur Frage, ob Sachverhalte, die man intuitiv bei den Korruptionstatbeständen ansiedeln würde, wegen der strengen Rechtsprechung des BGH zum Abrechnungsbetrug und zur Arzttuntreue als Vermögensdelikt strafbar sein könnten, vgl. Möller/Tsambikakis in: Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht, 2013, und Tsambikakis in: Schiller/Tsambikakis, Kriminologie und Medizinrecht, 2013, S. 217.

27 Sog. Individuelle Gesundheitsleistungen (IGeL). Die Verordnung von Medikamenten bzw. Heil- und Hilfsmitteln macht dabei um die 10% aus (letzte ermittelbare Zahl: 7,6% nach WidO-Monitor 1/2013, S.4; WidO ist das Wissenschaftliche Institut der AOK, das seit 1976 an zentralen Fragestellungen des Systems der Gesundheitsversorgung und seiner Finanzierung arbeitet).

28 BGHSt 57, 202, 204 ff. So bereits Rübenthal HRRS 2011, 324, 325 ff.

29 Duttge (Fn. 5), S. 9. A.A.: Dannecker ZRP 2013, 37, 41 f., der für eine Regelung im Umfeld der §§ 331 ff. plädiert.

30 Vgl. zu dieser Rechtsgutbestimmung Korte in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 331 Rn. 8; Sowada in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, Vor § 331 Rn. 31 ff.

31 Lindemann (Fn. 11), S. 9.

32 S. aber Dannecker ZRP 2013, 37, 41 f.

33 Zur grds. Schutzbedürftigkeit Dannecker ZRP 2013, 37, 39 f.; N. Nestler JZ 2009, 984, 987. S. auch Steinhilper MedR 2010, 499, 500, der lediglich in Frage stellt, ob das Strafrecht diesen Schutz leisten solle, seine Zweifel jedoch nicht näher begründet.

34 I. Erg. ebenso Kölbl NSZ 2011, 195, 200 (Anm. 57).

Beiträge

bestand innerhalb des 26. Abschnitts schützt § 299a StGB primär eine Institution: den (auch) wettbewerblich strukturierten Ordnungsmechanismus des Gesundheitsmarktes. Individualrechtsgüter wie die Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenversicherung bzw. der privat versicherten Patienten werden hingegen lediglich als Sekundärrechtsgüter erfasst.³⁵

Wenn der Korruption im Gesundheitswesen sinnvollerweise mittels einer an § 299 StGB angelehnten Vorschrift entgegengetreten werden soll, drängt es sich geradezu auf, dieses Vorhaben mit dem vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) entworfenen Gesetz zur Bekämpfung der Korruption³⁶ zusammenzuführen bzw. in einem „Paket“ zu verhandeln; doch ist dies eine politische Frage.

2. Präzisierung der Tathandlung: „im Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs“

§ 299a StGB erfasst in der vorgeschlagenen Fassung alle Tathandlungen, die „im Zusammenhang mit der Ausübung“ des Heilberufs stehen. Dies erscheint ohne Not zu weit formuliert. Rechtsunsicherheiten sind damit programmiert. Üblicherweise unterscheidet man im rechtlichen Kontext zwischen mittelbaren und unmittelbaren Zusammenhängen. Gilt schon der „unmittelbare Zusammenhang“ als ein Tummelplatz für nachgerade beliebige Auslegungen,³⁷ kann der noch unbestimmtere Begriff des (bloßen oder einfachen) Zusammenhangs kaum etwas zu einer Präzisierung beitragen.

Davon abgesehen spricht an dieser Stelle ohnehin wenig für ein weites Tatbestandsmerkmal, so dass es ausreicht, Tathandlungen „in Ausübung des Heilberufs“ zu erfassen.

3. Präzisierung der Tathandlung: „in sonstiger Weise Berufsausübungspflichten verletzt“

Durch die Anlehnung an § 299 StGB teilen die vom StMJ vorgeschlagenen Tatbestände in § 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB zu einem gewissen Teil die Schwäche der vom BMJV geplanten Einführung vergleichbarer Tatvarianten in § 299 Abs. 1, 2 StGB: die Unbestimmtheit der in Bezug genommenen Pflichten.

Dabei ist es zunächst begrüßenswert, dass das StMJ einen anderen Weg einschlägt als der im letzten Jahr von Hamburg bzw. Mecklenburg-Vorpommern entworfene und vom Bundesrat beschlossene Gesetzesvorschlag. Dieser beabsichtigt, jede „unlautere“ Beeinflussung zu kriminalisieren,³⁸ und wirft damit die Frage nach den Kriterien für die Bestimmung der Unlauterkeit auf. Soll die Abgrenzung sachwidriger von „sachgerechten Motiven der Bevorzugung oder des „Beeinflussens-Lassens““ entscheidend sein,³⁹ wird die Legalität der Handlung an eine gesinnungsethische Bewertung geknüpft. Dies ist mit den Maximen des Strafrechts unvereinbar. Daher muss zur Beurteilung der Lauterkeit auf Regeln des gesundheitsrechtlichen Primärrechts zurückgegriffen werden, welche die für den Gesundheitssektor geltenden Standards der Lauterkeit aufstellen. Entscheidender Bezugspunkt sind – anders gewendet – Pflichten.

Der Entwurf des StMJ trägt dem Rechnung. Überdies nimmt er – anders als der Referentenentwurf des Bundes zu § 299 StGB – eine Spezifizierung der in Bezug genommenen Pflichten vor („Berufsausübungspflichten“). Gleichwohl kann die Unbestimmtheitsproblematik mit dem Verweis auf Berufsausübungspflichten nicht befriedigend gelöst werden. Der Hauptgrund dafür ist, dass der Diskussionsentwurf des StMJ die – nach hiesiger Überzeugung – ungünstigste Konzeptualisierung der Korruption im geschäftlichen Verkehr heranzieht:

das so genannte „Prinzipal-Agent“-Modell, das auch als Geschäftsherrenmodell bezeichnet wird.⁴⁰ Problematisch an diesem Regelungsansatz ist, dass er die Verletzung einer Vielzahl von arbeitsrechtlichen Pflichten erfasst.⁴¹ Die in Bezug genommenen Pflichten kann der Normadressat kaum vorhersehen und ihre Verletzung ist auch *sub specie* § 299a StGB nicht immer strafwürdig. So erfasst der Entwurf bspw. die Verletzung von medizinischen Behandlungsregeln, die nichts anderes als Berufsausübungspflichten sind. Dies dient zwar dem Patientenwohl, auf das die Entwurfsbegründung hinweist (S. 24). Das Patientenwohl wird aber von den Körperverletzungstatbeständen und deren das Selbstbestimmungsrecht umfassenden Auslegung durch die Rechtsprechung umfassend geschützt. Eine Vorverlagerung ist daher nicht notwendig.⁴²

Will man verhindern, dass der § 299a StGB ein Hybridtatbestand mit einem sehr weiten Anwendungsbereich wird, der bspw. auch das Vorfeld der körperverletzenden ärztlichen Heilbehandlung erfasst, sollte an eine Linie angeknüpft werden, welche die Begründung des Diskussionsentwurfes selbst enthält. Auf S. 24 des Entwurfes heißt es vollkommen zu recht, dass Vorschriften, welche die Zusammenarbeit und das Zusammenwirken der Akteure auf dem Gesundheitsmarkt regeln, von „besonderer Bedeutung“ sind. Nach hiesiger Auffassung sollten lediglich solche Regeln respektive Pflichten von § 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB erfasst werden, die Standards für die Verordnung bzw. den Austausch von Waren und Dienstleistungen auf dem Gesundheitsmarkt und für das Verhältnis der Akteure auf dem Gesundheitsmarkt setzen. Während bei Handlungen nach Nr. 1 Verzerrungen konkreter Wettbewerbsverhältnisse kriminalisiert werden, bezögen sich die Tatbestandsvarianten der Nr. 2 nach dem hiesigen Verständnis auf Handlungen im Um- und Vorfeld konkreter Wettbewerbsverhältnisse.

Um diesen besonderen Bezugspunkt deutlich zu machen bietet es sich an, von „gesundheitsmarktbezogenen Pflichten“ oder „gesundheitsmarktbezogenen Berufsausübungspflichten“ zu sprechen. Diese Begrifflichkeit verengt den Kreis der Pflichten sachgerecht und macht den Anwendungsbereich des geplanten § 299a StGB vorhersehbarer, weil enger. Zudem bedingt diese gesundheitsrechtliche Akzessorität eine weitere teleologisch sinnvolle Einschränkung des Anwendungsbereiches: Eine Strafbarkeit nach § 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB kommt nur in Betracht, wenn das in Rede stehende Verhalten klar gegen gesundheitsrechtliche Primärnormen verstößt. Lassen diese einen Gestaltungsspielraum, kann dessen Ausnutzung nicht strafrechtlich zugerechnet werden. Wie bei

35 H. Schneider HRRS 2013, 473, 477; Cosack ZIS 2013, 226, 232 favorisiert eine Einordnung im 22. Abschnitt (Betrug und Untreue).

36 Dazu Kubiciel, Juris PraxisReport Compliance 2/2014.

37 Vgl. bspw. zu den erfolgsqualifizierten Delikten die Ausführungen von Küpper Der „unmittelbare“ Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt. 1982. S. 12; in Bezug auf § 53a StPO) s.a. Tsambikakis Strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte aus beruflichen Gründen, 2011, S. 97.

38 BR-Drs. 451/13.

39 BR-Drs. 451/13, S. 18. S. auch Schuhr (Fn. 17), § 299 Rn. 24.

40 Zu § 299 StGB zuletzt Gaede NZWiSt 2014, 281 ff.; Kubiciel ZIS 12/2014. S. ferner Heine ZBJV 2002, 533, 540 ff.; Wolf CCZ 2014, 29, 30; Vogel FS Weber, 2004, S. 395, 402 ff.

41 Vgl. Rönnewald/Golombek ZRP 2007, 193, 194 f. Ebenso Brand/Wostry WRP 2008, 637, 644; Dannecker in: Nomos Kommentar zum StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 116; Lüderssen FS Tiedemann, 2008, S. 889, 891 f.

42 Überzeugend Cosack ZIS 2013, 226, 227 f.

der Untreue geht es also nicht um eine – wie auch immer festzustellende – „Schwere“ der Pflichtverletzung, sondern um deren Eindeutigkeit.⁴³

4. Der erfasste Personenkreis

Eine wichtige Begrenzung der Strafbarkeit liegt in der Konzeption als echtes Sonderdelikt für näher bezeichnete Personengruppen. Anders als der Gesetzentwurf des Bundesrates⁴⁴ werden nur sog. akademische Heilberufe erfasst, weil nicht-akademische Heilberufe wie Logopäden und Ergo- und Physiotherapeuten „keine vergleichbare wirtschaftliche Bedeutung für andere Leistungserbringer auf dem Gesundheitsmarkt“ haben sollen.⁴⁵ Für die nicht-akademischen Heilberufe erscheint eine Ausweitung des Straftatbestands nicht geboten. In der Regel verordnen sie keine Arznei-, Heil- oder Hilfsmittel oder Medizinprodukte. Vielmehr ist es – bildlich gesprochen – so, dass sie selbst „verordnet werden“. Soweit sie diese Verordnung unlauter beeinflussen, werden sie von § 299a Abs. 2 StGB erfasst.

Jede Ausgestaltung des § 299a StGB als Sonderdelikt schließt freilich andere potentiell wichtige Personengruppen aus: Disponenten in Krankenhäusern, die keine Ärzte oder Apotheker sind und daher auch keiner Kammer angehören bzw. eine entsprechende Berufsbezeichnung führen. Wenn – was nicht selten der Fall ist – Betriebswirte oder kaufmännische Angestellte in Krankenhäuser den Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten abwickeln, wären Korruptionstaten von vornherein nicht nach § 299a StGB zu bestrafen. Doch kann deren strafwürdiges Verhalten von § 299 StGB erfasst werden.⁴⁶

5. Besonders schwere Fälle

Der Diskussionsentwurf des StMJ erweitert den bisherigen § 300 StGB um ein Regelbeispiel. Nach der neuen Nr. 3 soll ein erhöhter Straffrahmen gelten, wenn „der Täter einen anderen Menschen durch die Tat in die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung bringt“. Diese Ergänzung verfehlt jedoch den primären Zweck des neuen § 299a StGB, den (auch) wettbewerblich strukturierten Ordnungsmechanismus zu schützen. Es ist nicht notwendig, die im StGB anderweitig ausreichend geschützte körperliche Integrität und Gesundheit der Patienten in einer wettbewerblich orientierten Norm im Vorfeld einzubeziehen. Der in der Entwurfsbegründung erwähnte Fall⁴⁷ rechtfertigt kein neues Regelbeispiel der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen: Wählt ein Arzt eine Therapieform nicht nach dem Maßstab der ärztlichen Kunst, sondern stattdessen danach, ob sie ihn in unlauterer Weise materiell besser stellt, so genügen die in der Praxis bewährten Körperverletzungsdelikte mit ihrem Schutz vor verbotener ärztlicher Eigenmacht durch das Zusammenspiel von Aufklärung, Einwilligung und Heileingriff⁴⁸ dem Schutz des Patienten.

6. Konkurrenzen

Führt der Gesetzgeber einen speziell auf Angehörige akademischer Heilberufe zugeschnittenen Bestechungstatbestand ein, begründet der Straftatbestand für diese Personen besondere *strafrechtliche* Pflichten. Für die von § 299a StGB erfassten Personen wäre dieser Tatbestand der exklusive Transmitter außerstrafrechtlicher Pflichten in das Korruptionsstrafrecht. Die sämtliche Amtsträger erfassenden §§ 331 ff. StGB träten, weil unspezifischer, hinter der neuen *lex specialis* zurück, wenn und soweit die Bestechung bzw. Bestechlichkeit eine von § 299a StGB erfasste berufliche Tätigkeit betrifft. Beispielsweise unterfielen korruptiv beeinflusste Verordnungen

durch Ärzte an staatlichen Krankenhäusern, auf die bislang das Regime der Amtsträgerbestechungsdelikte anzuwenden ist, fortan ausschließlich dem § 299a StGB. Genehmigungsmöglichkeiten wie die §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB sieht § 299a StGB zwar nicht vor. Da aber ein Straftatbestand nicht weiter reichen kann als die gesundheitsrechtlichen Primärnormen, die er flankiert, kann bei behördlich genehmigten Vorteilsannahmen bzw. -gewährungen nicht von einer „unlauteren“ Wettbewerbsverzerrung oder sonstigen Pflichtverletzung die Rede sein: Ein genehmigtes Verhalten wäre daher – wie bisher – nicht strafbar. Auch für Angehörige von Heilberufen, die in Privatklinken oder Medizinischen Versorgungszentren tätig sind, wäre nicht mehr der allgemeine § 299 StGB, sondern der besondere § 299a StGB einschlägig.

Insgesamt bewirkte die Einführung eines Spezialtatbestandes wie § 299a StGB also eine Homogenisierung des bislang zersplitterten und unterschiedlich weit reichenden Rechtsregimes für sämtliche Ärzte und Angehörige anderer akademischer Heilberufe: Unabhängig von ihrem berufs- und dienstrechtlichen Status wäre für die korruptive Beeinflussung des Bezugs, der Verordnung, Empfehlung, Verabreichung oder Abgabe von Arznei- und sonstigen Heil- und Hilfsmitteln bzw. Medizinprodukten sowie der Zuführung von Patienten und Untersuchungsmaterial nur noch ein Straftatbestand zuständig.

III. Zusammenfassung und Empfehlung

Abschließend empfehlen wir, den vom StMJ vorgeschlagenen Tatbestand des § 299a StGB wie folgt zu präzisieren und im Übrigen § 300 StGB in seiner jetzigen Form unangetastet zu lassen:

§ 299a

Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

(1) Wer als Angehöriger eines Heilberufes, für den im Inland eine berufsständische Kammer eingerichtet ist, in Ausübung dieses Berufes einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung, der Empfehlung, der Verabreichung oder Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder
2. in sonstiger Weise seine gesundheitsmarktbezogenen Pflichten verletze,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer dem Angehörigen eines Heilberufes im Sinne des Abs. 1 einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass dieser im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufes bei dem Bezug, der Verordnung, der Empfehlung, der Verabreichung oder Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder
2. in sonstiger Weise seine gesundheitsmarktbezogenen Pflichten verletze.

43 Dazu m.w.N. Kubiciel StV 2014, 91 f.

44 BR-Drs. 451/13, S. 2, 15.

45 S. 21 der Begründung.

46 Wobei auch hier Änderungen anstehen: Das BMJV beabsichtigt, § 299 StGB in eine europarechtskonforme, die Strafbarkeit ausweitende Form zu bringen. Dazu Gaede NZWiSt 2014, 281 ff.; Kubiciel ZIS 12/2014.

47 S. 25 f. der Begründung.

48 Vgl. u.a. Valerius in: Saliger/Tsambikakis, Strafrecht der Medizin, 2015, § 1 Rn. 154 ff.