

ständige Verankerung der Wahlschuld im allgemeinen Schuldrecht, §§ 262 bis 265 BGB, wohingegen die Ersetzungsbefugnis keiner verallgemeinernden Regelungen über die gesetzlichen Einzelanordnungen hinaus bedarf. Für sie verbleibt es bei den allgemeinen Vorgaben eines Gestaltungsrechts, wie sie sich für die Wahlschuld zugleich aus §§ 262, 263 BGB ergeben.

Eine dogmatische Herleitung des Systems der zivilrechtlichen Wahlrechte ermöglicht eine rechtssichere und damit voraussehbare Entscheidung der im Zusammenhang stehenden Rechtsfragen, wie sie hier anhand der praktisch bedeut-

samsten Konstellation des Schwebezustands nach ergebnislosem Fristablauf bei §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 323 Abs. 1 BGB und bei §§ 437, 634 BGB untersucht worden sind. Es ist demzufolge an der Zeit, sich von der konturenlosen Rechtsfigur der elektiven Konkurrenz zu verabschieden und zu den Grundwertungen und Prinzipien des BGB zurückzukehren. Das Recht ist schon komplex genug, als dass es sich die zunehmenden Rechtsunsicherheiten eines derart nebulösen Rechtsinstituts leisten könnte. Das BGB kennt keine elektive Konkurrenz – und dies aus gutem Grund!

Professor Dr. Dr. Hauke Brettel, Mainz, Professor Dr. Gunnar Duttge, Göttingen, und Privatdozent Dr. Jan C. Schuhr, Augsburg*

Kritische Analyse des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen

Berichte über Korruption im Gesundheitswesen sind nicht neu. In Grimmelshausens abenteuerlichem *Simplicissimus* etwa ist zu lesen: „... hätte mein Doktor noch mehr [Geld] hinter mit gewußt, so hätte er mir noch lang nicht in Saurbrunn geraten, sondern ich hätte zuvor mit ihm und seinen Apothekern, die ihn deswegen alle Jahr schmieren, teilen müssen ...“ (5. Buch, 11. Kap.). Aktuell sucht ein Gesetzentwurf die modernen Erscheinungsformen solcher Praktiken einzudämmen. Er wird im folgenden Beitrag eingehend diskutiert.

I. Der aktuelle Entwurf der Bundesregierung

Im Jahr 2012 hat sich der Große Strafsenat am *BGH*¹ gegen das Ansinnen ausgesprochen, niedergelassene Ärzte als „Amtsträger“ i. S. der §§ 331 ff. StGB² oder als „Beauftragte“ der Krankenkassen gemäß § 299 StGB³ zu qualifizieren, wobei die Begründung dafür auch auf andere Heilberufler (wie

etwa selbständige Apotheker) übertragbar ist. Als Reaktion hierauf wurde nun von Seiten der Bundesregierung – in Befolgung der im Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode enthaltenen Ankündigung,⁴ die wiederum eine deutlich ausgesprochene Anregung des Großen Strafsenats aufgriff – der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vorgelegt.⁵ Er entspricht in weiten Teilen dem vorausgegangenen Referentenentwurf und lehnt sich an einen Gesetzesentwurf des Bundesrates bereits aus der 17. Legislaturperiode an.⁶ Im Kern sieht er die Einführung neuer (Antrags-)Delikte der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB-E) vor. Diese haben inzwischen folgende Ausformulierung erfahren:

„§ 299a Bestechlichkeit im Gesundheitswesen

(1) Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

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

2. seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzt,

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

(2) Ebenso wird bestraft, wer als Angehöriger eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 einen Vorteil dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind, seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze.

4 Darin heißt es: „Wir werden einen neuen Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen im Strafgesetzbuch schaffen.“ Siehe Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode, Punkt 2.4. Gesundheit und Pflege sowie Punkt 5.1. Freiheit und Sicherheit.

5 Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 29. 7. 2015, http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RegE_Korruption_Gesundheitswesen.pdf, siehe BR-Drs. 360/15; zuvor Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz mit Bearbeitungsstand vom 4. 2. 2015, http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/Refe_Bekämpfung_Korruption_Gesundheitswesen.html. (URL: Stand 10. 9. 2015).

6 Siehe BT-Drucks 17/14575.

* Prof. Dr. iur. Dr. med. *Hauke Brettel* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Kriminologie an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz; Prof. Dr. *Gunnar Duttge* ist Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Georg-August-Universität Göttingen; PD Dr. *Jan C. Schuhr* vertritt den Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Biorecht an der Universität Augsburg.

1 *BGH*, Beschluss v. 29. 3. 2012, GSSt 2/11 = *BGHSt* 57, 202 = NJW 2012, 2530 ff.

2 Vorgeschlagen hatte dies *Neupert* NJW 2006, 2811, 2814; entspr. der Vorlagebeschluss *BGH* NStZ 2012, 35. Ablehnend dazu u. a. *Geis* wistra 2007, 361, 363 ff.; *Tsambikakis* JR 2011, 538, 539; *Schroth*, in: Festschrift für Imme Roxin, 2012, S. 327, 334 ff. Eingehend zu Kriterien einer möglichen Gleichstellung mit Amtsträgern *Duttge*, in: Festschrift für Steinhilper, 2013, S. 203, 215.

3 So *Pragal* NStZ 2005, 133, 134 ff.; entspr. u. a. *Pragal/Apfel* Arzneimittel & Recht 2007, 10, 11 f.; *Böse/Mölders* MedR 2008, 585, 586 ff.; *Lindemann/Ratzel/Frister* Brennpunkte 2010, 99, 110; sowie *Fischer*, StGB, 59. Aufl. 2012, § 299 Rn. 10b. In diesem Sinne entschieden auch das *OLG Braunschweig* wistra 2010, 234 m. zust. Anm. *Schmidt* NStZ 2010, 393 ff. und abl. Anm. u. a. von *Steinhilper* MedR 2010, 497 und *Wostry* JR 2011, 165; sowie das *LG Stade* ZMGR 2011, 148 und *LG Hamburg* GesR 2011, 164. Auch diese Position teilte der Vorlagebeschluss *BGH* NStZ 2012, 35, während die Gegenstimmen im Schrifttum wesentlich überwogen. Zu Argumenten und Nachweisen im Einzelnen *Schuhr*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, §§ 299 ff. StGB Rn. 17 ff.

§ 299b Bestechung im Gesundheitswesen

(1) Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a Absatz 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von 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. seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit

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 von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind, seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze.⁶

Daneben enthält der Gesetzentwurf Strafschärfungen für besonders schwere Fälle (§ 300 StGB-E), Vorschriften zu Strafantrag (§ 301 StGB-E), erweitertem Verfall (§ 302 StGB-E) und zur Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammern (§ 74c Abs. 1 Satz 1 Nr. 5a GVG-E), Begleitvorschriften im SGB V sowie eine vom Gesetzesgegenstand unabhängige redaktionelle Korrektur von § 307 Abs. 2 Nr. 1 lit. c SGB V. Dieser Reformvorschlag wird nachfolgend in 20 Thesen aus verfassungsrechtlicher, kriminologischer und strafrechtsdogmatischer Hinsicht analysiert.⁷

II. Ausgangslage

1. Weder das Ausmaß von Korruption im Gesundheitswesen noch die Erforderlichkeit und überhaupt Geeignetheit einer strafrechtlichen Erfassung zu deren Bekämpfung können bislang als gesichert gelten.⁸ Aus den allgemeinen Finanzzahlen zum Gesundheitswesen folgt sie jedenfalls nicht⁹, und

⁷ Grundlage der nachfolgenden Überlegungen ist eine gemeinsame gutachterliche Stellungnahme der Autoren zum Referentenentwurf (Fn. 5); sie wurde im Hinblick auf die zwischenzeitliche Verabschiedung des Regierungsentwurfs und mittlerweile publizierte weitere Stellungnahmen (jeweils noch zum Referentenentwurf) ergänzt.

⁸ Zweifel an den empirischen Annahmen zum Ausmaß und der daraus vermeintlich resultierenden Erforderlichkeit bei *Schneider* HRRS 2013, 473, 477 f. m. w. N.; und *Bachmann* NJ 2015, 401, 408. Zu Zweifeln an der Geeignetheit etwa *Nestler* JZ 2009, 984, insb. 990 f.; *Krüger* ZIS 2011, 692, 693 f.; *Badle* medstra 2015, 2 ff. sowie 139 ff. Zahlenmaterial einer Überblicksstudie zu bereits bestehenden Compliance-Organisationen im Gesundheitswesen und der Pharmaindustrie geben *Schneider/Grau/Kißling* CCZ 2013, 48, 51 f. – Die Studie von *Bussmann/Burkhardt/Salvenmoser*, Wirtschaftskriminalität – Pharmaindustrie, 2013, S. 10 ff., 24 weist zwar eine minimal erhöhte Zahl „eindeutiger“ Korruptionsfälle in der Pharmaindustrie aus (Nennung durch 14 % der befragten Unternehmen gegenüber 12 % Nennungen in allen Branchen), die Differenz von 2 % liegt aber unterhalb des Genauigkeitsgrades der Studie (es wurden nur 36 Pharmaunternehmen befragt, ein einzelnes Unternehmen steht also bereits für 3 %). Die Verdachtsnennungen liegen mit 17 % in der Pharmaindustrie unter den 26 % aller Branchen, ebenso der vermutete Verlust von Geschäftsmöglichkeiten (22 % gegenüber 26 %); die Werte zu mehrfachen Verdachtsfällen werden ohne Vergleichswerte aus anderen Branchen genannt. Die von *Bussmann/Burkhardt/Salvenmoser* dargestellten Ergebnisse belegen das von ihnen behauptete erhöhte Korruptionsrisiko daher nicht. Der Regierungsentwurf geht allerdings davon aus, dass das Gesundheitswesen besonders korruptionsanfällig sei; siehe *RegE* (Fn. 5), S. 10 f., 15.

⁹ Damit kann die behauptete Korruptionsanfälligkeit auch nicht aus den – im Regierungsentwurf bezifferten (Fn. 5, S. 9) – Gesundheitsausgaben hergeleitet werden. Zugleich gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die Entdeckungswahrscheinlichkeit bei korruptivem Verhalten im Gesundheitswesen wesentlich höher ist als in anderen Wirtschaftszweigen. Nicht zuletzt hat der Gesetzgeber mit dem GKV-Modernisierungsgesetz den strafrechtlichen Verfolgungs- und Überwachungsdruck erhöht. Das Gesundheitswesen unterliegt schon deshalb einer ausgeprägten Kontrolle, die

Modellrechnungen beruhen jeweils auf Vorannahmen ohne Allgemeinverbindlichkeit. Die Verfasser der vorliegenden Stellungnahme gehen aber davon aus, dass strafrechtliche Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen bei Beschränkung auf eindeutige Verstöße gegen bestehende, klare Regeln kriminalpolitisch von Nutzen sein kann und nicht per se illegitim erscheint.¹⁰ Daher wird die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des in der Strafdrohung liegenden Grundrechtseingriffs im Folgenden nicht weiter vertieft, zumal der Wunsch nach einer strafrechtlichen Regelung von einer breiten politischen Mehrheit getragen zu sein scheint¹¹ und dem Gesetzgeber dann eine – wenn auch nicht grenzenlose – Einschätzungsprärogative zusteht.

2. Je eindeutiger sich Zusammenhänge zwischen bestimmtem Verhalten und konkret greifbarer Schädigung empirisch fundieren lassen, desto naheliegender wird der Regelungsbedarf und meist präzisiert dieser Befund die Regelung dann zugleich inhaltlich. Je stärker sich ein Regelungsentchluss hingegen nur auf mehr oder weniger diffuse Plausibilitätsannahmen stützt, desto unwahrscheinlicher ist es, dass sich daraus ein hinreichend konturenscharfes Leitbild für die Vorschrift ergibt. Vielmehr werden die Rechtsanwender die Interpretation an eigenen Plausibilitätsüberlegungen ausrichten, was Rechtssicherheit gefährdet und dem Gesetzlichkeitsprinzip zuwiderläuft. Umso dringlicher erscheint es daher aus rechtspolitischer Warte, im Sinne einer schrittweise „experimentierenden Rechtsgewinnung“¹² mit einer schärfer umgrenzten, inhaltlich bestimmten Regelung zu beginnen, die Unschärfen auch nicht zur Schließung von eventuellen „Strafbarkeitslücken“ in Kauf nimmt. Der Deliktstatbestand kann gegebenenfalls immer noch ergänzt werden, wenn sich zu einem späteren Zeitpunkt Bedarf hierfür in der Praxis tatsächlich zeigen sollte.

3. Strafrechtliche Sanktionsnormen sind stets auf *eindeutig* rechtswidriges Verhalten zu beschränken. Strafbewehrte Verhaltensregeln müssen es ihrem Adressaten ermöglichen, vor der Tat Gewissheit über das Erlaubt- oder Verbotensein des von ihm erwogenen Verhaltens zu erlangen.¹³ Wo der Strafgesetzgeber – wie oft – die Verhaltensregeln nicht unmittelbar im Gesetz so zu formulieren vermag, dass sie diesen Anforderungen genügen, muss das Strafrecht akzessorisch an die Klärung der Rechtslage in anderen Rechtsgebieten anknüpfen. Die strafrechtliche Sanktionsnorm hat sich dann auf dortige Verhaltensregeln zu beziehen. Sie muss jedoch insoweit beschränkt werden, als aus auch dort noch bestehenden Unklarheiten keine Strafbarkeitsrisiken erwachsen dürfen;¹⁴ sie darf zudem nur strafwürdige Verstöße gegen jene Verhaltensregeln erfassen.¹⁵ Diese Anforderungen ergeben sich nicht zuletzt aus den verfassungsrechtlich verankerten Fundamentalprinzipien eines rechtsstaatlichen Straf-

sich maßgeblich auf das Entdeckungsrisiko und damit auf die „Sichtbarkeit“ des Fehlverhaltens auswirkt; siehe *Schneider* HRRS 2013, 473, 478 m. w. N.

¹⁰ Nachdrücklich in diesem Sinne auch *Fischer* medstra 2015, 1; siehe zum Für und Wider auch die Beiträge in: *Duttge* (Hrsg.), *Tatort Gesundheitsmarkt*, 2011.

¹¹ Siehe dazu *Schneider* HRRS 2013, 473, 474 m. w. N.

¹² Näher *Zippelius*, *Die experimentierende Methode im Recht*, 1991; sowie *ders.*, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, 2. Aufl. 2004, S. 21 ff.

¹³ Vgl. auch *Kubiciel/Tsambikakis* medstra 2015, 12.

¹⁴ Zu problematischen Erfahrungen mit dem Medicaid Anti-Kickback Statute in den USA vgl. *Kölbel* NStZ 2011, 195, 200 m. w. N.

¹⁵ Strafen dürfen nur bei besonders gravierenden Rechtsgutsbeeinträchtigungen verhängt werden, die unter keinem Gesichtspunkt mehr vertretbares Handeln darstellen; siehe dazu *Roxin*, *StGB* AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 1 m. w. N.; *Dannecker* ZRP 2013, 37, 38; *Braun* MedR 2013, 277, 280.

rechts (Art. 103 Abs. 2 GG, Ultima-ratio- und Schuldprinzip sowie Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Strafen).

4. Zur Eindämmung von Korruption und gerade zugunsten einer rationalen Rechtsentwicklung im Gesundheitswesen bedarf es der Aufklärung über tatsächliches Verhalten der Beteiligten („Transparenz“) und einer fachlichen Diskussion über Zweifelsfälle.¹⁶ Eine unterbestimmte und damit unberechenbare Strafnorm würde die beteiligten Akteure jedoch davon abhalten, Transparenz zu schaffen und unvoreingenommen eine fachliche Position zu artikulieren. Strafrechtliche Grauzonen stören den Kampf gegen Korruption daher, statt ihm zu nützen. Zu einer effektiven Bekämpfung von Korruptionen trägt das Strafrecht nur so lange bei, wie sich die Betroffenen sicher sein können, dass ihnen nur in eindeutigen Fällen Strafe droht.

III. Thesen und Erwägungsgründe

A. Vorteilsbezogene Verhaltensregel

5. Für die medizinischen Berufsträger besteht – grundsätzlich anders als für Amtsträger und auch anders als für die Angestellten und Beauftragten i. S. von § 299 StGB – kein allgemeines Verbot der Vorteilsannahme. Eigennütziges Verhalten wird ihnen gegenüber nicht grundsätzlich rechtlich missbilligt, sondern ist vielfach (gerade mit Blick auf das Vergütungssystem) gesetzlicher Regelfall.¹⁷ Insbesondere dass der Behandelnde vom Privatpatienten und für bestimmte Leistungen auch von gesetzlich Versicherten eine Bezahlung annimmt, ist gesetzlich vorgesehen und kann nicht ohne Änderung der Vergütungsregeln als Korruption bestraft werden, solange die Zahlung nicht das Ziel einer über die Vergütung zulässiger Leistungen hinausgehenden Manipulation der therapeutischen Entscheidung verfolgt (vgl. für Ärzte § 31 Abs. 1 MBO-Ä). Im Grundsatz gilt dies auch für die eigenen wirtschaftlichen (privatautonomen) Entscheidungen des Berufsträgers im Rahmen der Führung seiner eigenen Praxis (teilweise sogar für entsprechende Entscheidungen im Auftrag seines Arbeitgebers oder Dienstherrn). Ein Korruptionsdelikt für das Gesundheitswesen kann daher – grundlegend anders als im Kontext der §§ 331 ff. StGB sowie § 299 StGB – nicht von einer grundsätzlichen Rechtswidrigkeit der Vorteilsannahme ausgehen, sondern muss an besondere Verbote anknüpfen und sich darauf beschränken.¹⁸

6. Für die heilberufliche Tätigkeit im Fokus der Korruptionsbekämpfung ist das einschlägige Berufsrecht maßgeblich. Dementsprechend darf das Annehmen des Vorteils¹⁹ (bzw. das Fordern, Sich-versprechen-Lassen etc.) nur dann zur Straftat erklärt werden, wenn es als solches bereits gegen ein berufsrechtliches Verbot verstößt. Dabei enthalten namentlich die (jeweils regionalen) Umsetzungsakte zu den §§ 30 ff. MBO-Ä differenzierte Verhaltensregeln zur Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit gegenüber Korruptionsgefahren. Würde das Strafrecht über die dortigen Verbote hinausgehen, brächte die dadurch entstehende Divergenz

der Verhaltensgebote notwendig Rechtsunsicherheiten mit sich. Eine Wiedergabe der berufsrechtlichen Regeln wäre in einer knappen Strafvorschrift wiederum nicht zu leisten, und ein Verweis auf einzelne Vorschriften des Berufsrechts scheidet wegen der regionalen Regelungsstruktur aus. Daher ist es unvermeidlich, den Deliktstatbestand hinsichtlich des Verbots der Annahme (etc.) von Vorteilen berufsrechtsakzessorisch zu fassen.²⁰ Die strafrechtlichen Fundamentalprinzipien werden dabei am besten erfüllt, wenn der Deliktstatbestand einen Verstoß gegen ein im geschriebenen Berufsrecht ausdrücklich niedergelegtes Verbot verlangt.²¹ Dass der Regierungsentwurf – anders als noch der Referentenentwurf – in §§ 299a/b Abs. 1 Nr. 2 StGB-E nun (als Gegenstand der Unrechtsvereinbarung) auf die Verletzung einer gerade die Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit betreffenden berufsrechtlichen Pflicht abstellt, ist daher zu begrüßen.

B. Rechtsgutsspezifisches Referenzverhalten

7. Durch den im Referentenentwurf noch vorgesehenen pauschalen Rekurs auf eine Verletzung des Berufsrechts „in sonstiger Weise“ würden hingegen „einfache“ berufsrechtliche Verstöße heterogener Art²² automatisch zu kriminalstrafrechtlichen Vergehen. Eine solche Regelung wäre schon mit Blick auf den (bisweilen niedrigeren) Grad der Vorwerfbarkeit des Verhaltens²³ und ebenso den (bisweilen mäßigen) Grad an Bestimmtheit der berufsrechtlichen Verbote²⁴ wenig sachgerecht. Das strafrechtliche Delikt bedarf vielmehr zusätzlicher Konturierung.²⁵ Ziel muss es dabei sein, nach Sinn und Zweck der berufsrechtlichen Vorschriften zur Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit besonders gravierende und eindeutige Fälle strafrechtlich zu erfassen und weniger gravierende Verstöße sowie Zweifelsfälle aus dem Anwendungsbereich des Deliktstatbestandes auszugrenzen.²⁶ Die nun in §§ 299a/b Abs. 1 Nr. 2 StGB-E vorgesehene Anknüpfung an die „berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ ist daher in der Grundtendenz richtig, trifft aber in der vorgeschlagenen Form noch auf zwei Probleme: Erstens ist die Verletzung einer berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit als Kernelement des gesamten Korruptionsdelikts anzusehen; sie bildet daher nicht bloß eine ergänzende Tatmodalität (jeweils in Nr. 2; zu Nr. 1 siehe Ziff. 11), sondern muss als zentrale Voraussetzung aller Verwirklichungsmöglichkeiten ver-

²⁰ Vgl. auch *Gaede/Lindemann/Tsambikakis* medstra 2015, 142, 150, 152.

²¹ Zur Notwendigkeit einer solchen Spezifizierung vgl. auch die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes Nr. 10/15, S. 4.

²² Zutreffend kritisch die Stellungnahme der Bundesärztekammer v. 20. 3. 2015, S. 8: sach- und gleichheitswidrige Nivellierung ungleicher Sachverhalte.

²³ Eine Geringwertigkeits- oder Bagatellgrenze ist in §§ 299a, 299b StGB-E nicht vorgesehen; siehe auch RegE, S. 17.

²⁴ Unschärfen der berufsrechtlichen Regelungssysteme werden beispielsweise über unbestimmte Rechtsbegriffe – wie etwa in § 31 Abs. 1 Satz 1 MBO-Ä: „Eindruck der Befangenheit“ – in das Strafrecht importiert. Daneben gibt es eine Reihe von Streitfragen, so etwa über die Angemessenheit einer Vergütung (vgl. dazu z. B. *Schneider/Ebermann* HRRS 2013, 219 ff.; *Kölbel* wistra 2009, 129 ff.; *ders.* NStZ 2011, 195 ff.) oder die Zulässigkeit von Skonti bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (siehe etwa v. *Czertnitz/Thebes* PharmR 2014, 460 ff.; *Mand* A&R 2014, 147, 149). Siehe zu den Bestimmtheitsdefiziten auch *Geiger* medstra 2015, 97, 102.

²⁵ Berechtigte Kritik u. a. auch von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung in ihrer Stellungnahme vom 9. 4. 2015, S. 4: „undifferenzierter globaler Tatbestand“.

²⁶ Entsprechend (und letztlich noch enger als hier auf marktbezogene Pflichten fokussierend) *Kubiciel*, Kölner Papier zur Kriminalpolitik 5/2014, S. 9 ff.

¹⁶ Zu noch weitergehenden Interdependenzen gesellschaftlicher und rechtlicher Entwicklungen gerade im Hinblick auf Korruption siehe *Kubiciel* ZStW 120 (2008), 429, 435 ff.

¹⁷ Zum daher nötigen besonderen Interessenausgleich bei Verboten der Vorteilsannahme und erst recht in einem Korruptionsstrafrecht für das Gesundheitswesen bereits *Schuh* NStZ 2012, 11, 15.

¹⁸ Zu offenen Fragen insb. bzgl. vom Patienten selbst an den Arzt gewährter Vorteile vgl. die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes Nr. 10/15, S. 3.

¹⁹ Zu Problemen des Vorteilsbegriffs selbst vgl. *Gaede/Lindemann/Tsambikakis* medstra 2015, 142, 143, 149.

standen und als solche gekennzeichnet werden. Zweitens sind die berufsrechtlichen Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit wohl schon für Ärzte und Zahnärzte noch längst nicht so detailliert ausgearbeitet, dass sie schon für sich zur strafrechtlichen Anknüpfung ausreichen, und für alle weiteren Heilberufe gilt das in noch stärkerem Maße. Die vorgeschlagene Formulierung eignet sich als Leitbegriff zur Kennzeichnung des Unrechtskerns und Anknüpfungspunkt der weiteren Präzisierung der Strafvorschrift in der künftigen Rechtsentwicklung und mag deshalb beibehalten werden. Zugleich sind aber im Hinblick auf den heutigen Stand der Rechtsentwicklung weitere tatbestandliche Konturierungen unverzichtbar.

Wenn etwa ein Zahnarzt schon länger ausschließlich mit einem bestimmten zahntechnischen Labor zusammenarbeitet, wirft es unter Umständen Grenzziehungsfragen im Rahmen von § 2 Abs. 1 und Abs. 7 MBO-Z (Pflicht zur eigenverantwortlichen und fachlich unabhängigen Ausübung des zahnärztlichen Berufs in Diagnose- und Therapiefreiheit sowie Verbot unter anderem der Annahme vermögenswerter Vorteile für den Bezug von Medizinprodukten) auf, wenn dessen Leiter ihn zu einem Weihnachtsessen einladen möchte. Im Grundsatz wäre dies bei einem Amtsträger ähnlich (und die Grenzziehungen auch dort noch problematisch wenig bestimmt). Doch die Klärung der Grenzlinien der relevanten Vorteile und ihrer Sozialadäquanz ist in Fällen wie diesem noch wesentlich weniger weit gediehen. So sah der *BGH* einen mit einem Dentallabor abgeschlossenen Exklusivvertrag unter (gesellschaftsrechtlich konstruierter) Gewinnbeteiligung zwar als Verstoß gegen die Unabhängigkeitspflichten der MBO-Z an,²⁷ noch die Vorinstanz war jedoch von einer zulässigen Kooperation ausgegangen. Jede Regel wirft in ihrem Randbereich Grenzziehungsfragen auf, doch hier ist der Anwendungsbereich der Regeln noch so unklar, dass es zu früh wäre, eine Strafbarkeit unmittelbar an die Verletzung der heilberuflichen Unabhängigkeitspflichten zu knüpfen.

8. Gerade weil im Medizinrecht kein allgemeines Verbot der Vorteilsannahme besteht und mit der Autonomie der Parteien des Behandlungsvertrages (vgl. §§ 630a ff. BGB) auch unvereinbar wäre,²⁸ knüpfen die speziellen Regeln zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit jeweils an besondere Zusammenhänge zwischen den Vorteilen und dem beruflichen Verhalten und dabei bestehende besondere Manipulationsgefahren an. Strafrechtliche Korruptionsdelikte modellieren diese Verbindung über das Erfordernis einer Unrechtsvereinbarung, durch die der Vorteilsgeber und der Vorteilsnehmer den Vorteil selbst mit beruflichem Verhalten (dem „Referenzverhalten“ der Unrechtsvereinbarung) verknüpfen. Eine Bestrafung wegen Korruption wird dabei nicht dadurch ausgeschlossen, dass das fragliche Referenzverhalten für sich genommen rechtmäßig ist. Auch eine per se nicht zu beanstandende Berufsausübung kann wegen einer Verknüpfung mit persönlichem Vorteilsdenken illegitim sein. Eine Bestrafung muss jedoch stets den Verstoß gegen etablierte rechtliche Regeln (etwa zur Lauterkeit im Wettbewerb oder zum Umgang mit persönlichen Vorteilen im öffentlichen Dienst) voraussetzen. Auch verletzt eine heilberufliche Tätigkeit in Orientierung an persönlichen Vorteilen nicht zwingend die vom Strafrecht geschützten Interessen.²⁹ Im

vorliegenden Zusammenhang müssen daher weitere strafrechtliche Beschreibungsmerkmale gewährleisten, dass Verhalten nur dann inkriminiert wird, wenn es selbst pflichtwidrig ist, weil es – was sogleich näher zu behandeln sein wird – die Integrität heilberuflicher Entscheidungen (ihre sachliche Richtigkeit sowie Manipulationsfreiheit) oder ihre Wirtschaftlichkeit gefährdet. Anderenfalls könnten gar nicht intendierte Strafbarkeitsrisiken entstehen. Im zuvor erwähnten Beispielfall (Ziff. 7) etwa ginge es zu weit, wenn ein Gericht die Annahme des Vorteils (naturgemäß erst nach der Tat) als verbotswidrig einordnet und ein strafrechtlicher Deliktstatbestand bereits allein daraus eine abstrakte Gefahr für die Unabhängigkeit der zahnärztlichen Auswahlentscheidung konstruieren und dies unmittelbar zur Strafbarkeit führen würde. Vielmehr sind gerade erst und allein solche Fälle, in denen der Vorteil zu einer bereits für die Beteiligten erkennbaren Gefahr einer unsachlichen (und damit selbst berufspflichtwidrigen) Auswahlentscheidung geführt hat, strafrechtlich zu erfassen.

9. Die zentralen Regeln zum Schutz der ärztlichen Unabhängigkeit finden sich in den (durch jeweils regionale Berufsordnungen umgesetzten) §§ 30 ff. MBO-Ä (bzgl. Zahnärzten insb. § 2 Abs. 1, 7 und 8 sowie §§ 16 ff. MBO-Z).³⁰ Diese Unabhängigkeit ist primär Ausfluss der ärztlichen Therapiefreiheit (in Notfällen auch Entscheidungskompetenz, während in der Regel die Entscheidung dem zu informierenden Patienten selbst oder den zu seiner Vertretung Berufenen zusteht)³¹. Primär schützen die Verbote der Vorteilsannahme daher vor sachwidrigen Beeinflussungen der Therapieentscheidungen. Daneben sollen sie freilich auch vor wirtschaftlichen Manipulationen zum Nachteil der Allgemeinheit als Solidar- bzw. Versicherungsgemeinschaft bewahren (vgl. § 12 SGB V: „Wirtschaftlichkeitsgebot“). Diesen doppelten Rechtsgutsbezug auf berufsrechtlicher Ebene kann und sollte das an sie anknüpfende Korruptionsdelikt übernehmen³² (ohne dass dabei zugleich ein Individual-Vermögensdelikt entstände).

10. Im deutschen Medizinrecht besteht grundsätzlich ein Primat von therapeutischen gegenüber wirtschaftlichen Belangen,³³ wobei Priorisierungsfragen aber vielfach problematisch sind.³⁴ Gerade auch die vertragsärztliche Tätigkeit ist,

Schutz des Vertrauens in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen zugute kommen soll; RegE (Fn. 5), S. 10 f. Hingegen schränken beispielsweise die §§ 78 Abs. 1, 3 AMG und 2, 3 ff. AMPPreisV die Preisgestaltungsspielräume bei Arzneimitteln ein, um einem ruinösen Preiswettbewerb unter Großhändlern und Apothekern vorzubeugen und um eine gleichmäßige (Akut-)Versorgung mit Arzneimitteln auch in ländlichen Gebieten zu gewährleisten; siehe dazu etwa *BGH* MedR 2011, 282 mit Anm. *Mand*. Die vom Strafrecht geschützten Interessen (Wettbewerb und Integrität heilberuflicher Entscheidungen) spielen hier also keine Rolle.

30 Näher hierzu und zu weiteren für die Grenzziehung zwischen zulässiger (und gegebenenfalls erwünschter) Kooperation und verbotener Korruption relevanten Regelungen aus verschiedenen Bereichen des ärztlichen Berufsrechts (einschließlich Approbations- und Vertragsarzt- sowie Sozialrecht): *Halbe* MedR 2015, 168 ff. Eingehend zur Wahrung zulässiger Kooperationsformen auch die Stellungnahme der Kassenärztlichen Bundesvereinigung vom 9. 4. 2015, S. 4 ff.

31 Zur „Selbstbestimmung am Lebensende“ statt vieler nur *Duttge*, in: *Eckart/Forst/Briegel* (Hrsg.), *Repetitorium Intensivmedizin* (Loseblatt Handbuch), 67. Erg.-Lfg., 6/2015, Kap. XIV – 13 (m. w. N.).

32 Näher *Dannecker* ZRP 2013, 37, 38 ff., der im Verhältnis zwischen Arzt und Patient neben dem Individualinteresse des Patienten an einer sachgerechten Therapie und der Wahrung seiner persönlichen Belange sowie der Umsetzung seiner eigenen Präferenzentscheidungen gerade auch das staatliche Interesse an einer funktionierenden Gesundheitspflege hervorhebt.

33 Vgl. nur *BVerfGE* 115, 25 (insb. 49 ff.).

34 Dazu statt vieler nur die Beiträge in: *Duttge/Dochow/Waschkewitz/Weber* (Hrsg.), *Recht am Krankenbett. Zur Kommerzialisierung des Gesundheitssystems*, 2009; *Duttge/Zimmermann-Acklin* (Hrsg.), *Gerecht sor-*

²⁷ *BGH* MedR 2013, 247 ff.

²⁸ Vgl. dazu auch den RegE (Fn. 5), S. 18 f. selbst.

²⁹ Nach den Erläuterungen im Regierungsentwurf steht die Neuregelung im Dienst eines „doppelten“ Rechtsgüterschutzes, der zum einen der Sicherung eines fairen Wettbewerbs im Gesundheitswesen und zum anderen dem

wie der Große Strafsenat in seinem Beschluss vom 29. 3. 2012 nachdrücklich festgestellt hat, im Kern vom persönlichen Verhältnis zum Patienten geprägt.³⁵ Strafrecht darf dieses Grundverständnis nicht eigenmächtig verändern und hat sich auch aus dem Gebiet medizinrechtlich umstrittener Fragen herauszuhalten. Der Deliktstatbestand sollte daher so ausgestaltet werden, dass eine Strafbarkeit stets ausgeschlossen ist, wenn sich das berufliche Verhalten als therapeutisch geboten darstellt, selbst wenn aus medizinrechtlicher Sicht wirtschaftliche Belange einmal vorrangig sein sollten. Sonst bestünde die Gefahr, dass Berufsträger medizinische Belange und letztlich das Wohl des Patienten wegen Strafbarkeitsrisiken aus einem Wirtschaftsdelikt „vorsorglich“ hintanzustellen, was die unheilvolle Tendenz in Richtung einer „Defensivmedizin“ nur noch weiter verstärken würde.³⁶

11. Wettbewerb, wie ihn das Wettbewerbsrecht und § 299 StGB schützen, gibt es im Gesundheitswesen nur sehr eingeschränkt. Dort besteht kein grundsätzlich freier, nur partiell reglementierter Wettbewerb, sondern wirtschaftliche Werte und wirtschaftliches Verhalten sind in weitaus stärkerem Maße von vornherein rechtlich bestimmt. Eine Übernahme der entsprechenden Merkmale aus § 299 StGB liefe daher weitgehend leer. Der pauschale Verweis auf eine „Unlauterkeit“ wäre hier zudem inhaltlich noch unbestimmter als dort. Die im Regierungsentwurf (sogar als Hauptanwendungsfall) vorgesehene Begehungsvariante der §§ 299a/b Abs. 1 Nr. 1 StGB-E stößt damit auf grundlegende Probleme. Diese zeigen sich nicht zuletzt auch darin, dass für den Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln sowie Medizinprodukten jetzt jeweils ein selbständiger Abs. 2 mit besonderen Einschränkungen („zur Abgabe an den Patienten bestimmt“) benötigt wird. Diese Bezugskonstellation entspricht eigentlich § 299 StGB inhaltlich am engsten, und doch verzichtet der Regierungsentwurf hier – völlig zu Recht – auf die aus § 299 StGB entlehnte Begehungsform der (Abs. 1) Nr. 1; in Abs. 1 sollte sie daher erst recht aufgegeben werden. Anknüpfungsfähig ist für ein Korruptionsdelikt im Bereich des Gesundheitswesens hingegen die Unwirtschaftlichkeit von Entscheidungen, wenn dadurch medizinrechtliche Vorgaben verletzt werden. Wegen der Dualität des deutschen Gesundheitswesens sind insoweit teils sozialrechtliche, teils privatrechtliche Vorgaben maßgeblich. Sie lassen sich aber durch den gemeinsamen Oberbegriff „medizinrechtlich“ terminologisch erfassen. Um zur Veranschaulichung nochmals den an früherer Stelle (Ziff. 7) erwähnten Beispielfall aufzugreifen: Wenn der Zahnarzt von vornherein das Labor seines Freundes bevorzugt, verstößt er dabei gegen medizinrechtliche Vorgaben, falls dieses mindere Qualität liefert oder überhöhte Preise verlangt (die der Arzt an Patienten weiterreicht). Ansonsten bildet es durchaus einen sachlichen Grund für den Zahnarzt, dasjenige Labor zu bevorzugen, bei dem er von einer Verlässlichkeit der Kommunikation gerade im Hinblick auf die von ihm verordneten Sonderanfertigungen in besonderer Weise überzeugt ist – auch wenn andere Wettbewerber so nicht gleiche Chancen erhalten.

12. Aus dem gesamten Feld der Verstöße gegen berufsrechtliche Verbote der Vorteilsannahme lässt sich strafwürdi-

ges Unrecht dadurch kennzeichnen, dass das in der Unrechtsvereinbarung mit dem Vorteil verknüpfte berufliche Verhalten selbst die Gefahr³⁷ von Behandlungsfehlern in sich birgt oder unwirtschaftlich ist, sofern es dabei gegen medizinrechtliche Vorgaben verstößt und nicht therapeutisch gerechtfertigt ist. Damit ergeben sich zwei mögliche Varianten des Deliktstatbestands, die jenen doppelten Rechtsgutsbezug ausdrücken und eine akzessorische Anknüpfung an medizinrechtliche Kategorien enthalten. Die im aktuellen Entwurf enthaltenen §§ 299a/b Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 StGB-E formulieren dies freilich noch nicht in der wünschenswerten Klarheit. – Auf medizinisch-fachlicher Seite geht es dabei nicht nur um lege artis durchgeführte Therapien (i. e. S.), sondern um Behandlungen in sämtlichen Varianten des § 28 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 SGB V. Für die Verwirklichung des Tatbestandes muss kein nachweisbarer Behandlungsfehler verlangt werden, vielmehr genügt schon die substantiierbare Gefahr einer nicht sachgerechten Behandlung. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Seite gilt grundsätzlich Entsprechendes. Allerdings folgen wirtschaftliche Bewertungen von vornherein einem Erwartungs- und Folgenkalkül, beinhalten also von selbst schon substantiierbare Gefährdungen. Wenn der Tatbestand auch insoweit das Ausreichen einer Gefährdung betonen würde, könnte aus dem Blickfeld geraten, dass die Unwirtschaftlichkeit vom Berufsträger bereits bei Tatbegehung erkannt worden sein muss.

Die Zusammenhänge seien exemplarisch an dem Fall verdeutlicht, dass ein Pharmaunternehmen einem Arzt eine Vergütung für regelmäßige Anwendungsbeobachtungen zahlt. Ist die Vergütung im Vergleich zum Aufwand des Arztes unangemessen hoch, verletzt das noch nicht eo ipso die hier zu schützenden Rechtsgüter. Letztlich wären diese erst dann verletzt, wenn der Arzt dem Unternehmen so sehr „gewogen“ ist, dass er dessen Produkte auch ohne hinreichende Indikation (bzw. gar trotz Kontraindikation) oder trotz Bestehens einer therapeutisch gleichwertigen, aber wirtschaftlicheren Alternative verschreibt. Für das Korruptionsdelikt genügt indes bereits eine greifbare Gefährdung der beiden Rechtsgüter, und diese wird durch die Unangemessenheit der Vergütung (zusammen mit der Annahme, dass das Unternehmen sie gleichwohl aus wirtschaftlich rationalen Erwägungen gewährt) indiziert, was aber keine unwiderlegliche Vermutung darstellt.

13. Der Deliktstatbestand muss ebenfalls das berufliche Verhalten, auf welches die Unrechtsvereinbarung sich zu beziehen hat, näher bestimmen. Zu erfassen sind gerade die durch Vorteile manipulationsanfälligen therapeutischen Entscheidungen mit nicht nur unerheblichen medizinischen und wirtschaftlichen Auswirkungen. Reine Behandlungstätigkeit ist nicht in dieser Weise wirtschaftlich manipulationsanfällig und wird daher vom Gesetzentwurf bereits zu Recht nicht erfasst.³⁸ Die im Entwurf vorgesehene Anknüpfung an Verordnung und Abgabe von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten sowie an die Zuführung von Patienten und Untersuchungsmaterial ist sachgerecht. Zur Klarstellung ließe sie sich um die im bayerischen Entwurf³⁹ bereits

gen. Verständigungsprozesse über den Einsatz knapper Ressourcen bei Patienten am Krankenbett, 2013.

³⁵ *BGHSt* 57, 202 = *NJW* 2012, 2530, Rn. 17 ff. (insb. 20), 33, 43.

³⁶ Defensivmedizin „ist der Name einer bewusst eingenommenen Haltung, [...] auf Grund deren der Arzt vor allem darauf bedacht ist, nichts zu tun, was ihm gegenüber einmal zum Gegenstand eines Vorwurfs im rechtlichen Sinne gemacht werden könnte“ (*Wieland*, Strukturwandel der Medizin und ärztliche Ethik, 1986, S. 87).

³⁷ Im Sinne eines Verstoßes gegen sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebote im Gegensatz zur wettbewerblichen Unlauterkeit, die keine spezifische Verbindung zum Gesundheitswesen hat.

³⁸ Näher zu den nötigen Anforderungen an das Handeln gerade in Ausübung der beruflichen Funktion und der damit verbundenen Unterscheidung zwischen (tatbestandlich nicht zu erfassender) Durchführung und (korruptionsanfälliger und daher zu erfassender) Organisationstätigkeit und wirtschaftlichen Dispositionen *Schubr* *NSz* 2012, 11 ff.

³⁹ Gesetzesantrag des Freistaates Bayern v. 15. 1. 2015, BR-Drucks. 15/16.

enthaltene Verabreichung ergänzen. Die Formulierung „im Zusammenhang mit der Ausübung dieses Berufs“⁴⁰ ist bezüglich Verordnung, Verabreichung und Abgabe redundant, erfüllt jedoch bezüglich der Zuführung von Patienten und Untersuchungsmaterial, die unter Umständen auch privatisimo erfolgen können, eine klarstellende Funktion. Die in §§ 299a/b Abs. 2 StGB-E vorgesehene – aus § 299 StGB entlehnte – Anknüpfung an den Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln sowie Medizinprodukten ist hingegen weiter problematisch. Heilmittel lassen sich schon begrifflich höchstens vom Patienten selbst, aber kaum „zur Abgabe an den Patienten“ beziehen. Der Bezug von Arznei- und Hilfsmitteln sowie Medizinprodukten hat meist keine unmittelbare therapeutische Konsequenz, ist in der Regel auch nicht unmittelbar abrechnungsfähig und wirkt sich daher nicht unmittelbar auf die zu schützenden Rechtsgüter aus (sondern jeweils erst die Verordnung). All dies spricht dafür, die Begehungsformen der §§ 299a/b Abs. 2 StGB-E insgesamt zu streichen.

C. Täterkreis

14. Der Regierungsentwurf erfasst einen weiten Kreis potentieller Vorteilsempfänger. Zu ihm gehören zahlreiche Berufsträger, die kaum selbständige therapeutische und wirtschaftliche Entscheidungskompetenz besitzen.⁴¹ Sie sollten von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift ausgenommen werden. Auch die am persönlichen Vertrauensverhältnis orientierten § 203 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB sowie § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO erfassen nicht exakt jene mit besonders manipulationsanfälligen Entscheidungskompetenzen betrauten medizinischen Berufsträger; eine sich nicht hieran ausrichtende Fassung des neuen Tatbestandes wäre jedoch sachfremd. Der bayerische Vorschlag, der an die Einrichtung berufsständischer Kammern anknüpft, ist insofern ebenfalls (gerade mit Blick auf Tierärzte und Psychologische Psychotherapeuten) noch immer sehr weit gefasst und hinsichtlich des überschießenden Anwendungsfeldes ohne stringenten Rechtsgutsbezug im vorstehenden Sinne sowie ohne kriminologische Evidenz.⁴² Soweit in diesem Zusammenhang zugunsten einer weiter gefassten Regelung angeführt wird, dass Bedarf zur „Schärfung des Unrechtsbewusstseins“ auch bei anderen Leistungserbringern bestehe,⁴³ muss dem – vom bloßen Behauptungscharakter ganz abgesehen – entgegengehalten werden, dass die Herausbildung von Rechtsstreue zuerst einmal klarer Grenzziehungen zwischen Recht und

Unrecht bedarf, für die wiederum nicht – jedenfalls nicht primär – das Strafrecht der richtige Ort ist.

15. Tatsächlich werden vor allem Ärzte und Zahnärzte die Voraussetzungen des Delikts erfüllen können. Mit Einbeziehung weiterer auf dem Gebiet der Heilkunde tätiger Berufsträger in den fraglichen Korruptionstatbestand würden Unschärfen aus deren berufsrechtlichen Regelungssystemen in erheblichem Ausmaß in das Strafrecht importiert, was – etwa mit Blick auf Instrumentalisierungen von unberechenbaren Strafdrohungen⁴⁴ – mehr Schaden als Nutzen erwarten ließe. Auch stehen zum Beispiel für Apotheker kaufmännische Aspekte und damit ein individuelles Nutzenkalkül grundsätzlich stärker im Vordergrund als für Ärzte. Nach dem bisherigen Forschungsstand treffen zudem gerade Ärzte und Zahnärzte hinreichend systemrelevante Entscheidungen, für die sich mit Blick auf die Patientensicherheit und die wirtschaftliche Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens am ehesten ein Kriminalisierungsbedarf annehmen lässt. Daher erscheint es vorzugswürdig, den Deliktstatbestand zumindest im ersten Schritt auf Ärzte und Zahnärzte zu beschränken.⁴⁵ Sollte sich das Berufsrecht anderer Berufsfelder hingegen künftig entsprechend entwickeln, könnte zu einem späteren Zeitpunkt – bei empirisch fundierten Anhaltspunkten für das Aufkommen vergleichbarer Regelverstöße – eine Erweiterung der Strafvorschrift erfolgen.

Gerade im praktisch relevanten Bereich der Drittmittelforschung an Universitätskliniken erschiene es in jedem Fall zur Vermeidung von Strafbarkeitsrisiken zweckmäßig, sich auf eine Mittelverwaltung innerhalb der Universität im Gegensatz zu dem heute von ihr oft rechtlich getrennten Klinikum oder gar durch die Berufsträger selbst zurückzubekommen, denn als juristische Person zählt sie zu keinem der vom neuen Deliktstatbestand erfassten Berufsträger, und sie führt – wenn das Klinikum von ihr getrennt ist – zudem auch keinen medizinischen Betrieb, für den Bezugsentscheidungen im Zusammenhang mit der Zuwendung stünden und nach § 299 StGB relevant werden könnten. Die Drittmittelproblematik bliebe dann an ihrem seit der Herzkloppenentscheidung⁴⁶ angestammten Platz bei den §§ 331 ff. StGB, während sie sonst im Rahmen des neuen Tatbestandes eigene Probleme – auch das einer eventuellen Widersprüchlichkeit im Verhältnis zu den §§ 331 ff. StGB – aufzuwerfen droht.

D. Deliktssystematik

16. Wegen des medizinrechtlichen Hintergrundes und mangels im eigentlichen Sinne freien Wettbewerbs kann ein Korruptionsdelikt für das Gesundheitswesen § 299 StGB kaum entsprechen und sich nicht in den 26. Abschnitt des StGB einfügen.⁴⁷ Der Schutz der therapeutischen Unabhängigkeit entspricht vielmehr jenem der „Lauterkeit“ von Amtsträgern

⁴⁰ Zu Recht weisen *Kubiciel/Tsambikakis* medstra 2015, 12, 14 darauf hin, dass das Referenzverhalten nur in der Ausübung des Heilberufs selbst bestehen und die Formulierung „im Zusammenhang mit“ diese Beziehung nicht lockern darf. Freilich erfolgt die Annahme des Vorteils gerade nicht „in Ausübung des Heilberufs“, sondern nur im Zusammenhang mit ihm.

⁴¹ Der neue § 299a StGB-E (§ 299b StGB-E umgekehrt entsprechend) soll jene Heilberufsgruppen erfassen, deren Entscheidungen erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen für andere Marktteilnehmer im Gesundheitswesen hätten und für deren Beeinflussung es große Anreize und damit ein hohes Korruptionsrisiko gebe; RegE (Fn. 5), S. 1, 9. § 299a StGB-E bezieht in der vorgeschlagenen Fassung allerdings bspw. auch die sogenannten Gesundheitsfachberufe ein, die überwiegend von ärztlichen Verordnungen, Zuweisungen und Empfehlungen abhängig sind und deshalb – ungeachtet ihres bedeutsamen Anteils an der Gesundheitsversorgung – nicht zu den Schlüsselfiguren bei der Konkretisierung von Behandlungsansprüchen bzw. therapeutischen Entscheidungen zählen, deretwegen beim strafrechtlichen Schutz nachgebessert werden müsse; vgl. auch *Kubiciel/Tsambikakis* medstra 2015, 11, 15.

⁴² Dazu *Kubiciel/Tsambikakis* medstra 2015, 11, 15.

⁴³ So die Stellungnahme des Bundesverbands der Verbrauchzentrale v. 13. 4. 2015, S. 4.

⁴⁴ Dazu *Schneider/Ebermann* HRRS 2013, 219, 221.

⁴⁵ Ob man sich – dem erklärten Ziel des Vorhabens entsprechend – überhaupt auf ein Sonderdelikt für das Gesundheitswesen beschränken sollte, ist eine andere Frage (mit beachtlichen Gründen dagegen etwa *Schneider* HRRS 2013, 473, 478; *Bachmann* NJ 2015, 401, 408). Mittelfristig wird eine Erweiterung des Delikts auf andere Angehörige der freien Berufe zu prüfen sein, die aber wiederum erst dann in Betracht kommt, wenn in deren Berufsrecht eindeutige Regeln über die Zulässigkeit der Annahme von Vorteilen entwickelt sind. Zumindest derzeit nur ein Sonderdelikt für das Gesundheitswesen einzuführen, erscheint in diesem Lichte als gerechtfertigt. Vgl. dazu auch *Kubiciel*, Kölner Papier zur Kriminalpolitik 5/2014, S. 3; und *Gaede/Lindemann/Tsambikakis* medstra 2015, 142, 146.

⁴⁶ *BGHSt* 47, 295 = NJW 2002, 2801.

⁴⁷ Dazu auch *Geiger* medstra 2015, 97, 101 ff.; sowie die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes Nr. 10/15, S. 2 f.

bei Ermessensentscheidungen. Am Ende des Abschnitts der Amtsdelikte enthält das StGB in den §§ 352 ff. auch bereits etliche Tatbestände, deren Verwirklichung keine Amtsträgerstellung voraussetzt. Insbesondere schützt dort § 356 die Loyalität des Anwalts gegenüber der eigenen Mandantschaft vor Interessenkollisionen und damit die Zuverlässigkeit und Integrität der Anwaltschaft. Um einen ähnlichen Schutz geht es hier, weshalb sich eine Einordnung der Vorschrift etwa als § 356a (neu) anböte.⁴⁸ Alternativ ließe sich gesetzessystematisch auch der vakante § 354 neu besetzen.

E. Transparenzklausel

17. Der Umfang der berufsrechtlichen Regeln zur Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit ist noch vielfach problematisch. Zur Schärfung des Verständnisses von Korruption und ihrer Prävention wäre es daher wünschenswert, wenn Beteiligte erwogene Vorteile ohne Sorge vor Strafverfolgung einer unabhängigen Stelle vortragen und zur Diskussion bzw. Entscheidung stellen könnten. Dieser Gedanke drückt sich insbesondere im Transparenzgebot aus. Obwohl Genehmigungsverfahren mit Verwaltungsaufwand und eigenen Schwierigkeiten verbunden sind, sollte daher – in Parallele zu § 331 Abs. 3 StGB – die Möglichkeit von Genehmigungen durch die für die jeweiligen (zahn-)ärztlichen Berufsträger zuständigen Kammern geschaffen werden und strafbefreiend wirken. Nur so lassen sich Zweifelsfälle im Vorfeld der Tat rechtssicher klären und die nötige Fortentwicklung und Präzisierung des Berufsrechts kompetent vorantreiben. Eine Informationspflicht gegenüber den Patienten, wie sie der Deutsche Anwaltsverein vorschlägt (deren Verletzung das Erlöschen des Vergütungsanspruchs zur Folge haben soll),⁴⁹ würde hingegen Transparenz auf wenig sinnvolle, unter Umständen vertrauenszerstörende Weise schaffen.

F. Strafschärfungsgründe

18. Die Strafschärfungsgründe des „Vorteils großen Ausmaßes“ und der „Gewerbsmäßigkeit“ sind inhärent vage, haben nur mäßigen Bezug zum Schuldgehalt der Tat und sind zudem mit dem beruflichen Verhalten typisch verbunden. Für die Bandenmitgliedschaft gilt dies fast in gleichem Maße. Auf solche Strafschärfungsgründe sollte aus Gründen der Tatproportionalität wie der Rechtssicherheit verzichtet werden. Damit entfällt zugleich die Grundlage für die im Regierungsentwurf vorgesehene erweiterte Anwendbarkeit der Abschöpfung rechtswidrig erlangten Vermögens im Wege des erweiterten Verfalls; die von der Rechtsprechung in verfassungskonformer Auslegung des § 73d StGB verlangte tatrichterliche Überzeugung von der deliktischen Herkunft nach erschöpfender Beweisaufnahme⁵⁰ lässt die praktische Relevanz im hiesigen Kontext ohnehin fraglich erscheinen. Für das im bayerischen Entwurf vorgesehene Regelbeispiel der „Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung“ gilt letztlich Gleiches, weil sich kein nennenswertes Anwendungsfeld erkennen lässt und es nicht recht zum Charakter des abstrakten Gefährdungsdelikts passen würde.⁵¹ Gerade beim derzeitigen Stand der Korruptionsbekämpfung im Ge-

sundheitswesen besteht auch kein Bedarf nach einem Strafschärfungsgrund. Er sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

G. Strafantragserfordernis

19. Das Korruptionsdelikt betrifft vor allem den Schutz von Allgemeininteressen. Dies gilt sowohl für seinen wirtschaftlichen Bezug als auch für den therapeutischen mit Blick auf die (allgemeine) Integrität therapeutischer Entscheidungen. Ein Strafantragserfordernis passt dazu wenig. Es würde die Verfolgung des Delikts von Zufälligkeiten und beliebigen Eigeninteressen anderer Beteiligter abhängig machen, wo im Interesse des Gesundheitswesens besser von den Staatsanwaltschaften nach der Schwere der Tat entschieden werden sollte, welche der in der StPO vorgesehenen Reaktionsmöglichkeiten angemessen erscheint.⁵² Auch das Strafantragserfordernis sollte daher ersatzlos entfallen.⁵³

IV. Zusammenfassende Stellungnahme

20. Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass die komplexen Zusammenhänge eine sachlich überzeugende Korruptionsgesetzgebung im Bereich des Gesundheitswesens weit „schwieriger macht, als sie gewöhnlich gedacht zu werden pflegt“⁵⁴. Im Einzelnen ergibt sich, dass

- die im Regierungsentwurf nun enthaltene Anknüpfung an eine „berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ als Leitbegriff für eine künftige Präzisionsarbeit bei allen Tatbestandsvarianten zu verlangen ist,
- die wettbewerbsbezogene Unlauterkeitsvariante (Nr. 1) entfallen sollte,
- nur dann „wegen Korruption im Gesundheitswesen“ bestraft werden darf, wenn der Täter unzweifelhaft medizinrechtlichen Vorgaben zuwiderhandelt, weil die Angst vor schwer einschätzbaren Strafbarkeitsrisiken anderenfalls therapeutische Pflichten zu konterkarieren droht,
- wegen der bislang zweifelhaften Bestimmtheit der „berufsrechtlichen Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ der Tatbestand zur trennscharfen Erfassung strafwürdigen Unrechts dahingehend einzuschränken ist, dass die Tat mit der Gefahr einer nicht sachgerechten Behandlung (i. w. S. der § 28 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 SGB V) oder einer unwirtschaftlichen, therapeutisch nicht gerechtfertigten Entscheidung verbunden ist,
- der Deliktstatbestand zumindest einstweilen besser auf Ärzte und Zahnärzte beschränkt bleibe,
- eine Genehmigungsklausel effektive Korruptionsbekämpfung fördern würde, denn ohne sie geraten Bemühungen um Transparenz in Gefahr,
- eine Einordnung in das StGB als § 356a systematisch vorzugswürdig wäre und
- das Antragserfordernis sowie Strafschärfungsgründe ersatzlos gestrichen werden sollten.

⁴⁸ Vgl. auch *Kubicjel* Kölner Papier zur Kriminalpolitik 1/2015, S. 9.

⁴⁹ Hierfür auch der Bundesverband der Verbraucherzentrale, S. 6, unter Verweis auf das „Schutzgut des Patientenvertrauens“; ebenso die Stellungnahme von Transparency International Deutschland e. V. v. 28. 3. 2015, S. 2: „erhebliche Störung des sozialen Friedens“.

⁵⁰ *Carl Friedrich von Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1840, S. 17f.

⁴⁸ Vgl. auch schon *Dannecker* ZRP 2013, 37, 41.

⁴⁹ DAV, Stellungnahme 54/2014 v. Oktober 2014, S. 5f. und 11.

⁵⁰ *BGH* NSStZ 2001, 531.

⁵¹ Vgl. auch *Kubicjel/Tsambikakis* medstra 2015, 12, 15.