

# Korruption im Gesundheitswesen

Eine kritische Würdigung der §§ 299a, 299b StGB

Nicola Reinholz\*

Der Artikel befasst sich aus strafrechtlicher Sicht mit der Korruption im Gesundheitswesen.

Im Kern geht es darum, inwieweit die lange erwartete Novellierung der §§ 299a, 299b StGB zur effektiven Bekämpfung korruptiver Verhaltensweisen beitragen kann.

## I. Einleitung

„Durch das heute beschlossene Gesetz wird Korruption im Gesundheitswesen ein Riegel vorgeschoben“.<sup>1</sup> Zu einer solchen Äußerung ließ sich Bundesjustiz- und Verbraucherschutzminister *Heiko Maas* hinreißen, als am 14. April diesen Jahres das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen<sup>2</sup> beschlossen wurde. Diese mahnenden Worte des Justizministers lassen nur erahnen, welch enormes Ausmaß die Korruption im deutschen Gesundheitswesen angenommen haben muss, damit ein entsprechendes Gesetz für notwendig erachtet wurde.

„Ärztebestechung ist völlig legal“<sup>3</sup> oder „Gier-Ärzte kommen weiter davon“<sup>4</sup> – zu diesen und ähnlichen Schlagzeilen kam es, nachdem der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 29. März 2012<sup>5</sup> entschied, dass niedergelassene Vertragsärzte keine tauglichen Täter der Korruptionsdelikte des StGBs seien und sie somit nach geltendem Strafrecht nicht strafbar sein können. Bereits seit der sog. „Herzklappenaffäre“ im Mai 1994<sup>6</sup> war das Thema der Korruption im Gesundheitswesen verstärkt in das Blickfeld der Öffentlichkeit geraten. Immer wieder wurden in der Vergangenheit Korruptionsskandale im Gesundheitswesen aufgedeckt und in den Medien diskutiert. Stand im Sommer 2009 noch die Vergütung niedergelassener Ärzte für sog. Anwendungsbeobachtungen im Auftrag von Pharmakonzernen wie Trommsdorff und Ratiopharm im Mittelpunkt der Berichterstattung,<sup>7</sup> waren es wenig später die sog. Kopfprämien zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Ärzten, über die berichtet wurde. Zwar wurde im Bereich der strafrechtlichen Korruptionsbekämpfung seit der Aufdeckung der „Herzklappenaffäre“ einiges getan, doch weder medien- und öffentlichkeitswirksame Strafverfahren noch die Verschärfung des Korruptionsstrafrechts 1997 haben die Situation positiv verändert.<sup>8</sup> Die Korruption ist im Gesundheitswesen nach wie vor weit verbreitet.

Dabei gehört der Sektor der Gesundheitswirtschaft zu einem der bedeutendsten volkswirtschaftlichen Ausgabenblöcke in den entwickelten Volkswirtschaften.<sup>9</sup> Die gesamte Gesundheitsbranche in Deutschland setzte im Jahre 2014

\* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaften an der Universität Heidelberg.

1 Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Schluss mit Korruption im Gesundheitswesen, [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2016/04142016\\_Korruption\\_Gesundheitswesen.html](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2016/04142016_Korruption_Gesundheitswesen.html) (Stand: 16.09.2016).

2 BGBl. I, 2016, S. 1254 ff.

3 Ärztebestechung ist völlig legal, in: n-tv vom 22.06.2016, <http://www.n-tv.de/politik/Aerzte-Bestechung-ist-voellig-legal-article6562536.html> (Stand: 16.09.2016).

4 Gier-Ärzte kommen davon, in: stern vom 27.06.2013, <http://www.stern.de/politik/deutschland/gesetz-gegen-korruption-gier-aerzte-kommen-weiter-davon-2030497.html> (Stand: 16.09.2016).

5 BGH, MedR 2012, 656 ff.

6 BGH, NJW 2002, 2801; vgl. *Dieners/Lembeck*, in: Anhalt/Dieners (Hrsg.), Handbuch des Medizinproduktrechts, 2003, § 20 Rn. 3 ff.

7 Vgl. für eine Übersicht: *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztstrafrechts, 4. Aufl. 2010, § 152 Rn. 9 ff.

8 G. v. 13.08.1997, BGBl. I, 1997, 2038 ff.; *Korte*, NJW 1997, 513 ff.

9 *Gafner*, NZS 2012, 521.

328 Mrd. Euro um, was 11,2 % des damaligen Bruttoinlandsprodukts entsprach.<sup>10</sup> Schätzungen zufolge belaufen sich die Schäden durch die Korruption im Gesundheitswesen in Deutschland dabei auf bis zu 20 Mrd. Euro jährlich.<sup>11</sup> Mindestens so gewichtig wie der finanzielle Schaden sind aber die zu befürchtenden gesundheitlichen Schäden, wenn bei der Wahl des Medikaments nicht mehr die medizinischen, sondern finanzielle Gründe im Vordergrund stehen. Patientinnen und Patienten müssen sich darauf verlassen können, dass die unter Umständen lebenswichtigen Entscheidungen über Diagnostik und Therapie ausschließlich aus medizinischen Gründen getroffen werden.<sup>12</sup> Schon der Verdacht, der behandelnde Arzt könnte durch die versprochenen Zuwendungen z.B. die Auswahl des Krebsmedikaments beeinflussen, belastet das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient erheblich.<sup>13</sup> Dabei war es in der Vergangenheit nicht die Bestrafung der korrupten Ärzte, die zu einem Verlust des Ansehens für den ärztlichen Berufsstand und des Vertrauens im Ärzte-Patientenverhältnis führte, sondern die fehlenden Regelungen und die andauernde Debatte darüber. Die Korruption schadet dem gesamten Gesundheitssystem.

Der folgende Artikel befasst sich aus Verständnisgründen zunächst mit dem Begriff der Korruption und gibt sodann einen Überblick über die Fallgestaltungen möglicher Korruption im Gesundheitswesen. Daran anschließend wird die Novellierung der §§ 299a, 299b StGB vom 14.04.2016 beleuchtet. Letztlich werden die drei größten Veränderungen zu vorherigen Entwürfen herausgestellt und kritisch hinterfragt, um ein Fazit zu geben.

## II. Korruption im Strafrecht

### 1. Ansätze einer Definition des Begriffs „Korruption“

Eine gesetzliche Regelung oder gar Legaldefinition von Korruption findet sich weder im StGB noch in anderen Gesetzbüchern. Abgeleitet ist es vom lateinischen Wort „*corruptio*“, das bedeutet Korruption „Bestechlichkeit“, „Verderbtheit“ oder „Sittenverfall“.<sup>14</sup> Der allgemeine Sprachgebrauch versteht unter Korruption einen weiten Bereich moralisch verwerflicher Sachverhalte, die vom Amtsmissbrauch bis zum gesellschaftlichen Sittenverfall

reichen.<sup>15</sup> Die Korruption im strafrechtlichen Sinne, der sog. „*hard-core-Bereich*“, liegt unter anderem bei Verwirklichung der Tatbestände Bestechung, Bestechlichkeit, Vorteilmahme, Vorteilsgewährung oder Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr vor.<sup>16</sup> *Transparency International* hingegen weitet den Begriff auf private Akteure aus, die gesellschaftlich übertragene öffentliche Aufgaben wahrnehmen, sodass eine Amtsträgerschaft oder ein Amtsmissbrauch nicht gegeben sein muss. In diesem Sinne sei die Korruption ein „Ausnutzen anvertrauter Macht zum privaten Nutzen (Vorteil)“.<sup>17</sup>

Des Weiteren gibt es sozialwissenschaftliche und -psychologische, politikwissenschaftliche und theologische Begriffsbestimmungen wie auch wirtschaftswissenschaftliche Deutungsversuche.<sup>18</sup> Auf Grund der Vielfalt der Begriffsbestimmungen und Deutungsversuche erscheint es nicht möglich, eine einheitliche Definition zu finden. Zwar wäre dies insbesondere aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit erstrebenswert, jedoch hängt das konkrete Verständnis eines korrupten Verhaltens vielmehr von der Perspektive und der Intension der jeweiligen Betrachtung ab.<sup>19</sup>

### 2. Relevante Tatbestände des Strafrechts

Das Strafrecht kennt keinen Tatbestand der Korruption. Besonders bedeutsam sind in diesem Hinblick jedoch die Amtsdelikte der §§ 331 ff. StGB und in der Privatwirtschaft die Bestechlichkeit im Verkehr nach den §§ 299 f. StGB. Die §§ 331 ff. StGB verbieten Amtsträgern das Fordern, das Sich-Versprechen-Lassen und die Annahme entgeltlicher oder unentgeltlicher Zuwendungen jeglicher Art im Zusammenhang mit der dienstlichen Tätigkeit. Insbesondere dürfen Zuwendungen nicht gefordert oder angenommen werden, um Beschaffungsentscheidungen herbeizuführen oder hierauf Einfluss zu nehmen.<sup>20</sup> Geschütztes Rechtsgut ist die „Lauterkeit des öffentlichen Dienstes“ und das „Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit“.<sup>21</sup> Dagegen schützt § 299 StGB primär den lautereren Wettbewerb als überindividuelles Rechtsgut und Prinzip der Wirtschaftsordnung.<sup>22</sup> Die Begehung von Korruptionsstraftaten geht zumeist mit

10 Statistisches Bundesamt: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Gesundheitsausgaben/Gesundheitsausgaben.html> (Stand: 16.09.2016).

11 Badle, NJW 2008, 1028 (1028); BT-Drs. 17/3685, S. 1; Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Kap. 10 Rn. 19.

12 Vgl. bzgl. Pharmamarketing: Braun, Industrie und Ärzteschaft, 2011, S. 3 f.; Eingehend hierzu Dahlhaus/Schmollinger, rescriptum 2016/2, 106f.

13 BT-Drs. 17/12213 S. 2; Vertiefend zur Bedeutung des Vertrauenselementes, Dahlhaus/Schmollinger, rescriptum 2016/2, 105f.

14 Gaßner/Klars, PharmR 2002, 309 (dort Fn. 8).

15 Gaßner/Klars, PharmR 2002, 309 (310).

16 Gaßner/Klars, PharmR 2002, 309 (311); Gaßner, NZS 2012, 521 (522).

17 *Transparency International*, Transparenzmängel, Korruption und Betrug im deutschen Gesundheitswesen – Kontrolle und Prävention als gesellschaftliche Aufgabe. Grundsatzpapier, 5. Aufl. 2008, S. 3.

18 Bannenberg, Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle: Eine kriminologisch- strafrechtliche Analyse, 2002, S. 12.

19 Dölling, Gutachten zum 61. DJT, E 9.

20 Taschke, in: Dieners (Hrsg.), Handbuch Compliance im Gesundheitswesen, 3. Aufl. 2010, Kap. 2 Rn. 3.

21 Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 331 Rn. 2.

22 Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht BT, 2006, Rn. 196.

weiteren Delikten einher, zum Beispiel dem Betrug und der Untreue.

### 3. Überblick über die Fallgestaltungen der möglichen Korruption im deutschen Gesundheitswesen

Eine vollständige Aufzählung der aktuellen, oder gar potenziellen korrupten Tathandlungen ist auf Grund des unklaren Begriffs der Korruption und der vielfältigen Ausgestaltungen nicht möglich. Vielmehr werden drei Bereiche unterschieden, um eine möglichst treffende Einordnung der zu erläuternden Verhaltensweisen der einzelnen Akteure im Gesundheitswesen zu ermöglichen.<sup>23</sup> Diese sind die folgenden: Strafbares Verhalten, der Grenzbereich zwischen legalem und illegalem Verhalten (strafrechtliche Grauzone) und legales, aber rechtspolitisch bzw. ethisch und moralisch bedenkliches Verhalten.<sup>24</sup> In allen Bereichen kommt den Kooperationen zwischen den beteiligten Leistungserbringern besondere Aufmerksamkeit zu, denn diese sind, durch den ökonomischen Druck in der Medizin bedingt, in erheblichem Maße mitursächlich für die verschiedensten Ausgestaltungen der Korruption.<sup>25</sup> Das „kollusive Zusammenwirken“ der Beteiligten besteht aus einem Verhältnis des gegenseitigen Gebens und Nehmens, demnach aus einem Gegenseitigkeits- und Abhängigkeitsverhältnis i.S.d. „*do ut des*“.<sup>26</sup> Problematisch daran ist, dass diese Verhältnisse leicht in Korruption umschlagen können.<sup>27</sup> Dieses Problem betrifft alle Berufsgruppen: Ärzte, Apotheker, Angestellte der Pharmaindustrie und sonstige Leistungserbringer; und letztlich auch die Versicherten.<sup>28</sup> Die Unterscheidung von zulässigen und unzulässigen Kooperationen ist sehr schwierig. Dadurch sind sog. Graubereiche entstanden, in denen fragwürdige Kooperationsformen florieren. Bedingt durch die hohe Komplexität und die hohen Verdienstmöglichkeiten im Gesundheitswesen werden einige Schwachstellen des Systems bewusst zum persönlichen Nutzen missbraucht.<sup>29</sup>

Dabei sind die folgenden drei Formen von Korruption im Gesundheitswesen besonders relevant:

Das sog. Pharma-Marketing liegt vor, wenn Ärzte und Pharma- bzw. MedizinproduktHersteller in unlauterer Weise zusammenwirken. Den Ärzten werden von Herstellerunternehmen bestimmte Vorteile versprochen, damit der jeweilige Arzt im Gegenzug ihr Produkt zur medizinischen Behandlung verschreibt. Für Absprachen dieser Art gibt es viele Gelegenheiten, denn die Ärzteschaft steht mit den pharmazeutischen Unternehmen in regelmäßigem Kontakt.<sup>30</sup> Diese Form der möglichen Korruption wird im Fol-

genden noch ausführlich diskutiert.

Zu einer weiteren Fallgestaltung möglicher Korruption kommt es zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern beim Abschluss sog. Kooperationsverträge, welche die Erbringung bestimmter Behandlungsleistungen i.R.d. stationären Versorgung zum Inhalt haben.<sup>31</sup> Der niedergelassene Arzt erhält vom Krankenhaus ein sog. Einweisungsentgelt dafür, dass er dem Krankenhaus Patienten zuführt.<sup>32</sup> Das Krankenhaus kann durch diese Verträge einen möglichen Ärztemangel kompensieren und ein Marketingproblem lösen, denn die Möglichkeiten der Patientenwerbung sind begrenzt und durch die Zuweisungen erhofft man sich neue Kooperationspartner.<sup>33</sup> Problematisch sind solche Kooperationsverträge insofern, als dass der Verdacht besteht, dass sich die Krankenhäuser bei der Wahl eines Vertragspartners eher für den erfolgreichsten Einweiser entscheiden werden, als für den qualifiziertesten Mediziner. Ebenso wird der niedergelassene Arzt den Patienten vermutlich nicht in das Krankenhaus mit der jeweils optimalen Versorgung einweisen, sondern in die Krankenhäuser, mit denen er einen Kooperationsvertrag geschlossen hat. Die Kooperationen stehen daher stets unter Generalverdacht.

Schließlich können auch sog. Anwendungsbeobachtungen eine Erscheinungsform der Korruption darstellen. Die Sammlung von Erkenntnissen über Arzneimittel ist eine wichtige Aufgabe der Arzneimittelhersteller, zugleich besteht aber die Gefahr, dass durch die Beauftragung und Vergütung der beteiligten Ärzte für diese Anwendungsbeobachtungen Einfluss auf deren Verordnungsverhalten genommen wird.<sup>34</sup> Die Grauzone liegt darin, dass Anwendungsbeobachtungen teilweise ein sehr geringer wissenschaftlicher Wert zukommt und sie vielmehr als Marketing-Maßnahmen eingesetzt werden, um ein neues Präparat auf dem Markt zu etablieren.<sup>35</sup> Teilweise sind die Aufwandsentschädigungen der Ärzte im Verhältnis zu dem betriebenen Aufwand so unverhältnismäßig hoch, dass im Einzelfall der Verdacht strafbarer bzw. standeswidriger Korruption entsteht.<sup>36</sup>

Insgesamt lässt sich festhalten, dass Kooperationen im Gesundheitsrecht zwar erwünscht, jedoch gleichzeitig sehr anfällig für korruptes Verhalten sind, wie die dargelegten Fallkonstellationen zeigen.

23 Gaßner, NZS 2012, 521 (522).

24 Gaßner, NZS 2012, 521 (522 f.).

25 Krüger, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2013, S. 1104.

26 Bottke, ZRP 1998, S. 215.

27 Krüger (Fn. 25), S. 1104.

28 Gaßner, in: von Arnim (Hrsg.), Korruption und Korruptionsbekämpfung 2007, S. 62.

29 Gaßner/Klars, PharmR 2002, 309 (314).

30 In Deutschland sind ca. 15.000 Pharmavertreter für das Pharmamarketing zuständig. Je nach Facharztgruppe bedeutet dies

rund 360 Referentenkontakte pro Arzt/Jahr. Dazu: Kohorst/Bierbaum/Schöffski, in: Schöffski/Fricke/Guminiski (Hrsg.), Pharmabetriebslehre, 2. Aufl. 2008, S. 317; Lieb/Brandtönies, Eine Befragung niedergelassener Fachärzte zum Umgang mit Pharmavertretern, DÄ 2010, 392 (393); Braun (Fn. 12), S. 3.

31 Schneider/Ebermann, HRRS 2013, 219; Krüger (Fn. 25), S. 1108.

32 Krüger (Fn. 25), S. 1108.

33 Schneider/Ebermann, HRRS 2013, 219.

34 Böse/Mölders, MedR 2008, 585; Boemke/Schneider, Korruptionsprävention im Gesundheitswesen, 2011, S. 71.

35 Böse/Mölders, MedR 2008, 585; Krüger (Fn. 25), S. 1109.

36 Krüger (Fn. 25), S. 1109.

### III. Der am 14.04.2016 verabschiedete Entwurf der §§ 299a, 299b StGB

Hierbei scheint es sinnvoll, sich den Ausgangspunkt, nämlich den Gesetzeswortlaut und die damit einhergehenden Neuerungen des Entwurfes anzusehen, wobei diese kritisch hinterfragt werden müssen.

#### 1. Ausgangspunkt: Urteil des Großen Strafsenats vom 29.03.2012

Hintergrund für die Einführung der neuen Korruptionsstatbestände war ein Beschluss des Großen Strafsenats vom 19.03.2012.<sup>37</sup> Bis zu diesem Beschluss war die Strafbarkeit für niedergelassene Vertrags- und Privatärzte nach den §§ 331 ff. StGB und § 299 StGB umstritten.<sup>38</sup> Dem Urteil lag folgender Fall zu Grunde: Eine Pharmareferentin hatte niedergelassenen (Vertrags-)Ärzten eine Beteiligung i.H.v. fünf Prozent des Medikamentenpreises zugesagt, wenn diese sich dazu bereit erklärten, ihren Patienten künftig bevorzugt Präparate eines bestimmten Pharmaunternehmens zu verschreiben.<sup>39</sup> Die Zahlungen wurden als Honorar für fiktive wissenschaftliche Vorträge ausgewiesen. Der große Senat für Strafsachen entschied hierzu, dass ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt bei der Wahrnehmung der ihm in diesem Rahmen übertragenen Aufgaben nach § 73 Abs. 2 SGB V weder als Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB noch als Beauftragter der gesetzlichen Krankenkassen i.S.d. § 299 StGB handelt.<sup>40</sup> Als Argument gegen eine Amtsträgereigenschaft gem. §§ 11 Abs. 1 Nr. 2c, 331 ff. StGB wurde angeführt, dass eine wertende Betrachtung, ob die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe vorliege, ergab, dass im Arzt-Patienten-Verhältnis das persönliche Element derart im Vordergrund stehe, dass die öffentliche Aufgabe der Heil- und Gesundheitsfürsorge dahinter zurücktrete.<sup>41</sup> Vertragsärzte übten ihren Beruf trotz einiger sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen in freiberuflicher Tätigkeit aus. Begründet wurde dies dadurch, dass Ärzte durch die freie Auswahl der versicherten Person tätig werden und nicht durch eine hierarchische Struktur.<sup>42</sup> Das Verhältnis zwischen Versichertem und Vertragsarzt beruhe auf persönlichem Vertrauen. Eine Beauftragung setzte die Übernahme einer Aufgabe im Interesse des Auftraggebers voraus, welcher sich seinen Auftraggebern frei auswählen und wie im Rahmen eines Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrages Weisungen erteile, ihn bevollmächtigt oder ihm zumindest faktisch Befugnis einräume, für den geschäftlichen Betrieb zu handeln.<sup>43</sup> Im Rahmen des Kollektivvertragssystem des SGB V nach § 72 Abs. 2 SGB V wirken der Vertragsarzt und die Kranken-

kassen jedoch auf einer Ebene der Gleichordnung zusammen.<sup>44</sup> Auch hier werde der Vertragsarzt i.R.d. „wertenden Gesamtbetrachtung“ primär im Interesse des Patienten und in seinem Auftrag tätig.<sup>45</sup> Weiterhin mache auch das sozialversicherungsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot, an das der Vertragsarzt gebunden ist, den Arzt nicht zu einem „Beauftragten“ der gesetzlichen Krankenkassen.<sup>46</sup> Diese Entscheidung beansprucht Geltung für sämtliche Tätigkeiten von Ärzten i.R.d. vertragsärztlichen Versorgung nach § 73 Abs. 1 SGB V. Daraus folgte, dass niedergelassene Ärzte und Privatärzte keine tauglichen Täter im Sinne der damals geltenden Strafrechtsvorschriften für Korruptionsdelikte darstellen und *de lege lata* ein etwaiges korruptes Verhalten strafrechtlich nicht erfasst war, sofern kein Abrechnungsbetrug oder eine Untreue vorlag.<sup>47</sup>

Dagegen hätten sich angestellte Ärzte durch ein solches Verhalten unstrittig entweder nach § 299 StGB oder nach § 331 StGB strafbar machen können. Dieses Urteil zeigte daher auch die offenkundige Ungleichbehandlung der Strafbarkeit zwischen den freiberuflichen Ärzten und den angestellten Ärzten auf.

#### 2. Entwürfe zu den §§ 299a, 299b StGB

Den ursprünglichen Entwürfen zufolge sollten die neuen Tatbestände einen doppelten Rechtsgüterschutz beinhalten.<sup>48</sup> Zum einen sollte der faire Wettbewerb im Gesundheitswesen (Wettbewerbsmodell) zum anderen das Vertrauen des Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen (Berufsrechtsmodell) geschützt werden.<sup>49</sup> Der Regierungsentwurf sah darüber hinaus auch eine Tatvariante vor, welche den Bezug von solchen Medikamenten und Medizinprodukten betraf, die unmittelbar an Patienten abgegeben werden (§§ 299a Abs. 2, 299b Abs. 2 StGB-RegE).

Weiterhin waren die Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB in den Entwürfen stets als Antragsdelikte ausgestaltet. Die berufsrechtliche Kammer und die kassen(zahn)ärztliche Vereinigung, in der der Täter zum Tatzeitpunkt Mitglied ist, sowie jeder rechtsfähige Berufsverband und die gesetzliche oder private Kranken-/Pflegekasse des Verletzten waren als antragsberechtigt vorgesehen.<sup>50</sup>

#### 3. Inhalt der neuen Regelungen

Durchgesetzt hat sich jedoch ein nochmals veränderter Entwurf. Kernstück des neuen Gesetzes ist die Einführung des § 299a StGB sowie des § 299b StGB. Anders als § 299 StGB sind die §§ 299a, 299b StGB in Geber- und Nehmer-

37 BGH, MedR 2012, 656 ff.

38 Pragal, NStZ 2005, 133 ff.; Transparency International, Pressemitteilung vom 11.05.2010.

39 BGH, MedR 2012, 656 f.

40 BGH, MedR 2012, 656.

41 Vgl. Geiger, CCZ 2012, 172 (175); Krüger (Fn. 25), S. 1107.

42 BGH, MedR 2012, 656 (659); Vgl. auch: Janda, Medizinrecht, 2. Aufl. 2013, S. 98 ff.

43 Krüger (Fn. 25), S. 1107.

44 BGH, MedR 2012, 656 (660).

45 BGH, MedR 2012, 656 (660).

46 BGH, MedR 2012, 656 (661).

47 Braun, MedR 2013, 277.

48 Regierungsentwurf vom 21.10.2015 (BT-Drs. 18/6446), Entwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz vom 04.02.2015: [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Bekämpfung\\_Korruption\\_Gesundheitswesen.html](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Bekämpfung_Korruption_Gesundheitswesen.html) (Stand: 23.09.2016).

49 Schröder, NZWiSt 2015, 321 (322); BT-Drs. 18/6446, S. 12.

50 Passarge, DStR 2016, 482 (485).

tatbestand aufgespalten.

Nach § 299a StGB und § 299b StGB macht sich künftig strafbar:

#### *„§ 299a StGB Bestechlichkeit im Gesundheitswesen*

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

1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,
2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder
3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.<sup>51</sup>

#### *§ 299b StGB Bestechung im Gesundheitswesen*

Wer einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des § 299a im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er

1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,
2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder
3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

#### **4. Die wichtigsten Unterschiede zu den früheren Entwürfen und die sich zu den Änderungen ergebende Kritik**

Die Gesetzesinitiative stieß nach der durch den BGH aufgezeigten Strafbarkeitslücke für niedergelassene Ärzte überwiegend auf Zustimmung.<sup>52</sup> Dagegen war die konkrete Ausgestaltung des Gesetzestextes vielfachen parlamentarischen Änderungsanträgen sowie Vorschlägen aus Praxis und Wissenschaft ausgesetzt.<sup>53</sup>

#### *a) Herausnahme der berufsrechtlichen Pflichten als Bezugspunkt für ein strafbares Verhalten*

In der vom Bundestag beschlossenen Fassung sieht der Gesetzesentwurf der §§ 299a, 299b StGB eine Strafbarkeit bei Verstoß gegen eine berufsrechtliche Pflicht nicht mehr vor. Gegen das sog. Berufsrechtsmodell habe gesprochen, dass es durch das Abstellen auf länderspezifische berufsrechtliche Regelungen und Kammersatzungen/-ordnungen keine bundesweit geltenden, einheitlichen Berufsausübungspflichten als rechtliche Bezugspunkte gäbe. Nach dem in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltenen Bestimmtheitsgebot ist der Gesetzgeber jedoch verpflichtet, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu fassen, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen.<sup>54</sup> Vermag der Gesetzgeber die Verhaltensregeln nicht so zu formulieren, dass sie diesen Anforderungen genügen, muss das Strafrecht akzessorisch an die Klärung der Rechtslage in anderen Rechtsgebieten anknüpfen.<sup>55</sup> Da sich die Strafrechtsnorm dann auf die dortigen Verhaltensregeln bezieht, dürfen diese keine Unklarheiten beinhalten, die zu Strafbarkeitsrisiken führen würden. Die berufsrechtlichen Regelungen in den Berufsordnungen der Landesärztekammern müssen nicht zwangsläufig einheitlich sein. Ein solcher Unterschied zeigt sich beispielsweise in Niedersachsen, wo eine nach § 32 Abs. 2 S. 1 (Muster-)Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte entsprechende Vorschrift zum passiven Fortbildungssponsoring fehlt. Ein Verhalten i.S.d. Norm wäre in Niedersachsen straflos, wenige Kilometer weiter in Nordrhein-Westfalen jedoch strafbar.<sup>56</sup> Dies führe zu einer nur schwer vertretbaren Ungleichheit bei der Strafbarkeit. In der Praxis würde dies für die Betroffenen eine umfassende Informationsobliegenheit bedeuten, um Strafbarkeitsrisiken zu vermeiden. Auch würde die Bezugnahme auf Musterberufsordnungen, Landesberufsordnungen und Kammergesetze der Länder bedeuten, dass ausschließlich die Interessenvertreter der Heilberufe darüber entscheiden könnten, welche Kooperationen künftig strafbar wären.<sup>57</sup> Denn die wesentlichen, verbindlichen Inhalte der Berufsausübungspflichten finden sich in den Berufsordnungen wieder, welche von den berufsständischen Kammern beschlossen werden. Die Interessen anderer, bspw. der Krankenkassen, der kassenärztlichen Vereinigung und der Patientenorganisationen würden hingegen nicht einfließen.<sup>58</sup> Ein Verstoß gegen eine Berufspflicht reichte auch nach dem sog. Berufsrechtsmodell nicht aus, um eine Strafbarkeit zu begründen. Vielmehr musste die Berufspflicht bei dem Bezug von Arzneimitteln als Gegenleistung für den Vorteil verletzt werden bzw. werden sollen. Trotzdem wurde

51 BT-Drs. 18/8106, S. 4 ff.

52 Aldenhoff/Valuett, medstra 2015, 195 (195); Fischer, medstra 2015, 1; Montgomery, DÄBl. 2015, <http://www.aerzteblatt.de/archiv/171589> (Stand: 16.09.2016).

53 Frühere Entwürfe: Vorschlag der Regierungskoalition (BT-Drs. 17/14184), Reglungsentwurf des Bundesrates (BR-Drs. 451/13), Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz (BR-Drs. 548/07), Diskussionsentwurf des Bayerischen Staatsministeriums der

Justiz bis zum Kabinettentwurf vom 29.07.2015 (BT-Drs. 18/6446).

54 BVerfGE 75, 329 (341).

55 Brettel/Duttge/Schuh, JZ 2015, 929 (930).

56 Schneider, Rechtsgutachten zum Entwurf des BMJV, S. 19; Bundesärztekammer, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMJV 2015, S. 8.

57 Dieners, PharmR 2015, 529 (531).

58 Dieners, PharmR 2015, 529 (531).

befürchtet, dass in der Praxis die Verletzung einer Berufspflicht als Indiz für einen Anfangsverdacht genutzt werden würde und es so zu vorschnellen Einleitungen von Ermittlungsverfahren kommen würde.<sup>59</sup> Insgesamt führten diese verfassungsrechtlichen Bedenken zu einem Ausschluss der berufsrechtlichen Pflichten. Weiter wird angeführt, dass die Strafbarkeitslücken schon deshalb nicht entständen, da Korruptionsfälle fast ausnahmslos von der Tatbestandsalternative des lautereren Wettbewerbs erfasst werden würden. Der Begriff des Wettbewerbs im Gesundheitswesen sei so weit zu verstehen, dass dort auch jene Fälle, die zuvor unter das Berufsrechtmodell fielen, erfasst seien.<sup>60</sup>

Nach der Streichung der Tatbestandsalternative der Verletzung der berufsrechtlichen Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit erfasst das Gesetz lediglich wettbewerbsbezogene Handlungsmodalitäten und blendet auf den Patientenschutz bezogene Handlungsmodalitäten aus. Der Begründung des Bundestages nach sollte die gestrichene Tatbestandsalternative zur Anwendung kommen, wenn es an einer Wettbewerbslage fehle, wie beispielsweise bei Monopolstellungen oder soweit bei medizinisch nicht indizierten Verordnungen nicht von einem Handeln im Wettbewerb auszugehen sein sollte.<sup>61</sup> Anders als vielfach vermutet wird, wird dies in der Praxis zu erheblichen Strafbarkeitslücken führen. Selten sind die Fälle faktischer Monopolstellungen nicht, als Beispiel sei nur die im ländlichen Raum häufig fehlende zumutbare Alternative zu dem am Ort praktizierenden Facharzt zu nennen.<sup>62</sup> Auch ist ein Arzneimittel in der individualisierten Medizin nicht einfach durch ein anderes ersetzbar.<sup>63</sup> Es wird zwar argumentiert, dass an den Wettbewerbsbegriff „keine zu strengen Maßstäbe“ zu stellen seien und daher auch Monopolstellungen erfasst seien. Jedoch handelt es sich bei der weiten Auslegung des Wettbewerbsbegriffs lediglich um eine Auslegungsempfehlung, an die sich die Rechtsprechung nicht halten muss.<sup>64</sup> Nach Einführung der wettbewerbsunabhängigen Tatvariante in § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB besteht keine Notwendigkeit mehr für die extensive Auslegung des Wettbewerbsbegriffs. Die §§ 299a, 299b StGB sind dem § 299 StGB nachgebildet. Dass die Rechtsprechung den Begriff des Wettbewerbs nun einerseits bei § 299 StGB enger als zuvor versteht und ihn dann bei den §§ 299a, 299b StGB weiter versteht, erscheint wenig wahrscheinlich.<sup>65</sup>

Es lässt sich vermuten, dass die Aufgabe des Berufsrechtmodells Strafbarkeitslücken zur Folge haben wird, da wesentliche Inhalte und Schutzzwecke des Gesetzes weggefallen sind.<sup>66</sup>

#### b) Freifahrtschein für Apotheker

Gestrichen wurden auch jene Absätze, welche den Tausch von Vorteil und Pflichtverletzung im Zusammenhang mit dem Bezug von Medikamenten und Medizinprodukten pönalisieren, die unmittelbar an Patienten abgegeben werden.<sup>67</sup> Apotheker und andere Verkäufer von Medikamenten und Medizinprodukten können sich so bei dem Bezug eines Großteils ihrer Waren korruptiv beeinflussen lassen, ohne von § 299a StGB erfasst zu werden.<sup>68</sup> Folglich fallen in solchen Fällen auch die Vorteilgeber auf Seiten der Pharmaunternehmen und Medizinprodukteherstellern nicht in den Anwendungsbereich des § 299b StGB. Begründet wurde die Streichung damit, dass diese Variante auf die berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit abstelle. Denn dadurch, dass sich die Auffassung durchsetzte, dass das Berufsmodell zu unbestimmt ist, wurden die auf die berufsrechtliche Pflicht Bezug nehmenden Varianten gestrichen

Zwar machen sich Apotheker nach den §§ 299a, 299b StGB weiterhin strafbar, wenn sie Medikamente oder Medizinprodukte beziehen, die sie nicht an den Patienten abgeben, sondern unmittelbar bei diesem anwenden, etwa bei Blutdruck- und Blutzuckermessgeräte.<sup>69</sup>

Eine unmittelbare Anwendung der Medikamente oder Medizinprodukte stellt jedoch einen Ausnahmefall dar, so dass Apotheker de facto weitgehend aus dem Tatbestand ausgenommen sind.

Es gilt festzuhalten, dass die Herausnahme der Tatvariante, welche den Bezug von Medikamenten und Medizinprodukten betrifft, die unmittelbar an die Patienten abgegeben werden, im Widerspruch zur Bedeutung dieser Berufsgruppe innerhalb des Gesundheitswesens steht.<sup>70</sup> Apotheker sind Ansprechpartner für Verbraucher und Pharmavertreter und bestimmen maßgeblich, welche Produkte über den Tresen gehen.

#### c) Vom Antragsdelikt zum Offizialdelikt

Eine weitere wesentliche Änderung der §§ 299a, 299b StGB liegt darin, dass sie, anders als noch in den Entwürfen vorgesehen, nicht mehr als bedingte Antrags-, sondern als Offizialdelikte ausgestaltet sind.<sup>71</sup> Nach dem Offizialprinzip ist die Verfolgung von Straftaten Kernaufgabe des Staates und wird somit von Amts wegen betrieben.<sup>72</sup> Daraus ergibt sich, dass grundsätzlich alle Straftaten Offizialdelikte sind. Eingeschränkt wird das Offizialprinzip dadurch, dass bei bestimmten Delikten die prozessuale Verfolgung der Straftat nur betrieben werden darf, wenn ein wirksamer Strafantrag gestellt wurde (sog. Antragsdelikte).<sup>73</sup> Die

59 Dieners; PharmR 2015, 529 (531).

60 Dieners, PharmR 2015, 529 (531).

61 BT-Drs. 18/6446, S. 21.

62 Kubiciel, jurisPR-StrafR 11/2016, Anm. 1.

63 Kubiciel, jurisPR-StrafR 11/2016, Anm. 1.

64 Kubiciel, jurisPR-StrafR 11/2016, Anm. 1; Dann/Scholz, NJW 2016, 2077 (2078).

65 Kubiciel, jurisPR-StrafR 11/2016, Anm. 1.

66 BR-Drs. 181/16, S. 2; Dann/Scholz, NJW 2016, 2077 (2080).

67 Kubiciel, jurisPR-StrafR 11/2016, Anm. 1.

68 Kubiciel, jurisPR-StrafR 11/2016, Anm. 1.

69 Heil/Oeben, PharmR 2016, 217 (221); Kubiciel, jurisPR-StrafR 11/2016, Anm. 1.

70 BR-Drs. 181/16, S. 2; Wigge/Schütz, A&R 2016, 7.

71 Kubiciel, jurisPR-StrafR 11/2016, Anm. 1.

72 Krey, Deutsches Strafverfahrensrecht Bd. 1, 2006, S. 154.

73 Mitsch, in: Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl. 2012, Vorb. §§ 77 ff., Rn. 1.

Ausgestaltung eines Straftatbestandes als Antragsdelikt richtet sich grundsätzlich nach zwei Gesichtspunkten: Zum einen gibt es Straftaten, welche die Allgemeinheit so wenig berühren, dass ein Eingreifen mit einer Kriminalstrafe nur erforderlich erscheint, falls der Verletzte ein Interesse an der Verfolgung hat und dieses durch einen Antrag kund tut.<sup>74</sup> Als Beispiel hierfür kann ein Hausfriedensbruch sowie ein Diebstahl geringwertiger Sachen genannt werden. Zum anderen erscheint bei gewissen Straftaten zwar das Interesse der Allgemeinheit an der Verfolgung gegeben, dieses tritt aber hinter dem Interesse des Verletzten an einer Geheimhaltung der Straftat oder am Ruhenlassen zurück.<sup>75</sup> Das sind z.B. Indiskretionsdelikte nach §§ 201 ff. StGB und der sexuelle Missbrauch von Jugendlichen gem. § 182 StGB. Die Einführung der §§ 299a, 299b StGB verfolgt das Ziel, einen fairen Wettbewerb im Gesundheitswesen zu sichern.<sup>76</sup> Das Gesundheitswesen als Institution ist ein Rechtsgut von großer, allgemeiner Bedeutung.<sup>77</sup> Die Begehung einer Straftat im Gesundheitswesen wird daher immer auch die Interessen der Allgemeinheit in nicht unerheblicher Weise berühren. Ein Strafantragserfordernis, welches die Verfolgung von Zufälligkeiten und beliebigen Eigeninteressen der Beteiligten abhängig macht, erscheint nicht sachgemäß und zielführend.<sup>78</sup> Eingewendet wird außerdem, dass durch die Ausgestaltung als Officialdelikt denjenigen, die in dem früheren Entwurf antragsberechtigt waren, die Möglichkeit genommen wird, Ermittlungen zu initiieren, bei denen die Staatsanwaltschaft nicht tätig wird.<sup>79</sup> Die Staatsanwaltschaft ist nach dem sog. Legalitätsprinzip jedoch gesetzlich verpflichtet, Ermittlungen aufzunehmen, sofern Anhaltspunkte gegeben sind, die zu einem Anfangsverdacht führen.<sup>80</sup> Letztlich bedeutet die Ausgestaltung als Officialdelikt eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Aufnahme von Verfahren. Vor dem Hintergrund der Gesetzesänderung haben einige Bundesländer, z.B. Bayern, ihre Kapazitäten bei den Staatsanwaltschaften bereits aufgestockt.<sup>81</sup> Es lässt sich festhalten, dass die Ausgestaltung der §§ 299a, 299b StGB als Officialdelikte der Bedeutung des Schutzes des Gesundheitswesens gerecht wird. Dies wird zwangsläufig dazu führen, dass neue Kapazitäten geschaffen werden müssen.

#### IV. Fazit

Der Novellierung kann zugestanden werden, dass sie eine Reihe von Kooperationen, die sich derzeit in einem Graubereich befinden, auf den Prüfstand stellt. Diese Kooperationen sind an den neuen Regelungen zu messen. Dies führt dazu, dass sie entweder in den Anwendungsbereich

der §§ 299a, 299b StGB fallen oder als unkritische legale Verhaltensweisen eingestuft werden. Jedenfalls bringt die Neuregelung die dringend notwendige Klarheit und hilft den einzelnen Akteuren im Gesundheitswesen dabei, strikt zwischen zulässiger und unzulässiger Zusammenarbeit zu unterscheiden.

Jedoch wurde durch die aufgezeigten Änderungen der Tatbestand an entscheidenden Stellen aufgeweicht und somit das Ziel des Patientenschutzes nicht hinreichend verwirklicht. Die patientenschutzbezogene Handlungsmodalität des Verstoßes gegen berufsrechtliche Pflichten hat der Gesetzgeber ausgespart. Dadurch sind wesentliche Inhalte und Schutzzwecke des Gesetzes weggefallen. Dies hat zur Folge, dass die §§ 299a, 299b StGB in ihrer finalen Fassung ausschließlich auf den Schutz des Wettbewerbs abstellen, der Patientenschutz hingegen weitestgehend auf der Strecke bleibt. Auch bestehen bereits jetzt offensichtliche Strafbarkeitslücken, die beispielsweise bei Monopolstellungen sichtbar werden. Daher hat der Bundesrat die Bundesregierung 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“<sup>82</sup> sollte dies der Fall sein, müssen „die notwendigen gesetzlichen Änderungen“ vorgenommen werden.<sup>83</sup> Die Gesetzesänderung bleibt daher hinter ihren Erwartungen zurück.

„*Aegroti salus suprema lex*“ – das Wohl des Patienten ist höchstes Gesetz.<sup>84</sup> Dieser Grundpfeiler der Humanmedizin gerät durch die Korruption im Gesundheitswesen gehörig ins Wanken. Die neue Regelung der §§ 299a, 299b StGB trägt zwar zur Eindämmung der Korruption bei. Für eine effektive Bekämpfung der Korruption hätte die Ausnahme der berufsrechtlichen Pflichten und des Berufsstand der Apotheker aus dem Anwendungsbereich jedoch nicht vorgenommen werden dürfen. Dem Justizminister bleibt einzuräumen, dass der Korruption im Gesundheitswesen tatsächlich ein Riegel vorgeschoben wurde. Doch in einem wirtschaftlichen Bereich, der allein 2014 328 Mrd. Euro umsetzte und in dem das finanzielle Interesse immer öfter an höchster Stelle zu stehen scheint, wurde eventuell auch dem Wohl des Patienten ein Riegel vorgeschoben.

74 Sternberg-Lieben/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 77 StGB, Rn. 5.

75 Sternberg-Lieben/Bosch (Fn. 74), Rn. 5.

76 BT-Drs. 18/6446, S. 12 f.

77 BT-Drs. 18/8106, S. 17.

78 Brettel/Duttge/Schuhr, JZ 2015, 929 (935).

79 Jary, PharmR 2015, 99 (107).

80 Peters, in: Münchener Kommentar, StPO, § 152, Rn. 26.

81 Süße/Püschel, Newsdienst Compliance, 2016, 71001.

82 Peters (Fn. 80), Rn. 26.

83 BR-Drs. 181/1/16, S. 3.

84 Vertiefend Dahlhaus/Schmollinger, rescriptum 2016/2, 104.