



Stellungnahme der Bundesärztekammer

zum Regierungsentwurf

Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen i. d. F. der BT-Drs. 18/6446 vom 21.10.2015

Berlin, 20.11.2015

Korrespondenzadresse:

Bundesärztekammer
Herbert-Lewin-Platz 1
10623 Berlin

A. Zusammenfassung

Mit der Regelung der §§ 299a und b StGB-E soll eine Strafbarkeitslücke geschlossen werden, die in dem Beschluss des BGH vom 29.03.2012 (Az.: GSSt 2/11) aufgezeigt wurde. Statt die Fehlentwicklungen im Gesundheitswesen zu beheben und ihre wesentlichen Ursachen zu beseitigen, soll ausschließlich auf die Mittel des Strafrechts zurückgegriffen werden. Die Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen wird von der Bundesärztekammer begrüßt; sie kann aber nur erfolgreich sein, wenn die Fehlentwicklungen und Ursachen zumindest parallel und systematisch beseitigt werden. Das Strafrecht ist hierzu nur bedingt geeignet.

Die wesentlichen Kritikpunkte am Regierungsentwurf betreffen:

1. Das Tatbestandsmerkmal „berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ in § 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und § 299b Abs. 1 Nr. 2 StGB-E

Es wird begrüßt, dass das Tatbestandsmerkmal „in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze“ keinen Eingang mehr in die §§ 299a und b StGB-E gefunden hat und damit nicht in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise an jede beliebige Berufsausübungspflicht angeknüpft wird.

Die Fassung von § 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E und § 299b Abs. 1 Nr. 2 StGB-E mit ihrem jeweiligen Bezug zur Verletzung einer „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ ist aber ebenfalls abzulehnen, da es insbesondere an einer tatbestandlich klar umschriebenen sozialschädlichen Verhaltensweise fehlt. Der Gesetzgeber bleibt die Erklärung für die Notwendigkeit des weit gefassten Auffangtatbestandes schuldig. Die Konstellationen, in denen dem Vorteilsgeber eine Monopolstellung zukommt, sollten wegen ihres potentiell wettbewerbsähnlichen Charakters unter § 299a Abs. 1 Nr. 1 StGB-E gefasst werden. Einer weiteren Regelung in § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E bedarf es nicht. Sozialschädliche Verhaltensweisen wegen der Durchführung nicht indizierter Maßnahmen außerhalb des Wettbewerbs sind ausreichend über andere Straftatbestände (z. B. §§ 229, 223, 266 StGB) mit Strafe bedroht.

Das Tatbestandsmerkmal ist zudem mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Artikel 103 Abs. 2 GG nicht in Einklang zu bringen. Die kriminalisierte Tat ist nicht derart genau gefasst, dass der Normadressat aufgrund des Gesetzes vorhersehen kann, welches Verhalten bei Strafe verboten ist. Es ist ihm demnach nicht möglich, sein Handeln an einer bestimmten Verhaltenserwartung auszurichten. Der Grund dafür liegt in der Verweisung auf außerstrafrechtliche Normen des Berufsrechts.

Für die adressierten Berufsgruppen gelten teilweise unterschiedliche Berufsausübungsregeln. Das führt in der Konsequenz zu abweichenden Maßstäben bei der Auslegung und damit zu einer Uneinheitlichkeit der Strafverfolgung. Ein Verweis auf die berufsrechtlichen Regelungen der verschiedenen Berufsgruppen ist vor diesem Hintergrund untauglich. Für einen Teil dieser Berufsgruppen existieren keine berufsrechtlichen Regelungen in Form von Berufsordnungen. Aufgrund dieser Heterogenität zwischen den verschiedenen Normadressaten sind Verstöße gegen den Gleichheitsgrundsatz (Artikel 3 Abs. 1 GG) vorauszusehen.

Strafrechts- und Berufsrechtsverletzungen sind zudem rechtssystematisch verschiedene Kategorien, die in § 299a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB-E sowie in § 299b Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB-E auf eine Stufe gehoben werden, ohne zu differenzieren, welche Verhaltensweisen einerseits berufsrechtlich zu ahnden und welche andererseits sozialschädlich und damit strafwürdig sind. Das ist vor dem Hintergrund des ultima-ratio-Prinzips des Strafrechts problematisch.

Verfassungsrechtlich äußerst bedenklich ist ferner, dass § 299a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB-E sowie § 299b Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB-E, die als Rechtsfolge auch die Freiheitsstrafe vorsehen, nicht mit Artikel 104 Abs. 1 S. 1 GG in Einklang zu bringen sind, wonach die Freiheit der Person nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden darf. Durch den Verweis auf die berufsrechtlichen Pflichten, die teilweise lediglich in Satzungen geregelt sind, wird der strenge Gesetzesvorbehalt umgangen.

Insgesamt verstößt diese Tatbestandsalternative auch in der Fassung des Regierungsentwurfes gegen tragende Rechtsgrundsätze und ist daher zu streichen.

2. Der Kreis der Normadressaten gemäß § 299a Abs. 1 StGB-E

Um den Kreis der Normadressaten zu bestimmen, sind valide Erkenntnisse über normabweichende Auffälligkeiten, belastbare Statistiken über die Struktur, den Umfang und den Anteil bestimmter Personengruppen an der Korruption im Gesundheitswesen notwendig. Diese liegen nicht vor. Dem Gesetzgeber obliegt aber die Aufgabe, die Risiken der Korruption zu analysieren und dafür Sorge zu tragen, nicht ohne sachlichen Grund einen Straftatbestand lediglich für einzelne Personen- bzw. Berufsgruppen zu schaffen.

Die Einbeziehung von Geschäftsinhabern in § 299 StGB erscheint sinnvoll. Insbesondere der Kreis der Normadressaten von § 299 StGB und § 299a StGB-E sind daher zusammen zu betrachten und zu bewerten.

Insgesamt treten durch die Festlegung des Kreises der Normadressaten in § 299a Abs. 1 und 2 StGB-E Gleichbehandlungs- und Gerechtigkeitsdefizite auf. Dies ist insbesondere eine Folge der Tatbestandsgestaltung von § 299a Abs. 1 Nr. 2 und in Abs. 2 StGB-E, wodurch de facto ein Sonderdelikt für bestimmte Berufsgruppen geschaffen wird, die über Regelungen zur „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ überhaupt verfügen. Hierin liegt ein Widerspruch zur vom Gesetzgeber vollzogenen Wertung, den Täterkreis nicht auf akademische Berufsgruppen zu begrenzen. Auch aus diesem Grund ist die Tatbestandsalternative des § 299a Abs. 1 Nr. 2 und in Abs. 2 StGB-E untauglich und zu streichen.

Der Kreis der Normadressaten des § 299a StGB-E sollte auf der „Nehmerseite“ wie auf der „Geberseite“ abstrakt gefasst werden.

3. Unstimmigkeiten im Hinblick auf § 299a Abs. 2 StGB-E

§ 299a Abs. 2 StGB-E weist diverse Defizite auf. Diese betreffen im Wesentlichen die fehlende Konnexität zur Berufsausübung der Normadressaten (Heilberufler) und die Unbestimmtheit des Tatbestandsmerkmals „berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“. Zudem ist nicht ersichtlich, welche Fallkonstellationen bei Bezugsentscheidungen von Heilberuflern sozialschädlich sein könnten und deshalb unter Strafe zu stellen sind. Darüber hinaus bestehen Unstimmigkeiten etwa hinsichtlich des begrifflich nicht möglichen Bezugs von Heilmitteln. Wesentliche Tatbestandsalternativen sind bereits von § 299a Abs. 1 StGB-E erfasst, weshalb es dieses Absatzes 2 nicht bedarf.

Sollte § 299a Abs. 2 StGB-E dennoch beibehalten werden, sollten die Defizite im Normtext behoben werden: § 299a Abs. 2 StGB-E lässt im Vergleich zu § 299a Abs. 1 StGB-E einige Merkmale vermissen, die aus Gründen der Rechtsklarheit im Wortsinn der Norm abgebildet sein sollten. Dies betrifft insbesondere den Zusammenhang mit der Berufsausübung.

4. Rechtsunsicherheit im Hinblick auf ärztliche Kooperationsformen

Aufgrund der Verwendung zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe und der erheblichen Interpretationsspielräume können Friktionen mit zulässigen und gewünschten Kooperationen auftreten. Zwar erfolgt gegenüber dem Referentenentwurf zum Gesetz im Regierungsentwurf eine nähere Begründung zu den bekannten Kooperationsformen, die insbesondere nach dem Sozialrecht zulässig sind. Rechtsunsicherheiten bestehen jedoch mit Blick auf Zweifelsfälle und Innovationen weiterhin. Der mit der Norm zum Ausdruck gebrachte Generalverdacht und damit verbundene Risiken für Heilberufler, mit Ermittlungsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft konfrontiert zu werden, könnten zu einer Defensivmedizin beitragen, die dem Patienteninteresse und -wohl letztlich abträglich sein wird. Aus Gründen der Rechtsklarheit sind daher konkretere Vorgaben erforderlich.

5. Die unangemessene Strafschärfung gemäß § 300 StGB-E

Von der Einbeziehung der §§ 299a und b StGB-E in den § 300 StGB-E (Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen) ist abzusehen. Die Strafrahmenerhöhung birgt das eklatant erhöhte Risiko, dass mit der Verwirklichung der §§ 299a und b StGB-E regelmäßig eines der Regelbeispiele des § 300 S. 2 StGB verwirklicht ist, denn dessen Merkmale („Gewerbsmäßigkeit“, „Vorteile großen Ausmaßes“) können typischerweise mit der vorliegend relevanten Berufsausübung in Verbindung gebracht werden. Die Strafrahmenverschiebung für Ausnahmefälle droht somit zum Regelfall bei der Rechtsanwendung zu werden. Die §§ 299a und b StGB-E sind daher aus § 300 StGB-E zu streichen.

6. Das Strafantragsrecht gemäß § 301 StGB-E

Wegen der Systematik der §§ 298 ff. StGB wurde § 301 StGB-E ergänzt. Die Übernahme der Konzeption zum Strafantrag ist jedoch widersprüchlich. In den vorstellbaren Konstellationen von Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen wäre ein Strafantrag als Prozessvoraussetzung nicht notwendig, da die Strafverfolgungsbehörden wegen des Vorliegens eines besonderen öffentlichen Interesses ohnehin von Amts wegen tätig werden müssten. Zudem überzeugt die Konzeption des § 301 Abs. 2 StGB-E wegen der Verquickung von unterschiedlichen Aufgaben, Funktionen und Interessen der verschiedenen Antragsberechtigten nicht.

B. Allgemeiner Teil

1. Ausgangslage

Die Strafbarkeit eines niedergelassenen Vertragsarztes wegen Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) oder wegen Vorteilsannahme und Bestechlichkeit im Amt (§§ 331, 332 StGB) war in der Rechtsprechung und juristischen Literatur lange strittig. Der Große Senat für Strafsachen des BGH hat am 29.03.2012 (Az.: GSSt 2/11) entschieden, dass Vertragsärzte weder Amtsträger noch Beauftragte der gesetzlichen Krankenkassen sind. Danach machen sich Vertragsärzte bei einer Vorteilsannahme nicht wegen Bestechlichkeit strafbar. Der BGH betont in diesem Beschluss, dass der freiberuflich tätige Vertragsarzt weder Angestellter noch Funktionsträger einer öffentlichen Behörde ist. Dieser werde aufgrund der individuellen, freien Auswahl des gesetzlich Versicherten tätig. Auch fehle dem Vertragsarzt bei der Verordnung eines Arzneimittels die Beauftragteneigenschaft. Die Beurteilung, inwieweit Korruption im Gesundheitswesen strafwürdig ist und wie ein solches Verhalten gegebenenfalls durch Schaffung entsprechender Straftatbestände geahndet werden kann, sei Sache des Gesetzgebers.

Infolgedessen haben die politischen Parteien den Hinweis des Großen Senats für Strafsachen aufgegriffen, dass es allein dem Gesetzgeber vorbehalten ist, Strafwürdigkeitserwägungen anzustellen. Sie haben in der vergangenen Legislaturperiode verschiedene Anträge in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht, die der Diskontinuität anheimgefallen sind. Der seit dem 29.07.2015 vorgelegte Regierungsentwurf basiert auf dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) vom 04.02.2015, der sich seinerseits an den Gesetzentwurf des Bundesrates eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen aus der 17. Legislaturperiode (BT-Drs. 17/14575) anlehnte.

Zu Beginn des Jahres 2015 wurde zudem durch den Freistaat Bayern ein Gesetzesantrag im Bundesrat (BR-Drs. 451/13, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen) eingebracht, der in seiner Zwecksetzung und tatbestandlichen Grundstruktur mit dem gegenwärtigen Regierungsentwurf vergleichbar ist. Darin werden im Kontext der Zielsetzung des Gesetzesantrages Aspekte angesprochen, die dem Grunde nach auch für den vorliegenden Regierungsentwurf zutreffen. So heißt es auf Seite 4 der Begründung:

„Der Gesundheitsmarkt ist ein stark regulierter Markt, der aufgrund seiner strukturellen Besonderheiten in besonderem Maße die Gefahr normabweichenden und zugleich schädigenden Verhaltens begründet. Bereits die Vielzahl und die Interessenlage der Beteiligten, das komplexe Verhältnis, in dem diese Beteiligten zueinander stehen, die Intransparenz der Kosten und auch die Höhe der zu verteilenden finanziellen Mittel stellen kriminogene Faktoren dar. Ein Markt, in dem jährlich mehr als 200 Milliarden Euro umgesetzt werden, der zudem maßgeblich geprägt ist von stetig wachsendem Kostendruck, unübersichtlichen und teilweise veralteten Gebührenordnungen und sich ständig ändernden rechtlichen Rahmenbedingungen, bietet geradezu einen Nährboden für strafrechtlich relevante Sachverhalte (vgl. Badle, in: Duttge, Tatort Gesundheitsmarkt, 2011, S. 28, 29). Unklare, unsinnige, zu komplizierte oder widersprüchliche sowie lückenhafte Normen, ungerechte Regelungen, aber auch unzureichende Kontrolle fördern und schaffen Tatgelegenheiten (vgl. Steinhilper, GesR 2010, 398, 400).“

Diese einführende Begründung des Gesetzesantrages aus Bayern geht weder auf die Besonderheiten des Arzt-Patient-Verhältnisses noch auf die Stellung von Ärzten als Freiberufler ein, wie dies beispielsweise der Große Senat für Strafsachen des BGH in seinem Beschluss vom 29.03.2012 (Az.: GSSt 2/11) getan hat. Vielmehr ist ausschließlich vom „Austausch von Waren und Dienstleistungen“ auf dem „Gesundheitsmarkt“ die Rede. Nicht die oben zitierten kriminogenen Faktoren und damit die Ursachen für eine mögliche Kriminalität werden besei-

tigt. Stattdessen zielt der Entwurf darauf ab, bestehende gesetzgeberische Defizite strafrechtlich zu kompensieren, indem insbesondere Ärzte ohne fundierte Analyse möglicher korruptiver Strukturen und Mechanismen einem besonderen Straftatbestand unterworfen werden. Es ist nicht nachvollziehbar, warum nicht die aufgezeigten gesetzgeberischen Defizite beseitigt, sondern diese vielmehr als Begründung für Strafwürdigkeitserwägungen herangezogen werden.

Dieser Logik scheint weiterhin auch der vorliegende Regierungsentwurf zu folgen. Dies spiegelt sich insbesondere in der Begründung der Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen wider (vgl. S. 10 ff.). Dabei wird übersehen, dass primär die genannten kriminogenen Faktoren (z. B. wachsender Kostendruck, unübersichtliche und zum Teil veraltete Gebührenordnungen) im materiellen Recht und parallel die Hemmnisse im prozessualen Berufsrecht beseitigt werden müssten. Zudem wurden bereits bei einer Anhörung im Jahre 2012 die unterschiedlichen Ermittlungskompetenzen der Heilberufskammern beklagt. Hier sind auch die Länder gefordert, tätig zu werden.

Aus der zuvor zitierten Begründung muss der Schluss gezogen werden, dass die Einführung des Wettbewerbs im Gesundheitswesen und die damit einhergehenden korruptionsanfälligen Beziehungen der eigentliche Grund für die Schaffung der §§ 299a und b StGB-E im Abschnitt über die „Straftaten gegen den Wettbewerb“ sind. Im Ergebnis werden aber nicht die Ursachen von Korruption beseitigt, sondern insbesondere Ärzte einem erhöhten und zum Teil diffusen Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt. Daher ist zu fordern, dass die erkannten Ursachen bzw. kriminogenen Faktoren bekämpft oder zumindest parallel beseitigt werden.

2. Übersicht zu den Kritikpunkten am Regierungsentwurf

Im nachfolgenden Besonderen Teil wird auf wesentliche Kritikpunkte des Regierungsentwurfs eingegangen. Diese betreffen

1. das Tatbestandsmerkmal „berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ in § 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und § 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E,
2. den Kreis der Normadressaten gemäß § 299a Abs. 1, Abs. 2 StGB-E,
3. die Unstimmigkeiten, welche durch die Einfügung des § 299a Abs. 2 StGB-E auftreten,
4. die Rechtsunsicherheit im Hinblick auf ärztliche Kooperationsformen,
5. die vorgesehene Strafschärfung gemäß § 300 StGB-E und
6. das Strafantragsrecht gemäß § 301 StGB-E.

C. Besonderer Teil

1. Das Tatbestandsmerkmal „berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ in § 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und § 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E

Gegenüber dem Referentenentwurf wurde § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E im Regierungsentwurf konkretisiert und in § 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und § 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E nunmehr auf eine spezifische Berufspflicht, die Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit, abgestellt. Da diese heilberufliche Unabhängigkeit dem Schutz des Patienten diene (Begründung S. 21 m. w. Nw.), ist § 299a Abs. 1 Nr. 2 sowie Abs. 2 StGB-E erkennbar eine Konsequenz des beabsichtigten „doppelten Rechtsgüterschutzes“ (Begründung S. 12). Es handelt sich um das zweite Rechtsgut, das neben dem Wettbewerb von § 299a StGB-E unmittelbar geschützt werden soll (vgl. allg. zum Schutzgut Begründung S. 15). Das Tatbestandsmerkmal dient insoweit dem Schutz des Vertrauens von Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen (Begründung S. 11 ff.). Die Tatbestandsvariante komme daher zur Anwendung, wenn es wegen einer Monopolstellung des Vorteilsgebers an einer Wettbewerbslage fehle und [gemeint ist: oder] soweit etwa bei Bestechungszahlungen für medizinisch nicht indizierte Verordnungen von einem außerhalb des Wettbewerbs liegenden rechtswidrigen Handeln auszugehen sein sollte (Begründung S. 20). Die Pflichtverletzung nach § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E muss mit der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial im Zusammenhang stehen. Sie ist in Verbindung mit diesen Tatbestandsmerkmalen Element der Unrechtsvereinbarung nach § 299a Abs. 1 StGB-E. Bei § 299a Abs. 2 StGB-E gilt dies entsprechend für den Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind. Bloße Verletzungen der berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit ohne einen entsprechenden Zusammenhang und ohne Unrechtsvereinbarung reichen daher nicht aus.

Bewertung:

Es wird begrüßt, dass das Tatbestandsmerkmal „in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze“ keinen Eingang mehr in §§ 299a und b StGB-E gefunden hat und damit nicht in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise an jede beliebige Berufsausübungspflicht angeknüpft wird. Fraglich ist weiterhin, ob den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt wird (dazu c. und d.) und ob es eines derart weitgefassten Auffangtatbestandes überhaupt bedarf (dazu b.). Dabei ist klärungsbedürftig, ob für die in der Begründung zum Regierungsentwurf angeführten Fallkonstellationen überhaupt sozialschädliche und damit strafwürdige Anwendungsfälle existieren (dazu a.).

a. Zweifelhaft ist, ob es für die in der Gesetzesbegründung aufgeführten Fallkonstellationen überhaupt einer eigenständigen Tatbestandsvariante bedarf. Erläuterungen dazu finden sich in der Begründung zum Regierungsentwurf nicht. Diese erschöpft sich in der Benennung von zwei Fallkonstellationen, ohne sich mit der praktischen und rechtlichen Erforderlichkeit näher auseinanderzusetzen. Damit wird nicht erkennbar, welches sozialschädliche Verhalten der Normgeber unter Strafe stellen will.

Insbesondere erscheint fraglich, ob die aufgeführten Anwendungsfälle überhaupt der Lebenswirklichkeit Rechnung tragen. Fraglich ist, in welcher Dimension medizinisch nicht indizierte Verordnungen, die außerhalb des Wettbewerbs erfolgen, überhaupt auftreten oder ob (dauerhafte) Monopolsituationen im Gesundheitsmarkt tatsächlich existieren. Dies wird zu Recht in Zweifel gezogen (vgl. zur Fallkonstellation einer Monopolstellung z. B. *Aldenhoff/Valluet*, medstra 2015, 195, 198: „lebensfremd und hypothetisch“; s.a. *Pragal*, DFZ 10/2015, 22, 23: „nicht praxisrelevant“). Das Bestehen von Strafbarkeitslücken (Begründung S. 15) erscheint in diesem Bereich daher zweifelhaft.

Ferner ist aus normativen Gesichtspunkten fraglich, ob die Fallkonstellationen nicht von § 299a Abs. 1 Nr. 1 StGB-E oder anderen Tatbeständen des Strafgesetzbuches erfasst werden. Bei einer Monopolstellung des Vorteilsgebers könnte bereits § 299a Abs. 1 Nr. 1 StGB-E zur Anwendung gelangen und damit alle strafwürdigen Fälle erfassen, sofern der Begriff des Wettbewerbs weit ausgelegt wird. In diesem Sinne könnte eine unlautere Bevorzugung des Monopolisten das Entstehen einer Wettbewerbslage mit potentiellen Wettbewerbern verhindern (vgl. zu § 299 StGB *Krick*, in: MüKo/StGB, 2. Auflage 2014, § 299, Rn. 27). Das Fehlen einer Wettbewerbslage (Begründung S. 20) erscheint damit zweifelhaft und genügt daher nicht als Argument für die Schaffung des § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E. Die „Unlauterkeitsvariante“ des § 299a Abs. 1 Nr. 1 StGB-E dürfte bereits die strafwürdigen Konstellationen erfassen.

In den Fällen einer Verschreibung medizinisch nicht indizierter Behandlungen, um die es gerade keinen Wettbewerb gibt, erscheint ein Rückgriff auf andere Tatbestände des Strafgesetzbuches ausreichend. Soweit es um die Verletzung der körperlichen Integrität und der darauf bezogenen selbstbestimmten Entscheidungen des Patienten geht, könnten die Tatbestände herangezogen werden, welche eine fahrlässige Körperverletzung (§ 229 StGB) und die (versuchte) Körperverletzung (§ 223 Abs. 1 bzw. §§ 223 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 Var. 2 StGB) unter Strafe stellen. Das mögliche Strafmaß würde in Ansehung des für § 223 Abs. 1 StGB vorgesehenen Strafrahmens von Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe nicht hinter dem möglichen Strafmaß nach § 299a StGB-E zurückfallen, für den ein Strafmaß von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vorgesehen ist. Insgesamt kann damit dem Bedürfnis nach Kriminalstrafe hinreichend Rechnung getragen werden. In einigen Fällen greift § 266 StGB ein, worauf bereits in der unter dem 20.03.2015 veröffentlichten Stellungnahme der Bundesärztekammer zum Referentenentwurf vom 04.02.2015 hingewiesen wurde (S. 9).

Dagegen würde gemäß § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E eine Strafbarkeit für ein Verhalten begründet, das allgemein nur potentielle Auswirkungen auf die körperliche Integrität hat. Wegen des mit § 299a StGB-E zu schützenden Rechtsguts der Integrität heilberuflicher Entscheidungen wird zwar mittelbar der Schutz der körperlichen Unversehrtheit i. S. d. Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG in den wettbewerbsstrafrechtlichen Tatbestand einbezogen. Den Strafbarkeitsvorwurf an eine Unrechtsvereinbarung zu knüpfen, aufgrund der lediglich in der Zukunft liegende Schäden für die Gesundheit vorstellbar sind, erscheint aber fragwürdig. Die Konsequenz wäre eine deutliche Verlagerung des Strafbarkeitsrisikos in das Vorfeld der Straftatbestände, welche dem Schutz der körperlichen Integrität und des Patientenvertrauens in die ärztliche Behandlung bereits genügen (vgl. auch *Gaede et al.*, *medstra* 2015, 142, 146 f.; *Halbe*, *MedR* 2015, 168, 175; *Steenbreker*, *MedR* 2015, 660, 663 m. w. Nw.). Die Verlagerung durch das abstrakte Gefährdungsdelikt (vgl. Begründung S. 20) erfolgt weit vor das Versuchsstadium der Körperverletzung. Eine solche **Ausweitung des Tatbestandes und eine Vorfeldkriminalisierung sind abzulehnen.**

- b. Zweifelhaft ist ferner, ob es eines weit gefassten Auffangtatbestandes in Gestalt des § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E überhaupt bedarf. Wegen des doppelten Rechtsgutsbezuges wird deutlich, dass der Tatbestand seine Rechtfertigung daraus bezieht, dass unter § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E solche Fälle subsumiert werden können, die mangels unlauterer Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht von § 299a Abs. 1 Nr. 1 StGB-E erfasst werden können und die Integrität heilberuflicher Entscheidungen betreffen. Damit geht allerdings zugleich ein erweitertes Strafbarkeitsrisiko einher: In Fällen in denen der Beweis einer unlauteren Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne der Nr. 1 im Strafverfahren nicht gelingt, steht eine Anwendung der weitgefassten Pflichtverletzungsalternative der Nr. 2 offen. Es erscheint aber bedenklich, solche Zweifelsfälle von vornherein in die Strafbarkeit einzubeziehen, ohne dass eindeutig deren sozialetische Verwerflichkeit (Begründung S. 12) gegeben ist. § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E droht zum Instrument der Strafbarkeitsbegründung zu werden, wenn die Subsumtion unter Nr. 1 nicht gelingen sollte.

Der in der Begründung hervortretenden Absicht, durch § 299a StGB-E nicht nur den Schutz des Wettbewerbs, sondern zugleich des Vertrauens von Patienten und der Allgemeinheit in die Integrität und Unabhängigkeit heilberuflicher Entscheidungen (Begründung S. 11 f.) zu bewirken, kann durch Nr. 1 entsprochen werden, denn dieser knüpft an entsprechende Verstöße gegen Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit an. Auf der „Nehmerseite“ erfasst § 299a Abs. 1 Nr. 1 StGB-E damit die wesentlichen Fallkonstellationen der Korruption im Gesundheitswesen. Die erkannten Strafbarkeitslücken (Begründung S. 11 ff.) werden dadurch geschlossen. Wegen des ultima-ratio-Prinzips und aus Gründen der Rechtssicherheit ist es überdies geboten, die **Strafbarkeitsandrohung auf diejenigen Fallkonstellationen zu erstrecken, die eindeutig strafwürdig sind**. Zweifelsfälle und weniger gravierende Konstellationen bedürfen nicht der vorsorglichen Schaffung eines Auffangtatbestandes. Das Bundesverfassungsgericht betont insoweit, dass es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers sei, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen (BVerfGE 102, 224, 240). Für etwaige zukünftige Bedürfnisse, ein bestimmtes sozialschädliches Verhalten in den Straftatbestand einzubeziehen, genügt eine spätere Anpassung der Norm an die jeweils veränderten Umstände. (vgl. *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 930). Auch im Interesse einer effektiven Strafverfolgung und Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen sollten nur die Fälle erfasst werden, die als strafwürdig erscheinen.

Die Tatbestandsvariante des § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E stellt insgesamt einen unnötig weiten Auffangtatbestand für Fallkonstellationen dar, die entweder von anderen Tatvarianten oder anderen Straftatbeständen erfasst werden oder mangels sozialetischer Verwerflichkeit per se als nicht strafwürdig angesehen werden können. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und des ultima-ratio-Prinzips sind derartige Mängel bereits im Gesetzgebungsverfahren zu beseitigen, damit keine (unvorhersehbaren) Strafbarkeitsrisiken auftreten oder von vornherein nicht strafwürdige Fallkonstellationen in den Straftatbestand einbezogen werden. Durch klare gesetzliche Vorgaben sollte bestimmt werden, was Gegenstand der Unrechtsvereinbarung nach § 299a StGB-E sein soll. Das Tatbestandsmerkmal der „Verletzung berufsrechtlicher Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ trägt allerdings nicht zur inhaltlichen Konkretisierung bei.

- c. Durch eine Verweisung auf außerstrafrechtliche Bestimmungen soll der Inhalt der Unrechtsvereinbarung nach § 299a StGB-E näher konkretisiert werden. Die Bezugnahme auf eine spezifische Berufspflicht wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht.

Die Tatbestandsalternative ist **mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Artikel 103 Abs. 2 GG nicht in Einklang zu bringen**, denn die kriminalisierte Tat ist nicht derart genau gefasst, dass der Normadressat aufgrund des Gesetzes eindeutig vorhersehen kann, welches Verhalten bei Strafe verboten sein soll. Das Bestimmtheitsgebot schließt zwar die Verwendung von wertausfüllungsbedürftigen Begriffen nicht aus, soweit diese der Auslegung mit den üblichen Deutungsmethoden zugänglich sind. Dabei markiert der mögliche Wortsinn des Gesetzes die äußerste Grenze zulässiger Interpretation (statt vieler s. BVerfGE 71, 108, 115). Da Artikel 103 Abs. 2 GG die Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten garantieren will, ist die Grenze aus dessen Sicht zu bestimmen (BVerfGE 92, 1, 12). Hinsichtlich der Tatbestandsalternative nach § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E sowie des entsprechenden Merkmals in § 299a Abs. 2 StGB-E kann der Normadressat jedoch nicht zweifelsfrei vorhersehen, welches Verhalten bei Strafe verboten ist und es ist ihm demnach nicht möglich, sein Handeln an einer bestimmten Verhaltenserwartung auszurichten. Der Grund dafür liegt insbesondere in der Verweisung auf außerstrafrechtliche Normen.

Dahinstehen kann, ob es sich um eine eo ipso nicht unzulässige Blankettverweisung auf das Berufsrecht oder – weil nunmehr auf konkrete berufsrechtliche Pflichten verwiesen wird – um ein normatives Tatbestandsmerkmal handelt. In beiden Fällen hat das (gesam-

te) Tatbestandmerkmal den Anforderungen des Artikel 103 Abs. 2 GG zu genügen. Der Verweis auf untergesetzliche Normen, welche im Anwendungsbereich des Strafgesetzbuches strafbegründend wirken sollen, ist vorliegend jedoch problematisch, denn die grundlegenden Voraussetzungen der Strafbarkeit lassen sich nicht aus der formell-gesetzlichen Grundlage, mithin dem Straftatbestand als solchem, entnehmen. Vielmehr wird den untergesetzlichen Normen des Berufsrechts nicht nur die Konkretisierung, sondern in unzulässiger Weise die Begründung der Strafbarkeit überlassen.

Strafrechts- und Berufsrechtsverletzungen sind rechtssystematisch verschiedene Kategorien, die in § 299a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB-E nunmehr auf eine Stufe gehoben werden, ohne zu differenzieren, welche Verhaltensweisen einerseits berufsrechtlich zu ahnden und welche andererseits sozialschädlich und damit strafwürdig sind. Fehlverhalten, das prinzipiell bereits mit den Sanktionsmöglichkeiten des Berufsrechts abgestellt werden kann, unterfällt künftig ohne Unterschied der Strafandrohung des § 299a StGB-E. Zugleich wird dadurch ein erheblicher Druck auf den untergesetzlichen Normgeber ausgeübt, da dieser die von ihm geschaffenen Berufsausübungspflichten an den Maßstäben der Sozialschädlichkeit auszurichten hat, um nicht eine erhebliche Ausdehnung der Strafbarkeit durch das Berufsrecht zu bewirken. Der Bundesgesetzgeber beeinträchtigt auf diese Weise die den entsprechenden Selbstverwaltungskörperschaften vom Landesgesetzgeber übertragene Rechtsetzungsautonomie.

Überdies gelten für die adressierten Berufsgruppen teilweise **unterschiedliche Berufsausübungsregeln**. Der Verweis auf das heterogene Berufsrecht ist trotz der erfolgten Spezifizierung im Regierungsentwurf weiterhin problematisch, da die Regelungen des Berufsrechts auch hinsichtlich der Pflichten zur Wahrung heilberuflicher Unabhängigkeit sehr unterschiedlich ausgeprägt sind. Zu den wenigen Berufsgruppen, für welche gegenwärtig eine solche „rechtliche“ Pflicht überhaupt konstituiert ist, zählt die Gruppe der Ärzte (vgl. §§ 30 ff. MBO-Ä), der Zahnärzte (vgl. § 3 Abs. 7 und Abs. 8 MBO-ZÄ), mit sehr allgemeinen Bestimmungen die Gruppe der Psychotherapeuten (vgl. § 6 Abs. 3 MBO-PP/KJP) und mit auffällig uneinheitlichen Regelungen die Gruppe der Apotheker (s. z. B. § 7 Abs. 1, § 12 und § 13 Abs. 1 und Abs. 2 BO-Apo-Berlin). Die Regelungen weisen eine abweichende Regelungsdichte und Reichweite auf, sofern überhaupt entsprechende Normen vorhanden sind (vgl. ferner die Stellungnahme der Bundesärztekammer zum Referentenentwurf S. 8).

Die Bestimmtheit der Norm steht überdies aus Gründen der im Regierungsentwurf neuen Gestaltung des § 299a Abs. 1 StGB-E in Zweifel: Die Verletzung der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit kennzeichnet bereits den Unrechtskern des gesamten Tatbestandes (vgl. *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 931 f.). Die Akzessorietät von entsprechenden Bestimmungen des Berufsrechts ist damit problematisch. Deutlich wird dies daran, dass dem ersten Teil des Tatbestandes von § 299a Abs. 1 StGB-E (unabhängig von den Tatbestandsvarianten Nr. 1 und Nr. 2) eine Pflichtverletzung im Sinne des § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E inhärent ist. Die Bezugnahme des Gesetzgebers auf das Berufsrecht bei der Gestaltung des Tatbestandes ist unverkennbar (vgl. Begründung insb. S. 21). Demzufolge deckt sich dieser Teil des Tatbestandes fast wortgleich mit § 31 Abs. 1 MBO-Ä. Es handelt sich dabei – in der Fassung der jeweiligen Landesberufsordnungen – um eine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit. Damit wird zugleich deutlich, dass § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E gegenüber dem ersten Teil des Tatbestandes keinen eigenständigen Regelungsgehalt aufweist (vgl. auch *Gaede et al.*, *medstra* 2015, 142, 147). Diese Kongruenz ist aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch, weil bei der späteren Rechtsanwendung möglicherweise eine Entgrenzung des Tatbestandsmerkmals eintritt. Weist ein Tatbestandsmerkmal keinen eigenständigen Gehalt auf, droht eine sog. verfassungswidrige „Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen“. Das Bundesverfassungsgericht hatte im Jahr 2012 zur Untreue gemäß § 266 StGB festgehalten, dass einzelne Tatbestandsmerkmale auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht so weit ausgelegt werden dürfen, dass sie vollständig in ande-

ren Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (BVerfG NJW 2013, 365, 366). Es handelt sich um, „ein für alle Delikte formuliertes und systematisch auf das Verhältnis aller Tatbestandsmerkmale zueinander bezogenes Verbot“ (*Saliger*, NJW 2010, 3195). Die erforderlichen Konturen, die eine entsprechende Abgrenzung zulassen, weist § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E nicht auf.

- d. Verfassungsrechtlich äußerst bedenklich ist ferner, dass § 299a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 sowie § 299b Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB-E, die als Rechtsfolge auch Freiheitsstrafe vorsehen, **nicht mit Artikel 104 Abs. 1 S. 1 GG in Einklang zu bringen** sind, wonach die Freiheit der Person nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden darf. Durch den Verweis auf das Berufsrecht, das teilweise lediglich in Satzungen erfasst wird, umgeht der Gesetzgeber den strengen Gesetzesvorbehalt. Bei einem Blankettgesetz ist dem Parlamentsvorbehalt in Verbindung mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Artikels 103 Abs. 2 GG nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts aber nur Genüge getan, wenn das formelle Gesetz die Voraussetzungen der Strafbarkeit bereits derart deutlich umschreibt, dass mögliche Fälle einer Strafbarkeit schon aufgrund des Gesetzes und nicht erst aufgrund der untergesetzlichen Norm vorausgesehen werden können (vgl. zu Rechtsverordnungen BVerfGE 14, 245, 252). Selbst wenn die zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Rechtsverordnungen ergangen ist und die Anforderungen von Artikel 80 Abs. 1 GG nicht auf Satzungen zu übertragen sind (BVerfGE 33, 125, 157), ist davon auszugehen, dass das Gericht an Satzungen jedenfalls keine geringeren Anforderungen stellen wird, wenn diese strafbegründend und damit grundrechtseinschneidend wirken. Gesetze, welche wie § 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E und § 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E die Voraussetzungen der Freiheitsentziehung offenlassen oder insoweit auf untergesetzliche Normen verweisen, sind daher unzulässig.
- e. Die aus den vorgenannten Aspekten folgende **Rechtsunsicherheit geht zu Lasten der Normadressaten**. Durch die mangelnde Bestimmtheit treten nicht nur Zweifel über das rechtskonforme Handeln auf. Ungewissheiten bei der Rechtsanwendung werden ebenso bei den Strafverfolgungsbehörden zu Tage treten (vgl. die Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (DRB) zum Referentenentwurf Nr. 10/2015 von April 2015, S. 4). Dies hat erhebliche Folgen mit Blick auf die Einleitung von Ermittlungsverfahren. Die Normadressaten dabei einem Generalverdacht auszusetzen, hat nicht nur negative Konsequenzen für deren Ansehen. Ebenso wird das Vertrauensverhältnis von Ärzten zu ihren Patienten belastet und der intendierte Schutzzweck des Gesetzes damit verfehlt.

Für § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E verbleiben aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen keine strafwürdigen Anwendungsfälle. Vor dem Hintergrund des ultima-ratio-Prinzips ist es daher nicht sachgemäß, über ein nicht hinreichend bestimmtes Tatbestandsmerkmal ein erhöhtes Strafbarkeitsrisiko für den Kreis der Normadressaten zu eröffnen. Soweit über § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E im Vorfeld der Strafbarkeit von Körperverletzungsdelikten angesetzt werden soll, überzeugt dies nicht, denn ein Bedürfnis zur Inkriminierung besteht in diesem Bereich nicht. Der darüber hinaus erforderliche Schutz der Integrität heilberuflicher Tätigkeit kann bereits durch andere Straftatbestände erreicht werden. Die Schaffung eines weiten Auffangtatbestandes für nicht oder nicht eindeutig strafwürdige Fälle erscheint wegen des ultima-ratio-Prinzips im Strafrecht und aus Gründen der Rechtssicherheit verfehlt.

Aufgrund der mangelnden Bestimmtheit kommt der Tatbestandsvariante zudem keine eigenständige Funktion zu. Es droht damit eine „Entgrenzung“ der tatbestandlichen Konturen, was in Widerspruch zu dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot des Artikel 103 Abs. 2 GG tritt. Insgesamt verstößt die Tatbestandsalternative gegen tragende Rechtsgrundsätze und ist daher zu streichen.

2. Der Kreis der Normadressaten gemäß § 299a StGB-E

§ 299a StGB-E soll gewährleisten, dass heilberufliche Entscheidungen innerhalb als auch außerhalb des Bereichs der gesetzlichen Krankenversicherung frei von unzulässiger Einflussnahme getroffen werden (Begründung S. 10, 16 f.). Erfasst werden von diesem Straftatbestand der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen (Begründung S. 6, 15) daher nicht nur Ärzte, sondern sämtliche Angehörige von Heilberufen, die für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordern; mithin sowohl die akademischen Heilberufe als auch die Gesundheitsfachberufe, deren Ausbildung ebenfalls gesetzlich geregelt ist. Wie auch der Referentenentwurf betont der Regierungsentwurf ausdrücklich, dass eine Begrenzung des Täterkreises auf akademische Heilberufsgruppen nicht erfolgen soll (Begründung S. 16).

Bewertung:

§ 299a Abs. 1 StGB-E statuiert eine Strafrechtsnorm für Angehörige von Heilberufen, die für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordern. In Anlehnung an § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB (vgl. Begründung S. 16) erfasst die Norm einerseits die akademischen Heilberufe und damit Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Psychologische Psychotherapeuten sowie Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten. Andererseits werden Angehörige eines anderen Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert (sog. Gesundheitsfachberufe), einbezogen. Dazu zählen Hebammen und Entbindungspfleger, Krankenschwestern und -pfleger, Krankenpflegehelferinnen und -helfer, Kinderkrankenschwestern und -pfleger, Masseure, medizinische Bademeister, Physiotherapeuten, Pharmazeutisch-technische Assistenten, Medizinisch-technische Assistenten, Diätassistenten, Logopäden, Ergotherapeuten, Orthoptisten, Rettungsassistenten und Podologen (vgl. zum Ganzen nur *Cierniak/Pohlit*, in: *MüKo/StGB*, 2. Auflage 2012, § 203, Rn. 31). Es erfolgt wegen dieser Anknüpfung an die Heilberufe mit staatlich geregelter Ausbildung keine Unterscheidung zwischen angestellten und freiberuflich tätigen Personen. Die Norm gilt gleichermaßen für die Versorgung mit Gesundheitsleistungen im Rahmen der gesetzlichen als auch der privaten Krankenversicherung.

Das selektive Inkriminieren der freien Berufe im Gesundheitswesen und die Außerachtlassung anderer freier Berufe wurde an anderer Stelle bereits kritisiert (vgl. *Schneider*, HRRS 2013, 473, 478; *ders./Kaltenhäuser*, *medstra* 2015, 24, 30; *Bachmann*, NJ 2014, 401, 408), sodass hierauf nicht näher eingegangen wird. Ferner wird aus dem Regierungsentwurf nicht ersichtlich, warum bestimmte, gleichermaßen korruptionsanfällige Personengruppen im Bereich des Gesundheitswesens nicht in den Tatbestand einbezogen werden. Weiterhin wird aus der Begründung nicht ersichtlich, wie der Normgeber die von ihm vorgenommene Auswahl nachvollziehbar begründet. Ebenso wie für die von § 299a Abs. 1 und 2 StGB-E bislang ausgenommenen Personen- oder Berufsgruppen existieren für die strafbedrohten Berufsgruppen **keine validen Erkenntnisse über normabweichende Auffälligkeiten**. Belastbare Statistiken über die Struktur, den Umfang und den Anteil bestimmter Personengruppen an der Korruption im Gesundheitswesen liegen nicht vor (vgl. *Schneider*, Sonderstrafrecht für Ärzte? - Eine kritische Analyse der jüngsten Gesetzentwürfe zur Bestrafung der „Ärztekorruption“, HRRS 2013, 473, 478). Im Rahmen des dem Gesetzgeber zugestandenen Einschätzungsspielraums (BVerfGE 102, 197, 218; 50, 290, 332 f.) genügt zwar die Annahme von sog. Ersatzwerten (vgl. *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 492), wenn keine hinreichend gesicherten empirischen Mittel zur Verfügung stehen. Gleichwohl sollte die Prognose Erkennbares nicht unberücksichtigt lassen. Die Wahrnehmung der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative erscheint nicht stimmig. Das Strafbarkeitsrisiko müsste sich vielmehr auch auf die vergleichbaren Fallkonstellationen erstrecken. Wird die Einschätzungsprärogative für vergleichbare Konstellationen evident ungleich wahrgenommen, führt dies zu einem Verstoß gegen Artikel 3 Abs. 1 GG oder zu einer unangemessenen Regelung (*Lagodny*, ebd., S. 493). Zumindest die Begründung sollte aus die-

sen Gründen entsprechende Ausführungen enthalten, damit die Selektion vor dem Hintergrund des beabsichtigten Rechtsgutsschutzes und dem Anliegen, Strafbarkeitslücken zu vermeiden (Begründung S. 15), überzeugt und nachvollzogen werden kann.

Da der gesetzliche Tatbestand im Hinblick auf den Kreis der Normadressaten in der Fassung des Regierungsentwurfs gegenüber dem Referentenentwurf keine Änderungen aufweist, bleibt die von der Bundesärztekammer in ihrer unter dem 20.03.2015 veröffentlichten Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 04.02.2015 geäußerte Kritik aufrechterhalten. Dies betrifft:

1. die Forderung, dass der Kreis der Normadressaten des § 299a StGB-E auf der „Nehmerseite“ wie auf der „Geberseite“ abstrakt gefasst werden sollte, weil weitere, im Gesundheitswesen tätige Personengruppen gleichermaßen strafwürdig erscheinen, und
2. die fehlende Einbeziehung von Geschäftsinhabern von Privatkliniken oder Pflegeeinrichtungen in § 299 StGB bzw. § 299a StGB-E und die damit verbundene Forderung, den Kreis der Normadressaten von § 299 StGB und § 299a StGB-E zusammen zu betrachten und zu bewerten.

Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen der Stellungnahme der Bundesärztekammer zum Referentenentwurf verwiesen.

Darüber hinaus wird der Kreis der Normadressaten unter dem Gesichtspunkt der gegenüber dem Referentenentwurf neu gefassten Tatbestandsalternative in § 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E und § 299a Abs. 2 StGB-E kritisch gesehen. Zwar wird der Täterkreis allgemein für bestimmte Berufsgruppen angelegt und nicht lediglich auf akademische Heilberufe begrenzt. Allerdings ergibt sich aus der Gestaltung von § 299a Abs. 1 Nr. 2 sowie Abs. 2 StGB-E, der nunmehr an „berufsrechtliche Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ anknüpft, dass in diesem Zusammenhang teilweise ein **Sonderdelikt für Berufsgruppen** geschaffen wird, **die über solche berufsrechtlichen Regelungen überhaupt verfügen**. Dies umfasst die Gruppe der Ärzte (vgl. §§ 30 ff. MBO-Ä), der Zahnärzte (vgl. § 3 Abs. 7 und Abs. 8 MBO-ZÄ), der Psychotherapeuten (vgl. § 6 Abs. 3 MBO-PP/KJP) und der Apotheker (s. z. B. § 7 Abs. 1, § 12 sowie § 13 Abs. 1 und 2 BO-Apo-Berlin). Für diejenigen Berufsgruppen, die sich mit der Problematik der Korruption bereits intensiv auseinandergesetzt und ein entsprechendes Berufsrecht erlassen haben, führt dies zu einer Strafbarkeit, während gleichermaßen strafwürdige Handlungen anderer Berufsgruppen ungeahndet bleiben müssten, weil das Tatbestandsmerkmal „Verletzung einer berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ nicht erfüllt wäre. De facto werden damit zahlreiche andere Berufsgruppen aus dem Tatbestand des § 299a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB-E ausgenommen. Das betrifft insbesondere die Gesundheitsfachberufe, für die ein Berufsrecht nicht besteht. Der Gesetzgeber bezieht infolgedessen gerade nicht alle Heilberufsgruppen ein, die für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordern (anders aber der Wille des Gesetzgebers, Begründung S. 16).

Dies könnte eine verfassungsrechtlich bedenkliche Ungleichbehandlung darstellen, denn unter diesem Blickwinkel müsste sich eine Strafandrohung auf die vergleichbaren Fallkonstellationen erstrecken, in denen Gesundheitsfachberufe in korruptive Handlungen verwickelt sein könnten. Eine Darlegung legitimer Gründe für die Differenzierung ist der Begründung zum Regierungsentwurf nicht zu entnehmen. Ob jedoch ein Verstoß gegen Artikel 3 Abs. 1 GG anzunehmen ist oder die Formel „Keine Gleichheit im Unrecht“ zur Anwendung gelangt, welcher allerdings Grenzen gewiesen werden, sofern „willkürlich nur eine Minderheit des strafwürdigen Verhaltens herausgegriffen und mit Strafe bedroht werde“ (BVerfGE 50, 142, 166), kann hier dahinstehen, denn jedenfalls tritt ein **eklatanter Wertungswiderspruch** zu der vollzogenen Einschätzung des Gesetzgebers auf, dass andere Gesundheitsberufe gleichermaßen als strafwürdig anzusehen sind. Der Gesetzgeber legt einerseits ausführlich dar, warum nicht-akademische Heilberufsgruppen gleichermaßen strafwürdig erscheinen. Im Regierungsentwurf mit einer gegenüber dem Referentenentwurf verstärkten Argumentation wird

betont, warum auch Gesundheitsfachberufe in den Täterkreis einzubeziehen sind (Begründung S. 16). Der ausdrücklich gesetzgeberischen Zielsetzung, den Täterkreis nicht auf akademische Berufsgruppen zu begrenzen (Begründung S. 16), wird, bezogen auf § 299a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB-E, andererseits jedoch nicht entsprochen. Der Zusammenhang zum Fehlen entsprechender berufsrechtlicher Regelungen im Sinne des § 299a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB-E wird verkannt, obwohl der Gesetzgeber bemerkt, dass die berufsrechtlichen Regelungen nur für die jeweiligen Berufsträger gelten (Begründung S. 12). Damit treten im Ergebnis Glaubwürdigkeits- und Gerechtigkeitsdefizite auf. Diese Inkonsistenz unterstreicht zugleich, dass der Verweis auf das Berufsrecht untauglich ist und das Tatbestandsmerkmal „seine berufliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletze“ in § 299a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB-E zwingend zu streichen ist.

Insgesamt treten durch die Festlegung des Kreises der Normadressaten in § 299a Abs. 1 und 2 StGB-E Gleichbehandlungs- und Gerechtigkeitsdefizite auf. Dies ist insbesondere eine Folge der Tatbestandsgestaltung von § 299a Abs. 1 Nr. 2 und in Abs. 2 StGB-E, wodurch de facto ein Sonderdelikt für bestimmte Berufsgruppen geschaffen wird, die über Regelungen zur „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ überhaupt verfügen. Hierin liegt ein Widerspruch zur vom Gesetzgeber vollzogenen Wertung, den Täterkreis nicht auf akademische Berufsgruppen begrenzen zu wollen. Auch aus diesem Grund ist die Tatbestandsalternative des § 299a Abs. 1 Nr. 2 und in Abs. 2 StGB-E untauglich und zu streichen.

3. Unstimmigkeiten im Hinblick auf § 299a Abs. 2 StGB-E

Im Vergleich zum Referentenentwurf vom 04.02.2015 wurde die Tatbestandsstruktur der §§ 299a, 299b StGB-E im Regierungsentwurf umgestaltet, um für die Tatbestandsvarianten des bisherigen § 299a Abs. 1 StGB-E i. d. F. des Referentenentwurfes differenzierte Gestaltungen vorzunehmen. Neu gefasst wurde § 299a Abs. 2 StGB-E, der als Gegenleistung für einen Vorteil allein den „Bezug“ von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten zum Gegenstand hat. § 299a Abs. 2 StGB-E regelt nun exklusiv die Strafbarkeit der Bestechlichkeit aus Anlass sog. „Bezugsentscheidungen“, die aus § 299a Abs. 1 StGB-E i. d. F. des Referentenentwurfes herausgelöst wurden. Der Begründung kann nur implizit entnommen werden, dass die Ausgliederung der Bezugsentscheidungen erfolgte, um im Verhältnis zu den weiterhin von Absatz 1 erfassten Handlungen der Verordnung, Abgabe oder Zuführung eine differenzierte Regelung zu schaffen. Einschränkend ist in Absatz 2 dementsprechend vorgesehen, dass nur Arznei-, Heil- oder Hilfsmittel oder Medizinprodukte von den tatbestandlichen Bezugsentscheidungen betroffen und damit Gegenstand der Unrechtsvereinbarung sein können, „die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind“. Die Strafbarkeit soll zudem – anders als in Absatz 1 – nicht an eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb anknüpfen, da sich bei Bezugsentscheidungen die Unlauterkeit einer Bevorzugung auch aus Verstößen gegen Preis- und Rabattvorschriften ergeben könne, bei denen es an einem korruptionsspezifischen Unrechtsgehalt sowie an einer Beeinträchtigung des Vertrauens in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen fehle (Begründung S. 22). Ferner wird im Tatbestand des Absatzes 2 – anders als in Absatz 1 – ein Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs und ein Gegenseitigkeitsverhältnis nicht ausdrücklich vorausgesetzt und die Möglichkeit der Drittbegünstigung nicht aufgeführt.

Der im Referentenentwurf enthaltene § 299a Abs. 2 StGB-E wurde in den neu gefassten, grundsätzlich weiterhin spiegelbildlich zu § 299a StGB-E gestalteten § 299b StGB-E einbezogen.

Bewertung:

Die Einschränkung, dass Arznei-, Heil- oder Hilfsmittel oder Medizinprodukte betroffen sein müssen, „die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind“, ist zweckmäßig und rechtfertigt sich daraus, dass solche Bezugsentscheidungen in eigenem wirtschaftlichem Interesse der

Heilberufler erfolgen können und Patienteninteressen damit nicht unmittelbar betreffen (Begründung S. 22). Die Anschaffung von Praxisinventar ist ein Beispiel. Dieses Verhalten mit Strafe zu bedrohen, wenn ein Heilberufler zum Beispiel Rabatte oder andere Vergünstigungen fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wäre nicht sachgemäß.

Soweit der neu gefasste Absatz 2 im Vergleich zu Absatz 1 einige Merkmale im Normtext vermissen lässt, zieht das allerdings einen legislativen Änderungsbedarf nach sich. Die Begründung verhält sich dazu teilweise gar nicht oder lediglich ungenau.

Ein Gegenseitigkeitsverhältnis ist, anders als in § 299a Abs. 1 sowie § 299b Abs. 1 und Abs. 2 StGB-E mit der jeweiligen Formulierung „als Gegenleistung“, im Normtext des § 299a Abs. 2 StGB-E zwar nicht ausdrücklich abgebildet. In der Begründung wird aber davon ausgegangen, dass die Gewährung eines Vorteils „als Gegenleistung“ zu erfolgen hat (Begründung S. 22). In diesem Sinne ist der Wortsinn der Norm auszulegen, womit nach einer Lesart die Formulierung „einen Vorteil dafür fordert [etc.], dass [...]“ auf das Gegenseitigkeitsverhältnis hindeutet.

Weniger Klarheit besteht bezüglich der Drittbegünstigung, die im Gesetzestext des neuen Absatzes 2 keine ausdrückliche Erwähnung findet. Vielmehr wird vom Wortsinn lediglich auf eine Begünstigung des Handelnden selbst („sich“) abgestellt. Allein die Begründung zum Regierungsentwurf scheint dies im Normtext ausgleichen zu sollen, indem pauschal darauf hingewiesen wird, dass „im Übrigen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 299a Abs. 1 S. 1 StGB entsprechend“ gelten würden und demnach auch Vorteile für Dritte erfasst seien. Im Wortsinn der Norm, welcher die äußerste Grenze einer möglichen Auslegung markiert, wird dies nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht. Die im Normtext nicht ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit, dass ein Vorteil auch zugunsten eines Dritten erlangt werden kann, müsste sich daher klarer aus der Norm selbst ergeben.

Im Vergleich zum Absatz 1 wird ferner auf die Formulierung „im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs“ verzichtet. Aus der Begründung zum Regierungsentwurf lassen sich zum Verzicht auf diese tatbestandliche Einschränkung keine Hinweise entnehmen. Möglicherweise liegt ein redaktionelles Versehen vor. In der mit einer salvatorischen Formulierung versehenen Begründung des Entwurfs wird die entsprechende Geltung der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 299a Abs. 1 S. 1 StGB-E betont und ausdrücklich auf die Drittbegünstigung erstreckt. Was davon erfasst sein soll, bleibt offen. Gegenstand der Auslegung ist nicht die Gesetzesbegründung, sondern die Norm und im Wortsinn des Absatzes 2 wird die Konnexität zur Berufsausübung nicht entsprechend abgebildet. Die Formulierung „im Sinne des Absatzes 1“ bezieht sich auf den Täterkreis, womit eine Bezugnahme auf Angehörige eines Heilberufs intendiert sein dürfte. Zwar kann sich der Passus sprachlich alternativ auf die nachfolgenden Merkmale beziehen, nicht jedoch kumulativ. Auch ein systematischer Vergleich zu dem ansonsten spiegelbildlich ausgestalteten § 299b StGB-E, der die Formulierung „im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs“ in seinem Absatz 2 wiederum enthält, könnte im Umkehrschluss nahelegen, dass der Normgeber in § 299a Abs. 2 StGB-E bewusst auf das Merkmal verzichtet hat. Selbst wenn dem Merkmal (jedenfalls in Absatz 1) vor allem klarstellende Funktion zukommen sollte, weil die dort aufgeführten Tätigkeiten in aller Regel im Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs erfolgen, könnte der Verzicht in § 299a Abs. 2 StGB-E dahingehend gedeutet werden, dass der Gesetzgeber diese Einschränkung bewusst nicht vorsehen wollte. Die fehlenden Ausführungen in der Begründung und der angeführte systematische Vergleich zu § 299b Abs. 2 StGB-E legen dies zumindest nahe. Jedenfalls entstehen hieraus bei der Rechtsanwendung weitere Unsicherheiten, die durch die Verwendung des Begriffs „Bezug“ verschärft werden. Während es sich bei der Verordnung oder Abgabe im Sinne des § 299a Abs. 1 StGB-E um Verhaltensweisen handelt, die per definitionem in aller Regel im Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs erfolgen, ist ein Bezug von Arzneimitteln, Hilfsmitteln oder Medizinprodukten nicht notwendigerweise im beruflichen Kontext, sondern gleichermaßen außerhalb der ärztlichen Tätigkeit möglich. Das Merkmal ist daher nicht etwa redundant. Wegen des Gebots der Normklarheit,

wonach der von einer Rechtsnorm Betroffene befähigt sein soll, die Rechtslage bereits anhand der gesetzlichen Regelung zu erkennen (vgl. BVerfGE 141, 1, 53), bedarf es im Normtext ausdrücklich der Klarstellung, um Fälle eines privat veranlassten Bezugs von Arznei- oder Hilfsmitteln sowie von Medizinprodukten von dem Strafbarkeitsrisiko auszuschließen. Für den Normadressaten muss aus dem Text des Strafgesetzes hinreichend klar erkennbar sein, dass gerade der privat veranlasste Erwerb der genannten Mittel und Produkte nicht genügt.

In diesem Zusammenhang offenbart sich, dass eine Anknüpfung an den **Begriff des Bezugs**, insbesondere bezogen auf Arzneimittel, **problematisch** sein könnte. Unter „Bezug“ sei ausweislich der Begründung im Regierungsentwurf jegliche Form des „Sich Verschaffens“ von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten zu verstehen; sei es auf eigene oder fremde Rechnung (Begründung S. 22). Grundsätzlich erfolgt ein Bezug nach der Verordnung eines Arzneimittels durch den Patienten selbst. Auch in der Gesetzesbegründung wird darauf hingewiesen, dass der Bezug durch den Patienten erfolgt (S. 11 m. w. Nw.). Durch einen Arzt erfolgt in der Regel die (abrechnungsfähige) Verordnung als anknüpfungsfähiges Verhalten für einen Straftatbestand (vgl. *Jary*, PharmR 2015, 99, 102), welches aber wiederum von § 299a Abs. 1 StGB-E erfasst werden soll. Unter diesem Gesichtspunkt versteht es sich nicht von selbst, warum der Bezug in Absatz 2 nunmehr als eigene Tatvariante ausgestaltet wird. In der Begründung wird davon ausgegangen, dass eine durch Vorteile beeinflusste Bezugsentscheidung bei der späteren Entscheidung, insbesondere über die Abgabe des Mittels, fortwirken könne, weshalb die Erfassung des Bezugs geboten sei (Begründung S. 22). Hierbei könnte es allerdings genügen, an die „Abgabe“ als Bezugspunkt im Rahmen der Unrechtsvereinbarung anzuknüpfen. Diese Tatvariante deckt aber bereits § 299a Abs. 1 StGB-E ab. In diesem Sinne könnte auch eine unangemessene Vorverlagerung des Strafbarkeitsrisikos in das Vorfeld eines unmittelbaren Patientenkontakts und eines therapeutischen Zusammenhangs durch den ohnehin schon als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestalteten Tatbestand vermieden werden (vgl. auch *Gaede*, medstra 2015, 263, 265 m. Fn. 23).

Hinsichtlich der Berufsgruppe der Ärzte ist der Bezug von Arzneimitteln zur Abgabe an Patienten kaum relevant, da § 43 ff. AMG der Abgabe von Arzneimitteln außerhalb von Apotheken enge Grenzen setzt. Im Übrigen erscheint der Rechtsgutsbezug mangels unmittelbarer therapeutischer Konsequenz der Bezugsentscheidung fraglich (vgl. *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 934). In Konstellationen, in denen bewusst bestimmte Rabatte bzw. Preisnachlässe ausgehandelt und an die Patienten weitergegeben werden, wird dies noch deutlicher. Hier ist das Schutzgut des Vertrauens in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen ersichtlich nicht tangiert. Diese Fälle sollen aber auch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht strafbar sein (Begründung S. 22).

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass Personengruppen, die von Berufs wegen typischerweise Arzneimittel beziehen, nicht in den Täterkreis des § 299a Abs. 2 StGB-E einbezogen werden. Nach § 2 Abs. 1 S. 2 AMAVO (Verordnung über die Aufbewahrung und Verabreichung von Arzneimitteln in Alten- und Pflegeheimen) kann der Bezug von Arzneimitteln auch durch „das Heim“, mithin durch Verantwortliche oder Betreiber eines Pflege- bzw. Altenheims, erfolgen. Diese Personen sind jedoch von § 299a StGB-E nicht als Täter erfasst, soweit sie nicht auch Heilberufler sind. Für diese kommt allein eine Strafbarkeit nach § 299 StGB in Betracht, sofern es sich um Angestellte oder Beauftragte handelt. Geschäftsinhaber und Geschäftsführer werden davon nicht erfasst. Hier bildet sich dieselbe Problematik ab, die bezogen auf den Kreis der Normadressaten bereits Gegenstand der Stellungnahme der Bundesärztekammer vom 20.03.2015 zum Referentenentwurf vom 04.02.2015 war (s. Teil B., Ziff. 1). Da diesbezüglich keine Änderungen im Regierungsentwurf erfolgten, wird hierauf verwiesen.

Ein Bezug von Heilmitteln ist in dem im Regierungsentwurf zugrunde gelegten Sinne nach sozialversicherungsrechtlichem Verständnis dagegen **bereits begrifflich ausgeschlossen** und tatsächlich unmöglich. Ein Heilmittel wird als persönlich zu erbringende medizinische Dienstleistung von Angehörigen entsprechender Gesundheitsfachberufe erbracht. Sie werden in §§ 32, 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V i. V. m. § 2 der Heilmittel-Richtlinie des G-BA legal definiert und sind danach jede „einzelne Maßnahme“ der Physio-, Ergo- und Podologischen Therapie sowie der Stimm-, Sprech- und Sprachtherapie. Ärzte können Heilmittel nur verordnen, aber nicht für eine weitere Abgabe an ihre Patienten „beziehen“. Ausschließlich die gesetzlich Krankenversicherten können Heilmittel als einzelne Maßnahme der unterschiedlichen Therapieformen in Anspruch nehmen. Die Tatbestandsvariante erscheint daher irrtümlich aufgenommen worden zu sein und ist zu streichen.

Da § 299a Abs. 2 StGB-E lediglich auf die Variante der Verletzung einer „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ abstellt, sollte Absatz 2 wegen der mangelhaften Bestimmtheit dieses Merkmals ersatzlos gestrichen werden. Das gilt überdies wegen des Fehlens einer relevanten Anzahl strafwürdiger Anwendungskonstellationen bei Bezugsentscheidungen. Darauf weisen die vorhandenen Unstimmigkeiten, etwa hinsichtlich des begrifflich nicht möglichen Bezugs von Heilmitteln, ebenso hin wie der Umstand, dass vielfach ein bereits von § 299a Abs. 1 StGB-E erfasstes Verhalten als Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit dienen kann. Sollte § 299a Abs. 2 StGB-E dennoch beibehalten werden, sollten die Defizite im Normtext behoben werden: § 299a Abs. 2 StGB-E lässt im Vergleich zu § 299a Abs. 1 StGB-E einige Merkmale im Normtext vermissen, die aus Gründen der Rechtsklarheit im Wortsinn der Norm abgebildet sein sollten. Dies betrifft insbesondere die Konnexität zur Berufsausübung.

4. Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf ärztliche Kooperationsformen

Der Gesetzgeber präzisiert in der Begründung zum Regierungsentwurf im Vergleich zum Referentenentwurf seine Erwägungen im Hinblick auf die Fragestellungen zur künftig erschwerten Abgrenzung von den legalen, sozialrechtlich sogar erwünschten zu den künftig strafwürdigen Kooperationsformen von Leistungserbringern (Begründung S. 17 f.).

Bewertung:

Die Berücksichtigung bestimmter etablierter Kooperationsformen in der Gesetzesbegründung war erforderlich. Im Kontext zulässiger oder gar erwünschter, auch neuartiger Kooperationsformen zwischen Leistungserbringern sind die durch eine Strafbarkeitsanordnung möglicherweise auftretenden Wertungswidersprüche weiterhin bedenklich (vgl. unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Bestimmtheit auch schon die am 20.03.2015 veröffentlichte Stellungnahme der Bundesärztekammer zum Referentenentwurf vom 04.02.2015, S. 7). Die verschiedenen Gesetzesänderungen der letzten Jahre im Bereich des SGB V dokumentieren den Willen des Gesetzgebers, die Möglichkeiten zu Kooperationen auszubauen, was notwendig mit Absprachen bzw. Vereinbarungen zwischen den Beteiligten einhergehen muss. Die vom Gesetzgeber vollzogene Wertung, die Zusammenarbeit im Gesundheitswesen zu fördern, und der Normbefehl des § 299a StGB-E, zugleich bestimmte sozialrechtlich (noch) nicht zulässige, aber gleichwohl nicht notwendig sozialschädliche Kooperationen zu unterlassen, ist dabei inkonsistent. Das in diesem Zusammenhang auftretende Strafbarkeitsrisiko für Heilberufler, die eine bestimmte Kooperationsform anstreben, ist eine Folge der beachtlichen Interpretationsfähigkeit der Norm. Die Verwendung einer Mehrzahl auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe sowie die teilweise unpräzisen Begründungen lassen nicht nur die Rechtssicherheit und Erkennbarkeit des Normbefehls vermissen, sondern werfen im Kontext der gewünschten ärztlichen Kooperationen deutliche Widersprüche im Hinblick auf die vom Gesetzgeber vollzogenen Wertungen auf. Vor dem Hintergrund der unklaren Grenzziehung zwischen legalen und verbotenem Verhalten scheint der Gesetzgeber seiner Wertung mithin nicht treu zu bleiben, bestimmte Kooperationsformen im Gesundheitswesen fördern zu wol-

len. Darin liegt zumindest ein **Wertungswiderspruch**. Insoweit sollte dem Gebot der Vermeidung von Widersprüchen hinreichend Rechnung getragen werden. In diesem Sinne sieht auch das Bundesverfassungsgericht unter Berufung auf das Rechtsstaatsprinzip alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder als verpflichtet an, „die Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, dass den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen“ (BVerfGE 98, 106, 118 f.).

Zur Vermeidung von Widersprüchen zwischen dem Recht der Leistungserbringer und dem Strafrecht muss im Wege der genetischen Auslegung des künftigen Straftatbestandes zweifelsfrei davon ausgegangen werden können, dass rechtlich zulässige Formen der beruflichen Kooperation nach dem Willen des Normgebers nicht strafbar sind. Wegen der Auslegungsschwierigkeiten, der teilweise noch vagen Begründung zum Regierungsentwurf (vor allem bezüglich der Wendung vom „Hinzutreten weiterer Umstände“, Begründung S. 18) und den damit verbundenen Rechtsunsicherheiten sollten diese Ausführungen geschärft werden, damit der dahingehende Wille des Gesetzgebers hinreichend klar hervortritt.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang ferner, welche möglichen Konsequenzen für die Gesundheitsversorgung mit einem derart unpräzisen Deliktstatbestand verbunden sein können: Aufgrund der genannten Rechtsunsicherheit und des mit dem Tatbestand zum Ausdruck gebrachten **Generalverdachts gegenüber Heilberuflern** ist künftig zum einen zu befürchten, dass Leistungserbringer vermehrt von bestimmten Formen der Kooperation Abstand nehmen, die dem Patienteninteresse und dessen Wohl dienlich sind, weil sie gegen sich gerichtete Ermittlungsmaßnahmen fürchten. Einer unheilvollen „**Defensivmedizin**“ würde damit Vorschub geleistet (vgl. *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 933). Zum anderen könnte die Innovationskraft in Bezug auf die Entwicklung neuer Kooperationsmodelle leiden (*Pragal*, DFZ 10/2015, 22, 23). Negative Folgen für die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Gesundheitsversorgung sind zu bedenken. Auch aus diesen, auf die Patienteninteressen und den Wettbewerb bezogenen Gründen bedarf es hinreichender Rechtsklarheit. Ansonsten könnte der insoweit vorgreifliche § 299a StGB-E bereits jene Formen der Zusammenarbeit mit Strafe bedrohen, deren sozial- oder berufsrechtliche Zulässigkeit noch gar nicht Gegenstand einer Normsetzung bzw. Gegenstand einer das Sozialrecht betreffenden Rechtsprechung war und deswegen (noch) nicht für zulässig erklärt werden konnte, obgleich diese Kooperationen einen strafwürdigen Unrechtsgehalt von vornherein gar nicht aufweisen.

Aufgrund der Verwendung zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe und der erheblichen Interpretationsspielräume können Friktionen mit zulässigen und gerade gewünschten Kooperationen auftreten. Zwar erfolgt gegenüber dem Referentenentwurf zum Gesetz im Regierungsentwurf eine nähere Begründung zu den bekannten Kooperationsformen, die insbesondere nach dem Sozialrecht zulässig sind. Rechtsunsicherheiten bestehen jedoch mit Blick auf Zweifelsfälle und Innovationen weiterhin. Der mit der Norm zum Ausdruck gebrachte Generalverdacht und damit verbundene Risiken für Heilberufler, mit ggf. ergebnislosen Ermittlungsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft konfrontiert zu werden, könnten zu einer Defensivmedizin beitragen, die dem Patienteninteresse und -wohl letztlich abträglich sein wird. Aus Gründen der Rechtsklarheit sind daher konkretere Vorgaben erforderlich.

5. Die unangemessene Strafschärfung gemäß § 300 StGB-E

§ 300 StGB sieht bislang einen verschärften Strafraumen für besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr vor. In § 300 S. 1 StGB ist für besonders schwere Fälle ein Strafraumen von drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe anzuwenden. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder
2. der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

Die Strafraumenverschiebung soll nach dem Regierungsentwurf auch für die Tatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen gelten. Daneben sollen unbenannte besonders schwere Fälle nach § 300 S. 1 StGB-E, insbesondere bei Schädigung oder erheblicher Gefährdung der Gesundheit von Patienten, angenommen werden können, die infolge korruptiv bedingter Falschbehandlung eingetreten sind (Begründung S. 22 f.). Dem Vorschlag des Bundesrates, als Nr. 3 ein weiteres Regelbeispiel aufzunehmen, nämlich „wenn der Täter einen anderen Menschen in die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung bringt“ (Stellungnahme des Bundesrates v. 25.09.2015, abgedr. in BT-Drs. 18/6446, S. 34 f.), stimmte die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung nicht zu und erfasst diesen Fall als unbenanntes Regelbeispiel (BT-Drs. 18/6446, S. 36).

Bewertung:

Die Erfüllung eines benannten oder unbenannten Regelbeispiels kann zur Anwendung des verschärften Strafraumens des § 300 S. 1 StGB führen. Die Abweichung vom Regelstrafrahmen rechtfertigt sich daraus, dass bei Vorliegen eines solchen Beispiels die widerlegbare Vermutung besteht, dass die Tat als besonders schwer einzuordnen ist. Das Gewicht von Unrecht und Schuld muss sich im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung aller Zumesungstatsachen vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß vorkommenden Fälle so erheblich abheben, dass die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens geboten ist (st. Rspr., s. nur BGH, Ur. v. 21.08.2012 - 1 StR 257/12).

Bezweifelt werden muss, ob § 300 StGB-E bezogen auf korruptive Verhaltensweisen im Gesundheitswesen angemessener Ausdruck des Unwert- und Schuldgehalts ist. An einer näheren Begründung für die Erhöhung des Strafraumens bezogen auf §§ 299a und b StGB-E mangelt es im Regierungsentwurf. Insbesondere mit Blick auf das Schuldprinzip steht die Kongruenz zum Unrecht aber ebenso in Frage wie die Schuldangemessenheit der Strafraumenverschärfung. Das Bundesverfassungsgericht wies darauf hin, dass das Gebot einer schuldangemessenen Bestrafung auch im Einzelfall dem Verlangen nach Rechtsgleichheit als einem der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate Rechnung trage. Das Maß der verwirklichten Schuld legitimiere die Differenzierung in den Rechtsfolgen und sichere so zugleich die gebotene Gleichbehandlung der Beschuldigten im Strafverfahren (BVerfGE 133, 168, 226). Hierbei dient die Tatschwere neben der Persönlichkeit des Täters als Orientierungspunkt für die Strafzumessungsschuld.

Deshalb muss zwischen der Tatschwere des Ausgangsdelikts und der Schwere des besonders schweren Falls differenziert werden können. Das ist im Kontext der §§ 299a und b StGB-E und § 300 S. 2 StGB zweifelhaft, da vor allem die „Gewerbsmäßigkeit“ und ein „Vorteil großen Ausmaßes“ typischerweise mit der vorliegend relevanten Berufsausübung in Verbindung gebracht werden können (vgl. auch *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 935). Ein Regelbeispiel kann einschlägig sein, wenn mindestens drei Leistungserbringer im Rahmen einer auf längere Dauer angelegten beruflichen Kooperation agieren und damit als „Mitglied

einer Bande“ angesehen werden könnten, „die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat“. Ebenfalls müsste der verschärfte Strafrahmen zur Anwendung gelangen, wenn ein Leistungserbringer „im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs“ (§ 299a Abs. 1 StGB-E), also in aller Regel „gewerbsmäßig“ tätig wird. Dass der ärztliche Beruf dabei nach den Berufsordnungen nicht als Gewerbe anzusehen ist (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 MBO-Ä), steht dem nicht entgegen, da eine strafrechtsspezifische Auslegung des § 300 StGB-E zu erfolgen hat. Auch „Vorteile großen Ausmaßes“ könnten vorliegen, da die im Bereich des Gesundheitswesens bewegten Geldsummen in aller Regel ein größeres Volumen aufweisen. Hier wird die notwendige Errechnung eines Durchschnittswertes korruptiv erlangter Vorteile (vgl. zu dieser Anforderung *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 300, Rn. 3) vor dem Hintergrund des bislang unbekanntes Ausmaßes der Korruption und fehlender fundierter Analysen der Strukturen und Mechanismen in diesem Bereich (vgl. *Schneider*, HRRS 2013, 473, 478 m. w. Nw.; *Bachmann*, NJ 2014, 401, 408; m. w. Nw. s. jüngst auch *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 930) erhebliche Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung bereiten. Eines solchen spezifischen Durchschnittswertes bedarf es jedoch, damit auf eine erhebliche Überschreitung und eine damit verbundene Erhöhung des Unrechtsgehaltes der Tat geschlossen werden kann. Die insoweit im Durchschnitt vorkommenden „Normalfälle“, die eine Strafbarkeit nach §§ 299a und b StGB-E auslösen können, weisen damit bereits die Typizität auf, welche aufgrund von § 300 S. 2 StGB-E erst zur Anwendung eines Sonderstrafrahmens führen sollen. Von einem sich gegenüber der Verwirklichung der §§ 299a und b StGB-E erheblich abhebenden Unrecht kann keine Rede sein. Bereits die Erfüllung des Tatbestandes der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (§ 299a und b StGB-E) droht somit regelmäßig die Anwendung des verschärften Strafrahmens nach § 300 S. 1 StGB-E nach sich zu ziehen.

Dem Vorschlag des Bundesrates (s. bei BT-Drs. 18/6446, S. 34), in § 300 StGB-E ein weiteres Regelbeispiel aufzunehmen, wonach ein verschärfter Strafrahmen zur Anwendung gelangen soll, wenn ein anderer Mensch durch eine Bestechung oder Bestechlichkeit im Gesundheitswesen in die Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung gebracht wird, kann nicht gefolgt werden. Das Tatbestandsmerkmal, das einen Bezug zum Rechtsgut der körperlichen Integrität aufweist, dürfte sich schon aus systematischen Gründen nicht überzeugend bei den Delikten des 26. Abschnitts einfügen lassen, die primär auf den Schutz des Wettbewerbs abzielen. Auf die Friktionen zu § 299 StGB hat die Bundesregierung hingewiesen (BT-Drs. 18/6446, S. 36). Sofern es tatsächlich zu einer „körperlichen Schädigung“ „durch korruptes Verhalten“ (Bundesrat, BT-Drs. 18/6446, S. 34) kommt, werden die betroffenen Personen überdies hinreichend durch die §§ 223 ff. StGB geschützt. Einer Vorverlagerung des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit in einen abstrakten Gefährdungsbereich bedarf es nicht.

Wegen des Charakters der Regelbeispiele als „unklare Mischung von (unvollständigen) Qualifikationen und Auslegungshinweisen des Gesetzgebers“ (*Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 46, Rn. 96a) und dem Umstand, dass Regelbeispiele den Unrechtsgehalt nur unzureichend gesetzlich zu bestimmen vermögen, besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit. Diese wird im Kontext der §§ 299a und b StGB-E noch vertieft, da es zudem an klaren Hinweisen des Gesetzgebers zur Anwendung der Regelbeispiele im Bereich des Gesundheitswesens fehlt. Wegen der Rechtsunsicherheiten und der Unangemessenheit der Strafrahmenverschärfung ist von einer Einbeziehung der §§ 299a und b StGB-E in den § 300 StGB abzusehen.

Die Strafrahmenerhöhung birgt das eklatant erhöhte Risiko, dass mit der Verwirklichung der §§ 299a und b StGB-E regelmäßig die Verwirklichung eines Regelbeispiels des § 300 S. 2 StGB einhergeht, denn dessen Merkmale („Gewerbsmäßigkeit“, „Vorteile großen Ausmaßes“) können typischerweise mit der vorliegend relevanten Berufsausübung in Verbindung gebracht werden. Die Strafrahmenverschiebung für Ausnahmefälle droht somit zum Regelfall bei der Rechtsanwendung zu werden. Die §§ 299a und b StGB-E sind daher aus § 300 StGB-E zu streichen.

6. Das Strafantragsrecht gemäß § 301 StGB-E

Gemäß § 301 Abs. 1 StGB-E soll die Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen (§§ 299a und b StGB-E) auch nach dem Regierungsentwurf nur auf Antrag verfolgbar sein, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. Eine Änderung gegenüber dem Referentenentwurf ist im Hinblick auf den Kreis der Antragsberechtigten erfolgt. Das Recht, einen Strafantrag nach § 301 Abs. 1 StGB-E zu stellen, soll gemäß § 301 Abs. 2 Nr. 1 lit. a StGB-E neben den berufsständischen Kammern nunmehr auch den Kassenärztlichen und den Kassenzahnärztlichen Vereinigungen zukommen. Präzisiert wurde daneben das Antragsrecht der gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen sowie der privaten Kranken und Pflegeversicherungsunternehmen.

Die Regelung stellt sich nach dem Regierungsentwurf nunmehr wie folgt dar: Antragsberechtigt sollen gemäß § 301 Abs. 2 StGB-E zum einen die von korruptiven Handlungen Verletzten sein. Dies sind in den Fällen des § 299a Abs. 1 Nr. 1 und § 299b Abs. 1 Nr. 1 StGB-E die Mitbewerber. Sofern bei der Behandlung von Patienten heilberufliche Entscheidungen von unlauteren Zuwendungen beeinflusst worden sind, sollen zum anderen Patienten zur Strafantragstellung berechtigt sein.

Ferner sollen

- a. die berufsständische Kammer und die Kassenärztliche und die Kassenzahnärztliche Vereinigung, in der der Täter im Zeitpunkt der Tat Mitglied war,
- b. jeder rechtsfähige Berufsverband, der die Interessen von Verletzten im Wettbewerb vertritt, und
- c. die gesetzliche Kranken- und Pflegekasse des Patienten oder das private Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen des Patienten

einen Strafantrag stellen können.

Bewertung:

Die missverständliche Bezugnahme auf die Person des Verletzten in § 300 Abs. 2 Nr. 2 lit. c StGB-E wurde im Regierungsentwurf gegenüber dem Referentenentwurf korrigiert und nunmehr ein Bezug zum Patienten hergestellt. Damit wird zutreffend vermieden, dass auch die gesetzliche Kranken- und Pflegekasse oder das private Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen eines Mitbewerbers als Verletztem antragsberechtigt sind.

Das Antragsrecht der gesetzlichen sowie privaten Kranken- und Pflegekassen, unabhängig vom Willen des Patienten, erscheint weiterhin bedenklich. Schließlich verfügt der Patient, der zugleich Verletzter ist, über ein eigenes Antragsrecht. Überdies muss bei einer auf das Rechtsgut bezogenen Betrachtung beachtet werden, dass die Funktionsfähigkeit bzw. die Vermögensinteressen der gesetzlichen Krankenkassen als Allgemeininteresse allenfalls mittelbar in den Schutzzweck einbezogen sind (Begründung S. 12; vgl. auch *Maas*, NStZ 2015, 305, 308). Daher erscheint es inkonsequent, die Pflege- und Krankenkassen mit einem Antragsrecht auszustatten. Problematisch ist ferner, dass die Kassen eigene und zum Teil gegenläufige Interessen verfolgen, was aus den ihnen zugewiesenen Aufgaben (vgl. § 1 SGB V) und Pflichten (Wirtschaftlichkeit, § 12 Abs. 1 SGB V) folgt. Insoweit könnte mit einem Antragsrecht ein Interessenkonflikt auftreten und sogar ein gewisser Druck zur Erschließung von Wirtschaftlichkeitsreserven auf die Leistungserbringer ausgeübt werden (noch kritischer *Aldenhoff/Valluet*, medstra 2015, 195, 199: „Inthronisierung“ der Krankenkassen „als Kontrollorgan“ sei bedenklich).

Aus dem Legalitätsprinzip folgt, dass die Staatsanwaltschaft bei dem Vorliegen eines Anfangsverdachts verpflichtet ist, ein Ermittlungsverfahren gegen den Verdächtigen einzuleiten (§ 152 Abs. 2 StPO). Die Anforderungen an die Begründung des Anfangsverdachts sind gering; lediglich vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen genügen nicht. Daraus resultiert das Risiko, dass Ermittlungsmaßnahmen, wie z. B. Praxisdurchsuchungen (§ 102 StPO), Kontenabfragen, bestimmte Überwachungsmaßnahmen, Vernehmungen u. v. m., vorschnell gegen Heilberufler eingeleitet werden, obgleich den Strafantragsberechtigten oder Anzeigestellern die Voraussetzungen und Grenzen der Strafbarkeit nicht hinreichend bekannt sind. Es genügen für das Vorliegen eines Anfangsverdachts zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat (§ 152 Abs. 2 StPO). Die eigentliche Subsumtion erfolgt erst nach Ausschöpfung aller erforderlichen Maßnahmen und Abschluss der Ermittlungen. Bereits das Ergreifen dieser Maßnahmen führt aber zu einem sozialen Makel, einem Vertrauensverlust und Schäden für die Reputation der Heilberufler. Das ist letztlich eine Konsequenz der vom Normgeber in Kauf genommenen Rechtsunsicherheiten. Der weite Interpretationsspielraum der Norm, insbesondere infolge des Verweises auf die heterogenen Vorschriften des Berufsrechts der verschiedenen Berufsgruppen in § 299a Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB-E, wirkt sich nachteilig aus.

Es erscheint zudem äußerst bedenklich, dass in der Begründung auf eine „Antragspflicht“ abgehoben wird (Begründung S. 2, 13, 23). Das ist missverständlich, denn eine dahingehende Pflicht kennt das Strafrecht nicht. Die Formulierung in der Begründung intendiert, dass den Antragsbefugten sogar eine besondere Pflicht zur Hilfe bei der Strafverfolgung zukäme, was vor allem mit den Aufgaben kollidiert, die diesen Berechtigten jeweils zugewiesen sind. Das Strafantragsrecht steht daher weiterhin in der freien Entscheidung der Berechtigten.

Da gegenüber dem Referentenentwurf ferner keine wesentlichen Änderungen an der Rechtsnorm erfolgten, wird hinsichtlich der dazu bereits geäußerten Kritik auf die Stellungnahme der Bundesärztekammer zum Referentenentwurf vom 04.02.2015 verwiesen.

Die Konzeption des Strafantrags gemäß § 301 StGB-E erscheint insbesondere hinsichtlich der Einräumung eines Antragsrechts in § 301 Abs. 2 StGB-E wegen der Verquickung von unterschiedlichen Aufgaben, Funktionen und Interessen der verschiedenen Antragsberechtigten widersprüchlich und überzeugt nicht.