Aufsätze

Tobias Ahlering, Köln*

Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen

Der Beitrag beschäftigt sich mit den durch das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen im Juni 2016 neu eingeführten Strafnormen §§ 299a, 299b StGB und einigen Problematiken, die im Zusammenhang mit ihnen zu erwarten sind. Dabei werden die neuen Normen zunächst in die bestehenden Korruptionsdelikte eingeordnet und die Tatbestandsmerkmale kurz erläutert. Anschließend werden einige mögliche Strafbarkeitsrisiken angesprochen. Am Ende erfolgt eine Bewertung der neuen Normen im Hinblick auf ihre Notwendigkeit und die Umsetzung durch den Gesetzgeber.

I. Einleitung

Korruption im Gesundheitswesen stellt ein großes Problem dar. Seit dem 04.06.2016 ist das neue Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen in Kraft. Dessen Ziel ist es, strafrechtliche Regelungslücken mit den neu entworfenen §§ 299a, 299b StGB zu schließen und so korrupten Praktiken in Zusammenhang mit Heilberufen entgegenzuwirken. Nach Schätzungen von Experten des *European Healthcare Fraud and Corruption Network* entgehen den Krankenkassen jährlich bis zu 18 Milliarden Euro aufgrund von Korruption.[1] Mit dem neuen Gesetz zog der Gesetzgeber die Konsequenzen aus einem Beschluss des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 2012, der besagt, dass niedergelassene Ärzte weder Beauftragte der Krankenkasse im Sinne des § 299 StGB noch Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB seien.[2] Dies hatte weitreichende Konsequenzen für die Anwendbarkeit des früheren Korruptionsstrafrechts.

Mit dem Gesetz, über das bereits im November 2015 zum ersten Mal im Bundestag beraten und welches im April 2016 nach der dritten Lesung im Bundestag in der Ausschussfassung[3] angenommen wurde, reagiert der Gesetzgeber explizit auf die Korruption im Gesundheitswesen. Die Zunahme von Bestechung und Bestechlichkeit in diesem Bereich ist ihm schon seit Längerem bekannt.[4] Das neue Gesetz ist jedoch aus mehreren Gründen umstritten: Zu erwarten sind beispielsweise Problemstellungen bei der Veranstaltung von ärztlichen Fortbildungstagungen oder sogenannten *aut-idem*[5]-Verschreibungen. Andere Problematiken hat der Gesetzgeber bereits im Gesetzgebungsprozess erkannt und berichtigt. Besonders um die Problematiken des neuen Gesetzes soll es im Folgenden gehen. Zunächst wird jedoch eine kurze Übersicht über die vor Juni bestehenden Korruptionsdelikte und die Tatbestandsmerkmale der neuen Normen gegeben.

II. Korruptionsdelikte des StGB

Um den Anreiz für Bestechung und Bestechlichkeit zu minimieren, gibt es im Strafgesetzbuch einige Normen, die Korruption unter Strafe stellen. Die Europäische Kommission bezeichnet Deutschland als weltweit eines der positivsten Beispiele für die erfolgreiche Bekämpfung von Korruption.[6]

Bis zur Neuregelung war die Strafbarkeit der sogenannten Korruptionsdelikte in den §§ 331-335, 108b, 108e und 299 StGB geregelt.[7] Während die §§ 331 ff. StGB Bestechungshandlungen im öffentlichen Bereich unter Strafe stellen, bezieht sich § 299 StGB auf solche im geschäftlichen Verkehr und die §§ 108b, 108e StGB auf Wähler- bzw. Abgeordnetenbestechung. Auf Letztere wird mangels Bedeutung für die Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen nicht näher eingegangen. Über die anderen Korruptionsarten soll in aller Kürze ein Überblick verschafft werden.

1. Bestechung und Bestechlichkeit bei Amtsträgern

Amtsträger haben aufgrund ihrer Stellung als Handelnde für den Staat eine besondere Bedeutung – dies zeigt sich auch im Strafrecht. Die Allgemeinheit soll durch die Strafbarkeit der Bestechung und Bestechlichkeit im Zusammenhang mit Amtsträgern in ihrem Vertrauen in die Nichtkäuflichkeit und Sachgerechtigkeit von Diensthandlungen geschützt werden.[8] Auch die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes wird teilweise als ein von den §§ 331 ff. StGB geschütztes Rechtsgut angesehen.[9]

Erst im letzten Jahr hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption auf zahlreiche Analysen bzw. Verbesserungsvorschläge[10] reagiert, insbesondere in Bezug auf grenzüberschreitende Korruption. Es wird also deutlich, dass der Gesetzgeber wie auch beim hier thematisierten Gesetz ständig auf neue

* Stud. iur. *Tobias Ahlering* studiert im fünften Semester Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln. Der Beitrag entstand als Seminararbeit bei Prof. Dr. *Thomas Weigend* sowie Jun.-Prof.'in Dr. *Elisa Hoven* am Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.

1 BT-Drs. 17/9587, S. 2.

2 BGHSt 57, 202.

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

4 Vgl. z.B. BT-Drs. 15/1170, S. 2, 59, 78, 117, 120 f., 144.

5 Lat.: oder ein Gleiches.

6 EU Anti-Corruption Report Annex Germany, S. 9.

7 MBl. NRW 2014 Nr. 25 v. 05.09.2014, S. 486.

8 BGH, NJW 2001, 2558.

9 BT-Drs. IV/650, S. 649; BGHSt 33, 190.

10 So z.B. *Schaupensteiner*, Gesamtkonzept zur Eindämmung der Korruption, NStZ 1996, 409; *Kerner/Rixen*, Ist Korruption ein Strafrechtsproblem? Zur Tauglichkeit strafgesetzlicher Vorschriften gegen die Korruption, GA 1996, 355.

Entwicklungen eingeht, gerade weil immer neue Formen von korrupten Praktiken aufkommen.

Von Bedeutung für die Strafbarkeit gem. §§ 331 ff. StGB ist die Definition eines Amtsträgers: In Anbetracht der Einordnung der §§ 299a, 299b StGB in die Korruptionsdelikte ist vor allem der Amtsträgerbegriff in § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB von Interesse. Dass dieser nicht immer eindeutig ist und manchmal höchstrichterlicher Klärung bedarf, zeigte sich auch in dem eingangs erwähnten Beschluss des Bundesgerichtshofes.

Der Amtsträgerbegriff ist immer restriktiv auszulegen, da ansonsten eine zu weitreichende Anwendung auf in privatrechtlichen Handlungs- und Organisationsformen agierende Personen zu befürchten ist, deren Handlungen nur schwache Staatsbezüge haben.[11] Um Amtsträger zu sein, muss man zunächst dazu bestellt sein, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Dies geschieht durch einen nicht formgebundenen öffentlich-rechtlichen Akt.[12] Jedoch ist nicht jede Hinzuziehung zu der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe auch eine Bestellung[13], es bedarf immer eines Blickes auf den Charakter der Tätigkeit. Aufgaben der öffentlichen Verwaltung sind solche, die die Wahrnehmung staatlicher Gewalt oder die staatliche Daseinsvorsorge umfassen.[14] Schließlich ist eine sonstige Stelle eine behördenähnliche Einrichtung, die rechtlich dazu befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen und bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken, ohne selbst Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinne zu sein.[15] Diese Begriffe haben auch alle Beachtung im anfangs erwähnten Beschluss gefunden, da es fraglich war, ob Vertragsärzte unter den Amtsträgerbegriff zu subsumieren sind.

2. Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr

Hauptsächlich zum Schutz des freien Wettbewerbs[16] – und nicht wie teilweise vertreten[17], gerade als abstraktes Vermögensgefährdungsdelikt zum Schutze des Vermögens der Mitbewerber – wurde 1997 der § 299 StGB in das Strafgesetzbuch eingefügt und löste damit den § 12 UWG a.F. ab. Unter anderem soll durch die Norm verhindert werden, dass sich Produkte am Markt für die Allgemeinheit durch Korruption verteuern.[18] Für den Beschluss des Bundesgerichtshofes von 2012 war die Definition des Beauftragten von Bedeutung: Beauftragter ist, wer aufgrund seiner Stellung im Betrieb berechtigt und verpflichtet ist, auf Entscheidungen eines Betriebs Einfluss zu nehmen, ohne Angestellter oder Inhaber des Betriebes zu sein.[19]

Wie auch an der Systematik erkennbar, hat der § 299 StGB ein grundlegend anderes Schutzgut als die §§ 331 ff. StGB.

3. Der Beschluss des Bundesgerichtshofes

Am 29.03.2012 hatte der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs auf Vorlage des 5. Strafsenates zu klären, ob ein niedergelassener, für die vertragsärztliche Versorgung zugelassener Arzt als Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB oder als Beauftragter i.S.d. § 299 StGB der gesetzlichen Krankenkassen handelt, wenn er die ihm im Rahmen des § 73 Abs. 2 SGB V übertragenen Aufgaben wahrnimmt.

Hintergrund war, dass die Angestellte eines Pharmaunternehmens vom Landgericht Hamburg gem. § 299 StGB wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr in 16 Fällen zu einer Geldstrafe verurteilt wurde.[20] Das Pharmaunternehmen zahlte den Ärzten, die das von der Angestellten vorgestellte Produkt verschrieben, eine Prämie von fünf Prozent des Herstellerabgabepreises und wies diese dann als Zahlung für in Wirklichkeit nie stattgefundene Vorträge aus. Gegen die Verurteilung ging die Angestellte in Revision. Aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung der eingangs gestellten Frage für die mögliche Strafbarkeit von Ärzten bei Annahme von Vorteilen, wurde sie zur Klärung gem. § 132 Abs. 4 GVG zunächst dem Großen Senat für Strafsachen am Bundesgerichtshof vorgelegt.

Der Große Senat hat in seinem Beschluss eine Amtsträger- und Beauftragtenstellung von Vertragsärzten verneint. Ersteres seien sie schon deswegen nicht, weil das Verhältnis zwischen Arzt und Patient im Wesentlichen vom Vertrauen geprägt würde, die Patienten ihren Arzt frei wählen können und deshalb die Tätigkeit der Ärzte nicht den Charakter einer hoheitlich gesteuerten Verwaltungsausübung habe. Auch spreche dagegen, dass Vertragsärzte bei Schlechterfüllung aus dem Behandlungsvertrag (§ 630a BGB) haften und nicht nach den Grundsätzen der Amtshaftung. Somit nehme der Vertragsarzt keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr.[21] Es fehle auch an einem Bestellungsakt, da die Zulassung als Vertragsarzt keine Entscheidung der Krankenkasse sei und zudem nicht jede Zulassung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben eine Bestellung darstelle.[22]

Beauftragte der Krankenkasse seien die Vertragsärzte ebenfalls nicht.[23] Eine Stellung als Beauftragter sei zweifelhaft, da die Ärzte nicht im Interesse der Krankenkasse handeln, sondern einzig in jenem der Patienten. Weiterhin folge aus den §§ 72 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SGB V,

11 *Radtke*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 11 Rn. 43; dem zustimmend: *Knauer/Kaspar*, Restriktives Normverständnis nach dem Korruptionsbekämpfungsgesetz, GA 2005, 385 f.

12 BT-Drs. 7/550, S. 209; BGHSt 43, 96.

13 BGHSt 42, 230 (232).

14 BT-Drs. 7/550, S. 209; BGHSt 37, 191 (194); BGHSt 12, 89.

15 BGHSt 43, 370 (376); BGHSt 52, 290 (293); BGHSt 54, 39 (41).

16 BT-Drs. 13/5584, S. 9; BGH, NJW 2006, 3290.

17 *Pieth*, Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität, ZStW 109, 756 (773).

18 *Heger*, in: Lackner/Kühl, 28. Aufl. 2014, § 299 Rn. 1.

19 BGHSt 2, 396 (402).

20 LG Hamburg, Urt. v. 09.12.2010 – 618 KLs 10/09.

21 BGHSt 57, 202 (208 ff.).

22 BGHSt 42, 230 (232).

23 BGHSt 57, 202 (210).

dass Ärzte und Krankenkasse auf einer gleichgeordneten Ebene in Zusammenarbeit ständen. Unbeschadet dessen seien die Krankenkassen jedoch sonstige Stellen i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB. Weiterhin drückt der Große Senat sein Bedauern über die Nichtstrafbarkeit korrupter Praktiken im Gesundheitswesen aus und stellt fest, dass er den Gesetzgeber in der Pflicht sieht.[24]

Die Entscheidung bestätigt die bereits gefestigte Auffassung[25], dass Vertragsärzte keine Amtsträger sind, aber auch die bisher umstrittene Ansicht[26], dass sie keine Beauftragten sind. Die Auslegung des Großen Senats ist plausibel. Das Gesundheitswesen stellt eine besondere Schnittstelle zwischen staatlicher Daseinsfürsorge und der Privatwirtschaft dar. Weder die Definition des Amtsträgers noch die des Beauftragten lässt sich durch die Besonderheiten in diesem Bereich zulässig auf den Vertragsarzt ausweiten. Dass auf die Ärzte die früheren Korruptionsdelikte nicht anwendbar sind, ist auch dem Gesetzgeber anzulasten. Wie bereits erwähnt, war ihm die Problematik von Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen länger bekannt und er hätte früher handeln können und müssen.

4. Einordnung der §§ 299a, 299b StGB in die Korruptionsdelikte des StGB und Stellungnahme

Die §§ 299a, 299b StGB stellen eine Ergänzung zu den bisherigen Korruptionsdelikten dar. Die Bundesregierung hat erkannt, dass eine Nichtstrafbarkeit von Korruption im Gesundheitswesen zu enormen finanziellen Schäden und Vertrauensverlusten der Patienten in medizinische Entscheidungen führt. Dem sollte die Gesetzesänderung entgegentreten.

Gerade im Gesundheitswesen sind die Beziehungen zwischen Behandelndem und Patient von Vertrauen geprägt. Der Staat hat dafür Sorge zu tragen, dass dieses nicht durch finanzielle Interessen von Ärzten, Pharmaunternehmen etc. untergraben wird – gerade auch weil das Gesundheitswesen in Teilen staatlich finanziert ist und die Menschen in ihrer Existenz betrifft.[27]

Auch steht das Gesetz unterstützend neben berufsrechtlichen Vorschriften der Bundesärztekammer. So heißt es in § 32 Abs. 1 der (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä): „Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, von Patientinnen und Patienten oder Anderen […] Vorteile für sich oder Dritte zu fordern oder sich oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen. […] Eine Beeinflussung ist dann nicht berufswidrig, wenn […] der Ärztin oder dem Arzt die Möglichkeit erhalten bleibt, aus medizinischen Gründen eine andere als die mit finanziellen Anreizen verbundene Entscheidung zu treffen". Die vage formulierte Regelung hat ähnliche Ziele wie die §§ 299a, 299b StGB, jedoch fehlt es der Bundesärztekammer an Ermittlungsmöglichkeiten, um die Verstöße aufzudecken. Dank der neuen Normen können diese nun von den Staatsanwaltschaften ermittelt und zur Anklage gebracht werden. Insoweit sind die neuen Normen eine wichtige Ergänzung der bestehenden Korruptionsdelikte.

Besonders erschüttert wurde das öffentliche Vertrauen in das Gesundheitswesen, als Anfang des Jahrzehnts der *Organspende-Skandal* öffentlich wurde, bei dem durch Datenmanipulation bestimmte Patienten bei Transplantationen bevorzugt worden sein sollen. Infolgedessen ist auch die Zahl der Organspender gesunken, was auf das Misstrauen in die Organvergabe zurückgeführt wird.[28] Dieser Skandal machte deutlich, wie sehr auch nur der Verdacht von korrupten Praktiken zu immensen Vertrauensverlusten führen kann. Gerade in der Gesundheitsbranche wirkt sich Korruption nicht nur finanziell, sondern unter Umständen auch gesundheitsschädigend aus, wenn korrupte Angehörige der Heilberufe nicht in erster Linie das Wohl ihrer Patienten im Auge haben.

Die §§ 299a, 299b StGB stellen dabei eine Sonderform in den Korruptionstatbeständen dar. Sie sind inhaltlich nah am § 299 StGB angesiedelt, stellen jedoch anders als dieser nicht nur den Wettbewerb im Gesundheitsbereich unter Schutz, sondern gehen auf Besonderheiten des Gesundheitswesens ein. So wird mittelbar das Vertrauen der Patienten in heilberufliche Entscheidungen geschützt – unabhängig davon, dass Korruption auch finanzielle Nachteile für Patienten mit sich bringen kann.[29] Insoweit geht der Schutzzweck der neuen Strafnormen zu Recht über den Wettbewerbsschutz des § 299 StGB hinaus. Dies ist auch nach dem Wegfall des Tatbestandsmerkmales der *Verletzung der berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit* noch der Fall. Diese Unabhängigkeit wird hinreichend durch die anderen Tatbestandsmerkmale geschützt, da die Merkmale trotz des gleichzeitigen Wettbewerbsschutzes auch und besonders zum Schutz der Interessen der Patienten geeignet sind. Ähnlichkeit besitzt der Schutzzweck der neu eingeführten Strafnormen auch zu demjenigen der §§ 331 ff. StGB. Diese schützen, wie oben erläutert, das Vertrauen der Allgemeinheit in unabhängige, gerechte Verwaltungsentscheidungen. Die Parallelen – also den Wettbewerbsschutz des § 299 StGB und den Vertrauensschutz der §§ 331 ff. StGB – vor Augen, verdeutlichen, dass die beiden neuen Normen eine logische Konsequenz aus dem Beschluss des Bundesgerichtshofes sind und ergänzend zwischen den alten Vorschriften stehen.

24 BGHSt 57, 202 (205 ff.).

25 So z.B. *Dieners*, Niedergelassene Vertragsärzte als „Beauftragte der Krankenkassen"? – Von der Überdehnung eines Straftatbestandes, PharmR 2010, 613; *Pragal*, Das Pharma-„Marketing" um die niedergelassenen Kassenärzte: „Beauftragtenbestechung" gemäß § 299 StGB!, NStZ 2005, 133.

26 Verneinend z.B. *Dieners* (Fn. 25), PharmR 2010, 613 (614-619). Bejahend z.B. OLG Braunschweig, Beschl. v. 23.02.2010 – Ws 17/10; *Pragal* (Fn. 25), NStZ 2005, 133 (134 ff.).; *Kölbel*, Strafbarkeitsnahe vertragsärztliche Kooperationsformen, NStZ 2011, 195 (197).

27 *Kubiciel*, Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen – Grund und Grenze der §§ 299a, 299b StGB-E, MedR 2016, 1 (2).

28 RDG 2015, 60.

29 BR-Drs. 360/15, S. 6.

Dieser hatte die Einschlägigkeit der beiden bisherigen Korruptionsnormen verneint und auf die Sonderstellung der Ärzte hingewiesen. Der Gesetzgeber vereint nun zur Schließung der Anwendbarkeitslücke einige Leitgedanken der §§ 299, 331 ff. StGB in den §§ 299a, 299b StGB. Letztere berücksichtigen dabei die vielen Besonderheiten des Gesundheitswesens, das anders als Unternehmen außerhalb dieses Bereiches eine außerordentliche Stellung zwischen Bürgern und Staat einnimmt. Gerade deswegen überzeugt die Notwendigkeit eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen. Es ist nicht ersichtlich, warum es Pharmaunternehmen erlaubt sein soll, auf die Heilberufe einzuwirken, wenn derartige, im Gegensatzverhältnis stehende Vorteilsgewährungen in der normalen Wirtschaft strafbar sind. Auch im Gesundheitsbereich sind solche Vereinbarungen für den Wettbewerb schädlich – hinzu kommt hier das überaus wichtige Interesse der Patienten, dass medizinische Entscheidungen allein zu ihrem Wohl und nicht aus finanziellen Gründen getroffen werden.

III. Die §§ 299a, 299b StGB

Als Reaktion auf die in dem Beschluss des Bundesgerichtshofes aufgezeigten Strafbarkeitslücken legte die Bundesregierung dem Bundesrat am 14.08.2015 einen ersten Gesetzesentwurf vor. Dieser wurde in den folgenden Monaten beraten, geändert und schließlich am 14.04.2016 angenommen. Der Bundesrat hat auf die Einberufung eines Vermittlungsausschusses verzichtet, jedoch eine Entschließung gefasst, auf welche noch gesondert eingegangen wird.[30] Seit dem 04.06.2016 sind die §§ 299a, 299b StGB in Kraft.

1. Der § 299a StGB und dessen Tatbestandsvoraussetzungen

Der § 299a StGB stellt die Bestechlichkeit von Angehörigen eines Heilberufes unter Strafe. Viele Merkmale sind der Rechtswissenschaft nicht unbekannt und existieren im gleichen Zusammenhang in den §§ 299, 331 ff. StGB; so können zukünftig bei der Auslegung frühere Gerichtsentscheidungen und Literatur herangezogen werden.

a) Taugliche Täter

Als taugliche Täter kommen bei der Norm Angehörige eines Heilberufs in Frage, die für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatliche Ausbildung erfordern. Unter die erste Gruppe fallen Heilberufe, deren Ausübung eine durch Approbationsordnung und Gesetz geregelte Ausbildung verlangt, also Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, (Kinder- und Jugendlichen-) Psychotherapeuten und Apotheker. Unter die zweite Gruppe fallen andere gesetzlich geregelte Berufe, wie Gesundheits- und Krankenpfleger, Ergotherapeuten, Physiotherapeuten und Logopäden.[31] Der Freistaat Bayern hatte in einem früheren Gesetzesentwurf vorgesehen, dass nur akademische Heilberufe vom Tatbestand umfasst sind.[32] Die Bundesregierung jedoch hat richtigerweise auch nicht-akademische Heilberufe als Normadressaten eingeschlossen, weil auch diese nicht durch finanzielle Interessen zu Entscheidungen verleitet werden sollen, die medizinisch nicht notwendig sind[33].[34]

b) Vorteil

Als Vorteil wird gemeinhin jede Leistung verstanden, auf die der Bevorteilte keinen Rechtsanspruch hat und die seine rechtliche, wirtschaftliche oder persönliche Lage objektiv verbessert.[35] Der Vorteilsbegriff der §§ 299a, 299b StGB soll nach dem Willen des Gesetzgebers auch immaterielle Vorteile wie Ehrungen und Ehrenämter einschließen.[36]

c) Bei der Verordnung, bei dem Bezug, bei der Zuführung

Die §§ 299a, 299b StGB fordern eine unlautere Bevorzugung[37] *bei der Verordnung* von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten.[38] Verordnen ist das Verschreiben von (nicht unbedingt verschreibungspflichtigen) Produkten.[39]

Alternativ kann die unlautere Bevorzugung auch *bei dem Bezug* von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, erfolgen. Bezug ist dabei ein Verschaffen auf eigene oder fremde Rechnung.[40] Die unmittelbare Anwendung meint, dass Produkte wie Prothesen, Implantate oder Medikamente nicht zunächst verschrieben, sondern direkt beim Behandelnden eingesetzt bzw. zugeführt werden.[41]

Die dritte Variante umfasst die unlautere Bevorzugung *bei der Zuführung* von Patienten oder Untersuchungsmaterial. Zuführen ist dabei das Einwirken auf einen Patienten, um die Auswahl eines Arztes oder sonstigen Leistungserbringers zu beeinflussen. Auch die

30 BR-Drs. 181/16(B), S. 1 f.

31 BR-Drs. 360/15, S. 13.

32 BR-Drs. 16/15, S. 17.

33 BR-Drs. 360/15, S. 13 f.

34 Kritik hieran bei *Brettel/Duttge/Schuhr*, Kritische Analyse des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, JZ 2015, 929 (934); zustimmend jedoch *Pragal/Handel*, Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen – ein großer Wurf mit kleinen Schwächen (Teil 1), medstra 2015, 337 (339).

35 BGHSt 31, 264; BT-Drs 18/476, S. 7; BGH, NJW 2001, 2558 (2559).

36 BR-Drs. 360/15, S. 14.

37 Hierzu später III. 1. e) cc).

38 Begrifflichkeiten definiert in § 2 AMG, § 3 MPG, §§ 32 u. 33 SGB V.

39 BT-Drs. 18/6446, S. 20.

40 BT-Drs. 18/6446, S. 22.

41 BT-Drs. 18/8106, S. 14.

bloße Überweisung ist dabei erfasst, wenn sie im Gegenseitigkeitsverhältnis mit einem Vorteil steht.[42]

d) Fordern, Sich-Versprechen-Lassen, Annehmen

Genau wie in den §§ 299, 331 ff. StGB, sind auch im § 299a StGB das Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder Annehmen eines Vorteils Tatbestandsmerkmale. Die Bundesregierung verweist bei deren Auslegung auf die bisherigen Korruptionsdelikte und insbesondere auf den § 299 StGB.[43]

Fordern ist die zumindest konkludente, einseitige Erklärung des Täters, dass er als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb einen Vorteil erhalten möchte.[44] Die Annahme eines zumindest konkludenten Angebots, um als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb einen Vorteil zu erhalten, wird als *Sich-Versprechen-Lassen* bezeichnet. Schließlich erfüllt die tatsächliche Entgegennahme eines Vorteils das Tatbestandsmerkmal des *Annehmens*.[45]

e) Unrechtsvereinbarung

aa) Zu Stande gekommene oder angestrebte Unrechtsvereinbarung

Die Tatbestandsmerkmale *Sich-Versprechen-Lassen* und *Annehmen* bedürfen einer bereits zu Stande gekommenen Unrechtsvereinbarung, um den objektiven Tatbestand des § 299a StGB zu erfüllen.[46] Auf beiden Seiten muss der Vorteil als Gegenleistung für die Bevorzugung angesehen werden.[47]

bb) Gegenseitigkeitsverhältnis

Die Unrechtsvereinbarung stellt die Verknüpfung zwischen dem Vorteil und einer Gegenleistung für eine (zumindest in der Intention) unlautere Bevorzugung im Wettbewerb dar.[48] Insofern müssen Vorteil und Gegenleistung sich gegenseitig bedingen[49] und der Vorteil muss in Zusammenhang mit der erzielten heilberuflichen Entscheidung stehen.

cc) Zukünftige unlautere Bevorzugung

Die Bevorzugung, also die sachfremde Entscheidung zwischen mindestens zwei Bewerbern bei Benachteiligung des einen,[50] muss zukünftig sein.[51] Nicht tatbestandsmäßig sind folglich z.B. kleine Geschenke für eine bereits erfolgte, erfolgreiche Behandlung. Problematisch ist diese Ausnahme insbesondere, wenn noch weitere Behandlungen geplant sind oder sich kleine Geschenke häufen. Wie darüber gewacht werden soll, ist fraglich. Die Bevorzugung muss ebenfalls unlauter sein; dies ist gegeben, wenn die spätere Entscheidung nicht ausschließlich aus sachlichen Erwägungen, sondern auch auf der Gewährung des Vorteils erfolgt.[52]

dd) Im Wettbewerb

Es muss genau wie beim § 299 StGB ein Wettbewerbsbezug der Unrechtsvereinbarung gegeben sein, die Bevorzugung muss einen Bewerber gegenüber seinen Mitbewerbern besserstellen.[53] Kritisch könnte gesehen werden, dass dieses Tatbestandsmerkmal am Patientenschutz vorbeigeht, da fraglich ist, ob Monopolisten sich im Wettbewerb befinden. Jedoch dürfte jede im Gesundheitswesen getroffene Unrechtsvereinbarung auch einen Wettbewerbsbezug haben, da es im Gesundheitswesen selten bis nie zu echten Monopolstellungen kommt, gerade aufgrund vielfältiger alternativer Therapiemöglichkeiten.[54]

ee) Sozialadäquate Zuwendungen

Von einer Strafbarkeit ausgeschlossen sind sozialadäquate Zuwendungen. Die Bundesregierung hat für die Auslegung dieses Begriffs auf die Regelung des § 32 MBO-Ä hingewiesen[55], in der es heißt, dass Vorteile dann nicht sozialadäquat sind, wenn durch deren Annahme der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen beeinflusst wird.

f) Subjektiver Tatbestand

Voraussetzung für den subjektiven Tatbestand ist, dass der Täter (zumindest bedingten) Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale hat.[56] Der Vorsatz muss sich beim *Fordern* auf den Zusammenhang zwischen Forderung und der Bevorzugungshandlung erstrecken.[57] Zudem genügt hier nicht bloß bedingter Vorsatz, sondern der Täter muss beim *Fordern* absichtlich handeln.[58]

42 BGH, Urt. v. 13.01.2011 – I ZR 111/08, Rn. 68. Hierzu *Wigge*, Grenzen der Zusammenarbeit im Gesundheitswesen – der Gesetzentwurf zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, NZS 2015, 447 (448); *Pragal/Handel*, Der Regierungsentwurf zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen – ein großer Wurf mit kleinen Schwächen (Teil 2), medstra 2016, 22 (24).

43 BR-Drs. 360/15, S. 15.

44 BGHSt 8, 214 (215); BGHSt 15, 88 (94, 98).

45 *Krick*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2012, § 299 Rn. 21 f.

46 BGHSt 15, 239 (249).

47 BGHSt 39, 45 (48).

48 BR-Drs. 360/15, S. 15; *Heger*, in: Lackner/Kühl (Fn. 18), § 299 Rn. 5.

49 BGHSt 15, 239 (242); BGHSt 39, 45 (46).

50 BGHSt 49, 214, (228).

51 BR-Drs. 360/15, S. 14.

52 BGHSt 49, 214 (227); *Krick*, in: MüKo StGB (Fn. 45), § 299 Rn. 28.

53 *Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 46a.

54 BT-Drs. 18/8106, S. 15.

55 BR-Drs. 360/15, S. 14.

56 *Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 53), § 299 Rn. 56; *Heger*, in: Lackner/Kühl (Fn. 18), § 299 Rn. 8.

57 BGH, NStZ 2006, 628 (629).

58 *Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 53), § 299 Rn. 57; *Heger*, in: Lackner/Kühl (Fn. 18), § 299 Rn. 8.

2. § 299b StGB

Spiegelbildlich zum § 299a StGB stellt der § 299b StGB die aktive Bestechung unter Strafe. Normadressaten sind alle Personen, die Angehörigen eines Heilberufes i.S.d. § 299a StGB einen unerlaubten Vorteil zukommen lassen.[59] Wie auch der § 299a StGB sieht der § 299b StGB eine Höchstfreiheitsstrafe von drei Jahren vor. In besonders schweren Fällen, die in § 300 StGB aufgeführt sind, kann das Gericht auf bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe erkennen.

IV. Strafbarkeitsrisiken und eventuelle neue Regelungslücken

Bereits jetzt gibt es neben positiven auch zahlreiche zurückhaltende und negative Reaktionen auf die neuen Strafnormen. Verschiedene Aspekte der §§ 299a, 299b StGB stehen in der Kritik.

1. Wegfall der Verletzung der berufsrechtlichen Pflicht auch wegen verfassungsrechtlicher Bedenken

In der Endfassung des neuen Gesetzes entfällt das Tatbestandsmerkmal *Verletzung der berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit* in den §§ 299a, 299b StGB. Dies geschah auf Empfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Bundestages. Dieser sah bei dem Merkmal das Risiko, dass es nicht dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, der aus Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB folgt, entspricht und die Norm somit verfassungswidrig wäre.[60] Der Bundesrat hingegen kritisiert diesen Schritt. Dessen Auffassung zufolge erfassen die Normen in der jetzigen Fassung nur noch wettbewerbsbezogene Handlungen und verfolgen nicht mehr hinreichend Zwecke des Patientenschutzes. Dies habe negative Konsequenzen auf den eigentlich intendierten Zweck, dass das Vertrauen der Bevölkerung ins Gesundheitswesen gestärkt wird.[61]

Ein Verweis auf die Berufspflichten könnte auch im Hinblick auf Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG problematisch sein. Demnach darf eine Freiheitsbeschränkung nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes erfolgen. Tatsächlich sind einige Berufsausübungspflichten allerdings in Satzungen zu finden, die keine förmlichen Normen darstellen. Weiterhin müssten in den §§ 299a, 299b StGB die Strafbarkeitsvoraussetzungen so deutlich umschrieben werden, dass mögliche strafbare Handlungen bereits aufgrund des Gesetzes und nicht erst auf Basis der außerstrafrechtlichen Normen erkannt werden können.[62] Auch vor diesem Hintergrund ist die Verfassungskonformität dieses Tatbestandsmerkmals zweifelhaft.[63]

Die Entscheidung, das Tatbestandsmerkmal nicht in die Normen aufzunehmen, ist korrekt. Die Berufspflichten sind nicht bundeseinheitlich geregelt und selbst bei identischer Formulierung werden sie von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich interpretiert.[64] Bei anderen Heilberufen als den Humanmedizinern gibt es keine zentralen Regelungen, wie es in den §§ 30 ff. MBO-Ä der Fall ist. Dies würde z.B. für Apotheker zu großer Rechtsunsicherheit führen. Auch für Dritte, die mit Angehörigen der Heilberufe in erlaubter Weise kooperieren wollen, würde das Tatbestandsmerkmal Risiken mit sich bringen. So müssten sie sich, um den Verdacht eines strafbaren Verhaltens auszuschließen, zunächst einen Überblick verschaffen, in welchen Teilen Deutschlands welche Berufspflichten für den jeweiligen Heilberuf gelten.[65] Von einigen Seiten wird eingewendet, dass es zum Beispiel im Umweltstrafrecht oder bei der Amtsträgerbestechung auch lokale Besonderheiten zu beachten gibt, die Strafbarkeiten unterschiedlich begründen.[66] Dies kann im Gesamtzusammenhang nicht überzeugen. Im Gesundheitswesen gibt es eine Fülle von erlaubten und untersagten Kooperationen. Zudem ist dieser Bereich vielen Regulierungen unterworfen. Ein Vergleich zu den bundesweiten Unterschieden bei den Kooperationen im Universitätsbereich[67] ist unpassend, da kein Bereich so stark wie das Gesundheitswesen von einer – gerade für den medizinischen Fortschritt notwendigen – Zusammenarbeit der Heilberufe untereinander und zu anderen Einrichtungen abhängig ist.[68] Nur weil es grundsätzlich zugelassen werden kann, dass Vorschriften außerhalb des Strafrechts bei der Gesetzesauslegung herangezogen werden können[69], muss der Gesetzgeber nicht von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Nicht nur die entstehende Rechtsunsicherheit und die mögliche Verhinderung von gewünschten Kooperationen wegen aufkommender Strafbarkeitsbefürchtungen sind Argumente gegen das Tatbestandsmerkmal. Es genügt dem Schutzzweck der Norm, wenn Handlungen, wie sie derzeit von den §§ 299a, 299b StGB erfasst sind, strafbar sind. Die *Verletzung der berufsrechtlichen Pflicht* als Auffangtatbestand ist entbehrlich.

Zusammenfassend ist die Streichung des Tatbestandsmerkmals der Berufspflichtverletzung sinnvoll, um nicht von Anfang an große Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit

59 BR-Drs. 360/15, S. 21.

60 BT-Drs. 18/8106 S. 15.

61 BR-Drs. 181/16(B), S. 1 f.

62 Vgl. BVerfGE 14, 174 (185 f.).

63 So auch *Steenbreker*, Korruptionsbekämpfung in sonstiger Weise: § 299a StGB-E und Strafgesetzgebung im Gesundheitswesen, MedR 2015, 660 (662 f.).

64 BT-Drs. 18/8106, S. 13.

65 *Dieners*, Die neuen Tatbestände zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, PharmR 2015, 529 (531); zustimmend auch Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 40/2015, S. 8 f.

66 So z.B. *Kubiciel*, Kölner Papiere zur Kriminalpolitik 4/2015, S. 11 f.

67 *Kubiciel* (Fn. 66), KPzKp 4/2015, S. 12 ff.

68 *Geiger*, Neues Strafbarkeitsrisiko § 299a StGB – Chance für die Healthcare-Compliance?, medstra 2015, 97 (104).

69 BGH, NJW 2010, 3209 (3211).

entstehen zu lassen. In diesem Zusammenhang ist die Lösung, die der Bundesrat in seiner Entschließung vorgeschlagen hat, vertretbar. Insbesondere überzeugt die Argumentation des Bundestagsausschusses, der Begriff der *Verletzung der berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit* sei zu weit gefasst. Auch kann das Tatbestandsmerkmal nicht auf alle Heilberufe des Adressatenkreises adäquat angewendet werden. So mag ein Arzt die heilberufliche Unabhängigkeit gut umsetzen können. Apotheker hingegen befinden sich in einer anderen Ausgangslage: Sie sind auch als Gewerbetreibende bzw. Kaufleute tätig. Dies bedeutet, dass sie zumindest auch kaufmännische Absichten bei ihrer Tätigkeit haben. Das Tatbestandsmerkmal würde zu großer Unsicherheit führen, inwieweit es Apothekern noch erlaubt wäre, Rabatte und Skonti anzunehmen.[70]

Auch bleibt der Patientenschutz trotz des Wegfalls noch bestehen. Der Gesetzgeber nutzt zwar das Tatbestandsmerkmal mit Wettbewerbsbezug, jedoch bleiben die Interessen des Patienten nicht automatisch außen vor. Durch diese Weise wird eine einfachere Auslegung und Anwendbarkeit durch die Ähnlichkeit zu § 299 StGB erreicht. Die Patienten sind zudem geschützt, da Ärzte auch ohne das problematische Tatbestandsmerkmal der Pflichtwahrung vor Korruption abgeschreckt werden. Der Gesetzgeber hat einen Weg gefunden, eine verfassungsgemäße Norm zu schaffen, die trotz Wettbewerbsbezug auch das Vertrauen des Patienten zu schützen vermag. Dieses Vertrauen beinhaltet insbesondere das Wissen über die Nichtkäuflichkeit bestimmter Handlungen der Heilberufsangehörigen durch Dritte.

Es zeigt sich, dass die Fülle der entstehenden Strafbarkeitsrisiken durch das generalklauselartige Merkmal in keinem Verhältnis zum vom Bundesrat erwarteten Nutzen stünde. Insofern ist dessen Wegfall zu begrüßen.

2. Sonstiges Verfassungsrecht

Die neuen Strafnormen werfen zudem die Frage auf, ob sie ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG darstellen. Angehörige anderer freier Berufe, also beispielsweise Rechtsanwälte oder Architekten, können nicht den § 299 StGB erfüllen und es gibt für sie auch keine anderen Sondertatbestände. Allerdings hat schon die Bundesregierung in der Begründung des Gesetzesentwurfes richtig erkannt, dass ärztliche Entscheidungen eine große (volks-)wirtschaftliche Bedeutung haben.[71]

Auch hat das Bundesverfassungsgericht z.B. in einem Beschluss von 2008 festgestellt, dass der Gesetzgeber einen weiten Spielraum hat, um Differenzierungen im Strafrecht vorzunehmen, solange diese auf sachlichen Gründen beruhen.[72] Ärzte haben durch ihre Einbindung in die staatliche Vorsorge eine Verantwortung nicht nur ihren Patienten, sondern auch der Gesamtbevölkerung gegenüber. Korruption bei Rechtsanwälten oder Architekten schädigt meist einen wesentlich kleineren Personenkreis. Somit ist es im Blick auf die Verfassung gut begründbar, Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen mit den §§ 299a, 299b StGB gesondert unter Strafe zu stellen.

3. Ärztliche Fortbildungstagungen

Ein drohendes Strafbarkeitsrisiko für Ärzte ist auch im Bereich von Fortbildungsveranstaltungen zu erwarten. Zumindest ist davon auszugehen, dass in Zukunft schneller der Anfangsverdacht einer Straftat entsteht, besonders wenn Ärzte bei von Pharmaunternehmen gesponserten Fortbildungen als passive Teilnehmer bei gleichzeitiger Übernahme vieler oder aller Kosten seitens des Unternehmens auftreten. Dies stellt zunächst einen nicht strafbaren Vorteil dar. Problematisch wird es dann, wenn solche Veranstaltungen den Zweck verfolgen, dass Ärzte in Zukunft hauptsächlich Produkte des sponsernden Unternehmens verordnen, denn dies stellt eine Unrechtsvereinbarung i.S. der §§ 299a, 299b StGB dar.[73] Dabei reicht es, wenn die Bevorzugung vom Arzt als Gegenleistung lediglich intendiert ist.[74]

Zwar ist die Befürchtung einleuchtend, dass Teilnehmer dieser Veranstaltungen leichter unter einen Generalverdacht fallen könnten. Jedoch ist es im Sinne des Patientenschutzes zu befürworten, dass durch die Bestrafung von (Schein-)Fortbildungen, die nur den Verkauf der eigenen Produkte fördern sollen, Korruptionsanreize minimiert werden. Es hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass derartige Veranstaltungen zum Zwecke der Vermarktung und der (damals noch legalen) Bestechung von Ärzten, keine Seltenheit sind. Es gibt bereits seit einigen Jahren Initiativen wie den Verein Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V., der sich zwar für die Zusammenarbeit zwischen Pharmaunternehmen, Ärzten und Apothekern einsetzt, seinen Mitgliedern aber gleichzeitig Compliance-Regeln aufgibt.[75] Verstöße können mit einer strafbewehrten Unterlassungserklärung und auch Geldstrafen bis zu 400.000 Euro geahndet werden.[76] Dies macht deutlich, dass einige Pharmaunternehmen bereits selbst erkannt haben, dass zur Korruptionsbekämpfung bestimmte Regeln notwendig sind. Mit dem Gesetz gegen Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen unterstützt der Gesetzgeber derartige Initiativen und stellt gleichzeitig ein wirksames Instrument zur Verhinderung korrupter Praktiken zur Verfügung. Die befürchteten Strafbarkeitsrisiken müssen

70 *Geiger*, Die Stellungnahme des Deutschen Instituts für Compliance (DICO) e.V. zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 21.10.2015 für ein „Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ (BT-Drs. 18/6446), CCZ 2016, 58 (58 f.).

71 BR-Drs. 360/15, S. 6 ff.

72 BVerfGE 120, 224 (250).

73 *Dieners* (Fn. 65), PharmR 2015, 529 (530).

74 *Passarge*, Aktuelle Entwicklungen in der Gesetzgebung zur Korruptionsbekämpfung, DStR 2016, 482 (485).

75 Hierzu *Diener*, Aktuelle Entwicklungen und Themenfelder im Bereich der Pharma-Selbstkontrolle, PharmR 2015, 338.

76 Siehe hierzu die Satzung des Vereins Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V. in der Fassung vom 04.12.2014.

insofern hinter dem erwarteten, positiven Effekt für den Wettbewerbs- und Patientenschutz zurücktreten.

4. Aut-idem-Verschreibungen

Die Möglichkeit der *aut-idem*-Verschreibungen durch Ärzte, also der bloßen Wirkstoffangabe auf dem Rezept, verpflichtet Apotheker gem. § 129 Abs. 1 SGB V zur Ausgabe von anderen als den genannten aber wirkstoffgleichen Arzneimitteln.

In Deutschland werden Medikamente standardmäßig *aut idem* verschrieben. Im endgültigen Gesetz fällt die Strafbarkeit einer Vorteilnahme *bei der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten* weg.[77] Dies hat zur Konsequenz, dass Apotheker bei der Abgabe von Arzneimitteln und sonstigen Produkten kaum eine strafbare Handlung begehen können. Wenn die Möglichkeit besteht, alternative Arzneien auszugeben, haben sie eine entscheidende Stellung bei der Auswahl des Produkts. Bei der beschlossenen Fassung des Gesetzes besteht ein großes Risiko, dass Entscheidungen von Apothekern zum – meist finanziellen – Nachteil des Patienten von außen beeinflusst werden, ohne dass diese dafür mit strafrechtlichen Konsequenzen rechnen müssen. Der Ausschuss des Bundestages für Recht und Verbraucherschutz vertritt die Auffassung, dass der entfallene Tatbestand schon von dem des *Bezuges* abgedeckt sei.[78] Gerade bei den *aut-idem*-Abgaben ist das aber zweifelhaft. So können Apotheker mehrere wirkstoffgleiche Produkte auf legitime Weise beziehen, dann aber bei der Abgabe hauptsächlich ein bestimmtes Produkt ausgeben, weil sie dafür einen Vorteil erhalten. Es stellt sich nun für die Zukunft die Frage, ob Apotheker bei einer solchen Konstellation wirklich mittels des § 299a StGB bestraft werden können, oder – was wahrscheinlicher ist – ob eine Ausweitung des Bezuges auch auf die Abgabe unzulässig ist.[79]

5. Arzneimittelmusterabgaben

Der Bezug und die Abgabe von Arzneimittelmustern an einen Patienten birgt ein weiteres Strafbarkeitsrisiko für den Arzt. Der Vorteil i.S.d. § 299a StGB liegt für ihn zum einen darin, dass er die Arznei nicht kostenpflichtig erwerben muss. Zum anderen kann die (auch nur möglicherweise) entstehende Patientenbindung einen Vorteil darstellen, beispielsweise dadurch, dass der Patient bei einer erneuten Behandlung wieder denselben Arzt aufsucht, weil dieser ihm durch das kostenlose Muster einen finanziellen Vorteil verschafft hat.[80] Wenn der Arzt nun diesen Vorteil als Gegenleistung für die bevorzugte Abgabe des bestimmten Medikamentes ansieht, kann es sich um eine strafbare Unrechtsvereinbarung i.S.d. § 299a StGB handeln. Das Risiko einer Strafbarkeit des Bezuges und der Abgabe von Arzneimittelmustern ist hoch, da schnell angenommen werden kann, dass größere Mengen von Mustern nicht hauptsächlich der Information des Arztes dienen, sondern ihn gerade dazu beeinflussen sollen, Produkte jenes Pharmaunternehmens zu verordnen.[81] Es bleibt abzuwarten, wann die Strafverfolgungsbehörden in diesem Bereich Verfahren einleiten werden, gerade weil der Bezug von Mustern gem. § 47 AMG grundsätzlich im Mengenrahmen des § 47 Abs. 4 AMG erlaubt ist. Dass der Bezug und die Abgabe von Arzneimittelmustern vom neuen Gesetz erfasst sind, passt zur Begründung des Gesetzgebers für die Mengenbegrenzung: Muster seien Marketinginstrumente der Pharmaunternehmen zur Kostenlast der gesetzlichen Krankenversicherungen und sowohl gesundheitspolitisch als auch wirtschaftlich bedenklich.[82] Eine Strafbarkeit ist vor allem beim Überschreiten der maximalen Bezugsmengen zu erwarten[83], was jedoch akzeptabel ist, weil es keine augenscheinlichen Gründe gibt, warum Pharmaunternehmen Ärzten große Mengen kostenloser Arzneien zur Verfügung stellen, wenn sie nicht insgeheim damit den Arzt beeinflussen wollen. Es muss zwar damit gerechnet werden, dass Musterbezüge vermehrt in den Fokus der Staatsanwaltschaften geraten, jedoch haben Ärzte und Pharmaunternehmen, welche die engen Grenzen des Gesetzes über den Verkehr mit Arzneimitteln einhalten, wenig zu befürchten. Die Sorge, aufgrund eines größeren Risikos in Verdacht zu geraten, muss hinter das Interesse der Allgemeinheit treten, dass Musterbezüge nicht zu korrupten Zwecken erfolgen. Insoweit passt zur erwarteten Strafbarkeit auch die bestehende Grenze des § 47 Abs. 4 AMG.

6. Wegfall des Strafantragerfordernisses

Der ursprüngliche Regierungsentwurf sah im § 301 StGB-E die §§ 299a, 299b StGB als relative Antragsdelikte vor, die nur auf Antrag oder bei besonderem öffentlichen Interesse verfolgt würden. Zu Recht wurde kritisiert, dass die Normen bei der Gestaltung als Antragsdelikte den Schutzzweck nicht genügend erfüllen können, da insbesondere das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen geschützt werden soll. Vor diesem Hintergrund ist ein Strafantragserfordernis für eine umfassende Verfolgung der Delikte hinderlich. Es wäre zu befürchten, dass hauptsächlich geschädigte Mitbewerber Antragsbefugnis hätten, Patienten jedoch nur unzureichend oder gar nicht.[84]

77 BR-Drs. 181/16, S. 1; im Vergleich zum Regierungsentwurf: BR-Drs. 360/15, S. 1.

78 BT-Drs. 18/8106, S. 15.

79 Kritisch auch *Tsambikakis*, Kommentierung des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, medstra 2016, 131 (132).

80 *Kaufmann/Ludwig*, Strafbarkeit von Arzneimittelmusterabgaben? – Strafbarkeitsrisiko von pharmazeutischen Unternehmern nach dem StGB-Entwurf „Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen" bei Musterabgaben an Ärzte, PharmR 2014, 50 (53).

81 *Kaufmann/Ludwig* (Fn. 80), PharmR 2014, 50 (53 f.).

82 BR-Drs. 313/85, S. 34.

83 So auch *Kaufmann/Ludwig* (Fn. 80), PharmR 2014, 50 (55).

84 *Jary*, Anti-Korruption – Neue Gesetzesvorhaben zur Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen und im internationalen Umfeld, PharmR 2015, 99 (104); BT-Drs. 18/8106, S. 16 f.

Die Entscheidung, die Normen als Offizialdelikte zu gestalten, ist so für eine effektive Strafverfolgung wichtig und zu befürworten, weil in der Vergangenheit von Seiten der Verbände und Institutionen im Gesundheitswesen wenig zur Korruptionsbekämpfung unternommen wurde.[85]

7. Zusammenfassung

Durch die neuen Strafnormen ergeben sich insgesamt neue Strafbarkeitsrisiken, deren Reichweite zum jetzigen Zeitpunkt kaum zu erfassen ist und die in Zukunft sicher die Gerichte beschäftigen werden. Kritisch ist vor allen Dingen das Risiko zu sehen, dass bisher erlaubte oder sogar gewünschte[86] Zusammenarbeit im Gesundheitswesen durch fehlende Ausnahmen in den Fokus der Ermittlungsbehörden gerät.[87] Im Gesetzgebungsverfahren geändert wurden die Punkte, welche überwiegend in der Kritik standen. Das war weniger ein Eingeständnis an die Pharmaunternehmen als vielmehr die Reaktion auf berechtigte Befürchtungen einer Verfassungswidrigkeit des entsprechenden Tatbestandsmerkmals.

V. Schlussbetrachtung

Zusammenfassend ist das Gesetz zur Bekämpfung von Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen zu begrüßen. Korruption in diesem Bereich kostet nicht nur die Allgemeinheit Milliarden Euro, sondern schädigt nachhaltig das Vertrauen der Patienten in Entscheidungen der Heilberufe. Gründe, warum Angehörige der Heilberufe bei Handlungen, die gemeinhin als Korruption aufgefasst werden, von einer Strafbarkeit ausgenommen sein sollten, gibt es nicht. Vor allem überzeugt die breit vertretene Auffassung, dass im Gesundheitswesen noch größere Risiken von Korruption ausgehen, als dies bei anderen gesellschaftlichen Bereichen der Fall ist. Verdeutlicht wird dies dadurch, dass das alleinige Erfassen eines Bereiches der Wirtschaft im Strafrecht einmalig ist. Dafür gibt es jedoch aufgrund der besonderen Stellung des Gesundheitswesens im Staat eine Rechtfertigung.

Wie aufgezeigt, wird es vor allem in den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes Strafprozesse geben, bei denen die Reichweite von Tatbestandsmerkmalen und die Strafbarkeit oben aufgezählter Handlungen zu klären ist. Positiv ist, dass viele Tatbestandsmerkmale aus bestehenden Korruptionsnormen übernommen wurden und so auf bestehende Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden kann. Insoweit müssen nicht alle Aspekte der Normen neu geklärt werden.

Unternehmen müssen ihre Praktiken an die neue Lage anpassen und intern *Compliance*-Risiken minimieren. Ihnen ist dies besonders in Anbetracht des Interesses der Patienten an einem korruptionsfreien Gesundheitswesen zuzumuten. Kein national oder international agierendes Unternehmen kann heutzutage auf die ständige Beschäftigung mit der eigenen Regeltreue verzichten. Man betrachte nur die §§ 9, 30, 130 OWiG, die eine solche Überwachung der eigenen Gesetzestreue vorschreiben. Das neue Gesetz ist nur ein weiterer Aspekt, den es von jetzt an bei der Zusammenarbeit mit Ärzten und anderen Angehörigen der Heilberufe zu beachten gibt.

Es ist anzuerkennen, dass ein Großteil der am Gesetz kritisierten Punkte während des Gesetzgebungsverfahrens korrigiert wurde. Einige in der Literatur gewünschte Änderungen sind nicht vorgenommen worden – zu Recht. Korruptionstatbestände, die im Zweifel nur wenige Handlungen umfassen, stellen kaum eine wirksame Abschreckung dar. Es ist gut, dass der Gesetzgeber mit den §§ 299a, 299b StGB umfassend gegen Korruption im Gesundheitswesen vorgehen möchte. Insbesondere ist zu befürworten, dass nicht nur akademische Heilberufe umfasst sind, sondern auch nichtakademische als Adressaten aufgeführt sind. Nur so ist es möglich, in allen Zweigen der Gesundheitsbranche dafür Sorge zu tragen, dass nicht finanzielle Interessen, sondern das Wohl der Patienten oberstes Gebot medizinischer Entscheidungen ist.

Dass es im Gesundheitsbereich nötig ist, staatlicherseits spezielle Vorschriften einzuführen, ist seit langem offensichtlich. Man betrachte nur die zahlreichen bestehenden und neuen Vorschriften für Heilberufe außerhalb des Strafrechts, z.B. die 2013 eingeführten §§ 630a ff. BGB, in denen der medizinische Behandlungsvertrag geregelt wird. Endlich begegnet der Gesetzgeber auch im Strafrecht den Besonderheiten. Positiv bei der Ausgestaltung der Normen ist, dass für deren Auslegung aufgrund der tatbestandlichen Parallelen vielfach auf den § 299 StGB zurückgegriffen werden kann.

Negativ ist der Wegfall des Tatbestandsmerkmals der *Abgabe* vor dem Hintergrund der *aut-idem*-Verschreibungen. Der Einfluss von Apothekern auf die Ausgabe von Medikamenten ist nicht zu unterschätzen. Ob die Abgabe tatsächlich vom Bezug umfasst ist, bleibt abzuwarten. Der Gesetzgeber hätte hier die Deutlichkeit des Gesetzesentwurfes beibehalten sollen.

Es hat sich gezeigt, dass Vorschriften wie der § 128 SGB V und die §§ 30 ff. MBO-Ä keine wirkliche Möglichkeit bieten, Korruption zu bekämpfen. Mit den neuen Strafnormen besteht nun die Möglichkeit, dass Staatsanwaltschaften ermitteln können und Verstöße zur Anklage gebracht werden. Dieses abschreckende Instrument fehlt den Kammern. Dies ist ein weiterer, sehr zu begrüßender Aspekt der §§ 299a, 299b StGB.

Schlussendlich ist das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen trotz einzelner Kritikpunkte ein guter Schritt, um korrupten Handlungen insbesondere von Pharmaunternehmen und Angehörigen der Heilberufe entgegenzuwirken. Maßnahmen waren seit langem überfällig.

85 Zustimmend auch *Brettel/Duttge/Schuhr* (Fn. 34), JZ 2015, 929 (935).

86 So z.B. in § 7 Abs. 3 MBO-Ä.

87 So auch *Ramb*, Healthcare Compliance: Aktuelle Entwicklungen und globale Trends, CCZ 2015, 262 (263 f.); *Kubiciel* (Fn. 27), MedR 2016, 1 (4).