



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz

Wortprotokoll der 77. Sitzung

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Berlin, den 2. Dezember 2015, 15:04 Uhr

Berlin, Marie-Elisabeth-Lüders-Haus, Raum 3.101
(Anhörungsraum)

Vorsitz: Renate Künast, MdB

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Tagesordnungspunkt 1

Seite 12

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen

BT-Drucksache 18/6446

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Innenausschuss

Ausschuss für Gesundheit

Gutachtlich:

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

Berichterstatter/in:

Abg. Dr. Jan-Marco Luczak [CDU/CSU]

Abg. Dr. Johannes Fechner [SPD]

Abg. Dirk Wiese [SPD]

Abg. Halina Wawzyniak [DIE LINKE.]

Abg. Hans-Christian Ströbele [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



- b) Antrag der Abgeordneten Kathrin Vogler, Sabine Zimmermann (Zwickau), Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Korruption im Gesundheitswesen effektiv bekämpfen

BT-Drucksache 18/5452

Federführend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Mitberatend:

Ausschuss für Gesundheit

Berichterstatter/in:

Abg. Dr. Jan-Marco Luczak [CDU/CSU]

Abg. Dr. Johannes Fechner [SPD]

Abg. Dirk Wiese [SPD]

Abg. Halina Wawzyniak [DIE LINKE.]

Abg. Hans-Christian Ströbele [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN]



Anwesenheitslisten	Seite 4
Anwesenheitsliste Sachverständige	Seite 9
Sprechregister Abgeordnete	Seite 10
Sprechregister Sachverständige	Seite 11
Zusammenstellung der Stellungnahmen	Seite 38



**Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
(6. Ausschuss)
Mittwoch, 2. Dezember 2015, 15:00 Uhr**

Anwesenheitsliste

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

<u>Ordentliche Mitglieder</u>	<u>Unterschrift</u>	<u>Stellvertretende Mitglieder</u>	<u>Unterschrift</u>
CDU/CSU		CDU/CSU	
Brandt, Helmut	_____	Bosbach, Wolfgang	_____
Grindel, Reinhard	_____	Fabritius Dr., Bernd	_____
Harbarth Dr., Stephan	_____	Frieser, Michael	_____
Heck Dr., Stefan	_____	Gutting, Olav	_____
Heil, Mechthild	_____	Hennrich, Michael	_____
Hirte Dr., Heribert	_____	Heveling, Ansgar	_____
Hoffmann, Alexander	_____	Jörrißen, Sylvia	<i>Jörrißen</i>
Hoppenstedt Dr., Hendrik	_____	Jung Dr., Franz Josef	_____
Launert Dr., Silke	_____	Lach, Günter	_____
Luczak Dr., Jan-Marco	<i>Jan-Marco Luczak</i>	Lerchenfeld, Philipp Graf	_____
Monstadt, Dietrich	_____	Maag, Karin	_____
Seif, Detlef	_____	Noll, Michaela	_____
Sensburg Dr., Patrick	_____	Schipanski, Tankred	_____
Steineke, Sebastian	_____	Schnieder, Patrick	_____
Sütterlin-Waack Dr., Sabine	<i>S. Sütterlin-Waack</i>	Stritzl, Thomas	_____
Ullrich Dr., Volker	_____	Strobl (Heilbronn), Thomas	_____
Wanderwitz, Marco	_____	Weisgerber Dr., Anja	_____
Wellenreuther, Ingo	_____	Woltmann, Barbara	_____
Winkelmeier-Becker, Elisabeth	<i>Elisabeth Winkelmeier-Becker</i>		
HENKE, RUDOLF	<i>Rudolf Henke</i>		
Dingeldey, Alexander	<i>Alexander Dingeldey</i>		

Stand: 26. November 2015

Referat ZT 4-Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339






Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss)

Mittwoch, 2. Dezember 2015, 15:00 Uhr

Anwesenheitsliste

gemäß § 14 Abs. 1 des Abgeordnetengesetzes

Ordentliche Mitglieder	Unterschrift	Stellvertretende Mitglieder	Unterschrift
SPD		SPD	
Barley Dr., Katarina	_____	Binding (Heidelberg), Lothar	_____
Bartke Dr., Matthias	_____	Crone, Petra	_____
Brunner Dr., Karl-Heinz	_____	Hartmann (Wackernheim), Michael	_____
Drobinski-Weiß, Elvira	_____	Högl Dr., Eva	_____
Fechner Dr., Johannes		Lischka, Burkhard	_____
Flisek, Christian	_____	Miersch Dr., Matthias	_____
Franke Dr., Edgar	_____	Müller, Bettina	_____
Hakverdi, Metin	_____	Müntefering, Michelle	_____
Jantz, Christina	_____	Özdemir (Duisburg), Mahmut	_____
Rode-Bosse, Petra	_____	Schieder, Marianne	_____
Rohde, Dennis	_____	Steffen, Sonja	_____
Wiese, Dirk	_____	Vogt, Ute	_____
<i>Külin-Merz für Külin</i>			
DIE LINKE.		DIE LINKE.	
Lay, Caren	_____	Binder, Karin	_____
Petzold (Havelland), Harald	_____	Jelpke, Ulla	_____
Wawzyniak, Halina	_____	Pitterle, Richard	_____
Wunderlich, Jörn		Renner, Martina	_____
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN		BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	
Keul, Katja	_____	Beck (Köln), Volker	_____
Künast, Renate		Kühn (Tübingen), Christian	_____
Maisch, Nicole	_____	Mihaljic, Irene	_____
Ströbele, Hans-Christian		Notz Dr., Konstantin von	_____

Stand: 26. November 2015

Referat ZT 4-Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz

(6. Ausschuss)

Mittwoch, 2. Dezember 2015, 15:00 Uhr

	Fraktionsvorsitz	Vertreter
CDU/CSU	_____	_____
SPD	_____	_____
DIE LINKE.	_____	_____
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN	_____	_____

Fraktionsmitarbeiter

Name (Bitte in Druckschrift)	Fraktion	Unterschrift
Florian Schucke	LINKE	F. Schucke
Dan Kühnau	CDU/CSU	Dan Kühnau
Blum H	SPD	H. Blum
Kunze, Vika	CDU/CSU	V. Kunze
Köhler, Gabi	CDU/CSU	G. Köhler
H. Lang, Manfred	CDU/CSU	M. Lang
Böckel, Jule	CDU/CSU	J. Böckel
Keller, Ina	B90/Die Grünen	I. Keller
Brauninger		

Stand: 23. Februar 2015
Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



Tagungsbüro

Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
(6. Ausschuss)
Mittwoch, 2. Dezember 2015, 15:00 Uhr

Seite 3

Bundesrat

Land	Name (bitte in Druckschrift)	Unterschrift	Amts- bezeichnung
Baden-Württemberg			
Bayern	Rottner		ORR
Berlin			
Brandenburg			
Bremen			
Hamburg			
Hessen	Steinbach		PD
Mecklenburg-Vorpommern			
Niedersachsen			
Nordrhein-Westfalen			
Rheinland-Pfalz			
Saarland			
Sachsen			
Sachsen-Anhalt			
Schleswig-Holstein			
Thüringen			

Stand: 23. Februar 2015

Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339



Tagungsbüro


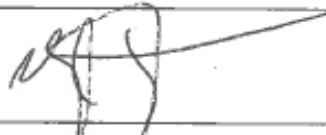
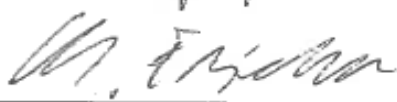


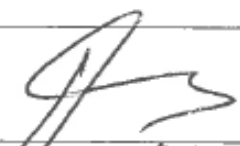
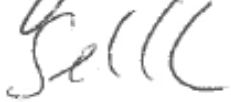
Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
(6. Ausschuss)
Mittwoch, 2. Dezember 2015, 15:00 Uhr

Seite 4

Ministerium bzw. Dienststelle (bitte in Druckschrift)	Name (bitte in Druckschrift)	Unterschrift	Amtsbezeichnung
BMJV	BUSCH		RL II A 4
BMIV	HERROLDANN		Ref. I A 4
BATIV	NIEMZ		Ref. II A 9
BATIV	LANGÉ		FST
RAJV	Küppers		120
BMG	HAMMES		RL II A 4
BmjV	Brink		RL IV C 4

Stand: 23. Februar 2015
Referat ZT 4 – Zentrale Assistenzdienste, Luisenstr. 32-34, Telefon: +49 30 227-32659, Fax: +49 30 227-36339

Anwesenheitsliste der Sachverständigenzur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
am Mittwoch, 2. Dezember 2015, 15.00 Uhr

Name	Unterschrift
Dr. Uwe Broch Verband Forschender Arzneimittelhersteller e. V. (vfa), Berlin, Leiter Justizariat, Rechtsanwalt	
Dr. Morton Douglas Rechtsanwalt, Freiburg	
Dr. med. Christiane Fischer Ärztin, Hamm	
Prof. Dr. Michael Kubiciel Universität zu Köln, Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafrechtstheorie und Strafrechtsvergleichung	
Dr. Stephan Meseke, LL.M. Leiter der Stelle zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen, GKV-Spitzenverband, Berlin	
Prof. Dr. med. Frank Ulrich Montgomery Präsident der Bundesärztekammer, Berlin	
Dr. Peter Schneiderhan Deutscher Richterbund e. V. (DRB), Berlin, Oberstaatsanwalt in Stuttgart	



Sprechregister Abgeordnete

	Seite
Rudolf Henke (CDU/CSU)	21, 31
Dr. Johannes Fechner (SPD)	20
Dr. Edgar Franke (SPD)	20
Maria Klein-Schmeink (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	20, 30
Vorsitzende Renate Künast (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN)	12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37
Dr. Jan-Marco Luczak (CDU/CSU)	21, 29
Dietrich Monstadt (CDU/CSU)	20, 31
Kathrin Vogler (DIE LINKE.)	29
Harald Weinberg (DIE LINKE.)	20, 31
Elisabeth Winkelmeier-Becker	21
Dirk Wiese (SPD)	21, 30



Sprechregister Sachverständige

	Seite
Dr. Uwe Broch Verband Forschender Arzneimittelhersteller e. V. (vfa), Berlin, Leiter Justizariat, Rechtsanwalt	12, 28, 32
Dr. Morton Douglas Rechtsanwalt, Freiburg im Breisgau	13, 27, 32
Dr. med. Christiane Fischer Ärztin, Hamm	14, 26, 32,
Prof. Dr. Michael Kubiciel Universität zu Köln, Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafrechtstheorie und Strafrechtsvergleichung	15, 25, 33
Dr. Stephan Meseke, LL.M. Leiter der Stelle zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen, GKV-Spitzenverband, Berlin	17, 24, 34
Prof. Dr. med. Frank Ulrich Montgomery Präsident der Bundesärztekammer, Berlin	18, 23, 24, 35
Dr. Peter Schneiderhan Deutscher Richterbund e. V. (DRB), Berlin, Oberstaatsanwalt in Stuttgart	19, 22, 37



Die Vorsitzende **Renate Künast**: Einen schönen guten Tag, liebe Kolleginnen und Kollegen aus dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz und aus den mitberatenden Ausschüssen - der Ausschuss für Gesundheit ist zum Beispiel vertreten - und ich begrüße natürlich die sieben Sachverständigen sowie die Vertreterinnen und Vertreter der Bundesregierung. Die Gäste auf der Tribüne begrüße ich auch. Wir haben den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vorliegen, verbunden mit einem Antrag der Fraktion DIE LINKE. zum selben Thema. Es ist im Augenblick ja Rechtslage, dass Korruption im Gesundheitswesen mit strafrechtlichen Mitteln kaum beizukommen ist. Das liegt daran, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung niedergelassene Ärzte weder Amtsträger noch Beauftragte der Krankenkassen sind. Es ist also so, dass das, was wir gesellschaftlich und politisch als Korruption empfinden, tatbestandsmäßig ins Leere läuft. Der vorliegende Gesetzentwurf will die Strafbarkeitslücken schließen und Regelungen der Bestechung und Bestechlichkeit einführen. Soweit ich sehe, wird das allgemein begrüßt. Zugleich gibt es aber viele Fragen und Bedenken oder Verbesserungsvorschläge im Detail, die wir ernst nehmen wollen, weil es auch um die Frage des Vertrauens in die medizinische Versorgung geht, also um das Wohl der Patientinnen und Patienten, und natürlich um die Frage, wie wir mit dem sauer verdienten Geld umgehen, um es gezielt einzusetzen und wie wir Strukturen schaffen, die Freiheit von Korruption sicherstellen und so Marktteilnehmer schützen. Wir reden hier über unsere schärfste Waffe, das Strafrecht, das wohlüberlegt und gezielt eingesetzt werden muss. Deshalb sitzen wir heute zusammen und holen uns von den sieben Sachverständigen Rat und Sachverstand. Ich will kurz noch das Verfahren, das wir im Ausschuss haben, vorstellen. Wir geben allen Sachverständigen die Gelegenheit zu einem Eingangsstatement von fünf Minuten, um ihre wesentlichen Gedanken hier vorzutragen. Die Uhr über Ihnen fängt an zu zählen, wenn Sie anfangen zu reden und zählt von fünf Minuten runter. Von daher die Bitte, nicht zu lange zu überziehen. Wir machen das so, dass wir alphabetisch mit Herrn Broch beginnen. Der letzte ist dann Herr Schneiderhan. In der Antwortrunde

später wird es umgekehrt sein. Alle Abgeordneten, auch die der mitberatenden Ausschüsse, können nach der Runde zwei Fragen stellen – egal, ob sie die an eine bzw. einen Sachverständigen oder an zwei stellen. Wir haben hier die Angewohnheit, nicht große politische Statements abzugeben, sondern recht schnell zur Frage zu kommen. Dann folgt Ihre Antwortrunde, wobei es kein Zeitlimit gibt, weil natürlich die Zeit auch von der Fragestellung abhängt. Wir sind trotzdem dankbar für präzise Antworten. Wir machen bei Bedarf eine zweite Fragerunde, aber insgesamt nicht länger als 17.30 Uhr. Wenn wir ein paar Minuten früher fertig sind, ist auch keiner traurig. Jetzt bleibt mir noch zu sagen: Das ist eine öffentliche Anhörung. Es wird eine Tonaufzeichnung gemacht, ein Wortprotokoll angefertigt, aber Ton- und Bildaufnahmen von der Tribüne sind nicht gestattet. Das war das Vorspiel. Jetzt hat Herr Dr. Uwe Broch vom Verband Forschender Arzneimittelhersteller das Wort. Bitte.

SV Dr. Uwe Broch: Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrter Herr Staatssekretär, sehr geehrte Damen und Herren, zunächst möchte ich mich ganz herzlich für die Einladung und für die Gelegenheit bedanken, heute hier zu sein und Ihnen die Sicht der Forschenden Arzneimittelhersteller zum Gesetzentwurf vorstellen zu können. Da die Zeit begrenzt ist, möchte ich mich gerne auf verschiedene Punkte konzentrieren und im Übrigen auf unsere schriftliche Stellungnahme verweisen. Die Bekämpfung von Korruption ist in allen Bereichen der Gesellschaft wichtig. Das gilt selbstverständlich auch für das Gesundheitswesen, denn das Vertrauen des Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen ist ebenso essentiell wie der faire Wettbewerb. Die pharmazeutische Industrie, für die ich heute spreche, hat daher bereits vor Jahren den Weg der Selbstregulierung gewählt und mit strengen Kodexregelungen genau hier angesetzt. Im Hinblick auf den Gesetzentwurf begrüßen wir das erklärte Ziel, die vom Bundesgerichtshof aufgezeigte Regelungslücke nun schließen zu wollen, um für alle Akteure im Gesundheitsbereich einheitliche Standards zu schaffen. Das ist im Übrigen auch etwas, was wir bzw. unsere Mitgliedsunternehmen kennen, da unsere Kodizes seit jeher nicht zwischen Arztgruppen unterscheiden. Auch die weitgehende Anlehnung



der neuen §§ 299 a und b Strafgesetzbuch (StGB) an den bestehenden § 299 StGB erscheint uns sinnvoll, denn so kann auf bewährte Auslegungsstandards zurückgegriffen werden. In diesem Zusammenhang möchte ich gerne zum Beschlussantrag der Fraktion DIE LINKE. kurz eine Anmerkung machen. Aus unserer Sicht lehnt sich der Gesetzentwurf mit den neuen Tatbeständen systematisch recht stringent an den § 299 StGB an, auch hinsichtlich des Abstellens auf Bestechlichkeit und Bestechung statt auf Vorteilsgewährung. Insgesamt ist die Intention des Gesetzentwurfs, legitime Kooperationsformen nicht beeinträchtigen zu wollen, zu begrüßen. Bei der zweiten Tatbestandsalternative, der Verletzung der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit, sehen wir aber weiterhin Probleme hinsichtlich der Bestimmtheit und der Rechtsanwendung. So ist das rechtssystematische Verhältnis der ersten Tatbestandsalternative – also unlautere Bevorzugung im Wettbewerb – zur zweiten Tatbestandsalternative – Pflichtverletzung – unklar. Der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass die zweite Tatbestandsalternative nur in zwei eng begrenzten Sachverhaltskonstellationen zur Anwendung kommen soll: Wir haben kein Wettbewerbsverhältnis oder eine Verordnung kontra medizinische Indikation. Dem gegenüber ließe sich der Gesetzeswortlaut durchaus auch so verstehen, dass es sich bei den beiden Tatbestandsalternativen um zwei selbstständige, nebeneinander stehende Tatbestandsalternativen handelt. Insofern stellt sich die Frage, was am Ende des Tages für Staatsanwaltschaften und Gerichte gelten wird. Werden Staatsanwaltschaften, wenn sich der Nachweis eines Anfangsverdachts bei der ersten Tatbestandsalternative als schwierig erweist, auf die zweite Tatbestandsalternative ausweichen, auch wenn das im Gesetzentwurf unter Umständen gar nicht so intendiert ist? Ich denke, das ist auch der Ansatzpunkt für die in der Diskussion vielfach geäußerte Befürchtung der schwer greifbaren Verfolgungswahrscheinlichkeit. Daneben haben wir weiterhin Bedenken im Hinblick auf das Verfassungsrecht, insbesondere das Bestimmtheitsgebot. Denn auch wenn der Gesetzentwurf erfreulicherweise bei der zweiten Tatbestandsalternative gegenüber dem Referentenentwurf

Konkretisierungen enthält, bestehen doch die Kritikpunkte an der Koppelung des Strafrechts an das Berufsrecht fort. Denn für den Rechtsanwender ist es nach wie vor sehr schwierig, den Normenkatalog zu überblicken, der sich ja auch in Kammergesetzen der Länder, in Landesberufsordnungen bis hin zu Auslegungsvarianten und berufsrechtlich intendierten Gerichtsentscheidungen niederschlagen kann. Im Übrigen kann man sich vorstellen, dass wir die Situation eines Flickenteppichs heterogener berufsrechtlicher Normen haben, da das Berufsrecht Ländersache ist und sich divergierend entwickeln kann. Das heißt, es könnte die Situation entstehen, dass, was in einem Kammerbezirk erlaubt ist, in einem anderen Kammerbezirk verboten ist und dann auch zu einer Strafbarkeit führen könnte. Die Koppelung des Strafrechts an das Berufsrecht ist aus unserer Sicht verfassungsrechtlich problematisch, weil hier Normadressaten zu Normgebern qualifiziert werden, was aus unserer Sicht nicht dem Normgebungsprogramm eines formalen Gesetzes entspricht. Die Gesetzesbegründung trägt sicherlich an vielen Stellen zum Verständnis bei, auch wenn an manchen Stellen ein weiteres klarstellendes Wort sinnvoll wäre. So etwa bei Ausführungen zur Bonusgewährung auf sozialrechtlicher Grundlage, wo etwas deutlicher stehen könnte, dass gegen gesetzliche Vorgaben verstoßende Incentivierungen nicht per se freigestellt sind. Die Gesetzesbegründung löst aber aus unserer Sicht keinesfalls die Probleme, die die zweite Tatbestandsalternative aufwirft. Insofern haben wir uns auch dafür ausgesprochen, die zweite Tatbestandsalternative in Absatz 1 der beiden Normen, - wenn es um Abgabe und Verordnung geht - zu streichen und in Absatz 2 - wenn es um die Bezugsentscheidung geht - einen präziseren Maßstab zu finden. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende:** Danke sehr, Herr Broch. Dann hat Herr Dr. Douglas das Wort.

SV Dr. Morton Douglas: Vielen Dank, sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrter Herr Staatssekretär, sehr geehrte Damen und Herren, vielen Dank, dass ich die Gelegenheit habe, hier ein paar Überlegungen aus der täglichen Praxis der Beratung von Heilberuflern einfließen zu lassen, die sich schon seit geraumer Zeit mit dem Gesetzentwurf und seinen möglichen Folgen



auseinandersetzen. Vorweg eine Anmerkung, die mir wichtig erscheint, insbesondere unter Berücksichtigung der vielen Stellungnahmen, die im Vorfeld eingereicht wurden. Das Gesetz wurde ursprünglich initiiert, weil man bestimmte Kooperationsformen, insbesondere im Zusammenhang mit Ärzten, als kritisch eingestuft hat. In einem zweiten Schritt wurde dann der mögliche Täterkreis derjenigen, die einen Vorteil empfangen, ausgedehnt. Das macht Sinn und ist berechtigt. Aber wir dürfen bei dieser Diskussion nicht vergessen, dass jetzt zum Beispiel mit Apothekern eingetragene Kaufleute und auch eine Reihe anderer Heilberufe in den Täterkreis fallen, die eigentlich mehr oder weniger „normale“ Gewerbetreibende sind und sich als solche im Wettbewerb positionieren können bzw. müssen. 2004 hat man durch ein umfangreiches Paket von Liberalisierungsmaßnahmen bei der Versorgung mit Arzneimitteln nicht zuletzt auch diesen Wettbewerb fördern wollen. Wenn jetzt eine Vielzahl von Kooperationsformen plötzlich unter dem Risiko einer strafrechtlichen Behandlung steht, wird dies wieder ausgehebelt. Vor diesem Hintergrund ist eine Ausweitung des Tatbestands in Anlehnung an § 331 StGB, wie er im Antrag der Fraktion DIE LINKE. vorgesehen ist, in der Praxis aus meiner Sicht nicht handhabbar. Es würde dazu führen, dass vielfach auch im Interesse der Patienten bestehende Kooperationen zwischen Leistungserbringern nicht mehr durchgeführt werden könnten, weil man stets Angst hätte, mit einem Bein im Gefängnis zu stehen. Das Gesetz kann nur so gut sein wie die Möglichkeit seiner Anwendung. Über wen bekommt man denn die Informationen, die man benötigt, um tatsächlich bestehende unrechtmäßige Vereinbarungen aufzudecken? Hier ist an Arbeitnehmer und insbesondere auch an Patienten zu denken. Ein Patient, der zurecht das Gefühl hat, dass eine unrechtmäßige Vereinbarung besteht und er gegebenenfalls dadurch in seinen Rechten verletzt wird, hat aber natürlich immer auch seine eigenen Gesundheit und seine Behandlung durch den Arzt oder die Beratung durch den Apotheker im Blick. Hier wird man an flankierende Maßnahmen denken müssen, die sicherstellen, dass Patienten die Möglichkeit haben, ihre Verdachtsmomente in einer Art und Weise zu kommunizieren, dass sie nicht befürchten müssen, dass ihre Behandlung

danach darunter leidet. Damit einher geht ein weiterer Punkt, die Frage des Strafantrags. Die jetzige Ausgestaltung der Norm als Antragsdelikt wird in der Praxis eine Vielzahl von Schwierigkeiten hervorrufen. Ich denke, aufgrund der Bedeutung des Schutzziels, das mit dem Gesetz verfolgt wird, sollte man hierauf verzichten und die Norm als Officialdelikt ausgestalten. Das ist dann aber auch das Korrelat dazu, dass man auf eine Unrechtsvereinbarung nicht verzichten kann. Darüber hinaus darf die Diskussion über die Nummer 2 und insbesondere die Bedeutung der Berufsordnung nicht unterschätzt werden. Es wurde im Vorfeld geäußert, man müsse sich gegebenenfalls damit abfinden, dass in unterschiedlichen Gebieten unterschiedliche Standards gelten. Da viele der Anbieter, die jetzt in den Straftatbestand mit einbezogen sind, bundesweit tätig sind – als Beispiel können hier Versandapotheken genannt werden – würde dies letztendlich dazu führen, dass sie sich dort ansiedeln, wo die niedrigsten Standards sind. Ich glaube nicht, dass hiermit etwas gewonnen ist. Zudem ist zu befürchten, dass die Kammern, die nach meiner Einschätzung mit dieser Art der Rechtsetzung überfordert sind, sich letztendlich daraus zurückziehen. Das kann auch nicht von Interesse sein. Daher sehe ich keinen Mehrwert bei der Nummer 2, sondern eher Risiken. Ich denke, das ist für die Einleitung genug, und bedanke mich recht herzlich für Ihre Aufmerksamkeit.

Die **Vorsitzende**: Danke Herr Douglas. Dann hat Frau Dr. Christiane Fischer das Wort.

SVe **Dr. Christiane Fischer**: Von mir herzlichen Dank für die Einladung. Auch ich verweise auf meine Stellungnahme und bedanke mich bei Ihnen, Frau Vorsitzende, bei dem Herrn Staatssekretär und bei Ihnen, sehr geehrte Damen und Herren, fürs Kommen. Wir sehen durchaus positive Aspekte und betrachtenden Gesetzesentwurf als einen Schritt in die richtige Richtung. Es ist keine Lex specialis für Ärzte entstanden, wie befürchtet wurde, sondern ein Strafgesetz für alle Heilberufe. Das ist durch die große soziale und ökonomische Bedeutung des Gesundheitswesens gerechtfertigt. Für meine Begriffe grenzt das Gesetz gewünschte und unerwünschte – und damit strafbare – Kooperation sehr klar voneinander ab. Es entsteht kein Generalverdacht.



Wir sehen die Gesetzesinitiative als eine vertrauensfördernde Maßnahme zum Schutz des Patientinnen- und Patientenwohls. Wir bewerten diesen Entwurf als qualitätssteigernd, da korruptive Verhaltensweisen sich negativ auf die Qualität der medizinischen Versorgung auswirken. Je mehr dies eingedämmt wird, desto qualitätssteigernder wirkt sich das aus. Auch wir sehen ein Offizialdelikt durchaus als wünschenswert an; unser Hauptkritikpunkt ist aber, dass Vorteilsnahme und Vorteilsgewährung außen vor bleiben. Ich möchte Ihnen aus ärztlicher Sicht erläutern, warum. Der Gesetzentwurf beschränkt sich auf Bestechung und Bestechlichkeit, das heißt, es ist eine pflichtwidrige Gegenleistung, eine Unrechtsvereinbarung erforderlich. Es muss Geld fließen oder eine immaterielle Vergünstigung geben. Doch in der Medizin, in der ärztlichen Praxis - und ich denke, ich spreche für alle Heilberufe - sind Vorteilsnahme und Vorteilsgewährung die wesentlich häufigeren Probleme. Ärzte und Ärztinnen werden in der Regel weniger direkt durch Geld oder geldwerte Leistungen mit einer Unrechtsvereinbarung bestochen. Dies kommt bei Zuweisung gegen Entgelt oder bei Pharmavertretern, die in Praxen kommen, vor. Eher werden sie durch Vorteile überzeugt, bekommen – als Teilnehmende, nicht als Referenten – die Fahrtkosten zu Kongressen finanziert, die Hotelkosten werden übernommen. Durch gesponserte Kongresse werden sie überzeugt. Und überzeugte Ärztinnen und Ärzte werden das Produkt besser verkaufen. Sie halten den Produkten länger die Treue als „klassisch“ Bestochene. Wir denken, dass eine pflichtwidrige Gegenleistung nicht die Voraussetzung für das Gesetz sein sollte. Es obliegt Ihnen, wie Sie Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung in das Gesetz einbauen. Aber es muss rein. So bleibt vieles in der rechtlichen Grauzone, zum Beispiel bei Kongresseinladungen. Das Annehmen eines Vorteils ist ja nicht ausreichend, solange keine explizite und pflichtwidrige Vereinbarung erfolgt, solange es keine Verknüpfung von Vorteilen und pflichtwidriger Gegenleistung gibt. Das sehen wir als das Hauptproblem des Gesetzentwurfs. Es gibt keine oder nur wenig Handhabe gegen potenziell korruptive Beziehungen zwischen Ärzten und anderen Heilberufen und der Industrie, denn sie werden in der Regel als wissenschaftliche Dienstleistung getarnt, zum Beispiel durch

Referententätigkeit auf Kongressen - wo teilweise Honorare im vierstelligen Bereich fließen -, durch *advisory boards* oder durch Anwendungsbeobachtungen. Hier möchte ich auf die sehr gute Studie von *Transparency International* verweisen, in der sämtliche Anwendungsbeobachtungen zwischen 2008 und 2011 untersucht wurden. Durch eine Untersuchung der Universität Halle wurde festgestellt, dass 60 bis 77 Prozent der Befragten, das waren 50 Pharmaunternehmen, diese Herangehensweise selbst als korruptiv ansehen. Das heißt, der Gesetzentwurf muss sich letztendlich daran messen lassen, ob er es schafft, diese potenziell korruptiven Handlungen zu verringern. Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung sind im öffentlichen Dienst strafbewehrt. So schaffen wir letztendlich ein Zweiklassen-Strafrecht: im öffentlichen Dienst verboten und unter § 299 StGB nicht. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr. Dann hat Herr Professor Dr. Kubiciel das Wort.

SV Prof. Dr. Michael Kubiciel: Vielen Dank. Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrter Herr Staatssekretär, sehr geehrte Mitglieder des Deutschen Bundestages, Sie sind im Begriff, eine europaweit einmalige Strafbarkeitslücke zu schließen. Das ist kriminalpolitisch zu begrüßen. Auch die Art und Weise, die der Regierungsentwurf vorschlägt, ist kriminalpolitisch angemessen und nach meinem Dafürhalten auch verfassungskonform. Änderungsbedarf besteht nur in der Formulierung des § 299 a Absatz 2 StGB, in die sich zwei größere und ein kleineres Redaktionsversehen eingeschlichen haben. Für Einzelheiten verweise ich auf meine schriftliche Stellungnahme. Ich möchte mich auf drei zentrale Punkte konzentrieren. Erstens – die Straftatbestände, die der Regierungsentwurf vorschlägt, schützen das Gesundheitswesen als Institution und in seiner Funktion, Leistungen im heilberuflichen Bereich zuzuweisen und auszutauschen. Das deutsche Gesundheitswesen ist hybrid strukturiert. Es ist teilweise wettbewerblich strukturiert, teils sehr stark reguliert, teils fehlt der Wettbewerb. Die Straftatbestände spiegeln dies geradezu in perfekter Weise wieder. Die Nr. 1 in den beiden Tatbeständen wendet sich gegen eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb. Die Nr. 2 greift



außerhalb von Wettbewerbslagen und pönalisiert den Tausch eines Vorteils gegen eine Pflichtverletzung. Diese Dualität der Tatbestände ist also nicht problematisch, sondern hat einen Grund, den ich geschildert habe, und bildet das Gesundheitswesen in angemessener Form ab. Auf den Anwendungsbereich der Nr. 2 werde ich gleich noch zurückkommen.

Zweiter Punkt – weil das Gesundheitswesen als Institution geschützt wird, das heißt, es also nicht primär um den Schutz von Vermögenswerten geht, ist auch der Adressatenkreis angemessen weit gefasst. Dass etwa ein Logopäde weniger verordnet und deswegen auch weniger große Schäden am Gesundheitssystem anrichten kann, ist vor dem Hintergrund dieses Regelwerks also irrelevant.

Dritter Punkt – die Straftatbestände entfalten ihren Schutz durch eine akzessorische Bezugnahme auf die Regeln des Gesundheitsrechts. Das ist im Strafgesetzbuch weit verstreut. Schon die Straftatbestände der fahrlässigen Körperverletzung oder Tötung sind akzessorisch ausgestaltet. Sie nehmen nämlich Bezug auf die nirgends kodifizierten Regeln der ärztlichen Heilkunde. Auch im Bestechungsbereich sind die Tatbestände – in verfassungsrechtlich zulässiger Weise – akzessorisch. Das hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Untreueentscheidung mit großer Klarheit zum Ausdruck gebracht. Gleichwohl werden zwei Aspekte gegen diese Tatbestände vorgebracht. Erstens – das haben wir heute auch schon gehört – soll es durch die Möglichkeit, dass akzessorisch auf die Regeln von Kammern und Verbänden Bezug genommen wird, zu lokalen Abweichungen kommen. Das, was einem Arzt in Hannover möglich ist, kann in Köln verboten sein. Das ist im Strafrecht weder etwas Besonderes, noch ist das verfassungswidrig. Ich verweise auf das Umweltstrafrecht, in dem verwaltungsrechtliche Pflichten durchgesetzt werden, die ganz unterschiedlichen Inhalt haben können. In einem Unternehmen kann in Ludwigshafen etwas verboten sein, das in Mannheim erlaubt ist. Das ist vom Verfassungsgericht damals ausjudiziert worden und verfassungsgemäß. Auch bei Bestechungsdelikten erleben wir so etwas. Einem Amtsträger in Behörde A kann ein Mittagessen als Verstoß gegen seine innerbehördlichen Pflichten verboten

sein, während es einem Beamten in Behörde B erlaubt ist. Auch da gibt es lokale Abweichungen. Das ist also nichts Ungewöhnliches und spricht nicht gegen diese Tatbestände.

Der zweite Punkt, der vorgebracht wird, ist, dass die Regeln ungenau seien. Auch das haben wir heute gehört. Tatsächlich ist die gewählte Formulierung des Gesetzes auslegungsbedürftig. Aber auch das ist möglich und weit verbreitet. Ich erinnere nur an den § 266 StGB, den Straftatbestand der Untreue, der in weiten Bereichen des Wirtschaftslebens auf eine Formulierung zurückverweist, die im Gesellschaftsrecht beispielsweise lautet: „die Sorgfalt eines ordentlichen und vernünftigen Geschäftsleiters“. Das ist hochgradig auslegungsbedürftig, und die Gesetzgebung und insbesondere die Rechtsprechung haben seit geraumer Zeit demonstriert, dass das einengend auslegbar ist. In solchen Fällen im Graubereich ist eben nur der evidente, klare und schwerwiegende Verstoß, eine unvertretbare Entscheidung, strafbar und strafwürdig. Diese Rechtssprechungslinie kann man ohne weiteres auf die Tatbestände, die vorgeschlagen worden sind, übertragen. Damit würde man einen strafwürdigen Kern in der Gesetzesauslegung abbilden können.

Letzter Punkt – es besteht bei den Verbänden und Kammern die Möglichkeit, die unklaren Regeln des Gesundheitsrechts zu präzisieren. Es ist geradezu ideal, dass diese Tatbestände den Ball auf das Feld des Gesundheitswesens und seiner Akteure zurückspielen, denn so haben die Verbände und Kammern die Möglichkeit, jene Selbstheilungskräfte zu demonstrieren, die sie im parlamentarischen Verfahren und vorher im politischen Diskurs beschworen haben.

Eine letzte persönliche Bemerkung – ich habe die Tatbestände relativ neutral bei zwei Veranstaltungen der Europäischen Kommission vorgestellt. Dort ist auf großes Interesse gestoßen, wie der deutsche Gesetzgeber sich anschiekt, das zu regeln. Unter anderem die Republik Frankreich sieht da einen Andockbedarf, das heißt also, die Tatbestände scheinen keine Notlösung für ein drängendes Problem zu sein, sondern sie scheinen nach innen, nach außen – nach meinem Dafürhalten – eine gewisse Strahlkraft zu entfalten. Vielen Dank.



Die **Vorsitzende**: Danke sehr. Dann hat jetzt Herr Dr. Meseke das Wort.

SV Dr. Stephan Meseke, LL.M.: Sehr geehrte Frau Vorsitzende, sehr geehrter Herr Staatssekretär, sehr geehrte Damen und Herren, auch ich möchte mich für die Einladung zur Abgabe einer Stellungnahme im Rahmen der heutigen Anhörung herzlich bedanken. Ich kann unmittelbar an die Schlussfolgerungen von Herrn Professor Kubiciel anknüpfen. Der Berichterstatter der SPD-Bundestagsfraktion, der Abgeordnete Dirk Wiese, hat in der ersten Lesung aus einer von unserem Verband angeregten kriminologischen Studie zitiert. Nach dieser Studie von Professor Busmann von der Universität Halle/Wittenberg gab jeder fünfte Befragte im Gesundheitswesen an, seine berufrechtlichen Pflichten zum Verbot der Zuweisung von Patienten gegen Entgelt entweder gar nicht zu kennen oder sich noch nie dafür interessiert zu haben. Gehandelt wird vielfach im Bewusstsein, dass wirksame Kontrollen und Sanktionen von Verstößen nicht zu befürchten sind. Auf die erschreckend große Unkenntnis einer der zweifellos zentralsten berufrechtlichen Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit reagiert die Bundesregierung deshalb zurecht mit einer neuen Sanktionsqualität – Korruptionsprävention. Und da schließe ich mich Herrn Professor Kubiciel an: die Korruptionsprävention wird damit in allen Bereichen unseres Gesundheitswesens zur Pflicht. Als Vertreter des Spitzenverbandes der gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen fiel mir natürlich auf, dass die Pflegeversicherung in dem Gesetzentwurf in der Begründung bislang mit keinem Wort erwähnt wird. Allein die Anzahl der Beschäftigten in der Pflege ist heute schon größer als in der deutschen Autoindustrie. Die fehlende Pflegeversicherung kann also nur ein Redaktionsversehen sein. Im Gegensatz zu den weiteren hier geladenen Sachverständigen habe ich mich in meiner Stellungnahme schwerpunktmäßig mit Artikel 3 beschäftigt. Es geht um die im Jahr 2004 eingeführten Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen. Der Gesetzentwurf dient der weiteren Stärkung dieser Stellen und geht deshalb in die richtige Richtung. Mit dem neuen § 197 a Absatz 6 wird einer der schwersten Geburtsfehler dieser Regelung behoben. Nach zwölf Jahren wird

endlich eine Rechtsgrundlage dafür geschaffen, dass die Berichte aller 157 Stellen zentral zusammengeführt werden können. Zukünftig wird es also nicht nur die bislang schon freiwilligen Kennzahlen des GKV-Spitzenverbandes geben, sondern endlich auch solche von den kassenärztlichen Bundesvereinigungen. Damit haben sich die hartnäckigen kleinen Anfragen der beiden Oppositionsparteien – und ich schaue hier ganz bewusst noch mal zu Frau Klein-Schmeink und auch zu Frau Vogler – zu diesem Thema wirklich bezahlt gemacht. Darüber hinaus werden erstmals auch Vorgaben zum Inhalt der Berichte gemacht. Es ist richtig, dass künftig nicht nur über teilweise wiedergutmachte Schäden berichtet wird, sondern auch über die erheblich höheren Schäden, die gerade nicht ersetzt werden können. Und schließlich betritt die Bundesregierung hier sogar Neuland. Es soll zukünftig auch der sogenannte verhinderte Schaden abgebildet werden, der durch Prüfungen nicht vermieden werden konnte. Meine ersten Rückfragen bei Strafrechtsprofessoren und auch im Referat „Kriminalstatistik, kriminologische Analysen und Dunkelfeldforschung“ beim Bundeskriminalamt haben dazu aber eher Fragen aufgeworfen als Antworten gegeben. Dabei wäre der offensichtlich bezweckte Perspektivwechsel zweifellos eine Chance, erstmals auch die kriminalpräventiven Effekte dieser Stellen konkreter abbilden zu können. In der Begründung sollte daher unbedingt noch angedeutet werden, welche belastbaren Berechnungsmodelle die Bundesregierung hier gegebenenfalls im Auge hat. Schließlich habe ich auf weitergehenden gesetzlichen Änderungsbedarf hingewiesen und auch einige Formulierungsvorschläge unterbreitet. Ich finde, wer Kritik übt, der muss immer auch zeigen, wie man es besser machen kann. Da spielt zum einen der Datenschutz eine ganz entscheidende Rolle. Das sage ich auch gerade mit Blick auf die Ärztekammern und auf das, was an Zusammenarbeit hier in Kürze anstehen wird. Darüber hinaus wäre es aber auch außerordentlich wichtig, dass zukünftig nicht erst bei den Wirtschaftsstrafkammern der Landgerichte Spezialwissen im Gesundheitswesen aufgebaut wird. Die ersten Ermittlungen führen zukünftig Staatsanwälte, die deshalb erst recht über Spezialwissen im Gesundheitswesen verfügen müssen. Das ist Ländersache. Ich denke



aber, dass der Bundestag hier auch ein wichtiges rechtspolitisches Signal geben könnte. Auch dazu finden Sie einen konkreten Vorschlag. Ich komme dann zum Schluss. Der vorliegende Gesetzesentwurf der Bundesregierung ist ein großer Wurf mit kleinen Schwächen. So lautet auch der Titel des neuen Aufsatzes eines Hamburger Rechtsanwalts, der das heutige Gesetzgebungsverfahren vor zehn Jahren angestoßen hat. Seinem Fazit kann ich mich insbesondere auch zu Artikel 3 anschließen. Ich wünsche Ihnen für die bevorstehenden Beratungen und vor allen Dingen für Ihre abschließenden Empfehlungen eine glückliche Hand. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr. Dann hat jetzt Herr Professor Dr. Montgomery das Wort.

SV Prof. Dr. Frank Ulrich Montgomery: Verehrte Frau Vorsitzende, lieber Herr Staatssekretär, vielen Dank. Wir haben eine schriftliche Stellungnahme abgegeben. Ich kann mich deswegen kurz fassen. Die Ärztekammern begrüßen die Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, und wir folgen dem Bundesgerichtshof in der Vorstellung, dass es hier eine Strafbarkeitslücke gibt. Es ist also kein Grundsatzwiderspruch in diesem Gesetz, dennoch – Ihrer Einschätzung als „großer Wurf“ kann ich nicht ganz folgen, aber den kleinen Fehlern, die es noch zu verbessern gibt, kann ich uneingeschränkt zustimmen. Ich würde mich gerne auf drei Punkte beschränken. Das erste ist das schon mehrfach angesprochene Tatbestandsmerkmal „Verletzung der berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“. Wir sind froh, dass aus dem Referentenentwurf die Formulierung „in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze“ weggenommen worden ist, weil die hoch problematisch gewesen wäre. Aber auch die jetzt gefundene Formulierung ist problematisch. Es fehlt an einer konkreten Beschreibung des Tatbestandsmerkmals. Wir sehen hier den Bestimmtheitsgrundsatz des Artikel 103 Absatz 2 des Grundgesetzes verletzt, weil mit dieser Beschreibung kein Arzt etwas anfangen kann. Wir brauchen – wir haben das mal plastisch gesagt – so etwas wie einen Leporello für die Kitteltasche, damit ein Arzt weiß, was er darf und was nicht. Sie werden mir jetzt die ehrenvolle Aufgabe zuweisen, den aus der Sicht der Ärztekammer zu

entwickeln. Aber noch schöner wäre es, Sie hätten den schon im Gesetz. Diese Formulierung ist mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Artikel 103 nicht in Einklang zu bringen. Wir haben auch Probleme mit den adressierten Berufsgruppen. Es wird hier auf die Pflichten und die berufsrechtliche Unabhängigkeit abgezielt. Dabei gibt es Berufe, die haben überhaupt kein qualifiziertes Berufsrecht. Es gibt die föderalen Probleme der Berufsrechtsfindung. Ich bin als Vertreter einer Bundesorganisation und gleichzeitig einer Landesorganisation natürlich ein glühender Befürworter des Föderalismus, insbesondere wenn es um die Formulierung von Berufsrecht und ähnlichem geht. Aber ich glaube, wir führen hier unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes des Grundgesetzes die Menschen in ein ganz gefährliches Gebiet, wenn wir in einzelnen Kammern, in einzelnen Berufen unterschiedliche berufsrechtliche Regelungen haben, die nicht in Übereinstimmung zu bringen sind. Und anders als der Sachverständige Kubiciel sehe ich auch kein Problem darin, dass es im Strafrecht, zum Beispiel im Umweltstrafrecht, anders geregelt sein mag, weil die Umwelt stellt sich in Nordrhein-Westfalen auch anders dar als im Bayerischen Wald, aber die Korruption nicht. Deswegen kann das kein Grund sein, nicht zu fordern, dass wir hier aus Gleichheitsgrundsätzen dringend eine andere Formulierung brauchen. Durch diese Tatbestandsgestaltung wird ja de facto ein Sonderstrafrecht für einige Berufsgruppen geschaffen, nämlich für diejenigen, für die eine berufsrechtliche Pflicht überhaupt existiert. Das ist nur für einige Berufsgruppen der Fall: bei den akademischen Heilberufen. Bei den anderen gibt es so etwas gar nicht. Dann möchte ich noch auf einen zweiten Punkt eingehen. Das ist die Abgrenzung gegenüber von dem SGB V gewollten Kooperationsbeständen. Ich erinnere Sie an die unsinnige Behandlung des § 115a SGB V – „vor- und nachstationäre Behandlung“ -, bei dem es lange Zeit Definitionsprobleme gab, ob Kooperationsverträge zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Ärzten abgeschlossen werden dürfen. Das musste durch gesetzgeberische Maßnahmen gelöst werden. Auch hier fehlt uns in dem Gesetz ein klarer Hinweis auf die nach dem SGB V berufsrechtlich nicht nur gewollten, sondern sogar angestrebten Kooperationen. Und



schließlich die unangemessene Strafverschärfung nach 300 StGB-E. Wenn Sie das verwirklichen, meine Damen und Herren, ist jede Gemeinschaftspraxis mit mehr als drei Ärzten eine Bande. Wenn Sie die Gewerbsmäßigkeit und die Vorteile großen Ausmaßes so anlegen, wie sie dort angelegt sind, laufen Sie Gefahr, einen großen Teil der Ärzte zu kriminalisieren. Deswegen haben wir auch den Vorschlag gemacht, diesen zweiten Punkt in § 299a einfach zu streichen, oder unter den Vorbehalt zu stellen, dass man ihn erst einmal streicht und drei Jahre ausprobiert, wie sich das Gesetz entwickelt, und zu prüfen, ob man ihn wirklich braucht. Das wären klügere Alternativen. Meine Schlussbemerkung: Wir als Ärzteschaft plädieren für ein verfassungsgemäßes Gesetz, das hinreichend klar ist, damit die Korruption im Gesundheitswesen effektiv bekämpft werden kann. Die Versorgung von Patienten darf dabei nicht durch eine Neigung der Ärzte zur Zurückhaltung beeinträchtigt werden, weil diese eine Strafbarkeit fürchten müssten. Deswegen bitten wir um eine Nachbesserung für mehr Rechtssicherheit. Und Ihnen danke ich für die Aufmerksamkeit.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr. Herr Dr. Schneiderhan ist der Letzte in der Einstiegsrunde.

SV Dr. Peter Schneiderhan: Frau Vorsitzende, Herr Staatssekretär, meine Damen und Herren Abgeordneten, vielen Dank, dass Sie mir als Vertreter des Berufsstandes, der dieses Gesetz dann in der Praxis umsetzen muss, zum Schluss noch die Möglichkeit geben, hier vorzutragen. Es ist fast alles schon gesagt worden. Das Gesetzgebungsverfahren hätte aus unserer Sicht durchaus die Öffnung zu den Amtsdelikten diskutiert werden können oder sollen. Weniger, weil wir der Meinung sind, dass dies unbedingt hätte erfolgen müssen oder die Ärzte zu Amtsträgern im Sinne der §§ 331 StGB ff. hätten werden sollen, sondern um die Unterschiede zwischen dem ärztlichen Beruf und den Amtsträgern herauszuarbeiten und damit klarzumachen, welcher Rechtsgüterschutz eigentlich bezweckt ist. Das geht im Gesetz etwas unter. Wettbewerb und die Integrität ärztlichen Handelns machen in der Praxis ein bisschen Schwierigkeiten - vorwiegend deshalb, weil Ärzte anders als Amtsträger, anders als Beamte, die einen Arbeitgeber haben, der sie bezahlt, ja

durchaus unterschiedliche legale Einnahmequellen haben können. Und weil der Zufluss von Geld allein gar nichts darüber sagt, ob ein Anfangsverdacht besteht, ob dies eine legale Geldquelle ist oder nicht. Das ist bei Beamten anders. Da gibt es einen Arbeitgeber, der den Beamten bezahlt. Damit ist Geldzufluss in diesem Bereich viel leichter einzuordnen. Hier hätte vielleicht eine stärkere Diskussion diese Situation der Ärzte und natürlich auch der Apotheker und weiterer im Gesundheitswesen Tätiger noch mal klar gemacht und verdeutlicht, ab wann wir uns in einem Bereich bewegen, wo der Staatsanwalt gefordert ist, wo ein Anfangsverdacht besteht und wir ein Ermittlungsverfahren einleiten müssen. Zu den Wettbewerbsverletzungen – der § 299 ist ein Arbeitnehmergesetz. Auch dies passt für Ärzte und auch für die anderen Heilberufler nicht ganz. Insofern bewegen wir uns hier in einem Mittelfeld. Wie gesagt – der Rechtsgüterschutz und die Fragen, die im Ermittlungsverfahren damit zusammenhängen, hätten vielleicht noch etwas stärker herausgearbeitet werden können. Nichts desto trotz können wir mit dem Gesetz leben. Dreh- und Angelpunkt des Ermittlungsverfahrens und dann auch der Verurteilung ist die Unrechtsvereinbarung – die muss nachgewiesen werden. Das wird im Regelfall nicht einfach sein. Ich weiß um die Problematik der Telefonüberwachung gemäß § 100a StPO in diesem Bereich, aber wenn uns diese Möglichkeit der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen bei diesen Delikten nicht gegeben wird, wird es in vielen Fällen sehr schwer werden, einen Tatnachweis zu führen. Ich glaube, das muss einfach noch einmal diskutiert werden, auch im Bewusstsein des Problems der ärztlichen Schweigepflicht, des Arzt-Patientenverhältnisses. Aus Praktikersicht ist das ein Problem. Ein weiteres Problem ist die Formulierung des § 299 Absatz 1 Nummer 2 – die berufsrechtliche Pflicht. Problem ist hier die unterschiedliche Behandlung – länderübergreifend – anders als im Umweltstrafrecht haben wir hier auch Handlungen. Nehmen wir an, ein Pharmaunternehmen vergibt Vorteile an Ärzte im ganzen Bundesgebiet. Bei manchen Kammern ist das dann berufsrechtlich nicht erlaubt und bei anderen Kammern ist es erlaubt. Das wird zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, die in der Öffentlichkeit schwierig zu vermitteln sind, auch



wenn ich verfassungsrechtliche Probleme nicht sehe. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke, Herr Schneiderhan. Ich habe jetzt eine ganze Reihe Wortmeldungen – acht an der Zahl. Viel mehr sollten wir in der ersten Runde nicht haben. Dann sagen Sie immer bitte sofort, an wen Sie sich richten, weil Sie sich dann die Fragen besser notieren können. Der Kollege Ausschussvorsitzende, Herr Dr. Franke, hat das erste Wort.

Abg. **Dr. Edgar Franke** (SPD): Recht herzlichen Dank. Ich habe die erste Frage an Herrn Dr. Meseke. Die Kopplung des Berufsrechts an das Strafrecht ist unterschiedlich beurteilt worden. Wie würden Sie das sehen, Herr Dr. Meseke? Ist das problematisch? Zweite Frage – wie würden Sie Kooperationsvereinbarungen ohne sozialrechtliche Grundlage beurteilen? Wenn Leistungserbringer kooperieren und es gäbe keine sozialrechtliche Grundlage - wie würden Sie da die Tatbestände einschätzen? Und letzte Frage zum Bestimmtheitsgebot – Artikel 103 Grundgesetz war ja auch Thema. Ist dieses Gesetz aus Ihrer Sicht bestimmt genug oder nicht?

Die **Vorsitzende**: Danke. Dann Herr Monstadt und Herr Fechner.

Abg. **Dietrich Monstadt** (CDU/CSU): Danke, Frau Vorsitzende. Meine Frage möchte ich an Herrn Dr. Broch und an Herrn Professor Montgomery richten. Da geht es auch – ähnlich wie bei meinem Kollegen Dr. Franke – um das Problem der zweiten Tatbestandsalternative, also den Auffangtatbestand der Verletzung der berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit angesichts gewollter oder zulässiger sozialrechtlicher Kooperationsmodelle, zum Beispiel bei besonderer Versorgung oder beim Entlassmanagement. Halten Sie das für praktikabel und umsetzbar? Herr Professor Montgomery hat vorhin den Satz geprägt „Kein Arzt kann damit etwas anfangen.“. Wenn ich mir den normalen Adressaten, also die weiteren Kooperationspartner anschau - können die damit etwas anfangen? Können die das auslegen und für sich bestimmen, ob ein zulässiges oder nicht zulässiges Verhalten vorliegt?

Die **Vorsitzende**: Danke. Jetzt Herr Fechner, dann Herr Weinberg und Frau Klein-Schmeink.

Abg. **Dr. Johannes Fechner** (SPD): Ich darf mich zunächst bei allen Sachverständigen für die Ausführungen bedanken. Uns eint das Ziel, diesen Gesetzentwurf zu machen, um Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch Korruption zu verhindern. Es geht darum, zu verhindern, dass das Medizinwesen teurer wird und dass das Vertrauen der Patienten in die Behandlung erschüttert wird. Dazu hätte ich eine Frage an Herrn Dr. Meseke und Herrn Professor Kubiciel. Was die Frage der Strafverfolgung angeht: ist es ausreichend, das Gesetz als eine relative Antragspflicht vorzusehen, wie es der Gesetzesentwurf vorsieht, oder sind Sie der Ansicht, wir bräuchten ein Officialdelikt? Der Entwurf sieht einen recht weiten Kreis der Strafantragsberechtigten vor. Mich würde interessieren, ob Sie diesen für ausreichend halten, oder fehlt jemand? Oder sollte man die Norm als Officialdelikt gestalten?

Die **Vorsitzende**: Danke. Herr Weinberg.

Abg. **Harald Weinberg** (DIE LINKE.): Vielen Dank Frau Vorsitzende. Vielen Dank noch einmal für die Stellungnahmen. Ich habe zwei Fragen an Frau Dr. Fischer. Die neuen Straftatbestände sind als Antragsdelikte ausgestaltet. Halten Sie diese Regelungen für sinnvoll? Was denken Sie über die Auswahl der Antragsberechtigten? Zweite Frage: es liegt ja im Wesen von Korruptionshandlungen, dass sie von den Beteiligten im Dunkeln gehalten werden. Der sogenannte Sunshine-Act in den USA soll hier Transparenz herstellen. In Deutschland gibt es Selbstverpflichtungserklärungen der Industrie. Wie bewerten Sie solche Transparenzvorschriften? Und wie bewerten Sie die Wirksamkeit von Selbstverpflichtungen wie dem FSA-Transparenzkodex der deutschen forschenden Pharmaindustrie? Danke.

Die **Vorsitzende**: Danke. Frau Klein-Schmeink und dann Herr Henke.

Abg. **Maria Klein-Schmeink** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Meine Frage bezieht sich, ergänzend zu dem, was schon gefragt worden ist, auf die Verletzung berufsrechtlicher Pflichten. Es geht ja immer darum, ob eine Regelung überhaupt notwendig und gleichzeitig auch darum, ob sie bestimmt genug ist. Welche Fallkonstellationen sind in der Praxis denkbar, die nicht auch eine unlautere Bevorzugung im Sinne der Tat-



variante 1 sind? Und ist dieser Paragraph zwingend oder nicht? Diese Frage richtet sich an Herrn Douglas und an Herrn Kubiciel.

Die **Vorsitzende**: Danke. Herr Henke und dann Frau Winkelmeier-Becker.

Abg. **Rudolf Henke** (CDU/CSU): Die erste Frage geht an Herrn Schneiderhan. Und zwar bezieht sie sich auf die Bemerkung von Herrn Montgomery zu der Bande, die man schon gebildet hat, wenn man drei Ärzte in einer Gemeinschaftspraxis ist. Darüber bin ich erst sehr erschrocken - ich bin ja „nur“ Arzt und verstehe von Juristerei sehr wenig. Ich habe mich dann aber von Juristen belehren lassen, dass diese Gewerbsmäßigkeit und die Bandenmäßigkeit sich auf das kriminelle Tun beziehen müssen. Man muss also Profi im Korruptiv-sein werden, damit dieser Paragraph einschlägig ist. Jetzt würde ich wissen: was stimmt denn? Vielleicht ist das für die juristischen Kollegen die Bitte um eine gewisse propädeutische Aufklärung. Aber wenn man das hier klären könnte, wäre das vielleicht eine Hilfe für die Interpretation dieses Paragraphen. Die zweite Frage richtet sich an Professor Montgomery. Wir haben ja im SGB V schon Kooperationsformen geregelt. Diese Kooperationen stehen unter dem Vorbehalt des Verbots der Zuweisung gegen Entgelt und des Verbots der Gewährung wirtschaftlicher Vorteile. Das ist in §§ 73 Abs. 7 SGB V und 128 Abs. 2, 5 b und 6 SGB V normiert. Nun gibt es ja angesichts dieser Normierung im Sozialgesetzbuch den Vorschlag, dies aus dem Gesetzentwurf rauszunehmen. Warum braucht es eine zweite Regelung? Aber da wird jeder sagen, weil es erst dann strafwürdig wird. Vorher ist es nicht strafbar. Das SGB V ist ja kein Strafgesetz. Ich würde gerne Herrn Montgomery fragen, ob denn nicht die Ärzte in der Frage der Unterscheidung zwischen dem, was erlaubt ist und dem, was nicht erlaubt ist, schon genügend trainiert sein müssen - auch ohne den Leporello in der Kitteltasche? Denn nach dem SGB V ist ja diese Unterscheidung schon heute zu treffen, ohne dass es eine Strafnorm gibt.

Die **Vorsitzende**: Frau Winkelmeier-Becker, Herr Wiese, Herr Luczak.

Abg. **Elisabeth Winkelmeier-Becker** (CDU/CSU): Vielen Dank. Ich hätte zunächst eine Frage an

Herrn Dr. Schneiderhan und zwar auch zu dem relativen Antragsdelikt. Was könnten Kriterien sein, um das besondere öffentliche Interesse anzunehmen oder abzulehnen in Fällen, in denen der Verletzte oder auch der Kreis der Antragsberechtigten sich nicht entschließt, einen Antrag zu stellen? Und dann hätte ich eine Frage an Professor Dr. Montgomery, die sich auf die Ausführungen von Frau Dr. Fischer bezieht. Frau Dr. Fischer hatte ja schon problematisiert, dass Ärzte zu Kongressen fahren, sich dort überzeugen lassen und dann aus ihrer Überzeugung heraus in einer bestimmten Art und Weise zu Heilmethoden und auch Medikamenten greifen. Sehen Sie da dein Problem für die Lauterkeit und Unabhängigkeit der Ärzte? Können Sie uns vielleicht auch noch einmal erklären, welche Bedeutung solche Veranstaltungen zum Beispiel für Fortbildung und Implementierung neuer Verfahren und Medikamente haben - inwieweit profitiert oder leidet die Arbeit des Arztes unter solchem Tun?

Die **Vorsitzende**: Herr Wiese.

Abg. **Dirk Wiese** (SPD): Ich hätte eine Frage an Herrn Kubiciel. Wir hatten vorhin von Herrn Dr. Schneiderhan das Beispiel gehört, dass ein bundesweites Pharmaunternehmen bundesweit Vorteile an verschiedene Ärzte gibt. Jetzt hatten Sie ja vorhin zu § 299 a Absatz 1 Nummer 2 StGB nicht unbedingt Schwierigkeiten gesehen. Würden Sie anhand dieses Beispiels möglicherweise doch Schwierigkeiten sehen - dass man doch etwas anders machen müsste als es bis jetzt vorgesehen ist? Die zweite Frage geht an Herrn Dr. Meseke. Sie hatte in Ihrem Gutachten ja noch einmal ausgeführt, dass man bei den Staatsanwaltschaften möglicherweise über Schwerpunktstaatsanwaltschaften oder ähnliches nachdenken müsste. Da es das bis jetzt so in dieser Form - so mein Kenntnisstand - nicht gibt, ist es überhaupt sinnvoll, über ein Offizialdelikt nachzudenken?

Abg. **Dr. Jan-Marco Luczak** (CDU/CSU): Vielen Dank. Ich möchte meine erste Frage an Herrn Schneiderhan richten. Wir sind uns hier, glaube ich, alle einig, dass wir Kooperationen im Gesundheitswesen ja nicht verhindern oder beeinträchtigen wollen, sondern eine klare Abgrenzung brauchen zwischen Kooperation, die gewünscht, die gewollt, die notwendig ist, und



Korruption, die nicht gewollt, die sanktions- und strafwürdig ist. Sie sind ja hinterher dann in der Pflicht und in der Verantwortung diese Abgrenzung auch vorzunehmen. Sie haben die zweite Tatbestandsalternative kritisiert. Vor allen Dingen kommt es ja auch auf die Erfahrungen der Staatsanwälte an. Wir haben hier im Gesetz einen Erfahrungsaustausch vorgesehen, auch um Wissen darüber zu vermitteln, was auf dem Gesundheitsmarkt gängig ist. Wobei nicht alles, was gängig ist, auch in Ordnung ist. Sehen Sie diesen Erfahrungsaustausch als ein taugliches Instrument, um Ihnen die Expertise zu geben, um beispielsweise vorschnelle Ermittlungen zu vermeiden? Wir sprechen ja auch viel von Vertrauen zwischen Ärzten und Patienten. Wenn ein Ermittlungsverfahren erst einmal eingeleitet ist - da müssen ja gar keine großen Eingriffsbefugnisse geltend gemacht werden, die Praxisdurchsuchung mit dem SEK wird wahrscheinlich eher selten sein - kann das natürlich zu einem Vertrauensverlust führen. Glauben Sie, dass man über diesen Erfahrungsaustausch die Expertise bekommen kann, oder muss man vielleicht weiter gehen und vielleicht tatsächlich eine Schwerpunktstaatsanwaltschaft errichten, um den Erfahrungsschatz noch stärker zu verdichten? Meine zweite Frage würde ich gerne an Herrn Broch richten. Hier geht es auch noch einmal um die zweite Tatbestandsalternative. Sie haben diese in Ihrer Stellungnahme kritisiert, weil Sie sagen, man hat ja hier im Prinzip eine Berufsrechtsakzessorietät, die Strafbarkeit bestimmt sich nach den berufsrechtlichen Normen. Wir haben hier unterschiedliche Stellungnahmen dazu gehört. Manche sagen, es ist völlig unproblematisch. Manche sagen, das ist sehr kritisch. Sie haben einen Punkt aufgeworfen, den ich noch gerne etwas vertiefen würde. Das ist die Frage der demokratischen Legitimation. Wir haben von Professor Kubiciel gehört, dass es im Umweltstrafrecht beispielsweise üblich sei, dass sich dort die Strafbarkeit anhand von Verwaltungsrichtlinien bestimmt, wobei diese ihre demokratische Legitimation über die Verwaltung gewinnen. Das bleibt ja im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung, während wir hier bei den Kammern sind, die Recht setzen. Das ist ja mittelbare Staatsverwaltung, das ist schon etwas anderes. Würden Sie sagen, dass diese

demokratische Legitimation, die über die Kammern gewährleistet wird, ausreicht, um hier eine Strafbarkeit zu begründen, die ja immerhin das schärfste Schwert ist, das der Staat zur Verfügung hat, die immer ultima ratio ist? Haben Sie - auch mit Blick auf Artikel 3, den Gleichbehandlungsgrundsatz unserer Verfassung - Bedenken, wenn das in den Ländern im Ergebnis doch möglicherweise sehr unterschiedlich ausfällt?

Die **Vorsitzende**: Danke. Das war die erste Runde. Jetzt beginnen wir mit der Antwortrunde und Herr Dr. Schneiderhan beginnt mit den Fragen von Herrn Henke, Frau Winkelmeier-Becker und Herrn Luczak. Bitte.

SV Dr. Peter Schneiderhan: Zunächst zur Bande: Natürlich ist nicht jede Arztpraxis eine Bande, sondern nur dann, wenn sich drei oder mehr Ärzte mehr in einer sogenannten Bandenabrede bewusst zusammenschließen, um gemeinsam Straftaten zu begehen, hier eben zu bestechen oder sich bestechen zu lassen. Allein der Umstand, dass es drei Ärzte in einer Praxis gibt, reicht dafür nicht aus. Das öffentliche Interesse würde die Staatsanwaltschaft dann bejahen, wenn der Schaden hoch ist, oder wenn es eine Vorgehensweise gibt, die öfters auftritt und von der man sagt, das ist kein Einzelfall, sondern es ist aus Gründen der allgemeinen Prävention, der allgemeinen Strafverfolgung nötig, dass die Staatsanwaltschaft übernimmt und im öffentlichen Interesse auch bei kleineren Fällen, die in großer Zahl auftreten, für die Durchsetzung des Strafrechts Sorge trägt. Das öffentliche Interesse in diesem Bereich hat sehr viel mit der Höhe des Schadens, der zu erwarten ist – wir bewegen uns ja in dem Fall noch im Ermittlungsverfahren - zu tun. Zu den regionalen Regelungen im Berufsrecht – das hängt aus meiner Sicht sehr stark davon ab, wie sehr sich das Berufsrecht auseinanderdividiert oder ob es relativ einheitlich bleibt. Ich weiß nicht, ob es möglich wäre, dass eine Ärztekammer diese berufsrechtlichen Pflichten ganz streicht und sagt, in unserem Bereich gibt es solche Pflichten nicht. Dann würde der Tatbestand natürlich weitgehend ins Leere laufen. Ich bin kein Arzt oder Kammerrechtler, ich kann nicht beurteilen, ob dies möglich wäre. Dann gäbe es natürlich auch Probleme mit der Akzeptanz der Strafnorm. Wir



sind auf diese angewiesen, wir können nur zurückgreifen. Hinsichtlich des Erfahrungsaustausches – Spezialisierung ist immer gut und in dem Bereich notwendig. Ob es Sonderdezerenate geben sollte – im Kern ja. Viele Bundesländer haben in ihren Staatsanwaltschaften im Bereich der Schwerpunktabteilungen für Wirtschaftskriminalität auch Sondereinheiten für die Bekämpfung von Korruption eingerichtet. Diesen könnte man dann auch die Zuständigkeit für die Korruption im Gesundheitswesen geben. Es wird wahrscheinlich ohne Erfahrung, ohne Erfahrungsaustausch nicht gehen. Ich wurde zurecht darauf hingewiesen, dass ich vorher immer nur von Ärzten gesprochen habe. Aber es gibt ja sehr viele Berufe im Gesundheitswesen und es wird für einen Staatsanwalt nicht immer ganz einfach sein, sofort zu erkennen, welche berufsrechtlichen Pflichten es gibt und wie diese angewandt werden. Da bedarf es einer gewissen Erfahrung und auch eines Meinungs- und Erfahrungsaustausches. Insofern sind diese Treffen sicher sehr hilfreich und notwendig, sofern uns die Landesjustizverwaltungen, die dafür zuständig sind, das nötige Personal mit der nötigen Konstanz geben und dann auch in diesen Einheiten belassen.

Die **Vorsitzende**: Herr Montgomery hat das Wort.

SV Prof. Dr. med. Frank Ulrich Montgomery:

Herr Monstadt, Sie haben die Frage gestellt, ob die Regelung praktikabel und umsetzbar, zulässig oder nicht zulässig, leicht für den Arzt zu erkennen wäre. Das ist ausgesprochen schwierig. Für diejenigen von Ihnen, die aus dem Gesundheitsausschuss kommen, ist es Propädeutik. Aber wenn man die vielen Möglichkeiten der Kooperation zwischen einzelnen Leistungserbringern, die das SGB V heute vorsieht, betrachtet und dann wiederum sieht, dass die zum Teil durch dreiseitige Verträge mit verschiedenen Kassen teilweise gemeinschaftlich einheitlich, teilweise mit jeder Kasse einzeln abgeschlossen werden. Denken Sie an hausarztzentrierte Versorgung – in jedem KV-Bereich wird mit einer anderen Kasse ein anderer HZV-Vertrag geschlossen. Wie soll ein Arzt da noch durchschauen, was davon nach den hier aufgegebenen Kriterien von Zuweisung und ähnlichem richtig ist und was nicht richtig ist? Wir haben hier große Probleme und haben

deshalb gesagt, wir hätten gerne einen konkreten Katalog – was darfst du, was darfst du nicht. Sie spielen das so herunter, verehrter Herr Staatsanwalt Schneiderhan, aber eine Gemeinschaftspraxis mit fünf Menschen, die einen Vertrag abschließt zum Beispiel über die Heil- und Hilfsmittelversorgung nach dem verkürzten Versorgungsweg, der durchaus das Risiko enthält, dass Teile vielleicht nicht nach SGB V und Berufsrecht korrekt sind. Da würde dann eine ganze Gemeinschaftspraxis mit fünf oder sechs Leuten - ich sage mal vorsichtshalber, und meine damit niemanden persönlich, Orthopäden -, plötzlich in das Visier der Staatsanwaltschaft kommen. Die brauchen konkretere Hinweise, was sie in solchen Verträgen dürfen und was nicht. Und mir graust davor, dass Sie die Regel des Berufsrecht eventuell kennen, die sagt, dass ein Arzt jeden Vertrag, der seine Berufsausübung betrifft, der Kammer vorzulegen hat. Dann würde ich Sie bitten, mir zu sagen, wie ich die vielen Kammerjuristen finanziere, die diese Verträge in Zukunft prüfen. Anders geht das nämlich nicht. Damit bin ich auch beim Kollegen Henke mit der Frage – SGB V unter Vorbehalt und sind wir nicht genug trainiert? Ja, wir sind natürlich genug trainiert, aber wir haben sehr darum gekämpft, auch in dieser Gesetzgebung übrigens, und dafür sind wir Ihnen sogar dankbar, dass Sie nicht das SGB V zu einem Nebenstrafrecht machen. Wir möchten nicht im SGB V, das ein Leistungs- und ein Versorgungsgesetz ist, Strafrechtselemente mit drin haben. Das muss man sauber voneinander trennen. Das ist auch ein Vorzug der Regelung über einen Paragraphen im Strafgesetzbuch. Die Ärzte sind wahrscheinlich bei den von Ihnen herangezogenen Paragraphen zur Zuweisung gegen Entgelt ausreichend trainiert. Aber wir müssen aufpassen, dass wir nicht das SGB V zu einem Nebenstrafrecht machen und deswegen sind die Regelungen hier durchaus akzeptabel. Zur Ausführung von Frau Fischer über das Problem von Lauterkeit und Unabhängigkeit von Ärzten, Fortbildung in Deutschland: solange Sie einen Patentschutz für Medikamente und einen Patentschutz für Heil- und Hilfsmittel haben, der mehrere Jahre geht, sind wir mit dem Problem konfrontiert, dass es weiten Bereichen ein fast monopolartiges Wissen bei dem Hersteller und den Kliniken, die diese Medikamente oder Heil-



und Hilfsmittel anwenden, gibt. Im Bereich der Ärztekammer Hamburg zertifizieren wir im Jahr 4.000 Fortbildungsveranstaltungen. Davon sind 200 von uns selbst veranstaltet und absolut pharmafrei. Viele von den anderen müssen alleine wegen des Wissensunterschieds, Wissensdefizits, mit Kooperation der Pharmaindustrie gemacht werden. Zwischen Dazulernen und Überzeugen zu unterscheiden ist immens schwer.

Die **Vorsitzende**: Herr Montgomery, darf ich daran erinnern, dass Sie unsere drei Fragen beantworten. Ansonsten sitzen Sie noch stundenlang da und diskutieren, während wir schon weg sind.

SV Prof. Dr. med. Frank Ulrich Montgomery: Ich danke Ihnen für den Hinweis. Aber die Kollegin aus der CDU hatte mich explizit gefragt, wie ich die Ausführung von Frau Fischer in diesem Punkt bewerte, und deswegen gestatten Sie mir die Antwort.

Sie glauben doch nicht, dass ein Arzt, der zu einer Fortbildung fährt, die zertifiziert ist, bei der wir darauf achten, dass eine Unabhängigkeit von Pharmaunternehmen besteht und bestimmte Kriterien der Erwähnung erfüllt werden - dass man sagt, dieses ist von der Pharmaindustrie gesponsert - alleine deswegen, weil er da ein Schnittchen bekommt, hinterher sein gesamtes Ordnungsverhalten verändert. Ich glaube, hier wird das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. Ich sehe nicht, dass man eine Strafverschärfung braucht, wie von Frau Fischer gefordert. Das war die Beantwortung meiner drei Fragen, verehrte Frau Vorsitzende. Ich danke Ihnen.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr. Dann ist Herr Meseke dran mit den Fragen von Herrn Franke, Fechner und Wiese.

SV Dr. Stephan Meseke, LL.M.: Vielen Dank. Ich möchte mit den Fragen von Herrn Franke beginnen. Ich war bereits zu einer Reihe von Diskussionsveranstaltungen eingeladen, am letzten Wochenende vor recht beunruhigten Ärzten, und bin natürlich auch gebeten worden, Empfehlungen abzugeben, sofern das allgemein möglich ist. Alles, was heute berufsrechtlich oder sozialrechtlich zulässig ist, das ist auch in Zukunft unproblematisch und nicht strafbar. Damit fehlt schon das erste wesentliche

Straftatbestandsmerkmal, noch bevor man zu einer Unrechtsvereinbarung käme. Dabei sind die Grenzen von Berufsrecht und Sozialrecht allerdings sehr fließend. Das kann man am besten an dem Beispiel von § 73 Absatz 7 SGB V zeigen, der in der Gesetzesbegründung ausdrücklich auf den § 31 der Musterberufsordnung Bezug nimmt. Interessanterweise wird also hier die Musterberufsordnung ausdrücklich erwähnt. Daran ist ganz klar für Richter abzulesen, dass selbstverständlich auch die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung, in deren Rahmen ja die Berufsordnung ausgelegt wird, natürlich dann auch hier relevant wird. Ich sehe aber als neuen Trend, dass sich Sozialgerichte ebenfalls mit diesem Verbot beschäftigen. Es gibt erste Urteile von Landessozialgerichten zum Verbot der Zuweisung gegen Entgelt. Nach meiner Einschätzung - und das sind auch die Einschätzungen von Medizinrechtlern - sind die deutlich strenger als die Wettbewerbsgerichte. Es könnte also sein, dass in Zukunft die strengere sozialgerichtliche Rechtsprechung möglicherweise abfärbt auf Entscheidungen zum Wettbewerbsrecht, und dann eben auch ins Strafrecht. Es ist also auf jeden Fall Akzessorietät gegeben.

Die Frage zu Kooperationen ohne Grundlage im SGB V ist damit schon ein Stück weit beantwortet. Wenn es keine rechtssichere Grundlage im Sozialgesetzbuch gibt, sinken die Chancen, dass das Ganze noch sozialrechtlich zulässig sein könnte. Deswegen sind in der Begründung zurecht die entscheidenden Paragraphen für die entscheidenden Kooperationen, die der Gesetzgeber im SGB V wünscht, genannt. Wenn es im SGB V eine Grundlage gibt, ist das deutlich sicherer. Im Übrigen wird völlig zurecht von den vom Gesetzgeber gewünschten Kooperationen gesprochen. Und ich bitte, genau hinzuschauen, was denn gewünscht ist. Man kann sehr schön herauslesen, dass der Gesetzgeber sich unter anderem auch wünscht, dass viel mehr Kooperationen nicht im Verborgenen und unter Nichtvorlage der Verträge bei Ihnen in der Ärztekammer geschlossen werden, sondern im Idealfall auch mit den Krankenkassen. Auch da kann man attraktive Vergütungen aushandeln. Das wäre dann die Beantwortung Ihrer Frage: gewünscht sind auch Verträge mit den Krankenkassen. Da gibt es ein sehr schönes Zitat



vom Sachverständigenrat für das Gesundheitswesen: Die Chancen, dass ein Problem mit Zuweisungen gegen Entgelt entsteht, sind immer dort, wo man ohne Krankenkassen agiert, besonders zu beachten. Zur Bestimmtheit dieses Straftatbestandes hat dankenswerterweise ja Herr Professor Kubiciel schon ein Statement abgegeben. Ich könnte mir allerdings auch vorstellen – es geht ja vor allen Dingen um die Nummer 2-, dass man noch ein bisschen in der Begründung nachbessert. Denn da wird bislang nur auf das Berufsrecht Bezug genommen, und bei diesen wichtigen Pflichten, die ja gleichermaßen im Sozialgesetzbuch normiert sind, wäre es schön, die sozialgesetzlichen und anderen gesetzlichen Vorschriften mit zu benennen, um das Ganze auch nach oben abzusichern. Dann gab es von den beiden anderen Abgeordneten die Frage: Officialdelikt oder Antragspflicht? Natürlich wäre ein Officialdelikt am besten, denn dann müsste man sich nicht darum streiten, wer antragsberechtigt ist oder nicht. Auf der anderen Seite ist der Kreis der Antragsberechtigten so bestimmt, dass alle diejenigen, die von Korruption Kenntnis erlangen, ein Antragsrecht haben werden. Meine These ist, dass, wenn es diesen Straftatbestand eines Tages gibt, die ersten Strafanzeigen nicht von Krankenkassen kommen werden. Die werden von den Mitbewerbern kommen, die den Wettbewerbsschaden haben. Die haben auch das Insiderwissen. Wenn schon möglichst konkrete Strafanzeigen vorliegen, kann das auch für eine Staatsanwaltschaft nur förderlich sein. Von daher denke ich, dass der Kreis der Antragsberechtigten jetzt nicht überdehnt ist. Ich bitte, noch einmal zu überdenken, ob man die gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen und die privaten Kranken- und Pflegeversicherungen auf eine Stufe stellt. Denn es gibt den entscheidenden Unterschied, der eigentlich auch fast einmalig im deutschen Recht ist, dass nämlich eine Pflicht besteht, Strafanzeigen zu stellen - nicht nur wenn die Kasse betroffen ist, sondern, so steht es im SGB V, wenn es um die Kranken- und Pflegeversicherung insgesamt geht. Also genau dieser Gedanke, der auch bei Herrn Professor Kubiciel anklingt: es geht um das Gesundheitswesen als Institution. Hier könnte man also durchaus auch anders entscheiden. Das waren – glaube ich – beide Fragen. Insgesamt ist zu beachten, dass die

Schwelle zum Anfangsverdacht - das ist ja das Kriterium für die Staatsanwaltschaften - sehr niedrig sein wird. Deswegen macht es schon Sinn, dass Staatsanwälte in Zukunft auch die Chance haben, sich in das Gesundheitswesen ein Stück weit hineinzudenken. Das geht nicht über Nacht, das braucht einige Zeit. Sie sehen das auch sehr schön an dem Gesetzentwurf. Das Gesundheitswesen ist sehr schnelllebig.

Ich komme zum Schluss. Sie haben eine Reihe von Stellen im Gesetz, wo sich die Rechtslage schon wieder geändert hat. Ich habe das hier am Beispiel der besonderen Versorgung gezeigt. Da muss ein Staatsanwalt auch mithalten können. Mein Gesetz ist also auch längst nicht mehr auf dem neuesten Stand, obwohl 2015 darauf steht. Deswegen macht es Sinn, dass das nicht der „Buchstabenstaatsanwalt“ macht, sondern einer, der sich auch fortbilden kann. Auch wir wollen im Umfang dessen, was wir leisten können, auf Bundesebene einen abstrakten Erfahrungsaustausch anbieten. Aber das muss natürlich auch durch andere Fortbildungen, bei der Richterakademie, möglich sein.

Die Vorsitzende: Danke sehr. Jetzt hat Herr Professor Kubiciel das Wort. Sie haben Fragen von Herrn Fechner, Frau Klein-Schmeink und Herrn Wiese.

SV Prof. Dr. Michael Kubiciel: Vielen Dank. Zunächst zu der Frage von Herrn Dr. Fechner – Antragsdelikte oder Officialdelikte. Da nehme ich vollumfänglich auf das Bezug, was Herr Dr. Meseke gesagt hat, und möchte noch einen Punkt hinzufügen, weil da auch die Gesetzgebungsgeschichte Auskunft geben kann. Ich glaube, § 299 a und b StGB sind deswegen Antragsdelikte, weil § 299 StGB ein Antragsdelikt ist. § 299 StGB kommt aber aus dem UWG und folgt deswegen einem Prinzipalmodell. Strafbar ist eben nur die Tätigkeit von beauftragten Angestellten. Damals, als man den UWG-Tatbestand ins StGB überführt hatte, hat man das nicht geändert, und deswegen macht es Sinn, zunächst eine Antragsbefugnis des Prinzipals vorzusehen. Das hat man dann schrittweise ausgedehnt, aber diese Sachlage ist auf die §§ 299 a und 299 b StGB nicht übertragbar. Die beiden Tatbestände folgen keinem Prinzipalmodell, sondern einem institutionellen Modell. Es gibt dort keinen primär Verletzten, deswegen



sollte das eigentlich auch aus diesem Grund ein Offizialdelikt sein. Freilich kann man sich die Frage stellen, ob es bei einer derart ausgeweiteten Antragspflicht noch einen großen Unterschied macht, ob man es als Offizialdelikt oder als Antragsdelikt ausgestaltet. Ich finde, die Sachgründe sprechen eher für ein Offizialdelikt. Die zweite Frage war klar und präzise: Nummer 2, ist die zwingend? Ich würde sagen ja, und zwar insbesondere bei den immer noch bestehenden Fällen, in denen es keinen Wettbewerb bei Gesundheitsleistungen gibt. Das kann man sich in Berlin und Köln nicht vorstellen, aber wenn Sie auf das Land gehen, da gibt es für eine bestimmte Frage oder eine bestimmte Krankheit nur einen Facharzt und nur eine Spezialklinik in einem Bundesland und der Arzt, der dorthin zuweist, würde nicht von Nummer 1 erfasst, wohl aber von Nummer 2. Es gibt also Fallgruppen, wenn auch wenige, aber die Nummer 2 ersatzlos zu streichen, geht an diesen Fällen vorüber und ich halte das auch für kriminalpolitisch sehr problematisch. Denn stellen Sie sich vor, dass in einem Jahr die erste Einstellungsverfügung einer Staatsanwaltschaft kommt, weil es die Nummer 2 nicht mehr gibt – nur in Wettbewerbslagen ist die Korruption strafbar. Dann stehen wir vor dem katastrophalen Ergebnis, dass nach fünf Jahren Diskussion um die Kriminalisierung der Korruption im Gesundheitswesen schon die ersten Fälle auftauchen, in denen nicht bestraft werden kann. Ich glaube, die Diskussion wollen wir uns alle ersparen. Ich glaube auch, dass sich die Nummer 2 hinreichend präzisieren lässt, und zwar im Zusammenspiel zwischen Gesetzgeber, den Verbänden und den Kammern. Freilich sind die Kammern demokratisch legitimiert, das klang eben an, und zwar durch die Person, die es angeht, nicht durch die Ärzte und deren Vertreter. Wenn Sie da einen Bundestagsbeschluss haben wollen, damit das hinreichend demokratisch legitimiert ist, dann muss man die Selbstgesetzgebung aller Kammern streichen. Das kann auch nicht das Ergebnis sein. Wir sind als juristische Kollegen gefragt worden, ob drei Ärzte eine Bande sein können. Dazu ist viel gesagt worden. Drei Ärzte können eine Bande sein, genauso wie drei Geschäftsführer oder drei Vorstände eines Unternehmens eine Bande sein können. Das heißt, wenn wir dieses Regelbeispielsmerkmal bei § 299 a und 299 b StGB

streichen wollen, werden uns alle anderen Branchen in der Industrie und in der Dienstleistung fragen, weshalb es dieses Bandenregelbeispiel für sie gibt. Es gibt da keine sachlogische Differenz. Zur Frage von Herrn Wiese: Was ist mit den Pharmaunternehmen, die bundesweit tätig sind? Ich würde sogar sagen, es ist noch viel schlimmer. Pharmaunternehmen sind ja nicht nur bundesweit tätig, sondern europaweit, weltweit. Die müssen sich an dutzenden unterschiedlichen Rechtslagen orientieren, und die können das auch. Wenn jetzt noch einige abweichende Kammern dazu kommen, die etwas abweichende Regelungen haben, ist das vor dem Hintergrund dessen, was sie an rechtlichen Problemen jetzt schon zu bewältigen haben, marginal. Eins muss man auch sagen: Die Abweichungen der Regeln in den Kammern, jedenfalls die Fälle, die ich mir angeschaut habe, sind wirklich marginal. Daran wird die Frage der Strafbarkeit nicht scheitern. Nach dem, was ich eben zur Übertragung der Rechtsprechung zur Untreue gesagt habe, geht es ja, jedenfalls bei diesen Fallgruppen, in denen eine rechtliche Grauzone existiert, um das Abfangen von gravierenden, evidenten, schwerwiegenden Verstößen. Das ist bei § 266 StGB der Fall und da ist es gelungen, einen strafwürdigen Kern heraus zu modellieren. Die Abweichungen von einzelnen Kammern so stark zu problematisieren mag politisch vielleicht klug sein, aber ein wirklich kriminalpolitisch bedenkliches Problem, das sich nicht lösen lässt, würde ich aus Sicht der Strafwissenschaftler verneinen. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr, dann hat jetzt Frau Dr. Fischer das Wort mit Fragen von Herrn Weinberg.

SVe **Dr. Christiane Fischer**: Ich möchte mich zunächst den Herren anschließen. Auch ich und wir würden ein Offizialdelikt vorziehen. Wir halten die Gruppe der Antragsberechtigten tatsächlich nicht für ausreichend. Vor allem die Tatsache, dass einzelne Patientinnen und Patienten, die ein korruptives Verhalten direkt mitbekommen, nicht antragsberechtigt sind, sehen wir als das größte Problem dieses Antragsdeliktes. Wir sehen natürlich, dass Strafverfolgungsbehörden aus besonderem öffentlichen Interesse ein Einschreiten von Amts



wegen betreiben können, doch befürchten wir, dass dies die Ausnahme bleibt. Wir würden uns sehr für ein Officialdelikt einsetzen, oder -wenn es ein Antragsdelikt bleiben soll - dann dafür, dieses unbedingt auszuweiten. Wir denken, dass die flächendeckende Einrichtung von Schwerpunktstaatsanwaltschaften ein Schritt in die richtige Richtung wäre. Die freiwillige Selbstkontrolle sehen wir in der Tat kritisch. Wir denken, dass es vor allem um einen Imagegewinn für die Industrie geht und dass freiwillige Leistungen, freiwillige Kontrollen – das sehen wir in der Tabakindustrie, das sehen wir auch bei der Genderbesetzung von Aufsichtsräten –immer eingeführt werden, um rechtliche Regelungen im Gesetz zu vermeiden. Das lehnen wir weitgehend ab. Die Freiwilligkeit hier bedeutet, dass erstens Unternehmen freiwillig mitmachen – es gibt Unternehmen, die machen nicht mit – und zweitens im Gegensatz zum Physician Payments Sunshine Act in den USA, die Ärztinnen und Ärzte nicht verpflichtet werden können, ihre Einkommen offen zu legen. Und das würden wir fordern. Da ich zitiert wurde, möchte ich zu den Kongressen, die pharmagesponsert oder sogar von der Industrie ausgehalten sind, noch Folgendes anfügen: Nach unserer Erfahrung sind die Landesärztekammern nicht in der Lage, wirklich zu prüfen, welche Kongresse einen Informationsgehalt haben und welche Werbung sind. Daher fordern wir, dass für Kongresse und Fortbildungen, die von der Industrie gesponsert sind, keine Fortbildungspunkte vergeben werden, weil wir sie als Werbung interpretieren, um zu vermeiden, dass es zur Änderung des Verordnungsverhaltens kommt – es gibt sehr viele internationale Studien, die das bestätigen. Danke.

Die **Vorsitzende**: Danke Frau Dr. Fischer. Herr Dr. Douglas hat eine Frage von Frau Kleinschmeink.

SV Dr. Morton Douglas: Es ist die Frage aufgeworfen worden: Welche Sachverhalte gibt es denn tatsächlich, die noch unter die Nummer 2 fallen? Herr Professor Kubiciel hat einen genannt, aber ich glaube, auch der fällt unter Nummer 1. Der Begriff des Wettbewerbs und des Wettbewerbsverhältnisses, bei dem wir auf eine Bibliothek von Rechtsprechung aus dem UWG zurückgreifen können, würde bei dem Fall, den Sie geschildert haben, ohne weiteres ein

bundesweites Wettbewerbsverhältnis annehmen, wenn das eine Spezialklinik ist und es in einem Bundesland nur einen Anbieter gibt. Auch für den Sachverhalt, der in der Gesetzesbegründung genannt wird, dass dieses Monopol für eine medizinisch nicht indizierte Verordnung gilt, kann ich mir gerade kein Monopol vorstellen, denn wenn etwas verordnet wird, wird es immer einen Wettbewerber geben, der eine in einem Wettbewerbsverhältnis stehende Therapie oder ein Produkt hat. Darüber hinaus bleiben dann in den Einzelfällen auch noch andere Straftatbestände. Wenn tatsächlich einmal etwas verordnet wird, was nicht medizinisch indiziert ist, müssen wir uns auch über Körperverletzungsdelikte Gedanken machen. Umgekehrt bleibt es dabei: Zu Nummer 2 wird gerne gesagt, es sei in der Praxis kein Problem. Es ist ein Problem für die Rechtsanwender, die heilberufliche Unabhängigkeit durch unterschiedliche Berufsordnungen zu regeln, nicht nur im Bereich der Ärzte, die bundesweit eine Musterberufsordnung haben, sondern eben auch bei den Apothekern, die das nicht haben und wo wir dann Unterschiede feststellen. Ein aktuelles Beispiel ist die kostenlose Verblisterung von Arzneimitteln gegenüber Heimen, die in einigen Berufsordnungen untersagt ist, in anderen nicht. Da weiß keiner – der BGH hat eine liberale Entscheidung getroffen – was in Zukunft verboten ist oder nicht. In Baden-Württemberg steht es in der Berufsordnung und soll laut der Kammer auch nicht aufgegeben werden. Diese Ungleichbehandlung kann man wirklich – so wie Herr Schneiderhan sagte – kaum verkaufen. Ein Satz noch zur Bestimmtheit: Die Berufsordnungen waren lange dafür bekannt, dass sie zu unbestimmt waren. Es gab eine ganze Reihe von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in den neunziger Jahren, die versucht haben, diesen Berufsordnungen Konturen zu geben, damit man sich überhaupt auf sie einstellen kann. Noch immer leiden sie an vielen Punkten an Unbestimmtheit, und wenn diese Unbestimmtheit, mit der man sich bisher auf Kammerebene auseinandersetzen musste, jetzt auf eine bundesstrafrechtliche Ebene hochgehoben wird, führt das nur zur Rechtsunsicherheit. Aus meiner Sicht fehlt einfach der Mehrwert der Nummer 2. Danke.



Die **Vorsitzende**: Jetzt hat Herr Dr. Broch das Wort auf Fragen des Abgeordneten Dr. Luczak.

SV Dr. Uwe Broch: Vielen Dank. Beide Fragen gingen im Prinzip in Richtung zweite Tatbestandalternative, auch zur Frage der Unbestimmtheit, sodass ich beides gemeinsam beantworten möchte. In der Tat sehen wir nach wie vor ein großes Problem im Hinblick auf die Bestimmtheit der Norm. Das ist zum einen, wie ich es in meinem Eingangsstatement gesagt habe, das rechtssystematische Verhältnis der ersten zur zweiten Alternative. Aus unserer Sicht ist das nicht wirklich klar. In der Diskussion wird immer von einem Auffangtatbestand gesprochen, in der Begründung des Referentenentwurfs war von einem Grundtatbestand die Rede. Diese Passage fehlt jetzt im aktuellen Gesetzentwurf. Das führt zu der Frage: Wie sieht das eigentlich im Lichte eines niedrigen Anfangsverdachts für Staatsanwaltschaften aus? Hier möchte ich auf Folgendes hinweisen: Es mag am Ende des Tages nicht alleine um ein Verurteilungsrisiko gehen, sondern das Verfolgungsrisiko ist ja nach wie vor sehr groß, und das stellt alle Betroffenen bereits vor erhebliche Probleme. Das wissen wir auch aus Gesprächen mit anderen Verbänden, etwa der Medizinprodukteindustrie: Es ist eine Sorge, die alle umtreibt. Zu den Problemen bei Kooperationen nach SGB V hat auch Professor Montgomery gerade sehr deutlich gemacht, wie schwer das einzuordnen ist. Beim Thema Rechtsunsicherheit wird aus meiner Sicht nicht hinreichend differenziert, wenn es um den Normunterworfenen geht. Zum einen ist es für die Normunterworfenen schwierig, überhaupt das Bild der gesamten berufsständischen Regelung und ihrer Ausformung zu erkennen. Jetzt heißt es in der Diskussion immer, die Pharmaunternehmen, die können das. Es mag sein, dass die Pharmaunternehmen die Ressourcen haben, das nachzuhalten, aber es geht ja auch um den einzelnen Arzt. Wir haben gehört, dass es auch für den dann schwierig wird. Zum Thema Flickenteppich, zersplitterte Regelungslandschaft: Das sehen wir nach wie vor als Problem, zumal auch die Gesetzesbegründung deutlich macht, es geht insbesondere um das Berufsrecht der Heilberufsangehörigen. Herr Dr. Meseke hat es eben bereits angesprochen, er stellt sich da beispielsweise Sozialrecht oder andere Regelungsgrundlagen vor. Dann wären wir wieder

bei den Kritikpunkten des Referentenentwurfs. Was soll eigentlich diese zweite Tatbestandalternative wirklich ausformulieren und konkretisieren im Hinblick auf die Frage der demokratischen Legitimation? Das ist ja derzeit im Gesundheitswesen auch an anderer Stelle ein sehr heißes Thema. Ich sehe das in dem Kontext, dass Normadressaten zu Normgebern qualifiziert werden, wobei das Normgebungsverfahren eben nicht dem eines formalen Gesetzes entspricht und die Normadressaten selbst über die Grenzen ihres Straftatbestandes entscheiden. Auch hier muss man aus meiner Sicht nochmal in den Blick nehmen, wer eigentlich Normunterwerfener ist. Wir haben einen § 299 a StGB und einen § 299 b StGB, das heißt wir haben eine Nehmerseite und eine Geberseite. Selbst wenn ich so weit gehen wollte zu sagen, die Nehmerseite schafft sich ihr eigenes Berufsrecht, da ist es ok., das ist in irgendeiner Weise legitimiert, habe ich ja immer noch eine Geberseite, eben den Dritten, der mit in der Strafbarkeit hängt und darauf nicht den gleichen Einfluss hat. Das heißt, das Problem im Hinblick auf die demokratische Legitimation, auf diesen Konflikt Normadressat zu Normgeber sehe ich weiterhin. Auch der Hinweis auf das Umweltstrafrecht hat für mich diese Bedenken nicht ausgeräumt. Soweit ich weiß, ist im Umweltstrafrecht ja durchaus auch nicht unstrittig, ob diese Verwaltungsakzessorietät legitim ist, ob es wirklich zulässig sein kann, dass eine Behörde eine strafrechtliche Normsetzungsbefugnis hat. Hier hätten wir in der Tat nochmal die ganz andere Situation, dass es eben nicht um eine Behörde geht, sondern um eine Selbstverwaltungseinrichtung, die konkretisiert und die ja gerade die Freiheit haben soll, ihre Berufsausübung selbst zu gestalten. Gleichheits- und Bestimmtheitsdefizite gehen aus meiner Sicht auch Hand in Hand – ich hatte das angesprochen. Nicht jeder Heilberuf hat eine verbindliche, verpflichtende Berufsordnung, sodass ich da in der Tat auch Gleichheitsdefizite sehe. Insofern auch unser Lösungsvorschlag zur Streichung dieser zweiten Tatbestandalternative. Wir haben hier auch schon gehört, dass man durchaus die Frage stellen kann, ob man diese zweite Tatbestandalternative in der Praxis überhaupt braucht – ich wäre eher der Ansicht von Herrn Douglas, dass man die vermutlich nicht braucht. Ich möchte jetzt nicht noch zum Abschluss in



Co-Referate einsteigen, aber noch einen Hinweis – weil wir eben über Industrie-Kodizes, Selbstregulierung, auch den Transparenzkodex, den wir und unsere Mitgliedsunternehmen vor zwei Jahren aufgestellt haben, sprachen. Da ist von Imagegewinn die Rede. Ich habe mich gefreut, dass in der Gesetzesbegründung anerkennende Worte zu den Initiativen nicht nur der Pharmaindustrie, sondern branchenübergreifend auch zur Selbstregulierung und zu Kodizes gefunden worden sind, weil ich denke – wir sind in dem Bereich seit 2004 aktiv –, dass sich da sehr viel verändert hat. Auch wenn der Zusammenhang zwischen Selbstregulierung und Selbstverpflichtung richtig ist. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Das war die erste Runde. Ich habe jetzt für die zweite Runde folgende Wortmeldungen: Herr Dr. Luczak, Frau Vogler, Frau Klein-Schmeink, Herr Wiese, Frau Künast, Herr Monstadt.

Abg. **Dr. Jan-Marco Luczak** (CDU/CSU): Ich möchte eine Frage an Herrn Professor Montgomery richten. Wir hören viel Kritik an der zweiten Tatbestandsalternative von § 299 a StGB, die in vielen Punkten auch sehr fundiert ist. Ein Punkt fällt mir aber auf: Wir wollen mit diesem Gesetz zwei Schutzrichtungen verfolgen. Das ist zum einen der Schutz des Wettbewerbs, zum anderen aber auch der Schutz der Patienten, der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient. Den zweiten Gesichtspunkt finde ich persönlich sehr wichtig, der wird in dieser zweiten Alternative sehr klar und deutlich, sodass ich mir die Frage stelle, wenn wir diese Alternative jetzt streichen würden, könnten wir das dann noch in irgendeiner anderen Form in dieses Gesetz inkorporieren? Ich finde es schon als Signal wichtig, dass wir das nach wie vor noch haben. Das müssen wir in irgendeiner Form mit den verfassungsrechtlichen Bedenken in Einklang bringen, die gegen diese Alternative sprechen. Mich würde nochmal Ihre Einschätzung interessieren: Wenn man diese Alternative streichen würden, würden Sie dann trotzdem sagen, es geht ein klares Signal von diesem Gesetz aus, dass das Vertrauensverhältnis nach wie vor in gleicher Weise geschützt werden soll? Meine zweite Frage richtet sich nochmal an Herrn Dr. Schneiderhan. Wir haben jetzt oft

gehört, dass man das alles zu einem Officialdelikt umgestalten müsste. Ich bin von Hause aus Öffentlichrechtler und meine strafrechtlichen Kenntnisse aus dem Studium liegen ein bisschen zurück, aber ich meine, mich noch daran zu erinnern, dass es sich hier um ein relatives Antragsdelikt handelt, das eine Mischform ist zwischen dem reinen Officialdelikt und einem Antragsdelikt. Das heißt, Sie sind ja als Staatsanwaltschaft nicht gehindert, die Ermittlungen aufzunehmen, wenn Sie hier das öffentliche Interesse bejahen. Ist es aus Ihrer Sicht notwendig, hier von diesem relativen Antragsdelikt abzugehen, weil Sie sich dann in Ihrer strafrechtlichen Verfolgungsbefugnis sehen? Mir scheint es ehrlich gesagt, nicht so der Fall zu sein – aber Sie müssen das beantworten.

Die **Vorsitzende**: Frau Vogler.

Abg. **Kathrin Vogler** (DIE LINKE.): Vielen Dank, Frau Vorsitzende. Meine erste Frage richtet sich an Herrn Dr. Meseke. DIE LINKE. hat in ihrem Antrag auch noch weitere Forderungen aufgenommen, die in dem vorliegenden Gesetzentwurf der Bundesregierung noch keinen Platz gefunden haben. Wir wollen einen gesetzlichen umfassenden Schutz für Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schaffen und wir fordern die flächendeckende Einrichtung von Schwerpunktstaatsanwaltschaften und eine Verbesserung bei den Berichtspflichten. Was halten Sie von diesen weitergehenden Forderungen? Eine zweite Frage hätte ich noch an Frau Dr. Fischer. Professor Montgomery hat ja sinngemäß – ich überspitze das ein bisschen – gemeint, kein Arzt könnte so richtig genau wissen, was für ihn jetzt mit diesem Gesetz erlaubt sei und was nicht und wo die Grenzen von erlaubter oder sogar erwünschter Kooperation zu unerlaubter und unerwünschter Korruption liegen. Nun sind Sie ja Geschäftsführerin eines Verbandes von Medizinerinnen und Medizinern – wie gestaltet sich das aus Ihrer Erfahrung: Sind Ihre Mitglieder in der Lage, Gesetze sinnentnehmend zu interpretieren oder welche Hilfestellung würden Sie sich gerade von der Bundesärztekammer erhoffen, die über einen Leporello in der Kitteltasche hinausgehen?

Die **Vorsitzende**: Frau Klein-Schmeink und dann Herr Wiese.



Abg. **Maria Klein-Schmeink** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Ich hätte auch Fragen zum Hinweisgeberschutz, diesmal nicht auf der Ebene des Arbeitnehmers oder Kollegen, sondern auf der Ebene des Patienten. Müssten nicht auch solche Patienten unterstützt werden, die aus Angst vor nachteiligen Konsequenzen für ihre Behandlung beispielsweise davon absehen, einen entsprechenden Verdacht weiterzugeben? Das ist eine Frage an Herrn Douglas. Dann nochmal zur Bestimmtheit der Frage von zulässigen und nichtzulässigen Kooperationen: Gibt es von Ihrer Seite Vorschläge, wie man da zu einer Schärfung kommen könnte? Die Frage würde ich auch an Professor Kubiciel stellen.

Die **Vorsitzende**: Herr Wiese.

Abg. **Dirk Wiese** (SPD): Meine erste Frage geht ebenfalls an Professor Kubiciel. Vorhin hatte Herr Dr. Brock in der Antwortrunde mehrere Bedenken unterschiedlichster Art gegen den Nummer 2 ausgeführt und Sie haben mehrmals mit dem Kopf geschüttelt. Vielleicht könnten Sie nochmal detailliert darlegen, warum das so war. Die zweite Frage geht an Herrn Dr. Meseke. Sie haben in Ihrem Gutachten die Forderung nach einem Hinweisgeberschutzgesetz ausgeführt. Vielleicht könnten Sie das nochmal erläutern, denn vorhin wurde angesprochen, dass es gerade im ländlichen Raum durchaus so ist, dass die Ärztelandschaft – gerade bei Fachärzten – ausdünn. Ich kenne das aus meinem Wahlkreis, da ist die Hemmschwelle ein bisschen größer etwas zu sagen, wenn es nur noch einen behandelnden Facharzt vor Ort gibt, weil man vielleicht mit Repressalien oder ähnlichem rechnet. Vielleicht können Sie das nochmal ein bisschen ausführen. In der ersten Fragerunde hatten Sie auf meine Frage zum Offizialdelikt geantwortet: Ist ein Offizialdelikt ohne eine Schwerpunktstaatsanwaltschaft, die man vielleicht der Wirtschaftsschwerpunktstaatsanwaltschaft unterordnet, sinnvoll? Es kann sein, dass ein normaler Staatsanwalt, der damit nicht so viel zu tun hat, Ermittlungen in Gang stößt, die, wenn sie erst einmal in der Zeitung stehen, einen Flurschaden anrichten können. Deshalb noch einmal der Punkt aus der ersten Fragerunde zum Verhältnis von Schwerpunktstaatsanwaltschaft und Offizialdelikt.

Die **Vorsitzende**: Danke Herr Wiese. Ich habe mich selber auf die Rednerliste gesetzt, danach sind Herrn Monstadt, Herrn Henke und Herrn Weinberg an der Reihe. Ich stelle eine Frage an Frau Fischer und an Herrn Montgomery. Mich bewegt als Abgeordnete § 299 a Absatz 1 Ziffer 2 StGB. Ich versuche zu verstehen, was jetzt eigentlich die zugrunde liegende Basisregel ist bei der Abgrenzung zwischen berufsständischem Recht und Bundesrecht. Wir hatten die Debatte vor kurzem bei einem Thema, das uns intensiv beschäftigt hat – anderthalb Jahre lang, man dachte schon, man kriegt nekrophile Neigungen, aber kurz vorher haben wir es dann doch entschieden. Da war auch immer die Frage: Darf der Bundesgesetzgeber eigentlich in Bereiche eingreifen, die wir klassisch dem Landesrecht zuordnen? Für die, die nicht dabei waren: Es ging um den assistierten Suizid. Wie weit darf der Bund strafrechtlich eingreifen und dem Grenzen setzen? Es wurde immer mit Verve vertreten: Das ist unsers, das machen wir! Und dies ohne groß darüber zu klagen, dass das in den Bundesländern durchaus ausgeglichen verteilt ist, manche sehen es so, die anderen so. Das animiert mich besonders, auf Ziffer 2 nochmal einzugehen: Ich verstehe – ehrlich gesagt – nicht, warum man die berufsrechtliche Pflicht zu Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit als Merkmal streichen soll. Mich bewegt zusätzlich, dass andere Gruppen ähnliche Regeln haben. Nicht nur die Frage, was die Ärzteschaft eigentlich will, sondern auch, warum hier eigentlich etwas anderes gelten soll als woanders. Es sind immer erwachsene Menschen, die mit solchen Formulierungen umgehen müssen. Bei ärztlichen Heilberufen gehe ich davon aus, dass es sich sogar immer um Akademiker handelt. Ich erwarte also eine gewisse Fähigkeit, sich einen Sachverhalt zu erarbeiten, anzueignen und Regeln zu verstehen, es sei denn, wir sind als Gesetzgeber so schlecht und bekommen es nicht richtig hin. Warum soll denn da etwas anderes gelten als bei der Abgeordnetenbestechung, bei Gemeinderäten usw., wo wir jeweils gezwungen sind, uns entsprechende Verhaltensregeln zu geben, an die wir uns zu halten haben? Daran hängt die Definition des Gehalts einer Unrechtsvereinbarung am Ende. Das gilt auch für Gemeinderäte. Das sind im Übrigen Leute, die



sich nicht wie Abgeordnete oder Ärztinnen oder Ärzte auf ein Thema spezialisieren können, sondern eine Vielzahl von komplexen Themen manchmal auch relativ überraschend bearbeiten müssen – plötzlich müssen sich alle über Nacht um Flüchtlinge und ihre Unterbringung kümmern. Warum soll da eigentlich etwas anderes gelten? Ich möchte auch noch etwas zur Selbstregulierung sagen: Wenn Selbstregulierung statt staatlicher Regulierung sein soll, dann aber gerade nicht Andockstelle für zum Beispiel strafrechtliche Korruptionsbekämpfung sein soll, dann frage ich mich, ob wir überhaupt irgendetwas regeln sollen oder dürfen. Welches rechtspolitische Signal wird ausgesendet, wenn wir es in die Selbstregulierung oder in die berufsständischen Regelungen geben, dann aber sagen, das darf nicht gelten und keine Sanktionen auslösen?

Abg. **Dietrich Monstadt** (CDU/CSU): Danke Frau Vorsitzende. Ich werde jetzt versuchen, eine Frage zu stellen, die nicht ganz so lang ist und die man dann entsprechend kurz beantworten kann. Sie richtet sich an Herrn Dr. Broch und an Herrn Dr. Schneiderhan. Es geht noch einmal um die zweite Alternative – Verletzung der berufsrechtlichen Pflichten usw. Wenn man jetzt nicht zu dem Ergebnis käme, dass man diese zweite Alternative streichen kann – Herr Dr. Broch hatte den Flickenteppich angesprochen –, sehen Sie eine Chance, den Anwendern, den Kooperationspartnern, den Ärzten usw. einen Katalog an die Hand zu geben; dass man vielleicht durch Änderungsanträge in der Begründung Ergänzungen vornehmen müsste? Nehmen wir konkrete Beispiele wie das Entlassmanagement aus dem Krankenhaus nach § 39 SGB V, Produktschulungen und kostenlose Demonstrationen von Produkten im Medizinproduktebereich oder auch kurzfristige Geräteüberlassungen zur Produkterprobung in dem Bereich, für den ich besonders streite. Solche Dinge müssen möglich sein, damit der Anfangsverdacht – die Frage richtet sich natürlich auch an den Staatsanwalt – gerade nicht begründet werden kann. Denn Ermittlungsverfahren verursachen, wenn sie mit entsprechenden Sachmitteln, etwa Polizeieinsätzen unterlegt werden, enormen Schaden für die betroffenen Unternehmen und anderweitig

Betroffenen, wenn z. B. Polizeieinheiten mit Möbelwagen anrücken, um Dinge in einer Phase zu beschlagnahmen, wo das noch gar nicht entsprechend umgesetzt wurde.

Die **Vorsitzende**: Herr Henke.

Abg. **Rudolf Henke** (CDU/CSU): Die Frage geht an Herrn Dr. Schneiderhan und an Herrn Meseke und bezieht sich auf die schriftliche Stellungnahme von Herrn Kubiciel, in der er darauf aufmerksam macht, dass in § 299 a Absatz 1 davon die Rede ist, dass die Tat im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs erfolgt und als Gegenleistung. Diesen Bezug auf die Ausübung des Berufs und auf die Gegenleistung, also die Unrechtsvereinbarung, gibt es in § 299 a Absatz 2 nicht. Herr Kubiciel nennt das in seiner Stellungnahme ein Redaktionsversehen. Teilen Sie das? Und würden Sie sagen, das muss geändert werden? Denn sonst – Sie haben von den Veranstaltungen gesprochen, auf denen Sie unterwegs sind, Herr Meseke – wird es für die vielen Berufsangehörigen – es sind ja nicht nur Ärzte, sondern es sind ja - mit Ausnahme der Heilpraktiker und der anderen „nicht geregelten“ - alle Gesundheitsberufe, auch die pharmazeutische Industrie und alle Heil- und Hilfsmittelerbringer – schwierig, sich so orientieren. Wenn ich denen nicht sagen kann, die Unrechtsvereinbarung ist immer Voraussetzung dafür, dass du dich strafbar machst, dann haben wir ein Problem.

Die **Vorsitzende**: Herr Weinberg.

Abg. **Harald Weinberg** (DIE LINKE.): Zwei etwas allgemeinere Fragen. Die erste Frage geht nochmal an Herrn Dr. Kubiciel. Sie haben gerade erwähnt, dass Sie an einer Konferenz der EU-Kommission zum Thema Korruption im Gesundheitssektor teilgenommen haben. Vielleicht können Sie nochmal kurz sagen, wie sich die Korruption im deutschen Gesundheitswesen im internationalen Vergleich darstellt und welche Regelungen es in anderen EU-Staaten gibt? An Herrn Dr. Montgomery hätte ich noch die Frage: Sie schreiben, die Gesetzesinitiative könne nur erfolgreich sein, wenn die Fehlentwicklungen und Ursachen parallel und systematisch beseitigt würden. Mich würde interessieren, welche Fehlentwicklungen und Ursachen Sie hier meinen.



Die **Vorsitzende**: Danke sehr. Wir beginnen jetzt wieder in der anderen Reihenfolge. Herr Broch beginnt.

SV Dr. Uwe Broch: Zu der Frage, wie man diesen Konflikt rund um die zweite Tatbestandsalternative lösen könnte: Unser Vorschlag wäre, soweit es um Abgabe und Verordnung geht, schlichtweg eine Streichung. Wir glauben, dass es da für die zweite Tatbestandsalternative keinen Regelungsbedarf gibt. Wenn man das nicht aufgreifen wollte, und auch bei der Bezugsvariante, stellt sich die Frage nach dem rechtssicheren Maßstab. Ich halte es für schwierig, einen abschließenden Katalog von erlaubten Kooperationsformen hinzubekommen, der dann tatsächlich Rechtsunsicherheiten in der Praxis ausschließt. Bei der Bezugsvariante besteht das Problem, dass man dort das Wettbewerbsmodell - die erste Tatbestandsalternative - mit Blick auf Rabattvorschriften und Preisnachlässe als zu schwierig angesehen hat. Unter Umständen wäre hier die Lösungsmöglichkeit, dass man gleichwohl auf das Wettbewerbsmodell abstellt, aber die Fälle, die man nicht tatbestandlich erfassen will, denormiert. Ich glaube, das wäre einfacher, als einen abschließenden Katalog zu erstellen, was erlaubt ist und was nicht.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr. Jetzt hat Herr Douglas eine Frage von Frau Klein-Schmeink.

SV Dr. Morton Douglas: Der erste Teil der Frage bezieht sich auf den Schutz der Hinweisgeber, unabhängig von ehemaligen Arbeitnehmern, die immer ein Quell vieler Informationen sind. Patienten sind da in besonderen Maße betroffen. Ein praktisches Beispiel: Eine Dialysestation stellt Verschreibungen aus, händigt die aber nicht den Patienten aus, sondern leitet sie an eine wie auch immer verbundene Apotheke weiter. Hier hat der Patient Angst, dass er, wenn er die Herausgabe der Verschreibung fordert, um zu der Apotheke seines Vertrauens zu gehen, bei der Vergabe des nächsten Dialysetermins nicht mehr so berücksichtigt wird. Das sind die konkreten Situationen, denen sich Patienten ausgesetzt sehen. Hier bedarf es eines intensiven Schutzes dieser Patienten. Es muss sichergestellt werden, dass sie Vertrauen fassen können und dass auch die Möglichkeit besteht, dass sie dort weiterhin in Behandlung gehen. Gerade in ländlichen Gebieten, auch bei uns im Schwarzwald, gibt es

da große Probleme. Deswegen habe ich schriftlich die Einführung von Patientenbeauftragten vorgeschlagen. Der zweite Teil der Frage bezog sich auf die Konkretisierung. Ich sehe hinsichtlich der Nummer 2 keine rechtssichere Möglichkeit zur Konkretisierung. Ich bin aber – das habe ich vorhin schon geäußert – auch der Auffassung, wir brauchen es nicht. Nummer 1 und insgesamt der Tatbestand sind ja sehr stark am § 11 Apothekengesetz orientiert. Da gibt es einen großen Fundus an Rechtsprechung, der diese Kooperationen abdeckt und der auch in der Lage ist, Zusammenarbeiten, die zum Beispiel durch neue Medien ermöglicht sind, mit abzudecken. Deswegen noch einmal das Petitum: Versuche, hier etwas mit einem Katalog zu konkretisieren, werden vieles nicht erfassen und damit wieder zu unbestimmt. Deswegen: lieber ein klarer Schnitt und darauf vertrauen, dass durch Nummer 1 die relevanten Tatbestände und Sachverhalte abgedeckt werden. Danke.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr. Frau Fischer hat das Wort.

SVe Dr. Christiane Fischer: Zu der ersten Frage der Rechtsunsicherheit oder auch Rechtssicherheit: In dem ärztlichen Bereich, dem ich vorstehe, haben unsere Mitglieder keine Probleme. Wenn Ärztinnen und Ärzte redlich arbeiten, haben sie normalerweise keine Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Kooperation und korruptivem Verhalten einschließlich Vorteilsnahme und Vorteilsvergabe. Wenn Ärzte das nicht tun, dann brauchen sie sich auch nicht davon abzugrenzen. Das Problem der Gemeinschaftspraxen sehen wir ebenfalls nicht. Zumindest haben sich unsere Mitglieder, die Teil von Gemeinschaftspraxen sind, nie darüber beschwert. Berufsständisches Recht versus Bundesrecht: Das Bundesrecht ist meines Erachtens vorzuziehen. Das Strafrecht ist klarer - und ja, die Regeln sollten verstanden werden. Ich traue das Akademikerinnen und Akademikern vollumfänglich zu. Wenn dasselbe gelten soll wie für Abgeordnete und Gemeinderäte - was ich sehr unterstütze -, dann gilt auch hier ein Verbot von Vorteilsnahme und Vorteilsvergabe. Denn für die gilt es ja auch, sie dürfen keine Vergünstigungen annehmen. In Bezug auf die freiwillige Selbstkontrolle möchte ich nochmal wiederholen: Ich unterstütze die langjährige Forderung, dass auch in Deutschland



eine Regelung entsprechend dem *Physician Payments Sunshine Act*, also eine gesetzliche Verpflichtung, die Geldflüsse personenbezogen offen zu legen, sowohl für Industrieunternehmen wie für alle Ärztinnen und Ärzte eingeführt wird. Danke.

Die **Vorsitzende**: Danke sehr, Frau Fischer. Dann hat Herr Professor Kubiciel das Wort.

SV Prof. Dr. Michael Kubiciel: Vielen Dank. Die erste Frage geht dahin, ob ich mir eine konkretere oder bessere Formulierung für Nummer 2 vorstellen kann. Ich konnte mir eine bessere Formulierung für den ursprünglichen Entwurf vorstellen, der wegen der relativ weiten Formulierung „Berufsausübungspflichten“ ja allgemein kritisiert worden ist. Bei der jetzigen Fassung bin ich der Überzeugung, dass sehr klar wird, was gemeint ist. Die Unabhängigkeit der heilberuflichen Entscheidung meint Unabhängigkeit von dominierenden eigenen finanziellen Interessen. Das ist eine Chiffre, die akzessorisch Bezug nimmt auf Regeln des Gesundheitsrechts. Ähnlich wie die Rede von einer Vermögensbetreuungspflicht in § 266 StGB ist, der gewissermaßen vorstrukturiert, welche Pflichttypen gemeint sind, und dann für die Konkretisierung auf das Gesellschaftsrecht, das Aktienrecht, das Handelsrecht Bezug nimmt. Ich denke, es ist für den Rechtsanwender hinreichend klar, nach welchem Pflichttyp er Ausschau halten soll und wo das zu finden ist. Im Gesundheitsrecht des Staates oder der Kammern - darüber haben wir gesprochen. Herr Wiese fragt mich nach dem Grund meines Kopfschüttelns. Es liegt daran, dass ich den Eindruck hatte, dass sehr mikroskopisch auf die Regelung der §§ 299 a und 299 b StGB geschaut und nach der Bestimmtheit gefragt worden ist. Auch ein Beamter kann aus §§ 331 ff. nicht ableiten, welches konkrete Verhalten zulässig oder verboten ist. Wenn Sie mich persönlich fragen, welche Form von Neben-tätigkeiten ich ausüben darf oder nicht, kann ich nicht ins StGB schauen, sondern muss in den konkretisierten Verhaltensrichtlinien meiner Behörde – das ist die Universität zu Köln – nachschauen. Wenn ein Angestellter des geschäftlichen Bereichs beispielsweise daran geht, eine Kooperation im Baugewerbe für die Errichtung einer Autobahn einzugehen, dann kann er auch nicht in § 299

StGB oder in § 298 hineinschauen und daraus ablesen, was eine zulässige Kooperationsform ist, sondern wird in der Regel bei seiner Kammer oder seinem Verband nachfragen, die Musterverträge haben. Das stelle ich mir eigentlich auch bei den Heilberuflern vor. Es geht ja nicht um eine unüberschaubare Vielzahl von Kooperationsmodellen, sondern um ein abgrenzbares Set. Ich kann mir nicht vorstellen, weshalb es ausgeschlossen sein soll, dafür *best practices* oder Verhaltensleitlinien zu entwickeln. In den Grenzfällen, in denen man darüber hinausgeht, werden sich die Ärzte oder Apotheker – wer auch immer – ohnehin gesellschaftsrechtlich beraten lassen, das heißt anwaltlich. Es ist, genauso wie für viele andere Berufsgruppen, notwendig und auch zumutbar, spezifischen anwaltlichen, strafrechtlichen Rat einzuholen. Lassen Sie uns also nicht so mikroskopisch auf die §§ 299 a und 299 b StGB schauen. Das Strafrecht kann nicht alles regeln. Das hat das preußische Allgemeine Landrecht versucht, das bestand dann aus 26.000 Artikeln. Das ist nicht möglich. Man versucht das auch im StGB normalerweise gar nicht. Die dritte Frage von Herrn Meinke nach den europäischen Dimensionen: Mein Eindruck ist, dass es unterschiedliche Gruppen von Ländern mit spezifischen Korruptionsproblemen gibt. Verbreitet ist in Osteuropa – wenn ich das so vergrößernd sagen kann – die *petty corruption*, da verdienen Ärzte so wenig, dass sie sich bestechen lassen oder informelle Zahlungen annehmen müssen. Das haben wir in Deutschland nicht. Glücklicherweise haben wir auch nur ganz wenige Fälle, in denen die Vergabe von Medizinaufträgen korruptiv verschoben worden ist. Wir haben Fälle, die gewissermaßen aus unserem spezifisch deutschen System resultieren, das versucht, wettbewerbliche Strukturen mit einer Gemeinwohlbindung zu mischen. Wenn man allerdings die Kräfte des Wettbewerbs freisetzt und Ärzte und Krankenhäuser dazu motiviert, zu kooperieren und finanziellen Eigeninteressen zu folgen, dann führt das zu Grenzbereichen, in denen das Wort Korruption aufschallen kann. Um die Bekämpfung dieser Grenzverletzungen geht es. Wie ist das in anderen europäischen Staaten geregelt? Das hängt von dem Gesundheitswesen ab. Es gibt Staaten, da werden alle Ärzte als Amtsträger bezeichnet und



fallen deswegen unter Amtsträgerbestechungsdelikte. In anderen Staaten werden die Tatbestände über die *bribery in private sector* angewendet. Es gibt allerdings kein Land in der Europäischen Union, das keine Straftatbestände gegen Korruption im Gesundheitswesen hat, das also gewissermaßen legalisiert. Es ist bei den Vertretern - das waren alles Beamte aus dem Gesundheitswesen und Juristen - auf große Aufmerksamkeit gestoßen, auch bei denen aus Ländern mit den Problemen, dass sich Deutschland anschickt, einen auch symbolisch wichtigen Straftatbestand zu schaffen, der genau diese Personen adressiert - eben weil es in deren Ländern so ein großes Problem ist. Dass über diese akzessorischen Regeln gewissermaßen der Ball zurück in den Gesundheitsmarkt und an ihre Akteure gespielt wird, fand jedenfalls die Vertreterin der Republik Frankreich sehr interessant und freut sich über weitere Meldungen hier aus Berlin.

Die **Vorsitzende**: Immerhin einer, der sich freut. Da ist man in diesen Tagen nicht hundertprozentig sicher. Jetzt kommt Herr Meseke.

SV Dr. Stephan Meseke, LL.M.: Genau. Ich habe drei Fragen, die ich beantworten möchte. Ich beginne mit den Fragen von Frau Vogler – verkürzt: Was halten Sie von den Vorschlägen unserer Fraktion? Mit den Berichtspflichten, wie sie jetzt im SGB V vorgesehen sind, können Sie gut leben, denke ich. Es wird auf jeden Fall dazu führen, dass Sie, wenn Sie in Zukunft fragen, auch Zahlen von den kassenärztlichen Bundesvereinigungen bekommen. Das ist die Transparenz, die wir alle haben wollen, was auch Ziel des Gesetzgebers ist. Sie haben auch zu Ihrem Vorschlag eines Hinweisgeberschutzgesetzes gefragt. Sie wissen ja, dass Ihr Vorschlag gerade im Ausschuss für Soziales abgelehnt worden ist. Ich habe in Vorbereitung der Anhörung nochmal nachgelesen und gesehen, dass das Thema bei den Kollegen der SPD in Arbeit und Soziales weiter auf dem Schirm ist. Denn es steht ja zum Glück auch im Koalitionsvertrag, dass man sich die internationalen Vorgaben nochmal anschauen möchte. Dafür habe ich Ihnen auch noch zwei Argumente mitgeliefert. Diese Vorschriften der Fehlverhaltensstellen sind ein Stück weit die fortschrittlichsten

Regelungen im deutschen Recht zum Hinweisgeberschutz. Denn jeder Patient, – das klang ja auch in der Frage von Herrn Wiese an – der einen Verdacht hat, soll sich an diese Stellen bei den Krankenkassen wenden können. Dann gibt es regelmäßig die Frage: Herr Meseke, kann ich Ihnen das offen schildern? Können Sie mir zusichern, dass Sie meinen Namen heraushalten? Ich bin da angestellt, ich befürchte, dass man mir möglicherweise kündigt. Dafür gibt es viele Beispiele. Und dann muss ich sagen, das kann ich Ihnen nicht versprechen. Schicken Sie es mir anonym im Umschlag. Schreiben Sie bitte Ihren Namen nicht drauf, denn es kann sonst sein, dass das irgendwann in der Akte eines Staatsanwalts landet, sollten wir zu dem Ergebnis kommen, dass ein Anfangsverdacht besteht. Das ist unbefriedigend. Man kann nicht einerseits sagen, wende dich an die Krankenkassen, und dann andererseits sagen, ein Zeugnisverweigerungsrecht gibt es nicht. Es besteht durchaus Bedarf, nochmal darüber nachzudenken, wenn es eines Tages einen neuen Aufschlag zum Thema Hinweisgeberschutz gibt. Und deswegen war mir auch wichtig, dieses Zitat nochmal zu bringen. Wir sind ein Stück weit noch Entwicklungsland beim Hinweisgeberschutz. Das war meine Botschaft. Damit bin ich bei der dritten Frage, und wenn Sie gestatten, möchte ich sie ein bisschen kombinieren. Es ging nochmal um die Schwerpunktstaatsanwaltschaften. Das ist eindeutig in Ihrem Antrag drin. Ich habe versucht, nochmal zu begründen, warum es nicht ausreicht, nur spezialisierte Richter zu haben. Denn es geht um den Staatsanwalt. Das ist der, der die Sachen zuerst auf dem Tisch hat. Der muss entscheiden. Da haben wir gegenwärtig – so spitze ich das immer ein bisschen zu – ein Nord-Süd-Gefälle. Sehr prominent haben wir vor kurzem gehört, dass es in Bayern jetzt drei Schwerpunktstaatsanwaltschaften gibt. In Thüringen gibt es das schon etwas länger. Hessen ist ein bisschen ein besonderer Fall, aber es gibt auf jeden Fall – und das ist das Entscheidende – eine qualifizierte Staatsanwaltschaft. Es ist ein Irrglaube, dass man über Nacht Gesundheitswesen lernt. Das wissen alle, die sich mit der Medizin beschäftigen. Das dauert eine Weile. Die Erfahrungen zeigen, dass hier über die Jahre eine Kompetenz aufgebaut werden muss. Ich habe das ein paarmal erlebt. Ich war eingeladen bei den



Kollegen der kassenärztlichen Vereinigungen in Bayern, die haben jedes Jahr einen Saal voll eingeladen, alle Staatsanwälte in Bayern, um denen ansatzweise SGB V beizubringen. Das Ergebnis war, dass sie das jedes Jahr wiederholt haben, weil es jedes Jahr neue Staatsanwälte gab, weil da ein sehr schneller Wechsel ist. Das ist insofern sehr schön. Ich hatte vor kurzem Gelegenheit, an einem Auftakttreffen der Krankenkassen mit den drei Schwerpunktstaatsanwaltschaften in München teilzunehmen. Heute gibt vier Staatsanwälte, zwei in München, einer in Hof, einer in Nürnberg-Erlangen. Es macht einfach Sinn, weil diese Fälle sehr komplex sind und man auch nicht immer weiß, ist das nur Korruption oder ist das auch noch eine Vermögensstraftat? Wenn das auf einem Tisch liegt, ist das sehr sinnvoll. Das muss nur von oben auch ein Stück weit mal durchgegeben werden – so ist meine Erfahrung. Es ist aber auch nicht zwingend notwendig, immer und überall Schwerpunktstaatsanwaltschaften einzurichten. Es gibt auch sehr gute Modelle, die wir auch mit anschieben konnten. In Mecklenburg-Vorpommern und auch in Brandenburg hat man sich durchgerungen, entweder bei jedem Landgericht einen Staatsanwalt zu haben, der alles aus dem Bereich Gesundheitswesen auf den Tisch bekommt, oder, in Brandenburg, versucht, alles zumindest zu einer Staatsanwaltschaft zu ziehen. Das ist die Tendenz, die mir wichtig ist. Ich habe Ihnen außerdem eine kriminologische Studie beigelegt, die das anhand einer Reihe von Ermittlungsverfahren ausgeführt hat. Das Ergebnis können Sie nachlesen: Es sind auf jeden Fall Maßnahmen einzufordern, anzumahnen innerhalb der Justiz, und das sollte nachdenklich stimmen. Letzte Frage von Herrn Henke: Ja, Redaktionsversehen. Es kann nicht sein, dass es in dem einen Absatz kürzer ist als in dem anderen. Es muss also in beiden gleichläufig sein. Es ist auch kein Problem, das schnell noch zu korrigieren. Jetzt hoffe ich, dass ich alles beantwortet habe. Vielen Dank.

Die **Vorsitzende**: Herr Professor Montgomery hat das Wort.

SV Prof. Dr. Frank Ulrich Montgomery: Wenn Sie gestatten, Frau Vorsitzende - nach den Schwerpunktstaatsanwaltschaften bin ich nicht gefragt worden. Aber ein Satz: wir begrüßen das.

Wir wollen mit Spezialisten und mit Fachleuten reden. Mit dem Buchstaben-Staatsanwalt macht das keine Freude. Aber mit einem, der weiß, wovon er redet im SGB V, kann man vernünftig kooperieren und zusammenarbeiten. Jetzt zu Ihren Fragen: Herr Abgeordneter Luczak, Sie haben zurecht auf den Schutz des Patienten-Arzt-Verhältnisses über das Berufsrecht hingewiesen, und deswegen Ihr Versuch, das über Nummer 2 bei der Tatbestandsbeschreibung mit einzufügen. Sie können das aber auch weglassen. Denn immer, wenn die Staatsanwaltschaft nach Nummer 1 ermittelt, sollte sie das Ergebnis nach MiStra der Ärztekammer mitteilen. Überall dort, wo es keinen strafrechtlich relevanten Tatbestand gegeben hat, mag es gleichwohl einen berufsrechtlichen geben. Denn das Berufsrecht ist scharf formuliert, es enthält drakonische Elemente. Es hat nur ein Vollzugsdefizit, weil wir von diesen Problemen nicht erfahren, und weil es keine Kammerpolizei und keinen Kammerknast gibt. Deswegen würden Sie uns sehr helfen, wenn Sie den zweiten Teil streichen, uns aber gleichwohl nach MiStra die Fälle alle mitteilen, damit wir sie über den berufsrechtlichen Überhang aburteilen können. Werte Frau Vorsitzende, Sie haben unser beider Disput aus der Vergangenheit angesprochen. Ich finde, er belegt exemplarisch, was passiert. Die Frage, ob der Bundesgesetzgeber eingreifen darf, vermag ich nicht zu beantworten. Die müssen Sie den Juristen stellen, ich bin nur Arzt. Was passiert, wenn der Bundesgesetzgeber eingreift, das konnten Sie wunderbar erleben. Wir hatten nämlich bundesweit 60 Jahre lang ein einheitliches Berufsrecht in dem von Ihnen zitierten Gebiet – Generalklausel der Berufsordnung plus § 16, Umgang mit Sterbenden. Erst als der Bundesgesetzgeber - noch unter der vorherigen Regierung – begann, hier einzugreifen, hat sich das Berufsrecht differenziert in den einzelnen Bundesländern. Das finde ich exemplarisch. Das wird auch in diesem Fall passieren. In einzelnen Bundesländern wird man das Berufsrecht unterschiedlich interpretieren, auch in Bezug auf die berufsrechtlichen Pflichten der Unabhängigkeit bezogen auf Strafrechtstatbestände. Gerade für den Strafrechtstatbestand wird man hier differenzieren. Das heißt, wir fördern geradezu die Differenzierung des Berufsrechtes, wenn wir das so machen. Einen Irrtum möchte ich hier ausräumen: Ärzte, da sind



wir einig, sind in der Regel Akademiker. Aber bei den Fällen, um denen es hier geht, geht es nur zu 14 Prozent um Ärzte. 14 Prozent, mit 20 Prozent des materiellen Volumens. 86 Prozent sind andere Berufsgruppen, überwiegend Nicht-akademiker, überwiegend nicht durch berufsrechtliche Regelungen, Berufsordnung oder anderes geregelt: Logopäden, Pflege, Besitzer von Pflegeheimen, Hörgeräteakustiker, ambulante Pflegedienste – ich könnte eine Liste aufzählen von 36 Fällen. Trotzdem wird immer von Ärzten geredet. Wir sind zwar der attraktivste Teil dieser Debatte, aber nicht der größte. Schließlich die Frage von Herrn Weinberg: welche Fehlentwicklungen meinen Sie? Sie gestatten, kurz das Buch von Herrn Badle zu zitieren, der als Schwerpunktstaatsanwalt in dieser Sache in Frankfurt einen großen Ruf genießt. Der sagt: „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, unübersichtlich mit teilweise überalterten Gebührenordnungen und sich ständig ändernden rechtlichen Rahmenbedingungen, bietet geradezu einen Nährboden für strafrechtlich relevante Sachverhalte.“ Dieses Zitat stammt von Herrn Badle, und da hat er Recht, und das wollen wir ja ändern. Deswegen, wenn Sie das SGB V einfacher anlegen würden, würden Sie wahrscheinlich – aber da bin ich hoffnungsfrei – § 299 a und b nicht brauchen.

Die **Vorsitzende**: So, jetzt als letzter in der Runde Herr Dr. Schneiderhan.

SV Dr. Peter Schneiderhan: Nochmal zum Offizialdelikt: Ich gebe Herr Kubiciel Recht. Es ist wahrscheinlich aufgrund der Systematik der §§ 299 ff. StGB in den Gesetzentwurf gekommen. Ich glaube nicht, dass das Erfordernis eines Strafantrags und die Möglichkeit, bei besonderem öffentlichem Interesse zu ermitteln, die

Verfolgung der Fälle, die verfolgt werden sollen, verhindern. Daher kann man das beibehalten, es wird in der Praxis wahrscheinlich keine allzu große Rolle spielen. Problematischer sind die Schwierigkeiten beim Tatnachweis - aber nicht die Hürde Strafantrag bzw. das Bejahen eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung. Auch wenn es systematisch wahrscheinlich richtig wäre, das rauszunehmen. Aber wie gesagt, in der Praxis dürfte es kaum eine Rolle spielen.

Zum Anfangsverdacht und zu § 299 a Absatz 1 und Ziffer 2 StGB: Ich bin der Meinung, wir brauchen diese Ziffer 2, weil es Fälle gibt, in denen keine Wettbewerbssituation vorliegt. Denken Sie an den Monopolisten, der ein völlig unnützes Produkt über die Bestechung von Leuten, die dieses Produkt dann verschreiben oder anwenden, in den Markt drücken will. Hier haben wir keine Wettbewerbssituation, aber natürlich eine Situation, die der heilberuflichen Unabhängigkeit widerspricht. Wenn das Produkt völlig wertlos ist und überhaupt keine körperlichen Reaktionen hervorruft, wird wahrscheinlich keine Körperverletzung vorliegen, sodass es einfach eine unnütze Ausgabe ist, aber natürlich die Krankenkassen belastet und möglicherweise auch den Patienten irritiert. Insofern bin ich hier der Meinung, dass wir diese Vorschrift brauchen. Hinsichtlich des Anfangsverdachts wird wahrscheinlich bei den Ärzten viel Arbeit auf die Kammern und bei den anderen Heilberufen auf die entsprechenden berufsständischen Organisationen zukommen, denn - ähnlich wie bei den Beamten - wenn man die bevorstehende Vorteilsannahme meldet und abklärt mit seinen Vorgesetzten, ist man selber draußen, dann besteht kein Verdacht mehr. Auf die Kammern wird wahrscheinlich zukommen, dass Verträge begutachtet und Fortbildungsveranstaltungen zertifiziert werden müssen. Wenn ein solches Zertifikat vorliegt, besteht natürlich kein Anfangsverdacht, zumindest nicht gegen den Arzt, der an der Veranstaltung teilgenommen hat. Daher wird es sicher einen Mehrbedarf an interner Klärung geben. Aber das ist eine Aufgabe, die das Strafrecht nicht lösen kann, das müssen die einzelnen berufsständischen Organisationen regeln. Wenn dann ein Verdacht aufkommt, und der Arzt oder der Logopäde bescheinigen kann, dass es sich um eine von seinem Verband zertifizierte



Fortbildungsveranstaltung handelt, wird man den Anfangsverdacht zunächst nicht bejahen können. Zu der Frage der Unrechtsvereinbarung: Auch ich bin der Meinung, dass es der Klarstellung dient, wenn „als Gegenleistung“ in Absatz 2 des § 299 a StGB aufgenommen wird. Aber auch ohne das wäre ich der Meinung, dass der Wortlaut des Absatzes 2 den gleichen Tatbestand beinhaltet.

Die **Vorsitzende**: Danke. Ich habe nicht den Eindruck, dass es weitere Fragen gibt. Dann danke ich den Sachverständigen herzlich. Ich glaube, wir haben eine ganze Menge Nachdenkenswertes gehört und Dinge, die wir vor Beschlussfassung dieses Gesetzes noch nacharbeiten können. Also, ganz herzlichen Dank erst einmal. Ich schließe die Sitzung.

Schluss der Sitzung: 17:12 Uhr

Renate Künast, MdB

Vorsitzende



Anlagen: Stellungnahmen der Sachverständigen

Dr. Uwe Broch	Seite 39
Dr. Morton Douglas	Seite 47
Dr. med. Christiane Fischer	Seite 51
Prof. Dr. Michael Kubiciel	Seite 59
Dr. Stephan Meseke, LL.M.	Seite 81
Prof. Dr. med. Frank Ulrich Montgomery	Seite 104
Dr. Peter Schneiderhan	Seite 126

Stellungnahme

**zum Gesetzentwurf der Bundesregierung
vom 21.10.2015 für ein**

**„Gesetz zur Bekämpfung von Korruption
im Gesundheitswesen“ (BT-Drs. 18/6446)**

Die Regierungsparteien haben im Koalitionsvertrag vereinbart, einen Straftatbestand der „Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen“ in das Strafgesetzbuch (StGB) einzuführen. Hintergrund ist eine Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 29.03.2012, nach der niedergelassene Ärzte weder als Amtsträger noch als Beauftragte der Krankenkassen anzusehen sind und insoweit eine Korruptionsstrafbarkeit nach geltendem Recht ausscheidet.

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat am 04.02.2015 den Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ vorgelegt, zu dem der vfa am 10.04.2015 gegenüber dem BMJV Stellung genommen hat. Gerne nimmt der vfa auch die Möglichkeit wahr, zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 21.10.2015 für ein „Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ (BT-Drs. 18/6446) Stellung zu nehmen.

vfa-Position

Die Annahme oder Gewährung von korruptiven Zuwendungen gefährdet das höchste Gut des Gesundheitswesens: Das Vertrauen des Patienten in individuelle, allein am Wohl des Patienten ausgerichtete heilberufliche Entscheidungen. Vor diesem Hintergrund ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber tätig werden will, um die vom BGH aufgezeigte Regelungslücke zu schließen.

Die Zusammenarbeit zwischen pharmazeutischen Unternehmen und Ärzten und anderen Fachkreisangehörigen ist für die Erforschung, Entwicklung und Anwendung innovativer Arzneimittel - und damit den medizinischen Fortschritt - unverzichtbar und ist ausdrücklich auch von der Politik gewünscht. Dabei muss die Unabhängigkeit von Ärzten und Fachkreisangehörigen gewahrt sein. Für die Mitgliedsunternehmen des vfa, die gleichzeitig auch Mitglieder der Freiwilligen Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie e.V. (FSA) sind, ist dies selbstverständlich und seit Jahren gelebte Praxis. Sie haben sich strengen Kodexregelungen unterworfen, die überdies unabhängig davon gelten, ob mit angestellten oder freiberuflich tätigen Ärzten zusammengearbeitet wird.

Bei der konkreten Ausgestaltung der gesetzlichen Regelungen sollte jedoch darauf geachtet werden, dass legitime Kooperationsformen von pharmazeutischen Unternehmen und Angehörigen von Heilberufen, insbesondere der Ärzteschaft, nicht beeinträchtigt werden. Insgesamt bedarf es gesetzlicher Regelungen, die für die Rechtsanwender hinreichend bestimmt sind und für alle Beteiligten Rechtssicherheit schaffen. Mit Blick hierauf erweist sich die in §§ 299a und 299b StGB-E. vorgesehene Tatbestandsalternative des „seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzen“ als problematisch.

Vor diesem Hintergrund sollte aus Sicht des vfa die Tatbestandsalternative des „seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzen“ in §§ 299a Abs. 1, 299b Abs. 1 StGB-E. ersatzlos gestrichen werden - zumal hier mit der Tatbestandsalternative der „unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb“ bereits ein Maßstab für die Beurteilung von Sachverhalten im Bereich der „Verordnung und Abgabe“ von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln gesetzt ist. Im Hinblick auf die §§ 299a Abs. 2, 299b Abs. 2 StGB-E., die laut Begründung des Regierungsentwurfs auf Sachverhalte aus dem Bereich des „Bezugs“ abzielen, sollte jedenfalls ein rechtssicherer Maßstab gewählt werden, der die mit dem Tatbestandsmerkmal der Verletzung einer „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ einhergehenden Rechtsunsicherheiten vermeidet.

Im Einzelnen:

1. Zusammenarbeit zwischen pharmazeutischer Industrie und Ärzteschaft

Die Zusammenarbeit zwischen der pharmazeutischen Industrie und Ärzten ist unverzichtbar. Ohne eine enge Kooperation in der Forschung und Entwicklung, einen organisierten Wissenstransfer sowie die klinische Erprobung von Arzneimitteln ist die Neu- und stetige Weiterentwicklung von Produkten nicht vorstellbar. Zudem ist wichtig, dass das Wissen aus der klinischen Forschung auch in die Praxis der Therapie gelangt und Ärzte den Anschluss an den aktuellen Forschungs- und Wissensstand halten. Hierdurch werden Ärzte unterstützt, hinsichtlich der Anwendung von Arzneimitteln sachgerechte Therapie- und Ordnungsentscheidungen zu treffen. Gleichzeitig muss bei dieser Zusammenarbeit dem Grundsatz der ärztlichen Unabhängigkeit Rechnung getragen werden. Dies gilt auch im Hinblick auf alle anderen Fachkreisangehörigen.

2. Selbstregulierung durch Kodizes

Zu diesem Zweck haben sich die Mitgliedsunternehmen des vfa selbst strenge Regeln gegeben. Seit Gründung des Vereins „Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie“ (FSA) im Jahr 2004 gibt der FSA-Kodex „Fachkreise“ klare Verhaltensstandards vor, um Missbrauchsfällen und unlauterem Verhalten entgegenzuwirken. Der FSA-Kodex „Fachkreise“ legt für die Mitgliedsunternehmen verbindliche Maßstäbe fest und macht konkrete Vorgaben im Hinblick auf Kooperationsformen wie beispielsweise vertragliche Zusammenarbeit oder das Sponsoring von berufsbezogenen wissenschaftlichen Fortbildungsveranstaltungen. Mit seinen Regelungen hat der FSA in den vergangenen zehn Jahren eindeutige Stan-

dards definiert, gesetzliche Regelungen konkretisiert und ein effektives Sanktionierungssystem etabliert.

Seite 4/8

Ein konsequenter weiterer Schritt der Selbstregulierung ist die Herstellung von Transparenz durch Offenlegung der Zuwendungen von Unternehmen an Ärzte und andere Fachkreisangehörige. Die Verpflichtung zur Transparenz ist bereits seit Gründung des FSA bestimmendes Merkmal im Kodex-Regelwerk (z.B. beim Sponsoring externer Fortbildungsveranstaltungen sowie bei der Unterstützung von Patientenorganisationen). Im November 2013 wurde zudem der FSA-Transparenzkodex verabschiedet, der die Mitgliedsunternehmen verpflichtet, Zuwendungen an Fachkreisangehörige (in Europa ansässige und hauptberuflich tätige Ärzte, Apotheker und andere Angehörige der Heilberufe) sowie deren Organisationen (z.B. Krankenhäuser, Universitätskliniken) zu erfassen und jährlich auf der Unternehmenswebsite zu veröffentlichen (erstmalig im Jahr 2016 für das Jahr 2015). Diese Initiative ist gleichzeitig eine Umsetzung entsprechender Transparenzregelungen der im europäischen Dachverband EFPIA organisierten forschenden Pharma-Unternehmen und orientiert sich an dem gesetzlichen Vorbild des Physician Payments Sunshine Act (PPSA) aus den USA.

3. Strafgesetzlicher Rahmen / §§ 299a, 299b StGB-E.

Hinsichtlich des strafgesetzlichen Rahmens hat der BGH den Gesetzgeber in die Pflicht genommen, die von ihm konstatierte gesetzliche Regelungslücke hinsichtlich niedergelassener Vertragsärzte zu schließen. Dem kommt der Regierungsentwurf vom 29.07.2015 nach.

Nach § 299a Abs. 1 StGB-E. macht sich wegen Bestechlichkeit strafbar, wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung dieses Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugt oder
2. seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzt.

Ebenso wird nach § 299a Abs. 2 StGB-E. bestraft, wer als Angehöriger eines Heilberufs einen Vorteil dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patien-

ten bestimmt sind, seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzt.

Seite 5/8

Spiegelbildlich zu § 299a StGB-E. stellt § 299b StGB-E. die Bestechung unter Strafe.

a) Die mit § 299a StGB-E. vorgenommene Schließung der vom BGH aufgezeigten Regelungslücke auf Seiten des Vorteilsnehmers ist nachvollziehbar. Der FSA-Kodex „Fachkreise“ unterscheidet schon seit seiner ersten Fassung aus dem Jahr 2004 nicht zwischen angestellten und freiberuflich tätigen Ärzten: Für die im Sinne der Patienten notwendigen Kooperationen der Unternehmen mit Fachkreisen gelten im Rahmen der Selbstregulierung für alle Ärzte dieselben strengen Regeln.

b) Mit Blick auf die Regelungen der §§ 299a, 299b StGB-E. ist aus Sicht des vfa aber unabhängig hiervon bedeutsam, dass legitime Kooperationsformen zwischen Industrie und Ärzteschaft und anderen Fachkreisangehörigen nicht beeinträchtigt werden.

Insofern ist grundsätzlich zu begrüßen, dass in den Regelungen der §§ 299a, 299b StGB-E. das Merkmal der „Unlauterkeit“ tatbestandlich in das Verbot von Begünstigungen oder Bevorzugungen aufgenommen wurde. So wird in der Tatbestandsalternative „einen anderen im ... Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugen“ (§ 299a Abs. 1 Nr. 1, § 299b Abs. 1 Nr. 1 StGB-E.) ausdrücklich darauf abgestellt, dass nicht jede Bevorzugung im Wettbewerb den Tatbestand verwirklicht, sondern dass diese unlauter sein muss. Dies entspricht der Systematik des existierenden § 299 StGB, der mit seiner reichhaltigen Judikatur eine verlässliche Orientierung auch für die praktische Handhabung der §§ 299a Abs. 1 Nr. 1, 299b Abs. 1 Nr. 1 StGB-E. bieten sollte.

c) Demgegenüber wirft die ergänzend vorgesehene Tatbestandsalternative „seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzen“ (§ 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und § 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E.) nicht zuletzt hinsichtlich des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) eine Reihe von Fragen auf, die es im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu klären gilt:

- Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gebietet das Bestimmtheitsgebot eine so konkrete Umschreibung der Strafbarkeitsvoraussetzungen, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen: Jedermann soll voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist; gleichzeitig soll sichergestellt sein, dass der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet.

- Vor diesem Hintergrund ist zunächst positiv festzuhalten, dass die zweite Tatbestandsalternative im Regierungsentwurf eine Präzisierung gegenüber der Fassung des Referentenentwurfs des BMJV vom Februar 2015 erfahren hat. Mit der Formulierung „seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzen“ (§ 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, § 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E.) wird nunmehr deutlich gemacht, dass nicht ausnahmslos jede Verletzung einer Berufsausübungspflicht tatbestandlich erfasst sein soll (anders noch im Referentenentwurf). Zudem konzentriert sich der Regierungsentwurf bei dieser Tatbestandsalternative nunmehr auf die zur Korruptionsbekämpfung wesentliche Kernpflicht, namentlich die Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit.
- Trotz dieser Präzisierung lässt die zweite Tatbestandsalternative aber nach wie vor den Inhalt und die Reichweite der „Pflichtverletzung“ offen, was mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot problematisch ist. Bei der Bestimmung der Frage, ob gegen eine Berufspflicht verstoßen wird, die die heilberufliche Unabhängigkeit schützen soll, muss nach wie vor vornehmlich auf Vorschriften in Landesberufsordnungen und in Kammergesetzen der Länder zurückgegriffen werden, die von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich ausgestaltet und interpretiert werden können. So heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfs, dass sich berufsrechtliche Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit *„insbesondere aus den verbindlichen Berufsordnungen der Heilberufe“* ergeben. Zwar ist die Begründung des Regierungsentwurfs mit diesem Verweis ein Stück weit enger als die Begründung des Referentenentwurfs. Es wird für den Rechtsanwender aber weiterhin schwierig sein, alle Normen, die die berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit schützen, und ihre Auslegungsvarianten sowie die berufsrechtliche relevanten Gerichtsentscheidungen zu identifizieren.
- Trotz der bewussten Anknüpfung an die Tatbestände der §§ 30 ff. Musterberufsordnung der Ärzte (MBO-Ä) folgen die eigentlich verbindlichen Regelungen zur Bestimmung der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit erst aus den kammerpezifischen Regelungen, welche die MBO-Ä erst verbindlich umsetzen und konkretisieren. Insoweit birgt das in §§ 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E. angelegte „Berufsrechtsmodell“ die Gefahr einer zersplitterten Regelungslandschaft in sich.

Wenn Einrichtungen der beruflichen Selbstverwaltung durch ihre jeweiligen Kammervollversammlungen Berufsordnungen verabschieden, können diese in Abhängigkeit von den Kammerbezirken höchst unterschiedliche Regelungen zur Wahrung

der heilberuflichen Unabhängigkeit enthalten, so dass die Strafbarkeit eines bestimmten gesundheitsmarktbezogenen Verhaltens von Kammerbezirk zu Kammerbezirk divergieren kann. Damit begründet das in der zweiten Tatbestandsalternative der §§ 299a, 299b StGB-E. angelegte Berufsrechtsmodell die Gefahr, dass durch das Abstellen auf landesrechtliche Regelungen und Kammersatzungen/-ordnungen bundesweit einheitliche Pflichten nicht gewährleistet werden können. Gleiches gilt, wenn die berufsrechtliche Pflicht über Berufsordnungen hinaus durch Landesgesetze konkretisiert wird. Dritte können insoweit bei ihrer Zusammenarbeit mit Angehörigen der Heilberufe nur unter schwierigen Bedingungen und mit großem Aufwand feststellen, welche heilberuflichen Pflichten gelten und welche Strafbarkeitsrisiken bestehen. Dies gilt umso mehr, als auch die Auslegung von einzelnen Normen durch zuständige Berufsgerichte im Rahmen ihrer Spruchpraxis differieren kann.

- Im Hinblick auf die zur Konkretisierung des Straftatbestands angesprochenen heilberuflichen Berufsordnungen ist zudem festzuhalten, dass letztlich ausschließlich die Interessenvertreter der Heilberufe im Rahmen ihrer berufsständischen Selbstverwaltung darüber entscheiden, welche Formen oder Alternativen der Zusammenarbeit zwischen Angehörigen der Heilberufe und Dritten legitim bzw. nicht legitim und damit strafbar sein sollen. Die dadurch entstehende einseitige Bestimmungsbefugnis des Berufsrechts und der jeweiligen Berufsrechtsträger erscheint mit Blick auf eine ausgewogene Berücksichtigung anderer einschlägiger Rechtsgebiete und Interessen aller im Rahmen der §§ 299a, 299b StGB-E. relevanten Akteure – bspw. Patientenorganisationen oder pharmazeutische Industrie – nicht sachgerecht. Dem Grunde nach stellt sich im Hinblick auf diese strafrechtliche Bestimmungsbefugnis auch die Frage nach einer hinreichenden demokratischen Legitimation der berufsständischen Selbstverwaltung, die zwar hinsichtlich der eigenen Heilberufsangehörigen (und damit potentieller Vorteilsnehmer) gegeben sein mag, nicht aber hinsichtlich außenstehender Dritter (und damit potentieller Vorteilsgeber).
- Letztlich wirft die in §§ 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E. angelegte Berufsrechtsakzessorität damit ebenfalls verfassungsrechtliche Zweifel auf, dass hier den Bestimmtheitsanforderungen des Bundesverfassungsgerichts an ein Blankett-Strafgesetz genügt wird. Zwar können nach dem Bundesverfassungsgericht Präzisierungen im Rahmen von Rechtsverordnungen und nicht förmlichen Gesetzen zulässig sein. Fraglich erscheint jedoch zum einen, dass dem Rechtsanwender die erforderliche klare Orientierung, was erlaubt oder verboten sein soll, durch den Verweis auf die „berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unab-

hängigkeit“ ermöglicht wird. Zum anderen wirft die Verweisung auf die Normsetzung der Selbstverwaltungseinrichtungen – die sich hinsichtlich des Gestaltungsspielraums von der Normsetzungskompetenz von Verwaltungsbehörden etwa im Umweltrecht unterscheidet - die Frage auf, ob der Gesetzgeber selbst in der gebotenen Weise abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet.

Seite 8/8

d) Vor diesem Hintergrund sollte die Tatbestandsalternative des „seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzen“ aus Sicht des vfa in §§ 299a Abs. 1, 299b Abs. 1 StGB-E. ersatzlos gestrichen werden.

Die §§ 299a Abs. 1, 299b Abs. 1 StGB-E. sollen Fälle erfassen, in denen eine unrechtmäßige Vorteilsgewährung bei der „Verordnung oder Abgabe“ von Arznei-, Heil, und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten erfolgt. Mit der Tatbestandsalternative einer „unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb“ liegt bereits ein zentraler Anknüpfungspunkt und Maßstab vor, so dass sich insgesamt die Frage stellen lässt, ob es daneben überhaupt der Tatbestandsalternative des „seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit Verletzens“ bedarf. Die Notwendigkeit dieser Tatbestandsalternative wird laut Begründung des Regierungsentwurfs für Sachverhalte außerhalb von Wettbewerbslagen gesehen, in denen §§ 299a Abs. 1 Nr. 1, 299b Abs. 1 Nr. 1 StGB-E. nicht greift. Ob es in der Praxis aber tatsächlich Situationen gibt, in denen kein Wettbewerb von Produkten, Dienstleistungen oder Therapieformen besteht, erscheint zweifelhaft. Dies gilt auch für das in der Begründung des Entwurfs genannte weitere Beispiel der medizinisch nicht indizierten Behandlungen. Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der bestehenden Bedenken hinsichtlich der hinreichenden Bestimmtheit der Tatbestandsalternative des „seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit Verletzens“ empfiehlt sich in §§ 299a Abs. 1, 299b Abs. 1 StGB-E. deren Streichung.

Auch im Hinblick auf die §§ 299a Abs. 2, 299b Abs. 2 StGB-E., die laut der Begründung des Regierungsentwurfs auf Sachverhalte aus dem Bereich des „Bezugs“, insbesondere branchenübliche Rabatte und Skonti, abzielen, sollte den Bedenken hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Verletzung einer „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ Rechnung getragen werden, indem ein rechtssicherer Maßstab gewählt und die mit der derzeitigen Regelung einhergehenden Rechtsunsicherheiten vermieden werden.

(Stand: 02.11.2015)

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz - PA 6
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Dr. Morton Douglas
Rechtsanwalt

Assistentin: Susanne Pohse
Telefon: +49 761 21808-344
Telefax: +49 761 21808-539
morton.douglas@fgvw.de

Kaiser-Joseph-Straße 284
D-79098 Freiburg

1. Dezember 2015

Stellungnahme von Rechtsanwalt Dr. Morton Douglas zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen (Stand 01.12.2015)

Aus Sicht der Praxis ist bei der Formulierung und Umsetzung des Gesetzes zu berücksichtigen, dass die Durchsetzung nur dann erfolgreich sein kann, wenn die Interessen derjenigen, die über unzulässige Zusammenarbeit Aussagen treffen können, insb. Patientinnen und Patienten, geschützt werden.

Zum anderen muss gerade im Gesundheitswesen der Straftatbestand klar umrissen werden, um nicht die Zusammenarbeit der Dienstleister im Gesundheitswesen zu Lasten der Versorgung der Patientinnen und Patienten zu erschweren.

1. Verzicht auf Antragerfordernis

Die Regelungen der §§ 299 a und 299 b StGB-E schützen das Vertrauen der gesamten Bevölkerung in die heilberufliche Unabhängigkeit. Aufgrund der Bedeutung dieses Schutzgutes sollten die Tatbestände nicht als Antragsdelikte ausgestaltet werden. Dies gilt umso mehr, als die Regelung des § 301 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E äußerst komplex ist, so dass hier zu befürchten ist, dass eine effektive Rechtsverfolgung durch das Antragerfordernis erschwert wird. Dies gilt gerade für Sachverhalte, die zu einem Zeitpunkt stattfinden, in dem gegenüber den Endverbrauchern noch keine Handlungen durch die bestochenen Heilberufler erfolgt sind.

Um zudem die Information über entsprechende Ermittlungen sicherzustellen, müsste ggf. an eine Ergänzung der Ziff. 26 MiStra gedacht werden, damit z.B. auch Fälle, die mit einem Strafbefehl abgeschlossen werden, erfasst werden.

2. Schutz des Patienten

Die Praxis zeigt, dass die Patientinnen und Patienten das schwächste Glied in der Kette sind. Häufig werden sie mit unlauteren Handlungen im Gesundheitswesen konfrontiert, trauen sich jedoch nicht, diese mitzuteilen, da sie Sorge um ihre Versorgung haben. Insoweit spielen teilweise Ärzte unmittelbar oder mittelbar ihre Macht aus, insbesondere in Zeiten langer Wartelisten auf Behandlungstermine.

Eine effektive Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen setzt daher auch voraus, dass Patientinnen und Patienten, die aus ihrer Sicht betroffen sind von derartigen Verhaltensweisen, sich vertrauensvoll und ohne Risiko für die eigene Behandlung an Dritte wenden können sollen. Hierzu wäre es beispielsweise möglich, eine unabhängige Stelle einzurichten, die derartige Verdachtsmomente von Patientinnen und Patienten in einer Art und Weise prüft, dass dies kein Risiko für diese darstellt. Denkbar wäre insoweit, den Patientenbeauftragten durch eine Ergänzung von § 140 h SGB V mit der Aufgabe zu betrauen, derartige Beschwerden zu prüfen.

Dies gilt entsprechend auch für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die zur Mitwirkung an korrumpierenden Verhaltensweisen veranlasst werden.

3. Kein Verzicht auf die Unrechtsvereinbarung

Der Vorschlag, die Strafrechtsnormen an die Korruptionstatbestände bei Amtsträgerinnen und Amtsträger anzulehnen, ist nicht praktikabel.

Zunächst ist fehlt es an einer Grundlage für eine derartige Behandlung. Anders als bei Amtsträgerinnen und Amtsträger, die aufgrund ihres Berufes und der damit eingegangenen Verpflichtung eine besondere Stellung bei der Berufswahl eingegangen sind, fehlt dies aufgrund der Weite des möglichen Täterkreises, der nicht nur auf niedergelassene Ärztinnen und Ärzte als solche beschränkt ist, sondern inzwischen auch eine Vielzahl anderer Berufsgruppen umfasst. Eine Rechtfertigung, im Angestelltenverhältnis stehende MTAs oder PTAs wie Amtsträger zu behandeln, ist nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere auch für die Heilberufler, die zugleich

als Gewerbetreibende agieren – etwa Apothekerinnen und Apotheker - und insoweit sich (BVerfG, 1. Senat 22.05.1996, 1 BvR 744/88, 60/89) grundsätzlich sich auch frei im Wettbewerb bewegen können dürfen. Es besteht kein Bedürfnis, die Gewährung einer Kundenkarte, die auch an andere Kunden ausgegeben wird, an eine Arzthelferin unter Strafe zu stellen.

Die Konsequenz einer derartigen Ausweitung wäre in der Praxis, dass die Zusammenarbeit verschiedener Heilberufler, die im Gesundheitswesen häufig unter Zeitdruck erfolgt, schlicht eingeschränkt werden würde. Dies würde letztendlich zu einer Verschlechterung der Versorgungsqualität führen.

Bereits jetzt führt z.B. die sogenannte Nullretaxation bei Abgabefehlern durch Apotheken dazu, dass z.B. hochpreisige Arzneimittel in Apotheken vielfach nicht mehr erhältlich sind, schlicht Inhaber von Apotheken das Risiko einer Nullretaxation nicht eingehen möchte. Würde nun in Zukunft flächendeckend bei jedem vermeintlichen Vorteil eine strafrechtliche Konsequenz drohen, könnten die im Patienteninteresse erforderliche Zusammenarbeit der Leistungserbringer untereinander gefährdet werden.

Ungeachtet dessen dürfte eine derart weite Auslegung der Vorschrift im Widerspruch zum Gemeinschaftskodex mit Arzneimitteln (EG 2001/83) stehen, der für Fragen des Vertriebs von Arzneimitteln eine abschließende Regelung darstellt.

Schließlich besteht auch kein rechtspolitisches Bedürfnis: Es ist zwar zutreffend, dass die Selbstverwaltung der Gesundheitsberufe in der Vergangenheit vielerorts nicht besonders effektiv agiert hat. Allein dass nun die Tatbestände als solche geschaffen wurden mit der Folge, dass bereits bei Verurteilungen, die im Bereich 90 Tagessätze und darüber hinaus liegen, die berufliche Zuverlässigkeit in Frage gestellt wird, wird das – sofern noch nicht geschehen – Umdenken einsetzen lassen, so dass ein noch weitergehendes Vorgehen durch eine Ausgestaltung wie im Falle der Amtsdelikte zum jetzigen Zeitpunkt nicht erforderlich erscheint.

Sofern wiederholt der Verzicht auf das Unrechtsvereinbarung damit begründet wird, anderenfalls komme man der unerwünschten Zusammenarbeit zwischen pharmazeutischer Industrie und den niedergelassenen Ärztinnen und Ärzten nicht bei, ist dies ein bereichsspezifisches Problem, dass nicht zu einer Ausdehnung des Tatbestandes per se führen kann. Insoweit sollte es ausreichend sein, wenn über entsprechende Vorgaben die Ärzteschaft zur Transparenz verpflichtet wird, in welchem Umfang sie mit der pharmazeutischen Industrie zusammenzuarbeiten.

Aufgrund der Daten über Verschreibungen, die bereits jetzt den Krankenkassen vorliegen, können dann ohne weiteres Unregelmäßigkeiten im Verschreibungsverhalten ermittelt werden.

4. Einbeziehung ausländischer Leistungsanbieter

Bei der Ausgestaltung ist zu berücksichtigen, dass es zum jetzigen Zeitpunkt schwierig ist, ausländische Leistungsanbieter einzubeziehen. Dies gilt insbesondere aufgrund der Tatsache, dass dort gegebenenfalls bereits aufgrund anderer Strukturen z. B. eine Apotheke nicht in den Anwendungsbereich fällt, da diese etwa als Kapitalgesellschaft geführt werden darf. Entsprechendes gilt bei Leistungen von im Ausland ansässiger Ärzte gegenüber deutschen Patientinnen und Patienten, in Deutschland beworben werden und auf den deutschen Markt zugeschnitten sind, insbesondere bei ästhetischen Behandlungen.

Insoweit ist sicherzustellen, dass hier zum einen eine höhere Kontrolle ausländischer Leistungsanbieter bei ihren Angeboten in Deutschland stattfindet. Zum anderen muss es insbesondere auch bei den Leistungen, die über die gesetzliche Krankenversicherung abgerechnet werden, verpflichtend werden, dass diese die Erstattung von Leistungen verweigert – so wie auch gegenüber deutschen Leistungserbringern –, wenn die ausländischen Leistungserbringer nicht den deutschen Standards entsprechend agieren. In der Vergangenheit hat die GKV etwa hier gleichwohl Leistungen erstattet, obgleich die Anbieter gegen entsprechende Regelungen verstoßen hatten.

Dr. Morton Douglas
Rechtsanwalt

Stellungnahme von Dr. med. Christiane Fischer zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen (Stand 21.10.2015)

Zusammenfassung

Die Intention des Gesetzesvorschlags, korruptive Praktiken im Gesundheitswesen unter Strafe zu stellen, ist grundsätzlich begrüßenswert.

Da jedoch der Großteil der korruptiven Verhaltensweisen im Gesundheitswesen ohne Unrechtsvereinbarung erfolgt, empfehle ich die Erweiterung des Gesetzes um den Tatbestand der Vorteilsnahme und Vorteilsgewährung.

Auch das in der Gesetzesbegründung angeführte Vertrauen der Öffentlichkeit in das Gesundheitswesen erfordert die Einbeziehung der Vorteilsnahme.

Zur Verbesserung der Umsetzung empfehle ich die flächendeckende Einrichtung besonderer Schwerpunkt-Staatsanwaltschaften.

Das Klagerecht sollte auf alle BürgerInnen ausgedehnt werden.

Hintergrund

Der Bundesgerichtshof (BGH) kam am 29. März 2012 zu einer Entscheidung zu korruptivem Verhalten von niedergelassenen VertragsärztInnen und VertreterInnen der Pharmaunternehmen: Nach der gegenwärtigen Gesetzeslage kann korruptives Verhalten wie die Annahme von Bestechungsgeldern strafrechtlich nicht verfolgt werden. In der letzten Legislaturperiode ist der Versuch gescheitert, Bestechung und Bestechlichkeit nur im Sozialgesetzbuch und nur für KassenärztInnen strafbar zu machen.ⁱ

Jetzt soll mit dem vorliegenden Entwurf durch die Einführung der Paragraphen § 299a, § 299b sowie durch die Ausweitung des § 300 StGB ein neuer Anlauf genommen werden, zumindest Bestechung und Bestechlichkeit für alle Heilberufe (ÄrztInnen, ApothekerInnen, weitere Heilberufe) im Strafgesetzbuch zu verankern. In der Zielsetzung liest manⁱⁱ: „Korruption im Gesundheitswesen beeinträchtigt den Wettbewerb, verursacht erhebliche Kostensteigerungen und untergräbt das Vertrauen der Patienten in eine von unlauteren Zuwendungen unbeeinflusste Gesundheitsversorgung. Wegen der großen wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung des Gesundheitswesens ist korruptiven Praktiken in diesem Bereich auch mit den Mitteln des Strafrechts entgegenzutreten. Es soll damit der besonderen Verantwortung der im Gesundheitswesen tätigen Heilberufsgruppen Rechnung getragen und gewährleistet werden, dass heilberufliche Entscheidungen frei von unzulässiger Einflussnahme getroffen werden.“

Korruptives Verhalten im Gesundheitswesen hat schädliche Konsequenzen sowohl für einzelne ÄrztInnen wie auch für PatientInnen, da sich dies negativ auf die Qualität der medizinischen Versorgung sowie kostensteigernd auswirkt.

Eine klare Abgrenzung von strafbarem korruptivem Verhalten versus gewünschter Kooperation ist gewährleistet.

Da alle Heilberufe gleichermaßen im Falle von Bestechung und Bestechlichkeit mit Strafe bedroht werden, handelt es sich nicht um ein lex specialis für ÄrztInnen.

Weiter ist davon auszugehen, dass der Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen in keiner Weise ÄrztInnen unter Generalverdacht stellt, sondern als vertrauensfördernd und grundsätzlich als Verbesserung der momentanen Situation zu sehen ist.

„Bereits korruptive Verhaltensweisen Einzelner können dazu führen, dass ein ganzer Berufsstand zu Unrecht unter Verdacht gestellt wird und das Vertrauen der Patienten in das Gesundheitswesen nachhaltig Schaden nimmt...“ⁱⁱⁱ

Da ÄrztInnen und ApothekerInnen im Gesundheitswesen besondere Entscheidungsbefugnisse und Lenkungsfunktionen zukommen, konzentrieren sich auch die Korruptionsrisiken auf sie: Deren Schlüsselstellung im Gesundheitswesen beruht vor allem auf der Verschreibungs- und Apothekenpflicht von Arzneimitteln (§ 43 und § 48 des Arzneimittelgesetzes – AMG) sowie auf der Berechtigung zur Verschreibung von Arzneimitteln (§ 48 AMG, § 2 Absatz 1 Nummer 1 der Verordnung über die Verschreibungspflicht von Arzneimitteln). Dies macht die Berufsgruppen vulnerabel für eine unzulässige Einflussnahme auf ärztliche und pharmazeutische Entscheidungen. Besonders durch das geltende Verbot von Laienwerbung (DTCA) für rezeptpflichtige Medikamente sind Pharmaunternehmen auf ärztliche und pharmazeutische Verordnungs- und Abgabeentscheidungen angewiesen. Dies hat große volkswirtschaftliche Bedeutung.

Aber auch andere Heilberufsgruppen wie z.B. PhysiotherapeutInnen sowie Medizinproduktehersteller sind bei Verordnungen, die zwingend eines Rezepts bedürfen, darauf angewiesen, dass ÄrztInnen die von ihnen angebotenen Leistungen verordnen.

Die Schlüsselfunktion von ÄrztInnen im Gesundheitswesen, die Gesundheit der PatientInnen, die Funktionsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme sowie die große volkswirtschaftliche Bedeutung des Gesundheitssystems rechtfertigen einen eigenen Straftatbestand für Heilberufe.

Was bestraft werden soll

Bestechung (§ 299b StGB) und Bestechlichkeit (§ 299a StGB) im Gesundheitswesen soll für alle Heilberufe mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder mit einer Geldstrafe bedroht werden. Besonders schwere Fälle gemäß § 300 StGB sollen mit bis zu fünf Jahren unter Strafe gestellt werden, damit korruptives Verhalten bei „dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial“ geahndet werden kann. Bestraft werden nach dem geplanten Gesetz nicht nur die Bestochenen, sondern auch diejenigen, die bestechen. Die §§ 299a und 299b StGB sollen sowohl für das Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder Annehmen gelten bzw. für das Fordern, Versprechen und Gewährleisten.

Schwachstellen des Gesetzentwurfs

1. Vorteilsnahme und Vorteilsgewährung: Die gravierendste Schwachstelle des neuen Gesetzentwurfes ist die Beschränkung auf *Bestechung und Bestechlichkeit*, während die ebenfalls korrumpierend wirkende *Vorteilsnahme und Vorteilsgewährung* außen vor bleibt.

Bei der *Bestechung* gibt es Geld oder eine andere auch immaterielle Vergünstigung gegen eine vereinbarte pflichtwidrige *Gegenleistung*, z. B. „Prämienzahlungen von Pharmaunternehmen an Ärzte, mit denen das Verschreibungsverhalten zugunsten eines bestimmten Präparats beeinflusst werden soll“ oder Zuweisung gegen Entgelt.^{iv} Das Verbot von Zuweisungen gegen Entgelt entspricht auch dem ärztlichen Berufsrecht: Nach § 31 Absatz 1 MBO (Musterberufsordnung) ist es nicht gestattet, „für die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial oder für die Verordnung oder den Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile sich versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.“ Dies wurde von den Landesärztekammern in den Berufsordnungen der Landesärztekammern übernommen und ist damit verbindlich für alle ÄrztInnen.

Vorteilsnahme und -gewährung zielt dagegen nicht direkt darauf ab, eine Verordnung oder sonstige Leistung durch eine Geldzuwendung oder andere geldwerte Vorteile herbeizuführen. Vielmehr sollen ÄrztInnen durch Essenseinladungen und die Gewährung von Reise- und Hotelkosten gewonnen werden, industrie-gesponserte Veranstaltungen zu besuchen und dort aufmerksam zuzuhören. So werden ÄrztInnen von den Produkten „überzeugt“, meist mittels selektierter „Information“, deren Wahrheitsgehalt sich nicht ohne Weiteres überprüfen lässt. Überzeugte ÄrztInnen werden dem Produkt länger die Treue halten als klassisch bestochene.

Die *Vorteilsnahme und -gewährung* setzt nicht voraus, dass eine pflichtwidrige Gegenleistung dafür erbracht wird. Da sie keine juristische Unrechtsvereinbarung voraussetzt, ist sie auch nicht als pflichtwidriges Verhalten zu verstehen. Strafbewehrt ist sie entsprechend StGB §331 bislang nur im Öffentlichen Dienst für AmtsträgerInnen. Dazu zählen nach meiner Auffassung auch KrankenhausärztInnen, die im Öffentlichen Dienst angestellt sind. Bei der *Vorteilsnahme und -gewährung* geht es entweder um eine implizite Übereinkunft oder eine allgemeine „Landschaftspflege“ ohne direkte Gegenleistung, die sich für den Spender in der Zukunft günstig auswirken soll.

Die Beschränkung des neuen Gesetzes auf *Bestechung* wird dazu führen, dass nicht nur die üblichen pharmagesponserten Kongressreisen in einer rechtlichen Grauzone bleiben. Zu den strafwürdigen Vorteilen können zwar auch Einladungen zu Kongressen, die Kostenübernahme von Fortbildungsveranstaltungen, die Teilnahme an einer vergüteten Anwendungsbeobachtung zählen. Doch das bloße Annehmen eines Vorteils ist nicht ausreichend, wenn darüber keine explizite Vereinbarung getroffen wird. Der Täter muss den Vorteil vielmehr als Gegenleistung fordern oder sich versprechen lassen. Mit anderen Worten, es muss konkret eine Verknüpfung von Vorteil und pflichtwidriger Gegenleistung vorliegen.

Der Nachweis einer Unrechtsvereinbarung ist nur selten durchführbar, denn es reicht nicht, dass mit der Zuwendung nur das allgemeine „Wohlwollen“ des Nehmers erkaufte werden soll.

Die Gesetzesvorlage bietet somit keine Handhabe gegen weit verbreitete und potenziell korruptive Beziehungen zwischen ÄrztInnen und Industrie, die als wissenschaftliche Dienstleistungen getarnt werden. Dazu gehören: langfristige BeraterInnenverträge, ReferentInnen-tätigkeit, Veranstaltungs-Sponsoring sowie Auftragsvergabe für klinische Studien und Anwendungsbeobachtungen. Bei all diesen Aktivitäten sehen auch zwischen 60 und 77 % der deutschen PharmamanagerInnen ein mittleres bis sehr hohes Korruptionsrisiko, wie eine Studie des Lehrstuhls für Strafrecht und Kriminologie der Universität Halle analysiert.^v Transparency International untersuchte die 2008-2010 in Deutschland durchgeführten Anwendungsbeobachtungen und kommt zu dem Schluss, dass Anwendungsbeobachtungen von Unternehmen keine Forschung, sondern ein korruptionsanfälliges Marketinginstrument seien.^{vi}

Der Gesetzentwurf ist dem Gesetz zur Bestechung im privaten Geschäftsverkehr nachgebildet, wo nur die Bestechung (mit Unrechtsvereinbarung und Gegenleistung) strafbar ist - es geht daher prioritär um den Schutz des freien Wettbewerbs und der WettbewerberInnen. Das Thema Vorteilsnahme kommt aus dem Recht für den öffentlichen Dienst, wo es auch um den Schutz des öffentlichen Vertrauens geht. Daher wird dort nicht nur die pflichtwidrige Handlung nach Annahme eines Vorteils geahndet, sondern schon die Annahme selbst, die das Vertrauen untergraben kann. Zusammenfassend sind folgende Widersprüche in dem Entwurf angelegt:

- In der einleitenden Begründung des Gesetzentwurfs wird ausdrücklich auf das Vertrauen der Öffentlichkeit in das Gesundheitswesen abgehoben und nicht auf die potenziellen Nachteile für konkurrierende Pharmaunternehmen. Da das Vertrauen der Öffentlichkeit in das Gesundheitswesen die erklärte Absicht des Gesetzentwurfs ist, muss auch die Vorteilsnahme und -gewährung bestraft werden.
- Für ÄrztInnen im öffentlichen Dienst sind bereits die Vorteilsnahme und -gewährung strafbar, wodurch eine uneinheitliche Rechtslage entsteht. Eine einheitliche Rechtslage für alle ÄrztInnen ist dagegen notwendig, um ein Zwei-Klassen-Strafrecht zu vermeiden.

2. Klageberechtigung: Ein weiteres Problem ist, dass nach dem aktuellen Entwurf (§ 301 StGB) der Verdacht auf Verstöße gegen die neuen Strafvorschriften nur auf Antrag verfolgt wird und nur berufsständische Kammern, rechtsfähige Berufsverbände, Kranken- und Pflegekassen sowie Versicherungsunternehmen berechtigt sind, nicht aber einzelne Angehörige der Gesundheitsbranche oder BürgerInnen, die ein Fehlverhalten bemerkt haben. Ärzte- und Apothekerkammern sowie Berufsverbände haben weder die Kompetenz noch die Ressourcen, um gegen bestechliche ÄrztInnen, ApothekerInnen und Angehörige anderer Heilberufe vorzugehen. Im Einzelfall mag eine "Beißhemmung" gegenüber den beteiligten KollegInnen hinzukommen. Auch Kranken- und Pflegekassen haben nur selten die Möglichkeit, unlauteren Praktiken der PatientInnenzuweisung oder der Medikamentenverordnung auf die Schliche zu kommen. Damit droht das Gesetz zahnlos zu werden. Zwar können Strafverfolgungsbehörden wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen betreiben, doch bleibt zu befürchten, dass dies die Ausnahme bleibt.

Bewertung des Gesetzesvorschlags

MEZIS begrüßt die Stoßrichtung des Gesetzesvorschlags als Fortschritt gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage. Um Bestechung, Bestechlichkeit und Korruption nachhaltig zu bekämpfen, kommt einzig die anvisierte Verankerung im Strafrecht infrage. Um die Effektivität und Effizienz des neuen Gesetzes zu gewährleisten, müssen die Strafen und Sanktionsmöglichkeiten empfindlich sein.

In das besondere und sensible Verhältnis zwischen PatientInnen und ÄrztInnen (sowie weiteren HeilberuflerInnen) dürfen möglichst wenig fremde Interessen hineinspielen. Darauf haben PatientInnen ein Recht. Da das ÄrztIn-PatientIn-Verhältnis (sowie auch das Verhältnis der PatientInnen zu den VertreterInnen anderer Heilberufe) eine besondere Pflicht beinhaltet und somit einen besonderen Schutz verdient, soll wie in dem Gesetzentwurf vorgesehen diese außergewöhnliche Situation auch strafrechtlich "besonders" gefasst werden. Er dient dem Schutz des Vertrauens der PatientInnen in die Integrität und Unabhängigkeit heilberuflicher Entscheidungen und stellt in keiner Weise ÄrztInnen und Angehörige anderer Heilberufe unter Generalverdacht. Im Gegenteil: Er kommt der Mehrheit der ehrlich arbeitenden und Korruptionsrisiken vermeidenden ÄrztInnen, ApothekerInnen und sonstigen Heilberufsausübenden zugute. Das Strafrecht ergänzt sinnvoll berufs- und sozialrechtliche Regelungen zur Bekämpfung korruptiven Verhaltens, indem es diesen Regelungen „Zähne“ verleiht und so die oft mangelhafte Durchsetzung durch das Berufsrecht verbessert.

Diese Regelungen sollten das Berufsrecht zum Vorbild nehmen: Da das ärztliche Berufsrecht auch Vorteilsnahme und -gewährung sanktioniert, sollte das ebenfalls im Strafrecht verankert werden. Doch der Gesetzentwurf bleibt hinter dem ärztlichen Berufsrecht zurück. Hierdurch kommt es zu Widersprüchen von Berufsrecht und Strafrecht: Nach § 31 Absatz 1 der ärztlichen Musterberufsordnung der Bundesärztekammer (MBO) ist es nicht gestattet, „für die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial oder für die Verordnung oder den Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten ein Entgelt oder andere Vorteile sich versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.“ Und nach § 32 Absatz 1 MBO ist es in Deutschland tätigen Ärzten nicht gestattet, „von Patienten oder Anderen Geschenke oder andere Vorteile zu fordern, sich versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird.“ Diese Verbote wurden in die Berufsordnungen der Landesärztekammern übernommen und sind somit für alle ÄrztInnen verbindlich.

Für den Bereich der gesetzlichen Krankenkassen untersagt außerdem § 73 Absatz 7 SGB V, sich für die Zuweisung von PatientInnen Entgelt oder sonstige wirtschaftliche Vorteile versprechen zu lassen. In § 128 SGB V sind Zuwendung sowie unzulässige Zusammenarbeit zwischen VertragsärztInnen und anderen Leistungserbringern untersagt. Da sozialrechtliche Regelungen von der Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung abhängen, sind sie allerdings nur im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung anwendbar und somit nur ein partieller Schutz der Rechtsgüter des lautereren Wettbewerbs und können keine lückenlose Korruptionsbekämpfung gewährleisten.

Empfehlungen

- Beeinflussung von ÄrztInnen geschieht häufiger durch Vorteilsnahme und -gewährung als durch Bestechung und Bestechlichkeit. Daher soll **der Gesetzentwurf um den Straftatbestand der Vorteilsnahme und Vorteilsgewährung (entsprechend § 331 StGB) ergänzt werden, um die heilberufliche Unabhängigkeit zum Schutz des PatientInnenwohls zu gewährleisten.**
Unter Vorteilsnahme und Vorteilsgewährung ist jede Art von Gewährung und Annahme von Zuwendungen zu verstehen, die geeignet sind, das Verhalten des Zuwendungsempfängers zugunsten des Produkts des Zuwenders zu beeinflussen. Davon ausgenommen werden sollen nur vertraglich geregelte Arbeitsaufträge mit einem angemessenen Honorar.
- Ich empfehle, eine eindeutige **strafrechtliche Regelung**, die für alle ÄrztInnen und sonstige Heilberufe gilt. Da Berufsrecht nur für die jeweiligen Berufsträger gilt, können die Berufskammern korruptives Verhalten von anderen Berufen nicht verfolgen und müssen diese daher für Nicht-Berufsträger ungeahndet lassen. Daher halte ich die alleinige Verortung im Berufsrecht sowie freiwillige Selbstkontrollen der Industrie für ungenügend.
- Ich empfehle, dass **alle einzelnen Angehörigen der Gesundheitsbranche sowie BürgerInnen, die ein Fehlverhalten bemerkt haben, klageberechtigt sind.** Dadurch wird ein höherer Erfolg in der Durchsetzung des Gesetzes erwartet.
- Ich empfehle, für eine wirksame Bekämpfung von Bestechung ein **Unternehmensstrafrecht einzuführen.** Durch die bisherige Verankerung als Ordnungswidrigkeit (§ 30 OWiG) sind diese Punkte nicht ausreichend erfüllt. Nur durch ein Unternehmensstrafrecht ist gewährleistet, dass
 - Unternehmen als Ganzes bei dem Straftatbestand der Bestechung zur Rechenschaft gezogen werden können,
 - diejenigen für verbotene Praktiken strafrechtlich belangt werden, die zuvor davon profitieren,
 - Strafzahlungen in einer für die Unternehmen schmerzlichen Höhe festgelegt werden können.
- Ich empfehle, dass flächendeckend besondere **Schwerpunkt-Staatsanwaltschaften** eingerichtet werden.
- **Transparenz:** Ein Äquivalent zum US-amerikanischen „**Physician Payment Sunshine Act**“ sollte die strafrechtliche Regelung sinnvoll ergänzen.
Es müssen zusätzlich Regelungen geschaffen werden, die eine Transparenz über die ökonomischen Verflechtungen aller Beteiligten bedeuten und wirksame Sanktionen bei Nichtbeachtung enthalten. Als Vorbild kann der amerikanische „Physician Payment Sunshine Act“ dienen. Dieser verpflichtet GeberInnen und NehmerInnen (LeistungserbringerInnen, HerstellerInnen von Medikamenten, Diagnostika, medizinischen Geräten, Medizinprodukten, Software sowie HilfsmittelerbringerInnen) zur regelmäßigen Veröffentlichung standardisierter Berichte an eine zentrale Stelle von Daten über die

Zahlung von Zuwendungen aller Art (Transparenz aller Finanzströme). In Deutschland kämen hier als zentrale Stellen z.B. das Deutsche Institut für Medizinische Dokumentation und Information (DIMDI) oder das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) infrage. Diese Daten müssen an einer zentralen Stelle gemeldet werden und öffentlich zugänglich sein. Insbesondere müssen für PatientInnen Daten zugänglich sein, welche ÄrztInnen (GKV und privat) sich an welchen Studien und Anwendungsbeobachtungen beteiligen und welche Gelder sie dafür beziehen. Freiwillige Selbstverpflichtungen der Industrie reichen dafür nicht aus.

- i MEZIS-Nachrichten; 1/13, S.8-9 und MEZIS-Nachrichten; 2/13
- ii Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, 21.10.2015, BT-Drucksache 18/6446
- iii Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, 21.10.2015, BT-Drucksache 18/6446
- iv Bussman KD (2012) Unzulässige Zusammenarbeit im Gesundheitswesen durch „Zuweisung gegen Entgelt“. Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg: Economy Crime and Research Centre im Auftrag des GKV-Spitzenverbandes Berlin
- v Bussman KD, Burkhart M, Salvenmoser S (2013) Wirtschaftskriminalität Pharmaindustrie. Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, S. 12-13 http://www.pwc.de/de_DE/de/gesundheitswesen-und-pharma/assets/pharmabranche-fehlt-rezept-gegen-korruption.pdf. [letzter Zugriff: 26.11.2015]
- vi Transparency International. Forschung oder Korruption? Ludwig Boltzmann Institut. Newsletter Feb. 2015 Cr. 134 Forschung oder Korruption? <http://hta.lbg.ac.at/ullCms/newsletterPrint/slug/newsletter-februar-2015-nr-134> [letzter Zugriff 26.11.2015]

Professor Dr. Michael Kubiciel
Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafrechtstheorie und Strafrechtsvergleichung

Schriftliche Fassung der Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung vor dem
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags am 2.12.2015
zum Regierungsentwurf eines
Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen
- BT-Drs. 18/6446 (21.10.2015) -

Die Stellungnahme konzentriert sich auf den das Strafrecht betreffenden Art. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen. Sie bejaht die kriminalpolitische Notwendigkeit (I.) und verfassungsrechtliche Zulässigkeit (II.) der Regelungen und gelangt – ungeachtet kleinerer Verbesserungsvorschläge – zu einer positiven Bewertung (III.). Die Stellungnahme schließt mit einem Ausblick auf die Wirkungen des Gesetzes (IV.). Die wichtigste Wirkung dieses Gesetzes besteht darin, Ärztekammern und andere Vereinigungen von Angehörigen der adressierten Heilberufe sowie die pharmazeutische Industrie zur Präzisierung ihrer Regeln und Empfehlungen für legale Kooperationsformen zu motivieren. Pointiert formuliert: Die §§ 299a, 299b StGB-E erzwingen die Entfaltung von Selbstheilungskräften, ohne die sich ein Klima

· Die Stellungnahme basiert auf Vorarbeiten des Verf. zum Gesetzesantrag des Freistaates Bayern (in: KPzKp 5/2014; medstra 2015, S. 11 ff.), zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen (KPzKp 1/2015) sowie zum Regierungsentwurf (MedR 2016, S. 1 ff.), geht jedoch inhaltlich über diese Arbeiten hinaus.

von Legalität und Integrität nicht durchsetzen lässt.¹ Das Gesetz ist ein gelungenes Beispiel für eine staatliche Top-down-Regulierung, die positive Impulse bei Kammern, Verbänden und Unternehmen auslösen und mittels dieser Intermediäre die einzelnen Berufsträger erreichen kann (was einem „topping from the bottom“-approach entspricht).

I. Kriminalpolitische Notwendigkeit

1. Strafbarkeitslücken

Patientinnen und Patienten müssen Ärzten in deutschen Arztpraxen und Krankenhäusern keine Geldgeschenke machen.² Ebenso wenig verbreitet ist die Korruption bei der Vergabe von Aufträgen über die Großlieferung von Medizinprodukten. Dass dem Gesundheitssektor seit Jahren negative Schlagzeilen gewidmet werden,³ beruht auf anderen Formen der Korruption, die von strukturellen Besonderheiten des deutschen Gesundheitssystems begünstigt werden. So erschwert die im Regelfall fehlende Offenlegung der Behandlungskosten gegenüber dem gesetzlich versicherten Patienten die Kontrolle ärztlicher Abrechnungen und begünstigt den sog. Abrechnungsbetrug. Die Rechtsprechung tritt dieser Form der Korruption mittels einer *extensiven* Auslegung des Betrugstatbestands seit Jahren entschieden entgegen.⁴ Demgegenüber ist das korruptive Zusammenwirken zwischen Angehörigen von Heilberufen und anderen Akteuren des Gesundheitsmarktes nach einer bemerkenswert *restriktiven* Auslegung der §§ 299, 331 ff. StGB durch den Großen Senat des BGH⁵ nur strafbar, wenn zumindest ein Beteiligter Amtsträger i.S. der §§ 331 ff. StGB ist. Durch diese Entscheidung sind – kriminalpolitisch vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Strafbar-

¹ Kubiciel, ZStW 120 (2008), 429, 435 ff.

² Dazu und zum Folgenden European Commission, Study on Corruption in the Healthcare Sector, Home/2011/ISEC/PR/047-A2, 2013, passim (zu Deutschland insbes. S. 239-241).

³ Duttge, in: ders. (Hrsg.) Tatort Gesundheitsmarkt, 2011, S. 3 f.

⁴ Dazu Kubiciel, HRRS 2015, 382 ff. (Täuschung und Irrtum); Hellmann, in: Fischer et al. (Hrsg.), Dogmatische und praktische Probleme des Schadensbegriffs im Vermögensstrafrecht, 2015, S. 245, 254 f. (Schaden).

⁵ BGHSt 57, 202 ff. Dazu etwa Kölbl, StV 2012, 592 ff.

keitslücken entstanden. Diese werden nicht nur im Inland⁶ und seitens der Europäischen Kommission kritisch betrachtet,⁷ sondern sind auch innerhalb der Europäischen Union einmalig.

2. Strukturelle Korruptionsrisiken

Zwar ist Schätzungen, die jährlichen Kosten der Korruption beliefen sich auf „5 bis 17 Milliarden Euro“⁸, mit Vorsicht zu begegnen,⁹ da nicht klar ist, auf welche Handlungsweisen sich der schillernde Begriff „Korruption“ bezieht. Jedoch ist das Fehlen einer vollständig klaren empirischen Grundlage keine Besonderheit des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, sondern betrifft viele (auch strafrechtliche) Gesetzesvorhaben.¹⁰ Wegen dieser häufig anzutreffenden empirischen Unsicherheiten attestiert das BVerfG dem Gesetzgeber auch insoweit eine Einschätzungsprärogative.¹¹

Von diesem Ermessen hat der Gesetzgeber in zulässiger Weise Gebrauch gemacht. Denn eine Risikoanalyse (risk-based approach) spricht für eine Anfälligkeit des Gesundheitsmarktes für einzelne Formen der Korruption. Als korruptionsbegünstigende Faktoren sind zu nennen: der ökonomische Druck auf Krankenhäuser und Ärzte, die Schaffung von Anreizen für Kooperationen, die Konzentration von Entscheidungsbefugnissen auf „Gate-keeper“-Gruppen (namentlich Ärzte), komplizierte gesundheitsrechtliche Normen und Verfahren, das Fehlen einer verpflichtenden Offenlegung von Zuwendungen der pharmazeutischen Industrie an Ärzte und andere Angehörige von Heilberufen und – nicht zuletzt – die große Summe des innerhalb des Gesundheits-

⁶ BGHSt 57, 202, 218; *Fischer*, medstra 2015, 1 f. Aus kriminologischer Sicht *Kölbel*, Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen, 2013, S. 88 ff.

⁷ Annex Germany to the Report from the Commission to the Council and the European Parliament – EU Anti-Corruption Report, Brüssel, 3.2.2014, COM(2014) 38 Final, Annex S. 6 f.

⁸ S. den Antrag „Korruption im Gesundheitswesen effektiv bekämpfen“ der Bundestagsfraktion *Die Linke*, BT-Drs. 18/5452, S. 1.

⁹ Vgl. *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 930; *H. Schneider*, HRRS 2013, 473, 478. Ebenso die Interessenvertretung der Ärzte s. Stellungnahme der Bundesärztekammer, 20.11.2015, S. 12.

¹⁰ *Schröder*, NZWiSt 2015, 322, 324.

¹¹ BVerfGE 120, 224, 240; 90, 145, 172 f. Umfassend dazu *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken des Grundgesetzes, 1996, S. 173 ff. mit weiteren Nachweisen.

systems umverteilten Geldes.¹² All dies bietet Anreize sowohl für das Entstehen wettbewerbsbeschränkender Kooperationsformen – etwa zwischen Ärzten einerseits und Krankenhäusern bzw. Laboren andererseits – als auch für die Einflussnahme auf das Verordnungs- und Zuweisungsverhalten von Ärzten.¹³

3. Folgen

Die Folge dieser Formen strukturbedingter Korruption sind Fehlallokationen von Ressourcen und eine Beeinträchtigung des Vertrauens von Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen.¹⁴ Mehr noch: Korruption im Gesundheitswesen schädigt nicht nur Vermögen und beeinträchtigt das Vertrauen des Patienten in die Angemessenheit seiner Behandlung. Korruption unterminiert das Vertrauen in das Gesundheitswesen als Institution – eine Institution, die von einer beinahe einzigartigen sozialen Bedeutung ist.¹⁵ Einer drohenden Erosion von Vertrauen muss der Gesetzgeber entgegenreten: Ohne soziale Akzeptanz vermag keine Institution langfristig zu existieren. Insbesondere das Gesundheitswesen wird auf ein gesichertes Vertrauenskapital angewiesen sein, wenn es in absehbarer Zeit die Folgen des demographischen Wandels zu bewältigen haben wird. Aufbau und Erhalt eines solchen Vertrauenskapitals erfordern vielfältige sozialpolitische Maßnahmen. Jedoch ist auch das Strafrecht gefordert.¹⁶ Die Erfahrungen anderer Mitgliedstaaten der EU zeigen jeden-

¹² Vgl. BT-Drs. 18/6446, S. 10: 300 Milliarden Euro in 2012. Aktuelle Zahlen: 314, 9 Milliarden Euro im Jahr 2013, Quelle: Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 132 vom 14.04.2015, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2015/04/PD15_132_23611.html;jsessionid=B97B0883625CF80A0D4E0299351C495F.cae1.

¹³ Überblick *Burkhart/Salvenmoser/Bussmann* (Hrsg.), *Wirtschaftskriminalität – Pharmaindustrie*, 2013; *Fischer*, *Indian Journal of Medical Ethics* 11 (2014), 110 ff. Zu de lege lata straflosen Einweisungsvergütungen *Köbel*, *wistra* 2009, 129, 132 f. Als „unstreitig“ bezeichnen *Taschke/Zapf*, *medstra* 2015, 332, 335, dass die engen Verknüpfungen und Formen der Zusammenarbeit das Risiko einer „unsachgemäßen Einflussnahme auf Beschaffungs-, Verordnungs- und Therapieentscheidungen“ schufen.

¹⁴ BT-Drs. 18/6446, S. 1.

¹⁵ Eindringlich *Fischer*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Unternehmenskultur und Wirtschaftsstrafrecht*, 2015, S. 163, 167 ff.

¹⁶ Diesbezüglich herrscht politische Einigkeit, vgl. BT-Drs. 18/6446, S. 1; BR-Drs. 16/15 (Gesetzesantrag des Freistaates Bayern); *Bausback, Lange*, BR-Protokolle, 936. Sitzung v. 25.9.2015, S. 330 ff.; *Lange, Vogler, Luszak*, *Deutscher Bundestag, Protokolle*, 18. WP, 137. Sitzung v. 13.11.2015, S. 13477 ff. Die pharmazeutische Industrie begrüßt strafrechtliche Regeln mehrheitlich, dazu *Bussmann/Burkhart/Salvenmoser* (Fn. 13), S. 14. Zur Haltung der organisierten Ärzteschaft *Montgomery*, zi-

falls, in welchem Ausmaß die Akzeptanz des Gesundheitssystems Schaden nimmt,¹⁷ wenn zentrale Akteure die für sie geltenden Normen des Gesundheitsrechts missachten, ohne dass Normverletzungen konsequent geahndet werden. Die bestehenden Strafbarkeitslücken zu schließen, ist daher kriminalpolitisch richtig.

4. Schutzrichtung der §§ 299a, 299b StGB-E

Die §§ 299a, 299b StGB-E schützen das Gesundheitswesen als Institution, indem die für die Erbringung bzw. den Austausch von Leistungen auf dem Gesundheitsmarkt grundlegenden Normen gegen eine korruptive Umgehung strafrechtlich abgesichert werden. Schutzwürdig ist der rechtlich strukturierte Ordnungsmechanismus des Gesundheitsmarkts als solcher, d.h. unabhängig davon, ob auf Teilmärkten vollständiger, regulierter und kein Wettbewerb herrscht. Dementsprechend wenden sich die Straftatbestände sowohl gegen korruptive Handlungen, die den Wettbewerb verzerren (§§ 299a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 299b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB-E), als auch gegen den „Kauf“ heilberuflicher Entscheidungen außerhalb konkreter Wettbewerbslagen (§§ 299a Abs. 1 Nr. 2, 299b Abs. 1 Nr. 2 StGB-E). Die Tatvarianten haben folglich dieselbe Grundlage. Die Unterscheidung zwischen dem Schutz des Wettbewerbs als Ordnungsmechanismus einerseits und dem Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität der heilberuflichen Entscheidung¹⁸ führt folglich nicht zu systematischen Inkonsistenzen, die einen ausschließlichen Schutz des Wettbewerbs als vorzugswürdig erscheinen ließen.¹⁹

tiert in Medical Tribune v. 26.2.2014 (abrufbar unter: <http://www.medical-tribune.de/home/news/artikeldetail/prof-montgomery-korruption-im-strafrecht-verankern.html>); s. ferner die Stellungnahme des GKV-Spitzenverbandes vom 10.4.2015, S. 6. Kritisch hingegen die Stellungnahme der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V., s. *Bittmann/Brockhaus/Rübenstahl/Schröder/Tsambikakis*, Stellungnahme WisteV zum Referentenentwurf, 2015. – Zustimmend aus der Literatur (chronologisch) *Kubiciel*, KPzKp 5/2014, S. 3-6; *Kubiciel/Tsambikakis*, medstra 2015, 11, 12; *Schröder*, NZWiSt 2015, 322, 323; *Gaede/Tsambikakis/Lindemann*, medstra 2015, 142, 144 f.; *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 930 f. – Kritik äußern hingegen die Unternehmensverteidiger *Taschke/Zapf*, medstra 2015, 332, 335: Das Berufsrecht und die Selbstheilungskräfte reichten aus (zu diesem nicht überzeugenden Argument unten bei Fn. 23).

¹⁷ Nachweis oben Fn. 2.

¹⁸ BT-Drs. 18/6446, S. 15

¹⁹ So aber Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 40/2015, S. 2.

II. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

1. Verhältnismäßigkeit und mögliche Alternativen zum Strafrecht

Aufgrund der sozialen und wirtschaftlichen Bedeutung des Gesundheitswesens stellt dessen Schutz einen „wichtigen Gemeinschaftsbelang“²⁰ bzw. ein „wichtiges Anliegen der Gemeinschaft“²¹ im Sinne des BVerfG und damit ein verfassungsrechtlich zulässiges Ziel dar. Alternativen, die vergleichbar effektiv sind und in weniger schwerwiegender Weise in die Berufsausübungsfreiheit eingreifen, existieren nicht. Auf die Selbstheilungskräfte des Gesundheitsmarktes zu vertrauen und diese mit Bußgeldvorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts zu unterstützen,²² ist weder aussichtsreich noch angemessen.²³ Die Selbstheilungskräfte des Gesundheitsmarktes haben sich in der Vergangenheit als recht schwach erwiesen. Soll eine nachhaltige Entfaltung dieser Selbstheilungskräfte ausgelöst werden, bedarf es eines spürbaren Impulses von Seiten des Staates. Die Einführung von Bußgeldregelungen stellt nach hiesiger Einschätzung keinen wirksamen Impuls dar, da von Bußgeldern des Ordnungswidrigkeitenrechts eine deutlich geringere tatsächliche und symbolische Wirkung ausgeht als von Straftatbeständen. Im Übrigen wäre es Ärzten, die zugleich Amtsträger sind, nicht zu erklären, dass sie Straftatbeständen (§§ 331, 332 StGB) und nicht nur dem öffentlichen Disziplinarrecht unterworfen sind.

2. Der Adressatenkreis und das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG

Die §§ 299a, 299b StGB-E schützen die Institution Gesundheitswesen nicht flächendeckend, sondern haben einen in personeller und sachlicher Hinsicht eingeschränkten Anwendungsbereich. Was den Adressatenkreis betrifft, so gelten die Tatbestände

²⁰ BVerfGE 90, 145, 172 f., 184.

²¹ Ebd.

²² S. aber *Geiger*, NK 2013, 136, 145 f.; *Krüger*, StraFo 2012, 308, 316; *Lindemann*, in: ders./Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, 2010, S. 9, 35; *Ulsenheimer*, Festschrift für Steinhilper, 2013, S. 225, 236.

²³ Näher *Cosak*, ZIS 2013, 226, 229, 231; *Kölbel*, in: Duttge (Fn. 3), S. 87 ff.; *Kubiciel*, KPzK 5/2014, S. 4 f.; *Murmann*, in: Duttge (Fn. 3), S. 114.

nicht nur für jene niedergelassenen Vertragsärzte, die im Zentrum der rechtspolitischen Debatte standen, sondern für sämtliche Angehörige eines Heilberufes, dessen Ausübung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert. Die Tatbestände erfassen folglich auch Personen, die einen Gesundheitsfachberuf ausüben, namentlich Gesundheits- und Krankenpfleger, Logopäden und Ergotherapeuten.²⁴ Teile der Literatur und Interessenvertreter kritisieren diese Weite.²⁵ Tatsächlich nehmen Angehörige nicht-akademischer Heilberufe keine Ärzten, Zahnärzten oder Apothekern vergleichbare Funktion bei der Verteilung von Ressourcen im Gesundheitswesen ein.²⁶ Indes schützen die Tatbestände, wie gesehen, nicht das Vermögen (der Patienten, der Solidargemeinschaft oder der Wettbewerber), sondern die den Ordnungsmechanismus des Gesundheitsmarktes konstituierenden gesundheitsrechtlichen Regeln. Wer gegen die auf dem Gesundheitsmarkt geltenden Ordnungsregeln verstößt, schädigt also eine Institution.²⁷ Diese verdient Schutz auch gegenüber korruptiven Handlungen von Personen, die in geringerem Umfang Gesundheitsleistungen abnehmen bzw. verordnen.²⁸ Vor diesem Hintergrund ist die Wahl eines weiten Adressatenkreises in verfassungsrechtlich haltbarer Weise begründbar.

Ein anderer – ebenfalls verfassungsrechtlich relevanter – Vorwurf lautet, § 299a, StGB-E sei ein Sondertatbestand, der Angehörige von Heilberufen gegenüber Angehörigen anderer freier Berufe ungerechtfertigt diskriminiert, weil auf letztere weder § 299 StGB noch ein Sondertatbestand Anwendung findet.²⁹ Auch diese Kritik ist nicht stichhaltig. Architekten oder Rechtsanwälte operieren nicht in Strukturen mit einer derart großen sozialen Bedeutung und hohen Korruptionsanfälligkeit wie die

²⁴ *Ramb/Reich*, CB 2015, 72, 74.

²⁵ Krit. *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 934; *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, medstra 2015, 142, 148 f.; *Schröder*, NZWiSt 2015, 361, 363; Stellungnahme der Bundesärztekammer, 20.11.2015, S. 12; Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 40/2015, S. 9.

²⁶ *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 934; *Kubiciel/Tsambikakis*, medstra 2015, 11, 15; *Steenbreker*, MedR 2015, 660, 662.

²⁷ Eindringlich *Fischer*, in: *Kempff/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), Unternehmenskultur und Wirtschaftsstrafrecht, 2014, S. 163, 167 ff.

²⁸ *Kubiciel*, KPzK 5/2014, S. 11 f.; *ders.*, MedR 2016, 1 ff. (im Erscheinen). Es kommt hinzu, dass zunehmend ärztliche Aufgaben an nicht-ärztliche Heilberufsgruppen übertragen werden, zutr. *Pragal/Handel*, medstra 2015, 337, 339.

²⁹ S. aber *H. Schneider*, HRRS 2013, 473, 478.

von den §§299a, 299b StGB-E erfassten Personen.³⁰ Insofern ist die vom Gesetzgeber getroffene Auswahl nicht willkürlich, sondern im Gegenteil wohl begründet.

Schließlich geht auch der Vorwurf fehl, die §§ 299a, 299b StGB-E seien keine Korruptionsdelikte, sondern „Professionsdelikte“³¹. Zwar adressieren die Tatbestände die Angehörigen einer Profession, jedoch kriminalisieren sie typisches Korruptionsunrecht.³² Sie schirmen den gesundheitsrechtlichen Steuerungs-, Verteilungs- und Ordnungsmechanismus gegen unlautere Verzerrungen ab bzw. schützen den vom Gesundheitsrecht strukturierten Markt für Gesundheitsdienstleistungen vor der Umgehung der diesen Markt konstituierenden Regeln. Der Schutz einer Institution vor der korruptiven Außerkraftsetzung ihrer grundlegenden Regeln ist das gemeinsame – und (verfassungsrechtlich wie strafrechtstheoretisch) zulässige³³ – Ziel aller Korruptionsstatbestände³⁴.

Angesichts dessen ist der personelle Zuschnitt der Tatbestände hinreichend begründet. Den Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen verlässt der Gesetzgeber schon aus diesem Grund nicht. Überdies hat das BVerfG in der Inzest-Entscheidung (und damit in Bezug auf einen weitaus problematischeren Tatbestand) einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG mit dem Einwand zurückgewiesen, der Gesetzgeber habe „in weitem Umfang die Befugnis zu differenzierter Tatbestandsgestaltung“³⁵.

³⁰ Zu letzterem *Cosak*, ZIS 2013, 226, 229; *Duttge*, in: ders. (Fn. 3.), S. 3, 9, 11; *Murmann*, in: *Duttge* (a.a.O.), S. 113.

³¹ *Saliger*, Festschrift für Kargl, 2015, S. 493, 503.

³² Dazu *Kubiciel*, MedR 2016, 1 ff.

³³ Zum Institutionenschutz durch das Strafrecht *Kubiciel*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Strafverfolgung in Wirtschaftsstrafsachen. Strukturen und Motive*, 2015, S. 158, 168 ff.

³⁴ *Eser/Kubiciel*, *Institutions Against Corruption*, 2005, S. 20 f. – Entscheidend für den Korruptionsbegriff ist demnach die Einbindung des korruptiv Beeinflussten in eine Organisation bzw. Institution. Ob man sich den Bestochenen als „Diener eines Herren“ vorstellen kann (so *Saliger*, Fn. 31), ist hingegen von geringerer Erklärungskraft. Plastisch ist dieses Bild nämlich nur für die Bestechung von Angestellten oder Beauftragten i.S.d § 299 StGB. Amtsträger oder Mandatsträger dienen hingegen keinem personifizierten „Herrn“, sondern dem Staat, einem Bundesland oder dem Souverän. Gleichwohl sind Amts- und Mandatsträger in Institutionen eingebunden, deren Regeln nicht korruptiv umgangen werden dürfen. Folglich handelt es sich bei den §§ 331 ff., 108e StGB anerkanntermaßen um Korruptions- und nicht um Professionsdelikte.

³⁵ BVerfGE 120, 224, 253.

2. Die Tathandlungsbeschreibungen und das Bestimmtheitsgebot

a) Akzessorietät als Bestimmtheitsproblem?

Der gegen den Referentenentwurf geltend gemachte Einwand, der Tatbestand sei un- bzw. unterbestimmt,³⁶ trifft den Regierungsentwurf nicht.³⁷ Die Vorschriften kriminalisieren den Tausch von einem – weit zu verstehenden – Vorteil und der unlauteren Bevorzugung im ausländischen oder inländischen Wettbewerb bzw. einer Verletzung der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit.

Der Begriff „unlautere Bevorzugung“ ist dem § 299 StGB entlehnt und dort Gegenstand einer Vielzahl von Urteilen gewesen, welche die Operationalisier- und Konkretisierbarkeit dieses Begriffs zeigen.³⁸ Zugleich ist damit gewährleistet, dass Kooperationen, die gesundheitsrechtlich erlaubt sind, keine strafbare Bevorzugung sein können. Was im Sozialrecht erlaubt ist,³⁹ wird auch künftig nicht strafbar sein. Damit ist die Widerspruchsfreiheit des Rechts gewährleistet, was für die verfassungsrechtlich garantierte Vorhersehbarkeit strafrechtlicher Folgen wichtig ist.

Auch im Übrigen ist gegen die Verwendung eines normativen Tatbestandsmerkmals verfassungsrechtlich nichts zu erinnern. Denn ein Straftatbestand kann der Vielgestaltigkeit des Lebens nur annäherungsweise Herr werden; Straftatbestände müssten „zwangsläufig“ abstrakt sein, betont daher das BVerfG in seiner Untreue-Entscheidung.⁴⁰ Selbst die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe „bis hin zu Generalklauseln“ sei im Strafrecht nicht von vornherein ausgeschlossen. Der Gesetzgeber, heißt es weiter, könne Tatbestände auch so ausgestalten, dass zu ihrer Auslegung auf außerstrafrechtliche Vorschriften zurückgegriffen werden muss. Was

³⁶ Ähnlich in Bezug auf den Gesetzesantrag Bayerns *Kubicel/Tsambikakis*, medstra 2015, 11, 14.

³⁷ *Gaede*, medstra 2015, 263, 266; *Schröder*, NZWiSt 2015, 312, 330 ff. A.A. *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 931 f.; Stellungnahme der Bundesärztekammer, 20.11.2015, S. 9 ff.; Forschende Pharma-Unternehmen, Stellungnahme vom 21.11.2015, S. 5 f. S. auch Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 40/2015, S. 9.

³⁸ So auch Die forschenden Pharma-Unternehmen (vfa), Stellungnahme vom 21.11.2015, S. 5.

³⁹ *Schneider/Ebermann*, HRRS 2013, 219, 224.

⁴⁰ Dazu und zum Folgenden BVerfGE 126, 170, 198.

der Gesetzgeber selbst regeln müsse und was der Interpretation überlassen werden könne, ließe sich nicht allgemein sagen, sondern sei im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung möglicher Regelungsalternativen zu entscheiden.

Der Gesetzgeber kann in den §§ 299a, 299b StGB-E ebenso wenig wie in anderen Korruptionsvorschriften exakt auflisten, wann ein Tausch von Vorteil und Bevorzugung strafbar ist. Er muss daher über das Tatbestandsmerkmal „unlauter“ gesundheitsrechtliche Vorschriften in Bezug nehmen. Die Straftatbestände sind mithin akzessorisch. Dies ist keine – strafrechtsdogmatisch anstößige oder gar verfassungsrechtliche relevante – Besonderheit, sondern die Regel: Auch die §§ 108e, 331 ff. StGB und viele andere Straftatbestände nehmen auf außerstrafrechtliche Primärnormen Bezug, ohne dass dies (verfassungsrechtlich) problematisch wäre.⁴¹

b) Rechtsungleichheit durch lokal verschiedenartige Normen?

Besonders deutlich wird die Akzessorietät der Tatbestände durch das Abstellen auf die Pflicht zur Wahrung der Unabhängigkeit der heilberuflichen Entscheidung. Hier ist es offensichtlich, dass die Strafvorschriften durch den Rückgriff auf gesundheitsrechtliche Normen konkretisiert werden müssen. Dies meint nicht nur staatliche (Gesetzes-)Normen, sondern – wie die Gesetzesbegründung hervorhebt – „insbesondere“ auch die verbindlichen Berufsordnungen der Heilberufskammern.⁴² Dagegen wird eingewandt, die Berufsordnungen seien regional unterschiedlich und bildeten einen „Flickenteppich“ von Regeln, die von „typischerweise rechtsunkundigen Normadressaten“ nicht zu überblicken seien⁴³. Indes ist dies im Kernstrafrecht nicht unüblich. So sanktioniert nicht nur das Umweltstrafrecht die Einhaltung von verwaltungsrechtli-

⁴¹ Am Beispiel des § 108e StGB *Kubiciel/Hoven*, NK 2014, 393, 343 f. Am Beispiel der Amtsträgerbestechungsdelikte *T. Zimmermann*, ZStW 124 (2012), 1023 ff. Tatbestandsübergreifend *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 78 ff., 267 ff.

⁴² Dazu und zum Folgenden BT-Drs. 18/6446, S. 21.

⁴³ *Aldenhoff/Valluet*, medstra 2015, 195, 197; *Gaede*, medstra 2015, 263, 266; *Pragal/Handel*, NZWiSt 2015, 337, 342; *Taschke/Zapf*, medstra 2015, 332, 336. Ebenso: Die forschenden Pharma-Unternehmen (vfa), Stellungnahme vom 21.11.2015, S. 6; Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 40/2015, S. 8. Diff. *Schroeder*, NZWiSt 2015, 321, 327 ff.

chen Pflichten, die nicht nur regional, sondern lokal unterschiedlich sein können.⁴⁴ Auch die Amtsträgerbestechungsdelikte der §§ 331 ff. StGB werden, von Bundesland zu Bundesland, Stadt zu Stadt, ja von Behörde zu Behörde durchaus unterschiedlich gehandhabt: Was in einem Bundesland eine noch genehmigungsfähige Nebentätigkeit ist, kann in einem anderen bereits untersagt und ggfs. nach §§ 331 ff. StGB strafbar sein. Und der Beamte der Universität zu Köln mag Essenseinladungen annehmen, die einem Bediensteten der Fachhochschule Köln untersagt sind. All dies zeigt: Unter Strafandrohung gestellt wird kein (wie auch immer zu bestimmender) bundeseinheitlicher Mindeststandard⁴⁵, sondern die für den Einzelnen konkret geltende Norm. Dass dem Einzelnen die Pflicht auferlegt wird, sich über die in seinem Kammerbezirk geltenden Regeln zu informieren, ist die Kehrseite seiner Freiheit zur Berufsausübung und damit grundsätzlich hinnehmbar. Auch Pharmaunternehmen, die mit Ärzten und Angehörigen anderer Heilberufe, Geschäftsbeziehungen eingehen, ist es zumutbar, sich über die jeweils geltende Rechtslage zu informieren: Derlei ist für Unternehmen – zumal solchen, die auf Auslandsmärkten tätig sind – eine alltägliche Übung⁴⁶.

c) Die in Bezug genommenen Normen bzw. Pflichten

aa) Schwieriger zu beurteilen ist, welche der „vor Ort“ geltenden Regeln die Unabhängigkeit der heilberuflichen Entscheidung ausgestalten. Die Frage, die die Bezugnahme auf die Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit in den Tatbestandsalternativen §§ 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, § 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E aufwirft, lautet: Unabhängigkeit wovon?

Legt man die oben beschriebene Zweckrichtung der Vorschriften zugrunde, kann nur die Unabhängigkeit der Heilentscheidung von *dominierenden* ökonomischen Erwägungen gemeint sein. Inwieweit Ärzte und andere von den Straftatbeständen erfasste Berufsträger ihre heilberuflichen Entscheidungen an ökonomischen Eigeninter-

⁴⁴ Saliger, Umweltstrafrecht, 2012, Rn. 80 ff. sowie (zur fehlenden Berechtigung der Kritik daran) Rn. 133 ff.

⁴⁵ Dies für §§ 299a, 299b StGB vorschlagend Gaede, medstra 2015, 263, 266.

⁴⁶ Dass Unternehmen und ihre Vertreter mangels Rechtskenntnis unvermeidbar über den Inhalt des Rechts irren könnten (Taschke/Zapf, medstra 2015, 332, 336), dürfte ein Ausnahmefall bleiben.

sen orientieren dürfen, bestimmt eine Vielzahl gesundheitsrechtlicher Normen. Relevant für die Konkretisierung der §§ 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, § 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E sind daher sämtliche Vorschriften, die angeben, inwieweit sich ein Angehöriger eines Heilberufs bei seinen Entscheidungen von ökonomischen Interessen leiten lassen darf. Tatbestandlich kann, wiederum anders gewendet, nur die Verletzung gesundheitsmarktbezogener Pflichten sein.⁴⁷ Damit ist ein klares Kriterium für die Unterscheidung zwischen irrelevanten und strafatbestandsrelevanten Pflichten gefunden.

bb) Zu finden sind diese Pflichten teils in formellen, staatlichen Normen des Gesundheitsrechts, die wiederum von nicht-staatlichen Normen der Berufskammern konkretisiert werden. Teils finden sich entsprechende Vorgaben nur in Richtlinien von Kammern oder Verbänden. Auch die zuletzt genannten Normen können zur Bestimmung bzw. Konkretisierung der Pflicht zur Wahrung der Unabhängigkeit heilberuflicher Entscheidungen herangezogen werden, wenn sich aus ihnen Vorgaben für die Grenze zwischen einem zulässigen und einem unzulässigen Einfluss ökonomischer Erwägungen auf eine heilberufliche Entscheidung ableiten lassen. Dieses Vorgehen ist nicht ungewöhnlich: Informelle, nicht-staatliche Regeln der ärztlichen Heilkunst werden ohne Weiteres zur Konkretisierung der Fahrlässigkeitstatbestände (§§ 222, 229 StGB) herangezogen; Compliance-Richtlinien in Krankenhäusern, Behörden und Unternehmen konkretisieren die §§ 331 ff. StGB bzw. dienen zur Bestimmung des Lauterkeitsmaßstabes des § 299 StGB oder werden bei der Interpretation des § 266 StGB herangezogen. Angesichts dessen kann es für Ärzte und Angehörige anderer Heilberufe nicht unzumutbar sein, sich über die für sie geltenden Verhaltensstandards zu informieren. Amtsträger oder Mitarbeiter von Unternehmen müssen dies jedenfalls schon jetzt tun. Damit ist dem Bestimmtheitsgebot genüge getan.

bb) Eine verfassungsrechtliche Anwendung der Straftatbestände ist selbst dann möglich, wenn eine Sachfrage allgemein oder von einer Kammer offen gelassen worden

⁴⁷ Näher dazu *Kubicjel*, KPzK 5/2014, S. 9 ff. Dem in der Sache folgend BR-Drs. 16/15, S. 22; *Ramb/Reich*, CB 2015, 72, 76. AA: *Schröder*, NZWiSt 2015, 321, 328.

ist. In einem solchen Fall muss der Gesetzesinterpret einen objektiven Verhaltensmaßstab eines durchschnittlichen Angehörigen der Berufsgruppe durch Heranziehung vergleichbarer Regelungen in anderen Bezirken oder Sachgebieten, durch den Rückgriff auf die tatsächlich anerkannter Usancen einer Berufsgruppe ermittelt werden. Dies verhindert, dass Angehörige eines Heilberufes nur deshalb straffrei bleiben, weil ihre Kammer (bewusst oder unbewusst) keine Vorgaben für die Sicherung der Unabhängigkeit der heilberuflichen Entscheidung macht, obwohl das in Rede stehende Problem keine abseitige Einzelercheinung ist.

Bei einer solchen Konkretisierung des Verhaltensmaßstabes muss die Frage leitend sein, ob die konkrete heilberufliche Entscheidung noch in hinreichendem Maße vom Patienteninteresse getragen war oder umgekehrt von einem ökonomischen Interesse. Auch eine solche Ermittlung eines ungeschriebenen Verhaltensmaßstabes ist keine Besonderheit der §§ 299a, 299b StGB, sondern tägliche Praxis bei der Auslegung von Fahrlässigkeitstatbeständen oder – um nur ein weiteres Beispiel zu nennen – bei der Anwendung des § 266 StGB i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG. Letzterer hebt auf die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ ab und ist also nicht stärker bestimmt als die Formel von der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit.

Wenn sich für einzelne Kooperationsformen noch keine klaren Grenzen zwischen legaler und korruptiver Zusammenarbeit ziehen lassen,⁴⁸ ist dem Interesse der Adressaten der Straftatbestände an einer vorhersehbaren Rechtsanwendung angemessen Rechnung zu tragen. Dies kann dadurch geschehen, dass – wie bei § 266 StGB – nur Entscheidungen kriminalisiert werden, die objektiv unvertretbar sind.⁴⁹ Hier und nur hier kann es allein um die strafrechtliche Garantie eines Mindeststandards gehen.⁵⁰

⁴⁸ Dazu *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 932.

⁴⁹ So für *Kubiciel*, NSTz 2005, 353, 360. Vgl. auch *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 932.

⁵⁰ *Gaede*, medstra 2015, 263, 266, nimmt dies generell an.

cc) Insgesamt erweist sich, dass die Straftatbestände keine verfassungsrechtlich relevanten Bestimmtheitsprobleme aufwerfen.

III. Ausgestaltung der Straftatbestände

1. Lozierung der Tatbestände

Wer die bestehenden Strafbarkeitslücken schließen will, steht vor drei Regelungsalternativen. Wie sich zeigen wird, hat der Regierungsentwurf die beste Alternative gewählt.

a) Sozialgesetzbuch?

Zu Recht nicht mehr weiterverfolgt worden ist der Ansatz, einen Straftatbestand im SGB V zu schaffen.⁵¹ Eine solche Regelung klammert von vornherein sämtliche Sachverhalte aus, die sich auf die Behandlung privat versicherter Patienten beziehen.⁵² Zudem weist eine Regelung außerhalb des Strafrechts eine suboptimale kommunikative Wirkung aus, wird Normadressaten und Gesellschaft doch signalisiert, dass diese Form von Korruption weniger schwerwiegend ist als die vom Strafgesetzbuch erfassten Formen.⁵³ Dass nun im StGB Tatbestände geschaffen werden, die speziell auf Angehörige von Heilberufen zugeschnitten sind, setzt ein der Problematik angemessenes Signal.⁵⁴

⁵¹ BT-Drs. 17/14184. Dazu etwa *Kraatz*, *Arztstrafrecht*, 2013, Rn. 324.

⁵² Vgl. *H. Schneider*, *HRRS* 2013, 473, 476.

⁵³ *Kubiciel/Tsambikakis*, *medstra* 2015, 11, 13. Ebenso *Schröder*, *NZWiSt* 2015, 321, 322 f.

⁵⁴ Bei zwei von der Europäischen Kommission organisierten Tagungen am 19. und 20. November 2015 zur Korruption im Gesundheitswesen, auf denen der Verf. referierte, fand dieser Ansatz großes Interesse bei Vertretern einzelner Mitgliedstaaten (u.a. Frankreich) und der Eastern Partnership States (u.a. Aserbaidschan und Georgien). Nähere Informationen zu der Veranstaltung demnächst unter: European Commission, Migration Home and Affairs, Anti-corruption Experience Sharing Programme, unter: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/experience-sharing-programme/index_en.htm.

b) 30. Abschnitt des Strafgesetzbuchs?

Der *Deutsche Richterbund*⁵⁵ ist der Ansicht, die Einordnung der Straftatbestände gegen die Korruption im Gesundheitswesen im 30. Abschnitt über die Amtsträgerdelikte (§§ 331 ff. StGB) trüge „der Bedeutung ethisch angemessenen Verhaltens von Angehörigen der Heilberufe“ besser Rechnung als die für den 26. Abschnitt vorgesehenen Regelungen. Dies geht jedoch zu weit und an der Sache vorbei: Das Strafrecht darf „ethisch angemessenes Verhalten“ (was immer darunter zu verstehen ist) nicht ohne weiteres erzwingen,⁵⁶ sondern bedarf eines konkreten Bezugspunkts. Ein solcher kann aus den Funktionen der Berufsgruppen abgeleitet werden. Die Korruptionsverbote sichern dann nicht ethisch-moralische Standards, sondern die Funktionsbedingung der Institution, in der die jeweiligen Berufsträger tätig sind. Aus diesem Blickwinkel wird deutlicher, weshalb Ärzte und andere Angehörige von Heilberufen nicht per se mit Amtsträgern verglichen werden können: Anders als Amtsträger repräsentieren sie nicht den Staat, sind nicht ausschließlich gemeinwohlgebunden, sondern dürfen durchaus wirtschaftlich eigennützig handeln⁵⁷, haben also keine Amtsträger vergleichbaren generellen Loyalitäts- und Integritätspflichten. Angehörige von Heilberufen sind lediglich für die Beachtung jener Regeln und Verfahren verantwortlich, mittels derer Leistungen im Gesundheitswesen verordnet und ausgetauscht werden. Daher ist der 30. Abschnitt des StGB („Straftaten im Amt“) kein angemessenes Umfeld für Straftatbestände, die diese Regeln und Verfahren gegen korruptive Umgehung absichern.⁵⁸

⁵⁵ Stellungnahme Nr. 22/15, S. 2.

⁵⁶ Insoweit übereinstimmend Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 40/2015, S. 2.

⁵⁷ *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 931.

⁵⁸ Wie hier *Duttge* (Fn. 3), S. 9. A.A.: *Dannecker*, ZRP 2013, 37, 41 f.; *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 934 f.; *Schröder*, NZWiSt 2015, 361, 363 f., die eine Regelung im Umfeld der §§ 331 ff. StGB befürworten und auf § 352 StGB verweisen, der – auch – Nichtamtsträger erfasst. Dabei handelt es sich aber um eine punktuelle Ausnahme und damit nicht um eine tragfähige Grundlage für die Aufnahme weiterer Tatbestände in den 30. Abschnitt, die Nicht-Amtsträger adressieren.

c) 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches

Der angemessene Ort ist folglich der 26. Abschnitt über die „Straftaten gegen den Wettbewerb“. Dass der Wettbewerb auf dem Gesundheitsmarkt nicht „frei“ ist,⁵⁹ steht dem nicht entgegen, zumal auch andere regulierte Wirtschaftsbereiche in den Anwendungsbereich der §§ 298 ff. StGB einbezogen sind. Auf allen Märkten wird der Wettbewerb nicht als Idealtyp, sondern in seiner konkreten, d.h. rechtlich ausgeformten Gestalt geschützt.

Innerhalb dieses Abschnitts bieten sich zwei kriminalpolitische Optionen an: Zunächst ließe sich der Adressatenkreis des § 299 StGB dadurch erweitern⁶⁰, dass neben Vertragsärzten und anderen Heilberuflern sämtliche Angehörige freier Berufe und selbstständige Unternehmer erfasst werden. Diese Lösung trüge zwar dem Charakter des § 299 StGB als wettbewerbsschützendem Tatbestand Rechnung. Indes hätte diese Lösung auch Angehörige von freien Berufen kriminalisiert, die von weit geringerer sozialer und wirtschaftlicher Bedeutung sind als die Heilberufe. Da zudem der zu erwartende Widerstand diese Option als politisch wenig attraktiv erscheinen lässt, ist die Einführung besonderer Straftatbestände der angemessene Weg.⁶¹

2. Tathandlungen

a) Grundstruktur

§ 299a StGB pönalisiert die (passive) Bestechlichkeit des Angehörigen eines „Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert.“ Die spiegelbildlich formulierte Schwesternorm § 299b StGB wendet sich gegen die (aktive) Bestechung. Beide Tatbestände unterscheiden mehrere Arten heilberuflichen Handelns und kriminalisieren diese in unterschiedlichem Ausmaß: § 299a Abs. 1 StGB und § 299b Abs. 1 StGB beziehen sich auf die

⁵⁹ So aber *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929, 934 f.

⁶⁰ Dafür *H. Schneider*, Rechtsgutachten zum Referentenentwurf vom Mai 2015, S. 30, abrufbar unter: krim.jura.uni-leipzig.de/ressources/Gutachten_Schneider_299a-StGB.pdf.

⁶¹ *Kubiciel/Tsambikakis*, medstra 2015, 11, 13 f.; *Gaede/Tsambikakis/Lindemann*, medstra 2015, 142, 146.

Bestechlichkeit bzw. Bestechung im Zusammenhang mit der Verordnung und Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten sowie im Zusammenhang mit der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial. Für strafbar erklärt werden zwei Formen der korruptiven Beeinflussung dieser heilberuflichen Entscheidungen: zum einen der Austausch von Vorteil und unlauterer Bevorzugung im Wettbewerb (Abs. 1 Nr. 1), zum anderen der Tausch von Vorteil und Verletzung der berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit (Abs. 1 Nr. 2). Die genannten Tatbestände wenden sich mithin gegen eine *unmittelbare* korruptive Beeinflussung des Verhältnisses zwischen dem Angehörigen eines Heilberufs und seinen Patienten: Die Korruption soll sich unmittelbar auf eine Verordnung, Medikamentenabgabe oder Überweisung niederschlagen und damit nicht nur die Regeln des Gesundheitssystems verletzen, sondern auch die Rechtssphäre des Patienten tangieren.

b) Zu §§ 299a Abs. 1 Nr. 2, 299b Abs. 1 Nr. 1 StGB-E

Der Unterschied zwischen den Tatvarianten Nr. 1 und Nr. 2 besteht darin, dass die erstere eine Wettbewerbslage verlangt, die in letzterer fehlen kann. Damit erhalten die Tatvarianten der Nr. 2 einen eigenständigen, auch praktisch relevanten Anwendungsbereich.⁶² Er erfasst korruptive Handlungen im Vor- oder Umfeld eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses sowie Handlungen auf monopolisierten oder stark regulierten Märkten. Weil das Gesundheitswesen und das Vertrauen der Patienten auch Schutz verdienen,⁶³ wo (noch) kein Wettbewerb besteht, ist die Kriminalisierung angemessen.⁶⁴

⁶² Krit. hingegen *Gaede/Tsambikakis/Lindemann*, medstra 2015, 142, 153; *Pragal/Handel*, NZWiSt 2015, 342.

⁶³ Dazu oben I. 4.

⁶⁴ *Schröder*, NZWiSt 2015, 321, 325.

c) Zu §§ 299a Abs. 2 Nr. 2, 299b Abs. 2 StGB-E

Die §§ 299a Abs. 2 und 299b Abs. 2 StGB-E pönalisieren die Bestechlichkeit bzw. Bestechung beim Bezug von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln bzw. Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind. Die Korruption erreicht hier noch nicht die Rechtssphäre konkreter Patienten, tangiert aber jene Regeln des Gesundheitssystems, die den Bezug von Arzneimitteln und dergleichen steuern. Zudem wird die Gefahr geschaffen, dass die Konsequenzen der korruptiv verzerrten Bezugsentscheidung alsbald konkrete Patienten erreichen. Bei diesen Vorfeldtatbeständen liegt die Tathandlung im Tausch eines Vorteils und der Verletzung der „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“.

3. Unrechtsvereinbarung

a) Redaktionsversehen in § 299a Abs. 2 StGB-E

„Kernbestandteil“⁶⁵ der Korruptionsvorschriften im engeren Sinne ist die Unrechtsvereinbarung. Sie findet sich als Tatbestandsvoraussetzung sowohl in den §§ 332, 334 StGB sowie im § 299 StGB, der als Vorbild der §§ 299a, 299b StGB-E fungiert. Auch in – fast – allen Varianten der §§ 299a, 299b StGB-E ist die Unrechtsvereinbarung enthalten. Sie fehlt – was bislang weitestgehend übersehen wurde⁶⁶ – jedoch im Regierungsentwurf zu § 299a Abs. 2 StGB-E (vgl. das Fehlen von „als Gegenleistung“ in der Tathandlungsumschreibung). Nach Auskunft des BMJV an den Verf. vom 30.9.2015 handelte es sich dabei um ein Redaktionsversehen, das aus hiesiger Sicht wegen der ansonsten entstehenden Weite des Einzeltatbestandes korrigiert werden sollte.

⁶⁵ Treffend *Luczak*, BT-Protokolle (Fn. 16), S. 13480.

⁶⁶ Vgl. *Brettel/Duttge/Schuhr*, JZ 2015, 929 ff.; *Gaede*, medstra 2015, 263 f.; *Taschke/Zapf*, medstra 2015, 332 ff. Anders der Ende November erschienene Beitrag von *Pragal/Handel*, medstra 2015, 337, 342 sowie die ebenfalls Ende November erschienene Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer, 40/2015, S. 8.

Ebenfalls auf Redaktionsversehen beruhen dürfte das Fehlen der Dritt Vorteile und der Wendung „im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung“ in § 299a Abs. 2 StGB-E.

b) Gänzlicher Verzicht auf die Unrechtsvereinbarung?

Wird das oben genannte Redaktionsversehen korrigiert, sind in allen Tathandlungsvarianten nur solche Vorteilsgewährungen tatbestandsmäßig, die „als Gegenleistung“ für eine zumindest intendierte unlautere Bevorzugung im Wettbewerb oder eine Verletzung der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit gefordert, versprochen, angenommen oder gewährt werden. Nicht erfasst werden hingegen Fälle, in denen keine solche Verbindung von Vorteil und Bevorzugung vereinbart wird, sondern mit der Vorteilsgewährung nur ein allgemeines Wohlwollen geschaffen werden soll. Jedoch ist die „Klimapflege“ in der Privatwirtschaft, anders als im öffentlichen Sektor, nicht grundsätzlich strafwürdig. Auswüchsen kann gesundheits- und standesrechtlich begegnet werden, eine Ausdehnung der Straftatbestände erschiene hingegen unverhältnismäßig. Daher ist die Forderung nach Streichung des Erfordernisses einer Unrechtsvereinbarung⁶⁷ zurückzuweisen.

3. Die „Herbeiführung der Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung für einen anderen Menschen“ als Regelbeispiel in § 300 StGB?

Der Bundesrat schlägt vor, in § 300 StGB die „Herbeiführung der Gefahr einer erheblichen Gesundheitsschädigung für einen anderen Menschen“ als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall einer Bestechung bzw. Bestechlichkeit im Gesundheitswesen aufzunehmen.⁶⁸ Ein solches Regelbeispiel passt jedoch nicht zu dem von den §§ 299a, 299b StGB-E beabsichtigten Schutz der Institution Gesundheitswesen vor einer korruptiven Umgehung konstitutiver Regeln, die den (auch wettbewerblich) strukturierten Ordnungsmechanismus des Gesundheitsmarktes prägen. Zudem ist die

⁶⁷ S. aber *Vogler*, BT-Protokolle (Fn. 16), S. 13478.

⁶⁸ BT-Drs. 18/6446, S. 34.

körperliche Integrität und Gesundheit der Patienten durch die §§ 223 ff. StGB ausreichend geschützt, so dass es einer zusätzlichen Pönalisierung von Vorfeldhandlungen durch Regelbeispiele von Korruptionstatbeständen nicht bedarf.⁶⁹

4. § 301 StGB-E

Überdacht werden sollte die Ausgestaltung der §§ 299a, 299b StGB-E als relative Antragsdelikte. Zwar ist der Kreis der Antragsberechtigten recht weit gezogen. Überdies kann auch der Patient als „Verletzter“ i.S. des § 301 Abs. 2 StGB-E gelten,⁷⁰ da die Tatbestände zwar primär den Gesundheitsmarkt als Institution, darüber hinaus aber auch Patienten und deren Interessen an einer unbeeinflussten Heilentscheidung schützen.

Gleichwohl ist die Grundentscheidung anfechtbar. Zum einen schützen die §§ 299a, 299b StGB-E mit dem Gesundheitswesen eine Institution von so großer überindividueller Bedeutung, dass der Schutz nicht in die Hände von Privaten und Verbänden, sondern grundsätzlich in die Hand der Staatsanwaltschaft gelegt werden sollte.⁷¹ Zum anderen lassen sich die §§ 299a, 299b StGB-E mit § 299 StGB, der ebenfalls ein relatives Antragsdelikt ist, nicht vergleichen. § 299 StGB folgt – obgleich wettbewerbsschützend – aus nicht verallgemeinerbaren historischen Gründen einem Prinzip-Agent-Konzept, das die Ausgestaltung als Antragsdelikt zumindest nahelegt. Für die §§ 299a, 299b StGB-E gilt das nicht. Die Vorschriften sollten daher Officialdelikte sein, so dass Staatsanwaltschaften beim Vorliegen zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte ermitteln dürfen, auch wenn kein Strafantrag vorliegt.

⁶⁹ Kubiciel/Tsambikakis, medstra 2015, 11, 15; Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 40/2015, S. 10.

⁷⁰ BT-Drs. 18/6446, S. 15, 23. Die Kritik von Vogler, BT-Protokolle (o. Fn. 16), S. 13479 ist daher nicht stichhaltig.

⁷¹ Brettel/Duttge/Schuhr, JZ 2015, 929, 935.

IV. Folgen

Die neuen §§ 299a, 299b StGB-E werden zu *den* zentralen Strafvorschriften avancieren, an denen sich sämtliche Formen von Kooperationen zwischen den verschiedenen Akteuren auf dem Gesundheitsmarkt werden messen lassen müssen. Zugleich verschärfen sie über die Bußgeld- und Verfallsvorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts (§§ 29a, 30, 130 OWiG) das Haftungsregime für Krankenhaus- bzw. Pharmakonzerne und andere auf dem Gesundheitsmarkt agierende juristische Personen.⁷²

Weil die geplanten Vorschriften ebenso wenig wie andere Korruptionstatbestände ein als korruptiv erachtetes Verhalten abschließend definieren können, müssen sie auf gesundheitsrechtliche Primärnormen zurückgreifen. Dass diese Primärnormen (auch) von Kammern und Verbänden geschaffen werden, stellt – anders als verbreitet behauptet wird – eher eine Chance als ein Risiko dar. Denn gerade wegen dieser Akzessorietät können die Kammern und Verbände den Anwendungsbereich der Straftatbestände mitgestalten, indem sie Berufsausübungsregeln spezifizieren und Best-Practices für nicht-korruptive Kooperationen, Marketingmodelle und dergleichen erarbeiten. Auch Pharmaunternehmen und Krankenhauskonzerne sollten ihre Compliance-Maßnahmen überprüfen und ggfs. anpassen. Die Implementierung der Straftatbestände fordert alle maßgeblichen Akteure des Gesundheitsmarkts auf zu demonstrieren, dass sie zur Entfaltung der vielbeschworenen Selbstheilungskräfte willens und in der Lage sind. Der Ball wird also in das Feld des Gesundheitsmarktes zurückgespielt. Gerade die Berufsverbände und -kammern, die zu Recht ihre institutionelle und rechtliche Autonomie betonen, können nun zeigen, dass sie der – mit jeder Autonomie einhergehenden – Verantwortung zum Wohle ihrer Mitglieder und dem der Allgemeinheit gerecht werden.

Kommen alle, die es angeht, ihren Aufgaben nach, drohen Strafbarkeitsrisiken nur jenen, die am Rand existierender Regeln operieren oder neuartige Kooperationsmodelle

⁷² Vgl. die Forderung in BT-Drs. 18/5452, S. 2

ausprobieren. Lassen sie sich von ihren Verbänden, Kammern oder externen Juristen beraten, sind auch diese Risiken beherrschbar.

V. Empfehlungen

1. § 299a Abs. 2 StGB-E ist von Redaktionsversehen zu bereinigen und wie folgt zu fassen:

„Ebenso wird bestraft, wer als Angehöriger eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder Medizinprodukten, die zur Abgabe an den Patienten bestimmt sind, seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzt.“

2. Das für die §§ 299a, 299b StGB-E in § 301 StGB vorgesehene Strafantragserfordernis sollte gestrichen werden.

Dr. Stephan Meseke, LL.M.
Leiter der Stelle zur Bekämpfung von
Fehlverhalten im Gesundheitswesen

**Stellungnahme
zur öffentlichen Anhörung vor dem
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages am 2.12.2015**

**Gesetzentwurf der Bundesregierung
eines Gesetzes zur Bekämpfung von
Korruption im Gesundheitswesen
(BT-Drs. 18/6446)**

auf Grundlage der Positionen des GKV-Spitzenverbandes
zum Gesetzgebungsvorhaben

GKV-Spitzenverband
Reinhardtstraße 28, 10117 Berlin
Telefon 030 206288-0
Fax 030 206288-88
fehlverhalten@gkv-spitzenverband.de
www.gkv-spitzenverband.de

Inhaltsverzeichnis

I. Vorbemerkung	3
II. Stellungnahme zum Gesetzentwurf	5
Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches)	5
§§ 299a, 299b – Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen	5
§ 301 – Strafantrag	7
Artikel 2 (Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes)	9
§ 74c Absatz 1 Satz 1 Nummer 5a	9
Artikel 3 (Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch)	11
§ 197a Absatz 3 Satz 2 und 3	11
§ 197a Absatz 5 Satz 2 und 3	12
§ 197a Absatz 6	16
III. Weitergehender Änderungsbedarf	19
Artikel 3 (Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch)	19
§ 197a Absatz 1 Satz 1 – neu	19
§ 276 Absatz 2 Satz 4 – neu	20
§ 284 Absatz 3a – neu	21
Artikel 4 (Änderung des Elften Buches Sozialgesetzbuch)	23
§ 97 Absatz 3 Satz 2 – neu	23

I. Vorbemerkung

Die mit dem vorliegenden Gesetzentwurf beabsichtigte Einführung neuer Straftatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen im Strafgesetzbuch wird nachdrücklich begrüßt und unterstützt.

Der GKV-Spitzenverband hat seit der Veröffentlichung der Grundsatzentscheidung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofes (BGH) vom 29.03.2012 (GSSt 2/11) die Schaffung eines neuen Straftatbestandes der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen als *ultima ratio* eingefordert und noch in der letzten Legislaturperiode in mehreren öffentlichen Anhörungen des seinerzeit federführenden Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages dargelegt, warum korruptives Verhalten im Gesundheitswesen – entgegen der seinerzeit noch überwiegend vertretenen Ansicht – allein mit den vorhandenen sozialgesetzlichen Regelungen nicht mit der nötigen Wirksamkeit bekämpft werden kann. Die Argumente sind in den der Diskontinuität anheimgefallenen Gesetzentwurf des Bundesrates eines Strafrechtsänderungsgesetzes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen (BT-Drs. 17/14575) eingeflossen, an den sich der vorliegende Gesetzentwurf mit seiner Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen konsequent anlehnt.

Die nachfolgende Stellungnahme konzentriert sich – im Gegensatz zu den vorgelegten Stellungnahmen der weiteren geladenen Sachverständigen – vor dem Hintergrund der spezifischen gesetzlichen Aufgaben des GKV-Spitzenverbandes gem. §§ 197a SGB V, 47a SGB XI schwerpunktmäßig auf die geplanten Neuregelungen in Art. 3 des Gesetzentwurfs.

Ergänzend zur geplanten Einführung der neuen Straftatbestände und der geplanten Neuregelungen in den Art. 2 und 3 des vorliegenden Gesetzentwurfs besteht weitergehender gesetzlicher Änderungsbedarf. Insofern werden auch Forderungen aus dem Antrag der Abgeordneten Kathrin Vogler und weiterer Abgeordneter der Fraktion DIE LINKE „Korruption im Gesundheitswesen effektiv bekämpfen“ (BT-Drs. 18/5452) unterstützt:

Für eine wirksame Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen ist ein begleitendes Hinweisgeber-Schutzgesetz erforderlich. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD enthält eine Vereinbarung zum Informantenschutz im Arbeitsverhältnis: „Beim Hinweisgeberschutz prüfen wir, ob die internationalen Vorgaben hinreichend umgesetzt sind.“ Diese Prüfung dauert ausweislich einer zwischenzeitlichen Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales (BT-Drs. 18/5148) weiter an.

Die gesetzliche Regelung der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen in den §§ 197a Abs. 2 SGB V, 47a SGB XI gehört dabei in Bezug auf Hinweisgeber einerseits zu den fortschrittlichsten Regelungen im deutschen Recht: Danach soll sich „jede Person“ mit „Hinweisen“ auf korruptives Verhalten im Gesundheitswesen an die bei allen gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen sowie beim GKV-Spitzenverband eingerichteten Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen wenden können. Die in diesen Stellen beschäftigten Mitarbeiter haben aber nach wie vor kein Zeugnisverweigerungsrecht, um die Identität eines Hinweisgebers ggf. effektiv schützen zu können. Im Ergebnis erfolgen viele Hinweise nur anonym und können mangels konkreter Nachfragemöglichkeiten nicht gezielt verfolgt werden. Anonyme Hinweisgeber stehen auch den Ermittlungsbehörden und der Justiz in der Folge nicht als Zeugen zur Verfügung.

Hinweisgeber, die auf die innerbetriebliche Verletzung gesetzlicher Pflichten aufmerksam machen, müssen vor eventuellen unverhältnismäßigen Maßregelungen seitens ihres Arbeitgebers, bis hin zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrages, hinreichend gesetzlich geschützt werden. Beim wirksamen gesetzlichen Hinweisgeber-Schutz ist die Bundesrepublik Deutschland im internationalen Vergleich noch immer ein Entwicklungsland (vgl. hier nur Forst, SGB 2014, 413 ff.)

Zur wirksamen Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen greift die in Art. 2 des Gesetzentwurfs vorgeschlagene Zuständigkeitsergänzung der Wirtschaftsstrafkammern bei den Landgerichten allein noch zu kurz. Die im Deutschen Bundestag vertretenen Fraktionen sind aufgefordert, idealerweise bereits im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens, zusätzlich auf die Länder einzuwirken, dass diese korrespondierend auch besonders qualifizierte (Schwerpunkt-) Staatsanwaltschaften einrichten, um nicht nur Korruption, sondern auch die Vermögensstraftaten im Gesundheitswesen zukünftig noch effektiver verfolgen zu können. Dazu sollte zugleich an eine frühere gesetzgeberische Initiative angeknüpft werden (BT-Drs. 17/3685), welche die grundsätzliche Berechtigung auch dieses Anliegens bereits herausgestellt hat.

II. Stellungnahme zum Gesetzentwurf

Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches)

§§ 299a, 299b – Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

A) Beabsichtigte Neuregelung

Die Vorschrift führt neue Straftatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen ein. Das geltende Strafrecht erfasst korruptives Verhalten im Gesundheitswesen nur punktuell. Mit der Neuregelung sollen die bestehenden Strafbarkeitslücken geschlossen werden.

B) Stellungnahme

Der Entwurf der neuen Straftatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen in den §§ 299a, 299b StGB-E erscheint zur sachgerechten Erfassung der bei den Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen der gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen – insbesondere seit dem Inkrafttreten des § 128 SGB V – unvermindert eingehenden Hinweise auf korruptives Verhalten im Gesundheitswesen geeignet und wird deshalb nachdrücklich befürwortet.

Mit dem Inkrafttreten der neuen Straftatbestände bietet sich für die gesetzlichen Krankenkassen erstmals die praktische Möglichkeit, Verstöße gegen die Verbote nach § 128 Abs. 2, 5b und 6 SGB V nachweisen und angemessen ahnden zu können. Das schließt nicht nur ein, dass Leistungserbringer dann beispielweise für die Dauer von bis zu zwei Jahren von der Versorgung der Versicherten ausgeschlossen werden können, vgl. § 128 Abs. 3 SGB V. Darüber hinaus können die gesetzlichen Krankenkassen die bereits gezahlten Vergütungen zurückfordern, da bei einem nachgewiesenen Verstoß gegen § 128 SGB V streng formal auch kein Vergütungsanspruch des Leistungserbringers besteht (Flasbarth, KrV 2015, 148, 153).

Der neue Straftatbestand der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen soll richtigerweise alle Heilberufsgruppen einbeziehen, die für die Berufsausübung oder Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordern. Nach der Gesetzesbegründung gilt dies aber bislang offenkundig nur für Sachverhalte „sowohl innerhalb als auch außerhalb des Bereichs der gesetzlichen Krankenversicherung“.

In der Gesetzesbegründung sollte deshalb durchgängig klargestellt werden, dass der Begriff Gesundheitswesen hier nicht nur die gesetzliche Krankenversicherung, sondern selbstver-

ständig auch korruptives Verhalten innerhalb und außerhalb der sozialen Pflegeversicherung umfasst (vgl. nur AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 18.02.2009 – 843 – 503/08, 5701 Js 55/08). Diese Schlussfolgerung ergibt sich nicht nur im Hinblick auf die geplante Reform der Pflegeausbildung, sondern schon aus § 12 Abs. 2 Satz 3 SGB XI. Auch die gesetzlichen Pflegekassen nutzen danach z.B. das Instrument der integrierten Versorgung nach § 92b SGB XI und wirken zur Sicherstellung der haus-, fach- und zahnärztlichen Versorgung der Pflegebedürftigen darauf hin, dass die stationären Pflegeeinrichtungen Kooperationen mit niedergelassenen Ärzten eingehen.

Auch der vorliegende Gesetzentwurf der Bundesregierung bezieht sich insoweit noch auf „die in den §§ 140a SGB V ff. geregelte sektorenübergreifende Versorgungsform (integrierte Versorgung)“. Dabei dürfte es sich nur um ein Redaktionsversehen handeln: Nach dem zwischenzeitlichen Inkrafttreten des GKV-Versorgungsstärkungsgesetzes muss nunmehr insoweit auf die erfolgte Neuregelung der „Besonderen Versorgung“ Bezug genommen werden.

Schließlich ist bereits vom Sachverständigen Prof. Dr. Kubiciel darauf hingewiesen worden, dass als weiteres Redaktionsversehen bei § 299a Abs. 2 StGB-E in der Tatbestandsumschreibung das Fehlen der Unrechtsvereinbarung „als Gegenleistung“ korrigiert werden sollte, ebenso das Fehlen der Dritt Vorteile und die Wendung „im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung“.

C) Änderungsvorschläge

§ 299a Abs. 2 StGB-E ist in Anlehnung an § 299b Abs. 2 StGB-E von Redaktionsversehen zu bereinigen und im ersten Halbsatz wie folgt zu fassen:

„Ebenso wird bestraft, wer als Angehöriger eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert (...).“

In der Begründung des Gesetzentwurfs muss durchgängig klargestellt werden, dass die neuen Straftatbestände sowohl „innerhalb als auch außerhalb des Bereichs der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung“ gelten sollen.

Schließlich muss dort auch die Neuregelung der „Besonderen Versorgung“ gem. § 140a SGB V berücksichtigt werden.

Artikel 1 (Änderung des Strafgesetzbuches)

§ 301 – Strafantrag

A) Beabsichtigte Neuregelung

Die Neuregelung beabsichtigt die Erweiterung der für den Tatbestand des § 299 StGB geltenden relativen Antragspflicht auf die neuen Straftatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen. Im Unterschied zum Referentenentwurf soll zukünftig nur noch die „gesetzliche Kranken- und Pflegekasse des Patienten“ das Recht haben, Strafantrag zu stellen.

B) Stellungnahme

Nach den bisherigen praktischen Erfahrungen wird zwar typischerweise auch in Zukunft die gesetzliche Kranken- und Pflegekasse des Patienten, d.h. des durch korruptive Absprachen in seinen Patientenrechten verletzten Versicherten, einen Strafantrag stellen (vgl. hier nur BGH, Beschl v. 05.05.2011 – 3 StR 458/10).

Es ist aber durchaus vorstellbar, dass im Einzelfall etwa eine bundesweit geöffnete Kranken- und Pflegekasse einen Hinweis auf korruptives Verhalten eines Leistungserbringers erhält, von dem sie wegen regionaler Besonderheiten bislang keine Abrechnungen erhalten hat. Folglich hat diese Kasse dann zunächst auch keine „verletzten“ Patienten. Nach dem vorliegenden Gesetzentwurf könnte diese gesetzliche Kranken- und Pflegekasse somit selbst bei Vorliegen einer detaillierten schriftlichen „Unrechtsvereinbarung“ nicht die zuständige Staatsanwaltschaft unterrichten, sondern müsste, um einen Strafantrag stellen zu können, entweder zuwarten, bis auch die „Verletzung“ eines ihrer Patienten irgendwann festgestellt und dargelegt werden kann oder umständlich und aufwendig herausfinden, welche der anderen derzeit 122 gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen möglicherweise antragsberechtigt sein könnte.

Dies kollidiert zweifellos mit der vom Gesetzgeber beabsichtigten Zielsetzung und vor allem der beschriebenen Schutzrichtung der neuen Straftatbestände. Nach der Gesetzesbegründung sollen diese zumindest mittelbar nicht nur die Vermögensinteressen der Wettbewerber im Gesundheitswesen sowie der Patienten, sondern zusätzlich auch der gesetzlichen (Hervorhebung) Krankenversicherung schützen.

Deshalb sollte die Antragsberechtigung einer gesetzlichen Kranken- und Pflegekasse jedenfalls im Einzelfall auch unabhängig von einem verletzten Patienten bestehen können. Dabei ist auf einen hier zweifellos entscheidenden Unterschied zu den ebenfalls antragsberechtigten privaten Kranken- und Pflegeversicherungsunternehmen hinzuweisen: Nach §§ 197a Abs. 4 SGB V, 47a SGB XI sollen die gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen die Staatsanwaltschaft auch dann unverzüglich unterrichten, wenn die Prüfung ergibt, dass ein Anfangsverdacht auf strafbare Handlungen mit nicht nur geringfügiger Bedeutung für die gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung (Hervorhebung) bestehen könnte.

Die Begründung des vorliegenden Gesetzentwurfs zielt dabei offenbar in die gleiche Richtung, weil gerade die möglichen Auswirkungen der Tat zu Lasten der Solidargemeinschaft der Versicherten bei der Prüfung zu berücksichtigen sind, ob nicht sogar ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht.

C) Änderungsvorschlag

In § 301 Abs. 2 Nummer 2 c) sollten nach den Wörtern „die gesetzliche Kranken- und Pflegekasse“ die Wörter „des Patienten“ wieder gestrichen werden.

Artikel 2 (Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes)

§ 74c Absatz 1 Satz 1 Nummer 5a

A) Beabsichtigte Neuregelung

Die Regelung des § 74c Abs. 1 Satz 1 Nr. 5a GVG wird um die Straftatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen ergänzt. Damit ist die Wirtschaftsstrafkammer bei den Landgerichten, wie schon in Fällen des § 299 StGB, zukünftig auch für die neuen Straftatbestände zuständig. Die §§ 299a, 299b StGB-E werden regelmäßig Sachverhalte erfassen, für deren Beurteilung besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind.

B) Stellungnahme

Bei den Ermittlungsverfahren im Bereich des Gesundheitswesens handelt es sich im Allgemeinen um Wirtschaftsstrafverfahren, aber im Besonderen um eine absolute Spezialmaterie.

Das zugrundeliegende Sozialversicherungsrecht ist äußerst komplex, da nicht nur die gesetzlichen, sondern auch die vertraglichen Vorgaben zu den Leistungs- und Abrechnungsbeziehungen im Gesundheitswesen zu beachten sind. Das Gesundheitswesen ist in seiner Entwicklung außerdem extrem dynamisch, da sich die gesetzlichen Rahmenbedingungen bekanntlich häufig ändern. Darauf müssen nicht nur die Wirtschaftsstrafkammern bei den Landgerichten, sondern bereits die Staatsanwaltschaften reagieren können.

Zwar liegen solche Maßnahmen im Verantwortungsbereich der Länder und es besteht keine direkte Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Es besteht aber auch kein Zweifel, dass offenkundig an die Länder appelliert werden sollte.

Nachdem bei der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main bereits im Jahr 2009 eine Zentralstelle zur landesweiten Bekämpfung von Vermögensstraftaten und Korruption im Gesundheitswesen in Hessen eingerichtet wurde (vgl. dazu Blumensatt, in: Demel/Heck/Schäfer (Hrsg.), Festschrift für Wagner, 2013, 83 ff.) und bei der Staatsanwaltschaft Meiningen in Thüringen seit vielen Jahren sogar eine Schwerpunktstaatsanwaltschaft zur landesweiten Bekämpfung von Vermögensstraftaten im Gesundheitswesen gem. § 143 Abs. 4 GVG existiert, hat bislang allein der Bayerische Staatsminister der Justiz zum 01.10.2014 die Einrichtung von drei entsprechenden Schwerpunktstaatsanwaltschaften für den Bezirk eines jeden Oberlandesgerichtes bekannt gegeben (vgl. Bayerischer Landtag, Drucksache 17/6492).

Bei der Strafverfolgung von Vermögensstraftaten und Korruption im Gesundheitswesen darf es kein Nord-Süd-Gefälle geben. Nach hiesigem Dafürhalten wäre zu prüfen, ob dazu bereits in diesem Gesetzgebungsverfahren eine ergänzende Regelung in direkter Anlehnung an das vom Deutschen Bundestag inzwischen verabschiedete Gesetz zur Bekämpfung von Doping im Sport (vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/4898) erfolgen könnte.

In § 12 des neuen Anti-Doping-Gesetzes wurden die Landesregierungen jedenfalls konsequent *„ermächtigt, durch Rechtsverordnung die strafrechtlichen Verfahren (...) ganz oder teilweise für die Bezirke mehrerer (...) Landgerichte einem dieser (...) Landgerichte zuzuweisen, sofern dies der sachlichen Förderung oder der schnelleren Erledigung der Verfahren dient. Die Landesregierungen können die Ermächtigung nach Satz 1 durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.“*

Eine solche Konzentrationsermächtigung dürfte sich gerade auch im Zusammenhang mit strafrechtlichen Ermittlungsverfahren im Gesundheitswesen als zielführend erweisen. In der Gesetzesbegründung könnte ggf. ergänzend bekräftigt werden, dass nur durch eine Konzentration die Möglichkeit besteht, *„Spezialzuständigkeiten einzurichten und somit Fachkompetenzen zu bündeln. (...) Die sachgerechte Behandlung der Strafverfahren (...) setzt erhebliches Spezialwissen voraus.“*

In einer kriminologischen Studie, welche die bisherige Verfolgungspraxis der Staatsanwaltschaften bei Vermögensstraftaten im System der gesetzlichen Krankenversicherung systematisch ausgewertet hat, konnte die Notwendigkeit der Einrichtung besonders qualifizierter Staatsanwaltschaften im Gesundheitswesen bereits empirisch belastbar belegt werden. Danach sind fiskalische und organisatorische Veränderungen in der Justiz anzumahnen (vgl. Meier/Homann, MschrKrim 2009, 359, 374). Durch die stärkere Konzentration sachlicher Zuständigkeiten könnten auch justizielle Ressourcen freigelegt werden.

Artikel 3 (Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch)

Nr. 1 und 2a

§ 197a Absatz 3 Satz 2 und 3

A) Beabsichtigte Neuregelung

Die beabsichtigte Neuregelung verpflichtet zukünftig die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und den GKV-Spitzenverband einen regelmäßigen Erfahrungsaustausch der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen seiner Mitglieder zu organisieren.

B) Stellungnahme

Der gesetzlichen Neuregelung kommt dabei für den GKV-Spitzenverband und die gesetzlichen Krankenkassen in erster Linie deklaratorische Bedeutung zu. Der GKV-Spitzenverband hat bisher schon in freiwilliger Initiative einen regelmäßigen Erfahrungsaustausch seiner aktuell 123 Mitglieder für erforderlich erachtet. Zuletzt veranstaltete der GKV-Spitzenverband am 25./26.02.2015 die Fachtagung „Zehn Jahre Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen – Bestandsaufnahme und Perspektiven“, zu der erstmals auch die Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen aller Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen und Kassenärztlichen Bundesvereinigungen eingeladen wurden. Gegenstand eines solchen regelmäßigen institutionalisierten Erfahrungsaustausches auf der Bundesebene kann allerdings nur die abstrakte Behandlung von neuen oder häufig noch streitigen rechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit den gesetzlichen Aufgaben der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen sein. Dazu müssen selbstverständlich auch ausgewählte Vertreter der Staatsanwaltschaften und der berufsständischen Kammern beteiligt werden.

Die gesetzlich verpflichtende Zusammenarbeit zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenkassen bei der Bekämpfung von vertragsärztlichem Fehlverhalten muss aber ganz unabhängig davon verstärkt und endlich als eine gemeinsame Aufgabe verstanden werden. Durch die zum 01.01.2012 erfolgte gesetzliche Klarstellung der §§ 81a Abs. 3a, 197a Abs. 3a SGB V konnten zwar die langjährigen Rechtsunsicherheiten bei der Übermittlung personenbezogener Daten beendet werden. Der unentbehrliche fallbezogene Erfahrungs- und Informationsaustausch zwischen Krankenkassen, Kassenärztlichen Vereinigungen und den zuständigen Staatsanwaltschaften kann dagegen nur auf der jeweiligen Landesebene, unter Beachtung der spezifischen regionalen Besonderheiten, erfolgreich gelingen.

C) Änderungsvorschlag

Keiner.

Artikel 3 (Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch)

Nr. 1 und 2b

§ 197a Absatz 5 Satz 2 und 3

A) Beabsichtigte Neuregelung

Mit der bereits bestehenden Berichtspflicht der Vorstände über die Arbeit und Ergebnisse der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen sollen sich die Vertreter der Selbstverwaltung eine „konkrete Vorstellung über das tatsächliche Ausmaß des Fehlverhaltens“ machen können. Dazu ist in den Berichten zukünftig zusätzlich auch „der verhinderte und der entstandene Schaden zu nennen“.

B) Stellungnahme

Nach §§ 197a Abs. 5 SGB V, 47a SGB XI hat der Vorstand der Kranken- und Pflegekassen und des GKV-Spitzenverbandes, sofern angezeigt auch der Vorstand der Landesverbände der Krankenkassen, dem jeweiligen Verwaltungsrat im Abstand von zwei Jahren über die Arbeit und Ergebnisse der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen zu berichten. Der Bericht ist der zuständigen Aufsichtsbehörde zuzuleiten. Nach der Gesetzesbegründung soll die Berichtspflicht „Transparenz“ schaffen (BT-Drs. 15/1525, S. 99; S. 138 und S. 155).

Weil es sich dabei ausdrücklich um einen Bericht über „Arbeit und Ergebnisse“ handelt, wäre es völlig verkürzt, das Berichtswesen allein auf „die nachgewiesenen Fälle“ zu beschränken. Ob sich ein Fehlverhalten vollständig nachweisen lässt, steht zu Beginn von Ermittlungen noch nicht fest. Vielmehr haben die Stellen grundsätzlich nicht nur Hinweisen, sondern allen „Fällen und Sachverhalten“ nachzugehen, sofern diese auf Grund der einzelnen Angaben oder Gesamtumstände glaubhaft erscheinen und dazu entsprechende Ermittlungen und Prüfungen einzuleiten. Darin besteht die eigentliche Arbeit der Stellen. Dem entspricht offensichtlich auch die Gesetzesbegründung, wonach „in den Berichten auch die im Berichtszeitraum aufgetretene Zahl der bekannt gewordenen Fälle“ zu dokumentieren ist. Deshalb muss auch die geplante gesetzliche Neuregelung insoweit ergänzt werden.

Im Gegensatz zur polizeilichen Kriminalstatistik, die bei den Vermögensstraftaten über den „registrierten Schaden“ (vgl. Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2014, Seite 9) bzw. im Bereich der Korruption über den „verursachten Gesamtschaden“ berichtet (vgl. Bundeslagebild Korruption 2014, Seite 8), haben die gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen in Ermangelung gesetzlicher Vorgaben bislang überwiegend nur den wiedergutmachten Schaden genannt, d.h. die von Ihnen „gesicherten Forderungen“.

Damit sich der Vorstand, die Vertreter der Selbstverwaltung, aber auch die zuständigen Aufsichtsbehörden und die Öffentlichkeit einen Eindruck vom noch weitgehend unklaren tatsächlichen Ausmaß des Fehlverhaltens im Gesundheitswesen machen können, ist nach der Gesetzesbegründung in den Berichten zukünftig auch der jeweilige Gesamtschaden für die gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung zu beziffern, der durch Prüfungen „nicht vermieden werden konnte.“

Die Krankenkassen stehen regelmäßig vor dem Problem, die tatsächliche Schadenshöhe zu ermitteln. Dabei gilt der Grundsatz der konkreten Schadensermittlung, von dem nur in wenigen Ausnahmefällen abgewichen werden darf, was eine Schadensermittlung teilweise beinahe unmöglich macht. Die genaue Anzahl der Manipulationen ist häufig nicht bekannt. Bei wenigen in Betracht kommenden Leistungsfällen können diese Ermittlungen angestellt werden; bei einer Vielzahl von Leistungsfällen werden Aufwand und nachgewiesener Schaden aber häufig in keinem Verhältnis stehen. Etwaige Schadensschätzungen unterfallen außerdem strenggenommen dem Zuständigkeitsbereich der Sozialgerichte, vgl. § 202 SGG i.V.m. § 287 Abs. 2 ZPO. Letzteres erfordert im Einzelfall die Feststellung von Tatsachen, die eine Schätzung von Manipulationen pro Abrechnungszeitraum sowie in der Folge, der Anzahl der Abrechnungszeiträume mit Manipulationen ermöglichen.

Die tatsächliche Dimension eines Abrechnungsbetrugsschadens erschließt sich häufig erst im Ergebnis eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens. Als eine mögliche Lösung drängt sich dabei die Beauftragung von Mitarbeitern der gesetzlichen Krankenkassen als sachverständige Ermittlungsperson i.S.d. § 110 StPO auf (Mohammadi/Hampe, NZWiSt 2012, 417, 419), ggf. als nebenberuflicher Sachverständiger (Mahnkopf/Funk, NStZ 2001, 519, 521). Diese verfügen zweifellos über die für die Feststellung der Tatsachen erforderlichen Fachkenntnisse, sind jedoch zugleich in den Organisationsbereich des Geschädigten eingebunden. Auch wegen der damit verbundenen strafprozessualen Risiken setzen spezialisierte Ermittlungsbehörden im Bereich des Gesundheitswesens zunehmend auf externe Sachverständige, die in keinerlei Abhängigkeit zu den Verfahrensbeteiligten stehen (Badle, NJW 2008, 1028, 1030 f).

Für den Bereich der vertragsärztlichen Leistungserbringung wird dabei von der Rechtsprechung unter Einhaltung strenger Voraussetzungen auch eine Schadensermittlung im Wege der Hochrechnung grundsätzlich als zulässig erachtet (vgl. BGHSt 36, 320). Höchstrichterlich ungeklärt ist jedoch bislang die Frage, ob die mathematisch-statistische Schadenshochrechnung in dafür geeigneten Fällen auch auf den Bereich der nicht-ärztlichen Leistungserbringer übertragen werden kann, etwa im Bereich der Heilmittel oder sogar der Pflegeversicherung. Erschwerend kommt hinzu, dass sich dazu bis heute noch keine bundesweit einheitliche Methode der Schadenshochrechnung eines Garantieschadens durch mathematisch-statistische Sachverständige herausgebildet hat.

Im Ergebnis verbleiben für die gesetzlichen Krankenkassen vorläufig noch erhebliche Unsicherheiten, sollte zukünftig als Regelfall stets der tatsächlich entstandene Schaden belastbar ermittelt werden müssen und nur noch im Ausnahmefall, etwa im Wege eines außergerichtlichen Vergleichsvertrages nach §§ 54 ff. SGB X, eine teilweise Schadensrealisierung angestrebt werden können, trotz der damit verbundenen Möglichkeit einer schnellen Realisierung des Anspruchs und der gleichzeitigen Möglichkeit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung aus dem Vertrag (§ 66 SGB X).

Diese Unsicherheiten verbleiben auch im Hinblick auf die sozialgerichtliche Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Erstattungsansprüche der gesetzlichen Krankenkassen. Welche darlegungs- und beweisrechtlichen Anforderungen dabei an das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs zu stellen sind, entzieht sich zwar einer generellen Festlegung. Dass die Ergebnisse staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen wegen Abrechnungsbetruges im Gesundheitswesen zur Schätzung der Höhe eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruches aber auch im sozialgerichtlichen Verfahren hochgerechnet werden können, erscheint jedenfalls nicht zweifelhaft (LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 2.6.1999 – L 5 Ka 24/97). Das gilt insbesondere, wenn es nach den Umständen des Einzelfalls nahe liegt, dass sich Manipulationen gleichmäßig auf alle Abrechnungen eines zu überprüfenden Abrechnungszeitraums erstrecken. Anders können Ausmaß und Umfang von Manipulationen bei typischerweise regelmäßig mehreren Hundert oder Tausend Abrechnungsfällen nicht mit zumutbarem Aufwand ermittelt und berechnet werden (BSG, Beschl. v. 10.05.2000 – B 6 KA 49/99 B).

Wenn zukünftig nicht allein die Höhe des wiedergutmachten Schadens, sondern zusätzlich auch die Höhe des tatsächlich „entstandenen Schadens“ zu berichten ist, wird offenkundig zu Tage treten, dass sich mit stark zunehmender Tendenz besonders hohe zu Lasten der Solidargemeinschaft entstandene Schäden immer seltener vollständig zurückfordern lassen, vor allem, wenn die betreffenden Leistungserbringer in die Insolvenz „flüchten“.

Im Zuge der von der Regierungskoalition angekündigten Vereinfachung des Rechts der Vermögensabschöpfung sollte deshalb auch geprüft werden, wie das für die Geschädigten ungerechte Zugriffsprinzip („Windhundprinzip“) auf die gesicherten Vermögenswerte verbessert werden kann und ob eine Verteilung der gesicherten Werte auf die Geschädigten in einem insolvenzrechtlichen Verfahren gestaltet werden könnte.

Nach der Gesetzesbegründung soll in den Berichten schließlich sogar der jeweilige Gesamtschaden für die gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung beziffert werden, „der durch Prüfungen vermieden werden konnte.“

Mit der Einführung eines sog. „verhinderten Schadens“ betritt die Bundesregierung jedenfalls im Zusammenhang mit Vermögensstraftaten im Gesundheitswesen zweifellos Neuland. Im Ergebnis könnte dadurch allerdings ein Perspektivwechsel und eine deutlich objektivere Be-

wertung der Effektivität dieser Stellen erreicht werden. Diese beschränkt sich dann nämlich nicht mehr ausschließlich auf eine vielfach nur noch teilweise zu realisierende Schadenswiedergutmachung, sondern könnte erstmals auch die zusätzlich erreichte kriminalpräventive Wirkung der Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen abbilden.

Es leuchtet jedenfalls auf den zweiten Blick grundsätzlich ein, dass ein Leistungserbringer, der durch Abrechnungsbetrug über einen bestimmten Zeitraum einen berechenbaren Schaden verursacht hat, sein Handeln mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit auch im nachfolgenden Berichtszeitraum kontinuierlich fortgesetzt hätte, wäre sein Verhalten nicht aufgedeckt und damit für die Zukunft unterbunden worden. Wenn diesem Leistungserbringer in der Folge dessen Vertrag wirksam gekündigt werden konnte und somit in dem nachfolgenden Berichtszeitraum neue Schäden verhindert werden, stärkt auch das den „effizienten Einsatz von Finanzmitteln im Krankenversicherungsbereich“ und entspricht damit der Zielsetzung des Gesetzgebers (vgl. BT-Drs. 15/1525, S. 99). Diese weitergehenden Effekte werden den Ergebnissen der Stellen bislang jedenfalls noch nicht gutgeschrieben.

Insofern geht die geplante Neuregelung des Berichtswesens auch hier offensichtlich in eine richtige Richtung. Mit welcher Methode der sog. „verhinderte Schaden“ in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung nach Ansicht der Bundesregierung aber auch möglichst belastbar berechnet werden könnte, sollte in der Gesetzesbegründung idealerweise noch weiter ausgeführt werden.

C) Änderungsvorschlag

In dem neu geplanten § 197a Absatz 5 Satz 3 muss die „Anzahl der bekannt gewordenen Fälle“ und der nachgewiesenen Fälle genannt werden.

Artikel 3 (Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch)

Nr. 1 und 2c

§ 197a Absatz 6

A) Beabsichtigte Neuregelung

Um die Tätigkeit der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen der gesetzlichen Krankenkassen nach vergleichbaren Maßstäben zu gewährleisten, wird der GKV-Spitzenverband beauftragt, das Nähere für die Tätigkeit dieser Stellen verbindlich für seine Mitglieder zu regeln. Darüber hinaus hat er die Berichte seiner Mitglieder zukünftig regelmäßig in seinem eigenen Bericht zusammenzuführen, die Ergebnisse mit den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen abzugleichen und Transparenz durch dessen Veröffentlichung im Internet herzustellen.

B) Stellungnahme

Das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) hat in den bislang vorgelegten Erfahrungsberichten zu den Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen stets hervorgehoben, dass eine Zusammenführung der Berichte aller gem. §§ 81a Abs. 5, 197a Abs. 5 SGB V berichtspflichtigen Institutionen bei einer zentralen Stelle gesetzlich nicht vorgesehen ist.

Dabei wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass nach übereinstimmender Auffassung der zuständigen Aufsichtsbehörden der Länder und des Bundesversicherungsamtes Maßnahmen zur Standardisierung und Vereinheitlichung der Berichte der gem. §§ 81a Abs. 5, 197a Abs. 5 SGB V berichtspflichtigen Institutionen nicht für erforderlich erachtet werden. Gerade weil es keine gesetzlichen Vorgaben zu den genauen Inhalten der Berichte über Arbeit und Ergebnisse der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen gebe, wurden Bedenken geäußert, ob verbindliche Vorgaben der Aufsichtsbehörden für eine Standardisierung und Vereinheitlichung flächendeckend durchsetzbar seien.

Der GKV-Spitzenverband sah sich mit der Übernahme dieser gesetzlichen Aufgabe seit dem Jahr 2009 folglich mit dem Problem konfrontiert, die Berichte seiner Mitglieder gar nicht zu kennen, da diese bislang nur den zuständigen Aufsichtsbehörden der Länder und dem Bundesversicherungsamt zuzuleiten sind.

Da keine gesetzlichen Vorgaben zum Inhalt der Berichte bestehen, fielen die Berichte der Krankenkassen in der Vergangenheit zwangsläufig auch sehr unterschiedlich aus. Die kassenindividuelle Ausgestaltung und Schwerpunktsetzung machte aus Sicht der Aufsichtsbehörden eine Vergleichbarkeit der Berichte schwierig und eine Zusammenführung der Be-

richtsinhalte praktisch unmöglich. Im Ergebnis lagen dem BMG bis zum Jahr 2011 auch „keine gesicherten Erkenntnisse oder belastbaren Daten“ zum Ausmaß von Fehlverhalten im Gesundheitswesen vor (vgl. nur BT-Drs. 17/4943).

Vor diesem Hintergrund hat der GKV-Spitzenverband seinen Mitgliedern eine freiwillige „Standardisierte Fallerfassung“ empfohlen, um eine bessere Vergleichbarkeit, Transparenz und Auswertbarkeit der Berichtsinhalte aller Kranken- und Pflegekassen zu gewährleisten. Auf der Grundlage dieser Empfehlung konnten nach dem Ende des Berichtszeitraums 2010/2011 bei jeder Krankenkasse erstmals einheitliche Kennzahlen ermittelt werden, die den jeweiligen Tätigkeitsbericht vergleichbar machen. Ein Bericht des BMG an den Ausschuss für Gesundheit des Bundestages zum Ergebnis der Umfrage bei der Selbstverwaltung zur Umsetzung der bestehenden Vorschriften zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen vom 28.01.2013 konnte auf diese freiwillig zusammengeführten Kennzahlen der GKV-Gesamtsicht erstmals umfassend Bezug nehmen (Ausschussdrucksache 17(14)0378). Die „Standardisierte Fallerfassung“ des GKV-Spitzenverbandes ist seitdem kontinuierlich weiterentwickelt worden.

Dagegen mangelt es offenkundig bis heute an gesicherten Erkenntnissen oder belastbaren Daten zu den gem. § 81a Abs. 5 SGB V gleichermaßen berichtspflichtigen Institutionen, namentlich der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen. Selbst auf eine ausdrückliche Kleine Anfrage an die Bundesregierung konnte vom BMG diesbezüglich keine Antwort gegeben werden (vgl. nur BT-Drs. 17/13588). Angesichts dieser Sach- und Erfahrungslage erscheint es mehr als nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber zwölf Jahre nach Einführung der Stellen vor allem mit Blick auf die Kassenärztlichen Vereinigungen nunmehr gesetzlich verbindliche Vorgaben zum Inhalt der Berichte für notwendig erachtet.

Mit der gesetzlichen Regelung nimmt nicht nur die Verbindlichkeit der bislang freiwilligen Übereinkünfte zur Berichterstattung weiter zu. Im Ergebnis der zentralen Zusammenführung aller Ergebnisse und deren anschließendem Abgleich in Bezug auf die vertragsärztliche Versorgung besteht perspektivisch erstmals die Möglichkeit, dass alle zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen verpflichteten Akteure einen empirisch abgesicherten Befund über Umfang und Struktur von Fehlverhalten im Gesundheitswesen erhalten und auf dieser Basis noch differenzierter und wirkungsvoller notwendige Maßnahmen zu dessen Vermeidung ableiten können.

Aufgrund der großen Unterschiede zwischen den einzelnen Krankenkassen, insbesondere auch hinsichtlich ihrer personellen Ressourcen, erscheinen „Bestimmungen“ über eine „einheitliche Organisation“ der Stellen in der Praxis allerdings nur schwer umsetzbar. Bestimmungen des GKV-Spitzenverbandes zur Organisation seiner Mitglieder widersprechen auch dem Selbstverwaltungsprinzip. In das Organisationsrecht der gesetzlichen Krankenkassen sollte deshalb nicht eingegriffen werden. Es sollte diesen überlassen bleiben, wie sie sich bei der Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen am Besten organisieren.

Richtig ist aber zugleich, dass das Volumen der verfolgten Hinweise und Fälle ganz wesentlich durch die personelle Ausstattung bestimmt wird. Eine hohe Zahl von Verdachtsfällen – das belegen kriminologische Forschungsergebnisse – wird nur von denjenigen Stellen bearbeitet, die über ein gewisses Mindestmaß an Ressourcen verfügen. Nur dort kann die vom Gesetzgeber erwartete Arbeit überhaupt geleistet werden. Wo die zur Abrechnung eingereichten Unterlagen nicht effektiv kontrolliert werden, werden keine Abrechnungsmanipulationen aufgedeckt, aber das bedeutet nicht, dass Manipulationen dort nicht begangen werden (vgl. zum Ganzen zuletzt Meier, KrV 2015, 155, 156 und 159). Kriminologen sprechen deshalb von einem Kontrollparadox.

Der Bundesrechnungshof hat bereits beanstandet, dass die „Stellen innerhalb einer Kassenart und mit den Stellen anderer Kassenarten nicht ausreichend zusammenarbeiten“. Der Bundesrechnungshof hat dem BMG daher empfohlen, über den GKV-Spitzenverband auf die Einrichtung weiterer kassenartenübergreifender Prüfgruppen hinzuwirken. Im Ergebnis der geplanten Neuregelung setzt der Gesetzgeber somit einen wichtigen Impuls, nähere Bestimmungen „über die Zusammenarbeit nach Absatz 3“ zu treffen: Leistungserbringer rechnen in aller Regel nicht nur mit einer gesetzlichen Krankenkasse, sondern mit allen Kassenarten ab.

Allerdings erscheint es im Ergebnis zielführender, einen verbindlichen Mindeststandard über „Rahmenempfehlungen“ vorzugeben. Die Ausgestaltung im Einzelnen sollte den gem. § 197a Abs. 1 SGB V zuständigen Krankenkassen bzw. Landesverbänden überlassen bleiben. Für diese Vorgehensweise gibt es im Fünften Buch Sozialgesetzbuch im Übrigen auch bereits eine ganze Reihe vergleichbarer Konstellationen, vgl. §§ 21 Abs. 2 Satz 2, 125 Abs. 1, 126 Abs. 1, 127 Abs. 6 oder 132a Abs. 1 SGB V.

Die verbindlichen Rahmenempfehlungen können die Effektivität und Effizienz der Fehlverhaltensbekämpfung weiter steigern und gleichzeitig helfen, bestehende Ungleichgewichte in der Zusammenarbeit weiter zu verringern. Sie können dabei zugleich als „Best Practices“ dienen.

C) Änderungsvorschlag

In § 197a Absatz 6 Satz 1 sollten die Wörter „nähere Bestimmungen“ durch das Wort „Rahmenempfehlungen“ ersetzt werden.

In § 197a Absatz 6 Satz 2 sollte das Wort „Bestimmungen“ durch das Wort „Rahmenempfehlungen“ ersetzt werden.

III. Weitergehender Änderungsbedarf

Artikel 3 (Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch)

§ 197a Absatz 1 Satz 1 – neu

A) Vorgeschlagene Neuregelung

Der Begriff des Fehlverhaltens im Gesundheitswesen sollte in § 197a Abs. 1 Satz 1 im Sinne von Unregelmäßigkeiten oder der rechtswidrigen Nutzung von Finanzmitteln im Zusammenhang mit den Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung präzisiert werden.

B) Stellungnahme

Die eigenständige Prüfung der „zweckwidrigen Nutzung von Finanzmitteln“ läuft in der täglichen Praxis der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen der gesetzlichen Krankenkassen von Anfang an leer. Eine unzumutbare Nutzung von Finanzmitteln begründet regelmäßig eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebotes (§§ 4 Abs. 4, 70 Abs. 1 SGB V) und ist deshalb immer auch rechtswidrig. Das Tatbestandsmerkmal „oder zweckwidrig“ ist folglich redundant.

C) Änderungsvorschlag

In § 197a Abs. 1 Satz 1 werden die Wörter „oder zweckwidrige“ gestrichen.

Artikel 3 (Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch)

§ 276 Absatz 2 Satz 4 – neu

A) Vorgeschlagene Neuregelung

Es muss klargestellt werden, dass auch der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK) befugt ist, personenbezogene Daten, die von ihm im Rahmen seiner Zuständigkeit erhoben wurden, an die Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen der gesetzlichen Krankenkassen zu übermitteln, soweit dies für die Feststellung und Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen beim Empfänger erforderlich ist.

B) Stellungnahme

Bei seinen Prüfungen erhält der MDK sehr umfassende und tiefgehende Einblicke in Sachverhalte und Zusammenhänge der Leistungserbringung im Gesundheitswesen. Dabei werden dem MDK auch Sachverhalte über das Zusammenwirken von Leistungserbringern aus mehreren Leistungsbereichen im Zusammenhang mit der Behandlung von Patienten auffällig, die ggf. auch Hinweise und Informationen auf eine unzulässige Leistungserbringung, Leistungsabrechnung oder eine unzulässige Zusammenarbeit enthalten können und damit für die Fehlverhaltensbekämpfung der Krankenkassen wertvolle Hinweise für die Einleitung von weitergehenden Ermittlungen und Prüfungen sein können. Die vom MDK aufgedeckten Missstände müssen für die Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen nutzbar gemacht werden können.

Konkrete Hinweise aus Prüfungen des MDK werden bislang aber häufig nicht unmittelbar an die Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen weitergeleitet, weil nach wie vor Rechtsunsicherheiten bestehen, ob dafür eine Übermittlungsbefugnis über § 276 Abs. 2 Satz 2 SGB V hergeleitet werden kann. Dies führt zu der paradoxen Situation, dass MDK-Prüfer zwar einen Hinweis auf Fehlverhalten ermitteln, aber datenschutzrechtlich gehindert sind, diesen an die betroffenen Kassen weiterzuleiten.

Die Notwendigkeit der gesetzlichen Klarstellung der Übermittlungsbefugnis ergibt sich ferner daraus, dass auch § 197a Abs. 3a SGB V keine entsprechende Rechtsgrundlage enthält.

C) Änderungsvorschlag

In § 276 Abs. 2 Satz 4 wird zusätzlich „§ 197a Abs. 3a“ eingefügt.

Artikel 3 (Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch)

§ 284 Absatz 3a – neu

A) Vorgeschlagene Neuregelung

Es muss klargestellt werden, dass auch die gesetzlichen Krankenkassen befugt sind, personenbezogene Daten von Vertragsärzten, von denen sie bei Erfüllung der Aufgaben in § 197a Abs. 1 und 3a SGB V Kenntnis erlangt haben – ggf. unabhängig von den Kassenärztlichen Vereinigungen – direkt an die zuständigen Landesgesundheitsbehörden bzw. Heilberufskammern weiterzugeben.

B) Stellungnahme

Durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Krebsfrüherkennung und zur Qualitätssicherung durch klinische Krebsregister (Krebsfrüherkennung- und -registergesetz, KFRG) erfolgte eine Neuregelung des § 285 Abs. 3a SGB V. Der Gesetzgeber verfolgte damit das Ziel, die zuständigen Heilberufskammern in die Lage zu versetzen, die „berufsrechtlichen Vorschriften zur Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen zur Anwendung zu bringen“, z. B. bei Verstößen gegen die in den Berufsordnungen geregelten Berufsausübungspflichten der Ärzte, Zahnärzte oder Psychotherapeuten, etwa das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt (§ 31 MBO-Ärzte oder § 2 Abs. 7 und 8 MBO-Zahnärzte).

Im Ergebnis erfolgte aber nur die gesetzliche Klarstellung der fehlenden Datenübermittlungsbefugnisse der Kassenärztlichen Vereinigungen. Demgegenüber fehlen bislang entsprechende Datenübermittlungsbefugnisse der gesetzlichen Krankenkassen. Auch insoweit muss eine Regelungslücke geschlossen werden (vgl. Scholz, GuP 2013, 81, 85).

§ 284 SGB V erfasst nicht nur versichertenbezogene Daten der Krankenkassen, sondern zumindest über § 284 Abs. 1 Nr. 8, 10 bzw. Abs. 3 SGB V auch Sozialdaten der vertragsärztlichen Leistungserbringer.

Die Notwendigkeit der gesetzlichen Klarstellung ergibt sich im Übrigen auch daraus, dass § 197a Abs. 3a SGB V jedenfalls keine entsprechende Übermittlungsbefugnis enthält.

C) Änderungsvorschlag

Nach § 284 Abs. 3 sollte deshalb folgender Abs. 3a neu eingefügt werden:

„(3a) Die Krankenkassen sind befugt, personenbezogene Daten, von denen sie bei Erfüllung ihrer Aufgaben nach Absatz 1 und 3 sowie nach § 197a Absatz 1 und 3a Kenntnis erlangt haben und soweit diese

1. für Entscheidungen über die Rücknahme, den Widerruf oder die Anordnung des Ruhens der Approbation oder
2. für berufsrechtliche Verfahren

erheblich sind, den hierfür zuständigen Behörden und Heilberufskammern zu übermitteln.“

Artikel 4 (Änderung des Elften Buches Sozialgesetzbuch)

§ 97 Absatz 3 Satz 2 – neu

A) Vorgeschlagene Neuregelung

Es muss auch für die soziale Pflegeversicherung klargestellt werden, dass der MDK befugt ist, personenbezogene Daten, die von ihm im Rahmen seiner Zuständigkeit erhoben wurden, an die Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen der gesetzlichen Pflegekassen zu übermitteln, soweit dies für die Feststellung und Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen beim Empfänger erforderlich ist.

B) Stellungnahme

Der Deutsche Bundestag hat mit dem Zweiten Pflegestärkungsgesetz erst kürzlich die Aufhebung der Ankündigungspflicht von Anlassprüfungen des MDK in ambulanten Pflegeeinrichtungen beschlossen (BT-Drs. 18/6688). Nach § 114a Abs. 1 S. 3 SGB XI sollen Anlassprüfungen bei ambulanten Pflegeeinrichtungen zukünftig unangemeldet durchgeführt werden. Insbesondere wenn konkrete Hinweise auf Fehlverhalten im Gesundheitswesen gem. §§ 197a Abs. 2 SGB V, 47a SGB XI vorliegen, sei die Durchführung von unangemeldeten Anlassprüfungen angezeigt. Zum Schutz der Pflegebedürftigen müsse bei konkreten Anhaltspunkten ein unverzügliches Handeln der Pflegekassen möglich sein, um Verdachtsfälle schnell aufklären zu können.

Die aufgedeckten Verdachtsfälle müssen für die Bekämpfung von Fehlverhalten in der gesetzlichen Pflegeversicherung aber auch nutzbar gemacht werden können. Konkrete Hinweise aus Prüfungen des MDK werden bislang häufig nicht unmittelbar an die zuständigen Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen weitergeleitet, weil Rechtsunsicherheiten bestehen, ob dafür bereits über § 97 Abs. 2 SGB XI eine Übermittlungsbefugnis der personenbezogenen Daten hergeleitet werden kann. Dies führt zu der paradoxen Situation, dass MDK-Prüfer zukünftig einen Hinweis auf Fehlverhalten aufdecken, dann aber datenschutzrechtlich gehindert sind, diesen an die zuständige Stelle weiterzuleiten.

Die Notwendigkeit der gesetzlichen Klarstellung der Übermittlungsbefugnis ergibt sich ferner daraus, dass §§ 197a Abs. 3a SGB V, 47a SGB XI bislang keine entsprechende Rechtsgrundlage für den MDK enthalten.

C) Änderungsvorschlag

In § 97 Abs. 3 Satz 2 wird zusätzlich „§ 47a Absatz 2“ eingefügt.



Stellungnahme der Bundesärztekammer

zum Regierungsentwurf
Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheits-
wesen 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.

Nr. 22/15
November 2015

Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen (BT-Drs. 18/6446)

A. Tenor der Stellungnahme

Der Deutsche Richterbund begrüßt, dass mit dem vorliegenden Gesetzentwurf die Regelungslücke beim Kampf gegen Korruption im Gesundheitswesen geschlossen werden soll.

Positiv wird bewertet, dass mit dem Gesetz nicht nur der Wettbewerb im Gesundheitswesen, sondern auch die „Unabhängigkeit der Heilberufe“ strafrechtlich geschützt wird. Der Tatbestand sollte jedoch noch konkreter gefasst werden.

Deutscher Richterbund
Kronenstraße 73
10117 Berlin
T +49 30 206 125-0
F +49 30 206 125-25
info@drb.de
www.drb.de

Verfasser der Stellungnahme:
Dr. Peter Schneiderhan, Oberstaatsanwalt
Mitglied des Präsidiums

B. Bewertung im Einzelnen

Wie bereits in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf vom April 2015 (Stellungnahme 10/15) zum Ausdruck gebracht, begrüßt der Deutsche Richterbund, dass die Regelungslücke im Kampf gegen Korruption im Gesundheitswesen mit umfassenden Straftatbeständen zur Bestechlichkeit und Bestechung für alle Heilberufe geschlossen werden soll.

Ergänzend zur früheren Stellungnahme wird zum nunmehr vorliegenden Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/6446) wie folgt Stellung genommen:

Die Regelung der Strafbarkeit in eigene Tatbestände der Bestechlichkeit (§ 299a StGB-E) und Bestechung (§ 299b StGB-E) sorgt für größere Klarheit gegenüber der Systematik des Referentenentwurfes und ist daher zu begrüßen.

Verortung bei § 299 StGB irritiert weiterhin

Der Deutsche Richterbund bedauert, dass auch im weiteren Gesetzgebungsverfahren kein Versuch unternommen wurde, die Korruption im Gesundheitswesen durch Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 331 ff. StGB auf Angehörige der Heilberufe unter Strafe zu stellen. Die Entscheidung des Großen Senates des BGH (Beschluss vom 29.3.2012 – GSSt 2/11) hätte dies de lege ferenda zugelassen. Die Verortung der neuen Strafnormen im Bereich der Straftaten gegen den Wettbewerb wird der Bedeutung ethisch einwandfreien Verhaltens von Angehörigen der Heilberufe nur teilweise gerecht.

Strafbarkeit wegen Verletzung berufsrechtlicher Pflichten wird begrüßt

Der Deutsche Richterbund begrüßt daher, dass der Gesetzgeber weiterhin neben der sich im Wettbewerb auswirkenden Vorteilsannahme auch jene unter Strafe stellen will, bei welcher ein Arzt (oder sonstiger Träger eines Heilberufs) „seine berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verletzt“ (§ 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E). Auch wenn die Einordnung der neuen §§ 299 ff. StGB-E den Schwerpunkt der Strafbarkeit im ärztlichen Verstoß gegen den lautereren Wettbewerb verankert und damit den Arzt auf seine wirtschaftliche Funktion reduziert, ist es wesentlich, auch „das Vertrauen von Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen“ (Gesetzesentwurf Bundesregierung, S. 1) strafrechtlich abzusichern. Der Gesetzgeber sichert mit diesem Straftatbestand grundsätzlich die in den Berufsordnungen für Ärzte festgeschriebenen Verbote, „von Patienten oder Anderen Geschenke oder andere Vorteile zu fordern, sich versprechen zu

lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird“ (§ 32 Abs. 1 MBO), auch strafrechtlich ab. Diese Entscheidung zugunsten eines umfassenden Patientenschutzes ergibt sich aus der besonderen Stellung des Arztes nicht nur gegenüber dem Patienten, sondern auch gegenüber der Allgemeinheit, die z. B. bei einem Attest mit dieser Entscheidung ärztlicher Autorität konfrontiert wird. Dabei schließt die ärztliche Verpflichtung, das Interesse Dritter nicht über das Patientenwohl zu stellen, nicht aus, auch diese Dritten vor Korruption zu schützen. „Erkauftes Patientenwohl“, welches sich in einem unzutreffenden Attest niederschlägt, kann auch durch die besondere Arzt-Patientenbeziehung nicht schützenswert sein.

Ärzte als Diener der Gesundheit des Einzelnen und der Bevölkerung, aber auch Apotheker als rechtlich abgesicherte Garanten der Sicherheit und Qualität der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sind wegen ihrer besonderen Stellung im Gesundheitswesen nicht nur dem Patienten verpflichtet.

Kritisch ist daher zu sehen, dass der Gesetzentwurf beide Tatvarianten des Abs. 1 sowohl bei der Bestechlichkeit wie auch der Bestechung auf die Verordnung oder Abgabe von Arznei- oder Heilmitteln begrenzt. Eine Begründung hierfür wird nicht vorgelegt (Begründung Drucksache, S. 19), obgleich gerade in diesem Bereich der Schädigung der Allgemeinheit oder konkreter Dritter eine besondere Schutzwürdigkeit der Lauterkeit ärztlichen Handelns besteht.

Dabei könnte eine überschießende Strafbarkeit dadurch vermieden werden, dass der Gesetzentwurf die engen Voraussetzungen der Verknüpfung zwischen Vorteil und – zumindest beabsichtigter – Gegenleistung in der Unrechtsvereinbarung aufgreift, wie sie in den Korruptionstatbeständen des geschäftlichen Verkehrs enthalten sind.

Maßstab für Berufsausübungspflichten, §§ 229a, b Abs. 1 Ziffer 2 StGB n. F. weiterhin unklar

Die im Gesetzentwurf vorgenommene Konkretisierung des Verstoßes gegen die „Berufsausübungspflichten“, gegen welche der Heilberufe-Träger verstoßen muss, um sich strafbar zu machen, durch „berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ (§ 299a Abs. 1 Nr.2 StGB n. F.) präzisiert den Tatbestand nur unzureichend.

Weiterhin genügt diese Formulierung dem Anspruch an eine möglichst konkrete Tatbestandsfassung kaum. Auch wenn die Schwierigkeit, abstrakt-generell unethisches Verhalten im Gesundheitsbereich bei der Annahme von Leistungen für alle Heilberufe-Träger zu definieren, nicht verkannt wird,

muss die Forderung nach bestmöglicher Klarstellung im Gesetzestext bleiben.

So erschließt sich insbesondere nicht, auf welche Quellen sich der Rechtsanwender und die Rechtsprechung bei der Suche nach der „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ stützen sollen und welche Anforderungen an eigenständige Regelungsqualität, Bestimmtheit und Klarheit diese erfüllen müssen. Der im Gesetzentwurf enthaltene Rückgriff auf die Berufsordnung für Ärzte (MBO; Drucksache, S. 19) überzeugt nicht.

So bleibt z. B. trotz der Fallbeispiele in der Begründung zum Gesetzestext offen, in welchem Umfang die Zuweisung von Patienten an fremde oder eigene Labore mit Gewinnbeteiligung strafbar werden soll (vgl. Drucksache, S. 17). Diese Klärung der Rechtsprechung zu überlassen, ist unbefriedigend.

Aufnahme in § 100a StPO

Kritisch anzumerken ist, dass eine Erweiterung des § 100a Abs. 2 StPO um die §§ 299a, 299b StGB nicht vorgesehen ist. Wie zahlreiche Beispiele aus der Vergangenheit zeigen, ist die Korruption im Gesundheitswesen oft nicht auf Einzelfälle beschränkt, sondern findet im Wege systematischer Absprachen statt, in die ein ganzes Netzwerk an Ärzten oder anderen Angehörigen von Heilberufen verstrickt ist. Die Durchdringung solcher Strukturen zur effektiven Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen macht es erforderlich, den Strafverfolgungsbehörden die nötigen strafprozessualen Eingriffsmöglichkeiten an die Hand zu geben. Hierzu gehört auch die Möglichkeit der Telekommunikationsüberwachung.

Der Deutsche Richterbund ist mit rund 16.000 Mitgliedern in 25 Landes- und Fachverbänden (bei bundesweit 25.000 Richtern und Staatsanwälten insgesamt) der mit Abstand größte Berufsverband der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in Deutschland.