

## Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen

### *A. Einleitung*

Die folgende Stellungnahme geht davon aus, dass politisch die Würfel für die Einführung eines Straftatbestands der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen bereits gefallen sind. Dementsprechend will sie nicht erneut die rechtspolitische Notwendigkeit einer strafrechtlichen Ahndung korruptiven Verhaltens im Gesundheitswesen diskutieren,<sup>1</sup> sondern sich auf die Frage konzentrieren, wie der künftige Straftatbestand sinnvollerweise ausgestaltet werden sollte. Zu diesem Zweck wird der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums unter Einbeziehung des der Diskontinuität anheimgefallenen Gesetzentwurfs des Bundesrates aus der vergangenen Legislaturperiode<sup>2</sup>, des Diskussionsentwurfs zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen des bayrischen Ministerium der Justiz<sup>3</sup> und des im Oktober 2014 vorgelegten Entwurfs des Medizinrechtsausschusses des DAV<sup>4</sup> analysiert. Auf der Grundlage der Ergebnisse dieser Analyse werden vier Änderungsvorschläge entwickelt, die zum Abschluss in Gesetzesform formuliert werden.

### *B. Zum Schutzgut des zukünftigen § 299a StGB*

Bei der Einführung eines neuen Straftatbestands stellt sich zunächst die Frage, welches Rechtsgut durch den Tatbestand geschützt werden soll. Nach der Begründung des Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums soll der zukünftige § 299a StGB einen „doppelten Rechtsgüterschutz“ verfolgen. Ungeachtet der gesetzessystematischen Ein-

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu zuletzt *Badle*, medstra 2015, S. 2 ff.; *Fischer*, medstra 2015, S. 1 f.; *Kubicieł/Tsambikakis*, medstra 2015, S. 11 f.

<sup>2</sup> Bundesratsentwurf vom 14. August 2013, Bundestagsdrucksache 17/14575.

<sup>3</sup> Der Diskussionsentwurf ist abrufbar unter [www.justiz.bayern.de/ministerium/gesetzgebung/](http://www.justiz.bayern.de/ministerium/gesetzgebung/). Er wird besprochen von *Kubicieł/Tsambikakis*, medstra 2015, S. 11 (12 ff.).

<sup>4</sup> Stellungnahme Nr. 54/2014, abrufbar unter <http://anwaltverein.de/downloads/DAV-SN54-2014.pdf>.

ordnung in die Straftaten gegen den Wettbewerb diene der Tatbestand neben der „Sicherung eines fairen Wettbewerbs im Gesundheitswesen“ auch dem „Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen“. <sup>5</sup> Weil bereits die Verletzung des letztgenannten Schutzgutes hinreichend strafwürdig sei, erfasse der zukünftige § 299a StGB auch Verhaltensweisen außerhalb von Wettbewerbslagen. Insbesondere soll er auch bei einer Monopolstellung des Vorteilsgebers und in Fällen der Verschreibung medizinisch nicht indizierter Behandlungen, um die es gerade keinen Wettbewerb gebe, zur Anwendung kommen. <sup>6</sup>

In ähnlicher Weise hatte bereits der Bundesratsentwurf aus der vergangenen Legislaturperiode betont, dass über die Absicherung des freien Wettbewerbs hinaus die Notwendigkeit bestehe, die „Unabhängigkeit medizinischer Entscheidung im Allgemeinen“ zu schützen. <sup>7</sup> Der Diskussionsentwurf des bayrischen Justizministeriums sieht in dem Schutz der Sachlichkeit und Unabhängigkeit medizinischer Entscheidungen sogar den primären Zweck des zukünftigen § 299a StGB. Zwar habe der Tatbestand auch eine wettbewerbsrechtliche Ausrichtung, aber der „zentrale Unrechtskern“ des unter Strafe gestellten Verhaltens liege in der Beeinträchtigung der Sachlichkeit und Unabhängigkeit heilberuflicher Entscheidungen und dem damit verbundenen Verlust des Vertrauens der Allgemeinheit in die Integrität der Ärzte und gleichstehender Heilberufe. <sup>8</sup>

Die besondere Betonung dieses zweiten Schutzguts scheint deshalb notwendig zu sein, weil alle Entwürfe die Strafbarkeit nicht von einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Gesundheitswesen abhängig machen wollen. Wenn der zukünftige § 299a StGB die Annahme und Gewährung von Vorteilen auch außerhalb von Wettbewerbslagen erfassen soll, dann kann der Schutz des Wettbewerbs im Gesundheitswesen den Tatbestand als Ganzes in der Tat nicht rechtfertigen. Daraus zu schließen, dass sich eine solche Rechtfertigung nur aus der Beeinträchtigung des Vertrauens in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen ergeben kann, ist jedoch insofern voreilig, als die Annahme und Gewährung von Vorteilen im Gesundheitssystem nicht nur die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen, sondern auch die Gefahr einer sachwidrigen Entscheidung über die Notwendigkeit und den Nutzen einer medizinischen Behandlung begründet.

---

<sup>5</sup> Begründung des Referentenentwurfs, S. 11.

<sup>6</sup> Begründung des Referentenentwurfs, S. 21.

<sup>7</sup> Begründung des Bundesratsentwurfs, Bundestagsdrucksache 17/14575, S. 10.

<sup>8</sup> Begründung des Diskussionsentwurfs (siehe Fn. 3), S. 4 und 15.

Selbst wenn ein Anbieter für eine bestimmte Arznei oder eine andere medizinische Behandlung eine Monopolstellung hat, begründet die Annahme und Gewährung von Vorteilen für die Verordnung dieser Arznei bzw. Behandlung die Gefahr, dass ein künstlicher Bedarf erzeugt und das Gesundheitssystem dadurch mit unnötigen Kosten belastet wird. Deshalb gefährdet ein solches Verhalten auch ohne Vorliegen einer Wettbewerbssituation nicht nur das Vertrauen in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen, sondern mit dem Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven und kostengünstigen Organisation des Gesundheitswesens das gleiche Rechtsgut, das den Schutz des Wettbewerbs im Gesundheitswesen legitimiert. Denn der Wettbewerb ist kein Selbstzweck, sondern deshalb schutzwürdig, weil er eine effektive und kostengünstige Organisation befördert.<sup>9</sup>

Im Ergebnis ist es damit durchaus richtig, dass der zukünftige § 299a StGB einen „doppelten Rechtsgüterschutz“ verfolgt, d.h. sowohl wirtschaftliche Interessen der Allgemeinheit als auch das allgemeine Vertrauen der Bürger in die Integrität medizinischer Entscheidungen schützt. Jedoch wird das wirtschaftliche Interesse der Allgemeinheit als Sicherung eines fairen Wettbewerbs im Gesundheitswesen nur unvollständig beschrieben. Der Schutz des Wettbewerbs ist nur ein Teilaspekt des umfassenderen Schutzguts einer effektiven und kostengünstigen Organisation des Gesundheitswesens, dessen Gefährdung nicht notwendigerweise voraussetzt, dass die Gewährung und Annahme von Vorteilen für eine Bevorzugung im Wettbewerb erfolgt. Deshalb wird nicht nur ein Teilbereich, sondern der gesamte Tatbestand des zukünftigen § 299a StGB kumulativ durch den Schutz wirtschaftlicher Interessen der Allgemeinheit und den Schutz des Vertrauens der Bürger in die Integrität medizinischer Entscheidungen legitimiert.

### *C. Zum Geltungsbereich des zukünftigen § 299a StGB*

#### *I. Der zu erfassende Personenkreis*

Nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums soll das strafrechtliche Verbot der Bestechlichkeit für alle Heilberufe gelten, die für die Berufsausübung oder

---

<sup>9</sup> Vgl. zu den Funktionen und zum strafrechtlichen Schutz des Wettbewerbs *Dannecker* in: NK-StGB (4. Aufl. 2013) Vor §§ 298 ff Rn. 11 f.; *Fischer*, StGB (62. Aufl. 2015) Vorb. § 298 Rn. 6; *Heine/Eisele* in: Schönke/Schröder (29. Aufl. 2014) Vorbem. §§ 298 ff. Rn. 4 f.; *Rogall* in: SK-StGB (131. Lieferung März 2012) Vor § 298 Rn. 3; *Tiedemann* in: LK (12. Aufl. 2008) Vor § 298 Rn. 1, alle m.w.N.

die Führung der Berufsbezeichnung eine staatliche geregelte Ausbildung erfordern.<sup>10</sup> Mit dieser aus der Regelung des § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB übernommenen und schon im Bundesratsentwurf enthaltenen<sup>11</sup> Beschreibung des Kreises tauglicher Täter werden neben Ärzten, Zahnärzten, Apothekern und anderen akademischen Heilberufen auch die sogenannten Gesundheitsfachberufe wie z.B. Hebammen, Krankenpfleger, Logopäden oder Physiotherapeuten in den Geltungsbereich der Regelung einbezogen. Nicht erfasst sind dagegen die Heilpraktiker, da sie zwar nach § 1 Abs. 1 HeilprG für die Berufsausübung eine Erlaubnis, aber keine staatlich geregelte Ausbildung benötigen.

Der Diskussionsentwurf des bayrischen Justizministeriums will den Kreis tauglicher Täter enger fassen. Das strafrechtliche Bestechlichkeitsverbot soll nur für Heilberufe gelten, für die im gesamten Inland berufsständische Kammern eingerichtet sind.<sup>12</sup> Dies bewirkt eine Beschränkung auf die sogenannten akademischen Heilberufe, zu denen neben Ärzten, Zahnärzten und Apothekern noch die Psychologischen Psychotherapeuten, die Kinder- und Jugendpsychotherapeuten sowie die Tierärzte gehören. Begründet wird diese Beschränkung damit, dass nur den akademischen Heilberufen eine zentrale Lenkungs- und Verteilungsfunktion auf dem Gesundheitsmarkt zukomme. Die Gesundheitsfachberufe seien überwiegend von ärztlichen Verordnungen, Zuweisungen und Empfehlungen abhängig und würden in ihrer Eigenschaft als Vorteilsgeber bereits durch die Bestechungsvariante des zukünftigen § 299a Abs. 2 StGB erfasst, so dass kein kriminalpolitisches Bedürfnis bestehe, sie in den Geltungsbereich der Bestechlichkeitsvariante einzubeziehen.<sup>13</sup>

Die Begründung des Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums wendet gegen diese vorgeschlagene Begrenzung auf akademische Heilberufe ein, dass die von den Gesundheitsfachberufen erbrachten Leistungen für die Patienten und die Gesundheitsversorgung in gleicher Weise wichtig seien und deshalb auch für diese Leistungen mit den Mitteln des Strafrechts sichergestellt werden müsse, dass sie frei von jeglicher Einflussnahme erbracht werden. Dies gelte umso mehr, als jedenfalls im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung zunehmend eine Übertragung ärztlicher Aufgaben auf

---

<sup>10</sup> Vgl. § 299a Abs. 1 StGB des Referentenentwurfs, S. 4.

<sup>11</sup> Vgl. § 299a Abs. 1 StGB des Bundesratsentwurfs, Bundestagsdrucksache 17/14575, S. 7.

<sup>12</sup> Vgl. § 299a Abs. 1 StGB des Diskussionsentwurfs (siehe Fn. 3), S. 5; ebenso *Badle*, medstra 2015, S. 2 (3).

<sup>13</sup> Begründung des Diskussionsentwurfs (siehe Fn. 3), S. 21 f.; zustimmend *Kubiciel/Tsambikakis*, medstra 2015, S. 11 (15).

Gesundheitsfachberufe erfolge. So würden insbesondere im Rahmen von Modellvorhaben nach § 63 Abs. 3c SGB V ärztliche Tätigkeiten zur selbständigen Ausübung von Heilkunde auf Berufsangehörige der Alten- und Krankenpflege übertragen.<sup>14</sup>

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Gesundheitsfachberufe zwar sicherlich einen überaus gewichtigen Beitrag zur Gesundheitsversorgung der Patienten leisten, ihre Tätigkeit aber zum überwiegenden Teil nicht durch eigene medizinische Entscheidungen, sondern durch Weisungen bestimmt wird. Aus diesem Grund ist eine Erstreckung des Anwendungsbereichs der Regelung auf diesen Personenkreis schon unter dem Aspekt des Schutzes des Vertrauens der Bürger in die Integrität medizinischer Entscheidungen nicht geboten. Vor allem aber kommt es für die Gefährdung der effektiven und kostengünstigen Organisation des Gesundheitswesens nicht auf die Bedeutung der erbrachten Leistungen für die Gesundheitsversorgung, sondern auf die Lenkungs- und Verteilungsfunktion auf dem Gesundheitsmarkt an, die Angehörige von Gesundheitsfachberufen typischerweise nicht in nennenswertem Umfang ausüben.

Zwar ist es richtig, dass sich die Gewichte hier in Zukunft etwas verschieben könnten. Die zu der Regelung des § 63 Abs. 3c SGB V ergangene Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses vom 20. Oktober 2011<sup>15</sup> sieht in ihrem § 4 Abs. 1 bereits vor, dass die Kompetenz zur Verordnung bestimmter Medizinprodukte, Hilfs- und Heilmittel auf Berufsangehörige der Alten- und Krankenpflege übertragen werden kann, so dass im Rahmen der betreffenden Modellvorhaben auch diesen Berufsangehörigen eine gewisse Lenkungs- und Verteilungsfunktion zukommt. Jedoch wird diese Lenkungs- und Verteilungsfunktion wohl auch in Zukunft eine vergleichsweise geringe wirtschaftlicher Bedeutung haben. Deshalb erscheint es in Anbetracht der ultima ratio Funktion des Strafrechts und der begrenzten Strafverfolgungsressourcen<sup>16</sup> im Ergebnis überzogen, das strafrechtliche Verbot der Bestechlichkeit auf die Gesundheitsfachberufe zu erstrecken. Gleiches gilt für die vom Medizinrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins geforderte<sup>17</sup> Einbeziehung der Heilpraktiker.

Aber auch die Beschreibung des Kreises tauglicher Täter im Diskussionsentwurf des Bayerischen Justizministeriums vermag nicht vollständig zu überzeugen. Die Einbezie-

---

<sup>14</sup> Begründung des Referentenentwurfs, S. 16.

<sup>15</sup> Bundesanzeiger 2012, S. 1128.

<sup>16</sup> Vgl. zur Notwendigkeit der Berücksichtigung des Gesichtspunkts *Badle*, medstra 2015, S. 2 (4).

<sup>17</sup> Stellungnahme Nr. 54/2014 (Fn. 4), S. 10 f.

hung der Tierärzte lässt sich weder aus dem Schutzgut einer effektiven und kostengünstigen Organisation des Gesundheitswesens noch aus der Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Bürger in die Integrität der ihre Gesundheit betreffenden medizinischen Entscheidungen legitimieren. Außerdem sollte der Kreis der tauglichen Täter nicht von der Bildung von Kammern in sämtlichen Bundesländern abhängen, sondern in § 299a StGB selbst bestimmt werden. Im Ergebnis empfiehlt sich eine Beschränkung auf Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Psychologische Psychotherapeuten sowie Kinder- und Jugendpsychotherapeuten. Mit Ausnahme der Hebammen sind dies diejenigen Heilberufe, denen nach § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO im Strafprozess ein eigenständiges Zeugnisverweigerungsrecht zukommt.

## *II. Die zu schützenden Entscheidungen*

Die vor unzulässigen Einflüssen zu schützenden Entscheidungen sah bereits der Bundesratsentwurf in dem „Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten“ und in der „Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial“.<sup>18</sup> Der bayrische Diskussionsentwurf lehnte sich an diese Formulierung an, fügte aber noch die „Verabreichung“ von Arznei-, Heil oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten hinzu und ersetzte die „Zuweisung“ durch die „Zuführung“ von Patienten oder Untersuchungsmaterial,<sup>19</sup> um zu verdeutlichen, dass das betreffende Handeln „keinen verbindlichen oder förmlichen Charakter haben muss.“<sup>20</sup> Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums hat letzteres übernommen,<sup>21</sup> im Übrigen aber die Formulierung des Bundesratsentwurfs beibehalten,<sup>22</sup> weil der Begriff der „Abgabe“ bereits jede Form der Übergabe an Patienten und damit auch die „Verabreichung“ erfasse.<sup>23</sup>

Jenseits solcher Formulierungsdetails stellt sich die inhaltliche Frage, ob und inwieweit nur Handeln auf fremde oder auch Handeln auf eigene Rechnung vor unzulässigen Einflüssen geschützt werden soll. Insbesondere der „Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfs-

---

<sup>18</sup> Vgl. § 299a Abs. 1 StGB des Bundesratsentwurfs, Bundestagsdrucksache 17/14575, S. 7.

<sup>19</sup> Vgl. § 299a Abs. 1 StGB des Diskussionsentwurfs (siehe Fn. 3), S. 5.

<sup>20</sup> Begründung des Diskussionsentwurfs (siehe Fn. 3), S. 24.

<sup>21</sup> Vgl. die Begründung des Referentenentwurfs, S. 19.

<sup>22</sup> Vgl. § 299a Abs. 1 StGB des Referentenentwurfs, S. 3.

<sup>23</sup> Begründung des Referentenentwurfs, S. 19.

mitteln oder von Medizinprodukten“ erfasst auch ein Handeln auf eigene Rechnung wie z.B. den Erwerb medizinischer Geräte durch einen niedergelassenen Arzt für die eigene Praxis. Dies ist insofern fragwürdig, als das Aushandeln von Preisnachlässen oder sonstigen Vorteilen einschließlich sogenannter Werbegaben für unternehmerische Erwerbsentscheidungen nach allgemeinem Wettbewerbsrecht grundsätzlich zulässig ist<sup>24</sup> und das Schutzgut der effizienten und kostengünstigen Organisation des Gesundheitswesens nicht beeinträchtigt. Solange jemand die Kosten einer Bezugsentscheidung selbst zu tragen hat, besteht keine ernsthafte Gefahr, dass er lediglich einen künstlich geschaffenen Bedarf befriedigen oder sich im Wettbewerb für das insgesamt schlechtere Angebot entscheiden wird.

Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums sieht das Problem,<sup>25</sup> will es aber nicht durch eine Begrenzung des Tatbestands auf ein Handeln auf fremde Rechnung, sondern über das Merkmal der unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb lösen. Bei einem Handeln auf eigene Rechnung sei „jeweils genau zu prüfen, ob die Bevorzugung unlauter ist.“<sup>26</sup> Dafür soll maßgeblich sein, ob die Annahme der gewährten Vorteile gegen gesetzliche oder berufsrechtliche Vorschriften, insbesondere die Zuwendungsverbote in § 31 Abs. 1 MBO und in § 7 Abs. 1 S. 1 HWG verstoße.<sup>27</sup> Weil Zuwendungen, die in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag bestehen, nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HS. 1 lit. b) HWG erlaubt sind, seien Preisnachlässe in der Regel nicht als unlautere Bevorzugung zu bewerten.<sup>28</sup> Deren Unlauterkeit könne sich jedoch gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HS. 2 HWG aus einer Verletzung der Arzneimittelpreisverordnung sowie nach der Rechtsprechung<sup>29</sup> im Einzelfall daraus ergeben, dass sie gezielt in verdeckter Form gewährt werden.<sup>30</sup>

Diesen Überlegungen ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Bewertung eines Verhaltens als durch § 299a StGB zu erfassendes Unrecht nur aus der Beeinträchtigung der durch

---

<sup>24</sup> Vgl. dazu Spickhoff/*Fritzsche*, Medizinrecht (2. Auf. 2014), § 7 HWG Rn. 1 f.

<sup>25</sup> Vgl. die Begründung des Referentenentwurfs, S. 20.

<sup>26</sup> Begründung des Referentenentwurfs, S. 20.

<sup>27</sup> Begründung des Referentenentwurfs, S. 20.

<sup>28</sup> Begründung des Referentenentwurfs, S. 20.

<sup>29</sup> Die Begründung des Referentenentwurfs, S. 20 verweist hierfür auf ein Urteil des OLG Hamm vom 22.12.2004 - 3 Ss 431/04 und ein Urteil des BVerwG vom 23.05.2009 - 8 C 1.09. Diese Entscheidungen betreffen jedoch den von den gesetzlichen Krankenkassen zu erstattenden Sprechstundenbedarf bzw. von dem Privatpatienten zu erstattende Auslagen für Implantate und damit gerade keinen Bezug von Produkten auf eigene Rechnung.

<sup>30</sup> Begründung des Referentenentwurfs, S. 20.

diesen Tatbestand geschützten Rechtsgüter und nicht aus einem Verstoß gegen andere Rechtsvorschriften abgeleitet werden kann. So mag eine Werbegabe beim Erwerb eines Ultraschallgeräts durch einen niedergelassenen Arzt gegen Art. 7 Abs. 1 S. 1 HWG verstoßen,<sup>31</sup> beeinträchtigt aber weder das Schutzgut der effizienten und kostengünstigen Organisation des Gesundheitswesens noch das Vertrauen der Bürger in die Integrität der ihre Gesundheit betreffenden medizinischen Entscheidungen. Dementsprechend ist die Annahme einer solchen Werbegabe allenfalls als Ordnungswidrigkeit gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 4a HWG zu ahnden, stellt aber kein strafwürdiges, von dem Tatbestand des § 299a StGB zu erfassendes Unrecht dar. Ebenso ist auch die Verletzung von Vorschriften der Arzneimittelpreisverordnung nicht geeignet, das spezifische Unrecht des § 299a StGB zu begründen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nach den Schutzzwecken des zukünftigen § 299a StGB nur diejenigen Entscheidungen vor unzulässigen Einflüssen zu schützen sind, deren Kosten die die Entscheidung treffende Person nicht selbst tragen will. So wie § 299 StGB den Geschäftsherrn selbst nicht erfasst<sup>32</sup> und insofern ein Handeln auf Rechnung eines anderen voraussetzt, ist deshalb auch bei dem zukünftigen § 299a StGB eine klare Begrenzung auf ein Handeln auf fremde Rechnung geboten. Die im Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vorgeschlagene Lösung des Problems über das Merkmal der Unlauterkeit birgt – wie die Begründung des Referentenentwurfs selbst sehr deutlich zeigt – die Gefahr, dass der Bezug auf die spezifischen Schutzgüter des § 299a StGB verloren geht und der Tatbestand damit zu einem Blankett wird, mit dem auch die Verletzung ganz anderer, aus gutem Grund lediglich außerstrafrechtlich geschützter Interessen strafrechtlich geahndet werden kann.

---

<sup>31</sup> Zur Fragwürdigkeit des Verbots solcher nach allgemeinem Wettbewerbsrecht durchaus zulässiger Rabatte vgl. bereits die Stellungnahme des Fachausschusses für Arzneimittel und Lebensmittelrecht zur Regelung von Zuwendungen im Gesundheitswesen nach § 7 HWG, GRUR 2009, 592 (593); sowie Spickhoff/*Fritzsche*, Medizinrecht (2. Auf. 2014) HWG § 7 Rn. 1 f.

<sup>32</sup> Ungeachtet der generellen Einbeziehung von Dritt Vorteilen in den Tatbestand des § 299 StGB ist grundsätzlich auch die durch einen Angestellten oder Beauftragten erfolgende Annahme von Vorteilen für den Geschäftsherrn im Wege einer teleologischen Reduktion aus dem Tatbestand auszuscheiden; vgl. zu dieser Problematik eingehend *Menn*, Der geschäftliche Betrieb als „Dritter“ im Sinne des § 299 StGB (2014), S. 90 ff. m.w.N.



#### *D. Die zu pönalisierenden Einflüsse*

Bei der Beschreibung der unzulässigen Einflüsse auf die durch den künftigen § 299a StGB zu schützenden Entscheidungen orientieren sich alle vorliegenden Entwürfe an den Korruptionsdelikten des geltenden Rechts. Die Tathandlung des § 299a Abs. 1 StGB besteht durchweg darin, dass der Arzt oder der Angehörige eines anderen erfassten Heilberufs<sup>33</sup> einen „Vorteil für sich oder einen Dritten“ als Gegenleistung fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, die des § 299a Abs. 2 StGB spiegelbildlich darin, dass ihm ein Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung angeboten, versprochen oder gewährt wird. Die in dieser Beschreibung verwendeten Begriffe und Formulierungen sind bewusst aus den §§ 299 Abs. 1, 331, 332 StGB bzw. §§ 299 Abs. 2, 333, 334 StGB übernommen worden, damit für ihre Auslegung auf die zu diesen Delikten ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann.<sup>34</sup>

#### *I. Der Begriff des Vorteils*

Dies gilt insbesondere für den Begriff des „Vorteils“ selbst, der in Rechtsprechung zu den Korruptionsdelikten als jede materielle oder immaterielle Besserstellung definiert wird, auf die kein rechtlicher Anspruch besteht.<sup>35</sup> Diese Definition ist vor allem insofern sehr weit, als sie nach ständiger Rechtsprechung auch die Begründung vertraglicher Vergütungsansprüche erfasst, ohne dass es insoweit darauf ankäme, ob die Vergütung überhöht oder der Höhe nach angemessen ist.<sup>36</sup> Weil schon die Verdienstmöglichkeit als solche eine materielle Besserstellung darstellt und auf deren Einräumung vor Abschluss des betreffenden Vertrages kein rechtlicher Anspruch besteht, stellt nach der Rechtsprechung im Grunde jede vergütete Tätigkeit, z.B. als Honorararzt in einem Krankenhaus oder als Leiter einer Arzneimittelstudie, einen Vorteil dar. Durch die Einbeziehung von

---

<sup>33</sup> Im Folgenden spreche ich zur sprachlichen Vereinfachung des Textes nur noch von dem Arzt. Ungeachtet dessen gelten die Ausführungen für die anderen durch § 299a StGB erfassten Heilberufe in gleicher Weise.

<sup>34</sup> Vgl. die Begründung des Referentenentwurfs, S. 16 und die Begründung des Diskussionsentwurfs (siehe Fn. 3), S. 22 f.

<sup>35</sup> BGHSt 31, 264 (279); 33, 336 (339); 35, 128 (133); 47, 295 (304); vgl. zu dieser Definition näher Fischer, StGB (62. Aufl. 2015) § 331 Rn. 11 ff.; Kuhlen in: NK-StGB (4. Aufl. 2013) § 331 Rn. 39 ff.; Heine/Eisele in: Schönke/Schröder (29. Aufl. 2014) § 331 Rn. 14; Sowada in: LK (12. Aufl. 2009) § 331 Rn. 31 ff.; alle m.w.N.

<sup>36</sup> BGHSt 31, 264 (279 f.); BGH StV 2007, 637 (638); NSTZ 2008, 216 (217); StV 2012, 19 (21); vgl. dazu eingehend Selle, Der Vorteil im Sinne der Bestechungsdelikte bei Abschluss eines Vertrages (2011), S. 100 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

Dritt Vorteilen kommt es nicht einmal darauf an, dass die Gelegenheit zu einer solchen Tätigkeit dem Täter selbst gewährt wird.

Insbesondere weil der Begriff des Vorteils auch angemessen vergütete Tätigkeiten umfasst, leistet er nur einen vergleichsweise geringen Beitrag zur Begrenzung des Tatbestands auf strafwürdige Verhaltensweisen. Die vergütete Tätigkeit eines niedergelassenen Arztes als Honorararzt in einem Krankenhaus<sup>37</sup> oder als Leiter einer Arzneimittelstudie ist als solche in keiner Weise zu beanstanden. Dies gilt auch dann, wenn der Arzt zugleich dem Krankenhaus, in dem er als Honorararzt tätig ist, Patienten zuweist oder wenn er Arzneimittel des Herstellers verordnet, für den er die Arzneimittelstudie leitet. Der Bereich des Strafwürdigen wird erst erreicht, wenn beides durch eine sogenannte Unrechtsvereinbarung miteinander verknüpft ist, d.h. die Möglichkeit zu der vergüteten Tätigkeit vereinbarungsgemäß als Gegenleistung für die Zuweisung von Patienten bzw. die Verordnung von Arzneimitteln gewährt wird.

## *II. Der notwendige Inhalt der Unrechtsvereinbarung*

Die Reichweite des zukünftigen § 299a StGB hängt dementsprechend entscheidend davon ab, welche Inhalt die zur Erfüllung des Tatbestands notwendige Unrechtsvereinbarung haben muss. Die vorliegenden Entwürfe enthalten insoweit unterschiedliche Formulierungen. Während nach dem Bundesratsentwurf aus der letzten Legislaturperiode<sup>38</sup> und dem Vorschlag des Medizinrechtsausschusses des DAV<sup>39</sup> die zu erbringende Leistung des Arztes<sup>40</sup> darin bestehen muss, dass er „einen anderen im in- oder ausländischen Wettbewerb bevorzuge oder sich in sonstiger unlauterer Weise beeinflussen lasse“, sehen der Diskussionsentwurf des Bayerischen Justizministerium<sup>41</sup> und ihm folgend auch der Referentenentwurf des Bundesjustizministerium<sup>42</sup> die nach der Unrechtsvereinbarung von dem Arzt zu erbringende Leistung darin, dass er „einen anderen im in- oder

---

<sup>37</sup> Vgl. dazu Möller/Makowski, GesR 2012, S. 647 ff.

<sup>38</sup> Vgl. die Formulierung des § 299a StGB, Bundestagsdrucksache 17/14575, S. 7.

<sup>39</sup> Vgl. die Formulierung des § 299a StGB in der Stellungnahme des DAV (siehe Fn. 7), S. 9.

<sup>40</sup> Im Folgenden spreche ich zur sprachlichen Vereinfachung des Textes nur noch von dem Arzt. Ungeachtet dessen gelten die Ausführungen für die anderen durch § 299a StGB erfassten Heilberufe in gleicher Weise.

<sup>41</sup> Vgl. die Formulierung des § 299a in dem Diskussionsentwurf (siehe Fn.4), S. 5 f.

<sup>42</sup> Vgl. die Formulierung des § 299a in dem Referentenentwurf, S. 4 f.

ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze“.

Beide Formulierungen stimmen allerdings darin überein, dass Gegenstand der Unrechtsvereinbarung eine bestimmte Handlung des Arztes sein muss. Die für die Vorteilsannahme (§ 331 StGB) bzw. Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) von Amtsträgern seit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997<sup>43</sup> geltende „aufgelockerte“ Unrechtsvereinbarung, nach der der Vorteil lediglich eine Gegenleistung „für die Dienstausbübung“ darstellen muss, wird also bei dem künftigen § 299a StGB keine Entsprechung haben und damit insbesondere das bloße „Anfüttern“ von dem Tatbestand nicht erfasst sein. Dies ist sachgerecht, weil der Verzicht auf das Erfordernis einer bestimmten Handlung, der schon bei den §§ 331, 333 StGB erhebliche Abgrenzungsprobleme geschaffen hat,<sup>44</sup> bei 299a StGB aufgrund der im Kern privatwirtschaftlichen, durch wirtschaftlichen Austausch geprägten Organisation des Gesundheitssystems zu einer nicht mehr zu kontrollierenden Ausdehnung der Strafbarkeit führen würde.

Beide Formulierungen weisen darüber hinaus insofern die gleiche Struktur auf, als sie die den Gegenstand der Unrechtsvereinbarung bildende Handlung in zwei Alternativen beschreiben und die erste dieser Alternativen aus dem Tatbestand der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) übernehmen, so dass für deren Verständnis auf die Auslegung des § 299 StGB zurückgegriffen werden kann. Bei § 299 StGB muss die Unrechtsvereinbarung die unlautere Bevorzugung im Wettbewerb selbst zum Gegenstand haben.<sup>45</sup> Es reicht danach nicht aus, dass der Angestellte oder Beauftragte einen Vorteil als Gegenleistung für den Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen des geschäftlichen Betriebs erhalten soll, sondern es muss außerdem – nicht notwendigerweise ausdrücklich, aber zumindest konkludent – vereinbart sein, dass diese Gegenleistung seine Entscheidung beeinflussen, d.h. ihn dazu veranlassen wird, den Vorteilsgeber

---

<sup>43</sup> BGBl. I, S. 2038.

<sup>44</sup> Der Bundesgerichtshof räumt ausdrücklich ein, dass der Tatbestand des § 331 StGB als Folge dieses Verzichts „im Randbereich kaum trennscharfe Konturen aufweist“ (BGHSt 53, 6 [17]). Dementsprechend wird in der Literatur kritisiert, dass der Gesetzgeber die durch den Verzicht entstehenden Abgrenzungsprobleme nicht hinreichend bedacht hat (*Deiters*, ZJS 2009, 578 [581]; *Hettinger*, JZ 2009, 370 [372]).

<sup>45</sup> BGHSt 49, 214 (228); BGH StV 2003, 559 (560); *Dannecker* in: NK-StGB (4. Aufl. 2013) § 299 Rn. 42 f.; *Heine/Eisele* in: Schönke/Schröder (29. Aufl. 2014) § 299 Rn. 17 ff.; *Rogall* in: SK-StGB (131. Lieferung März 2012) § 299 Rn. 57; *Tiedemann* in: LK (12. Aufl. 2008) § 299 Rn. 29, jeweils m.w.N.

in unlauterer Weise, also ohne sachliche Gründe bei dem Bezug der Waren oder gewerblichen Leistungen zu bevorzugen.

Überträgt man diese Auslegung auf den künftigen § 299a StGB, so wären die Fälle, mit denen in der rechtspolitischen Diskussion die Notwendigkeit der Einführung eines Straftatbestands der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen in erster Linie begründet wurde, von dem Tatbestand u.U. gar nicht erfasst. Zwischen Arzneimittelherstellern und Ärzten vereinbarte Rückvergütungen für die Verordnung von Medikamenten oder zwischen Krankenhäusern und Ärzten verordnete Vergütungen für die Zuweisung von Patienten wären nur strafbar, wenn im Einzelfall festgestellt werden kann, dass sich der Arzt nach dem erklärten Willen der Beteiligten bei seiner Verordnungs- bzw. Zuweisungsentscheidung durch die vereinbarte Vergütung beeinflussen lassen sollte. Dem könnten die Beteiligten durch vertragliche Klauseln entgegenzuwirken versuchen, nach denen sie sich darüber einig sind, dass der Arzt seine Verordnungs- bzw. Zuweisungsentscheidung ungeachtet der gewährten Vergütungen ausschließlich nach medizinischen Gesichtspunkten zu treffen hat.

Zwar schließen derartige Klauseln es nicht aus, im Einzelfall gleichwohl festzustellen, dass sich der Arzt nach dem erklärten Willen der Beteiligten bei seiner Verordnungs- bzw. Zuweisungsentscheidung durch die vereinbarte Vergütung beeinflussen lassen sollte. Schon weil nicht ersichtlich ist, welchen Anlass der Arzneimittelhersteller oder das Krankenhaus haben sollte, die Verordnung bzw. Zuweisung zu vergüten, wenn sie sich von dieser Vergütung keinen Einfluss auf die Entscheidung des Arztes versprechen würden, wird eine solche Klausel oft eine unbeachtliche *protestatio facto contraria* sein. Aber es kann durchaus Ärzte geben, die ernsthaft der Überzeugung sind, dass sie sich in ihren Entscheidungen durch Vergütungen nicht beeinflussen lassen und dies gegenüber dem Arzneimittelhersteller bzw. dem Krankenhaus auch zum Ausdruck bringen. Erhalten sie gleichwohl als Gegenleistung für ihre Entscheidungen eine Vergütung, so ist die aufgrund der unterschwelligen Wirkung der Vergütung noch immer zu erwartende Bevorzugung nicht mehr Gegenstand der Unrechtsvereinbarung, so dass der Tatbestand des § 299a StGB nicht erfüllt wäre.

Dies erscheint insofern nicht sachgerecht, als ein Arzt auch dann kein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse daran hat, Rückvergütungen als Gegenleistung für die Verordnung der Medikamente eines bestimmten Herstellers oder Vergütungen als Gegen-

leistung für die Zuweisung von Patienten in ein bestimmtes Krankenhaus zu erhalten, wenn er selbst der (naiven) Überzeugung ist, dass dies seine Entscheidungen nicht beeinflussen wird. Im Ergebnis sollte es deshalb für die Unrechtsvereinbarung ausreichen, dass ein Vorteil als Gegenleistung für den Inhalt der zu treffenden Entscheidung, also z.B. für die Auswahl der Medikamente eines bestimmten Herstellers oder für die Auswahl eines bestimmten Krankenhauses vereinbart wird. Die Bevorzugung im Wettbewerb ist die stets zu erwartende Folge einer solchen Vereinbarung, sollte aber – entgegen den bisher vorliegenden Entwürfen – kein notwendiger Inhalt der Unrechtsvereinbarung sein.

Die für Entscheidungen außerhalb von Wettbewerbslagen gedachte zweite Alternative der zur Verwirklichung des Tatbestands erforderlichen Unrechtsvereinbarung vermag aus dem gleichen Grund nicht zu überzeugen. Für die Formulierung dieser Alternative im Entwurf des Bundesrates ergibt sich dies bereits daraus, dass sie als Gegenstand der Unrechtsvereinbarung explizit eine unlautere Beeinflussung durch den Vorteil voraussetzt und damit genau wie die erste Alternative nicht erfüllt ist, wenn der Arzt ernsthaft zum Ausdruck bringt, dass er sich durch eine gezahlte Vergütung in seinen Entscheidungen nicht beeinflussen lassen will. Aber auch für die Formulierung der zweiten Alternative im bayrischen Diskussionsentwurf und im Referentenentwurf gilt im Ergebnis nichts anderes, weil sie implizit ebenfalls die Vereinbarung einer unlauteren Beeinflussung durch den Vorteil voraussetzt.

Denn solange eine dem Arzt vergütete Zuweisung von Patienten in ein bestimmtes Krankenhaus oder eine ihm vergütete Verschreibung von Medikamenten eines bestimmten Herstellers im Ergebnis medizinisch vertretbar ist, verletzen diese Handlungen als solche nur dann eine Berufsausübungspflicht, wenn sie durch die gezahlten Vergütungen beeinflusst sind.<sup>46</sup> Bringt der Arzt ernsthaft zum Ausdruck, dass er seine Entscheidungen allein nach medizinischen Kriterien treffen und sich durch eine gezahlte Vergütung nicht beeinflussen lassen will, so wird zwar mit der Annahme der Vergütung, nicht aber mit der vereinbarten Entscheidung selbst eine Berufsausübungspflicht

---

<sup>46</sup> Die Pflichtverletzung liegt in diesem Fall in der pflichtwidrigen Ausübung des dem Arzt bei seinen Entscheidungen zukommenden medizinischen Ermessens. Dass diese unabhängig von dem Ergebnis der Entscheidung deren Pflichtwidrigkeit begründen kann, lässt sich aus einer Parallele zu der Bestechlichkeit bzw. Bestechung von Amtsträgern ableiten. Dort ist die pflichtwidrige Ermessensausübung ausdrücklich einer im Ergebnis rechtswidrigen Entscheidung gleichgestellt (§§ 332 Abs. 3 S. 2, 334 Abs. 3 S. 2 StGB).

verletzt. Die Verletzung der Berufsausübungspflicht ist in einem solchen Fall nicht Gegenstand der Unrechtsvereinbarung, so dass der Tatbestand des § 299a StGB auch nach der Formulierung im bayrischen Diskussionsentwurf und im Referentenentwurf nicht erfüllt wäre.

Der beiden vorgeschlagenen Formulierungen gemeinsame Fehler besteht darin, dass der zur Verwirklichung des Tatbestands vorauszusetzende Inhalt der Unrechtsvereinbarung mit der Bewertung der Folgen einer solchen Vereinbarung durch die Rechtsordnung vermengt wird. Für eine Unrechtsvereinbarung sollte es ausreichen, dass der Vorteil als Gegenleistung für den Inhalt einer der durch § 299a StGB vor unzulässigen Einflüssen zu schützenden Entscheidungen vereinbart wird. Haben die Beteiligten eine solche Vereinbarung getroffen, so liegt nach der Wertung der Rechtsordnung in deren Vollzug eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb bzw. eine sonstige unlautere Beeinflussung sowie eine Verletzung einer Berufsausübungspflicht. Daher ist es weder erforderlich noch sachgerecht, zusätzlich zu verlangen, dass die Bevorzugung, Beeinflussung oder Pflichtverletzung selbst Gegenstand der Unrechtsvereinbarung ist.

Der Verzicht auf solch einen zusätzlichen Inhalt der Unrechtsvereinbarung bedeutet nicht etwa, dass ein Arzt generell daran gehindert wäre, Entscheidungen zugunsten von Personen zu treffen, die ihm Vorteile zukommen lassen, also z.B. einem Krankenhaus, in dem er selbst als Honorararzt tätig ist, Patienten zuzuweisen oder Arzneimittel eines Herstellers zu verordnen, für den er die Arzneimittelstudie leitet. Die insofern notwendige Begrenzung des Tatbestands ergibt sich daraus, dass der Vorteil eine Gegenleistung für den Inhalt der betreffenden Entscheidungen sein. Wenn die Gelegenheit zur Tätigkeit als Honorararzt oder zur Leitung einer Arzneimittelstudie nicht von der Zuweisung von Patienten bzw. der Verordnung von Arzneimitteln abhängig ist, fehlt es an dem erforderlichen Gegenleistungsverhältnis, so dass der Tatbestand des § 299a StGB nicht erfüllt wäre.

Eine Gegenleistung für eine getroffene Entscheidung ist der Vorteil außerdem nur, wenn er durch eine Vereinbarung der Beteiligten von dieser Entscheidung abhängig gemacht worden ist. Besteht der betreffende Zusammenhang auch ohne eine solche Vereinbarung, so stellt die Aussicht auf den Vorteil zwar einen Anreiz, der Vorteil aber

keine Gegenleistung für die betreffende Entscheidung dar.<sup>47</sup> Eine solche Konstellation liegt z.B. vor, wenn der Arzt einem Krankenhaus Patienten zuweist, die er dort selbst als Honorararzt behandelt. Solange dem Arzt die Möglichkeit der Tätigkeit als Honorararzt wegen seiner beruflichen Qualifikation und nicht nur deshalb gewährt wird, weil er dem Krankenhaus Patient zuweist, ist das durch die Behandlung der Patienten im Krankenhaus erzielbare Honorar zwar ein finanzieller Anreiz, aber keine Gegenleistung für die Zuweisung der Patienten.

Entsprechendes gilt, wenn ein Arzt einem anderen Leistungsträger Patienten zuweist, an dessen Unternehmen er finanziell beteiligt ist. Die in einem solchen Fall aus der Zuweisung resultierenden Erträge des Arztes sind zwar ein Anreiz für die Zuweisung von Patienten, stellen aber – solange dem Arzt die Möglichkeit der finanziellen Beteiligung an dem Unternehmen nicht nur deshalb gewährt wird, weil er Patienten zuweist oder gar der Umfang seiner Gewinnbeteiligung von der Zahl der Zuweisungen und dem damit erzielten Umsatz abhängig gemacht wird<sup>48</sup> – ebenfalls keine Gegenleistung für die Zuweisung dar. Dies gilt entgegen der Auffassung des Referentenentwurfs<sup>49</sup> selbst dann, wenn der Arzt durch seine Patientenzuführung einen maßgeblichen Einfluss auf den Ertrag seiner Beteiligung nehmen kann. Dass das Verhalten des Arztes in einem solchen Fall gegen § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V verstoßen<sup>50</sup> und darüber hinaus berufsrechtlich sowie wettbewerbsrechtlich unzulässig sein mag,<sup>51</sup> macht den Ertrag der Beteiligung nicht zu einer Gegenleistung für die getroffenen Zuweisungsentscheidungen. Der Verstoß gegen außerstrafrechtliche Regelungen, mit denen schon bloßen finanziellen Anreizen entgegengewirkt werden soll, ist von dem spezifischen Unrecht des künftigen § 299a StGB scharf zu unterscheiden.<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> Den Unterschied zwischen Anreiz und Gegenleistung kann man sich an dem folgenden unverfänglichen Beispiel verdeutlichen. Die Aussicht auf eine gute Note ist ein Anreiz für die Erbringung guter Leistungen, die gute Note aber gleichwohl keine Gegenleistung für eine erbrachte gute Leistung, weil der Zusammenhang zwischen der erbrachten Leistung und der zu vergebenden Note nicht erst das Produkt einer dahingehenden Vereinbarung zwischen Schüler und Lehrer, sondern sachlich vorgegeben ist.

<sup>48</sup> Diesen Fall nennt die Begründung des Referentenentwurfs, S. 18 zu Recht als Beispiel für eine nach dem künftigen § 299a StGB strafbare Unrechtsvereinbarung.

<sup>49</sup> Vgl. die Begründung des Referentenentwurfs, S. 18.

<sup>50</sup> Berechtigte Kritik an dem teilweise zu weit gefassten Wortlaut dieser Norm äußert der Medizinrechtsausschuss des DAV in seiner Stellungnahme Nr. 54/2014 (siehe Fn. 4), S. 6 ff.

<sup>51</sup> Vgl. zu letzterem BGH NJW 2011, 2211 (2217).

<sup>52</sup> Vgl. zur Notwendigkeit einer derartigen Unterscheidung bereits unter C II.

Das Erfordernis der Gegenleistung ist allerdings nicht dazu geeignet, die im Sozialrecht ausdrücklich vorgesehenen Bonuszahlungen der gesetzlichen Krankenkassen für ein wirtschaftliches Verhalten von Vertragsärzten (vgl. z.B. § 84 Abs. 4 SGB V) aus dem Tatbestand des künftigen § 299a StGB herauszufiltern. Wenn der Arzt für die Einhaltung von Wirtschaftlichkeitszielen bei der Verordnung von Arzneimitteln einen Bonus erhält, wird ihm dieser Vorteil durchaus als Gegenleistung für seine Verordnungsentscheidungen gewährt. Jedoch zwingt auch dies – entgegen der im Referentenentwurf zum Ausdruck kommenden Vorstellung<sup>53</sup> – nicht dazu, für die Verwirklichung des Tatbestands des künftigen § 299a StGB zu verlangen, dass die Pflichtverletzung selbst Gegenstand der Unrechtsvereinbarung, d.h. die als Gegenleistung für den Vorteil vereinbarten Entscheidung selbst pflichtwidrig ist.

Eine solche Notwendigkeit besteht schon deshalb nicht, weil die gesetzliche Zulassung solcher – der effizienten und kostengünstigen Organisation des Gesundheitswesens dienlicher, im Hinblick auf das Schutzgut des Vertrauens der Bürger in die Integrität medizinischer Entscheidungen allerdings keineswegs unproblematischer<sup>54</sup> – Bonuszahlungen nach allgemeinen Grundsätzen die Verwirklichung des Tatbestands des § 299a StGB jedenfalls rechtfertigen würde.<sup>55</sup> Aber auch wenn man derartige Bonuszahlungen bereits auf der Ebene des Tatbestands ausfiltern will, kann dies ohne Weiteres dadurch geschehen, dass die Verwirklichung des Tatbestands davon abhängig gemacht wird, dass der Arzt unbefugt handelt, d.h. mit der abgeschlossenen oder intendierten Unrechtsvereinbarung seine Berufsausübungspflichten verletzt. Ein einleuchtender Grund, zur Erfüllung des Tatbestands zusätzlich die Pflichtwidrigkeit der als Gegenleistung für den Vorteil vereinbarten Entscheidung zu verlangen, ergibt sich auch daraus nicht.

---

<sup>53</sup> Vgl. die Begründung des Referentenentwurfs, S. 18.

<sup>54</sup> Bemerkenswert ist, dass die Angemessenheit solcher Bonuszahlungen in der Regel als selbstverständlich vorausgesetzt wird, ohne dass die möglichen Auswirkungen auf das Vertrauen der Bürger in die Integrität medizinischer Entscheidungen auch nur thematisiert würden (vgl. etwa die Begründung des Referentenentwurfs, S. 18). Dies nährt den Verdacht, dass es sich bei der Betonung dieses Schutzguts wohl doch eher um ein Lippenbekenntnis handelt.

<sup>55</sup> Eine strafrechtliche wirksame Rechtfertigung kann sich aus der gesamten Rechtsordnung ergeben; vgl. dazu *Frister*, Strafrecht AT (6. Aufl. 2013) Kap. 13 Rn. 1.



### *E. Schutz vor übermäßiger Strafverfolgung*

Dass die Abgrenzung zwischen legitimem und strafrechtlich relevantem Verhalten im Wesentlichen durch das Erfordernis der Unrechtsvereinbarung erfolgt, bereitet insofern Probleme, als eine Unrechtsvereinbarung auch konkludent erfolgen kann. Konkludente Vereinbarungen lassen sich der Natur der Sache nur durch eine stets mit einem gewissen Interpretationsspielraum verbundene Würdigung der Umstände des Einzelfalles feststellen. Die Abgrenzung der Strafbarkeit anhand einer solchen Einzelfallwürdigung begründet in besonderem Maße die Gefahr, dass legitimes Verhalten in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden gelangt. Insbesondere aufgrund entsprechender Strafanzeigen von Konkurrenten könnten z.B. Ermittlungsverfahren eingeleitet werden, um festzustellen, ob einer angemessen vergüteten Tätigkeit als Honorararzt im Krankenhaus oder der Durchführung von angemessen vergüteten Anwendungsbeobachtungen nicht doch eine konkludente Unrechtsvereinbarung zugrunde liegt.

#### *I. Tatbestandsausschluss bei Offenlegung gegenüber dem Patienten oder unterbliebener Beanstandung durch die Berufsaufsicht?*

Um der Gefahr übermäßiger Strafverfolgung entgegenzuwirken, hat der Medizinrechtsausschuss des DAV die Normierung eines speziellen Tatbestandsausschlussgrundes in einem Absatz 3 des künftigen § 299a StGB vorgeschlagen.<sup>56</sup> Im Arztvertragsrecht soll in einem neuen § 630c Abs. 3 BGB explizit geregelt werden, dass der Behandelnde seine Patienten darauf hinzuweisen hat, wenn ihm aus der Verordnung von Arzneimitteln oder der Veranlassung der Leistungen Dritter ein wirtschaftlicher Vorteil erwächst.<sup>57</sup> Erfüllt er diese Verpflichtung, so soll der Tatbestand des künftigen § 299a StGB nicht erfüllt sein. Gleiches soll gelten, wenn eine Beanstandung des zu beurteilenden Verhaltens durch die Berufsaufsicht unterblieben ist.

Obwohl das hinter diesem Regelungsvorschlag stehende Anliegen durchaus verständlich ist, vermag er im Ergebnis nicht zu überzeugen. Hinsichtlich der ersten Alternative der vorgeschlagenen Regelung ergibt sich dies bereits daraus, dass mit der Herstellung von Transparenz gegenüber dem Patienten die Gefahr für die effektive und kostengüns-

---

<sup>56</sup> Stellungnahme Nr. 54/2014 (siehe Fn. 4), S. 10 ff.

<sup>57</sup> Stellungnahme Nr. 54/2014 (siehe Fn. 4), S. 5 f.

tige Organisation des Gesundheitswesens nicht ausgeschlossen wird. So begründet z.B. die Vereinbarung einer Vergütung für die Verschreibung eines bestimmten Arzneimittels auch dann die Gefahr einer unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb bzw. der Erzeugung eines künstlichen Bedarfs, wenn sie gegenüber dem Patienten offengelegt wird. Eine explizite Normierung der schon heute begründbaren<sup>58</sup> zivilrechtlichen Offenbarungspflicht gegenüber den Patienten wäre zwar sinnvoll. Jedoch gibt es keinen überzeugenden Grund, die Strafbarkeit allein aufgrund der Erfüllung dieser Offenbarungspflicht auszuschließen.

Die Möglichkeit der strafrechtlichen Ahndung zur Vermeidung der bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten von einer Beanstandung durch die Berufsaufsicht abhängig zu machen, liegt insofern näher, als es für die Vorteilsannahme durch Amtsträger mit der Genehmigungsmöglichkeit durch die zuständige Behörde (§ 331 Abs. 3 StGB) im geltenden Recht bereits eine vergleichbare Regelung zu geben scheint. Der Medizinrechtsausschuss des DAV nimmt allerdings auf diese Regelung nicht explizit Bezug, sondern begründet die zweite Alternative des vorgeschlagenen Tatbestandsausschlussgrundes damit, dass die Grenzziehung zwischen den erlaubten und unerlaubten Verhaltensweisen wegen der Vielzahl der Kooperationsformen im Gesundheitsmarkt überaus schwierig sei.<sup>59</sup> Aufgrund dessen müssten die Beteiligten vor einer strafrechtlichen Verfolgung geschützt werden, wenn die Berufsaufsicht eine Kooperation nicht beanstandet habe. Nur so ließe sich die notwendige Rechtssicherheit gewährleisten und verhindern, dass sachgerechte und u. U. sogar gewünschte Verhaltensweisen und Kooperationsformen vorschnell unter Strafbarkeitsverdacht gerieten.<sup>60</sup>

Die Erfahrungen mit der Genehmigungsmöglichkeit des § 331 Abs. 3 StGB lassen jedoch nicht erwarten, dass der vom Medizinrechtsausschluss des DAV vorgeschlagene Tatbestandsausschluss die in ihn gesetzten Erwartungen erfüllen könnte. Die Regelung des § 331 Abs. 3 StGB ermöglicht die Annahme von Dankesgaben etwa für erfolgreiche Rettungseinsätze von Polizei oder Feuerwehr, hat aber darüber hinaus in der Praxis keine große Bedeutung erlangt.<sup>61</sup> Dies hat seinen Grund vor allem darin, dass sich die Genehmigung der zuständigen Behörde gerade auf die Verknüpfung von Vorteilsgewäh-

---

<sup>58</sup> Vgl. Möller/Tsambikakis, Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht (2013), S. 43 (50 ff.).

<sup>59</sup> Stellungnahme Nr. 54/2014 (siehe Fn. 4), S. 11.

<sup>60</sup> Stellungnahme Nr. 54/2014 (siehe Fn. 4), S. 11 f.

<sup>61</sup> Kuhlen in: NK-StGB (4. Aufl. 2013) § 331 Rn. 126 m.w.N.

rung und Dienstaussübung beziehen muss.<sup>62</sup> Wird z.B. einem Amtsträger eine vergütete Nebentätigkeit genehmigt, so erstreckt sich diese Genehmigung in aller Regel nicht darauf, dass ihm die damit verbundene Verdienstmöglichkeit als Gegenleistung für eine Dienstaussübung gewährt wird.<sup>63</sup> Damit steht eine solche Genehmigung der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen Vorteilsannahme (§ 331 StGB) nicht entgegen, wenn sich ein entsprechender Verdacht ergibt.

Orientiert man sich an der Regelung des § 331 Abs. 3 StGB, so könnte auch die unterbliebene Beanstandung durch die Berufsaufsicht den Tatbestand des § 299a StGB nur ausschließen, wenn sie sich auf die Verknüpfung der Vorteilsgewährung mit der vom Arzt zu treffenden Verordnungs- oder Zuweisungsentscheidung bezieht. Damit würde etwa die Tatsache, dass die Aufsichtsbehörde die ihr angezeigte Nebentätigkeit eines niedergelassenen Arztes als Honorararzt in einem Krankenhaus oder die ihr angezeigte Durchführung von vergüteten Anwendungsbeobachtungen nicht beanstandet, die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen des Verdachts einer Straftat nach dem künftigen § 299a StGB nur hindern, wenn der Behörde auch angezeigt worden ist, dass die Möglichkeit zu diesen Tätigkeiten als Gegenleistung für die Zuweisung von Patienten in das Krankenhaus bzw. die Verschreibung von Arzneimitteln gewährt wird. Dies wird aber schon deshalb nicht geschehen, weil die Aufsichtsbehörde in einem solchen Fall auf eine Beanstandung gar nicht mehr verzichten dürfte.

Das Beispiel zeigt, dass sich die Schwierigkeiten der Grenzziehung zwischen strafbaren und straflosen Verhalten – weil sie nicht aus einer zweifelhaften Bewertung offengelegter, sondern aus der Möglichkeit nicht offen gelegter, konkludent vereinbarter Gegenleistungsverhältnisse resultieren – mit einer dem § 331 Abs. 3 StGB vergleichbaren Regelung nicht bewältigen lassen. Einen praktisch relevanter Anwendungsbereich hätte die zweite Alternative des vom Medizinrechtsausschuss des DAV vorgeschlagenen Regelung nur, wenn sich die die Verwirklichung des Tatbestands ausschließende unterbliebene Beanstandung durch die Berufsaufsicht – anders als die Genehmigung im Falle des § 331 Abs. 3 StGB – gerade nicht auf die Verknüpfung der Vorteilsgewährung mit der vom Arzt zu treffenden Verordnungs- oder Zuweisungsentscheidung beziehen müsste, sondern der Berufsaufsicht auch die Aufgabe zukäme, für die Strafverfolgungsbehörden

---

<sup>62</sup> Kühlen in: NK-StGB (4. Aufl. 2013) § 331 Rn. 126.

<sup>63</sup> Vgl. Fischer, StGB (62. Aufl. 2015) § 331 Rn. 34; Sowada in: LK (12. Aufl. 2009) § 331 Rn. 106, beide mit weiteren Beispielen und Nachweisen.

verbindlich festzustellen, ob einer Tätigkeit oder Kooperation eine stillschweigende Unrechtsvereinbarung zugrunde liegt.

Eine derartige Regelung kommt aber schon deshalb nicht ernsthaft in Betracht, weil sie den wohl wichtigsten Grund dafür, die Bestechlichkeit im Gesundheitswesen in Zukunft strafrechtlich zu ahnden, vollständig konterkarieren würde. Die bestehende Möglichkeit der berufsrechtlichen Ahndung wird in der rechtspolitischen Diskussion vor allem deshalb als nicht ausreichend erachtet, weil die Aufsichtsbehörde keine den Strafverfolgungsbehörden vergleichbare Ermittlungsbefugnisse hat und dementsprechend nicht über hinreichende Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung verfügt.<sup>64</sup> Die Einführung des § 299a StGB soll hier Abhilfe schaffen, d.h. sie soll es gerade ermöglichen, mit den Ermittlungsbefugnissen der Strafverfolgungsbehörden festzustellen, ob einer Tätigkeit oder Kooperation eine nicht offen gelegte, konkludente Unrechtsvereinbarung zugrunde liegt. Davon bliebe nichts mehr übrig, wenn die Verwirklichung des Straftatbestands von der Feststellung einer solch konkludenten Unrechtsvereinbarung durch die Berufsaufsicht abhängig gemacht würde.

## *II. Gesetzliche Auslegungsregel für die Feststellung konkludenter Unrechtsvereinbarungen*

Gleichwohl wäre es nicht richtig, in der vom Medizinrechtsausschuss des DAV beschworenen Gefahr übermäßiger Strafverfolgung lediglich die Kehrseite dessen zu sehen, dass eine etwaige Bestechlichkeit im Gesundheitswesen künftig mit den Möglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden aufgeklärt werden soll. Zwar ist – was in der politischen Diskussion gern verdrängt wird – die Aufklärung von Straftaten notwendigerweise damit verbunden, dass in vielen Fällen mittels erheblicher Grundrechtseingriffe gegen im Ergebnis Unschuldige ermittelt wird, aber nicht bei allen Straftaten besteht diese Aufklärungstätigkeit im Wesentlichen darin, mittels einer durch die Würdigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmenden Auslegung festzustellen, ob einer ansonsten völlig legitimen und sogar erwünschten Kooperation eine stillschweigende Ver-

---

<sup>64</sup> So übereinstimmend die Begründungen des Bundesratsentwurfs, BT-Drucks. 17/14575, S. 9 f., des Diskussionsentwurfs (siehe Fn. 3), S. 18 und des Referentenentwurfs, S. 12.

einbarung der Beteiligten zugrunde liegt, aufgrund derer diese Kooperation als strafbar zu bewerten ist.

Die insofern bestehende Besonderheit des künftigen § 299a StGB gibt durchaus Anlass, darüber nachzudenken, ob der Gefahr einer übermäßigen Strafverfolgung durch eine spezifische Regelung entgegen gewirkt werden kann. Da diese Gefahr in erster Linie daraus resultiert, dass auch völlig legitime und finanziell ausgewogene Kooperationen darauf hinterfragt werden können, ob sie auf einer stillschweigenden Unrechtsvereinbarung beruhen, liegt es nahe, den insoweit bestehenden Interpretationsspielraum der Strafverfolgungsbehörden durch eine gesetzliche Auslegungsregel einzuengen. In einem Absatz 3 des künftigen § 299a StGB könnte klargestellt werden, dass die Begründung eines angemessenen Vergütungsanspruchs für eine von dem Arzt zu erbringende Leistung im Zweifel nicht zugleich als Gegenleistung für eine anderweitige, dem § 299a StGB unterfallende medizinische Entscheidung anzusehen ist.

Eine derartige Auslegungsregel mag zunächst insofern fragwürdig erscheinen, als im Strafrecht der Grundsatz in dubio pro reo gilt, also im Zweifel ohnehin zugunsten des Angeklagten zu entscheiden ist. Jedoch gilt der Zweifelsgrundsatz bekanntlich nur für die Sachverhaltsfeststellung und damit lediglich für die Feststellung der für die Auslegung relevanten Tatsachen. Der Auslegungsvorgang selbst ist – nicht anders als der Strafzumessungsvorgang oder ein Prognosevorgang – ein Teil der rechtlichen Würdigung,<sup>65</sup> so dass der Grundsatz in dubio pro reo insoweit gerade keine Anwendung findet. Deshalb kann eine gesetzliche Auslegungsregel im Prinzip die gleiche Funktion erfüllen wie die im Besonderen Teil inzwischen weit verbreiteten Regelbeispiele für die Annahme besonders schwerer oder minderschwerer Fälle (vgl. z.B. § 243 Abs. 1 S. 2 StGB) oder die vereinzelt anzutreffenden gesetzlichen Prognoseregeln (vgl. insbesondere § 69 Abs. 2 StGB). All diese Regelungen geben die Entscheidung für den Normalfall vor und begründet damit keine Beweislast, sondern eine besondere Argumentationslast für den Rechtsanwender, der von der Regel abweichen will.

Die Begründung solch einer besonderen Argumentationslast für die Annahme einer Unrechtsvereinbarung in Fällen, in denen der Vorteil lediglich in der angemessenen Vergütung für eine von dem Arzt zu erbringende Leistung besteht, erscheint durchaus geeig-

---

<sup>65</sup> Busche in: MüKoBGB (6. Aufl. 2012) § 133 BGB Rn. 68; Palandt/Ellenberger (74. Aufl. 2015) § 133 BGB Rn. 5 und 29, beide m.w.N.

net, der vom Medizinrechtsausschuss des DAV befürchteten übermäßigen Strafverfolgung entgegenzuwirken, ohne zugleich die Strafverfolgung übermäßig zu erschweren. Sie würde insbesondere deutlich machen, dass der für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens erforderliche Anfangsverdacht des § 152 Abs. 2 StPO nicht aus einer legitimen und finanziell ausgewogenen Kooperation selbst abgeleitet werden kann, sondern nur vorliegt, wenn es bereits konkrete Umstände gibt, die auf eine dieser Kooperation zugrundeliegende stillschweigende Unrechtsvereinbarung hindeuten. Strafanzeigen von Konkurrenten, in denen solche Umstände nicht benannt werden, würden also keinen Anfangsverdacht begründen und wären von der Staatsanwaltschaft nach § 171 S. 1 Var. 1 StPO ohne Ermittlungen als unbegründet zu bescheiden.

#### *F. Ergebnis und Formulierungsvorschlag*

Aus den vorstehenden Überlegungen ergeben sich gegenüber dem derzeit vorliegenden Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vier Änderungsvorschläge:

1. Der Adressatenkreis des strafrechtlichen Verbots der Bestechlichkeit sollte auf Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Psychologische Psychotherapeuten sowie Kinder- und Jugendpsychotherapeuten beschränkt werden. Die Einbeziehung der Tierärzte sowie der sogenannten Gesundheitsfachberufe ist – weil die Angehörigen dieser Heilberufe im Gesundheitssystem keine ins Gewicht fallende Steuerungsfunktion haben – durch das Schutzgut der effektiven und kostengünstigen Organisation des Gesundheitswesens nicht zu rechtfertigen.
2. Vor einer Beeinflussung durch Vorteile sollten nur Entscheidungen geschützt werden, deren Kosten die die Entscheidung treffende Person nicht selbst tragen will. Die Einbeziehung des Erwerbs auf eigene Rechnung begründet die Gefahr, dass der Bezug auf die spezifischen Schutzgüter des § 299a StGB verloren geht und der Tatbestand damit zu einem Blankett wird, mit dem auch die Verletzung ganz anderer, aus gutem Grund lediglich außerstrafrechtlich geschützter Interessen strafrechtlich geahndet werden kann. Darüber hinaus sprengt diese Einbeziehung den systematischen Zusammenhang mit der Regelung des § 299 StGB.

3. Für die im Tatbestand vorauszusetzende Unrechtsvereinbarung sollte es ausreichen, dass der Vorteil als Gegenleistung für einen bestimmten Inhalt einer der durch § 299a StGB zu schützenden Entscheidungen vereinbart wird. Haben die Beteiligten ohne eine sozialrechtliche Erlaubnis eine solche Vereinbarung getroffen, so begründet deren Vollzug stets eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb bzw. eine sonstige unlautere Beeinflussung sowie eine Verletzung einer Berufsausübungspflicht. Daher ist es weder erforderlich noch sachgerecht, zusätzlich zu verlangen, dass diese Bevorzugung, Beeinflussung oder Pflichtverletzung selbst Gegenstand der Unrechtsvereinbarung ist.
4. Weil auch völlig legitime und finanziell ausgewogene Kooperationen darauf hinterfragt werden können, ob sie auf einer stillschweigenden Unrechtsvereinbarung beruhen, sollte der Gefahr einer übermäßigen Strafverfolgung durch eine gesetzliche Auslegungsregel vorgebeugt werden, nach der die Begründung eines angemessenen Vergütungsanspruchs für eine von dem Arzt zu erbringende Leistung im Zweifel nicht zugleich als Gegenleistung für eine anderweitige, dem § 299a StGB unterfallende medizinische Entscheidung anzusehen ist.

Zur Umsetzung dieser Änderungsvorschläge empfiehlt sich die folgende Formulierung des künftigen § 299a StGB. Das in ihr enthaltene Merkmal „unbefugt“ soll der gesetzlichen Zulassung von Bonuszahlungen der gesetzlichen Krankenkassen für ein wirtschaftliches Verhalten von Vertragsärzten sowie etwaiger weiterer der Wirtschaftlichkeit dienender Gegenleistungsverhältnisse Rechnung tragen. Ob eine solche gesetzliche Zulassung bereits den Tatbestand ausschließt oder als Rechtfertigungsgrund einzuordnen ist, kann dabei der weiteren dogmatischen Diskussion überlassen werden. Im Übrigen ist zu der vorgeschlagenen Fassung nur noch anzumerken, dass sie auf den Einschub „in Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs“ verzichtet, weil das Erfordernis eines solchen Zusammenhangs bereits dadurch zum Ausdruck kommt, dass der Angehörige des Heilsberufs „als“ Arzt etc. handeln muss.

## **§ 299a StGB**

### **Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen**

(1) Wer als Arzt, Zahnarzt, Apotheker, Psychologischer Psychotherapeut, Kinderpsychotherapeut oder Jugendlichenpsychotherapeut unbefugt einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er auf fremde Rechnung

1. bestimmte Arznei-, Heil- oder Hilfsmittel oder Medizinprodukte bezieht, verordnet, empfiehlt oder abgibt oder
2. bestimmten anderen Leistungserbringern Patienten oder Untersuchungsmaterial zuführt

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

(2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er auf fremde Rechnung

1. bestimmte Arznei-, Heil- oder Hilfsmittel oder Medizinprodukte bezieht, verordnet, empfiehlt oder abgibt oder
2. bestimmten anderen Leistungserbringern Patienten oder Untersuchungsmaterial zuführt.

(3) Ein angemessener Vergütungsanspruch für eine von einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 zu erbringende Leistung ist im Zweifel nicht zugleich eine Gegenleistung dafür, dass dieser auf fremde Rechnung bestimmte Arznei-, Heil- oder Hilfsmittel oder Medizinprodukte bezieht, verordnet, empfiehlt oder abgibt oder bestimmten anderen Leistungserbringern Patienten oder Untersuchungsmaterial zuführt.