

## Stellungnahme von Pro Generika zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz - Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen

Pro Generika e. V. unterstützt das Ziel dieses Gesetzesentwurfes, der Korruption im Gesundheitswesen entgegen zu wirken auch durch Schaffung eines Straftatbestandes zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, um die vom Großen Strafsenat des BGH aufgezeigte Gesetzeslücke zu schließen und damit das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Funktionsweise des Gesundheitssystems zu stützen und zu erhalten.

Der Große Strafsenat beim Bundesgerichtshof hatte im Juni 2012 entschieden, dass eine Korruptionsstrafbarkeit von Vertragsärzten nach geltendem Recht nicht in Betracht kommt, da sie weder Amtsträger noch Beauftragte der Krankenkassen seien. Die bestehende Lücke bei der strafrechtlichen Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen sei durch den Gesetzgeber zu schließen. Der Gesetzentwurf dient der Schließung der festgestellten Strafbarkeitslücken.

Der vorliegende Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ vom 4. Februar 2015 („Gesetzentwurf“ – zitiert: StGB-E) begegnet wegen seiner (teilweisen) Unbestimmtheit jedoch verfassungsrechtlichen Bedenken („im Zusammenhang mit der Ausübung des Heilberufs“; „in unlauterer Weise“; und insbesondere „in sonstiger Weise Berufsausübungspflichten verletze“); Art. 103 Abs. 2 GG.

### 1. Verfassungsrechtliche Bedenken

Das verfassungsrechtlich verankerte **Bestimmtheitsgebot** bezweckt, dass der Normadressat vorhersehen kann, was strafrechtlich ge- resp. verboten ist, um in der Lage zu sein, sein Verhalten darauf abzustimmen (vgl. nur: BVerfGE 14, 184; 26, 41; 37, 201; 48, 56; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 1 Rn. 4; Schönke/Schröder/Eser/Hecker, StGB, 28. Aufl. 2010, § 1 Rn. 16ff.).

Es stellt sich bei dem vorliegenden Entwurf die Frage, ob die tatbestandliche Umschreibung: „im Zusammenhang mit der Ausübung des Heilberufs“ (§ 299a Abs. 1 StGB-E), „in unlauterer Weise“ (§ 299a Abs. 1 Nr. 1 StGB-E) und vor allem „in sonstiger Weise Berufsausübungspflichten verletze“ (§ 299a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E) den Anforderungen des Bestimmtheitsgebotes gerecht wird.

Wann noch und wann bereits nicht mehr von einem Zusammenhang mit der Berufsausübung im Sinne der Norm ausgegangen werden kann bzw. werden muss, bleibt bei der Umschreibung „**im Zusammenhang mit der Ausübung des Heilberufs**“ unklar (vgl. Kubiciel/Tsambikakis, medstra 2015, 11, 14: „Rechtsunsicherheiten sind damit programmiert“), da auch die Begründung des Gesetzentwurfs keine weitergehende Konkretisierung enthält.

Auch eine den Tatbestand konkretisierende Rechtsprechung wäre nur eingeschränkt geeignet, die notwendige Rechtsklarheit herbeizuführen. Diese müsste vielmehr im Gesetz selber angelegt sein (so zu dem nahezu wortgleichen Entwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz zur Schaffung eines neuen § 299a StGB: Kubiciel/Tsambikakis, medstra 2015, 11ff.; Schneider, medstra 2015, 24ff.; Löffelmann, Recht + Politik 2014, 1ff.). Die vorliegende Umschreibung sollte daher weiter konkretisiert werden. Eine solche Konkretisierung könnte lauten:

*„wer... in Ausübung des Heilberufs“*

Dieselbe Frage stellt sich auch für die Umschreibung „**in unlauterer Weise**“. Denn im Gegensatz zu dem ohnehin nur schwer mit dem Bestimmtheitsgebot in Übereinstimmung zu bringenden Unlauterkeitsbegriff des § 299 StGB kann bei der Auslegung von § 299a StGB – wegen der teilweise abweichenden Schutzrichtung – nicht ohne Weiteres auf eine Konkretisierung durch die Rechtsprechung zu § 299 oder das Wettbewerbsrecht, namentlich das UWG, zurückgegriffen werden.

Soweit es in der Gesetzesbegründung (dortige S. 17) heißt, unlauter sei eine Bevorzugung dann, „wenn die Annahme der als Gegenleistung gewährten Vorteile gegen gesetzliche oder berufsrechtliche Vorschriften“ verstößt, ist aber das Verhältnis zu Nr. 2, welche den entsprechenden Berufsrechtsverstoß erfassen soll, gänzlich unklar.

Diese Unklarheit wird gerade nicht durch die Umschreibung „**in sonstiger Weise Berufsausübungspflichten verletze**“ der Tatbestandsalternative 2 beseitigt. Diese Tatbestandsalternative soll als Auffangtatbestand dienen. Sie eröffnet aber durch ihre in mehrfacher Hinsicht unbestimmte Ausgestaltung ein weites Feld der Rechtsunsicherheit für die dem Recht Unterworfenen und lässt sich daher mit den Bestimmtheitsgrundsatz nicht vereinbaren.

Denn diese Formulierung lässt einerseits offen, ob jede (noch so geringe) Berufsausübungspflichtverletzung ausreichend ist, um eine Strafbarkeit zu begründen (anders bspw. bei § 266 StGB, bei dem ausschließlich **gravierende**

**Pflichtverletzungen** eine Strafbarkeit auslösen können, vgl. Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 266 Rn. 61 unter Hinweis auf: BGHSt. 47, 148, 150) und andererseits, ob in **subjektiver Hinsicht** nur vorsätzliche oder aber auch eine fahrlässige Pflichtverletzung für ausreichend erachtet wird.

Insbesondere fraglich ist darüber hinaus, ob durch den dynamischen Verweis auf Bezugsnormen **aus dem jeweils geltenden Berufsrecht** („in sonstiger Weise Berufsausübungspflichten verletze“) dem Rechtsstaatsprinzip ausreichend Rechnung getragen wird. Denn durch den dynamischen Verweis auf Bezugsnormen aus dem jeweils geltenden Berufsrecht entfalten auch solche Regelungen strafbarkeitsbegründenden Charakter, die keine Gesetzesqualität besitzen, sondern Bestandteil privater Rechtsetzung durch die Berufsverbände selbst sind (Löffelmann, Recht + Politik 2014, 1ff.).

Im Ergebnis könnten damit die Berufsverbände – über die Definition etwaiger Berufsausübungspflichten – selbst bestimmen, welches Verhalten strafbewehrt sein soll. Darüber hinaus könnte eine solche Regelung die Konsequenz haben, dass **regional unterschiedliche** Berufsordnungen – bspw. der Landesärztekammern – zu unterschiedlichen Strafbarkeitsrisiken führen und ggfls. unterschiedliche Strafbarkeiten auslösen könnten (vgl. Schneider, medstra 2015, 24, 31).

Nach der **grundgesetzlichen Kompetenzverteilung** und dem **Wesentlichkeitsgrundsatz** obliegt es jedoch dem Gesetzgeber, in allen grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen (so auch: Löffelmann, Recht + Politik 2014, 1, 3.),

Fragwürdig erscheint weiterhin, ob das **Ultima-ratio-Prinzip**, wonach nur tatsächlich „strafwürdige“ Rechtsgutsverletzungen sanktioniert werden sollen, „wenn nichts sonst mehr hilft“ (NK-StGB-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 49ff., 72 m. w. N.) ausreichend berücksichtigt ist, wenn jeder Verstoß gegen Berufsausübungspflichten zur Begründung einer Strafbarkeit führen kann.

Strafwürdig erscheint jedoch nicht jeder denkbare Verstoß gegen eine Berufsausübungspflicht, sondern nur der Verstoß gegen wesentliche Berufsausübungspflichten, der zudem geeignet ist, die Schutzgüter des § 299a StGB-E, d. h. den fairen Wettbewerb und das Vertrauen der Patienten in „die Integrität heilberuflicher Entscheidungen“ (Gesetzentwurf, dortige S. 11), zu verletzen.

Hiervon wird insbesondere bei untergeordneten Verstößen, die zudem keine Auswirkungen auf eine heilberufliche Entscheidung haben, gerade nicht auszugehen sein.

Den Vorschlag des Medizinrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins, in § 299a Abs. 3 StGB-E einen Tatbestandsausschluss für bestimmte, offensichtlich nicht strafwürdige Fälle vorzusehen (vgl. Stellungnahme 54/2014 vom Oktober 2014), hat der Referentenentwurf leider nicht aufgegriffen.

Pro Generika regt daher an, die **2. Tatbestandsalternative ersatzlos** zu streichen. Hilfsweise muss geklärt werden, auf welche Weise eine Eingrenzung des Tatbestandes vorgenommen werden kann, um den aufgezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken Rechnung zu tragen.

## 2. Strafprozessuale Bedenken

In strafprozessualer Hinsicht räumt § 301 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E u.a. den gesetzlichen und privaten Krankenkassen eine Strafantragsberechtigung ein.

Diese sind jedoch weder „Wettbewerber“ noch handelt es sich hierbei um die „Patienten“ von potentiellen Tätern im Sinne der Norm. Diesen (Personen-) Gruppen wird eine Strafantragsberechtigung zugestanden, ohne dass sie vom Schutzgut des Straftatbestandes erfasst wären.

Hier besteht die Gefahr, dass ein solches Strafantragsrecht zur Durchsetzung verfahrensfremder Ziele (bspw. der Geltendmachung sozialrechtlicher Ansprüche in Fällen der Beweisnot) „eingesetzt“ wird, was nicht der Intention des Strafrechts entspricht. Das Vermögen sämtlicher Krankenkassen wird im Übrigen durch das geltende Sozialrecht in ausreichendem Maße geschützt, so dass es eines eigenen Strafantragsrechts nicht bedarf.

## 3. Einheit der Rechtsordnung

Der Gesetzentwurf sieht zudem keine tatbestandlichen Einschränkungen für die Gewährung von Vorteilen vor, die im Rahmen anderweitiger gesetzlicher Verpflichtungen – bspw. im Zusammenhang mit der Durchführung von Studien – ggü. Angehörigen der Heilberufe gewährt werden dürfen.

Ohne eine solche Einschränkung besteht allerdings die Gefahr, dass eine vom Gesetzgeber anderweitig gewünschte Zusammenarbeit zwischen der Industrie und Angehörigen der Heilberufe unnötig kriminalisiert wird. Dies gilt es im Sinne der Einheit der Rechtsordnung zu vermeiden.