

Sieg der Vernunft!

Korruptionsbekämpfungsgesetz: Der Krimi von Berlin



von Prof. Dr. Hendrik Schneider und Laura Seifert

Am 14.04.2016 ist das „Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen“ im Bundestag beschlossen worden (BT-Drs. 18/8106). Seine zentralen Tatbestände (§ 299a und § 299b StGB) beruhen auf einem bemerkenswerten Paradigmenwechsel des mit der Materie federführend beschäftigten Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz aufgrund der Beratung am 23.03.2016. Buchstäblich in letzter Minute wurde der vorausgegangene Regierungsentwurf (BT-Drs. 18/6446 vom 21.10.2015) gekippt.

Die neue Regelung des § 299a Abs. 1 StGB-E

„Wer als Angehöriger eines Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert, im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er

1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten,
2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder
3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial

einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

§ 299a Abs. 2 StGB-E in der am 14.04.2016 beschlossenen Fassung ist spiegelbildlich aufgebaut, so dass vorliegend auf einen Abdruck verzichtet wird. Geregelt wird in Abs. 2 die Seite der Vorteilsgeber.

Inhalt der Änderungen

Die wichtigste Änderung ergibt sich im Zusammenhang mit der tatbestandlichen Umschreibung der Voraussetzungen einer Unrechtsvereinbarung. §§ 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E (BT-Drs. 18/6446 vom 21.10.2015) enthielten den problematischen und nachdrücklich auch vom Verfasser kritisierten Bezug auf die Berufsausübungspflichten. Danach konnte die Gegenleistung des Bestochenen neben dem in Nr. 1 der genannten Tatbestände umschriebenen Verhalten auch in der Verletzung einer „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ bestehen.

Diese Variante der §§ 299a, 299b StGB ist ersatzlos gestrichen worden. Einziger Anknüpfungspunkt für die Unrechtsvereinbarung ist daher die „unlautere Bevorzugung

im inländischen und ausländischen Wettbewerb“. § 299a StGB-E entspricht mithin § 299 StGB. Die am 14.04.2016 beschlossenen Straftatbestände schützen gemäß ihrer systematischen Stellung bei den „Straftaten gegen den Wettbewerb“ infolge dieser Korrektur des Wortlauts der Norm ausschließlich das Rechtsgut Wettbewerb. Somit ist der „Rechtsgutspluralismus“ des Regierungsentwurfes (BT-Drs. 18/6446), aus dem sich erhebliche Unsicherheiten ergaben, entfallen.

Das Marktverhalten „Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten“ wurde von Abs. 2 in Abs. 1 verschoben. Die neuen Tatbestände haben daher nur einen Absatz und nicht zwei Absätze wie der Regierungsentwurf. Ferner erfährt die Variante des „Bezugs“ jetzt eine bemerkenswerte Einschränkung. Sie folgt den im Schrifttum geltend gemachten Bedenken einer möglichen Kriminalisierung erlaubter Rabatte (Geiger, medstra 2016, S. 9 ff.).

Tatbestandsmäßig ist die Vorteilsannahme im Zusammenhang mit dem Bezug von Arzneimitteln nur dann,

wenn die Arzneimittel „unmittelbar zur Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder seinen Berufshelfer bestimmt sind“. Da Apotheker Medikamente nicht unmittelbar am Patienten anwenden, sondern abgeben, sind die §§ 299a, 299b StGB bei Kooperationen zwischen pharmazeutischen Herstellern und Apotheken nicht anwendbar. Betroffen sind insbesondere Rabatte, die im OTC-Bereich gem. § 7 HWG explizit erlaubt und erwünscht sind, nach dem Regierungsentwurf aber in den Sog der interpretationsoffenen Tatbestandsmerkmale gezogen werden konnten.

§§ 299a, 299b StGB werden, im Unterschied zu § 299 StGB und der früheren Entwurfsfassung, als Officialdelikt ausgestaltet. Dies ist nachvollziehbar, weil § 299 StGB, wie Kubiciel in seiner Stellungnahme als Sachverständiger vor dem Rechtsausschuss zutreffend ausgeführt hat, „aus nicht verallgemeinerbaren historischen Gründen einem Prinzipal-Agent-Konzept folgt“, das für §§ 299a, 299b StGB nicht gilt.

Vernunft- statt Feindstrafrecht! Nachruf auf einen verfehlten Entwurf

Der geschilderte Paradigmenwechsel ist das Resultat einer verbittert geführten rechtspolitischen Auseinandersetzung. Auf der einen Seite standen die Apologeten einer feindstrafrechtlichen Linie der Korruptionsbekämpfung (zum Begriff vgl. *Schneider/Morguet*). Zu diesem Lager gehörten die Benefiziarer einer unklaren Rechtslage, denen unberechenbares Strafrecht als Druckmittel zur Durchsetzung eigener wirtschaftlicher Interessen gedient hätte. Sie erhielten argumentative Unterstützung auch von einigen Hochschullehrern und Prakti-

kern der Strafrechtspflege, die sich als Vorkämpfer für die gute Sache ausgaben. Ihr mit Pathos vorgetragener Standpunkt wurde mit kriminalpolitischen Argumenten unterlegt. Die Variante der Verletzung von Berufsausübungspflichten sei erforderlich, weil es Bestechung ohne Wettbewerb gäbe. Außerdem müsse der Schutz des Patienten vor den Folgen der Korruption gewährleistet sein. Eine strafrechtliche Aufwertung des ärztlichen Berufsrechts sei daher unerlässlich. Wer sich dem widersetze, wende sich gegen „jede Form der Kriminalisierung der Korruption im Gesundheitswesen“, so Kubiciel in einem im Internet veröffentlichten Papier (KPzK2/2016).

Die Kritiker und Vorkämpfer für ein liberales Vernunftstrafrecht machten demgegenüber verfassungsrechtliche Bedenken gegen §§ 299a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 299b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB-E geltend. Die Norm sei als Blankett gestaltet und verstoße gegen den Bestimmtheitsgrundsatz. Vor dem Hintergrund, dass das Berufsrecht der Landesärztekammern und auch der einzelnen Heilberufe nicht ho-

mogen ausgestaltet sei, müsse ein Flickenteppich der Strafbarkeitsrisiken befürchtet werden. Als Rechtsreflex des Schutzes des Wettbewerbs sei der Patient auch dann geschützt, wenn der Bezug auf die Berufsausübungspflichtverletzung fallengelassen werde. Die Variante der Verletzung der Berufsausübungspflichten sei daher nicht nur verfassungswidrig, sondern auch überflüssig.

Nach dem Dafürhalten der Verfasser ist der am 14.04.2016 beschlossene Gesetzesentwurf zu begrüßen. Zwar ist weiterhin fraglich, ob der richtige Weg der Strafgesetzgebung in der Entwicklung berufsspezifischen Sonderstrafrechts zu sehen ist (hierzu: Schneider, HRRS 2013, 473 ff.). Unabhängig von diesen grundsätzlichen Bedenken verfolgen die neuen Straftatbestände aber ein berechtigtes kriminalpolitisches Anliegen, denn sie schließen eine der Sache nach nicht zu rechtfertigende Lücke im System der Korruptionsstraf-tatbestände und beziehen die niedergelassenen Ärzte in den Anwendungsbereich des Strafgesetzes ein.

1. Symposium

am 23. Juni 2016,
im Meliá Hotel am Hofgarten,
Düsseldorf



Compliance im Krankenhauswesen Vorbeugen | Erkennen | Reagieren

Mit dem „1. Symposium Compliance im Krankenhauswesen“ sollen Krankenhäuser bei der Beantwortung zentraler Fragen unterstützt werden:

- ✓ Anlässe für Compliance-Überlegungen in Krankenhäuser?
- ✓ Identifizierung krankenhausspezifische Compliance-Risiken
- ✓ Wie lassen sich passgenaue Compliance-Management-Systeme etablieren?
- ✓ Und was ist zu tun, wenn es im Einzelfall doch schon einmal zu spät ist?

Weitere Informationen zum Symposium:
www.ioe-wissen.de/Compliance

Allein dies war der Anlass für die Aufnahme des Regelungsanliegens in den Koalitionsvertrag vom 27.11.2013 und folgt dem Appell des Großen Senats in seiner Entscheidung vom 29.03.2012 (GSSt 2/11). Nach dieser Entscheidung fallen niedergelassene Vertragsärzte weder unter § 299 StGB, noch unter die §§ 331 ff. StGB. Es kann also keine Rede davon sein, dass die Bevorzugung einer restriktiveren Gesetzesfassung zugleich die kriminalpolitische Haltung zum Ausdruck bringt, implizit gegen die Bekämpfung der Korruption zu sein.

Verfassungsrechtliche Bedenken

Auch die verfassungsrechtlichen Bedenken waren nicht von der Hand zu weisen. Denn neben der Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes besteht eine weitere Schranke der Verfassung in dem vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Wesentlichkeitsgebot. Dieses zwingt den Gesetzgeber dazu, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen. Strafrecht als ultima ratio der Sozialkontrolle greift unbestritten nachhaltig und damit wesentlich in die Freiheitsrechte der Bürger ein. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit müssen daher durch den Gesetzgeber selbst abgesteckt werden.

Gegen diesen Grundsatz wird verstoßen, wenn der Inhalt der in Bezug genommenen Berufsausübungspflichten von den Trägern der berufsständischen Selbstverantwortung bestimmt wird. Der Entwurf hätte daher vor dem Bundesverfassungsgericht scheitern können. Oberstaatsanwalt Badle hat kürzlich allzu willfährige Claqueure des punitiven Strafrechts daran erinnern müssen, dass dies auf dem Rücken eines Staatsbürgers ausgetragen worden wäre, der

jahrelang vor dem Gesetz (Franz Kafka) steht.

Kriminalpolitische Aspekte

Auch vor kriminalpolitischem Hintergrund war der Regierungsentwurf verfehlt. Dies gilt z.B. für den Hinweis auf das Risiko der Korruption bei Monopolen. Im Kartellrecht spricht man von Monopolen bei einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens, die gem. § 18 Abs. 4 GWB bereits bei einem Marktanteil von mindestens 40% anzunehmen ist. Setzt dieses Unternehmen Korruption ein, wäre die Variante der unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb ausreichend. Um die verbleibenden 60% der Marktanteile findet selbstverständlich noch ein Wettbewerb statt. Dies gilt auch für Fälle, in denen das grundsätzlich legitime und arzneimittelrechtlich anerkannte Instrument der Anwendungsbeobachtung für eine Vorteilszuwendung missbraucht wird.

Auch insoweit ist § 299a in der Fassung vom 14.04.2016 einschlägig. Fallkonstellationen ohne Wettbewerb sind demgegenüber selten (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 GWB) und in der bisherigen Diskussion ohne Beispiel. Werden hier Vorteile eingesetzt, ist der Rückgriff auf andere Normen denkbar (§§ 266, 223 ff. StGB, wenn gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen oder gar ein Produkt ohne medizinische Indikation eingesetzt wurde).

Folgen für die Praxis

Das Gesetz führt für die in Krankenhäusern tätigen Ärzte und Pflegekräfte zu keinen durchgreifenden Änderungen der strafrechtlichen Risiken. § 299a StGB tritt hier neben die (bzw. an die Stelle der) einschlägigen §§ 331 ff., 299 StGB. Insbesondere § 331 StGB, der eingreift,

soweit die Vorteilsnehmer in Kliniken im Eigentum der öffentlichen Hand arbeiten, hat weitergehende Voraussetzungen der Strafbarkeit als § 299a StGB (Stichwort: „geloockerte Unrechtsvereinbarung“).

Wie bereits an anderer Stelle im Krankenhaus-JUSTITIAR ausgeführt (Schneider, Heft 01/2016, S. 16 f.), erfassen die §§ 299a, b StGB aber Kooperationsverträge zwischen den Sektoren, soweit diese Anknüpfungspunkte für eine wettbewerbswidrige Zuweisung gegen Entgelt enthalten. Da das neue Recht aufgrund des geschilderten Paradigmenwechsels einen überschaubaren Anwendungsbereich hat, ist zu erwarten, dass sich die ersten Ermittlungsverfahren auf diesen Bereich sowie auf die erst kürzlich wieder im Mittelpunkt der einschlägigen Medienberichterstattung stehenden Anwendungsbeobachtungen beziehen werden.

Daher sollten die Kliniken ungeachtet der „Entschärfung“ des neuen Rechts weiterhin auf den Ausbau ihrer Compliance und ihres Vertragsmanagements setzen. ■

Prof. Dr. Hendrik Schneider
Cand. Jur. Laura Seifert
Lehrstuhl für Strafrecht,
Strafprozessrecht, Kriminologie,
Jugendstrafrecht und
Strafvollzugsrecht
Universität Leipzig
Burgstraße 7, 04109 Leipzig

Weiterführende Literatur

Schneider/Morguet, Gefährliches Strafrecht. Zu den Grenzen avantgardistischer Strafrechtsdogmatik, in: Uwer (Hrsg.): Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Berlin 2006, S. 335–352