

Deutscher Bundestag
Rechtsausschuss

Per E-Mail: rechtsausschuss@bundestag.de

Bundesverband
Medizintechnologie e.V.
Reinhardtstraße 29b
10117 Berlin
Tel. +49 (0)30 246 255 - 0
Fax +49 (0)30 246 255 - 99
info@bvmed.de
www.bvmed.de

Berlin, 20. November 2015
Sch/KI/Ros
 030/246 255-11/-23

BVMed-Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen, BR-Drs. 18/6446

Vorbemerkung:

Der BVMed vertritt sowohl Hersteller von Medizinprodukten als auch Leistungserbringer im Hilfsmittelbereich (sogenannte Homecare-Unternehmen).

Um die Mitgliedsunternehmen in lauterer Kooperationen zu unterstützen, hat der BVMed bereits seit 1997 mit dem "Kodex Medizinprodukte" ein Instrument geschaffen, welches die geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen darstellt und diese den Beteiligten im Gesundheitsmarkt in einfacher und verständlicher Sprache erläutert. Deshalb befürwortet es der BVMed generell, die Regelungen zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen gesetzlich weiterzuentwickeln.

Gleichzeitig setzt sich der BVMed für eine multidisziplinäre Zusammenarbeit der unterschiedlichen Leistungserbringer ein. Politisch, sozialrechtlich und berufsrechtlich geforderte Kooperationen zwischen Heilberufen, wie Ärzten und medizinischen Einrichtungen, mit der Industrie oder den Homecare-Unternehmen, dienen in erster Linie einer strukturierten und qualitätsgesicherten Patientenversorgung. Durch diese Kooperationen sollen unerwünschte Versorgungsbrüche, beispielsweise beim Übergang von Krankenhaus in die nachstationäre Versorgung, ebenso vermieden werden, wie eine unnötige Belastung der Patienten und der Angehörigen.

Zusammenfassung:

Der Regierungsentwurf enthält gegenüber dem Referentenentwurf in die richtige Richtung weisende Klarstellungen und Verbesserungen. Dies gilt insbesondere für die Anregung, zumindest in der Gesetzesbegründung hervorzuheben, dass gesundheitspolitisch und gesetzgeberisch gewollte Kooperationen zwischen am Gesundheitswesen Beteiligten, ohne weitere hinzutretende Umstände strafrechtlich nicht problematisch sein dürfen und namentlich keinen Anfangsverdacht für eine Straftat begründen. Gleichwohl werden wir uns nachfolgend (sub. I) erlauben, diesen Punkt nochmals zu vertiefen und anhand konkreter Beispiele zu verdeutlichen, dass diese Klarstellungen nicht ausreichend sind, umnehmer- und Geberseite hinreichend vor unbegründeten, und existenzgefährdenden Strafverfolgungsverfahren zu schützen. Wir empfehlen deshalb ausdrücklich, dies im Gesetzestext, selbst statt nur, in der Begründung anzusprechen.

Der BVMed sieht die im Vergleich zum Vorgängerentwurf vorgenommene Eingrenzung der zweiten Tatbestandsalternative des § 299a Abs. 1 StGB (Entwurf) sowie § 299b Abs. 1 StGB (Entwurf) auf „die berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ zwar als Schritt in die richtige Richtung. Die Neuerungen des Regierungsentwurfes beseitigen die bereits in der Vergangenheit disku-

tierten Kritikpunkte allenfalls geringfügig. Auch die Konkretisierung der zweiten Tatbestandsalternative ist nicht geeignet, die hiergegen bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken zu zerstreuen. Ferner ist die zweite Tatbestandsalternative zur Erreichung der gesetzgeberischen Ziele, die sich der BVMed ausdrücklich zu Eigen macht, nicht erforderlich. Dem würde nur eine ersatzlose Streichung Rechnung tragen. Der BVMed erneuert sein entsprechendes Petitum als das Kernanliegen im noch laufenden Gesetzgebungsverfahren, zumal die entsprechende Kritik unseres Verbandes am Tatbestandsmerkmal der „Berufsausübungspflicht“ in der Literatur weithin geteilt wird und beispielsweise vom Deutschen Richterbund explizit formuliert worden ist (im Einzelnen siehe hierzu sub. II).

Generell ist anzumerken, dass der Gesetzentwurf nicht nur die Lücke schließt, die durch die Entscheidung des Großen Senates für Strafsachen des Bundesgerichtshofes aufgezeigt wurde, sondern weit über das ursprüngliche Ziel hinaus geht. Der Bundesgerichtshof hatte in seinem Beschluss vom 29.03.2012 festgestellt, dass niedergelassene Vertragsärzte als Täter eines Bestechungsdeliktes gemäß §§ 332, 11 StGB oder wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nach § 299 Abs. 1 StGB ausscheiden.

Der Gesetzgeber hatte in der Vergangenheit mit den §§ 331 ff. StGB und § 299 StGB wirksame Regelungen geschaffen, die bereits heute auf die im Gesundheitswesen angestellten Ärzte Anwendung finden. Lediglich der alleinige Inhaber und die Fälle, in denen wegen der Verschreibung des wirtschaftlichen Produkts ein Schaden nicht entstanden ist, unterfielen bislang nicht der Strafbarkeit.

Mit dem neuen § 299a StGB (Entwurf) wird für weite Teile des Gesundheitswesens ein Sonderstrafrecht für einen Berufszweig eingeführt. Es wird aufgrund der schon bestehenden Strafrechtsvorschriften eine für viele Personen unnötige Doppelregelung geschaffen, die dann in Konkurrenz zu den existierenden Vorschriften, insbesondere zum § 299 StGB stünde.

Darüber hinaus möchten wir auf die geplante Strafschärfung des § 300 StGB (Entwurf) hinweisen, die nicht nur für die neu einzuführenden §§ 299a, b StGB (Entwurf), sondern auch für den existierenden § 299 StGB gelten soll. Hier geht der Gesetzgeber ebenfalls massiv über die ursprüngliche Zielsetzung hinaus. Durch das Wort „gewerbsmäßig“ werden zukünftig alle Mitarbeiter wirtschaftlicher Unternehmungen im Rahmen der Strafschärfung des § 300 StGB (Entwurf) ebenso behandelt, wie Mitglieder einer Bande.

Schließlich ist nochmals darauf hinzuweisen, dass das in § 301 Abs. 2 Nr. 2 lit. c StGB (Entwurf) aufgenommene Antragsrecht der Kranken- und Pflegekassen insofern Bedenken begegnet, als die Kranken- und Pflegekassen als Marktteilnehmer originäre wirtschaftliche Eigeninteressen vertreten und im Zweifel aus der Pflicht zur Abwehr von Schäden für den eigenen Haushalt Strafantrag stellen. Insbesondere wird sicherzustellen sein, dass einem Missbrauch des Strafantragsrechts durch die Krankenkassen, beispielsweise um Druck auf Verhandlungspartner auszuüben, mit der notwendigen Konsequenz zivil- und strafrechtlich begegnet wird. Dies gilt ungeachtet dessen, dass der BVMed die grundsätzliche gesetzgeberische Intention einer Aufdeckung von potentiell strafwürdigem Verhalten zum Zwecke effektiver Strafverfolgung ausdrücklich befürwortet (hierzu im Einzelnen sub. III).

Stellungnahme im Detail:

I. Einheit der Rechtsordnung: Keine Ver- und Behinderung gewollter Kooperation durch das Strafrecht

Wie bereits ausgeführt, befürwortet der BVMed ausdrücklich die nunmehrige Klarstellung in der Gesetzesbegründung, wonach *„ohne Hinzutreten weiterer Umstände [...] die Honorierung heilberuflicher Leistungen im Rahmen zulässiger beruflicher Zusammenarbeit grundsätzlich nicht den Verdacht begründen [kann], dass die Einräumung der zugrundeliegenden Verdienstmöglichkeit als Gegenleistung für die Zuweisung des Patienten erfolgen soll und eine Unrechtsvereinbarung vorliegt“*. Dies entspricht inhaltlich vollumfänglich der unsererseits bereits in der Vergangenheit artikulierten Position.

Bedenken bestehen indessen insoweit, dass die aus unserer Sicht sehr maßgebliche und notwendige Einschränkung nur in der Gesetzesbegründung vorgenommen wird. Noch zielführender erscheint eine Klarstellung im Gesetzestext selbst.

Dem BVMed ist es ein Anliegen, dass die generell positiv zu bewertende Absicht, durch die geplante Regelung Strafbarkeitslücken für unzulässige Zuwendungen an Mitglieder von Heilberufen zu schließen und nicht gleichzeitig sozialrechtlich gewollte Kooperationen ver- oder behindert. Um dies zu gewährleisten, sollte der Gesetzestext selbst klarstellen, dass als hinreichender Anfangsverdacht das alleinige Bestehen von sozialrechtlich oder berufsrechtlich gewollten Kooperationen nicht ausreicht. Nur so kann sichergestellt werden, dass die geplante Strafrechtsregelung nicht als Kooperationsbremse fungiert und die multidisziplinäre Patientenversorgung weiterhin gewährleistet werden kann.

Denn nach ständiger Rechtsprechung kann für die bestehenden Korruptionsdelikte im Strafgesetzbuch der Abschluss eines Vertrages einen strafrechtsrelevanten Vorteil darstellen. Das Gesundheitswesen lebt aber entscheidend von der Kooperation der Leistungserbringer im Gesundheitswesen. Exemplarisch sei auf das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz verwiesen, das eine weitere Stärkung der Zusammenarbeit vorsieht, etwa beim Entlassmanagement gemäß § 39 Abs. 1 SGB V.

Es sollte daher im Gesetzestext selbst ausdrücklich klargestellt werden, dass

- > Kooperationsverträge zwischen Angehörigen der Heilberufe und Dritten im Gesundheitswesen, die sozialrechtlich oder berufsrechtlich gewünscht und gefordert sind, solange nicht den Straftatbestand der Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen erfüllen, wie nicht zusätzliche Elemente einer Unrechtsvereinbarung vorliegen und
- > dass das alleinige Vorhandensein eines Kooperationsvertrages somit nicht ausreicht, um den Anfangsverdacht einer Vorteilsgewährung bzw. Vorteilsannahme zu begründen.

Jedenfalls aber sollte zumindest die Gesetzesbegründung bzw. Beschlussempfehlung explizit alle sozialrechtlich gewünschten Kooperationen ausdrücklich benennen und zugleich klarstellen, dass zukünftige, innovative Kooperationen im Rahmen der Patientenversorgung, deren Entwicklung die Gesundheitspolitik derzeit einfordert, ebenfalls als solche nicht einen hinreichenden Anfangsverdacht für eine Straftat begründen. Der BVMed erachtet eine klare Abgrenzung von zulässigem und strafbarem Verhalten als zwingend erforderlich, um die politisch ungewollte Reaktion auszuschließen, dass Kooperationen und die Entwicklung neuer, vernetzter Versorgungsformen aus Angst vor staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren (ungeachtet von deren Ausgang) gar nicht erst eingegangen werden. Eine solche Entwicklung kann nicht im Interesse der Politik sein, zumal sie dem Patientenwunsch nach einem strukturierten und kooperativen Versorgungsmanagement zuwider wäre.

In der Gesetzesbegründung bzw. Beschlussempfehlung sollten daher zumindest folgende Kooperationen explizit als sozialpolitisch gewünscht aufgenommen werden, so dass eine in diesem Kontext erfolgende Honorierung heilberuflicher Leistungen ohne Hinzutreten weiterer Umstände keinen Verdacht einer Unrechtsvereinbarung begründen kann:

- > Entlassmanagement aus dem Krankenhaus in den ambulanten Bereich mit u.a. Hilfsmittel-Versorgungsbedarf nach § 39 SGB V;
- > Kooperationen im Rahmen des Patientenanspruches auf ein Versorgungsmanagement nach § 11 Abs. 4 SGB V;
- > Kooperationen im Rahmen besonderer Versorgungsformen nach §§ 140a ff. SGB V; (inkl. integrierte Versorgung)
- > Kooperationen im Rahmen der SAPV (spezielle ambulante Palliativversorgung): Patientenanspruch nach § 37b SGB V;
- > Kooperationen im Rahmen der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung (ASV): Anspruch nach § 116b SGB V und Ausführungsbestimmungen des G-BA;
- > verkürzter Versorgungsweg in der Hörgeräteversorgung;
- > Produktschulungen und kostenlose Demonstration der Produkte und Handhabungstechniken von Medizinprodukten, ggf. durch Inanspruchnahme von Ärzten oder Pflegepersonal als Referenten oder Proctoren;
- > Schulungen von Pflegekräften in Pflegeeinrichtungen und ambulanten Pflegediensten;
- > Organisation von User-Meetings zum Erfahrungsaustausch und Falldiskussion zwischen Ärzten;
- > wissenschaftliche Schulungen und Fortbildungen;
- > kurzfristige Geräteüberlassungen zur Produkterprobung;

- > Versorgungsforschungsprojekte und Post Market Surveillance nach dem Medizinproduktegesetz.
- > jegliche zukünftigen Kooperationsformen, deren ausdrückliches Ziel das vernetzte und strukturierte Versorgungsmanagement von Patienten beinhaltet.

Nur durch die Aufnahme dieser klarstellenden Ergänzungen kann der ungewünschten Konsequenz begegnet werden, dass aus Angst vor strafrechtlicher Verfolgung eine Paralyse im Gesundheitswesen eintritt und sozialpolitisch gewollte Kooperationen und die Entwicklung neuer Versorgungsformen jedenfalls bis zur Entwicklung einer gefestigten Rechtsprechung unterlassen werden.

II. Verfassungswidrigkeit der zweiten Tatbestandsalternative „Verletzung seiner berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“

Die hinsichtlich der zweiten Tatbestandsalternative des § 299a Abs. 1 StGB (Entwurf) sowie nunmehr auch § 299b Abs. 1 StGB (Entwurf) vorgenommene Änderung ist grundsätzlich als Konkretisierung anzunehmen, beseitigt aber die bereits zur Vorgängervfassung diskutierten verfassungsrechtlichen Bedenken nicht. Die Hauptkritik des BVMed richtet sich daher gegen die von der Strafbarkeit erfasste Tathandlung des Verletzens einer „*berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit*“.

Denn auch diese Bezugnahme genügt dem in Art. 103 Abs. 2 GG statuierten verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht. Zwar wurde der Wortlaut im Vergleich zur vorherigen Fassung erfreulicherweise eingeschränkt, doch ist weiterhin nicht ersichtlich, welche Pflichtverletzungen eine Strafbarkeit begründen sollen. Auch bei dem Verweis auf die „berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ bleibt offen, ob es sich hierbei um ein aus sich heraus bestimmbares, normatives Tatbestandsmerkmal oder um eine Blankettnorm handelt. Die in der Gesetzesbegründung aufgenommenen Verweise auf die vielfältigen Berufsordnungen der Heilberufe legen nahe, dass auch weiterhin vornehmlich das vom Standort und der Berufsgruppe abhängige Berufsrecht über die Kriminalisierung von Verhaltensweisen entscheiden können soll. Selbst wenn es aber dementsgegenüber durch die geänderte Formulierung des Kabinettsentwurfes nunmehr intendiert sein sollte, von dem Verweis auf die standort- und berufsgruppenabhängigen Berufsausübungspflichten Abstand zu nehmen, ist dies zwar im Ansatz richtig. Gleichwohl ist die „berufsrechtliche Pflicht“ keiner eigenständigen Definition zugänglich. Nach wie vor sind Tragweite und Anwendungsbereich des Straftatbestandes für den Normadressaten mithin nicht zu erkennen.

Die durch den Kabinettsentwurf ins Auge gefassten Strafbarkeitslücken bedürfen auch keiner Schließung, da sie in der Praxis nicht bestehen. Die vermeintlichen Strafbarkeitslücken in einer Konstellation, in der der Vorteilsgeber eine Monopolstellung einnimmt, sind realitätsfern, da in der Praxis zu jeder Behandlungsmethode eine Alternative besteht, sei es durch die Anwendung eines anderen Medizinprodukts oder Arzneimittels. Bei medizinisch nicht indizierten Versorgungsleistungen sind regelmäßig die Tatbestände des Betruges oder der Körperverletzung mit verwirklicht, so dass es einer weitergehenden strafrechtlichen Pönalisierung nicht bedarf.

Des Weiteren ist auch das Tatbestandsmerkmal der „heilberuflichen Unabhängigkeit“, das im Gesetzesentwurf sowohl in § 299a Abs. 1 2. Alt. StGB als auch in dessen Absatz 2 Verwendung findet, zu weit und bietet einen für die ultima ratio des Strafrechts zu großen Interpretationsbereich. Zwar ist anzuerkennen, dass in der Gesetzesbegründung die relevanten Heilberufe aufgeführt und für die Berufe, die einer Approbation bedürfen, abschließend genannt werden. Allerdings ist die Aufzählung für Gesundheitsfachberufe selbst in der Gesetzesbegründung nur beispielhaft und einer abschließenden Aufzählung auch gar nicht zugänglich, wie beispielsweise auch der Vergleich zu § 4 Nr. 14a UStG zeigt, in dem gleichsam mit einer Öffnungsklausel für „ähnliche heilberufliche Tätigkeiten“ gearbeitet wird. Für das Steuerrecht mag dies vertretbar sein. Im Bereich des Strafrechts, für das es essentiell ist, dass potentielle Normadressaten im Vorfeld wissen, welches Verhalten verboten ist, ist es nicht hinzunehmen, dass nicht definitiv feststeht, welche Berufsgruppen betroffen sind.

Eine Klarstellung, welche Berufsgruppen betroffen sind, ist auch deshalb unerlässlich, weil die Rechtsordnung an anderer Stelle (beispielsweise im Rahmen von § 7 HWG) Sanktionen vorsieht, die letztlich wettbewerbsrechtlich motiviert sind. Eine zu weite Ausdehnung der Anwendbarkeit von § 299a Abs. 1 2. Alt. wie auch Absatz 2 StGB birgt insofern die Gefahr, dass Strafbarkeitsrisiken für Betroffene schon mit der Verletzung einschlägiger Normen entstehen. Hier wird das sprichwörtliche Kind mit dem Bade ausgeschüttet, da eine Sanktionierung durch das Strafrecht weder zur Verteidigung der betroffenen Schutzgüter erforderlich noch im Ansatz verhältnismäßig ist. Vielmehr reichen die vorhandenen Sanktionen, beispielsweise beim Warenbezug durch Berufsgruppen jenseits von Ärzten und Apothekern, also beispielsweise bei Sanitätsfachhäusern, Orthopädieschustern etc., ohne Weiteres aus.

Der BVMed wirbt daher nach alledem für eine ersatzlose Streichung der überdies innerhalb der Wettbewerbsdelikte systemfremden zweiten Tatbestandsalternative der §§ 299a Abs. 1, 299b Abs. 1 StGB (Entwurf), jedenfalls aber für eine weitere Konkretisierung dessen, was mit „heilberuflicher Unabhängigkeit“ genau verbunden und wer mithin Normadressat sein soll.

1. Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot

Zuletzt in seiner Entscheidung zu § 266 StGB vom 23. Juni 2010 hat der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts (2 BvR 2559/08) deutlich gemacht, dass sich die Bedeutung des Art. 103 Abs. 2 GG nicht im Verbot der gewohnheitsrechtlichen oder rückwirkenden Strafbegründung erschöpft. Vielmehr beinhaltet er für die Gesetzgebung ein striktes Bestimmtheitsgebot sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie. Damit soll einerseits sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber im Sinne einer funktionierenden Gewaltenteilung selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet, während andererseits der rechtsstaatliche Schutz des Normadressaten erreicht wird.

Art. 103 Abs. 2 GG hat insofern freiheitsgewährleistende Funktion, als jedermann vorhersehen können muss, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Hinzu kommt, dass nach Artikel 104 Abs. 1 GG eine Freiheitsentziehung nur aufgrund förmlichen Gesetzes möglich ist.

Diesen Vorgaben wird die Tatbestandsalternative der „*Verletzung seiner berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit*“ in vielerlei Hinsicht nicht gerecht. Zwar wurde der Wortlaut im Vergleich zur vorherigen Fassung eingeschränkt, doch ist weiterhin nicht ersichtlich, welche Pflichtverletzungen eine Strafbarkeit begründen sollen. Auch bei dem Verweis auf die „berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ bleibt offen, ob es sich hierbei um ein aus sich heraus bestimmbares, normatives Tatbestandsmerkmal oder um einen Blankettverweis handelt.

Sofern in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf verwiesen wird, dass sich „*berufsrechtliche Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit [...] insbesondere aus den verbindlichen Berufsordnungen der Heilberufskammern*“ ergeben, steht vielmehr zu befürchten, dass durch den geänderten Wortlaut der Norm nicht der Blankettcharakter entzogen werden soll, sondern lediglich eine Einschränkung hinsichtlich der Art der berufsrechtlichen Pflichten erfolgt, welche geeignet sein sollen, eine Kriminalisierung von Verhaltensweisen zu begründen. Auch diese Einschränkung ist aber denkbar vage und schafft keine ausreichende Rechtssicherheit für die Normadressaten.

Nach der Gesetzesbegründung ergeben sich berufsrechtliche Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit insbesondere aus den verbindlichen Berufsordnungen der Heilberufskammern. Die Gesetzesbegründung verweist dann für den ärztlichen Bereich auf § 31 MBO und für den zahnärztlichen Bereich auf § 2 Musterberufsordnung der Bundeszahnärztekammer. Hierbei wird verkannt, dass es sich um Musterberufsordnungen handelt, die in den einzelnen Kammerbezirken unterschiedlich umgesetzt werden (können). Selbst wenn, entgegen der derzeitigen Rechtslage, die Musterberufsordnungen in den Kammerversammlungen aller (Zahn-) Ärztekammern als Satzung beschlossen worden wären und daher zeitweilig bundesweit Geltung beanspruchen würden, wäre dies also unbeachtlich, da die Musterberufsordnungen selbst in keinem Bundesland geltendes Recht darstellen. Erst durch die Übernahme aller oder bestimmter einzelner Regelungen durch die einzelnen Länder finden die Regelungen der Musterberufsordnungen Eingang in die untergesetzlichen Regelungen der Länder und werden damit geltendes

Recht. Es obliegt damit ausschließlich den einzelnen (Zahn-) Ärztekammern, eine Nivellierung der Musterberufsordnung in ihrem Kammerbezirk umzusetzen oder vielmehr eine eigenständige Berufsordnung zu schaffen. Für die Berufsgruppe der Apotheker besteht bereits derzeit nicht einmal ein bundesweit einheitliches Musterberufsrecht, so dass die Gesetzesbegründung gehalten ist, lediglich beispielhaft auf § 7 Abs. 1 der Berufsordnung der Landesapothekerkammer Berlin und § 7 Abs. 2 der Berufsordnung der Bayerischen Landesapothekerkammer zu verweisen.

Um dem in Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG niedergelegten verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu genügen, müssen bei Blankettstrafnormen die Strafbarkeitsvoraussetzungen so konkret umschrieben werden, dass die Tragweite und der Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müssen daher die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe für den Bürger aus einem förmlichen Gesetz ersichtlich sein. Wird der Straftatbestand eines Blankettstrafgesetzes durch ein anderes förmliches Gesetz ergänzt, genügt ein Verweis auf die ausfüllende Norm. In einer Rechtsverordnung dürfen hingegen nur gewisse Spezifizierungen des Straftatbestandes geregelt werden, deren Regelung im Gesetz selbst letztere im Hinblick auf den Wandel der Verhältnisse zu starr und kasuistisch machen würden (vgl. BVerfGE 75, 342).

Diesen verfassungsrechtlichen Grundvoraussetzungen wird die zweite Tatbestandsalternative nicht gerecht. Denn die berufsrechtlichen Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit ergeben sich, wie die Gesetzesbegründung zum Entwurf nahelegt, aus den für den jeweiligen Beruf und in der jeweiligen Region geltenden Berufsordnungen. Diese werden jedoch etwa bei den Ärzten von der jeweiligen Landesärztekammer als Körperschaft des öffentlichen Rechts in Form der Satzung und damit eben nicht als förmliches Gesetz vom Bundesgesetzgeber verabschiedet. Folglich werden die Voraussetzungen der Strafbarkeit damit nicht – wie vom Grundgesetz gefordert – von dem dazu berufenen Gesetzgeber, sondern von anderen Normgebern festgelegt. Sofern die Gesetzesbegründung zudem auf die vom Deutschen Ärztetag und der Bundeszahnärztekammer verabschiedeten Musterberufsordnungen verweist, handelt es sich hierbei nicht einmal um eine untergesetzliche Regelung, sondern lediglich um einen unverbindlichen Vorschlag für eine solche Regelung. Noch augenscheinlicher ist der Verfassungsverstoß, wenn sich die Berufsausübungspflichtverletzung aus dem Verstoß gegen privatrechtlich übernommene Pflichten ergibt, wie etwa der „Berufsordnung“ für Logopäden. Diese wurde lediglich von den freiwilligen Mitgliedern des „Deutschen Bundesverbandes für Logopädie e.V.“ als Verhaltenskodex verabschiedet. Die Gesetzesbegründung schließt nicht aus, dass auch diese privatrechtlich vereinbarten Pflichten erfasst werden. Es ist folgerichtig denkbar, wenn nicht sogar zu erwarten, dass die Instanzengerichte sie zur Ausfüllung des Tatbestands heranziehen. Wird die zweite Tatbestandsalternative als Blankettstrafnorm interpretiert, ist damit schon bei diesen Beispielen der Verfassungsverstoß offensichtlich.

Aber auch wenn es – entgegen des unseres Erachtens eindeutigen Wortlauts der Gesetzesbegründung – durch die geänderte Formulierung des Kabinettsentwurfes nunmehr intendiert sein sollte, von dem Verweis auf die standortabhängigen Berufsausübungspflichten Abstand zu nehmen, ist die „berufsrechtliche Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ keiner eigenständigen Definition zugänglich. Selbst wenn es sich bei der Berufspflichtverletzung um ein normatives Tatbestandsmerkmal handeln sollte, wird dieses im vorliegenden Fall den aus dem Bestimmtheitsgebot resultierenden Voraussetzungen mithin nicht gerecht.

Auch für normative Tatbestandsmerkmale in Strafrechtsnormen gilt, dass Art. 103 Abs. 2 GG in seiner Funktion als Bestimmtheitsgebot für den Gesetzgeber die Verpflichtung enthält, wesentliche Fragen der Strafwürdigkeit oder Straffreiheit im demokratisch-parlamentarischen Willensbildungsprozess zu klären und die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen (vgl. BVerfGE 75, 329). Die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze, dass der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen (vgl. BVerfGE 101, 1) und Rechtsvorschriften so genau fassen muss, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (Grundsatz der Normenklarheit, vgl. BVerfGE 93,

213), gelten danach für den besonders grundrechtssensiblen Bereich des materiellen Strafrechts besonders strikt.

Insoweit ist lediglich anerkannt, dass der Gesetzgeber auch im Strafrecht in der Lage bleiben muss, der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr zu werden (BVerfGE 28, 175), um der Gefahr zu begegnen, dass die Gesetze zu starr und kasuistisch würden. Verfassungsrechtliche Bedenken, die die Weite eines Tatbestands(-merkmals) bei isolierter Betrachtung auslösen müsste, können, durch weitgehende Einigkeit über einen engeren Bedeutungsinhalt, insbesondere durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung, entkräftet werden (vgl. BVerfGE 26, 41).

Es fehlt jedoch derzeit an einem gefestigten, uniformen oder jedenfalls allgemeingültigen Verständnis des Tatbestandsmerkmals oder der Norm insgesamt. Insoweit mangelt es hic et nunc seitens der Gerichte an bereits entwickelten, die Norm konkretisierenden Obersätzen, aufgrund derer das Verständnis der Strafnorm eingegrenzt, definiert oder jedenfalls folgerichtig weiterentwickelt werden kann.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass gerichtlich entwickelte Obersätze qua Natur der Sache (noch) fehlen, weil es sich bislang nur um einen Gesetzentwurf handelt. Denn auch in Zukunft ist mit einer gefestigten Auslegung des Begriffs der „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ durch die Instanzengerichte nicht zu rechnen. Berufspflichten im Gesundheitsbereich beruhen auf einem „Flickenteppich“ an mannigfaltigen gesetzlichen, berufs- und privatrechtlichen, kodifizierten wie auch gewohnheitsrechtlichen Rechtssätzen, die in ihrer Gesamtheit gerade von typischerweise rechtsunkundigen Normadressaten nicht zu überblicken sind. Zudem divergieren sie je nach zur Rechtssetzung berufener Instanz sowohl zwischen verschiedenen Berufsgruppen als auch sogar innerhalb der gleichen Berufsgruppe derart beträchtlich, dass letztlich ein allgemeingültiges Normverständnis nicht zu erwarten ist. Dies zeigt nicht zuletzt die Vielzahl der in der Gesetzesbegründung erfolgten Verweise auf berufsrechtliche Regelungen zur „Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“. Vielmehr droht – zumindest bis zu einer Klärung allfälliger Rechtsfragen durch den Bundesgerichtshof – ein rechtsstaatlich inakzeptables Kaleidoskop gänzlich unterschiedlicher Auslegungen des Tatbestandes, je nach Berufsgruppe und Geografie bis hin zu einem „regionalen Strafrecht“. Die Berufsordnungen weichen indes nicht nur voneinander ab, sondern vor allem auch gegenüber den wiederum regional unterschiedlich geregelten Berufsordnungen der anderen verkammerten akademischen Heilberufe, wie den Apothekern und Zahnärzten. All dies hätte zum Ergebnis, dass den jeweiligen Kammern die Möglichkeit eingeräumt würde, Einfluss auf den Straftatbestand zu nehmen.

Eine ähnliche Problematik droht bei den nicht-verkammerten Gesundheitsfachberufen. Hier gibt es zwar keine Berufsordnungen im Sinne von für alle verbindlichen, öffentlich-rechtlichen Normensätzen. Es besteht indes die Gefahr, dass berufsrechtliche Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit aus privatrechtlichen Kodizes der Verbände hergeleitet werden könnten. Wie oben im anderen Kontext ausgeführt, ist zu erwarten, dass Gerichte auf entsprechende Kodizes rekurren, um den Begriff der „berufsrechtlichen Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit“ mit Leben zu füllen. Es bestünde daher auch insoweit die Gefahr einer „faktischen Rechtssetzung“ durch Privatrechtssubjekte, noch dazu in heterogener Art und Weise.

Die Vielschichtigkeit und Mannigfaltigkeit der möglicherweise einschlägigen Vorschriften macht es dem Normadressaten nicht mehr möglich, „im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht“ (vgl. BVerfGE 48, 48). Damit ist dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht Genüge getan.

2. Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Der oben beschriebene „Flickenteppich“ an möglicherweise einschlägigen Normen je nach Berufsgruppe und Region hat ebenfalls zur Konsequenz, dass die zweite Tatbestandsalternative auch gegen den verfassungsmäßig verankerten Gleichheitsgrundsatz verstößt. Denn die (regionalen) Unterschiede in der Strafbarkeit (!) des Verhaltens der verschiedenen Berufsgruppen nach den neugefassten §§ 299a, 299b StGB (Entwurf) beruhen nicht auf einem vom Grundgesetz geforderten sachlichen Differenzierungskriterium, sondern allein darauf, welche Kammer für den jeweiligen Arzt, Zahnarzt oder Apotheker ver-

antwortlich zeichnet. Dies ist schon im Ansatz kein Differenzierungskriterium, ganz ungeachtet dessen, dass umso höhere Anforderungen an die sachliche Rechtfertigung für eine Differenzierung gestellt werden müssen, je grundrechtsintensiver der Eingriff ist. Dass diese für den Bereich des Freiheitsentzuges besonders relevanten Anforderungen nicht erfüllt sind, erscheint evident.

Es ist daher nicht nur wünschenswert, sondern zur Vermeidung eines Verstoßes gegen das Grundgesetz geboten, die Verletzung der Pflicht zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit als Grundtatbestand aus dem Entwurf zu streichen.

Kein Regelungsbedarf

Dies gilt nicht zuletzt, weil es keinen gesetzgeberischen Anlass gibt, eine vermeintliche Regelungslücke zur Korruption im Gesundheitswesen zu schließen.

Die Begründung des Gesetzentwurfs verweist zur Notwendigkeit der zweiten Tatbestandsalternative auf die wünschenswerte Erfassung von Pflichtverletzungen außerhalb von Wettbewerbslagen und die Pönalisierung medizinisch nicht indizierter Behandlungen. Die in der Begründung angesprochene Fallkonstellation einer Monopolstellung des Vorteilsgebers und fehlenden Wettbewerbes erscheint jedoch lebensfremd und hypothetisch. Dies gilt insbesondere, wenn man mit der überwiegenden Auffassung (einschließlich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, vgl. etwa BGHSt 31, 207, 209) durch § 299 StGB de lege lata den freien Wettbewerb als solchen als abstrakt geschützt ansieht, und nicht etwa die Interessen eines konkreten Mitbewerbers. Auch die Gesetzesbegründung verweist insofern systemkonform darauf, dass §§ 299a, b StGB (Entwurf) abstrakte Gefährdungsdelikte sind. Dann ist aber die erste Tatbestandsalternative bereits zureichend weit, weil potentielle Vorteilsgeber und -nehmer sich stets in einer Situation befinden werden, in der ein unlauteres Verhalten jedenfalls auch zu einer abstrakten Wettbewerbsbeeinträchtigung führt. Denn de facto existiert eine (dauerhafte) Monopolsituation dergestalt, dass eine Verletzung des freien Wettbewerbs nicht jedenfalls droht, in der Versorgung durch die Heilberufe nicht. Sie sind durch ständige Innovation und den Fortschritt qua Wettbewerb und Forschung geprägt, der Wettbewerb ist ihnen also immanent.

Nach alledem ist die erste Tatbestandsvariante, die auf unlautere Bevorzugung im inländischen oder ausländischen Wettbewerb rekurriert, zum einen systematisch zutreffend bei den Wettbewerbsdelikten verankert, zum anderen wird durch die pauschale Bezugnahme auf die Verletzung der berufsrechtlichen Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit in der zweiten Tatbestandsalternative eine nach hiesiger Auffassung nicht bestehende Strafbarkeitslücke um den Preis eines Verfassungsverstoßes geschlossen.

Die zweite Tatbestandsalternative ist in Ermangelung von Strafbarkeitslücken und in Anbetracht ihrer Verfassungswidrigkeit zu streichen.

III. Strafantragsrecht für Krankenkassen

Schließlich ist es dem BVMed ein Anliegen, auf zumindest grundsätzlich bestehende potentielle Interessenkonflikte durch die Einräumung eines Strafantragsrechts der Kranken- und Pflegekassen nach dem im Gesetzentwurf enthaltenen § 301 Abs. 2 Nr. 2c StGB hinzuweisen.

Vorauszuschicken ist zunächst, dass die Qualifikation von §§ 299a, b StGB (Entwurf) als relatives Antragsdelikt durch den BVMed befürwortet wird, weil nur diese Konzeption der Systematik der Wettbewerbsdelikte und dem betroffenen Schutzgut gerecht wird. Eine starre Officialmaxime erscheint demgegenüber der Vielfältigkeit der sich stellenden Konstellationen, nicht hinreichend angemessen.

Prima facie nachvollziehbar sind auch die Überlegungen des Gesetzgebers zur Ausweitung des Strafantragsrechts auf (private wie gesetzliche) Kranken- und Pflegekassen. So soll sichergestellt werden, dass mögliche Straftaten nicht allein deshalb ungeahndet bleiben, weil sie letztlich nur unentdeckt bleiben, da Stellen, die hiervon Kenntnis erlangen, in Ermangelung eines Antragsrechts und/oder datenschutzrechtlicher Hindernissen nicht in der Lage sind, sie den Strafverfolgungsbehörden zur Kenntnis zu brin-

gen. Anders gewendet spricht in der Tat einiges dafür, ein Antragsrecht dort zu verankern, wo es ein „Entdeckungspotential“ gibt. Indes wirbt der BVMed dafür, dass entsprechende Rechte mit Augenmaß wahrgenommen werden und seitens des Gesetzgebers und der Justiz ein Problembewusstsein für bestehende Interessenskonflikte auf Seiten der Krankenkassen bestehen. Denn letztere sind zuvörderst Vertragspartner der Heilberufe und der pharmazeutischen und medizintechnischen Industrie bzw. der Hilfsmittel-Leistungserbringer mit naturgemäß divergierenden ökonomischen Interessen. Insoweit begegnet eine „Inthronisierung als Kontrollorgan“ Bedenken. Diese können allein dadurch ausgeräumt werden, dass bei einem nachgewiesenen Missbrauch eines Strafantragsrechts als Druckmittel zum Zwecke oder auch nur anlässlich von Vertragsverhandlungen mit den Betroffenen jenen ihrerseits die notwendigen zivil- und strafrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten eröffnet sind.

BVMed Bundesverband
Medizintechnologie e.V.



Joachim M. Schmitt
Geschäftsführer
Mitglied des Vorstandes