

STRAFRECHT

Regierungsentwurf zu § 299 a StGB

Antikorruptionsgesetz und Apotheke

von Jörg Steinheimer

in Kooperation mit Konzept A, Konzepte
für Apotheken GmbH

Rechtsanwalt
FA für Strafrecht
FA für Arbeitsrecht
LIEB.Rechtsanwälte, Nürnberg



Stand: 15.08.2015

STRAFRECHT

**Regierungsentwurf zu § 299a StGB
Antikorruptionsgesetz und Apotheke**

Stand 15.08.2015

Vorbemerkung

Nach der Initiative Bayerns (siehe unsere Information vom 01.12.2014) wurde nunmehr vom Bundeskabinett der Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen beraten und verabschiedet. Es ist davon auszugehen, dass der Regierungsentwurf im Wesentlichen Gesetz wird. Änderungen werden lediglich noch im Detail erfolgen. Wahrscheinlich wird **noch in 2015** die Umsetzung erfolgen.

Am 22.07.2015 habe ich auf der ERFA-Tagung der Konzept A, Konzepte für Apotheken GmbH, hierzu ein Initiativreferat gehalten. Nun lege ich die schriftliche Ausarbeitung meiner Ausführungen vor.

1. Ausgangssituation

Bei bestimmten Heilberufsgruppen gibt es ohne Zweifel stark konzentrierte Entscheidungsbefugnisse. Insbesondere der Arzt ist ein sog. „gatekeeper“. Dreh- und Angelpunkt ist insoweit die Verschreibungs- und Apothekenpflicht für Arzneimittel sowie die Berechtigung zur Verschreibung.

Aus der Sicht des Gesetzgebers ist das Gesundheitswesen korruptionsanfällig.

Derzeit ist Korruption nur punktuell strafbar. Es gibt einen Tatbestand, der die Bestechlichkeit und Bestechungen im geschäftlichen Verkehr unter Strafe stellt, § 299 StGB nebst Qualifikation in § 300 StGB. Ferner gibt es Sonderdelikte für Amtsträger, §§ 331 ff StGB.

Die aktuelle Fassung des **§ 299 StGB - Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr** - sieht wie folgt aus:

<p>(1) Wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.</p>	<p>= Bestechlichkeit (passiv), Nehmerseite</p>
<p>(2) Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge.</p>	<p>= Bestechung (aktiv), Geberseite</p>

Auslöser für die Verschärfung der Diskussion um die Strafbarkeit von Korruption im Gesundheitswesen war letztlich die **Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH), Großer Senat für Strafsachen, vom 29.03.2012 (GSSt 2/11)**.

Was war geschehen? Im Rahmen eines sog. „Verordnungsmanagements“ eines Generikaherstellers erhielten niedergelassene Ärzte Prämien für verordnete Arzneimittel. Diese Prämien flossen per Scheck an die betreffenden Ärzte und waren zum Schein als Honorare für (tatsächlich nicht gehaltene) Vorträge getarnt. Die Vorinstanzen versuchten den **niedergelassenen** Arzt als Beauftragten zu qualifizieren bzw. als Amtsträger der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV).

Sie begingen damit eine klassische „Sachverhaltsquetsche“, die man eigentlich bereits jedem Studierenden im ersten Semester austreibt. Es sollte auf Gedeih und Verderb eine Strafbarkeit konstruiert werden. Die im Feuer stehende Pharmareferentin trieb die Sache bis zum Bundesgerichtshof, dessen Großer Senat sich der Sache annehmen musste, um festzustellen, dass die Praxis *de lege lata* derzeit nicht strafbar ist. Nach dem Grundsatz „*nulla poena sine lege*“ eigentlich eine einsichtige Entscheidung.

2. Entwicklung

Nach einem Aufschrei in den Medien wurde schnell der Ruf nach einer Verschärfung des Korruptionsstrafrechts speziell mit Fokus auf das Gesundheitswesen laut. Die unmittelbaren Gesetzgebungsaktivitäten in 2013 fielen der Diskontinuität anheim. Bereits der Koalitionsvertrag CDU/CSU-SPD vom 16.12.2013 enthält auf Seite 56 Folgendes:

„Wir werden einen neuen Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen im Strafgesetzbuch schaffen.“

Sodann preschte der Freistaat Bayern vor und ergriff bereits im Juli 2014 die Initiative (Ergebnis vgl. BT-Drucksache 16/15 vom 15.01.2015). Das Bundesjustizministerium sah sich gezwungen nachzuziehen und legte unter dem 04.02.2015 einen Referententwurf vor, der nunmehr als Regierungsentwurf in die parlamentarischen Beratungen gegeben wird.

Schutzgut ist das Vertrauen in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen: Der Heilkundler soll frei von unzulässiger Einflussnahme entscheiden.

Weder

- Initiativen zur Selbstregulierung (Kodizes, etc.) noch
- berufsrechtliche Regelungen noch
- das Sozialrecht

reichen nach Ansicht des Gesetzgebers aus. Es soll eine strafrechtliche Regelung her. Besonders pointiert hierzu die Begründung des Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums, Seite 12:

*„Sanktionen auf sozial- und berufsrechtlicher Grundlage bleiben mit ihrem Unwerturteil hinter strafrechtlichen Verurteilungen zurück und vermögen nicht in gleicher Weise wie eine **Kriminalstrafe** die sozialethische Verwerflichkeit von Korruption zu erfassen und zu kompensieren.“*

(Hervorhebung durch den Verfasser)

3. Referentenentwurf

Der Referentenentwurf, der in den Regierungsentwurf mündete, beinhaltet nunmehr folgende Vorschläge zu den §§ 299a, 300 und 301 StGB:

§ 299a Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen

- (1) 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 bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial
1. einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder
 2. **in sonstiger Weise seine Berufsausübungspflichten verletze,**
- wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Ebenso wird bestraft, **wer** einem Angehörigen eines Heilberufs im Sinne des Absatzes 1 im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug, der Verordnung oder der Abgabe von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten oder bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial
1. ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder
 2. in sonstiger Weise Berufsausübungspflichten verletze.

§ 300 Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr und im Gesundheitswesen

In besonders schweren Fällen wird die Tat nach § 299 oder § 299a mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. die Tat sich auf einen **Vorteil großen Ausmaßes** bezieht oder
2. der Täter **gewerbsmäßig** handelt oder als Mitglied einer **Bande**, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

§ 301 Strafantrag

- (1) Die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 sowie die Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen nach § 299a werden **nur auf Antrag** verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des **besonderen öffentlichen Interesses** an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.
- (2) Das **Recht, den Strafantrag** nach Absatz 1 **zu stellen**, haben neben dem Verletzten
 1. ... [betrifft § 299]
 2. in Fällen nach § 299a
 - a) die berufsständische **Kammer**, in der der Täter im Zeitpunkt der Tat Mitglied war,
 - b) jeder **rechtsfähige Berufsverband, der die Interessen von Verletzten im Wettbewerb** vertritt, und
 - c) die **gesetzliche Kranken- und Pflegekasse** oder das **private Kranken- und Pflegeversicherung**unternehmen des Verletzten.

Meine Anmerkungen zu den fettgedruckten Passagen:

(1)

Festzustellen ist zunächst, dass es sich um ein Sonderdelikt handelt und es stellt sich natürlich die Frage der Gleichbehandlung mit anderen Freiberuflern. Auffällig ist, dass keine Beschränkung auf akademische Heilberufe erfolgt. Jedenfalls der Apotheker/die Apothekerin ist „dabei“.

(2)

Es handelt sich um **kein Erfolgsdelikt**. Strafbar sind sowohl die Verhandlungs-, die Vereinbarungs- und die Leistungsstufe.

(3)

Hier geht es um die sog. **Unrechtsvereinbarung**. Auffällig ist, dass es keinerlei Bagatellgrenze für den Vorteil gibt. Ein Vorteil kann auch immateriell sein (z. B. Versprechen eines Aufsichtsratspostens). Allenfalls die Sozialadäquanz einer Zuwendung kann noch zum Entfallen der Strafbarkeit führen (kleines Mitbringsel zu einer Einladung eines Arztes o. Ä.).

(4)

Die Verletzung der Berufsausübungspflichten in sonstiger Weise ist eine äußerst bedenkliche **Blankettverweisung**, die wir eigentlich nur aus dem Steuerrecht kennen (vgl. § 371 Abgabenordnung). Berufsrechtsverstöße sind ggf. sogar je nach Bundesland unterschiedlich, werden jedenfalls von den Kammern unterschiedlich beurteilt. Hier stellt sich die Frage, ob dieser äußerst pauschale Tatbestand dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot Genüge leistet.

(5)

Bei der aktiven Bestechung (der Geberseite) handelt es sich um ein Jedermannsdelikt.

(6)

§ 300 beinhaltet auch mit Blick auf den neu geplanten § 299a StGB diverse Qualifikationen, so beim „Vorteil großen Ausmaßes“, bei gewerbsmäßiger oder bandenmäßiger Begehung.

(7)

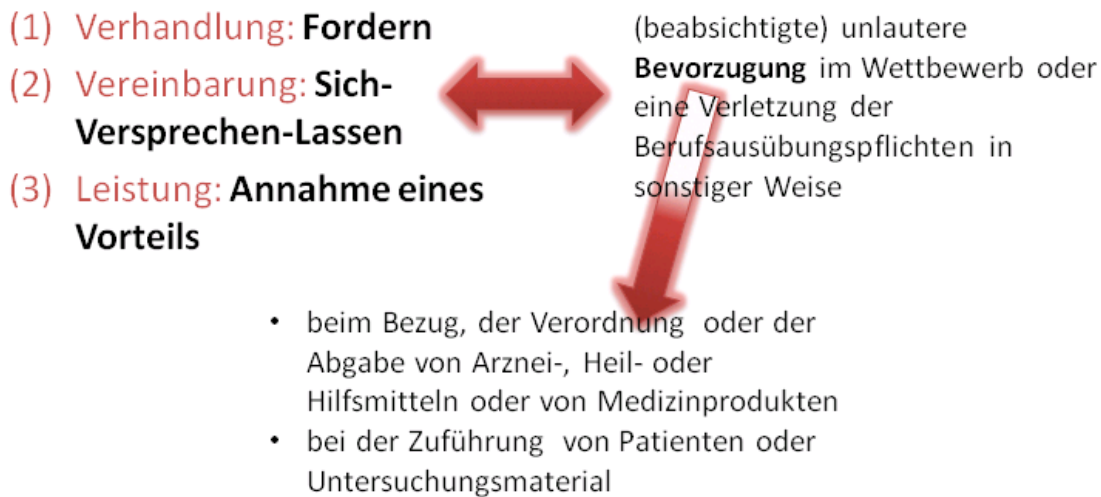
Nach dem Referentenentwurf handelt es sich um ein Antragsdelikt, nicht um ein Officialdelikt. Allerdings hat die Staatsanwaltschaft in nicht überprüfbarer Weise jederzeit die Möglichkeit, das öffentliche Interesse zu bejahen. Hier wird man sehen müssen, wozu singulärer Ehrgeiz oder auch mangelnde Branchenkenntnis des Sachbearbeiters/Referenten im Einzelnen führen werden.

(8)

Das Strafantragsrecht haben neben dem Verletzten die Kammern, wettbewerbsrechtliche Berufsverbände und die gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung. Prof. Dr. H. Schneider, Leipzig, spricht hier zu Recht von erheblicher Strategieanfälligkeit und dem „*Strafrecht als Druckmittel*“.

Zusammengefasst ergibt sich folgendes Bild:

„Unrechtsvereinbarung“: weiter Tatbestand, schwer zur zulässigen Betätigung abgrenzbar!



4. Im Fadenkreuz der Justiz

Dem rechtlichen Laien ist nicht bewusst, dass die Anforderungen an einen sog. Anfangsverdacht für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens relativ niedrig liegen, vgl. § 152 Abs. 2 StPO „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“.

Man wird auch – jedenfalls für die Anfangszeit – von mangelnder Expertise der Sachbearbeiter/Referenten, zumindest außerhalb der Schwerpunktstaatsanwaltschaften, ausgehen dürfen.

Völlig offen ist, wie „proaktiv“ sich die Strafantragsberechtigten verhalten werden.

Eine meiner Erkenntnisse als Strafverteidiger ist, dass Ermittlungshandlungen (Vernehmungen, gar U-Haft oder Durchsuchung) **psychisch extrem belastend** für den Betroffenen sind.

Die Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO (= Ermittlungen bieten keinen genügenden Anlass zur Anklageerhebung, untechnisch: „Freispruch im Ermittlungsverfahren“) nach Jahren nützt den Geschädigten nichts. Der wirtschaftliche Schaden oder der immaterielle Reputationsschaden ist da bereits immens.

Mir klingen noch die Worte eines Arztes im Ohr, nachdem ich für ihn die Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach § 170 Abs. 2 StPO erreicht hatte:

„Ich habe gedacht, so etwas gibt es nur bei Franz Kafka.“

5. Blick in die Kristallkugel

„Ich bin Strafverteidiger, kein Prophet oder Hellseher.“

Dies sagte der Kollege Sven-Thorsten Oberhof, 40 Jahre Berufserfahrung, einmal in einer internen Besprechung zum Mandanten und traf damit den Punkt: Alle nachfolgenden Einschätzungen sind selbstredend ohne Gewähr. Ich bin „nur“ der Verteidiger, nicht der Stürmer. Welcher Stürmer wann mit welchem Ergebnis aufs Tor schießt, weiß niemand.

Gleichwohl möchte ich versuchen, die bisherigen Praktiken im Bereich Arzt/Apotheke, insbesondere mit Blick auf die explizit im Regierungsentwurf genannten Beispiele, nachfolgend tabellarisch einzuordnen:

Praktik	Anmerkung	Risiko nach § 299 StGB-E?
Zuwendung für die Zuführung von Patienten	Beispiel im Referentenentwurf	Strafbar
Zuwendung für die Zuführung von Untersuchungsmaterial	Beispiel im Referentenentwurf	Strafbar
Verpflichtung eines Pharma-Unternehmens zur Belieferung von Apothekern mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln (AM) zum Herstellerabgabepreis gegen Verpflichtung der Apotheker zur Bevorzugung dieser AM im Rahmen von „aut idem“	Beispiel im Referentenentwurf KG Berlin, 11.09.2012, 5 U 57/11: wettbewerbswidrig, damit unlauter	Strafbar

Praktik	Anmerkung	Risiko nach § 299 StGB-E?
Kongresseinladungen Übernahme von Kosten von Fortbildungsveranstaltungen	<p>Beispiel im Referentenentwurf</p> <p>BGH, 23.10.2002, 1 StR 541/01: Medizin-Prof. (Amtsträger, daher für ihn bereits jetzt nach § 332 StGB strafbar):</p> <p>Übernahme von Kosten für Kongressreisen sowie für Betriebs- und Weihnachtsfeiern, zu denen die Abteilung eingeladen wurde</p>	Strafbar

Praktik	Anmerkung	Risiko nach § 299 StGB-E?
Einräumung von (Gewinn-) Beteiligungen an Unternehmen im Gesundheitswesen	<p>Beispiel im Referentenentwurf</p> <p>Bei Zuführung von Patienten gegen wirtschaftliche Vorteile</p>	Strafbar
Vertrag über Leistungen des „Bestochenen“	<p>Beispiel im Referentenentwurf</p> <p>BGH, 10.03.1983, 4 StR 375/82: Vorstandsmitglieder der Westdeutschen Landesbank = Amtsträger; Vergütung für Beratung mit Verhandlung mit Dritten</p>	<p>Strafbar</p> <p>„Selbst bei angemessener Vergütung, sonst könnte durch einen Vertrag Bestechlichkeit ausgeschlossen werden.“</p>

Praktik	Anmerkung	Risiko nach § 299 StGB-E?
Teilnahme an vergüteten Anwendungsbeobachtungen	<p>Beispiel im Referentenentwurf</p> <p>„kann“ ein Vorteil sein, allerdings gesundheitspolitisch wünschenswert (wenn Erg. veröffentlicht werden), daher darf die Entschädigung nach Art u. Höhe keinen Anreiz für die Verschreibung bestimmter AM darstellen.</p>	?, Jedenfalls bei unangemessener Vergütung problematisch
<p>Branchenübliche und allgemein gewährte Rabatte und Skonti, soweit kein Verstoß gegen Preisrecht</p> <p>BGH, 11.04.2001, 3 StR 503/00: Rabatt = materieller Vorteil</p>	<p>Beispiel im Referentenentwurf</p> <p>„... kann es ... an der Unrechtsvereinbarung fehlen, da diese nicht als Gegenleistung für eine konkrete Bezugsentscheidung gewährt, sondern allgemein gegenüber jedermann angeboten werden.“</p> <p>„Unternehmerische Entscheidungen beeinträchtigen nicht das geschützte Rechtsgut des Leistungswettbewerbs.“</p>	Nicht strafbar

Aber wohl strafbar:

Rabatt, der einer **wirtschaftlich kostenlosen** Abgabe gleichkommt

LG München I, 18.01.2008, 33 O 11741/06: Preis, der zwischen 68,9% und 96,6% unter dem Großhandelspreis liegt – wettbewerbswidrig, damit unlauter

Praktik	Anmerkung	Risiko nach § 299 StGB-E?
Preisnachlässe (für sämtliche Fachkreise)	<p>Beispiel im Referentenentwurf</p> <p>s. § 7 Abs. 1 Nr. 2a HWG: Zuwendungen, die in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag bestehen</p>	Nicht strafbar
Preisnachlässe gezielt in verdeckter Form	<p>Beispiel im Referentenentwurf</p> <p>OLG Hamm, 22.12.2004, 3 Ss 431/04: Vertragsarzt bestellt Röntgenkontrastmittel und erhält im Gegenzug die kostenlose Entsorgung des medizinischen Sondermülls Herstellerfakturiert der GKV entsprechend überhöhte Beträge für die Lieferung des Röntgenkontrastmittels</p> <p>Bereits de lege lata: Beihilfe zum Betrug und Untreue</p>	Strafbar

Praktik	Anmerkung	Risiko nach § 299 StGB-E?
Umgehung der gesetzlichen Preisvorschriften der Arzneimittelverordnung beim Bezug von AM	Beispiel im Referentenentwurf s. § 7 Abs. 1 Nr. 2 HWG Unlauter	Strafbar
Angebote / „Angebotswesen“	Großhändler hat ein AM „im Angebot“ <i>„Unternehmerische Entscheidungen beeinträchtigen nicht das geschützte Rechtsgut des Leistungswettbewerbs.“</i>	?, Wenn sie sämtliche Fachkreise wahrnehmen können, wohl unproblematisch
Weites Zahlungsziel (Valuta)	<i>„Unternehmerische Entscheidungen beeinträchtigen nicht das geschützte Rechtsgut des Leistungswettbewerbs.“</i>	Wohl unproblematisch, wenn nicht überlang

6. Fazit und Ausblick

„Quidquid agis prudenter agas et respice finem!“

Dieser gelehrige lateinische Sinnspruch aus dem Alten Testament, Buch Jesus Sirach 7,36, ist sicherlich immer ein guter Ratgeber. Was man definitiv nicht tun sollte – wenn der Entwurf Gesetz wird –: einfach wie gehabt „weiterwerkeln“.

So bitter es klingt: Es wird anhand von Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, in den meisten Fällen jedoch wahrscheinlich des Bundesgerichtshofs, in Zukunft herausgearbeitet werden, wie die Kriterien sind. Hierfür wird es zu einer Vielzahl von Verfahren kommen, bei denen sicherlich auch viele nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt werden.

Aber: Ohne Anklagen keine Verurteilungen und keine Revisionsentscheidungen: Es bleibt für jeden persönlich zu hoffen, dass nicht ausgerechnet er der Betroffene ist.

Prävention, Health Care Compliance und im schlimmsten Fall ein guter Strafverteidiger, der die Materie und die Branche kennt, sind unverzichtbar.

Ihre Ansprechpartner für Regulatory & Compliance

RA Dr. Christopher Lieb, LL.M. Eur.
RA Jörg Steinheimer

LIEB.Rechtsanwälte
Büro Nürnberg
Bucher Str. 21, 90419 Nürnberg
0911/217909-0, Fax: -99

www.lieb-online.com