

## BUCHBESPRECHUNGEN

## **Beatrice Sartorius: Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen** Die Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB

von Dr. Matthias Dann, LL.M.

2018, Dr. Kovač, Hamburg, ISBN: 978-3-8300-9847-8, S. 258, Euro 88,90.

Seit Inkrafttreten der §§ 299a, 299b StGB sind etwa drei Jahre vergangen. Eine Konturierung der neuen Vorschriften durch die Judikative hat bislang jedenfalls nicht in einem signifikanten Umfang stattgefunden. Umso größer ist nach wie vor die Bedeutung von Fachliteratur. Die Dissertation von *Beatrice Sartorius* dürfte zu den ersten, nach 2016 veröffentlichten Monographien zu Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen gehören. Die von *Kubiciel* betreute und 2017 in Köln eingereichte Arbeit entstand zu einem Zeitpunkt, als die beiden Tatbestände, abgesehen von zwei Ausnahmen, noch nicht von den strafrechtlichen Großkommentaren abgedeckt waren. Sie ist in vier Blöcke unterteilt (A. Einleitung, Gang der Untersuchung und Ausgangslage, B. Tatbestände der §§ 299a ff. StGB C. Einzelne Kooperationsformen in der Praxis, D. Schluss).

Eingangs formuliert die Autorin das durchaus ambitionierte Ziel, „die strafrechtlichen Grenzen der ausgewählten Kooperationsformen auszuleuchten und der Praxis eine Richtschnur vorzugeben, die eine Abgrenzung von strafrechtlich zulässigen und verbotenen Verhaltensweisen ermöglichen und die Frage nach dem „was ist noch erlaubt?“ beantworten soll.“ Gleichzeitig stellt sie klar, dass ihre Arbeit nur den Anfang einer solchen Grenzziehung darstellen könne. Im Rahmen einer thematischen Gesamtanordnung setzt sie sich sodann mit gängigen Erklärungsansätzen für die Korruptionsanfälligkeit des Gesundheitswesens im Allgemeinen auseinander, wobei unter Anlehnung an *Fischer* auf die kapitalistischen bzw. die auf Gewinnerzielung ausgerichteten Aspekte des Gesundheitssystems abgestellt wird (Seite 17). Richtigerweise lässt die Autorin es hierbei nicht bewenden, sondern verweist ergänzend auf weitere Faktoren wie z.B. ein mangelndes Problembewusstsein in der Ärzteschaft und das verbreitete Empfinden, für Leistungen nicht angemessen vergütet zu werden (Seite 21). Es folgt ein rechtshistorischer Abriss, in dessen Verlauf sowohl die alte Rechtslage im Allgemeinen als auch der Beschluss des *Großen Senats* für Strafsachen des *Bundesgerichtshofs* vom 29. März 2012 im Besonderen skizziert werden. Nach einem kurzen Schlaglicht auf die Gesetzgebungsgeschichte kommt *Sartorius* zu dem nach Auffassung des Rezensenten zustimmungswürdigen Ergebnis, dass die §§ 299a, 299b StGB mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz im Einklang stehen. Verdienstvoll wäre es gewesen, wenn die Autorin eine

dogmatische Untermauerung der These vorgenommen hätte, wonach nur solche Handlungsweisen strafbar sein sollen, „die unzweifelhaft pflichtwidrig, also gesundheitspolitisch und -rechtlich objektiv unvertretbar sind“ (Seite 32). So stellt sich in diesem Zusammenhang unter anderem die Frage, wie objektiv Vertretbares von Unvertretbarem zu unterscheiden sein soll. Auch eine Begründung dafür, warum z.B. die zu § 266 StGB entwickelte Rechtsprechung des *BVerfG* auch für Korruptionsdelikte gelten soll, hätte einen Beitrag zu der von der Autorin angestrebten rechtssicheren Abgrenzung dargestellt.

Im zweiten Teil der Arbeit (Seite 35-111) stehen zunächst materiell-rechtliche Aspekte im Vordergrund. Mit einer in der Literatur verbreiteten Meinung stellt sich die Autorin auf den Standpunkt, dass der Straftatbestand des §§ 299a ff. StGB unmittelbar nur die Sicherung eines fairen Wettbewerbs im Gesundheitswesen schütze (Seite 36). Bevor auf einzelne Tatbestandsmerkmale eingegangen wird, plädiert die Autorin dafür, dass die zu § 299 StGB entwickelten Auslegungsgrundsätze nicht unbesehen oder ungeprüft auf § 299a StGB übertragen werden dürften. Vielmehr könne es Modifikationen bedürfen, die den Besonderheiten des Gesundheitswesens Rechnung tragen (Seite 38). Im Weiteren spricht sie sich dafür aus, Angehörige der sogenannten medizinisch-technischen Handwerksberufe, wie etwa Augenoptiker, Hörgerätekustiker, Orthopädienschuhmacher, Orthopädieschuh-techniker und Zahntechniker in den Täterkreis einzubeziehen (Seite 40). Etwas deutlicher hätte herausgearbeitet werden können, dass § 299a StGB Angehörige eines Heilberufes nicht erfasst, wenn diese z.B. in einer reinen Management-Funktion tätig sind. Auf eine mögliche Strafbarkeit nach § 299 StGB wird allerdings richtigerweise hingewiesen (Seite 41). An eine kurze Darstellung der einzelnen Tathandlungen schließt eine ebenfalls komprimierte Auseinandersetzung mit dem Vorteils-Begriff an. Dabei geht die Autorin auch auf Vorteile in Form eines Vertrages sowie auf sogenannte Dritt Vorteile ein (Seite 47). Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen steht die sogenannte Unrechtsvereinbarung. Die in diesem Zusammenhang gebotene Abhandlung der tatbestandlich vorgegebenen Bezugspunkte einer Bevorzugung führt zu der praktisch relevanten Frage, ob Verbrauchsmaterialien des Praxisalltags Medizinprodukte sind, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind (Seite 55). Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung will *Sartorius* auch den Bezug solcher Verbrauchsmaterialien miteinbeziehen.

Dabei werden allerdings die unter anderem von *Schneider* und *Tsambikakis* vorgetragene Argumente – jedenfalls nach Ansicht des Rezensenten – nicht hinreichend gewürdigt.

*Sartorius* setzt sich auch mit der Möglichkeit einer einengenden Auslegung des Zuführungsbegriffs auseinander, die von Teilen des Schrifttums vertreten wird. Mit gut vertretbarer Argumentation gelangt sie zu dem Ergebnis, dass ein weiter Zuführungsbegriff nicht zu beanstanden sei, „sofern bei dem entscheidenden Tatbestandsmerkmal der Unrechtsvereinbarung ein strengerer Maßstab angelegt wird“ (Seite 60). Es ist in der Tat nicht zwingend, den Begriff der Zuführung dergestalt normativ aufzuladen, dass er Empfehlungen grundsätzlich ausgrenzt. Dogmatisch überzeugender dürfte es sein, den Begriff der Zuweisung zunächst weit zu verstehen, um sodann die eine Empfehlung legitimierenden Gründe bei der Prüfung einer unlauteren Bevorzugung berücksichtigen zu können. Mit ebenfalls gut vertretbaren Argumenten votiert die Autorin für eine Einbeziehung nicht medizinisch indizierter Verordnungen in den Anwendungsbereich des § 299a StGB. Dem Einwand, dass es in diesen Fällen an einer schützenswerten Wettbewerbslage fehle, hält sie entgegen, dass hier bei genauerer Betrachtung gleichwohl eine Benachteiligung von Mitbewerbern erfolgen könne. Entscheidend sei, ob das ohne medizinische Indikation verschriebene oder bezogene Produkt auf dem Markt abstrakt gesehen Wettbewerber habe (Seite 64).

Als unlauter qualifiziert *Sartorius* solche Bevorzugungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinträchtigen und gleichzeitig Mitbewerber zu schädigen. Dies solle dann der Fall sein, wenn die Auswahl des Geschäftspartners nicht auf sachlichen Erwägungen beruhe, sondern aufgrund der Vorteilszuwendung erfolge.

Weitere Ausführungen hätte sich der Rezensent zu der nicht weiter begründeten These gewünscht, dass eine Bevorzugung nicht unlauter sein soll, wenn die sie tragende Entscheidung sachlich richtig ist, etwa weil der ausgewählte Wettbewerber der leistungsstärkste oder preisgünstigste ist (Seite 64). Diese sich auf Kommentierungen von § 299 StGB stützende Auffassung provoziert die Frage, wie Fälle zu bewerten sind, in denen die zur Auswahl stehenden Leistungserbringer gleich qualifiziert sind.

Der Bedeutung des Gesundheits- und Berufsrechts für die Bestimmung der Unlauterkeit räumt die Autorin ebenso Raum ein wie der Relevanz zivilgerichtlicher Rechtsprechung und branchenspezifischer Kodizes (Seite 67). *Sartorius* erblickt die Bedeutung solcher Kodizes primär darin, dass ihre Einhaltung das Risiko eines Ermittlungsverfahrens wegen Korruptionsverdachts zwar nicht ausschließt, wohl aber erheblich mindert. Unter Umständen könne die Befolgung sogar einen unvermeidbaren Verbotsirrtum nach § 17 StGB begründen (Seite 72). Regelmäßig bedürfe es einer wertenden Betrachtung im Einzelfall durch die Staatsanwaltschaften und Gerichte, ob eine Unrechtsvereinbarung vorliege

(Seite 75 f.).

Nach einer kurzen Behandlung weiterer Strafbarkeitsvoraussetzungen (Vorsatz, Rechtswidrigkeit) wendet sich die Autorin korruptionsspezifischen Verjährungsfragen (Seite 79) und Konkurrenzverhältnissen (Seite 84) zu. Dabei votiert sie dafür, § 299a StGB nur im Verhältnis zu § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB als *lex specialis* anzuerkennen. Etwas anderes müsse jedoch im Verhältnis zu § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB gelten. Bei Verwirklichung beider Tatbestände müssten diese tateinheitlich nebeneinander stehen. Darüber hinaus sei Tateinheit auch im Verhältnis zu den §§ 331 ff. StGB anzunehmen (Seite 88 f.). In diesem Zusammenhang stellt die Autorin fest, dass eine strafbefreiende Genehmigung durch den Dienstvorgesetzten gemäß §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB auch die Unlauterkeit einer Bevorzugung im Sinne von § 299a StGB entfallen lässt. Interessant wären zusätzliche, aber wahrscheinlich den Rahmen der Arbeit sprengende, Ausführungen zu der Frage gewesen, wie die Umdeutung an sich strafloser Korruptionsfälle (Unrechtsvereinbarung vor Inkrafttreten der §§ 299a, 299b StGB) in einen Abrechnungsbetrug dogmatisch zu bewerten ist.

Im Sinne eines Rundblicks richtet die Autorin ihr Augenmerk auch auf Strafbarkeitsrisiken des Geschäftsherrn und Compliance-Beauftragten (Seite 91) und auf Sanktionierungsmöglichkeiten zulasten von Unternehmen nach §§ 30, 130 OWiG (Seite 93). Abgerundet wird der abstrakt-materiell-rechtliche Teil durch ein Streifen von §§ 299b und 300 StGB.

Im dritten Abschnitt – dem eigentlichen Kern der Arbeit – setzt sich *Sartorius* konzentriert mit einzelnen Kooperationsformen in der Praxis auseinander. Sie behandelt insgesamt 20 verschiedene Erscheinungsformen. Namentlich:

1. Teilnahme an einer vergüteten Anwendungsbeobachtung (Seite 115 ff.)
2. Referentenverträge (Seite 127 ff.)
3. Fortbildungsveranstaltungen (Seite 133 ff.)
4. Beraterverträge (Seite 153 ff.)
5. Zuweisungspauschalen (Seite 157 ff.)
6. (Teil-) Berufsausübungsgemeinschaften (Seite 165 ff.)
7. Beteiligung an einem Unternehmen (Seite 170 ff.)
8. Musterabgaben (Seite 177 ff.)
9. Werbegaben (Seite 183 ff.)
10. Kostenlose Weitergabe von Blutzuckermessgeräten (Seite 189 ff.)
11. Geschenke (Seite 194 ff.)
12. Spenden und Sponsoring (Seite 197 ff.)
13. Drittmittelinwerbung (Seite 201 ff.)
14. Überlassung von Geräten (Seite 203 ff.)
15. Finanzielle Unterstützung von Feiern (Seite 207 ff.)
16. Entlassmanagement (Seite 209 ff.)
17. Bonuszahlungen auf sozialrechtlicher Grundlage (Seite 211 f.)

18. Rabatte (Seite 213 ff.)
19. Homecare (Seite 221 ff.)
20. Aleatorische Reize (Seite 224 ff.)

Nachvollziehbarerweise beschränkt sich die Verfasserin darauf, mit Kooperationen verbundene Strafbarkeitsrisiken zu beleuchten. Abschließende Strafbarkeitsbewertungen von in einer solchen Arbeit nur strukturell zu erfassenden Sachverhalten wären in der Tat wenig hilfreich. Positiv hervorzuheben ist, dass die Verfasserin über die Darstellung alt bekannter Kooperationsmodelle hinaus geht und auch aktuelle Diskussionsfälle aufgreift, so z.B. die kostenlose Zurverfügungstellung von Blutzuckermessgeräten an Ärzte oder Homecare-Services. Ohne Frage wird man an der einen oder anderen Stelle auch zu abweichenden Bewertungen kommen können oder tiefergehende Ausführungen vermissen. Das ändert

aber nichts daran, dass die Arbeit einen guten Einstieg in die strafrechtliche Beurteilung einer Vielzahl von einer breiteren Öffentlichkeit bekannten Praxisproblemen bietet.

**Fazit:** *Sartorius* hat ein lesenswertes Werk vorgelegt, das auch Praktikern als hilfreiche Handreichung dienen dürfte. Ihre an einigen Stellen durchaus streitlustige Arbeit gibt einen guten und kompakten Überblick über alle wesentlichen normativen Fragestellungen und wichtige Fallgruppen in der Praxis. Ihre Schlussbemerkung, dass mit Spannung erwartet werden dürfe, wie Staatsanwaltschaften und Gerichte einzelne Kooperationen zwischen Heilberufsangehörigen und der Industrie im Hinblick auf die §§ 299a, 299b StGB in Zukunft bewerten werden, ist heute immer noch gültig.