

können. Jedenfalls aber in den Fällen, in denen der endgültige Suizidwille am Ende eines ärztlich begleiteten Entscheidungsprozesses steht, sollte es auch den Angehörigen ermöglicht werden, dem Sterbeprozess bis zum Ende beizuwohnen, ohne dass Strafbarkeitsrisiken begründet werden.

Da der Gesetzgeber die „geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung“ pönalisiert hat, trägt das Urteil entgegen verbreiteter Annahmen nur bedingt zur Rechtssicherheit des Arztes bei. So lässt sich befürchten, dass der § 217 StGB aufgrund des weit formulierten Tatbestandes auf alle ärztlich

assistierten Suizide nach dem Jahr 2015 Anwendung finden wird, sofern das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit der Norm bestätigt. Auch berufsrechtliche Konsequenzen – bis hin zum Widerruf der Approbation – können nicht ausgeschlossen werden.

Insgesamt lässt sich konstatieren, dass die aktuellen Entscheidungen die Manifestation eines sich seit dem „Wittig“-Urteil abzeichnenden gravierenden Wandels in der ärztlichen Sterbehilfedebatte darstellen. Aufgrund diverser und teilweise neu verursachter Subproblematiken haben sie jedoch keine umfassende epochale Neuordnung zur Folge.

Rezensionen

Beate Bahner, Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen. Das Praxishandbuch. Medizin-RechtVerlagHeidelberg, Heidelberg 2017, 374 S., geb. EUR 49,95.

Das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen schließt Lücken im Korruptionsstrafrecht. Der Gesetzgeber hat durch Einfügung der §§ 299a, 299b StGB neue Straftatbestände geschaffen, deren Auslegung bis heute – aufgrund derzeit (noch) fehlender höchstrichterlicher Rechtsprechung – unsicher ist. Umso wichtiger ist es – wie Bahner zu Recht in ihrem Praxishandbuch einleitend ausführt – dass sich „alle Beteiligten im Gesundheitswesen, insbesondere jedoch Ärzte, Zahnärzte, Kliniken, Pflege- und Reha-Einrichtungen einerseits sowie Unternehmen der Pharma- und Medizinprodukteindustrie andererseits [...] mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vertraut machen“, um zu „wissen, was [...] verboten ist, was erlaubt bleibt und welche Risiken bestimmte Handlungsweisen bergen, um nachteilige Konsequenzen zu vermeiden“. Hierzu ist – ohne inhaltlich etwas vorwegzunehmen – das rezensierte Praxishandbuch der Fachanwältin für Medizinrecht Bahner bestens geeignet. Obwohl das Buch bereits Anfang 2017 erschien, ist es weiterhin aktuell.

In ihrem einleitenden ersten Kapitel (S. 1-12) definiert und erläutert Bahner, was sie unter dem Begriff Korruption versteht, nämlich den „Missbrauch anvertrauter Macht zum privaten Nutzen oder Vorteil“ (S. 1) und stellt fest, dass der Schlüsselbegriff der Korruptionsbekämpfung „Transparenz“ ist (S. 2). Sie umreißt die besondere Korruptionsgefahr im Gesundheitswesen, wobei sie klassische Fälle korrupter Praktiken im Gesundheitswesen und Ermittlungsverfahren, die wegen Korruptionsverdachts eingeleitet wurden, auführt. Sodann geht sie kurz auf die früheren Strafbarkeitslücken bei niedergelassenen Ärzten, die der Große Strafsenat in seiner Entscheidung vom 29.3.2012 ausdrücklich feststellte (BGHSt 57, 202 ff.), ein und schafft damit zugleich den Übergang zu dem zweiten Kapitel (S. 13-28), in welchem sie das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen überblicksartig näher beleuchtet. Hierbei macht sie u. a. einen Exkurs und stellt den Gesetzentwurf sowie die geänderte Beschlussfassung in den wesentlichen Punkten dar, wodurch der Leser einen schnellen Überblick über die Änderungen des Gesetzentwurfes gegenüber der endgültigen Fassung der §§ 299a ff. StGB erlangt. Bahner setzt sich zudem vertieft mit dem geschützten Rechtsgut der §§ 299a, 299b StGB auseinander und vertritt die Auffassung, dass die Straftatbestände ein doppeltes Rechtsgut schützen: Sie sollen dem Schutz des Wettbewerbs und des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen dienen. Bahner widerspricht

entschieden und mit ausführlicher Begründung der Auffassung in der Literatur (z.B. Dann/Scholz NJW 2016, 2077, 2077 f.; Tsambikakis medstra 2016, 131, 132 f.), die wegen der Änderung des Gesetzentwurfes und der Streichung der Bezugnahme auf die berufsrechtlichen Regelungen zur Wahrung der Unabhängigkeit, den Patientenschutz nicht als unmittelbar durch die Straftatbestände geschützt betrachten. „Eine Streichung auch des Patientenschutzes“ habe „der Gesetzgeber [...] weder gewollt noch beabsichtigt“ (S. 21). Anders als ein Teil der Literatur (Tsambikakis FS Fischer [2018], S. 559, 561 f.) betrachtet sie den Begriff „Vertrauen“ nicht als vage und kaum konkretisierungsfähig, sondern definiert Vertrauen als „die Erwartung, nicht durch das Handeln anderer benachteiligt zu werden“ (S. 24). Schwierig sei es, das Ausmaß des tatsächlich vorhandenen Vertrauens zu bestimmen, weil „das“ Vertrauen keine sozialpsychologische Größe sei; vielmehr müsse „gerade in einem Gesundheitssystem, das die Verfolgung von ökonomischen Interessen zulässt und fördert, das Ausmaß des schützenswerten Vertrauens normativ bestimmt werden“. Bahner kommt daher zu dem Ergebnis, dass die Patienten „nicht in die Unabhängigkeit heilberuflicher Entscheidungen von ökonomischen Erwägungen“ vertrauen können, „denn auch Heilberufsangehörige dürfen und müssen Gewinne erzielen“. Die Patienten dürften daher „nur auf die Einhaltung jener gesundheitsrechtlichen Regelungen, welche die Ökonomisierung begrenzen“, vertrauen (S. 25).

Da die Gesetzgebungsunterlagen und das geschützte Rechtsgut bekanntlich für die Auslegung eines Straftatbestandes relevant sind, schuf Bahner mit dem zweiten Kapitel die Grundlage für das dritte – und aus strafrechtlicher Sicht relevanteste – Kapitel: „Voraussetzungen der Strafbarkeit nach §§ 299a, 299b StGB“ (S. 29-80). In diesem Kapitel stellt sie die einzelnen Tatbestandsmerkmale der beiden Straftatbestände, welche die wichtigsten Änderungen durch das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen sind, dar; bestehende Unsicherheiten benennt sie ausdrücklich (z.B. beim Sprechstunden- und Praxisbedarf und deren Erfassung von §§ 299a Nr. 2, 299b Nr. 2 StGB, S. 61 f.). Hervorzuheben ist die kritische Auseinandersetzung mit dem Täterkreis des § 299a StGB. Zutreffend kommt sie zu dem Ergebnis, dass Apotheker zwar Adressaten des § 299a StGB sind, faktisch aber nach der Streichung der Abgabeentscheidungen während des Gesetzgebungsverfahrens nur noch eine „beschränkte Anwendbarkeit des Gesetzes in Betracht kommt“ (S. 29 ff.); es bestehe insoweit eine „strafrechtliche Immunität“ der Apotheker, die kriminalpolitisch nicht nachvollziehbar sei (S. 32). Nach Bahner existieren darüber hinaus durch die Nichterfassung von Gesundheitshandwerkern, nicht-ärztlichem Management-Personal und Heilpraktikern Strafbarkeitslücken. Insbesondere die Ausnahme der

Heilpraktiker von der Strafbarkeit nach § 299a StGB hält sie für „absolut inakzeptabel“ sowie „gefährlich“ (S. 37) und fordert die Schließung dieser Strafbarkeitslücke, denn für eine Privilegierung der Heilpraktiker bestehe angesichts der gesetzlich zulässigen Ausübung der Heilkunde an den Patienten durch diese Personen kein sachlicher Grund (S. 39). Der Gesetzgeber könne die Strafbarkeitslücken u. a. durch die Verwendung des aus dem Heilmittelwerberecht entlehnten Begriffs „Fachkreise“ (statt Angehöriger eines Heilberufs) schließen (S. 40). Im Zusammenhang mit der Vorteilszuwendung nach §§ 299a, 299b StGB greift *Bahner* zudem Beispiele für Vorteile auf und überprüft diese hinsichtlich ihrer rechtlichen Zulässigkeit; zugleich gibt sie dem Praktiker Kontrollüberlegungen zur Überprüfung der Zulässigkeit eines Geschenks zur Hand (S. 42 ff.). Darüber hinaus setzt sie sich mit dem Zuführungsbegriff auseinander (S. 63 ff.), wobei sie insbesondere Kritik an der – möglicherweise gegebenen – Erfassung einer ärztlichen Empfehlung vom Zuführungsbegriff übt. Sie plädiert für die Unterscheidung zwischen einer ärztlich „aufgedrängten“ und einer vom Patienten ausdrücklich erbetenen Empfehlung und ist davon überzeugt, dass eine ausdrücklich erbetene Empfehlung grundsätzlich „immer gegeben“ werden dürfe (S. 65). Sie beleuchtet die Unrechtsvereinbarung, das „Kernstück aller Bestechungsdelikte“ zu Recht kritisch (S. 67 ff.); das Merkmal weise – wie der BGH selbst einräume (BGHSt 53, 6, 17) – im Randbereich „fehlende Trennschärfe und Konturen“ auf, führe zu „Beweis-schwierigkeiten“ und lasse dem Tatrichter erhebliche Entscheidungsmacht (S. 67). Eine Unrechtsvereinbarung sei meist nur anhand von Indizien feststellbar. *Bahner* führt daher konsequenterweise – insbesondere für die Praxis relevante – Beurteilungskriterien der Unrechtsvereinbarung auf. Insgesamt gibt dieses Kapitel einen sehr guten Überblick über die beiden Straftatbestände, wobei die Ausführungen zugleich problem- und praxisorientiert sind.

Da bei der Auslegung der Straftatbestände der §§ 299a, 299b StGB nicht selten auf bereits bestehende weitere Korruptionsstrafatbestände zurückgegriffen werden kann und darüber hinaus auch diese Straftatbestände im Bereich des Gesundheitswesens relevant sind, gibt *Bahner* im vierten Kapitel (S. 81-102) einen Überblick über § 299, §§ 331 ff. und § 108e StGB.

In den drei folgenden Kapiteln widmet sie sich weiteren Normen, die Handlungen und Zuwendungen ausdrücklich zulassen oder verbieten: Kapitel 5 (S. 103-120) beinhaltet eine Auseinandersetzung mit den berufsrechtlichen Normen zur Wahrung der Unabhängigkeit (insbesondere §§ 30 ff. MBO-Ä); Kapitel 6 (S. 121-144) enthält eine ausführliche Darstellung der zwei maßgeblichen sozialrechtlichen Vorschriften zur Wahrung der Unabhängigkeit ärztlicher Entscheidungen und zu den Grenzen der Kooperationen mit anderen Leistungsträgern (§ 73 Abs. 7 und § 128 SGB V); weitere Normen zur Wahrung der Unabhängigkeit aus dem Apothekengesetz und dem Heilmittelwerbegesetz werden in Kapitel 7 (S. 145-160) näher betrachtet.

Da einerseits Kooperationen und die ihnen zugrundeliegenden Verträge einen Vorteil im Sinne der §§ 299a, 299b StGB darstellen, andererseits der Gesetzgeber jedoch in den letzten Jahren eine Vielzahl von Kooperationsmöglichkeiten und somit moderne Versorgungsstrukturen geschaffen hat, setzt sich *Bahner* im achten Kapitel (S. 161-186) mit medizinischen Kooperationen im Gesundheitswesen auseinander. Dieses Spannungsfeld ist von besonderer Bedeutung, weil in der Praxis derzeit große Unsicherheit herrscht, ob eine Kooperation erlaubt oder strafbar ist. In diesem Zusammenhang hebt *Bahner* die „Würzburger Erklärung“ vom 8.8.2016 (*Bahner/*

Bechtler/Hartmannsgruber/Piltz/Schulz-Hillenbrand medstra 2016, 343 ff.) hervor, an deren Erstellung sie beteiligt war und die Kriterien enthält, um die Angemessenheit der ärztlichen Vergütung zu beurteilen (S. 173 f.). *Bahner* plädiert bei der Beurteilung der Unzulässigkeit von Kooperationen und der damit verbundenen Unangemessenheit der Vergütung für einen Umgang mit „Augenmaß“ und „Zurückhaltung“, ohne freilich die Existenz unzulässiger Kooperationen zu verneinen. Es sei allerdings nicht jeder Geldfluss a priori als unerlaubte Zuweisung gegen Entgelt oder gar als Bestechlichkeit zu werten (S. 175).

Im neunten Kapitel (S. 187-200) setzt sich *Bahner* mit den Unternehmensbeteiligungen im Gesundheitswesen auseinander, denn Gewinne oder sonstige Einnahmen aus einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung können Vorteile im Sinne der §§ 299a, 299b StGB sein und damit strafrechtlich relevant werden.

Im zehnten Kapitel (S. 201-226) geht sie auf Rabatte, Preisgestaltung und Zugaben im Gesundheitswesen ein; sie untersucht, ob und unter welchen Bedingungen insbesondere Rabatte im Gesundheitswesen einen Korruptionsvorwurf nach §§ 299a, 299b StGB begründen können. Dabei stellt sie klar, dass „Rabatte nicht per se unlauter oder anruechig, sondern ganz im Gegenteil Bestandteil des lauterer Wettbewerbs sind“ (S. 205). Für den Nachweis einer konkreten Unrechtsvereinbarung im Hinblick auf Preisnachlässe seien besondere Anforderungen zu stellen. Zudem behandelt *Bahner* § 7 HWG.

Die – in der Praxis sehr relevante – Zusammenarbeit zwischen Ärzten und Industrie wird in den Kapiteln 11 bis 13 ausführlich behandelt. Zunächst geht *Bahner* auf die Grundsätze der Zusammenarbeit mit der Industrie ein (Kapitel 11: S. 227-236), stellt insbesondere die freiwillige Selbstkontrolle der Industrie durch Verhaltenskodizes dar und beleuchtet die Compliance-Grundsätze zur Zusammenarbeit mit der Industrie näher. Im nächsten Kapitel (Kapitel 12: S. 237-250) werden Formen der Zusammenarbeit mit der Industrie, und zwar klinische Prüfungen, Anwendungsbeobachtungen, Referenten- und Beratertätigkeit sowie Patienten-Compliance-Programme untersucht. Ergänzend werden im Kapitel 13 (S. 251-274) weitere Zuwendungen durch die Industrie (Sponsoring, Drittmittelforschung, Spenden) erläutert.

Im Kapitel 14 (S. 275-298) gibt *Bahner* einen Überblick über die Rechtsfolgen korrupten Verhaltens, wobei sie nicht nur die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Folgen benennt, sondern auch die potentiellen berufsrechtlichen Konsequenzen. Jene sind für den Täter von mindestens ebenso großer, teilweise sogar von weitreichenderer und existentiellerer Bedeutung als die strafrechtlichen. Zudem gibt *Bahner* einen Überblick über zivil-, wettbewerbs-, honorar- und steuerrechtliche Folgen.

Da es am besten ist, erst gar nicht in den Fokus der Ermittlungsbehörde zu geraten, geht *Bahner* im Kapitel 15 (S. 299-308) auf Strategien zur Vermeidung eines Strafbarkeitsvorwurfs ein; sie stellt dabei heraus, dass jedweder böse Schein durch Zuweisungsprämien, unzulässige Zuwendungen, zweifelhafte Kooperationen oder sonstige unberechtigte Vorteile vermieden werden sollte. Bereits das Entstehen eines Anfangsverdachts einer Straftat nach §§ 299a, 299b StGB ist also zu vermeiden, denn die Folgen eines Strafverfahrens können gravierend sein.

Das 16. und zugleich letzte Kapitel des Buches (S. 309-356) ist ein Anhang, der Rechtsvorschriften und Kodizes, die im Bereich Gesundheitskorruption relevant sind, enthält. Der Leser erhält dadurch einen Überblick und einen kompakten,

schnellen Zugriff auf die relevanten rechtlichen Regelungen im Bereich der Gesundheitskorruption. Abschließend wird auf zwei Seiten der Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens des „Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ dargestellt.

In einem Praxishandbuch können nicht alle Detail- und Spezialfragen eingehend untersucht werden; das ist allerdings auch nicht das Ziel von *Bahner*. Das Werk soll „einen ersten fundierten Überblick der rechtlichen Aspekte des neuen Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“ bieten (S. III). Dieses Ziel hat *Bahner* vollends erreicht. Das Buch bietet nicht nur allen Beteiligten im Gesundheitswesen einen ausgezeichneten Überblick der rechtlichen Normen zur Bekämpfung der Korruption im Gesundheitswesen, sondern auch allen anderen Praktikern sowie Studie-

renden und Referendaren, die sich mit dieser Materie auseinandersetzen wollen oder müssen. Es gibt eine umfassende Orientierung über zentrale Themen der Bekämpfung der Gesundheitskorruption und ermöglicht, sich hierzu schnell fundierte Informationen zu beschaffen. Das Praxishandbuch überzeugt, weil es sich mit den Korruptionsstraftatbeständen und – über den Titel hinaus – mit den berufs- und sozialrechtlichen Normen sowie typischen, in der Praxis relevanten Fallgruppen sowie präventiven Maßnahmen gegen Gesundheitskorruption auseinandersetzt. Es ist ein hervorragendes Nachschlagewerk für jeden, der sich mit den Korruptionsdelikten im Gesundheitswesen beschäftigt.

Rechtsanwältin Dr. Diana Stage, Köln/
Akademische Mitarbeiterin, Universität Potsdam

Literaturübersicht

Wiss. Mit. Jessica Krüger, LL.B., Bucerius Law School, Hamburg

Beitragsübersicht Medizinstrafrecht – Fest- und Gedächtnisschriften 2018

Der Beitrag stellt ausgewählte Aufsätze zusammen, die im Laufe des Jahres 2018 in Fest- und Gedächtnisschriften sowie Tagungsbänden zum gesamten Medizinstrafrecht veröffentlicht worden sind. Er liefert eine erste inhaltliche Orientierung zu den einschlägigen Beiträgen.

In diesem Heft setzt die *medstra* ihre Übersicht über die einschlägige Beitragsliteratur um Aufsätze aus Fest- und Gedächtnisschriften und vergleichbaren Sammelbänden fort. Soweit ein Sammelband schwerpunktmäßig das Medizinstrafrecht behandelt, erfolgt lediglich ein kurzer Hinweis. Auch für diese Rubrik unserer Literaturübersicht möchten wir Sie darauf hinweisen, dass Sie die Erfassung Ihres Beitrages absichern können, indem Sie etwa ein PDF-Dokument an die Autorin senden (medstra@law-school.de).

1. AG Medizinrecht im DAV/Institut für Rechtsfragen der Medizin (Hrsg.), **Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht**

Der Tagungsband enthält fünf Vorträge des achten Düsseldorfer Medizinstrafrechtstags vom 11.11.2017. Neben aktuellen Entwicklungen unter anderem in der Rechtsprechung greifen die Aufsätze Fragen des Datenschutzes, Risiken im Zusammenhang mit Wahlleistungsvereinbarungen, Handlungspflichten bei Verdacht auf Fehlverhalten im Krankenhaus und strafrechtliche Risiken im Bereich der Pflegedienstleistung auf.

2. *Elisabeth Beck-Gernsheim*, **Ist das Verbot von Leihmutterschaft anachronistisch geworden?**, S. 48-53, in: Beate Ditzen/Marc-Philippe Weller (Hrsg.), *Regulierung der Leihmutterschaft*

Der Beitrag beleuchtet die Gründe für und wider eines Verbots der Leihmutterschaft. Die Autorin sieht in der Leihmutterschaft jedoch keine Win-Win-Situation, sondern betont, dass die Leihmutter gesundheitliche Risiken trägt, durch die entsprechenden Verträge in ihrer Freiheit erheblich eingeschränkt werde und das Verhältnis Leihmutter – Wunscheltern geprägt sei von sozialem Machtgefälle. Aufgrund dieser Ungleichheit solle am Verbot der Leihmutterschaft festgehalten werden.

3. *Werner Beulke*, **Sicherungsbetrag im privatärztlichen Abrechnungswesen**, S. 311-326, in: Ulrich Stein/Luis Greco/Christian Jäger/Jürgen Wolter (Hrsg.), *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung: Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018*

Anhand eines Beispielfalls geht *Beulke* der Frage nach dem Vermögensbegriff im ärztlichen Abrechnungsbetrag und der Übertragbarkeit des Selbsthilfebetrugs nach. Dabei geht er zunächst allgemein auf den wirtschaftlichen Vermögensbegriff ein, bevor er sich der streng-formalen Betrachtungsweise des Abrechnungsbetrugs widmet, die er jedenfalls beim Vertragsarzt für unverzichtbar hält. Anschließend diskutiert er anhand eines BGH-Urteils (BGHSt 57, 95) eine Übertragung auf die privatärztliche Abrechnung, die möglich und geboten sei.

4. *Dieter Birnbacher*, **Selbstbestimmung und informed consent im Maßregelvollzug**, S. 91-99, in: Manuela Dudeck/Florian Steger (Hrsg.), *Ethik in der Forensischen Psychiatrie und Psychotherapie*

Nachdem der Autor die Voraussetzungen der Freiwilligkeit und Einwilligungsfähigkeit als Grundvoraussetzungen eines informed consent vorgestellt hat, geht *Birnbacher* zunächst auf die ethischen und normativen Grundlagen der Selbstbestimmung im Falle der Einwilligungsfähigkeit ein. Anschließend beschäftigt er sich mit der Bedeutung des natürlichen Willens bei Patienten in einwilligungsunfähigem Zustand, und den rechtlichen und ethischen Voraussetzungen einer Zwangsbehandlung dieser Personen.

5. *Hauke Brettel*, **Grenzen der Selbstbestimmung bei psychischen Erkrankungen. Zur Situation im Maßregelvollzug**, S. 101-113, in: Manuela Dudeck/Florian Steger (Hrsg.), *Ethik in der Forensischen Psychiatrie und Psychotherapie*

Der Autor stellt zunächst verschiedene Konstellationen vor, in denen eine Zwangsbehandlung gegen den natürlichen Willen der betroffenen Person in Betracht kommt: Die Zwangsbehandlung zur Wiederherstellung der Auto-