reits zu lebhaftem Austausch geführt haben. So regelt beispielsweise § 5 Abs. 4 S. 2 PsychThApprO, dass die „zuständige Stelle“ im Rahmen ihrer „Mitwirkung“ am hochschulrechtlichen Akkreditierungsverfahren prüft, ob der Studiengang den Zielen des Studiums nach § 7 PsychThG entspricht. Viele Leser würden sicherlich gerne an dieser Stelle des Kommentars erfahren, um welche genaue Institution es sich eigentlich bei der „zuständigen Stelle“ handelt. Das kann man zwar in § 22 Abs. 5 PsychThG nachlesen, man findet jedoch nichts zu der sehr praxisrelevanten Frage, wie eigentlich konkret eine Mitwirkung der Gesundheitsbehörden der Länder im hochschulrechtlichen Akkreditierungsverfahren aussehen soll. Und wie und wo manifestiert sich das Ergebnis der Prüfung der berufsrechtlichen Voraussetzungen (Verwaltungsakt, von wem?) im Akkreditierungsverfahren?

Mein Fazit: insgesamt überzeugt mich der Kommentar nicht.

Martin Stellpflug

<https://doi.org/10.1007/s00350-021-5963-2>

Im Spannungsverhältnis zwischen Kooperation und Korruption im Gesundheitswesen. Eine Untersuchung der §§ 299a, 299b StGB de lege lata und de lege ferenda.

Von Sebastian Tetzlaff. Verlag Nomos, Baden-Baden, 2020, 342 S., kart., €89,–

In seiner Dissertation untersucht Tetzlaff das Spannungsverhältnis zwischen Kooperation und Korruption anhand der §§ 299a, 299b StGB. Diese Vorschriften sind mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen v. 30.5.2016 (BGBl. I S. 1254) im Juni 2016 in Kraft getreten und haben zu Diskussionen über das Rechtsgutskonzept sowie die Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale geführt. Auch rund fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der §§ 299a, 299b StGB liegt keine nennenswerte Rechtsprechung zu diesem Thema vor. Deshalb muss der Praktiker in den laufenden Ermittlungsverfahren auf wissenschaftliche Veröffentlichungen zurückgreifen und zuweilen mit dem geschützten Rechtsgut argumentieren. Tetzlaff formuliert in dieser Hinsicht hohe Erwartungen an seine Untersuchung, die der Tatbestandsauslegung „eine wegweisende Richtung vorgeben“ (S. 19) und durch einen Gesetzgebungsvorschlag die Aufgabe erfüllen solle, „zur Rechtssicherheit für die beteiligten Akteure auf dem Gesundheitsmarkt beizutragen“ (S. 20). Die Untersuchung ist kenntnisreich gestaltet, aber sie erfüllt diese Erwartungen nicht vollständig.

Die Arbeit teilt sich in drei Kapitel ein, in denen der Autor nach einer Darstellung der Ursachen und Bedeutung von Korruption im Gesundheitswesen (S. 20–44) zunächst auf die Auslegung der §§ 299a, 299b StGB eingeht (S. 45–263) und anschließend Vorschläge zur Änderung dieser Tatbestände sowie gewisser Bestimmungen des Sozialrechts unterbreitet (S. 264–324). Die Erläuterungen über Ursachen und Bedeutung von Korruption im ersten Kapitel finden in den folgenden Ausführungen nur geringfügig Niederschlag. Innerhalb des zweiten Kapitels wird die ursprüngliche Debatte über die Möglichkeit, Vertragsärzte bei Annahme von Prämien im Gegenzug für die Verordnung von Arzneimitteln gemäß §§ 299, 331 ff. StGB zu bestrafen, referiert. Es folgt eine Darstellung der Entscheidungsgründe zu BGHSt 57, 202 (S. 45–52). Anschließend befasst sich der Autor mit dem parlamentarischen Verfahren zur Einführung der §§ 299a, 299b StGB, in dessen Verlauf die wesentlichen Bezüge für das ursprünglich vorgesehene, mehrpolige Rechtsgutskonzept entfallen sind. Deshalb wird seither die Frage diskutiert, ob diese Straftatbestände weiterhin den Schutz von Vertrauen auf die Integrität heilberuflicher Entscheidungen bezwecken. Tetzlaff schlägt einen ungewöhnlichen Weg ein: Er vertritt einerseits die Meinung, dass die §§ 299a, 299b StGB das Vertrauen auf die Integrität heilberuflicher Entscheidungen nicht unmittelbar schützen (S. 72), da Patienteninteressen durch die Errichtung einer Vorteilsbeziehung im Anwendungsbereich der §§ 299a, 299b StGB ohne gleichzeitige Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht missachtet werden könnten (S. 67, 70 und weitere). Andererseits stellt er die These auf, Patienteninteressen müssten dennoch als schutzwürdige Interessen Beachtung finden

(S. 73) und seien (daher?) geeignet, eine „den Tatbestand begrenzende Funktion“ (S. 77) auszuüben. Das macht neugierig: Führt der Blick auf das Regelungsproblem hinter den Straftatbeständen der §§ 299a, 299b StGB zu neuen Impulsen in der Rechtsgutsdebatte?

Tetzlaff sieht natürlich, dass seine Position eine „rechtsgutsdogmatische Friktion“ produziert, die er zwar aufzulösen verspricht (S. 73 mit Fn. 307), aber letztlich zur Unterstützung der These, Vertrauen auf die Integrität heilberuflicher Entscheidungen verdiene den strafrechtlichen Schutz, überwiegend Argumente heranzieht, die sich auch im (alten) Regierungsentwurf finden (bspw. S. 74: „entscheidendes Argument“ [mit Verweis auf den Regierungsentwurf] und S. 79). Das Fundament für diese These wird nur marginal abgesichert: „Wenn mithin die §§ 299a, 299b StGB unter anderem die strafrechtliche Ausprägung der in Bezug genommenen berufs- und sozialrechtlichen Normen sind und diese primär dem Schutz der Patienteninteressen allgemein und dem Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen im Speziellen dienen (sowohl abstrakt als auch konkret), dann muss das Vertrauen der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen jedenfalls ein schutzwürdiges Rechtsgut im Rahmen der §§ 299a, 299b StGB sein“ (S. 75f.). Damit wird behauptet, was erst zu beweisen wäre, nämlich dass die §§ 299a, 299b StGB berufs- und sozialrechtliche Wertungen des Gesundheitsrechts verkörpern – eine nicht selbstverständliche Annahme. Tetzlaff bildet sodann zur Integration des als notwendig angesehenen Vertrauensschutzes in den bestehenden Wettbewerbsschutz eine Art „Meta-Rechtsgut“, das die „Nichtkäuflichkeit heilberuflicher Entscheidungen und das sich darauf gründende Vertrauen Einzelner und der Allgemeinheit“ umfassen solle (S. 78).

Im Folgenden widmet sich der Autor der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale der §§ 299a, 299b StGB (S. 91–263). Hier findet sich eine ausführliche Kommentierung der §§ 299a, 299b StGB. Leitlinie bildet auch in diesem Abschnitt die Frage, ob man zur Auslegung der §§ 299a, 299b StGB auf die Entwurfsbegründungen zurückgreifen kann (vgl. S. 91f.). Die Darstellungen sind kenntnisreich erarbeitet und für jeden interessant, der sich in die §§ 299a, 299b StGB einarbeiten möchte. Auf sie kann aber aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden. Denn nicht unerwähnt bleiben soll, dass die vorliegende Untersuchung im letzten Kapitel, das sich Reformüberlegungen widmet (S. 264ff.), den Versuch unternimmt, die Belastung kooperativer Berufsausübungsverhältnisse mit Strafverfolgungsrisiken durch eine einzuführende Möglichkeit zur Anrufung einer Clearing-Stelle zu verringern. Angedacht wird die Schaffung einer „Genehmigungsmöglichkeit für solche heilberuflichen Kooperationen und heilberuflichen Leistungsbeziehungen – etwa in Anlehnung an § 331 Abs. 3 StGB – ..., die nach unabhängiger Auffassung lege artis sind und/oder dem Gesundheitswesen als solchem oder dem einzelnen Patienten dienen und zu einer grundsätzlichen Verbesserung im Gesundheitswesen beitragen“ (S. 265). Da ein ähnlicher (erfolgloser) Vorschlag vor der Einführung der §§ 299a, 299b StGB ausgiebig diskutiert worden ist, erhofft man sich weitere strafrechtsdogmatische Einsichten, wie die Stellungnahme einer solchen Einrichtung zur Beseitigung tatbestandsmäßigen Verhaltens bzw. zu einer Rechtfertigung der tatbestandlichen Vorteilsbeziehung führen könnte. Tetzlaff vertritt die Auffassung, dass die Genehmigung einer „Clearing-Stelle“ de lege lata als Marktverhaltensregel anzusehen sei und daher die Unlauterkeit einer Bevorzugung beseitige (S. 322, ergänzend S. 234ff.). Soweit der Tatbestandsausschluss nicht eingreife, solle de lege ferenda eine Rechtfertigungsmöglichkeit geschaffen werden (S. 319ff.). Obwohl diese Erwägungen interessant sind, ersetzen sie eine strafrechtliche Begründung und die Entkräftung bekannter Gegenargumente nicht. Die wesentlichen Einwände (vgl. nur Frister in: ARGE Medizinrecht im DAV/IMR, 5. Düsseldorf Medizinstrafrechtstag, 2015, S. 75, 93ff.), mit denen der Autor sich nicht beschäftigt, lauten: (1) Transparenz schließe die Gefahr unlauterer Bevorzugungen nicht aus; (2) eine Genehmigung von Kooperationen müsste sich auf die tatbestandliche Verbindung von Vorteilsgewährung und heilberuflicher Entscheidung beziehen, um strafrechtliche Bedeutung zu haben, und in diesem Fall dürfe jedenfalls eine Behörde (§ 331 Abs. 3 StGB) im Regelfall keine Genehmigung erteilen; (3) der Gesetzgeber habe die §§ 299a, 299b StGB deshalb geschaffen, weil die im Gesetzgebungsverfahren als mögliche Genehmigungsstellen angeführten Einrichtungen keine ausreichenden Ermittlungsbefugnisse hätten, um stillschweigende Vorteilsbeziehungen aufzudecken. Wie diese Hürden beseitigt werden könnten, erklärt Tetzlaff nicht. Bei allem Verständnis und Unterstützung für das Anliegen, Strafverfolgungsrisiken sicher einzuschätzen, muss man sich klar machen, dass es so einfach nicht geht: Durch die Einbeziehung der Staatsanwaltschaften in die Regulierung des Gesundheitswesens wollte der Gesetzgeber die als begrenzt empfundenen Ermittlungsmöglichkeiten der Selbstverwaltungseinrichtungen kom-

pensieren und deshalb müssen Strafverfolgungsrisiken auf der Ebene des Strafverfahrensrechts bzw. im Rahmen der Kooperationsgestaltung adressiert werden.

Im Ergebnis handelt es sich um eine auch für Praktiker interessante Untersuchung, die jedoch ein Konzept zur angemessenen Umsetzung der berechtigten Erwartung schuldig bleibt, dass ärztliche Kooperationen nicht vorschnell in das Blickfeld der Strafverfolgungsbehörden geraten sollen.

Harald Wostry

Rechtsfragen bei der Transplantation vaskularisierter komplexer Gewebe.

Von Sarah Baudis. (Nomos Universitätschriften – Recht, Bd. 982), Nomos Verlag, Baden-Baden 2021, 421 S., kart., €109,-.

In der Transplantationsmedizin werden auch in Deutschland zunehmend vaskularisierte Gewebekomplexe (englisch: vascularized composite allografts, VCA) transplantiert. Zu den VCA, die von verstorbenen Spendern stammen, zählen u. a. Gesichter sowie Gliedmaßen und Teile davon. Medizinisch besehen handelt es sich bei VCA um Körperteile, die einerseits mehr sind als ein einzelnes Gewebe, also ein Verband gleichartig differenzierter Zellen, die ähnliche strukturelle und funktionelle Eigenschaften aufweisen wie z. B. Augenhornhäute oder Herzklappen und die andererseits etwas anderes sind als ein Organ, also ein aus verschiedenen Geweben zusammengesetzter Teil des Körpers, der eine abgegrenzte Funktionseinheit darstellt wie z. B. das Herz oder die Leber. Doch was sind VCA in rechtlicher Sicht? Das Transplantationsrecht mit dem TPG und den einschlägigen AMG-Teilen kennen den Begriff „vaskularisierte Gewebekomplexe“ nicht. Hier finden sich nur Legaldefinitionen für Organe (§ 1a Nr. 1 TPG) und Gewebe (§ 1a Nr. 4 TPG), die aber beide zunächst nicht auf VCA zu passen scheinen, da man bezüglich der Einordnung von VCA als Organe die konkrete funktionelle Einheit hinterfragen kann bzw. bezüglich der Einordnung von VCA als Gewebe eventuell der Komplexität der VCA nicht gerecht wird. Es ist daher nicht wunderlich, dass in Anbetracht der medizinischen Bedeutung der VCA und den kontrovers diskutierten medizinethischen und rechtlichen Fragen der Transplantationsmedizin die rechtliche Handhabung der VCA streitig diskutiert wird. Die rechtliche Einordnung ist – neben der Rechtssicherheit für die beteiligten Personen – deshalb von Bedeutung, weil sich die Vorgaben für die Transplantation von Geweben von denen für Organe unterscheiden. Das geht darauf zurück, dass für die Organtransplantation das Transplantationsgesetz den Rechtsrahmen setzt, für Gewebe jedoch findet ggf. auch das AMG Anwendung (vgl. §§ 4 Abs. 30, 20b, c, d AMG).

Den rechtlichen Fragen der VCA hat sich Sarah Baudis in der von Heinrich Lang, Universität Greifswald, betreuten Dissertation nicht nur von der engeren Sinne transplantationsrechtlichen Seite angenommen, sondern die Thematik in einen gesamtrechtlichen Kontext eingekleidet. Die Untersuchungen von Baudis beginnen mit einer medizinischen Einführung und leiten in eine verfassungsrechtliche Betrachtung über, die sowohl die Perspektive des Spenders hinsichtlich des grundrechtlichen Rahmens zur selbstbestimmten Spendenentscheidung untersucht als auch die Perspektive des Empfängers hinsichtlich dessen selbstbestimmten Entscheidung, ein VCA auf sich transplantieren zu lassen. Im Anschluss bearbeitet Baudis die zentrale juristische und praxisbezogene Frage ihrer Untersuchung, namentlich die transplantationsrechtliche Klassifikation von VCA. Der ganzheitliche Untersuchungsansatz von Baudis wird schließlich dadurch untermauert, dass sie die rechtliche Handhabung von VCA auch in den sozialrechtlichen Finanzierungs- und Erstattungskontext einordnet.

Hinsichtlich der transplantationsrechtlichen Klassifikation der VCA kommt Baudis zu dem Ergebnis, das VCA vom Transplantationsrecht *de lege lata* als solche erfasst werden, wobei allerdings eine in mehrfacher Hinsicht rechtlich unangemessene Regulierung zu beobachten sei. Zunächst bemängelt Baudis, dass VCA rechtlich uneinheitlich behandelt werden. Das ginge darauf zurück, dass der Großteil der VCA rechtlich als Gewebe und nicht als Organ zu werten seien, da diese Gewebe-VCA entgegen der von § 1a Nr. 1 TPG geforderten Definition nicht den Voll-

zug physiologischer Funktionen als *eine* funktionale Einheit aufweisen, wobei Baudis durch systematische Auslegung im Vergleich zu § 1a Nr. 2 TPG und der physiologischen Bedeutung der dort genannten Organe den Begriff der „eine funktionale Einheit“ in § 1a Nr. 1 TPG so versteht, dass der betreffende Körperbestandteil von übergeordneter Bedeutung für das physische Körpersystem des Menschen sei. Die Funktionen eines solchen Körperbestandteils seien von übergreifender Natur und würden den Gesamtorganismus direkt betreffen und beeinflussen. Ein Funktionsausfall würde sich terminal auf den Gesamtorganismus auswirken. Während Herz, Lunge, Leber, Niere, Bauchspeicheldrüse und Darm diese übergeordnete Bedeutung – medizinisch und juristisch – zugesprochen wird, da deren Ausfall nicht durch eine andere Körperstruktur übernommen werden kann, fehle dem Großteil der VCA wie dem Gesicht, dem Penis oder den Händen nach diesem Funktionsverständnis diese medizinische und damit auch juristische Bedeutung. Zwar seien die Hände beispielsweise für die Nahrungsaufnahme von Bedeutung, im Verlustfall könne diese Funktion jedoch auch anderweitig bewerkstelligt werden, der Penis sei u. a. für die Harnsekretion notwendig, aber die Harnsekretion sei z. B. nach einer Amputation auch ohne Penis möglich. Hinsichtlich der VCA-Bewertung des Gesichts nicht als Organ, sondern als Gewebe kann Baudis dieses Argumentationsmuster aber nicht konsistent fortsetzen und wechselt, – allerdings ohne Begründung – das Begründungsmuster. Während Baudis den Rechtscharakter von Händen und Penis über die physische Tolerierbarkeit des Verlusts des gesamten Körperbestandteils anhand einer einzelnen von einer Vielzahl an Funktionen des betreffenden Körperbestandteils beurteilt, stellt sie bei der transplantationsrechtlichen Bewertung des Gesichts beispielhaft lediglich auf einen Bestandteil des VCA „Gesicht“, namentlich auf die Funktion der Augenlider ab, ohne auf die von ihr noch zuvor hervorgehobenen zahlreichen (ersetzbaren?) Funktionen des Gesichts als Ganzes zu sprechen zu kommen. Jedenfalls würde nach Baudis das Körpersystem auch ohne Augenlider funktionieren. Dass der dauernde Verlust der Lider zunächst aber einmal den Verlust des Sehsinns durch Austrocknen der Augen verursachen würde, wird nicht angesprochen. Im Übrigen hätte für eine einheitliche Argumentation an dieser Stelle gefragt werden müssen, ob bei Verlust des Gesichts als solchem die physische Integrität des Körpers aufrecht erhalten bleiben kann. Es mag ein Überleben ohne Hände (physisch) möglich sein, ein Überleben ohne Gesicht erscheint aber nicht vorstellbar. In der Systematik von Baudis ist lediglich der Uterus als VCA rechtlich als Organ zu behandeln, wobei hier zusätzlich untersucht wurde, inwieweit eine Lebendspende vertretbar ist. Der Uterus sei rechtlich deshalb Organ, weil er den Gesamtorganismus (direkt) beeinflusse. Allerdings liegt auch hier ein Wechsel des Begründungsmusters vor. Während Baudis in Bezug auf Hände, Extremitäten und Penis auf die Person abstellt, von der die betreffende Körperteile abstammen, stellt sie beim Uterus zumindest auch, wenn nicht sogar ausschließlich, auf das im Uterus heranwachsende Kind ab, da Baudis die von ihr postulierte rechtliche Organvoraussetzung, also die Bedeutung für den Gesamtorganismus, zwar als gegeben ansieht. Hinsichtlich des Uterus dürfte dies jedoch in erster Linie für den Nasciturus von Bedeutung sein.

In der rechtlichen Klassifikation der Mehrheit der VCA als Gewebe sieht Baudis ein Problem, da der dadurch einschlägige Regelungsrahmen zu unververtretbaren Ergebnissen führe. Dies hänge u. a. damit zusammen, dass Gewebespenden keinem gesetzlich ausgestaltetem Organisationssystem vergleichbar dem bei Organen mit einer Koordinierungsstelle unterworfen seien. Dies aber sei aufgrund der medizinischen Komplexität der VCA-Transplantation, die mehr der bei Organen als bei Geweben gleiche, angebracht. Dem könnte zunächst damit begegnet werden, VCA im Transplantationsrecht explizit als Organe zu definieren. Davon jedoch rät Baudis ab, weil u. a. mit dem gegenwärtigen § 3 Abs. 1 Nr. 1 TPG VCA entnommen werden dürften, selbst wenn dem Spender die Entnahmemöglichkeit nicht bekannt oder bewusst war. Um die von Baudis identifizierten Probleme zu lösen, schlägt sie stattdessen Änderungen für das Transplantationsrecht vor, wobei insbesondere ein eigenständiger, gesetzlicher VCA-Begriff eingeführt werden solle, an den sich transplantationsrechtlichen Vorschriften anschließen, die den VCA eigenen medizinischen und rechtlichen Anforderungen gerecht werden.

Die Arbeit von Baudis ist auch mit den argumentativen Wechseln ein informationelles Füllhorn zur rechtlichen VCA-Thematik. Angemerkt sei, dass das Werk von Baudis als Neuerscheinung aus dem Jahr 2021 auf den Markt kommt, ausweislich des Vorworts aber auf dem Stand für Rechtsprechung und Literatur des Jahres 2017 ist, weshalb z. B. eine weitere rechtswissenschaftliche Arbeit zu VCA von Philip Klusen unter der Betreuung von Hans Lilie aus dem Jahre 2018, wonach VCA Organe im Sinne des TPG seien, nicht berücksichtigt wurde.