

gehrsneurose nicht vollständig vorliegen. Es reiche aus, dass die „Beschwerden [...] durch eine neurotische Begehrenshaltung geprägt sind“. Das Verhalten der geschädigten Person ist somit maßgeblich für die Beurteilung, ob ein Zurechnungszusammenhang vorliegt oder ob dieser unterbrochen wurde. Eine solche Situation hat das LG verneint. Dass es dazu besondere Sachkunde brauchte, dass sich (so der BGH) „der Tatrichter ärztlicher Gutachter“ bedient²⁶, die auf diesem Gebiet die erforderliche Spezialausbildung und Erfahrung haben, ist nicht thematisiert worden, womöglich haben die Beklagten keinen Beweis dafür angeboten, dass der Zurechnungszusammenhang in diesem Sinne unterbrochen worden ist.

b) *Überholende Kausalität.* Ein weiterer Ausschluss ist bei überholender Kausalität gegeben. Hierbei fehlt es an einem Kausalzusammenhang zwischen der ursprünglichen Pflichtverletzung und den eingetretenen Folgen, etwa wenn diese aufgrund Vorerkrankungen oder Ereignissen, die im Vorfeld der Pflichtverletzung liegen, eintreten. Die Folgen wären so auch ohne die Pflichtverletzung eingetreten, sodass ein Haftungszusammenhang nicht mehr angenommen werden kann. Auch das bewusste Indie-Länge-Ziehen eines Prozesses und ein Festhalten an den traumatischen Erfahrungen statt des Erreifens der Chance eines Neuanfangs, kann für die Frage der Kausalität von Bedeutung sein. Wenn die geschädigte Person aus Verbitterung den Abschluss eines Prozesses vorsätzlich verzögert, so ist dieses als Mitverschulden anzusehen und entsprechend zu berücksichtigen. Dass das LG München II hier ein Mitverschulden von 50 % angenommen hat, lässt sich von rechtstheoretischer Warte aus nicht kritisieren.

5. Die Entscheidung des LG München II verdient keine Gefolgschaft. BGB und ZPO fordern keine Bekenntnisjustiz, das zweite Buch des BGB verleiht Gläubigern nirgends die Stellung, ihre Schuldner aus tiefer „menschlicher Not“ heraus anrufen zu können und in dieser Not verstanden werden zu müssen. Den Parteien dieses Prozesses, der Haftpflichtversicherung der Bekl. und dem Gericht wäre es besser bekommen, diesen Streit mit einem Vergleich beizulegen. Ob und welchen Einfluss das Urteil des LG München II auf die Wahrnehmung prozessualer Rechte im Arzthaftungsprozess haben wird, bleibt abzuwarten.

26) BGH, NJW 1997, 1640, 1641; NJW 2012, 2964, 2965.

<https://doi.org/10.1007/s00350-022-6280-0>

Konkurrenzsituation unter Patienten kein Wettbewerb i. S. d. §§ 299a, 299b StGB

StGB §§ 27, 246, 299a, 299b

1. Der Verkauf und die Verabreichung von COVID-19-Impfstoff außerhalb des durch die Coronavirus-Impfverordnung vorgesehenen Verteilungsweges und entgegen den dort beschriebenen Voraussetzungen an nicht berechnigte Empfänger kann den Tatbestand der (veruntreuenden) Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 1 und 2 StPO erfüllen.

Rechtsanwalt Dr. iur. Markus Gierok,
Kanzlei Tsambikakis & Partner mbB,
Agrippinawerft 30, 50678 Köln, Deutschland

Tilmann Dittrich, LL.M. (Medizinrecht), Doktorand,
Düsseldorf, Deutschland

2. Die Tatbestände der §§ 299a und 299b StGB der Bestechlichkeit bzw. Bestechung im Gesundheitswesen sind – trotz einer Benachteiligung nach der Coronavirus-Impfverordnung berechtigter Empfänger – in diesem Fall nicht erfüllt, weil diese Vorschriften nicht den Wettbewerb zwischen Patienten um die bestmögliche Behandlung schützen.

LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 24. 1. 2022 – 18 Qs 24/21,
18 Qs 25/21

Problemstellung: Der Beschl. des LG Nürnberg-Fürth betrifft mit §§ 299a, 299b StGB Straftatbestände, die im Gesundheitswesen seit ihrer Einführung 2016 für große Verunsicherung sorgen. Klare Konturen wurden diesen Tatbeständen durch die Rechtsprechung bislang noch nicht verliehen. Überhaupt sind (veröffentlichte) Gerichtsentscheidungen zu den §§ 299a, 299b StGB rar. Entsprechend groß ist der Bedarf an verlässlicher Rechtsberatung, die den Beteiligten des Gesundheitssektors einen sicheren Weg für ihre Geschäftstätigkeit aufzeigt. Der Beschl. des LG Nürnberg-Fürth dürfte hierbei künftig eine willkommene Hilfestellung bieten: Dies nicht nur, weil das Gericht mit seiner Entscheidung des ihm vorliegenden Falls einer ausufernden Auslegung der §§ 299a, 299b StGB vorgebeugt hat, indem es deren Anwendungsbereich nicht auf die Konkurrenzsituation unter Patienten erstreckte. Darüber hinaus finden sich in dem Beschl. zahlreiche nicht entscheidungstragende Passagen, die sich teils wie eine Kurzkomentierung zu den Tatbestandsmerkmalen der §§ 299a, 299b StGB lesen. Die Praxisrelevanz wird ferner dadurch gesteigert, dass es sich um die erste Entscheidung zu der bisher nur theoretisch diskutierten Unterschlagung bei Verstößen gegen die Impfpriorisierung handelt.

Markus Gierok und Tilmann Dittrich

Zum Sachverhalt: Der Beschwerdeführer war als Rechtsanwalt an der Erstellung eines Vertragswerkes beteiligt, ausweislich dessen sich ein in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassener Arzt gegenüber einer ein Hotel betreibenden [ausländischen] Gesellschaft verpflichtete, gegen Zahlung eines Betrages in Höhe von 50 € zuzüglich der Kosten für den Erwerb von Impfstoff gegen Covid-19 der Firma BioNTech und weiterer Auslagen 120 Mitarbeiter eines [ausländischen] Hotels anlässlich eines Termins in der Bundesrepublik Deutschland und eines weiteren solchen [im Ausland] zu impfen bzw. für die Durchführung einer derartigen Impfung zu sorgen. In der Folgezeit beschaffte ein Apotheker, der an der allgemeinen staatlich geregelten Verteilung dieses im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland stehenden Impfstoffes beteiligt war, derartigen Impfstoff durch dessen Entnahme aus dem staatlichen Verteilungssystem und verkaufte ihn an den genannten niedergelassenen Arzt. In der Folge kam es zu der durch den Beschwerdeführer im Vertrag avisierten Impfkation, wodurch gegen die Voraussetzungen der Coronavirus-Impfverordnung verstoßen wurde. Die Ermittlungsbehörden fassen diese Vorgehensweise unter die Tatbestände der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen bzw. Bestechung im Gesundheitswesen und der Unterschlagung nach den §§ 299a, 299b, 246 Abs. 1 StGB und werfen dem Beschwerdeführer eine hierzu als Rechtsanwalt begangene Beihilfe vor. Die im Rahmen der §§ 299a, 299b StGB erforderliche Wettbewerbsituation sehen sie (auch) im Wettbewerb zwischen den Patienten um die schnellst- und bestmögliche Versorgung, hier um den Erhalt einer Covid-19-Schutzimpfung. Gegen die auf der Grundlage dieser Verdachtslage angeordnete (und vollzogene) Durchsuchung seiner Wohn- und Kanzleiräume und gegen die richterliche Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung zum Zwecke der Durchsicht der dort aufgefundenen Papiere und Datenverarbeitungsanlagen legte der beschuldigte Rechtsanwalt Beschwerde ein.

[...]

Aus den Gründen: 2. Die Beschwerden sind mit der Maßgabe unbegründet, dass gegen den Beschwerdeführer lediglich der Tatverdacht der Beihilfe zur Unterschlagung gemäß den §§ 246 Abs. 1, 27 StGB besteht.

[...]

(A) Die §§ 299a, 299b, 27 StPO sind nicht erfüllt, weil es hinsichtlich der Haupttat an einer intendierten Bevorzugung eines anderen „im inländischen oder ausländischen Wettbewerb“ fehlt.

(I) Die Tatbestände der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen enthalten folgende Vorgaben:

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 1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, 2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder 3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugen wird wegen Bestechlichkeit im Gesundheitswesen mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft (§ 299a StGB).

Wer einem Angehörigen eines Heilberufs i. S. d. § 299a StGB im Zusammenhang mit dessen Berufsausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er 1. bei der Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, 2. bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, oder 3. bei der Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugen wird wegen Bestechung im Gesundheitswesen mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft (§ 299b StGB).

(1) Unter den Begriff des Vorteils im Sinne beider Vorschriften fallen insbesondere Zuwendungen in Form von Geld, Forderungsverzicht oder sonstiger wirtschaftlicher Besserstellung einschließlich unentgeltlicher oder verbilligter Überlassung von Geräten und Materialien, Durchführung von Schulungsmaßnahmen, die Gestellung von Räumlichkeiten oder Personal oder die Beteiligung an den Kosten hierfür (vgl. Schuhr, in: Spickhoff, 3. Aufl. 2018, StGB §§ 299a, 299b, Rdnr. 15; Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 299a, Rdnr. 12). Ein Vorteil umfasst jede Zuwendung an den Täter oder einen Dritten, auf die kein Rechtsanspruch besteht und die die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage des Täters oder des Dritten objektiv verbessert. Sowohl materielle als auch – über den Vorteilsbegriff der §§ 31, 32 MBO für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte hinaus – immaterielle Zuwendungen werden erfasst (vgl. Hohmann, in: MüKo/StGB, 3. Aufl. 2019, StGB § 299a, Rdnr. 20).

(2) Fordern (§ 299a StGB) ist die ausdrückliche oder konkludente einseitige Erklärung des Täters, einen Vorteil als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung bei der Vorordnung und dem Bezug von Arznei- oder Heil- und Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten bzw. bei der Zuführung von Patienten und Untersuchungsmaterial zu begehren. Die Erklärung muss auf den Abschluss einer Unrechtsvereinbarung abzielen (vgl. Hohmann, in: MüKo/StGB, 3. Aufl. 2019, StGB § 299a, Rdnr. 17; Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 299a, Rdnr. 14). Sich-Versprechen-Lassen (§ 299a StGB) ist die Annahme eines ausdrücklichen oder konkludenten Angebots (vgl. Hohmann, in: MüKo/StGB, 3. Aufl. 2019, StGB § 299a, Rdnr. 18; Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 299a, Rdnr. 14). Annehmen (§ 299a StGB)

ist die tatsächliche Entgegennahme eines Vorteils durch den Täter oder den Dritten, an den die Zuwendung mit Kenntnis und Einverständnis des Täters erfolgt. Die Entgegennahme muss mit dem Willen geschehen, über die Zuwendung selbst oder zu Gunsten eines Dritten, für den die Leistung bestimmt ist, zu verfügen (vgl. Hohmann, in: MüKo/StGB, 3. Aufl. 2019, StGB § 299a, Rdnr. 19; Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 299a, Rdnr. 14).

Anbieten (§ 299b StGB) ist das In-Aussicht-Stellen eines künftigen Vorteils. Es handelt sich um eine einseitige ausdrückliche oder konkludente Erklärung des Täters, die auf den Abschluss einer Unrechtsvereinbarung gerichtet ist und dem Angehörigen eines Heilberufs zur Kenntnis gelangen muss. Unerheblich ist, ob der Vorteil später tatsächlich eintritt. Versprechen (§ 299b StGB) ist die Zusage eines künftigen Vorteils. Die Erklärung kann ausdrücklich oder konkludent, d. h. auch durch schlüssiges Verhalten in einem bestimmten Zusammenhang, erfolgen und muss dem Angehörigen eines Heilberufs zur Kenntnis gelangen. Gewähren eines Vorteils (§ 299b StGB) ist das tatsächliche Verschaffen eines Vorteils mit dem Willen, dass die Verfügungsgewalt auf den Vorteilsnehmer übergehen soll (vgl. Hohmann, in: MüKo/StGB, 3. Aufl. 2019, StGB § 299b, Rdnrn. 11 bis 13; Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 299b, Rdnrn. 4 und 5).

(3) „Verordnung“ im Sinne der §§ 299a Nr. 1 und 299b Nr. 1 StGB meint die Verschreibung von Arzneimitteln, Heil- und Hilfsmitteln und Medizinprodukten zugunsten von Patienten, unabhängig davon, ob für das verschriebene Mittel oder Produkt eine Verschreibungspflicht besteht. Aus dem Straftatbestand ausgenommen wurde im Rahmen der abschließenden Gesetzesformulierung die Bevorzugung im Rahmen der Abgabe von Arznei-, Heil-, oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten (vgl. Graf/Jäger/Wittig/Sahan, 2. Aufl. 2017, StGB § 299a, Rdnrn. 12 und 13). In Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz heißt es dazu (Dr. 18/8106, S. 14):

„Heilberufliche Abgabeentscheidungen werden aus dem Tatbestand gestrichen“.

Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind (§§ 299a Nr. 2 und 299b Nr. 2 StGB) bedeutet jegliche Form des Sich-Verschaffens, sei es auf eigene oder fremde Rechnung (vgl. Graf/Jäger/Wittig/Sahan, 2. Aufl. 2017, StGB § 299a, Rdnr. 14). In Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz heißt es dazu (Dr. 18/8106, S. 14):

„Erfasst wird der Bezug von Arznei- und Hilfsmitteln und Medizinprodukten, die der Heilberufsangehörige nicht (zunächst) verordnet, sondern ohne Verordnung unmittelbar beim oder am Patienten anwendet, wie zum Beispiel Prothesen, Implantate und unmittelbar vom Heilberufsangehörigen anzuwendende Arzneimittel.“

Aus dem Gesamtzusammenhang wird deutlich, dass hier nicht der Bezug durch den Patienten, sondern durch den Heilberufsangehörigen gemeint ist.

„Zuführung von Patienten oder Untersuchungsmaterial“ meint jede Handlung des Heilberufsträgers, die geeignet ist, den Patienten in seiner Wahl eines Leistungserbringers zu beeinflussen (vgl. Graf/Jäger/Wittig/Sahan, 2. Aufl. 2017, StGB § 299a, Rdnr. 15).

(4) Kern der Straftatbestände der §§ 299a und 299b StGB bildet die Unrechtsvereinbarung: Die Gegenleistung für das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils muss die künftige Beeinflussung einer der in den §§ 299a Nr. 1 bis 3 oder 299b Nr. 1–3 StGB abschließend aufgezählten heilberuflichen Entscheidung zugunsten des Täters oder eines Dritten sein, die im inländischen oder ausländischen Wettbewerb erfolgt und unlauter ist (Hohmann, in:

MüKo/StGB, 3. Aufl. 2019, StGB § 299b, Rdnr. 15 und 299a, Rdnr. 25).

Die Begründung der BReg v. 14.8.2015 (Dr. 360/15) bzw. 21.10.2015 (Dr. 18/6446) zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen führt zur Frage des Tatbestandsmerkmals der ‚Bevorzugung im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise‘ – allerdings zu § 299a StGB – wie folgt aus (S. 18 und 19 bzw. 21):

„Das Tatbestandsmerkmal der unlauteren Bevorzugung entspricht der Regelung des § 299 Abs. 1 und 3 StGB, sodass auf die dazu entwickelten Auslegungsgrundsätze zurückgegriffen werden kann. Danach bedeutet Bevorzugung die sachfremde Entscheidung zwischen mindestens zwei Bewerbern, setzt also Wettbewerb und Benachteiligung eines Konkurrenten voraus (BGH, Urt. v. 18.6.2003 – 5 StR 489/02). An einer Wettbewerbslage kann es fehlen, wenn ein Unternehmen eine Monopolstellung inne hat (Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 299, Rdnr. 23). Eine Bevorzugung ist unlauter, wenn sie geeignet ist, Mitbewerber durch die Umgehung der Regelungen des Wettbewerbs und durch Ausschaltung der Konkurrenz zu schädigen (vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl., § 299, Rdnr. 16). Auf die zu § 299 StGB entwickelten Auslegungsgrundsätze kann zurückgegriffen werden. An der Unlauterkeit fehlt es insbesondere dann, wenn die Bevorzugung berufsrechtlich zulässig ist, sofern in diesen Fällen nicht ohnehin bereits der erforderliche Zusammenhang zwischen Vorteil und heilberuflicher Handlung zu verneinen ist und der Zuwendung damit keine Unrechtsvereinbarung zugrunde liegt.“

Im inländischen oder ausländischen Wettbewerb handelt der Täter, wenn die Tat objektiv geeignet ist, eigenen oder fremden Bezug oder Absatz zu fördern, und der Täter die Absicht verfolgt, den Geschäftsbetrieb eines Mitkonkurrenten durch Schmälerung des Absatzes, Entziehung von Kunden oder auf andere Weise zu beeinträchtigen oder unproduktiver zu machen und sich selbst bzw. einem Dritten die entsprechende Marktanteile oder sonstigen Vorteile zu sichern oder jedenfalls den bisherigen eigenen oder fremden Kundenkreis zu Lasten anderer zu erhalten (vgl. Hohmann, in: MüKo/StGB, 3. Aufl. 2019, StGB § 299a, Rdnr. 29). Hier soll nichts anderes gelten als im Rahmen des § 299 StGB (vgl. Graf/Jäger/Wittig/Sahan, 2. Aufl. 2017, StGB § 299a, Rdnr. 18). Ob dort eine Wettbewerbs-situation vorliegt, ist grundsätzlich objektiv zu bestimmen. Der Adressat der Bevorzugung (also zumeist der Vorteilsgeber) muss somit in einem Wettbewerbsverhältnis stehen. Vorausgesetzt werden Mitbewerber des Bevorzugten, also Gewerbetreibende, welche Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art vertreiben bzw. nachfragen und in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen (vgl. Graf/Jäger/Wittig/Sahan, 2. Aufl. 2017, StGB § 299, Rdnr. 32). Es bedarf zum Zeitpunkt der Tathandlung objektiv eines wirtschaftlichen Konkurrenzverhältnisses mit Mitbewerbern im Gesundheitswesen (vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 299a, Rdnr. 38). „Wettbewerb“ ist gegeben beim Gegenübertreten von Waren oder Dienstleistungen gleicher oder ähnlicher Art mit möglichen Absatznachteilen für die Anbieter im Falle ihres gleichzeitigen Vertriebs. Bevorzugung kann deshalb auch als die Gewährung von Vorteilen „im Wettbewerb gegenüber Mitbewerbern“ umschrieben werden. Mitbewerber sind alle Marktteilnehmer, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art herstellen bzw. erbringen oder in den Geschäftsverkehr bringen. Nicht erforderlich ist, dass sich die Mitbewerber im konkreten Einzelfall um den Absatz ihrer Waren oder Leistungen bemüht haben. Maßgeblich ist ein weiter, marktbezogener Begriff des Mitbewerbers (vgl. Gerhard Dannecker/Thomas Schröder, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, StGB § 299a, Rdnr. 142). Eine Bevorzugung

liegt in jeder Entscheidung für einen von mindestens zwei bzgl. der gegenständlichen Ware oder Leistung tatsächlich im Wettbewerb stehenden Marktteilnehmer (vgl. Schuhr, in: Spickhoff, 3. Aufl. 2018, StGB §§ 299a, 299b, Rdnr. 38). Mitbewerber im Sinne der Parallelnorm des § 299 StGB sind nicht nur die Erwerbsgenossen, die sich im Einzelfall um den Absatz ihrer Waren oder Leistungen bemüht haben und für die Erfüllung der Aufträge in Aussicht genommen sind, sondern alle Gewerbetreibenden, die Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellen oder in den geschäftlichen Verkehr bringen (vgl. BGH, Urt. v. 22.1.2020 – 5 StR 385/19). Grzesiek/Sauerwein, NZWiSt 2016, 369, 372 fassen bei ihrer Fallbetrachtung

„Kassenpatientin O ist glücklich mit ihrem Hausarzt H einen Arzt gefunden zu haben, in dessen Praxis sie sich gut aufgehoben fühlt. Nach ihrem letzten Arztbesuch möchte sie sich revanchieren und überreicht H einen mit kleineren Leckereien gefüllten Geschenkkorb im Wert 40,- Euro, welchen dieser dankend annimmt.“

wie folgt zusammen:

„Selbst wenn die Annahme eines unzulässigen Vorteils angenommen wird, scheidet eine etwaige Strafbarkeit an der fehlenden, aber zur Tatbestandsverwirklichung notwendigen Unrechtsvereinbarung gerichtet auf eine künftige Bevorzugung im Wettbewerb.“

(II)

(1) Ein „Vorteil“ in diesem Sinne, der unter den Modifikationen der §§ 299a und 299b StGB tatbestandsrelevant wäre, lässt sich mit den zutreffenden Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft bejahen.

Als Vorteil in diesem Sinne wären die sich aus dem Vertrag vom ... ergebenden Zahlungen durch die O an den Beschuldigten Arzt Dr. E. zu sehen. Nach der sich aus den Akten ergebenden Verdachtslage ist die Fallgestaltung zunächst derart, dass der Beschuldigte Arzt Dr. E. sich um die Impftermine sowohl am Flughafen C als auch in D zu kümmern hatte. Die O hatte Flüge, Transfers und Aufenthalt des Beschuldigten Arztes Dr. E. zu bezahlen gehabt. Beide Impftermine sollten in der alleinigen Verantwortung des Beschuldigten Arztes Dr. E. liegen und ohne weitere Unterstützung durch die O und auf seine Kosten durchgeführt werden. Dr. E. sagte in diesem Zusammenhang insbesondere konkret, aber nicht abschließend insbesondere zu, zwei weitere Ärzte und Personal für den Impftermin in C auf seine eigenen Kosten bereit zu stellen. Darüber hinaus lag der Sache nach und zusammenfassend die gesamte Verantwortlichkeit für Vorbereitung und Durchführung der Impftermine bei ihm (Ziffer 2 der vertraglichen Vereinbarung zwischen der O und dem Beschuldigten Arzt Dr. E.). Die O hatte an den Beschuldigten Arzt Dr. E. für jeden Patienten die Summe von € 50,00 zuzüglich – zum Selbstkostenpreis – der Kosten für den Impfstoff und allen weiteren benutzten medizinischen Materials für die Behandlung zu zahlen. Die Kosten sollten – mit Kopie an die O – den Patienten in Rechnung gestellt werden, die O sollte letztlich die Zahlung vornehmen. Dieses ergibt sich aus Ziffer 3 Sätze 1 und 2 der vertraglichen Vereinbarung zwischen der O und dem Beschuldigten Arzt Dr. E.. Der Zeuge S. soll gegenüber [Fernsehsender] angegeben haben, man habe eine kommerzielle Vereinbarung getroffen, derzufolge „der gesamte Service inbegriffen“ gewesen sei. Man habe „einen Pauschalpreis vereinbart“. Der Beschuldigte Arzt Dr. E. hat sich mit Schriftsatz seines Verteidigers vom ... dahingehend eingelassen, er hätte „den Betreibern den Betrag von ca. € 6.000,- in Rechnung gestellt.“

(2) Dem Beschuldigten Arzt Dr. E. wären jene Zahlungen durch die O durch das Vertragswerk vom ... zumindest versprochen worden (soweit § 299b StGB als Haupttat angewendet würde) oder er hätte sich diese durch den zitierten Vertrag versprechen lassen (soweit man auf § 299a StGB als Haupttat abstellen würde).

(3) Es fehlt nach den obigen Vorgaben allerdings an einer für § 299a oder § 299b StGB geeigneten Unrechtsabrede dergestalt, der Beschuldigte Arzt Dr. E. würde die O oder die geimpften Personen wegen dieses Vorteils bei dem Bezug des Impfstoffes im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzugen.

Auf eine Bevorzugung des Apothekers F. kann zunächst nicht abgestellt werden. Es liegen keine konkreten Anhaltspunkte für die Annahme vor, dem Beschuldigten Arzt Dr. E. sei dafür ein Vorteil versprochen worden (§ 299b StGB) oder dieser habe sich dafür einen solchen versprechen lassen (§ 299a StGB), dass er den Impfstoff dort beschaffe und nicht woanders.

Auf eine Bevorzugung der O oder aber der geimpften Personen gegenüber anderen kann gleichfalls nicht abgestellt werden, weil diese nicht in dem von den §§ 299a und 299b StGB gemeinten „inländischen oder ausländischen Wettbewerb“ stehen. Bereits dem Gesetzentwurf der BReg. v. 14.8.2015 (Dr. 360/15) bzw. 21.10.2015 (Dr. 18/6446) ist zu entnehmen, dass hier der Wettbewerb zwischen Unternehmen gemeint ist. Die Kommentierungen sprechen unmissverständlich von Geschäftsbetrieben, von Mitkonkurrenten, von Schmälerung des Absatzes, von Entziehung von Kunden und Marktanteilen, mithin von einem wirtschaftlichen Konkurrenzverhältnis mit Mitbewerbern im Gesundheitswesen. „Wettbewerb“ soll gegeben sein beim Gegenübertreten von Waren oder Dienstleistungen gleicher oder ähnlicher Art mit möglichen Absatznachteilen für die Anbieter im Falle ihres gleichzeitigen Vertriebs. Der BGH spricht in der zitierten Entscheidung selbst von Gewerbetreibenden, die Waren oder Leistungen gleicher oder verwandter Art herstellen oder in den geschäftlichen Verkehr bringen. Letztlich lässt sich der von Grzesiek/Sauerwein, NZWiSt 2016, 369, 372 gebildete Fall, in dem die beschriebene Kassenpatientin den Zweck verfolgt haben könnte, künftig bei Behandlungen bevorzugt oder zumindest nicht benachteiligt zu werden, auch auf die hiesige Konstellation übertragen, was gleichfalls zur Ablehnung der Erfüllung des Merkmales „im inländischen oder ausländischen Wettbewerb“ führen würde.

Der Wettbewerb zwischen den Patienten um die schnellst- und bestmögliche Versorgung, mithin ohne jeden Unternehmens- oder Gewerbebezug, ist hier nicht gemeint. Zutreffend ist zwar der Grundansatz, der gerade in einer Pandemiesituation mit – damals – erheblicher Impfstoffknappheit von einer massiven Konkurrenzsituation zwischen Patienten und ihren Bedürfnissen in verschiedenen Risikogruppen ausgeht. Richtig ist auch, dass die ungerechtfertigte Bevorzugung eines Geimpften in letzter gedanklicher Konsequenz zu einer Erkrankung und zum Versterben eines Ungeimpften führen kann, der jene Impfdosis nicht erhalten hat.

Eine derartige Auslegung, die auch den Wettbewerb zwischen den Patienten um die schnellst- und bestmögliche Versorgung erfasst, stünde aber im Widerspruch mit der oben beschriebenen durch Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Auslegung des Begriffes des inländischen oder ausländischen Wettbewerbs.

Der Wortlaut ließe zwar noch eine entsprechende Auslegungsvariante zu, denn es wird hier allgemein von „Wettbewerb“ gesprochen. Sofern man den juristischen Fachsprachgebrauch also außer Acht ließe, könnte nach einem allgemeinen Verständnis auch der Wettbewerb zwischen den Patienten als erfasst angesehen werden. Systematisch sind die §§ 299a und 299b StGB aber im 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches („Straftaten gegen den Wettbewerb“) verortet. Die vorstehenden §§ 298 (Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen) und 299 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr) setzen eine „Ausschreibung über Waren oder Dienstleistungen“ (§ 298 StGB) und ein Handeln im geschäft-

lichen Verkehr (§ 299 StGB) voraus, haben damit beide Unternehmens- bzw. Gewerbebezug und beziehen sich auf Wettbewerb im wirtschaftlichen Sinne. An keiner Stelle im Gesetzgebungsverfahren wurde die Ansicht geäußert, Wettbewerb zwischen Patienten selbst solle ebenfalls erfasst sein. In der Begründung des Gesetzentwurfes der BReg. (Dr. 360/15 v. 14.8.2015, S. 7/8) heißt es:

„Korruption im Gesundheitswesen stört den Wettbewerb und benachteiligt lauter agierende Marktteilnehmer. Sie kann auch zulasten der Qualität in der medizinischen Versorgung gehen, weil Wettbewerbsvorteile nicht mehr durch Preis und Qualität, sondern mit Hilfe unlauterer Bevorzugung erzielt werden (vgl. Schneider, StV 2010, 365, 368). Folge sind außerdem eine Verteuerung medizinischer Leistungen und steigende Kosten im Gesundheitswesen.“

Von einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs zwischen Patienten ist auch an dieser Stelle nicht die Rede.

Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde (Art. 103 Abs. 2 GG). Eine Auslegung, die auch den Wettbewerb in diesem Sinne als erfasst ansehen würde, verließ den Bereich zulässiger Interpretation und Konkretisierung der §§ 299a und 299b StGB und überschritte die Grenze zur unzulässigen Analogie. Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich und notwendig erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will (vgl. statt vieler BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 28.7.2015 – 2 BvR 2558/14, 2 BvR 2571/14, 2 BvR 2573/14).

Die durch die Generalstaatsanwaltschaft in ihrer Verfügung vom ... vorgetragene dahingehende Argumente, das Patientenwohl und das Vertrauen der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen habe insbesondere dadurch gelitten und das Wohl zahlreicher Impfinteressierter sei dadurch massiv beeinträchtigt worden, dass „knapper und möglicherweise lebensrettender Impfstoff nicht an Anspruchsberechtigte in der sorgsam festgelegten Reihenfolge, sondern gegen Bezahlung an Mitarbeiter eines Luxushotels verimpft“ worden sei, sind völlig zutreffend. Ohne eine dahingehende gesetzgeberische Entscheidung, auch den Wettbewerb zwischen den Patienten um die schnellst- und bestmögliche Versorgung durch die Vorschriften der §§ 299a und 299b StGB zu erfassen, ist eine derartige – moralisch fragwürdige – Vorgehensweise jedenfalls nicht als strafbar unter diese Vorschriften zu subsumieren. Angesichts der möglichen Anwendbarkeit des § 246 Abs. 2 StGB (vergleiche dazu im Folgenden) und des die §§ 299a und 299b StGB übersteigenden Strafrahmens dieser Vorschrift besteht möglicherweise aber auch kein Bedürfnis, Konstellationen wie die hiesige zwingend unter diese Vorschriften zu subsumieren, um das begangene Unrecht sachgerecht erfassen zu können.

(4) Selbst wenn der Wettbewerb zwischen den Patienten um die schnellst- und bestmögliche Versorgung ebenfalls als von den §§ 299a und 299b StGB als erfasst angesehen würde, wären jene weiters erforderlichen beeinflussten Entscheidungen der Nrn. 1 bis 3 nicht gegeben.

Die „Verordnung von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten“ (jeweilige Nr. 1) ist nicht betroffen. Der Beschuldigte Dr. E. verschrieb den verabreichten Impfstoff nicht in dem oben beschriebenen Sinne. Auf die bloße Abgabe des Impfstoffes an die impfwilligen Hotelmitarbeiter kann nicht abgestellt werden: Diese – mögliche – Variante wurde im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich gestrichen.

Ebenso kann in der Variante der Nr. 2 nicht auf den Bezug des Impfstoffes durch die Impfwilligen bzw. die O abgestellt werden. Nach den oben beschriebenen Vorgaben ist nicht der Bezug durch den Patienten, sondern durch den Heilberufangehörigen gemeint. Dieses ergibt bereits der

Wortlautzusammenhang: Jenes „er“ bezieht sich auf den Heilberufsangehörigen („dass er (...) bei dem Bezug von Arznei- oder Hilfsmitteln oder von Medizinprodukten, die jeweils zur unmittelbaren Anwendung durch den Heilberufsangehörigen oder einen seiner Berufshelfer bestimmt sind, (...) einen anderen (...) bevorzuge (...)“). Eine dahingehende Auslegung, es sei auch der Bezug durch den Patienten gemeint, widerspricht dem Wortlaut der Vorschrift.

Aus ähnlichen Gründen scheidet auch die Anwendung der Nr. 3 aus: Nicht entscheidend ist, ob die O dem Beschuldigten Dr. E. die impfwilligen Hotelmitarbeiter zugeführt haben könnte, sondern dieser müsste in Erfüllung der Unrechtsabrede Patienten zugeführt haben.

(B)

Allerdings erfüllt(e) das Verhalten des Beschwerdeführers den Tatbestand der Beihilfe zur Unterschlagung (§§ 246 Abs. 1, 27 Abs. 1 StGB).

[...]

Anmerkung zu LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 24. 1. 2022 – 18 Qs 24/21, 18 Qs 25/21

Markus Gierok und Tilmann Dittrich

I. Der Wettbewerbsbegriff der §§ 299a, 299b StGB

Das LG Nürnberg-Fürth musste entscheiden, ob die Tatbestände der §§ 299a, 299b StGB bei einer durch finanzielle Zuwendungen motivierten Verabreichung von Impfstoff entgegen der Corona-Impfverordnung anwendbar sind. Im Mittelpunkt des Beschlusses steht damit die Frage, ob der Anwendungsbereich der §§ 299a, 299b StGB eröffnet ist, wenn Patienten einem Heilberufsangehörigen einen Vorteil zuwenden, um sich gegenüber anderen Patienten eine schnellere oder bessere Gesundheitsversorgung zu sichern.

Die Generalstaatsanwaltschaft Nürnberg, bei der seit Herbst 2020 die Bayerische Zentralstelle zur Bekämpfung von Betrug und Korruption im Gesundheitswesen (ZKG) angesiedelt ist, sah das Tatbestandsmerkmal der „*Bevorzugung im inländischen oder ausländischen Wettbewerb*“ in dieser Konstellation als erfüllt an. Zwar zielt das Tatbestandsmerkmal primär auf den Wettbewerb zwischen Heilberufsangehörigen ab. Wortlaut und Gesetzeszweck sprechen indes für die Einbeziehung des Wettbewerbs zwischen Patienten¹, da zentrale Schutzgüter der Vorschriften auch das Patientenwohl sowie das Vertrauen in das Gesundheitssystem und die Integrität heilberuflicher Leistungen seien².

Das LG ist dem zu Recht nicht gefolgt:

Anhand des Wortlauts „*Wettbewerb*“ lässt sich die Frage nach der Einbeziehung von Konkurrenzsituationen unter Patienten nicht eindeutig beantworten. Das LG Nürnberg-Fürth verweist insofern zutreffend darauf, dass dieser außerhalb des juristischen Fachsprachgebrauchs durchaus erfasst sein könnte³.

Die systematische Auslegung spricht indessen gegen die Einbeziehung: Der Gesetzgeber hat die §§ 299a, 299b StGB im 26. Abschnitt des StGB unter dem Titel „*Straftaten gegen den Wettbewerb*“ verortet. Der Wettbewerbsbegriff des ebenfalls dort geregelten § 299 StGB geht historisch auf den

Wettbewerbsbegriff des UWG zurück⁴. Der lauterkeitsrechtliche Wettbewerbsbegriff schließt dabei die „Nachfrager“ nach einer Geschäftsverbindung mit Dritten zwar nicht kategorisch aus⁵. Allerdings können nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG nur Unternehmen, nicht aber Verbraucher „*Mitbewerber*“ sein. Zudem definierte § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG in seiner bis zum 29.12.2008 geltenden Fassung als „*Wettbewerbshandlung*“ jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern. Dementsprechend erfasst der Wettbewerb i. S. d. § 299 Abs. 1 StGB nicht den Absatz gegenüber den nicht gewerblich tätigen Verbrauchern⁶. Dies muss auch für §§ 299a, 299b StGB gelten, sodass auch der Absatz gegenüber Patienten nicht erfasst ist.

Aufschluss gibt zudem die Untersuchung der Schutzgüter der §§ 299a, 299b StGB. Laut der Begründung des Regierungsentwurfs, der sich die Generalstaatsanwaltschaft Nürnberg angeschlossen hatte⁷, sollen die Straftatbestände neben der Sicherung eines fairen Wettbewerbs im Gesundheitswesen dem Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen sowie mittelbar dem Schutz der Vermögensinteressen von Wettbewerbern, Patienten und gesetzlichen Krankenversicherungen dienen⁸. Eine starke Fraktion in der Literatur positioniert sich indes gegen eine derartige Rechtsgutsvermischung und sieht allein den Wettbewerb im Gesundheitswesen als geschützt. Die in der Entwurfsbegründung genannten weiteren Ziele sollen allenfalls mittelbar i. S. e. Reflexwirkung geschützt werden⁹. Ein bloß faktischer Schutz des Vertrauens der Patienten in die Integrität der Heilberufsträger stünde aber einer Ausweitung des Wettbewerbsbegriffs auf die Konkurrenz unter Patienten um eine Gesundheitsleistung entgegen.

Selbst wenn man den §§ 299a, 299b StGB sämtliche der in der Entwurfsbegründung genannten Schutzziele zugrunde legen wollte, wäre doch dem LG Nürnberg-Fürth darin zuzustimmen, dass bereits der Entwurfsbegründung zu entnehmen ist, dass allein der Wettbewerb zwischen Unternehmen gemeint sei¹⁰. Dass darüber hinaus der Wettbewerb zwischen Patienten erfasst sein soll, sei an keiner Stelle des Gesetzgebungsverfahrens geäußert worden¹¹.

- 1) Bzw. an einer Impfung interessierten Personen.
- 2) LG Nürnberg-Fürth, BeckRS 2022, 4626, Rdnr. 14.
- 3) LG Nürnberg-Fürth, BeckRS 2022, 4626, Rdnr. 51.
- 4) *Dannecker*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, § 299, Rdnrn. 1 f.
- 5) *Gloy*, in: *Gloy/Loschelder/Danckwerts*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2019, § 4 UWG, Rdnr. 20; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, 40. Aufl. 2022, Einl., Rdnr. 1.7.
- 6) *Krick*, in: *MüKo/StGB*, 3. Aufl. 2019, § 299, Rdnr. 76.
- 7) LG Nürnberg-Fürth, BeckRS 2022, 4626, Rdnr. 14.
- 8) BT-Dr. 18/6446, S. 12f. Zustimmend *Meyer*, Strafbare Korruption bei Kooperationen mit den Gesundheitshandwerken, 2021, S. 122ff.; *Schröder*, NZWiSt 2015, 321, 325; *Schuh*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, §§ 299a, 299b StGB, Rdnr. 8; *Tetzlaff*, Im Spannungsverhältnis zwischen Kooperation und Korruption im Gesundheitswesen, 2020, S. 72ff.; *Türke*, Die Strafbarkeit des Apothekers nach § 299a StGB im Lichte des Pharmamarketings, 2021, S. 97.
- 9) *Jansen*, Der Schutz des Wettbewerbs im Strafrecht, 2021, S. 431f.; *Köbel*, medstra 2016, 193f.; *Kronawitter*, Korruption im Gesundheitswesen, 2018, S. 103ff.; *Tsambikakis*, medstra 2016, 131, 132f.; die anderen Schutzgüter außerhalb des Wettbewerbs stellen „Sekundärrechtsgüter“ dar, so *Kubiciel/Tsambikakis*, medstra 2015, 11, 14; *Pfohl*, Korruption im Gesundheitswesen, 2020, S. 100f.; *Gaede*, in: *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. 2021, Rdnr. 1313.
- 10) LG Nürnberg-Fürth, BeckRS 2022, 4626, Rdnr. 48, vgl. auch Rdnr. 41.
- 11) LG Nürnberg-Fürth, BeckRS 2022, 4626, Rdnr. 51.

Rechtsanwalt Dr. iur. Markus Gierok,
Kanzlei Tsambikakis & Partner mbB,
Agrippinawerft 30, 50678 Köln, Deutschland

Tilmann Dittrich, LL.M. (Medizinrecht), Doktorand,
Düsseldorf, Deutschland