

Aufsätze und Kurzbeiträge

Strafverfahrensrecht

Ref. iur. Maximilian Koddebusch,¹ Münster

Verfolgung von Korruption im Gesundheitswesen ohne Telekommunikationsüberwachung – Nicht nur misslich für die Ermittlungsbehörden!

In Ermittlungsverfahren, die ein Delikt nach § 299 StGB (Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr) zum Gegenstand haben, darf – unter den weiteren Voraussetzungen des § 100a Abs. 1 StPO – die Überwachung der Telekommunikation nach § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. s) StPO gegen den Verdächtigen angeordnet werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich der Verdacht auch auf die Verwirklichung eines Regelbeispiels gemäß § 300 S. 2 StGB erstreckt.

Dagegen sucht man die §§ 299a f. StGB (Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen) im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO vergeblich. Dies sorgt für Irritationen, da die in § 300 StGB vorgesehene Strafraumenverschiebung nicht allein Delikte nach § 299 StGB betrifft, sondern unter identischen Voraussetzungen auch eine strafschärfende Wirkung hinsichtlich der mit § 299 StGB wesensverwandten Vorschriften der §§ 299a f. StGB entfaltet.

Ziel des Beitrags ist es, aufzuzeigen, dass es keine sachliche Rechtfertigung für diese Divergenz gibt.

I. Problemaufriss

Seit Mitte des Jahres 2016 sind die Vorschriften zur strafrechtlichen Ahndung von Korruption im Gesundheitswesen (§§ 299a f. StGB) in Kraft. Die Rechtsprechung hat unterdessen noch keine Gelegenheit dazu erhalten, sich zu den Normen zu äußern. Wenngleich damit in absehbarer Zeit zu rechnen sein dürfte, fallen auch die ersten Zwischenberichte aus den Kreisen der Ermittlungsbehörden einerseits² und der Anwaltschaft andererseits³ eher bescheiden aus.

Man wird insoweit mit guten Gründen die Frage aufwerfen können, ob dies anders zu erwarten war. Zum einen betreffen die §§ 299a f. StGB das Gesundheitswesen, das von einem regelrechten Kaleidoskop unterschiedlicher Rechtsgebiete, Vorschriften und branchenspezifischer Kodizes reguliert wird. Die noch nicht restlos geklärte Frage nach dem Einfluss der gesundheitsrechtlichen Vorgaben auf die Delinquenz gemäß §§ 299a f. StGB und die Anwendung derselben im Einzelfall können – gerade dort, wo es keine Schwerpunktstaatsanwaltschaften gibt⁴ – zu nachvollziehbaren rechtlichen Bewertungsschwierigkeiten führen. Jedenfalls aber dürfte die Komplexität der Materie die Verfahren in die Länge ziehen.⁵ Der Mangel an Präzedenzfällen kommt in diesem Zusammenhang erschwerend hinzu. Zum anderen wird man die tatsächlichen Schwierigkeiten bei den Ermittlungen in Korrup-

¹ Maximilian Koddebusch ist einer der Gewinner des Aufsatzwettbewerb der WiJ 2019.

² *Badle medstra* 2017, 1, 2.

³ Nach *Warmtjen BerlAnwBl* 2017, 413, 414, ist die „von vielen befürchtete, von manchen erhoffte ‚Ermittlungswelle‘“ ausgeblieben.

⁴ In diese Richtung *Bannenberg* in: *Wabnitz/Janovsky*, Hdb. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 4. Aufl. 2014, Kap. 12 Rn. 116: „Die erfolgreiche Verfolgung von Korruptionsdelikten ist maßgeblich von Erfahrungswissen und qualifiziertem Personal abhängig.“; vgl. hierzu auch den dort enthaltenen Verweis auf BGH NJW 2006, 925, 929; im Übrigen auch *Gaede* in: *Leitner/Rosenau*, Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, 2017, § 299a StGB Rn. 29; *Geiger CCZ* 2016, 172, 176. Demgegenüber hält *Graalman-Scheerer* die Bildung von Zentralstellen nicht für erforderlich, da die personelle Ausstattung in den Wirtschaftsabteilungen der Staatsanwaltschaften „teilweise genauso gut, wenn nicht so gar besser“ sei; *MedR* 2017, 601, 610.

⁵ Dies gesteht auch *Graalman-Scheerer MedR* 2017, 601, 611, ein; gleicher Ansicht insoweit *Bannenberg* in: *Wabnitz/Janovsky*, Hdb. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 12 Rn. 120.

tionssachen berücksichtigen müssen. Schon tatbestandsbedingt ist die Begehung eines Korruptionsdelikts in der Regel schwierig und – wenn überhaupt – nur unter aufwändiger Ermittlungsarbeit nachzuweisen.⁶

Man wird zwar davon ausgehen dürfen, dass die Staatsanwaltschaften sich das notwendige Fachwissen über den Gesundheitsbereich – wenn nicht ohnehin schon vorhanden – mittelfristig aneignen werden. Die Nachweisschwierigkeiten tatsächlicher Natur werden hierdurch jedoch nicht aus der Welt geschafft.

Soweit derzeit ersichtlich, besteht die einzige Lösung für diese missliche Situation derzeit darin, den Strafverfolgungsbehörden weitergehende Rechte zur Erforschung des Sachverhaltes an die Hand zu geben. Die Erweiterung der Ermittlungsbefugnisse kann dazu beitragen, Begebenheiten aufzuklären und Missverständnisse auszuräumen oder wenigstens einzudämmen.

II. Gegebene Ermittlungsmöglichkeiten und Erweiterungsbedarf

Die den Ermittlungsbehörden de lege lata offenstehenden Ermittlungsmethoden beschränken sich primär auf die Durchsuchung von Praxen, Wohnungen und sonstigen Räumlichkeiten verdächtiger Heilberufler, mutmaßlicher Vorteilsgeber oder Dritter gemäß §§ 102 ff. StPO. Daneben und regelmäßig in Kombination mit Durchsuchungen ist etwa noch die oftmals darauf aufbauende Sicherstellung von Gegenständen zu Beweis Zwecken nach Maßgabe der §§ 94 ff. StPO zulässig.⁷ Der Vollständigkeit halber sei außerdem darauf hingewiesen, dass der Einsatz verdeckter Ermittler beim Verdacht gewerbs-, gewohnheits- oder bandenmäßiger Tatbegehung gemäß § 110a Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 4 StPO zumindest denkbar ist.⁸

1. Defizite der bestehenden Ermittlungskompetenzen

Hinsichtlich des Einsatzes eines verdeckten Ermittlers ist zunächst festzuhalten, dass diese Ermittlungsmaßnahme aufgrund der Notwendigkeit einer Legendenerstellung gemäß § 110a Abs. 2, 3 StPO zu sperrig und zu unpraktisch für die ständige Strafverfolgung ist. Mag im Einzelfall auf einen verdeckten Ermittler zurückgegriffen werden, wird die breite Masse der Verdachtsfälle schon aufgrund von Personalmangel bei den Polizeibeamten nicht mit solchen Mitteln erforscht werden können. Da rechtliche Ungewissheiten insbesondere im Hinblick auf den Begriff der „Straftat von erheblicher Bedeutung“ die Anordnungsvoraussetzungen im Übrigen verwässern⁹, stellt der Einsatz eines verdeckten Ermittlers zwar eine theoretisch auch im Rahmen der §§ 299a f. StGB mögliche, praktisch jedoch in den wenigsten Fällen umzusetzende Ermittlungsmöglichkeit dar.

Die damit einhergehende wesentliche Begrenzung der Ermittlungsinstrumente auf die Durchsuchungsbefugnis birgt zwei Kernprobleme:

Zum ersten zielen Durchsuchungen ihrer Natur nach insbesondere auf das Auffinden von der Beschlagnahme fähigen Beweismitteln ab.¹⁰ Darunter sind alle beweglichen oder unbeweglichen Sachen zu verstehen, die unmittelbar oder mittelbar für die Tat oder die Umstände ihrer Begehung Beweis erbringen können.¹¹ Mithin wird die Stoßrichtung von Durchsuchungen im hiesigen Kontext primär darauf ausgelegt sein, schriftliche Unterlagen oder sonstige körperliche Gegenstände aufzuspüren, die das Bestehen einer vermuteten Unrechtsvereinbarung dokumentieren könnten. Da es derartige Aufzeichnungen aber in vielen Fällen nicht geben wird¹², steht zu erwarten, dass die Durchsuchungen im Ergebnis

⁶ Zu den Nachweisschwierigkeiten allgemein *Bannenber* in: Wabnitz/Janovsky, Hdb. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 12 Rn. 120; speziell im Rahmen von Korruption im Gesundheitswesen vgl. exemplarisch *Badle* NJW 2008, 1028; *Brettel/Mand* A&R 2016, 99, 104; *Cosack* ZfS 2013, 226, 232; *Dann/Schalz* NJW 2016, 2077, 2079; *Dannecker/Schröder* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen: StGB, 5. Aufl. 2017, § 299a Rn. 134 f.; *Gaede* in: Leitner/Rosenau, Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, § 299a StGB Rn. 55; *Rauer/Pfuhl* PharmR 2016, 357, 360.

⁷ Zu den strafprozessualen Ermittlungsmöglichkeiten *Graalman-Scheerer* MedR 2017, 601 (610); *Köbler* MedR 2017, 783, 785; *Momsen/Laudien* in: BeckOK StGB, 38. Edition Stand 01.05.2018, § 299a Rn. 34 ff.

⁸ *Gaede* in: Leitner/Rosenau, Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, § 299a StGB Rn. 26; *Momsen/Laudien* in: BeckOK StGB, § 299a Rn. 35.

⁹ Zur – mit unbestimmten Rechtsbegriffen gespickten – Auslegung *Bruns* in: Karlsruher Kommentar StPO, 7. Aufl. 2013, § 110 Rn. 21; *Günther* in: Münchener Kommentar StPO Bd. 1, 2014, § 98a Rn. 25.

¹⁰ *Bruns* in: Karlsruher Kommentar StPO, § 102 Rn. 4; *Hegmann* in: BeckOK StPO, 30. Edition Stand 01.06.2018, § 102 Rn. 5; *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. 2018, Rn. 51.

¹¹ *Hauschild* in: Münchener Kommentar StPO Bd. 1, § 102 Rn. 5; *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, Rn. 51.

¹² Zur Verschleierung der Korruptionsdelikte *Gädigk* medstra 2015, 268, 272; *Heil/Oeben* PharmR 2016, 217, 219; vgl. zudem *Brettel/Mand* A&R 2016, 99, 104; *Rauer/Pfuhl* PharmR 2016, 357, 360.

häufig erfolglos verlaufen werden. In Anbetracht dessen bedarf es der Schaffung eines alternativen Anknüpfungspunktes für die Ermittlungsarbeit ausgehend von den zu sichernden Beweismitteln.

Das zweite Problem der Durchsuchungsmaßnahmen ist deren fehlende Heimlichkeit.¹³ So ordnet § 106 Abs. 1 S. 1 StPO unmissverständlich an, dass der Inhaber der zu durchsuchenden Räume ein Anwesenheitsrecht hat. Die Ermittlungsbehörden sind nach § 106 Abs. 1 S. 2 StPO sogar gehalten, im Falle der Abwesenheit des Inhabers einen Vertreter, Angehörigen, Hausgenossen oder gar einen Nachbarn hinzuzuziehen. Mit der Durchführung einer Durchsuchung wird somit der gesamte Ermittlungsstand offengelegt und auf eine Karte gesetzt, da einem Verdächtigen von dem Tag der Durchsuchung an nicht mehr verborgen ist, dass gegen ihn ermittelt wird.¹⁴ Sollte die Durchsuchung Beweisstücke zutage fördern, die seine Strafbarkeit belegen, ist dies zwar einerlei. Im ebenfalls wahrscheinlichen gegenteiligen Szenario allerdings ist der Verdächtige gewarnt und kann im Anschluss an die Durchsuchung unbehelligt etwaige doch bestehende Beweise vernichten oder beiseiteschaffen. Der Nachweis der Unrechtsvereinbarung und mit ihm der Ermittlungserfolg rücken dadurch in noch weitere Ferne.

2. Bedürfnis nach der Telekommunikationsüberwachung

Das Verhältnis zwischen Beweisschwierigkeiten einerseits und den diesen gegenüberstehenden Ermittlungsmöglichkeiten der Strafverfolgungsorgane andererseits stellt sich damit als in hohem Maße unausgeglichen dar. Diese fehlende Balance gilt es herzustellen. Aufgrund der drohenden Ineffizienz von Durchsuchungen wegen der Nichtexistenz körperlicher Beweismittel erstens und aufgrund der zu befürchtenden „one-shot“-Ermittlungen zweitens könnte man den Ermittlungsfokus auf die Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung verschieben.¹⁵

Eine Aufnahme der §§ 299a f. StGB in den Katalog schwerer Straftaten des § 100a Abs. 2 StPO würde die Ermittlungsbehörden in die Position versetzen, die umfassende Telekommunikation eines Beschuldigten zu observieren. Zur Telekommunikation gehört dabei nicht nur der klassische „Fernmeldeverkehr“, sondern auch sämtliche Formen moderner Kommunikation beispielsweise in der Gestalt von Paging- und SMS-Diensten, E-Mails oder Internetchats sind hier zu verorten.¹⁶ Man würde dem Problem der zumeist konkludent geschlossenen Unrechtsvereinbarung also damit begegnen, dass die Ermittlungsbehörden nicht darauf angewiesen wären, verkörperte Beweise für ihr Bestehen zu finden. Verdächtige könnten nämlich etwa durch mündliche Äußerungen in Telefonaten überführt werden könnten. Dies bietet sich gerade bei ineinandergreifenden Delikten wie den §§ 299a; 299b StGB an, die – außer in Szenarien einseitiger „Unrechtsvereinbarungen“¹⁷ – mindestens zwei die Unrechtsvereinbarung lebende Personen, den Geber und den Nehmer, voraussetzen. Die Einfügung in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO würde darüber hinaus auch das Abhören und die Aufzeichnung des außerhalb von Wohnungen nichtöffentlich gesprochenen Wortes gemäß § 100f Abs. 1 StPO, die Erhebung von Verkehrsdaten nach § 100g Abs. 1 StPO sowie Schritte der technischen Observation gemäß § 100h StPO dem Grunde nach legitimieren, da diese Maßnahmen allesamt auf den Katalog in § 100a Abs. 2 StPO verweisen.

Diese Kompetenzerweiterung würde den Ermittlungsbehörden zumindest weitere Instrumente zur Verfügung stellen und ihnen als eine Art Kompensation für die zumeist unausweichlichen Beweisschwierigkeiten jedenfalls eine reellere Chance verschaffen, eben diese zu überwinden. Im Gegensatz zur Durchsuchung lässt sich die Überwachung der Tele-

¹³ Hauschild in: Münchener Kommentar StPO Bd. 1, § 106 Rn. 1: „offene[r] Charakter der Durchsuchung“; vgl. auch Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, Rn. 167.

¹⁴ Gerade bei mehreren Zielpersonen sind Durchsuchungsmaßnahmen häufig fehleranfällig und gefährden den Ermittlungserfolg, vgl. hierzu Bannenberg in: Wabnitz/Janovsky, Hdb. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 12 Rn. 125.

¹⁵ Schon im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens forderte etwa der Deutsche Richterbund im November 2015, den Ermittlungsbehörden die Möglichkeit der Telekommunikationsüberwachung an die Hand zu geben, vgl. Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 22/15, S. 4; hierzu auch Damas wistra 2017, 128, 135.

¹⁶ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 36 Rn. 4; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, § 100a StPO Rn. 6 ff.

¹⁷ Letztlich handelt es sich etwa bei der Forderung von Vorteilen nicht um eine Vereinbarung, dazu Pragal/Handel medstra 2015, 337, 339.

kommunikation nämlich heimlich durchführen, sodass der Verdächtige von den Ermittlungen gegen ihn nicht erfährt.¹⁸

Um dem Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen auch aus strafprozessualer Perspektive Ausdruck zu verleihen, wäre die Adaption der §§ 299a f. StGB in § 100a Abs. 2 StPO vor diesem Hintergrund von Anfang an geboten gewesen.¹⁹

III. Begründungsansätze für die fehlende Ermittlungskompetenz

Deswegen liegt die Frage nahe, warum der Gesetzgeber es unterlassen hat, die §§ 299a f. StGB in den Katalog des § 100a Abs. 2 Nr. 1 StPO zu implementieren. Explizite Erklärungen hierzu sucht man in den Gesetzgebungsmaterialien vergeblich.

Umso mehr überrascht das Fehlen der §§ 299a f. StGB im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO jedenfalls beim Verdacht der Verwirklichung der Regelbeispiele des § 300 S. 2 StGB, da potenzielle Täter des § 299 StGB unter den Voraussetzungen des § 300 S. 2 StGB nach Maßgabe von § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. s) StPO überwacht werden dürfen. Diese Ungleichbehandlung mutet deshalb seltsam an, weil die Vorschriften der Bestechlichkeit und der Bestechung im Gesundheitswesen ersichtlich an § 299 StGB angelehnt sind.²⁰ Sie sind parallel zu § 299 StGB konstruiert, schützen dieselben Rechtsgüter, weisen identische Strafmaße aus und sind gleichermaßen in die Systematik des § 300 StGB einbezogen. Die Divergenz auf der Ebene der Telekommunikationsüberwachung ist somit schwer nachzuvollziehen.

1. Redaktionsversehen?

Ein Redaktionsversehen ist in Anbetracht des langen Gesetzgebungsverfahrens und der verbreiteten Anregungen, die Telekommunikationsüberwachung auch im Rahmen der §§ 299a f. StGB zuzulassen²¹, eher unwahrscheinlich.²² Dies gilt besonders in Anbetracht des Umstandes, dass ein früherer Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 05.07.2013²³, der seinerzeit dem Grundsatz der Diskontinuität anheimgefallen ist, diese Maßnahme noch ausdrücklich vorsah. Zur Begründung hieß es darin damals:

„[Die Möglichkeit der Telekommunikationsüberwachung] ist zur Aufklärung und effektiven Bekämpfung hochorganisiert funktionierender korruptiver Systeme notwendig, zumal diese typischerweise durch heimliche und verschleierte Absprachen gekennzeichnet sind und nach außen nicht in Erscheinung treten.“²⁴

2. Vertraulichkeit des Arzt-Patienten-Verhältnisses?

Warum nun ein Sinneswandel auf legislativer Ebene stattgefunden hat, ist nicht erkennbar. Die Abkehr von der Telekommunikationsüberwachung im Rahmen der Gesundheitskorruption wurde allerdings schon durch einen Gesetzesentwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz eingeleitet, der für sich beanspruchte, den vorgenannten Entwurf des Bundesrates aus der vorherigen Legislaturperiode weiterzuentwickeln.²⁵ Zum Thema wurde dort ausgeführt, dass *„auf die Möglichkeit einer Telekommunikationsüberwachung im Interesse eines effektiven Schutzes des Vertrauensverhältnisses zwischen Heilberufangehörigen und Patient verzichtet“* werden sollte.²⁶

Dieser Argumentationsansatz wird heutzutage auch anderenorts aufgegriffen und verfochten.²⁷ Der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patienten dürfte dabei tatsächlich – insoweit ist *Cosack* beizupflichten – als das einzige rationale Argument für die

¹⁸ *Bruns* in: *Karlsruher Kommentar StPO*, § 100a Rn. 1; *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, Rn. 167.

¹⁹ *Cosack* ZRP 2016, 18; *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme Nr. 22/15, S. 4.

²⁰ Der Tatbestand ist nach *BT-Drucks. 18/6446* vom 21.10.2015, S. 16, *„der Vorschrift des § 299 StGB nachgebildet“*; vgl. auch *Bittmann/Brockhaus/Rübenstahl/Schröder/Tsambikakis* WiJ 2015, 176, 184; *Kubiciel/Tsambikakis* *medstra* 2015, 11, 14; *Mansdörfer* *JM* 2016, 213, 214.

²¹ *Cosack* ZRP 2016, 18, 19; *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme Nr. 22/15, S. 4; *Gädigk* *medstra* 2015, 268, 272; *Kubiciel* *HRRS* 2013, 213, 217.

²² So auch *Cosack* ZRP 2016, 18, 19.

²³ *BR-Drucks. 451/13* vom 05.07.2013.

²⁴ *BR-Drucks. 451/13* vom 05.07.2013, S. 21.

²⁵ *BR-Drucks. 16/15* vom 15.01.2015, S. 3.

²⁶ *BR-Drucks. 16/15* vom 15.01.2015, S. 4.

²⁷ *Momsen/Laudien* in: *BeckOK StGB*, § 299a Rn. 7; *Rosenau/Lorenz/Wendrich* in *Kuhlen/Kudlich* u.a.: *Korruption im Strafrecht*, 2018, S. 60 f.; in diese Richtung auch *Dannecker/Schröder* in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, *StGB*, § 299a Rn. 217, und *Gaede* in: *Leitner/Rosenau: Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, § 299a StGB Rn. 26, die den Fokus allerdings eher auf das informationelle Selbstbestimmung der Patienten richten.

Aussparung der §§ 299a f. StGB in § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. s) StPO zu bewerten sein.²⁸ Diese Überlegung findet ihre Grundlage in den Wertungen des Bundesverfassungsgerichts, das dem Gespräch zwischen einem Patienten und seinem Arzt den Rang eines regelmäßig gegen Strafverfolgungsmaßnahmen zu schützenden Individualinteresses einräumt.²⁹

a) Schutz vor Erkenntnisgewinn aus dem Kernbereich privater Lebensführung

Hiergegen wird aber zu Recht vorgebracht, dass das Arzt-Patienten-Verhältnis durch die Regelung des § 100d Abs. 1, 2 StPO – vormals § 100a Abs. 4 StPO – hinreichend geschützt ist.³⁰ Danach sind Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung im konkreten Fall unzulässig, sofern Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass durch sie allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensführung erlangt werden. Der Gesetzgeber hat demnach mit den Schutzvorschriften in § 100d Abs. 1, 2 StPO selbst das Stellrad für die Rücksichtnahme auf das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen geschaffen. Im Falle eines Miss- oder Fehlgebrauchs der Telekommunikationsüberwachung droht gemäß § 100d Abs. 2 StPO ein Beweisverwertungsverbot. Vor diesem Hintergrund überzeugt es nicht, den Strafverfolgern im Kontext der §§ 299a f. StGB den Rückgriff auf die Telekommunikationsüberwachung zu versagen.

Vereinzelt wird hierauf erwidert, dass § 100d Abs. 1, 2 StPO das Arzt-Patienten-Verhältnis nur unzureichend schützen könne, was der fehlenden Trennschärfe des Kernbereichsbegriffs geschuldet sei.³¹ Dass der Gesetzgeber in diesem Kontext mit einer Generalklausel arbeitet, ist indessen nicht zu beanstanden, zumal der Begriff des Kernbereichs privater Lebensführung bereits hinreichend präzisiert ist.³²

Selbst wenn man darüber aber nicht hinwegsehen wollte, ist auch schon auf vorgelagerter Ebene fraglich, ob § 100d Abs. 1, 2 StPO im Hinblick auf Gespräche eines Arztes mit seinem Patienten überhaupt Anwendung findet, sofern es der Arzt ist, der einer Straftat nach § 299a StGB verdächtig ist. Die Vorschrift bezweckt nämlich ausschließlich den Geheimnis- und Persönlichkeitsrechtsschutz des Patienten. Es ist allein der Patient, der im Arztgespräch sein Innerstes nach außen kehrt, was Voraussetzung für die Kernbereichsrelevanz ist.³³ Dass der Kernbereich privater Lebensführung des Arztes, also des Tatverdächtigen, durch die Abhörung seines Gesprächs mit einem Patienten tangiert würde, ist demgegenüber fernliegend. Für den Arzt stellt das Gespräch mit dem Patienten in erster Linie eine berufsbedingte Tätigkeit dar, die ihn lediglich in seiner Sozialsphäre betrifft. Es wäre in hohem Maße unbillig, den Arzt in den Genuss der Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote in § 100d Abs. 1, 2 StPO kommen zu lassen, obwohl diese nach ihrem Zweck gar nicht auf den Schutz seiner persönlichen Sphäre ausgerichtet sind.

Anders läge der Fall natürlich, sollte der Arzt sich mit einem anderen Arzt besprechen, dessen Patient er selbst ist. Solche Situationen wären aber – wie bei jedem anderen Tatverdächtigen auch – selektiv von der Überwachung auszusparen, ohne dass hierdurch die grundsätzliche Berechtigung der Überwachung des Arztes in Zweifel zu ziehen ist.

b) Regelungen zu Ermittlungen bei Berufsgeheimnisträgern

Aber auch abgesehen davon leuchtet es nicht ein, warum der Schutz des Arzt-Patienten-Verhältnisses den Arzt davor bewahren sollte, zum Subjekt einer Telekommunikationsüberwachung wegen des Verdachts der Bestechlichkeit im Gesundheitswesen zu werden. Mit dieser Begründung könnte man dem Arzt einen Persilschein für die privilegierte Behandlung im Rahmen aller erdenklichen Ermittlungsverfahren ausstellen.

Sofern ein Arzt durch bestimmte Vereinbarungen – oder auch nur durch die Forderung eines Vorteils, die für die Verwirklichung des § 299a StGB bekanntlich ausreicht – den lauten Wettbewerb gefährdet, geschieht dies in aller Regel im Zusammenwirken mit oder gegenüber anderen Beteiligten der Gesundheitsbranche: Gegenüber anderen Ärzten, gegen-

²⁸ Cosack ZRP 2016, 18, 19.

²⁹ So etwa BVerfG MedR 2006, 586, 587 f.; BVerfG NJW 2004, 999, 1003; Adaption dieser Rechtsprechung durch den Gesetzgeber in BT-Drucks. 16/5846 vom 27.06.2007, S. 36 f.

³⁰ Noch zu der Vorgängernorm in § 100a Abs. 4 StPO Gädigk medstra 2015, 268, 272.

³¹ Rosenau/Lorenz/Wendrich in Kühlen/Kudlich u.a.: Korruption im Strafrecht, 2018, S. 60 f.

³² Vgl. exemplarisch die Ausführungen von Graf in: BeckOK StPO, § 110d Rn. 6 ff.; Günther in: Münchener Kommentar StPO Bd. 1, § 100a Rn. 110 ff.

³³ Günther in: Münchener Kommentar StPO Bd. 1, § 100a Rn. 110.

über Medizinprodukteherstellern, pharmazeutischen Unternehmern oder Gesundheitshandwerkern.³⁴ Dies liegt schon in den Tatbeständen der §§ 299a f. StGB selbst begründet, die eine Bevorzugung im Zuge einer Verordnungs-, Bezugs- oder Zuführungsentscheidung des Arztes voraussetzen. Mit seinen Patienten dagegen wird der Arzt über potenzielle korrupte Praktiken deswegen kaum sprechen. Austausch über solche Themen sind dem klassischen Arzt-Patienten-Kontakt fremd und nicht Gegenstand dessen, was die Privilegierung des Arzt-Patienten-Verhältnisses zu schützen bezweckt.³⁵ Aus diesem Grunde wird in den meisten Fällen gar kein Interesse der Strafverfolgungsbehörden daran bestehen, die Arzt-Patienten-Kommunikation zu überwachen; es dürfte ihnen vielmehr auf die Kontakte des Arztes zu anderen Teilnehmern des Gesundheitsmarktes ankommen. Auch aus dieser Perspektive überzeugt der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patienten somit nicht als Ausschlussgrund für die Telekommunikationsüberwachung eines Arztes bei dem Verdacht der Begehung von Delikten nach §§ 299a f. StGB.

Diese Sichtweise wird schließlich auch durch das Gesetz bekräftigt. In § 160a Abs. 2 StPO wird das Verhältnis zwischen Ärzten, Zahnärzten und anderen Heilberuflern auf der einen und ihren jeweiligen Patienten auf der anderen Seite explizit vor staatlichen Ermittlungen geschützt. Ärzten steht gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht über das zu, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden oder bekanntgeworden ist. Diese Wertung wirkt auch im Rahmen von Ermittlungsmaßnahmen fort: Sofern gegen den Patienten eines Arztes ermittelt wird und der Arzt durch eine Ermittlungsmaßnahme in diesem Zuge betroffen würde, gilt § 160a Abs. 2 StPO. Sofern danach die Ermittlungsaktivität voraussichtlich Erkenntnisse hervorbringen wird, über die der Arzt das Zeugnis verweigern dürfte, ist ihre Durchführung nur unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeitsvoraussetzungen zulässig. Mit der Implementierung dieses relativen Beweiserhebungsverbotes³⁶ demonstriert der Gesetzgeber, dass er sich der Bedeutung um die schützenswerte Beziehung zwischen Ärzten und ihren Patienten durchaus bewusst ist. Gleichwohl räumt er ihr nicht denselben Stellenwert ein wie etwa dem Geheimnisschutz von Strafverteidigern oder geistlichen Seelsorgern, in deren Bereichen § 160a Abs. 1 StPO sogar ein absolutes Beweiserhebungsverbot statuiert.³⁷ Schon diese Abstufung lässt erkennen, dass das Arzt-Patienten-Verhältnis keine generelle Rechtfertigung für den Ausschluss bestimmter Ermittlungstechniken darzustellen vermag.³⁸

Entscheidende Bedeutung ist in diesem Kontext im Übrigen dem Verstrickungsverbot des § 160a Abs. 4 S. 1 StPO beizumessen. Danach findet insbesondere das Beweiserhebungsverbot nach § 160a Abs. 2 StPO keine Anwendung, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass der Arzt an der Tat beteiligt ist. Somit gilt es nur, sofern der Arzt nicht Beschuldigter ist.³⁹ Ist der Arzt seinerseits tatverdächtig, fehlt es an seiner Schutzwürdigkeit.⁴⁰ So hat sich auch das Bundesverfassungsgericht zur Verfassungsmäßigkeit der Regelung und insbesondere zum Verhältnis der Strafverfolgung zum Geheimnisschutz der in § 160a Abs. 1, Abs. 2 StPO genannten Gruppen folgendermaßen positioniert:

„Im Hinblick auf die Regelung des § 160a Abs. 4 StPO, nach der die in Absatz 1 und 2 enthaltenen Erhebungs-, Verwendungs- und Verwertungsverbote entfallen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass die zeugnisverweigerungsberechtigte Person an der Tat oder an einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei beteiligt ist, bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen einem Berufsgeheimnisträger und einem bei ihm Rat und Hilfe Suchenden nicht darauf gerichtet ist, den Berufsgeheimnisträger im Falle des Verdachts, sich selbst strafbar gemacht zu haben, vor staatlichen Strafverfolgungsmaßnahmen zu schützen [...]“⁴¹

In den Verfahren nach § 299a StGB wird es ohnehin praktisch nie um Beziehungen zwischen Ärzten und ihren Patienten gehen, sodass der Schutz des Arzt-Patienten-Verhältnisses nicht als Schutzschild des Arztes dienen kann. Selbst wenn dem aber im Ein-

³⁴ So auch Löffelmann recht+politik Ausg. 09/2014, 4.

³⁵ Primär geht es nämlich um die Wahrung der Privat- und Intimsphäre einzelner Patienten, vgl. exemplarisch Ratzel/Lippert, Kommentar zur MBO-Ä, 6. Aufl. 2015, § 9 Rn. 4 ff.; Scholz in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 9 MBO-Ä Rn. 1.

³⁶ Zur Einordnung Sackreuther in: BeckOK StPO, § 160a Rn. 13; Zöllner in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner, StPO, 5. Aufl. 2012, § 160a Rn. 11.

³⁷ Sackreuther in: BeckOK StPO, § 160a Rn. 4; Zöllner in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner, StPO, § 160a Rn. 3.

³⁸ Ähnlich Löffelmann recht+politik Ausg. 09/2014, 4.

³⁹ Griesbaum in: Karlsruher Kommentar StPO, § 160a StPO Rn. 13.

⁴⁰ Cosack ZRP 2016, 18, 19.

⁴¹ BVerfG NJW 2012, 833, 843.

zelfall so wäre, würde jedenfalls die Regelung des § 160a Abs. 4 S. 1 StPO einer Verteidigung des Arztes gegen Ermittlungsmaßnahmen unter Berufung auf dieses Verhältnis entgegenstehen.

Wie der Gesetzgeber dazu gekommen ist, diese bereits im Gesetz angelegten Wertungen zu übergehen, ist nicht nachvollziehbar. Klar ist nach alledem aber, dass die fehlende Möglichkeit der Telekommunikationsüberwachung nicht abstrakt mit dem schützenswerten Vertrauensverhältnis des Patienten zum Arzt legitimierbar ist.

3. Angemessenheitsaspekte?

Unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG folgt im Übrigen, dass alle erdenklichen strafprozessualen Maßnahmen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen müssen.⁴² Der gesetzgeberische Verzicht auf die Ermittlungsmaßnahmen der §§ 100a, 100f – 100h StPO wäre dementsprechend nachvollziehbar, wenn Verhältnismäßigkeitsaspekte die Ergreifung dieser Maßnahmen schon auf abstrakter Ebene – also losgelöst vom konkreten Fall⁴³ – verbieten würden. Sofern also insbesondere die Telekommunikationsüberwachung gemäß § 100a Abs. 1 StPO per se im Rahmen des Verdachts von Straftaten nach §§ 299a f. StGB unverhältnismäßig wäre, bestünde kein Anlass zu einer Ausstattung der Ermittlungsbehörden mit den entsprechenden Befugnissen.

Dass ein legitimes Bedürfnis zur Erweiterung der staatsanwaltschaftlichen Befugnisse in den Fällen der Bestechlichkeit und der Bestechung im Gesundheitswesen gegeben ist und dass insbesondere die Maßnahmen nach § 100a StPO zur Abhilfe von Nachweisschwierigkeiten geeignet und erforderlich sind, ist bereits erläutert worden.⁴⁴ Folglich begrenzt sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung hier auf die Frage, ob die Ergänzung der Kompetenzen der Verfolgungsbehörden auch verhältnismäßig im engeren Sinne wäre, mit dem Gewicht und der Bedeutung der belasteten Grundrechte also in ein angemessenes Verhältnis gebracht werden könnte.⁴⁵

a) Möglichkeit der Einordnung in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO

Nach der Einschätzung des Gesetzgebers ist der Einsatz von Mitteln nach § 100a Abs. 1 StPO gerechtfertigt, wenn der gegebene Verdacht sich auf eine schwere Straftat nach dem Katalog in § 100a Abs. 2 StPO bezieht. Die gesetzgeberische Vorstellung von schweren Straftaten erstreckt sich auf solche, die eine Mindesthöchststrafe von fünf Jahren aufweisen. Daneben sind teils auch Tatbestände mit einer geringeren Mindesthöchststrafe erfasst, wenn im Einzelfall dem geschützten Rechtsgut besondere Bedeutung zukommt oder ein besonderes öffentliches Interesse an einer Strafverfolgung besteht.⁴⁶ Diese Umschreibung schwerer Straftaten und damit verbunden die Kategorisierung von Taten, in denen die Telekommunikationsüberwachung zum Einsatz kommen darf, hat das Bundesverfassungsgericht bereits als vertretbar gebilligt.⁴⁷ Ausgehend davon könnten die §§ 299a f. StGB nur im Zusammenspiel mit dem Verdacht auf die Verwirklichung eines Regelbeispiels gemäß § 300 StGB in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO aufgenommen werden, da die Höchststrafe für Taten nach den §§ 299a f. StGB nur in derartigen Konstellationen den gesetzgeberischen Anforderungen an schwere Straftaten genügt. Begrenzt man die geforderte Kompetenzerweiterung jedoch auf diese besonders schweren Fälle der Bestechlichkeit und der Bestechung im Gesundheitswesen nach Maßgabe des § 300 StGB, wäre nach der bisherigen Marschroute des Gesetzgebers kein Hindernis für sie auszumachen:

Dem Gesetzgeber kommt bei der Zuordnung von Delikten zur Gruppe der schweren Straftaten gemäß § 100a Abs. 2 StPO ein Gestaltungsspielraum zu.⁴⁸ In Ausübung seiner Einordnungsprerogative hat er unter anderem in § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. s) StPO Vergehen nach § 299 StGB unter den weiteren Voraussetzungen des § 300 StGB als schwere Straftaten klassifiziert. Warum die hieran angelehnten Delikte der §§ 299a f. StGB anders einge-

⁴² Statt aller *Kramer*, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 8. Aufl. 2014, Rn. 234b; *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 406 ff.; *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 195.

⁴³ Auch wenn das Gesetz bestimmte Ermittlungsmethoden beim Verdacht konkreter Straftaten zulässt, kann ihre Ergreifung im Einzelfall unverhältnismäßig und damit unzulässig sein; näher dazu *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 406.

⁴⁴ Vgl. hierzu Ziffer II.

⁴⁵ *Sachs* in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 154; *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG Bd. 2, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 184.

⁴⁶ BT-Drucks. 16/5846 vom 27.06.2007, S. 80.

⁴⁷ BVerfG NJW 2012, 833, 836.

⁴⁸ BVerfG NJW 2012, 833, 836.

stuft werden sollten, ist rational nicht zu begründen.⁴⁹ Beide Delikte sind auf den Schutz des lautereren Wettbewerbs gerichtet⁵⁰, mit identischen Strafmaßen versehen und ähneln einander auf der Ebene des objektiven Tatbestandes. Dennoch ist die Telekommunikationsüberwachung de lege lata ausschließlich im Bereich der §§ 299; 300 StGB zugelassen.

b) Reputationsschutz der Betroffenen

Aber auch abgesehen von dem Vergleich der Korruptionsdelikte miteinander sprechen gute Gründe für eine Zulassung der Telekommunikationsüberwachung und damit verbundener weiterer Ermittlungsmethoden auch im Rahmen der §§ 299a f. StGB. Ihre Einführung erscheint sogar gerade im Hinblick auf diese Delikte zwingend geboten. Dies folgt aus einer gegenüberstellenden Betrachtung der gegebenen und der noch einzufügenden strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen unter besonderer Berücksichtigung des Kreises der potenziell Verdächtigen:

Da die Durchsuchung von Praxisräumen einerseits und die Telekommunikationsüberwachung andererseits unterschiedliche Angriffsrichtungen verfolgen und damit verschiedene Rechtsgüter des Verdächtigen tangieren⁵¹, sind sie hinsichtlich ihrer Eingriffsintensität nur schwerlich miteinander zu vergleichen.

Ein Gleichlauf der beiden Maßnahmen ist hingegen etwa bei der Anordnungshoheit feststellbar: Es bedarf sowohl im einen wie auch im anderen Fall einer richterlichen Anordnung, sofern nicht wegen Gefahr im Verzug die Staatsanwaltschaft ausnahmsweise zuständig ist.⁵² Sowohl die Telekommunikationsüberwachung als auch die Durchsuchung können überdies bereits beim Vorliegen eines Anfangsverdacht angeordnet werden. Einschränkend ist jedoch zu berücksichtigen, dass von der Telekommunikationsüberwachung etwas restriktiver Gebrauch zu machen ist, da sich in diesem Zusammenhang der Verdacht einer schweren Straftat auf bestimmte Tatsachen zurückführen lassen muss.⁵³ Die abstrakte Gegenüberstellung der beiden Ermittlungsmethoden mag also in Anbetracht der für die Anordnung der Telekommunikationsüberwachung notwendigen Verdachtsintensität die Tendenz hervorrufen, die Telekommunikationsüberwachung als grundsätzlich einschneidender für den Betroffenen einzuordnen als eine Durchsuchung.

In den konkreten Konstellationen, die im Rahmen der §§ 299a f. StGB zu erwarten sind, kann sich diese generelle Bewertung jedoch schnell in ihr Gegenteil verkehren: Das Ansehen eines Verdächtigen in der Öffentlichkeit wird nämlich oftmals bereits dann herabgesetzt, wenn nur bekannt wird, dass ein Ermittlungsverfahren gegen ihn im Gange ist.⁵⁴ Die Staatsanwaltschaft mag an dieser Stelle beteuern, dass man im Rahmen laufender Ermittlungen auch bei Durchsuchungen diskret vorgehen werde.⁵⁵ Selbst das diskreteste Vorgehen bei einer Durchsuchungsmaßnahme ändert aber nichts daran, dass eine Telekommunikationsüberwachung reputationsschonender sein würde. Denn es liegt bereits in der Natur solcher Überwachungsmaßnahmen, dass hierbei weniger Öffentlichkeitsaufmerksamkeit erregt wird. Schon allein deswegen, weil der Verdächtige selbst nicht mitbekommen sollte, dass seine Telekommunikation überwacht wird⁵⁶, ist hier mit einer weitaus höheren Diskretion zu rechnen, als sie bei einer Durchsuchungsmaßnahme je möglich sein könnte. Dies bedeutet für den zu überwachenden Arzt ein bedeutend geringeres Risiko für seine

⁴⁹ Ähnlich *Cosack* ZRP 2016, 18, 19.

⁵⁰ So statt vieler *Dann/Scholz* NJW 2016, 2077; *Lorenz* medstra 2017, 342, 344; *Momsen/Laudien* in: BeckOK StGB, § 299a Rn. 8; *Sartorius*, Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen, 2018, S. 36 f.; *Tsambikakis* medstra 2016, 131, 132 f.

⁵¹ Während § 100a StPO das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht betrifft, schränkt § 102 StPO in Form der Haussuchung vornehmlich Art. 13 Abs. 1 GG ein, abgrenzend hierzu *Eschelbach* in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StPO, 3. Aufl. 2018, § 100a Rn. 1 bzw. *Hadamitzky* in: ebd., § 102 Rn. 9.

⁵² Die Zuständigkeitsverteilung ergibt sich aus §§ 100e Abs. 1; 105 Abs. 1 StPO.

⁵³ Es bedarf also eines gewissen Maßes der Verdachtskonkretisierung, die für eine Durchsuchung nicht erforderlich ist, vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 36 Rn. 9.

⁵⁴ Dazu *Geiger* medstra 2017, 193.

⁵⁵ So *Gädigk* in: *Schmitt*, DFZ Ausg. 06/2015, 22, 24.

⁵⁶ Nach *Günther* in: Münchener Kommentar StPO Bd. 1, § 100a Rn. 4, stellt die Telekommunikationsüberwachung „aufgrund ihrer besonderen kriminalistischen Bedeutung die zentrale Vorschrift im Instrumentarium der heimlichen Ermittlungsmethoden dar“, vgl. zur Heimlichkeit der Maßnahme ferner *Puschke/Singelstein* NJW 2008, 113.

Reputation⁵⁷, die unter dem – selbst bei diskreter Ausführung in vielen Fällen unweigerlich entstehenden⁵⁸ – Echo einer Durchsuchung empfindlich leiden könnte.⁵⁹

Hiergegen könnte nun eingewandt werden, dass die Reputation des Täters spätestens dann geschädigt würde, wenn es zu einer Verurteilung kommt. Dies ist zwar nicht unrichtig, verkennt aber die Möglichkeit eines ex post betrachtet unbegründeten Verdachts und damit die strafrechtliche Unschuldsvermutung. Die beruflichen und sozialen Reputationschäden treffen nämlich auch diejenigen Verdächtigen, die schlussendlich frei gesprochen werden oder deren Verfahren gar vorher schon eingestellt wird.⁶⁰ Aber auch für schuldige Täter kann sich eine solche faktische Zusatzbestrafung unter Umständen härter auswirken als eine durch das Strafgericht verhängte Strafe.⁶¹ Derartige mittelbar durch das Ermittlungsverfahren hervorgerufene Schädigungen könnten dagegen mit einiger Wahrscheinlichkeit oftmals vermieden werden, wenn die Ermittlungsbehörden nicht auf das Mittel der Durchsuchung angewiesen wären.

Obwohl die StPO in Anbetracht der jeweiligen Anordnungsvoraussetzungen also die abstrakte Wertung vorgibt, dass Telekommunikationsüberwachungen die Freiheitsrechte des Betroffenen ein wenig stärker beeinträchtigen als Durchsuchungen, können sich erstere im Bereich der Korruption im Gesundheitswesen für die Ermittlungssubjekte mit Blick auf deren Reputation milder auswirken. Die Ergänzung der Ermittlungsbefugnisse im Hinblick auf besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und der Bestechung im Gesundheitswesen ist also nicht nur formal möglich, sondern aus Gründen des Verdächtigen schutzes sogar geboten und für die Ermittlungsbehörden obendrein ein erleichterndes Aufklärungsinstrument.

Die Angemessenheit einer Anordnung der Telekommunikationsüberwachung und der Maßnahmen gemäß §§ 100f – 100h StPO wird dabei auch im Einzelfall durch fallspezifisch zu beurteilende Mechanismen abgesichert, die im jeweiligen Tatbestand verankert sind. So wird etwa die fallindividuelle Verhältnismäßigkeit der Anordnung von Telekommunikationsüberwachung durch die Voraussetzung in § 100a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO gewährleistet, nach der die Tat auch im Einzelfall schwer wiegen muss.⁶² Eine weitere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet sich in der strengen Subsidiaritätsklausel des § 100a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO, nach der die Erforschung des Sachverhaltes ohne den Einsatz von Telekommunikationsüberwachungsmitteln wesentlich erschwert oder aussichtslos sein muss.⁶³

IV. Fazit

Um die enormen Nachweisschwierigkeiten im Hinblick auf die Komponente des Gegenleistungsverhältnisses im Rahmen der Unrechtsvereinbarung ausgleichen zu können, ist es alternativlos, die §§ 299a f. StGB künftig in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO aufzunehmen und das Instrumentarium der Strafverfolgungsbehörden auf diese Weise um wichtige Ermittlungsmethoden zu erweitern. Gerade die Telekommunikationsüberwachung erscheint in diesem Zusammenhang überaus sinnvoll, um dem Nachweis der in der Praxis zumeist konkludent geschlossenen Unrechtsvereinbarungen Herr zu werden.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die Schutzbedürftigkeit des Arzt-Patienten-Verhältnisses derartige Ermittlungsmethoden gegen den Arzt untersage. Diese Argumentation ist schon deshalb nicht überzeugend, weil die von diesem Privileg erfassten Arzt-Patienten-Kontakte sich nicht auf die Besprechung von Korruptionsunrecht erstrecken. Abgesehen davon zeigt die Wertung des Verstrickungsverbot in § 160a Abs. 4 StPO, dass Ermittlungsverfahren gegen Ärzte auch ungeachtet des Patientenschutzes eingeleitet werden können, wenn die Ärzte selbst verdächtig sind, Straftaten begangen zu haben.

⁵⁷ Generell zur durch Ermittlungsverfahren bedrohten Reputation *Halbe/Paßmann* Infoline bfd Ausg. 03/2016, 6, 8.

⁵⁸ *Graumann-Scheerer* MedR 2017, 601, 610.

⁵⁹ *Geiger* CCZ 2016, 172, 174, befürchtet einen „Eintritt erheblicher Reputationsschäden ohne Aussicht auf mediale Rehabilitation“; ähnlich kritisch *Scholz* MedR 2015, 572, 576.

⁶⁰ *Bittmann/Brockhaus/Rübenstahl/Schröder/Tsambikakis* WiJ 2015, 176, 186.

⁶¹ Massive Reputationsschäden befürchtet etwa *Wallhäuser* CB 2016, 151, 152; beachte auch die Gewichtung bei *Hanika* PflR 2017, 70, 76, der bei möglichen Folgen von Compliance-Verstößen öffentliche Stigmatisierungen und Reputationsschäden noch vor den zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen anführt.

⁶² Hierzu *Graf* in: BeckOK StPO, § 100a Rn. 102; *Günther* in: Münchener Kommentar StPO Bd. 1, § 100a Rn. 68 ff.

⁶³ Zur Einordnung der Subsidiaritätsklausel als Instrument des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes *Bruns* in: Karlsruher Kommentar StPO, § 100a Rn. 33.

In Anbetracht des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der in § 100a StPO unter anderem darin Ausdruck findet, dass die Telekommunikationsüberwachung nur beim Verdacht bestimmter schwerer Straftaten (Abs. 2) angeordnet werden darf, ist eine Begrenzung der Anordnungsbefugnis auf besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit und der Bestechung im Gesundheitswesen nach Maßgabe des § 300 StGB angezeigt. Führt man sich die bestehende Kompetenz zur Telekommunikationsüberwachung in § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. s) StPO für Fälle der §§ 299; 300 StGB vor Augen, ist die mangelnde Äquivalenzregelung für die §§ 299a; 299b; 300 StGB unerklärlich. Das gilt in besonderem Maße vor dem Hintergrund, dass die infolge Durchsuchungen drohenden Reputationsschäden von Ärzten die Möglichkeit der Telekommunikationsüberwachung schon aus Gründen des Verdächtigen-schutzes gebieten.

Es verbleibt deshalb die Hoffnung, dass der Gesetzgeber an dieser Stelle nachbessert und das Repertoire der verfügbaren Ermittlungsmaßnahmen durch die Aufnahme der §§ 299a; 299b; 300 StGB in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO entsprechend ergänzt.

Compliance

Rechtsanwältin Ines Ullrich, Düsseldorf

Die EU-Whistleblower-Richtlinie oder Richtlinien-Potpourri zum Schutz von Whistleblowern

I. Vorbemerkung

Die Diskussion zur Thematik des Whistleblowings bleibt in Bewegung. So hat der Deutsche Bundestag am 21.03.2019 – mit knapp einjähriger Verspätung – das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen verabschiedet. Dieses wird mit § 5 GeschGehG erstmals einen eigenständigen Strafausschluss für „Whistleblower“ enthalten¹. Demnach macht sich derjenige nicht wegen der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen strafbar, „*der zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens*“ handelt „*wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, dass allgemeine öffentliche Interesse zu schützen*“².

Ob dieser, auf das GeschGehG beschränkte, Schutz von (potentiellen) Whistleblowern, ausreichend³, zu gering⁴ oder – insbesondere bezüglich des Begriffs des „sonstigen“ gar unethischen Fehlverhaltens und der mangelnden Implementierung eines Eskalationsmodells – zu weitgehend⁵ ist, ist im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens kontrovers diskutiert worden. Während diese Diskussion noch nachwirkt, ist zu erwarten, dass der EU-Gesetzgeber den nationalen Gesetzgebern zeitnah neue Aufgaben stellt. So haben sich die Mitgliedsstaaten und das EU-Parlament auf einen modifizierten Vorschlag für eine Richtlinie „*zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden*“, die sog. Whistleblowing-Richtlinie, geeinigt, die das EU-Parlament unter dem 10.04.2019 verabschiedet

* Die Autorin ist Rechtsanwältin bei der ausschließlich auf den Bereich des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts spezialisierten Kanzlei VBB Rechtsanwälte in Düsseldorf, Essen und Karlsruhe.

¹ Der ursprüngliche Entwurf des § 5 GeschGehG ging noch ausdrücklich davon aus, dass es sich hierbei um einen Rechtfertigungsgrund handelt. Ausweislich der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss), BT-Drucks. 19/8300, S. 5 der durch den Bundestag am 21.03.2019 verabschiedeten Fassung entspricht, soll es sich nunmehr um einen Ausschluss des objektiven Tatbestandes handeln.

² BT-Drucks. 19/8300, S. 5.

³ Zum ursprünglichen Gesetzentwurf: *Groß/Platzner*, NZA 2018, 913, 915, mit Kritik an der „Gesinnungsprüfung“.

⁴ Zum ursprünglichen Gesetzentwurf: Stellungnahme Whistleblower-Netzwerk e.V. vom 18.05.2018; abrufbar unter: file:///C:/Users/User/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/XI3BQS1U/05182018_Stellungnahme_Whistleblower_GeschGehG.pdf;jsessionid=51A6F65E16346B46E2AC3DAFFB02A410.pdf.

⁵ Zum ursprünglichen Gesetzentwurf: *Hiéramente/Golzio*, CCZ 2018, 262, 264f.; *Bürkle*, CCZ 2018, 193; *Keller*, GRUR 2018, 706, 707.