

Akteure und Probleme der Gesetzesimplementation im Strafrecht

Das Beispiel der Korruptionsstraftatbestände für das Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB)

Von Dr. Thomas Schröder, Heidelberg*

I. Einführung

Als die Bundesregierung zu Beginn des Jahres 2015 das Gesetzgebungsverfahren für die eineinhalb Jahre später eingeführten Korruptionsstraftatbestände für das Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB) initiierte¹, begründete sie ihr Vorhaben unter anderem mit einer knappen Stellungnahme zur Wirksamkeit der bereits bestehenden Normen und der auf sie bezogenen Implementierungsbemühungen. Die bisherigen berufs- und sozialrechtlichen Zuwendungsverbote und Sanktionen sowie die „anerkanntswerten Initiativen“ der betroffenen Branchen und Berufsgruppen zur Selbstregulierung, welche lauterer Verhalten im Gesundheitsmarkt fördern und korruptive Praktiken abwehren sollen, hätten, so die Gesetzentwürfe, eine strafrechtliche Regelung nicht entbehrlich gemacht.²

Die neuen Straftatbestände sind inzwischen seit über zwei Jahren in Kraft. Dieser Beitrag will sich nun – jedenfalls vornehmlich – keiner verfassungsrechtlichen, rechtsdogmatischen oder rechtspolitischen Bewertung der vom Gesetzgeber geschaffenen neuen Korruptionsmodelle zuwenden. Vielmehr ist sein Ziel, sich mit den tatsächlichen Umsetzungsprozessen des nunmehr zum Gesetz geronnenen Kompromissergebnisses der rechtspolitischen Diskussion zu befassen.

Am Beispiel der §§ 299a, 299b StGB wird der Frage nachgegangen, inwieweit im Strafrecht eine Notwendigkeit zur Gesetzesimplementation bestehen kann, welche Akteure in welcher Rolle an der Gesetzesimplementation beteiligt sind, welche tatsächlichen Auswirkungen ihrem Handeln zukommen könnte und inwieweit sich diese Einflussnahme mit der Aufgabenzuweisung, dem Selbstverständnis und den gerade (straf-)verfassungsrechtlich begrenzten Kompetenzen dieser Akteure in Einklang bringen lässt. Ferner könnten die Präferenzen für bestimmte Protagonisten der Gesetzesimplementation Rückschlüsse auf die damit eingenommene Position zur Steuerungsfähigkeit des Rechts insgesamt zulassen.

* Der Verf. ist Akademischer Rat a.Z. und Habilitand am Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht bei Professor Dr. Gerhard Dannecker.

¹ Zu diesem Gesetzgebungsverfahren siehe Dannecker/T. Schröder, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 299a Rn. 12 ff. (sowie die Rn. 1–11 zu der vorangegangenen rechtspolitischen Diskussion sowie zu den Vorgängerentwürfen).

² Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 21.10.2015, BT-Drs. 18/6446, S. 13 f.; zuvor bereits Referentenentwurf des BMJV vom 5.2.2015, S. 12, abrufbar unter:

http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Bekaempfung_Korruption_Gesundheitswesen.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (3.1.2019).

II. Studien zur Gesetzesimplementation und ihre Bedeutung für das Strafrecht

Studien zur Implementation von Normen stellen einen Aspekt der Rechtswirkungsforschung dar. Rechtssoziologische Untersuchungen zur Wirksamkeit von Recht sind Bestandteil des Erkenntnisinteresses des Rechtswissenschaftlers, weil das Wissen über die Zusammenhänge von Recht als Sollensordnung einerseits und Realordnung andererseits (vor allem aber über die auftretenden Diskrepanzen) für die praktische Rechtsanwendung und Rechtsetzung genutzt werden kann.³ Die tatsächliche Wirksamkeit von Gesetzgebung ist von unterschiedlichen Ausgangspunkten her bereits vielfach in Zweifel gezogen worden⁴, so etwa historisch durch Sumner, für den Sitten und Gebräuche stärker wirkten als ehrgeizige staatliche Reformvorhaben⁵, oder durch Ehrlich, der die Bürokratisierungsvorhaben seiner Zeit als weder anpassungs- noch akzeptanzfähig erachtete⁶, und heute, anders als noch auf den „Volksgeist“⁷ abstellende Überlegungen, durch die Systemtheorie. Deren Vertreter bestreiten, dass es der am Code „Recht/Unrecht“ ausgerichteten Kommunikation des Subsystems Recht gelingen könnte, gerade mit dem am Effizienz-Code „Zahlung/Nicht-Zahlung“ orientierten Subsystem Wirtschaft hinreichend zu kommunizieren und es von außen zu steuern.⁸

Dieser „fundamentale Steuerungspessimismus“⁹ gegenüber der Lenkungsaufgabe und -leistung des Rechts ist bereits insoweit in Frage zu stellen, als die – ihrerseits nicht unbestrittenen¹⁰ – Annahmen der Systemtheorie nicht als die

³ Zur Unterscheidung einer solchen soziologischen Rechtslehre von soziologischen Theorien des Rechts Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl. 2013, S. 10 ff.; Rehbinde, Rechtssoziologie, 8. Aufl. 2014, Rn. 5.

⁴ Zur ideengeschichtlichen Entwicklung der Rechtswirkungsskepsis Röhl, Rsozblog vom 27.3.2017, abrufbar unter: <https://www.rsozblog.de/recht-hat-keine-wirkung-das-negative-framing-der-rechtswirkungsforschung/> (3.1.2019).

⁵ Sumner, A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores, and Morals, 1906, S. 77: „legislation cannot make mores“ (häufig wiedergegeben als „stateways cannot change folkways“).

⁶ Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, S. 302 ff.

⁷ Zum Einfluss der historischen Rechtsschule auf Ehrlich siehe Röhl (Fn. 4).

⁸ Teubner/Willke, SfRSoz 1984, 4 (9, 12 f.); weniger gegen Steuerungsmöglichkeiten als gegen die Steuerungen zugrunde gelegte Handlungstheorie Luhmann, PVS 1989, 4 (7 f.).

⁹ Mayntz/Scharpf, ZfS 2005, 236.

¹⁰ Zur Diskussion Esser, Soziologie, 2. Aufl. 1996, S. 375 ff., 509 ff.; Mayntz/Scharpf, ZfS 2005, 236 (237 ff., 241 f.); Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 63 ff.; Ryffel, Rechtssoziologie, 1974, S. 108 ff. (113 f.); Schimank, ZfS 1985, 421 ff.

zwingende Basis normativer Rechtsvorstellungen erscheinen.¹¹

Doch auch in empirischer Hinsicht ergibt sich jedenfalls keine die systemtheoretischen Annahmen hinreichend belegende Forschungslage¹², so dass es nicht angebracht erscheint, „das Kind mit dem Bade auszuschütten“¹³ und gänzlich darauf zu verzichten, auf (vermeintlich) autopoetische Teilsysteme der Gesellschaft mit den Mitteln des staatlichen Rechts einzuwirken. Die zunehmende Verrechtlichung der Gesellschaft – oft als „Gesetzesflut“¹⁴ kritisiert – kann zudem auch so gedeutet werden, dass das Recht nicht hoffnungslos gegen seine zunehmende Wirkungslosigkeit ankämpft, sondern in einer (werte-)pluralistischen Gesellschaft zum entscheidenden Integrationsmittel der Gesamtgesellschaft wird, dessen Positivierung für einen Rechtsstaat in vielen Teilbereichen unerlässlich ist.¹⁵ Das ändert nichts daran, dass (Straf-)Rechtsnormen in außerrechtliche Präventions- und Reaktionsmaßnahmen eingebunden sein und sich idealiter gegenseitig verstärken sollten.¹⁶

Die Wirkungsmöglichkeit von Gesetzen als Teil rechtsstaatlicher Rationalität von Gesetzgebung ist nicht zuletzt auch von verfassungsrechtlicher Relevanz, da das BVerfG nicht nur Beobachtungs- und Evaluationspflichten des Ge-

setzgebers postuliert¹⁷, sondern ungeachtet der dem Gesetzgeber bekanntlich großzügig gewährten Einschätzungsprärogative Gesetze dann als unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig zu verwerfen hat, wenn diese evident ungeeignet sind, die mit ihrem Erlass verbundenen Zwecke zu erreichen.¹⁸

1. Begriff und Entstehung der Implementationsforschung

Untersuchungsgegenstand der Implementationsforschung sind die zwischen der Programmebene des Gesetzes und dem einzelnen Normadressaten tätigen Behörden, Körperschaften, Institutionen und sonstigen Organisationen, die gerade bei zu weiteren Rechtssetzungen oder Ermessen ermächtigenden sowie mit relativ unbestimmten oder blankettähnlichen Tatbestandsmerkmalen operierenden Normen in der Rechtsanwendungsphase zu einer schrittweisen Konkretisierung des Gesetzes beitragen.¹⁹ Im Zuge der Gesetzesimplementation können diese Akteure die nach den Gesetzgebungsmaterialien angestrebten Zwecke verzögern, verändern oder sogar vereiteln.²⁰ Positiv formuliert soll das Normprogramm zu einem gemeinsamen Projekt des Rechtssetzers sowie weiterer Umsetzungsakteure werden, im dem sich die Phasen der Programmentwicklung und Programmimplementation überlappen.²¹ Im staatsrechtlichen Schrifttum werden die Implementationsakte durch die hierzu nach den staatsorganisationsrechtlichen Regeln berufenen Akteure überwiegend als „Konkretisierung“ bezeichnet, welche, stärker noch als die übliche Gesetzesauslegung, Elemente schöpferischer Gestaltung aufweise und damit Fragen nach den Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung aufwerfe.²²

Die Implementations- und Evaluationsforschung nahm ihren Anfang in den USA, als dort ein besonderes Forschungsinteresse daran aufkam, weshalb die insbesondere von der Johnson-Administration seit dem Jahr 1964 initiierten gesetzlichen Maßnahmen im „War on Poverty“ nicht fruchteten. Bereits amerikanische Studien zu dieser Frage führten in jener Zeit den Begriff der Implementation ein.²³ In Deutsch-

¹¹ Kritisch zur Fähigkeit der Systemtheorie, juristisch-normatives Leitbild zu sein, *Anders*, ZStW 130 (2018), 374 (407 ff.); *Engelhart*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, 2010, S. 649; *Lepsius* (Fn. 10), S. 35 ff. 71 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, Rn. 751a.

¹² *Mayntz/Scharpf*, ZfS 2005, 236 (237); *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl. 2006, 1. Kap. B. Rn. 34. Für den Bereich des Strafrechts kann die – wenn auch bereichsspezifische – Wirksamkeit negativer Generalprävention ebenso bejaht werden wie die – stark von den jeweiligen Adressaten abhängige – Wirksamkeit der positiven Spezialprävention. Kaum bejahende Befunde bestehen dagegen für positiv-generalpräventive wie negativ-spezialpräventive Wirkmechanismen, vgl. *Eisenberg/Köbel*, Kriminologie, 7. Aufl. 2017, § 41 Rn. 13, 25, 32 ff.; § 42 Rn. 5, 7 ff., speziell zur negativen Generalprävention *Dölling/Entorf/Hermann/Häring/Rupp/Woll*, Soziale Probleme 2006, 193 ff.; für den Bereich der Unternehmenskriminalität vgl. die von *Köbel*, MschrKrim 2017, 430 (436 ff.), präsentierte ambivalente Forschungslage. Grundsätzliche Kritik an der Ergiebigkeit von Sanktionsforschung bei *Bock*, Kriminologie, 4. Aufl. 2013, Rn. 871 ff. m.w.N.

¹³ *Raiser* (Fn. 3), S. 252.

¹⁴ So etwa durch *Röhl*, Rechtssoziologie, 1987, S. 259.

¹⁵ *Rehbinder* (Fn. 3), Rn. 89 f., 112; für das Strafrecht ebenso *Kubicel*, JZ 2018, 171 (173 f.). Problematisch bleibt allerdings, dass das Individuum – nicht nur im Rahmen der § 17 StGB, § 11 Abs. 2 OWiG – im Fall der Zuwiderhandlung unter den Bedingungen der „Gesetzesflut“ regelmäßig die Last der Normkenntnis zu tragen hat; dazu *Luhmann*, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983, S. 254; zustimmend *Röhl* (Fn. 14), S. 260 f.

¹⁶ *Eisenberg/Köbel* (Fn. 12), § 41 Rn. 1.

¹⁷ Dazu *Bieback*, ZfRSoz 2018, 42 ff.

¹⁸ BVerfGE 63, 88 (115); 67, 157 (175); 96, 10 (23); 120, 224 (249 ff.).

¹⁹ *Hoffmann-Riem*, ZfRSoz 2018, 20 (26 f.); *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, 11. Aufl. 2013, Rn. 466 ff.; *Raiser* (Fn. 3), S. 249 ff.; *Röhl* (Fn. 14), S. 303.

²⁰ Dazu *Baer*, Rechtssoziologie, 3. Aufl. 2017, § 6 Rn. 56; *Bogumil/Jann*, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland, 2. Aufl. 2009, S. 173; *Rehbinder* (Fn. 3), Rn. 125; *Rottleuthner*, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, 1981, S. 113 ff.; *Wrase/Scheiwe*, ZfRSoz 2018, 1 (6).

²¹ *Gawron/Rogowski*, ZfRSoz 1996, 177 (181 f.); *Wollmann*, in: Nohlen (Hrsg.), Pipers Wörterbuch zur Politik, Bd. 1, 3. Aufl. 1989, S. 355 (356).

²² *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2017, § 9 Rn. 2 ff. m.w.N. in Fn. 5; a.A. *Brugger*, AöR 119 (1994), 1 (2), der die Begriffe Konkretisierung und Interpretation als deckungsgleich ansieht.

²³ *Röhl* (Fn. 4), insbesondere mit Hinweis auf das Werk „Implementation“ von *Pressmann/Wildavsky*, 1973.

land wurden Implementationsstudien vor allem durch DFG-geförderte Projekte ab der zweiten Hälfte der 1970er Jahre bekannt, die sich mit der Umsetzung politischer Programme zur Luftreinhaltung befassten.²⁴ Auch wenn sich aus diesem Anfang wohl bisher keine kontinuierliche rechtsgebietsübergreifende Forschungspraxis zur Normenimplementation in der Rechtswissenschaft entwickelt hat²⁵, scheinen Implementationsfragestellungen gegenwärtig insbesondere in den Verwaltungswissenschaften breit rezipiert zu werden, da die diesbezüglichen Normen des öffentlichen Rechts eines Vollzugs durch die Verwaltung in ihren mannigfaltigen Aufgabenfeldern der Eingriffs-, Lenkungs- und Leistungsverwaltung bedürfen und den vielfältigen behördlichen Akteuren des (europäischen) Mehrebenensystems dabei weite Spielräume der Beurteilung und des Ermessens einräumen müssen. Diese Umstände haben in der (rechts-)wissenschaftlichen Forschung eine steuerungstheoretische Perspektive auf das Recht hervorgebracht, die für die Vertreter der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ konstituierend ist und sich gerade an der Bewirkungsdimension des Rechts („Folgenorientierung“) und seiner Problemlösungsfähigkeit orientiert.²⁶

2. Implementation im Strafrecht

Erläuterungsbedürftig bleibt, weshalb Implementationsfragen auch für das Strafrecht von besonderem Interesse sind. Bereits aufgrund der strafverfassungsrechtlichen Vorgaben, so könnte man meinen, sind für dieses Teilrechtsgebiet keine normkonkretisierenden Prozesse vorgesehen, die einer Ver-

arbeitung durch den Normadressaten vorangehen müssten. Das Bestimmtheitsgebot gemäß Art. 103 Abs. 2 GG gebietet, dass die Straftatbestände nach traditioneller Sicht in kontradiktorischer Formulierung die Verhaltensnormen enthalten²⁷ und deshalb so formuliert sind, dass der Gesetzesunterwerfene das verbotene Verhalten eindeutig erkennen kann. Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist, damit er sein Verhalten entsprechend einrichten kann. Das Gesetz soll Orientierungsgewissheit für den Bürger schaffen.²⁸ Dieses Verständnis wird gestützt durch auf das Strafrecht bezogene Stellungnahmen des rechtssoziologischen Schrifttums, wonach die Effektivitätsmessung von Recht noch am leichtesten anhand isolierter Eingriffe in Gestalt von Verhaltensnormen, die unmittelbar an Einzelmenschen adressiert sind, erfolgen könne²⁹ und staatliche Befehle am wirksamsten seien, wenn sie negativ sind und die Bürger nicht zu einem Tun, sondern zu einem Unterlassen zwingen.³⁰

Bereits wegen der Unzulänglichkeiten der Sprache – aber auch wegen der Berechtigung der Legislative, bis zu einem gewissen Grad auch bei der Strafgesetzgebung wertausfüllungsbedürftige Begriffe und Generalklauseln zu verwenden – müssen allerdings wenigstens im Randbereich der Strafgesetze – bereits von Anfang an und damit unabhängig vom Wandel der sozialen Realitäten – Unklarheiten über ihre Reichweite bleiben, die, sollen die Verhaltensnormen des Strafrechts den individuellen Freiheitsraum verlässlich festlegen, nach Auffassung des BVerfG durch die (höchstrichterliche) Rechtsprechung behoben werden können und müssen. Die Konkretisierung des Gesetzes durch Richterspruch ist daher der klassische Weg, die Offenheit des Gesetzes in eine

²⁴ Zu den Forschungsergebnissen Mayntz (Hrsg.), *Implementation politischer Programme*, Empirische Forschungsberichte, 1980; dies. (Hrsg.), *Implementation politischer Programme II – Ansätze einer Theoriebildung*, 1983.

²⁵ So Röhl (Fn. 4).

²⁶ Voßkuhle, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 16 ff.; Schmidt-Aßmann (Fn. 12), 1. Kap. B. Rn. 33 ff. Eine kritische Bewertung dieser Interpretation der Aufgaben und Methoden der Verwaltung als eine u.a. im Hinblick auf das Demokratieprinzip methodisch wie verfassungsrechtlich bedenkliche – weil das Parlamentsgesetz als „Schaltstelle von demokratischer Legitimation und Herrschaft“ verdrängende – Sichtweise trifft etwa Lepsius (Fn. 10), S. 14 ff., 21 ff. Insbesondere die ungenügende Trennung zwischen Rechtssystem und wissenschaftlichen Systemen kritisiert Hilbert, *Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2015, S. 204 ff.; Näher zu der für eine Unterscheidbarkeit von Recht und Politik gebotenen Rechtsgebundenheit gerade der folgenorientierten Auslegungsmethode Franzius, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 4 Rn. 72 ff.; Hassemer, *JZ* 2008, 1 (7 f.); MacCormick, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, 1995, S. 39 (49 f.); Möllers (Fn. 22), S. 166 f.; zum Verhältnis des durch Folgenberücksichtigung beeinträchtigten Gewaltenteilungsparadigmas zur notwendigen Berücksichtigung außerrechtlicher Expertise im Rahmen der Auslegung und Rechtsfortbildung Hoffmann-Riem, *ZfRSoz* 2018, 20 (25 f.).

²⁷ *Binding*, *Normen und ihre Übertretung*, Bd. 1, 3. Aufl. 1916, S. 4 ff., 36 ff.; dazu Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, S. 3 ff., 36 ff.; Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 80, 433 ff.; Renzikowski, *ARSP* 2001, 110; Eisele, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Vorbem. zu den §§ 13 ff. Rn. 48 f.; Maurach/Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 8. Aufl. 1992, § 19 Rn. 23 ff.; Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 93; Cornelius, *Verweisungsbedingte Akzessorietät bei Straftatbeständen*, 2016, S. 115 ff., 129 ff.; gesonderte Herleitung bei Haas, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, S. 54 ff., 76 ff., 104 ff. (Usurpation der im bürgerlichen Recht zugewiesenen subjektiven Rechte als Bezugspunkt der teleologischen Ableitung strafrechtlicher Verhaltensnormen zum Schutz von Individualrechtsgütern). A.A. Hoyer, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, S. 42 ff.; Freund/Rostalski, *GA* 2018, 264.

²⁸ BVerfGE 73, 206 (234 ff.); 75, 329 (341); 81, 228 (237); Dannecker, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 179; Renzikowski, *ARSP* 2001, 110 (121 f.); Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 43.

²⁹ Röhl (Fn. 14), S. 300.

³⁰ Ehrlich (Fn. 6), S. 302 f.

bestimmte Entscheidung zu überführen.³¹ Im Jahr 2010 hat das BVerfG ausdrücklich erklärt, dass nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die Rechtsprechung dazu verpflichtet sei, an der Herstellung von Normbestimmtheit mitzuwirken. Die Fachgerichte hätten die Aufgabe, bestehende Unklarheiten über den Anwendungsbereich der Norm durch Präzisierung und Konkretisierung festzulegen (richterliches „Präzisierungsgebot“). Auch sei es den Fachgerichten von Verfassungen wegen untersagt, die bestehenden Unklarheiten durch eine konturlose oder fernliegende Auslegung zu vergrößern.³² Mit Blick auf die durch Art. 103 Abs. 2 GG erhöhte verfassungsrechtliche Kontrolldichte hat das BVerfG ferner deutlich gemacht, dass es die Präzisierungspraxis der Fachgerichte einem verschärften Prüfungsmaßstab unterwerfen und vollumfänglich überprüfen werde, ob die grundgesetzlichen Anforderungen an die gerichtlichen Konkretisierungsmaßnahmen eingehalten werden.³³ Noch weitergehend hat das BVerfG bereits seit langem vertreten, dass Strafvorschriften, die eigentlich bedenklich unbestimmt sind, dadurch dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit entgehen könnten, dass sie zum überlieferten Normenbestand gehörten und durch eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisiert worden seien.³⁴ Diese nicht nur mit Blick auf die staatsorganisationsrechtliche Funktion des Gesetzlichkeitsprinzips bedenkliche Position³⁵ belegt für den hier relevanten Zusammenhang, welche zentrale Rolle das BVerfG der Rechtsprechung auch im Strafrecht bei der Normenkonkretisierung zuweist. Insbesondere die Judikatur zum „Präzisierungsgebot“ kann letztlich als vollständig überprüfbarer Implementierungsauftrag des Grundgesetzes an die Strafjustiz aufgefasst werden. Auch jenseits dieser strafverfassungsrechtlichen Vorgaben trägt eine normkonkretisierende ständige Rechtsprechung wesentlich zum rechtsstaatlichen Prinzip der Rechtssicherheit sowie zum Freiheit und Orientierungssicherheit gewährenden Vertrauensschutz bei, was insbesondere bei Rechtsprechungsänderungen in Rechnung zu stellen ist.³⁶

³¹ Dannecker (Fn. 28), § 1 Rn. 213.

³² BVerfGE 126, 170 (198), dazu Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 21; Saliger, NJW 2010, 3195; Gaede, medstra 2018, 264 (265); zuvor bereits Kuhlen, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, S. 89 (102 ff.); ablehnend Schmitz (Fn. 28), § 1 Rn. 52 ff. Siehe aber auch bereits BVerfGE 92, 1 (16 ff., „Sitzblockaden II“).

³³ BVerfGE 126, 170 (199).

³⁴ BVerfGE 28, 175 (183 ff.); 37, 201 (208); 41, 314 (320 ff.); 45, 363 (371 f.).

³⁵ Zur Kritik vgl. Schmitz (Fn. 28), § 1 Rn. 52 ff.; T. Schröder, Zum Begriff der Gesetzesumgehung im materiellen Strafrecht und seiner Bedeutung für die praktische Anwendung des Rechts, 2013, S. 374; Satzger (Fn. 32), § 1 Rn. 23; Dannecker (Fn. 28), § 1 Rn. 188, 213.

³⁶ BVerfGE 72, 175 (196); BVerfGE 84, 212 (227); BVerfG NJW 1990, 3140 (Absenkung der „Promille-Grenze“ für die

Zu den für die Erhöhung des Rechtssicherheitsstandards im Strafrecht notwendigen Konkretisierungen tragen neben den Fachgerichten ganz regelmäßig weitere Implementationsakteure bei. Hierfür ist nicht einmal ein Blick auf die häufig außerstrafrechtliche Bezüge aufweisenden Normen etwa des Wirtschafts-, Steuer- und Umweltstrafrechts notwendig.³⁷ Auch das Kernstrafrecht kommt je nach Fallgestaltung nicht ohne weitere Konkretisierungsinstanzen aus. So greift die Rechtsprechung für die Bestimmung einer konkludenten Täuschung i.S.d. § 263 StGB auf die (normative) Anschauung der Verkehrskreise zurück, also auf die Kommunikationsstandards und typischen Risikoverteilungen der Branche, in der sich das mögliche Täuschungsverhalten ereignet hat.³⁸ Für die nähere inhaltliche Bestimmung der §§ 222, 229 StGB zugrundeliegenden Rechtspflicht „neminem laede“ sind die für den Amts-, Berufs- oder Gewerbekreis des Täters geltenden Rechtssätze und Verkehrsgepflogenheiten zu beachten. Indizielle bzw. präjudizielle Bedeutung sollen insoweit nach ständiger Rechtsprechung³⁹ und der h.L.⁴⁰ gesetzliche, aber

Annahme absoluter Fahrunsicherheit i.S.d. § 316 StGB, § 111a StPO), Möllers (Fn. 22), § 3 Rn. 31 ff.

³⁷ Zu denken ist etwa an die Strafvorschrift des § 331 HGB („Unrichtige Darstellung“) und die Vermutungswirkung gemäß § 342 Abs. 2 HGB, dass die die Konzernrechnungslegung betreffenden Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung eingehalten wurden, wenn die Empfehlungen einer privatrechtlich organisierten und vom BMJV anerkannten Einrichtung (derzeit das „Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee e.V.“ [sic]) beachtet worden sind; vgl. Merk, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.), Handelsgesetzbuch. Kommentar, 38. Aufl. 2018, § 342 Rn. 3 f. Genannt sei ferner die naheliegende Heranziehung arbeits- und sozialrechtlicher Rechtsprechung sowie von Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung (vgl. z.B. das in NZA 1999, 746 ff. abgedruckte), um die Eigenschaft als „Arbeitgeber“ i.S.d. § 266a StGB zu ermitteln; dazu Radtke, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 266a Rn. 9, 12 ff. Schließlich sind z.B. das Umweltstrafrecht, die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels (§ 284 StGB) und Teile des Außenwirtschaftsstrafrechts (etwa § 18 Abs. 2 AWG) verwaltungs-(akt)akzessorisch ausgestaltet, setzen also bereits tatbestandlich ein Handeln ohne Genehmigung voraus. Zu weiteren Fallgruppen vgl. Schünemann, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 367 (373 ff.); Mansdörfer, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, 2011, S. 96 ff.

³⁸ BGHSt 51, 165 (170); BGH NStZ 2009, 506 (507); OLG Celle StV 1994, 188 (189); Saliger, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Kommentar, § 263 StGB Rn. 33 ff.

³⁹ RGSt 56, 343; 73, 370; BGHSt 4, 182; 12, 75.

⁴⁰ Lenckner, in: Bockelmann/Art. Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 490; Kudlich, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Fn. 32), S. 373; Große Vorholt, Behördliche Stellungnahmen in der strafrechtlichen Produkthaftung, 1997, S. 176

auch im Verkehr maßgebliche außerrechtliche Sondernormen haben, die für bestimmte Verkehrskreise spezifische Anforderungen an sorgfaltsgemäßes Verhalten stellen (so etwa die *lex artis* der ärztlichen Heilkunde⁴¹, die VDE-Normen des Verbands Deutscher Elektrotechniker⁴² oder Unfallverhütungsvorschriften⁴³). Dabei ist allerdings – und darauf wird auch für §§ 299a, 299b StGB zurückzukommen sein⁴⁴ – problematisch, wenn der Sorgfaltspflichtverstoß von durch Private erlassenen Normen abhängig gemacht wird. Darin kann – auch bei nur indizieller Berücksichtigung – eine unzulässige Selbstentmachtung des Gesetzgebers zu Gunsten nicht legitimierter Privater zu sehen sein.⁴⁵ Schließlich ist, um ein letztes Beispiel zu nennen, selbst das in § 212 StGB festgelegte und scheinbar keiner weiteren Erklärung bedürftige Verbot vorsätzlicher Tötung je nach Anwendungsbereich ohne angemessene Konkretisierungen nur schwer zu handhaben. Das zeigen etwa die Urteile im „Göttinger Transplantationskandal“⁴⁶, in dessen Folge ein Göttinger Transplantations-Chirurg vom Vorwurf u.a. des versuchten Totschlags in elf Fällen freigesprochen wurde. Dem Angeklagten war unter anderem zur Last gelegt worden, die Aufnahme von Patienten mit alkoholinduzierter Leberzirrhose in die Warteliste bewirkt zu haben, obwohl die in Nr. II 2.1 S. 1 RL-BÄK 2009⁴⁷ enthaltene Ausschlussklausel betreffend eine Alkoholabstinenzzeit von sechs Monaten nicht eingehalten war. Entscheidend für die Anwendung des § 212 StGB sollten damit die aufgrund § 16 TPG a.F. erlassenen Richtlinien eines nicht rechtsfähigen Vereins (nämlich der Bundesärztekammer) werden.⁴⁸ Die Möglichkeit, diese Regelungen strafbegründend heranzuziehen, haben die Gerichte im Ergebnis zutreffend aus (straf-)verfassungsrechtlichen Gründen abgelehnt.⁴⁹

ff.; *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 28), § 15 Rn. 219 ff.; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 15 Rn. 16; *Roxin* (Fn. 27), § 24 Rn. 18 ff.; a.A. *Duttge*, in: Joecks/Miebach (Fn. 28), § 15 Rn. 114 ff.

⁴¹ BGH NStZ 1987, 505.

⁴² *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 28), § 15 Rn. 220.

⁴³ OLG Karlsruhe NStZ-RR 2000, 141.

⁴⁴ S.u. III. 2. c) bb).

⁴⁵ *Schünemann* (Fn. 37), S. 371 ff.; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder (Fn. 27), § 15 Rn. 135; *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 28), § 15 Rn. 223.

⁴⁶ BGHSt 62, 223, vorangegangen LG Göttingen medstra 2016, 249.

⁴⁷ Richtlinien der Bundesärztekammer zur Organtransplantation gem. § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 5 TransplantationsG (TPG) – Regeln zur Aufnahme in die Warteliste und zur Organvermittlung“ i.d.F. vom 18.12.2009.

⁴⁸ Überwiegend wurden die Richtlinien gleichwohl als eine Form exekutiver Rechtssetzung qualifiziert, vgl. BGHSt 62, 223 (233) m.w.N.

⁴⁹ BGHSt 62, 223 (232 ff.); LG Göttingen medstra 2016, 249 (251 f.); zur Kritik an den Abstinenzklauseln zuvor bereits

3. Zur Abgrenzung der Implementationsforschung gegenüber weiteren Bereichen der Wirksamkeitsforschung

Nicht nur zum Zwecke einer überzeugenden Systematisierung, sondern auch für eine Untersuchung der jeweiligen Funktion sowie der Legitimität einer rechtlichen Anknüpfung an auf Rechteeffizienzsteigerungen abzielende Maßnahmen staatlicher wie privater Akteure erscheint es notwendig, den Gegenstand der Implementationsforschung von weiteren Teildisziplinen der Wirksamkeitsforschung abzugrenzen.

a) Evaluationsforschung

Die Fragen danach, ob eine Norm im Hinblick auf die mit ihr verfolgten Ziele effektiv geworden ist und welche Beiträge gegebenenfalls die verschiedenen Akteure der Implementation dazu geleistet haben, sind solche der Rechtswirkungsforschung im Übrigen⁵⁰, und zwar sowohl als Grundlagenforschung als auch, in praktischer Hinsicht, als Gesetzesevaluation ex post.⁵¹ Diese komplexen Fragestellungen soll dieser Beitrag aussparen, denn bereits der kurze Zeitablauf und die geringen Fallzahlen⁵² seit Inkrafttreten der §§ 299a, 299b StGB erschweren das allgemeine Problem der Rechtswirk-

Dannecker/A. Streng, JZ 2012, 444 (451); *Schroth/Hofmann*, NStZ 2014, 486 (492); *Lang*, MedR 2005, 269 (275 ff.).

⁵⁰ Zur Unterscheidbarkeit der Teildisziplinen der Rechtswirkungsforschung siehe *Gawron/Rogowski*, ZfRSoz 1996, 177 (177 f.); *Vofßkuhle* (Fn. 26), § 1 Rn. 35 mit Fn. 185. Für *Wrase/Scheiwe*, ZfRSoz 2018, 1 (6), scheint die Implementationsforschung dagegen zur Wirkungsforschung im engeren Sinne zu gehören, da sie unter dem Begriff der „Wirkung“ auch die Implementationsbemühungen selbst, also die Effekte beim „Rechtsstab“ vollwertig erfassen. Sie berufen sich für dieses weite Verständnis auf *Friedman*, Impact, 2016, S. 2; dieser fasst unter Wirkung von Recht jedes Verhalten „tied causally, in some way or other, to some particular law, rule, doctrine, or institution.“

⁵¹ Zur fachübergreifenden Disziplin der Rechtswirkungsforschung vgl. etwa *Franzius* (Fn. 26), § 4 Rn. 88 ff.; *Friedman* (Fn. 50), insbesondere S. 73 ff.; *Gawron/Rogowski*, ZfRSoz 1996, 177 ff.; *Gusy*, in: Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, 1999, S. 645; *Hoffmann-Riem*, ZfRSoz 2018, 20; *Röhl* (Fn. 4); *Wrase/Scheiwe*, ZfRSoz 2018, 1; aus rechtvergleichender Sicht *Blankenburg*, in: Cottier/Estermann/Wrase (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, 2010, S. 61.

⁵² Im Jahr 2017 wurden 168 Straftaten gemäß §§ 299a, 299b StGB polizeilich registriert, im Vorjahr (in dem die §§ 299a, 299b StGB zum 4.6.2016 in Kraft getreten waren) waren es 14; siehe *BKA*, Bundeslagebild Korruption 2017, S. 4, abrufbar unter:

<https://www.bka.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Korruption/korruptionBundeslagebild2017.html> (3.1.2019). Auch die Antwort der Bundesregierung vom 2.10.2018 (BT-Drs. 19/4695) auf eine Kleine Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen sowie 17 ihrer Mitglieder vom 13.9.2018 (BT-Drs. 19/4315) u.a. zur bisherigen Anzahl der auf §§ 299a, 299b StGB bezogenen Strafverfahren erbrachte keine neuen Erkenntnisse.

samkeitsforschung, etwaige Verhaltensänderungen der Normunterworfenen, die über Implementationsbemühungen selbst hinausgehen, auf das neue Recht zurückzuführen.⁵³ Es sei daher zunächst dahingestellt, zu welchen Anteilen sich die bislang geringe Befassung der Strafverfolgungsorgane mit den neuen Korruptionsvorschriften darauf zurückführen lässt, dass die nunmehr tatbestandlich erfassten Verhaltensweisen tatsächlich keine besondere Relevanz für das Gesundheitswesen hatten und haben; sich korruptive Forderungen, Angebote und Abreden ungeachtet der nun verfügbaren Ermittlungsinstrumente der StPO nach wie vor schwer aufdecken und nachweisen lassen⁵⁴; die Normadressaten bereits zuvor und nunmehr noch zunehmend auf legale Formen der Beeinflussung von Entscheidungsträgern ausgewichen sind und die Normen daher gleichsam ins Leere laufen lassen⁵⁵; vielen Staatsanwaltschaften (noch) die personellen wie fachlichen Ressourcen sowie einheitlichen Strukturen fehlen, um Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen effektiv verfolgen zu können⁵⁶.

Auch wenn Studien zur Implementation von Gesetzen einerseits und Gesetzesevaluationen andererseits demnach ihrer unterschiedlichen Untersuchungsinhalte wegen begrifflich voneinander getrennt werden können und sollten, bleibt die Implementationsforschung ein Bestandteil der Rechtswirkungsforschung im weiteren Sinne und es können bereits Untersuchungen zur Normimplementation durchaus an Wirksamkeitsfragen orientiert werden. Implementationsforschung nämlich kann sowohl bereits vor als auch im Zuge von Gesetzesevaluationen wichtige Erkenntnisse zur praktischen Bedeutung und Interpretation eines Gesetzes sowie – aus

Sicht der gesetzgeberischen Zielvorstellungen (soweit eindeutig ermittelbar) – mögliche Umsetzungsdefizite zu Tage fördern.⁵⁷ Implementationsforschung ist insoweit eng verwandt mit der prospektiven Gesetzesevaluation.⁵⁸

b) Effektivitätsforschung

Effektivitätsstudien untersuchen Faktoren für die Wirkung des Rechts bei seinen Adressaten. Dabei wird eine Norm im soziologischen Sinne wirksam, wenn sie entweder eingehalten (Verhaltensgeltung) oder wenn ihre Nichteinhaltung sanktioniert wird (Sanktionsgeltung).⁵⁹ Die Untersuchungen betreffen daher nicht die rechtliche, sondern die faktische Geltung und Beachtung des Rechts.⁶⁰ Rechtspolitische Maßnahmen, die darauf abzielen, die Effektivitätsquote des Rechts zu heben, stützen sich daher idealiter auf Erkenntnisse zu den Faktoren, welche die Wirksamkeit des Rechts hemmen oder befördern.⁶¹ Zwar sollten Maßnahmen zur Verbesserung von Rechtskenntnis und -bewusstsein auch direkt gegenüber dem Personal von Gerichten und Behörden (dem „Rechtsstab“⁶²) ansetzen, doch stehen vor allem Parameter im Mittelpunkt, die Befolgung und Nichtbefolgung durch die Normadressaten der breiten Öffentlichkeit in den Blick nehmen.⁶³ Diese verhaltenswirksamen sozialpsychologischen Aspekte sind – in unterschiedlichem Maße – vor allem die Rechtskenntnis, die Wahrscheinlichkeit einer Sanktionierung bzw. eines hierauf gerichteten Verfahrens für Fälle der Zuwiderhandlung und die Schnelligkeit der Durchführung, ferner die Sanktionserwartung und schließlich das Rechtsbewusstsein und Rechtsethos des Publikums.⁶⁴

⁵³ Dazu *Rottleuthner/Rottleuthner-Lutter*, in: Cottier/Estermann/Wrase (Fn. 51), S. 17; *Wrase/Scheiwe*, ZfRSoz 2018, 1 (9 f.).

⁵⁴ So auch das *BKA* (Fn. 52), S. 20; zur Kritik an der Entscheidung des Gesetzgebers, Befugnisse zur Telekommunikationsüberwachung gemäß § 100a StPO nicht auf die §§ 299a, 299b StGB zu erstrecken, *Cosack*, ZRP 2016, 18 (19 f.); *Deutscher Richterbund*, Stellungnahme Nr. 22/15 (November 2015), S. 1 (4); *Gädigk*, medstra 2015, 268 (272). Mit Blick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Patienten diesem Verzicht dagegen zustimmend *Gaede* in: Leitner/Rosenau (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar*, 2017, § 299a StGB Rn. 26; *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 32), § 299a Rn. 46; *Pragal/Handel*, medstra 2015, 337 (338). Ob von der Kommunikation zwischen Vorteilsgeber und -nehmer typischerweise auch personenbezogene Daten der Patienten betroffen sind erscheint allerdings zweifelhaft.

⁵⁵ Zu diesen Ausweichstrategien „institutioneller Korruption“ *Kölbel*, ZIS 2016, 452 (462 ff.); *ders.*, GesR 2018, 11 (insbesondere S. 16: „formal legale“, gegenüber der „krude[n] Bestechung“ [...] „vielleicht etwas subtiler[e] [...] Marketingverfahren“, die aber weiterhin „als sachfremde Gesichtspunkte in die ärztliche Entscheidung ein[wirken]“); *T. Schröder*, medstra 2018, 207 (215 f.).

⁵⁶ *Gaede* (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 29; *Badle*, medstra 2015, 139 (141).

⁵⁷ *Raiser* (Fn. 3), S. 249 ff.; *Röhl*, in: Hof/Lübbe-Wolff (Fn. 51), S. 413 (424 ff.); *ders.* (Fn. 4); *Wrase/Scheiwe*, ZfRSoz 2018, 1 (7).

⁵⁸ Zu ihrer Methode siehe *Bussmann*, *LeGes – Gesetzgebung & Evaluation 1997/3*, S. 109 ff. Zu einer Aufwertung prospektiver Implementationsforschung zu einer Theorie politischer Steuerung der Gesellschaft *Mayntz* (Hrsg.), *Implementation politischer Programme, Empirische Forschungsberichte*, 1980; skeptisch gegenüber den Möglichkeiten der (parlamentarischen) Gesetzesfolgenabschätzung *Edinger*, ZG 2004, 149; *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, 862 (869).

⁵⁹ *Rehbinder* (Fn. 3), Rn. 4.

⁶⁰ Untersuchungsgegenstand der Rechtssoziologie ist also die Faktizität des Rechts, dazu *Kunz/Mora*, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie*, 2. Aufl. 2015, S. 2 f., 108 f.; *Möllers* (Fn. 22), § 5 Rn. 91; *Rottleuthner* (Fn. 20), S. 191 ff.

⁶¹ *Rehbinder* (Fn. 3), Rn. 126.

⁶² Zu diesem auf Max Weber zurückgehenden Begriff *Rehbinder* (Fn. 3), Rn. 3; *Röhl* (Fn. 14), S. 35.

⁶³ *Gawron/Rogowski*, ZfRSoz 1996, 177 (179 ff.); *Raiser* (Fn. 3), S. 256 ff., 263; *Rehbinder* (Fn. 3), Rn. 126 ff., 129 ff.

⁶⁴ *Baer* (Fn. 20), § 7 Rn. 3 ff.; *Gawron/Rogowski*, ZfRSoz 1996, 177 (179 ff.); *Raiser* (Fn. 3), S. 256 ff., 263; *Rehbinder* (Fn. 3), Rn. 126 ff., 129 ff.; *Ryffel* (Fn. 10), S. 259 f.

Auch für das Strafrecht sind diese Korrelationen anerkannt.⁶⁵ Insbesondere verfolgt das strafrechtliche Gesetzkennprinzip nicht nur den Schutz der Grundrechte sowie des Demokratieprinzips, sondern ist seit *Feuerbach* als Voraussetzung der präventiven Wirkung des Strafrechts – heute noch insbesondere im Hinblick auf die positive Generalprävention – anerkannt, dass bereits der Gesetzgeber zu bestimmt gefassten Verboten gelangen muss.⁶⁶ Grundsätzlich besteht zwischen Rechtskenntnis und Verhalten daher eine positive Beziehung, die allerdings eingeschränkt oder sogar ins Gegenteil verkehrt wird, sofern bekannt ist, dass Zuwiderhandlungen nicht geahndet werden: „Bessere Gesetzeskenntnis kann darauf aufmerksam machen, wie wenig das Gesetz beachtet wird und dadurch das Vertrauen in das Gesetz schließlich ganz zerstören.“⁶⁷

Effektivitätsforschung und Implementationsstudien unterscheiden sich im Grundsatz darin, dass Maßnahmen der Effektivierung im Rahmen der mannigfaltigen Formen des Vermittlungsprozesses (Gerichtsurteile, gesetzlich vorgesehene Rechtsbelehrungen, Compliance-Schulungen in Unternehmen sowie durch Fach- und Berufsverbände, rechtsanwaltliche Beratung, Medienberichte, Gespräche im Freundes- und Familienkreis etc.) zwar unterschiedliche (Fehl-)Interpretationen und (verfälschende) Zuspitzungen des geltenden Rechts mit sich bringen können, indes im Wesentlichen und regelmäßig auf eine Wiedergabe und Erläuterung der aktuellen oder sich neu abzeichnenden Rechtslage ausgerichtet sind. Implementationsprozesse betreffen dagegen in erster Linie die konkretisierende Ausformung der programmatischen Vorgaben des Gesetzgebers durch die zuständigen oder sonst involvierten Akteure im Rahmen der gegebenen rechtlichen Handlungsspielräume.⁶⁸ Auf diesen wichtigen Unterschied wird auch für das Beispiel der §§ 299a, 299b StGB zurückzukommen sein.⁶⁹ Die soeben gewählten relativierenden Formulierungen sollen allerdings darauf hinweisen, dass Implementierungshandlungen einerseits und Effektivierungsmaßnahmen andererseits nicht immer in Reinform auftreten, da Unterrichtungen über die Rechtslage bereits durch das Vorverständnis des Rechtsanwenders und die vom ihm gewählte narrative Einkleidung beeinflusst sein werden und

umgekehrt die allermeisten Implementationsmaßnahmen auch jedenfalls zur Publizität des Rechts beitragen. Zu unterscheiden ist daher weniger zwischen Effektivitätsaspekten einerseits und Implementationsfragen andererseits, als nach dem Schwerpunkt des jeweiligen Vorgangs.

c) Regulierungsstrategien

Eng verwandt mit der Effektivitätsforschung sind schließlich die Untersuchungen zur Normenimplementation einerseits und diejenigen zu „Regulierungsstrategien“⁷⁰ andererseits.⁷¹ Der auch im Zusammenhang mit staatlichen Markteingriffen verwendete Begriff der Regulierung soll hier als ein weit gefasster, sich an politik- und verwaltungswissenschaftliche Diskussionen anfügender Terminus verstanden werden. Regulierung ist danach „jede gewollte staatliche Beeinflussung gesellschaftlicher Prozesse, die einen spezifischen, über den Einzelfall hinausgehenden Ordnungszweck verfolgt und dabei im Recht zentrales Medium und Grenze findet“.⁷² Das Hauptinteresse der Regulierung gilt den Modi und Instrumenten staatlicher Aufgabenwahrnehmung.

Dabei werden üblicherweise drei Grundformen unterschieden: die staatlich-imperative Regulierung (Setzung und Durchsetzung von Standards in den Händen des Staates, etwa bei polizeilichen Standardmaßnahmen im öffentlichen Raum), die staatlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung (mittelbare Steuerung privater Standards und deren Durchsetzung mittels gezielter Anreize⁷³ und – sanktionsbewehrter – Pflichten, z.B. durch „Compliance-Management-Systeme“ in Unternehmen) sowie die gesellschaftliche Selbstregulierung (bloße Bereitstellungsfunktion des Rechts für gesellschaftliche Ordnungsbildungen und deren Absicherung, etwa durch Verbandsklagemöglichkeiten für Verbraucherschutzvereinigungen oder durch das Presserecht und durch das Kampagnen von NGOs absichernde Grundrecht auf Meinungsfreiheit).⁷⁴ Die Antwort auf die Frage, welches Regulie-

⁶⁵ Eisenberg/Köbel (Fn. 12), § 41 Rn. 11; Schneider/Grau/Kißling, CCZ 2013, 48 (49), in Bezug auf die Rechtskenntnis.

⁶⁶ Dazu Dannecker (Fn. 28), § 1 Entstehungsgeschichte; Roxin (Fn. 27), § 5 Rn. 22 f.; Schünemann, *Nulla poena sine lege?*, 1978, S. 11 ff. Zum materiell-rechtlichen Gehalt der öffentlichen Regelkommunikation als Element des Rechtsbegriffs Schünemann, ARSP Beiheft 1996, 97 (110 f.); Kasiske, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, 2014, S. 117.

⁶⁷ Röhl (Fn. 14), S. 263.

⁶⁸ Gawron/Rogowski, ZfRSoz 1996, 177 (180 f.). Eisenberg/Köbel (Fn. 12), § 41 Rn. 11, bezeichnen Publizität, Sanktionswahrscheinlichkeit etc. dagegen als Effektivitätskriterien ebenfalls der „Implementierung“.

⁶⁹ S.u. III. 2. c) aa).

⁷⁰ Begriffsbildung nach Eifert, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 1 ff.

⁷¹ Köbel, MschKrim 2017, 430 f., scheint sogar von einer begrifflichen Identität auszugehen.

⁷² Eifert, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 1 ff., 5.

⁷³ Eifert, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 52 ff.; Theile, JuS 2017, 913 (914). Für ein wohl engeres Begriffsverständnis vgl. Kubiciel, JZ 2018, 171 (175): „Regulierte Selbstregulierung“ setze voraus, dass das (Straf-)Recht die privaten Akteure zur Setzung eigener Regelungen verpflichtet und nicht nur private Regulierung zur Wahrnehmung einer Obliegenheit initiiere; ebenso Baer (Fn. 20), § 6 Rn. 47. Dazu ist allerdings anzumerken, dass es ungeachtet einer fehlenden expliziten und allgemeinen Anordnung längst einen faktischen Compliance-Zwang geben dürfte, der über eine bloße Obliegenheit hinausgeht; vgl. Rotsch, in: Rotsch (Hrsg.), *Criminal Compliance*, 2015, § 1 Rn. 19 f., § 2 Rn. 14.

⁷⁴ Baer (Fn. 20), § 6 Rn. 35 ff.; Gawron/Rogowski, ZfRSoz 1996, 177 (181); Eifert, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/

rungsarrangement als „gute Regulierung“ (i.e. als effektive und angemessene staatliche Aufgabenwahrnehmung⁷⁵) anzusehen ist, wird nicht nur von den jeweiligen (verfassungs-)rechtlichen Vorgaben des in den Blick genommenen Teilrechtsgebiets abhängig sein, sondern auch von den theoretischen Grundannahmen, insbesondere der Bewertung zentralstaatlicher Maßnahmen im Vergleich zu möglichst selbstregulierenden Enforcement-Instrumenten.⁷⁶

Sollen die Begriffe der Regulierung einerseits und der Implementation andererseits getrennt werden, so ist wohl im Wesentlichen eine zeitliche Komponente maßgeblich, da sich die Regulierungsforschung jedenfalls bei einer bewussten Wahl des Gesetzgebers für sein „Rechtsdurchsetzungs-Paket“ bereits auf die Auswahl und Festlegung der für zweckmäßig erachteten Kriterien fokussiert, während die Implementationsforschung die Umsetzung der einmal getroffenen Auswahl in den Blick nimmt. Ein bewusst festgelegtes Instrumentarium wird allerdings zugegebenermaßen weder für den einen noch anderen Fall stets erkennbar sein. Vielmehr ist es nicht selten der Fall, dass sich das tatsächlich bewirkte Regulierungs- und Implementationsinstrumentarium von den ursprünglichen Vorstellungen des Gesetzgebers – soweit widerspruchsfrei ermittelbar – unterscheidet. Insbesondere die Einbindung materieller Strafgesetze in außerstrafrechtliche Präventions- und Reaktionsmaßnahmen erfolgt „mehr oder weniger intensional“⁷⁷, wie sich auch für die §§ 299a, 299b StGB zeigen wird.

III. Gesetzesimplementation im Strafrecht am Beispiel der §§ 299a, 299b StGB

Der Implementationsbedarf für eine Strafnorm sowie die hierfür bereitstehenden Implementationsmöglichkeiten (nicht zuletzt die hierfür naheliegenden sowie rechtlich kompetenten Akteure) sind abhängig von der Ausgestaltung der Strafnorm, insbesondere von der – relativen – Unbestimmtheit ihrer Tatbestandsmerkmale sowie der – vornehmlich⁷⁸ für echte Blankettmerkmale bestehenden – Notwendigkeit, für die nähere Konkretisierung des Straftatbestandes auf weitere Rechtssetzungs- oder Verwaltungsakte der Europäischen Union sowie von Bund, Länder und Kommunen zurückzugreifen. Daneben könnte es sich, wie bereits für Fahrlässigkeitsdelikte angesprochen⁷⁹, als sinnvoll erweisen, die von Privaten für bestimmte Verkehrskreise gesetzten Standards zu berücksichtigen.

Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 14; Kölbl, MschKrim 2017, 430 f.

⁷⁵ Eifert, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 14; Kölbl, MschKrim 2017, 430 (431).

⁷⁶ Eifert, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 13; Kölbl, MschKrim 2017, 430 (434 ff.).

⁷⁷ Eisenberg/Kölbl (Fn. 12), § 41 Rn. 1.

⁷⁸ Zur Frage, im welchem Umfang normative Tatbestandsmerkmale durch einen Bezug auf Normen gekennzeichnet sind, Kuhli, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrechtlichen Rechtsanwendung, 2018, S. 119 ff.

⁷⁹ S.o. II. 2. m. Fn. 39–43.

1. Implementierungsbedarf für die §§ 299a, 299b StGB

Mit der letztlich Gesetz gewordenen Fassung der §§ 299a, 299b StGB sind komplexe Strafnormen entstanden, die erstmals spezifisch gegen Korruption im Gesundheitswesen gerichtet sind.⁸⁰ Dabei hat sich der Strafgesetzgeber mit diesen Sonderstraftatbeständen in den normativen wie rechtstat-sächlichen Mikrokosmos des Gesundheitswesens begeben. Die intrikate Fragen aufwerfende Modellierung der beiden Straftatbestände sowie ihr vielschichtiges Regelungsumfeld lassen es notwendig erscheinen, zunächst die sich aus den Strafnormen ergebenden, noch nicht hinreichend geklärten Fragestellungen ihrer Interpretation zu skizzieren, bevor die einzelnen möglichen Implementationsakteure näher dargestellt werden.

Das neue Recht repräsentiert die mittlere Linie der in der rechtspolitischen Diskussion favorisierten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers.⁸¹ Die bis zuletzt auch koalitions-intern umstrittene Ausgestaltung des neuen Rechts im Einzelnen hat erheblich zu dem starken Kompromisscharakter der auf der Zielgeraden des Gesetzgebungsverfahrens noch einmal erheblich geänderten Straftatbestände beigetragen.⁸² Als Ausgangspunkt der Straftatbestände dient dem Gesetzgeber zwar das in § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB festgelegte Wettbewerbsmodell – die Straftatbestände enthalten anders als die Vorgängerentwürfe keinen Blankettverweis auf die im Berufsrecht (im engeren Sinne) und im SGB V festgelegten Pflichten zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit mehr –, doch soll mit den §§ 299a, 299b StGB nach der überzeugenderen, allerdings vielstimmig bestrittenen Ansicht nicht nur der Wettbewerb im Gesundheitswesen, sondern auch das Vertrauen in die Integrität heilberuflicher Entscheidungen im Interesse der Patienten geschützt werden.⁸³ Im Hinblick auf die auslegungleitende Funktion der

⁸⁰ Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 30.5.2016, BGBl. I 2016, S. 1254; in Kraft getreten zum 4.6.2016. Zur Diskussion um die Zunahme sektorspezifischer Straftatbestände in der letzten Legislaturperiode Kubiciel, JZ 2018, 171 (174).

⁸¹ T. Schröder, medstra 2018, 207.

⁸² Dannecker/T. Schröder (Fn. 1), § 299a Rn. 24 ff.

⁸³ Zu diesem doppelten Rechtsgut zunächst die Gesetzesmaterialien, BT-Drs. 18/6446, S. 1, 12 f., 16 f.; BT-Drs. 18/8106, S. 13; zustimmend Fischer (Fn. 40), § 299a Rn. 3; Dannecker/T. Schröder (Fn. 1), § 299a Rn. 33 ff.; Geiger, CCZ 2016, 172 (174); C. Jäger, MedR 2017, 694 (696); Schuhr, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, §§ 299a, 299b StGB Rn. 8; wohl auch Kubiciel, in: Kubiciel/Hoven (Hrsg.), Korruption im Gesundheitswesen, 2016, S. 69 (70 f.); a.A. (geschützt sei allein der Wettbewerb im Gesundheitswesen) Dann/Scholz, NJW 2016, 2077 (2078); Duttge, in: Kubiciel/Hoven (Fn. 83), S. 15 (22); Gaede (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 12 ff.; Rogall, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. V, 9. Aufl. 2019, § 299a Rn. 2; Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 27), § 299a Rn. 2; Kölbl, medstra 2016, 193; Rosenau (Fn. 32), § 299a Rn. 2; Rübenstahl/Teubner, in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis (Fn. 38), § 299a StGB Rn. 4; Tsambikakis,

Rechtsgutbestimmung ist die Entscheidung in diesem Streitpunkt bereits eine wichtige Weichenstellung für die Interpretation der Strafnormen, die gerade in Zweifelsfällen Bedeutung erlangt.⁸⁴

Auch wenn Kritik aus der Strafrechtswissenschaft zu berücksichtigen hat, dass der Gesetzgeber unter den Bedingungen konkreter, sich beständig ändernder gesellschaftlicher Probleme und unter dem Zwang der politischen Mehrheitsfindung nicht zu über mehrere Jahre hinweg ausdiskutierten und vollständig kohärenten Lösungen gelangen kann⁸⁵, weist die konkrete Umsetzung der begrüßenswerten Grundentscheidung des Gesetzgebers⁸⁶ zur Schließung dieser „echten Strafbarkeitslücke“ doch einige Inhomogenitäten auf, welche die Implementation und Effektivierung der gesetzgeberischen Zwecksetzungen nicht gerade erleichtern. So ist nun zwar für eine Vielzahl von Fallgestaltungen gekaufter heilberuflicher Entscheidungen, die bereits nach dem Berufs- oder Sozialrecht der Ärzte und Zahnärzte untersagt waren, auch eine strafrechtliche Sanktionsbewehrung gegeben, allerdings nur soweit die Bevorzugung im Wettbewerb erfolgen soll. Zudem hat der Strafgesetzgeber zur Absicherung des fairen Wettbewerbs zwar den § 299a StGB auf einen recht breiten Täterkreis erstreckt (nämlich auf alle Heilberufe, die eine staatlich geregelte Ausbildung erfordern), obwohl gerade viele Gesundheitsfachberufe kaum über berufsständische Regeln zur Wahrung der heilberuflichen Unabhängigkeit verfügen, doch sind die Apotheker wegen des Zuschnitts der Tathandlungen bis auf Sonderfälle vom Anwendungsbereich der Norm weitgehend ausgeschlossen, obgleich sie eine wichtige Stellung auf dem Gesundheitsmarkt einnehmen und ihre Berufsordnungen verschiedene Korruptionsverbote vorsehen.⁸⁷

Schließlich scheinen die im Berufs- und Sozialrecht gezogenen Grenzen der Verfolgung finanzieller Eigeninteressen nach bislang einhelliger Auffassung von elementarer Bedeutung für die Frage zu bleiben, ob die im Rahmen der §§ 299a, 299b StGB (angestrebte) Abrede eine „unlautere“ Bevorzugung zum Inhalt hat.⁸⁸ Und obwohl der Gesetzgeber die ur-

sprünglich vorgesehene explizite Inbezugnahme dieses Regelungskomplexes wegen verfassungsrechtlicher Bedenken gegen Ende des Gesetzgebungsverfahrens getilgt hat, könnte diesen Normen nun eine strafbarkeitsbeschränkende, rechtskonkretisierende Bedeutung bei der Interpretation des verbliebenen rechtsnormativen Tatbestandsmerkmals der „Unlauterkeit“ zukommen.⁸⁹ Es erscheint daher zumindest zweifelhaft, ob es sich bei dem Verzicht auf eine explizite Inbezugnahme des Berufs- und Sozialrechts um einen Sieg des „liberalen Vernunftstrafrechts“ gegen eine „feindstrafrechtliche Linie“ der Antikorruptionsgesetzgebung handelte.⁹⁰

Die derzeit für die Anwender der §§ 299a, 299b StGB noch nicht befriedigend geklärten Einzelfragen betreffen etwa das Zusammenwirken von Orthopäden und Sanitätshäusern, die honorarärztliche Tätigkeit niedergelassener (Vertrags-)Ärzte mit Krankenhäusern, die Förderung von Beleghebammen⁹¹, die Weitergabe kostenlos erhaltener Blutzuckermessgeräte an Patienten⁹², die apothekenseitige Einzelverpackung von Medikamenten („Verblistering“) insbesondere für Pflegeheime⁹³, Unternehmens- und Gewinnbeteiligungen⁹⁴ oder die vergütete Teilnahme an Anwendungsbeobachtungen⁹⁵.

2. Die einzelnen Protagonisten der Normimplementierung und die rechtliche Bewertung ihrer Rolle

Der Einbettung der neuen Korruptionsstraftatbestände in das vielschichtige Gesundheitswesen entspricht die Vielzahl an Protagonisten, die als Akteure der Normimplementierung in Betracht kommen. Zu nennen sind etwa – also ohne Anspruch auf Vollständigkeit – Strafgerichte, Branchen- und Berufsverbände, Krankenkassen und Kassenärztliche Vereinigungen, der GKV-Spitzenverband, die Heilberufangehörigen und die für sie jeweils zuständigen heilberuflichen

Hohmann, in: Joecks/Miebach (Fn. 37), § 299a Rn. 34; *Geiger*, CCZ 2016, 172 (176); *Grzesiek/Sauerwein*, NZWiSt 2016, 369 (371 f.); *C. Jäger*, MedR 2017, 694 (698 ff.); *Kubiciel*, MedR 2016, 1 (4); *Rosenau* (Fn. 32), § 299a Rn. 17 ff.; *Schroth/Hofmann*, medstra 2017, 259; *Tsambikakis*, medstra 2016, 131 (137).

⁸⁹ *T. Schröder*, medstra 2018, 207 (208); *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 157.

⁹⁰ So aber *Schneider*, medstra 2016, 195; *ders./Seifert*, Der Krankenhaus-Justitiar 2016, 8.

⁹¹ Zu den vorstehenden Fallgruppen *Gaede*, medstra 2018, 264 (270 ff.).

⁹² *Rönnau/Wegner*, MedR 2017, 206 ff.

⁹³ Dazu *Schneider/Reich*, GesR 2017, 497 ff.

⁹⁴ *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 189; *Gaede* (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 84; *Rogall* (Fn. 83), § 299a Rn. 57; *Rosenau* (Fn. 32), § 299a Rn. 20; *Scholz*, in: *Kubiciel/Hoven* (Fn. 83), S. 89 (104); *Badle*, medstra 2015, 139 (140); *Tsambikakis*, medstra 2016, 131 (137 f.); *Wising/Cierniak*, NZWiSt 2016, 41 (47).

⁹⁵ *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 124, 137, 140, 175; *Gädigk*, medstra 2015, 268 (270); *Gaede* (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 85; *Eisele* (Fn. 83), § 299a Rn. 26; *Koch/Appel/Lubner/Kölbel/Lieb*, MedR 2018, 225.

medstra 2016, 131 (132 f.); *Hellmann*, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2018, Rn. 816.

⁸⁴ *T. Schröder*, medstra 2018, 207.

⁸⁵ *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (173); *Lepsius*, Rechtsgeschichte 25 (2017), 152 (153 f.).

⁸⁶ Bereits der *Große Senat* für Strafsachen des BGH hat in seiner Entscheidung vom 29.3.2012 an den Gesetzgeber appelliert, wegen der seines Erachtens de lege lata bestehenden Straflosigkeit für korruptive Einflussnahmen auf die heilberuflichen Entscheidungen niedergelassener Vertragsärzte tätig zu werden, BGHSt 57, 202 (218).

⁸⁷ Zur Kritik am Zuschnitt des Kreises tauglicher Täter des § 299a StGB vgl. *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, medstra 2015, 142 (148 f.); *T. Zimmermann*, Das Unrecht der Korruption, 2018, S. 680 f.

⁸⁸ *Brettel/Mand*, A&R 2016, 99 (102 f.); *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 153 ff.; *Frister*, in: AG Medizinrecht im DAV/IMR (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen, 2015, S. 75 (82); *Gaede* (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 80; *Rogall* (Fn. 83), § 299a Rn. 46 ff.; *Eisele* (Fn. 83), § 200a Rn. 39;

Kammern (einschließlich ihrer Spitzenverbände), die Rechtsanwaltschaft, die Strafrechtswissenschaft⁹⁶, Unternehmen (vor allem mittels ihrer Compliance-Regelwerke) sowie zivilgesellschaftliche Interessenverbände. Die meisten dieser Akteure treten dabei natürlich nicht erst mit Inkrafttreten der neuen Vorschriften in Erscheinung, vielmehr haben sie bereits die Normgenese durch Stellungnahmen für oder gegen neues Korruptionsstrafrecht⁹⁷ sowie weitere Diskussionsbeiträge zu den Gesetzentwürfen im Einzelnen⁹⁸ kommentiert, beeinflusst oder zu beeinflussen gesucht – auch im Wege der nicht publizierten Politikberatung.⁹⁹

Eine auch nach den rechtlichen Aufgabenzuweisungen naheliegende Rolle als Implementator haben neben der Rechtsprechung gerade mit Blick auf ihre Entscheidungsmacht im Vorverfahren und – zumal mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung zu §§ 299a, 299b StGB – für die Frage der Anklageerhebung auch die Staatsanwaltschaften. Daneben eint wohl alle der genannten Protagonisten das Erkenntnisinteresse an der genauen Reichweite der Strafnormen in Grenzfällen und darüber hinaus viele auch das Ziel, diese Grenzen den in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Einheiten und Personengruppen zu vermitteln. Dabei können die Akteure, bisweilen sogar dieselben Akteure, ganz unterschiedliche Ziele verfolgen. So kann ein Unternehmen durch bessere Erkenntnisse zu den tatbestandlichen Grenzen der §§ 299a, 299b StGB einerseits darauf abzielen, den Verband selbst, die von § 130 OWiG erfassten Führungskräfte und das sonstige Personal durch geeignete Compliance-Maßnahmen vor den nachteiligen Folgen strafrechtlich relevanter Handlungen abzusichern, andererseits dieses Wissen aber auch nutzen, um Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gegen korrupte Wettbewerber durchzusetzen.¹⁰⁰ Kassenärztliche Vereinigungen beraten ihre Mitglieder zur möglichen Korruptionsrelevanz geplanter Geschäftsmodelle, zugleich sollen sie gemäß § 81a Abs. 4 SGB V die Staatsanwaltschaft über einen Anfangsverdacht auf strafbare Handlungen mit nicht nur geringfügiger Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung unterrichten.¹⁰¹

Eine eingehende Diskussion der Gesamtheit dieser und weiterer möglicherweise an der Implementation der §§ 299a, 299b StGB beteiligten Institutionen, Organisationen, Perso-

nengruppen kann an dieser Stelle nicht erfolgen, erscheint indes auch nicht notwendig, um Fragestellungen der Implementation im Strafrecht zu veranschaulichen. Hierfür soll es genügen, drei Akteure herauszugreifen und gegenüberzustellen, deren Beitrag zur Konkretisierung des im neuen Korruptionsstrafrecht bezweckten Programms problematische Aspekte der Gesetzesimplementation exemplarisch hervorzuheben verspricht, namentlich die Strafgerichte (dazu a), die in §§ 81a, 197a SGB V genannten Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen (dazu b) und schließlich die Compliance-Tätigkeit von Verbänden und Initiativen der Healthcare-Industrie sowie einzelner Unternehmen (dazu c).

a) Die Rechtsprechung

Wie bereits angesprochen¹⁰², leitet das BVerfG aus Art. 103 Abs. 2 GG eine strafverfassungsrechtliche Implementierungspflicht für die Strafgerichte ab. Diese Aufgabe steht in enger Verbindung zu der Stellung des Richters als „zentrale[s] Organ im Strafverfahren“¹⁰³: Allein er darf die verbindliche Entscheidung über die Schuld oder Unschuld des Beschuldigten sowie gegebenenfalls die Verhängung der strafrechtlichen Sanktion treffen; dieses Aburteilungsmonopol ergibt sich aus Art. 92 1. Hs. GG, da es zum unentziehbaren Kernbereich der rechtsprechenden Gewalt gehört, Kriminalstrafen zu verhängen.¹⁰⁴ Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit verfestigen sich einzelne Judikate idealiter durch Grundsatzentscheidungen zu „ständiger“¹⁰⁵ bzw. „gefestigter“¹⁰⁶ Rechtsprechung.¹⁰⁷ Die dadurch entstehende Orientierungssicherheit des Einzelnen ist ferner dadurch zu stützen, dass Gerichten, die von der eigenen Rechtsprechung abweichen möchten, über die damit bereits postulierte Befassungspflicht zutreffend eine subsidiäre Befolgungspflicht¹⁰⁸ auferlegt wird, die den Gerichten um den Erhalt eines systematischen, geordneten Fallrechts willen abfordert, die nunmehr gegen das bisherige Präjudiz sprechenden Gründe immerhin darzulegen.¹⁰⁹ Überdies werden in der Strafrechtspre-

¹⁰² S.o. II. 2.

¹⁰³ Fischer, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, Einleitung Rn. 224.

¹⁰⁴ BVerfGE 22, 49 (73 ff.); Kühne, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Einl. J Rn. 6.

¹⁰⁵ BVerfGE 92, 122 (123); BGH, Urteil v. 13.9.2018 – 5 StR 107/18.

¹⁰⁶ BGHZ 85, 64 (66).

¹⁰⁷ Zur Terminologie Möllers (Fn. 22), § 9 Rn. 73.

¹⁰⁸ Zur fehlenden unmittelbaren Präjudizienbindung im deutschen Recht außerhalb insbesondere von § 31 Abs. 1 BVerfGG, § 358 Abs. 1 StPO und § 563 Abs. 2 ZPO vgl. BVerfGE 84, 212; Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 565 ff.

¹⁰⁹ Zu den Vertretern dieser Auffassung gehören Möllers (Fn. 22), § 3 Rn. 13 ff.; Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl. 1991, S. 506 ff.; Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, S. 252 ff., 257; P. Kirchhof, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Kom-

⁹⁶ Art und Umfang der Beteiligung der strafrechtswissenschaftlichen Forschung an Normgenese und -implementation dürften dabei wesentlich davon abhängen, ob die Strafrechtswissenschaft insoweit ein Selbstverständnis als primär gesetzgebungsberatende (so etwa Kubiciel, *JZ* 2018, 171 [177]) oder als eine gesetzgebungskritische (vgl. Schünemann, *ZRP* 2015, 68 [70]; ders., *ZIS* 2016, 654 [663 f.]) Institution präferiert.

⁹⁷ Zur Dokumentation der Diskussion siehe Dannecker/T. Schröder (Fn. 1), § 299a Rn. 52 m.w.N.

⁹⁸ Dazu Gaede (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 3 ff. m.w.N.

⁹⁹ T. Schröder, *medstra* 2018, 207.

¹⁰⁰ §§ 299a, 299b StGB sind Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 StGB, siehe Dannecker/T. Schröder (Fn. 1), § 299a Rn. 85; Gaede (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 1, 10.

¹⁰¹ Dazu näher sogleich unter III. 2. b).

chung des BGH die Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) einerseits und die richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) andererseits durch die Vorlageregelungen der § 132 Abs. 2–4 GVG, § 2 RsprEinhG zu einem Ausgleich gebracht.¹¹⁰

Die wichtigste Rechtsquelle des Strafrichters ist von Verfassungen wegen das formelle Gesetz, Art. 20 Abs. 3; 97; 103 Abs. 2; 104 GG. Anhand einiger Beispiele¹¹¹ sollte indes bereits exemplifiziert werden, dass es sich hierbei auch im Strafrecht nicht um die einzigen Regeln handelt, aus denen der Rechtsstab seine Entscheidungen ableitet. Während sich das rechtstheoretische Schrifttum im Rahmen der „heftig umstrittenen“¹¹² Rechtsquellenlehre vor allem der Frage zuwendet, aus welchen Quellen der Rechtsstab seine Entscheidungen ableiten soll und darf („primäre und sekundäre Rechtsquellen“¹¹³), „juristischer Rechtsquellenbegriff“¹¹⁴), „Rechtsquelle im engen Sinne“¹¹⁵), können in einem soziologischen Sinne alle Umstände als Rechtsquellen gelten, die für gerichtliche Entscheidungen von Bedeutung sind, weil sie tatsächlich herangezogen werden („soziologische Rechtsquellen“¹¹⁶ / „Rechtsinhaltsquellen“¹¹⁷), „Rechtserkenntnisquellen“¹¹⁸ / „Rechtserkenntnisquellen“¹¹⁹). Im letzteren Sinne ist es naheliegend, dass der Strafrichter für seine Rechtsfindung – also die Implementierung der neuen Strafvorschriften – auf die Gesetzesbegründung¹²⁰ und sonstigen Gesetzgebungsmaterialien

zu §§ 299a, 299b StGB ebenso zurückgreifen wird wie auf das Berufs- und Sozialrecht und die dazu ergangene Judikatur, die Rechtsliteratur, frühere Rechtsprechung zu den §§ 299, 331 ff. StGB, Unternehmens- und Branchenstandards sowie auf Positionierungen der Verfahrensbeteiligten (insbesondere auf die Anklageschrift und die Einlassungen und Stellungnahmen des Beschuldigten, seiner Rechtsbeistände sowie auf von ihnen beauftragte weitere Rechtsgutachten). Ebenso kann sich die soziale Herkunft, das (politische) Vorverständnis des Richters zum Gesundheitswesen sowie seine persönliche Haltung zu den Verfahrensbeteiligten in seiner Entscheidung niederschlagen. Die Rechtswissenschaft aber fragt danach, ob und inwieweit diese Faktoren die Entscheidung binden oder jedenfalls präjudizieren dürfen. Diese Diskussion um diese beiden strikt voneinander zu trennenden Blickwinkel auf die Frage der Rechtsquellen¹²¹ weist damit eine enge Beziehung zu der Problemstellung auf, welche Akteure zum einen §§ 299a, 299b StGB tatsächlich implementieren und inwieweit sie zum anderen dazu rechtlich legitimiert erscheinen.

Konkret auf die hier untersuchten Korruptionsstraftatbestände bezogen handelt es sich allerdings – noch – um eine hypothetische Diskussion¹²², denn der Richter erwirbt seine Kognitionsbefugnis für einen Lebenssachverhalt gemäß dem Anklagegrundsatz erst aufgrund einer Klageerhebung nach Abschluss des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens.¹²³ Auf §§ 299a, 299b StGB bezogene Hauptverfahren lassen bisher – soweit ersichtlich – auf sich warten. Zu den bereits genannten möglichen Faktoren der bislang geringen Anzahl polizeilich bekannt gewordener Fälle¹²⁴ treten weitere Aspekte, die es auch für die Zukunft als unsicher erscheinen lassen, ob die Gerichte – insbesondere die Revisionsinstanz – hinreichend Gelegenheit erhalten werden, jedenfalls in näherer Zukunft die ihnen von Verfassungen wegen zugedachte Implementationsrolle auch tatsächlich auszufüllen. Unter anderem die generelle Überlastung der Strafverfolgungsorgane durch unzureichend angepasste Stellenschlüssel, der deutliche Zuwachs an rechtlich oder ihrem Umfang nach besonders anspruchsvollen Wirtschaftsstrafverfahren sowie die Ausdehnung des materiellen (Wirtschafts-)Strafrechts¹²⁵ können die Bereitschaft der Strafverfolgungsorgane, Strafver-

mentar, 84. Lfg., Stand: August 2018, Teil. B., Art. 3 Abs. 1 Rn. 288.

¹¹⁰ Dazu *Cierniak/Pohlit*, in: Knauer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3/2, 2018, § 132 GVG Rn. 1; *W. Zimmermann*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 132 GVG Rn. 3 ff.

¹¹¹ S.o. II. 2.

¹¹² *Möllers* (Fn. 22), § 3 Rn. 2.; zum Streitstand im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG siehe *Hilbert*, JZ 2013, 130 (130 f.); *Hoffmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, 2003, S. 97 ff., 127 ff.

¹¹³ *Möllers* (Fn. 22), § 3 Rn. 12 ff.

¹¹⁴ *Röhl/H. C. Röhl* (Fn. 108), S. 519.

¹¹⁵ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 11), Rn. 217.

¹¹⁶ *Röhl/H. C. Röhl* (Fn. 108), S. 519; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 11), Rn. 217.

¹¹⁷ *Röhl/H. C. Röhl* (Fn. 108), S. 520

¹¹⁸ *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 11), Rn. 217.

¹¹⁹ *Möllers* (Fn. 22), § 2 Rn. 6, § 3 Rn. 17.

¹²⁰ Genannt seien insoweit etwa die Beschlussempfehlung und der Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 13.4.2016. Zur Relativierung der auf die etwaig durch die Streichung der im Regierungsentwurf zunächst vorgesehenen berufsrechtsakzessorischen Tatvariante entstehenden Strafbarkeitslücken erklärte die Ausschussmehrheit in einer an eine „Segelanweisung“ erinnernden Art und Weise, dass an das Vorliegen des Merkmals „Wettbewerb“ wie bei § 299 StGB keine zu strengen Maßstäbe anzulegen seien (BT-Drs. 18/8106, S. 15). Die Rechtsprechung ist allerdings

nicht gezwungen, sich dieser unverbindlichen Meinungsäußerung auch für §§ 299a, 299b StGB anzuschließen.

¹²¹ Ebenso *Röhl/H. C. Röhl* (Fn. 108), S. 520: „Die Grenze [...] wird selten so scharf gezogen, wie es möglich wäre.“

¹²² Siehe aber dazu sogleich unter III. 2. c) bb).

¹²³ *Kühne* (Fn. 104), Einl. J Rn. 7.

¹²⁴ S.o. II. 3 a).

¹²⁵ Zu diesen und weiteren, auch deutlich justizkritischeren Faktoren für das Erstarken wie die Persistenz formeller wie informeller Absprachen über das Verfahrensergebnis (zur erstgenannten Erscheinungsform vgl. §§ 153 f., 160b, 202a, 257c StPO) siehe *Stuckenberg*, in: Erb/Esser/Franke/Graalmann-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 257c Rn. 2 f.; *Moldenhauer/Wenske*, in: Hannich (Fn. 103), § 257c Rn. 2.

fahren durch ein ohne tatsächliche Verständigung beeinflusstes Urteil zu beenden, absinken lassen. Hinzu tritt der nachvollziehbare Unwillen des Beschuldigten oder betroffener Unternehmen, jedenfalls dann, wenn die Alternative besteht, eine verhandelte – allerdings nur bedingt freiwillig zu nennende¹²⁶ – Verfahrenserledigung herbeizuführen, mittels eines jahrelangen und durch alle Instanzen hindurch getragenen Kampfs um das Recht einen persönlichen Beitrag zur Normkonkretisierung zu leisten. Dieser Sichtweise ihrer Mandanten werden bei unklarer Tat- und Rechtslage auch die allermeisten (Unternehmens-)Strafverteidiger nicht entgegen-treten und auf eine möglichst frühzeitige und schonende Verfahrenserledigung hinwirken. Schließlich bleibt den Revisionsgerichten zu Implementationszwecken selbst im Fall des ohne Verständigung zustande gekommenen erstinstanzlichen Urteils allenfalls das zweifelhafte Instrument des obiter dictum¹²⁷, sofern das Tatgericht seinen Freispruch darauf stützt, dass es sich nicht vom Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung hat überzeugen können und damit seine Entscheidung – von Darstellungsmängeln abgesehen¹²⁸ – zum einen insoweit einer revisionsrechtlichen Überprüfung entzieht und zum anderen die revisionsgerichtliche Erörterung materiell-rechtlicher Fragestellungen (etwa zur Interpretation des Merkmals der „unlauteren Bevorzugung“) überflüssig macht.¹²⁹

Da die im strafrechtlichen Schrifttum zu §§ 299a 299b StGB kontrovers diskutierten Fallkonstellationen der Kooperation im Gesundheitswesen auch in der berufs- und sozialrechtlichen Judikatur bislang nicht eindeutig bewertet werden und es überdies mit Blick auf die einfachgesetzlich zulässige strafrechtsautonome Auslegung rechtsnormativer Tatbestandsmerkmale nicht zwingend ist, dass die Strafgerichte das – sachgerechte – Konzept der „negativen Akzessorität“ berufs- und sozialrechtlich nicht beanstandeter Kooperationsformen¹³⁰ zukünftig ausnahmslos rezipieren werden, kann auch die derzeitige berufs- und sozialrechtliche Rechtspre-

chung keine hinreichende „stellvertretende Implementation“ für die fehlende strafrechtliche Judikatur leisten.

Die tatsächliche Implementation der §§ 299a, 299b StGB könnte daher (bis auf Weiteres) durch andere Akteure erfolgen, auch wenn deren Kompetenz in Zweifel zu ziehen sein sollte. Der Beitrag soll sich exemplarisch zwei dieser Akteure näher zuwenden.

b) Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen, §§ 81a, 197a SGB V

Seit dem Jahr 2004 verpflichtet der Sozialgesetzgeber die Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen und die Kassen(zahn)-ärztliche Bundesvereinigung (§ 81a SGB V) sowie die gesetzlichen Krankenkassen und den Spitzenverband Bund der Krankenkassen (§ 197a SGB V) dazu, organisatorische Einheiten einzurichten, die Fällen und Sachverhalten nachzugehen haben, die auf Unregelmäßigkeiten oder auf rechtswidrige oder zweckwidrige Nutzung von Finanzmitteln im Zusammenhang mit ihren Aufgaben hindeuten. Das gilt gemäß § 47a SGB XI auch für die Pflegekassen, ihre Landesverbände und den Spitzenverband Bund der Pflegekassen (gemeinsam im Folgenden „Stellen“). Die Stellen sollen „den effizienten Einsatz von Finanzmitteln im Krankenversicherungsbereich“ stärken und „die Selbstreinigung innerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung fördern“¹³¹. Im Zuge der Einführung der §§ 299a, 299b StGB sind die Stellen im Jahr 2016 dazu verpflichtet worden, ihren Austausch untereinander sowie das Berichtswesen zu vereinheitlichen und zu intensivieren.¹³² Die Stellen sind als eigenständige und weisungsunabhängige Einrichtungen zu organisieren.¹³³ Außerhalb der sich aus §§ 81a Abs. 1 S. 2, Abs. 3a SGB V, 197a Abs. 1 S. 2, Abs. 3a SGB V, § 67c Abs. 3 SGB X ergebenden Datenverarbeitungsrechte besitzen sie allerdings keinerlei zusätzliche Kontrollbefugnisse und haben das Ergebnis ihrer Ermittlungs- und Prüftätigkeit den für die Beseitigung der festgestellten Mängel oder Ahndung des Verhaltens bzw. Honorarrückforderungen gemäß §§ 75 Abs. 2 S. 2, 106 f. SGB V zuständigen Einheiten weiterzugeben.¹³⁴ Im Rahmen ihrer Ermittlungstätigkeiten haben die Stellen zusammenzuarbeiten; sie organisieren einen regelmäßigen Erfahrungsaustausch, an dem auch die berufsständischen Kammern und die Staatsanwaltschaft zu beteiligen sind (§§ 81a Abs. 3, 197a Abs. 3 SGB V). Den Vorstand der die

¹²⁶ Vgl. *Kotsoglou*, ZIS 2015, 175.

¹²⁷ Zur Kritik am obiter dictum in Entscheidungen der BGH-Strafsenate *Fezer*, in: *Hettinger/Zopfs/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter* (Hrsg.), *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*, 2007, S. 45.

¹²⁸ Zur eingeschränkten revisionsgerichtlichen Kontrolldichte bei Fragen der Beweiswürdigung *Wenske*, in: *Schneider* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 2, 2016, § 267 Rn. 169 ff. m.w.N.

¹²⁹ Dazu eindrucklich BGHSt 53, 6 (22), ergangen zu § 333 StGB: „Dass sich das LG trotz dieser belastenden Indizien nicht davon hat überzeugen können, dass der Angekl. die Versendung der Gutscheine veranlasste, um etwaige dienstliche Tätigkeiten [...] zu beeinflussen, ist jedoch [...] nach revisionsrechtlichen Maßstäben hinzunehmen. Dass eine gegenteilige Überzeugung möglicherweise ebenso revisionsrechtlich unbeanstandet geblieben wäre, ändert hieran nichts.“

¹³⁰ Dazu *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 154; *Gaede* (Fn. 54), § 299a StGB Rn. 81, jeweils m.w.N.

¹³¹ BT-Drs. 15/1525, S. 99.

¹³² Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen vom 30.5.2016, in Kraft getreten zum 4.6.2016, BGBl. I 2016, S. 1254 (1255 f.); dazu *Steinhilper*, in: *Katzenmeier/Ratzel* (Hrsg.), *Festschrift für Franz-Josef Dahm*, 2017, S. 463 (466 ff.).

¹³³ *Scholz*, in: *Becker/Kingreen* (Hrsg.), *SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar*, 6. Aufl. 2018, § 81a Rn. 1 m.w.N.

¹³⁴ *Krauskopf*, in: *Wagner/Knittel* (Hrsg.), *Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar*, 99. Lfg., Stand: Juni 2018, § 81a Rn. 4 f.; *Kerber*, in: *Lindemann/Ratzel* (Hrsg.), *Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen*, 2010, S. 70 (77 f.).

Stellen errichtenden Institutionen trifft ferner regelmäßig („sollen“) die Mitteilungspflicht, bei Anfangsverdacht auf strafbare Handlungen mit nicht nur geringfügiger Bedeutung für die gesetzliche Krankenversicherung unverzüglich die Staatsanwaltschaft zu informieren (§§ 81a Abs. 4, 197a Abs. 4 SGB V).¹³⁵ Unterbliebene Mitteilungen sollen nach wohl h.M. für verantwortliche Mitarbeiter der die Stellen errichtenden Organisationen gemäß §§ 258(a), 13 StGB strafbar sein.¹³⁶ Schließlich verfassen die Stellen für die Vertreterversammlungen und Aufsichtsbehörden alle zwei Jahre Berichte über ihre Tätigkeit, die u.a. auf Anzahl und Art der Pflichtverletzungen und den entstandenen sowie verhinderten Schaden eingehen; außerdem sind wiederholt aufgetretene Fälle sowie sonstige geeignete Fälle als anonymisierte Fallbeispiele zu beschreiben. Die durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen sowie die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen konsolidierten Berichte sind im Internet zu veröffentlichen (§§ 81a Abs. 5, 6, 197a Abs. 5, 6 SGB V).

Das Aufgabenfeld der Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen erscheint ambivalent. Sie werden zuweilen als „Compliance-Abteilungen“¹³⁷ und die Inhalte der §§ 81a, 197a SGB V, 47a SGB XI als „gesetzliche Compliancepflichten“¹³⁸ charakterisiert. Das ist deshalb nahe liegend, weil der Aufgabenkatalog der Stellen seinerseits den Sicherstellungs- und Gewährleistungsauftrag der kassen(zahn)ärztlichen (Bundes-)Vereinigungen¹³⁹ sowie das u.a. die Krankenkassen adressierende Wirtschaftlichkeitsgebot¹⁴⁰ konkretisiert, die Maßnahmen der Stellen also dazu beitragen sollen, dass die nach §§ 81a, 197a SGB V, 47a SGB XI zu ihrer Einrichtung aufgeforderten Akteure ihre gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber der Allgemeinheit erfüllen. Allerdings betreffen die Aufgaben der Stellen nur am Rande die üblichen präventiven Bestandteile eines Compliance-Management-Systems, sondern vornehmlich Vorgaben zur Reaktion auf mögliches Fehlverhalten der Vergangenheit.¹⁴¹

¹³⁵ Kritisch *Steinhilper*, ZMGR 2010, 152 (154 f.). Zu möglichen Interessenkonflikten der einerseits anzeigeverpflichteten, andererseits in der (Rechts-)Beratung ihrer Mitglieder engagierten kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen vgl. *T. Schröder*, medstra 2018, 207 (209 mit Fn. 20; 210 mit Fn. 32); *Geiger*, CCZ 2016, 172 (174).

¹³⁶ BT-Drs. 15/1525, S. 99; *Ellbogen*, MedR 2006, 457 ff.; *Mahnkopf*, MedR 2006, 647; *Altenhain*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 258 Rn. 44; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 258 Rn. 7a; a.A. *Dannecker/Bülte*, NZWiSt 2012, 1 (8); *Fischer* (Fn. 40), § 258 Rn. 11; *Cramer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 258a Rn. 8 (m. Fn. 34).

¹³⁷ *Scholz* (Fn. 133), § 81a Rn. 1.

¹³⁸ *Dannecker/Bülte*, NZWiSt 2012, 1.

¹³⁹ *Huster*, in: Becker/Kingreen (Fn. 133), § 75 Rn. 5 ff., 16.

¹⁴⁰ Dazu *Trenk-Hinterberger*, in: Spickhoff (Fn. 83), § 12 SGB V Rn. 5; *Scholz* (Fn. 133), § 81a Rn. 3.

¹⁴¹ Zur Diskussion um die Frage, ob über die reine Präventionsarbeit hinausgehende Maßnahmen aus Anlass eines auf-

In der Diktion unternehmensbezogener Compliance- und Aufklärungsarbeit¹⁴² enthalten die Aufgabenzuweisungen für die Stellen demnach Versatzstücke interner Ermittlungstätigkeiten, eines Hinweisgebersystems zu unmittelbar eigenen sowie zu Strafverfolgungszwecken, eines „Profit Centers“¹⁴³ für die Kostenträger der gesetzlichen Krankenversicherung sowie – mittels der Berichtspflichten – eines kontinuierlichen, anlassbezogenen Verbesserungsprozesses („Compliance Remediation Measures“¹⁴⁴). Immerhin dürften die Tätigkeiten der Stellen gewisse präventive Effekte erzielen¹⁴⁵, die sich zum einen aus den von den Stellen vorzubereiteten und zur Abschreckung geeigneten Honorarrückforderungen und Verdachtsmeldungen gegenüber der Staatsanwaltschaft ergeben, zum anderen aus den im Internet zu veröffentlichen Berichten, da sie aktuell relevante Fallgestaltungen darlegen und als Rechtsverstoß herausstellen. Über den Austausch zu aktuellen Entwicklungen hinaus kann die Staatsanwaltschaft im Rahmen ihrer gesetzlich vorgesehenen Beteiligung am Austausch der Stellen – unverbindliche – Hinweise zu den tatbestandlichen Grenzen der besonders relevanten §§ 263, 266, 331 ff., 299 ff. StGB geben.¹⁴⁶

Die Stellen tragen daher durchaus zur Effektivierung auch der §§ 299a, 299b StGB bei, soweit sie Fallbeispiele zu den neuen Korruptionsstrafatbeständen gesondert ausweisen. Auf diese Weise nämlich werden die Strafvorschriften bekannt(er) und durch die Regressforderungen und Verdachtsanzeigen wird verdeutlicht, dass etwaige Zuwiderhandlungen nicht sanktionslos bleiben sollen. Insbesondere abhängig vom Präzisionsgrad der im Internet zu veröffentlichen Berichte der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und des GKV-Spitzenverbandes dürfte die Tätigkeit der Stellen auch eine Implementationswirkung besitzen, da eine rechtliche Festlegung zu den Grenz- und Streitfragen insbesondere hinsicht-

gedeckten Rechtsverstoßes Bestandteil von „Criminal Compliance“ sind, vgl. *Rotsch* (Fn. 73), § 1 Rn. 40 m.w.N.

¹⁴² Zu den nachfolgend benannten Einzelementen der Criminal Compliance vgl. statt vieler *Rotsch* (Fn. 73), § 2 Rn. 23 ff. m.w.N.

¹⁴³ Wegen der erfolgreichen Durchsetzung von Schadensersatz gegen Kartellanten bezeichnet der Deutsche Bahn-Konzern seine hierfür zuständige Rechtsabteilung mit Bezug auf das betriebliche Kostenwesen als „Profit Center“, dazu *Reimann*, in: Lenz (Hrsg.), Die Rechtsabteilung, 2. Aufl. 2015, S. 55 f. Diese Begriffsbildung vermag allerdings nichts daran zu ändern, dass Strafschadensersatz im deutschen Recht bislang nicht vorgesehen ist.

¹⁴⁴ Zu „Remediation“ als (Re-)Organisation der Compliance *Idler/Waeber*, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis (Hrsg.), Internal Investigations, 2. Aufl. 2016, S. 623 ff.

¹⁴⁵ Zur Diskussion um die tatsächliche Wirksamkeit der Stellen bei der Bekämpfung von Unregelmäßigkeiten vgl. *Kaempfe*, in: Becker/Kingreen (Fn. 133), § 197a Rn. 2; *Steinhilper* (Fn. 132), S. 464 ff.; *Kerber* (Fn. 134), S. 90.

¹⁴⁶ *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 192; *Hess*, in: Körner/Leitherer/Mutschler/Rolfs (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, 100. Lfg., Stand: Juni 2018, § 81a SGB V Rn. 11.

lich §§ 299a Nr. 3, 299b Nr. 3 StGB in diesen Publikationen – aber auch im Rahmen der Verdachtsanzeigen – einen gewissen Einfluss jedenfalls auf die allgemeine Rechtsauffassung der kassenärztlichen Vereinigungen und der Krankenkassen zu den fallgruppenbezogenen Inhalten und Grenzen der §§ 299a, 299b StGB haben könnte. Eine entsprechende Breitenwirkung dieser Interpretation könnte sich dabei auch aus der bereits erwähnten Abstimmung mit Berufsverbänden und Staatsanwaltschaften sowie aufgrund des bereits erörterten Mangels an (höchstrichterlicher) Rechtsprechung ergeben. Es ist überdies nicht auszuschließen, dass Staatsanwaltschaften und Strafgerichte ihrerseits jedenfalls im Sinne von Rechtserkenntnisquellen (zum Begriff s.o. III. 2. a) zumindest für eine erste Orientierung auch auf die in den Berichten dargelegte Rechtsposition zurückgreifen und die Stellen sowie die sie tragenden Akteure mithin mittelbaren Einfluss auf die Implementationstätigkeit der Strafverfolgungsorgane nehmen.

Dabei werden die Gerichte jedoch zu berücksichtigen haben, dass strafbares Fehlverhalten der Healthcare-Industrie sowie der Leistungserbringer im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung oftmals zu einer Vermögensschädigung der Krankenkassen führen kann und diese daher ein natürliches Interesse daran haben, dass sowohl deliktische Schadensersatzansprüche wegen Schutzgesetzverletzungen als auch strafprozessuale Ermittlungsbefugnisse auf einem möglichst breiten materiell-rechtlichen Fundament ruhen. Insofern sei nur an die bisher wesentlich praxisrelevantere Streitfrage um den Schadensumfang beim Abrechnungsbetrug und die umstrittene sozialversicherungsrechtsakzessorische Interpretation des § 263 StGB durch den BGH erinnert.¹⁴⁷ Dabei könnte es vor allem naheliegend sein, mittels der Berichte eine Gegenmeinung zu einzelnen Autoren zu etablieren, die für bereits relevante Streitfragen zu einem sehr restriktiven Verständnis der §§ 299a, 299b StGB gelangen.¹⁴⁸ Es erscheint deshalb, aber auch darüber hinaus fraglich, inwieweit die Auslegung von Strafrecht durch Akteure des Gesundheitswesens mittelbar Eingang in die (zukünftige) Implementationsarbeit der Gerichte finden sollte. Noch augenfälliger und mit mutmaßlich deutlich höherer praktischer Relevanz stellt sich diese Frage für eine andere, wenigstens „rechtsprechungsvertretende“ Interpretations- und Umsetzungsform des

¹⁴⁷ BGH NStZ 1995, 85; BGH NStZ 2003, 313 (315); BGH NJW 2014, 3170 (3171 f.); dazu *Dannecker*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2. Aufl. 2017, § 263 StGB Rn. 189; *Satzger* (Fn. 32), § 263 Rn. 268; *Saliger* (Fn. 38), § 263 StGB Rn. 214; *T. Schröder*, in: *Momsen/Grützner* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, 2. Aufl. 2019 (im Erscheinen), Kap. 5 A. (Betrug im Wirtschaftsverkehr) Rn. 169.

¹⁴⁸ Z.B. für eine enge Auslegung des Begriffs der „Zuführung“ gemäß §§ 299a Nr. 3, 299b Nr. 3 StGB plädieren *Schneider*, *medstra* 2016, 195 (202); *ders./Ebermann*, *medstra* 2018, 67; *Gaede* (Fn. 54), § 299a StGB Rn 29; a.A. *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 172; *Schuhr* (Fn. 83), §§ 299a, 299b StGB Rn. 30; *Rosenau* (Fn. 32), § 299a Rn. 29; *Wissing/Cierniak*, *NZWiSt* 2016, 41 (45).

neuen Strafrechts, nämlich die Compliance-Regelwerke und -Empfehlungen der Unternehmen, Branchenverbände und Körperschaften des öffentlichen Rechts, auf die im Folgenden näher eingegangen werden soll.

c) Hoheitlich bewirkte Selbstregulierung durch die Normadressaten und „reflexives Recht“

Bereits die intensive publizistische Begleitung des Gesetzgebungsverfahrens für die §§ 299a, 299b StGB nicht nur im juristischen Schrifttum, sondern auch in Branchenzeitschriften und Presseartikeln dürfte die Existenz neuen (Korruptions-)Strafrechts deutlich bekannter gemacht haben als es für manche aktuelle Neuerung des StGB im Übrigen der Fall ist.¹⁴⁹ Es ist ferner davon auszugehen, dass die hierdurch bereits bewirkte Grundsensibilisierung viele der nach den neuen Strafvorschriften potentiell auf Geber- oder Nehmerseite Betroffenen dazu gebracht haben wird, die eigenen Tätigkeiten rechtsanwaltlich überprüfen zu lassen.¹⁵⁰ Neben die individuelle Rechtsberatung treten zahlreiche Informationsquellen sowohl für Heilberufsträger als auch für Mitarbeiter der Healthcare-Industrie. Ärzte etwa können für ihre Rechtsfortbildung z.B. auf Informationsbroschüren¹⁵¹, Beiträge in Mitgliedermagazinen¹⁵², Fortbildungsveranstaltungen¹⁵³ und neu gebildete „Clearing-Stellen“¹⁵⁴ zurückgreifen.

¹⁴⁹ Genannt seien die aktuellen Erweiterungen des materiellen Strafrechts gemäß §§ 114, 238, 244 Abs. 4, 323c Abs. 2 StGB

¹⁵⁰ *Gaede*, *medstra* 2018, 264.

¹⁵¹ Siehe etwa die gemeinsame Broschüre „Auf Nummer sicher“ der Kassenärztlichen Vereinigung Baden-Württemberg, der Landesärztekammer Baden-Württemberg und der Landespsychotherapeutenkammer Baden-Württemberg aus dem Oktober 2016, abrufbar unter:

<http://www.aerztekammer-bw.de/10aerzte/40merkblaetter/10merkblaetter/antikorruption.pdf> (3.1.2019); die Broschüre „Erlaubte Kooperationen versus Korruption“ der Kassenärztlichen Vereinigung Bayern vom 14.12.2017, abrufbar unter:

<https://www.kvb.de/fileadmin/kvb/dokumente/Praxis/Infomaterial/Praxisbetrieb/KVB-Broschuere-Kooperation-versus-Korruption.pdf> (3.1.2019) oder die Broschüre „Richtig kooperieren“ der Kassenärztlichen Bundesvereinigung aus dem Oktober 2016, abrufbar unter:

http://www.kbv.de/media/sp/Broschuere_Kooperation.pdf (3.1.2019).

¹⁵² Z. B. *Eibl/Schulenburg*, *Rheinisches Ärzteblatt* 6/2016, 22; *Kieckbusch*, *Hamburger Ärzteblatt* 1/2017, 20; *Maier*, *Hessisches Ärzteblatt* 2016, 469; *Schiller/Richter*, *Bayerisches Ärzteblatt* 2016, 360.

¹⁵³ Vgl. pars pro toto „Das Antikorruptionsgesetz: Was kommt auf Ärztinnen und Ärzte zu?“, Informationsveranstaltung der Ärztekammer Niedersachsen und der Kassenärztlichen Vereinigung Niedersachsen zur Korruption im Gesundheitswesen am 17.8.2016 in Hannover (Zusammenfassung abrufbar unter:

http://www.haeuverlag.de/nae/n_beitrag.php?id=5324 (3.1.2019).

Unternehmen der Pharma- und Medizinprodukte-Industrie engagieren sich in Initiativen zur Selbstkontrolle¹⁵⁵, hinzu treten die für Mitarbeiter verpflichtenden unternehmensinternen Verhaltensregeln zum Umgang mit Heilberufsangehörigen als wesentlicher Bestandteil des Compliance-Management-Systems, deren Anpassungsbedarf an die §§ 299a, 299b StGB längst überprüft und, gegebenenfalls, erfolgt sein dürfte.¹⁵⁶ Wichtige Voraussetzungen für eine effektive Umsetzung der neuen bzw. nun strafrechtlich abgesicherten Verhaltensregeln sind damit gegeben, wenn auch, wie schon angesprochen¹⁵⁷, der Nachweis kausaler Wirksamkeit der Strafvorschriften sowie der auf sie bezogenen Selbstregulierungsmaßnahmen¹⁵⁸ bislang nicht geführt ist. Ferner steht die „Wirksamkeit“ des neuen Strafrechts ohnehin ungleich stärker in Frage, wenn als sein Ziel nicht allein das Unterbleiben tatbestandlichen Verhaltens gesehen wird, sondern generell die Zurückdrängung solcher heilberuflichen Entscheidungen, die von Interessenkonflikten und sachfremden Erwägungen geprägt sind.¹⁵⁹ Da sich indes dieser Beitrag vornehmlich für die Implementierung des Programms der §§ 299a, 299b StGB interessiert, sei eine weit verbreitete – und nicht unplausible – Bereitschaft, den auch auf das neue Strafrecht abgestimmten Branchen-Kodizes, KV-Broschüren, Compliance-Richtlinien der Unternehmen etc. Folge zu leisten, im Folgenden unterstellt.

Damit steht nicht länger die Problemstellung im Mittelpunkt, ob das neue Recht wirkt, sondern die Frage, *welche*

Normen wirken – und *wie* sie wirken sollten. Für diese Frage nach Implementationseffekten der hoheitlich bewirkten Selbstregulierung soll wiederum zwischen ihren rechtsprechungsvertretenden unmittelbaren Effekten einerseits und den möglichen Rückwirkungen auf zukünftige Judikatur der Strafgerichte andererseits unterschieden werden.

aa) Direkte Implementationswirkung von Compliance-Regeln qua Befolgung

Lässt man sich auf den vorsichtig geäußerten Befund ein, dass „das neue Recht durchaus zu wirken scheint“¹⁶⁰ und hierzu Compliance-Empfehlungen oder -Vorgaben wesentlich beitragen, so erscheint es naheliegend, diesen Leitfäden auch einen Implementierungseffekt zuzusprechen. Im Sinne einer „Kontextsteuerung“¹⁶¹ ist die Strafandrohung der §§ 299a, 299b StGB und die übrige Rechtsfolgenpalette einer Tatbestandsverwirklichung (oder auch nur die eines Anfangsverdachts) zu Lasten von „natürlichen“ und juristischen Personen zwar Anlass und Bezugsobjekt der nicht-gesetzlichen Handlungsempfehlungen und -anweisungen, doch beschränken sich diese ganz regelmäßig nicht auf einen Abdruck der neuen Straftatbestände. Vielmehr findet eine mannigfaltige Umgestaltung statt.¹⁶² Diese kann aus didaktisch orientierten Erläuterungen der Tatbestandsmerkmale und der für die adressierte Gruppe besonders wichtigen Fallgestaltungen bestehen. Ganz regelmäßig werden die Leitfäden die betroffenen Individuen und ihre Organisationen bereits gegen einen Anfangsverdacht sowie die (reputations-)schädigenden Folgen hieraus resultierender Ermittlungsmaßnahmen abzuschern suchen.¹⁶³ Werden die auf §§ 299a, 299b StGB bezogenen Handlungsempfehlungen zudem mit den für die übrigen Korruptionsdelikte (also insbesondere §§ 331 ff., 299 StGB) und andere rechtliche Vorgaben vorgesehenen verschmolzen, entsteht die für Antikorruptions-Compliance typische breite und gegenüber den einzelnen Tatbestandsmerkmalen abstrahierte Absicherung im Vorfeld des eigentlichen jeweiligen materiell-rechtlichen Anwendungsbereich der Straftatbestände.¹⁶⁴ Hinzu können weitere Regelungszwecke treten, die etwa den Reputationsschutz der Branche bzw. des Unternehmens betreffen oder die Berücksichtigung ausländischen (Straf-)Rechts, sofern die für das Regelwerk verantwortliche Organisation durch ihre internationale Geschäftstätigkeit entsprechend exponiert ist.

Werden die die §§ 299a 299b StGB weiterverarbeitenden Empfehlungen und Regelwerke befolgt, kann tatsächlich eine auf die Verhaltensnormen des Strafrechts bezogene Präventi-

¹⁵⁴ Die Ärztekammer des Saarlandes und die Kassenärztliche Vereinigung Saarland bieten in einer gemeinsamen Clearing-Stelle an, bestehende oder neu entworfene Verträge zur Begutachtung einzureichen, vgl.

<https://www.aerztekammer-saarland.de/aerzte/arzt-und-recht/clearingstelle/> (3.1.2019). Im Hinblick auf die für die „Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen“ in §§ 81a, 197a SGB V festgelegte Kooperation (die unter Beteiligung der berufsständischen Kammern zu erfolgen hat) und insbesondere mit Blick auf die gemäß §§ 81 Abs. 4, 197a Abs. 4 SGB V angeordneten Verdachtsmeldungen dieser Stellen an die Staatsanwaltschaft kann es für den Arzt allerdings je nach Einzelfall sicherer sein, direkt einen Rechtsanwalt zu konsultieren; siehe *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 192; *Geiger*, CCZ 2016, 172 (174).

¹⁵⁵ Etwa die eingetragenen Vereine „Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittelindustrie“ (<https://www.fsa-pharma.de>, 3.1.2019) und „Arzneimittel und Kooperation im Gesundheitswesen“ (<https://www.ak-gesundheitswesen.de>, 3.1.2019); dazu näher *Diener*, in: *Diener* (Hrsg.), *Handbuch Compliance im Gesundheitswesen*, 3. Aufl. 2010, Kap. 4 Rn. 1 ff; Kap. 11 Rn. 1 ff; *C. Jäger*, *MedR* 2017, 694 (700); *Krüger*, in: *Rotsch* (Fn. 73), § 20 Rn. 53 ff.

¹⁵⁶ *Kubiciel*, *JZ* 2018, 171 (175).

¹⁵⁷ S.o. II. 3. a).

¹⁵⁸ Zur ambivalenten Forschungslage im Hinblick auf die Wirksamkeit von Compliance-Maßnahmen *Kölbel*, *Msch-Krim* 2017, 430 (440 ff.).

¹⁵⁹ S.o. II. 3. a) m. Fn. 55.

¹⁶⁰ *Gaede*, *medstra* 2018, 264 (272).

¹⁶¹ Zur Erläuterung dieses Begriffs *Röhl/H. C. Röhl* (Fn. 108), S. 252 ff.

¹⁶² *Kuhlen*, in: *Neumann/Herzog* (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, S. 875 (888 f.).

¹⁶³ *Rotsch* (Fn. 73), § 1 Rn. 45.

¹⁶⁴ So etwa die im FSA-Kodex Fachkreise näher konkretisierten Prinzipien der Trennung, Transparenz/Genehmigung, Dokumentation und Äquivalenz – oder vergleichbarer Standards der präventiven Selbstregulierung; für nähere Informationen vgl. die Nachweise in Fn. 155.

onsarbeit gelingen, ohne den an den Rechtsstab gerichteten Umsetzungsbefehl der Rechtsfolge im Fall der Tatbestandserfüllung – oder auch nur das hierfür notwendige Erkenntniserfahren – zum Einsatz bringen zu müssen. Aus diesem Grund wird die Regulierungsstrategie „Compliance“ als zukunfts-trächtig angesehen.¹⁶⁵ Unter Implementierungsgesichtspunkten bleibt indes zweifelhaft, ob die Akteure der regulierten Selbstregulierung für die Konkretisierung des neuen Strafrechts einen überzeugenden Beitrag leisten können. Vielmehr liegt es nahe, dass die unter der Herrschaft eines „strafrechtlichen Vorsichtsprinzips“ publizierten Handlungsempfehlungen die Unschärfen des gesetzlichen Programms wenigstens tradieren, wenn nicht sogar noch verstärken – bei fehlender Judikatur allemal. Die von den Regelwerken adressierten Personen werden dazu angehalten, unter materiell-rechtlichen Gesichtspunkten bestehende Handlungsspielräume aufzugeben. Dieser erhebliche „Sicherheitszuschlag“ ist nicht allein den (noch) fehlenden gerichtlichen Leitlinien für Grenzfälle der §§ 299a, 299b StGB geschuldet, sondern auch der unabhängig hiervon fortbestehenden, im Korruptionsstrafrecht notorisch diffusen tatsächlichen Ausgangslage (insbesondere im Hinblick auf die „Unrechtsvereinbarung“), deren Aufklärung bei immerhin bestehendem Anfangsverdacht (eingriffs-) intensive Ermittlungsmaßnahmen der Ermittlungsbehörden nach sich ziehen kann.

Die durch Korruptionsstrafgesetzgebung erzeugten Regulierungen auf Compliance-Ebene mögen daher zu einer besseren Wirksamkeit der aufgestellten staatlichen Verhaltensnormen führen, die – bislang – vor allem in den Händen der Körperschaften des öffentlichen Rechts und privater Unternehmen liegende Umsetzung des konkretisierungsbedürftigen Normprogramms führt allerdings zu einer angesichts der Strafandrohung und staatsanwaltlicher Eingriffsbefugnisse nur bedingt freiwillig zu nennenden Tendenz der Strafnorm-unterworfenen, sich selbst neue, also gegenüber den tatbestandlichen Grenzen erweiterte Handlungsbeschränkungen aufzuerlegen. Diese sekundäre Ebene strafrechtlicher Freiheitsverteilung ist nicht nur aufgrund der mit ihr einhergehenden zusätzlichen individuellen Handlungsbeschränkungen diskussionswürdig, sondern auch wegen des Eingriffs in den Wettbewerb im Gesundheitswesen, insbesondere mit Blick auf aus Effizienzgründen durchaus gewünschte Kooperationsformen, fragwürdig.¹⁶⁶

Umgekehrt kann jedenfalls im Hinblick auf aktuelle Wirksamkeitsstudien¹⁶⁷ derzeit nicht unwiderleglich davon ausgegangen werden, die bereits dem Anschein eines strafbaren Interessenkonflikts entgegenwirkenden Handlungsempfehlungen und -anweisungen der Kodizes und Compliance-Richtlinien seien allein der inneren Einsicht geschuldet, dass sachfremde Erwägungen bei heilberuflichen Entscheidungs-

prozessen um der hiervon betroffenen Institutionen und der Allgemeinheit willen zu vermeiden seien. Die vielmehr handlungsmotivierende Drohkulisse eines Ermittlungsverfahrens mag also zwar einem wünschenswerten Zweck dienen (nämlich der Vermeidung einiger Interessenkonflikte im Gesundheitswesen auch jenseits der tatbestandlichen Grenzen der §§ 299a, 299b StGB), dieses Ergebnis ist aber einem explizit auf den Nachweis *allein tatbestandsmäßigen* Verhaltens ausgerichteten¹⁶⁸, mit erheblichen Zwangsmitteln gestützten und zur Produktion von Kollateraleffekten neigenden Inquisitionsverfahren geschuldet, dessen Eigenschaft, *tatbestandslose* Präventionswirkungen – auch und gerade mittels der bereits gegen den Anfangsverdacht operierenden Selbstregulierungsmaßnahmen – zu erzielen, daher rechtsstaatlich wie freiheitsrechtlich fragwürdig bleiben muss.¹⁶⁹

bb) Die Straftatbestände der §§ 299a, 299b StGB – Strafrecht nach dem Prinzip der Kooperation zwischen Staat und Privaten?

Von der bereits stattfindenden Implementation der §§ 299a, 299b StGB durch Körperschaften und private Akteure ist die noch hypothetische, für das übrige (Korruptionsstraf-)Recht allerdings bereits erörterte Fragestellung zu trennen, ob diese untergesetzlichen Verhaltenskodizes und -empfehlungen bei der gerichtlichen Interpretation insbesondere des Tatbestandsmerkmals der „Unlauterkeit“ berücksichtigt werden und berücksichtigt werden sollten, um den Straftatbeständen ihre „vollständige Unrechtsgravur [zu] verleihen“¹⁷⁰.

Wenn auch – soweit ersichtlich – bislang nicht zum Gegenstand empirischer Studien gemacht, so äußern Praktiker doch die Erfahrung oder Erwartung, dass Branchen-Kodizes und Compliance-Regelwerke eine indizielle bzw. präjudizielle Wirkung für die Interpretation des Korruptionsstraf- und Wettbewerbsrechts durch Gerichte und Staatsanwaltschaften zukommt, auch im Hinblick auf Verstöße gegen einen Leitfaden und deren Bedeutung für die Bejahung einer Unrechtsvereinbarung.¹⁷¹ Diese Einwirkung der Kodizes und sonstigen Compliance-Regelwerke auf die Interpretation der Straftatbestände wird zum Teil als sinnvoll und methodologisch

¹⁶⁵ *Taschke*, GesR 2018, 7 ff.; *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (175); *ders.*, MedR 2016, 1 (4); *Kuhlen* (Fn. 162), S. 875; *Badle*, medstra 2015, 139 (140).

¹⁶⁶ *Dannecker/T. Schröder* (Fn. 1), § 299a Rn. 65; *Brettel/Mand*, A&R 2016, 99 (106); *Duttge*, in: *Kubiciel/Hoven* (Fn. 83), S. 28 f.

¹⁶⁷ S.o. II. 3. a) m. Fn. 55.

¹⁶⁸ Dem durch das Strafverfahren und seinen Abschluss bezweckten Rechtsfrieden nähern sich die Strafverfolgungsorgane nicht im Sinne einer „Wahrheitskommission“ an, vielmehr ist durch den Strafprozess in erster Linie das Ziel der Verurteilung angestrebt; vgl. *T. Schröder*, in: *Oğlacioğlu/Schuh/Rückert* (Hrsg.), *Axiome des nationalen und internationalen Strafverfahrensrechts*, 2016, S. 121 (126) m.w.N.

¹⁶⁹ Dagegen stellt *Kuhlen* (Fn. 162), S. 888, stärker in den Mittelpunkt, dass die sich auf den FSA-Kodex verpflichtenden Marktteilnehmer aufgrund ihrer Sachnähe offenbar in der Lage seien, die Regeln so aufzustellen und zu konkretisieren, dass die Betroffenen im Großen und Ganzen damit leben könnten.

¹⁷⁰ *Kubiciel*, JZ 2018, 171 (175).

¹⁷¹ *Taschke/Schoop*, in: *Rotsch* (Fn. 73), § 21 Rn. 16; *Hugger*, CCZ 2012, 65 (67); *Dieners*, *Handbuch Compliance im Gesundheitswesen*, 3. Aufl. 2010, Kap. 11 Rn. 21.

vielversprechendes „reflexives Strafrecht“ angesehen.¹⁷² Straftatbestände würden dadurch, dass sie auf nicht-staatliche Regeln Bezug nehmen, erst durch dieses soft law hinreichend ausgefüllt und damit „gehärtet“. Private Regulierung wirke damit z.B. über die Auslegung des Merkmals „unlauter“ auf die staatliche zurück.¹⁷³

Ein solches strafrechtliches Kooperationsprinzip zwischen parlamentarischem und sonstigem Normgeber erscheint allerdings grundsätzlich – und vor allem mit Blick auf das Korruptionsstrafrecht – fragwürdig und jedenfalls recht voraussetzungsvoll zu sein. Nachfolgend sollen fünf Kritikpunkte näher ausgeführt werden.

Erstens können sich bereits (straf-)verfassungsrechtliche Bedenken gegen „reflexives Strafrecht“ ergeben, sofern der Strafrichter private und körperschaftliche Regulierung im Sinne einer Rechtsquelle verbindlich zu berücksichtigen hätte.¹⁷⁴ Dann nämlich läuft die – nach Lesart des BVerfG gemäß Art. 103 Abs. 2 GG dem Richter obliegende – inhaltliche Konkretisierung relativ unbestimmter rechtsnormativer Tatbestandsmerkmale genau auf das Ergebnis hinaus, das dem Gesetzgeber bei einer stattdessen gewählten Regelungstechnik dynamischer Blankettverweisungen gerade verwehrt bliebe¹⁷⁵, weil darin eine gemäß Art. 80, 103 f. GG verbotene Delegation legislativer Kompetenz auf private Akteure zu sehen wäre.¹⁷⁶ Zwar hat der Strafrichter inter partes geschaffenes privates Recht durchaus zu berücksichtigen. Dies gilt etwa für eine vertraglich vereinbarte vermögensbezogene Pflicht, deren Verletzung der Richter z.B. in einem auf § 266 StGB bezogenen Subsumtionsprozess zu verarbeiten hat. Von dieser Gesetzesanwendung wird er aber nicht dadurch entbunden, dass die Parteien als Teil eines Vertragswerkes zu einer Vermögensverwaltungstätigkeit vereinbart haben, be-

stimmte Fallgruppen des Vertragsbruches „sind Vermögensbetreuungspflichtverletzungen gemäß § 266 StGB“. Doch auch dann, wenn private Regelwerke lediglich als unverbindliche Rechtserkenntnisquellen des Gerichts angesehen werden, ist weiterhin dafür zu plädieren, dass der Richter bei der Anwendung des gesetzlichen Rechts sein eigenes Urteil in den Mittelpunkt stellt und erkennen lässt. So ist für den Einsatz des persönlichen Beweismittels des Sachverständigen anerkannt, dass dieser dem Richter nicht die Verantwortung für die seinem Urteil zugrunde gelegten Tatsachen abnehmen kann.¹⁷⁷ Für die im Rahmen der Unrechtsvereinbarung gemäß §§ 299a, 299b StGB zu klärenden Fragen, ob eine (angestrebte) Vereinbarung auf Gegenseitigkeit besteht und die angestrebte Bevorzugung unlauter wäre, ist indes ohnehin fraglich, ob sie einem Sachverständigenbeweis offenstehen (dazu sogleich, „Viertens“).

Zweitens können sich Bedenken ergeben, inwieweit die von den Strafverfolgungsorganen zu berücksichtigenden Standards eine hinreichende Einheitlichkeit haben und, verneinendenfalls, dennoch allgemeine Verbindlichkeit beanspruchen können. Am ehesten können noch anerkannte Verhaltens-Kodizes von Branchenverbänden zu einer Vereinheitlichung der Verhaltensregeln führen, doch bleibt gleichwohl die Frage zu stellen, weshalb einzelne Wettbewerber allein deshalb einem erhöhten Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt sein sollen, weil sie sich dagegen entscheiden, die Verhaltensvorschläge für ihre Branche zu berücksichtigen. Ferner verbleibt dadurch, dass z.B. Arzneimittelhersteller einerseits und Medizinproduktehersteller andererseits eigene Kodizes publizieren¹⁷⁸, das Problem bestehen, dass sich bei fehlender Deckungsgleichheit der Empfehlungen entweder ein uneinheitliches Bild der Unlauterkeit für §§ 299a, 299b StGB zu ergeben droht oder sich das Gericht für einen der beiden Standards entscheiden muss – und damit etwa Pharmaunternehmensangehörige am Maßstab der Kodizes der Industrie für Medizintechnologie bewertet. Schließlich fehlen Kriterien dafür, welcher der Kodizes für eine Normkonkretisierung zugrunde zu legen ist, wenn für dieselbe Branche – auch dem Inhalt nach – unterschiedliche und jeweils anerkannte Empfehlungen vorliegen.¹⁷⁹ Bereits aufgrund der Existenz widersprüchlicher Empfehlungen für die verfahrensgegenständlichen Handlungen (z.B. für Wertgrenzen bei Einladungen und Fortbildungssponsoring) dürfte es dem Richter verwehrt sein, bei seiner mit Blick auf die Unrechtsvereinbarung betriebenen Präjudizien- bzw. Indizien-schau in freier De-zision über den heranzuziehenden Empfehlungskatalog zu entscheiden.

Sehr zweifelhaft erscheint aus diesen Gründen jedenfalls die Eignung unternehmensspezifischer Compliance-Richt-

¹⁷² Kubiciel, JZ 2018, 171 (175); ders., MedR 2016, 1 (4); Badle, medstra 2015, 139 (140); Taschke/Schoop, in: Rotsch (Fn. 73), § 21 Rn. 11.

¹⁷³ Kubiciel, JZ 2018, 171 (175).

¹⁷⁴ Zwar kann eine solche Forderung den Befürwortern reflexiven Rechts trotz einiger ambivalenter Formulierungen nicht ohne Weiteres untergeschoben werden. Umgekehrt jedoch bliebe reflexives Recht einigermaßen substanzlos, wenn Verbands-Kodizes und unternehmensinterne Compliance-Vorgaben lediglich als zwei von zahllosen Rechtserkenntnisquellen im rechtssoziologischen Sinne zu kategorisieren wären. „Reflexives Recht“ scheint sich daher in einer Art von Limbus zwischen diesen beiden Welten zu bewegen, und sein Status bedarf bereits insoweit weiterer Präzisierung; ebenso Röhl/H. C. Röhl (Fn. 108), S. 254.

¹⁷⁵ Zu den Grenzen der Blankettverweisungstechnik im Lichte von Art. 103 Abs. 2 GG vgl. Cornelius (Fn. 27), S. 306 ff., 475 f.; Dannecker (Fn. 28), § 1 Rn. 148 ff.; Schuster, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012, S. 258 ff.; T. Schröder, NZWiSt 2015, 321, 330 ff.

¹⁷⁶ So bereits Schönemann (Fn. 37), S. 391; siehe auch BGH GRUR 2011, 431 (432, zur Auslegung von § 3 UWG); Theile, in: Rotsch (Fn. 73), § 34 A. Rn. 28; ders., JuS 2017, 913 (915 f.).

¹⁷⁷ BGHSt 8, 113 (117 f.); 45, 164; Senge, in: Hannich (Fn. 103), Vorbem. zu den §§ 72 ff. Rn. 1; Krause, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 27. Aufl. 2018, Vor § 72 Rn. 4 f.

¹⁷⁸ Vgl. Badle, medstra 2015, 139 (140).

¹⁷⁹ Zu den verschiedenen Kodizes für die Arzneimittelindustrie Badle, medstra 2015, 139 (140); Kuhlen (Fn. 162), S. 879 ff.

linien, gemeinsam mit der gesetzlichen Vorlage zu einer kooperativen und einheitlichen Konkretisierung der §§ 299a, 299b StGB beizutragen. Wie bereits angesprochen, bilden die einzelnen Regelwerke der Pharma- und Medizinprodukteunternehmen das Produkt der verschiedensten Erwägungen, Zwecksetzungen und deren Gewichtung zueinander, so dass ihre Berücksichtigung dazu führen müsste, diesen Flickenteppich an Verhaltensanforderungen gleichsam auf dem Boden der §§ 299a, 299b StGB zu verlegen. Zudem sind Heilberufsangehörige gemäß § 299a StGB von vornherein nicht die Adressaten dieser Regelungen ebenso wie Compliance-Leitfäden z.B. der Berufskammern oder Kassenärztlichen Vereinigungen nicht auf Mitarbeiter von Pharmaunternehmen zugeschnitten sind. Geradezu willkürlich erschiene es ferner, würden die Strafverfolgungsorgane ein – dann auch eher nicht zufällig – mit vergleichsweise hoher Publizität kommuniziertes Compliance-Regelwerk eines bestimmten Unternehmens zur Richtschnur für eine ganze Branche erheben. Dann nämlich würde z.B. der mögliche Abschluss einer Unrechtsvereinbarung durch den Vertriebsmitarbeiter des deutschen Unternehmens X dadurch indiziert bzw. präjudiziert, dass das deutsche Unternehmen Y sich und seinen Mitarbeitern z.B. deshalb besonders strenge Standards auferlegt hat, weil a) es einen kooperativen Eindruck auf US-Behörden machen möchte, mit denen es in Verhandlungen über die Strafzumessung zur Beendigung eines Strafverfahrens steht, b) potentielle schwedische Geschäftspartner ein entsprechendes Regelwerk zur Voraussetzung für einen Geschäftsabschluss gemacht haben oder c) das Unternehmen Y sich vorgenommen hat, „ethical leader“ im entsprechenden Industrie-segment zu werden. Gerade im letzteren Fall könnte ausgerechnet eine eher der Öffentlichkeitsarbeit als seriösen Präventionsbemühungen geschuldete Schein-Compliance (nahe-liegend auch als „Paper Compliance“¹⁸⁰ bezeichnet) diejenigen Wettbewerber zu inkriminieren drohen, die sich umsetzbareren – und damit effektiveren – Standards verschrieben und insoweit auf einen „race to the top“ verzichtet hatten.¹⁸¹

Drittens enthalten Branchen-Kodizes, unternehmensseitige Compliance-Regelwerke und sonstige Richtlinien das bereits angesprochene, im Textkörper schwerlich auftrennbare Zwecksetzungs-Potpourri aus Aufklärungen zur materiellen Rechtslage, Vermeidung von staatsanwaltlichen Ermittlungsansätzen, weiteren Reputationsschutzelementen etc.¹⁸²

Es dürfte daher Staatsanwaltschaften und Gerichte vor erhebliche Schwierigkeiten stellen, die vom Beschuldigten verletzte Verhaltensrichtschnur als normkonkretisierende Positionierung zum materiellen Strafrecht einzuordnen. Vielmehr kann die Zuwiderhandlung noch am eindeutigsten zunächst nur belegen, dass der Adressat der Verhaltensempfehlung bzw. -anweisung sich nicht an die Leitlinien gehalten hat, die ihn davor bewahren sollten, in eine Situation zu gelangen, in der Strafverfolgungsorgane den Verdacht einer Korruptionsstraf-tat schöpfen. Das Regelwerk bestätigt Staatsanwälten oder Richtern also letztlich die – noch unsichere – prozessuale Situation, in der sie sich gegenwärtig befinden; eine weitergehende Indizwirkung für den Nachweis einer Unrechtsvereinbarung ergibt sich daraus nicht. Gerade die forensische Berücksichtigung der zugleich auf die Prävention von Straftaten einerseits und von Ermittlungsverfahren andererseits angelegten Regelwerke würde aber die Gefahr in sich tragen, das strafrechtliche Unwerturteil auszudehnen.¹⁸³

Viertens bleibt es fragwürdig, ob die nicht-gesetzlichen Regelwerke selbst dann, wenn sie nicht zur indiziellen Ermittlung einer (angestrebten) Gegenseitigkeitsvereinbarung, sondern als Präjudiz für rechtsnormative Tatbestandsmerkmale (hier also: Bevorzugung „in unlauterer Weise“) herangezogen werden, überhaupt einen Implementationsbeitrag leisten. Die Befürworter eines reflexiven Rechts scheinen in diesem Zusammenhang zuversichtlich zu sein, dass die Akteure des Gesundheitswesens in ihrem Regelwerk zur Selbstregulierung eine eigenständige Festlegung dazu treffen, welches Wettbewerbsverhalten in bestimmten Konstellationen der Kooperation und sonstigen beruflichen Tätigkeit nach Branchen-Maßstäben als „lauter“ oder „unlauter“ zu gelten habe. Die Kodizes und sonstigen Compliance-Richtlinien könnten danach, wie bereits seit langer Zeit für die Rechts-(erkenntnis)quellen der Fahrlässigkeitsdelikte und des (Umwelt-)Verwaltungsrechts diskutiert, etwa als „Dokumentation der redlichen Praxis“¹⁸⁴ oder als antizipierte Sachverständigengutachten¹⁸⁵ heranzuziehen sein. Im Zusammenhang mit der zuletzt genannten Qualifikation könnte assoziativ einfließen, dass die Tätigkeit des Sachverständigen im Strafverfahren nicht allein darauf beschränkt ist, wissenschaftliche Erkenntnisse zu vermitteln, sondern auch kaufmännische Ge-

¹⁸⁰ Dazu Hugger/Röhrich, BB 2010, 2643 (2646).

¹⁸¹ Kuhlen (Fn. 162), S. 889; ders., in: Maschmann (Hrsg.), Corporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 11 (22 ff.); S. A. Zimmermann, Strafbarkeitsrisiken durch Compliance, S. 92 ff., 247 ff.; Theile, JuS 2017, 913 (916); ders., in: Rotsch (Fn. 73), § 34 A. Rn. 31 f.; Rotsch, ZIS 2010, 614 (616); ders. (Fn. 73), § 2 Rn. 5, 11; Bock, Criminal Compliance, 2011, S. 209, 226 f.; Hugger, CCZ 2012, 65 (67).

¹⁸² S.o. III. 2. c) aa). Ein typisches Beispiel für diese Mischgestaltungen bildet der von der Bundesärztekammer am 29.1.2018 veröffentlichte „Fragenkatalog zum Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen“, abrufbar unter: www.rebrand.ly/fragenkatalog. Zur Kritik T. Schröder, medstra 2018, 207 ff.

¹⁸³ Kuhlen (Fn. 162), S. 889; ders. (Fn. 181), S. 22 ff. Zu ähnlichen Bedenken im Hinblick auf das Lauterkeitsrecht, die allerdings stärker auf eine Ausweitungstendenz bei der Interpretation bereits des materiellen Rechts durch Private abstellen, vgl. Sosnizza, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2014, Teil I Rn. 58.

¹⁸⁴ Schünemann (Fn. 37), S. 386, zur strafprozessualen Bedeutung technischer Regeln.

¹⁸⁵ BVerwGE 55, 250 (256); Breuer, DVBl 1978, 28 (34 ff.); ablehnend BVerwGE 72, 300 (320); Rittstieg, NJW 1983, 1098; Rudisile, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 34. Lfg., Stand: Mai 2018, § 98 Rn. 112; Sendler, NJW 1986, 2907 (2913), Schünemann (Fn. 37), S. 384 ff.

pflogenheiten oder eine bestimmte Branchenübung Gegenstand eines Sachverständigengutachtens sein können.¹⁸⁶

Es ist allerdings bereits zweifelhaft, ob die materiellrechtlichen Festlegungen der Compliance-Richtlinien – falls sich diese entgegen der soeben geäußerten Skepsis (s.o., „Drittens“ sowie III. 2. c) aa) aus dem überschießenden Gesamtpräventionsprogramm (und dabei gerade auf den strafrechtlichen Lauterkeitsbegriff zugeschnitten) aussondern lassen sollten – tatsächlich das Ergebnis einer auf das Gesundheitswesen gerichteten Schau der dort vorherrschenden Werte und Handelsbräuche sowie einer daraus resultierenden verschriftlichten Übereinkunft zu den Anschauungen des ver- und anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden sind. Vielmehr liegt es nahe, dass sich die vornehmlich auf Verantwortungs- und Haftungsvermeidung ausgerichteten Grundsätze, Regeln und Empfehlungen zu einem überwiegenden Anteil an den Ergebnissen einer Analyse der relevanten Rechtsprechung (und, ergänzend, des juristischen Schrifttums) orientieren, also eine Prognose darüber abbilden, welches Verhalten die Strafverfolgungsbehörden und sonstigen staatlichen Regulatoren den jeweiligen Protagonisten abverlangen werden. Die Compliance-Regelwerke dürften also regelmäßig eine auf die forensische (Spruch-)Praxis ausgerichtete Erwartungserwartung formulieren. Man kann sie also insoweit als für ein Laienpublikum weiterverarbeitete Rechtsgutachten zum inländischen Recht bezeichnen. Gegenstand eines Sachverständigengutachtens im Strafverfahren darf das inländische gesetzliche Recht aber „natürlich nicht“¹⁸⁷ werden, und die Strafverfolgungsbehörden sollten auch nicht die verschlungenen Pfade privater Regelwerke betreten, um sich die eigene Spruch- und sonstige Entscheidungspraxis zu vergegenwärtigen.

Fünftens bleibt es auch jenseits der als erstem Kritikpunkt bereits geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken fragwürdig, ob – und hierbei sei für die nachfolgenden Zeilen einmal unterstellt, die privaten Regelwerke enthielten tatsächlich eine autonome Positionierung zu lauterem und unlauterem Geschäftspraktiken¹⁸⁸ – die wertende Ausfüllung rechtsnor-

mativer Tatbestandsmerkmale des Strafrechts in die Hände der Normadressaten gelegt werden sollte.

Im lauterkeitsrechtlichen Schrifttum ist es zwar für grundsätzlich legitim und sinnvoll erachtet worden, durch entsprechende Verlautbarungen einen Konsens der Gewerbetreibenden anzustreben, Missstände durch Selbstkontrolle einzudämmen und dadurch nicht nur die Gerichte zu entlasten, sondern auch geplante gesetzgeberische Eingriffe zu vermeiden (letzteres ist mit Blick auf §§ 299a, 299b StGB nur der Normreichweite nach gelungen).¹⁸⁹ Bei der Beurteilung und Heranziehung verbandsmäßig formulierter Selbstregulierungen zur gerichtlichen Festlegung lauterem und unlauterem Wettbewerbsverhaltens sei dennoch größte Zurückhaltung geboten: Häufig handele es sich um mehr oder weniger offene Versuche zur gezielten Einflussnahme auf die lauterkeitsrechtliche Rechtsprechung, die zudem oftmals kartellrechtlich höchst bedenklich sei, zumal auch noch Druck auf Außenseiter entfaltet werden könne.¹⁹⁰ Bereits dieser knappe Seitenblick auf das Kartellrecht belegt, dass fehlende staatliche Steuerung keine erhöhte Freiheit für die Gesamtheit der Marktteilnehmer nach sich ziehen muss und sogar die Selbstregulierung selbst Gegenstand wettbewerbswidriger Kartellabsprachen sein kann.¹⁹¹

Allein schon dieser abstrakten Gefahr einer an wirtschaftlichen Eigeninteressen orientierten Einflussnahme auf die forensische Implementation gesetzlichen Rechts wegen sollte auch für das Strafrecht nicht verlangt werden, dass alles, was im konkreten Einzelfall innerhalb der durch Selbstregulie-

lich vom bislang Branchentüblichen abzuheben bzw. abheben zu wollen, im Rahmen der Konkretisierungsarbeit der Strafverfolgungsorgane einer Präjudizienbildung dienen sollten.

¹⁸⁹ *Sosnitza* (Fn. 183), Teil I Rn. 46. Für einen umfassenden, einheitlichen Katalog der Vor- und Nachteile regulierter Selbstregulierung unabhängig von ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen vgl. *Eifert*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 58 ff.; *Sieber*, in: Sieber/Dannecker/Kindhäuser/Vogel/Walter (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht*, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 449 (475 f.).

¹⁹⁰ *Sosnitza* (Fn. 183), Teil I Rn. 46, 58; *ders.*, in: Ohly/Sosnitza (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 7. Aufl. 2016, § 3 Rn. 29. Im hiesigen Zusammenhang kann insoweit zum einen darauf hingewiesen werden, dass in den beiden bereits genannten (s.o. Fn. 155), als Vereinen organisierten Selbstregulierungsgruppen der Pharma-Industrie – soweit ersichtlich – kein Unternehmen Mitglied beider Vereine zugleich ist, und dass sich dem FSA eher die international tätigen Konzerne angeschlossen haben, während der AKG eher mittelständische Unternehmen anzusprechen scheint. Zum anderen eint beide Vereine, dass sie es ihren Satzungen gemäß als ihre Aufgabe ansehen, wettbewerbsrelevante Gesetzesverstöße durch Nichtmitglieder (also durch solche Wettbewerber, die sich nicht den jeweiligen Kodizes sowie Schlichtungs- und Schiedsstellen unterworfen hatten) mit Abmahnungen und gegebenenfalls Beseitigungs- und Unterlassungsklagen zu verfolgen.

¹⁹¹ *Sosnitza* (Fn. 183), Teil I Rn. 58.

¹⁸⁶ *Krause* (Fn. 177), Vor § 72 Rn. 2 m.w.N.

¹⁸⁷ *Trück*, in: Kudlich (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 1, 2014, § 72 Rn. 4.

¹⁸⁸ Der BGH – GRUR 2011, 431 (432) – dagegen behauptet, Verbandsregeln könne allenfalls entnommen werden, ob innerhalb der in Rede stehenden Verkehrskreise eine bestimmte tatsächliche Übung herrsche. Das Übliche aber dürfe nicht zur Norm erhoben werden. Dieser zusätzliche Einwand gegen die forensische Berücksichtigung von Selbstregulierung ist zwar je nach Regelwerk durchaus Zustimmungswürdig, nur erscheint es nicht überzeugend, allen Urhebern der diversen Branchen-Kodizes, Compliance-Regelwerke etc. pauschal die Fähigkeit abzuspochen, die bisher üblichen von den zukünftig gewünschten Verhaltensstandards im Wettbewerb zu unterscheiden und diese Differenzierung in Regelwerken zum Ausdruck zu bringen; so auch *Sosnitza* (Fn. 183), Teil I Rn. 58. Dementsprechend soll hier die Frage im Mittelpunkt stehen, ob gerade diejenigen untergesetzlichen Regelwerke, denen zuerkannt werden kann, sich inhalt-

rung eingezogenen „Leitplanken“ geschehe, seitens des Staates zu akzeptieren und nicht strafrechtlich zu verfolgen sei.¹⁹² Eine vor der Tätigkeit der Strafverfolgungsorgane schützende Eigenschaft der Compliance-Regelwerke ergibt sich vielmehr daraus, dass sie die das Strafbarkeits- und Strafverfolgungsrisiko erhöhenden Umstände zutreffend identifizieren. Ein „noli me tangere!“, kann indessen nicht allein deshalb eingefordert werden, weil überhaupt selbstregulierende Regelwerke geschaffen wurden. Anderenfalls könnten eher gut organisierte Partikular- als Gemeinwohlinteressen zum Tragen kommen und diese Effekte dann über die Handlungsformen der Strafverfolgungsorgane staatlich abgesichert werden.¹⁹³ Staatsanwaltschaften und Gerichte sind daher nach wie vor dazu angehalten, unabhängig von etwaig bestehendem Regelwerk der Selbstkontrolle das konkrete Marktverhalten autonom und insbesondere auch unter Einbeziehung der Interessen der übrigen Marktteilnehmer und der Allgemeinheit auf seine Zulässigkeit hin zu prüfen.¹⁹⁴

Doch auch unabhängig von den Bedenken, die mächtigsten Akteure auf dem Gesundheitsmarkt könnten (auch) das Korruptions- und Lauterkeitsrecht, insbesondere die bislang unscharfen Randbereiche, entsprechend den eigenen Präferenzen ausformen, ist die dahinterstehende grundsätzliche Regulierungsidee zu hinterfragen. Es ist grundsätzlich sachgerecht wie unvermeidbar, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte zur Normimplementation auf private Regeln zurückgreifen und das in diesen gespeicherte Wissen in differenzierter Form aufnehmen, indem sie ihnen Indizcharakter beimessen oder sie als Orientierungs- und Entscheidungshilfe bzw. als eine Auslegungsofferte auffassen.¹⁹⁵ Dabei erscheinen diese untergesetzlichen Normen und Empfehlungen umso beachtlicher, je stärker der auszulegende Rechtsbegriff tatsachenbezogen ist.¹⁹⁶ Auch mit Blick auf den Amtsermittlungsgrundsatz ist es daher sinnvoll, wenn Strafverfolgungsorgane im Rahmen der gebotenen umfassenden Würdigung der Gegebenheiten des Einzelfalls Regelungen einbeziehen, die von privaten Institutionen unter sachverständiger Beratung und unter Beteiligung der Fachöffentlichkeit aufgestellt werden, wie etwa CDI-Richtlinien, DIN-Normen oder sonstige Regelwerke.¹⁹⁷ Bereits diese Regelungen enthalten allerdings unvermeidlich Wertungen, falls sie z.B. eine Kompro-

misslösung zwischen kontroversen Sichtweisen der am Normentwurf beteiligten Experten darstellen oder die Festschreibung eines besonders hohen Sicherheitsstandards gegen Wirtschaftlichkeitsaspekte abzuwägen war.¹⁹⁸ Je stärker aber die Implementation der Norm diejenigen Tatbestandsmerkmale betrifft, deren Interpretation bereits vordergründig einen besonders hohen Wertungsanteil erfordern¹⁹⁹, desto eher sollte sich die forensische Gesetzesauslegung darauf beschränken, die zur Deutung rechtsnormativer Tatbestandsmerkmale entwickelten untergesetzlichen Regelwerke und Leitfäden als unverbindliche Stellungnahme mit keinerlei präjudiziellem Gehalt anzusehen.²⁰⁰ Anderenfalls droht die für eine widersprucharme und systematische Rechtsanwendung, -konkretisierung und -fortbildung notwendige Berücksichtigung der gesamten Rechtsordnung in der richterlichen Subsumtionsarbeit zugunsten eines geschlossenen Dialogs mit vermeintlich auf dem Silbertablett servierten, das mühselige Verfahren der Rechtsfindung erheblich abkürzenden privaten Vorarbeiten zu verkümmern.

IV. Implementationsprobleme als Bestätigung der fehlenden Steuerbarkeit der Wirtschaft durch (Straf-)Recht?

Die vorstehend erörterten Implementationsdefizite haben spezifische Probleme des Rechts aufgezeigt, insbesondere die materiell-rechtlichen wie beweisrechtlichen Unschärfen des Korruptionsstrafrechts, die unbefriedigende Modellierung gerade der §§ 299a, 299b StGB und ihr hochkomplexes Regelungsumfeld, ein unter Konkretisierungsgesichtspunkten dysfunktionales (bisheriges) Ausbleiben von Rechtsprechung sowie verschiedene bedenkliche Effekte der verschiedenen Ausprägungen regulierter Selbstregulierung. Gleichwohl bestätigen sich jedenfalls aufgrund dieser Mankos nicht die systemtheoretischen Einwände gegen Strafrecht als staatliches Steuerungsmittel des Marktes. Zum einen betreffen die hier erörterten Implikationen der Normimplementierung nicht die Wirksamkeit der strafrechtlichen Programmverwirklichung. Daher kann die Frage, ob die jüngst erfolgten Erhebungen zu den möglichen erheblichen Ausweichbewegungen der Akteure im Gesundheitswesen in den Bereich der legalen Korruption²⁰¹ Beleg für die autopoetische Geschlossenheit bzw. Eigenrationalität des Subsystems Wirtschaft gegenüber Kommunikationsversuchen staatlichen Rechts sind, dahinstehen. Zum anderen hat sich wenigstens für den in diesem Beitrag untersuchten Bereich des Strafrechts gezeigt, dass die

¹⁹² So aber *Taschke/Schoop*, in: Rotsch (Fn. 73), § 21 Rn. 11; der ebenda zur Bekräftigung angeführte Verweis auf *Kuhlen* (Fn. 162), S. 875 trägt mit Blick auf S. 888 f. nur begrenzt. A.A. ebenfalls *Theile*, JuS 2017, 913 (916).

¹⁹³ *Eifert*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 60.

¹⁹⁴ So bereits für das Lauterkeitsrecht *Sosnitza* (Fn. 183), Teil I Rn. 59.

¹⁹⁵ *Eifert*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 63; dazu näher aus Sicht des Strafrechts *Schünemann* (Fn. 37), S. 367 ff.

¹⁹⁶ *Eifert*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 26), § 19 Rn. 63.

¹⁹⁷ *Große Vorholt* (Fn. 40), S. 176 ff. So auch BVerwGE 29, 254 (264), für die parallele Problemstellung im Verwaltungsgerichtsverfahren.

¹⁹⁸ Wegen der nicht unerheblich einfließenden rechtspolitischen Wertungen wird daher z.B. die Kategorisierung von Technischen Anleitungen (insbesondere der „TA Luft“ sowie der „TA Lärm“) als antizipierte Sachverständigengutachten im Verwaltungsrecht inzwischen ganz überwiegend abgelehnt, vgl. *Rudisile* (Fn. 185), § 98 Rn. 112 m.w.N.

¹⁹⁹ Zum wertenden Gehalt als Eigenschaft normativer Tatbestandsmerkmale *Kuhli* (Fn. 78), S. 124 ff., 154 f.

²⁰⁰ Für eine immerhin indizielle Wirkung privater Regelwerke für die staatliche Strafrechtsanwendung *Theile*, in: Rotsch (Fn. 73), § 34 A. Rn. 35 ff.; *ders.*, JuS 2017, 913 (916); *Kuhlen* (Fn. 162), S. 886 ff.

²⁰¹ S.o. II. 3. a) m. Fn. 55.

Umsetzung der Grundannahmen reflexiven bzw. prozeduralen Rechts, der Gesetzgeber sei in einer komplexen, sich ständig verändernden Wirklichkeit schon seines Wissensdefizits wegen gar nicht in der Lage, allgemeine Gesetze zu erlassen, und die Ebenen der Rechtssetzung und Rechtsanwendung müssten im Sinne „lernenden Rechts“²⁰² zusammenwachsen²⁰³, erhebliche Nachteile für die Allgemeinheit, die Implementation und Fortbildung des Rechts und auch für die Subjekte der Selbstregulierung mit sich bringen kann. Es muss daher zweifelhaft bleiben, ob die Beschreibung dessen, wie Recht seine Inhalte von außen gewinnt, zu der systemtheoretisch erneuerten Forderung der Freirechtsschule übergehen sollte, gesellschaftliche Regelsetzung als Recht anzuerkennen.²⁰⁴

V. Fazit

1. Untersuchung der Normimplementation und ihres Wirkungsgrades und Bewertung der Sachgerechtigkeit der Einflussnahme und ihrer Effekte

Gemäß Art. 103 Abs. 2, 104 GG erfordert das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip, dass bereits die vom Parlament erlassenen Straftatbestände für den einzelnen Bürger hinreichend erkennen lassen, welches Verhalten bei Strafe untersagt ist. Dennoch bedürfen auch strafrechtliche Verhaltensnormen ungeachtet dieser verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Typisierung einer näheren Konkretisierung, um gerade in Randbereichen und häufig auftretenden Fallkonstellationen eine weitergehende Orientierungssicherheit bieten zu können. Die Implementationsforschung befasst sich mit diesem Prozess der Präzisierung und den zwischen der Programmebene des Gesetzes und dem einzelnen Normadressaten tätigen Behörden, Körperschaften, Institutionen und sonstigen Organisationen sowie den – auch ungewünschten – Effekten dieser Weiterverarbeitung des staatlichen Rechts.

Für eine Exemplifizierung der Normimplementation im Strafrecht wurden die Straftatbestände der §§ 299a, 299b StGB gewählt, zum einen weil diese neuen Strafvorschriften ihrer intrikaten Modellierung und des komplexen Regelungsumfeldes wegen einen Konkretisierungsbedarf aufweisen, der noch über den durch die materiell-rechtlichen wie forensischen Unschärfen des Korruptionsstrafrechts im Übrigen bestehenden hinausgeht. Zum anderen weist das Gesundheitswesen eine Vielzahl an Akteuren auf, die für eine Implementierungsrolle in Betracht kommen. Darin liegt einerseits eine Chance für eine kooperative Konkretisierungsarbeit, die das Recht tief auf den Gesundheitsmarkt einwirken lässt und durch die Einbindung der Marktteilnehmer und deren Wissens eine gesteigerte Flexibilität und höhere Akzeptanz für die staatlichen Verhaltensregeln erhoffen lässt. Andererseits kann ein solcher personaler Pluralismus des

Implementationsprozesses das gesetzliche Programm verwischen, verändern oder sogar unterminieren und zudem eigene Rechtsprobleme aufwerfen. Die vorstehenden Ausführungen sollten dabei verdeutlichen, dass grundlegend zwischen Implementationstätigkeiten und ihrem Wirkungsgrad einerseits und der normativen Sachgerechtigkeit der Einflussnahme und ihrer Effekte andererseits zu unterscheiden ist.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den vom Gesetzgeber gewählten Weg der Implementation der §§ 299a, 299b StGB

Über die in Art. 93 ff. GG festgelegte allgemeine Rechtsprechungskompetenz hinaus entnimmt das BVerfG dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) seit dem Jahr 2010 einen vollständig überprüfbaren Implementierungsauftrag des Grundgesetzes an die Strafjustiz. Diese von Verfassungs wegen zentrale Aufgabe bei der Normkonkretisierung haben die Strafgerichte mangels staatsanwaltlicher Anklagen (bisher) nicht wahrnehmen können, und es erscheint auch für die Zukunft nicht gewiss, dass sie diese Kompetenz hinreichend ausfüllen werden.

An ihre Stelle treten (zunächst) andere Protagonisten des Gesundheitswesens, z.B. die Stellen zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen (insbesondere mittels der regelmäßig zu publizierenden Berichte sowie der Verdachtsanzeigen) oder – und insbesondere – Branchenvereinigungen sowie Unternehmen mittels sanktionsbewehrter Verhaltenskodizes bzw. Compliance-Richtlinien und -Schulungen. Während ein deutlicher Effektivierungseffekt dieser Tätigkeiten in Bezug auf *illegale* Korruption durchaus plausibel erscheint, ist die Implementierungsleistung dieser Erscheinungsformen „kooperativen Rechts“ in vielerlei Hinsicht fragwürdig. So führt die in den Handlungsleitlinien regelmäßig vorgesehene zusätzliche Absicherung bereits gegen das Entstehen staatsanwaltlicher Ermittlungsansätze zu deutlich über die jeweiligen Tatbestandsgrenzen hinausgehenden Handlungsbeschränkungen, die wohl nicht nur der inneren Einsicht in die sinnvolle Vermeidung gewichtiger Anreize für sachfremde heilberufliche Entscheidungen geschuldet sind, sondern dem Ziel, Ermittlungsverfahren abzuwenden. Damit aber wirkt Strafrecht nicht über das Verbot bestimmter verbotener Handlungen, sondern durch die Bedrohung mit den zu deren Aufklärung eingesetzten Zwangsmaßnahmen.

Die zum Teil befürwortete, über eine „stellvertretende“ Implementation hinausgehende Rückkopplung untergesetzlicher Regeln mit staatlichem Strafrecht zur wenigstens indiziellen bzw. präjudiziellen Ausfüllung rechtsnormativer Tatbestandsmerkmale (für §§ 299a, 299b StGB also der Unrechtsvereinbarung, insbesondere die „unlautere“ Bevorzugung betreffend) im Rahmen der staatsanwaltlichen und gerichtlichen Rechtsanwendung weist mehr Nach- als Vorteile auf. Neben strafverfassungsrechtlichen Bedenken ist einzuwenden, dass der Status der privaten Rechtssetzung auf der Skala zwischen den Endpunkten „Rechtsquelle“ einerseits und „einfacher Rechtskenntnisquelle im soziologischen Sinne“ andererseits noch nicht recht verortet zu sein scheint. Zudem sind noch keine Kriterien dafür ausgearbeitet, auf welche der mitunter sogar konkurrierenden Compliance-Standards zu

²⁰² Calliess, *Prozedurales Recht*, 1999, S. 121 f., 269 f.; La-deur, *Postmoderne Rechtstheorie*, 2. Aufl. 1995, S. 103 ff.

²⁰³ Einführend zu den Theorien reflexiven und prozeduralen Rechts, auch zu ihrer Unterscheidbarkeit, Röhl/H. C. Röhl (Fn. 108), S. 252 ff.

²⁰⁴ Röhl/H. C. Röhl (Fn. 108), S. 256.

rückzugreifen ist, sofern sie inhaltlich voneinander abweichen. Hinzu kommt, dass die untergesetzlichen Regelwerke dadurch, dass sie regelmäßig Verhalten untersagen, das a) den Anfangsverdacht einer Straftat begründen kann und b) materiell-rechtlich mit Blick auf die bisherige Judikatur der Strafgerichte als strafbar erachtet werden könnte, lediglich die geltende Rechtslage referieren und damit dem rechtskundigen Richter keine neuen Erkenntnisse oder Hilfsatsachen vermitteln. Soweit die Verhaltens-Kodizes von Industrievereinungen dagegen tatsächlich eigenständige Verhaltensregeln enthalten, die gegen Mitglieder wie Nicht-Mitglieder durchgesetzt werden, ist ihre Berücksichtigung mit Blick auf die damit bestehende, wenigstens abstrakte Gefahr der staatlichen Absicherung von Partikularinteressen und kartellrechtlich nicht unbedenklicher Branchenregulierung allenfalls äußerst zurückhaltend geboten. Es zeigt sich damit, dass das Subsystem Wirtschaft auf eine staatliche Steuerung qua Recht im Interesse aller Marktteilnehmer nicht verzichten kann. Schließlich gefährdet der vermeintlich bequeme Zugriff auf angeblich passgenaue Ausfüllungsregelungen privater Urheber die dogmatische Durchdringung und systematische Weiterentwicklung der jeweiligen Rechtsmaterie durch die Gerichte.

Aus alledem ergibt sich das Bild einer unter (verfassungs-)rechtlichen Gesichtspunkten dysfunktionalen Normimplementation der §§ 299a, 299b StGB. Die mit Blick auf die zuvor überkommene Sichtweise auf den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz progressiv wirkende, unter Implementationsgesichtspunkten allerdings eher traditionelle Aufgabenzuweisung des BVerfG an die Strafgerichte, relativ unbestimmte Straftatbestände zu konkretisieren, geht ins Leere, sofern es zu keinen Urteilen kommt. Das neue Strafrecht wirkt auf den ersten Blick jedoch auch dann, wenn es deshalb nicht zu einer gerichtlichen Befassung mit den Straftatbeständen kommen sollte, da die Normunterworfenen in Eigenregie präventive Maßnahmen treffen, um tatbestandsmäßiges Verhalten abzuwenden. Die Effektivierung des Strafrechts einerseits und seine Implementation andererseits sind allerdings auseinanderzuhalten – insbesondere Compliance-Maßnahmen der Verbände und Unternehmen können letztere nur begrenzt und unter erheblichen Opportunitätskosten für die individuelle Handlungsfreiheit der adressierten Akteure und der anderen Marktteilnehmer erreichen.

3. Alternativen zur bisherigen Normimplementation?

Soll dieser problematische Befund zugleich ein konstruktives Misstrauensvotum beinhalten, so sind Alternativen aufzuzeigen, wie diesem Missstand abgeholfen werden könnte. Hierfür erscheinen neue Ansätze unverzichtbar, die eine steuerungstheoretische Perspektive auf das Strafrecht einnehmen, um zum einen die fehlende staatliche Implementation neuen Strafrechts und zum anderen die deutlich nachteiligen Effekte der derzeit vorherrschenden Formen der Selbstregulierung und „Ko-Regulierung“ zu überwinden.

Hierbei könnten Anleihen aus der „Neuen Verwaltungswissenschaft“ erwogen werden, die sich an der Bewirkungsdimension des Rechts („Folgenorientierung“) und seiner Problemlösungsfähigkeit orientiert. Ein erster gangbarer

Weg könnte darin bestehen, in Anlehnung an § 331 Abs. 3 StGB die Möglichkeit von Genehmigungen durch die für die jeweiligen (zahn-)ärztlichen Berufsträger zuständigen Kammern zu schaffen und strafbefreiend wirken zu lassen.²⁰⁵ Neben dem zusätzlichen Verwaltungsaufwand²⁰⁶ birgt dieser Lösungsvorschlag allerdings die Gefahr einer uneinheitlichen Genehmigungspraxis in sich.

Die Alternative, ein Genehmigungsverfahren (inklusive einer anonymisierten Publikation der für unbedenklich erklärten Ansinnen) für bestimmte Kooperationspraktiken oder -vorhaben bei einer Bundes(ober)behörde zu bündeln (hier könnte die Genehmigungstätigkeit des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle als Vorbild dienen), würde Probleme im Hinblick auf die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen für das Gesundheitswesen aufwerfen.²⁰⁷

Eine ebenfalls unbefriedigend uneinheitliche, doch immerhin der Orientierung und Implementierung dienende Maßnahme könnte darin bestehen, instruktiv begründete staatsanwaltliche Abschlussentscheidungen – insbesondere solche der zuständigen Schwerpunktstaatsanwaltschaften²⁰⁸ – sowie Entscheidungen im Klageerzwingungsverfahren (§ 172 Abs. 1 StPO) in anonymisierter Form zu veröffentlichen.

Diese behelfsmäßigen Erwägungen belegen nur die (verfassungsrechtliche) Sonderlage des Strafrechts gegenüber anderen Teildisziplinen des Rechts, die auch die Implementierung seiner materiell-rechtlichen Normen erfasst. Dieses Gepräge ergibt sich nicht zuletzt aus der internen Spannungslage²⁰⁹ zwischen den beiden Zwecken des strafrechtlichen Gesetzlichkeits- und Bestimmtheitsgrundsatzes gemäß Art. 103 Abs. 2, 104 GG.²¹⁰ Der Bürger muss zwar der Strafnorm entnehmen können, welche Handlungsverbote ihm auferlegt werden, doch verlangt ihm die Verfassung zur Wahrung des parlamentarischen Strafmonopols zugleich im Grundsatz ab, die Normkonkretisierung ohne Hilfe der weiteren Gewalten oder Privater allein zu verantworten. Das BVerfG hat dem Einzelnen – unter Beeinträchtigung der kompetenzwahrenden Funktion des Art. 103 Abs. 2 GG – inzwischen allein die Rechtsprechung der Strafgerichte an die Seite gestellt.²¹¹

²⁰⁵ Zu entsprechenden, nicht aufgegriffenen Vorschlägen im Gesetzgebungsverfahren vgl. *Brettel/Duttge/Schuh*, JZ 2015, 929 (935); *Badle*, medstra 2015, 139 (140 f.); *Bittmann/Brockhaus/Rübenstahl/Schröder/Tsambikakis*, WiJ 2015, 176 (193).

²⁰⁶ *Brettel/Duttge/Schuh*, JZ 2015, 929 (935).

²⁰⁷ Vgl. *T. Schröder*, NZWiSt 2015, 321 (333, 365).

²⁰⁸ Vgl. *Badle*, medstra 2015, 139 (141).

²⁰⁹ Dazu näher *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Fn. 109), Art. 103 Abs. 2 Rn. 108 ff. m.w.N.

²¹⁰ BVerfGE 25, 269 (285); 71, 108 (114); 87, 399 (411); 92, 1 (12); 105, 135 (153); *Dannecker*, in: LK (Fn. 1), § 1 Rn. 114, 179; *Remmert*, in: Maunz/Dürig (Fn. 109), Art. 103 Abs. 2 Rn. 77; *T. Schröder*, NZWiSt 2015, 321 (330).

²¹¹ Der EuGH fordert im *Schenker-Urteil* (NJW 2013, 3083), dass die Normadressaten selbst Verantwortung übernehmen und sich nicht auf Rechtsgutachten ihrer Rechtsanwälte oder Entscheidungen der nationalen Gerichte zu unionsrechtlichen Fragen verlassen.

Diese Zumutung könnte den Preis eines Verfassungs- und Rechtsstaats darstellen.

Eine bis an die Verschmelzung reichende Annäherung von kooperativer Rechtssetzung und -anwendung erscheint für das Strafrecht kein gangbarer Weg zu sein. Anders als die anderen, zum Teil in diesem Beitrag erörterten Rechtsgebiete kann das materielle Strafrecht auch nicht darauf zurückgreifen, seine Normen im Verfahren näher auszugestalten. Die Verwaltung – oftmals in Verhandlungen mit dem Bürger im Rahmen des Ausgangs- und Widerspruchsverfahrens – formt das Recht im Verwaltungsverfahren näher aus; die nach wie vor wichtigste Handlungsform der Verwaltung, der Verwaltungsakt, besitzt eine Regelungsfunktion und Feststellungswirkung, ihm kommt formelle wie materielle Bestandskraft zu. Die dabei gegen eine steuerungswissenschaftliche Systembildung im Verwaltungsrecht (die überkommenen Regelungsansätze seien nur noch Grundmodelle einer Verwaltung, deren Gesetzesbindung und Legitimation Gegenstand „komplexer Prozesse“ sei²¹²) aus rechtsstaatlicher Sicht vorgebrachten Einwände müssen indessen für das Strafrecht erst recht gelten.

Das Lauterkeitsrecht zeichnet sich dadurch aus, dass es in relativ kurzen kontradiktorischen Verfahren – oftmals im Rahmen einstweiligen Rechtsschutzes – zur Geltung gebracht wird und die Parteien die Grenzziehung lauterer Handelns im Wettbewerb durch die Initiierung streitiger Verfahren selbst mitgestalten. Dabei können die Marktteilnehmer ungeachtet der nicht zu verharmlosenden Rechtsfolgen einer Feststellung unlauteren und damit wettbewerbswidrigen Handelns durch die Wettbewerbskammer die Normkonkretisierung qua Rechtsstreit eher tolerieren als für ein Rechtsgebiet, in dem die forensische Präzisierung tatbestandsmäßigen Handelns Freiheitsstrafen zur Folge haben kann.

Damit bleibt es für das Strafrecht bei einem Primat des Strafverfassungsrechts und der Notwendigkeit, den spezifisch strafrechtlichen Problemen und Besonderheiten Rechnung zu tragen, insbesondere die Vorhersehbarkeit für den Bürger ernst zu nehmen, Normkonkretisierungen durch den Gesetzgeber vorzunehmen und allenfalls Konkretisierungsakte der Rechtsprechung anzuerkennen. Diese muss damit aber die hierfür notwendigen Ressourcen erhalten, damit sie ihren zur Normimplementation wesentlichen Beitrag leisten kann und nicht auf eine rechtsstaatlich bedenkliche (wenn auch für die Staatskasse mitunter lukrative) Verständigungspraxis ausweichen muss.

²¹² *Schmidt-Aßmann* (Fn. 12), 1. Kap. B. Rn. 33.