

Rechtliche Zusatz- informationen zum revidierten Korruptionsstrafrecht

HP. Kuhn, Fürsprecher, stv. Generalsekretär FMH

Der Beitrag erläutert den rechtlichen Hintergrund des Expertenbriefs der QS-Kommission der Schweiz. Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe: Wie lautet der massgebliche Text des revidierten Strafgesetzbuchs? Wie ist er aufgrund der Botschaft des Bundesrates zu verstehen? Was ist gleich und was anders als in Deutschland?

Gesetzestext revidiertes Strafgesetzbuch

Art. 322^{quater} Sich bestechen lassen:
«Wer als [...] Beamter [...] im Zusammenhang mit seiner amtlichen Tätigkeit für eine pflichtwidrige Tätigkeit oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.»

Art. 322^{sexies} Vorteilsannahme:
«Wer als [...] Beamter [...] im Hinblick auf die Amtsführung einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird mit Gefängnis oder Busse bestraft.»

Art. 322^{octies} Gemeinsame Bestimmungen:
«1. Sind sowohl die Schwere der Tat wie auch die Schuld derart gering, dass eine Strafe unangemessen wäre, so sieht die zuständige Behörde von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung ab.
2. Keine nicht gebührenden Vorteile sind dienstrechtlich erlaubte sowie geringfügige, sozial übliche Vorteile.
3. Amtsträgern gleichgestellt sind Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen.»

«Geringfügige und sozial tolerierte Geschenke» spitalintern definieren

Das revidierte Strafrecht ermöglicht (und verlangt gleichzeitig!) klare spital- und fakultätsinterne Regelungen darüber, was geringfügige und sozial tolerierte Geschenke sind. Der Bundesrat hat dazu in der Botschaft erklärt: «Nicht gebührender Vorteil» ist ein

Vorteil, zu dessen Annahme der Amtsträger nicht berechtigt ist. Der Passus erlaubt es, insbesondere solche Zuwendungen aus dem Anwendungsbereich der Bestechungstatbestände auszuschliessen, deren Annahme dienstrechtlich erlaubt ist. Zu denken ist an administrative Regeln über Meldung, Bewilligung oder Ablieferung von Geschenken und anderen Vorteilszuwendungen.» Dieser Begriff «gibt aber auch Raum, Vorteilszuwendungen auszuschliessen, die geringfügig und sozial toleriert sind.»¹

Für Medikamente hat das Parlament übrigens die bisherige Regelung der IKS über erlaubte geringfügige Zuwendungen unverändert ins neue Heilmittelgesetz übernommen, das voraussichtlich per 1. Juli 2001 in Kraft treten wird:

Art. 33 Heilmittelgesetz, Versprechen und Annehmen von geldwerten Vorteilen

«[...]

² Personen, die Arzneimittel verschreiben oder abgeben, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen, dürfen für die Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln geldwerte Vorteile weder fordern noch annehmen.

³ Zulässig sind jedoch:

- a. geldwerte Vorteile von bescheidenem Wert, die für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang sind;
- b. handelsübliche und betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Rabatte, die sich direkt auf die Preise auswirken.»

Zu regeln ist in den spitalinternen Weisungen auch, welche Geschenke von Patienten an Ärzte und Pflegenden akzeptiert werden können, und ob sie ab einer bestimmten Höhe zu melden oder gar zu genehmigen sind.

Forschungsfinanzierung durch Dritte – erwünscht, aber: Transparenz schaffen, Zuwendungen nicht an Einzelpersonen

Der Bundesrat äussert sich in der Botschaft zur Strafgesetzbuchrevision ausdrücklich zu dieser Frage²: «Es ist inzwischen im Rahmen der Drittmittelfinanzierung oder des Sponsoring üblich geworden, dass auch öffentlich-rechtliche Institutionen Private um die freiwillige Mitfinanzierung von Staatsaufgaben angehen. Natürlich geht es beim Sponsoring und der Drittmittelfinanzierung zur Erfüllung von staatlichen Aufgaben um ein von der Korruption radikal abweichendes Ziel: um die offen deklarierte oder ohne weiteres deklarierbare, verantwortungsvolle freiwillige Übernahme einer öffentlichen Aufgabe durch Private.»³

Und weiter: «Es ist allerdings nicht auszuschliessen, dass korruptives Verhalten im Kleide der Drittmittelfinanzierung daherkommt: Erhält der Chefarzt einer Klinik private Gewinnbeteiligungen dafür, dass er beim Einkauf von Medikamenten für die Institution ein Unternehmen bevorzugt, sind Begriffe wie Drittmittelfinanzierung oder Sponsoring beschönigende Decknamen für Bestechung.»⁴

Entscheidend für die Unterscheidung zwischen erwünschter Drittmittelfinanzierung und Sponsoring einerseits und Bestechung andererseits ist die Frage, wer die Gelder erhält: «Die meisten Fälle werden allerdings schon deshalb ausgeschieden, weil die Drittmittel regelmässig einer Institution, also einem *echten Dritten* und nicht Einzelpersonen persönlich gewährt werden: Anders als bei den eigentlichen Bestechungstatbeständen ist die Vorteilsgewährung an bzw. die Vorteilsannahme durch aussenstehende Dritte nicht strafbar.»⁵

Kommentar

Hier besteht ein klarer Unterschied zu einigen deutschen Gerichtsentscheiden. Dort wurde unter anderem ein Arzt im Zusammenhang mit medizintechnischen Geräten verurteilt, die nicht ihm persönlich, sondern dem öffentlichen Spital kostenlos zur Verfügung gestellt wurden.⁶ Solche Entscheide sind in Deutschland selbst umstritten und haben einige Ratlosigkeit bei Ärzten und Spitalern ausgelöst – dies ist in der Schweiz aufgrund der anderen gesetzlichen Regelung nicht zu befürchten.

Zur *zentralen Bedeutung der notwendigen Transparenz* sei der Bundesrat ungekürzt zitiert: «Übrig bleibende persönliche Beiträge und Zuwendungen können von der Praxis ohne Schwierigkeiten durch eine entsprechende Auslegung des Erfordernisses des nicht gebührenden Vorteils eliminiert werden. Gerade in diesem Bereich ist die Publizität bzw. Transparenz ein wichtiges Kriterium. Wer ohne korruptiven Nebenzweck Drittmittel zur Verfügung stellt, wird eine Publikation, die beispielsweise auch Konkurrenten zur Kenntnis gelangt, nicht scheuen. *Auf der Empfängerseite ist insbesondere an Meldungen an die zuständige vorgesetzte Behörde zu denken.* Allenfalls übrige bleibende Grenzfälle können wiederum über Artikel 322^{octies} Ziffer 1 [des Entwurfs – Anm. d.A.] StGB gelöst werden.»⁷

Kommentar

Im Parlament wurden die hier wiedergegebenen Erläuterungen des Bundesrats zu Forschungsfinanzierung und Transparenz sowohl im Plenum von National- und Ständerat wie auch in den vorberatenden Kommissionen kommentarlos akzeptiert. Die Botschaft des Bundesrates gibt damit die Absicht des Gesetzgebers verbindlich wieder.

Was die Transparenz, also die Meldung und gegebenenfalls Bewilligung von Drittmitteln und Sponsoring betrifft, ist die Situation in der Schweiz vergleichbar mit der Rechtslage in Deutschland.^{8, 9, 10, 11}

Übrigens: Drittmittelfinanzierte Forschung ist auch nach dem neuen Universitätsförderungsgesetz des Bundes klar erwünscht. Denn die Bemessung der Bundesbeiträge an die Universitäten erfolgt aufgrund von Art. 15 Abs. 3 des Universitätsförderungsgesetzes des Bundes auch nach dem Kriterium «Forschungsleistungen und die Akquisition von Drittmitteln (Gelder aus dem Nationalfonds, den EU-Projekten, der KTI sowie privaten und weiteren öffentlichen Drittmitteln)».

Definitionen im neuen Strafrecht: «Beamte», «beeinflussende Vorteile»

Strafbar sind «*Beamte*», die sich bestechen lassen. Also beispielsweise ein Arzt am öffentlichen Spital, oder ein Lehrbeauftragter an der medizinischen Fakultät. Das Strafgesetzbuch kennt hingegen keine Bestechlichkeit von Privatpersonen¹² (Privatpraxis, Belegarzt am Privatspital). Zur Abgrenzung: Es kommt gemäss Bundesrat «nicht darauf an, in welcher Rechtsform der funktionale Beamte für das Gemeinwesen tätig ist, entscheidend ist, dass er Staatsaufgaben wahrnimmt.»¹³ Das heisst, ob der Arzt am öffentlichen Spital rechtlich ein Beamter, ein öffentlichrechtlich oder privatrechtlich Angestellter, oder ein vertraglich zugelassener Belegarzt ist, spielt keine Rolle. Die Funktion, im Service public tätig zu sein, entscheidet.

«*Vorteil*» im Sinn des Strafgesetzbuchs meint «jede objektiv messbare, rechtliche, wirtschaftliche oder auch persönliche Besserstellung».¹⁴

Beim Bestechungsartikel geht es um Vorteile, «die eine *Beeinflussung* des Amtsträgers *anvisieren*»,¹⁵ also um *zukünftige* Handlungen des Amtsträgers. Der Bundesrat erklärt dies in der Botschaft an einem Anwendungsbeispiel aus dem Spital:

«So hat der Blumenstraus für die Krankenschwester [...] primär die Funktion, vergangene treue Dienstleistungen zu belohnen und nicht die künftige Amtsführung zu beeinflussen; auch unabhängig von der Frage, ob der Vorteil hier nicht gebührend ist, entfällt hier die Strafbarkeit.»¹⁶

Leistungsadäquate Honorare sind erlaubt

Diese Frage erläuterte der Bundesrat am Beispiel von Nachhilfestunden: «Nicht im Hinblick auf die Amtsführung belohnt wird dagegen die Lehrerin, die schwachen Schülern gegen Entgelt Nachhilfeunterricht erteilt, solange die Entlohnung ein *adäquates Verhältnis* zur Leistung *nicht deutlich übersteigt*.»¹⁷

Kommentar

Was der Bundesrat zur Lehrerin ausführt, gilt analog ebenso für die Privatbehandlung durch den Chefarzt oder Belegarzt am öffentlichen Spital: Unbedenklich, wenn das Honorar adäquat ist.

Zum Unterschied zwischen «Bestechlichkeit» und blosser «Vorteilsannahme»

«Die eigentliche Bestechung setzt [...] den Bezug zu einer mindestens bestimmbarer Handlung oder Unterlassung voraus.» Sonst liegt anstelle der Bestechung nur die milder bestrafte Vorteilsannahme vor (das sogenannte «Anfüttern»)¹⁸

Die «pflichtwidrige Tätigkeit» beim Sichbestechen umfasst gemäss Bundesrat sowohl Handlungen «in der Kompetenz des Beamten» wie auch solche, «für die er nicht zuständig ist», die er aber nur dank

«seiner amtsinternen Stellung vornehmen kann.» Nicht gemeint sind hingegen «reine Privathandlungen».¹⁹

Kommentar

«Bestechlich» ist also, wer als Beamter einen unerlaubten Vorteil annimmt im Hinblick darauf, sich dem Spender im Gegenzug erkenntlich zu zeigen, also mit einer «pflichtwidrigen Tätigkeit» zu reagieren. Die milder bestrafte blosser Vorteilsannahme liegt hingegen dann vor, wenn ein unerlaubter Vorteil zwar angenommen wird, aber der Empfänger sich nicht entsprechend erkenntlich zeigt und auch nicht die Absicht hat, dies später zu tun.

¹ Botschaft BBl 1999. S. 5528.

² Botschaft Ziff. 213.4, BBl 1999. S. 5536/37.

³ Botschaft BBl 1999. S. 5536/37.

⁴ Botschaft, BBl 1999. S. 5537.

⁵ Botschaft BBl 1999. S. 5537.

⁶ In der Schweiz wird also nicht entschieden werden, wie in Deutschland [umstrittenerweise] entschieden wurde: «Einer Strafbarkeit [...] steht nicht entgegen, dass gerade die Anstellungskörperschaft des mittelbar besser gestellten Amtsträgers eine objektiv messbare Besserstellung erfuhr.» Entscheid des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 30.3.2000 – 2 Ws 181/99; mitgeteilt in MedR 10/2000; 485-6. Kommentar des deutschen Berichterstatters: «Mediziner und medizinische Einrichtungen werden mit dieser Entscheidung allein gelassen: Einerseits fördert die bevorstehende Hochschullehrer-Dienstrechtsreform und fordert die Reduzierung der Forschungshaushalte die Akquisition von Drittmitteln aus der Industrie. Andererseits hätte dem Angeklagten nicht einmal die Genehmigung durch den Klinikumsvorstand oder die Hochschulleitung geholfen.»

⁷ Botschaft Ziff 213.4., BBl 1999. S. 5537.

⁸ Diesbezüglich gab es in Deutschland eindeutige Fälle, die zu einer Verurteilung führen mussten und auch in der Schweiz führen würden, etwa, wenn der Arzt am öffentlichen Spital einerseits zuständig für die Bestellungen war, und andererseits «Begünstigungen im Bereich der privaten Lebensführung erfuhr» (zitiert aus den Anmerkungen von Jens Göben zum Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs vom 19.10.1999 – 1 StrR 264/99, publiziert in MedR 4/2000; 193-5).

⁹ Zum Stand im deutschen sogenannten «Herzklappenkomplex»: Ursprünglich wurde gegen 2700 Herzchirurgen und 460 Spitäler ermittelt. Die Ermittlungen führten zwei Jahre später zu «Verfahren gegen 132 Mitarbeiter der Lieferfirmen und 1501 Ärztinnen und Ärzte in 390 Spitälern. [...] Inzwischen wurden 1059 Verfahren ohne Auflagen eingestellt (70 Prozent), weil die Vor-

aussetzungen für eine Anklageerhebung nach einem Anfangsverdacht fehlten. [...] Übrig blieben 442 Verfahren gegen Ärzte; von ihnen sind bis heute 200 abgeschlossen. Bei 32 Fällen wurde Anklage erhoben. Erst in weniger als zehn Fällen wurde ein rechtskräftiges Urteil mit der Verhängung einer Geldbusse verkündet, zumeist in Verfahren gegen Nichtärzte.» (Harald Clade, Deutsches Ärzteblatt 44/2000 vom 3.11.2000; S. 2189)

¹⁰ «Das Bemühen um eine hinreichende Trennung von Zuwendung und Beschaffung sowie um die *Transparenz* des Mittelflusses» [Anmerkungen von Jens Göben zum Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofs vom 19.10.1999; publiziert in MedR 4/2000; 193-5; 194] sind Indizien für korrektes Verhalten und gegen Bestechlichkeit und unerlaubte Vorteilsannahme.

¹¹ Vgl. auch den Entscheid des Oberlandesgerichtes Hamburg vom 14.1.2000 – 2 Ws 243/99, publiziert in MedR 8/2000; 371-6: Es ging um einen Beratungsvertrag zwischen einem (damals) Oberarzt und der medizintechnischen Industrie. Die Nebentätigkeit des Arztes als solche war genehmigt worden. Gleichzeitig stand das Spital in Geschäftsbeziehung zur beratenen Unternehmung: Es beschaffte von diesem Hersteller Herzschrittmacher, und der Beschaffungsentscheid wurde zwar nicht rechtlich, aber faktisch von diesem Oberarzt getroffen. So wie sich der Fall vor Gericht präsentierte, war es systematische Politik dieses Herzschrittmacherherstellers, Beiträge an «Kongressreisen und -teilnahme, Honorare für Studien, Dokumentationen und Vorträge sowie Abschluss der zugrundeliegenden Vereinbarungen *umsatzorientiert* unter Verknüpfung mit dem Umfang der bisherigen und künftig zu erwartenden Käufe von Medizinprodukten zu gewähren.» Massgeblich für das Gericht war weiter das Bemühen des Arztes, seinem Spital «den wirklichen Umfang seiner Beraterstätigkeit für diese Unternehmung zu verschleiern.»

Unter welchen Umständen wäre hier eine Genehmigung von Beratervertrag und Zahlungen durch das Spital rechtswirksam gewesen? In der Zusammenfassung halten die Redaktoren den Leitsatz fest, entscheidend sei in einer solchen Situation, dass «der genehmigenden Behörde der Zusammenhang mit dem Sichversprechenlassen bzw. der Annahme des Vorteils offengelegt [wird].»

¹² Der Bundesrat hat 1999 in seinem Gesetzesentwurf das Thema Privatbestechung aus Zeitgründen ausgeklammert, weil sich dafür z.T. andere Fragen stellen (Botschaft 19.4.1999, Bundesblatt (BBl) 1999, S. 5497-558, 5522). Das Parlament hat sich dem Bundesrat angeschlossen.

¹³ Botschaft BBl 1999. S. 5525.

¹⁴ Botschaft BBl 1999. S. 5527.

¹⁵ Botschaft BBl 1999. S. 5535.

¹⁶ Botschaft BBl 1999. S. 5526.

¹⁷ Botschaft BBl 1999. S. 5536.

¹⁸ Botschaft BBl 1999. S. 5533.

¹⁹ Alles in Botschaft, BBl 1999. S. 5530.